الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق

قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية

دراسة مقارنة

بحث أعد لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

بإشراف الاستاذ الدكتور

أحمد إسماعيل

إعداد الطالب

إبراهيم أحمد الحسن

1433 هـ
2012 م

بسم الله الرحمن الرحيم

الله لا إله إلا هو الحي القيوم لا تأخذه سنة ولا نوم له ما في السموات وما في الأرض من ذا الذي يشفع عنده إلا بإذنه يعلم ما بين أيديهم وما خلفهم ولا يحيطون بشيءٍ من علمهِ إلا بما شاء وسع كرسيّه السموات والأرض ولا يؤده حفظهما وهو العليُّ العظيم

صدق الله العظيم

أعضاء لجنة الحكم على الرسالة

-**الدكتور محمد الحسين** الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة دمشق **عضواً**

-**الدكتور احمد إسماعيل** الأستاذ المساعد في قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة دمشق **عضواً مشرفاً**

-**الدكتور سعيد النحيلي** الأستاذ المساعد في قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة البعث **عضواً**

-**الدكتور نجم الأحمد** الأستاذ المساعد في قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة دمشق **عضواً**

- **الدكتور مهند نوح** الأستاذ المساعد في قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة دمشق **عضواً**

كلمة شكــر

لا يسعني بعد إتمام هذا البحث المتواضع إلا أن أشكر الله تعالى وأحمده على ما منّ عليّ ويسّره لي.

كما أنني أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان إلى الدكتور أحمد إسماعيل لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة ولما بذله من جهد في التوجيه والمتابعة والتشجيع في جميع مراحل إعداد البحث، فجزاه الله عني كل خير وله مني كل التقدير والاحترام.

والشكر موصول لجامعة دمشق بكادرها التدريسي وإداريها وكافة موظفيها.. أدامها الله تعالى منارةً للعلم والعلماء.

ولا أنسى أن أخص بالشكر الجزيل كل إنسان شدّ من أزري ويسر لي أمري وقدم لي يد العون.

إبراهيم الحسن

المقدمة:

يعّد مبدأ المشروعية المتمثل بسيادة حكم القانون من أهم المبادئ التي قامت عليها الدولة القانونية الحديثة، التي أخضعت أعمال السلطة التنفيذية لرقابة القضاء.

وبحسبان أن أعمال الإدارة – السلطة التنفيذية – القانونية لا تخرج عن أحد نوعين:

1) أعمال تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة أي من جانبها وحدها ودون مشاركة من الأفراد، وهذه الأعمال هي القرارات الإدارية بأنواعها المختلفة.
2) أعمال قانونية تعاقدية، تصدر باتفاق الإدارة والأفراد، وتمتزج فيها إرادتها مع إرادة أخرى لتكوين العقد.

ولما كانت أعمال الإدارة القانونية من النوع الأول، تتمثل بالقرار الإداري وهو وسيلة الإدارة للإفصاح عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث مركز قانوني معين، كان لابد من إخضاع هذا القرار لرقابة القضاء عملاً بمبدأ المشروعية المذكور.

وهو ما عملت عليه الدول التي أخذت بالنظام اللاتيني وذلك من خلال إفساح المجال للأفراد للطعن في هذا القرار الإداري ومهاجمته بقصد إعدام أثره، وذلك عن طريق قضاء الإلغاء وفقا لما يتميز به هذا الطريق من طبيعة عينية.

أما بالنسبة للنوع الثاني من أعمال الإدارة القانونية والمتمثل بالعقد الإداري فقد أخضعته هذه الدول لنظام القضاء الكامل وهو قضاء تتميز منازعاته بطبيعة ذات سمة شخصية تقاس الحقوق والالتزامات فيها على العقد.

إلا أن العقد الإداري وإن كان يماثل العقود العادية من حيث المبدأ، إلا أنه يتميز عنها في أن الوصول لمرحلة العقد الإداري تسبقها أحياناً مجموعة من القرارات الإدارية، فضلاً عن القرارات الإدارية التي تأتي تنفيذاً للعقد الإداري بشكل لاحق له.

وهنا يثور التساؤل، هل كان من الممكن تطبيق أحكام قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية ؟ وخاصة في ضوء ما ذكرناه من خضوع منازعات العقود الإدارية للقضاء الكامل، وصدور كتلة القرارات كان بغاية الوصول للعقد ذاته ؟

أو بعبارة أخرى هل يمكن إخضاع القرارات الإدارية السابقة للعقد الإداري واللاحقة له لقضاء الإلغاء ؟

إن الدول التي أخذت بالنظام اللاتيني قد أقرت بالفعل خضوع هذه القرارات الإدارية لقضاء الإلغاء عملاً بمبدأ فصل هذه القرارات – كإرادة منفردة للإدارة – عن العقد الإداري ذاته، وذلك عن طريق دعوى الإلغاء العادية ووفقا لتنظيمها الإجرائي التقليدي.

إلا أن التطبيق العملي لدعوى الإلغاء العادية على القرارات الإدارية السابقة على إبرام العقد أثبت عدم نجاعته وأفرز بشكل خاص نوعين من المشكلات، تجلت في الآتي:

1) تعطيل تلبية حاجة المرفق العام لمتطلباته التي تم طرحها للتعاقد، ذلك أن واقع العمل القضائي أثبت عجز دعوى الإلغاء العادية، وما تقتضيه من مدد وإجراءات عن الاستجابة لمتطلبات مرحلة إبرام العقد الإداري وحاجة الإدارة لتلبية متطلباتها بسرعة، ذلك أنه قد يؤدي حصول أحد المتداعيين مثلاً على وقف تنفيذ للقرار الصادر في هذه المرحلة، وما يتبع ذلك من طول مدة التقاضي أحياناً إلى ترتيب أسوأ الآثار على الإدارة، ويعيقها من تأمين احتياجاتها بالسرعة المطلوبة.
2) إعراض الأفراد عن طرق باب القضاء بسبب إحجامهم عن سلوك سبيل دعوى الإلغاء العادية، ذلك أن دعوى الإلغاء العادية وما تقتضيه من مدد وإجراءات، غالبا ماتؤدي إلى انكفاء الأفراد عن سلوك سبيل هذه الدعوى طالما أنهم يعلمون مسبقا أن البت بها لن يكون إلا بعد إبرام العقد، وأنهم وإن حصلوا على مطالبهم بالدعوى، فلن يكون لذلك أي أثر على العقد

الذي أبرم ،والذي يشكل غاية ومقصد المدعي في هذه الحالة، بحسبان أن العقد شريعة المتعاقدين ،ولايمكن الوصول إلى إبطاله إلا لأطرافه. فالعارض الذي لم ترسو عليه المناقصة مثلاً وأراد الطعن بقرار إحالة المناقصة على عارض آخر لأي سبب كان، لن يسعى للتداعي أمام القضاء إذا علم أن البت بدعواه سيكون بعد إبرام العقد مع غيره.

هذه الإشكاليات وما نتج عنها من تعطيل للعدالة في هذا المجال القانوني لم يثن المشّرع في الأنظمة القانونية المتطورة (كالنظام الفرنسي) عن الاستجابة لمعالجة النقص التشريعي في هذا المضمار، من خلال اعتماد دعاوى بإجراءات ومدد خاصة تتوافق مع كل مرحلة من مراحل نشوء العقد، واتاحتها لكل ذي مصلحة وبدون تقييد.

إلا أنه وأمام ما حققه المشّرع في النظام القانوني الفرنسي في هذا المجال، نجد أن المشّرع العربي (سواء في مصر أو سورية) لم يحقق أي تطور بهذا الخصوص، ومازال يسير وفقا للنهج التقليدي المتمثل بدعوى الإلغاء العادية ودعوى القضاء الكامل، إضافة للتقييد المترافق لكلا الدعويين من حيث أطراف العلاقة، مما أدى إلى تراجع واضح لدور القضاء الإداري العربي في مرحلة إبرام العقد الإداري سواء لعدد الدعاوى المرفوعة في هذه المرحلة أم لنوعية الأحكام الصادرة فيها.

وأمام انحسار دور الاجتهاد القضائي في هذه المرحلة لجأت الإدارات إلى الاستعاضة عن ذلك باللجوء إلى استفتاء القسم الاستشاري لمجلس الدولة (خاصة في سورية) لعرض المشكلات التي تطرأ عليها أثناء إبرام العقد، وهو أمر وإن كان يحقق مبتغى الإدارة في معالجة ما يعرض لها من مشكلات، إلا أنه لا يمكن أن يحل محل الاجتهاد القضائي في تحقيق العدالة للأطراف كافة في مرحلة إبرام العقد، كون الرأي الصادر عن القسم الاستشاري يتسم بالآتي:

1) طلب إبداء الرأي من القسم الاستشاري محصور بالإدارات، ولا يمكن للأفراد العاديين اللجوء إليه مباشرة، مما يحرم ذوي العلاقة الآخرين من إبداء وجهة نظرهم أمامه.
2) طلب إبداء الرأي من القسم الاستشاري أمر جوازي للإدارة يخضع لمحض تقديرها.
3) الرأي الصادر عن القسم الاستشاري غير ملزم للإدارة.

وأمام هذه المشكلات التي اعترضت دعوى الإلغاء في مرحلة إبرام العقد، وعدم تطور التشريع العربي، وقصور الاجتهاد القضائي عن معالجة هذه المشكلات، شكل لنا دافعاً في تسليط الضوء على هذا الموضوع، من خلال دراسة مقارنة له في التشريعات العربية (السورية والمصرية) والتشريع الفرنسي الذي خطا مراحل مهمة ومتقدمة في هذا النطاق.

وإننا إذ نستعرض في هذا البحث الجانب التقليدي لقضاء الإلغاء والذي لازال نهجا للقضاء الإداري العربي ليس من وجهة نظر نقدية بحتة فقط، وإنما سنلجأ أيضا إلى طرح وسائل الاتجاه الحديث لقضاء الإلغاء بهدف الاستنارة والاقتباس، بحسبان أن مشروع التنوير والتحديث في العالم العربي أصبح ضرورة ملحة. ومسألة الاستنارة بالنموذج الحداثي للغير هي قضية لا غنى عنها بوصفها ممارسة يلجأ إليها كل عقل يتغيأ الارتقاء والتطور، مع الحرص على الارتقاء بالنموذج المحلي ليواكب المراحل التي وصلت إليها الأنظمة القانونية المتطورة ويضاهيها.

أولاً-أهداف البحث :

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على واقع دعوى الإلغاء في نطاق العقد الإداري في الأنظمة القانونية موضوع البحث، ومدى التطور الذي أنجزته في هذا النطاق، بهدف صياغة وبلورة مجموعة من المبادئ و القواعد التي يمكن الاهتداء بها عند ممارسة إجراءات الطعن بالإلغاء في النطاق المذكور، والاستفادة من

التجربة الفرنسية في هذا النطاق عند معالجتها لدعوى الإلغاء في نطاق العقد الإداري، ومن ثم طرح الحلول التشريعية والقضائية التي يمكن من خلالها تقديم ما يخدم العملية التعاقدية الإدارية كعملية تسهم بشكل مباشر في تلبية الحاجات العامة، ومن جهة أخرى مساعدة ذوي العلاقة ممن يتعاملون مع الإدارة في هذا المجال وبشكل يخلق نوع من الأمان القانوني في التعامل مع الإدارة.

ثانياً- أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في الآتي:

1. دراسة النصوص القانونية التي تتناول جوانب البحث دراسة معمقة، سواء منها ما يتعلق بإجراءات دعوى الإلغاء، أو التي تتناول تنظيم إجراءات إبرام العقد الإداري وموضوعه، بقصد التمكن من الوصول إلى مزج خاص بين هذه الإجراءات، بغية الوصول إلى إجراءات خاصة للطعن بالإلغاء في نطاق العقد الإداري.
2. دراسة التطبيقات العملية للمشكلات التي تعترض إبرام العقد الإداري، سواء التطبيقات القضائية منها أو التي تمت بآراء استشارية من مجلس الدولة، ومحاولة ربطها بالمبادئ التي استقر عليها فقه القانون الإداري، وبيان مدى فاعلية الحلول التي قدمتها التطبيقات المذكورة.
3. في ضوء المشكلات التي يعاني منها الجهاز القضائي في سورية بشكل عام والقضاء الإداري بشكل خاص، كان لابد من تسليط الضوء على النموذج الفرنسي في هذا المجال كمصدر تقليدي للأنظمة القانونية اللاتينية.

ثالثاً- المشاكل التي واجهها الباحث:

من أهم المشكلات التي واجهت الباحث:

1. ندرة المراجع القانونية الفقهية التي تعالج موضوع البحث في النظام القانوني السوري، مما ترتب عليه وجود صعوبات في عملية تحليل

للنصوص القانونية من وجهة الفقه السوري ،وفي عملية المقارنة الفقهية لبعض النقاط التي ثار حولها جدل فقهي في الأنظمة الأخرى موضوع الدراسة.

2. تلاشى المبادئ الاساسية المتعلقة ببعض جوانب البحث في الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة السوري (كنظرية القرارات الإدارية النفصلة)، حتى تكاد تخلو الغالبية منها من التحليل الذي يعطي فكرة تبين ماهية النزاع، وبما يساعد على الوصول للمبدأ الذي بت النزاع وفقه، خاصة وأن معظم هذه المبادئ ذات نشأة قضائية. مما كوّن عائقاً في عملية ربط المبادئ المستقرة في فقه القانون الإداري مع ما يسير عليه اجتهاد القضاء الإداري المذكور ولاسيما في السنوات الأخيرة.

رابعاً – منهج البحثّ:

1. **منهج مقارن:** تمت الدراسة وفقاً للمنهج المقارن ضمن النظام القانوني في ثلاث دول، وهي فرنسا ومصر وسورية. حيث تم في القسم الأول من البحث معالجة المسائل المطروحة وفقاً للحلول المنتهجة في الأنظمة المذكورة، وتم التركيز على النظام الفرنسي بتطوراته التاريخية بحسبانه المصدر التاريخي للأنظمة التي تتبنى المنهج اللاتيني، ومنها النظام القانوني في سورية ومصر، حيث تم استعراض التطور لما هو مشترك في الأنظمة المذكورة. أما في القسم الثاني من البحث فقد تناولنا ما تبناه المشّرع الفرنسي من أنظمة حديثة ذللت الكثير من المشكلات التي لم تسع الأنظمة العربية موضوع المقارنة لانتهاجها أو العمل على تطوير تشريعاتها في هذا المجال.
2. **منهج استقرائي:** حيث سيتم البحث – بعونه تعالى– باستقراء الحلول التي حملتها النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الإداري والآراء الاستشارية لقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة في الأنظمة المذكورة.

3. **منهج نقدي:** بحسبان أننا سنعمد لدراسة السلبيات التي تعتور الأنظمة القانونية العربية في نطاق البحث، وعدم مواكبتها للتطورات القانونية الإيجابية في فرنسا، وما أدى إليه ذلك من أثر سلبي على واقع حياة الدولة والأفراد، ولاسيما من الناحية الاقتصادية التي يعدّ القضاء الإداري أحد دعامات تعزيزها من خلال خلق الثقة لدى المستثمرين الأجانب بقدرتهم على تحصيل حقوقهم بمواجهة الإدارة.

وإنني إذ أطرح هذا البحث أتمنى أن يكون بذرة تحمل الحياة، عسى أن يزهر لها غصن بنص تشريعي، أو أن تجنى لها ثمرة في حكم قضائي، ولا أريد لها الموت تحت غبار المكتبات.

القسم الأول

الاتجاه التقليدي لدعوى الإلغاء

في نطاق العقود الإدارية

الباب الأول

دعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية المنفصلة من العقد الإداري

من المعلوم أن دعوى الإلغاء هي الطريق الأصيل لكل من يريد أن يلغي قراراً إدارياً شابه عيب من عيوب المشروعية، وهي بذلك ترتبط وجوداً وعدماً مع وجود القرار الإداري، فإذا انتفى هذا القرار أضحت دعوى الإلغاء غير موجودة. وهي بذلك ليست دعوى بين خصوم بقدر ما هي دعوى موجهة ضد قرار إداري معيب.

ودعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري موضوع بحثنا لاتخرج عن المفهوم السابق لدعوى الإلغاء، إلا أن خصوصيتها تتجلى في أنها موجهة ضد قرارات إدارية كان الاتجاه السائد فقهاً وقضاء لوقت غير بعيد يرفض توجيه دعوى الإلغاء لهذا النوع من القرارات إعمالاً للمنهج التركيبي méthode synthétique الذي يقضي بأن المنازعات التي تنتمي لعملية قانونية واحدة تخضع لاختصاص قاض واحد أياً كانت صفة الأعمال مثار النزاع، وعليه كان الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بهذه القرارات يخضع لاختصاص القضاء الكامل[1].

إلا أن الاتجاه الحديث للفقه والقضاء قد منح هذه القرارات ذاتية مستقلة عن العقد، وأضحت تقبل الطعن استقلالاً أمام قضاء الإلغاء.

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة – مقال في مجلة مصر المعاصرة، العدد 362 اكتوبر عام 1975، الجزء الأول. ص55، وأيضا من الفقه الفرسي

Richer(L.),Droits des contrats adminhstratifs , paris, L.G.D.A ,2010,p.159.

وعليه سنعمد في هذا الباب لدراسة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري من خلال تحديد مفهومها والحدود التي تفصلها عن العقد الإداري، فضلاً عن دراسة إجراءات دعوى الإلغاء الموجهة ضدها وشروطها.

الفصل الأول

نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن منهج القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري الذي اتبعته المحاكم لا يعدو أن يكون مجرد اتجاه أو وسيلة يستعملها قاضي الإلغاء ليبسط رقابته على قرارات تدخل في الاختصاص الطبيعي لقاض آخر أو تكون بمنأى عن رقابة القضاء كلية، وأن القضاء إنما لجأ إلى هذه الوسيلة كسياسة ترمي لتحقيق مصلحة المتقاضين وتوفير مناخ العدالة، وبذلك رفض هذا الجانب من الفقه تأطير هذا الموضوع في نطاق نظرية تخضع للبحث، مؤيداً رأيه بأن الأحكام القضائية تكشف أن القضاء رفض في بعض الأحيان فصل القرارات المذكورة وتمسك بمنهج وحدة العملية القانونية وذلك عندما تقتضي صيانة العدالة أو كفالة الحقوقاستخدام هذا الأسلوب[1].

ويرى جانب آخر من الفقه إلى أن القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري أضحت نظرية متكاملة تخضع للبحث والدراسة لما لها من أهمية في تحقيق مبدأ المشروعية، مقررين عدم اقتصار هذه النظرية بشكل عام على المجال القضائي وإنما اتساعها لتشمل حتى المجال السياسي[2]. وأن رفض الاتجاه الأول إعطاء وصف النظرية للقرارات المنفصلة عن العقد الإداري وعدّها مجرد فكرة يعود لحداثة هذا الموضوع، وندرة الأحكام التي تناولته عند طرحهم له[3].

واستناداً لذلك عمد أنصار هذا الاتجاه إلى وضع تعريف لهذه النظرية، وبيان أسسها والنطاق الذي توجد من خلاله.

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مرجع سابق. ص 56 .

[2] ومثالها في المجال السياسي عملية الانتخابات الإقليمية والنشاط الدبلوماسي.

[3] د. عاطف الشهاوي – القرارات الادارية القابلة للأنفصال – رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ،2007. ص 9.

ومن جانبنا نؤيد هذا الاتجاه الأخير كونه يؤدي إلى مد رقابة القضاء إلى العديد من الأعمال الإدارية، وإلى مجابهة تعنت الإدارة في كثير من الأحيان.فضلاً عن أن هذه النظرية تمثل السلاح الوحيد لغير المتعاقد في وجه الإدارة، كونه لا يستطيع أن يطرق سبيل دعوى العقد (دعوى القضاء الكامل) لأنه غريب عن العقد طبقاً لقاعدة نسبية آثار العقود، إلا أنه يستطيع أن يلجأ لدعوى الإلغاء لمواجهة قرارات الإدارة غير المشروعة.

وفيما يأتي سنعمد إلى عرض هذه النظرية من خلال تحديد مفهوم القرار الإداري المنفصل عن العقد والحد الفاصل بين هذا القرار وبين العقد الإداري.

المبحث الأول

مفهوم القرار الاداري المنفصل عن العقد الاداري[1]

[1]بداية لابد من الإشارة أن هذا الباب من البحث إنما يتناول القرار الإداري المنفصل عن **العقد الإداري** كرابطة قانونية تتم وفقاً لما حدده المشرع للإدارة في نظام العقود من إجراءات لابد على الإدارة من اتباعها للوصول إلى العقد الإداري، وهذه الإجراءات تمتد من لحظة أعداد الوثائق التي يستند إليها العقد وحتى الإبرام النهائي للعقد مروراً بكل القرارات المتخذة في هذا الصدد(كالإعلان والإرساء والاستبعاد)، وهذا يحتم علينا استبعاد الروابط العقدية الفعلية أو ما يعرف **بالعقد الإداري الفعلي**:الذي يمكن تحديد مفهومه بكل رابطة عقدية تتم بتنفيذ أعمال على أرض الواقع وتخرج فيها الإدارة عما حدده لها القانون عند إبرامها لعقودها الإدارية.

فقدأظهر الواقع العملي أن الإدارة تلجأ في الكثير من الحالات إلى الخروج عن الطريق الذي حدده لها المشرع للتعبير عن إرادتها، ويتخذ هذا الخروج عدة أشكال سواء منها بالخروج الكامل عما حدده المشرع كما في حالة العقد الشفهي في وقت تتطلب نصوص القانون الكتابة للعقد أو بالخروج الجزئي كما في حالة عدم إتمام الإدارة للإجراءات المطلوبة منها للتعبير عن إرادتها.

وقد لجأ القضاء الإداري في هذا الصدد – وبغية الحفاظ على حقوق المتعاملين مع الإدارة – إلى نظرية القعد الإداري الفعلي، مكرساً بذلك مبدأ لكل عمل أجر، ومقيماً اتجاهه في هذا الصدد على مبادئ العدالة في إطار تعامل الإدارة مع الغير، وأن العلاقة لا تزال مع الإدارة باعتبارها قوامة على سير المرفق العام، وتصرفها تصرف الشخص الاعتباري العام (حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم/280314/ الصادر في 2007/1/10موجود على الموقع WWW.jurisconsulte.net) (وحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /290/ بالقضية رقم /1007/ تاريخ 2007/3/15 غيرمنشور وأيضاً رأي اللجنة المختصة بالقسم الإستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /103/ بالقضية /459/ لعام 2007 غير منشور. ورأي اللجنة المختصة رقم /9/ لعام 1972 والرأي /58/ لعام 1999 غير منشورين).

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد هو: هل يمكن صدور قرار إداري منفصل يشكل محلاً لدعوى الإلغاء في إطار العقد الفعلي ؟.

في ضوء عدم وجود ما يمنع من صدور القرارالإداري بشكل شفوي بشكل عام، وأن الكتابة ليست شرطاً للقرارالإداري (عبد الغني بسيوني عبدالله ،القضاء الإداري،الاسكندرية، دار المعارف،1996،ص440)، فإنه يمكن القول أنه يمكن أن يوجد قرارإداري منفصل عن العقد الإداري الفعلي قبل مرحلة التنفيذ على أرض الواقع، وإذا كانت هذه الحالة من الحالات النادرة أو التي قد لا تجدي فائدة للطاعن بالإلغاء بعد التنفيذ للأعمال، إلا أن ما يمكن تصوره وإمكانية حدوثه هو صدور قرارإداري منفصل بعد تنفيذ العقد

لبيان مفهوم القرار الإداري المنفصل لابد من التعرض بالدراسة للأصل التاريخي لنظرية القرارات الادارية المنفصلة، ومن ثم بيان ماهية القرارالإداري المنفصل وتمييزه عن القرار التنفيذي للعقد الإداري.

المطلب الأول:الأصل التاريخي لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري:

كغيرها من نظريات القانون الإداري تعد نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وبتتبع قضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه لم يتبع مسلكاً واحداً في الأخذ بهذه النظرية، وذلك بخلاف القضاء الإداري العربي الذي عرف النظرية منذ نشأتها، ويرجع ذلك إلى أن نظام القضاء الإداري العربي نشأ بعد أن استقرت دعائم النظرية في أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي يعدّ المصدر التاريخي الذي تستسقى منه المبادئ والنظريات الأساسية للقانون الإداري العربي.

وقد مر مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الموضوع بمرحلتين:

المرحلة الأولى: كان مجلس الدولة الفرنسي قد رفض في البداية الأخذ بفكرة القرارات القابلة للانفصال استناداً لمبدأ الكل غير القابل للتجزئة.ورأىأنه بمجرد الانعقاد النهائي للعقد تصبح القرارات المساهمة في تكوينهكافة جزءاً لا يتجزأ من بنيانه وتكون العملية كتلة واحدة لا تقبل عناصرها الانفصال ويختص قاضي العقد بكافة المنازعات التعاقدية الناشئة عنها.أما إذا وجه الطعن بالإلغاء إلى قرار خاص بالعملية فإنه يلزم لإمكان الفصل والطعن فيه استقلالاً ألا يكون العقد قد أصبح نهائياً قبل صدور الحكم بالإلغاء.

الفعلي، ومثاله في هذه الحالة صدور قرارإداري بالحرمان من التعاقد نتيجة عدم كفاءة المتعاقد في تنفيذ أعمال العقد الفعلي.

ومنهج مجلس الدولة الفرنسي المذكور قد سرى في العقود الإدارية والمدنية على حد سواء، ومن أبرز ما يدل على هذا الاتجاه القضائي الرافض لمنطق الفصل ما ورد في تقرير المفوض" دافيد" في قضية المعهد الكاثوليكي لمدينة ليل عام 1877م[1].

أدى اتباع مجلس الدولة الفرنسي للنهج السابق في العديد من أحكامه إلى اتجاه الفقه للقول إن قاعدة التمسك بوحدة العملية التعاقدية وعدم قبول فصل القرارات المتداخلة في بنيانها قاعدة مطلقة، وعليه لم يفرق القضاء بين الطعون المقدمة من المتعاقدين أو غير المتعاقدين.

بنىمجلس الدولة اتجاهه في هذه المرحلة على أساسين:

الأســاس الأول: الــدفع بوجــود الــدعوى الموازيــة recours parallèle:ومؤداه أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إذا وجد طريق قضائي آخر للطعن، أي دعوى موازية يمكن أن تؤدي إلى نفس نتائج دعوى الإلغاء، لأنها دعوى احتياطية لا يلجأ إليها إلا في الحالات التي لا يمكن فيها الالتجاء إلى دعوى أخرى[2].

ولما كان مجلس الدولة هو الجهة الوحيدة المختصة بإلغاء القرارات الإدارية، وكانت القرارات المساهمة في تكوين العملية التعاقدية تصبح بمجرد إتمامها جزءاً لا يتجزأ من بنيانها، فإنه بإمكان أطراف العقد الالتجاء إلى قاضي

---

[1]تقرير David في حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1877 في قضية المعهد الكاثوليكي لمدينة ليل. حيث ورد في التقرير " نعتقد أنه في إمكاننا تلخيص أحكام القضاء الإداري بقولنا إن قرارات الوصاية الإدارية عندما تكون سابقة أو لاحقة على العقود التي تصدق عليها أو ترخص بها لا يمكن فصلها عن هذه العقود التي تملكها وتختلط بها بحيث يمكن إلغاؤها مباشرة سواء بواسطة الدولة أو بواسطة السلطة الإدارية التي تصدر عنها ".

[2]د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 701.

العقد للمطالبة بـبطلان العقد استناداً إلـى عـدم مشـروعية القـرارات التـي بنـي عليها.وفي هذه الحالة يوقف قاضي العقد النظر في الدعوى ويحيل الطرفين إلى مجلس الدولة ليتولى فحص مشروعية القرارات المبني عليها العقد.ثم تستأنف الدعوى مرة أخرى أمام قاضي العقد ليفصل في الطعن ببطلانه في ضوء حكم قاضي الشرعية في مجلس الدولة.

وبذلك نجد أن دعوى العقد يمكن أن تؤدي نفس نتائج دعوى الإلغاء ذاتها، ومن مقتضى كون دعوى الإلغاء دعوى احتياطية فإنه لا يقبل في هذه الحالة الالتجاء إليها طالما يوجد أمام أطراف العقد دعوى القضاء الكامل أي دعوى العقد[1].

الأساس الثاني: احترام الحقوق المكتسبة [2] Les droits acquis:ومؤدى ذلك أنه بمجرد إبرام العقد وصيرورته نهائياً فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من هذه القرارات المساهمة في تكوينه والمتداخلة في بنيانه. إذ أن هذه العملية التعاقدية يتولد عنها حقوق مكتسبة لطرفي العقد وأن إلغاء أي من القرارات المرتبطة بهذه العملية يتضمن المساس بهذه الحقوق، وعليه يربط لافيريير بين هذه الفكرة وبين سحب الإدارة الاختياري للقرارات التي تكون أساساً لعمليات مولدة لحقوق[3].

---

[1]د. سيد أحمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2007، ص 162.
د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق ص 81.

[2]De la ubadere , Traitè des contrats Administratifs , paris ,1956 , T3 ,P325.

[3]La Ferrière , Traitè de La juridiction administratif et des recours contentieux, 1896 , T2 , P545.

حيث يقرر" لافيريير" أنه "لا يمكن العدول عن القرارات الإدارية ليس فقط عندما تنشئ حقوقاً، وإنما كذلك عندما تقتصر على الترخيص أو التصديق على قرارات أو عقود تنتج عنها حقوق... وإن عدم إمكانية

وبناء عليه قام مجلس الدولة بإلغاء قرارات الإدارة بسحب قرارات سلطة الوصاية الإدارية لمخالفتها للقوانين والحقوق المكتسبة[1].

وبهذا كان الفقه والقضاء السائدين في هذه المرحلة يريان أن أساس عدم قابلية فصل قرارات سلطة الوصاية بالترخيص أو بالتصديق على إبرام العقد هو نفسه أساس عدم جواز سحب هذه القرارات بمعرفة الإدارة. هذا الأساس كما بيّن لافيرييز هو الطابع النهائي الذي تكتسبه هذه القرارات بمجرد إبرام العقد الذي تولدت عنه الحقوق. فهي تتحصن في مواجهة السلطة الإدارية وفي مواجهة القضاء الإداري على حد سواء، فلا تملك الإدارة السحب ولا يقبل القضاء الطعن بالإلغاء.كما بين لافيرييز أن هذه القرارات تصبح نهائية ومحصنة ضد السحب والإلغاء بمجرد أن تتبعها عقود أو قرارات تنشئ حقوقاً مكتسبة حتى ولو كان موعد الطعن بالإلغاء ما زال ممتداً، إذ أن هذه القرارات تتحد مع العمليات القانونية وتندمج معها مكونة وحدة لا تقبل التجزئة بحيث أن المساس بهذه القرارات يتضمن المساس بالعملية القانونية وما تولد عنها من حقوق[2].

المرحلة الثانية:وتبدأ منذ مطلع القرن العشرين والتي بدأ فيها المجلس بتطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة حيث صدرت مجموعة من الأحكام شكلت بداية التحول في سياسة مجلس الدولة الفرنسي والذي اتجه إلى تحليل العملية التعاقدية بفصل القرارات الإدارية الممهدة لها أو المتداخلة في تكوينها وإجازة الطعن فيها استقلالاً، ولم يفرق فيها القضاء بين عقود تم إبرامها وبين أخرى لم يتم إبرامها.إذ أن هذه القرارات يمكن مواجهتها من زاويتين هما الزاوية العقدية

العدول عن قرار الوصاية يلزم ليس فقط السلطة التي أصدرته، وإنما أيضاً الرئيس الإداري لهذه السلطة)).

[1]CE, , 27-7-1877 , Delondre , siery,1879,p.192

[2]La Ferrière ,op. cit, T2 , P47.

بحسبانها من مكونات العقد، والزاوية الإداريةبحسبانهاقرارات إدارية تتمثل فيها سلطة الإدارة الآمرة ولا يوجد مبرر لأن تستغرق صفة كل منهما الصفة الأخرى[1].

وقد بنىمجلس الدولة اتجاهه في هذه المرحلة على أساسين:

الأساس الأول: انتقاد فكرة الحقوق المكتسبة:وذلك بالاستناد إلى الآتي:

1) إن إلغاء القرار الإداري المنفصل لن يؤدي للمساس بالحقوق المكتسبة من العقد، لأن الإلغاء لن يؤدي إلى سقوط العقد الذي بُني على أساسه القرار فيظل العقد قائماً ومنتجاً لآثاره حتى يقوم قاضي العقد بإبطاله إذا طرح النزاع أمامه[2].
2) لا تقف نظرية الحقوق المكتسبة عقبة أمام قبول الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة لأنه يلزم لاحترام هذه الحقوق أن يكون اكتسابها قد تولّد عن طريق صحيح ومشروع[3].
3) إذا قيدنا إمكانية فصل القرارات المساهمة في تكوين العقد بوجوب صدور حكم قبل الإبرام النهائي للعقد، فإنطريق الطعنسيصبح مغلقاً من الناحية العملية أمام المتقاضين، إذ لا يتصور أن يصدر الحكم وهو آخر إجراء في الدعوى قبل أن يتم إبرام العقد.

الأساس الثاني:ويقوم على بيان المعنى الحقيقي للدفع بوجود دعوى موازية، الذي كان ينظر من خلاله إلى دعوى الإلغاء على أنها وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا إذا أُغْلِقَت السبل الأخرى.إلا أن ذلك يرجع إلى أن مجلس الدولة كان حتى صدور قانون 24 /5/ 1872 يصدر مجرد مشروعات أحكام

---

[1]George Pequegnat , Théorie général du contrat administratif , paris , 1945 , p. 576.

[2]تقرير المفوض روميو في حكم Martin عام 1905 مذكورعند د.أحمد يسري-أحكام المبادئ – ص 88.

[3]د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق، ص 87.

تخضع لتصديق الإدارة أي أن دعوى الإلغاء كانت في حقيقتها مجرد تظلم أمام الإدارة. إلا أنه بعد تحول قضاء مجلس الدولة من نظام القضاء المحجوز إلى نظام القضاء المفوض[1] سنة 1872 الذي أصبحت دعوى الإلغاء من خلاله دعوى الشريعة العامة[2] لم يعد أساس هذا الدفع أن دعوى الإلغاء دعوى احتياطية.

وقد أمكن التغلب على الصعوبات كافة التي كانت تحول دون فصل القرارات عن العملية العقدية نتيجة الدفع بوجود طريق الطعن المقابل من خلال مايلي:

1) حقيقة أن الدفع بوجود دعوى موازية يؤدي إلى منع التضارب بين الأحكام والتنازع بين الاختصاصات القضائية، إذ قد يقضي قاض الإلغاء بشيء بالنسبة لقرار إداري بينما يرى قاضي العقد شيء آخر. إلا أن هذا الفرض الذي يؤدي إلى التضارب بين الأحكام ليس هو الفرض الوحيد لإمكان حدوث التعارض، إذ أن التمييز بين أنواع الدعاوى لا يمنع من وجود مناطق مشتركة قد يحدث فيها التعارض، فقد تثار مثلاً المنازعة في شرعية لائحة ضبط معينة أمام القضاء الإداري كما قد يثار نفس الأمر أمام القضاء الجنائي[3].
2) بما أن دعوى الإلغاء أصبحت دعوى الشريعة العامة واللجوء إليها يجب أن يكون متاحاً لأصحاب المصلحةكافة لما تتضمنه من يسر في المال

---

[1] القضاء المقيد أو المحجوز Justice retenue حيث كان مجلس الدولة الفرنسي خلاله يصدر مشروعات أحكام لا تصبح نافذة إلا بعد تصديق الإمبراطور أو الملك

القضاء المفوض أو البات Justice déléguée ومن خلاله أصبح المجلس يصدر أحكاماً لا يتوقف نفاذها على تصديق السلطة الإدارية.

[2] أضحت دعوى الإلغاء دعوى الشريعة العامة أي أنها أصبحت الطريق الأصيل لكل من يريد أن يخاصم قرارات الإدارة.

[3] Auby et Drago , Traite de contentieux administratif , 1962 , T2 , p438

وبساطة في الإجراءات للمتقاضين فلا يمكن تصور أن يكون القرار قابلاً للانفصال قبل انعقاد العقد ولا يكون كذلك بعد انعقاده، فمزايا دعوى الإلغاء لاينبغي أن يحرم منها المتقاضون بحجة أن العقد قد تم إبرامه[1].

3) لا يصلح الدفع بوجود طريق الطعن المقابل لتبرير عدم قبول الطعن بالإلغاء من غير أطراف العقد، فإذا كان هذا الغير لا يملك الالتجاء لقاضي العقد ويغلق الباب أمامه بالنسبة لدعوى الإلغاء أيضاً فإنه يفقد بذلك حق الالتجاء للقضاء بصفة عامة مما يشكل إنكاراً للعدالة[2].

4) أطراف العقد لهم مصلحة جدية في الالتجاء إلى قاضي الإلغاء وذلك بدلاً من الالتجاء إلى الطريق الطويل عن طريق قاضي العقد وهو طريق يستلزم إجراءات طويلة يصبح الغير في غنى عنها إذا ما أتيح له أن يطرق باب قاضي الإلغاء.

5) من النادر أن تحقق دعوى القضاء الكامل المزايا التي تحققها دعوى الإلغاء إذ أن الحكم بالإلغاء يتمتع بالحجية المطلقة فيستفيد منه الطاعن في الماضي والحاضر والمستقبل لأنه يؤدي إلى إعدام القرار المحكوم بإلغائه بصفة أبدية أما الأحكام التي يصدرها قاضي العقد فهي ذات حجية نسبيّة، فيحتاج المتقاضي في كل حالة يحتج فيها عليه بالقرار أن يلجأ إلى القضاء ولو كانت الدعوى متعلقة بذات القرار موضوع الطعن السابق[3].

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مثال سابق – ص 88.

[2] Golliard , La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence, du Conseil d'Etat. ,mélanges Mestre Achille Sirey , 1956 , p115.

[3] Alibert Raphael , contrôle juridictionnel de L'administration du moyen da Recours pour excès de pouvoir paris , 1926 , p3.

وبالاستناد إلى ما سبق فإنه يتبين أن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري لم تظهر دفعة واحدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وإنما جاءت وليدة تطورات كثيرة رافقها الكثير من التبريرات الفقهية التي شكلت أساساً لانطلاقة المجلس إلى أن أدت إلى استقرارها في نظامه خاصة بعد تمييز دعوى الإلغاء عن دعوى القضاء الكامل.

أما في القضاء الإداري العربي فقد قبل مجلس الدولة المصري فكرة القرارات الإدارية المنفصلة عن العمليات القانونية عقدية كانت أم غير عقدية، ويرجع جانب من الفقه أن السبب في ذلك أن فكرة القرارات المنفصلة كانت قد استقرت في الأدب القانوني الفرنسي منذ مطلع القرن العشرين الذي كان وفقاً للفقه السابق النبع الفياض الذي نهل منه مجلس الدولة المصري الكثير من المبادئ والنظريات[1].

إضافة لذلك فإن فكرة الطعن الموازي لم ترد في أحكام مجلس الدولة المصري لأنها ليست شرطاً لقبول دعوى الإلغاء أو لاختصاص القضاء الكامل، لأن العوامل التاريخية والعملية التي استندت إليها نشأة هذه النظرية في فرنسا لم تكن موجودة في مصر[2].

وبالاستناد لما تقدم فقد أخذ مجلس الدولة المصري في جميع التشريعات التي سار عليها بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، واستمر على ذلك حتى في ظل قانون مجلس الدولة الحالي رقم /47/ لعام 1972 حيث بينت المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد أنه ينبغي التمييز في مجال التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة والإجراءات التي تمهّد بها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده، ذلك أنه

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 89.

[2] د. محمود حافظ – نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي – مقال في مجلة الاقتصاد والقانون – مارس 1959 – العدد الأول سنة 29 – ص 51 وما بعدها.

بقطع النظر عن كون العقد إدارياً أو مدنياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته، من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد وتنفصل عنه ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها[1].

وفي سوريةظهر مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة من خلال كتابات الفقه الإداري في هذا المجال معتبراً أن دعاوى المناقصات من اختصاص القضاء الإداري كقضاء إلغاء، وإنه يجب التفرقة ما بين المناقصة التي تسبق العقد وبين العقد الذي يأتي بعد المناقصة، فالمخالفات المرتكبة في إجراء المناقصة تكون محلاً لدعوى الإلغاء كالقرار القاضي بإحالة المناقصة لأحد المتزاحمين، وتجوز إقامة الدعوى من قبل كل ذي مصلحة كالمناقصين الخاسرين[2].

ولم يتخلف في الوقت ذاتهمجلس الدولة السوري في ظل قانونه الصادر برقم /55/ لعام 1959 بالأخذ بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة حيث عدّ أن قرار الإدارة بفشل المناقصة والتعاقد مع إحدى الشركات بالتراضي يعدّ من القرارات

---

[1] حكم الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1975/4/5 بالقضية /320/. في ذات الخصوص حكم المحكمة العليا المصرية بجلسة 3/ديسمبر 1994 بالطعون /943/ وَ /1640/ سنة 4 قضائية ،المجموعة، ص541.

[2] د. عدنان العجلاني – الوجيز في الحقوق الإدارية – الجزء الثالث – مطبعة جامعة دمشق – 1966، ص 248.

د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع – العقود الإدارية – دمشق – ص 573.

د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – دمشق – 1981 – ص 214.

المنفصلة عن العقد بحسبانه قد اتخذ قبل التعاقد وبالتالي يعدّ قراراً إدارياً بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى في القضاء الإداري[1].

كما عدّ أن القرار الصادر بإحالة المزايدة هو من القرارات الإدارية المنفصلة التي تتمتع بكل مقومات القرارات الإدارية وآثارها، وإن إحالة المزايدة لا يعدّبمنزلة إبرام لعقد إداري بين الطرفين ما لم يتم ذلك بإبرام عقد وتوقيعه من قبل الطرفين بفرض أن العقود بين الإدارات العامة والأفراد تتم بسلسلة من الإجراءات المعقدة لا مثيل لها في العقود بين الأفراد وآخرها توقيع الصك النهائي[2].

واستمراراً لما سبق فإن عدول الإدارة عن البيع بموجب قرارها المطعون فيه إنما يشكل قراراً إدارياً منفصلاً اتخذته بمحض إرادتها المنفردة وبهذه المنزلة يختص القضاء الإداري في أعمال رقابته عليها[3].

في ذات الوقت قبل مجلس الدولة الطعن بالقرار الصادر برفض التصديق على العقد من آمر الصرف والقرار الصادر بالإعلان عن البيع بالمزايدة[4].

المطلب الثاني:القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري والقرارات التنفيذية للعقد:

لابد لنا للوصول إلى تحديد الفارق بين القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري والقرارات التنفيذية للعقد من أن نعمد بداية إلى تحديد ماهية كل من هذين النوعين من القرارات. وهذا يتطلب منا دراسة النقاط الآتية:

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في سورية رقم /223/ بالقضية /246/ لعام 1971 مجموعة عام 1971ص 233.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /242/ بالطعن /225/ لعام 1976 غير منشور.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /48/ بالطعن /75/ لعام 1981 غير منشور.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /87/ بالطعن /2144/ لعام 2000.غير منشور

1) ماهية القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري.
2) ماهية القرار التنفيذي للعقد.

الفرع الأول -ماهية القرارات الإدارية المنفصلة

يعرف جانب من الفقه القرارات الإدارية المنفصلة بأنها قرارات إدارية تكوّن جزءاً من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناءً على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية، ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد[1] فالقرارات الإدارية المنفصلة عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها[2] أوفي إطار عملية مركبة مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها صالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها أي النتائج التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية[3].

وعليه فالقرارات الإدارية المنفصلة مرتبطة بالعمليات المركبة وتتخذ خلالها، بحيث نكون بصدد عملية مركبة في حالة ما إذا كان القرار النهائي في عمل ما يتوقف على اتخاذ عدة قرارات أخرى تكون ضرورية ولازمة لإصدار القرار النهائي[4].

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 495

[2] حكم المحكم الإدارية العليا السورية رقم /48/ بالطعن /75/ لعام 1981. غير منشور.

[3] د. جورجي شفيق ساري – القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري – القاهرة – دار النهضة العربية – 2002، ص 44.

[4] R. Chapus : cours de contentieux administratif Les cours du droit 1979-P248.

فالعملية المركبة هي في حقيقتها عبارة عن سلسلة متصلة الحلقات، تتحد بالقرارات التمهيدية أو المساعدة أو المؤازرة أو المعاونة التي تؤدي إلى القرار النهائي[1].

نخلص مما سبق أن القرارات الإدارية المنفصلة بشكل عام هي قرارات إدارية بالمعنى الكامل لهذه الكلمة أي ينطبق عليها تعريف القرارات الإدارية[2]وأنها تصرف قانوني صادر من إحدى السلطات أو الإدارات أو الهيئات بصفتها الإدارية في موضوع إداري بطبيعته[3].

وفي هذا الصدد يثور التساؤل عن الآلية التي تظهر فيها إرادة الإدارة إلى حيز الوجود ؟.

في الواقع إن العقد الإداري كالعقد المدني يقوم على توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني، يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه، إلا أن الآلية القانونية التي تظهر عبرها إرادة الإدارة إلى حيز الوجود تختلف عن الآلية التي تظهر فيها إرادة الأفراد الطبيعيين عند التعاقد، ونتيجة لهذه الإشكالية فقد اختلف الفقه إزاء مشكلة التعبير عن إرادة الإدارة في معرض إبرامها لعقودها.

فالفقه الفرنسي:كان متردداً حيث ذهب كلاً من الأستاذ "لوبادير" ومعه "دلفولفيه" و"مودرن" إلى التأكيد على أن التراضي مطلوب في العقد الإداري وأن وجود العقد الإداري قائم على اتفاق إرادتين دون أن يشيروا إلى الخصوصية التي تظهر فيها إرادة الشخص العام المتعاقد إلى حيز الوجود سوى أن التعبير عن إرادة

---

[1]Rodent , cours de contentieux administratif Les cours du droit 1978-P1101.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /242/ بالطعن /225/ لعام 1976 ،غير منشور.

[3]د. جورجي شفيق ساري – مرجع سابق – ص 47.

الإدارة لا يمكن أن يكون بسيطاً كما هو الحال بالنسبة لإرادة الأفراد إذ أنه يتجسد في عملية مركبة تتكون من عدد من المراحل[1].

أما الأستاذ "فيدل "ومعه "ديفولفيه" فيرى أن تكوين العقود الإداريةلا يختلف في شيء عن العقود المدنية سوى أن الأولى تبرم عن طريق إجراء مركب من عناصر معينة تتمتع بطبيعة القرار الإداري[2].

بينما يرى الأستاذ Rivero أن عنصر السلطة العامة الذي يظهر عند اتخاذ القرار يعود مرة أخرى عند إبرام العقد الإداري[3].

ويذهب الأستاذ Richer إلى أن العقد الإداري شأنه شأن كل عقد يَنتُج عن تبادل الرضا والتقاء إرادتين ويجزم بأنه لا توجد في نطاق العقد الإداري خصوصية في هذا الشأن، إلا أنه يلاحظ أن إرادة الإدارة يعبر عنها من خلال إجراءات خاصة لذلك فإنها لا تعدّ تلقائية، كما هو الحال عند الشخصالطبيعي[4]. ويصل الأستاذ Richer إلى أن إرادة الإدارة يعبر عنها ضمن ذاتية مختلفة عن العقود المدنية وهنا يناقض الأستاذ Richer نفسه حينما يقول إنه لا يوجد خصوصية معينة للرضائية في العقد الإداري[5].

أما الفقه العربي: فإنه يتفق مع نظيره الفرنسي من كون العقد الإداري كما العقد المدني ينشأ إثر توافق إرادتين بإيجاب يصادفه قبول لإحداث أثر قانوني[6].

---

[1]Laubader, Delvolve, Moderne, Traite des conctrat administratifs, 1983, T1, P.342

[2]Vedel, Delvolve, Droit Administratifs, 2001, P.211.

[3]Rivero , J, Droit Administratifs , Dalloz , paris , 1980. p122,

[4]Richer , Les Contrats Administratifs , 2010. p35.

[5]مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001، ص 156

[6]د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ص 8.

إلا أن جانباً من الفقه العربي يذهب إلى أن إرادة الإدارة كركن من أركان العقد الإداري يتحد في مفهوم الإرادة في المنظور المدني، والقاضي الإداري إنما يطبق القواعدذاتها المطبقة في القانون الخاص لهذا الموضوع مع مراعاة الخروج عنها بالقدر الذي تستلزمه طبيعة الحياة الإدارية وأوضاع التنظيمات الإدارية[1].

في حين أن الاتجاه الحديث للفقه العربي يرى أن ما ذهب إليه الاتجاه السابقللفقه من القول بتطابق ماهية العقد بين العقود التي يبرمها الأفراد من جهة وتلك التي تكون الإدارة طرفاً فيها من جهة أخرى سيؤدي بشكل غير مباشر إلى القول بالطبيعة الذاتية للتعبير عن إرادة الإدارة بحسبان أن هذا التعبير ليس إلا واقعة نفسية، وعلى هذا الأساس فإن الطرح السابق لا يتفق والمنطق القانوني لأن الشخص العام المتعاقد ليس فرداً لنقول بظهور إرادته إلى الوجود القانوني عن طريق ظاهرة نفسية، فاشتراك شخص عام في العقد من شأنه أن يؤدي إلى وجود خصوصية للرابطة التعاقدية، وهذه الخصوصية يجب أن توافق بين العنصر الإرادي وعنصر السلطة العامة، التي يجب أن تأخذ في اعتبارها أن القانون العام لا يعرف مبدأ سلطان الإرادة وأن شرعية التصرفات الإدارية إنما تتجسد من خلال المبدأ القائل أن السلطة الإدارية لا تكون حرة في تكوين إرادتها بل على العكس فإن هذه الإدارة تكون أسيرة قاعدة التوجيهية ضمن المصلحة العامة، مما يعني بحكم اللزوم المنطقي أن التحقق الخارجي لإرادة الإدارة سوف يملك دائماً قيمة موضوعية وهذا ينفي أي قيمة لإرادات الأفراد المتخصصين في تكوين إرادة الإدارة

---

[1] د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار الحريري للطباعة –2006. ص138

ومن ذلك ما ذهب إليه العميد سليمان الطماوي في أن العقد الإداري هو توافق إرادتين على أثر قانوني وهو لا يخرج عن مفهوم العقد في القانون الخاص وأن التراضي في العقد الإداري متوافق مع التراضي في العقد المدني. أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1991، ص 408.

فالعبرة فقط بموضوع التصرف الذي أنجزه وهو التعبير عن إرادة الإدارة وأن هذا التوفيق بين العنصر الإرادي وعنصر السلطة العامة يتحقق عن طريق وجود إطار تنظيمي للتعبير عن إرادة الإدارة [1].

وبناءً عليه فإن كل مرحلة من مراحل التعبير عن إرادة الإدارة لا تنجز إلا عن طريق موظف مختص بإنجاز هذه المرحلة،وبإصدار قرارٍ يكون محله نفس إنجاز المرحلة ويشكل في ذاته سبباً للمرحلة الآتية التي تستلزم تدخل الموظف المختص بإنجاز المرحلة اللاحقة.

وينتهي هذا الاتجاه الفقهي الحديث إلى أن التعبير عن إرادة الإدارة في نطاق إبرام العقود الإدارية ما هو إلا الترابط المنطقي لمجموعة القرارات الإدارية عن طريق تشابك أسبابها مما يؤدي إلى إيجاد كل مركب هو التعبير عن إرادة الإدارة[2] في الوقت ذاته الذي يلاحظ فيه أن كل واحد من التعبيرات الانفرادية

---

[1] الدكتور مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001، ص162.

هذا وقد ذهبت الدكتورة سعاد الشرقاوي إلى أن عملية إبرام العقود الإدارية تتميز بالتعقيد بالقياس مع العقود المدنية التي تبرم بين الأفراد العاديين، وأن مصدر التعقيد يرجع أساساً إلى التعبير عن الإرادة لأن التعبير عن إرادة الإدارة يأخذ شكل عملية معقدة مجزأة إلى عدة مراحل، فالتعاقد يكون مسبوقاً بإجراءات سابقة وموافقات يشترطها القانون أو تصديق لاحق ضروري، لكي يدخل العقد حيز التنفيذ في الوقت الذي تتم فيه عملية تعبير المتعاقد مع الإدارة عن إرادته بنفس بساطة التعبير عن الإرادة في العلاقات التعاقدية بين الأفراد. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص216.

وفي سورية ذهب الدكتور عبد الإله الخاني إلى عد أن العقد الإداري مثل أي عقد هو التقاء إرادتين، إلا أن عملية إنشاء العقد الإداري هي عملية معقدة وهذا التعقيد يتصف بشكل رئيسي. التعبير عن إرادة الإدارة المتعاقدة حيث يتم بشكل عملية معقدة مجزأ إلى عدد من المراحل. د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري، المجلد 4، العقود الإدارية، 1991، ص 86.

[2] الدكتور مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001، ص162.

(القرارات) يبقى مستقلاً في وجوده القانوني حتى يتم إبرام العقد باكتمال سلسلة القرارات اللازمة قانوناً لتكوين التعبير عن إرادة الإدارة، ذلك لأن القرار المساهم في تكوين التعبير عن إرادة الإدارة هو جزء من الكل الموضوعي.

أما في القضاء: فقد حسم مجلس الدولة الفرنسي بأحكامه الحديثة مشكلة تعبير الإدارة عن إرادتها عندما رأى أن الإطار الإجرائي الذي يبرم العقد الإداري في نطاقه يشكل عملية مركبة L'opération complexe تقود بدورها إلى تكوين التعبير عن إرادة الإدارة[1].

في حين ذهب مجلس الدولة المصري حديثاً إلى أنه يكفي لوجود العقد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين وذلك من خلال المدة المحددة للقبول، فالتراضي يعني أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة وأن يكون متفقاً مع الإيجاب في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب[2]، فالنظرية العامة في العقود الإدارية تبدأ على غرار مثيلاتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الإداري ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد.

وإذا كان هذا الاتجاه الحديث لمجلس الدولة المصري يتفق مع الرأي الفقهي القائل أن مفهوم الإرادة الإدارية كركن من أركان العقد الإداري يتحدد في مفهوم الإرادة من المنظور المدني، إلا أن محكمة القضاء الإداري المصرية بينت أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة لأنها تلتزم بهذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشّرع في القوانين واللوائح[3].

---

[1] CE, 18/11/1991, Le Chaton , C , commune de Guidel , Dalloz, 1992 , p 187.

[2] المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن 2480 سنة 46 ق – جلسة 2005/2/1، مذكور عند د.ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء، ص 471.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية –الصادر في 1956/12/23 – مشار إليه عند د. سليمان الطماوي – المرجع السابق ص 346.

وفي سورية ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن إبرام العقود الخاضعة للقانون العام يتم بطريقة تختلف عن تلك المتّبعة في القانون الخاص فتمر في مراحل متتعدة من التفاوض والتسجيل والتصديق ضمن إجراءات معقدة يقودها الأشخاص العاملون بوصفهم شخصيات اعتبارية بخلاف العقود العادية حيث تتجلى إرادة المتعاقدين بعملية بسيطة على أساس الإيجاب والقبول، فمن الطبيعي أن يكون إبرام العقد الإداري مسبوقاً بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات إلا أن هذه المقدمات التي قد تصل إلى حد القبول التمهيدي من بعض الموظفين الإداريين ممن ليست لهم ولاية الإبرام، وبالتالي لا يمكن أن يترتب عليها التزامات تعاقدية، إذ إن التزامات الإدارة التعاقدية لا تنشأ إلا ابتداءً من تاريخ صدور القرار بإبرام العقد من السلطة المختصة[2].

من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الفقه العربي الحديث بفرض:

1) إن تعبير الإدارة عن إرادتها لا يتم بإرادة ظاهرة وإرادة باطنة كما هو الحال عند دراسة المنطق القانوني لفعالية إرادة الأفراد، لأن إرادة الإدارة هي ذاتها في لحظة التعبير عنها، وهي إما أن تكون مشروعة فتكون موجودة قانوناً أو غير مشروعة ومن ثم غير موجودة في عالم القانون[1].
2) لما كانت إرادة الإدارة تتم بشكل مجموعة من القرارات تحددها القوانين واللوائح كاختصاصات لأشخاص يحتلون مراكز قانونية تم تعيينهم فيها بموجب القانون، ففي هذه الحالة تنتفي إرادتهم الخاصة ليبقى ما تم ممارسته من قبلهم كاختصاصات اتخذت صورة قرارات إدارية، بحيث لا تتغير هذه الاختصاصات التي ترجمت كقرارات من قبلهم بتغير الأشخاص الذين يحتلون المركز القانوني الصادر عنه القرار.وبتعدد الاختصاصات والمراكز القانونية وتعدد القرارات الصادرة بالاستناد إليها

---

[1] د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 163.

تبنى وتتركب إرادة الإدارة في معرض إبرامها لعقودها بحيث ينتفي أي اعتبار لذاتية مصدري القرارات، وإن أي تجاوز وانحراف في القرار المتخذ يعبر عن شخصية متخذ القرار، دون الغرض المحدد للقرار، يسبغ القرار بعدم المشروعية التي قد تطيح بالقرار الإداري وتجعل الإرادة معيبة في جزء منها وفي حلقة من حلقات سلسلتها.

- **شروط تطبيق انفصال القرار الإداري:**

إذا كان الفقه والاجتهاد الإداري قد استقر على أنه في مجال العقود الإدارية ينبغي التمييز بين العقد والإجراءات الممهدة لإبرامه وأن هذه الإجراءات تتم بموجب قرارات إدارية تستهدف إتمامه إلا أنها قد تنفرد عن العقد ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها استقلالاً.فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هي الشروط التي يتعين تحققها في القرار الإداري ليكون قابلاً للانفصال عن العقد الإداري؟.

تتجلى هذه الشروط في:

1- أن يكون القرار محل الانفصال إدارياً.

2- أن تكون هناك عملية قانونية (العقد الإداري).

3- أن تخرج العملية من اختصاص قاضي الإلغاء.

أولاً - أن يكون القرار محل الانفصال إدارياً:

عرف جانب من الفقه القرار الإداري بأنه "إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث إليه ابتغاء الصالح العام[1].

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القضاء الإداري - الجزء الثاني - منشأة المعارف الإسكندرية، 1988، ص 358.

كما استقر الاجتهاد الإداري على تعريف القرار الإداري بأنه إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث ابتغاء مصلحة عامة[1].

ولتمييز القرار الإداري ابتكر الفقه معيارين وهما:

1) المعيار الشكلي أو العضوي:

ومؤدى هذا المعيار الاستناد إلى الهيئة التي تصدر العمل أو القرار، والشكل والإجراءات المتبعة في إصداره دون النظر إلى مضمون العمل أو موضوعه ومحتواه. وعليه يكون القرار إدارياً إذا كان صادراً عن فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة التي تعد فرعاً أو تابعاً للسلطة التنفيذية[2]، وذلك بغض النظر عن مضمون القرار .وعليه فالقرار أو العمل يكون تشريعياً متى كان صادراً عن السلطة

كما عرفه الدكتور رمزي طه الشاعر بأنه عمل قانوني صادر عن سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة وتترتب عليه آثار قانونية، تدرج البطلان في القرارات الإدارية – دار النهضة العربية – 1968، ص 130.

وعرفهُ الدكتور عبد الله طلبة بأنه إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثاراً قانونية، مبادئ القانون الإداري، منشورات جامعة حلب، الجزء الثاني – 1995، ص 228.

وعرفهُ الدكتور جورجي شفيق ساري بأنه تعبير – إيجابي أو سلبي بالفعل أو بالامتناع صراحة أو ضمناً أو حكماً – من جانب الإدارة بمفردها عن إرادتها بما لها من سلطة ملزمة ووفقاً للقوانين واللوائح لإحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو بالتأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير أو بالتعديل أو بالإلغاء.

القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري – القاهرة – دار النهضة العربية – 2002 – ص 20.

[1] حكم الحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1979/6/27 بالقضية /432/ وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري – الدائرة الأولى بالدعوى /9077/ تاريخ 1999/9/7 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /6670/ بجلسة 1999/5/9 وحكم محكمة القضاء الإداري السورية بالقضية 132 لعام 1960 وحكمها أيضاً رقم /63/ بالقضية /1491/ تاريخ 2004/1/27. غير منشور.

[2] د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة – 1966 – ص 281.

التشريعية (البرلمان)، ويكون العمل قضائياً إذا كان صادراً عن السلطة القضائية فالمعول عليه في هذا المعيار هو النظر لمصدر القرار دون التعويل على موضوع القرار أو محتواه[1].

يتميز هذا المعيار بالبساطة والوضوح وعدم التعقيد وذلك لسهولة معرفة نوع العمل وكونه يشكل قراراً إدارياً من عدمه بمجرد معرفة الجهة التي أصدرته ولكن هذا المعيار انتقد لسببين:

الأول: أنه غير موضوعي حيث أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يؤخذ به بصفة مطلقة بل إن السلطات تتداخل في العصر الحديث فضلاً عن عدم وجود الفصل التام لدى السلطات المختلفة في الدولة فمثلاً السلطة التشريعية إلى جانب ما تقوم به من أعمال تشريعية– تتخذ أعمالاً إدارية من حيث طبيعتها كالقرارات التي يتخذها رئيس البرلمان بخصوص موظفيه والعقود التي يبرمها البرلمان مع الغير. كما تساهم السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية كاقتراح مشروعات بعض القوانين أو اللوائح ولا يقتصر عملها فقط على القيام بالأعمال الإدارية. كذلك تقوم السلطة التنفيذية أيضاً بمشاركة السلطة القضائية في ممارستها وظيفتها، وذلك عن طريق اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي وإذا نظرنا إلى السلطة القضائية لوجدنا أن عملها أصبح متداخلاً مع أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية، وأمام هذا التداخل أصبح من العسير الأخذ بهذا المعيار[2].

السبب الثاني: يتمثل في استحالة تطبيق هذا المعيار في الفترات الانتقالية التي تندمج أو تتركز فيها الوظيفتين التشريعية والتنفيذية في يد هيئة أو سلطة

---

[1] د. جورج شفيق ساري – المرجع السابق – ص 30 وما بعدها.

[2] د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 176.

واحدة، ومن ثم يصعب في مثل هذه الأحوال التمييز بين صفة هذه الأعمال الإدارية والتشريعية[1].

2) المعيار الموضوعي:

يعتمد هذا المعيار على البحث في موضوع القرار ومضمونه، فيعدّ العمل إدارياً متى كان كذلك في مضمونه ومحتواه دون النظر إلى الهيئة أو الجهة التي أصدرته وحتى لو كانت غير إدارية.وطبقاً لهذا المعيار، فالقرارات الإدارية هي الأعمال التي تتعلق بالأمور الإدارية والتنفيذية بغض النظر عن صفة الجهة أو الهيئة التي أصدرت تلك القرارات في حين تعتبر القرارات قضائية متى كانت تنطوي على فصل في نزاع قائم بصرف النظر عن نوع أو طبيعة الجهة التي اتخذت هذه الأعمال، وكذلك تعتبر الأعمال تشريعية متى تضمنت في محتواها قواعد عامة مجردة أي مواد تشريعية وهي القوانين أو الأعمال البرلمانية[2].

وما يميز المعيار الموضوعي هو تلافيه لأوجه النقد التي وجهت للمعيار الشكلي، حيث أن المعيار الموضوعي متفق مع طبيعة الأشياء، الأمر الذي يترتب عليه فهم دقيق لأعمال وتصرفات سلطات الدولة، وذلك لتركيز هذا المعيار على موضوع العمل ومحتواه، حيث يمكن الاستناد إليه في الفترات الانتقالية التي تتركز فيه السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد سلطة واحدة التي غالباً تكون السلطة التنفيذية، ففي هذه الحالة يمكن تمييز العمل بكونه إدارياً أو تشريعياً بالنظر إلى طبيعة العمل ومضمونه ومحتواه.

وبالرغم من مميزات المعيار الموضوعي وتلافيه لأوجه النقد التي اتسم بها المعيار الشكلي إلا أنه لم يسلم من أوجه النقد حيث اصطدم بالاعتبارات التاريخية

---

[1] د. عاطف محمد شوقي سيد أحمد الشهاوي – القرارات الإدارية القابلة للانفصال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2007، ص 51.

[2] د. جورج شفيق ساري، المرجع السابق – ص 30 وما بعدها.

والسياسية والمبادئ القانونية التي قام عليها القانون الوضعي في فرنسا والدول الآخذة عنها، ومن هذه المبادئ رقابة القضاء لأعمال الإدارة، ونظام القضاء المزدوج، ومبدأ الفصل بين السلطات، كل هذا أدى إلى الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين مختلف أعمال سلطات الدولة التي قد تتشابه من حيث طبيعتها ومضمونها[1].

وقد نادى جانب من الفقه[2] باعتماد معيار مختلط من المعيارين السابقين، واشترط هذا الجانب الفقهي توافر شرطين لعدّ القرار إدارياً:

أولهما: أن يصدر القرار من سلطة خولها القانون الاختصاص بإصدار القرارات الإدارية أي بصفتها الإدارية حتى ولو لم يكن هذا هو اختصاصها الأصلي المنوط بها قانوناً.

وثانيهما: أن يكون موضوع القرار إدارياً بطبيعته.

وتطبيقاً لهذا فالقرارات الصادرة عن مجلس الشعب أو عن رئيسه وتتعلق بالموظفين الإداريين بالمجلس بشأن التعيين والنقل والندب والتأديب كل هذه القرارات تعتبر إدارية بالرغم من عدم صدورها من جهة إدارية بحسب الأصل، ولكنها صدرت من جهة تشريعية أصلاً خولها القانون الاختصاص بإصدار قرارات إدارية بالإضافة إلى أن موضوع القرارات السالفة إدارية بطبيعتها وليست تشريعية.

وذات الأمر بالنسبة للقرارات الصادرة من رؤوساء المحاكم بصفتهم الإدارية بخصوص الموظفين والعاملين بهذه المحاكم والمتعلقة بتعيينهم وترقياتهم وتأديبهم.... فكل هذه القرارات إدارية بالرغم من صدورها من السلطة القضائية بحسب الأصل ولكنها مخولة من جانب القانون بإصدار قرارات إدارية بخصوص هؤلاء الموظفين.

---

[1] د. عاطف سيد أحمد الشهاوي – المرجع السابق ص 52.

[2] د. جورج شفيق ساري – المرجع السابق ص 33.

أما بالنسبة للقضاء:وفي مجال بيان الحدود الفاصلة بين القرار الإداري والعمل التشريعي أو القضائي، فقد لجأت المحاكم القضائية في فرنسا لتعرف مدى سلطتها في تفسير ومراقبة مشروعية الأعمال الإدارية إلى تبني المعيار الشكلي إلا أنها طبقت المعيار الموضوعي في بعض الأحيان، فاعترفت لنفسها بحق تفسير اللوائح[1].

وفي مصر تردد قضاء مجلس الدولة وتأرجح كثيراً بحيث لم يستقر على الأخذ بمعيار واحد من هذين المعيارين، فمحكمة القضاء الإداري في الكثير من أحكامها وشايعتها في ذلك المحكمة الإدارية العليا قد أكدت أن القرار الإداري ((هو إفصاح جهة الإدارة.....))[2]أي أنها أخذت بالمعيار الشكلي لتمييز القرار الإداري[3].

إلا أن مجلس الدولة المصري وفي أحكام أخرى له أخذ بالمعيار الموضوعي – حيث أجاز الطعن بالإلغاء في الأوامر على العرائض التي يصدرها قاضي الأمور الوقتية، لأن هذه الأوامر تدخل في سلطة القاضي الولائية لا القضائية مع أن الأمر على عريضة لا يصدر إلا من قاضي لا شبهة في انتمائه إلى الهيئة القضائية[4].

وقد أكد على الاتجاه السابق وهو الأخذ بالمعيارين الشكلي والموضوعي حكم محكمة القضاء الإداري في 13 /1954/12 والذي أفصح عن استقرار هذه المحكمة على الأخذ بالمعيارين السالفين لتمييز القرار الإداري والذي جاء فيه:

---

[1]T.C,26-6-1923,sept fonds ,D 1923 ,P.324.

[2]حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بالدعوى /9077/ تاريخ 1999/9/7 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة 1979/6/27، المجموعة.

حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1954/3/10 مجموعة السنوات الخمس عشرة، ص 65.

[3]د. عاطف الشهاوي – المرجع السابق – ص 53.

[4]حكم محكمة القضاء الإداري في 1953/11/17، مجموعة السنوات الخمس عشرة ،ص46.

((إن شرّاح القانون العام قد اختلفوا في وضع معايير للتفرقة بين القرار القضائي والقرار الإداري فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي بينما آخرون يرون الأخذ بالمعيارين معاً – الشكلي والموضوعي – فقد اتجه القضاء في فرنسا ثم في مصر إلى هذا الرأي الأخير وأن الراجح هو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط))[1].

أما مجلس الدولة السوري لجأ لذات الاتجاه حيث أخذ بالمعيارين – الشكلي والموضوعي – في عملية تمييز القرار الإداري عن غيره من الأعمال القضائية والتشريعية.

فبعد أن عرف القرار الإداري بأنه إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك جائزاً أو ممكناً وكان الباعث إليه المصلحة العامة[2].

وهذا سيراً منه وفقاً للمعيار الشكلي،إلا أنه وفيالوقت ذاتهرفض تطبيقاً للمعيار الموضوعي الطعن الموجه للقرار الصادر عن وزير الدفاع بإعادة المحاكمة وَبَرَر مسلكه السابق بأن القرار المطعون فيه صدر عن وزير الدفاع بصفة قضائية خوّله إياها القانون، وبالتالي لا يعدّ ما يصدره وزير الدفاع في هذا الشأن من قبيل القرارات الإدارية التي يختص مجلس الدولة النظر فيها[3].

وفي أحكام أخرى رفض مجلس الدولة الطعن على القرارات التنظيمية التي تتضمن قواعد عامة مجردة وهي في ذلك تتشابه مع القوانين مما يعدّ ذلك تطبيقاً للمعيار الموضوعي[4].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1954/12/13، مجموعة السنوات الخمس عشرة، ص87.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /63/ بالقضية /1491/ لعام 2004، مذكور سابقاً.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /782/ بالقضية /3671/ تاريخ 2008/4/29. غير منشور.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /48/ بالطعن /705/ لعام 1998 مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الإدراية العليا لعام 1998 ص 731.

ثانياً – أن تكون هنالك عملية قانونية (العقد الإداري):

يمكن تعريف العملية القانونية l'opération juridique وفقاً لغالبية الفقه بأنها المهمة التي تضطلع بها الإدارة أو تقوم بمراقبتها والتي تقتضي القيام بطائفة من الأعمال القانونية والتصرفات المادية اللازمة لتحقيق هذه المهمة[1].

باستعراض تعريف العملية القانونية نجد أنها تتكون من العناصر الآتية:

1- وجود مهمة تضطلع الإدارة بتحقيقها.

2- الوسائل والسبل التي تنتهجها الإدارة لتحقيق المهمات التي تضطلع بها.

3- قيام رابطة حتمية بين المهمة والوسيلة التي تنتهجها الإدارة.

أ) وجود مهمة تضطلع الإدارة لتحقيقها:

تقوم الإدارة بمهام مختلفة يتمثل بعضها في أنشطة تتولاها بذاتها والبعض الآخر في رقابتها لأنشطة القانون الخاص، ولما كانت المهام التي تقوم بها الإدارة يخضع بعضها للقضاء الإداري والبعض الآخر للقضاء العادي فإنه يلزم إلحاق الأعمال المادية والقانونية التي تقوم بها الإدارة بهذه العملية أو تلك، حتى يمكن تحديد الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الناشئة عن هذه الأعمال، وكذلك إذا كان الشخص الخاص يكلف أحياناً بمهام إدارية تخضع لاختصاص القضاء الإداري فإنه يصبح من اللازم فرز الأنشطة التي يقوم بها لإلحاقها بالعمليات الخاصة بكل منها[2] والعقود الإدارية كمهمة تضطلع بها الإدارة لإدارة مرفق من

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة (دراسة مقارنة) مقالة بمجلة مصر المعاصرة – العدد 362- لعام 1975 – ص 59 و د.عاطف الشهاوي – القرارات الإدارية القابلة للانفصال – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – كلية الحقوق 2007 – ص 59 و د. مهند نوح – مرجع سابق – ص 169.

[2] د. عبد الحميد كمال حشيش – مرجع سابق ص 59. وأيضاً:

Hubert Charles, operation administrative, ed 1968, p.31.

Auby ed drago, op.cit, p.448.

المرافق العامة تعتبر حسب تصنيفات الفقهاء من المهام المسماة التي تعرض لها الفقه والقضاء بالتعريف وتبعهما المشّرع بالتحديد ووضع القيود والشروط الخاصة بكل منها حتى وجد تنظيماً دقيقاً لها[1] كما تعرض المشّرع بالتنظيم للعقود الإدارية من حيث صورها وبين في نظام العقود طرق إبرامها وحقوق والتزامات المتعاقدين وذلك كله في سبيل تحقيق الغاية التي وجد من أجلها العقد كمهمة[2].

والعقود الإدارية هي من المهمات القانونية للإدارة بوصفها توافق إرادتين، إرادة الإدارة وإرادة شخص آخر يقف أمام الإدارة[3].

ب) الوسائل التي تنتهجها الإدارة لتحقيق المهام التي تضطلع بها:

تقتضي المهمات التي تضطلع بها الإدارة استخدام وسائل متعددة مادية وقانونية لتحقيق هذه المهمات وهذه الوسائل تُكوّن مجموعة متسلسلة من الأعمال تشارك فيها سلطات متعددة نحو تحقيق العمل النهائي، وهي تشكل وحدة متجانسة رغم تعدد الأعمال والإجراءات واختلاف الجهات التي تشارك في العملية وهذا ما يُعرف باسم العملية ذات الإجراءات[4] L'opération a procédure

ومن الوسائل المادية التي تسلكها الإدارة في إطار عملية إبرام العقد الإداري الإعلان عن المناقصة أو المزايدة إضافة للاستشارات السابقة التي تلجأ

---

[1] Maurice Hauriou , précis de droit Administratif , 1929 , p 377.

[2] د. عمر حلمي فهمي – العقود الإدارية الأحكام العامة والاختصاص القضائي – دار الثقافة الجامعية 1993 والدكتور عاطف الشهاوي – مرجع سابق ص 62.

[3] د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القضاء الإداري – الجزء الثاني – 1988 – ص 366 وما بعدها والدكتور عاطف الشهاوي- مرجع سابق- ص 67.

[4] عبد الحميد كمال حشيش، مرجع سابق، ص 61.

إليها قبل إبرام العقد لأسباب فنية، كإعداد كراسة الشروط وإعداد قوائم الأسعار حيث استقر اجتهاد القضاء الإداري على عدّها من الأعمال المادية[1].

إضافة للوسائل المادية تحتاج الإدارة للوسائل القانونية في إبرام العقود الإدارية كحاجتها للوسائل المادية وتتمثل الوسائل القانونية بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في معرض عملية إبرام العقود كالقرار الصادر بالحرمان من الاشتراك بالمناقصة وقرار اللجوء للمناقصة[2].

وتطبيقاً لذلك فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن اختصاص القضاء الإداري بنظر العملية التعاقدية الإدارية اختصاصاً شاملاً لكل ما يتصل بها من أعمال مادية وقانونية، فلم يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن العملية المركبة بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية إبتداءاً من أول إجراء في تكوينها إلى آخر أو نتيجة في تصفية العلاقات والحقوق والالتزامات الناشئة عنهاكافة[3].

ومن هنا أصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصاً مطلقاً شاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها.

فتنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من إجراءات أو قرارات كونها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية في حدود اختصاصها

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية /357/ س 13 جلسة 22 /1972/6 المجموعة ص56 وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /3374/ س 7 قضائية جلسة 1955/12/8. مذكور عند د. عبد الحميد كمال حشيش، مرجع سابق، ص61.

[2] Jean Rivero: Droit Administratif,1970,p87 & Français Paul : Droit Administratif farçais,1968 P465.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم /10/ بالقضية /80/ لسنة 1971 غير منشور.

الكامل بالنسبة لهذه المنازعة، يستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري أو ما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فيه حقيقة العقد الإداري[1].

ت) قيام رابطة حتمية بين المهمة المتوخاة والوسيلة التي تنتهجها الإدارة لتحقيق المهمة:

لا بد من تحديد الوسائل والأعمال الداخلة في نطاق العملية القانونية التي تضطلع بها الإدارة، وذلك حتى لا تصبح العملية القانونية ثوباً فضفاضاً يحمل في طياته أعمالاً غير لازمة لتحقيق المهمة التي تضطلع بها الإدارة، وذلك لإمكان مراقبة جهة الإدارة قضائياً ومعرفة مدى التزامها بالأعمال والإجراءات اللازمة لتحقيق أهدافها ومهماتها، وهذا لا يتم إلا بقيام رابطة وثيقة بين هذه الأعمال وتلك المهمة[2].

ولأهمية هذه الرابطة فقد اختلف الفقه في بيانها وتعريفها.فالفقيه جيز عبر عن هذه الرابطة بما يسمى بالعناصر الجوهرية[3]Elements essentiels، أما الفقيه "هوريو" فقد استخدم تعبير أعمال تخدم أساساً العملية[4]Actes servant de base، أما الفقيهان "فالين" و"فيدل" فقد ذهبا إلى أن المعيار في تحديد نوعية العلاقة يتأسس على معيار مدة العملية La durée de L'opération، فإذا

---

[1]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /1180/ تاريخ 1956/11/8 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /109/ لعام 1963 والطعن /605/ تاريخ 1980/1/26 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 2001/4/24 وحكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم /10/ بالقضية /80/ لسنة 1971 وقرار المحكمة الإدارية العليا السورية /40/ بالطعن /107/ لعام 1972، غير منشور.

[2]د. عبد الحميد كمال حشيش – مرجع سابق – ص 65.

[3]تعليق Jeze على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1905/8/4 في قضية Martin والمنشور بمجلة القانون العام سنة 1906، ص 249 وما بعدها.

[4] تعليق Maurice Hauriou على حكم مجلس الدولة الفرنسي والمنشور بمجلة Sirey سنة 1907، ج 3، ص 49 وما بعدها.

تجاوزت المدة التي يستغرقها العمل مدة سريان العملية بأن كان سابقاً عليها أو لاحقاً لها فإنه لا ينتمي إليها، ولكن العكس ليس صحيحاً، بمعنى أنه قد يقع العمل أو التصرف خلال فترة العملية ولكنه لا يُعد جزءاً من بنيانها بل يكون غريباً عنها.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن الرابطة الواجب توافرها بين الوسيلة والمهمة هي رابطة التلازم الحتمي أي أنه لا يتصور وجوده إلا لتحقيق هذه المهمة.ويمكن حسب هذا الرأي أن يأخذ بمدة العملية وهو المعيار السابق كقرينة على وجود هذا التلازم الحتمي ويدلل هذا الرأي على صحة ما ذهب إليه بمقولة أن الأعمال القاعدية التنظيم actes règlès لا تعد من عناصر العمليات القانونية ولو كانت تقوم بتنظيمها ويرجع ذلك إلى أن من سماتها العمومية والتجريد والاستمرار، فهي عامة التطبيق فلا يقتصر على عملية بعينها كما أنها تتجرد عن الظروف والملابسات الخاصة بكل واقعة من الوقائع التي تنظمها هذا إضافة إلى أنها لا تستغرق بتنفيذ عملية ما، بل تظل سارية حتى يقوم المشّرع بتعديلها أو بإلغائها[1].

وفي معرض تحديد طبيعة الرابطة استخدم مجلس الدولة الفرنسي عدة تعابير، فتارة استخدم تعبير رابطة عدم القابلية للانفصال والتجزئة[2] Le Lien d'inséparable et indivisible وتارة عبارة أعمال وتصرفات تساهم في تنفيذ العملية[3] Concourt a l'exécration d'une opération أو تتضمن مشاركة مباشرة في تيسير المرفق[4] une participation directe an fonctionnement

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش، مرجع سابق ص 66.

[2] محكمة النقض المدني الفرنسية 1959/4/9 – منشور بمجلة Jurais – classer parodique السنة 1959، رقم 11203 مشار إليه عند الدكتور عبد الحميد كمال حشيش.

[3] CE,3-7-1959,Dame Vve sablayrollest,Rec, p.332.

[4] CE,20-3-1959,Luthier,Rec., p.241.

L'actes du service[1] بينما تذكر بعض الأحكام عبارة أعمال مرتبطة بالعملية se rattachant a L'opération.

أما مجلس الدولة المصري فقد استخدم عبارات مختلفة للدلالة على هذه الرابطة ومن أمثلة ذلك أن المنازعة في عقد تقديم المعاونة "منازعة وثيقة الارتباط بعقد من عقود الأشغال"[2]وأنه إذا كانت محكمة القضاء الإداري هي المختصة دون غيرها بالنظر في المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار وهو عقد إداري كانت المحكمة مختصة بما يتفرع عن هذا العقد كالكفالة[3].

وأنها تختص بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية اختصاصاً مطلقاً شاملاً لأصل تلك المنازعة وما يتفرع عنها[4].

إضافة لذلك فقد عدّ مجلس الدولة المصري أن دور لجنة البت في تعيين أفضل المتناقصين أو المزايدين طبقاً للإجراءات التي رسمها القانون – هو إجراء تمهيدي في عملية التعاقد التي تتميز بأنها عملية مركبة ليأتي بعدها دور السلطة المختصة بإبرام العقد[5].

---

[1]CE,11-6-1959,sieur Rodent,Rec,p.312.

[2]حكم المحكمة القضاء الإداري المصرية في 1959/12/26 قضية /213/ لسنة 4 قضائية، المجموعة، ص187.

[3]حكم المحكمة القضاء الإداري بدمشق في 1960/3/24 قضية /108/ سنة 1 قضائية، المجموعة، ص211.

[4]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1956/1/18 قضية /1180/ سنة 10 قضائية، المجموعة ص 134.

[5]حكم المحكمةالإدارية العليا المصرية في الطعنين /1266/ وَ /1286/ لسنة 33 قضائية جلسة 1995/7/3 مجموعة المبادئ التي قررتها الإدارية العليا السنة الأربعون الجزء الأول، ص 9.

وفي حكم حديث نسبياً عدّ أن الإجراءات التي تقوم بها جهة الإدارة الآتية لحكم مرسى المزاد هي إجراءات تنفيذية لا تستقل بذاتية تنفرد بها، بل هي محض تنفيذ لحكم مرسى المزاد[1].

أما من جانب مجلس الدولة السوري فاعتبر أن اختصاصه بهيئة قضاء إداري في العقود الإدارية يشمل كل الأفعال السابقة واللاحقة للعقد الإداري كالنزاع على الآثار المترتبة على المحادثات الإدارية التي جرت بين الإدارة والشركة العارضة تهيئة الإبرام لعقد إداري بينهما[2].

وإن مجموع ما يقوم به المتعهد من أعمال سواء منها التعهد الأصلي أم الأعمال الإضافية أو التكميلية المرتبطة بتعهده يؤلف كتلة واحدة ينطبق عليها مفهوم العقد الإداري، بحيث يمتد اختصاص مجلس الدولة لتعمل فيها رقابته القانونية بحسبان تلك الأعمال من ملحقات التعهد وتفرعاته فيطبق عليها ما يطبق على الأصل[3].

ومن جانبنا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى عدّ الرابطة اللازم توافرها هي رابطة التلازم الحتمي بين الوسيلة التي تتخذها الإدارة والمهمة التي تهدف لتحقيقها أي لا يتصور وجود العمل إلا لتحقيق لهذه المهمة.

ويمكن أن نضيف إليها كل الظروف والملابسات التي تحيط بالعملية والوسائل المستخدمة من الإدارة، وذلك مثل الاستهداء بمدة العملية، فالإجراءات اللاحقة للعقد الإداري خلال مدة الضمان مثلاً هي بلا شك أفعال تتصل بالعقد

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /2951/ سنة 39 قضائية جلسة 2001/4/14 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – السنة 46 – الجزء الثاني ص 1371.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /10/ في القضية /80/ لعام 1971 وقرار المحكمة الإدارية العليا السورية بذات القضية /40/ الطعن /107/ لعام 1972 غير منشور.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /103/ الطعن /230/ لعام 1974 غير منشور.

الإداري ذاته، فهي إضافة إلى أنها من أثاره، إلا أنها تتم خلال مدة ينبغي أخذها بعين الإعتبار في إلحاقها بالعقد ذاته بما تحتويه من إجراءات تتخذ لإتمامه.

إضافة لذلك فإن استظهار نية الإدارة من خلال فحص الأعمال والوسائل التي تستخدمها لمعرفة وجود ارتباط بين هذه الوسائل والعملية محل البحث من عدمه، من خلال فحص كينونة العملية المنوطة بالإدارة وبيان طبيعتها وشروطها والنصوص القانونية واللائحية التي تنظم وجود الرابطة.وهذا ما أخذت به محكمة القضاء الإداري السورية التي بعد أن اعتبرت أن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالمنازعات الناشئة عن العقد الإداري يمتد إلى ملحقات هذا العقد والأعمال التي تمتد إليها بطبيعتها أعلنت أنه ما دامت الأعمال الإضافية التي قام بها المتعهد ضرورية ونافعة فلا يجوز للإدارة أن تمتنع عن أداء أجورها[1].

وعلى هذا الأساس نجد أنّ القضاء أخذ بالمفهوم الواسع للرابطة طالما أن الأعمال والإجراءات المتخذة تصب في النهاية في محتوى واحد وهو تحقيق المهمة على أكمل وجه دون هضم لحقوق الأطراف بالعملية.

ثالثاً – خروج العملية القانونية التي تقوم بها الإدارة من اختصاص قاضي الإلغاء:

وفق ما سبق ذكره ولما كان السبب في مد رقابة قاضي الإلغاء إلى هذه القرارات المنفصلة هو كون العملية التي تصدر هذه القرارات بصددها، تدخل في اختصاص قاضي آخر، ولأنه لو كانت هذه العملية تدخل في الأصل في اختصاص قاضي الإلغاء، فلن يكون هناك حاجة لفصل القرارات الإدارية الداخلة في تكوينها للسماح بالطعن عليها أمام قاضي الإلغاء، ما دامت العملية برمتها

---

[1]قرار محكمة القضاء الإداري السورية /66/ القضية /87/ لسنة 1973 وقرار المحكمة الإدارية العليا بذات القضية رقم /103/ طعن /330/ لعام 1974 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام 1973، ص293.

داخلة في اختصاص قاضي الإلغاء حسب الأصل، وعلى هذا فإنّ هذا الشرط بديهي لتطبيق الانفصال[1].

ولما كان الاختصاص القضائي لمجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر أو في سورية يشمل قضاء الإلغاء والقضاء الكامل ولما كانت سلطة قاضي الإلغاء تقف عند حد الحكم بإلغاء القرار المعيب أو الحكم برفض الإلغاء دون أن تمتد سلطته إلى إلزام الإدارة بأوامر محددة بعمل أو امتناع[2]، وذلك لأن جهة الإدارة تصدر القرارات محل الطعن بإرادتها المنفردة بما لها من سلطة بمقتضى اللوائح والقوانين وعملاً بمبدأ الفصل بين السلطات – وهو مبدأ أصيل – فمن غير المقبول من القاضي في نطاق قضاء الإلغاء أن يأمر جهة الإدارة بعمل أو الامتناع أو أداء عمل معين، وذلك لأن جهة الإدارة تصدرها كسلطة عامة وإلا عد ذلك تدخلاً من القاضي في عمل الإدارة، لذلك فكل ما للقاضي هو أن يزيل الاعتداء على المشروعية بالإلغاء للقرار المعيب ويقف عند هذا الحد.وبالاستناد لذلك فلقاضي الإلغاء مهمة محصورة بإلغاء القرارات الإدارية المعيبة وليس الحلول محل الإدارة أو التدخل في شأن هو من صميم اختصاص الإدارة[3].

أما القضاء الكامل فيخول القاضي تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك نتائجها كاملة من الناحية الإيجابية

---

[1]د. عاطف الشهاوي – القرارات القابلة للانفصال – مرجع سابق – ص 81.

[2]Deuz (paul) et Debeyre (Guy) , Traite de droit administrative , paris , 1952 , p399.

[3]المحكمةالإدارية العليا السورية – قرارها رقم /100/ لعام 2003 – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها العليا للأعوام من2001-2004 – ص 661. ود. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق ص 491.

والسلبية فيتولى تقرير المركز القانوني للمدعي ويحدد مداه ثم يحدد بعد ذلك حقوقه ويلزم المدعى عليه برد هذه الحقوق أو تنفيذ الالتزامات المنوطة به[1].

والفقه[2] والقضاء[3] الإداري يجمعان على أن القضاء الكامل هو صاحب الاختصاص الأصيل في منازعات العقود الإدارية، لأنّ هذا القضاء يتفق مع طبيعة العقود الإدارية وما تحويه من طرفين الإدارة والمتعاقد معها وما قد ينشأ بينهما من منازعات، مع الأخذ في الحسبان كون جهة الإدارة هي القوامة على تحقيق النفع العام وإشباع الحاجات العامة مما يعطي لجهة الإدارة وضعاً مغايراً لوضع المتعاقد معها، إضافة لما لهذا القضاء من سلطات واسعة أكبر من سلطات قاضي الإلغاء، بحيث أنه بغير هذه السلطات ستغدو سلطات القاضي على منازعات العقود الإدارية غير مجدية فيما لو اقتصرت على إلغاء الأعمال المعيبة فقط[4].

بالاستناد لما تقدم فإنه بالنظر للعقد الإداري كعملية إنما هي خارجة عن اختصاص قاضي الإلغاء، وأن المنازعات والطعون المقدمة من أطراف العقد

---

[1]د. عاطف سعدي محمد علي – عقد التوريد – ص593 وَ د. محمد السناري – التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة – دراسة تحليلية ومقارنة توزيع دار النهضة العربية – 1994 ص 26 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /3683/ جلسة 1994/11/29 مجموعة المبادئ التي قررتها الإدارية العليا لعام 1994 وَ 1995 ص733.

[2]المستشار حمدي ياسين عكاشة – العقود الإدارية في التطبيق العملي، ص 98 وما بعدها. د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية طبعة 2000 دار النهضة العربية، ص 217.

Auby (J.M) et Drago (R) , Traite de contentieux administratif paris , 1975 , p 360.

[3]حكم الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1963/12/28 في القضية /1109/ سنة 8 قضائية ورأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /99/ في القضية رقم /218/ لعام 2009 غير منشور.

[4]د. عاطف الشهاوي – مرجع سابق – ص 83.

والمستندة للعقد ذاته يجب أن تقدم لقاضي العقد وأمام المحكمة المختصة بدعوى قضاء كامل دون قضاء الإلغاء.

أما بالنسبة للغير ونتيجة لقاعدة نسبية أثر العقد التي تحرم الغير من المطالبة بحقوقه استناداً لنصوص العقد بحسبان أنه ليس أحد أطرافه وتطبيقاً لفكرة الأعمال المنفصلة فإنه يجوز لهذا الغير – الأجنبي عن العقد – الطعن على القرارات التي تسهم في تكوين العقد بالإلغاء، وذلك متى أمكن فصلها عن العملية وكانت مشوبة بأحد العيوب التي تعتور القرار الإداري.وقد تقرر هذا الحق للمتعاقد ذاته إذا كان طعنه غير منصب على حق مستمد من العقد ويعدّ تنفيذاً له كما لو قامت جهة الإدارة بتوقيع جزاء على المتعاقد معها ولم تستند في توقيعها لهذا الجزاء على نصوص العقد، ولكنها أصدرته بالرغم من إغفال ذكر هذا الجزاء بنصوص العقد أو كانت تستمد هذه السلطة من القوانين واللوائح، فإنّ القرارات الصادرة في هذه الحالة لا تعد من قبيل المنازعات التي تثور بشأنها[1].

الفرع الثاني – ماهية القرار التنفيذي للعقد الإداري:

القرار التنفيذي للعقد الإداري هو القرار الذي تصدره الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد إداري واستناداً إلى نص من نصوصه.[2]

والمبدأ الذي يحكم هذه القرارات هو أنها قرارات غير قابلة للانفصال عن العقد بالنسبة لأطرافه ومن ثم فهي غير قابلة للطعن عن طريق دعوى الإلغاء من قبلهم.

---

[1] د. محمد حلمي فهمي – طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية – دار النهضة العربية 1992 ص 305 وما بعدها و عاطف الشهاوي– القرارات الإدارية القابلة للإنفصال– مرجع سابق ص 85.

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص329.

ومن ذلك عدم قابلية القرارات الصادرة من الإدارة بفسخ العقود المبرمة مع متعاقديها للإلغاء من جانب قاضي الإلغاء يعدّ لدى الفقه الإداري مبدأ عاماً ومطلقاً يسري على كل العقود الإدارية[1].

وبرر الأستاذBonnardذلك بالاستناد إلى أنه من الملائم أن يترك للإدارة قدراً من الحركة الكافية التي بسببها لا يستطيع القاضي أن يفرض على الإدارةمتعاقداً لم تعد ترغب فيه أو لم تعد في حاجة إليه[2].

إضافة إلى أنّ التجاء المتعاقد إلى دعوى الإلغاء محل نظر لأن القضاء الكامل أجدى له، لأنه حتى ولو حصل المتعاقد على حكم بإلغاء القرار الإداري فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد لكي يرتب له النتيجة التي تترتب على الحكم بالإلغاء، ومن ثم فإنه يكون من الأفضل له أن يلجأ إلى قاضي العقد مباشرة، وذلك لأن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب، دون أن يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محددة بعمل أو امتناع في حين أن القضاء الكامل يخوّل القاضي تصفية النزاع فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية[3].

بينما برر جانب آخر من الفقه عدم قابلية توجيه دعوى الإلغاء للقرارات الصادرة تنفيذاً لعقد إداري كونها ناجمة عن توافق إرادتين، إرادة الإدارة وإرادة أحد الأفراد[4]. فالطعن بالإلغاء لا يكون إلا ضد القرارات الإدارية التي تعبر عن الإرادة المنفردة للإدارة، بلإنه حتى في الحالة التي يتوّلد العقد نتيجة اتفاق بين شخصين

---

[1]M. Laurent. conclusions sur CE,. 9 Han 1957 AJDA II , p9.

[2]R. Bounard , précis de droit administratif , 3ed , L.G.D.J paris et 4ed, 1943.p.132.

[3]د. سليمان الطماو- الأسس العامة للعقود الإدارية- مرجع سابق- ص187.

[4]د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة- منشورات جامعة حلب- 1992- ص213.

من أشخاص القانون العام فإنه لا يعد بمثابة قرار إداري معبر عن إرادة منفردة لعدم وجود طابع الإرادة المنفردة[1].

ويسير القضاء الإداري عملياً في ذات الاتجاه، حيث استقر القضاء الإداري في فرنسا – كقاعدة عامة – على أنه يجب على المتعاقد أن يقيم دعواه أمام قاضي العقد في أي قرار صادر من الإدارة المتعاقدة يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري الذي يربطه بها، وأنّ هذه الدعوى تأخذ شكل دعوى القضاء الكامل، وأنّه لا يجوز للمتعاقد أن يقيم دعواه أمام قاضي الإلغاء في أي قرار إداري يتعلق بتنفيذ العقد أو إنهائه[2]. وهذا الاختصاص من النظام العام ولذلك لا يستطيع أطراف العقد الإداري أن يخرجوا عليه بنص في العقد[3].

وعليه قضى مجلس الدولة الفرنسي أن قرار السلطة مانحة الالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يعدّ قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للملتزم فإن هذا الملتزم لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار إلا دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد[4].

كما قضى أيضاً بأن قرارات الإدارة بفسخ العقود الإدارية لا يجوز الطعن فيها أمام قاضي الإلغاء بمقتضى دعوى الإلغاء[5].

---

[1] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري علماً وعملاً – الجزء الرابع – العقود الإدارية – ص567– 568.

[2]A. De l'aubader et autres , contrats. op. ct , T.2 , p970.

[3]J.M. Auby et r. Drago: Traite de contentieux administratif 3eel , L.G.D.J. paris , 1989 , 2 Tombes.

[4] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – ص 166 ود. سيد جاد الله ص 495.

CE, ,2 -2- 1987 , Sté FranCE,s 5 , Rec.. p 28.

[5]CE, 19 juin 1929 , Le gris.Rec., p.43.

CE, 1 Juin 1966 , Sté pour Le traitement industriel des Rec,p.554.

CE, 6 Nov. 1970. Sté anonyme TouriSté pue,Rec.,p.32.

وأنّ طلبات المدعي التي تهدف فقط إلى إلغاء قرار فسخ العقد الصادر ضده لا يمكن قبولها، فالقاضي الإداري باعتباره قاضي الإلغاء لن يقبل دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد ضد التدبير التعاقدي الصادر من الإدارة بالمخالفة للقانون لأنّ ذلك غير جائز[1].

وفي مصر رأت محكمة القضاء الإداري أنّ اختصاصها بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية أصبح اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعة وما يتفرع عنها وبذلك لم يعد اختصاص محكمة القضاء الإداري مقصوراً على صحة القرارات الإدارية الصادرة بشأن هذه العملية المركبةأو بطلانها، بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر إجراء نتيجة في تصفية العلاقات والحقوق والالتزامات الناشئة عنهاكافة. وذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصر العملية بأسرها يستوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الإداري.

وتجسيداً لذلك عدّت ذات المحكمة أنه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء[2].

أمّا المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد ذهبت إلى أن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1976/3/17 مذكور عند الدكتور سيد جاد الله – مرجع سابق – ص 526.

[2] محكمة القضاء الإداري المصرية حكمها الصادر في 1960/3/24 سنة 14 قضائية المجموعة- ص 614.

بإلغاء العقد ذاته هي قرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها، لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية[1].

والقرار الصادر عن الإدارة بسحب الأعمال وتنفيذها على حساب المقاول ليس قراراً إدارياً وإنما هو إجراء تقوم به الإدارة تنفيذاً للعقد، وهذا الإجراء لا ينهي التعاقد لأنه مجرد إجراء تمهيدي يعقبه إجراء آخر وهو قيام الإدارة بالعمل بنفسها أو الاتفاق مع مقاول آخر بالإجراءات التي حددها المشّرع[2].

كما أنّ القرارات الصادرة عن جهة الإدارة بتوقيع أي من الجزاءات العقدية أو فسخ العقد أو إنهائه إنما يدخل في نطاق العقد وتكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات والإجراءات هي منازعات حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، ومؤدى ذلك عدم تقيد الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء[3].

وسار مجلس الدولة السوري في ذات الاتجاه عندما قرر أن المنازعة حول صحة قرار فرض غرامة تأخير على المتعهد تندرج في نطاق القضاء الكامل، باعتبارها تتعلق بتنفيذ عقد إداري، ولا مجال بالتالي للاحتجاج في خصوصها بميعاد الطعن بالقرارات الإدارية[4].

---

[1] المحكمةالإدارية العليا المصرية حكمها في الطعن /666/ سنة 24 ق تاريخ 1979/4/14 مجموعة الـ 15 سنة عليا ص 178.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية حكمها بالطعن /3084/جلسة 1994/12/13 المجموعة، ص1112.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /2348/ سنة 36 ق جلسة 1995/3/7 المجموعة، ص 933.

[4]CE,19-3-1997,Commune de Soiy-Sous. Rec.CE,p.106.

ومما يجدر التنويه إليه في هذا المجال أننا عندما نقول أن المنازعة المتعلقة بالعقد هي من اختصاص محكمة القضاء الإداري فإنّ اختصاصها في هذا المجال هو اختصاص القضاء الكامل، ويكون هذا الاختصاص لإحدى دوائرها حسب توزيع العمل القضائي بقرار من رئيس مجلس الدولة في الوقت الذي تتولى دائرة ثانية من محكمة القضاء الإداري قضاء الإلغاء.

وبالاستناد لما تقدم يمكن تحديد شروط القرار التنفيذي للعقد الإداري في الآتي:

1) اتصال القرار بعقد إداري.
2) أن يصدر القرار عن الإدارة بوصفها جهة تعاقد.

أولاً- اتصال القرار بعقد إداري: وهذا يفترض مقدماً وجود عقد إداري، وعليه فحتى يعدّ القرار تنفيذياً للعقد الإداري لا بد من اتصاله بعقد إداري تنفيذاً أو انقضاءً، وأن يكون هذا القرار صادراً بمواجهة المتعاقد مع الإدارة، وترتيباً على ذلك تخرج عن ولاية القضاء الكامل القرارات الممهدة لانعقاد العقد أو التي تصدر عن الإدارة تنفيذاً للعقد ولكن في مواجهة الغير[1].

وعلى هذا لا يعدّ من القرارات التنفيذية للعقد القرار الصادر بطرح العمل في المناقصة، والقرار الصادر باستبعاد أحد المتنافسين، والقرار الصادر بإلغاء المناقصة، فهذه القرارات هي قرارات منفصلة و مستقلة كونها تصدر أثناء المرحلة التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وهي بخلاف القرارات الصادرة بمصادرة التأمين النهائي أو القرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها أو القرار الصادر بإلغاء

وحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /100/ بالقضية 341 لعام 1972. المجموعة، ص 25.

[1] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق ص 31.

العقد فهذه تعتبر من القرارات الصادرة تنفيذاً للعقد الإداري كونها صادرة تنفيذاً له وبالاستناد إلى نص من نصوصه[1].

ومن هنا فكل قرار يصدر بعد إبرام العقد وتنفيذاً له وبالاستناد لنص من نصوصه في مواجهة المتعاقد هو قرار تنفيذي للعقد الإداري. إلا أن مجلس الدولة السوري في القرار /199/ الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1978/6/26 اعتبر أن القرار الذي تصدره الإدارة بفصم الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعهد يعدّ قراراً إدارياً منفصلاً يقبل الطعن بالإلغاء شأنه شأن القرارات التمهيدية التي تسبق عملية التعاقد مبرراً اتجاهه في هذا الحكم أنّ القرار الصادر بالتمهيد لعقد يُعد العدة لتنظيم الخطوات المؤدية إلى تحديد الحقوق والالتزامات لكلا الطرفين في حين أنّ القرارات الصادرة بفصم الرابطة التعاقدية تنهي الرابطة التعاقدية[2].

ومن جانبنا نرى أنّ موقف مجلس الدولة السوري بقراره هذا غير موفق باعتبار أن القرار الصادر بفصم الرابطة التعاقدية، إنما صدر استناداً لنصوص العقد ونشأ عن إخلال بالتزام تعاقدي، وبالتالي فهو صادر في مرحلة تنفيذ العقد، مما يضفي عليه صفة القرار التنفيذي الذي يدخل النزاع بخصوصه ضمن اختصاص القضاء الكامل.

ثانياً- أن يصدر القرار عن الإدارة بوصفها جهة تعاقد:

حتى يكون القرار تنفيذياً لعقد إداري لا يكفي أن يتصل هذا القرار بالعقد الإداري على النحو السابق فقط، بل يجب أن تستمد الإدارة إصدار هذا القرار من

---

[1] حكم الإدارية العليا السورية بالطعن /666/ سنة 24 جلسة 1979/4/14 مذكور عند د. أبو العينين العقود الإدارية الجزء الأول ص25.

[2] حكم الإدارية العليا السورية /199/ تاريخ 1978/6/26 غير منشور.

نصوص العقد ذاته وأن تصدره في مواجهة المتعاقد الآخر بوصفها طرفاً في العقد[1].

وبذلك تخرج عن ولاية قاضي العقد ما تصدره الإدارة من قرارات بوصفها سلطة عامة، مستمدة سلطتها في إصداره من القوانين واللوائح فمثل هذه القرارات تخضع لاختصاص قاضي الإلغاء كونها قرارات إدارية نهائية لا تنفيذية ولم تصدرها الإدارة كونها طرفاً في العقد ولكن استعمالاً لسلطتها اللائحية.وتطبيقاً لذلك فالقرار الصادر عن الإدارة بشطب اسم المتعهد من عداد الموردين إذا استعمل الغش في تنفيذ التزامه التعاقدي يعدّ من القرارات الإدارية النهائية التي تصدر بعد انتهاء العقد وتنطبق عليه الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائيةكافة ويجوز الطعن فيه بالإلغاء في المواعيد المقررة قانوناً للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية فهذا القرار لا يعدّ من القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد الإداري واستناداً إلى نص من نصوصه[2].

وهذا بخلاف القرار الصادر بإلغاء العقد استناداً إلى نصوص العقد ذاتهوتنفيذاً له، حيث يُعد قراراً تنفيذياً للعقد ويكون محلاً للطعن أمام محكمة القضاء الإداري باستعداء ولاية القضاء الكامل[3].

ومن أهم الآثار التي رتبها القضاء الإداري على توافر الشرطين السابقين المتعلقين بتحديد القرارات التنفيذية للعقد الإداري أنه نفى عمّا تتخذه الإدارة من

---

[1]د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – العقود الإدارية –مرجع سابق –ص332.

[2]حكم الإدارية العليا المصرية بالطعن /724/ سنة 24 قضائية جلسة 1982/1/16 مذكور عند د. أبو العينين – العقود الإدارية –الجزء الأول –ص27.

[3]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /167/ سنة 11 ق تاريخ 1/27/ 1957، المجموعة، ص 821.

إجراءات تنفيذاً للعقد صفة القرار الإداري بالمعنى العام للقرار الإداري (تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة وفقاً للقوانين)[1].

المطلب الثالث: أهمية التفرقة بين القرار الإداري المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري:

القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري هو تعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة بالاستناد للقوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني معين في إطار عملية إبرام العقد الإداري.

والقرار التنفيذي للعقد الإداري هو القرار الذي تصدره الإدارة المتعاقدة تنفيذاً للعقدوبالاستناد نص من نصوصه، ويترتب على هذا الاختلاف في طبيعة كلا القرارين واختلاف الأساس القانوني الذي يستند إليه بصدوره، الاختلاف من عدة نواحي، أهمها:

أولاً: اختلاف أساس مسؤولية الإدارة في القرار الإداري المنفصل عن القرار التنفيذي للعقد الإداري(القرار المتصل بالعقد)

تلجأ الإدارة لأداء وظيفتها وتصريف شؤونها إلى إحدى وسيلتين، تتمثل الأولى في القرار الإداري L'acte administratif الذي يتخذ مظهر التصرف القانوني من جانب واحد أي التصرف بإرادة منفردة[2].

أما الوسيلة الثانية فتتمثل بالعقد Le contrat فتلجأ إلى الاتفاق مع الأفراد فيتولد بينهما عقد يحدد حقوق والتزامات كل منهما، وما يهمنا من الوسيلة الثانية

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /353/ بالطعن /338/ تاريخ 1984/7/30غير منشور. وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1957/12/29.وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /605م جلسة 1980/1/26 سنة 23 ق، المجموعة، ص560.

[2] د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مطبعة جامعة عين شمس – 1991 –ص 182.

هي العقود الإدارية Les Contrats Administratifs والتي تخضع لأحكام القانون العام وتتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي ليس لها نظير في القانون الخاص[1].

وخطأ الإدارة باستخدام أي من الوسيلتين يرتب معه مسؤوليتها التي تختلف فيما إذا كان الخطأ بشكل قراراً إدارياً صادراً بالإرادة المنفردة أو بشكل قراراً تنفذ فيه الإدارة عقد من عقودها الإدارية.

ومسؤولية الإدارة التي تثور في المجال غير العقدي يطبق عليها مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية، وذلك بحسبان أن مصدرالالتزام هو القانون، أما مسؤولية الإدارة التي تثور في مجال العقد الإداري فيطبق عليها المسؤولية العقدية للإدارة إذ يكون العقد في هذه الحالة مصدر الالتزام[2].

ويعد ركن الخطأ ركناً أساسياً في مسؤولية الإدارة بوجه عام سواء أكانت تقصيرية أم عقدية. وفي هذا الصدد لابد من تحديد الخطأ الذي يقع من قبل الإدارة لتحديد نوع المسؤولية التي تترتب عليها.

1 – ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة التقصيرية:

باستقراء أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني يتبين أنها لم تُعرِف الخطأ إنما وضع المشّرع أساساً عاماً لهذه المسؤولية تضمنته المادة /164/

---

[1] د. حمدي حسن الحلفاوي – ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري– رسالة دكتوراه– جامعة القاهرة– 2001– ص 10.

[2] المسؤولية لغة هي تبعة أمر أضر بالغير وتأخذ وصف الجزاء المترتب عليها فتكون مثله دينية أخلاقية قانونية، وقد تكون عقدية أو تقصيرية – معجم العلوم الاجتماعية تصدير ومراجعة د. إبراهيم مدكور – الهيئة المصرية العامة للكتاب –1975– ص 538.

من القانون المدني السوري التي تنص على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وتقابل المادة /163/ من القانون المدني المصري[1].

قد استقر الفقه على أنّ الخطأ هو إخلال بالتزام قانوني[2].

كذلك فإن القضاء الإداري قد استقر على أن الإدارة لا تسأل إلا على أساس الخطأ، الذي يترك تحديده لتقدير القاضي وهو يسترشد في ذلك بالنسبة للقرارات الإدارية بما يتخذه الخطأ من صورة واضحة ملموسة هي صورة عدم المشروعية التي تكون قد أصابت القرار الإداري المطعون فيه، سواء كان مرد ذلك إلى الشكل أو إلى الاختصاص أو مخالفة القانون أو عيب الانحراف ويكفي أن يكون القرار مشوباً بعيب من هذه العيوب[3].

والخطأ قد يرتكب بفعل سلبي أوإيجابي، كما ينصرف معناه إلى مجرد الإهمال والفعل العمد[4].

وعليه فإنّ مناط مسؤولية الإدارة عن القرارات الصادرة عنها يتمثل بوجود خطأ من جانبها يجعل القرار الصادر غير مشروع[1].

---

[1] الخطأ لغة عدة معان، منها الخطأ ضد الصواب، ويأتي بمعنى الذنب، فنقول خطئ الرجل، كما يأتي ضد العمد ويراد به الفعل المقصود، وغير المقصود فيقال أخطأ، يخطئ إذا سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً، والخاطئ من تعمد لما لا ينبغي. لسان العرب لابن منظور، ص 192 مادة الخطأ ، ومختار الصحاح للرازي ، ص179.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 1981 ص 1084.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة 1994/2/20 في الدعوى رقم /1836 / وحكمها بجلسة 1956/5/2 مجموعة أحكام المجلس، سنة 10 ق المجموعة- ص 326.

[4] د. حمدي الحلفاوي –المرجع السابق –ص 24. وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية جلسة 1955/12/28 مجموعة السنة التاسعة - ص 110 ، وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /107/ بالطعن /20/ لعام 1967، المجموعة، ص 519.

إذاً فالقرار الإداري غير المشروع هو الذي يشكل ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة غير التعاقدية، وهو خطأ تقصيري ناشئ عن إخلال بالتزام قانوني. ومسؤولية الإدارة عن القرار الإداري المنفصل المعيب بإحدى عيوب المشروعية هي مسؤولية تقصيرية محددة أوجهها بإحدى عيوب المشروعية المحددة بقانون مجلس الدولة[2]، ولذلك تأخذ هذه المسؤولية صورة غير مألوفة في مجال القانون الخاص. فإذا استبعدت الإدارة صاحب العطاء رغم اتفاق عطائه مع القانون واللوائح فهنا تقوم مسؤولية الإدارة غير العقدية متى كان قرارها من شأنه أن يفوت فرصة حقيقية لإرساء المزاد عليه[3].

وتطبيقاً لذلك فإنّ المحكمة الإدارية العليا المصرية رأتأنه متى بان من الأوراق أن عطاء المدعي لم تستبعده اللجنة الفنية ثم اتضح بعد فتح المظاريف أنه صاحب أقل عطاء وأنه بعد المفاوضة معه بناء على توصية لجنة البت تنازل عن تحفظه، فإنه وفقاً لما تقدم من أحكام، كان من المتعين قانوناً على جهة الإدارة أن تتعاقد معه كونه صاحب أقل العطاءات، إلا أنها تنكبت الطريق السليم وتعاقدت مع الشركة المشار إليها، على الرغم من أن عطاءها كان ترتيبه الثالث بين العطاءات المقدمة في المناقصة وعلى ذلك فإن جهة الإدارة بإصدارها هذا القرار تكون قد خالفت القانون ووقع الخطأ من جسانبها[4].

---

[1] حكم الإدارية العليا المصرية بالطعن /4331/ سنة 40 قضائية جلسة 1997/2/18 وحكمها بالطعن /3904/ جلسة 1997/3/11، المجموعة، ص 44.

[2] المادة /8/ من قانون مجلس الدولة السوري الصادر برقم /55/ لعام 1959 والمادة / 8 / من قانون مجلس الدولة المصري الصادر بالقانون /47/ لعام 1972.

[3] CE, 13- Mai -1970,sirey1970,p.661.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 1973/1/27 الطعن 552 سنة 14 ق، المجموعة، ص1121.

وعليه سار اجتهاد مجلس الدولة السوري على فرض أن عدم وصول الطرفين إلى مرحلة العقد لا يرتب أي مسؤولية عقدية وإن الإخلال في هذه المرحلة يرتب المسؤولية التقصيرية الناشئة من إخلال بالتزام قانوني[1].

وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه حيث يرى الدكتور عبد العزيز خليفة أن الخطأ في مرحلة تكوين العقد هو خطأ تقصيري لا عقدي طالما أنّ العقد بين الإدارة والفرد لم ينعقد.وهذا الخطأ التقصيري من جانب الإدارة يتمثل في القرار غير المشروع، الذي يثير مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير العقدية أي المسؤولية التقصيرية[2].

أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فيرى أن الخطأ العقدي يتمثل بالإخلال بالتزامات ناشئة عن العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً وسواء أكان هذا الإخلال ناشئاً عن عمد أو إهمال أو فعل المدين دون عمد أو إهمال[3].

2 – ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة العقدية:

الخطأ العقدي يعد أساساً للمسؤولية العقدية للإدارة ومناط الحكم بالتعويض هو توافر عناصر المسؤولية العقدية من خطأ يتمثل بالإخلال بالتزام عقدي وضرر وعلاقة سببية بينهما[4].

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /346/ بالقضية /1276/ لعام 1976 غير منشور. وبذات المعنى رأي اللجنة المختصة رقم /200/ لعام 2006 غير منشور. وحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /1477/ بالقضية 6458 تاريخ 2009/5/28 غير منشور.

[2]د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية– دار محمود للنشر – القاهرة– 2006– ص91.

[3]د. عبد الرزاق السنهوري– مرجع سابق– ص1085.

[4]حكم الإدارية العليا المصرية جلسة 1997/11/25 بالطعنين /4669 و 5087/ سنة 41 ق، المجموعة، ص 434.

لهذا فإن المسؤولية التي تترتب على القرار التنفيذي للعقد الإداري هي مسؤولية عقدية ناشئة عن إخلال الإدارة بموجب قرارها بالتزام فرضه نص عقدي شكَّل هذا الإخلال ركن الخطأ في مسؤوليتها العقدية[1].

وتطبيقاً لذلك فإذا أقدمت الإدارة المتعاقدة على تعديل المقابل المادي لعقدي الأشغال أو التوريد بإرادتها المنفردة شكل ذلك خطأ عقدياً تقوم معه المسؤولية العقدية للإدارة[2].

كما أنّ امتناع الإدارة عن الإفراج عن التأمين النهائي رغم وفاء المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية فور انتهائه من تنفيذ العقد أو انتهاء مدة الضمان إذا تم الاتفاق على ذلك يثير مسؤولية الإدارة التعاقدية كونه يتعارض مع مبدأ حسن النية الواجب توافره في مجال العقود وإخلال منها بنص عقدي بينهما[3].

بعدما بينا الأهمية التي تترتب على التمييز بين الخطأ التقصيري للإدارة والخطأ العقدي لما يترتب عليه من تحديد نوع المسؤولية في كل منهما نجد أنّ الواقع العملي يكشف عن حالات يشكل فيها الفعل الواحد خطأً عقدياً يتمثل بالإخلال بالتزام عقدي، وخطأ تقصيري يتمثل في إخلال بالتزام قانوني يفرضه القانون على الكافة، وذلك بأن تقوم الإدارة باتخاذ إجراء من شأنه المساس بالمتعاقد ليس بالاستناد لنصوص العقد فقط وإنما يفرضه القانون عليها من عدم الإضرار كأن تقوم الإدارة المتعاقدة بالاستيلاء على الكافيتريا محل التعاقد بهدف تأجيرها لآخر وطرد المتعاقد وإتلاف منقولاته فهذا يشكل إخلالاً من جانبها بالتزام

---

[1] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 93.

[2] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلسة 1987/10/28 ملف 368/2/47، مذكورة عند د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية، المرجع السابق – ص95.

[3] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية ص 105 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعنين رقمي /824/ س 46 والطعن /3485/ سنة 47 قضائية بتاريخ 1994/6/5.

عقدي، يتمثل في إنهاء العقد قبل الموعد المتفق عليه – يثير مسؤولياتها العقدية وفي الوقتذاته يشكل إخلالاً بالتزام عام مصدره القانون بعدم الإضرار بالغير[1].

3 – وهنا يثور التساؤل عن مدى أحقية المضرور في الجمع بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية ؟

القاعدة المستقرة في هذا الشأن سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام أنه لا يجوز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وذلك أياً كان المعنى المقصود من هذا الجمع، فمن ناحية أولى لا يجوز الجمع، بمعنى أن يطالب المضرور بتعويضين أحدهما على أساس المسؤولية العقدية والآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، إذ لا تعويضين عن ضرر واحد ومن ناحية ثانية لا يجوز الجمع إذا قصد به الجمع بين خصائص كلتا الدعويين ليأخذ من أيهما ما يراه أوفق له، وأخيراً إذا كان المراد بالجمع معاودة المضرور بإقامة إحدى الدعويين إذا كان قد سبق وخسر الأخرى وذلك إعمالاً لحجية الشيء المقضي فيه ومن ثم فلا يسوغ الجمع بهذا المعنى[2]. ففي الوقت الذي يرتكب فيه الخطأ بتنفيذ العقد يجب على المتضرر المطالبة بالتعويض على أرضية المسؤولية العقدية وعلى هذه الأرضية يجب أن يتفحص القضاء نتائج الخطأ المرتكب[3].

ولكن إذا كان المبدأ هو عدم جواز الجمع بين المسؤولية التقصيرية والعقدية، فهل يكون للمضرور اختيار إحداهما ؟ بمعنى هل له أن يختار الانصياع لأحكام إحداهما دون الأخرى طالما كانت أنجع له، مع التنويه إلى أن منطق الاختيار هذا يفترض وجود عقد صحيح بين طرفيه وأن يكون الضرر ناتج عن إخلال بالتزام عقدي.فإذا كان الخطأ قد أضر بالغير أو كان الضرر الذي

---

[1] د. حمدي حسن الحلفاوي – المرجع السابق –ص 72.

[2] د. السنهوري – الوسيط – العمل الضار – المرجع السابق – ص 1056.

[3] أ. عبد الهادي عباس – العقود الإدارية– دمشق– دار المستقبل– الطبعة الأولى– 1993– ص54.

حاق بالمتعاقد ليس ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي وإنما بالتزام قانوني عام ففي هذه الحالة لا نكون بصدد علاقة عقدية بالمعنى الدقيق والتي تنشأ عنها المسؤولية العقدية[1].

في إطار الإجابة عن هذا التساؤل يُجمع فقه القانون الخاص وأحكام القضاء في فرنسا على عدم جواز الاختيار بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية بحسبان أن العقد إنما يعد بمنزلة عالم منظم داخلياً بمعرفة أطرافه وفي الحدود المقررة قانوناً، وأن من شأن التعويل على الخطأ التقصيري في مجال العقد إهدار لنصوص العقد وتعديل لآثاره وإخلال بالتوازن القائم بين الطرفين بصورة غير مباشرة[2].

أما فيما يتعلق بموقف فقه القانون العام وقضائه

يجمع فقه القانون العام الفرنسي على هيمنة المسؤولية العقدية حيث يرى الفقيه Odent أن المسؤولية العقدية تجب المسؤولية شبه العقدية والمسؤولية على أساس الخطأ والمسؤولية على أساس المخاطر، وأن مسؤولية الإدارة في مواجهة المضرور لا تقوم خارج العقد إلا إذا لم يكن هناك علاقة عقدية تربط بينهما[3].

كما يذهب Laubadere إلى هذا المعنى مؤكداً استغراق المسؤولية العقدية للمسؤولية على أساس الخطأ[4].

---

[1]د. مجدي عز الدين يوسف- مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال أشخاص القانون العام- مقال في مجلة الحقوق الكويت – السنة العشرون – العدد الرابع – ديسمبر 1996 ص 329.

[2]Marty et Raynaud. Les obligations , Sirey 1988. N368. P.233.

والدكتور السنهوري – الوسيط – مرجع سابق – ص 1058-1061.

[3]R. Odent. contentieux administratifs, Les cours de droit 1977-1978. P1346.p.68.

[4]André de Lau badere. Traite Thionique et pratique des contrats administratifs. 1956 Tmoe2 p78.

أما Moderne فيرى أنّ هيمنة دعوى العقد مبدأ مستقر يطبقه القضاء الإداري بصفة عامة الآن[1].

في حين يذهب Duze إلى أنّ المسؤولية غير العقدية تتحقق عندما لا يستطيع المضرور التمسك بالالتزامات العقدية الناشئة عن العقد الذي يربطه بالإدارة ليحصل على تعويض منها[2].

وقد استند فقه القانون العام في تبرير المبدأ المشار إليه إلى ذات المبررات التي ارتكن إليها فقه القانون الخاص حيث إنّ السماح بالخيرة بين المسؤوليتين أو الربط بين قواعدهما في دعوى واحدة يؤدي إلى الخروج عن نطاق العقد والنصوص التي تنظم العلاقة بين أطرافه[3]. إضافة لذلك وجد بعض الفقه أن مبدأ هيمنة المسؤولية العقدية يستند إلى ذاتية الرابطة العقدية التي تتمثل في الترابط بين الالتزامات المتبادلة الناشئة عن العقد. فالعقد يّولد بين طرفيه شبكة متداخلة من العلاقات الذاتية ومن ثم فإذا كان طرفا العقد يستفيدان من ذلك العالم القانوني المغلق، فيتعين عليهما كذلكأن يخضعا لقواعده وحده دون غيرها، ولو كانت لا تحقق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما بحسبان أن هذه النتيجة أرادها المتعاقدان، وأن القول بغير ذلك من شأنه أن يفقد العقد وحدته وفعاليته في مواجهة طرفيه، وعندئذٍ لا يضحى للعقد قيمة قانونية، أو عملية،فالطبيعة الذاتية للالتزام العقدي وما يرتبه من آثار هي أساس إعلاء المسؤولية العقدية وهو ما دعا إلى تشابه الوضع في القانون العام مع نظيره في القانون الخاص، وذلك أن الالتزامات

---

[1]Moderne. Traite des contrats administratifs , 2 édition, 1983, p 1810.

[2]P. Deuze. La responsabilité de puissance, public Dalloz 1983 p.7.

[3]R. chapus. Responsabilise public et responsabilité privée Thèse L.G.D.J. 7057. N374.

العقدية ذات طبيعة واحدة في كافة العقود إدارية كانت أم مدنية[1].فالمدعي المرتبط مع البلدية بعقد لا يمكن أن يمارس ضد البلدية دعوى بطلب تعويضات عن اضطرابات حصلت إلا بدعوى تستند إلى هذا العقد، وبالتالي لا يجوز للمتعاقد أن يثير أخطاء المرفق المرتكبة من قبل الإدارة المستقلة عن العقد، ولا موضوع المسؤولية دون خطأ التي تجد مجال تطبيقها في المسؤولية الخارجة عن التعاقد[2].

وبناءً عليه فقد تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على إقرار مبدأ هيمنة المسؤولية العقدية وأن الخطأ العقدي يستغرق الخطأ التقصيري[3].

ولا يجوز للمدعي – وهو متعاقد مع الإدارة – أن يرفع ضدها إلا دعوى العقد للحصول على تعويض عن الأضرار التي حاقت به[4].

ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يثير المسؤولية شبه التقصيرية الناجمة عن خطأ مرتكب من هذه الإدارة في ممارسة سلطات الضبط[5].

ومن جانبه مجلس الدولة المصري لم يتعرض صراحة للموضوع، وإن كان البعض قد استشف من أحكامه في هذا الصدد هيمنة المسؤولية العقدية على المسؤولية التقصيرية بحسبان أنّ مجلس الدولة لا يتعرض للمسؤولية التقصيرية إلا إذا انتهى من انتفاء المسؤولية العقدية، حيث بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه إذا كان من الثابت أن الجهة الإدارية باعت للمدعي (60) طن فول

---

[1]Philipe Ternayre. La responsabilité contractuelle des personnes publiques. 1989 ,p 25 Ets.

د. مجدي عز الدين يوسف – المقال السابق ص 337 وَ د. حمدي الحلفاوي –مرجع سابق– ص 79.

د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع – العقود الإدارية ص283.

[2]أ. عبد الهادي عباس – مرجع سابق – ص 55.

[3]CE, 6 -5-1976 compagnie, P.I.M.R.D. 1921 , p510.

[4]CE,10 -12- 1976, Berëzovski, Rec. P527.

[5]CE, 7-5- 1982,Sté du parking. De La place, de la Concord Rec. P 669.

سوداني وما كان يتأتى أن يتمخض هذا البيع عن فول فاسد تحذر السلطات الصحية المختصة تصريفه للاستهلاك الآدمي ويهبط ثمنه إذا ما بيع – لأغراض أخرى – بعد أن رفض المدعي تسلمه إلى نحو نصف الثمن الذي كان قد بيع به، ومثل تلك المخالفة إذا قامت بها الجهة الإدارية وتردى فيها تابعوها موجب لمسؤوليتها العقدية التي لا فكاك منها بدرئها عنها، والتعلل بأن المشتري كان بمقدوره وبعناية الرجل المعتاد اكتشاف العيب قبل الإقدام على المزاد ذلك أنّ عناية الرجل المعتاد بكل ما توجبه من أسباب الحرص لا تزعزع قدر الثقة وأسباب الاطمئنان التي توحي بها مقتضيات التعامل مع جهة الإدارة والتي تنزه عن مثل هذا الانحراف بمقتضيات التعاقد ومقاصده.....

ولا ريب في أن مثل هذه المخالفة العقدية الثابتة في حق الجهة الإدارية تملي تعويض المدعي[1].

وعليه فإن جانباً من الفقه رأى أنه بمقتضى الحكم السابق أقامت المحكمة الإدارية العليا مسؤولية الإدارة استناداً إلى إخلالها بالتزام عقدي ولم تشر على الإطلاق إلى فكرة المسؤولية التقصيرية، رغم أنه من الثابت أن الضرر الذي لحق بالمتعاقد مع الإدارة نجم عن خطأ يشكل إخلالاً بالتزام عقدي مصدره العقد، وكذلك إخلالاً بالتزام يفرضه القانون على الكافة مقتضاه عدم الإضرار بالغير الأمر الذي يؤكد لدى هذا الجانب الفقهي أنه لا مجال للخيرة بين المسؤوليتين[2].

وبالرجوع لبعض أحكام مجلس الدولة المصري الحديثة يتبين أنه لم يأخذ بالمبدأ المستقر على هيمنة المسؤولية العقدية، فمحكمة القضاء الإداري وبحكمها الصادر بجلسة 1995/2/5بالدعوى التي تتلخص وقائعها في أن الإدارة كانت قد تعاقدت مع مستثمر لإدارة الكافيتريا الخاصة بها لمدة ثلاث سنوات، وخلال مدة

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 1979/4/28 بالطعن رقم /915/، المجموعة، ص 87.

[2] د. مجدي عز الدين يوسف – المقال سابق الذكر – ص 342.

سريان العقد قام تابعوا الإدارة بالاستيلاء على الكافيتريا بهدف تأجيرها لشركة ونقلوا موجوداتها إلى غرفة بجوار الكافيتريا، وظل يزاول نشاطه حتى تم طرده، وكسر باب الغرفة وتسليمه موجوداته فأصدرت المحكمة حكمها بإلزام الجهة الإدارية بالتعويض للمدعي وأسست قضاءها بعد أن استعرضت نص المادة /163/ من القانون المدني على أساس أن قيام المسؤولين بالكلية بالأفعال المشار إليها، فإن هؤلاء المسؤولين يكونوا قد تسببوا بأعمالهم المشار إليها في إنهاء عقد استثمار الكافيتريا قبل ميعاد انتهائه المقرر وذلك دون سند أو مبرر قانوني ومن ثم يكون الخطأ قائماً من جانب الإدارة، الأمر الذي يبين معه ومن وجهة نظر جانب آخر من الفقه أن المحكمة في استنادها لنص المادة /163/ فإنها تكون قد أسست الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية رغم وجود عقد بين المدعي والإدارة[1].

ورغم أنه وفي ذات الدعوى تم إعداد تقرير من هيئة مفوض الدولة انتهى إلى أحقية المدعي في التعويض بالاستناد للمسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية بخلاف الحيثيات التي استند إليها الحكم.

ولهذا ومن وجهة نظر هذا الجانب الفقهي أنه كان أجدر بالمحكمة أن تقيم المسؤولية الإدارية على أساس المسؤولية العقدية إعمالاً لمبدأ هيمنة المسؤولية العقدية[2]، الأمر الذي يكشف بجلاء عن عدم وجود اتجاه واضح لمجلس الدولة المصري بالنسبة للمسألة المطروحة.

ثانياً: الاختلاف في طبيعة الدعوى الموجهة لكل من القرار الإداري المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري(القرار المتصل بالعقد)

إن مقتضى صدور القرار الإداري المنفصل بوصفهتعبيراً عن إرادة منفردة كسلطة عامة يجعله المحل الطبيعي لدعوى الإلغاء عند مخاصمته.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة 1995/2/5 بالدعوى /4471/ سنة 45 قضائية

[2] د. حمدي الحلفاوي – المرجع السابق – ص 84.

ولذلك فإنّ الطعن على القرار الإداري المنفصل لا يؤسس إلا على مخالفة الشرعية فلا تثار مسائل الواقع إلا بصفة ثانوية وفي الحالات التي تكون فيها ظروف الواقع شرطاً قانونياً لممارسة سلطات الإدارة[1].

وعليه فالطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل يشكل خصومة عينية ضد القرار المنفصل المطعون فيه وليس ضد مصدره[2].

وبالاستناد للطبيعة العينية (الموضوعية لدعوى الإلغاء) فإن مداها أوسع بكثير إذ هي متاحة لكل ذي مصلحة intérêt في إلغاء القرار غير المشروع[3].

وتطبيقاً لذلك فقد عدّ مجلس الدولة المصري أنه لما كانت دعوى الإلغاء هي خصومة عينية تنصب على القرار الإداري ذاته وتهدف أساساً إلى حماية الشرعية، الأمر الذي لا يلزم معه لقبول دعوى الإلغاء أن يكون المدعي ذا حق مسه القرار الإداري المطعون فيه وإنما يكفي أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أم أدبية[4].

---

[1]CE,5-3-1999, President de l'assemblee Nationale ,RFDA 1999,p.333.

[2]د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دراسة مقارنة الكتاب الثاني 1967-1968 – دار النهضة العربية ص 163 و ص 805 ، د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق الذكر – ص 73. د. يحيى الجمل – القضاء الإداري ، 1968 – دار النهضة العربية – ص312.

ومن الفقه الفرنسي:

-Richer(L.): op. cit.2010,p173.

-Raymond Odenat , contentieux administratif , 1959-1953, p.99.

[3]د. كامل ليله – مرجع سابق – ص 808.

[4]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعنين /943 و 1640/ سنة 4 قضائية جلسة 3 /1994/11 مجموعة المبادئ التي قررتها الإدارية العليا لعام 1995 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن /1645/ سنة 36 قضائية جلسة 1994/3/22، المجموعة، ص 567.

كما أكد مجلس الدولة السوري ذات الطبيعة لدعوى الإلغاء فقرر أن الخصومة في دعوى إلغاء القرار أو إعلان انعدامه هي خصومة عينية محلها القرار الإداري المطعون فيه، وعليه وعملاً بالمادة /20/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959 فإن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري يكون حجة فيما قضى به على الكافة سواء أكانوا ممثلين بالدعوى أم لا ويتمتع بقوة الشيء المقضي به[1].

أما فيما يخص القرار التنفيذي للعقد الإداري ولأنه صادر عن الإدارة بالاستناد لنص العقد فإن المنازعة بصدده تعدّ منازعة ناشئة عن عقد إداري.

ولما كانت المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهة الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات وإجراءات قبل المتعاقد تندرج تحت ولاية القضاء الكامل حتى ولو انصب طلب المتعاقد على إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله، وذلك لأن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد هي منازعات حقوقية، وتكون محلاً للطعن عليها على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء[2].

فالقرار التنفيذي وانطلاقاً من اعتباره ترجمة لإرادة الإدارة عما تعاقدت عليه مع المتعاقد فإن الدعوى التي توجه إليه هي دعوى تنطلق من التزامات ذاتية حددت بالعقد المبرم بينهما، وعليه فالدعوى الموجهة ضد القرار التنفيذي في هذه الحالة هي خصومة بين طرفين يدعى أحدهما المساس بمركز ذاتي شخصي يقوم

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /470/ بالطعن /2027/ لعام 1998 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام 1998 –ص 726. وحكم الإدارية العليا السورية رقم /77/ لعام 2004 غير منشور

[2] د. عبد المنعم عبد العزيز خليفة – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص 307–308 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /2248/ سنة 36 ق جلسة 1995/3/7. المجموعة، ص631.

القاضـي النـاظر بهـا بفحـص الوقـائع والقـانون ويقـرر التزامـات علـى عـاتق أحـد الطرفين وحقوق للطرف الآخر[1].

فموضوع النزاع الذي يطرح أمام القاضي ينصب على وضع قانوني فردي شخصـي Situation Juridique individuelle subjective فرافع الدعوى يدعي لنفسه حقاً في شيء ما لدى الإدارة، كمخالفة الإدارة لنص عقدي أو خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين أو قيام عارض من عوارض التنفيذ لقوة قاهرة أو لظروف طارئة.

وعليه فقد استقر القضاء الإداري في فرنسا على أنه يجب على المتعاقد أن يقيم دعواه أمام قاضي العقد في أي قرار صادر من الإدارة المتعاقدة بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري الذي يربطه بها، وأن هذه الدعوى تأخذ شكل دعوى القضاء الكامل (دعوى العقد)وليست دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء[2].

وهـذا الاختصـاص مـن النظـام العـام، ولـذلك لا يسـتطيع أطـراف العقـد الإداري أن يخرجوا عليه بنص في العقد[3] وإن كان المشّرع يستطيع أن يخرج على هذه القاعدة بالنسبة لعقد بعينه تحيط به عوامل خاصة[4].

كمـا يـذهب القضـاء الإداري فـي مصـر فـي ذات الاتجـاه علـى فـرض أن الإدارة بإصـدارها قـرارات تنفيذيـة للعقـد الإداري كـالقرارات الخاصـة بجـزاء مـن

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 73.

[2] CE, 28-7-2000,Jacquiper,BJDCP 2000,N13, p.432.

CE,14-3-1997, Cie d'aménagement des coteaux de Gascogne,RFDA 1997 ,P.349.

[3] J.M.Auby et Drago: op. cit. T1 éd. 1962 , p373.

[4] CE,19 Juin 1929 Legris.AJ.P.96.

CE,11 Déc. 1959, Sté générale , Technique.Rec.,p.49.

CE, 6 Nov. 1970, Sté anonyme Touristique, p659.

الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه إنما تصدرها في منطقة العقد وتنشأ عنه وهي منازعة حقوقية تكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل[1].

فالقرارات الصادرة عن الإدارة بفسخ العقد الإداري أو بسحب الأعمال من المتعاقد معها وتنفيذها على حسابه تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه والمنازعة المتعلقة بهذه القرارات لا تدخل في ولاية الإلغاء وإنما تدخل في ولاية القضاء الكامل[2].

ويذهب مجلس الدولة السوري بقسميه الاستشاري والقضائي إلى أن المنازعة الناشئة عن العقد الإداري هي منازعات حقوقية تشكل محلاً لدعوى العقد أمام قاضي العقد بحيث إن ما يصدر عن الإدارة تنفيذاً للعقد الإداري لا يمكن التصدي له برأي استشاري أو بدعوى الإلغاء[3].

فجميع القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد كالقرار الصادر برفض منح فروقات أسعار للمتعهد[4] أوالقرار الصادر بفسخ العقد أو القرار الصادر بفرض

---

[1]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1956/11/18.، مجموعة السنوات الخمس عشرة، ص55.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن /3723/ سنة 4 ق جلسة 1996/6/20، المجموعة، ص 221.وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1645/ سنة 36 ق جلسة 1994/3/22.، المجموعة، ص430.

[3]الرأي الصادر عن اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /99/ في القضية /218/ ق لعام 2009 والرأي /22/ بالقضية /142/ لعام 2009. والرأي /62/ لعام 1985. أراء غير منشورة. وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية /878/ الطعن /9/ لعام 1990 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا لعام 1990 ص720.

[4]حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /26/ الطعن /70/ لعام 1987 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها العليا لعام 1987.ص92.

غرامات تأخير على المتعهد المتأخر بتنفيذ العقد[1] أو القرار الصادر بمصادرة التأمينات النهائية للمتعهد[2] والقرار الصادر بسحب الأعمال هي محل لدعوى القضاء الكامل[3].

وهذا ما يؤيده الفقه العربي ويبرر عدم قبول دعوى الإلغاء من جانب المتعاقد ضد قرار الإدارة مانحة الالتزام بإسقاط التزامه إلى فكرة الطعن الموازي، وتمتع الملتزم بدعوى أخرى تحقق له ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء، ألا وهي دعوى العقد أمام قاضي العقد، فضلاً عن أن قرار إسقاط الالتزام لا يعدّ قراراً منفصلاً عن العلاقات التعاقدية بين طرفي العقد وبالتالي لا يجوز الاستناد إلى فكرة القرار المنفصل للطعن في هذا القرار أمام قاضي الإلغاء[4].

ثالثاً: مدى سلطة القاضي في النزاعات الناشئة عن كل من القرار الإداري المنفصل والقرار التنفيذي(القرار المتصل بالعقد).

تتركز مهمة القاضي الناظر في الدعوى الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري في فحص مشروعيته وما إذا كان هذا القرار مشوباً بعيب من العيوب التي تجعله قراراً غير مشروع أم أنه سليم وغير مخالف للقانون، بحيث إذا ثبت لقاضي الإلغاء صحة الطعن وعدم مشروعية القرار فإن سلطته تتمثل بالحكم بإلغاء القرار جزئياً أو كلياً[5].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /52/ بالقضية /1823/ تاريخ 2007/2/8 غير منشور.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /354/ بالقضية /2270/ تاريخ 2007/3/22 غير منشور.

[3] قرار محكمة القضاء الإداري السورية /908/ بالقضية /1446/ تاريخ 2008/5/15 غير منشور.

[4] الدكتور محمد صلاح عبد البديع – سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري. دراسة مقارنة جامعة الزقازيق 1993 – ص 167.

[5] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – مرجع سابق – ص 19 ود. محمد كامل ليله – الرقابة على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967-1968، ص806.

والمستقر عليه أن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لا ينصب سوى على هذا القرار دون أن يمتد أثر الإلغاء إلى العقد الذي ساهم القرار الإداري محل دعوى الإلغاء في تكوينه حيث يبقى هذا العقد صحيحاً رغم ذلك[1].

وأساس ذلك أن القرار الإداري المنفصل وإن كان يدخل في تكوين العقد ويمهد لإبرامه، إلا أنه يشكل عملاً مستقلاً ومنفصلاً عن عملية التعاقد التي لا تخضع لاختصاص قاضي الإلغاء[2]، وهذا الحل هو نتيجة طبيعية لفكرة القرار الإداري المنفصل. ومن ثم فالطعن لا ينصرف إلى العقد الإداري وإنما يوجه ضد القرار الإداري الذي ساهم في تكوينه.من ناحية أخرى فثمة استقلال بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل الذي تندرج تحته منازعات العقود، فقاضي الإلغاء لا يمكنه أن يقضي بإلغاء العقد ويقتصر حكمه على إلغاء القرار القابل للانفصال دون أن يكون له أن يبحث في النتائج المترتبة على هذا الإلغاء[3].

فسلطة القاضي الناظر بدعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل يقتصر على أحد أمرين، إما أن يقوم برفض الدعوى إذا تبين له عدم صحة الإدعاء أي أن القرار المطعون فيه مشروع، أما إذا اتضح له صحة الإدعاء بعدم مشروعية القرار فإنه يحكم بإلغائه أي إبطاله وإبطال كافة آثاره في الماضي والمستقبل وليس له أن يحكم بشيء آخر[4].فقاضي تجاوز السلطة لا يلمك أن يلغي إلا المنافسة ذاتها

---

[1]تقرير مفوض الدولة روميو في قضية Martin – 1905 وتقرير مفوض الدولة كاهن سلفادور في قضية Deouty وفي ذات المعنى حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /1753/ جلسة 1956/11/18.

[2]د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص 345.

[3] د. عبد المنعم عبد العظيم جيزة – آثار حكم الإلغاء – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي 1971- ص 492 و د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص 575.

[4]Guy debeyre, Paul Deuz, Traite de droit administratif 1952, p399.

وليس العقد. Le Juge de L'excès de pouvoir ne peut annuler que L'adjudication elle-même, mais non le contrat qui L'a suivi.[1]

أما بالنسبة لسلطة القاضي الناظر في النزاعات الناشئة عن القرار التنفيذي للعقد الإداري وكونها منازعة ناشئة عن عقد إداري يخول التزامات ذاتية على طرفيه فإنه يقتضي تخويل القاضي سلطات واسعة تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية، فهي منازعة بين طرفين متعاقدين (الإدارة والمتعاقد معها). فيقوم القاضي في بداية الأمر بتقرير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد مداه، ثم يحدد بعد ذلك حقوق المدعي فيلزم المدعى عليه برد هذه الحقوق أو تنفيذها[2].

ورقابة القضاء للإدارة تشمل مشروعية القرار الصادر عن الإدارة بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الاختصاص أو الشكل أو مخالفة أحكام القانون أو الانحراف بالسلطة أو التعسف فيها كما تشمل تناسب الجزاء الذي وقع على المتعاقد مع الخطأ المنسوب للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف[3]، كما تمتد إلى البواعث التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار وأسبابه[4] فإذا كان الجزاء مغالى فيه أو لا يتناسب مع قدر الخطأ رد القاضي الوضع إلى درجة الموازنة والتساوي حتى لا تثري الإدارة على حساب المتعاقد إناستعملت سلطتها في توقيع الجزاء بدون داع[5].

---

[1]Richer(L.): op.cit.2010,p.262.

André de L'aubader, contrats administratif 1956, op, cit p337

[2]د. محمد كامل ليله – مرجع سابق – ص 806 ود. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص74.

[3]د. سيد أحمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2007، ص314.

[4]د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص460.

[5]د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص 416.

ويراقب قاضي العقد عناصر المشروعية والملائمة لقرار الإسقاط للالتزام (كقرار تنفيذي) ومدى مخالفة السلطة المانحة للالتزام لأي عنصر من العناصر في قراراها، يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية في مواجهة الملتزم[1].

وتطبيقاً لذلك فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي القرار الصادر عن الإدارة بفرض جزاء إسقاط الالتزام إذا اتضح أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن جسيماً ولم يكن كافياً لتبرير جزاء الإسقاط[2]، وأن الإدارة عندما تسقط الالتزام لخطأ يسير أو لخطأ على درجة خاصة من الجسامة ولكنه على وشك الإصلاح أو ماثل للإصلاح من جانب الملتزم، فإنّ الإدارة بإسقاطها الالتزام في هذه الحالة تقيم مسؤوليتها التعاقدية تجاه الملتزم[3].

وتمتد سلطة قاضي العقد بالنسبة للقرارات التنفيذية الصادرة عن الإدارة المتعاقدة بإنهاء العقد ليس إلى إلغاء القرار فقط بل إلى منح المتعاقد تعويضاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب نتيجة هذا القرار[4].

---

[1]FOLLIOT(L.):Pouvoirs des juges administratifs et disinction des contentieux en matiere contractuelle ,th. Paris II ,1994,P.17.,et Emeri , De la responsabilité de L'administratif ,p142.

[2]CE, 24-11-2008, Synd. Mixte d'assainissement de la region du Pic Saint-Loup, BJDCP2009,N63,p.151.

CE,16-2-1996,Syndicat intercommunal de l'arrondissement de pithiviers,req.82880.

CE,, 26-11- 1971, (S.I.M.A.), précité.

[3]CE,25-3-1991,Copel,CJEG 1993 ,P.238.

CE,12-3-1999,SA Meribel 92,Rec.p.61.

[4]CE,20-1-1988, Société d'etude et de resiliation des application du froid Rec., p.29.

CAA Lyon ,30-8-1995,Communede M eribl,req.92LYO1256.

هذا ويسير الفقه و القضاء الإداري العربي في الاتجاه ذاتهالذي يعطي للقاضي الناظر في المنازعات الناشئة عن القرار التنفيذي للعقد الإداري سلطات واسعة تتفق وطبيعة النزاع، فيقوم في بداية الأمر بتقدير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد مداه ثم يحدد بعد ذلك حقوق المدعي ويلزم المدعى عليه بالرد والتنفيذ حيث لا يقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه إذا بان عدم مشروعيته – كما هو الشأن في دعوى الإلغاء – بل يجاوز ذلك إلى تعديل هذا القرار أو إصلاحه أو إحلال آخر محله أو الحكم بالتعويض المالي[1].

فالقضاء الكامل يخول القاضي تصفية النزاع كلية فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحيتين الإيجابية والسلبية ولا يقتصر اختصاص المحكمة على التصدي لبحث حقوق الطاعنين المطالب بها بل يمتد إلى بحث مستحقات جهة الإدارة المطعون ضدها للوصول إلى استجلاء وجه الحق في الدعوى[2].

كما عدمجلس الدولة السوري أن سلطة القاضي الإداري في إعمال رقابته عما تنسبه الإدارة للمتعهد من تقصير هي سلطة واسعة وتشمل رقابة مشروعية العقوبة المفروضة كوسيلة من وسائل الضغط عليه من جهة ومدى ملاءمتها لخطأ المتعهد من جهة أخرى[3].

كما يملك أن يعدل مبلغ الغرامة المفروضة بما يتناسب مع تقصير الإدارة في اتخاذ الخطوات اللازمة لتأمين حاجات المرفق العام والضرر الذي يلحقه

---

[1] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – العقود الإدارية – مرجع سابق– ص 329.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /3683/ سنة 36 قضائية جلسة 29 /1994/11،المجموعة، ص312.وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1326/ سنة 33 قضائية جلسة 6/24 /1995. المجموعة، ص661.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /339/ بالطعن /327/ لعام 1977. المجموعة، ص332.

التأخير فعلاً بالمشروع المتعاقد من أجله بعد موازنة درجة الإهمال أو التقصير بين الطرفين صاحبي العلاقة[1].

رابعاً: حجية الحكم الصادر في الدعوى الموجهة لكل من القرار الإداري المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري

يحوز الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل حجية مطلقة في مواجهة الغير، متى ثبت للمحكمة عدم مشروعيته، أي أنه حجة على الكافة[2].

ويتجه الفقه في تبرير الحجية المطلقة للحكم الصادر بدعوى الإلغاء إلى أن دعوى الإلغاء تنتمي للقضاء العيني، حيث يقوم هذا الجانب من الفقه بالتفرقة بين القضاء العيني والقضاء الشخصي مستنداً إلى تقسيم المراكز القانونية إلى مراكز قانونية خاصة و مراكز قانونية عامة، وبالاستناد لهذا التقسيم للمراكز فإن المنازعات تنقسم أيضاً إلى منازعات عينية تتعلق بالمراكز القانونية العامة أو الموضوعية وينحصر ادعاء المدعي فيها في وقوع مخالفة لأحكام القانون أو

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /104/ لعام 1972. المجموعة، ص358.

واستمراراً في القضاء المذكور أعلاه لم تتوقف سلطة القاضي الإداري بإلغاء القرار الصادر عن الإدارة برفض استلام الأعمال المتعاقد عليها من المتعهد، وإنما امتد إلى اعتبار الأعمال المذكورة مستلمة استلاماً نهائياً منتهياً إلى إلزام الإدارة المدعى عليها بتنظيم الكشف النهائي لأعمال العقد وبصرف قيمته للمتعاقد مع تصفية العقد ودفع مستحقات المدعي. حكم محكمة القضاء الإداري السورية /971/ تاريخ 2008/5/22 غير منشور.

كما ألغى القرار الصادر عن الإدارة بمطالبتها للمتعاقد (الموفد) بحسبانه قد أخل بالتزامه وامتد القضاء المذكور إلى القضاء بأحقية المدعي في أن يعدّ معيناً لدى الإدارة (المتعاقدة) المدعى عليها مع جميع ما يترتب على ذلك من نتائج. حكم محكمة القضاء الإداري السورية /997/ تاريخ 2008/5/25 غير منشور.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 3/9/ 1957 مذكور عند د. سليمان الطماوي – قضاء الإلغاء مرجع سابق – ص 368. و حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /33/لعام 1973 – المجموعة لعام 1973 –ص 255.

المساس بمزية يخولها مركز قانوني عام، وتتدرج تحت القضاء العيني طعون الإلغاء، أما المنازعات الشخصية فهي تلك التي يتمسك فيها المدعي بحق شخصي[1].

بينما ذهب جانب فقهي آخر إلى أن تحليل عمل قاضي الإلغاء من شأنه أن يقدم التبرير اليسير والقاطع للحجية المطلقة لأحكام الإلغاء.

فقاضي الإلغاء يقوم أولاً بالبحث في مشروعية القرار المطعون فيه، فإذا ما انتهى إلى تقرير عدم مشروعيته فإنه يتبع ذلك التقرير بعمل إرادي يتضمن إزالة القرار الإداري مع ما ترتب عليه من آثار، وقاضي الإلغاء وهو يقرر إلغاء القرار الإداري إنما يقوم بعمل شبيه بأعمال السلطة، وأقرب ما يكون شبهه بعملية سحب القرار التي تقوم بها الإدارة، فالآثار القانونية المترتبة على الإلغاء القضائي والسحب الإداري تكاد تكون واحدة.وهي تتمثل في إعدام القرار منذ صدوره وعدّه كأن لم يكن.

فعملية سحب القرار الإداري نظراً لطبيعتها تسري في مواجهة الكافة، بحيث إذا ما تمت هذه العملية وتحققت آثارها بمقتضى عمل قضائي يحوز حجية الأمر المقضى به، فإن الحجية المقررة لهذا العمل القضائي ينبغي أن تسري بدورها في مواجهة الكافة وتعمل أثرها بالنسبة لكل جهات القضاء[2].

وعليه فإن الحكم الصادر بالإلغاء يؤدي إلى إعدام القرار الإداري – تنظيمياً كان أم فردياً – وبأثر رجعي وعدّه كأن لم يكن، مثله في ذلك مثل سحب

---

[1]Duguit: Traite de droit constitutionnel. 3 eme. éd.T II. 1929 p958.

ود. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص189.

Jeze: L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux , R.D.P. 1909. P667.

Bonnard: Le contrôle juridictionnel de L'administration ,op.cit.,p.27.

[2]د. عبد المنعم عبد العظيم جيزة – آثار حكم الإلغاء – مرجع سابق– ص 69.

القرار الإداري من جهة الإدارة، لأنه من غيرالمنطقي أن يصدر حكم الإلغاء حائزاً على حجية نسبية، لأن معنى ذلك أن القرار يعدّ معدوماً في مواجهة البعض وقائماً في مواجهة الآخرين[1].

وحجية الحكم الصادر بالإلغاء هي حجية تتعلق بالنظام العام، لاتصال الحكم باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية التي حسمها في منطوقه، فلا تجوز العودة إلى إثارة النزاع مرة أخرى حتى لا تتزعزع الأوضاع التي استقرت بصدور الحكم وهو ما لا يتفق ومقتضيات النظام الإداري[2].

ويترتب على ذلك أن للمحكمة أن تنزل هذه القاعدة الأساسية في نظر القانون على المنازعة، ولا يملك الطرفان الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام وذلك لأن الأحكام الصادرة بالإلغاء ذات حجية مطلقة تسري قبل الكافة[3].

إلا أن حجية الحكم الصادر في دعوى إلغاء القرار الإداري ليست دائماً هي حجية مطلقة، وإنما تكون مطلقة فقط في حالة قبول طلب إلغاء القرار الإداري وإلغاؤه حيث تكون الحجية في هذه الحالة مطلقة في مواجهة الكافة.

أما في حالة رفض طلب الإلغاء فإن الحكم في هذه الحالة لا يتمتع إلا بحجية نسبية أي لا يدفع به إلا في مواجهة نفس الطاعن إذا عاد وبنى الطعن على الأسباب ذاتها وللقرار ذاته (وهذا بطبيعة الحال لا يتوفر كثيراً لوجود ميعاد الستين يوم الذي لا يسمح لنفس الطاعن بتجديد الطعن، لأن الحكم الأول دائماً ما يصدر بعد فوات هذا الميعاد بمدة طويلة).

---

[1] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – مرجع سابق – ص 318.

[2] د. يحيى الجمل – القضاء الإداري – دار النهضة العربية – 1986 – ص 448.

[3] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – مرجع سابق – ص 319.و حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية /1496/ سنة 2 قضائية جلسة 18 /1958/6 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة. السنة الثالثة، ص 482.

وكذلك إذا تخلف أي عنصر من العناصر المتعلقةبوحدة الخصوم أو الموضوع أو السبب، فإن الحكم السابق لا يحتج به لمنع الدعوى الجديدة[1].

والسؤال هنا هل يستطيع طاعن آخر أن يطعن بالإلغاء في القرارذاته على أساس الأسباب التي رفضها قاضي الإلغاء في حكم سابق ضد طاعن آخر؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسي للقول أنه ما دام أن قاضي الإلغاء قد فحص أسباب الطعن ووجدها غير متوفرة في القرار، وكان ذلك بصدد دعوى معينة، فإنه لا يجوز لطاعن آخر – إذا توافر له شرط الميعاد – أن يبني طعناً جديداً عليها، لأن الحكم الأول له حجيته المطلقة في هذا المجال[2].

إلا أن جانباً آخر من الفقه رفض الرأي السابق، لأن قاضي الإلغاء – حسب هذا الرأي – عندما رفض الطعن بالإلغاء، فعل ذلك لأنه وجد أن الحجج المقدمة له غير كافية، وهذا لا يتعارض مع مناقشة أوجه الإلغاء ذاتها مع طاعن آخر، بما يأتي بحجج مقنعة. وعلى ذلك فإن الحكم الصادر برفض الإلغاء إنما يحوز حجية نسبية فقط وبالتالي فإنه من الجائز بالنسبة لطاعن آخر أن يطعن في نفس القرار بناء على نفس أوجه الإلغاء الأولى على أن يثبتها بطريقة أقوى أو على أوجه جديدة[3].

وتطبيقاً لما سبق فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الطعن بتجاوز السلطة لا ينشئ نزاعاً بين طرفين[4]، حيث لم يقبل المجلس أن يكون لطعن تجاوز

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – مرجع سابق – ص 696.

[2] Weil مؤلفه على نتائج إلغاء القرار الإداري لتجاوز السلطة ص 30 وما بعدها مذكور لدى المستشار ابراهيم فتحي شحاته – مقال سابق – مجلة العلوم الإدارية – ص 253.

[3] فالين – المطول في القانون الإداري – الطبعة السابعة – ص 471 بند 489 ود. مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص 697.

[4] CE, 28 avr. 1882. Ville de cannes.Rec., p.567.

السلطة بصفة عامة، طبيعة شخصية موازية لطعن القضاء الكامل وأن يدور مثل الأخير بين طرفين[1].

فطعن تجاوز السلطة يظل بصفة جوهرية دعوى شرعية ضد قرار إداري، ولحكم القضاء الإداري الذي يصدر فيه حجية مطلقة قبل الكافة وليس فقط قبل الطاعن[2].

وهو في الواقع ما سار عليه القضاء الإداري في مصر وسورية عندما اعتبر أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على الكافة، وهذا الحكم نتيجة منطقية لطبيعة دعوى الإلغاء العينية ولكون الدعوى مخاصمة للقرار الإداري ذاته، فالحكم بالإلغاء هو هدم وإعدام للقرار الإداري، ومن غير المعقول أن يكون قائماً بالنسبة لبعض الناس ومعدوماً لبعضهم الآخر وهذه القاعدة تنطبق على جميع القرارات الإدارية على أن الحجية المطلقة تكون بالنسبة للأحكام الصادرة بالإلغاء أما تلك التي ترفض الإلغاء فإن حجتها نسبية[3].

---

[1]CE, 21 avril. 1944, société dockers frères..Rec., p..54

[2]أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – مارسولون، بيروسبيرشي، جي بريان ترجمة د. أحمد يسري – الاسكندرية – منشأة المعارف – 1991 ص 147.

وفي ذلك ذهب مفَوض الحكومة ليون بلوم إلى أنه في الطعن لتجاوز السلطة يختفي الطاعن ، فالطرفان في الدعوى في الحقيقة هما اللائحة من ناحية والقانون والمبادئ العامة للقانون من الناحية الأخرى. وإذا كان هناك أثر للاعتراض الخارج عن الخصومة إزاء قرارات بهذه الطبيعة فهو يتجه إلى إحياء لائحة ألغيت، لا لأنها تهدر حقوقاً ولكن لأنها تخالف القانون. أحكام المبادئ – مرجع سابق – ص 146.

[3]حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 1953/11/29 – والأستاذ صلاح عبد الحميد السيد – الحكم الإداري والحكم المدني – مقال في مجلة مجلس الدولة لعام 1960 – العدد /10،9،8/ ص 235.

وحكم الإدارية العليا المصرية بالطعن /1133/ سمة 34 قضائية جلسة 27 /1993/7، المجموعة، ص113.وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالدعوى 4507 و 3906 سنة 8 قضائية جلسة 13 /1956/3 مذكور عند: د. محمد ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – الكتاب الثاني مرجع سابق – ص850.

وإن ما نصت عليه المادة /20/ من قانون مجلس الدولة /55/ لعام 1959 من اعتبارها أن إلغاء القرار تكون حجته على الكافة لا يمكن تفسيره بأنه حجة للكافة أيضاً لأن عبارة حجة على الكافة يفيد أن من صدر الحكم بالإلغاء لصالحه تجاه إدارة من الإدارات يستطيع أن يحتج به تجاه جميع الأشخاص المعنويين والطبيعيين تطبيقاً للقاعدة القائلة بأن حجية الأمر المقضي به من الناحية الشكلية هي حجية عينية ونتيجة طبيعية لإلغاء القرار الإداري في دعوى هي في حقيقتها اختصام له في ذاته.أما عبارة حجة للكافة فمؤداها إفادة من لم ينصب نفسه مدعياً في دعوى الإلغاء[1].

أما بالنسبة للقرار التنفيذي للعقد الإداري وبحسبانه تعبيراً من الإدارة عن إرادتها التعاقدية يصدر بالاستناد لقاعدة عقدية تكونت باتفاق إرادتين وتمثلت بالعقد الرابط بينهما، وهو إذا كان يصدر عن الإدارة ويتخذ هذه الصيغة، فهو وكما أسلفنا يصدر عنها بوصفها قوامة على حسن سير المرفق العام الذي تديره، إلا أنه –

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /33/ لسنة 1971، غير منشور.و حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /14/ بالطعن /130/ لعام 1974، المجموعة، ص 47، وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /470/ لعام 1998، المجموعة، ص726.

وخلافاً لهذا الاتجاه ذهبت اللجنة المختصة في القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري في رأيها رقم /218/ لعام 2003 (غير منشور) والذي تتلخص القضية فيه بأن إحدى الشركات الوطنية أقامت دعوى بإلغاء قرار إداري بمنع استيراد المكثفات الغذائية من إحدى الشركات الأجنبية. وحصلت على حكم بذلك صدق من المحكمة الإدارية العليا. فتقدمت شركة وطنية أخرى للإدارة لتطبيق حكم الإلغاء المذكور عليها وعدم تطبيق قرار الإدارة الملغي بحقها، فصدر رأي اللجنة المختصة المذكور والذي جاء فيه أن الأحكام القضائية إنما تنطبق على الواقعات التي تماثلها والنزاعات التي ثبتت فيها. إلا أن الرأي ذهب إلى أن المبادئ القانونية التي تقررها الأحكام الصادرة بالإلغاء يمكن تطبيقها على الواقعات والحالات المماثلة وانتهت اللجنة مصدرة الفتوى إلى أن أثر إلغاء القرار الإداري لا يقتصر على شركة دون أخرى وإنما يكون بمتناول الجميع.

وهذه الفتوى كان يمكن عدّها ذات نتيجة صحيحة فيما انتهت إليه لو أنها أقرت هذه القاعدة بالنسبة للقرارات التنظيمية فقط.

القرار التنفيذي للعقد الإداري – لا يخرج عن كونه تعبيراً عن إرادة في ظل عقد، مما يجعل الالتزامات التي تترتب عليه هي التزامات محصورة بأطرافه، أي أنها التزامات ذاتية شخصية تمس طرفين محدودين[1].

والمنازعات التي تثور بشأنه تخضع لإختصاص القضاء الكامل الأقدر على مراعاة هذه الذاتية المنبثقة عن العقد. والحكم الصادر بشأنه يقتصر بحجيته على أطراف النزاع – رافع الدعوى والجهة الإدارية المصدرة للقرار – دون أن يكون لأي شخص آخر حق التمسك بهذا الحكم لأن له حجية نسبية لا تتعدى أطراف الخصومة[2].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1654: سنة 36 ق، جلسة 1994/3/22 مذكور عند الدكتور محمد ماهر أبو العينين – المرجع السابق – ص851.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – مرجع سابق ص 21 و د. صلاح عبد الحميد السيد – مقال سابق – ص237 وما بعد.

المبحث الثاني

الحدود الفاصلة بين القرار الإداري المنفصل والعقد الإداري[1]

[1] هنالك معيارين لتمييز العقد الإداري، الأول: وهوالمعيار القانوني وبموجبه يحدد العقد بأنه عقد إداري بنص القانون كما ورد بالمادة /10/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959والتي تنص على أن ((يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر)) وعليه فإن عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد تعد عقود إدارية بحكم القانون. أما المعيار الثاني: فهو ما يعرف بالمعيار القضائي، والذي حدد شروط العقد الإداري بثلاثة شروط وردت بالتعاريف التي أعطاها القضاء الإداري للعقد الإداري بأنه العقد الذي تبرمه جهة عامة بقصد تسيير مرفق عام ويتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص. حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /898/ بالقضية رقم/4683/ تاريخ2008/5/14غير منشور، وحمكها رقم /1751/ بالقضية رقم /6078/ الصادر في 2010/6/17 غير منشور، وحكمها رقم /735/ بالقضية رقم /4964/ الصادر في 2011/4/7غير منشور. ورغم أن مجلس الدولة كان قد بيَّن بأن الصفة الإدارية للعقد إنما تتوافر بتوافر مقوماتها، بصرف النظر عن النظام الذي أبرم بموجبه العقد، بحسبان أن النظام الذي يبرم العقد وفقاً له لا يحدد صفته (رأي اللجنة المختصة بمجلس الدولة السوري رقم /188/لعام 1978) إلا أن الاتجاه الحديث لمجلس الدولة السوري يذهب إلى مد اختصاصه للنظر بالمنازعات التي تنشأ عن أي عقد يبرم وفقاً لنظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004 بالاستناد للمادة /66/منه التي تنص على أن ((القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد)) وعلى ذلك يسير قضاؤه حالياً، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري رقم /1140/ الصادر بتاريخ 2010/4/22غير منشور، وحكمها رقم /1574/ الصادر بتاريخ 2010/6/3 غير منشور، وحكمها رقم /133/بالقضية رقم/3489/ بتاريخ 2011/2/3غير منشور.

وهذا هو الاتجاه ذاته الذي يسير عليه مجلس الدولة الفرنسي معتبراً بأن كل عقد يبرم وفقاً لتقنين الشراء العام بتقنينه الأخير الصادر برقم /975/لعام 2006هو عقد إداري ويختص القضاء الإداري بالمنازعات الناشئة عنه، واتجاه مجلس الدولة الفرنسي تم بموجب القانون المعروف بقانون Murcef الصادر بعام 2001، والذي أيده الاجتهاد القضائي، ومن ذلك:

CE, 19-12-2007, Sté campe non – Bernard et autres, Rec., CE, p.507.

TC, 22-5-2006, ophlm de Montrouge c/Sté mutuelle d'assurances des collectivités locales, Rec., p.629

تتجلى الفائدة القانونية لبيان الحدود الفاصلة بين القرار الإداري المنفصل والعقد الإداري في تحديد أساس مسؤولية الإدارة (تقصيرية أو عقدية)، وتحديد القضاء المختص للنظر بالمنازعات (قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل)، وتحديد طبيعة حجية الأحكام الصادرة في النزاعات (مطلقة أو نسبية).

إلا أن الواقع العملي يُنْبِئعن إشكال فيما يتعلق بالحدود الفاصلة بين القرار والعقد كتصرفات قانونية تقوم بها الإدارة – يتمثل هذا الإشكال بالتداخل بين كلا التصرفين – القرار والعقد كنتيجة للتأثير التكويني المتبادل بينهما، فالإرادة هي العنصر الأساس لكلا التصرفين، وهي إن كانت تمتزج مع غيرها لتكوين العقد باعتباره وفق ما تم الإجماع عليه أنه اتفاق إرادات، فإن القرار غالباً ما يقوم على مجموعة من الإرادات الذاتية لعمال الإدارة لتكوين ما يعرف بالإرادة الموضوعية للإدارة بل هو لا يتوقف عند هذا الحد، وإنما يسعى باتجاه إرادة أخرى للتوافق معها على تكوين العقد إضافة إلى أن القرار قد يحتاج بتكوينه السابق إلى إرادة ذاتية طبيعية تكون محفزة له وباعثة على إصداره ليكون عندها تصرف هجين للإدارة بالنظر لطبيعة العقد والقرار، بحيث يوجب هذا بالضرورة التمييز بين العمل المتعدد الأطراف بصورة عامة والعمل المنفرد لأن ما يناقض العمل المنفرد ليس هو بالضرورة العقد وحده وإنما العمل المتعدد الأطراف الذي لا يمكن إرجاعه للعقد فقط[1].

ومن هذا المنطلق تتلاشى الحدود الفاصلة بين القرار والعقد ويزداد الإشكال بالاتساع عند الاقتراب من الحدود الفاصلة بين القرار الإداري المنفصل كإرادة موضوعية فردية . والعقد الإداري كاتفاق إرادتين.حيث يتواجد القرار الإداري المنفصل في النقطة والزمان الذي تتواجد فيه إرادة أخرى سبب وجودها هو سعيها للالتقاء مع الإرادة الموضوعية للإدارة والإتحاد معها لتكوين العقد الإداري.

---

[1]أ. عبد الهادي عباس – العقود الإدارية – الجزء الأول – مرجع سابق – ص 57.

لذلك وللوقوف على تأصيل قانوني لهذا الإشكال لا بد من بيان ما طرحه الفقه من معايير للتمييز بين العقد والقرار وما تبناه القضاء الإداري ليصار بعدها لتعيين حدود كلا التصرفين وبيان نقطة الالتقاء بينهما منعاً للالتباس.

المطلب الأول: المعيار الكمي في التمييز بين القرار والعقد الإداري

المعيار الكمي للتمييز بين القرار والعقد الإداري هو المعيار الذي يعتمد على عدد أطراف التصرف القانوني محل التمييز، فإذا كان التصرف صادراً عن جانب واحد فقط من الإدارة ولايتضمن قواعد عامة مجردة يعدّ قراراً، أما إذا كان صادراً عن جانبين فيعدّ عندئذٍ عقداً[1].

وبعنى آخر حتى نكون أمام قرار إداري وفق المعيار الكمي يجب تحقق أساسين:

1) أن يكون هذا القرار صادراً عن عضو إداري واحد، فإذا صدر هذا القرار عن أكثر من عضو إداري، كما في حال اتخاذ قرار من رئيس الجمهورية مع ضرورة توقيع الوزير المختص فلا يعد هذا التصرف قراراً إدارياً، وإنما يعد عملاً اتفاقياً لتدخل إرادة أكثر من عضو.
2) ألاّ يتضمن هذا القرار الصادر عن عضو إداري واحد قواعد عامة مجردة أي مراكز قانونية موضوعية كاللوائح التنظيمية، إذ إن هذه القرارات تدخل في نطاق الأعمال الشارعة.

---

[1]Rolin. F. accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques, université panthéon Assas paris II , 1997 p200.

ود. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص 114.

يقول بهذا المعيار دوجي ومدرسته المتمثلة بالمدرسة الواقعية[1].

ويعتمد أنصار هذه المدرسة في التصنيف المادي للأعمال والمراكز القانونية، لتصل ما أسماه" دوجي" بالتصنيف الشكلي للأعمال الاتفاقية التي تتشابه مع العقد من حيث إنها توجد قانوناً من فعالية الإرادات الخاصة بعدة أطراف، إلا أنها مع ذلك تتميز عنه ليبقى العقد منفرداً في كونه التصرف الوحيد الناتج فعلاً عن إرادات عدة أطراف[2] فبالنسبة للتفرقة بين أنواع الأعمال والمراكز القانونية وحسب دوجي فإن القانون يدور باستمرار حول فكرتين رئيسيتين هما فكرة المراكز القانونية Les situations juridiques والأعمال القانونية Les actes juridiques وأن كل عمل قانوني ينتج مركزاً قانونياً يعدّ محلاً أو موضوعاً له وأنه في عالم القانون هناك ثلاثة أنواع للأعمال القانونية:

1) الأعمال الشارعة:

وهذه الأعمال يكون محلها صياغة قواعد قانونية أو إنتاج مراكز قانونية عامة وغير شخصية وهذه المراكز التي تشكل محل الأعمال الشارعة تتسم بالشمولية والعمومية gènèralite أي أنها تكون نفسها بالنسبة لكل الأفراد الذين يوجدون ضمن الشروط الواقعية نفسها.كما تتسم بالاستمرارية permanece أي أنها دائمة من حيث ممارسة السلطات وإنجاز الواجبات التي تحتويها، كما أنها غير قابلة للتنازل، وتقبل التعديل عن طريق القانون واللائحة، وقد أطلق على هذه المراكز العامة تسمية المراكز القانونية الموضوعية Les situations juridiques objectives ومن هذا القبيل القوانين المشّرعة واللوائح[3].

---

[1]د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مرجع سابق – ص 176. وأ. عبد الهادي عباس – العقود الإدارية – مرجع سابق ج1، ص 24.

[2]د. مهند نوح – مرجع سابق – ص114.

[3]Dugit , Traite de droit constitutionnel , T1 , paris 1927 p402.

أ.عبد الهادي عباس – مرجع سابق – ص 20.

2) الأعمال القانونية الذاتية أو الشخصية:

والتي يكون محلها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني فردي وتتصف هذه المراكز الفردية بأن السلطات والواجبات القانونية التي تشكل محلاً لها تكون خاصة بفرد محدد، كما تتصف بأنها مؤقتة Temporaires وتزول بعد ممارسة السلطة أو إنجاز الواجب اللذين يكونان محلاً لها، وهي أخيراً غير قابلة للتعديل عن طريق القانون أو اللائحة، وتقبل التنازل عنها لشخص آخر[1]، وخير مثال على هذه الأعمال تلك التصرفات القانونية التي تولد علاقة دائنية ومديونية في نطاق القانون العام والقانون الخاص على حد سواء وعلى رأسها العقود[2].

3) الأعمال الشرطية:

وهي الأعمال القانونية التي تسند إلى فرد أو أفراد معينين مراكز قانونية عامة وموضوعية وهي في الحقيقة مكملة للأعمال الشارعة بما تتضمنه من تطبيق للمراكز القانونية العامة وغير الشخصية على الأفراد (مثل تسمية موظف في القانون العام والزواج في القانون الخاص))[3].

وبالاستناد لهذا التصنيف المادي للأعمال القانونية La classification materielle طرح "دوجي" مسألة التفرقة بين ثلاثة أصناف من الأعمال

د. سليمان الطماوي – القرارات الإدارية – مرجع سابق – ص 176.

د. عبد المنعم عبد العظيم جيزة – مرجع سابق ص 59 وما بعدها.

Jeze, L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, R.D.P. 1909 p. 667.

[1]Latournerier, R, Classification des diverses situations juridiques R.D.P., 1933, p33.

أيضاً د. مهند نوح – مرجع سابق – ص 115.

[2]Bonnard. Précis de droit administratif, L,G,D,J, paris 1993, p31

[3]Duguit, Traite de droit constitutionnel, T1, op.cit. p.408.

الاتفاقيةLes actes conventionnelsوهي العقد Le contrat والعمل الجماعي L'acte collectif والاتحاد L'union التي استوحاها من فقه الألمان على نطاق واسع وبعض الفقه الإيطالي[1].

وعليه وفي صدد التفرقة بين العقد والعمل الجماعي يرى دوجي أن العامل المشترك بين هذين التصرفين القانونيين ينتج عن كونهما متكونين من فعالية عدة إرادات إلا أن تآزر الإرادات في العمل الجماعي يتم في سبيل الهدف ذاته بمعنى أن الإرادات المساهمة في تكوين العمل الجماعي تتعاون في سبيل إرادة نفس الشيء Voloir La même choies وذلك كما هو الحال عند تأسيس شركة أو جمعية أو رابطة، أما ضمن العقد فتتواجد إرادتا الطرفين ضمن مركز من الخضوع المتبادل situation de dépendance mutuelle فهي أي الإرادات تتنازع وتتضافر إلى أن تحدد إحداهما الأخرى[2].

أما بالنسبة للتفرقة بين العقد والاتحاد يرى" دوجي" أن هذين التصرفين يتشابهان في وجود إرادتين تتنازعان وتحدد كلاهما الأخرى من حيث الهدف الذي يراد الوصول إليه، إلا أنه مع ذلك – لا يوجد لدينا في حالة الاتحاد إنتاج لمركز قانوني ذاتي كما هو الحال بالنسبة للعقد بل إن النتائج عن الاتحاد قواعد عامة مجردة أي مراكز قانونية موضوعية.

ولهذا فإن التصرفات الاتحادية بنظر" دوجي" هي تعاقدية شكلاً وموضوعية محلاً.

---

[1]L'aubader: contrat administratif. T3 , p25

[2]Duguit L,ibid , 402

وأيضاً أ. عبد الهادي عباس – مرجع سابق – ص 20 ود، مهند نوح – رسالته–مرجع سابق– ص 115.

وإنه يمكن تكييف التصرفات الاتحادية على أساس أنها اتفاقات شارعة conventions-loi ويضرب دوجي مثلاً عن الأعمال الاتحادية فيرى أن المعاهدات الدولية في القانون العام والاتفاقيات الجماعية في القانون الخاص هي من قبيل هذه الأعمال[1].

ومن الفقهاء الذي ساروا على النهج الذي وضعه" دوجي" واعتمدوا أفكاره الأستاذ waline الذي اعتمد على أفكار دوجي للتمييز بين العقد والقرار الإداري الذي يحتاج إلى تآزر وتساعد أكثر من عضو إداري.

وعليه يرى waline أنه توجد مجموعة من التصرفات القانونية التي وإن كان لها مظهر العقد إلا أنها لا تمت بصلة للعقد، فهو يرى أن العقد لا يوجد بالمعنى القانوني الدقيق للمصطلح إلا عندما تكون الالتزامات الناتجة عن اتفاق الإرادات أحدهما سبب للأخرى وأن هذا لا يكون إلا عندما يقتضي أطراف هذا النمط من التصرفات غايات أو أهداف متناقضة.

أما إذا كان هناك وضع معاكس أي أن أطراف التصرف قد افتقدوا أهدافاً ليست متناقضة بل متشابهة كلياً فالتصرف لا يكون عقداً وإنما يكون تصرف قانوني آخر.

ومثل هذه التصرفات القانونية بنظر الفقيه walineهي ما يطلق على تسميته بالعملية ذات الإجراء L'opération a procédure حيث يوجد في هذه الحالة قرار يحتاج إلى اتفاق أكثر من جهة ليكون مشروعاً، كأن يتخذ مرسوماً من السلطة التنظيمية بناء على رأي ملزم من مجلس الدولة، فدون شك لا يمكن أن

---

[1] أ. الأستاذ عبد الهادي عباس – مرجع سابق – ص 21، ود. مهند نوح – رسالته-مرجع سابق – ص116.

يعدّ النص المقترح من جانب السلطة التنظيمية على مجلس الدولة من قبيل مشاريع العقود[1].

وبشكل أكثر وضوحاً في تجسيد المعيار الكمي في التمييز بين العقد والقرار يرى waline أنه إذا كان القانون يشترط أحياناً تدخل أكثر من إرادة عضو إداري واحد لاتخاذ قرار معين كما في حالة اتخاذ قرار من رئيس الجمهورية مع ضرورة توقيع الوزير المختص[2] فإن هذا القرار وحسب walineيخرج عن مفهوم القرارات الإدارية. كالقرارات التي تتضمن ترخيصاً أو إجازة لفرد أو أفراد للقيام بعمل معين أو إجراء يرتب لهم حق أو ينشئ قبلهم التزامات.

ويكاد يقصر تعريفه للقرار على القرارات التنفيذية التي يكون للإدارة حق تنفيذها جبراً، فتعاون الإرادات هنا لا يؤدي إلى وجود عقد في دنيا القانون لأنه في هذه الحالة لا توجد لدينا إلا إرادة واحدة وهي إرادة الدولة المشتركة ولكن تمثل عن طريق عدة أعضاء وعلى هذا يعرف waline القرار الإداري بأنه كل عمل قانوني من طرف واحد يصدر من رجل الإدارة المختص ويكون من شأنه أن ينتج آثاراً قانونية[3].

وقد عبّر Rolland عن فكرة المعيار الكمي بفرض أن القرار ما هو إلا تعبير عن إرادة شخص واحد الذي يجب أن يكون بالضرورة السلطة العامة[4].

أما العقد فإنه ينتج عن تمازج إرادتين أو أكثر إحداهما إرادة سلطة عامة، كما أخذ بهذا المعيار كل منVedel وَ Delvolvee الذين يريان أنه توجد بعض التصرفات التي تشترك عدة إرادات في إبرامها دون أن تفقد صفتها كقرارات إدارية

---

[1]Waline: Traite élémentaire de droit administratif, p558.

[2]Waline m,ibid , p558.

[3]د. محمد فؤاد مهنا – القانون الإداري العربي – مرجع سابق ص 1048.

[4]Rolland , précis de droit administratif, paris , 1951 ,ed10, op.cit. p205.

وذلك مثل القرارات المشتركة بين الوزارات Les discisions interministérielles التي تحتاج إلى الفعل الإداري لوزارتين أو أكثر إلا أن ذلك ووفقاً للفقيهين لا يكون إلا تعبيراً عن إرادة عضو واحد هو الدولة وهو ما يحتفظ للتصرف بصفة القرار[1].

يؤخذ على هذا المعيار أنه يؤدي إلى إخراج اللوائح من طائفة القرارات الإدارية لأن مضمونها قواعد مجردة.

علماً أن القضاء الإداري سواء في فرنسا[2]أو في مصر لم يأخذ بوجهة النظر المذكورة، وإنما اعتبر أن اللوائح من القرارات الإدارية القابلة للطعن بالإلغاء[3].

المطلب الثاني: المعيار النوعي – النظام القانوني – في التمييز بين القرار والعقد الإداري

رائد هذا المعيار الفقيهEisenman، والمعيار النوعي للتمييز بين القرار والعقد الإداري هو المعيار الذي يعدّ أن القرار الإداري أو التصرف الانفرادي هو كل قرار يصدر من جانب وحيد sol côte أما العقد أو التصرف الجماعي بأنه ذلك الذي يصدر عن جانبين أو جوانبعدة Deux côtes ou plusieurs côtes.وهذا يعني أن المشتركين في إصدار قرار معين ليسوا إلا عناصر من

---

[1]Vedel et delovlvee , op.cit. p237.

[2]A- de Laubadere: Traite de droit administratif, T1 , 1963 p. 185.

د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – ص 182.

د. محمد اسماعيل علم الدين – تطوير فكرة القرار الإداري – مقال بمجلة العلوم الإدارية 1968 ص 195.

[3]حكم محكمة القضاء الإداري في 1953/11/17، مجموعة السنوات الخمس عشرة، ص46مذكور سابقاً.

كلِواحدٍ أو جانب واحد أو معسكر واحد، في حين يلاحظ أن فاعلي التصرف الجماعي يتجابهون وينتمون إلى كيانات مختلفة[1].

ففي العقد توجد جهتان فاعلتان والشركاء في العقد يشكلان كيانين deux camps وأن العقد لا يتميز بكونه اتفاق إرادات لإنتاج علاقات قانونية: التزامات وحقوق إذ أن ذلك يتحقق أيضاً بالنسبة للتصرفات الإدارية الانفرادية ولكن ما يميزالعقد أن علاقات الحقوق والالتزامات الناجمة عنه إنما تنتج عن الأطراف أنفسهم، وهذا يعني أن العقد يتميز عن طريق هذا المعطى القانوني الذي يتعلق بمحتوى التصرف، حيث إن القواعد الناتجة عن العقد تنظم علاقات الأفراد وتنظم سلوكهم المشترك، بالنص على إتيان أعمال معينة أو الامتناع عن أعمال أخرى لأحدهم في مواجهة الآخر أو تجيز لواحد منهما أو كليهما ممارسة سلوكيات محدودة.وبالتالي إذا كان أطراف العقد قد بدوا ككيانات مستقلة فإن ذلك يكون بسبب مركزهم اتجاه الأحكام المتفق عليها أي بواسطة دورهم في سن القواعد العقدية[2].

وهذه القواعد تطبق بالنسبة لتصرفات معينة ذات طابع انفرادي تحتاج إلى رأي جماعي والتي يمكن مقارنتها مع الاتفاقات، فالقانون أو العمل التشريعي يقوم على قاعدة التصويت في البرلمان وبالتالي فإن القانون يفترض وجود اتفاق قائم على رضا نسبة معينة من الأعضاء ولكن هذا الذي قيل بالنسبة للعقود لا ينطبق إطلاقاً على القوانين إذ إن أحكام هذه القوانين لا تتجه إلى تنظيم علاقات متبادلة لأعضاء البرلمان بل هي تضع قواعد لأجل الوطن أو على الأقل لأجل جزء منه.وبالنتيجة فإن أطراف التصرف لن يظهروا ككيانات متمايزة ومتجابهة بخصوص القواعد التي تم سنها والتي تشكل محتوى العمل التشريعي.

---

[1]د. محمود إسماعيل علم الدين – مقال سابق – ص 149.

[2]Eisenman CH: Cours de droit administratif T1, L.G.D.J. paris 1983. P.393.

ويقاس على ذلك الأعمال الإدارية التي تفترض رضا سلطتين إداريتين على الأقل مثل القرارات المشتركة بين عدة وزارات كما يقاس عليها الأعمال القضائية الصادرة عن المحاكم[1].

وفي نهاية تحليله يصل Eisenman إلى تعريف التصرف الجمعي أو الثنائي أو الجماعي بأنه التصرف المنتج لقواعد يخضع لها أطراف العقد أنفسهم[2].

بالاستناد لما تقدم فإن ايزنمان يرى أن الخلاف الرئيسي بين التصرف الجمعي L'acte plurilatéral والتصرف الانفرادي L'acte unilatéral إنما يكمن في أن القواعد الناتجة عن التصرف الجماعي تنظم سلوك الخاضعين لها الذين ساهموا بأرادتهم في تكوين التصرف، في حين أن القواعد التي تحتويها التصرفات الانفرادية أياً كانت تقنيتها القانونية تُفرض على الخاضعين لها بمعزل عن رضاهم، وبالتالي تولد القاعدة التي تحكم علاقات الأطراف في العقود من رضا المتعاقدين لها، أما في نطاق القرارات فإن القاعدة تحكم الغير دون الاشتراط الحصول على رضاه[3].

ومن أنصار هذا المعيار أيضاً في الفقه الفرنسي Rêne Chapus الذي يرى أن معيار التمييز بين التصرفات لا يعتمد على عدد الأطراف في التصرف، إلا أنه بدون شك أن التصرف الذي يصدر من طرف واحد هو تصرف انفرادي ويضرب مثلاً على ذلك القرارات البلدية أو القرارات الوزارية الصادرة بالتعيين في الوظائف، كما أنه وحسب Chapus يمكن أن يعدّ التصرف انفرادياً إذا صدر من

---

[1]Eisenmann: ibid, p393

والدكتور مهند نوح – مرجع سابق – ص 118.

[2]Eisenmann: ibid, 394.

[3]A. delaubadere – Delvolvee – moderne , Traite des contrats administratif T1, op.cit. p56.

اثنين أو أكثر وهذا سهل بالنسبة للقرارات الوزارية التي تتطلب تدخل أكثر من جهة.

ويصل الفقيه Chapus إلى القول أن الذي يحدد التفرقة بين التصرف الجماعي والانفرادي إنما هو محل التصرف فهو – أي التصرف – إما أن يكون تصرفاً مخصصاً ليحكم تصرفات الأشخاص الذين يكونون غرباء عن وضعه وعندها يكون انفرادياً، أو أن يكون هذا التصرف يبرم ليحكم العلاقات المشتركة لأطرفه وعندها يكون تصرفاً جماعياً أو ثنائياً أو وفقاً للتعبير الشائع يكون عقداً[1].

وفي النهاية لم يسلم هذا المعيار أيضاً من النقد حيث أُخِذ عليه التسليم بشكل جزئي بالمعيار الكمي، عندما عدّ أن التصرف الانفرادي هو التصرف الذي يصدر عن جهة واحدة أو إرادة واحدة في المقام الأول.

إضافة إلى أنه لم يميز بدقة بين العقد والتصرف الجمعي بل أوردها على سبيل الترادف في كثير من المواقع التي شرح فيها نظريته[2].

كما أن طرح الفقيه Eisenmann أدى إلى امتداد كبير لمبدأ العقد تحت غطاء القاعدة المقبولة La norme accepte طالما أن المركز التعاقدي لا يتشكل من خلال قبول المخاطب بالتصرف فحسب، وبالتالي فليس من قبيل المنطق القانوني القول إن إعطاء ترخيص بناء على طلب المستفيد يشكل عملية تعاقدية، كما لا يمكن أن يعدّ المركز القانوني للموظف مركزاً تعاقدياً لأن هذا الأخير لا يمكن أن يكتسب صفته الوظيفية ضد إرادته[3].

---

[1]Rêne Chapus: droit administratif général. 1995, T1 p438.

[2]د. مهند نوح – مرجع سابق – ص 120.وأيضاً:

Laubadere – delvolvee – moderne: Trait des contrats administratif T1 p57.

[3] Laubadere – delvolvee – moderne. Traite contrats, T1 idib. P58.

كما يرى جانب من الفقه أن المعيار الذي جاء به "ايزنمان" إنما هو معيار بارع من الناحية النظرية لكنه لا يتلاءم مع شمول واختلاف الحالات الواقعية[1].

فبالرغم من أهمية هذه النظرة الشاملة للقرار الإداري في نطاق دراسة القانون الإداري إلا أنها في الواقع لا تقدم حلول عملية للصعوبات التي يعاني منها القضاء الإداري، لأن القاضي الإداري إزاء أي طعن بالإلغاء في قرار ما يتحتم عليه أن يفصل في أمرين هل القرار المطعون فيه قراراً إدارياً، وهل هو قرار إداري يقبل الطعن فيه بالإلغاء فالمعيار الذي يحتاجه القاضي الإداري والمتقاضين على السواء هو المعيار الذي يميز القرار عن الأعمال القانونية الأخرى العامة والخاصة، وهو الذي يسمح بتحديد القرار الإداري القابل للطعن فيه بالإلغاء وتميزها عن القرارات التي تقبل الطعن بالإلغاء وهذا ما لا يحققه المعيار المذكور أعلاه[2].

لذلك فإن غالبية الفقه الفرنسي تسلم اليوم بالمعيار الكمي للتمييز بين العقد والقرار الإداري[3].

أما الفقه الإداري العربي فقد ذهب إلى أن القرار الإداري هو تعبير عن إرادة الإدارة الملزمة المنفردة بقصد إحداث أثر قانوني معين، أي أن إرادة الإدارة تكون وحدها، وهذا مايميزه عن العقد الإداري الذي يتمثل بتوافق إرادتين، أي تبادل طرفين – أحدهما الإدارة – التعبير عن إرادتين متطابقتين.

وفي هذا الصدد يبين الدكتور" سليمان الطماوي" أن القرار الإداري هو عمل إرادي وهو تعبير عن إرادة الإدارة الملزمة[4]، وهو تعبير عن إرادة منفردة وهي

---

[1]د. مهند مختار نوح – مرجع سابق – ص 120.

[2]د. محمد إسماعيل علم الدين – مقال سابق بمجلة العلوم الإدارية 1968. ص 168.

[3]Richer(L.), Les contrats administratif, S 2010, p9.

[4]د. الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مرجع سابق – ص 222.

إرادة الإدارة وحدها، ولا يغير من طبيعتها اشتراط القانون في بعض الأحيان موافقة ذي المصلحة لصدورها كالقرارات الصادرة بالترخيص، ويبينأن الأحكام العامة للقرارات الإدارية تشمل جميع أنواع القرارات سواء اشترط المشّرع تقديم طلب لإصدارها أم لا ويدلل على ذلك بـ:

وقد أيد الدكتور سليمان الطماوي في هذا الرأي جانب كبير من الفقه العربي في مصر منهم محمود حلمي وحسني درويش عبد الحميد وسامي جمال الدين، الذين اعتبروا أن عمل الإدارة في هذه الحالة إنما هو عمل صادر عن إرادة الإدارة وهو من قبيل القرار الإداري وإن اقترانه برضا المخاطب لا يغير من طبيعته كقرار فردي. (د. مهند نوح – رسالته–مرجع سابق – ص 125–126).

ويذهب الدكتور محمد ماهر أبو العينين في تعريفه للقرار الإداري بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر معين (د. محمد ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – مرجع سابق – الكتاب الأول ص 18). ويتوافق في هذا التعريف مع الدكتور ثروت بدوي (د. ثروت بدوي – تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2007 ص 5).

وفي سورية يذهب الفقه إلى تعريف القرار الإداري بأنه قرار يتخذه جهاز إداري في الدولة وهو قرار وحيد الطرف أي أن الإدارة هي وحدها من يعبر فيه عن إرادتها(د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد 3 – القضايا الإدارية – ص 236). فالقرار إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثار قانونية (د. عبد الله طلبة– القانون الإداري – الجزء الثاني – كتاب جامعي مطبعة جامعة حلب–1995 – ص 228). ويدخل دائرة الأعمال القانونية الانفرادية التي تقوم على أساس قدرة الإدارة بإرادتها المنفردة على إحداث أثر قانوني في المراكز القانونية الموجودة. وذلك ضمن القواعد القانونية السائدة دون أن يتوقف ذلك في كل الحالات على رضا الأفراد وقبولهم، بحيث يمثل القرار بالاستناد لهذا امتيازاً هاماً للإدارة (د. محمد الحسين ود. مهند نوح – العقود الإدارية – منشورات جامعة دمشق – مركز التعليم المفتوح – قسم الدراسات القانونية – جامعة دمشق 2005–2006 ص 9).

أمّا العقد فهو توافق إرادتين – أي تبادل طرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين – مولد للالتزامات – ويفترق من هذه النقطة عن الاتفاق الذي يأتي معدلاً لالتزامات كائنة قبله، ويفترق أيضاً عن كل التصرفات الحقوقية حتى المتحققة منها بصورة توافق إرادتين. فالعقد أخذ توافق الإرادتين كعنصر من عناصره الكثيرة مكونة له، في حين أن باقي التصرفات الحقوقية قد تأتي إرادة واحدة تقيم نظاماً مضمونه محدد بالطريقة العامة التي هي القانون لتعدل وضعاً لا يمكن تعديله في العقد بهذه الطريقة (د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية ص4).

1) أن طلب الفرد أو رضاه بالقرار الصادر لا ينشئ المركز القانوني بل يعدّه مجرد شرط لنفاذه.
2) إن الفرد إذا قدم طلباً باستصدار قرار معين، فله أن يعدل عنه في أي وقت ما دامت الإدارة لم تصدر قراراً بشأنه وحينئذٍ لا تستطيع الإدارة إصدار القرار المطلوب.
3) القبول اللاحق للقرارات هي من هذا القبيل يساوي الطلب السابق، فإذا ما عينت الإدارة أحد المواطنين في منصب معين دون طلبه فإن قبوله للقرار يجعله سليماً.
4) يكون لعيوب الرضا التي تشوب إرادة مقدم الطلب أثرها على سلامة القرارات الإدارية التي تصدر استناداً إلى الطلب المعيب[1].

في حين أن العقد وفقاً للدكتور "الطماوي" يفترض طرفين أحدهما الإدارة وتتصرف بمقتضاه وفقاً لأحكام القانون العام[2].

أما الدكتور" محمد فؤاد" مهنا فيعرف القرار الإداري بأنه عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويُحدث آثاراً قانونية بإنشاء وضع قانوني أو تعديل أو إلغاء وضع قائم[3].

وينفي الدكتور" مهنا" صفة القرار الإداري عن العمل القانوني إذا تكون بتقابل إرادتين أي باشتراك طرفين وكل منهما يسعى لحسابه الخاص، ويستوي في ذلك أن يكون كل من الطرفين سلطة إدارية أو يكون أحد الطرفين سلطة إدارية

---

[1] د. سليمان الطماوي – القرارات الإدارية – مرجع سابق – ص 236.

[2] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص62.

[3] د. محمد فؤاد مهنا – القانون الإداري العربي – ج2 – 1964، ص 1051.

والطرف الثاني فرداً أو هيئة خاصة، ففي كلتا الحالتين لا يعدّ العمل القانوني قراراً إدارياً وإنما هو عقد أو اتفاق[1].

إلا أن الدكتور مهنا يذهب أبعد من ذلك حيث يرى أن صفة العقد تلحق التراخيص التي تمنحها السلطة الإدارية للأفراد للانتفاع بالمال العام ويقول في ذلك إن المال العام إذا أعد لكي ينتفع به أفراد الجمهور انتفاعاً خاصاً بصفة مستقرة بشروط محددة لآجال طويلة معينة، فإن ترخيص السلطة الإدارية لأحد الأفراد بهذا الانتفاع لا يجوز عدّه من قبيل الأعمال الإدارية الفردية التي يكون للإدارة حق إلغاؤها في كل وقت، وإنما يجب اعتبارها عقوداً أو اتفاقات تحكمها القوانين، لأن الترخيص في هذه الحالات يكون متفقاً مع ما يخصص له المال العام بمقتضى القوانين واللوائح، أي أن النفع العام والنفع الخاص يتحدان ويلتقيان في نقطة واحدة[2].

أما القضاء الإداري وفي معرض بيان الحدود المميزة بين العقد والقرار الإداري لجأ إلى ما يساعده على حل الإشكالات التي تطرأ في واقع الحياة العملية من بيان طبيعة التصرفات الصادرة عن الإدارة، وذلك باعتماد حلول تعتمد على المحافظة على الحقوق دون الخروج عن المبادئ القانونية العامة المبينة لطبيعة كل تصرف.

ففي فرنسا حسم مجلس الدولة الفرنسي بداية مسألة الأعمال القانونية المقترنة برضا المخاطبين بها، فأبقى لهذه التصرفات صفة القرارات الإدارية بالمعنى القانوني الدقيق للمصطلح، وعدّ أن مثل هذه القرارات تكون قرارات معلقة على شروط فاسخة أو واقفة[3].

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا – المرجع السابق – ص 1055.

[2] د. محمد فؤاد مهنا – مرجع سابق – ص 770.

[3] CE,10/12/1975 , Lorizon , A.J.D.A. 1976, p578.

وإن هذا النوع من القرارات كما يوجب قبول المخاطب به فإنه غالباً ما يفرض التزاماً محدداً على عاتقه وأن مجرد تنفيذ هذا الالتزام يعني القبول الضمني بهذا القرار[1].

ومن تطبيقات المجلس في هذا المجال العملية المتعلقة بالدراسة على نفقة الدولة مقابل الخدمة في سلك الوظيفة لعدة سنوات مع إمكانية إكراههم على سداد النفقات إذ لم يفوا بهذا الالتزام بالخدمة[2].

وعليه فقد كيّف المجلس هذه العملية على أنها قرار فردي ولكن مقترن بشرط واقف هو قبول المعني به، ولم يعدّ المجلس هذه العملية من قبيل العقود إطلاقاً بل قرر صراحة أن مركز المخاطب بالقرار هو مركز تنظيمي لا تعاقدي[3].

ويكيف المجلس الموافقة – أي رضا المخاطب بالقرار – على أنها تهيئة إجرائية للقرار، أي أن الرضا الذي يعطيه الخاضع للقرار لا يؤدي إلى إيجاد رابطة عقدية، وإنما يستغرق من جانب القرار الفردي الصادر عن جهة الإدارة لأن هذا الرضا في هذه الحالة يكون مندمجاً بهذا القرار وإنما تهيئة إجرائية لازمة وضرورية لقيامه على الوجه القانوني السليم[4].

وبالاستناد لذلك يعترف مجلس الدولة الفرنسي بوجود أعمال منفردة تتخذ بموافقة من وجه له العمل ولا تعدّ عقداً.

---

[1]CE,21/11/1979, salinas.Sirey.1979,p.539.

[2]CE, 4-6-1975, syndicat national du commerc de della an oussure. Rec, CE, p.73.

[3]الأستاذ عبد الهادي عباس – العقود الإدارية – مرجع سابق – ج1 ص 62.

[4]د. مهند نوح – مرجع سابق – ص 127.

La ubadere – Delvolvee – moderne , Traite des contrats T1. Op.cit. p69.

CE, 4-6-1975, syndicat national du commerc de della an oussure. Rec, CE, p.73.

وقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن القرار الإداري هو التصرف الإداري الانفرادي الصادرة عن سلطة إدارية، فالقرار وفقاً لمجلس الدولة الفرنسي هو سلطة التقرير من جانب واحد[1] بحيث لو تعددت اللجان أو اشترك بإصدار التصرف أكثر من شخص يحتفظ بصفة القرار الإداري وسواء عن طريق قواعد عامة ملزمة أو بقرارات فردية[2].

أما مجلس الدولة المصري وفي مجال التفرقة بين القرار الإداري والعقد ذهب إلى أن القرار الإداري هو عمل قانوني غير تعاقدي يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً[3].

وإن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء الالتزامات التعاقدية يقوم على التراضي بين الطرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية[4].

إلا أن مجلس الدولة المصري وخلافاً لنظيره الفرنسي اعتبر التصرفات الإرادية للإدارة المعلّقة على إرادة أخرى وبصفة خاصة الدراسة على نفقة الدولة مقابل تعهد الدارس بعد الانتهاء من الدراسة بخدمة الدولة عقوداً إدارية وتعرف لديه باسم "عقود الإيفاد".

في الوقت الذي لم يستقر اجتهاده في تحديد طبيعة بعض التصرفات كالترخيص الإداري وفيما إذا كان الترخيص كتصرف للإدارة يعتمد على إرادة أخرى ذو طبيعة إرادية فردية أم أنه ذو طبيعة عقدية[1].

---

[1] CE, 13-6-1963 ,Magnier,D,p751.

[2]CE,31-2-1942,Monpevrtpréc.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1979/6/27 بالقضية /432/ مذكور سابقاً.

[4]حكم المحكمة الإدرية العليا المصرية بالطعن رقم /631/ سنة 35 قضائية، الموسوعة الإدارية، ج49 – ص11.

ويلاحظ من تطبيقات محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا هذا الخلط في بعض الأحيان بين الترخيص الإداري والعقد الإداري عند البحث في طبيعة إسناد الانتفاع بالمال العام للأفراد.

وعدّ أن قيام مرشدي الموانئ بعملية قطر السفن ليس اتفاقاً أو احتكاراً أو امتيازاً وإنما هو ترخيص في نطاق ما تصدره الحكومة من قرارات تنظيمية أو تنفيذية في حدود القانون[2].

أما الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة – يعدّ من العقود الإدارية ذات الطابع الخاص إذ أنها تتعلق بنشاط السلطة العامة في إدارة هذا المرفق والترخيص في هذه الحالة يتضمن شروطاً لائحية وهو بهذه المنزلة يدخل في نطاق العقود الإدارية[3].

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد ذهبت إلى أن الترخيص من مصلحة الآثار لأحد الأفراد بشغل قطعة أرض من أملاك الدولة العامة لاستعمالها منشر لمدة سنة تتجدد من تلقاء نفسها لمدة سنة أخرى، ما لم يعلن أحد الطرفين للآخر بعدم رغبته في التجديد قبل انقضاء المدة بشهرواحد، مع حفظ حق الحكومة في إلغاء الترخيص في أي وقت كان، ذهبت إلى أنه عقد إداري، وبالرغم من وصف الانتفاع الخاص في هذه الحالة بأنه ترخيص إلا أن المحكمة رأت أنه اصطبغ بصيغة العقد الإداري لا القرار الإداري، ولا يغير من ذلك وصف هذا العقد بأنه ترخيص[4].

---

[1] د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – ج1 – ص 89-90.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 6/112 تاريخ 1954/2/6 مذكور عند د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – ج1 – ص 108.

[3] محكمة القضاء الإداري المصرية – حكمها في الدعوى /146-6/ تاريخ 1956/3/11 مذكور عند د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – ج1 – ص113.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن 1965 سنة 6 ق جلسة 1962/5/31.

أما مجلس الدولة السوري كان بموقف أكثر وضوحاً من نظيره المصري فبعد أن عرف القرار الإداري بأنه التصرف الذي تفصح فيه الإدارة عن إرادتها الذاتية الملزمة للأفراد وبناءً على سلطتها المخولة إليها قانوناً بقصد إنشاء مركز قانوني يكون جائزاً وممكن قانوناً ويكون الباعث إليه المصلحة العامة[1]. وبأن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه[2]. بيَّن المجلس أنّ التصرفات القانونية للإدارة والتي تكون معلقة على إرادة طرف آخر هي قرارات إدارية صادرة بناء على إرادة ذاتية منفردة للإدارة، وأن الطعن ضدها يجب أن يقوم على توافر إحدى عيوب المشروعية المنصوص عنها في المادة /8/ من قانون مجلس الدولة السوري /55/ لعام 1959.

وبناء عليه ذهبت المحكمة الإدارية العليا السوريةإلى أن التراخيص التي تمنحها الإدارات العامة لممارسة مختلف أوجه النشاط الفردي لا تستجمع خصائص العقود وإنما تندرج في عداد القرارات الإدارية[3].

ويترتب على الطبيعة الذاتية للترخيص الإداري كقرار صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة أن الإدارة تملك بالاستناد لذلك صلاحية عدم تجديد الترخيص

---

[1] حكم الإدارية العليا السورية رقم /76/ بالطعن /135/ لعام 1974 مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الإدارية العليا السورية لعام1974، ص285.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم /135/ لعام 1963، غير منشور.

[3] حكم المحكمة الإدارية السورية رقم /47/ بالطعن /54/ لعام 1965 مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1965 ص 22.

للطاعن كونها تملك مباشرة اختصاصاتها التنظيمية التي تتبع من واقع الحفاظ على السلامة العامة والمصلحة العامة[1].

في الوقت ذاتهحسم مجلس الدولة السوري وبقسميه القضائي والاستشاري الطبيعة القانونية لتصرف الإدارة الذي تلتزم فيه بنفقات دراسة أحد الأفراد مقابل التزامه بخدمتها بعد حصوله على المؤهل المطلوب معتبراً هذا التصرف من قبيل العقود الإدارية التي أطلق عليها تسمية عقود الإيفاد.

فالمحكمة الإدارية العليا عدّت أنّ التزام الموفد بخدمة المرفق العام لمدة محدودة سلفاً مقابل الإنفاق على دراسته إنما يعدّ من قبيل العقود الإدارية وإن المنازعات الناجمة عنه – عقد الإيفاد – تدخل في ولاية القضاء الكامل[2].

وكذلك فإن القسم الاستشاري لمجلس الدولة أعلن عدم ملاءمة إبداء الرأي في القضية التي طرحت عليه معتبراً أن التساؤل في القضية إنما يتعلق بعقد إيفاد يدخل النزاع الناشئ عنه كعقد إداري في إطار اختصاص محكمة القضاء الإداري المحدد في المادة /10/ من قانون المجلس /55/ لعام 1959 وبذلك عدّ أن الالتزام الناشئ عن الإيفاد والالتزام بالدراسة على نفقة الدولة مقابل الالتزام بخدمتها ضمن المدة المحددة بكونه تصرف اتفاقي يأخذ صفة العقد الإداري[3].

ونتيجة لما سبق ولما كان الفقه والاجتهاد الإداريان قد استقر على أن القرار الإداري إنما هو تعبير عن إرادة منفردة، وهذه الإرادة قد تصدر عن شخص طبيعي واحد خوله القانون هذه الصلاحية، كما أنها قد تصدر عن مجموعة

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /193/ لعام 1974 مجموعة المبادئ القانونية لعام 1974، ص336.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /189/ في الطعن /746/ لعام 1998 مجموعة المبادئ القانونية لعام 1998، ص93.

[3] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /124/ في القضية /161/ لعام 2009 غير منشور.

أشخاص طبيعيين لهم بمقتضى القانون الصلاحية ذاتها وكان القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لا يخرج عن المفهوم السابق للقرار الإداري، وعليه فإن القرار الصادر بالإعلان عن المناقصة هو قرار إداري منفصل يصدر عن آمر الصرف المخول قانوناً بعقد النفقة، والقرار الصادر عن لجنة المناقصة المكونة في أغلب الأحيان من أكثر من شخص هو قرار إداري صدر عن اللجنة بمقتضى مالها من صلاحية بمقتضى القانون.

وبالتالي فإن صاحب العرض عندما يتقدم بعرضه راغباً بالتعاقد، لا يتقدم بقبول للإدارة بناءً على إيجاب قد صدر منها. لأنّ الإعلان عن المناقصة من قبل الإدارة ليس إلا دعوة للتعاقد وأن العرض المقدم من أحد العارضين هو إيجاب يحتاج لقبول الإدارة لإبرام العقد، وإن كانت معالم هذا الإيجاب وشروطه لا تحدد إلا بناءً على الشروط والأحكام العامة التي حددتها الإدارة[1].

وبما أنّ العقد الإداري يتميز بعملية إبرامه التي تختلف عن إبرام العقد المدني لما تحتاجه من إجراءات وقرارات سابقة عليها، تكوّن في مجموعها إرادة الإدارة اصطلحنا على تسميتها بالإرادة الموضوعية للإدارة. مما يجعل من صدور إحدى القرارات المنفصلة الصادرة في إطار عملية إبرام العقد الإداري غير كافية لإبرام العقد، وعليه فإنّ القرار الصادر بالإرساء من قبل لجنة المناقصة على أحد العطاءات كونه الأفضل للإدارة لا يؤدي إلى إبرام العقد الإداري بحسبان أنّ العقد الإداري شأنهشأن العقد المدني لا يبرم إلا بوصول القبول إلى صاحب الإيجاب.

وقبول الإدارة في حالة إبرام العقد الإداري إنما تقتضي استكمال مجموعة قرارات تشكل بمجموعها إرادة الإدارة المتضمنة لقبولها، وبوصول هذا القبول

---

[1]A. L'aubader: Traite de contrats administratif , 1956, T, p.671.

و بذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن /8312/ تاريخ 2001/3/24 المجموعة، ص 318.

بالشكل والطريقة التي حددها القانون يكون قد أبرم العقد الإداري، ومن هذه اللحظة يمكن القول أننا أصبحنا في إطار عقد إداري وما يصدر عن الإدارة بعد ذلك بالاستناد لهذه العلاقة لا يمكن تسميته بالقرار الإداري المنفصل لأن ما يصدر في هذه الحالة إنما يصدر بالاستناد لقاعدة عقدية وتنفيذاً لها وليس لقاعدة قانونية عامة مجردة.أما ما يصدر عن الإدارة من قرارات قبل إبرام العقد – بوصول القبول لصاحب الإيجاب –يعدّ من القرارات الإدارية المنفصلة والتي تصلح محلاً لدعوى الإلغاء.

وقد كرّس المشّرعالسوري هذا المبدأ، حيث نصت المادة /24/ من من نظام العقود في سورية الصادر بالقانون /51/ لعام 2004" لا يعدّ المتعهد المرشح متعهداً إلا عند استكمال إجراءات التصديق وتبليغه هذه المصادقة وللجهة العامة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ المتعهد أمر المباشرة دون أن يكون له الحق بالتعويض".

كما أن المادة /1/ من النظام المذكور قد عرفت المتعهد المرشح بأنه من ترسو عليه المناقصة أو طلب العروض أو يرتبط بعقد بالتراضي لم تستكمل أسباب تصديقه ولم يبلغ أمر المباشرة.

وعليه فإن ما يمكن استنتاجه من المواد المذكورة أعلاه أن رسو العطاء كقرار صادر عن لجنة المناقصة لا يتحقق معه إبرام العقد، لأنه ووفقاً للمادة /24/ لا يغدو المتعهد المرشح متعاقداً نهائياً إلا بإبلاغه قبول الإدارة المتمثل بأمر المباشرة، والانتهاء من عملية تصديق العقد، والتي غالباً ما تتم بقرار صادر عن الإدارة في إطار نهائي لإبرام العقد، والمواد المذكورة تنفي عن صاحب الإيجاب في هذه المرحلة صفة المتعاقد مما يجعل من مسؤولية الإدارة في هذه المرحلة بانعدام الرابطة العقدية وعدم اكتمالها هي مسؤولية تقصيرية مظهرها القرار الإداري المنفصل المعيب بإحدى عيوب المشروعية.

وهو ما انتهت محكمة القضاء الإداري السورية بأنه طالما أن الجهة العامة لم تصدر أمر المباشرة للمتعهد فإنه لا يعدّ أن هناك عقد قد انبرم حسبما زعم المتعهد المرشح وأنه بالاستناد لذلك يحق للجهة العامة العدول عن تنفيذ المناقصة في أي وقت قبل تبليغ المتعهد المرشح أمر المباشرة ودون أن يكون له الحق بأي تعويض[1].

وقد سار القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري الاتجاهاتهعندما اعتبر أن قيام المتعهد بالتقدم للمزايدة وتسديده للتأمينات الأولية وتنظيم محضر اجتماع لجنة مزاد عام يتضمن الموافقة على بيع المتعهد عدد من الآليات، وتصديق هذا المحضر أصولاً دون أن يمتد ذلك إلى تبليغه المصادقة على محضر اللجنة، ومن ثم تبليغه خطياً إحالة التعهد عليه وعدم تسديده للتأمينات النهائية وعدم توقيعه بالتالي على العقد ومما يستتبع ذلك من إجراءات نقل الملكية وتسديد الثمن لا يجعل العقد منجزاً ولا يسبغ على المتعهد المرشح صفة المتعاقد[2]، وعليه فقد بنى القسم الاستشاري رأيه أن النزاع في هذه المرحلة (قبل تبليغ المتعهد المرشح أمر المباشرة) لا يكون نزاعاً عقدياً[3].

وبهذا فإنّه يمكن القول إن كل تصرف تتخذه الإدارة في إطار عملية إبرام العقد الإداري وطالما لم يتم إبلاغ المتعهد المرشح أمر المباشرة والمصادقة على العقد بشكله النهائي، فإنه يكون تصرفاً إرادياً انفرادياً من جانب الإدارة ومخالفة هذا التصرف للقانون يجعله مكوّناً لخطأ الإدارة المثير لمسؤوليتها التقصيرية بهذا المجال.

---

[1] حُكم محكمة القضاء الإداري في سورية رقم /993/ لعام 2008 غير منشور. وحكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /67/ بالطعن /214/ لعام 1974 مجموعة الـ 1974 ص 176.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /200/ لعام 2006 غير منشور.

[3] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /281/ لعام 2008 غير منشور.

بحيث تبدأ العلاقة التعاقدية ويُنفّذ العقد و ينبرم بين طرفيه بقيام الإدارة بإبلاغ المتعهد المرشح (بقبولها) المتجسد بانتهاء عملية المصادقة على العقد من الجهات المخولة بذلك وإبلاغه أمر المباشرة بالشكل الذي حدده القانون للإدارة وبعد هذا التبليغ لصاحب الإيجاب (العرض) تبدأ العلاقة العقدية، وندخل في مرحلة العقد بحيث إن إخلال الإدارة بعد هذه النقطة بأي بند اتفقت عليه هو تصرف يكوّن من جانبها خطأً تعاقدياً ويثير مسؤوليتها العقدية.

الفصل الثاني

إجراءات دعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري

سنعرض في هذا الفصل لبيان أهم المبادئ التي تحكم دعوى الإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري، ثم نتناول فيما بعد شروط دعوى الإلغاء وأسباب الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل وآثار الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية المنفصلة.

المبحث الأول

المبادئ التي تحكم دعوى الإلغاء في نطاق العقد الإداري

يترتب على خضوع منازعات العقد الإداري للقضاء الكامل مبدآن أساسيان يعدان من أهم المبادئ التي تحكم دعوى الإلغاء في نطاق العقود الإدارية، وهما:

1) عدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء للعقد الإداري.
2) عدم إمكانية رافع دعوى الإلغاء الاستناد لمخالفة الالتزامات التعاقدية للإدارة.

وسنعمد لدراسة هذين المبدأين وفق رأي الفقه والقضاء في هذا الصدد.

المطلب الأول: عدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء للعقد الإداري

من المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء الإداريين أنه لا يمكن فصل العقد عن العملية القانونية والطعن فيه بالإلغاء، وقد تعددت التبريرات الفقهية لهذا المبدأ وفق مايلي:

أولاً – موقف الفقه:

سار الفقه في هذا الموضوع على اتجاهين:

الاتجاه الأول: عدم قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته:

وهو الاتجاه السائد لدى غالبية الفقه.

في فرنسا: ذهب Laubadere إلى أن عدم قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد نفسه تستمد من وجود طريق طعن موازٍ .حيث تستبعد دعوى الإلغاء ضد العقد لأن قبولها سيصطدم بوجود دعوى موازية في متناول الطاعن، وهي دعوى إبطال العقد أمام قاضي العقد، كما أن طبيعة العقد نفسه بوصفه اتفاق

إرادتين إحداهما إرادة الإدارة وإرادة أخرى خاصة تستبعد دعوى الإلغاء التي لا توجد إلا ضد أعمال السلطة الإدارية وحدها[1].

في حين يتجه La Ferrière بالقول أن دعوى الإلغاء لا تقبل ضد العقد استناداً إلى نظرية التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة وبمقتضى هذه النظرية لا تقبل دعوى الإلغاء إلا ضد أعمال السلطة في حين أنها لا تقبل ضد العقد بحكم أنه من أعمال الإدارة[2].

أما فيدل ومعه دراجو فيذهبان إلى أن العقد كعنصر أساسي في العملية العقدية هو المجال الطبيعي لدعوى القضاء الكامل غير قابل للانفصال عن هذه العملية وبالتالي لا يصلح محلاً لدعوى الإلغاء وبعبارة أخرى فإن العقد ليس من قبيل الأعمال القانونية القابلة للانفصال[3].

أما الأستاذانJean Rivero , Jean Walinفيبررا عدم قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد بحسبان أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه إلى قرار إداري، وهو تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة بينما العقد هو توافق إرادتين[4].

أما في مصر: فقد ذهب الدكتور عبد الحميد كمال حشيش إلى أن العقد لا يقبل الطعن بالإلغاء لأن العمل القانوني الذي يصلح موضوعاً لهذا الطعن لا بد أن تتوافر فيه شروط معينة وهي مختلة في العقد، وعليه فليس مرجع عدم القابلية

---

[1]A- Lebaublere: Traite des contrats administratif, T3, paris 1956, p323.

TERNEYRE(Ph),Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs,*EDCE* 1998,,p.71.

[2]La ferrière: Traite de la juridiction Administratif des recours contentieux, T2, 1896, p470.

[3]Auby et drago, Traite de Contentieux Administratif , paris,1975, T2, p455.

Vedel et delvolve , Droit Administratif, paris, 1982, p741.

[4]Jean Rivero , Jean Walin , Droit Admininstrative ,op.cit, p.527.

كون العقد غير قابل للانفصال عن العملية القانونية بل لأن من أهم الشروط أن يكون العمل قراراً نهائياً واجب التنفيذ décision exécutoire بالطريق الإداري، دون الحاجة إلى تدخل سلطة أخرى وأن يتضمن هذا العمل الإعلان عن إرادة واحدة وهي إرادة الإدارة وأن يتجه نحو إحداث أثر قانوني، أما العقد فهو عمل تبادلي acte bilatéral، وليس عملاً صادراً عن إرادة واحدة acte unilatéral كما أنه غير واجب التنفيذ بالطريق الإداري في معظم الأحوال ولا يغيب عن البال أن هذه الشروط مختلفة في عقود الإدارة الإدارية والمدنية على حد سواء بل إن العقد المدني لا يعد عملاً إدارياً على الإطلاق[1].

في حين يذهب كلّ من الدكتور سليمان الطماوي والدكتور محسن خليل والدكتور عادل الطبطبائي إلى أن عدم قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد لأن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري وهو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها بينما العقد هو اتفاق إرادتين[2] ويضيف الدكتور الطبطبائي إلى ذلك أن الطاعن يملك طريقاً لإبطال العقد يغنيه عن اللجوء إلى الطعن لتجاوز السلطة، فالمتعاقد مع الإدارة الذي يشتكي من خرقها لبنود العقد يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد لإبطال القرار بمخالفة شروط العقد من دون الإخلال بحقه في التعويض، في حين أن الغير الذين تتأثر مصالحهم بطريق أو بآخر نتيجة إبرام

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 115.

[2] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص 197 وكتابه القضاء الإداري – مرجع سابق ص 194. ود. محسن خليل – القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة – 1968 ص 587. ود. عادل الطبطبائي – الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية – مقال منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت – كلية الحقوق – السنة الحادية عشر – العدد الثالث – سبيتمبر 1987. ص16.

العقد فإنه يمكنهم استخدام الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد[1].

أما الدكتور حمدي الحلفاوي فيرى أن عدم قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد العقود الإدارية بسبب الآثار العملية التي ستترتب على قبول هذا الطعن، لأن ذلك سوف يؤدي إلى إبطال العقد ذاته في حين أن قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد قرار توقيع العقد لا ينجم عنه نفس النتيجة دائماً[2].

أما في سورية: فقد برر الدكتور عبد الإله الخاني عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد إلى أن طلبات إلغاء العقود الإدارية غير مقبولة أمام القضاء الإداري إذ هي نزعت إلى إلغاء العقد بحد ذاته من حيث إنه عقد إداري، لأن دعوى الإلغاء ضد العقد يجب أن تقام أمام القاضي الإداري بوصفه قاضي العقد الإداري لا بوصفه قاضي الإلغاء لإساءة استعمال السلطة، لأن المراجعة القضائية لسوء استعمال السلطة غير مقبولة ضد العقد ولا تكون إلا ضد القرارات الإدارية وهو مفهوم يستلزم الخصيصة وحيدة الطرف[3].

أما الدكتور عبد الله طلبة فيذهب إلى أن دعوى الإلغاء يجب أن توجه إلى القرار الإداري الصادر عن سلطة إدارية وأن يكون هذا القرار تنفيذياً من شأنه إحداث أثر قانوني، أما بالنسبة للعقود الإدارية فإنها لا تعبر عن الإرادة المنفردة للإدارة بل تنجم عن توافق إرادة الإدارة مع إرادة أحد الأفراد وحتى عندما يتولد العقد نتيجة اتفاق بين شخصين من أشخاص القانون العام فإنه لا يُعد بمثابة قرار

---

[1] د. عادل الطبطبائي – مقال سابق – ص 16-17. ود. محمد حافظ – القرار الإداري – دار النهضة العربية – القاهرة – 1993 – ص 103.

[2] د. حمدي الحلفاوي – ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري- مرجع سابق، ص87. ود. عادل الطبطبائي – المقال السابق – ص 20.

[3] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري المجلد 4 – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص 568.

لعدم وجود طابع الإرادة المنفردة إضافة إلى أن مجال إبطال العقود الإدارية يكون أمام قاضي العقد[1].

الاتجاه الثاني: قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد نفسه:

وهو الاتجاه الذي سار عليه قلة من الفقهاء خلافاً للاتجاه الأول السائد.

فرغم ما سبق من تبريرات من جانب الفقه السائد المذكور أعلاه، إلا أن جانب فقهي آخر لم يسّلم بعدم قابلية الطعن بالإلغاء ضد العقد.حيث ذهب بيكينو إلى رفض انعدام قابلية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد مبيناً أنه لا يوجد أدنى تعارض بين الطعن بالإلغاء والعقد الإداري ويعزو ذلك لأمرين:

الأول: أن الأساس التقليدي – الذي كان يقول به الفقه – للتعارض بين العقد والطعن بالإلغاء يستند إلى التفرقة القديمة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة، وتلك التفرقة نادى بها "لافيريير" وأيدها المفوض روميو وكان منطق هذا الفقه أن الطعن بالإلغاء لا يوجه إلا إلى أعمال السلطة، وهي تعني تلك الأعمال التي لا يوجد لها نظير في روابط القانون الخاص، ولما كانت كافة العقود التي تبرمها الإدارة لها نظير في معاملات الأفراد فهي تعّد من أعمال الإدارة التي لا تخضع للطعن بالإلغاء.

وعليه فإن هذا التعليل وفقاً لـ بييكنو –منتقد – لأن الأسباب التي أدت إلى العدول عن معيار التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال السلطة كأساس لتوزيع الاختصاص بين القضائين العادي والإداري تؤدي بدورها إلى إخفاق المعيار في التمييز بين مجالات دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، وأن هذه الفكرة لا تجد لها أي سند في النصوص التشريعية.

---

[1] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق –ص 213-214.

الثاني: إن العقد الإداري أكثر ارتباطاً بمجالات السلطة والقرارات الإدارية في مجالات الأعمال الاتفاقية. إذ تتمتع الإدارة بكثير من امتيازات السلطة أثناء حياة العقد مما يبعده عن الحظيرة المدنية التي نشأ في ربوعها[1].

وحتى لوبادير يرى أن فكرة الدعوى الموازية ليست كافية لاستبعاد الطعن بالإلغاء على العقد الإداري فهي إن صحت بالنسبة للمتعاقدين لا تكون صحيحة وسليمة بالنسبة للغير، الذي لا يملك الطعن على العقد أمام قاضي العقد[2].

أما الفقيه Gonidecفيرى أن استبعاد الطعن بالإلغاء على العقد الإداري لا يستند إلى أسس موضوعية أو مادية، فدعوى الإلغاء من الناحية الموضوعية دعوى عينية محلها بيان مدى مخالفة التصرف لأحكام القانون، وليس حتماً أن يتم التصرف في صورة قرار إداري، فمخالفة القانون كما تقع بمناسبة إصدار قرار إداري تتم أيضاً عند إبرام الإدارة لعقد من العقود والمسألة التي تعرض على القاضي في الحالتين واحدة هي بيان مدى مخالفة الإدارة للقانون سواء اتخذت هذه المخالفة صورة عمل أحادي أو تصرف ثنائي، فالعقود الإدارية لا تستعصي على دعوى الإلغاء بالنظر إليها في ذاتها[3].

وفي الفقه العربي يذهب الدكتور جمال عباس عثمان في رسالته إلى أن عدم خضوع العقد الإداري لدعوى الإلغاء لا يجد له دليل مقنع، وحجته في ذلك أن العقد الإداري قد يشوبه أحد عيوب عدم المشروعية التي قد تشوب القرار، مثل عدم مشروعية إجراءات التعاقد ذاتها كتوقيع العقد من سلطة غير مختصة أو إبرام العقد دون إتباع أو احترام إجراءات التعاقد المنصوص عليها في القانون.

---

[1] Pequignot , therrie général du contrat administratif ,paris ,1945 ,p.576.

[2] L'aubader: Traite des contrats administratifs T3, 1956, p324.

[3] مقال Gonidec بمجلة القانون العام 1950 بعنوان Contrat et recours pour excès de pouvoir ص 58.

وإذا كان للمتعاقد الالتجاء إلى قاضي العقد للطعن على العقد المشوب بأحد عيوب عدم المشروعية فلماذا نحرم الغير من استعمال حق الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري المشوب بأحد عيوب عدم المشروعية عندما تتوّلد المصلحة في ذلك خاصة[1].

ثانياً – موقف القضاء:

في فرنسا: يلاحظ بالنسبة لاجتهاد القضاء الإداري أن القضاء القديم لمجلس الدولة الفرنسي كان يقبل توجيه دعوى ضد العقود حيث لم تكن قد ظهرت بوضوح التفرقة بين دعوى الإلغاء والقضاء الكامل، إلا أنه منذ صدور حكم مجلس الدولة في قضية Levieuxعام 1899 استقر في الضمير القانوني عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد العقود ويستوي في ذلك أن يكون الطعن موجهاً من احد المتعاقدين أو من الغير[2].

وقد بين مفوض الدولة روميو في تقريره بقضية Martin إلى أنه من المقرر أنه لا يجوز طعن تجاوز السلطة في الأعمال ذات الطبيعة التعاقدية، ليس فقط لأنها أعمال من جانبين، وإن طعن تجاوز السلطة في المفهوم التقليدي دعوى

---

[1] د. جمال عباس أحمد عثمان – العقد الإداري وقضاء الإلغاء – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – 2006 ص519.

[2] CE, 19-5-1899, Levieux , Sirey, CE, p.401.

CE, 14-12-1905, Coulon , Sirey, CE, ,p.587.

يؤكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ بعبارات متعددة فهو تارة يقرر أن الاتفاقيات ليست ذات طبيعة تجعلها صالحة للطعن عليها بالإلغاء لتجاوز السلطة أمام قاضي الإلغاء

CE, 5-4-1940, çay , Rec. , P.136.

وتارة أخرى يبين أن عقد الالتزام لا يكون عملاً قانونياً قابلاً لأن يكون موضوعاً للطعن بالإلغاء

CE, 30-5-1944, Tazery, Rec. P.185.

تقام ضد عمل من جانب واحد لجهة إدارية، ولكن كذلك لأن وجود طعن مواز Parelle أمام قاضي العقد يحول دون قبول طعن تجاوز السلطة[1].

وعليه رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء الموجه ضد العقود لأن الأعمال المطعون عليها (اتفاقية التزام كراسة الشروط) تتخذ طابعاً تعاقدياً، وهي ليست ذات طبيعة تسمح بعرضها على مجلس الدولة بطريق الطعن لتجاوز السلطة[2].

كما رفض المجلس أيضاً الطعن بتجاوز السلطة ضد الاتفاقية الاحتياطية لأن عملاً من هذه الطبيعة لا يمكن عرضه على المجلس بطريق طعن تجاوز السلطة[3].

إلا أنه رغم القضاء السابق لمجلس الدولة الفرنسي إلا أن البعض يرى أنه ونتيجة الانتقادات التي تعرض لها مبدأ عدم قابلية العقد للطعن بالإلغاء، فقد خرج مجلس الدولة الفرنسي عن قضائه السابق.ففي قضية Société L'énergie industrielle قرر مجلس الدولة أن إلغاء قرار الاعتماد الصادر عن سلطة الوصاية من شأنه أن يحطم الرابطة التعاقدية مما يجعل الطلب اللاحق بتفسير

---

[1]أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – مارسولون وبيروسبيرفي وجي بريبان ترجمة أحمد يسري – منشأة المعارف – الاسكندرية – 1991 – تقرير مفوض الدولة روميو بقضية Martin 1905. ص88.

[2]CE,6 – 5-1955,Sté des Grands Travaux de Marseille. Rec. CE,p.244.

[3]CE, 20-12-1932, cham fraut, sirey, p.233.

CE, 19-10-1934, association des usagères de L'énergie électrique de stomer. Sirey, p.59.

CE, 6-11-1970, société anonyme touriSté que et hôtelière de la ville du Lautaret. Sirey 1970, p.213.

CE, 6-12-1983, ville de paris et société des mobilier urbains. Sirey 1983, p.498.

العقد دون موضوع من جهة، ومما يحول دون تنفيذه من جهة أخرى، وذلك رغم أن أطراف العقد لم يطلبوا من قاضي العقد إثبات بطلانه[1].

أما الحكم الثاني ففي قضية Commune de guida /C/ Mme courte حيث قرر مجلس الدولة أن محكمة Renne الإدارية لم تخطئ حين قررت أن العقد المبرم استناداً إلى القرار الملغي ذا آثار باطلة[2].

أما في مصر: فقد أكد مجلس الدولة المصري على مبدأ عدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء للعقد الإداري ورفض بالاستناد إليه الطعن بالإلغاء على العقود وذلك على أساس أن العمل القانوني الذي يصلح أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء هو القرار الصادر عن إرادة الإدارة وحدها وليس العقد الذي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر[3].

فإذا كان القرار الإداري هو عمل قانوني غير تعاقدي يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً فإن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي[4]. ولذلك فإن دعوى الإلغاء لا توجه ضد عقود الإدارة مدنية كانت أم إدارية والسبيل لدحض هذه العقود هو المطالبة

---

[1]CE, 7-9-1946, Sociète L'energie industrielle, sirey, p.66.

[2]CE, 6-7-1982, commune de guida l'el Mme courte. R.D.P. 1983, p.1439.

[3]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ /1946/11/12، المجموعة، ص560.

[4]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1963/5/25 بالطعن /1059/ سنة 7 ق. وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1974/12/16 بالقضية /289/ سنة 1ق، المجموعة، ص189.

بإبطالها أمام قاضي العقد وبطبيعة الحال دعوى العقد غير متاحة إلا لأطرافه وليست مقبولة من الغير[1].

إلا أن مجلس الدولة رغم أنه قد أكد مبدأ عدم قابلية الإلغاء ضد العقود الإدارية، إلا أن البعض يعدّه أنه قدم استثناء لذات المبدأ، لأنه في ذات الحكم السابق تم توجيه الطعن بفسخ العقد أمام دائرة الإلغاء الخماسية وأن المحكمة في قبول الدعوى ذهبت إلى أن هذه الدعوى لا تعدو في حقيقتها أن تكون دعوى إلغاء ضد العقد، أياً كانت طلبات المدعي وهذه هي النتيجة المنطقية لتقديمها إلى قاضي الإلغاء إلا أن هذا الحكم كسابقة لمجلس الدولة المصري لم يتكرر[2].

أما في سورية: فقد علل مجلس الدولة السوري مبدأ عدم قابلية الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري بكون العمل الذي يجب أن توجه إليه دعوى الإلغاء هو القرار الإداري كونه تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة الصادرة وفقاً للقوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين وكان الباعث إليه تحقيق المصلحة العامة[3].ولما كان العقد الإداري هو توافق إرادتين فإنه يخرج وفقاً لما سبق من نطاق دعوى الإلغاء[4]، لهذا رفض المجلس الطعن بالإلغاء ضد العقد المقدم من المتعاقد بالاستناد إلى أن دعوى الجهة المدعية بطلب إلغاء القرار المطعون فيه والمتضمن اعتبار حوانيت سوق الهال العائدة للبلدية من العقارات تهدف في مآلها إلى المساس بالعقد الجاري بين الطرفين وسلخ صفة الاستثمار والنفع العام في استثمار البلدية لعقاراتها[5].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1954/3/8 بالقضية /190/ سنة7ق مذكور عند د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 114.

[2] د.عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 114.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /238/ لعام 1977. المجموعة، ص 221.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /10/ لعام 2003. غير منشور

[5] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /1/ لعام 1989. غير منشور

المطلب الثاني: عدم إمكانية رافع دعوى الإلغاء الاستناد لمخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية

من المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء الإداريين أن الطعن بالإلغاء لايستند إلى مخالفة الإدارة للالتزامات التعاقدية، وقد تعددت التبريراتلهذا المبدأ وفق الآتي:

أولاً – موقف الفقه:

سار الفقه في هذا الموضوع في اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو الاتجاه السائد، حيث تذهب الغالبية من الفقه إلى أن مخالفة القرار الصادر عن الإدارة لنص عقدي لا توصمه بعدم المشروعية وبالتالي لا تصلح سبباً للطعن بالإلغاء، فإذا اتخذت الإدارة قراراً متعلقاً بالعملية العقدية فلا يمكن الطعن فيه بالإلغاء استناداً إلى مخالفة هذا القرار لحق من الحقوق المتولدة عن الاتفاقات سواء كانت هذه الاتفاقات من عقود القانون العام أم القانون الخاص[1].

ويستند هذا الفقه السابق في تبرير موقفه إلى الآتي :

1) الطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء، فالطعن بالإلغاء هو جزاء للشرعية أي لمخالفة القرار لقاعدة قانونية بالمعنى الموضوعي ،أي قاعدة عامة مجردة، أما العقد فليس قاعدة قانونية عامة إذ يوّلد مراكز شخصية أو ذاتية تقتصر آثارها على إنشاء حقوق والتزامات تترتب بالنسبة لأشخاص محددين بالذات هم أطراف الرابطة العقدية[2].

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – الجزء الثاني – مجلة مصر المعاصرة – يناير سنة 1976 السنة السابعة والستون العدد 363 – القاهرة ص 17.

[2] De Laubadere, Delvolvee, moderne , Traite des contrat administratif T2, 1989 , p1031.

2) نظرية الدعوى الموازية: بالاستناد لهذه النظرية يرى ألبير رافائيل أن العقود تولد قاعدة قانونية، وإن مخالفتها تعد مخالفة للشرعية في مفهوم دعوى الإلغاء، إلا أنه توجد قاعدة اختصاص من النظام العام تقتضي وجوب احترام اختصاص قاضي العقد، سواء أكان هو القاضي الإداري أم المدني، وبناء على ذلك لا يستطيع قاضي الإلغاء أن يفحص نصوص العقد لكي يستخرج منها أسباب عدم مشروعية القرار، ويخلص ألبير رفائيل من ذلك أن قاضي الإلغاء لا يستطيع إلغاء قرار إداري لمخالفته لنص عقدي[1]، طالما أن للمتعاقد مع الإدارة طريقاً آخر لإبطال العقد يغنيه عن اللجوء إلى الطعن بالإلغاء وهو طريق الطعن الموازي الذي يمكن ممارسته أمام قاضي العقد[2].

الاتجاه الثاني:لم يسلم الاتجاه الفقهي السابق من النقد حيث اتجه جانب آخر من الفقه إلى تأييد إمكانية الاستناد لمخالفة الإدارة الالتزامات التعاقدية في رفع دعوى الإلغاء، فقاعدة القانون هي كل التزام يرتب المشّرع جزاء على مخالفته، ولا يهم في هذا الصدد محل هذا الالتزام ولا نطاق تطبيقه، فكما توجد قواعد قانونية عامة توجد قواعد ذاتية أو فردية، فالالتزامات المتوّلدة عن العقود واجبة الاحترام

De l'aubader, Traite de contrat administratif, paris, 1956 T3, p321.

د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود – مرجع سابق، ود. جمال عباس عثمان – العقد الإداري وقضاء الإلغاء – مرجع سابق ص 506.و د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع – العقود الإدارية مرجع سابق ود. مهند مختار نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق ص 179.

[1]Alibert Raphael, Contrôle juridictionnel de pouvoir, paris , 1926 , p.308 -309.

[2]Fréderic Ti berg hein et Bruno Lasserre, not sous CE,, seet 9 octobre 1981, Syndicat des medecine de la Haute-Loire et autres A.J.D.A.N. 5,1982, p.327.

من أطراف الرابطة العقدية ويوقع القضاء جزاء على مخالفتها، فلا يوجد أدنى مبرر لكي تمنع هذه القاعدة وصف القاعدة القانونية[1].

وأنه إذا كان العقد لا يكون في حد ذاته – قاعدة قانونية – فإن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية تشكل مخالفة بقاعدة قانونية عامة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وهذه القاعدة أسمى القواعد وأكثرها استقراراً في الضمير القانوني إذ تتفق مع ما يجب أن يسود المعاملات من حسن النية[2].

وتطبيقاً لهذا الاتجاه فإن القرار الإداري الذي تتخذه الإدارة والمخالف لشروط عقد مرتبطة به تعدّ مخالفة للقانون، لأنه يهدر مبدأً قانونياً عاماً، هو العقد شريعة المتعاقدين، فلا يعدل إلا باتفاقهما وكان مؤدى ذلك قبول الطعن بتجاوز السلطة ضد هذا القرار[3].

ثانياً – موقف القضاء:

في فرنسا: يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم قبول دعوى الإلغاء المستندة لمخالفة القرارات الإدارية الصادرة استناداً للنصوص العقدية، وسواء كانت مدرجة في عقود القانون العام أو في عقود القانون الخاص[4].

---

[1] د. عبد الهادي عباس – العقود الإدارية – مرجع سابق – ج 2 –ص 603و604.

[2] د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص 38،39.و د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 19.

[3] د. جمال عثمان – رسالته– مرجع سابق – ص 516.

[4] وقد بين مفوض الدولة Josse في تقريره في حكم مجلس الدولة الصادر عام 1940 أنه لا تقبل الطعون بالإلغاء لتجاوز السلطة إذا كانت القرارات محل الطعن تؤدي إلى حرمان الشركة من الحقوق التي تستمدها من عقدها.

CE, 26-10-1940 , société des chemins de féret tram waus du var de du Gard. R.D.P. p.71.

كما قرر مجلس الدولة عدم قبول طعن آخر بإلغاء القرار المُعدِل لتعريفة توريد المياه الصالحة للشرب على أساس أنه اتخذ بالمخالفة لنصوص عقد توريد المياه.

واستناداً لذلك رفض مجلس الدولة قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار وزير برفض إبرام عقد ضمان، وكان سبب هذا الرفض يخالف الالتزامات العقدية، إذ أن مثل هذا الوجه من أوجه الطعن لا يمكن الاحتجاج به في تدعيم طلب الإلغاء للقرار بتجاوز السلطة[1].

كما رفض أيضاً الطعن في القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والمتعلقة بالمبالغ المستحقة للمتعاقد بموجب العقد[2]. أو المتعلقة بالعقوبات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها نتيجة إخلاله بشروط العقد أو دفاتر الشروط[3]. أو المتعلقة برفض تعديل العقد أو إنهاءه[4]. وعموماً كل القرارات التي تصدرها جهة الإدارة وتتعلق بحقوق المتعاقد[5].

وفي مصر: سار مجلس الدولة المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي، فانتهت محكمة القضاء الإداري المصرية بصدد عقد أشغال عامة أنه إذا كان من الثابت أن القرار المطعون فيه، والذي قد استندت جهة الإدارة في إصداره إلى البند(16)من دفتر الشروط العامة ومواصفات الأعمال لأبنية التعليم والذي يكون جزءاً لا يتجزأ من العقد، فإن القرار المطعون فيه يكون في الواقع إجراءً تعاقدياً مستمداً من نصوص العقد وليس قراراً إدارياً يرد عليه قضاء الإلغاء[6].

CE,, 8-5-1967, Société immobilière du covenant carier juridique électrice, sirey, p.26.

[1]CE,, 20-11-1950 , Otten. D. p.252.

[2]CE, 13-Juin-1980, Chambre de matiers de la Charente martine,Rec.,p.65.

[3]CE, 19-1-1945, Société des apéro planes.Rec, p.543

[4]CE, 22-4-1969, Castillo.Rec, p.287.

[5]CE, 1-12- 1985,Ville de paris et société des mobilier urbains. S. p.782.

[6]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957/12/29 بالقضية /867/ سنة 11 قضائية، المجموعة، ص161.

كما رفضت المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن بالإلغاء الموجه ضد قرار فسخ العقد بفرض أن الإدارة اتخذته بالاستناد لنصوص العقد وبررت ذلك بأن القرار الصادر بفسخ العقد[1]، لا يعدّ من قبيل القرارات المنفصلة التي يجوز مخاصمتها بدعوى الإلغاء وأساس ذلك أن فسخ العقد لا يعدو أن يكون إجراءاً تتخذه الإدارة كطرف متعاقد وليس كسلطة عامة[2].

أما في سورية لم يخرج مجلس الدولة السوري عن الأساس القانوني في عدم قبول دعوى الإلغاء بالاستناد لمخالفة الإدارة لنصوص عقدية، بحسبان أن محل الدعوى المذكورة هو القرار الإداري الصادر بالإرادة المنفردة للإدارة تصدره الإدارة بالاستناد للقوانين واللوائح وبقصد إحداث أثر قانوني متى كان ذلك جائزاً وممكناً قانوناً وكان الباعث إليه المصلحة العامة، وذلك كله بحسبان أن دعوى الإلغاء هي دعوى المشروعية وهي دعوى ذات طبيعة موضوعية و تنئابها عن قياس القرارات الإدارية وفحصها بالاستناد للإخلال بالالتزامات الشخصية التي يرتبها العقد الإداري والذي أجمع الفقه والقضاء الإداري على أنه اتفاق بين إرادتين لإحداث أثر قانوني وهو ذو طبيعة شخصية ومؤقتة.

وعليه فقد رفض المجلس الطعن في القرار الإداري المتعلق بنفقات الإيفاد بالاستناد لدعوى الإلغاء على أساسأن المنازعات الناجمة عن عقد الإيفاد تدخل في

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1654/ تاريخ 1994/3/22 سنة 26 قضائية، المجموعة، ص332.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1668/ تاريخ 1994/1/4 سنة 39 قضائية، المجموعة، ص289.

كما رفضت المحكمة الإدارية العليا الطعن على قرار سحب العمل لأنه لا يعتبر قراراً إدارياً وإنما هو إجراء تنفيذي ويستند لنصوص العقد. (حكم الإدارية العليا المصرية بالطعن /2048/ تاريخ 1991/2/2 سنة 37 ق).

ولاية القضاء الكامل لمجلس الدولة كأي نزاع ناشئ عن تنفيذ عقد إداري ولا تدخل هذه المنازعات في مجال دعوى الإلغاء ولا تتقيد بالميعاد المحدد لهذه الدعوى[1].

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /50/ بالطعن /727/ لعام 1998، المجموعة، ص89.

المبحث الثاني

شروط دعوى الإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري

لا تخرج شروط دعوى الإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن شروط دعوى الإلغاء المعروفة فقهاً وقضاءً، بحسبان أن القرار الإداري المنفصل هو بالنهاية قرار إداري تكون دعوى الإلغاء الموجهة له هي أداة المشروعية. ويمكن دراسة شروط هذه الدعوى وفق الآتي:

1) أن تكون الدعوى موجهة لقرار إداري منفصل.
2) المصلحة في الدعوى.
3) المدة التي يتوجب فيها رفع الدعوى.
4) انعدام طريق الطعن الموازي.

المطلب الأول: أن تكون دعوى الإلغاء موجهة لقرار إداري منفصل

دعوى الإلغاء هي دعوى المشروعية تهدف أساساً إلى بحث مشروعية القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء، يقيمها كل ذي مصلحة يطالب بإلغاء قرار إداري منفصل غير مشروع، ومن ثم فإن محل دعوى الإلغاء هو القرار الإداري، فإذا انتفى القرار انتفت الدعوى، وعليه إذا كان المدعي لا يخاصم في دعوى الإلغاء قرار إداري وفقاً للمعنى المعروف للقرار الإداري فقهاً وقضاءً فإن دعواه تغدو والحالة هذه متعينة بعدم القبول[1].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /345/ لعام 2008 غير منشور. وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /4702/ سنة 48قضائية بجلسة2003/5/3 وحكم محكمة القضاء الإداري

وإن القول بكون محل دعوى الإلغاء هو القرار الإداري كعمل قانوني يستتبع معه استبعاد جميع الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة في نطاق دعوى الإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل[1]، كإجراءات الإعلان عن المناقصة أو القيام بتجهيزات لأرضية المشروع المراد تنفيذه على أرض الواقع.

كما أن هذا يستتبع أيضاً استبعاد العقد الإداري المراد تنفيذه بوصفه تعبيراً عن إرادتين أحدهما إرادة شخص خاص التي لا يمكن التوجه ضدها بدعوى الإلغاء[2].

_ والقرار الإداري المنفصل قد يصدر في صورة صريحة أو ضمنية كما قد يصدر بصورة مكتوبة أو شفوية. فالقرار برفض الالتجاء إلى أسلوب المناقصة أو المزايدة هو قرار إداري صريح[3].إلا أن هذا القرار قد يكون ضمنياً أيضاً ،وذلك في حالة إذا ما لجأت الإدارة إلى إتباع أسلوب الممارسة مثلاً، رغم أن القانون يلزمها بالتعاقد عن طريق المناقصات والمزايدات، ففي هذه الحالة يجوز الطعن بهذا القرار الضمني بالتعاقد عن طريق الممارسة[4].

في الوقتذاته قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن قرار لجنة شؤون المناقصات والمزايدات بقبول عطاء الشركة قد تضمن استبعاد عطاء المدعي

المصرية بالدعوى رقم /1606/سنة 55قضائية بجلسة 2002/2/26موجود على موقع مجلس الدولة المصري وأيضاً وبذات المعنى :

M. Bernard., le recours pour de exce,s pouvoir est –il? frappe a` mort? A.J.D.A ,1995, P.190.

[1]حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /1035/ بالقضية /6377/ لعام 2008 غير منشور.

[2]د. جمال عباس عثمان – المرجع السابق ص 180. وأيضاً من الفقه الفرنسي:

J. Rivero ,J.Waline ,op.cit.p.527.

[3]CE,, 28-4-1919, Syndicat des maitres imprimeurs.D.,P.65.

[4]CE,, 19-6-1963, Gromeck.Rec., p.23.

ضمنياً، إذ أن الاستبعاد كما يكون بقرار صريح يكون أيضاً بقرار ضمني بأن تتصرف اللجنة تصرفاً ظاهر الدلالة على اتجاه نيتها إلى الاستبعاد[1].

_ فضلاً عن ذلك فإن القرار الإداري المنفصل كأي قرار إداري آخر يجب أن يكون نهائياً[2]، ومعنى ذلك أن تستنفد جميع مراحل التدرج الإداري اللازمة

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1960/2/14 مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً – الجزء الثاني – ص1869.

[2] لم يتفق فقه القانون العام على تحديد معنى معين لنهائية القرارات الإدارية، وأدى ذلك إلى انقسام في الرأي، واعترض جانب منهم على استخدام كلمة نهائي في وصف القرارات الإدارية التي تقبل الطعن بالإلغاء واقترح استعمال كلمة تنفيذي بدلاً منها(د. مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص286).

إلا أن هناك قدراً متفقاً عليه من الفقه بشأن تحديد معنى النهائية بالنسبة للقرارات الإدارية التي يقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، وهو أن القرار الإداري يجب ألّا يكون قابلاً للتعقيب عليه أو للمناقشة من جانب سلطة إدارية أعلى من السلطة المصدرة له. ومعنى ذلك أن تستنفد جميع مراحل التدرج الإداري اللازمة لوجود القرار الإداري قانوناً، أي أن تنتهي بشأنها مراحل التوجيه والاقتراح والمناقشة وإعداد المشروعات والاعتماد والتصديق ممن يملك ذلك قانوناً (د. طعيمة الجرف – رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة – 1961 – ص281).

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن معنى النهائية في القرارات الإدارية القابلة للطعن بالإلغاء لا تقتصر فقط على المعنى السابق وإنما يوجد شق آخر مكمل لهذا المعنى، حدده البعض بأنه صدور القرار الإداري على نحو يكون من شأنه إحداث أثر قانوني معين أي بإنشاء أو تعديل أو إلغاء المركز القانوني للطاعن وهذا ما تعبر عنه الأحكام بوصف القرار بأنه تنفيذي أو قابل للتنفيذ (د. محسن خليل – القضاء الإداري – الجزء الثاني – مرجع سابق – ص403).

ولهذا فإن النهائية تختلط بالصفة التنفيذية في القرار الإداري لأنه لا يكون قابلاً للنفاذ قبل أن يكون نهائياً كما لا يكون نهائياً قبل أن تكتسب الصفة التنفيذية (عبد الغني بسيوني – المرجع السابق – ص65 ود. طعيمة الجرف – المرجع السابق – ص282).

وإن المشرع سواء في مصر أو في سورية اتجه إلى استخدام تعبير النهائية للقرارات الإدارية كمحل لدعوى الإلغاء.

لوجـود القـرار الإداري قانونـاً، أي أن تنتهـي بشـأنها مراحـل التوجيـه والاقتـراح والمناقشة وإعداد المشروعات والاعتماد والتصديق ممن يملك ذلك قانوناً[1]. وبمعنى آخر أن يصدر القرار الإداري من مرجعه المختص دون أن يكون لأي جهة أخرى سلطة التعقيب عليه بحيث إنه بمجرد صدوره من هذه السلطة يحقق أثره.

وعليـه فإن القرارات الإداريـة التـي لـم تصـل إلـى مرحلـة النهائيـة لا يمكـن الطعـن فيهـا بالإلغـاء أمـام مجلـس الدولـة طالمـا كـان هنـاك مرحلـة أخـرى للقـرار الإداري لن يحدث أثره بدونها.

وفي هذا الصدد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن القرارات التي تصدر بخصوص الإعلان عن المناقصة وفتح المظاريف من قبيل الإجراءات التمهيدية التي لا تصلح موضوعاً للطعن عليها بالإلغاء، حيث ينقصها صفة النهائية التي ينبغي أن تتوافر في القرار الإداري المطعون فيه، ومرجع عدم قبول الطعن على هذه القرارات ليس لأنها لا تقبل الانفصال، وإنما لأن القرار الذي يصلح أن يكون موضوعاً للطعن بالإلغاء هو القرار الإداري النهائي، ومخالفة الإجراءات التمهيدية لقواعد الشرعية يمكن أن يكون سبباً للطعن بالإلغاء على القرار الإداري النهائي لابتنائه على إجراءات غير مشروعة[2].

فنصت المادة /8/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959 على أن : ((يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره بالفصل في المسائل التالية ويكون له ولاية القضاء كاملة: 1- .....

6- الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية)).

كما نصت المادة /10/ من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم /47/ لعام 1972 على: "... خامساً – الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية".

[1] د. طعيمة الجرف – رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة – 1961 – ص281.

[2] CE,, 11-7-1919, calvet, précité.

CE,19-3-1902, Villard,préc.

A- L'aubader, Traite des Contrats Administratifs, paris, 1956, T3, 336.

كما يرفض القضاء الإداري المصري الطعن بالإلغاء على القرارات التمهيدية والتحضيرية كإجراءات الإعلان عن المناقصة أو المزايدة وفتح المظاريف ونماذج المناقصات أو المزايدات لأنها وإن كانت قابلة للانفصال عن العقد إلا أنها لا تصلح محلاً للطعن بالإلغاء لأن القرار الإداري الذي يصلح محلاً للطعن بالإلغاء هو القرار الإداري النهائي[1].

وكذلك فقد عدّمجلس الدولة السوري أن الصفة النهائية في القرار الإداري شرطاً لقبول الطعن به بموجب دعوى الإلغاء، وأن هذه الصفة تعني أن يكون القرار الإداري قد وصل إلى مرحلة لم يعد فيها خاضعاً لأي إقرار أو تصديق أو أي معاملة أخرى من أي سلطة إدارية أخرى سواء كانت رئاسية أو وصائية[2].

وبرأينا فإنه لا يعدّ من قبيل القرارات الإدارية النهائية التي تصلح محلاً لدعوى الإلغاء وفقاً للمادة /58/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 الاقتراح المرفوع من الوزير لرئيس مجلس الوزراء بحرمان أحد الأشخاص من التعاقد مع الجهات العامة لأنه لا يرقى لمرتبة القرار الإداري النهائي الذي يصلح محلاً لدعوى الإلغاء. وإن القرار النهائي في هذه الحالة هو ما يصدر عن رئيس مجلس الوزراء كونه صاحب الاختصاص دون تعقيب عليه من أي جهة أخرى. فالاقتراح الصادر عن الوزير من قبيل الاقتراحات Propositions التي تهيئ للسلطة المختصة تجميع عناصر قرارها، وهي تسبق القرار الإداري، وهي من الأمور التي يرى القضاء أن دورها ليس جوهرياً في التأثير على مركز الفرد،

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /1857/ تاريخ 1953/12/9 سنة 6 ق مجموعة السنة 8 ص218 وحكمها في 1964/10/25 قضية 286 سنة 15 ق مجموعة السنوات الخمس ص359.

[2] حكم الإدارية العليا السورية رقم /91/ بالطعن /287/ لعام 1998 مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1998 ص728.

وبالاستناد إليه لا يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء، فالاقتراحات (الأعمال التحضيرية للقرار الإداري) ليس لها قيمة القرار الإداري التنفيذي[1].

وفي ضوء مابيناه عن نهائية القرار الإداري المنفصل، يعترضنا في هذا الصدد ما قضت به المادة (21/د) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 من أنه: تعتبر قرارات اللجنة (لجنة المناقصة) المذاعة على الحاضرين نهائية.

والتساؤل الذي يثور هنا، ما هو المقصود بكلمة (نهائية) الواردة في هذه المادة؟ وهل يعدّ قرار لجنة المناقصة قراراً إدارياً نهائياً ؟.

يتضح من سياق المادة المذكورة – والتي بينت عمل لجنة المناقصة – أن النهائية بالنسبة لقرارات لجنة المناقصة يقصد بها هنا عدم إمكانية قيام ذات اللجنة وبعد إصدارها لنتيجة المناقصة أن تقوم بتعديل هذه النتيجة، لا من تلقاء ذاتها، ولا بناء على طلب العارض، وعليه فإن نهائية قرار لجنة المناقصة الواردة في المادة المذكورة هو فيما يتعلق بعمل اللجنة فقط.

إلا أن قرار لجنة المناقصة المذكور وبحسبانه خاضعاً للتصديق من آمر الصرف وفقاً لأحكام المادة /24/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 فإنه لايعد قراراً إدارياً نهائياً يمكن مخاصمته وفقاً لأحكام المادة /8/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959.

وبناءً على ذلك فإنّنا نرى أن مخاصمة قرار لجنة المناقصة في سورية لا يكون إلا بعد اعتماده من آمر الصرف، وذلك لأن التصديق من قبل آمر الصرف

---

[1] د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص 930 وما بعدها.

هو الذي يضفي على القرار المذكور صفة النهائية المشترطة للطعن فيه بالإلغاء ويجعله قادراً على ترتيب آثاره[1].

وبعد أن بينا أن دعوى الإلغاء لابد أن توجه لقرار إداري، وأن يكون هذا القرار نهائياً، فإنه وفي إطار بحثنا يجب أن يكون هذا القرار إضافة لذلك منفصلاً عن العقد الإداري. وقد سبق لنا وأن بينا ماهية القرار الإداري المنفصل وشروط تطبيق انفصال القرار الإداري عند معالجتنا لمفهوم القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري، وبينا أن هذه الشروط هي:

1) أن يكون القرار محل الانفصال إدارياً.
2) أن تكون هناك عملية قانونية (العقد الإداري).
3) أن تخرج العملية من اختصاص قاضي الإلغاء.

وعليه سنعمد عند دراستنا لهذا المطلب إلى تحديد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري من خلال دراسة ما أجمع عليه الفقه والقضاء من اعتباره في حكم القرارات الإدارية المنفصلة والتي يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء.

وسنعمد لدراستها من خلال فرعين:

الأول: القرارات الإدارية المنفصلة السابقة على إبرام العقد.

الثاني: القرارات الإدارية المنفصلة اللاحقة على إبرام العقد.

---

[1] نصت المادة /24/ من نظام العقود على ما يلي ((يصدق محضر لجنة المناقصة من آمر الصرف ويجوز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً وليس له في أي حال أن يعدل النتيجة التي توصلت إليها لجنة المناقصة)).

الفرع الأول – القرارات الإدارية المنفصلة السابقة على إبرام العقد

وتشمل على القرارات الآتية:

1) القرار المتعلق باختيار إجراء إبرام العقد(مناقصة – طلب عروض–عقد بالتراضي).
2) القرار المتعلق باختيار المتعاقد مع الإدارة (قراري الإرساء والاستبعاد).
3) قرار إبرام العقد.
4) قرار رفض إبرام العقد.

أولاً – القرار المتعلق باختيار إجراء إبرام العقد:

القاعدة العامة أن الإدارة ليست ملزمة بإتباع أسلوب معين في إبرام عقودها المدنية أو الإدارية، وإنما تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الأسلوب الذي تتعاقد به[1].إلا أن القوانين واللوائح قد تلزم الإدارة بالالتجاء إلى أسلوب معين، وهنا تنعدم حرية الإدارة في تعاقداتها عند تحديد الأسلوب الذي تختار به من يتعاقد معها، وذلك لأن التعاقد في المجال الإداري في هذه الحالة تحكمه أساليب محددة لا يجوز الحياد عنها وبالتالي فإن عدم استخدام الإدارة لهذا الأسلوب المحدد في حالة الإلزام التشريعي يعّد قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء[2].

ويهيمن على موضوع اختيار الإدارة في هذا المجال عاملان أساسيان يؤديان إلى نتائج متعارضة:

الأول:مرجعه إلى ضرورة المحافظة على المالية العامة وتوفير أكبر وفر مالي للخزانة العامة بحيث يترتب على هذا العامل لو نظر إليه وحده أن تلتزم الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية.

---

[1]A–L'aubader, contrats T1,op.cit, P.257.

[2]د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص112.

الثاني:فيضع في المركز الأول المصلحة الفنية للإدارة وبالتالي يمكّن الإدارة من اختيار أفضل المتقدمين كفاءة لأداء الخدمة بصرف النظر عن الاعتبارات المالية[1].

وعليه فإن الأصل هنا هو اتباع الإدارة لأسلوب المناقصة العامة أو الممارسة العامة، واستثناءً من هذا الأصل يجوز للإدارة التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر إذا توافرت شروطه[2].

والطعن على قرار الإدارة باختيار أسلوب التعاقد قد يكون موجهاً إلى قرار صريح برفض الالتجاء إلى أسلوب المناقصة أو المزايدة.

إلا أنه إذا كان قرار الرفض الصريح لم يتبعه قرار إبرام العقد، فإنه في هذه الحالة لا نكون أمام قرار تم فصله عن عملية عقدية ،إذ لا توجد عملية أساساً وإنما تكون إزاء طعن في قرار إداري مستقل[3].

كما أن القرار الإداري بالرفض قد يكون ضمنياً وذلك في حالة إذا ما لجأت الإدارة إلى اتباع أسلوب الممارسة مثلاً، رغم أن القانون يلزمها بالتعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة ففي هذه الحالة يجوز الطعن في القرار الضمني بالتعاقد عن طريق الممارسة[4].

غير أن مجلس الدولة الفرنسي ،وفيما يتعلق بالقرار الخاص باختيار إجراء التعاقد لم يسّلم في البداية بقبول الطعن بتجاوز السلطة في حالة إغفال الإدارة الالتجاء إلى أسلوب المناقصة في إبرام عقودها عندما تكون ملزمة بذلك.وتصرفت

---

[1] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية . ص223.

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية – ص41.

[3] A-L'aubader, contrats, T1, p.257.

[4] CE, 25-7-2001 ,commue de Gavelines ,A.J.D.A.,2002 ,p.46.

وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1954/12/22 بالقضية /1907/ سنة 6 قضائية المجموعة السنة 9 – ص1971.

بأسلوب الممارسة، وذلك تأسيساً على تصّور مهجور بأن القوانين واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات قد وضعت لصالح الإدارة، وليس لمصلحة المتعاقدين، وأن مجلس الدولة الفرنسي لم يقبل دعوى تجاوز السلطة الموجهة ضد قرار الإدارة الخاص باللجوء إلى المناقصة أو المزايدة[1].

إلا أن المجلس عدل عن الرأي السابق وعدّ القواعد أياً كان موقعها قد وضعت للصالح العام ،وليس لصالح الإدارة وحدها وبذلك يمكن لكل ذي مصلحة الطعن بالإلغاء على قرارات المناقصات والمزايدات إذا ما خالفت القوانين واللوائح الصادرة في هذا الشأن[2].

وفي هذا الصدد قَبِلَ مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء على قرار الإدارة الصريح برفض إجراء المناقصة[3]، إذا كانت الإدارة ملزمة قانوناً بإتباع طريق المناقصة أو المزايدة كما قبل الطعن بالإلغاء على القرار الصادر باعتماد التعاقد بطريقة الممارسة[4].

أما مجلس الدولة المصري وبعد تبنيه لوجهة نظر نظيره الفرنسي عدّأن شروط المناقصة بمثابة قانون للتعاقد لم توضع لمصلحة أحد الطرفين المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء لم يأخذ[5]، فإن الإدارة عندما تلجأ إلى أسلوب التعاقد لتنفيذ مشروعاتها يتعين عليها أن تلتزم بإجراءات التعاقد وأساليبهالتي حددها المشّرع[6].

---

[1]CE, 29-11-1866, Cris. Rec. P.218.

[2]CE, 9-1-1968, Servant. Rec. P.271.

[3]CE, 28-9-1919, syndicat des maitres-imprimeurs. Rec. P.82.

[4]CE, 19-6-1936, cromaek.Rec ,.p.54.

[5]حكم الإدارية العليا المصرية بجلسة 1962/11/24 بالقضية /1558/ سنة 6 قضائية مجموعة أبو شادي ص1361.

[6]د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص 56.

فمن الأصول المسّلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود إدارية كانت أم مدنية – ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح، كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية الفنية والمالية وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام، بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من إبرام العقد[1].

ومن ثم فإن لجوء الإدارة إلى التعاقد بأسلوب الممارسة المحدودة دون توافر مبررات ذلك ودون صدور قرار من السلطة المختصة يخولها هذا الحق يجعل من هذا العقد مبرماً بالمخالفة للقانون. الأمر الذي يشكل خطأ من الإدارة يولد بالتبعية مسؤوليتها التقصيرية التي تنشأ للطرف الآخر حقاً في التعويض إن كان له مقتضى[2].

أما في سوريةفقد كان نظام العقود السابق الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /228/ لعام 1969 قد حدد في المادة /7/ منه أن "المناقصة هي الطريقة الأساسية لتقديم المواد وإنجاز الخدمات وتنفيذ الأشغال متى جاوزت القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر، وتتبع هذه الطريقة في كل الأحوال التي لم يرد في هذا النظام نص على الاستثناء منها".

بالاستناد للنص المتقدم عدّ مجلس الدولة السوري أن المناقصة هي الطريقة الأساسية لتقديم المواد وإنجاز الخدمات وتنفيذ الأشغال[3]،وأن التعاقد

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعنين /320 و 456/ لسنة 17 ق جلسة 1975/4/5 مجموعة مبادئها في خمسة عشر عاماً – ج2 – ص1833.

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية – ص42. و د. حمدي الحلفاوي – مرجع سابق – ص132.

[3] بموجب رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /102/ لعام 1974 فإن المزايدة هي الطريقة الأساسية للبيع وتلزيم الأموال العامة، رأي غير منشور.

بالتراضي طريقاً استثنائياً لا يلجأ إليه إلا في أحوال محددة حصرياً عددتها الفقرة /أ/ من المادة /42/ من النظام.

وذهب مجلس الدولة السوري إلى أن لجوء الإدارة لطريقة من الطرق المحددة قانوناً للتعاقد يعد بمنزلة قرار إداري منفصل يقبل الطعن فيه بالإلغاء[1].

كما قبل مجلس الدولة الطعن في القرار الصادر عن الإدارة بالتعاقد بالتراضي بعد أن كانت قد انتهجت أسلوب المزايدة ثم عدلت عنه بعد الإرساء وبعد حصولها على سعر أفضل[2].

في الوقت الذي أقر فيه مجلس الدولة قرار الإدارة برجوعها عن التعاقد بموجب عقد بالتراضي ولجوئها إلى طلب العروض مستنداً في ذلك للفقرة /ب/ من المادة /81/ من المرسوم التشريعي /228/ لعام 1969، والتي تشترط لصحة إبرام عقود البيع بالتراضي اللجوء إلى طلب عروض من الجهات الراغبة في الشراء ويتم ذلك إما بالإعلان خلال المدة التي يحددها آمر الصرف المختص أو بالاتصال مباشرة مع الجهات المذكورة تبعاً للسرعة والضرورة ومن ثم تقوم بعدها لجنة التعاقد بالتراضي بتدقيق هذه العروض واختيار أفضلها، ويؤكد مجلس الدولة على أن عدم تقيد الإدارة بالأحكام الآمرة الناظمة لكيفية التعاقد يجعل من العقد مشوباً بمخالفة أحكام القانون ويجعل لأي من الطرفين التحلل منه لهذا العيب[3].

إلا أن نظام العقود الحالي الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 لم يتضمن نصاً مشابهاً لنص المادة /7/ الواردة في النظام السابق، وإنما اكتفى

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /223/ بالقضية /246/ لعام 1971 مجموعة 1971 ص267.

[2] حكم الإدارية العليا السورية رقم /346/ بالطعن /155/ تاريخ 1976/10/18 غير منشور.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /111/ بالطعن /116/ تاريخ 1985/10/14 غير منشور.

بتحديد طرق تأمين احتياجات الجهة العامة في المادة /2/ منه عندما نص على أن تعقد النفقات الناجمة عند تأمين احتياجات الجهة العامة بإحدى الطرق الآتية:

– الشراء المباشر – المناقصة – طلب العروض –المسابقة – العقد بالتراضي–تنفيذ الأشغال بالأمانة.

وأوكل لآمر الصرف تحديد طريقة تأمين الاحتياجات المطلوبة.أي أن تحديد طريقة التعاقد إنما يكون بقرار من آمر الصرف الذي هو عاقد النفقة لدى الجهة العامة[1].ولم يحدد نظام العقود الطريقة الأساسية التي يجب على الإدارة اتباعها لتأمين احتياجاتها.

إلا أنه ومن خلال استقراء نصوص نظام العقود نجد بأنه وباستثناء المناقصة وطلب العروض لجأ النظام المذكور إلى تحديد حالات اللجوء لكل طريقة من طرق التعاقد سواء الشراء المباشر أو العقد بالتراضي أو المسابقة أو التنفيذ بالأمانة. وبناءً على تحديد حالات اللجوء إلى طرق التعاقد المذكورة تصبح المناقصة وطلب العروض هما الطريقان الأساسيان اللذين يتوجب على الإدارة اتباعهما، ولايجوز للإدارة اتباع غيرهما من الطرق إلا إذا توافرت حالات اللجوء إليها.

وبالتالي فإن لجوء الإدارة إلى التعاقد بالتراضي مع عدم توافر حالة من حالات اللجوء إليه يعّد قراراً إدارياً منفصلاً معيباً يمكن الطعن فيه بالإلغاء من صاحب المصلحة.

وتطبيقاً لذلك فقد انتهى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري إلى أنه لا يجوز للإدارة الرجوع عن التعاقد الذي تم التوصل إليه بطلب العروض والتعاقد بالاتفاق المباشر، بحسبان أن لجوء الإدارة لطلب العروض وهو الطريق الاعتيادي الذي رسمه المشّرع للإدارة لتأمين احتياجاتها عندما تكون هذه

---

[1] المادة /2/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004.

الاحتياجات غير محددة المواصفات وموحدة الشروط بهدف اختيار أفضل العروض مالياً ووقتياً لمصلحة الإدارة[1].

ثانياً – القرار المتعلق باختيار المتعاقد مع الإدارة:

تعّد لجنة البت (في مصر وفرنسا) أو لجنة المناقصة (في سورية) هي الجهة المكلفة بإتمام الإجراءات بقصد الوصول إلى أفضل المناقصين أو المزايدين حسب القانون[2].ولهذا يمثل تشكيل لجنة البت في المناقصة العامة ضمانة جوهرية لنزاهة إجراءات المناقصة، ولهذا يعمد القانون إلى النص على تشكيل لجان البت وتحديد اختصاصاتها، وتحديد كيفية ممارسة هذه الاختصاصات.

وتشكيل لجان البت من النظام العام ،فلا يجوز استبعاد أحكام القانون بصددها، وذلك لما تمثله من ضمانة أساسية لنزاهة إجراءات المناقصة بحيث إن تجاوزه يؤدي إلى بطلان إجراءات المناقصة[3]. ويشمل عمل لجان البت فتح المظاريف وتقرير قبول العطاءات (العروض) التي تتوافر فيها الشروط المعلنة في المناقصة، كما أن لها أن تستبعد العطاءات التي لا تتوافر فيها هذه الشروط. وعلى هذا فإن أهم القرارات الصادرة عن لجنة البت هي قراري الإرساء والاستبعاد.

1) قرار الإرساء:

الإرساء:هو التزام جهة الإدارة بإحالةموضوع المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً[4].

---

[1]رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم /221/ لعام 2007 غير منشور.

[2]د. جمال عباس عثمان – مرجع سابق – ص345.

[3]د. جابر جاد نصار – المناقصات العامة – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة الطبعة الثانية، ص148.

[4] د. عاطف سعدي محمد علي – عقد التوريد بين النظرية والتطبيق – دار الحريري للطباعة – 2005 ص 321.

وتعمل لجنة البت من خلال الإرساء على التوفيق بين عاملينمهمين يتعين عليها مراعاتهما عند اختيار من سيتم التعاقد معه وهما الاعتبار المالي والاعتبار الفني[1].

ففي فرنسا يجب أن يتم اختيار المرشح وفقاً لمعايير محددة تستند على مدى كفاءته من الناحيتين المالية والفنية[2]، ويفرض هذا التزام بدون نص فهو مستمد من المبادئ العامة [3]، وبناء عليه تصدر لجنة البت قرار الإرساء بتلقائية وليس لها أية سلطة تقديرية حيال تحديد العارض الذي يجب التعاقد معه، وإنما تلتزم بالإرساء على صاحب العطاء الأفضل والأقل سعراً[4]. ولا يمكنها الامتناع عن إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل، حتى ولو كان لديها مبرر

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1959/5/9 بالطعن /288/ المجموعة ص4.

[2] المادة/52/من تقنين عقود الشراء العام الصادر بتاريخ 2006/8/1.

[3]CE,24-2-2010,Communaute de commune de lenclave des Papes ,req.333569,

CE, 10-6-2009,Region Lorraine ,BJDCP 2009,N 66,P.375.

CE,10-5-2006,Soc. Bronzo,req.281976.

[4]حرص المشرع الفرنسي في المادة /88/ من تقنين عقود الشراء العام الصادر بتاريخ 2006/8/1 على حظر اقتران العطاءات بأية تحفظات على اعتبار أن اقتران العطاءات بتحفظات من شأنه المساس بمبدأ تلقائية الإرساء الذي يعتمد على عامل السعر وحده، والذي يمثل المنطق الجوهري للمناقصة، كما أن السماح باقتران العطاءات بتحفظات معينة يعني وجود عامل أو عوامل أخرى إلى جانب السعر تلعب دوراً كمعيار لإرساء المناقصة من جهة وترك المعايير لتقدير أصحاب العطاءات من جهة أخرى وهذا يخالف منطق المناقصة الذي يقوم على تماثل العطاءات في كل المعطيات عدا السعر.

Quancard, M. L'adjudication des marchés publics de travaux et de fourniture, Sirey , 1945, p.152.

وقضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان كل شرط يشير إلى إمكانية الاختيار من جانب الإدارة دون الارتكان إلى عامل السعر ولو كانت هذه الإشارة غير مباشرة.

CE, 15-5-1965. Fournie. R.D.P. 1966, p.192.

مشروع، وبهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي أن لجنة البت مجبرة على الإرساء لصاحب العطاء الأقل سعراً ،وإن كان محتوياً على الخطأ في تقدير السعر من جانب العارض، ولا يكون للجنة البت في هذه الحالة سوى تنبيه سلطة الاعتماد إلى عدم استحسان نتائج المناقصة[1].

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء على قرار الإرساء أياً كان الإجراء مناقصة أو طلب عروض[2]، كما قبل أيضاً الطعن بالإلغاء على القرار الصادر برفض الإرساء وعدّ الإجراء فاشلاً[3].

وفي مصر نص قانون تنظيم المناقصات والمزايداتعلى أنه يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية[4].

كما نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات العامةعلى أن تتولى لجنة البت إجراء المفاضلة والمقارنة بين العروض بعد توحيد أسس المقارنة من جميع النواحي الفنية والمالية مع الأخذ في الحسبان شروط توفير الضمان والصيانة وقطع الغيار ومستلزمات التشغيل وشروط السداد والتسليم وغيرها من العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب الظروف وطبيعة موضوع التعاقد.وإذا تضمنت شروط الطرح تقييم العروض بنظام النقاط، فيتم

---

[1]CE, 12-5-1912. Crand-Jouan, Rec. p.589.

وهنا لا بد من الإشارة أن العرض الأفضل في المناقصات هو العرض الذي يقدم أكبر تنازل في الأسعار والعرض الأفضل في المزايدات هو العرض الذي يقدم السعر الأكثر

د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري المجلد الرابع – ص301-302.

[2]CE, 10-10-1984, Cie générale de constructions téléphoniques. Rec. p.159.

[3]CE,2-5-1973, Sté industrielle de bâtiment et des travaux. Rec. p.331.

[4] المادة /16/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.

ترتيب أولوية العطاءات بقسمة القيمة المالية المقارنة لكل عطاء على مجموع النقاط الفنية الحاصل عليها[1].

إذاً فلجنة البت سواء في المناقصة أو المزايدة إنما تختص باتخاذ ما يلزم من الإجراءات لتعيين أفضل المتناقصين أو المتزايدين وفقاً للقانون، وذلك حتى يتسنى للسلطة الإدارية المنوط بها إبرام العقد مباشرة اختصاصها في هذا الشأن. وقدعدّ مجلس الدولة المصري أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة إنما هو في طبيعته قرار إداري نهائي يجتمع له مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادراً عن جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة، وليس أبلغ في الدلالة على صدق هذا النظر من أن جهة التعاقد إنما تلتزم حال انصراف إرادتها إلى إبرام العقد بالتعاقد مع المناقص أو المزايد الذي عينته لجنة البت وليس لها أن تستبدل به غيره[2]. كما قبل المجلس أيضاً الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر بإرساء عملية توريد على شركة الإعلانات[3]. وقبل الطعن بالإلغاء على القرار الصادر من المجلس الأعلى للسكك الحديدية المتحدة بإرساء مناقصة الشيالة بمحطة السكك الحديدية والنقل المائي لأنه مشوب بإساءة استعمال السلطة ومخالفة القانون[4].

---

[1] المادة /28/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1995/6/13 وحكمها أيضاً في 1994/1/14 حيث قررت فيه أن قرار لجنة البت بإرساء الممارسة يعتبر قراراً إدارياً منفصلاً وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعنين /456 و 320/ سنة 17 ق جلسة 1975/4/5 مذكور عند د. ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول – ص145.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقضية /161/ سنة 9 قضائية جلسة 1967/3/18 مجموعة مبادئ العليا في خمسة عشر عاماً – ج2 – ص769.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقضية رقم /288/ سنة 4 قضائية وحكمها بالقضية /812/ تاريخ 1969/2/1 مجموعة مبادئها السنة 14، ص313.

أما في سوريةفإنه وبحسب المادة /20/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 فإن لجنة المناقصة هي من تقوم بفض العروض وترتيبها حسب السعر، بحيث تلتزم بالإرساء على العارض الذي تقدم بالسعر الأدنى.

كما أن المادة /24/ من نظام العقود قد نصت على أن يصدق محضر لجنة المناقصة من آمر الصرف ويجوز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً، وليس له في أي حال من الأحوال أن يعدل النتائج التي توصلت إليها لجنة المناقصة واستناداً لذلك فإن سلطة الإدارة في التعاقد مع من رست عليه المناقصة هي سلطة تقديرية في أن تتعاقد أو لا تتعاقد، إلا أنها سلطة مقيدة في عدم التعاقد مع غير من رست عليه. وبعد اعتماد نتيجة المناقصة من قبل آمر الصرف بتصديقه على محضر المناقصة نغدو أمام قرار إداري نهائي يمكن لذي المصلحة الطعن عليه بالإلغاء[1].

وتطبيقاً لذلك فقد انتهى مجلس الدولة السوري إلى أن لجنة المناقصة لا تستطيع قبول منافس أو عرض لا تتوافر فيه الشروط فإذا فعلت فإن عملها هذا يعني أنها عدلت عن الأحكام الواردة في الدفاتر وهو أمر لا تملكه اللجنة[2].

في الوقت ذاتهعدّ مجلس الدولة أن إحالة المزايدة لأحد العارضين من القرارات الإدارية التي تتمتع بكل المقومات الإدارية وآثارها وتقر بذلك المنجزات الفقهية والقضائية[3]، بل إنه حتى في مجال السلطة التقديرية التي تمارسها الإدارة في مجال اختيار المتعاقد في حالة العقد بالتراضي فإن رقابة القضاء تمارس على اختصاصات الإدارة في هذا الصدد سواء من حيث الشكل أو من حيث تجاوز السلطة، ورقابة تجاوز حد السلطة في عقود التراضي ليست مؤكدة من قبل القضاء

---

[1] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع – العقود الإدارية ص 195.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /155/ لعام 1976 غير منشور.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /242/ لعام 1976 غير منشور.

الإداري كمبدأ فقط ولكن القضاء الإداري يستخدمها أيضاً في حالات كثيرة للحد من حرية الانتقاء عند الإدارة[1].

وعليه فإن لجنة التعاقد بالتراضي يتوجب عليها أن تختار أفضل العروض بعد تدقيقها وذلك بعد التثبت من ملاءمة الأسعار المقدمة، وإن عدم تقيد الإدارة بهذه الأحكام الآمرة يجعل تصرفها مشوباً بمخالفة أحكام القانون[2].

2) قرار الاستبعاد:

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة ويتضمن استبعاد أحد العروض (العطاءات)التي قدمت في المناقصة العامة لأسباب تحددها الإدارة في القرار الصادر[3].

ويتميز قرار الاستبعاد بالخصائص الآتية:

1-قرار الاستبعاد هو قرار ذو طبيعة موضوعية فهو لا ينصب على شخص معين وإنما يوجه إلى العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط التي يحددها القانون أو التي ترد بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات[4].

2-قرار الاستبعاد يُعبر عن مظاهر السلطة العامة، التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تكوين العقد، فهو يخول الإدارة سلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الخاص، ولا يتيسر لها مباشرتها إلا لها وحدها[5].وإذا كانت الإدارة حرة في اختيار المرشّح والتعاقد معه، إلا أنه يجب عليها في

---

[1] د. عبد الإله الخاني – مرجع سابق – ص208.

[2] حكم الإدارية العليا السورية رقم /111/ بالطعن /116/ تاريخ 1985/10/14 غير منشور.

[3] د. جابر جاد نصار – المناقصات العامة – دار النهضة العربية – القاهرة ص 111.

[4] د. أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ص152.

[5] د. حمدي الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص144.

الوقت ذاته القيام بدراسة كافة عطاءات المتقدمين للتعاقد معها[1]، فلا يحق لها أن تستبعد عرضاً من غير دراسة دقيقة، وتعتبر غير عادلة إذا كان اختيارها للمتعاقد معها معيباً بخطأ واقعي أو قانوني أو بانحراف في السلطة أو بخطأ في التقييم[2]. ويعدّ تصرفها في هذه الحالة خرقاً لأهم المبادئ التي تقوم عليها المناقصة وهي المساواة وحرية المنافسة[3].وبالاستناد لذلك يمكن أن تقوم مسؤولية الإدارة لفائدة المرشحين الذين وقع استبعاد مطالبهم بشكل غير شرعي مع تمتعهم بفرص حقيقية للفوز بالمناقصة إذا ما توافرت ظروف عادية[4].

3-قرار الاستبعاد إنما يوّجه إلى عطاء بعينه مقدم في مناقصة أو ممارسة بعينها بحيث إذا توافرت إحدى حالاته التي تبرر الاستبعاد يتعّين على الإدارة إصدار قرار بذلك، ويكون قبول العطاء رغم توافر هذه الحالة غير مشروع، ويجوز للمضرور المطالبة بإلغاء قرار القبول، والتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحق به، إذ في قبول الإدارة لعطاء وتوافر فيه أحد الأسباب الموجبة لاستبعاده مساس لمبدأ المساواة وحرية والمنافسة[5].

4-قرار الاستبعاد كما قد يكون صريحاً بصدوره عن الإدارة كذلك يكون ضمنياً بأن تتصرف اللجنة تصرفاً ظاهر الدلالة على اتجاه نيتها إلى الاستبعاد، فقرار لجنة المناقصات أو المزايدات قبول عرض الشركة يتضمن قراراً ضمنياً باستبعاد العطاءات الأخرى[6].

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /1071/ سنة 9 ق جلسة 1966/1/29 مجموعة مبادئ العليا في خمسة عشر عاماً – ج2 – ص1909.

[2]CE,13-10-1993. Commune des Mees, Req, N142080.

[3]د. حمدي الحلفاوي – مرجع سابق – ص143.

[4]CE, 23-3-1994. Précité dans, Maire christine, op.cit, p.327.

[5]د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص75.

[6]Laubadere. Traite des contrats administratifs, op.cit, p.600.

حالات الاستبعاد: يرجع استبعاد العطاء أو العرض المقدم في المناقصة إلى إحدى الحالات الآتية:

- **عدم استيفاء العرض للشروط المطلوبة في دفتر الشروط (كراسة الشروط):**

تعمل الإدارة دائماً على تضمين دفتر الشروط العديد من الشروط التي يجب توافرها في العارض، الذي يتعين عليه بادئ ذي بدء شراء دفاتر الشروط، وعليه فلا يجوز قبول العرض ممن لم يقم بشراء دفاتر الشروط[1].

والشروط الموضوعة من قبل الإدارة تختلف حسب موضوع المناقصة، والأصل أنه يجب أن تكون هذه الشروط مشروعة، بحيث لا يترتب عليها استبعاد طوائف كبيرة من الأشخاص، كما يتعّين أن يكون الهدف منها مجرد إخضاع المتقدمين لبعض الواجبات، ولحسن تنفيذ العقد وتحقيق مصلحة المرفق ومن ثم تفقد هذه الشروط مشروعيتها إن هي انحرفت عن الغاية منها، وترتب عليها استبعاد عدد كبير من الأشخاص دون مبرر مقبول[2].

- **توافر إحدى حالات الاستبعاد التي ينص عليها القانون**

يأتي القانون الناظم للمناقصات عادة بحالات معينة يجب على الإدارة في حال توافر إحداها أن تقوم باستبعاد العرض، وإلا كان قبولها للعرض رغم توافر هذه الحالة غير مشروع، ويجوز للمضرور المطالبة بإلغائه ،والتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحق به، إذ في قبول الإدارة لعرض توافرت فيه إحدى الأسباب الموجبة لاستبعاده مساس بمبدأ المساواة وحرية المنافسة[3].

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /295/ لعام 2007 غير منشور. إلا أنه إذا كان العطاء مقدم من فرد أو شركة بالخارج فيجوز أن يقدم عطاءه على النموذج الخاص به، بشرط قيامه بتسديد ثمن كراسة الشروط والمواصفات.

[2] د. جابر جاد نصار – مرجع سابق – ص118.

[3] د. حمدي الحلفاوي – مرجع سابق ص161.

ففي مصر يتم استبعاد العطاء في الحالات الآتية:

1- إذا ورد العطاء متأخراً[1].

2- إذا لـم يـودع مقـدم العطـاء التـأمين المؤقـت كـاملاً[2] أو خـالف أحكـام التأمينات[3].

3- إذا كان العطاء مقدم من شركة باطلة غير مشهرة وفقاً لأحكام القانون[4].

4- إذا قدم العطاء من شخصين لا تجمعهما رابطة قانونية[5].

5- إذا كان العطاء غير موقع من صاحبه[6].

أما في سورية فقد حددت المادة /18/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 حالات استبعاد العروض بالآتي:

1- في حال تنظيم العرض،أو تقديمه بصورة مخالفة لأحكام هذا النظام[7].

2- في حال تقديم العرض بعد الوقت المحدد لتقديم العروض.

3- في حال وجود نقص في الوثائق ،أو المواصفات الفنية المطلوبة من العارض تقديمها وفقاً لأحكام هذا النظام ودفاتر الشروط، إلا أنه يحق للجنة المناقصة إعطاء مهلة للعارضين لاستكمال النواقص الحاصلة في

---

[1] المادة /63/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر،

[2] المادة /17/ من القانون الحالي لتنظيم المناقصات والمزايدات في مصر.

[3] المادة /70/ من اللائحة المذكورة.

[4] د. حمدي الحلفاوي – مرجع سابق ص163.

[5] المادة /62/ من اللائحة التنفيذية لقانون لتنظيم المناقصات والمزايدات الحالي في مصر.

[6] د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص76.

[7] لا يعدّ العرض مقدماً بصورة مخالفة لأحكام نظام العقود إذ تضمن بعض الأخطاء المادية، أو الحسابية التي ترد عند تنظيم محتويات العرض، كالخطأ في الحساب بين الأسعار الإفرادية والأسعار الإجمالية. رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /34/ لعام 2008 غير منشور والرأي /205/ لعام 2007 غير منشور.

عروضهم باستثناء التأمينات المؤقتة والأسعار وجداول تحليل الأسعار إذا كان من المشترط تقديمها.

4- في حال وجود تحفظ من قبل العارض في عرضه.

والتحفظ هو كل شرط يضعه العارض في عرضه، ويكون مختلفاً عن الشروط التي تضعها جهة الإدارة ،أو يكون غير وارد فيها بحيث يعدّ تعديلاً من العارض لشروط المناقصة[1]. إلا أنه يجوز للجنة المناقصة قبول العروض التي تتضمن تحفظات إذا وافق العارض في بداية جلسة المناقصة، وقبل إعلان الأسعار على إلغاء تحفظاته ،والتقيد بأحكام دفاتر الشروط الخاصة، وثبت ذلك خطياً.

- **الاستبعاد لعدم توافر شرط حسن السمعة:**

يعدّحسن السمعة شرطاً لازماً فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة[2]، والتي لها الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، كما لها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة[3].

وإن القول بغير ذلك يؤدي إلى احتمال تعاقد الإدارة مع صاحب هذا العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه، الأمر الذي ينجم عنه الإضرار بالمصلحة العامة[4].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالدعوى /1753/ جلسة 1957/4/28 مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري بخمسة عشر عاماً – ص1885.

[2] د. حمدي الحلفاوي – مرجع سابق – ص167.

[3] الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري بجلسة 1987/12/9 بالملف 120/1/47، قضية رقم 219 مجموعة مبادئ السنتان الحادية والأربعون والثانية والأربعون – ص612.

[4] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – الأساس العامة للعقود الإدارية –مرجع سابق– ص161.

وقد عرّف القضاء الإداري المصري حسن السمعة المطلوب بمن يتعاقد مع الإدارة بأن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة لم يسمع عنه ما يشينه أو يحط من قدره بين الناس، حائزاً لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التي يرغب بمزاولتها[1].

وأساس اشتراط مبدأ حسن السمعة، هو أنه إذا كان إعمال مبدأ المساواة هدفه تحقيق المصلحة العامة بالوصول إلى أفضل متعاقد من بين جميع مقدمي العطاءات على قدم المساواة، فإن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه من شأنه الإضرار البليغ بالمصلحة العامة، حيث يدفع ذلك بالإدارة إلى التعاقد مع مقدم عطاء، رغم سوء سمعته المهنية مما ينعكس ذلك على أدائه لالتزاماته التعاقدية[2].

هذا ويمكن اعتماد اسس عدة لتحديد مدى توافر حسن السمعة من عدمه، ومنها ألا يكون قد حكم على من يود التعاقد مع الإدارة بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة. أو ألّا يكون قد صدر عنه تصرف سيء أثناء تنفيذه لأعمال سابقة مع هذه الإدارة أوغيرها[3].

وتطبيقاً لما سبق فقد اشترطت قوانين وأنظمة العقود في كل من فرنسا[4] ومصر[5] وسورية توافر حسن السمعة فيمن يود التعاقد مع الإدارة.

ففي سورية اشترط نظام العقود فيمن يود التعاقد مع الإدارة ألا يكون محكوماً بجناية أو جرم شائن ما لم يرد إليه اعتباره[6].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري بالقضية رقم /5/ جلسة 1947/3/18 مجموعة عمر – ص205 – مذكور عند الدكتور جابر جاد نصار – مرجع سابق – ص115.

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المرجع السابق – ص159.

[3] د. جابر جاد نصار – المناقصات العامة – مرجع سابق – ص113.

[4] المادة /53/ من تقنين الشراء العام رقم /975/ الصادر بتاريخ 2006/8/1م.

[5] المادة /3/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998م.

[6] المادة /11/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004م.

وتطبيقاً لذلك عدّ مجلس الدولة السوري أن ارتكاب أحد المتقدمين لجرم الرشوة يمنع من قبوله في مناقصات الدولة ما لم يرد اعتباره[1].

- **الاستبعاد لوجود قرار حرمان بحق صاحب العرض:**

للإدارة سلطة حرمان البعض من التقدم في المناقصات العامة سواء أكان هذا الحرمان على شكل جزاء، أو كان حرماناً وقائياً، ويترتب عليه عدّ الشخص المحروم ممنوعاً من التقدم إلى المناقصات العامة، فإذا تقدم هذا الشخص بعطائه إلى المناقصة التي أعلنت عنها الإدارة فإن الإدارة ملزمة باستبعاد هذا العطاء حتى ولو توافرت فيه الشروط كافة التي حددتها الإدارة في دفتر الشروط[2].

وقرارالاستبعاد في هذه الحالة يكون مجرد تنفيذ لقرار سابق بالحرمان،وسلطة الإدارة في هذه الحالة سلطة مقيدة ،أي أنها ملزمة باتخاذ قرار الاستبعاد تطبيقاً للقانون[3].

وفي مصر ألزمت اللائحة التنفيذية لقانون لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات إدارة المشتريات بكل جهة من الجهات التي تسري عليها هذه اللائحة بأن تمسك سجلاً خاصاًلقيد الممنوعين من التعاملیثبت به الجهات المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه وأسباب حظر التعامل[4].

وعلى ذلك يجب على الإدارة استبعاد العطاءات التي يتقدم بها أشخاص تنطبق عليهم إحدى حالات الحرمان.

وفي سورية نصت المادة (11/أ) من نظام العقود على أنه يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة ألا يكون محروماً من الدخول في المناقصات أو

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري رقم /302/ لعام 1974 غير منشور.

[2] د. جابر جاد نصار – مرجع سابق – ص116.

[3] د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص 77.

[4] المادة /6/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة برقم /1367/ لعام 1998م.

التعاقد مع الجهات العامة. وعملاً بالمادة /58/ من نظام العقود فإنه يحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة ويكون هذا الحرمان لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.

والسؤال الذي يطرح هنا، ماذا لو قامت الإدارة بقبول عطاء شخص وإبرام عقد معه رغم صدور قرار حرمان بحقه، فما هو الحل؟

في فرنسا: استقر الرأي على صحة العقد بحسبان أن قرار إبرام العقد يعدّ في حكم الإلغاء الضمني لقرار الحرمان، وأن الالتزام بعدم إبرام العقود مع المحرومين مقرر لصالح الإدارة فقط وبالتالي لا يسوغ الطعن على مثل هذا العقد[1].

أما في مصر: فقد انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب البعض إلى التفرقة بين الحرمان الوقائي والحرمان الجزائي[2]، فالحرمان الوقائي تطبق عليه القواعد العامة المعمول بها في فرنسا من حيث صحة العقد، أما الحرمان الجزائي فيجب التفرقة بين الحرمان غير المنصوص عليه والحرمان المنصوص عليه[3]، فيطبق المبدأ العام من حيث صحة العقد في حالة الحرمان غير المنصوص عليه، على أساس أن الحرمان مقرر

---

[1] Quancard. M. Adjudication, des marchés public, paris , Sirey 1945, p.103.

[2] الحرمان الجزائي يكون كجزاء على الشخص بسبب إخلاله بالتزام سابق مع الإدارة. أما الحرمان الوقائي فيكون كإجراء وقائي يهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة كحرمان الموظف العام من الدخول في المناقصات.

[3] الحرمان المنصوص عليه، ويكون بنص القانون في صورة عقوبة أصلية ،أو تبعية ،عن أفعال ارتكبها الشخص المحروم، كحالة الحكم عليه بعقوبة جنائية. أما الحرمان غير المنصوص عليه يوقع من قبل الإدارة على الشخص نتيجة إخلاله بالتزام عقدي سابق مع الإدارة.

لصالح الإدارة فقط، وأن إرساء المناقصة وإبرام العقد مع أحد المحرومين، يعدّ إلغاء ضمني لقرار الحرمان، أما في حالة الحرمان المنصوص عليه فهو نهائي لا يجوز للإدارة العدول عنه أو إلغاؤه[1].

الاتجاه الثاني: يذهب رأي آخر إلى أن الإدارة لا تستطيع أن تتغاضى عن تطبيق قرارات الحرمان سواء تلك التي أصدرتها بمقتضى سلطتها التقديرية، أو بمقتضى تطبيق نص القانون، فهذه القرارات تستهدف في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة هذا فضلاً على أن القانون قد ألزم الإدارة أن تمسك سجلاً بأسماء المقاولين.وترتيباً على ذلك فإن الإدارة ملزمة بتطبيق قرارات الحرمان، وحتى ولو كانت هي مصدرة القرار، فهي تلتزم به إلى أن تعدل عنه أو يلغى، وفي ذلك حماية لمصلحة المرفق وتحقيقاً للمصلحة العامة[2]. وهذا الرأي يتفق مع المبادئ التي تحكم المناقصة العامة، والتي تتمثل في المساواة وحرية المنافسة.فطالما كان قرار الحرمان سارياً فإنه يتعين على الإدارة الالتزام به وإعمال آثاره وأخصها استبعاد العطاء المقدم ممن صدر قرار الحرمان بحقه الذي يستطيع إلغاء هذا القرار إما قضائياً أو بالعدول عنه من قبل الإدارة [3].

وفي سورية:إن وجود قرار حرمان بحق شخص ما من التعاقد مع جهة عامة أو مع الجهات العامة يضع واجباً على الإدارة باستبعاد عرضه. وإن إقدامها على الإرساء عليه، رغم وجود القرار المذكور هو إخلال منها بنظام العقود، لأنه إذا كان القرار بالحرمان صادراً عن الوزير الذي تتبع له الجهة العامة التي تريد التعاقد، فإنه يتوجب على هذه الجهة الالتزام به قبل غيرها كونها هي من قررت

---

[1] د. أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية – مرجع سابق ص163.

[2] د. جابر جاد نصار – مرجع سابق ص117 ود. حمدي الحلفاوي – مرجع سابق – ص165.

[3] د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص78.

الحرمان، وثبت لديها سوء نية من تريد التعاقد معه أو ثبت إخلاله بالتزاماته السابقة.

أما إذا كان قرار الحرمان صادراً من رئيس مجلس الوزراء بالتعاقد مع الجهات العامة، فإنه يجب على الجهات العامةكافة، الالتزام بهذا القرار باعتباره صادراً عن جهة وصائية، وهي رئيس مجلس الوزراء، بما يترتب عليه فيما لو تم التعاقد من إثارة المسؤولية التأديبية بحق من أقدم على الاستمرار بالتعاقد، إضافة للمسؤولية المترتبة على قرار الإرساء غير المشروع.

وقرارات الحرمان الصادرة بالاستناد للمادة /58/ من نظام العقود هي قرارات تصدر بناءً على مقتضيات المصلحة العامة وهي ليست مقررة لصالح الإدارة فقط.

فمن يثبت سوء نيته بتعامله مع الإدارة أو يثبت إخلاله بالتزاماته تجاه الإدارة، هو شخص غير جدير بالتعامل معها، لما للتعامل معه من أثر سلبي على سير المرفق العام بانتظام واطراد. وعليه فإن التزام الإدارة بقرارات الحرمان الصادرة وفقاً للمادة /58/ هو التزام يقتضيه سير المرفق العام بانتظام واطراد، غايته تحقيق المصلحة العامة، وجزاء الإخلال به هو بطلان العقد المبرم، خاصة إذا كانت شخصية من صدر بحقه قرار الحرمان محل اعتبار، يغدو معها العقد معيب بأهم أركانه وهو ركن المحل كالعقود التي محلها تقديم دراسة[1].

- **الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية:**

تعد كفاءة العارض هي المعول الأساسي لحصول الإدارة على أفضل تنفيذ للمشروع من الناحيتين المالية والفنية مما يؤثر ذلك على سير المرفق العام ذاته كلما كانت كفاءة المنفذ عالية.وبالاستناد لهذا الأساس تقوم الإدارة باستبعاد عطاء

---

[1]رأي اللجنة المختصة للقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /262/ بالقضية رقم /368/ لعام 2009. غير منشور.

الشخص المتقدم للمناقصة إذا رأت أن هذا الشخص غير كفء سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية.

والكفاءة هنا مسألة تقدرها الإدارة بمحض سلطتها التقديرية، وذلك بالنظر إلى عوامل عديدة مثل ملاءة الشخص المتقدم بعطائه، وقدرته الفنية، وأيضاً بالنظر إلى طبيعة المشروع موضوع التعاقد، وما يتطلبه من قدرة تمويلية وخبرة فنية[1].والإدارة وهي بصدد هذا التقدير لكفاءة العارض، سواء من الناحيتين المالية والفنية عليها ألّا تسيء استعمال هذه السلطة التقديرية.

وقد يتطلب الأمر ضرورة أن يقدم العارض شهادات تبين كفاءته المالية أو الفنية، كأن تطالبه الإدارة بضرورة التقدم بسابقة عن أعماله التي أجراها سواء مع الجهة التي تجري المناقصة أو المزايدة أو مع الجهات الإدارية الأخرى.

ففي فرنساأجاز المشّرع للإدارة أن تشترط على العارضين تقديم شهادة تثبت كفاءتهم من الناحية الفنية والمالية[2]، وتأخذ الإدارة في حسبانهابصدد تقدير الموقف المالي والفني للعارضعواملعدة، من بينها الأعمال التي سبق للعارض القيام بها، وعدد العمال الذين يستخدمهم، ومدى تخصصه في الموضوع المطروح للتعاقد، وترتيب الشركة العارضة دولياً في نطاق المناقصات الدولية، وسمعتها في نطاق الشركات المتخصصة في موضوع المناقصة.فإذا لم تطمئن الإدارة إلى توافر الكفاية الفنية والمالية للعارض قررت استبعاد عرضه، ولكن يتعين أن يكون تقديرها لكفاءته مستنداً لأسباب موضوعية[3].

---

[1]CE, 9-1-1893, Chaevlon. Rec, P.239.

[2]المادة /45/ من تقنين الشراء العام رقم /975/ لعام 2006م: يجوز للسلطة المتعاقدة تطلب من مقدمي العطاءات تقديم المعلومات أو الوثائق لتقييم تجربتها المهنية والتقنية والمالية فضلا عن وثائق التي تتعلق بالصلاحيات الممنوحة للأشخاص المصرح لهم بالعمل في المجال المتعاقد عليه.

[3]L.Richer,op.cit., p.399.

وفي مصرأكدت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أنه يجبعلى مقدمي العطاءات ضرورة تضمين المظروف الفني جميع البيانات الفنية وغيرها من البيانات ،والمعلومات ،والمستندات ،التي تطلبها الجهة الإدارية[1].

وتطبيقاً لذلك فقد انتهى مجلس الدولة المصري إلى التأكيد على حق الإدارة في استبعاد أي عطاء، ولو كان الأقل سعراً إذا لم تطمئن إلى كفايته الفنية أو سابقة خبرته في أعمال مماثلة لأعمالها وذلك تحت رقابة القضاء[2].

على أنه إذا توافرت الكفاية الفنية والمالية لدى مقدم العطاء فإن قيام الإدارة باستبعاد عطائه يكون غير مشروع ويشكل خطأً يخضع قرار الاستبعاد لرقابة القضاء[3].

في سوريةأكد المشّرع في نظام العقود على اشتراط توافر كفاءة فنية ومالية في العارض الراغب الاشتراك بالمناقصة وذلك عندما قضى بوجوب ألا يكون محجوزاً على أمواله حجزاً احتياطياً لصالح الجهات العامة أو حجزاً تنفيذياً[4]، وذلك بهدف ضمان كفاءة العارض مالياً، بحيث إن وجود حجز على أموال العارض وإمكانية تنفيذه مستقبلاً هو من الأمور التي تعرقل تنفيذ المشروع المعلن عنه، ما يسبب تعطيل وإرباك للإدارة هي بغنى عنه.

C.Beargeal, F.Leneca , les contentieux des marchés publics, L.G.D.A, 2010, p34.

L'aubader, contrats, T1,op.cit., p.601.

[1] المادة /57/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة برقم /1367/ لعام 1998م.

[2]الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلسة 1985/3/20 ملف رقم 252/1/54مذكورة عند د. جابر جاد نصار – مرجع سابق –ص 119.

[3]د. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص79.

[4] المادة (11/أ) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004م.

كما أن نظام العقود قضى بأنه يمكن أن ينص في دفتر الشروط الخاصة على اشتراط مؤهلات مالية وفنية معينة بالراغبين في الاشتراك بالمناقصة كما يمكن في بعض التعهدات اشتراط التأهيل المسبق[1]. ويجب على العارض في هذه الحالة إثبات هذه المؤهلات، من خلال شهادات تثبت التأهيل المسبق في مجال المشروع المعلن عنه.وتأخذ الإدارة هذه المؤهلات في الحسبانعند مقارنتها بين العروض، وسلطتها في هذه الحالة سلطة تقديرية.إلا أنه يجب أن تمارس هذه السلطة بالاستناد لأسس موضوعية، فعليها مثلاً إن كانت المؤهلات الفنية تتطلب وجود أخصائيين لدراستها أن تؤلف من اللجان المختصة ما يساعدها على تقييم ومقارنة هذه العروض، بالشكل الموافق لطبيعة الاختصاصات والمؤهلات المعروضة[2].

وفي مجال طلب العروض قضى نظام العقود بتشكيل لجنة فنية من قبل آمر الصرف أو اعتماد مكتب خبرة استشاري داخلي أو خارجي يتولى مهمات اللجنة الفنية، أو بعض مهماتها، حيث تقوم هذه اللجنة بدراسة العروض من الناحية الفنية والمالية، وبناء على محضر هذه اللجنة تختار لجنة المناقصة العرض الأنسب لمصلحة الجهة العامة[3].

---

[1] المادة (11/د) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004م.

[2] وعلى هذا انتهى مجلس الدولة السوري على أنه في الأحوال التي تتوقف فيها المفاضلة بين العروض المقدمة على تقييمها فنياً يتعين تشكيل لجنة خاصة تحال إليها المغلفات الفنية المحتواة على النماذج والكتالوكات والمواصفات الفنية وذلك لدراستها وتحديد درجة جودة كل منها وتنظيم محضر بذلك، وبعد تنظيم هذا المحضر تقوم لجنة المناقصات بفض مغلفات الأسعار، ولا يجوز أن تحدد درجات جودة العروض المقدمة بعد فض مغلفات أسعارها (رأي الجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم /37/لعام 2007غير منشور).

[3] المادة /31/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004م.

وإن ما تجدر الإشارة إليه أن قرار اللجنة الفنية باستبعاد أحد العروض فنياً لا يمكن الطعن به استقلالاً بالإلغاء أمام القضاء الإداري بحسبانه ليس من القرارات الإدارية النهائية، وإنما يعدّ من الأعمال الممهدة والتحضيرية لقرار لجنة المناقصة بعد اعتماده من قبل آمر الصرف. لكن يمكن أن يكون الطعن بقرار آمر الصرف بالاستناد إلى أن ما قامت به اللجنة الفنية من تقييم لا يتفق مع صحيح الواقع والقانون، وبذلك انتهى مجلس الدولة بقسمه الاستشاري بأن اشتراط الإدارة عند الإعلان للتعاقد على مشروع معين في العارض مؤهلات فنية معينة هو حق لها، وذلك بغاية كون من سيتعاقد معها ملماً بماهية المشروع الذي سيتقدم له، ومتطلباته من شروط فنية خاصة وبما يترتب على ذلك من مسؤوليات، ولهذا فإن للإدارة استبعاد من تراه غير مناسباً لتنفيذ المشروع المعلن عنه ممن لا تتوافر فيه المؤهلات المطلوبة والخاصة بالمشروع المعلن عنه[1].

ولكن ماهو الوقت المحدد الذي يتعين فيه على الإدارة استبعاد العرض؟

في فرنسا يشترط أن يتم الاستبعاد قبل فتح المظاريف، وذلك حتى لا تتأثر الإدارة وهي بصدد إصدار قرارات الاستبعاد بما يتضمنه العطاء من شروط وأسعار. فقد تستبعد الإدارة عطاء لكي تفسح المجال لقبول عطاء آخر[2]، بل إن مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه كان يذهب إلى أنه لا يجوز للجنة فتح المظاريف استبعاد عطاء سبق قبوله بعد فتح المظاريف[3].

أما في مصر فقد استقر القضاء على أن لجنة البت بعد فتح المظاريف تستطيع أن تصدر قراراً بالاستبعاد لأحد العطاءات المقدمة، وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1962/2/4 إلى أنه ليس صحيحاً ما تذهب إليه الشركة

---

[1] رأي اللجنة المختصة بمجلس الدولة السوري رقم /36/ لعام 2007 غير منشور.

[2] Quamard op.cit. p94 et de l'aubader: op.cit. p.606.

[3] CE, 26 Mai 1937. S. coop. P.518.

المدعية من أن الاستبعاد يجب أن يتم قبل أن تبدأ لجنة فتح المظاريف عملها، وذلك بالاستناد إلى أن الاستبعاد جائز، إذا لم يتوافر في مقدم العطاء شرط الكفاية المالية أو الفنية أو حسن السمعة، وأن يكون قرار من لجنة البت بعد فتح المظاريف وعرضها على تلك اللجنة، مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الإدارة المختص[1].

إلا أن جانباً من الفقه في مصر يرى أن هذا المذهب يؤدي إلى احتمال إساءة استعمال الإدارة ممثلة في لجنة البت لسلطتها في استبعاد بعض العطاءات بعد فتح المظاريف وكشف سريتها لصالح عطاءات أخرى، بدعوى عدم توافر المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية أو تخلف شرط حسن السمعة، لا سيما وأن الإدارة لا تلتزم بتسبب قرار الاستبعاد[2].

ولهذا السبب يتجه البعض إلى أنه يجب التفرقة بين فرضين:

الأول: الاستبعاد لعدم توافر الكفاءة الفنية والمقدرة المالية أو حسن السمعة، فيجب أن يتم قبل فتح المظاريف فتقدير كل هذه العوامل يتصل بظروف سابقة أو غيرها مرتبطة بالعطاء المقدم.

الثاني: الاستبعاد لعدم توافر الشروط المعلنة في المناقصة التي قدم فيها العطاء، وهنا يكون الاستبعاد بعد فتح المظاريف فهو الوقت الملائم للنظر في مدى ملاءمة العطاء لشروط المناقصة[3].

وفي سوريةفإن وقت الاستبعاد وفق نظام العقود بالنسبة للمناقصة إنما يكون بفض المغلف الأولالمحتوي على الوثائق المثبتة لما تطلبه الإدارة من شروط

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1962/2/4مذكور عند د. جابر جاد نصار – المرجع السابق ص123.

[2] د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص81.

[3] د. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص 82 ود. جابر جاد نصار – المرجع السابق ص124.

تتعلق بحسن سمعة المتعهد وإثبات كفاءته الفنية والمالية، وذلك قبل فض العروض، والتي تعاد لأصحابها دون فض[1].

أما في حالة طلب العروض فإن استبعاد العرض من الناحية الفنية يكون بعد فض العروض ودراستها من قبل اللجنة الفنية، أما استبعاد العروض من الناحية المالية فيكون بعد فض العروض من قبل لجنة المناقصة، ودراستها من قبل اللجنة الفنية[2].

3) قرار إبرام أو رفض إبرام العقد:

تتمع السلطة المختصة بإبرام العقد بسلطة تقديرية في قبول أو رفض اعتماد نتائج الإرساء، وهذه السلطة إنما تستند إلى عوامل جوهرية تبررها تتمثل في الآتي:

1- تهدف المناقصة إلى إبرام عقد يتصل بدوره بتسيير مرفق عام، ومصلحة هذا المرفق لا يمكن أن تتحقق إذا كانت المناقصة عبارة عن سلسلة من العمليات المتتالية التي يكون اختصاص الإدارة فيها مقيداً، مما يوجب تمتع الإدارة بمكنة تقدير المقومات القانونية والفنية للشخص الذي يحتمل التعاقد معه، ولاسيما أن هذا الأخير يجب أن ينظر إليه كمعاون للمرفق العامclooaborateur du service public[3].

2- تقتضي مصلحة الإدارة وجود إمكانية الاعتراض النهائي على ملاءمة العقد في حد ذاته، فقد تتغير حاجات المرفق الذي يتصل به هذا العقد في

---

[1] المادة /20/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004م.

[2] رأي اللجنة المختصة بمجلس الدولة السوري رقم /72/ لعام 2007 غير منشور.ورأي اللجنة المختصة بمجلس الدولة السوري رقم /177/ لعام 2009 غير منشور.

[3] A.Laubadere , contrats administratif ,T1, op.cit. p103.

أي لحظة من لحظات طرح الإجراء، ويصبح الالتزام بنتائج الإرساء متنافياً مع الصالح العام، كما أن المصلحة المالية للإدارة قد تكون متعارضة مع نتائج الإرساء، ذلك لان مبدأ تلقائية الإرساء الذي تقوم عليه المناقصة قد يؤدي إلى كون السعر المقدم من جانب العارض أكثر بكثير أو أعلى بشكل ملحوظ من المعطيات الاقتصادية للسوق، وهذا يستلزم من الإدارة تدخلاً لاحقاً لإصلاح ما قد يكون الإرساء التلقائي قد توصل إليه من نتائج غير معقولة أو غير عادلة [1].

بالاستناد لما سبق تبنى **المشّرع الفرنسي** مبدأ السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في إصدار القرار النهائي بإبرام العقد وبشكل صريح، حيث أنه وبموجب تقنين الشراء العام يمكن للشخص المسؤول عن العقد أن لا يعتمد نتائج الإرساء التي توصلت إليها لجنة المناقصة، ومن ثم إلغاء المناقصة برمتها إلا أن القانون قد ألزم الإدارة بإخطار المتعاقد المؤقت في هذه الحالة[2].

أما **المشّرع المصري**ورغم أنه قضبحق السلطة المختصة في إلغاء المناقصة إذا استغني عنها نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك- وهما حالتين من حالات إلغاء المناقصة قبل البت فيها - إلا أنه لم يأت بنص صريح على سلطة الإدارة التقديرية في إصدار قرار إبرام العقد، إلا أن الفقه والقضاء المصريان أقرا للإدارة بهذا السلطة[3].

---

[1]CE, 1-8-1924, onse LME, Rec, p.662.

CE, 1-8-1928, schwall. Rec, p.975.

CE, 12-2-1937, So ciete des pétroles. Rec, p.213.

[2]المادة /90/ من تقنين الشراء العام رقم /975/ لعام 2006م.

[3]المادة /15/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998م. والمادة /29/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادرة برقم /1367/ لعام 1998م.

حيث بين الفقه بأن صياغة المادة /28/ من اللائحة التنفيذية توحي بإعطاء سلطة تقديرية للسلطة المختصة في إصدار قرار إبرام العقد أو عدم إصداره عندما قضت بمايلي: " وترفع لجنة البت محضراً بإجراءاتها وتوصياته للسلطة المختصة لتقرير ما تراه"[1]. كما عدّ الدكتور سليمان الطماوي أن الأسس العامة التي تحكم العقود الإدارية تخول الإدارة عدم التعاقد في جميع الحالات سواء قبل البت في المناقصة أم بعدها إذا ثبت أن المصلحة العامة تقتضي عدم التعاقد[2].

كما أقر القضاء الإداري المصري هذه السلطة في اعتماد نتائج الإرساء عندما قرر أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتعاقدين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلا إجراءاً تمهيدياً في عملية العقد الإداري المركبة، ثم بعد ذلك يأتي دور الجهة المختصة في إبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المتناقص الذي عينته لجنة البت، واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد، حيث تلتزم الإدارة بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هي حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد، وفي العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة[3].

أما **المشّرعالسوري** فلم ينكر على الإدارة السلطة التقديرية في إصدار قرار إبرام العقد حيث نصت المادة (24/أ) من نظام العقود على أن يصدق محضر

---

[1] د. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص98.

[2] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص315.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن /313/ سنة 4 قضائية جلسة 1960/2/13 مجموعة الخمسة عشر عاماً في العقود الإدارية ص133.

المناقصة من آمر الصرف ويجوز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً.

وعليه انتهى مجلس الدولة السوري إلى رفض طلب المدعي إلغاء قرار الإدارة برفض تصديق محضر لجنة المناقصة على اعتبار أن لا إلزام على الإدارة في هذا المجال وأن سلطتها تقديرية في اعتماده أو إلغاءه[1].وأنه يحق للجهة العامة العدول عن تنفيذ المناقصة في أي وقت قبل تبليغ المتعهد المرشح أمر المباشرة دون أن يكون له الحق في أي تعويض حسب المادة /24/ من نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004[2].

وتتجّلى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في هذا الشأن بإصدار قرارها بإبرام أو رفض إبرام العقد:

أ) قرار إبرام العقد:

هو القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء وإبرام العقد ولا يشترط أن يكون هذا القرار صريحاً بل يمكن أن يكون ضمنياً (وهو الغالب)، حيثإن توقيع العقد من قبل السلطة المختصة يسبقه دائماً قرار مفترض بإبرام هذا العقد ذاته[3]. وهو ما عبر عنه الفقيه هوريو بأنه عندما يبرم العمدة عقد قانون خاص، فإن الأمور تسير كما لو كان قد اتخذ قراراً مسبقاً يعلن بواسطته على الكافة عن أنه سيقوم بإبرام العقد، وهذا القرار الإداري الظني يسبق العقد ويقبل الانفصال عنه[4].

---

[1]حكم محكمة القضاء الإداري السورية الصادر في 2000/2/10 برقم /87/ بالقضية /2144/ لعام 2000 غير منشور.

[2]حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /993/ تاريخ 2008/5/22 بالقضية /7489/ 2008 غير منشور.

[3]CE,8-4-1913, communede ousse Suzan.Sirey 1913.0.50

[4]Haurio note sur CE, 8-9-1911, Sirey 1913, T3, p.50.

ويطلق عموماً على عملية تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الإرساء – تسمية الاعتماد La probation–[1]، وفي هذا الإطار يجب ألا يختلط مفهوم اعتماد العقد بالمعنى المبين أعلاه مع مفهومه بمعنى تصديق السلطة الوصائية على العقد ذاته بعد إبرامه، حيث أن القانون يلزم الإدارة المتعاقدة في بعض الأحيان بإحالة وثائق العقد إلى إدارة أخرى لتقر ما توصلت إليه من نتائج تعاقدية، لا من نتائج ناجمة عن الإرساء[2].

---

[1] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص510 ومن الفقه الفرنسي:
Vedel et delvolve: droit administratif, p.u.f. paris, ed12. 1993, p.401.

[2] هذا هو الوضع الذي كان سائداً في فرنسا قبل صدور قانون 1982/3/2 الذي ألغى الوصاية على الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة وبقي معمولاً به فقط بالنسبة للعقود التي تبرمها المؤسسات العامة الوطنية وهو ما سنتناوله لاحقاً.

ويرتب الفقه والقضاء الفرنسيان على التفرقة بين الاعتماد بمعنى صدور قرار إبرام العقد والاعتماد بمعنى تدخل السلطة الوصائية وتصديقها لعقد تم إبرامه الآتي :

1- إن تدخل سلطة غريبة عن العقد (السلطة الوصائية) لا يمكن أن يؤثر على وجود العقد ذاته، فالعقد الخاضع للاعتماد الوصائي يخرج إلى حيز الوجود بشكل مسبق على تدخل السلطة الوصائية، بحسبان أن الرابطة التعاقدية تكتمل من تاريخ توقيعه ومتى ما صدر تصديق السلطة الوصائية فإنه يكون ذا أثر رجعي، أي أنه يقرر شرعية العقد من تاريخ إبرامه، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المتعاقدان قد شرعا في تنفيذ العقد في الفترة السابقة على صدور الاعتماد من السلطة الوصائية، ثم أصدرت هذه الأخيرة قراراها باعتماد العقد فإن ما تم تنفيذه في الفترة الفاصلة بين إبرام العقد واعتماده وصائياً يعتبر مشروعاً.

CE, 17-6-1960, Contessato. Rec, p.400.

2- إن العقد غير المعتمد من قبل السلطات المختصة وصائياً لا يكون باطلاً، لكنه بالمقابل لا يكون منتجاً لأية آثار قانونية، ولا يمكن أن يدخل في حيز السريان، ويترتب على ذلك أن الحقوق المتولدة عن العقد لا تكسب بشكل قطعي من جانب الأطراف وأن امتناع أحدهم عن التنفيذ ليس من شأنه أن يثير مسؤوليته التعاقدية.

CE, 4-5-1959. Chabal. Rec, p.286.

وقد طور مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري إلى أقصى درجة ممكنة وذلك عندما قبل الطعن في القرارات الخاصة بالتوقيع على العقد باعتبارها قرارات إدارية منفصلة عن العقد الإداري نفسه[1]، وبالاستناد لهذا النهج ميز مجلس الدولة الفرنسي ومنذ عام 1911 بين العقد نفسه وبين القرار الإداري الذي يسبق هذا الإبرام في قضية Ousse Suzan[2]، وعلى هذا تكرس منهجه بوضوح[3].

وعليه فإن مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن بالإلغاء ضد قرار المدير بإبرام العقد وفحص مدى تجاوزه للوكالة المخولة له من المجلس المحلي[4].كما قبل الطعن بالقرار الذي قام بمقتضاه الوزير بالتوقيع على الاتفاقية لمخالفته الشكليات التي فرضها القانون[5]. وقبل أيضاً الطعن بالقرار القاضي بالسماح بالتوقيع على العقد[6]، والقرار الخاص بإبرام اتفاقية بشأن تقديم الدولة مساعدة لإحدى المؤسسات التعليمية الخاصة في المجال الزراعي[7].وكذلك القرار الخاص بالتوقيع على العقد

---

[1]وهذا الانفصال لهذه القرارات عن العقد الإداري قد يكون انفصالاً مادياً و شكلياً كأن يصدر قرار وزاري مستقل بالموافقة على العقد، كما قد يكون الانفصال مادياً فقط دون الانفصال الشكلي فلا شك أن التوقيع على العقد نفسه إنما يتضمن وجود قرار سابق ولو ضمنياً بالموافقة على الارتباط بالعقد.

[2]CE, 8-4-1913, Commune de Ousse Suzan. Précité.

[3]CE, 8-11-1974, Ministre de L'amangement du Territ aire de L'équipement du largement de du tourisme,préc.

[4]CE, 9-11-1934, Chambre de commerce, de Tamatave. Rec, p.156.

[5]CE, 7-2-1936, Département de la creuse. Sirey. P.63.

[6]CE, 31-10-1969, Syndicat de défense de canaux de la Durance, Surey, p.462.

[7]CE, 20-1-1978, Syndicat national de L'enseignement technique agricole public. Rec, p.802.

الصادر من السلطة التي لها الحق في المداولة بالموضوع في حين أن التوقيع على العقد من اختصاص سلطة أخرى[1].

وكذلك فإن مجلس الدولة المصري انتهى إلى أن الطعن على القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً، لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة[2].

وفي سورية بينت محكمة القضاء الإداري وفي معرض نظرها بطلب إلغاء قرار إبرام العقد بأنّ المتعهد المرشح لم يبلغ أمر المباشرة، الأمر الذي لا يجعل من العقد نهائياً [3]. وبذلك ميزت هذه المحكمة بين العقد الإداري وبين قرار إبرامه الذي يمكن أن يكون محلاً للطعن بالإلغاء إذا قامت الأسباب المؤيدة لذلك.

وقد تعرض مسلك القضاء الإداري السالف والمتمثل بالتفرقة بين القرار الذي تقوم بمقتضاه الإدارة بإبرام العقد وبين العقد نفسه للانتقاد من جانب الفقه، لأنه لا يوجد في الحقيقة سوى عمل قانوني واحد[4]، ولأنه يُحلّل العقد خلافاً لما تقضي به طبيعته المتمثلة بالتعبير عن إرادتين متطابقتين ومتوافقتين، وذلك بعزل كل من هاتين الإرادتين وافتراض أن كل منهما تصرف انفرادي يؤدي إلى تعريف مشكوك في صحته للعقد ذاته، فهو لا يرى في العقد عملاً تبادلياً يتم باتفاق إرادتين متطابقتين، وإنما يُحلّل إبرام العقد إلى إعلانين متوازنين صادرين عن إرادتين منفردتين، ولهذا يمكن توجيه الطعن بالإلغاء ضد أحدهما وهو إعلان

---

[1] CE, 20-Juillet-1970, Rousselet.précité.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1963/4/21 في القضية /329/ سنة 14ق مجموعة السنوات الخمس – ص188. وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1954/12/22 بالقضية /1807/ سنة 6ق مجموعة القضاء الإداري – سنة 9 – ص171.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /993/ بالقضية /7489/ تاريخ 2008/5/22 غير منشور.

[4] مقال لـ Guydebeyre المعنون بـ .Le recours pour excès de pouvoir et le contrat والمنشور بمجلة القانون العام سنة 1938 ص228.

الإدارة عن إرادتها[1]. الأمر الذي يجعل من عملية الطعن أشبه ما تكون بالحيل التي تستند إلى التراكيب اللفظية، بصرف النظر عن المضامين القانونية للتصرف[2].

بمقابل هذا الانتقاد لمنهج القضاء الإداري في عملية التفرقة بين قرار الإبرام للعقد والعقد ذاته، اتجه جانب من الفقه العربي إلى تبرير هذا المسلك بالاستناد لما توصل إليه الاجتهاد الإداري حول عملية الإيجاب والقبول في العقد الإداري، واللحظة التي يعدّ فيها مبرماً، فالعقد الإداري وفقاً لمجلس الدولة المصري لا يبرم بمجرد صدور قرار إبرامه من جانب السلطة المختصة بذلك، بل يجب أن يصل قرار الإبرام إلى علم الموجب خلال المدة القانونية المنصوص عليها، وعلى هذا فإننا نكون أمام تصرفين منفصلين ومستقلين عن بعضهما، قرار الإدارة بالإبرام، والعملية التعاقدية التي تتم وتنتج آثارها بوصول قرار الإدارة بالإبرام إلى علم الموجب، وبالتالي فإن قرار إبرام العقد يكون حقيقياً ومستقلاً وليس قائم على مجرد افتراض قانوني[3].

بدورنا نقول بعملية فصل قرار إبرام العقد عن العقد ذاته ونؤيدها بالآتي:

ما ذهب إليه جانب من الفقه الحديثإلى أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد عند تعبيرها عن إرادتها، فكل ما يصدر عن الإدارة في هذا الصدد إنما يصدر على شكل قرار إداري باستثناء التصرفات المادية[4]. وإن القول بغير ذلك يغلق الباب أمام الغير بمقاضاة الإدارة عن عملها غير المشروع في هذه المرحلة. فضلاً عن ذلك فإن إبرام العقد الإداري وإنتاجه لآثاره وفق نظام العقود والاجتهاد القضائي

---

[1] د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص106.

[2] De l'aubader, contrats, T3,op.cit., p.328.

[3] د. عمر حلمي – طبيعة اختصاص القضاء الإداري – ص259.

[4] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – رسالته – مرجع سابق – ص178.

لا يتحقق إلا عند إبلاغ المتعهد المرشح أمر المباشرة، وعليه فإن كافة القرارات السابقة على ذلك يمكن الطعن فيها بالإلغاء، وإلا أصبحنا أمام حالة إنكار للعدالة بعدم تمكين كافة الأطراف من مخاصمة هذه القرارات.

ب) قرار رفض إبرام العقد:

وهو القرار الذي يكون محله رفض اعتماد نتائج الإرساء، ولايشترط أن يكون هذا القرار صريحاً بل يمكن أن يكون ضمنياً.

وقد قبِل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد قرارالعمدة برفض إبرام العقد خلافاً لما أقره المجلس البلدي في مداولاته، مبيناً أن رفض العمدة لطلب المدعي بأن يمنحه امتيازاً جديداً بتوزيع المياه رغم قرار المجلس البلدي، يجعل للمدعي الحق بالطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد القرار الضمني الذي رفض فيه العمدة إجابة طلبه[1].

كما قبل مجلس الدولة المصري الطعن الموجه ضد امتناع الإدارة عن إبرام عقد اشتراك في الهاتف بحسبان أن الامتناع المذكور هو قرار إداري مستقل عن العملية العقدية، خاصة وأن المدعي قد كيف طلبه في دعواه بأنه لا ينصب على عقد قائم بينه وبين الإدارة (مصلحة الهاتف) ،وإنما ينصب على الإجراءات الإدارية السابقة على قيام العقد، وهو إذ يرفع هذه الدعوى، إنما يختصم القرار الإداري برفض الطلب المقدم فيه وهذا أمر يدخل في ولاية محكمة القضاء الإداري ويكون الدفع بعدم الاختصاص غير قائم على أساس سليم[2].

---

[1]CE, 6-5-1931, Tondut. Sirey 1931, p.478.

[2]حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1954/2/15 بالقضية /1618/ سنة 5 قضائية مجموعة القضاء الإداري – سنة 8 ص678.

كذلك قبل مجلس الدولة السوري الطعن بالإلغاء في القرار الصادر برفض إبرام العقد لكونه قرار إداري منفصل[1].كما قبل في حكم آخر الدعوى الموجهة للقرار السلبي أو الضمني للإدارة برفض إبرام العقد[2]. وقبل أيضاً الطعن على امتناع آمر الصرف إبرام العقد، بحسبانه صاحب السلطة في التصديق على محضر المزايدة واعتماده[3].

وقد بنى مجلس الدولة السوري نهجه السابق بقبول الطعن في قرار رفض إبرام العقد على أساس أن العقود الإدارية تتميز عن العقود العادية الخاضعة لأحكام القانون المدني بأن التعبير عن إرادة جهة الإدارة في إبرام العقد يخضع للتصديق من المراجع المختصة التي نص القانون على تصديقه منها، وأن أي عقد إداري يبرم من جهة عامة وبين جهة أخرى يعدّ معلقاً في نفاذه على حصول تصديق المراجع المذكورة ما لم يحصل هذا التصديق لأي سبب كان، فإن من أبرم عقداً مع الإدارة لا يكون حائزاً على صفة المتعهد، ولا تثبت له بالتالي أية حقوق تعاقدية مما يجعل مرجعه تجاه تصرف الإدارة بالرفض السلبي أو الإيجابي في هذه الحالة هو دعوى الإلغاء[4].

الفرع الثاني – القرارات الإدارية المنفصلة اللاحقة على إبرام العقد

وتشمل على القرارات الآتية:

1) قرار الحرمان من التعاقد.
2) قرار الإدارة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /170/ لعام 1998 مجموعة المبادئ لعام 1998 – ص716.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /346/ بالطعن /155/ لعام 1976 غير منشور.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /387/ بالقضية /4175/ لعام 2008غير منشور وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية /95/ بالطعن /39/ لعام 1978.المجموعة – ص 218.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /87/ بالقضية /2144/ لعام 2000، غير منشور.

أولاً – قرار الحرمان من التعاقد:

يعد مبدأ حرية التعاقد من المبادئ الأساسية التي تحكم العقود الإدارية، فلكل فرد الحرية في أن يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد[1]، ويرتبط هذا المبدأ بمبدأ حرية المنافسة بأن تمكن الإدارة كل راغب في التقدم إلى المناقصة من أن يقدم عطاءه[2].

بيد أنه من المقرر أن الإدارة تتمتع بسلطة حرمان بعض الأشخاص من التعاقد معها، وذلك إما كجزاء بسبب الإخلال بالتزام سابق، أو أن يكون الحرمان بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة[3].

ويعدّالحرمان من التعاقد في مجال العقود الإدارية من أهم مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مرحلة تكوين العقد إذ يخول الإدارة سلطات استثنائية تتعارض مع المبادئ الأساسية في القانون الخاص ولا تتيسر مباشرتها إلا لها وحدها[4].

إلا أنه إذا كان قرار الإدارة بحرمان شخص ما من التعاقد صادراً في غير محله القانوني وشكل إخلالاً من قبلها بمبدأ حرية التعاقد، عدّ ذلك خطأ من الإدارة يثير مسؤوليتها ويجعل قرارها قابلاً للطعن بالإلغاء.

وفي معرض بياننا لطبيعة قرار الحرمانمن التعاقد يتعيين التمييز بينه وبين قرار الاستبعاد، حيث يختلفان من ناحيتين هما:

1- قرار الحرمان قرار ذو طبيعة شخصية أي أنه ينصب على شخص معين ويهدف إلى حرمانه من التقدم إلى المناقصات والمزايدات التي تجريها الإدارة.في حين أن قرار الاستبعاد هو قرار ذو طبيعة موضوعية فهو لا

---

[1] د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص63.

[2] د. حمدي الحلفاوي – مرجع سابق – ص147.

[3] د. احمد عثمان عياد – رسالته – مرجع سابق – ص150.

[4] د.حمدي الحلفاوي – رسالته – مرجع سابق – ص147.

ينصب على شخص معين وإنما يوجه إلى العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط التي يحددها القانون أو التي ترد بعد الموعد المحدد لتقديم العطاءات.

2- يعدّ قرار الإدارة بالحرمان إجراءً عاماً يهدف إلى الحرمان من دخول المناقصات والمزايدات التي تجريها جهة الإدارةكافة، وقد يكون هذا الإجراء محدد المدة أو غير محدد المدة، وقد يكون في حدود مالية معينة أو يقتصر على نوعيات محددة من المناقصات. وهذا كله بخلاف قرار الاستبعاد الذي لا يعدو أن يكون قراراً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة[1].

والحرمان من التعاقد يأخذ أحد النوعين الآتيين: 1 – حرمان جزائي. 2 – حرمان وقائي.

1) الحرمان الجزائي:

وهو حرمان شخص من التعاقد مع الإدارة كجزاء يوقع على هذا الشخص، وهذا الحرمان قد يكون منصوصاً عليه في القانون أو قد يكون مقرراً من قبل الإدارة لسبق إخلاله بالتزام سابق معها.

أ – الحرمان الجزائي بنص القانون:

ويكون هذا الحرمان بصورة عقوبة جزائية عن أفعال جرمية ارتكبها الشخص المحروم يعاقب عليها بنص القانون[2]. ومن ذلك ماينص عليه قانون العقوبات الفرنسي في المادة /49/ من كون الحرمان الجزائي كعقوبة تبعية في حال الحكم بعقوبة جنائية في إحدى المخالفات المنصوص عليها في قانون الضريبة العامة، وكذلك مانص عليه قانون العقوبات المصري في المادة /25/ من

---

[1] د. جابر جاد نصار – المرجع السابق – ص112.

[2] د. جابر جاد نصار – المرجع السابق – ص18.

حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة ،أو بصفة متعهد، أو ملتزم أياً كانت هذه الخدمة. ففي هذه الحالات يستند حرمان الشخص من التعاقد إلى نصوص القانون، ومن ثم لا تعدو سلطة الإدارة في ممارسة هذا الحرمان أن تكون مجرد تطبيق هذه النصوص القانونية.

ب – الحرمان الجزائي الذي توقعه الإدارة:

ويكون هذا الحرمان كجزاء تعاقدي يوقع على المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله بالتزاماته العقدية كسبق ارتكابه أخطاء في تنفيذ تعهدات سابقة مع الإدارة، ومن ثم وبخلاف النوع السابق يعدّ هذا الحرمان جزاء تعاقدياً يخضع لأحكام نظرية الجزاءات في العقد الإداري، وأهم هذه الأحكام أن سلطة الإدارة بتوقيعه على المتعاقد معها تخضع لرقابة القضاء[1].

وسلطة الإدارة في الحرمان هنا قد يكون منصوصاً عليها في العقد الذي أخل به المتعاقد أو في دفاتر شروطه بأوضاع معينة وشروط معينة، وفي هذه الحالة لايكون قرار الإدارة بالحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط. أما في حالة عدم وجود نص في العقد أو في دفاتر الشروط فإن قوانين العقود عادة تنص على هذا الحرمان[2].

ففي مصر قضت المادة /24/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي بفسخ العقد تلقائياً وشطب اسم المتعاقد من سجل الموردين ،أو المقاولين، ونشر قرار الشطب إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بوساطة غيره الغش أو

---

[1] د. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص65.

و د. توفيق شحاته – مبادئ القانون الإداري 1954 – ص682.

[2] CE, 1–Juillet–1914. Jouffret, sirey, p.941.

وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة 1961/1/3 سنة 15 ق مجموعة السنة 15– ص90.

التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد.وكذلك إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

وفي تحديده للغش أو التلاعب الذي يؤدي إلى شطب اسم المتعاقد انتهى مجلس الدولة المصري إلى أن مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا تشكل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المُتعاملين مع الإدارة إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات إلى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعي في حقيقة الشيء المسلم، من حيث نوعه وطبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب، كذلك فإن مجرد مخالفة المواصفات في الكمية القليلة التي قام المدعي بتسليمها إلى العمال في محله وفي الظروف التي تم فيها هذا التسليك لا تعد تلاعباً، ذلك أن التلاعب الذي يجاوز الإهمال ولا يرقى إلى مرتبة الغش، والذي يتعذر حصر مختلف أساليبه وشتى صوره، يفترض إتيان المتعهد أعمالاً تنم عن عدم التزام المتعهد الجاد في تنفيذ التزاماته، ومحاولاته إيجاد الثغرات للتحلل منها، ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري[1].

مقابل ذلك عدّ مجلس الدولة المصري أن المورد الذي دأب على توريد أصناف غذائية بأقل من الكميات المطلوبة وغير صالحة للاستهلاك الآدمي فذلك أمر يكشف بما لا يدع مجالاً للشك عن نية مبيّتة للتلاعب والغش بهدف الحصول

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة 1967/6/17 بالطعن رقم /929/ سنة 9 قضائية وحكمها بجلسة 1967/6/26 بالطعن /677/ المبادئ – ص1911.وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة 1985/4/9 بالطعن /436/ سنة 22 قضائية مجموعة مبادئ العليا السنة 30 العدد الثاني – ص925.

على الأموال العامة بدون وجه حق، ومن ثم فلا مناص من وقف التعامل معه وتجنيب المصالح الحكومية التورط معه في عقود توريد أخرى تكون مسحاً لغشه وتلاعبه[1].

وفي سورية قضت المادة /58/ من نظام العقود بأن يحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمدة لاتتجاوز خمس سنوات، أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص.

ويلاحظ بأن الحرمان من التعاقد المنصوص عليه في المادة /58/ المذكورة يتصف بالخصائص الآتية:

1. يجب أن يكون المحروم من التعاقد متعهداً سابقاً، فلا يسري هذا الحرمان بحق من لم يكتسب صفة المتعهد في عقد سابق.وعليه فإن قرار الحرمان الصادر بحق من لم يكتسب صفة المتعهد يكون جديراً بالإلغاء[2].
2. قرار الحرمان هو قرار معلل، يجب عند إصداره ذكر الأسباب التي دعت إليه ويجب ألا تخرج هذه الأسباب عما حددته المادة /58/ وهذا ما انتهجته العديد من قرارات رئيس مجلس الوزراء الصادرة بالاستناد لهذه المادة[3].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة 1984/2/25 بالطعن /1225/ سنة مجموعة مبادئ العليا سنة 29 – العدد الأول – ص717.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /128/ لعام 1996 المجموعة ص 540 وحكم محكمة القضاء الإداري رقم /416/ الصادر بتاريخ 1989/10/5 بالدعوى رقم /915/ لعام 1989 غير منشور.

[3] القرارات الصادرة عن رئيس مجلس الوزراء ذوات الأرقام /5110 و 5111 و5112 و 5113/ تاريخ 2008/11/16 بذات الخصوص.

3. قرار الحرمان هو قرار مؤقت حدهالأقصى خمس سنوات، بحيث أن كل قرار بالحرمان يزيد في الحرمان عن المدة المذكورة هو قرار جدير بالإلغاء.
4. قرار الحرمان من التعاقد مع إحدى الجهات العامة يكون من اختصاص الوزير الذي تخضع الجهة العامة لإدارته أو إشرافه أو ترتبط به. أما قرار الحرمان من التعاقد مع الجهات العامةكافة فيكون بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.

وفي هذا الصدد عدّ مجلس الدولة السوري أنه عند صدور قرار حرمان لإحدى الشركات من حق الدخول في المناقصات والمزايدات والعقود بالتراضي، فإن هذا القرار لا يسري بحق مديرها بصفته الشخصية فيما إذا أراد الدخول بتعاقد طالما أن هذا الحرمان لا ينصب عليه بصفته الشخصية[1].وهذا بخلاف فيما لو صدر قرار الحرمان بحق شركة تضامنية، حيث يسري هذا الحرمان بحق الشركاء المتضامنين، ولا مجال للاحتجاج بالشخصية الاعتبارية للشركة واستقلالها عن شخصية الشركاء، والقول بغير ذلك يفقد قرار الحرمان غايته الأساسية [2]، وهي منع من ثبت سوء نيته أو لم تثبت كفاءته في التزامات سابقة من التعاقد مع الإدارة.

هذا وفي حال دخول من صدر بحقه قرار الحرمان من التعاقد في مناقصة أو مزايدة ورسوها عليه، فإنه يجب على الإدارة الامتناع عن إعطائه أمر المباشرة،

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /196/ بالدعوى /362/ لعام 1971 مجموعة 1971 ص 341.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /82/ لعام 2008 بالقضية /374/ 2008 غير منشور.

وإذا أعطته أمر المباشرة فيجب عليها أن تعدل عن تنفيذ العقد معهتنفيذاً لقرار الحرمان[1].

أما إذا كان قرار الحرمان قد صدر بحق المتعهد بعد المباشرة في تنفيذ التعهد، فإن قرار الحرمان في هذه الحالة لا يسري على العقد المذكور[2].

والطعن في قرار الحرمان يجب أن يتم خلال مدة سريان القرار المطعون عليه، لتحقيق الغاية من الطعن بإلغاء القرار والسماح للمتعهد بالدخول بالتعاقد أما في حال تقديم الطعن في القرار بعد انقضاء مدة القرار يجعل الطعن خليقاً بعدم البحث وذلك بحسبانه يغدو غير ذي موضوع[3].

2) الحرمان الوقائي:

وهو حرمان شخص من التعاقد مع الإدارة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وبهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة. وهذا الحرمان قد يكون بنص القانون كما قد يكون صادراً عن الإدارة لاعتبارات تقدرها تحقيقاً للمصلحة العامة.

أ – الحرمان الوقائي بنص القانون:

ويكون هذا الحرمان إذا ما قدر القانون ضرورة حرمان بعض الأشخاص المحددين بصفاتهم من التقدم للمناقصات والمزايدات العامة كإجراء وقائي تقتضيه حماية المصلحة العامة. ومن ذلك حظر دخول الموظفين العموميين وأعضاء السلطات المحلية في المناقصات العامة.

ففي فرنسا حظر تقنين الشراء العام على أعضاء السلطات البلدية الدخول في المناقصات أو المزايدات سواء بالذات أو بالواسطة. كما جعل من صفة

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /38/ لعام 1999 غير منشور.

[2] رأي اللجنة المختصة رقم /1/ لعام 1999 ورأي اللجنة المختصة رقم /100/ لعام 1999 غير منشور.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /1164/ بالطعن /2673/ لعام 1990 مجموعة 1990 ص 742.

المقاول أو المتعهد مانعاً من موانع الترشيح في الانتخاب في ذات الدائرة التي يمارس فيها نشاطه.

أما في مصر فقد حظرت المادة /39/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي، على العاملين بالجهات العامة التي تسري عليها أحكام هذا القانون، التقدم بالذات أو بالوساطة بعطاءات أو عروض لتلك الجهات، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال[1].

كما قضت المادة /59/ من الدستور المصري لعام 1971 على أنه لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مدة عضويته أن يبرم مع الدولة عقداً بصفته ملتزماً أو مقاولاً. ويسري ذات الحظر على أعضاء مجلس الشورى تطبيقاً للمادة /205/ من الدستور.

وفي سورية حظرت المادة /64/ من القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم /50/ لعام 2004 على العامل أن يدخل في التعهدات والمناقصات بنفسه أو بالواسطة أثناء وجوده في عمله ويبقى هذا الحظر قائماً بعد تركه الخدمة لأي سبب كان ولمدة خمس سنوات بالنسبة للتعهدات والمناقصات التي تجريها الجهة العامة التي كان فيها عند تركه الخدمة.

والحظر من التعاقد مع الجهات العامة مرده إلى الحرص من منع استغلال الوظيفة العامة وضمان حيدة العاملين بها، ومنعاً لتأثر مصلحة المرافق التي

---

[1] يسري ذات الحظر على أعضاء الهيئة التدريسية، وذلك بحسبان أن التقدم بعطاء في مناقصة توطئة لرسوها يعد عملاً تجارياً وهو أمر محظور عليهم. (الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري رقم /777/ بتاريخ 1999/12/2 بالملف 361/1/54 مذكورة عند د. ماهر أبو العينين – الكتاب الأول – مرجع سابق – ص497).

يعملون بها بمصالحهم الخاصة ولهذا فإن الحظر يشمل كل طرق التعاقد مع الإدارة[1].

وأكد على ذات الحظر بالنسَبة للعاملين في الدولة نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004 حيث نص في المادة /11/ منه في فقرتها /5/ على أنه يشترط فيمن يود الاشتراك بالمناقصة ألا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة وألا يكون عضواً في المكاتب التنفيذيةً للإدارة المحلية ضمن محافظته تحديداً.

وكذلك فإن المادة /120/ من دستور سورية الصادر بعام 1973 نصت على أنه ليس للوزراء بصورة مباشرة أو غير مباشرة أثناء توليهم مهامهم أن يدخلوا في التعهدات أو المناقصات أو المزايدات التي تنفذها وزارات أو إدارات أو مؤسسات الدولة وشركات القطاع العام.

ب – الحرمان الوقائي بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية:

ويكون هذا الحرمان إذا ما قدرت الإدارة حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمناقصات والمزايدات العامة بمقتضى سلطتها التقديرية وبما يجتمع لديها من تقدير عام عن كفاية بعض الأشخاص وقدرتهم، ودون أن يكون ذلك نتيجة إخلالهمبارتباطهم مع الإدارة في عمل ما، وإنما كإجراء وقائي تمليه غيرة الإدارة توخياً للمصلحة العامة[2].

ففي فرنسا استقر القضاء على أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدارها لقرار الحرمان الوقائي، وإنه لا يجوز للقاضي في هذه الحالة التعقيب

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /463/ لعام 1971 غير منشور.

[2] د. حمدي الحلفاوي – رسالته – المرجع السابق – ص158 ود. محمد فؤاد مهنا – القانون الإداري العربي – طبعة 1964 ص196.

على قرار الحرمان، إلا إذا كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو انعدام الأسباب[1] وأن للوزير أن يصدر قراراً بحرمان المقاول، أو المورد، من دخول المناقصات الخاصة بوزارته وفقاً لسلطته التقديرية طالما لم يقصد توقيع جزاء على المحروم، وإنما قصد اتخاذ إجراء تتطلبه مصلحة المرفق[2].

وفي مصر أعطى مجلس الدولة للوزارة الحق وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية، ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة، وفي هذه الحالة يجب أن يكون لهذا الطعن أدلة تسنده وتكون مستمدة من أوراق الدعوى[3].

إلا أنه إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدار قرار بحرمان بعض الأشخاص من التعاقد معها، فإن هذه السلطة ليست مطلقة، وإذا كان جوهرها التقدير، فإن حدها التعسف، ومن ثم فإنها بهذه المنزلة تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءاً وتعويضاً، ويبسط القاضي رقابته لبحث مدى سلامة تطبيق القرار من ناحية التأكد من وجود السبب الذي يبرره سواء من ناحية الواقع أو القانون، فضلاً عن خلو القرار من عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها،

---

[1]CE, 25 Novembre 1925. Vautilhe, Rec, p.500.

[2]CE, 28-1-1944. Ponts, Rec, p.37.

[3]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة 1956/3/30 سنة 10 قضائية المجموعة، ص 227.
وللإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة. انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 1962/2/17 بالطعن 1067.
وقرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة في هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى عليه العرف الإداري وبما للإدارة من سلطة في وضع مثل هذه القواعد التي تنظم أعمال المناقصة.(حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957/4/21 بالقضية /2946/ المجموعة، ص 58).

مثل استناده لبواعث أجنبية عن تنفيذ العقود التي أبرمت مع المورد وعن إمكانياته وقدراته[1]. فإذا ما ثبت ذلك غدا قرار الحرمان غير مشروع حرياً بالإلغاء وهو ما يشكل في الوقت ذاتهخطأ من جانب الإدارة، ويثير مسؤوليتها[2].

ثانياً – قرار الإدارة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة

تملك الإدارة المتعاقدة سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد، ولو لم يرد نصاً يخولها ذلك، حيث يشكل هذا الإنهاء خصيصة مهمة تنفرد بها العقود الإدارية[3].وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري أن للإدارة حق الفسخ الأحادي للعقد، وإن إدراج أي بند يحول دون ممارسة الإدارة لسلطتها في الفسخ يعدّ باطلاً، باعتباره يتعارض مع ضرورات تسيير المرفق العام[4].

وقرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد بناء على مقتضيات المصلحة العامة يخضع لرقابة القضاء، فإذا لم يقم هذا القرار على دلائل تبرر اتخاذه كان جديراً بالإلغاء[5].ورقابة القضاء الإداري على هذا القرار تقتصر على زاوية المشروعية ولا تمتد لتتناول زاوية الملاءمة، وعليه فإنها تقتصر على التأكد من وجود سبب المصلحة العامة الذي يبرر الإنهاء للعقد دون أن تمتد إلى رقابة مدى ملاءمة هذا السبب لإنهاء العقد. فإذا تحقق القاضي من أن قرار الإدارة بالإنهاء يستند إلى

---

[1]CE, 27-7 1984, Société Biro , Rec. P. 303

[2]د. سيد أحمد جاد الله – رسالته – المرجع السابق – ص72.

[3]Richer (L.),op. cit, 2010. p. 244.

Dossier , Les Effects de la Rupture du Contrat Administratif , ACCP 2002 , N 16 , p. 17

G.Pequignot , Thèorie Gènèral du Contrat Administratif ,1945 p. 391

[4]CE,24-6-2002,Sté Laser ,Réq.N242376.

CE, 6-5-1985 ,Assciation Eurolat ,RFDA 1986 , p.21

[5]CE, 25- 2-1994, SOFAP Marignan ,RFDA 1994, P.510

CAA Versailles ,7-3-2006 , ommune de Draveil , AJDA 2006 ,P. 1044.

سبب آخر خلاف المصلحة العامة كان هذا القرار غير مشروع، ويحق للقاضي إلغاؤه والتعويض على المتعاقد.

ووفقاً للمبادئ التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي فإن الإلغاء المبتسر للعقد في حالة الإنهاء الإنفرادي بناءً على مقتضيات المصلحة العامة يتميز بالآتي:

- أن الإدارة تتمتع به بالنسبة لكافة العقود الإدارية.
- يدخل في سلطة الإدارة التقديرية.
- يستتبع حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على تعويض عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب ،نتيجة هذا الإلغاء[1].

كذلك فإنه وفقاً لمجلس الدولة المصري يكون للإدارة دائماً وفقاً لمقتضيات الصالح العام سلطة إنهاء العقد من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرفق العام، وهي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه، تبعاً لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه. ولا يجوز لجهة الإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة[2].

أما في سورية فقد تكرس حق الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري في حالتين:

1. إنهاء الإدارة للعقد بناءً على مقتضيات المصلحة العامة عند العدول عن تنفيذه:

---

[1]CE,,20-5-1994,Soc.,Le gardiennage industriel , Rec.,p.1038

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /3986/ بجلسة 1992/11/15 المجموعة لعام 1992، ص 389.

وهذه الحالة كرسهاالمشّرع في نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004، حيث نصت المادة (60/أ) منه على أنه " يحق لآمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناء على مقتضيات المصلحة العامة....".

وقد بنى المشّرع الإنهاء الانفرادي للعقد في هذه الحالة على عاملين:

أ) فسخ العقد يكون بناء على مقتضيات المصلحة العامة ودون وقوع أي إخلال بالتزام عقدي من قبل المتعاقد، مما يجعل رقابة القضاء في هذه الحالة هي رقابة مشروعية تهدف إلى بيان مدى انطلاق مصدر القرار من المصلحة العامة كسبب لإصداره القرار.

ب) فسخ العقد يكون عند العدول نهائياً عن تنفيذ العقد.

إلا أنه بمقابل هذه السلطة الممنوحة للإدارة فإن المشّرعنصفي ذات المادة (60/ج) على أنه "يترتب على الفسخ.. وفقاً لأحكام هذه المادة حق المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلاً، ويقدر هذا التعويض من قبل القضاء".

وتطبيقاً لذلك فإن المشّرع أعطى المتعهد الحق في التعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت به جراء فسخ العقد فقط، وهو ماستقر عليه اجتهاد القضاء الإداري في العديد من القرارات الصادرة عنه من أن المتعهد عند فسخ العقد من قبل الإدارة يستحق تعويضاً عن الأضرار الفعلية فقط، مما يتعين معه استبعاد التعويض عن فوات الربح[1].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /818/ لعام 1998 غير منشور.

يعطى المتعهد في حال صدور قرار الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة التعويض عن الآثار التي تترتب عليه، ويبقى له حق تقاضي استحقاقاته عن الأعمال المنجزة.انظر حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /1/ لعام 1977، ورأي اللجنة المختصة للقسم الاستشاري بمجلس الدولة السوري رقم /50/ لعام 1999 غير منشور.

2. إنهاء الإدارة للعقد بناء على مقتضيات المصلحة العامة دون العدول عن تنفيذه:

لم ينص المشّرع السوري على هذه الحالة، إلا أن اجتهاد مجلس الدولة بقسميه القضائي والاستشاري قد عالج هذا الموضوع، وعدّ أن من حق الإدارة إنهاء العقد بناءً على مقتضيات المصلحة العامة، وإن لم تعدل عن تنفيذه على اعتبار أن القواعد الأساسية التي تهيمن على تنفيذ العقود الإدارية – وخلافاً لعقود القانون الخاص – تقوم على أن العقد الإداري يبرم دائماً من أجل تأمين وضمان سير المرفق العام، وإن المتعاقد يعدّ في الأصل معاوناً ومساعداً للإدارة في تسيير المرفق العام، وأن السير المنتظم والمستمر للمرفق العام يجب تغليبه على المصلحة الخاصة للمتعاقد، فالإدارة لاتتعاقد من أجل مصلحة خاصة أو فردية، بل تتعاقد من أجل مصلحة الجمهور، ومن أجل إشباع حاجاته، ومن أجل توفير احتياجات ومتطلبات المرفق العام محل العقد، ولذلك فإن الإدارة تملك سلطة إنهاء العقد بقرار إنفرادي من جانبها في أي وقت تشاء قبل انتهاء المدة الأصلية للعقد متى اقتضت المصلحة العامة مثل هذا الإنهاء ودون أن يحق للمتعاقد معها أن يعترض على مثل هذا الإنهاء طالما أنه سوف يستحق عن إنهاء العقد قبل موعده تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب نتيجة هذا الإنهاء السابق للأوان للعقد. فمن غير المعقول ومما يتنافى مع المنطق والصالح العام أن تستمر الإدارة في الإبقاء على عقد أصبح غير متلائم مع احتياجات المرفق العام لأن ذلك يمثل خسارة اقتصادية لامبرر لها، وأعباء ثقيلة لايحتملها المرفق العام وإسرافاً وتبديداً للأموال العامة. وعليه فإن المصلحة العامة للمرفق تتغلب على المصلحة

ويعد مبلغ رسم الطابع المسدد من قبل المتعهد عن العقد الذي تم فسخه من قبل الإدارة بسبب تعذّر تأمين الأرض اللازمة لتنفيذ المشروع، من المبالغ التي يستحقها المتعهد كتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت به جراء فسخ العقد (رأي اللجنة المختصة رقم /60/ لعام 1999م غير منشور.

الخاصة للمتعاقد، وللإدارة أن تنهي العقد قبل نهاية مدته العادية متى ارتأت أن هذا العقد أصبح غير مفيد للمصلحة العامة أو غير متوافق مع احتياجات المرفق العام. وذلك مع تقرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض مالي من الإدارة عن الأضرار التي أصابته نتيجة إنهاء العقد قبل الأوان.

وعليه ذهب مجلس الدولة السوري إلى حق الإدارة – وزارة السياحة – بفسخ العقد المبرم مع المتعهد لتنفيذ الإنارة التزيينية لقلعة الحصن، في ضوء إدراج قلعة الحصن ضمن المعالم الأثرية ومايتطلبه ذلك من تنفيذ إنارة خاصة تحقق مواصفات إنارة المواقع الأثرية وحسب المعايير الدولية لمنظمة الايكروم واليونسكو العالمية، بحيث أصبح تنفيذ العقد غير مجد، كونه لايتوافق مع المعايير الدولية ولايلبي احتياجات المرفق العام[1]. ويلاحظ أنه في هذه الحالة لم تعدل الإدارة عن تنفيذ المشروع، إلا أن فسخ العقد كان بناءً على مقتضيات المصلحة العامة.

والقرار الذي تصدره الإدارة بفصم الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها في كلا الحالتين السابقتينيعدّ قراراً إدارياً منفصلاً يقبل الطعن بالإلغاء شأنه في ذلك شأن القرارات التمهيدية التي تسبق عملية التعاقد، فهذه تعد العدة لتنظيم الخطوات المؤدية إلى تحديد الحقوق والالتزامات لكلا الطرفين وتلك تنهي الرابطة العقدية. مما يجعل هذه القرارات تقبل الطعن بالإلغاء، ويعود أمر النظر فيما يشوبها من عيوب لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري[2].

---

[1] رأي اللجنة المختصة للقسم الاستشاري بمجلس الدولة السوري رقم /123/ لعام 2009 غير منشور، والرأي رقم /70/لعام 2005 غير منشور.

وقضت المحكمة الإدارية العليا بحق المتعاقد بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت به جراء فسخ عقد استثمار المقلع المبرم معه، نتيجة صدور قرار بقيام البلدية باستثمار المقلع من قبلها مباشرة. (حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /248/ لعام 1989. مجموعة عام 1989 ص391).

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /199/ لعام 1978 غير منشور.

ومما تجدر الإشارة إليه أن قرار الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري بناءً على مقتضيات المصلحة العامة يختلف عن القرار الصادر بفسخ العقد كجزاء لإخلال المتعاقد بالتزاماته توقعه الإدارة كجزاء عقدي مستمد من نصوص العقد.حيث يخضع قرار الفسخ لرقابة القضاء الكامل الذي يتناول في رقابته لزاويتي المشروعية والملاءمة لهذا القرار، فيتأكد من مشروعية وملاءمة الفسخ الجزائي حماية لمصالح المتعاقد في العقد[1].

المطلب الثاني: المصلحة في دعوى الإلغاء

تعد المصلحة عموماً قوام الدعوى وركنها الأول الأساسي لضمان جديتها، سواء في مجال القضاء العادي أو القضاء الإداري.فيشترط فيمن يرفع الدعوى أن تكون له منفعة يمكن تحقيقها في حالة تحقيق طلباته، وإذا لم يكن له مثل هذه المنفعة فلا تقبل دعواه.

وقد عرف جانب من الفقه المصلحة بأنها الفائدة التي يسعى المدعي إلى تحقيقها في الدعوى التي يقيمها، وتتمثل إما في حماية حقه أو في حصوله على تعويض مادي كان أم أدبي إذا توافرت أسبابه القانونية[2].في حين عرفها جانب

---

[1] وتطبيقاً لذلك فقد ألغت محكمة القضاء الإداري السورية – دائرة العقود – بقرارها /1113/ تاريخ 2009/4/30 القرار الصادر عن الإدارة بسحب الأعمال من المتعهد نتيجة لإخلاله بالتنفيذ حيث كان سبب الإخلال المسبب لصدور قرار السحب عدم تنفيذ التعهد في الوقت المحدد له. وقد طرح النزاع أمام محكمة القضاء الإداري كقضاء كامل تناولت قرار السحب من زاويتي الشرعية والملاءمة. فبعد أن ثبت لديها من خلال الخبرة الفنية التي أجرتها أن المتعهد لم يخل بالتزامه لما اعترضه من معوقات، قررت أن الأسباب التي قام عليها قرار السحب للأعمال المتعاقد عليها، هي أسباب هشة ولا ترتقي إلى أسباب تستدعي صدور هذا القرار انظرحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /1113/ بالقضية /2847/ تاريخ 2009/4/30 غير منشور.

[2] د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – المرجع السابق – ص7.

فقهي آخر بأنها الحاجة إلى حماية القانون، أو هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته[1].

واشتراط المصلحة في الدعوى هو أمر بدهي ذلك أن الشخص الذي يلجأ إلى القضاء ويتكبد مشقته ينبغي أن يكون له غرض جدي يسعى إليه ويستهدفه وبدون ذلك فلا يكون لعمله معنى، كما لا يكون نشاطه مفهوماً أو مبرراً، ذلك أن المصلحة هي سبب الدعوى ومناطها، وحيث تقوم المصلحة تقوم الدعوى L'interet est la mesure de L'action pas d'interet pas d'action,

إلا أنه ولما كانت دعوى الإلغاء تهدف أساساً إلى بحث مشروعية القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري، ويقيمها كل ذي مصلحة يطالب بإلغاء قرار إداري غير مشروع[2]، ولما كان طلب إلغاء القرارات الإدارية لمجاوزة حدود السلطة هو طعن موضوعي عام مبني على المصلحة العامة، والقصد منه هو مخاصمة القرار غير المشروع لإلغائه، لهذا فإنه لا يتطلب أن يكون طالب الإلغاء صاحب حق، بل يكفي أن يكون ذا مصلحة شخصية ومباشرة في إلغاء القرار الإداري[3].ولا يلزم لتوافر هذه المصلحة أن يمس القرار المطلوب إلغاؤه حقاً ثابتاً للمدعي، وإنما يكفي أن يكون في حالة قانونية خاصة من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة شخصية له، كما أنه لا يلزم أن تكون المصلحة القائمة عاجلة وإنما يكفي أن تكون مصلحة آجلة سواء كانت هذه المصلحة أدبية أو مادية[4].

---

[1] د. محمود حلمي – القضاء الإداري وإجراءات التقاضي – طبعة 1977 – ص409.

[2] د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – شرط المصلحة في دعوى الإلغاء – دراسة مقارنة – القاهرة – دار النهضة العربية – 1994 – ص8.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم /263/ جلسة 1949/3/10 مذكور عند د. محمود حلمي – المرجع السابق – ص 411.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /3695/ جلسة 1996/10/26، المجموعة، ص223،

وشرط المصلحة يشكل الفارق الجوهري بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، فدعوى الإلغاء تختلف بداهة عن دعوى التعويض أركاناً وموضوعاً وحجية، وأخص ما في الأمر أنه بينما يكتفي في دعوى الإلغاء بأن يكون لرافعها مصلحة، فإنه يشترط في رافع دعوى التعويض أن يكون صاحب حق أصابته جهة الإدارة بقرارها الخاطئ بضرر، يراد رتقه وتعويضه عنه.

وعليه ولما كانت دعوى الإلغاء دعوى موضوعية جعلت لحماية المشروعية ومبدأ سيادة القانون، ومن ثم فإنها يجب أن تتسع إلى مدى بعيد، لأن الأفراد هنا إنما يقومون بمهمة فيها صبغة المصلحة العامة، إذ أنها تستهدف في النهاية الرقابة على أعمال الإدارة واحترام قواعد القانون. إلا أنه بالرغم من ذلك فإن المسألة لا يمكن أن تكون بغير ضابط، فقد لا تنقلب فيه دعوى الإلغاء إلى دعوى الحسبة المعروفة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية[1]. وعليه فقد استقر القضاء الإداري على أن استعمال هذه الدعوى مقيد بشروط المصلحة، وشرط المصلحة ضروري وكاف، وعليه فلا يشترط أن يكون هناك حقاً قد مسه القرار المطعون فيه[2].

ولهذا فإن شرط المصلحة لدعوى الإلغاء يعد المصفاة الحقيقية لها وشرطاً حتمياً لقبولها ولا بد من الرجوع في دراسته إلى أحكام وتطبيقات القضاء الإداري للوصول إلى دراسة كاملة له لعدم وجود نصوص تشريعية كاملة تعالج جزئياته[3].

---

[1] **دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية** : هي الدعوى التي يباح فيها لكل مسلم عدل يجتنب الكبائر ويؤدي الفرائض وتغلب حسناته سيئاته أن يرفعها دفاعاً عن حقوق الله الخالصة أو عن ما كان حق الله فيه غالباً. (د. مصطفى زيد أبو فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – الطبعة الثالثة 1966 – ص303).

[2] د. مصطفى زيد أبو فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – الطبعة الثالثة 1966 – ص297.

[3] لم ينص المشرع الفرنسي على شرط المصلحة كأحد شروط دعوى الإلغاء، وترك هذه المهمة للقضاء الإداري والفقه الذي يسلم بمبدأ عدم شغل المحاكم بدعاوى لا يفيد منها أحد. أما المشرع المصري فقد

وفي هذا الصدد فإنه وقبل التعرض للشروط الواجب توافرها في المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء، فإنه لا بد من بيان مفهوم الصفة في دعوى الإلغاء، والعلاقة بينها وبين شرط المصلحة.

الفرع الأول -العلاقة بين الصفة والمصلحة

لا يثور خلاف حول ضرورة توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، إلا أن الخلاف يثور حول توافر شرط الصفة في هذه الدعوى، وسنعمد لبيان هذا الخلاف من خلال دراسة رأي الفقه والقضاء في هذا الشأن.

أولاً – في الفقه:

في فرنسا: اختلف الفقهاء الفرنسيون حول تكييف العلاقة بين الصفة والمصلحة، إذ ذهب البعض إلى جعل الصفة عنصراً من عناصر المصلحة، استناداً إلى أن الصفة في القانون الإداري تقابل الشروط المتعلقة بالمدعي في القانون الخاص، والمصلحة في القانون الإداري تقابل الصفة في القانون الخاص، والضرر في القانون الإداري يقابل المصلحة في القانون الخاص[1].

في حين يرى جانب آخر أن الصفة هي العلاقة الخاصة التي ينبغي على الطاعن تثبيتها بين مركزه الخاص والمنازعة التي ينبغي على القاضي الحكم فيها، أما المصلحة فهي فكرة وظيفية ترتبط بغايتها، وهي تُنشِئ الصفة وهي أساسها[2].

نص في المادة /12/ من قانون مجلس الدولة المصري الحالي /47/ لعام 1972 على أنه لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية. وفي سورية نصت المادة /12/ من قانون مجلس الدولة /55/ لعام 1959 على أنه لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية.

[1]Kornprobost: La Notion de Partie et le Recource, pour Excès de Pouvoir ,these, paris , 1959, p.126.

[2]Thomas: La Notion de Interet dans le Recours pour Excès de Pouvoir, These , paris, 1972, p.260.

في حين ينطلق جمهور الفقهاء الفرنسيين إلى أن المصلحة هي أحد عنصري الصفة، والعنصر الآخر يخضع لقواعد القانون العام المتعلقة بالتمثيل القانوني لناقص الأهلية أو عديمها أو بسلطات الوكيل، أما بالنسبة للأشخاص الذين لهم حق تمثيل الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى فهم فقط يكون لهم صفة[1].

في مصر:ذهب جانب من الفقه إلى أن المصلحة تختلف عن الصفة في أن الأولى شرط لقبول الدعوى، إذ تقدم على مخاصمة القرار ذاته في حين أن الثانية شرط لمباشرة الدعوى أمام القضاء وإبداء الدفاع فيها، ذلك أنه قد يكون الشخص صاحب مصلحة تُجيز له طلب إلغاء القرار ومع ذلك لا يجوز له مزاولة هذه الدعوى بنفسه لقيام سبب من أسباب عدم الأهلية وبذلك يكون صاحب الصفة في هذه الحالة النائب أو الوصي[2].

وعليه ووفقاً لهذا الجانب فإن المصلحة تتميز عن الصفة، فقد يكون للشخص مصلحة ومع ذلك فلا صفة له في التقاضي، وقد تكون الصفة في التقاضي لغيره، فالصفة في الدعوى هي قدرة الشخص على المثول في الدعوى كمدعي أو مدعى عليه أو هي القدرة على رفع الخصومة إلى القضاء أو المثول أمامه لتلقيها[3].

في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الصفة في دعاوى الإلغاء تندمج في المصلحة، فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرارات، سواء كان رافع الدعوى هو الشخص الذي صدر بشأنه القرار المطعون

---

[1]L'aubadere, Traite de Droit Administratif, 1967, p435,

Chapus, droit du contentieux administratif, 1993 ,op.cit., p.338.

[2]د. فؤاد العطار – القضاء الإداري – دراسة مقارنة – طبعة 1963 – ص508.

[3]د. محمود حلمي – القضاء الإداري – عام 1977 – ص413.

فيه أم غيره[1]. ويرى الدكتور سليمان الطماوي أن شروط دعوى الإلغاء تقتصر فيما يتعلق برافعها على شرطين هما: الأهلية العادية للتقاضي ومن ثم المصلحة والصفة[2].

في سورية:يذهب الدكتور عبد الإله الخاني إلى أن الصفة في الخصومة، هي صفة من له المثول بذاته أو بواسطة ممثل في الدعوى كمدع أو كمدعى عليه، ولهذا يمكن التفريق بين الصفة في الخصومة وبين التمثيل، فالصفة في الخصومة خاصة بالطرف ذاته مجرداً عمن يمثله، أما التمثيل فهو خاص بالنائب عنه ولا يقصد به الوكيل المحامي، فالوكيل غير الممثل وقد لا تأتي الوكالة قانوناً لهذا المحامي إلا من الممثل نفسه، فالممثل شخصية وسط بين الهيئة والوكيل، ولا عبرة لكون هذه الشخصية أي المتوسطة محذوفة في بعض الأشخاص الطبيعيين، فهي موجودة عند البعض الآخر ماثلة في وصي المحجور وولي القاصر.

أما المصلحة كشرط لقبول الدعوى ومدى التباسها بالصفة، فإن الدكتور الخاني يذهب إلى أن المصلحة تغيب وتحضر، وقد توجد في أول عهد الدعوى، كما لو كانت لموظف مصلحة في إلغاء قرار ترقية زميل له لأنه يحل محله

---

[1] يذهب الدكتور محمد كامل ليلة إلى أن المصلحة توصف بأنها يجب أن تكون شخصية ومباشرة، ويقصد بهذا أن يكون رافع الدعوى هو نفس صاحب الصفة أو من يقوم مقامه بناء على نيابة قانونية أو اتفاقية، ومعنى ذلك أن المصلحة الشخصية المباشرة هي نفسها الصفة (د. كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – الرقابة القضائية – دراسة مقارنة –1967-1968 ص983.). كما يذهب الدكتور أنس جعفر إلى القول بأن شرطي المصلحة والصفة يندمجان في مجال دعوى الإلغاء، ذلك أنه ليس من الضروري أن تستند المصلحة المبررة لقبول دعوى الإلغاء إلى حق اعتدي عليه، فالصفة في دعاوى الإلغاء تندمج في المصلحة، فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرارات، سواء كان رافع الدعوى هو الشخص الذي صدر بشأنه القرار المطعون فيه أم غيره (د. أنس جعفر – الوسيط في القانون العام – القضاء الإداري طبعة 1978 – ص333.).

[2] د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – 1986 – ص507 وأيضاً الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص298.

بالترقية، وتزول هذه المصلحة إذا ما توفي هذا الزميل، أما الصفة فهي أمر آخر فتستمر طالما أن الدعوى قائمة، فإذا ألغيت مؤسسة التأمين والمعاشات، فإن الدعوى لا تنقضي لأنها توجه فوراً إلى الإدارة التي ورثت اختصاصاتها بوصفها خلف عام، والخلف والمخلوف شخص واحد، لم يزل والدعوى قائمة ومعها الصفة.

وعليه فالمصلحة هي مشروع حق قد يتحقق وقد لا يتحقق، وهي من بنية موضوعية، بينما الصفة من بنية إجرائية.

والمصلحة تأتي في أول الترتيب كشرط لقبول الدعوى، ثم تأتي بعدها الصفة ومن ثم التمثيل.والمصلحة بالاستناد لما سبق تعرف في إطار النزاعات الإدارية بأنها "مساس تصرف إداري بمركز أحد الأفراد، أما الصفة فهي قدرة الشخص على المثول في الدعوى كمدع أو كمدعى عليه".أما التمثيل فهو نيابة في ممارسة الصفة[1].

ثانياً – في القضاء:

في فرنسا: تبنى مجلس الدولة مبدأ استقلال الصفة عن المصلحة كشرط لدعوى الإلغاء، ويتضح ذلك من العبارات العديدة التي استعملها بصدد الصفة والمصلحة، والتي تؤكد العلاقة بينهما في مجال دعوى الإلغاء واستقلال كل منهما عن الأخرى وعدم الدمج بينهما، ومن هذه العبارات على سبيل المثال عبارة أن الطاعن له صفة ومن ثم له مصلحة Le requérant ayant qualité de intérêtوأن للطاعن صفة تعطيه مصلحةqualité lui doant intérêt، وأن الطاعن له صفة ومصلحة qualité et intérêt[2].

---

[1]د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الثالث – ص 295.

[2]Thomas: la notion de intérêt dans le recours pour excès de pouvoir thèse, paris, 1972, p.4.

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 4 نوفمبر 1977 في قضية النقابة الوطنية للصحفيين قسم ORTF وآخرين بأن غياب المصلحة يعطي النقابات الوطنية الممثلة في شخص ORTF الصفة في التقاضي ضد المراسيم التي أصدرها المدير المباشر لهذا الشخص وتوقيعه نيابة عنه[1].

في مصر: اتجه مجلس الدولة المصري إلى تأييد جانب الفقه الذي ذهب إلى دمج الصفة بالمصلحة في مجال دعوى الإلغاء مع عدم استعمال لفظ المصلحة فقط بل الصفة إلى جانب المصلحة.ويستند مجلس الدولة في اتجاهه المذكور إلى الطبيعة العينية أو الموضوعية لدعوى الإلغاء، وأن القصد منها تصحيح الحالات القانونية لإزالة كل أثر قانوني للقرارات غير المشروعة والمخالفة للقانون.

وبناءً على ذلك قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن شرط الصفة في دعوى الإلغاء إنما يندمج في شرط المصلحة، فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية، ومباشرة، مادية ،أو أدبية، أو محتملة لرافع الدعوى، وأن يكون في حالة قانونية أثر فيها القرار المطلوب إلغاؤه تأثيراً مباشراً[2].

وعلى هذا انتهت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه لما كان الثابت في ملف الرخصة أن المدعي اشترى المحل المرخص به بموجب عقد تنازل فيه البائع المرخص له عن الرخصة، إلا أنه لم يتم نقلها باسم المدعي وفقاً لأحكام المادة الآنف نصها، ومع ذلك تظل لهذا العقد أهميته في تبيان قيام مصلحة ظاهرة

---

[1]CE, 4-11-1977, syndicats national dans journaliStés section ORTF, et autres, p.428.

CE,3-5-1993,SOC,.industre deconstruction ,DA,1993,P.997.

CAA,Lyon,14-11-1993,SOC,combin,AJ ,1994,P.128.

[2]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة 1959/6/19. مجموعة السنة 13، ص213.

للمدعي في استمرار تشغيل المحل، ولما كانت الصفة في طلب إلغاء القرار الإداري تندمج في المصلحة فإن الدعوى تكون مرفوعة من ذي مصلحة مما يكفي لقبولها ويكون الدفع بعدم القبول غير قائم على أساس سليم[1].

ورغم أن مجلس الدولة المصري ذهب إلى دمج شرط الصفة في دعوى الإلغاء بشرط المصلحة إلا أنه عمد في بعض الأحيان إلى التمييز بينهما وذلك بالنسبة للأشخاص الاعتبارية (كإدارات الدولة والهيئات العامة) والتي تباشر نشاطها بواسطة موظفيها، إذ تثبت المصلحة في هذا الصدد للشخص المعنوي وفقاً لقانون تأسيسه. والصفة لمن يمثله، وذلك استناداً إلى أن الصفة عند الشخص الاعتباري لمن يختص قانوناً بتمثيله والتحدث باسمه، وأن الصفة في تمثيل الجهة الإدارية أمر مستقل عن الشخص الذي تسلم إليه صور الإعلانات.

وبذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة مردود عليه، بما جرى قضاء هذه المحكمة من أن الهيئات العامة تتمتع بشخصية اعتبارية، ورئيس مجلس إداراتها هو صاحب الصفة في النيابة عنها وتمثيلها في التقاضي[2].

<u>في سورية:</u> لم يعتمد مجلس الدولة السوري مسلك سلفه المصري في دمج الصفة بالمصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء، بل عدّها شرطاً منفصلاً لقبول دعوى الإلغاء. وبناء على ذلك يقوم القاضي بداية بالتأكد من توافر شرط الصفة، ويقضي بعدم قبول الدعوى في حال عدم توافره ودون أن يخوض في شرط المصلحة. وبذلك قضت محكمة القضاء الإداري بعدم قبول الدعوى وإن كان

---

[1] حكم الإدارية العليا المصرية بجلسة 1980/4/15 وكذلك حكمها في 9 ديسمبر 1980. وكذلك حكمها في الطعن /346/ بتاريخ 1992/12/13 – الموسوعة الحديثة، طبعة 1994 – ج33، ص157-158.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /959/ تاريخ 1987/11/22، الموسوعة الحديثة، طبعة 1994، ص171.

للمدعي مصلحة في إقامتها، لأن من مستلزمات إقامة دعوى الإلغاء توافر شرطي الصفة والمصلحة معاً، لأنهما متلازمان ابتداءً لصحة الخصومة فإذا كان المدعي في الدعوى لا يملك الصفة فإن دعواه تكون جديرة بعدم القبول[1].

إلا أن توافر الصفة في المدعي لا يغني عن وجوب توافر المصلحة فيه، وبذلك قضت محكمة القضاء الإداري بعدم قبول الدعوى لعدم توافر المصلحة في الطاعن على القرار الصادر بحرمان إحدى الشركات من الدخول في المناقصات والمزايدات والعقود بالتراضي ورغم توفر شرط الصفة فيه، كون اسم المدعي قد ورد في القرار ممثلاً للشركة لا بصفته الشخصية وعليه يتضح بأن القرار المذكور المطعون عليه، لا يحرم المدعي بصفته الشخصية من التعاقد مع الدولة وشركاتها ومؤسسات القطاع العام[2].

ونبني على ما تقدم أنه إذا بادر شخص بمخاصمة قرار لجنة المناقصة الصادر بإرساء المناقصة على أحد العارضين لمصلحة قد يجنيها من إلغاء القرار المذكور، فإن دعواه ستكون جديرة بعدم القبول إذا لم يكن من العارضين المشتركين بالمناقصة بالاستناد لانعدام صفته رغم إمكانية توافر المصلحة لديه.

كما أنه بالرجوع للمادة /5/ من المرسوم التشريعي /20/ لعام 1983 في فقرتها /3/ التي نظمت عملية طرح المقاسم الناتجة عن عملية الاستملاك للبيع

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /421/ تاريخ 2008/3/18، غير منشور.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /196/ لعام 1971، غير منشور.

وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنّه رغم توافر صفة المدعي في رفع الدعوى، إلا أن انعدام مصلحته جعل دعواه مرفوضة، هذا الأمر يؤكد منهج القضاء الإداري السوري في فصل الصفة عن المصلحة كشرط لدعوى الإلغاء، وعليه فلا مصلحة للشريك باستثمار المقلع بالطعن على قرار الإدارة القاضي بإخراج شريكه من الترخيص بالاستثمار، فرغم توافر صفة الشريك فيه إلا أن انعدام مصلحته يجعل من الدعوى غير مقبولة انظرحكم المحكمة الإدارية العليا السورية /197/ بالطعن /35/ لعام 1989، غير منشور.

بـالمزاد العلنـي، واشـترطت أن يكـون الإعـلان بـين المـالكين السـابقين للعقـار المستملك، والـذي نتجـت عنـه المقاسـم موضـوع الإعـلان، فلـو أن الإدارة خالفـت المـادة المـذكورة وقامـت بطـرح المقاسـم المـذكور للمـزاد لغيـر المـالكين، فـإن الطعـن علـى قـرار الإعـلان المـذكور وبالاسـتناد للمـادة المـذكورة، يحصـر صـفة الطـاعن بالمالك للعقار المستملك الذي نتجت عنه المقاسم.

الفرع الثاني – شروط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء

يجب لتوافر المصلحة لدى المدعي في دعوى الإلغاء أن تستكمل مجموعة من الشروط وهي:

1- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة.

2- أن تكون المصلحة مادية أو أدبية.

3- أن تكون المصلحة حقيقية أو محتملة.

4- أن تكون المصلحة مشروعة.

5- أن تتوافر المصلحة وقت رفع الدعوى.

أولاً-أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة:

يشترط الفقه والقضاء في المصلحة كشرط يجب توافره في رافع دعوى الإلغاء، أن تكون مصلحة شخصية intérêt personnel يؤثر فيها القرار المطعون فيه بالإلغاء بالمركز القانوني للطاعن تأثيراً شخصياً، ولا يكفي لقبول دعوى الإلغاء أن تكون هذه المصلحة شخصية فقط بل ينبغي أن تكون مباشرة Direct يؤثر القرار المطعون فيه بالإلغاء في المركز القانوني للطاعن تأثيراً مباشراً.

وإذا كانت فكرة المصلحة الشخصية المباشرة تثير بعض الصعوبات في فرنسا بسبب عدم استنادها لنص تشريعي، وإنما تستند للمبدأ القاضي بأنه لا دعوى بلا مصلحة والذي من خلاله يمارس القاضي الإداري وفقاً لظروف الدعوى سياسة قضائية تعطي لفكرة المصلحة معناً مرناً، إلا أنّه في مصر وسورية لا تثير فكرة

المصلحة الشخصية المباشرة أية صعوبات لاستنادها لنصوص تشريعية في كلا البلدين، حيث ينص قانونا مجلس الدولة السوري والمصري[1]على أنه "لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية".

ولقد توسّع القضاء الإداري في تفسير مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة وذلك لتوسيع نطاق قبول دعوى الإلغاء التي تعد ضماناً أساسياً لحماية حقوق الأفراد من اعتداءات الإدارة، ولتوسيع رقابته على أعمال الإدارة لإلزامها باحترام القانون والالتزام بأحكامه.

وبالاستناد لذلك فقد انطلق الفقه والقضاء الإداري في تعريف المصلحة الشخصية المباشرة بأنها "الحالة التي يكون الطاعن فيها في مركز قانوني خاص متميز عن سائر الأفراد، وغير مندمجة بالمصلحة العامة التي نص القانون على الأشخاص الممثلين لها، ويؤثر فيها القرار المطعون فيه بالإلغاء تأثيراً مباشراً[2]. وانتهى مجلس الدولة المصري إلى أن من شروط قبول الدعوى أن تكون هناك مصلحة شخصية ومباشرة مادية كانت أم أدبية لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرار المطعون فيه بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه ويكون من شأنه أن يؤثر فيها تأثيراً مباشراً وإلا عدت الدعوى غير مقبولة شكلاً[3].

ويترتب على اشتراط كون المصلحة في دعوى الإلغاء شخصية ومباشرة النتائج الآتية:

---

[1] المادة /12/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959، والمادة /12/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972م.

[2] د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص149.

CE, 26-3-1982, Chabroux.,Rec., p.138.

CE, 27-10-1989, Segherts.DA1989,p.835.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /2536/ تاريخ 29 /1/ 1995 وحكمها الصادر في 1993/2/7، الموسوعة الحديثة، ط1994، ص158 وما بعدها.

1- لا يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون للمدعي حق أثر فيه القرار محل الطعن كما هو الحال في دعاوى القضاء الكامل، التي يشترط فيها أن يكون هناك حق شخصي للمدعي قد تضرر، وذلك استناداً للطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء، كونها تدور حول مشروعية القرار الإداري ذاته، ويكتفى فيها بتوافر المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن دون الحق[1]، فإذا انتفت هذه المصلحة انتفت الدعوى لعدم قيام سببها استناداً على أن المصلحة هي مقياس الدعوى. وقد استقر القضاء الإداري على تأكيد ذلك على فرض أنه لا يلزم لقبول دعوى الإلغاء أن يكون المدعي ذا حق مسه القرار المطعون فيه بل يكفي أن يكون له مصلحة شخصية مباشرة مادية كانت أم أدبية في طلب الإلغاء وذلك بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار من شأنها أن تجعله يؤثر تأثيراً مباشراً في مصلحة جدية له[2].

2- إن المصلحة الشخصية المباشرة ينبغي أن تكون محسوسة Saisissable وقائمة actuel، وإن اشتراط ضرورة الاعتداء المباشر على المصلحة يرجع إلى الطابع الشخصي أو بالأحرى الفردي لها، لتفادي الآثار التي قد تترتب على صدور أحكام في الدعاوى التي لا تتوافر فيها مصلحة مباشرة والتي قد تضر بمصلحة الآخرين[3].وتطبيقاً لذلك فإن للمدعي مصلحة شخصية مباشرة في إلغاء القرار طالما أنه كان ممن اشتركوا في المناقصة

---

[1] د. محمد كامل ليلة – المرجع السابق – ص997.

Jean Rivero – Jean Waline: droit administrative, Dalloz, 20ed , 2004, p529.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في الطعن رقم /2159/ لسنة 35 ق جلسة 1992/3/7 – منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة – السنة 37 –آذار–1993 ص193 وما بعدها.

[3] R.Chapus.: droit de contentieux administratif, 5ed Monctchrestien 1996, p.362.

لتوريد أغذية لمصلحته وأن لجنة البت استبعدت عطاءه وأرست المناقصة على غيره[1].كما أن التاجر – الذي يقيم دعواه في مناقصة عامة تمت بالمخالفة للقواعد العامة المنظمة لشروط الاشتراك فيها والتي كانت تنطبق عليه – ذو مصلحة شخصية مباشرة[2].

3- حرص القضاء الإداري على عدم قصر المصلحة الشخصية المباشرة على المصلحة الخاصة بفرد معين، بل مدها إلى المصلحة الجماعية المشتركة التي تهم أعضاء الجماعة ،أو الهيئة التي تمثلها، ومتصلة مباشرة بنشاط يهمهم، ويستوي في ذلك أن يكون القرار لائحياً أو فردياً[3].

وعليه فإن اجتهاد القضاء الإداري مستقر على قبول الدعاوى الجماعية[4] على أساس وجود مصلحة شخصية مباشرة لأعضاء الجماعة. وتطبيقاً لذلك فقد قبل مجلس الدولة السوري الدعوى المقامة من الجمعية الفلاحية للطعن في قرار الإدارة الصادر بالإعلان عن مناقصة، لتغطية أحد الأنهار التي يستفيد منها أعضاء الجمعية في سقاية أراضيهم، لوجود مصلحة شخصية مباشرة لأعضاء الجمعية والمصلحة الشخصية الجماعية للجمعية تتحقق في حالة ما إذا كان ثمة ضرر أصاب أعضاءها بصفتهم وبسبب مباشرة المهنة، وهذا يتحقق بالضرر الذي

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1956/11/19. مجموعة أحكام المجلس – ص143.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1947/5/20. المجموعة، ص345.

[3] CE,13-1-1975,Da.Silva et CFDT.P.16.

CE,18-12- 1981, comm. Devergaze, p.1109.

CE,2-12-1991, commune de Megeve , p.1110.

[4] CE, 3 Octobre 1994, Synd. Autonome des enseignants de médecine, DA 1994, No 673, R.F.D.A. 1994, p.1237.

وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية /582/ بالطعن /839/ لعام 1992. غير منشور.

يلحق أعضاء الجمعية من جراء منعهم من سقاية أراضيهم من النهر المراد تغطيته مما يمس بشكل مباشر زراعتهم[1].

ويختلف الحال فيما لو اقتصر أثر القرار المطعون فيه بالإلغاء على المساس بمصلحة عضو معين من أعضاء الجماعة ولا يؤثر على المصالح المشتركة لأعضائها فإنه لا يجوز لهذه الجماعة رفع دعوى الإلغاء ضد هذا القرار الإداري أمام القضاء الإداري، فالمصلحة الشخصية المباشرة يجب أن تتوافر فيمن يرفع دعوى الإلغاء فإذا انتفت تبعاً لها دعوى الإلغاء ويقضى برفضها مهما كانت صلة الطاعن بصاحب المصلحة الشخصية[2].

كما أنه إذا اتحدت المصلحة الشخصية المباشرة بين عدة أشخاص جاز لهؤلاء الأشخاص معاً رفع دعوى إلغاء واحدة وذلك لتفادي عدة دعاوى بتعدد ذوي المصالح وتخفيفاً على الأفراد الذين لا ينتمون خاصة إلى جماعة أو طائفة تتمتع بالشخصية المعنوية[3].

ثانياً-أن تكون المصلحة مادية أو أدبية:

ساوى القضاء الإداري في المصلحة الشخصية التي يستند إليها المدعي في رفع دعوى الإلغاء بين المصلحة المادية والمصلحة الأدبية[4]، فقضت محكمة القضاء الإداري المصرية على أنه لايلزم لقبول دعوى الإلغاء أن يكون المدعي ذا حق مسه القرار المطعون فيه بل يكفي أن يكون له مصلحة شخصية مباشرة مادية

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /351/ بالدعوى /1401/ تاريخ 2007/3/22 غير منشور.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /127/ بالطعن /150/ لعام 1974، المجموعة، ص287.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1988/1/13 – الموسوعة الحديثة – ص133.

[4] CE,8-2-1908, abbe Diliard, AJDA,127.

كانت أم أدبية في طلب الإلغاء وذلك بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار من شأنها أن تجعله يؤثر تأثيراً مباشراً في مصلحة جدية له[1].

والمصلحة المادية هي التي تتجه إلى محو الآثار المادية التي تترتب على تنفيذ القرار الإداري المطلوب إلغائه أو هي المصلحة التي تتجه أساساً إلى تحقيق آثار مالية للطاعن. كالمصلحة التي يحققها الطاعن من إلغاء قرار حرمانه من الدخول بالمناقصات والمزايدات إنما تتمثل بإمكانية الدخول في المناقصات والمزايدات التي تعلن عنها الإدارة بحيث تتحقق له معها مصلحة مادية.

أما المصلحة الأدبية فهي المصلحة التي تتجه إلى تحقيق فائدة أدبية للطاعن من خلال محوها الآثار الأدبية التي ستترتب على تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء والتي تمس سمعته الأدبية. ولقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الدعوى لعدم توافر المصلحة الأدبية في الدعوى التي أقامها أحد كتّاب العقود الذي كلفته الإدارة بعمل مشروع لتحديد وتقسيم الأراضي لإلغاء قرار المحافظ الخاص بإدخال بعض التعديلات على مشروعه لما سيترتب على هذا القرار من المساس بسمعته المهنية وذلك لعدم منح هذه السمعة الطاعن مصلحة أدبية للطعن بالإلغاء على قرار المحافظ السالف الذكر[2].

ولقد أقّر القضاء الإداري لنفسه حق تفسير المصلحة الأدبية مقرراً بأن العبرة بتوافر المصلحة للمحكمة المختصة وفقاً لما تراه وليس وفقاً لما يدعيه الخصوم[3].وإذا ما أسس المدعي دعواه على مصلحة مادية ثم زالت هذه المصلحة

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في الطعن رقم /2159/ لسنة 35 ق جلسة 1992/3/7 – منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة – السنة 37 – آذار– 1993 ص193 وما بعدها.

[2] CE, 26-5-1965, Lerquemain. Rec, p.302.

[3] CE,5-3-1948, Willame et autres. Rec, p.117.

أثناء نظر الدعوى وتخلف عنها مصلحة أدبية فلا تنقضي دعواه لوجود مصلحة له.

ثالثاً- أن تكون المصلحة حقيقية أو محتملة:

قَبِل القضاء الإداري في المصلحة المبررة لقبول دعوى الإلغاء أن تكون هذه المصلحة حقيقية أو محتملة، وذلك رغبة منه في توسيع وتسهيل قبول إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وحتى لا يوجد في النظام القانوني ما يعكّر مبدأ المشروعية أو ينال منه.

والمصلحة الحقيقية أو المؤكدة هي المصلحة التي تتمثل في حصول المدعي على فائدة مؤكدة مقدماً من وراء إلغاء القرار الذي يطلب إلغاءه[1]، ويستوي في ذلك أن تكون المصلحة المحققة مادية كانت أم أدبية تبرر الطعن بالإلغاء. وبذلك قبلت محكمة القضاء الإداري المصرية دعوى الإلغاء متى وجدت مصلحة شخصية محققة لرافعها[2].

أما المصلحة المحتملة فتتمثل في عدم حصول المدعي على فائدة مؤكدة مقدماً من وراء إلغاء القرار الذي يطلب إلغاءه وإن كان من المحتمل أن يترتب على هذا الإلغاء منع ضرر مادي أو أدبي قد يصيبه أو يهيئ له فرصة مغنم محتملة.

ومن ذلك حالة الإعلان عن طلب العروض، التي قررت فيها لجنة المناقصة بعد فضها لمغلف الأوراق الثبوتية استبعاد عرض شخص ما، فإذا ما طعن هذا الشخص في قرار الاستبعاد فإن مصلحته تكون محتملة على فرض أن

---

[1] Auby (J.M) et Drago (R): Traite de conteutieuse administrative, T2, 1975, p.203.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1952/3/11، المجموعة، ص395.

طلب العروض بالنهاية قد لا يرسو عليه بعد فض العروض الفنية والمالية ومقارنتها.

وقد برر الفقهموقف القضاء الإداري من توسيع نطاق قبول الطعن بالإلغاء ليشمل المصلحة المحتملة إضافة للمصلحة الحقيقية المؤكدة بالمبررات الآتية[1]:

1- عدم وجود نص في قوانين مجلس الدولة يشترط أن تكون المصلحة حقيقية.

2- إن هذا التوسع يتماشى مع طبيعة دعوى الإلغاء كقضاء عيني موضوعي يحمي مبدأ المشروعية ويفتح أبوابه لأكبر عدد ممكن من ذوي المصالح المشروعة في الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية غير المشروعة.

3- إن تقيد دعوى الإلغاء بمدة قصيرةلرفعها يستوجب عدم انتظار الطاعن حتى تصبح مصلحته محققة وإلا انقضت هذه المدة ولا يصبح أمامه سوى قضاء التعويض.

4- أن المصلحة المحتملة تكفي بحد ذاتها لضمان جدية الدعوى، خاصة أن طبيعة دعوى الإلغاء تختلف عن الدعوى العادية.

رابعاً-أن تكون المصلحة مشروعة:

يشترط الفقه والقضاء الإداري أن تكون المصلحة التي يستند إليها الطاعن بالإلغاء مشروعة[2] وقانونية وتهدف إلى حماية وضع قانوني وأخلاقي يقره القانون، وهذا يشمل أنواع القواعد القانونية كافة في الدولة سواء أكانت عرفية ،أم قضائية ،أم تشريعية ،وبصرف النظر عما إذا كانت هذه الأخيرة دستورية أم عادية أم

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص301. وكذلك د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص154.

[2] د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – الرقابة القضائية – دار النهضة العربية – 1967-1968 ص 1030 : حيث عدّ أن الشرط الجوهري بالمسبة للمصلحة في دعوى الإلغاء أن تكون شخصية بالإضافة إلى وجوب أن تكون مشروعة ومعقولة (أي على قدر من الأهمية).

عرفية، وذلك تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضي بتطبيق القوانين والآداب السائدة في المجتمع على الناس كافة وأيضاً احترامها[1].

خامساً-أن تتوافر المصلحة وقت رفع الدعوى:

يجب لصحة دعوى الإلغاء أن تتوافر المصلحة للطاعن يوم رفع الدعوى، فإذا تخلفت في ذلك الوقت كان على المجلس أن يقضي بعدم قبول الدعوى وهذه القاعدة لا خلاف عليها. إلا أن السؤال الذي يثور هنا، هل يجب أن تستمر المصلحة أثناء نظر الدعوى وحتى الفصل فيها ؟ وبعبارة أخرى هل يجعل تخلف المصلحة أثناء نظر الدعوى – بعد أن تحققت المصلحة في البداية – القاضي ملزماً بالحكم بعدم قبولها ؟وما هو الحل إذا توافرت المصلحة وقت رفع الدعوى ثم انتفت بعد رفعها وقبل صدور الحكم ؟.

---

[1] د. عبد العظيم عبد السلام – المرجع السابق – ص203.

وبالاستناد لذلك فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدم من الآنسة Rushton ضد قرار الإدارة الذي رفض تعويضها عن الأضرار التي أصابتها نتيجة موت خليلها بفعل الإدارة واستند مجلس الدولة في هذا الرفض إلى أن القانون لا يحمي العلاقات غير المشروعة وأن المصلحة التي استندت إليها الطاعنة في دعواها غير مشروعة وغير قانونية

CE, 11-5-1928, Rushton. Rec, p.329.

كما أقّر مجلس الدولة المصري توافر المصلحة المشروعة في حكمه الصادر 1989/10/1 لطالبة منتسبة لكلية الآداب جامعة عين شمس في الطعن بالإلغاء في قرار عميد الكلية الذي يحظر دخولها الكلية مرتدية النقاب الذي تضعه على رأسها، على أساس أن لها مصلحة شخصية قائمة يؤثر فيها القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً إذا حظر ارتداء النقاب الذي تضعه المطعون ضدها وتتمسك به صدوراً عن عقيدة لديها على سند من مذهب شرعي يركيه بما يضفي المشروعية أيضاً على مصلحتها الشخصية القائمة في الدعوى (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1316/ سنة 34 ق جلسة 1989/10/1.)

في الفقه:

انقسم الفقه الإداري في إجابته على هذا التساؤل إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:ذهب إلى الاكتفاء بتوافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى دون استمرار وجودها حتى تاريخ الفصل فيها مستندين في ذلك إلى أنه من المعروف عن دعوى الإلغاء في فقه القانون الإداري أنها يجب أن تتاح لأكبر عدد من الأفراد لما فيها من فائدة محققة للأفراد والمصلحة العامة أيضاً، ذلك أن الأفراد الذين يتقدمون بها إلى القضاء إنما يدافعون عن سيادة القانون ويعاونون في الرقابة على أعمال الإدارة لتكون دائماً مطابقة للقانون.وعليه فالواجب وفقاً لهذا الجانب الفقهي أن تتوفر المصلحة عند رفع الدعوى ولا يهم ما إذا كانت ستبقى بعد ذلك أم تتخلف، فهذا الأمر من شأنه أن يؤثر على الحكم في الموضوع إلا أنه لا يجوز مطلقاً أن يؤثر في قبول الدعوى ذاتها، والقول بغير ذلك معناه أن يغلق المجلس عينه عن قرارات إدارية باطلة لا شك في بطلانها، وتفلت هذه القرارات من رقابته وتغدو رقابة المجلس لغواً لا فائدة منها[1].

أما **الاتجاه الثاني:**فقد اتجه بالقول إلى ضرورة توافر شرط المصلحة من يوم رفع الدعوى حتى الحكم فيها، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عواملتتمثل أساساً في التخفيف من عبء القضايا التي تعرض على القضاء الإداري والتقليل من حالات التصادم بين الإدارة والقضاء، على أساس أن دعوى الإلغاء لا تخرج عن كونها خصومة قضائية، وذلك على الرغم من تميزها بأنها دعوى عينية تقوم على اختصام القرار الإداري وأن الحكم الصادر فيها بإلغائه يعدمه ويكون حجة على الكافة.

أما القول أن ضرورة توافر شرط المصلحة من يوم رفع الدعوى وحتى الحكم فيها يؤدي إلى الإضرار بالكثيرين الذين يستفيدون بالإلغاء لسبب أو لآخر

---

[1]د. مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – 1966 – ص303.

فهو حسب هذا الفقه غير مقبول، وذلك لأن هؤلاء الأشخاص كان أمامهم الطريق مفتوحاً للطعن بالإلغاء فإذا أهملوا الرخصة التي خولت لهم فليس لهم إلا أن يلوموا أنفسهم[1].

في القضاء:

<u>في فرنسا:</u> استقر اجتهاد القضاء الإداري على الاكتفاء بقيام المصلحة التي تجيز رفع دعوى الإلغاء وقت رفع الدعوى ودون اشتراط استمرارها لحين الفصل فيها، وذلك كضمان جدية الدعوى واستناداً لتقديره شرط المصلحة كأحد شروط قبول دعوى الإلغاء وقت رفع الدعوى وأيضاً إلى الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء وأن الغرض منها حماية مبدأ المشروعية فإذا انتفت المصلحة الخاصة بالطاعن فإن المصلحة العامة المتمثلة في إلغاء القرار الإداري غير المشروع حماية لمبدأ الشرعية تبقى قائمة وهي كافية لقبول الدعوى[2].

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي بيَّن أن زوال المصلحة أثناء نظر الدعوى بسبب قيام الإدارة بإزالة عيب عدم المشروعية الذي شاب القرار المطعون فيه كقيامها بسحب هذا القرار، فإن المحكمة في هذه الحالة تتخلى عن نظر الدعوى وتقضي بانتهاء الخصومة لانتفاء موضوعها وليس بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة[3]، على فرض أن الطعن بالإلغاء قد أصبح مفرغاً من محتواه.

أما إذا اقتصر تدخل الإدارة على إصلاح وضع الطاعن فقط، فإنّه وحسب اتجاه المجلس لا تنتهي الدعوى في هذه الحالة لبقاء المصلحة الجماعية التي تبرر الاستمرار فيها.فإذا أصدرت الإدارة قراراً تنظيمياً غير مشروع وترتب عليه المساس

---

[1] د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص515. و د.فؤاد العطار – المرجع السابق – ص506.

[2] CE, 28-5-1971 , Damassio. Rec, p.391.

[3] CE,, 15-10-1969, Forasette. Rec. P.437.

بالعديد من مصالح الأفراد الشخصية ورفع أحدهم دعوى الإلغاء ضد هذا القرار، ثم أصلحت الإدارة الوضع بالنسبة لهذا الطاعن فقط فلا تنتهي هذه الدعوى لبقاء المصلحة الجماعية التي تبرر الاستمرار في الدعوى[1].

في مصر:استقر اجتهاد القضاء الإداري المصري على ضرورة توافر شرط المصلحة من يوم رفع الدعوى وحتى صدور حكم نهائي فيها[2]، مبرراً ذلك أن المصلحة هي مناط الدعوى فيتعين توافرها وقت رفعالدعوى وأن يستمر وجودها ما بقيت الدعوى لكونها شرط مباشرتها وأساس قبولها، فإذا كانت هذه المصلحة منتفية من بادئ الأمر كانت الدعوى غير مقبولة، أما إذا زالت بعد قيام الدعوى وأثناء سيرهاقضى بانتهاء الخصومة.

وقد بيَّنت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه يتعّين توافر المصلحة ابتداء كما يتعين قيامها حتى صدور حكم نهائي، بفرض أن لفظ (الطلبات) الواردة بنص المادة /12/ من قانون مجلس الدولة[3] كما يشمل الدعاوى يشمل أيضاً الطعون المقامة على الأحكام الصادرة فيها بحسبان أن الطعن هو امتداد للخصومة بين الطرفين وأن للقاضي الإداري بما له من هيمنة إيجابية على إجراءات الخصومة الإدارية – التحقق من توافر شرط المصلحة وصفة الخصوم – في ضوء تغير المراكز القانونية لأطرافها وذلك حتى لا يُشغَل القضاء الإداري بخصومات لا جدوى من ورائها[4].

---

[1]CE, 29-7-1927,SimulA,les BON,Rec-p.849.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1993/3/6. و حكمها بتاريخ 1994/1/16، وحكمها أيضاً بالطعن /2866/ تاريخ 1995/12/13، وحكمها أيضاً بالطعن /2536/ تاريخ 9 /1995/6.

[3]تنص المادة /12/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972 على أنه "لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية".

[4]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /11992/ سنة 47 ق تاريخ 2006/5/27 موجود على موقع مجلس الدولة المصري على شبكة الانترنت.

في سورية:استقر اجتهاد مجلس الدولة السوري على اعتبار أن المصلحة هي مناط الدعوى، مما يتوجب معه توافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى واستمرارها ما بقيت الدعوى قائمة لكونها شرط مباشرتها وأساس قبولها، فإذا كانت المصلحة قائمة في بادئ الأمر ثم زالت بعد إقامة الدعوى أو أثناء مسيرتها أضحت الدعوى غير مقبولة أو غير ذات موضوع، ولا مصلحة للمدعي في السير فيها[1].

وقد فسر جانب من الفقه اجتهاد مجلس الدولة السابق بكون دعوى الإلغاء هي دعوى حديثة العهد في بلدنا وما زالت الإدارة تحس نحوها بنوع من النفور والعداء وبالتالي فلا مبرر بالاستمرار في النظر هذه الدعوى عندما تزول مصلحة رافعها[2].

من جانبنا نقول أن الدعوى هي وسيلة الطاعن للحصول على حق مسه القرار الطعين، والمصلحة من الدعوى هي الفائدة التي يجنيها الطاعن من استخدامه للدعوى كوسيلة للحصول على حقه، مما يمكن القول معه بأن سبب الدعوى هي المصلحة وترتيباً على ذلك فإن زوال السبب أو انقطاعه إنما هو بمثابة إعدام لوجود الدعوى ومبرر لعدم استمرارها.

المطلب الثالث: المدة التي يتوجب فيها رفع الدعوى

لما كان الأصل في دعوى الإلغاء أنها تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية، وكان المنطق الحقوقي يقضي بأن لا يستمر التصرف غير المشروع وما يستتبع من الناحية النظرية عدم ضرورة تقييد دعوى الإلغاء بفترة زمنية معينة، إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن أن نعرض الإدارة للاضطراب

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر في 1963/3/24 غير منشوروكذلك حكمها رقم /92/ لعام 1987. مجموعة عام 1978 ص105.

[2] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص226.

وعدم الاستقرار نتيجة إبقاء القرارات الإدارية مشكوكاً في أمرها ومهددة بالإلغاء في كل لحظة، وإنما يجب أن تستقر هذه القرارات نهائياً بعد مضي مدة معينة قصيرة يمكن خلالها لذوي الشأن الطعن فيها. لذلك فقد اتجه المشّرع في كل من فرنسا ومصر وسورية إلى تحديد مدة زمنية معينة للطعن بإلغاء القرارات الإدارية متجهاً إلى تقييد دعوى الإلغاء بنطاق ضيق، فيما يتعلق بالأجل الذي حدده من أجل تقديمها إلى القضاء.

وعليه فقد حدد المشّرع الفرنسي ميعاد رفع الدعوى Le délai recours بسبب تجاوز السلطة بشهرين[1]. أما المشّرع المصري والسوري فقد حددا ميعاد رفع الدعوى إلى المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء بستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون في الجريدة أو النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن[2].

وتتجلّى الحكمة من تحديد هذا الميعاد القصير في ضمان استقرار الأوضاع القانونية[3]، حتى لا يترك باب الطعن على القرارات الإدارية مفتوحاً لأجل غير مسمى، إضافة لتأمين الحماية الكافية للحقوق المكتسبة من هذه القرارات،

---

[1]Art/R.421-1/ du Code de justice administrative /515-2009/7-5-2009.

وتبدأ مدة الشهرين في فرنسا وفقاً للمادة المذكورة من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية لجمهورية فرنسا أو من تاريخ تبليغه لصاحب الشأن. والمدة كشرط في الدعوى لا تشمل الدعاوى المتعلقة بالأشغال العامة ومن تطبيقات مجلس الدولة في هذا الصدد:

CE,30-12-2009,Mizael,n311599.

CE,17-11-2008,Entrprise Aubelec, précité par Daniel Chabanol,Code de justice administrative,paris ,LE MONITEUR 2010, p.426.

وبموجب هذه الأحكام لم يشترط المجلس المدة في إقامة الدعوى.

[2] المادة /24/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972م. والمادة /22/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959م.

[3]د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – الرقابة القضائية – ص1040.

فضلاًعما لدعوى الإلغاء من أثر حاسم وخطير على القرارات الإدارية المحكوم بإلغائها، إذ أنها تعد كأن لم تكن[1].

هذا ويتميز ميعاد الطعن بالإلغاء بالخصائص الآتية:

1) ميعاد دعوى الإلغاء هو ميعاد قصير[2].
2) وهو ميعاد كامل Franc بمعنى عدم احتساب اليوم الأول ولا اليوم الأخير في تحديده.
3) يعدّ ميعاد دعوى الإلغاء من النظام العام فلا يصح اتفاق بين الإدارة والأفراد على مخالفته باتفاقات خاصة.

وعليه سنتناول دراسة هذه المدة من خلال تحديد بدء ميعاد الطعن بالإلغاء وامتداده والآثار التي تترتب على انقضائه.

الفرع الأول – بدء ميعاد الطعن بالإلغاء:

الأصل أن المدة المحددة للطعن بالإلغاء تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه القرار المطلوب إلغاؤه معلوماً بشكل رسمي من قبل أصحاب العلاقة، وقد حدد المشّرعان المصري والسوري وسيلتين لثبوت العلم بالقرار الإداري وبدء سريان ميعاد الطعن فيه، وهما: النشر والإعلان، فقضيا بأن ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء هو ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري

---

[1] د. عبد الغني بسيوني – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق – ص125 ود. علي شفيق – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص125 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1983/4/10 مذكور عند الدكتور محمد ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – الكتاب الأول– ص489.

[2] د. محمد كامل ليلة – المرجع السابق – ص1041.

المطعون فيه في الجريدة أو النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن[1].

وإذا كان ظاهر النص المتقدم يوحي أنه لا يفرق بين القرارات الإدارية التنظيمية (التي تتناول جماعة غير محددة من الأفراد) والقرارات الإدارية الفردية (التي تخاطب أفراداً بذواتهم) وبالتالي فهو لا يفرق في طريق الإعلام: النشر أو الإعلان، إلا أنه وحسب الفقه الإداري[2]، فإن التفسير الحرفي لا يعبّر عن حقيقة الحال بل يتجاوز قصد المشّرع لأن المفروض أن تلحق كل طريقة بنوع القرارات التي يتفق معها، وإن القول بغير ذلك يؤدي إلى إهدار الحكمة التي يقوم عليها كل من النشر ،والإعلان. وعلى هذا سار اجتهاد القضاء الإداري عندما عدّ أن ميعاد رفع دعوى الإلغاء إلى المحكمة يبدأ من تاريخ النشر بالنسبة للقرارات الإدارية التنظيمية أو اللائحية ومن تاريخ إعلان صاحب الشأن بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية، ما لم يرد نص صريح على خلاف ذلك[3].

إلا أنه إضافة للوسيلتين السابقتين لإعلام صاحب الشأن بالقرار الإداري وبدء سريان ميعاد الطعن فيه، قرر اجتهاد القضاء الإداري وسيلة ثالثة تتمثل بالعلم اليقيني لصاحب الشأن بالقرار الإداري.

وسنعمد لدراسة كل وسيلة من هذه الوسائل الثلاثة على حده.

---

[1] المادة /22/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959 والمادة /24/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972.

[2] J.Rivero ,J.Waline.op.cit., p.554.

وأيضاً د.عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 229.

[3] CE, 12-11-1951, Hachetle. Rec, p.245.

أولاً – النشر

بين الفقيهان "أوبي "و" دراغو"بأن النشر ينطوي على الطرق المختلفة التي تسمح بنقل قرار عام أو خاص إلى علم عدد محدد من الأشخاص[1].كما عرفه جانب آخر بأنه "إعلام الجمهور بمحتويات القرارات التي تصدر عن الإدارة حتى يكونوا على بينة فيها"[2].

والنشر حسب الفقه والاجتهاد الإداريانهو الإجراء الذي يعّتد به لبدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء للقرارات الإدارية التنظيمية بصفة أساسية[3] ويعدّ حجة على الكافة ودليلاً على العلم به[4].

وحتى يحقق النشر الهدف منه بحسبانه بداية لسريان ميعاد الطعن بالإلغاء، لا بد أن يكون شاملاً لعناصر القرار الإداري ومضمونه بطريقة واضحة يتيح لكل صاحب مصلحة أن يطلع عليه ويعلم بتفاصيله ومحتواه[5]. فإذا ما لجأت السلطة المصدرة للقرار إلى تلخيص القرار التنظيمي فإن هذا التلخيص يجب أن يكون وافياً للغرض[6].

والنشر كوسيلة للإعلان يجب أن يتم بعد استيفاء القرار الإجراءات اللازمةكافة، وعليه إذا نشر قرار صادر من سلطة محلية قبل أن تصادق عليه

---

[1]Auby et R. Drago: Traite de contentieux administratif, T1, p.908.

[2]د. عبد الله طلبة – المرجع السابق – ص235.

[3]د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص128 ود. محمد كامل ليلة – المرجع السابق – ص1043.

[4]د. يحيى الجمل – المرجع السابق – ص381.

[5] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق –ص236 ود. خالد عبد الفتاح محمد – دعوى الإلغاء في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا – دار الكتب القانونية – المحلة الكبرى – 2008 ص212.

[6]د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص130 ود. مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – المرجع السابق – ص328.

سلطة الرقابة الإدارية فإن هذا النشر يصبح عديم الجدوى فيما يتعلق ببدء سريان المدة.

والأصل أن يترك للإدارة حرية اختيار وسيلة النشر التي ترى أنها تتلاءم وعلم الكافة، كالنشر في الجريدة الرسمية أو في النشرات المصلحية، إلا أنه إذا حدد القانون وسيلة معينة للنشر وجب على الإدارة اتباعها.وعليه إذا اشترط القانون أن يتم النشر عن طريق الجريدة الرسمية، فإن قيان الإدارة بالنشر عن طريق توزيع قرار على أقسام المصلحة أو عن طريق لصقه على لوحة الإعلان لا يُغني عن الوسيلة التي أوجبها القانون، الأمر الذي يستتبع معه بقاء ميعاد الطعن مفتوحاً.

وتطبيقاً لذلك اشترط قانون النشر في سورية لبدء نفاذ القرارات الوزارية المتضمنة نظاماً عاماً أن يتم نشرها في الجريدة الرسمية[1]، وعليه لايسري ميعاد الطعن بالإلغاء بحق ذوي الشأن إذا ما تم نشر هذه القرارات بوسيلة أخرى.

ثانياً - الإعلان:

يقصد بالإعلان الوسيلة التي تنقل بها الإدارة القرار الإداري الفردي إلى علم الفرد أو الأفراد المخاطبين[2]. والإعلان هو الإجراء الذي يعتد به لبدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء للقرارات الإدارية الفردية، وعليه فلا يسري هذا الميعاد إذا تم نشر القرار في الجريدة الرسمية، على فرض أن هذا الميعاد يسري بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية عن طريق إعلان صاحب الشأن[3].

والقاعدة العامة أن الإعلان لا يخضع لأي إجراء شكلي معين إلا أنه يجب أن يكون مؤدياً إلى العلم التام بمحتويات القرار وبأسبابه إذا كان الإعلان

---

[1] المادة (5/ج) من قانون النشر رقم /5/ لعام 2004م في سورية.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرج السابق ص132 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /588/ سنة 7 ق جلسة 1962/12/8 مذكور عند د. ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – الكتاب الأول ص478.

[3] CE,18-1-1993.Breakman , Sirey, 1993, p.62.

عن هذه الأسباب لازماً، فإذا ما أغفل هذه البيانات كان الإعلان باطلاً ويظل باب الطعن على القرار مفتوحاً[1].

ويشترط لكي ينتج الإعلان أثره كنقطة بدء سريان الميعاد أن يتم بصورة سليمة وإلا فقد الإعلان قيمته[2].وعليه إذا كان الإعلان موجهاً إلى شخص كامل الأهلية فإنه يتم بوقوعه له شخصياً في موطنه الحقيقي أو في موطنه المختار له، وفي حال تعدد الأشخاص الموجه إليهم القرار، فإنه يجب أن يعلنوا جميعاً بأشخاصهم بمضمون القرار وفحواه.أما إذا كان القرار قد صدر في مواجهة شخص معنوي كالشركات والجمعيات فيكون الإعلان إلى ممثل هذا الشخص المعنوي أو من ينوب عنه قانوناً[3].

وإذا كان من مستلزمات الإعلان أن يوجه إلى الشخص المخاطب بالقرار فإن تبليغ شقيق الملتزم المتعاقد بالقرار إذا كان المتبلغ غير مقيم في موطن شقيقه هو تبليغ لا يحقق الغاية منه وتبقى مدة الطعن على القرار مفتوحة[4].

في حين أن الإخطار بالتبليغ الموجه من الإدارة إلى العنوان المعين في عرض المشتري والتبليغ الجاري على هذا الأساس هو إجراء سليم من الناحية القانونية ولا مطعن عليه بصرف النظر عن شخصية المتبلغ سواء أكان مقيماً معه في دار واحدة أو غير مقيم إذ لا يشترط في مكان التبليغ أن يكون دار سكن بل قد يكون متجراً أو خلافه، فالمهم أن يصل التبليغ إلى المكان المعين في العرض ولذا يكون التبليغ قد تم على وجه قانوني منتجاً لآثاره[5].

---

[1] د. خالد عبد الفتاح محمد – دعوى الإلغاء – مرجع سابق – ص215.

[2] CE, 22-11-1994. Reynaud. R.D.P. 1994, p.403.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /588/ تاريخ 1962/12/8. مذكور سابقاً.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /42/ بالقضية /210/ لعام 1978 مجموعة عام 1978، ص318.

[5] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /307/ لعام 1978. غير منشور.

أما في حال اشتراك عدة مزايدين في مزايدة كمزايد واحد فإنه يحق للإدارة أن تكتفي بتبليغ أحدهم الكتب الصادرة عنها بشأن البيع فإذا تخلى آخرون عن دفع المترتب عليهم من ثمن العقار حق للإدارة فسخ العقد ومصادرة التأمينات[1] حيث يكفي لعدّ التبليغ قانونياً وسارياً بحق جميع المزاودين إبلاغ أحد المزايدين طالما أن اشتراكهم كان كمزايد واحد[2]. وفي حال رفض المدعي تبليغ القرار الموجه إليه فإن هذا الرفض لا يؤثر على اعتباره متبلغاً بصورة أصولية وتطبيقاً لذلك فإن رفض المتعهد المرشح تبلغ أمر المباشرة لا يؤثر على عدّه متبلغاً بصورة أصولية وفقاً لأحكام الفقرة /أ/ من المادة /68/ من نظام عقود هيئات القطاع العام الإداري الصادر بالمرسوم التشريعي /228/ لعام 1969 وبالتالي فإن انسحابه من تنفيذ المشروع يكون غير قائم على سبب يبرره[3].

ويقع عبء إثبات حدوث الإعلان على الجهة الإدارية المعنية، فلا يبدأ سريان الميعاد إذا لم يتم الإعلان أو في حالة عدم تقديم الدليل على حصوله من طرف الإدارة ولا تقبل حجة الإدارة في هذه الحالة بأنها لا تعرف عنوان صاحب الشأن وإذا استحال تحديد تاريخ الإعلان فلا يبدأ سريان الميعاد ومن باب أولى في حالة عدم وجود إعلان[4]. وبناءً عليه انتهى مجلس الدولة السوري إلى أنه حيث إن الإدارة المدعى عليها لم تثبت بأنها قامت بتبليغ المدعي القرار المطعون فيه إثر صدوره أو تبليغه له بتاريخ معين بل اكتفت بأنها أبلغته دون إثبات ذلك، وأضافت أن القرار نشر في الجريدة الرسمية وحيث أن المدعي كان موفداً خارج البلاد وقت

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /31/ بالقضية /41/ لعام 1978، مجموعة 1978، ص322.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /219/ بالطعن /311/ لعام 1978، مجموعة 1978، ص202.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري /311/ بالقضية /424/ لعام 1978، المجموعة ص567. وحكم المحكمة الإدارية العليا /112/ بالطعن /216/ لعام 1978 المجموعة ص171.

[4] CE, 13-6-1951, Coldberger. Rec, p.61,

صدور القرار، وأنه لم يتبلغه شخصياً ولهذا لا يمكن سريان الميعاد في حق المدعي إلا بعد تبليغه القرار[1].

والأصل أن يترك للإدارة حرية اختيار وسيلة الإعلان، فقد يكون إثبات حصول الإعلان مستمداً من توقيع صاحب المصلحة على أصل القرار أو صورته بالعلم وأحياناً يكتفى بمحضر التبليغ الذي يحرره الموظف المنوط به إجراء التبليغ ويجوز قبول إيصال البريد كقرينة يمكن إثبات عكسها إذا ما أرسل التبليغ بكتاب عن طريق البريد.

إلا أنه إذا حدد القانون وسيلة معينة للإعلان وجب على الإدارة اتباعها، وبناء على ذلك فإن قرار الإدارة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة يجب أن يتم إعلانه للمتعهد بإحدى الوسائل التي نصت عليها المادة (65/ب) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 والتي قضت بأن تعتبر جميع التبليغات والمراسلات والإخطارات والإنذارات التي ترسل من الجهة العامة إلى المتعهد صحيحة متى سلمت شخصياً أو لوكيله أو لممثله القانوني أو متى أرسلت إلى موطنه المختار أو لوكيله أو ممثله القانوني بالبريد أو المسجل أو بالبرق أو التلكس يثبت مضمونه بكتاب مسجل، أو بإحدى الوسائل المقبولة للإثبات قضائياً إلى العنوان المعين من قبله في العقد ويعدّ مبلغ حكماً هذه المراسلات والإخطارات والإنذارات:

1) فوراً في حال تسليمها له أو لوكيله أو ممثله القانوني.
2) خلال(48) ساعة إذا أرسلت برقيا أو بالتلكس.
3) خلال خمسة أيام للعقود وذلك إذا أرسلت بالبريد المسجل إلى موطنه المختار المحدد في العقد.

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /143/ بالقضية /394/ لعام 1978 المجموعة- ص165. وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية /60/ بالطعن /92/ لعام غير منشور1979.

وفي حال تعذر التبليغ وفق ما ورد في هذه المادة فللجهة العامة عن الاقتضاء أن تبلغه في إحدى الصحف المحلية.

بالاستناد للمادة المذكورة التي حددت وسائل تبليغ المتعهد بالبريد المسجل أو بالبرق أو التلكس، فإن قيام الإدارة بتبليغ المتعهد بأي بوسيلة أخرى يعدّ غير صحيح، ويبقى ميعاد الطعن بالقرار الصادر عن الإدارة مفتوحاً، وعلى هذا انتهى مجلس الدولة عندما اعتبر أنه يعدّ تبليغ العارض صاحب العرض المقبول نهائياً بقبول عرضه بموجب الفاكس تبليغاً غير قانوني ولا يعتد إلا بالتبليغ الجاري وفق أحكام المادة /30/ من المرسوم رقم /195/ لعام 1974 التي تنص على أن تبلغ الجهة المتعاقدة صاحب العرض المقبول نهائياً قبول عرضه خلال فترة سبعة أيام من تصديقه من المراجع المختصة وذلك إما بالبريد المسجل أو ببرقية يثبت مضمونها بكتاب مسجل ويعدّ التبليغ جارياً في هاتين الحالتين من تاريخ إيداع البريد المسجل أو إرسال البرقية إليهما. حيث إن وسائل التبليغ جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال مما جعل سلوك الإدارة التبليغ بواسطة الفاكس أمر لا يتفق ونص القانون[1].

ثالثاً – العلم اليقيني

تعّد نظرية العلم اليقيني نظرية قضائية المنشأ من صنع مجلس الدولة الفرنسي الذي كان له السبق بظهورها، حيث لم تستند هذه النظرية على نصوص قانونية لتنظيمها سواء في فرنسا أم في مصر وسورية، إنما استقر عليها اجتهاد القضاء الإداري، حيث يقوم العلم اليقيني بالقرار في بعض الحالات مقام النشر أو الإعلان وذلك في حالة عدم وجودهما، ويبدأ سريان الميعاد بالنسبة لمن علم

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم /250/ لعام 2004 غير منشور.

بالقرار علماً يقينياً من تاريخ ذلك العلم ويقع عبء إثبات ذلك العلم على جهة الإدارة[1].

وقد برر جانب من الفقه دافع القضاء الإداري الحقيقي وراء سياسته تجاه هذه النظرية في عدم الإبقاء على بعض الدعاوى قائمة بصورة أزلية ومواعيدها مفتوحة إلى ما لا نهاية، فاستعان بالعلم اليقيني ليحد من هذه الدعاوى من حيث الحكم حفاظاً على سير المرافق العامة وعلى استقرار الأوضاع القانونية[2].

وقد وضع الفقهاء تعاريف متعددة للعلم اليقيني، وإن كانت هذه التعاريف تدور حول معنى واحد. فقد عرف الفقيه Chapusالعلم اليقيني بأنه العلم بصدور القرار الذي يدفع إلى سريان مهلة الطعن بالنسبة لأولئك الذين توافر لديهم العلم[3].

بينما ذهب كل من الفقيهين "أوبي" و" دراغو" إلى أن العلم اليقيني هو التصور الذي يتيح مع غياب العلم بالقرار القول بأن مهلة الطعن يمكن أن تبدأ في السريان متى ثبت بطريقة أو بأخرى أن صاحب المصلحة قد توافر لديه العلم بالقرار علماً يقينياً[4].

وقد عرفه حديثاً الفقيه Xavier cabbanes بأنه نظرية تسري بحسبها مهلة الطعن القضائي حيال الشخص الذي توافر لديه العلم الكافي بالقرارات الإدارية على الرغم من أن هذه القرارات لم تكن موضوعاً لإعلان رسمي [5].

---

[1]د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – المرجع السابق – ص1056.

[2]د. رأفت فودة – النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية، 1998 – ص134 – ص71.

[3]Chapus(R): Droit du contentieux administratif, 7, 1997, p.538.

[4]Aubey et drago, Traite des recours en matiere administratif 1992,litec, p.290.

[5]Xavier cabbanes , La theorie de la connaissance aquise au la peau de chagrim R.D.P. 2000,p.1797

أما الدكتور سليمان الطماوي فيعرف العلم اليقيني بوصول القرار إلى علم الأفراد بطريقة مؤكدة عن غير طريق الإدارة[1].

ويعرفه الدكتور عبد الله طلبة بأنه قيام قرينة قاطعة على علم صاحب الشأن بمحتويات القرار ومؤداه عن طريق الوسائل غير المنصوص عليها في القانون (النشر والإعلان)[2].

وقد اختلف موقف الفقه والقضاء من نظرية العلم اليقيني وفقا الآتي:

في فرنسا: كان مجلس الدولة الفرنسي ومنذ فترة بعيدة يعدّ أن العلم اليقيني للطاعن بالقرار الإداري يقوم مقام النشر والإعلان[3].إلا أنه تراجع فيما بعد عن الاتجاه المذكور مفترضاً من حيث المبدأ أن العلم اليقيني الذي لا يستند إلى نشر أو إعلان لا يؤدي إلى بدء سريان المدة [4]، إلا أنه في ذات الوقت أخذ بنظرية العلم اليقيني ولكن في حدود ضيقة، وهو ماجعل الفقه الفرنسي يتجه للقول أن مجلس الدولة الفرنسي وضع مفهوماً ضيقاً للعلم اليقيني[5]. ومن الحالات الحديثة التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي بنظرية العلم اليقيني:

1- حالة من يتقدم بالطعن القضائي ضد قرار بغرض إلغاءه أو وقف تنفيذه حيث تبدأ المدة من تاريخ الإحالة إلى المحكمة بمعنى من تاريخ وضع الطعن رهن نظرها[6]. على أن مجلس الدولة لم يقر العلم اليقيني إلا في الحالات التي قدم خلالها طعن قضائي بصورة فعلية، وعليه عدّمجلس

---

[1] د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية- مرجع سابق- 1991 - ص602.

[2] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص237.

[3] CE, 29-1-1909, Broe, Rec, p.99.

CE, 4 Octobre 1905, Martin. preite

[4] CE, 21-4-1921, croix. Exauffier, Rec, p.393.

[5] Chapus(R): contentieux administratif, 1999, 7e, p.542.

[6] CE, 28 Février, 1994, E.p., Desboist. DA 1994, p.1105.

الدولة الفرنسيأن تقديم صاحب الطعن طعنه أمام القاضي الإداري وطلباته الختامية بالتعويض استناداً إلى عدم مشروعية القرار لا يؤدي إلى تحريك مهلة الطعن بتجاوز السلطة[1]، وأن طلب أحد الجيران إثبات سقوط رخصة البناء لجاره لا يستشف منها العلم اليقيني بهذه الرخصة المراد إسقاطها[2].

2- حالة أعضاء السلطات المتداولة، فعلم أعضاء المجالس واللجان أو أي جهة تضم أعضاء يتداولون لقرار فيما بينهم فيما يصدر عنها من قرارات يفتح ميعاد الطعن بالنسبة لهم من اليوم الذي تمت فيه تلك الجلسة. ويعدّ حكم Martin أحد كبرى الأحكام التي كانت موضوع حديث الفرنسيين حيث كان الأمر يتعلق بقرار صادر بقبول الطعون الموجهة بطريق الغير ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، وأوضح الحكم أن مهلة الطعن ضد قرار بطريقة أعضاء جمعية مداولة يسري من تاريخ الجلسة التي تم خلالها تبني هذا القرار[3].وعليهعدّمجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادربتاريخ 2002/6/2 أن أعضاء المنظمات الجماعية يكتسبون العلم بالقرار من يوم الجلسة التي تم خلالها تبنيه[4]. وقد أصبح هذا الحكم موضوعاً لتطبيقات قضائية متعددة بحيث إن حضور الطاعن جلسة المداولة للمجلس متخذ القرار حاسماً في علم الطاعن.

3- حالة النشر غير المباشر L'hypothese du publication indirecte de l'acte altaque وفي هذ الحالة أيضاً يسلم مجلس الدولة الفرنسي بأن العلم اليقيني بالقرار الإداري المطعون فيه يشكل نقطة بداية سريان

---

[1]CE, 5 Decembre 1994 , chambre regional de gommera et d'industrie du languedoc – Roussillon. Rec, p.1105.

[2]CE, 27-Juin-2005, M. et mm. N.278337.

[3]CE, 4-10-1905, Martin, précité.

[4]CE, 2 Juillet 2002 , hospital local de valence,s d'ageb N,229893.

مهلة الطعن في فرضية خاصة بوجود نشر للقرار، ويلاحظ هنا أن النشر يعّد غير مباشر، ويستنتج ذلك مثلاً من الإعلان الحائطي أو النشر أو الإعلان لقرار لاحق تستتبع بالضرورة الإشارة إلى وجود قرار آخر لم يصدر بشأنه إعلان رسمي، ولكن هذا القرار الأخير يجب أن يكون قد تم التنويه عنه بطريق القرار المنشور أو المعلن مع مراعاة أنه يجب التنبيه على مراعاة التحفظ الواجب بشأن الحالة التي يكون فيها القرار الكاشف مرسوماً لائحياً، إذ أخذ مجلس الدولة بصورة كاملة بوجوب نشر المراسيم في الجريدة الرسمية[1].

في مصر:

الفقه: لم يكن هناك إجماع بين الفقهاء حول هذه النظرية، وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى ضرورة عدم الأخذ بهذهالنظرية، وذلك لقلة الفائدة التي تعود من تطبيقها من وجهة نظرهم.ويأتي في مقدمة هذا الاتجاه الدكتور سليمان الطماوي والذي يرى أن فكرة العلم اليقيني من الناحية العملية محل نظر، فالعلم اليقيني باللائحة عديم الفائدة لأنه إذا أغلق سبيل الطعن بالنسبة إلى فرد أو أفراد بذواتهم فإن سبيل الطعن سيظل مفتوحاً لباقي من يهمهم الأمر حتى تنشر، وكذلك بالنسبة للقرارات الفردية فإنهإذا ما حتم القانون تسبيها فلن يجدي في هذه الحالة العلم بمنطوق القرار حتى ولو شرعت الإدارة في تنفيذه جبراً، لأن الأفراد يجب أن يعلموا بأسبابه وهذا لن يتيسر إلا عن طريق الإعلان، أما القرارات الفردية غير المسببة فإن مجلس الدولة المصري يستلزم في نطاقها شروطاً عسيرة التحقق عملياً مما يجعل فكرة العلم اليقيني شبه مشلولة[2].

---

[1]CE, 16 Avril 1996, union des industries chimiques. Req. N136488.

[2]د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء – 1967 – ص642.

وقد وافق الدكتور الطماوي جانب من الفقه الذي ذهب للقول أنه يجب على الإدارة شهر القرارات الإدارية التي تصدرها ويمكنها ذلك عن طريق النشر والإعلان خاصة بعد تطور وسائلها وانتشارها مما لا يبرر الاستعانة بوسيلة أخرى لم ينص عليها القانون، وأنه من الصعب على الإدارة إثبات التاريخ الذي يتم فيه علم صاحب الشأن علماً يقينياً بالقرار الصادر في شأنه بينما يسهل عليها إثبات النشر والإعلان، وأن صعوبة إثبات العلم اليقيني وتاريخه يترتب عليه أن يظل ميعاد الطعن في القرار الإداري مفتوحاً مما يؤدي إلى عدم استقرار الأوامر الإدارية وكذا المراكز القانونية الذاتية، وأن عدم الاعتداد بنظرية العلم اليقيني من شأنه أن يحمي حقوق الأفراد من تعسف الإدارة، إذ قد تبدأ الإدارة بتنفيذ قراراتها قبل الإعلان للأفراد متذرعة في ذلك بأنهم يعلمون بها علماً يقينياً على خلاف الحقيقة وهذا من شأنه أن يضر بمصالح الأفراد، وأن عدم الاعتداد بنظرية العلم اليقيني من شأنه أيضاً أن يوفر الوقت الذي يستغرقه القضاء الإداري في بحث قيام العلم اليقيني في حق المدعي أو عدم قيامه ومن ثم قبول الدعوى أو عدم قبولها، وهذا من شأنه أن يساعد القضاء على تخفيف حدة بطء العدالة الإدارية[1].

أما الاتجاه الثاني: فذهب إلى جواز الاعتماد على نظرية العلم اليقيني على نحو ما أخذ به مجلس الدولة المصري وذلك لما تتسم به من مرونة علاوة على اعتمادها على الواقع الفعلي[2].

ووفقاً لهذا الفقه فإن العلم القاطع – العلم اليقيني بالقرار الإداري – أولى أن يؤخذ به من الأخذ بمجرد قرينة العلم مثل النشر أو الإعلان بخطاب مسجل

---

[1] د. محمد عبد العال المساري، نفاذ القرارات الإدارية – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – 1981 – ص124.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – 1996 – ص527.

إلى موطن الموجه إليه وقد لا يسلم إليه شخصياً[1]، كما يضيفون إلى أنه يعتد بالعلم اليقيني في حساب ميعاد الطعن بالإلغاء إن كان موصلاً بيقين وكفاية لصاحب الشأن العلم بكامل مضمون القرار ومحتوياته وعناصره الأساسية التي تمكنه من تحديد موقفه إزائه[2].

القضاء: انتهى مجلس الدولة المصري منذ بداية أحكامه إلى أن المعول عليه في حساب بدء سريان ميعاد رفع الدعوى إلى المحكمة هو إعلان القرار الإداري أو نشره ويقوم مقام الإعلان العلم الحقيقي الذي يسمح لصاحب الشأن بمعرفة مؤدى القرار ومحتوياته معرفة يقينية[3].والعلم اليقيني وفقاً لمجلس الدولة المصري لا يزال يجد أرضاً خصبةً ومكاناً فسيحاً وتمسكاً واضحاً منه في تطبيقه واستمرار أحكامه على الأخذ به في الوقت الحالي[4].

في سورية:

الفقه: لم يؤيد الفقه في سورية الأخذ بنظرية العلم اليقيني لبدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء بحق من يوجه إليه القرار الإداري وذلك بالاستناد إلى أن الفترة المحددة للطعن بالقرارات الإدارية تعد فترة قصيرة (ستين يوم) من أجل إفساح المجال أمام الأفراد للجوء إلى القضاء، وبالتالي يجب الابتعاد عن الإجراءات كافة،التي تؤدي إلى تقصير هذه المدة كنظرية العلم اليقيني. إضافة إلى أن نص المادة /22/ من قانون مجلس الدولة /55/ لعام 1959 جاء واضحاً في تحديد الطرق الواجب اتباعها من قبل الإدارة بقصد تبليغ صاحب الشأن بمضمون القرارات الإدارية ومحتواها عندما ذكرت بأن ميعاد رفع الدعوى إلى المحكمة فيما

---

[1] د. محمود حلمي – القرار الإداري – دار الاتحاد العربي للطباعة – القاهرة 1985 – ص245.

[2] د. محمد فؤاد عبد الباسط – القرار الإداري – ص2005 – دار الجامعة الجديد للنشر – ص406.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /157/ جلسة 1947/4/30 المجموعة، ص 119.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1082/ جلسة 1993/3/21 مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام 1993 – ص 942.

يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح أو إعلان صاحب الشأن. وعليه فنظرية العلم اليقيني لن تكون في صالح الأفراد[1].

القضاء: ذهب مجلس الدولة في الاتجاه المخالف عندما قرر أن الوسيلة الطبيعية لإعلان صاحب الشأن بالقرارات الإدارية الفردية هو تبليغها إليه ولو كانت هذه القرارات مما أوجب القانون نشرها حتى تنفذ قانوناً وبالتالي فإن ميعاد الطعن بها ينقضي بمضي مدة الستين يوماً من تاريخ تبليغها إلا إذا ثبت علم صاحب الشأن بالقرار علماً حقيقياً لا ظنياً ولا افتراضياً وشاملاً لمحتويات القرارات بطريق أخرى فعندئذٍ يجري حساب الميعاد من تاريخ هذا العلم بفرضأنه قد تحقق بوسيلة أخرى غير النشر والإعلان[2]. وعليه فإن الميعاد يسري بحق من صدر القرار بمواجهته من تاريخ نشر أو إعلانه أو من تاريخ العلم اليقيني به[3].

وحيث إن نظرية العلم اليقيني لم تستند على نصوص قانونية لتنظيمها، ولهذا كان من البديهي أن يضع القضاء شروطاً لتطبيق هذه النظرية والتي تبرز من خلال مطالعة أحكام القضاء في هذا الشأن وفقاً للآتي:

1. أن يحصل العلم بالقرار الإداري بغير طريق النشر والإعلان:

وهذا شرط بديهي ومنطقي، إذ لو حصل العلم عن طريق النشر أو الإعلان فإن صاحب الشأن يكون قد علم أساساً بالوسائل الأساسية التي نص

---

[1] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – المرجع السابق – ص239.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /178/ بالقضية /238/ لعام 1972. مجموعة عام 1972 ص489.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /53/ بالطعن /628/ لعام 1996 مجموعة عام 1966 ص424.

عليها القانون لشهر القرار الإداري في حق الأفراد، وبذلك تكون وسيلة أقوى من العلم اليقيني ومن ثم لا داعي إلى اللجوء إلى أي وسيلة أخرى[1].

فالأصل أن العلم بالقرار الإداري يجب أن يكون وفقاً لما حدده المشّرع عن طريق النشر والإعلان أما الاستثناء فهو العلم اليقيني بالقرار الإداري علماً حقيقياً لا ظنياً ولا افتراضياً وشاملاً لمحتويات القرار بطريقة أخرى فعندئذٍ يجري حساب الميعاد من تاريخ هذا العلم بفرض أنه قد تحقق بوسيلة أخرى غير النشر والإعلان[2]. ويتحقق شرط حصول العلم بغير طريق النشر والإعلان في حالة تراخي الإدارة أو في حالة عدم قيامها أساساً بالنشر أو بالإعلان وهنا يأتي دور صاحب الشأن لحدوث العلم ويكون ذلك إما عن طريق اجتهاده الشخصي كأن يكون قد اطلع على القرار بنفسه قبل نشره أو إعلانه، أو قد لا يكون قد اجتهد في حصول العلم إلا أنه اطلع على القرار مصادفة عن طريق شخص آخر بلغه بوجود القرار وبمضمونه أو أن يقوم الشخص نفسه بتنفيذ القرار فعلاً مما يدل على علمه به، أو تقوم الإدارة باتخاذ إجراءات في مواجهة صاحب الشأن لتنفيذ قراراها قبل أن تبلغه إليه، مما يتحقق معه علم صاحب الشأن[3].

ولكن هذا العلم لا يكون علماً يقينياً إلا إذا ظهر دليل أو واقعة أو ظهرت قرينة تدل على علمه بالقرار. فقد يتقدم صاحب الشأن بتظلم كتابي ضد القرار يشرح فيه مضمون القرار وفحواه أو قد يقوم بتنفيذ القرار من جانبه تنفيذاً مادياً فيعد هذا التنفيذ قرينة على علمه به، وتطبيقاً لذلك فالعارض الذي يتقدم باعتراضه على قرار لجنة المناقصة أمام آمر الصرف إنما يعدّ دليلاً على علمه اليقيني

---

[1] د. محمد فوزي نويجي – العلم اليقيني بالقرار الإداري – دار النهضة العربية – القاهرة – رقم الإيداع – 1936 – 2004 ص129.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعنين /956 و 958 / سنة 5 قضائية جلسة 1962/4/14 وحكمها بالطعن /201/ سنة 18 قضائية جلسة 1977/4/24 المجموعة 912.

[3] د. محمد فوزي نويجي – العلم اليقيني بالقرار الإداري – مرجع سابق – ص132.

بالقرار محل الطعن. كما أن حضور العارض جلسة المناقصة التي يعترض على قرارها ويطعن عليه بالإلغاء دليلاً على علمه اليقيني به.

2. أن يكون العلم بالقرار الإداري علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً:

إذا كان القضاء قد وضع نظرية العلم اليقيني بالإضافة إلى وسيلتي النشر والإعلان، فإنه يؤكد دائماً في أحكامه على أن يكون علم صاحب الشأن علماً حقيقياً مؤكداً ليس فقط بوجود القرار بل بمضمونه و عناصره ومحتوياته وأسبابه كافةإن كانت له أسباب معلنة[1].

ولما كان هذا العلم على خلاف الأصل فمن المتعين الاستيثاق من حصوله، فإذا لم يوجد دليل قاطع على علم المدعي اليقيني بصدور القرار فلا يفترض علمه به[2].

ونهج القضاء الإداري المذكور أصبح من المسلمات في كل قضية تعرض عليه في هذا الشأن بل إن التحقق من ذلك أمر تجريه المحكمة من تلقاء نفسها بغير حاجة للدفع به لتعلقه بالنظام العام[3]. وإذا لم يثبت علم صاحب الشأن بالقرار

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية /42/ بالقضية /215/ لعام 1978 مجموعة مبادئ عام 1978 ص318.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /421/ سنة 6 قضائية جلسة 1953/3/24 مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً، ص219.

فالمعول عليه في بدء سريان ميعاد الطعن هو إعلان الأمر أو نشره ويقوم مقام الإعلان العلم الحقيقي الذي يسمح لصاحب الشأن بمعرفة مؤدى القرار ومحتوياته معرفة يقينية لا ظنية ولا افتراضية ولا وزن في حالة افتراض العلم لبدء سريان الميعاد. (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1082/ جلسة 1993/3/21 وحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /178/ بالقضية /238/ لعام 1972، مذكور سابقاً).

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /1270/ سنة 5 قضائية جلسة 2 /1954/5، مذكور سابقا.

الإداري علماً يقينياً مفصلاً لمحتويات القرار بل قام على الافتراض في حقه فإن المحكمة ترفض هذا الافتراض[1].

وتطبيقاً لذلك فإن تبليغ الموفد الإنذار المالي المتضمن وجوب تسديد نفقات الإيفاد بتاريخ 1994/4/20 وذلك بعد الطلب إليه العودة إلى القطر، يجعل من المدعي عالماً علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً بقرار اعتباره بحكم المستقيل بتاريخ 1994/4/20 على وجه التحديد مما يجعل معه توجيه دعوى الإلغاء ضد قرار اعتباره بحكم المستقيل بتاريخ 1995/5/3 واقعاً خارج الميعاد المحدد لدعوى الإلغاء مما يجعل من الدعوى جديرة بعدم القبول[2].

3. إثبات حصول العلم في تاريخ معين:

إذا كان القضاء قد استوجب أن يكون العلم اليقيني علماً حقيقياً بمؤدى القرار ومحتوياته لا ظنياً ولا افتراضياً فقد أوجب أيضاً إثبات حصول هذا العلم على وجه اليقين في تاريخ معين يمكن حساب الميعاد منه[3]. حيث إن ميعاد رفع الدعوى لا يجري في حق صاحب الشأن إلا من التاريخ الذي يتحقق معه إعلامه

---

[1] د. محمد فوزي نويجي – مرجع سابق – ص137.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /50/ بالطعن /727/ لعام 1998 مجموعة المبادئ لعام 1998 ص413.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 21 /1950/7، مجموعة السنة الرابعة، ص949.
كما قضت ذات المحكمة بأنه يثبت حصول هذا العلم بما يفيد أن صاحب الشأن قد تأكد من وجود القرار ومحتوياته وأسبابه إن كانت له أسباب، والفائدة التي تعود من إثبات حصول هذا العلم هو احتساب ميعاد التظلم منه من بداية علم صاحبه به، كما أن في ذلك دلالة على وصول القرار لصاحب الشأن وتأكده من وجوده ومشتملاته، وعليه فإذا كانت العبارة التي وردت في صحيفة الدعوى لا تعدو أن تكون قولاً عاماً لا يدل بذاته على أن المدعي قد علم بالقرار المطعون به علماً يقينياً في تاريخ معين يمكن حساب الميعاد منه فلا وجه والحالة هذه للتحدي بمثل هذا العلم الذي يقوم مقام الإعلان أو النشر ومن ثم يكون الدفع بعدم القبول على غير أساس سليم من القانون حقيقياً بالرفض (حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /431/ سنة 2 قضائية جلسة 1949/3/16).

عما تضمنه القرار المطعون فيه ويتعين أن يثبت ذلك من تاريخ معلوم يمكن معه حساب الميعاد[1].

وتطبيقاً لذلك فإن حضور المدعي جلسة المناقصة التي صدر فيها قرار الإرساء إنما يفيد على علمه اليقيني بقرار الإرساء بتاريخ الجلسة بحيث يبدأ الميعاد بحقه من هذا التاريخ سواء للطعن عليه مباشرة بالإلغاء أو بالتظّلم فيه.

كما أنه إذا أقر ذو الشأن بعلمه بالقرار المطعون فيه في تاريخ معين ولم يكن في الأوراق ما يدل على علمه به قبل ذلك التاريخ فإنه يتعين أخذ المُقِر بإقراره[2].

4. أن يكون العلم اليقيني منصباً على جميع عناصر القرار ومشتملاته:

استقر القضاء الإداري على أن العلم اليقيني الذي يقوم مقام الإعلان أو النشر هو الذي يسمح لصاحب الشأن بمعرفة مؤدى القرار ومحتوياته معرفة تامة[3]، فلا يكفي العلم بوجود القرار بل يجب العلم اليقيني بمضمونه وعناصره ومحتوياته وأسبابه كافة ،إن كانت له أسباب، بحيث يتيسر لصاحب الشأن بمقتضى هذا العلم أن يحدد مركزه القانوني من القرار، ومعرفة مواطن العيب فيه، وهل مس مصلحته أم لا[4].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /4736/ جلسة 1997/11/23 سنة 35 قضائية، الموسوعة الحديثة، ص787.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /116/ سنة /1/ قضائية جلسة 1953/5/10، مجموعة السنة السابعة، ص403.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /1206/ جلسة 1953/11/18 وحكمها بجلسة 1953/12/20، مجموعة السنة 8 – ج1 – ص274.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعنين /3478، 3357/ سنة 36 قضائية جلسة 1993/5/8. وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالدعوى /560/ جلسة 1953/2/11 سنة 5 قضائية. وحكمها بالدعوى /1860/ تاريخ 1954/4/12. وحكمها بالقضية /398/ جلسة 1951/3/14، مجموعة السنة الخامسة، ص708.

الفرع الثاني – امتداد ميعاد دعوى الإلغاء

إن ميعاد دعوى الإلغاء المحدد من قبل المشّرعيعدّ من النظام العام أي يجب الالتزام بحدوده ورفع الدعوى خلاله وإلا سقط حق صاحب الشأن بالطعن في القرارات الإدارية المعيبة الصادرة في مواجهته. ويترتب على ذلك أنه يجوز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد في أية حالة تكون عليها الدعوى كما يجوز أن يقدم لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا ومن ناحية أخرى فإن للمحكمة أن تتصدى لهذه المسألة من تلقاء نفسها وأن تقضي بعدم قبول الدعوى إذا تبين أن رفعها قد تم بعد فوات الميعاد.

وأخيراً فإنه لا يجوز الاتفاق بين أصحاب الشأن أو بينهم وبين الإدارة على تعديل هذا الميعاد أو مدّه أو وقفه على خلاف الأوضاع القانونية المحددة لأنه يتصل بحجية القرارات الإدارية ،وليس لأحد سوى المشّرع أن يعدل أو يمد أو يوقف هذا الميعاد، إلا أنه ونظراً للدور المهم الذي يقوم به القضاء الإداري في ابتداع وإنشاء وإرساء المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم المنازعات الإدارية المتلائمة مع طبيعة وظروف هذه المنازعة التي تختلف اختلافاً واضحاً عن مثيلاتها من المنازعات المدنية، فقد استقرت أحكامه على الاعتداد بحالات معينة لوقف وقطع ميعاد رفع دعوى الإلغاء، مما يعطي صاحب الشأن الحق في رفع الدعوى بالرغم من مضي الميعاد وتكون الدعوى مقبولة، وينشأ ذلك الوضع نتيجة قيام سبب من أسباب وقف سريان الميعاد أو قطعه[1].

---

[1]J.Rivero ,J.Waline ,op.cit.,p.555.

CE, 5-1-2000,Cne de Macot –la –plagne ,AJDA,2000,P.17.

CE, 21-11-2001 ,Epoux Hoffmann ,D.,2002 ,P.697.

أولاً: وقف الميعاد

ويقصد به أن يتجّمد الميعاد عند الحد الذي وصل إليه وقت حدوث السبب الموقف – كالقوة القاهرة – على أن يستكمل جريان هذا الميعاد بعد زوال هذا السبب الموقف، فمن المتفق عليه أن الميعاد المقرر بالقانون لا يسري في حق كل من يستحيل عليه أن يباشر الإجراءات القانونية الضرورية للحفاظ على حقوقه ولهذا فليس من المنطقي أن تستقر الأوضاع القانونية على أساس قرارات غير مشروعة لم تسنح الفرصة للطعن فيها من طرف صاحب الشأن لاستحالة قيامه بالإجراءات القانونية اللازمة بسبب خارج عن إرادته.

من أجل ذلك فإن الأمر يقتضي أن يقف سريان الميعاد عند حدوث قوة قاهرة تحول بين ذوي الشأن وبين اتخاذ هذه الإجراءات. والقوة القاهرة هي كل حادث فجائي خارج عن إرادة الشخص يكون من شأنه أن يحول بينه وبين رفع دعواه مثل حالة الحرب أو وقوع فيضان جارف أو زلزال وعموماً جميع الأحوال التي يُمنع فيها صاحب الشأن من إقامة دعواه بسبب خارج عن إرادته.

فالقوة القاهرة هي مانع مادي يحول بين الفرد ورفع الدعوى، ولهذا فإنه من العدل ألاّ يسري الميعاد ما دام المانع قائماً فإذا زال المانع عاود سريان الميعاد سيره، ومتى وقف ميعاد الدعوى فإن المدة التي وقف سريان الميعاد خلالها لا تحتسب ضمن مدة الميعاد ،وتحسب المدة السابقة، والمدة الآتية.

هذا المسلك تبناه مجلس الدولة الفرنسي مبيناً أن القوة القاهرة سبب في إيقاف المدة، فلا تبدأ بالسريان إلا بعد زوال القوة القاهرة التي تحول بين ذي المصلحة وبين رفع دعوى الإلغاء لأنه ليس من المصلحة العامة أن تستقر الأوضاع الإدارية على أساس قرارات معيبة ولأنه من المستحيل على ذي المصلحة

أن يطلب إلغاؤها وهذا المسلك يتفق مع مسلك مجلس الدولة الفرنسي في روح التساهل في شروط قبول دعوى الإلغاء[1].

ويتجه مجلس الدولة المصري في ذات الاتجاه من عدّ القوة القاهرة من شأنها أن توقف ميعاد الطعن، إذ إن من أثرها أن يستحيل على ذوي الشأن اتخاذ الإجراءات اللازمة لإقامة الدعوى، ولا حجة في القول أن مواعيد الطعن لا تقبل مداً أو وقفاً إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون، ذلك أن وقف الميعاد بسبب القوة القاهرة مرده إلى أصل عام هو عدم سريان المواعيد في حق من يستحيل عليه اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه[2].

وقد سار مجلس الدولة السوري وفقاً للاتجاه السابق فعدّ أن التوقيف الأمني لضرورات الأمن يحول دون تحصن القرار بحق المدعي بحسبان أن هناك قوة قاهرة حالت بينه وبين مراجعة القضاء لإلغاء القرار، على أن تقام الدعوى من قبل المدعي خلال ستين يوماً من يوم زوال القوة القاهرة أي من تاريخ إخلاء السبيل[3].

ويتبين من استقراء الأحكام القضائية السابقة أن مناط القوة القاهرة التي توقف الميعاد هي وجود المدعي في حالة استحالة مطلقة تمنعه من التصرف بحيث يخرج عن المفهوم المتقدم للقوة القاهرة الخطأ في فهم المسألة القانونية ولا تصلح عذراً لامتداد الميعاد الذي حدده المشّرع ورتب على انقضاءه أثراً هو السقوط[4].

---

[1]CE, 12 Novembre 1975, Stora. Rec, p.57.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1868/ تاريخ 24 /1966/12 وحكمها أيضاً بتاريخ 1978/12/30. المجموعة، ص723.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا السورية /604/ بالطعن /1952/ لعام 2004 غير منشور.

[4]د. عبد الله طلبة – المرجع السابق – ص240. و د. حسين عثمان – قانون القضاء الإداري – منشورات الحلبي – بيروت 2006 – ص 479.

ثانياً: قطع ميعاد الدعوى

يعني قطع الميعاد أن يقع أمراً معين أو تحدث واقعة محددة تؤدي إلى إسقاط الأيام التي مضت من حساب الميعاد على أن يبدأ ميعاد كامل جديد في السريان بعد انقضاء هذا الأمر أو هذه الواقعة. ويستوي في ذلك أن تحدث الواقعة القاطعة للميعاد في اليوم الأول لبدء سريانه أو في منتصف المدة أو في اليوم الأخير منه، ففي جميع الأحوال ينقطع الميعاد وتزول آثار المدة التي انقضت منه وتبدأ مدة جديدة في السريان.

وبذلك يختلف الأثر القانوني للانقطاع عن الوقف إذ أن المدة التي انقضت قبل حدوث سبب الوقف يتم حسابها ويضاف إليها ما تبقى من الستين يوماً من تاريخ انتهاء حالة الوقف.

وحالات قطع الميعاد المتفق عليها فقهاً وقضاءً هي:

1) التظلّم الإداري.
2) رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.
3) طلب الإعفاء من الرسوم القضائية.

1- التظلّم الإداري:

لا يعني صدور القرار الإداري معيباً أن الإدارة قد قصدت حتماً أن يكون كذلك، حتى ولو أن مصدر القرار أراد هذه النتيجة، فإن القانون في معظم الأحوال قد أقام سلطة رئاسية تملك تعديل قرارات المرؤوس وإلغاؤها، ومن هنا تأتي الحكمة من التظلّم الإداري كسبيل أمام المتضرر من القرار الإداري إضافة إلى أن رقابة القضاء في جميع الأحوال هي رقابة مشروعية Controle de legalite.

أما الإدارة فإنها تستطيع أن تعدل القرار أو تلغيه لمجرد عدم ملاءمته inopportunite[1].

---

[1] د. عبد الله طلبة – المرجع السابق – ص240 ود. عبد الغني بسيوني – المرجع السابق – ص542.

والتظلّم الإداري هو الطلب الذي يتقدم به صاحب الشأن للجهة الإدارية يشكو من قرار إداري صادر منها أو من جهة إدارية أخرى تحت رقابتها وهو ينشد من وراء تظلمه أن تنصفه الإدارة وتحل مشكلته دون أن يضطر إلى الالتجاء للقضاء فإن لم تستجب الإدارة لطلبه وتقبل تظلمه اتجه إلى القضاء للطعن في القرار[1].

والتظلّم الذي يقطع المدة هو التظلّم الأول فقط والمدة لا تتوقف إلا مرة واحدة لأنه ليس من المعقول أن يتخذ الأفراد من تكرار التظلّمات وسيلة للاسترسال في إطالة ميعاد رفع الدعوى[2].

وقد تبنى قانون مجلس الدولة في كل من مصر وسورية مفهوم التظلّم الإداري كسبب قاطع لميعاد دعوى الإلغاء[3].

ويشترط في التظلّم الإداري حتى يكون سبباً لقطع ميعاد دعوى الإلغاء، أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

أ) يجب أن يقدم التظلّم من صاحب الشأن ذاته الذي تتوافر له مصلحة في إلغاء القرار،أو من نائبه القانوني في حالة ما إذا كان صاحب الشأن ناقص الأهلية أو عديمها[4].

ب) أن يكون التظلّم مقدماً ضد قرار إداري نهائي صدر فعلاً من الجهة الإدارية المقدم إليها التظلّم أو من جهة إدارية خاضعة لرئاستها. وعلى

---

[1] د. محمد كامل ليلة – المرجع السابق – ص1060.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /16/ لعام 1993 المجموعة – ص212. ود. عبد الله طلبة – المرجع السابق – ص243.

[3] المادة /24/ من قانون مجلس الدولة المصري الحالي. والمادة /22/ من قانون مجلس الدولة السوري الحالي.

[4] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص159. وأيضاً:

R.chapus ,droit contentieux administratif ,op.cit., p.494.

هذا الأساس فإن التظلّم الإداري لا ينتج أثره في قطع الميعاد إذا قدم ضد قرار لم يصدر بعد أو ضد عمل من الأعمال الإدارية التي لا تعتبر قراراً إدارياً أو ضد قرار إداري غير نهائي[1]. وتطبيقاً لذلك لا يعدّ من قبيل التظلّم الإداري القاطع للميعاد الاعتراضات التي تطرأ أثناء جلسة المناقصة والمقدمة من العارضين، لأنها لا تكون موجهة ضد قرار إداري نهائي، كونها تتم قبل صدور قرار نهائي من لجنة المناقصة بالاستبعاد أو الإرساء. كذلك لا يعدّ من قبيل التظلّم الإداري الاعتراض المقدم ضد اقتراح الوزير المرفوع لرئيس مجلس الوزراء بحرمان أحد المتعهدين من التعاقد مع الجهات العامة.

ت) وجوب تقديم التظلّم الإداري إلى الجهة الإدارية المصدرة للقرار أو الجهة الرئاسية لها بصفة أساسية، لأن تقديم التظلّم يجب أن يكون لمن يملك سلطة البت فيه. ولهذا فإن تقديم التظلّم إلى أي جهة أخرى لا ينتج أثره في قطع الميعاد إذا لم يتقدم به إلى الجهة الإدارية المختصة[2].

ث) يجب أن يتم تقديم التظلّم الإداري في الميعاد القانوني لرفع دعوى الإلغاء أي في خلال ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري أو إعلانه لصاحب الشأن أو العلم به علماً يقينياً فإذا لم يقدم التظلّم في هذا الميعاد ولم يقم

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /51/ لعام 1969 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /36/ لعام 1993 المجموعة، ص161.

[2] CE,21-5-1986 ,Synd.nat. des pharmaciens.AJ. 1986, P.603.

CE, ,4-5-1984 ,SODRA ,P.161.

صاحب الشأن برفع الدعوى أمام القضاء بالنسبة للتظلم الجوازي فإن القرار يتحصن ضد الطعن بالإلغاء[1].

ج) لا بد أن يكون التظلّم مجدياً، أي أن يكون من الجائز سحب أو تعديل القرار الإداري من الناحية القانونية بحيث تقوم الجهة الإدارية المختصة بذلك إذا ما اقتنعت بالتظلّم المقدم إليها، أما إذا كان القرار الإداري المتظلم منه غير قابل للسحب أو التعديل فإن التظلّم يصبح غير مجد أي أنه لا ينتج أثره القانوني في قطع الميعاد وبالتالي فإنه يجب أن يتجه صاحب الشأن مباشرة إلى القضاء رافعاً دعواه[2]. وتطبيقاً لذلك لا يعدّ من قبيل التظلّم الإداري القاطع للميعاد الاعتراض المقدم من أحد العارضين على قرار إبرام العقد الذي بوشر بتنفيذه من قبل المتعهد، بحسبان أنه لم يعد من الممكن سحب هذا القرار أو تعديله.

وإذا قدم التظلّم الإداري مستوفياً للشروط السالفة الذكر، فإنه ينتج أثره ويقطع ميعاد دعوى الإلغاء، ويكون عندها صاحب الشأن أمام فرضين:

1. أن ترد الإدارة على التظلّم بالرفض الصريح. وقد أوجب القانون على الإدارة أن تبت في التظلّم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وفي هذه الحالة يكون للمتظلم رفع دعوى الإلغاء خلال ستين يوماً من تاريخ رد الإدارة.
2. أن تلتزم الإدارة جانب الصمت. وعدّالمشّرع أن مرور ستين يوماً على تقديم التظلّم للإدارة دون الحصول على رد منها يعد قراراً ضمنياً بالرفض،

---

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا السورية /1412/ طعن /3247/ لعام 1992 مجموعة المبادئ العامة لعام 1992 ص 503. وقرارها رقم /8/ لعام 1979. وقرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم /88/ بالقضية /187/ لعام 1978 المجموعة ص424.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة 1962/3/17 بالطعن /1692/، المجموعة، ص306.

وبعدها يستطيع المتظلم رفع دعوى الإلغاء خلال ستين يوماً من تاريخ هذا القرار الضمني بالرفض[1].

والسؤال الذي يثور هنا، هل يمكن التظلّم من القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري في ظل نظام العقود النافذ حالياً في سورية ؟.

استقر الفقه الإداري على أن القاعدة العامة في التظلّم الإداري أنه في حال عدم وجود نص تشريعي بوجوب أو منع التظلّم من القرار الإداري، فالأصل أن يكون هذا التظلّم اختيارياً، أي أن صاحب الشأن يتقدم به من تلقاء نفسه دون اشتراط من المشّرع خلال مدة ستين يوماً الآتية لعلمه بالقرار الإداري سواء عن طريق النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني بهدف إلغاءه أو تعديله دون اللجوء إلى القضاء.

وبرأينا إن القاعدة العامة للتظلم الاختياري التي سار عليها الفقه يمكن تطبيقها على القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري، بحيث يمكن لمن صدر بحقه قرار إداري منفصل أو مس بحقه أن يتظلم منه إدارياً. وندلل على ذلك بالآتي:

1. لم ينص المشّرع السوري صراحة في قانون مجلس الدولة على منع التظلّم من القرار الإداري.
2. لم ينص المشّرع السوري صراحة في نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 على منع التظلّم من القرار الإداري المنفصل.
3. أعطت المادة /24/ من نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004 لآمر الصرف إمكانية إلغاء نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً دون أن يعدل فيها، الأمر الذي يستفاد منه أن المشّرع أعطى للمتضرر إمكانية

---

[1] د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص242.

التظلّم من قرار لجنة المناقصة بهدف الوصول إلى تحقيق مشروعية قرار الإدارة في هذا الخصوص عن طريق إداري.

4. في الخصوصذاته أعطت المادة (58/ب) من نظام العقود لرئيس مجلس الوزراء أو الوزير المختص إعادة النظر في قرارات الحرمان من التعاقد المتخذة بعد مرور سنة واحدة على الأقل. مما يستفاد منه إمكانية التظلّم من القرار الصادر بالحرمان من التعاقد كونه إحدى وسائل إعادة النظر في القرار المشكو منه.

2- طلب الإعفاء من الرسوم القضائية:

قد يجد الطاعن نفسه عاجزاً عن دفع الرسوم القضائية فيطلب إعفاءه منها، وعندها لا يستطيع الطاعن أن يقدم الطعن بالإلغاء إلا إذا صدر الحكم في طلب الإعفاء سواء بالقبول أو الرفض.

وقد رتب القضاء الإداري على تقديم طلب الإعفاء من الرسوم القضائية أثراً قاطعاً لسريان ميعاد دعوى الإلغاء، بحيث تسقط المدة السابق سريانها على تقديم الطلب على أن يبدأ ميعاد جديد بعد صدور القرار بقبول الطلب أو رفضه. وذلك كله بشرط أن يكون طلب الإعفاء من الرسوم القضائية قد قدم في نفس ميعاد الطعن بالإلغاء.

وبذلك تختلف بداية سريان الميعاد الجديد في هذه الحالة عن بقية حالات قطع الميعاد إذ أن الميعاد يبدأ في السريان من تاريخ صدور القرار وليس من تاريخ إعلانه إلى صاحب الشأن.

وقد استقر القضاء الإداري على أن تقديم طلب الإعفاء من الرسوم القضائية يقوم مقام المطالبة القضائية وأن لطلب المساعدة القضائية الأثرذاته في قطع التقادم أو قطع ميعاد رفع الدعوى لما ينطوي عليه من دلالة أقوى في

الاستمساك بالحق والمطالبة باقتضائه وأمعن في طلب الانتصاف من مجرد الطلب أو التظلّم[1].

3-رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة:

يحدث أن يخطئ الطاعن في معرفة المحكمة المختصة التي يتقدم إليها للطعن بالإلغاء وبعد أن يتقدم إلى محكمة غير مختصة وتمضي مدة الستين يوماً تقضي هذه المحكمة بعدم اختصاصها فهل يسد الباب أمام هذا الطاعن بالطعن بالإلغاء؟

اتخذ القضاء الإداري مسلكاً متحرراً فقرر أن هذا الإجراء الذي اتخذه الطاعن لا يخرج عن كونه نوعاً من التظّلم أشد قسوة من تظلم إداري أو من شكوى عادية أو من خطاب يحمل اعتراض صاحب الشأن على قرار إداري، فهو بهذه المنزلةيقطع سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، بشرط أن يكون قُدِّم في ميعاد الطعن بالإلغاء، فإذا قضت المحكمة غير المختصة بعدم اختصاصها فإن الطاعن يلجأ بعد ذلك إلى المحكمة المختصة أي أنه يتمتع في هذا الصدد بميعاد جديد يبدأ من تاريخ علم الطاعن بعدم اختصاص المحكمة التي لجأ إليها أولاً[2].

والطعن القضائي المقدم إلى محكمة غير مختصة والقاطع لميعاد دعوى الإلغاء يجب ألاّ يتكرر إلى ما لا نهاية. إلا أنه لا يعدّ تكراراً إذا أمعن صاحب الشأن في استخدام طرق الطعن المقررة أمام الجهة القضائية غير المختصة، ويسري الميعاد في حقه اعتباراً من صيرورة الحكم بعدم الاختصاص نهائياً بعد استنفاد طرق الطعن فيه وتكرر الطعن القضائي على النحو السالف يتصور في حالتين وهما أن يلجأ الطاعن إلى جهة قضائية أخرى غير مختصة أو إلى محكمة في الجهة القضائية ذاتها، ليست أعلى من المحكمة الأولى وإنما مساوية لها، أما

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1375/ جلسة 1965/5/9 سنة 7 قضائية، ص312.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص161.

إذا لجأ إلى محكمة أعلى ليستأنف أمامها حكم المحكمة الأولى الصادر بعدم الاختصاص فإنه لا يعدّ قد كرر الطعن القضائي إلى جهة غير مختصة[1].

الفرع الثالث – آثار انقضاء ميعاد دعوى الإلغاء

يترتب على انقضاء الميعاد المحدد لدعوى الإلغاء الآتي:

1) عدم قبول الدعوى التي ترفع بعد انقضاء الميعاد ويعدّ عدم القبول من النظام العام[2].
2) عدم قبول الطلبات الجديدة demendes nouvelles والأدلة الجديدة Moyens nouveaux. ومعنى ذلك أنه بالرغم من رفع الدعوى في خلال الميعاد القانوني، فإن انقضاء الميعاد الحادث أثناء نظر الخصومة يترتب عليه انتهاء حق المدعي في تقديم طلبات جديدة بالإضافة إلى الطلبات التي سبق بها في عريضة دعواه وكذلك لا يجوز له أن يعدل في

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /43/ جلسة 1981/6/27 سنة 21 ق، ص267.

[2] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الثالث – ص 259 – مرجع سابق.

د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص1081.

ويخرج على هذه القاعدة في فرنسا حالة **الدعوى التي ترفع نفعاً للقانون** Recours dans l'interet de la loi بحيث تقوم على أساس أن الوزراء يستطيعون رفع دعاوى أمام مجلس الدولة ضد القرارات الإدارية التنفيذية والأحكام القضائية بعد انقضاء الميعاد القانوني للطعن فيها ولا تكون لهذه الدعاوى آثار عملية وإنما يراد بها الوصول – عن طريق القضاء – إلى تقرير الوضع القانوني السليم لقرار إداري أو حكم قضائي، فرقابة القضاء في هذه الحالة يراد بها تقرير المبادئ السليمة بشأن الحالات التي تعرض عليها دون أن تكون لهذه الرقابة نتائج عملية بالنسبة للحالة المعروضة عليها حتى لا يضار الأفراد من جراء هذه الرقابة. مما يشترط في هذه الدعوى (دعوى نفع القانون) أنه يجب أن ترفع الدعوى من وزير يكون القرار المطعون فيه متعلقاً بمسألة تدخل في اختصاصه، ويجب أن يكون رفع الدعوى بعد انتهاء المواعيد القانونية التي يستطيع الوزير خلالها رفع دعوى قضائية، وأن تكون الأدلة التي يستند إليها الوزير أدلة قانونية وليست مستمدة من ناحية مادية، بحيث يجب أن توجه طلبات الوزير ضد منطوق القرار أو ضد أسبابه وأن يكون طلب الوزير في هذه الحالة موجهاً ضد القرار المطعون فيه لمنفعة القانون، ولا يصح ولا يمكن أن يكون للإلغاء أثر عملي بمعنى أنه لا يجوز أن يفيد الغير أو يسيء إليهم.

طلباته السابقة وأيضاً لا يكون من حقه تقديم أدلة غير تلك التي قدمها من قبل لتأييد دعواه ،إلا إذا كانت هذه الأدلة تستند إلى نفس السبب القانوني الذي تستند إليه الأدلة السابقة التي اعتمد عليها فعندئذٍ لا يثور اعتراض بشأنها وتكون مقبولة[1].

وإذا كان يترتب على انقضاء الميعاد حصانة القرار غير المشروع وعدم إمكانية الطعن فيه، إلا أنه استثناء من ذلك توجد بعض القرارات التي تخرج على هذه القاعدة[2]، وهي:

أ – القرارات الإدارية التنظيمية:

إذا انقضى ميعاد الطعن في القرار الإداري التنظيمي المعيب ثم صدرت قرارات إدارية فردية استناداً إلى هذا القرار فإن لأصحاب الشأن أن يطعنوا في هذه القرارات الفردية بالإلغاء في الميعاد تأسيساً على عدم مشروعية اللائحة التي استندت إليها هذه القرارات الفردية الصادرة في مواجهتهم[3].

وعلى هذا سار القضاء الإداري في قبول الطعن بالإلغاء في مثل هذه الحالات وعلى الحكم باستبعاد تطبيق اللائحة الغير المشروعة وبإلغاء القرارات الإدارية الفردية الصادرة تطبيقاً لها[4].

ب – القرارات الإدارية المستمرة:

يمكن تقسيم القرارات الإدارية من حيث مدى استمرار تنفيذها إلى قرارات ذات أثر حال ومباشر، وقرارات مستمرة التنفيذ.

---

[1]CE, 20-2-1953, Stéointercope. D, p.2133.

CE, 23-3-1956, Dane cineset. Rec, p.532.

[2]د. كامل ليلة – المرجع السابق – 1083.

[3]د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – ص170.

[4]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /1346/ لسنة 5 قضائية، مجموعة السنة الخامسة، ص611.

فمعظم القرارات الإدارية تعتبر ذات أثر حال ومباشر أو غير مستمرة أو منجزة أو وقتية وهذه القرارات تستنفد مضمونها أو موضوعها بمجرد تنفيذها لأول مرة فهي تنتج آثارها مباشرة فور صدورها، ولا يستغرق تنفيذها مدة طويلة ومن أمثلة القرارات غير المستمرة القرار الصادر بإرساء المناقصة أو القرار الصادر بالإعلان عنها. فهذه القرارات تستنفذ موضوعها بمجرد تنفيذها مرة واحدة وتتوقف عن إحداث آثار قانونية بالنسبة للمستقبل[1].

أما القرارات المستمرة فهي تلك القرارات التي لا تستنفد مضمونها بمجرد تطبيقها، أي أنها تحدث آثارها بصفة متجددة وقائمة إلى أن تنتهي بطريق أو بآخر من طرق انقضاء القرارات الإدارية المقررة قانوناً، فيتجدد أثرها بحكم طبيعتها كلما استجدت مناسبة إصدارها في مواعيد دورية متكررة مثلاً أو عند كل طلب يقدمه صاحب الشأن.

وبعبارة أخرى فإن القرارات الإدارية المستمرة هي القرارات التي تحتمل استمرار تطبيقها ليس في الوقت الحاضر فحسب، بل في المستقبل كذلك، أي أنها تظل قابلة للتطبيق مستقبلاً ومنتجة لآثارها القانونية ما دامت لم تلغ أو يزول وجودها القانوني بإحدى الطرق المقررة لانتهاء القرارات الإدارية[2].

---

[1] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف – القرار الإداري المستمر – القاهرة – دار النهضة العربية – 2004 – ص49.

[2] د. سامي جمال الدين – الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الأولى – 2004 – ص344 ود. عبد العليم عبد المجيد مشرف – المرجع السابق – ص50.

والقرار الإداري المستمر بحسبانه قراراً إدارياً يخضع للنظام القانوني للقرارات الإدارية بصفة عامة – إلا ما يتعارض منه مع طبيعته المستمرة – ولا سيما ميعاد الطعن بالإلغاء[1].

والقرار الإداري يأخذ أحد شكلين: إيجابي صريح أو سلبي.

1 – القرار الإداري الإيجابي المستمر:

ويكون هذا القرار عندما تعبر الإدارة عن إرادتها بشكل صريح وبصورة إيجابية وملموسة، بحيث يستطيع ذوو الشأن التعرف على وجود القرار عبر دلائل ظاهرة للعيان ومؤشرات خارجية لا تدع مجالاً للظن أو الافتراض أو التخمين سواء صدر القرار بالموافقة على طلبات ذو الشأن أم برفض هذه الطلبات[2].

ومن أمثلة القرارات الإدارية الإيجابية المستمرة القرار الصادر عن الإدارة بشطب اسم المتعهد من سجل الموردين أو ما يسمى في سورية بقرار الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة. فقرار الإدارة بشطب اسم المتعهد من سجل الموردين المحليين يترتب عليه تعديل مركزه القانوني تعديلاً مستمراً، بحيث يمتنع عليه الدخول في المناقصات الحكومية في المستقبل ما دام قرار الشطب قائماً ومنتجاً لآثاره، ولصاحب الشأن أن يسعى لدى الإدارة لإعادة قيد اسمه في سجل المتعهدين إذا انتفى السبب الذي ترتب عليه شطب الاسم ولو بعد فوات ميعاد السحب أو الطعن القضائي بالإلغاء في قرار شطب الاسم، ولما كان المشّرع قد أجاز أيضاً أن يكون قرار الإدارة بشطب اسم المتعهد من سجل الموردين محلاً للسحب بعد فوات مواعيد الطعن فيه بالإلغاء، فإن مؤدى ذلك وبالنظر إلى الآثار

---

[1] ويمكن تعريف **القرار الإداري المستمر** أيضاً بأنه القرار المرتبط بحالة قانونية معينة ويظل قائماً ما بقيت الحالة القانونية على وضعها لم تتغير، وبالتالي يظل مؤثراً في أصحاب الشأن الذين يندرجون تحت هذه الحالة (د. محمد ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – الكتاب الأول – مرجع سابق – ص130).

[2] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف – المرجع السابق – ص51.

المستمرة لقرار شطب اسم المتعهد إلى ما بعد انقضاء ميعاد الطعن فيه ولما قرره المشّرع من جواز سحب قرار شطب اسم المتعهد في أي وقت، فإنه يجوز أن يكون ذلك القرار محلاً للطعن بالإلغاء في أي وقت مادام ظل قائماً ومستمراً في إنتاج آثاره ولا سيما وأن الدعوى القضائية أقوى في معنى السعي لتعديل المركز القانوني المستمر الناتج عن شطب اسم المتعهد من سجل الموردين من مجرد الطلب إلى الإدارة بسحب ذلك القرار[1].

2- القرار الإداري السلبي المستمر:

ويكون هذا القرار عندما تلتزم الإدارة الصمت أو السكون إزاء موقف معين، ولا تعبر عن إرادتها بوسيلة خارجية أو بأي إشارة يفهم منها اتجاه قصدها ومضمونه على الرغم من أن المشّرع قد ألزمها باتخاذ القرار. أي أن هناك التزاماً قانونياً على الإدارة بضرورة التدخل لإصدار القرار إلا أنها لم تتدخل، والتزمت جانب الصمت والسكون، وامتنعت عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح. ويعدّ القرار الإداري السلبي قراراً إدارياً مستمراً طالما أن الإدارة مستمرة في امتناعها عن اتخاذ القرار على الرغم من أن المشّرع ألزمها بإصداره، أي أن اختصاص الإدارة هنا مقيد وليس تقديرياً[2].

وقد جاء قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959 على الإشارة للقرار الإداري السلبي عندما نص في مادته /8/ على أن يعدّ في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1225/ تاريخ 1984/2/25 سنة 29 قضائية مجموعة السنة 29 – ص709.

[2] عبد العليم عبد المجيد مشرف – المرجع السابق – ص54.

ومثال هذا النوع من القرارت امتناع الإدارة عن الترخيص للمدعي بصعود البواخر.

عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح. وفي المعنى ذاته جاءت المادة /10/ من قانون مجلس الدولة المصري /47/ لعام 1972م.

وعليه فإن القرارات الإدارية السلبية هي بحكم طبيعتها قرارات إدارية مستمرة لأن امتناع الجهة الإدارية عن اتخاذ إجراء أو إصدار قرار معين يلزمها به القانون هو أمر مستمر ما بقيت ممتنعة عن اتخاذ هذا الإجراء وتكمن أهمية القرارات الإدارية المستمرة على هذا النحو في أنها تعطي لصاحب الشأن مدة أطول من القرارات المنجزة للطعن عليها فما دامت مستمرة الأثر، فالحالة القانونية التي تبيح لذي الشأن الطعن في الأثر المترتب عليها[1].

ولما كانت القرارات الإدارية المستمرة تحدث أثرها بصفة متجددة وقائمة إلى أن تنتهي بطريق أو بآخر من طرق انقضاء القرارات الإدارية المقررة قانوناً، فيتجدد أثرها بحكم طبيعتها كلما استجدت مناسبة إصدارها في مواعيد دورية متكررة مثلاً أو عند كل طلب يقدمه صاحب الشأن. ولهذا فإن الفقه يُجمع على أن القرارات الإدارية المستمرة لا تتقيد بميعاد الطعن بالإلغاء، ومن ثم يجوز الطعن فيها طالما بقي القرار المستمر قائماً ودون التقيد بالميعاد المقرر قانوناً لرفع دعوى الإلغاء[2].

وكذلك فقد استقر القضاء الإداري في أحكامه على أن القرارات المستمرة سواء أكانت إيجابية أم قرارات سلبية لا تتقيد بميعاد الطعن بالإلغاء (ستون يوماً) وإنما يجوز الطعن فيها في أي وقت دون التقيد بهذا الميعاد المحدد قانوناً لرفع

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالدعوى /24/ جلسة 1955/6/30 سنة 13 قضائية المجموعة – ص 511.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص561-562 ود. سامي جمال الدين – المرجع السابق – ص344 والمستشار حمدي ياسين عكاشة – المرجع السابق – ص424 ود. ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – المرجع السابق – ص337 ود. جابر جاد نصار – المرجع السابق – ص35.

دعوى الإلغاء طالما بقي القرار قائماً وطالما بقيت الإدارة مستمرة في امتناعها عن إصدار القرار (القرار السلبي)[1].

المطلب الرابع: انعدام طريق الطعن الموازي

لا يقبل الطعن بالإلغاء من شخص ما ضد قرار إداري في فرنسا إلا إذا كان هذا الشخص لا يملك طعناً مقابلاً أي أنه لا يستطيع أن يصل إلى النتيجة بواسطة طعن آخر يقدم إلى القضاء العادي أو إلى إحدى المحاكم الإدارية[2]. وهذا ما يعرف بنظرية الدعوى الموازية Recours parallèle، حيث يقال بوجود دعوى موازية عندما يكون للفرد بخصوص نزاع معين دعوى أخرى غير دعوى الإلغاء[3].

وقد أسس مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية، عندما اشترط لإقامة دعوى الإلغاء انعدام طريق الطعن الموازي، إلا أنه مالبث فيما بعد أن رجع عن هذه النظرية. في حين أن القضاء الإداري المصري والسوري لم يتطرق لهذه النظرية، ولم يتطلبها كشرط لإقامة دعوى الإلغاء. وسنعمد إلى معالجة هذه النظرية من خلال موقف مجلس الدولة الفرنسي منها.

الفرع الأول – أساس نظرية الدعوى الموازيةومبرراتها

يقصد بنظرية الدعوى الموازية عدم قبول دعوى الإلغاء إذا كان صاحب الشأن يملك دعوى أخرى تمكنه من الوصول إلى نفس نتيجة دعوى الإلغاء فوجود الدعوى الموازية يمنع قبول دعوى الإلغاء وانتفاء الدعوى الموازية يؤدي إلى قبول دعوى الإلغاء.

---

[1] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف – المرجع السابق – ص109.

[2] د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص360.

Cuillien(R), L'exception de recours parallèle, paris , 1934.

[3] د. كامل ليلة – مرجع سابق – ص1108.

وقد استند الفقه والقضاء الفرنسي في تبرير نظرية الدعوى الموازية على فكرتين:

أولاً – دعوى الإلغاء دعوى احتياطية أو استثنائية: بحيث لا يلجأ إليها الطاعن إلا إذا عجز عن الالتجاء إلى أي طعن آخر.

وقد ذهب أنصار هذه الفكرة في تبرير احتياطية دعوى الإلغاء أن الفكرة تنبعث من الرغبة والحرص على عدم صدم الإدارة بكثرة استخدام دعوى الإلغاء وهي تتيح لرافعها الوصول مباشرة إلى إلغاء قراراتها، ومن حسن السياسة في تحديد علاقة الأفراد بالإدارة عدم استخدام هذه الوسيلة إلا عندما تدعو لذلك ضرورة ملحة. إضافة إلى الخوف من إثقال كاهل مجلس الدولة بالقضايا وهو القاضي الوحيد لدعوى الإلغاء وهو الذي حدا به إلى ابتكار النظرية للحد من الدعاوى التي ترفع إليه.

ورغم الحجج السابقة التي ذهبت في تبرير فكرة احتياطية دعوى الإلغاء كأساس لنظرية الدعوى الموازية إلا أنها كانت محل انتقاد من جانب الفقه، لأن القول بأن دعوى الإلغاء هي دعوى احتياطية هو قول لا سند له من النصوص والمبادئ القانونية العامة للقانون الفرنسي حيث لا يمنع الوضع القائم – بصفة عامة – الفرد صاحب الشأن من الاختيار حسبما يريد بين دعويين تكونان موجودتين تحت تصرفه بقصد الوصول إلى غرضه أي أنه هو الذي يتخذ طريق الدعوى التي تحقق له مبتغاه دون أن يُفرض عليه طريق معين.

إضافة إلى أن وصف دعوى الإلغاء بأنها دعوى احتياطية تتنافى مع اعتبارها من النظام العام وإنها عامة لرقابة شرعية العمل الإداري. فدعوى الإلغاء هي دعوى الشريعة العامة action de droit commune بمعنى أنها دعوى أساسية principale أصلية وليست دعوى احتياطية وهي لا تتعرض لمنافسة

action sans concurrence وهي الدعامة الوحيدة لرقابة شرعية العمل الإداري من جانب واحد وهي دعوى عامة gènèrale[1].

ثانياً - احترام قواعد توزيع الاختصاص: تقوم هذه الفكرة على أساس أن نظرية الدعوى الموازية وجدت احتراماً لقواعد توزيع الاختصاص بين المجلس وبين القضاء العادي من وجهة وبين المجلس والمحاكم الإدارية من جهة أخرى فلا داعي لأن يختص المجلس بنظر منازعات قرر القانون جعلها من اختصاص قضاء آخر والقول بغير هذا من شأنه أن يقلب الاختصاصات رأساً على عقب. وبعبارة أخرى فإن قضاء الإلغاء إنما هو قضاء عام يُلجَأ إليه دائماً وبصفة عامة ولكن قد يحدث أن ينظم القانون بالنسبة لبعض الأعمال والأوامر الإدارية طريقاً آخر للطعن وفي هذه الحالة يجب أن نتبع الطريق الأخير دون طريق الطعن بالإلغاء، وسبب ذلك أن هناك قاعدة أصولية مفادها أن الخاص يقيد العام، وعلى ذلك فإن طريق الطعن المقابل يحول دون قبول دعوى الإلغاء[2].

إلا أن هذا التبرير لنظرية الدعوى الموازية أيضاً تعرض لنقد جانب من الفقه، مستنداً في ذلك للآتي:

1) إن الدفع المستمد من الدعوى الموازية لا يستند إلى عدم اختصاص قاضي الإلغاء، فلو أن دعوى الإلغاء رفعت ضد تصرف لا يقبل الطعن فيه بهذه الدعوى أو أقيمت بناء على أسباب لا تدخل في اختصاص قاضي الإلغاء، فإن هذا الوضع لا يحتاج إلى نظرية خاصة (كنظرية الدعوى الموازية) لاستبعاد الدعوى المرفوعة أمام القاضي.

---

[1] Vedel: droit administratif , paris , 1973, p.575-576.

[2] J. Rivero, J. Walline, op.cit, p.562.

2) لايوجد أي حاجة إلى الاستناد لنظرية الدعوى الموازية لتفسير أن دعوى الإلغاء القائمة على أساس مخالفة شروط العقد ليست من حالات الطعن بالإلغاء.
3) في جميع الحالات التي ينظم فيها المشّرع دعوى الإلغاء، خاصة بالنسبة لبعض القرارات التي يكون رفعها أمام جهة معينة يكفي في هذه الحالة الرجوع إلى النص لاستبعاد الدعوى إذا ما رفعت أمام قاضي الإلغاء.

الفرع الثاني – شروط تطبيق نظرية الدعوى الموازية:

يشترط للقول بوجود دعوى موازية يصح بها الاحتجاج في عدم قبول دعوى الإلغاء الآتي:

1) يجب أن تكون الدعوى الموازية دعوى قضائية[1]. فإذا كانت مجرد تظلّم إداري فإنها لا تصلح أساساً للدفع بعدم القبول إذ لا تكون لها حجية الشيء المقضي به، ومن ثم فإنها لا تحقق نفس نتائج دعوى الإلغاء، إضافة إلى أن التظلّم الإداري أقل في الضمانات من الدعوى القضائية، ومن ثم فهو لا يكفل حقوق الأفراد كما هو شأن الدعوى القضائية.
2) يجب أن تكون الدعوى الموازية مؤدية إلى النتائج التي يمكن الوصول إليها بواسطة دعوى الإلغاء من حيث آثار القرار المطعون فيه[2]. ولمّا كانت دعوى الإلغاء تشل آثار القرار الإداري نهائياً لأن الحكم الصادر بالإلغاء ذو حجية مطلقة، لذلك فإن دعوى التعويض التي تؤدي لجبر

---

[1]CE, 18-3-1935, Bladanet.sirey 1935, p.202.

CE, 16-6-1944, Debroise. Sirey 1944, p.172.

[2]د. محمد كامل ليلة – المرجع السابق – ص1127 ود. مصطفى زيد أبو فهمي – المرجع السابق – ص363.

الضرر الناتج عن القرار الإداري لا تعدّ دعوى موازية لأنها لا تحقق نتائج دعوى الإلغاء ذاتها، إذ سيبقى القرار قائماً [1].

3) يجب أن تكون الدعوى الموازية من اختصاص محكمة أخرى غير مجلس الدولة. كأن يكون مثلاً من اختصاص القضاء العادي أو محكمة إدارية من المحاكم الإدارية الإقليمية أو حتى من اختصاص قضاء إداري خاص كالهيئات القضائية التي تنظر في تعويض أضرار الحرب[2].

وهنا يثور التساؤل فيما إذا كان الطعن المقابل من اختصاص مجلس الدولة؟

طور مجلس الدولة الفرنسي قضاءه في هذا الشأن وانتهى إلى استبعاد نظرية الطعن المقابل في هذه الحالة. فإذا توافر للمدعي أمام مجلس الدولة دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل فإن له أن يختار بين الدعويين دون أن يدفع بوجهه بوجود طعن مقابل وهذه الخطوة المهمة التي ضيق بها المجلس من نطاق النظرية سنة 1912 بحكم Lafage[3].

إلا أنه يلاحظ أن صاحب دعوى القضاء الكامل إذا ما لجأ إلى دعوى الإلغاء فإن حريته ستكون مقيدة من حيث الأساس الذي يبني عليه دعواه ومن حيث الطلبات التي يطلب الحكم لنفسه بها.

فمن حيث الأساس فإن دعوى الإلغاء لا تبنى إلا على أساس مخالفة المشروعية وهذا يعني أنه يتحتم على الطاعن أن يبرز مركزاً قانونياً موضوعياً يدافع عنه فالمركز القانوني الذاتي أو الشخصي يستبعد في هذا المجال.

---

[1]CE, 4-12-1931, Espiard. Rec, CE, p.1083.

[2]CE, 7-1-1949, Soc, provencale de constructions navolles. Rec, p.252.

[3]CE, 8-3 -1912, Lafage.GATA ,N.25.

CE, 16-12-1995, M.O.R.A.L., R.D pblic. 1955, p.595.

ومن حيث الطلبات يجب أن تكون قاصرة على مجرد إلغاء القرار الإداري المخالف للقانون فلا تتعدى ذلك إلى تحديد المركز الذاتي للطاعن أو الحكم له بمبلغ من المال.

وعليه فإن جانب من الفقه يذهب إلى أن هذه النتيجة التي انتهى إليها مجلس الدولة الفرنسي من عدم إعمال نظرية الطعن المقابل إذا كان هذا الطعن المقابل من اختصاص مجلس الدولة إنما تؤكد بشكل واضح أن النظرية إنما قصد بها حماية قواعد الاختصاص[1].

الفرع الثالث – نظرية الدعوى الموازية والقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري

كان القضاء في فرنسا يتخذ من نظرية الدعوى الموازية أساساً في عدم قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقد الإداري، على اعتبار أن القرارات المساهمة في تكوين العملية التعاقدية تصبح بمجرد تمامها جزءاً لا يتجزأ من بنيانها، ويصبح بإمكان أطراف العقد الالتجاء إلى قاضي العقد، وفي هذه الحالة تتبع إجراءات المسائل الأولية، أي يوقف قاضي العقد النظر في الدعوى ويحيل الطرفين إلى مجلس الدولة ليتولى فحص شرعية القرارات المبني عليها العقد ثم تستأنف الدعوى مرة أخرى أمام قاضي العقد ليفصل في الطعن ببطلانه على ضوء حكم قاضي الشرعية (مجلس الدولة) بحيث إن دعوى العقد يمكن أن تؤدي نتائج دعوى الإلغاءذاتها. وعليه فإنه لم يكن بإمكان أطراف العقد الالتجاء إليها طالما يوجد أمام أطراف العقد دعوى القضاء الكامل أي دعوى العقد[2].

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص365.

[2] د. عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص81.

وسبب الاتجاه السابق هو تبني مجلس الدولة لمعيار الكل غير القابل للتجزئة والذي يقوم على عدّ العملية التعاقدية وحدة أو كتلة لا تقبل عناصرها الانفصال أو التجزئة، إلا أنه وبعد تحول مجلس الدولة عن المعيار السابق وتحول الفكرة حول دعوى الإلغاء من كونها دعوى احتياطية إلى دعوى الشريعة العامة[1] أصبح الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ممكناً ولم يعد بالإمكان الاستناد للدفع بوجود دعوى موازية وذلك بالاستناد إلى:

1) إن القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري قد يكون محل للطعن قبل إبرام العقد الإداري بحيث لا يمكن الدفع هنا بوجود دعوى موازية وهي دعوى القضاء الكامل لأننا لم نصل لمرحلة المنازعة العقدية.
2) إن دعوى القضاء الكامل لا يمكن استخدامها إلا من قبل أطراف العقد في حال إبرامه بشكله النهائي، في حين أن الطعن في القرار الإداري المنفصل غالباً ما يكون من قبل الغير الذي لم يحصل على مركز المتعاقد أو من قبل شخص غريب عن العقد لا تتوافر فيه الصفة لتحريك دعوى القضاء الكامل[2].
3) انتقاد الفكرة القائلة بأن الدفع بالدعوى الموازية يؤدي إلى منع التضارب بين الأحكام والتنازع في الاختصاصات القضائية بحسبان أنه قد يقضي قاضي الإلغاء بشيء بالنسبة لقرار إداري معين، بينما يرى قاضي العقد شيء آخر إذا ما طعن في العقد أو في أحد إجراءاته بالبطلان استناداً إلى

---

[1] د. محمود حافظ – مقال بعنوان " نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي " – منشور بمجلة القانون والاقتصاد – مارس 1959– العدد الأول – السنة 29 – ص52 وما بعدها.

[2] B.F. Macera– les actes detachables dans le droit public francais pluim, 2002, p.44.

Roland Maspetiol et pierre laroque: La Tutelle administrative 1930, Seriy , p179.

عيب شاب نفس القرار. إلا أن هذه الحالة ليست هي الحالة الوحيدة للتعارض والتضارب بين الأحكام، إذ أن التمييز بين أنواع الدعاوى لا يمنع من وجود مناطق مشتركة قد يحدث فيها التعارض، فقد تثار مثلاً المنازعة في شرعية لائحة ضبط معينة أمام القضاء الإداري كما قد يثار نفس الأمر أمام القاضي الجنائي[1].

4) إن باب دعوى الإلغاء يجب أن يكون متاحاً لكافة أصحاب المصلحة لما تتضمنه من بساطة في الإجراءات بالنسبة للمتقاضين، بخلاف دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد التي تستلزم إجراءات طويلة يصبح المتقاضين في غنى عنها إذا ما أتيح لهم أن يطرقوا باب قاضي الإلغاء[2].

5) من النادر أن تحقق دعوى القضاء الكامل نفس المزايا دعوى الإلغاء، إذ أن الحكم بالإلغاء يتمتع بحجية مطلقة فيستفيد منه الطاعن في الماضي والحاضر والمستقبل، لأنه يؤدي إلى إعدام القرار المحكوم بإلغائه بصفة أبدية، أما الأحكام التي يصدرها قاضي العقد فهي أحكام ذات حجية نسبية، فيحتاج المتقاضي في كل حالة يحتج فيها عليه بالقرار أن يلجأ

---

[1]Auby et drago: Traite de contontieux administratif, 1962 , T2, p438.

[2]د. عبد الحميد كمال حشيش – المقال السابق – ص57.

يتبلور اتجاه اجتهادي يتجه نحو منح أطراف العقد إمكانية إبطال البنود التنظيمية الواردة في العقد التي وإن لم يكن لها خاصية القرار الإداري وإنما هي جزء من الاتفاق ،أو العقد غير منفصلة عنه، ومع ذلك تقبل طعن الإبطال لتجاوز السلطة :

CE, Ass. 10 – Juillet – 1996, cayzeele, RFDA, 1997, n6, p89.

Delvolve petit, Jacques – l'acte constitutive d'une agence, régionale de l'hosptalisation est une convention relative a l'organisation d'un service, public – AJDA 1999, p.164.

إلـى القضـاء ولـو كانـت الـدعوى متعلقـة بـذات القـرار موضـوع الطعـن السابق[1].

وأخيراً يثور التساؤل التالي، هل تجد نظرية الدعوى الموازيـة تطبيقاً لهـا في سورية؟

لـم يعرّف القضـاء الإداري السـوري نظريـة الـدعوى الموازيـة، وبرأينـا يرجـع عدم تطبيق هذه النظرية في سورية إلى الأسباب الآتية:

1) عمـلاً بأحكـام قـانون مجلـس الدولـة فـإن محكمـة القضـاء الإداري تخـتص بالنظر في كل من دعوى إلغاء القرارات الإدارية ودعاوى العقود الإدارية [2]. وعليه لايمكن الدفع بوجود دعوى موازية أمام ذات المحكمة[3].
2) فـي حـال صـدور قـانون حـدد اختصـاص جهـة قضـائية أخـرى للنظـر فـي النزاع، فمن الطبيعـي أن تعلـن محكمـة القضـاء الإداري عـدم اختصاصـها استناداً للقانون، ودون حاجة للدفع بوجود دعوى موازية.

---

[1]Alibert Raphael: contrôle juridictionnet de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, paris , 1926 , p.157.

[2] حيث نصت المادة /8/ من قانون مجلس الدولة رقم /55/ لعام 1959 " يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره بالفصل في المسائل التالي:... سادساً – الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية...". كما نصت المادة /10/ منه " يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر".

[3] تشكل محكمة القضاء الإداري في سورية من عدة دوائر، ويجري توزيع اختصاص هذه المحكمة بين هذه الدوائر، فمثلاً وبموجب قرار رئيس مجلس الدولة رقم /1/ لعام 2010 تختص الدائرة الأولى بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، في حين تختص الدائرة الخامسة في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية.

وإذا ما تم تسجيل دعوى تتعلق بعقد إداري أمام الدائرة المختصة بإلغاء القرارات الإدارية، فإن هذه الأخيرة لاتعلن عدم قبول الدعوى لوجود طعن موازي، وإنما تكتفي بإحالة الدعوى بوضعها الراهن إلى الدائرة المختصة.

المبحث الثالث

أسباب الطعن بالإلغاء وآثاره بالنسبة للقرار الإداري المنفصل عن العقد

لا تخرج أسباب الطعن في القرار الإداري المنفصل عن العقد عن أسباب الطعن في أي قرار إداري آخر، كون القرار المنفصل هو في النهاية قرار إداري نهائي، يخضع لذات عيوب المشروعية التي تعتري أي قرار إداري آخر، ويرتب ذات الآثار على الطعن الذي يوجه إليه بالإلغاء. إلا أننا سنعمد من خلال هذا المبحث على تسليط الضوء على خصوصية هذه العيوب والآثار بالنسبة للقرار الإداري المنفصل، وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: أسباب الطعن بالإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن العقد.

المطلب الثاني: آثار الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد.

المطلب الأول: أسباب الطعن بالإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن العقد

سنتناول في هذا المطلب دراسة عيوب المشروعية التي تعتري القرار الإداري المنفصل عن العقد كأسباب للطعن بالإلغاء في هذا القرار، وتشمل هذه العيوب:

1- عيب عدم الاختصاص. 2- عيب الشكل. 3- عيب مخالفة القانون. 4- عيب الانحراف بالسلطة.

الفرع الأول - عيب عدم الاختصاص:

وسنتناول في هذا المطلب ماهية عيب عدم الاختصاص وحالاته.

أولاً – ماهية عيب عدم الاختصاص:

يقوم القانون العام على فكرة الاختصاص[1] كنتيجة من نتائج مبدأ فصل السلطات، إلا أن هذا المبدأ لا يقتضي تحديد السلطات العامة الثلاث فحسب، وإنما يستتبع أيضاً توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة، وعلى هذا الأساس فإن قواعد الاختصاص بصفة عامة هي القواعد التي تحدد الأشخاص والهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة[2]. وبعبارة أخرى الاختصاص هو تحديد مجموعة التصرفات والأعمال التي يكون لموظف عام أو لسلطة عامة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به شرعاً[3].

---

[1]Laubadere, Jean-Claude venezia, yues gauderent, Traite de droit administratif , 1999, T1, L.G.D.J.- p.576.

[2]د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مرجع سابق – ص301. ود. ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – المرجع السابق – ص25 ود. عبد الغني بسيوني عبد الله – قضاء الإلغاء – ص181.

وقد شبّه بعض الفقهاء قواعد الاختصاص في القانون العام بقواعد الأهلية في القانون الخاص، إلا أن الفارق الجوهري بين الاثنين، أن قواعد الاختصاص إنما تحمي المصلحة العامة ،والبطلان الذي يترتب عليها دائماً مطلق لا نسبي في حين أن قواعد الأهلية يراعى في تحديدها مصلحة الأفراد. إضافة إلى أن عدم الأهلية تعد استثناءاً، أما عدم الاختصاص فهو أمر عادي لأن الاختصاص يجب أن يستند دائماً إلى القانون. كما أن عدم الأهلية سببه هو عجز في الملكات الفكرية، في حين أن عدم الاختصاص سببه التخصص وتقسيم العمل وفي بعض الأحيان تقرير بعض الضمانات الفردية (د. مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – المرجع السابق – ص378).

[3] بين الفقيه jeze بكتابه les principles generaux des contrats بأن الأهلية والاختصاص من ذات الطبيعة القانونية وهما مراكز قانونية عامة غير شخصية تتكون من السلطة القانونية باتخاذ التصرفات القانونية.

Dominique Pouyaud ,la nullite des contrats administratifs ,op. cit p.34.

J.Le foulon , lanotion de competence des agents administratifs en droit francais , th ,Rennes ,1970.

والأصل أن تحديد الاختصاص هو من عمل المشّرع، فالهيئات العامة لا تملك أن تمارس تصرفاً يكون صحيحاً شرعاً ومنتجاً لآثاره قانوناً ما لم يصدر هذا التصرف في حدود الضوابط المقررة قانوناً لاختصاص هذه الهيئات.

وتتجلّى المصلحة العامة في تحديد قواعد الاختصاص من ناحية الإدارة والأفراد على السواء، فمن ناحية الإدارة، يسمح قصر عمل موظف معين على نوع معين من التصرفات بإجادته لها بطول الممارسة فيحقق بذلك سرعة إنجاز الأعمال الإدارية. ومن ناحية الأفراد، تساعد قواعد الاختصاص الواضحة على تحديد المسؤولية وسهولة توجيه الأفراد في أقسام الجهاز الحكومي الذي يتعقد يوماً بعد يوم[1].

وعليه فإن عيب عدم الاختصاص يتجلى في عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لأن المشّرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر[2].

فإذا ما مارس فرد أو هيئة عملاً قانونياً من اختصاص هيئة أو فرد آخر نكون أمام عيب عدم الاختصاص[3]، أما إذا ارتكب الموظف عملاً لم ينظمه القانون إطلاقاً أو حرّمه على الجميع، فالعيب في هذه الحالة هو عيب مخالفة القانون[4].

وعيب عدم الاختصاص قد يكون إيجابياً أو سلبياً، فليست الصورة الوحيدة لعدم الاختصاص أن يصدر الموظف قراراً يعتدي فيه على اختصاصات غيره،

---

[1] د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص533.

[2] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص257 ود. ماهر أبو العينين – المرجع السابق – ص25 ود. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص168.

[3] R.chapus ,Droit Administratif général,Montchrestien ,paris ,1995 ,p 900.
J.rivero ,J. Waline ,op. Cit ,p.535.

[4] د. الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص534 ود. مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص377 وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957/5/27، المجموعة، ص313.

وعندها نكون أمام عيب اختصاص إيجابي، وإنما توجد أيضاً صورة أخرى تتمّثل في عدم الاختصاص السلبي، وهذه الصورة توجد في كل مرة يتجاهل فيها الموظف اختصاصه فيعتقد أنه غير مختص ويمتنع عن إصدار القرار مع أنه في الحقيقة مختص بإصداره[1].

و يعد عيب عدم الاختصاص العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام[2]، ويترتب على عدّه متعلقاً بالنظام العام النتائج الأتية:

1- يجوز إبداؤه كدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، كما أن للقاضي أن يثير هذا العيب من تلقاء نفسه حتى ولو لم يدفع به الطاعن، إلا أنه مع ذلك لا يستطيع أن يقضي بأكثر مما طلبه الخصوم، فلا يستطيع أن يلغي الجانب غير المطلوب إلغاؤه من قرار أصدرته سلطة غير مختصة[3].

2- لا يجوز تعديل قواعد الاختصاص بالاتفاق[4]. فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة فتعدلها أو تتنازل عنها كما ترغب، بل هي مقررة قانوناً من أجل تحقيق الصالح العام[5]. كما أنه لا يجوز لجهة إدارية أن

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص398.

[2] A- Laubader et autres, Traite de droit administratif, op.cit. p.577.

Waline: Traite elementaire de droit administratif, paris, 1952 , 6 edit, p.136

وبذات المعنى جاء حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1883/ تاريخ 1985/6/8 سنة 27 قضائية مذكور عند د. ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – الكتاب الثاني – مرجع سابق – ص51.

[3] J.rivero ,J. Waline ,op.cit., p.534.

وأيضاً د.سليمان الطماوي – القضاء الإداري – المرجع السابق – ص 536 ود. عبد الله طلبة – المرجع السابق – ص259.

[4] L.Richer , droit des contrats administratifs , 2010,op. cit , p.58.

[5] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957 /5/27. مذكور عند د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 538

تتنازل عن اختصاصها لإدارة أخرى إلا بناء على تفويض سليم قانوناً وضمن حدود القانون[1].

3- إذا ولد القرار معيباً بعدم الاختصاص، فلا يمكن تصحيحه بإجراء لاحق من الجهة المختصة بل يجب أن يصدر القرار صحيحاً ابتداءاً من جانب السلطة المختصة[2]، وعليه فإن القرار الباطل بسبب عيب عدم الاختصاص لا يصحح بالاعتماد من قبل صاحب الشأن فيما بعد، بل يجب أن يصدر منه إنشائياً بمقتضى السلطة المخولة له[3]، كما أنه لا يمكن أن يغطى هذا العيب ويزول أثره بمجرد التصديق اللاحق للهيئة المختصة على القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص[4].

ورغم أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على أن التصديق اللاحق لا يغطي العيب الذي شاب القرار منذ البداية، إلا أنه ذهب في أحد أحكامه إلى اتجاه مغاير عندما قضى بأن التصديق اللاحق من الجهة المختصة يغطي عيب عدم الاختصاص[5].

وكذلك فإنه في الوقت الذي أكدت فيه محكمة القضاء الإداري المصرية على أن القرار الذي يصدر مشوباً بعيب عدم الاختصاص يصبح باطلاً لأنه

وتطبيقاً لذلك انتهت المحكمة الإدارية العليا السورية : بأنه لما كانت قواعد الاختصاص من النظام العام وهي من عمل المشرع وحده فلا يسوغ للإجراءات الفردية أو لإرادة الإدارة العامة أن تغير من صفته النوعية، حكمها رقم /100/ لعام 1967 (غير منشور).

[1]د. محمد كامل ليلة – مرجع سابق – ص1153 ود. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق- ص379.

[2]CE,6-9-1993 ,Mme Laverlochere ,LPA ,1994, p.22.

[3]د. عبد الله طلبة – المرجع السابق – ص259.

[4]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1953/12/21 السنة الثامنة، المجموعة، ص274.

[5]CE, 1-10-1959, Dame fonnetblane, Rec.,p.432.

متعلق بالنظام العام، وبالتالي لا تصححه الإجازة اللاحقة ،أو الاعتماد الذي يصدره صاحب الاختصاص[1]. إلا أن المحكمة الإدارية العليا المصرية عدّهأن القرار الإداري غير مشروع لصدوره ممن لا يختص بإصداره يتم تصحيحه باعتماده من صاحب الاختصاص وبالتالي تزول عنه عدم المشروعية وينقلب قراراً إدارياً صحيحاً بعد أن كان قراراً إدارياً باطلاً قابلاً للإلغاء[2] واشترطت ألا ينطوي التصحيح اللاحق للقرار الإداري على تغيير في مضمون القرار أو ملاءمة إصداره[3].

أما في سورية فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى رفض دعوى المدعي بإلغاء القرار المشكو منه رغم أنه قد صدر معيباً بعيب عدم الاختصاص، لأن ذلك لا يؤثر في الحقائق والنتائج المترتبة على القرار المذكور طالما أنه بإمكان الإدارة صاحبة الاختصاص أن تصدر القرار الصحيح وتعدّ القرار المشكو منه مجرد اقتراح وفقاً لما رسمه له القانون[4]. إلا أن المحكمة الإدارية العليا لم تساير محكمة القضاء الإداري باتجاهها سالف الذكر واعتبرت أن صدور القرار من غير المرجع المختص بإصداره يجعله معيب بعيب جسيم يفقده قوة وجوده وينحدر به إلى درجة الانعدام ويجعل باب الطعن فيه مفتوحاً لا تحكمه المدة المنصوص عليها في المادة /22/ من قانون مجلس الدولة السوري وأوجبت بقرارها المذكور على الإدارة إصدار قرار سليم تتفادى فيه ما نجم عن خطئها من آثار[5].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1953/12/21، مذكور سابقاً.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 3 /1961/7 وحكمها بالطعن /5284/ جلسة 1997/6/17، مذكور سابقاً.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /779/ جلسة 1988/3/5 سنة 30 قضائية، المجموعة، ص121.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري السورية حكمها رقم /140/ بالقضية /262/ لعام 1971، غير منشور.

[5] المحكمة الإدارية العليا حكمها رقم /48/ طعن /94/ لعام 1973، غير منشور.

ويلاحظ أن القسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري أخذ في أحد آرائه بالاتجاه الذي سارت به محكمة القضاء الإداري فرغم أنه عدّ أن تصديق رئيس قسم الشركة في حلب على العقد المبرم دون اللجوء إلى المرجع المختص المتمثل بالمدير العام للشركة وفقاً للقانون لأنه المخول بتصديق هذا العقد يعد مخالفة صريحة للقانون وخروجاً على التفويض الوارد في محضر اللجنة الإدارية رقم /5/ تاريخ 2003/5/18 إلا أن القسم الاستشاري مع ذلك خلص إلى نتيجة مفادها أنه بالإمكان اعتماد العقد من قبل المرجع المختص المخّول بتصديقه أصولاً آخذاً بمبدأ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة مع حفظ حق الإدارة في مساءلة الموظف المسؤول وفقاً للقوانين والأنظمة[1].

ومما سبق نجد أن موقف القضاء الإداري في بعض الأحيان لا يتفق مع القاعدة العامة الأصلية الناتجة عن تعلّق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام المتمثلة في عدم جواز تصحيح هذا العيب ممن يملك الاختصاص عن طريق الإجازة أو الاعتماد وبموجب هذه القاعدة يتعين على صاحب الاختصاص إصدار قرار جديد بتاريخ حديث في ذات الموضوع[2].

وقد يقال في هذا المجال أن الأسباب العملية هي التي دعت للسير وفقاً لما سلف ذكره، إلا أننا نؤيد الفقه الذاهب بالقول أنه لا يجب أن تتغلب العوامل العملية على المبادئ القانونية في أحكام مجلس الدولة القضائية، وإن حماية مبدأ المشروعية يجب أن يظل فوق جميع الاعتبارات العملية والذي بموجبه يتعين أن يصدر القرار الإداري عن السلطة المختصة المحددة لإصداره[3].

---

[1] الرأي الصادر عن اللجنة المختصة للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع رقم /137/ لعام 2005 غير منشور.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص188.

[3] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية – مرجع سابق – ص174.

4- إن مجرد الاستعجال لا يَعفي الإدارة من مراعاتها لقواعد الاختصاص إلا إذا بلغ الاستعجال حداً من الجسامة يصل به إلى الظروف الطارئة الاستثنائية حيث يغطى هذا العيب في حالة الضرورة[1].

ثانياً - حالات عيب عدم الاختصاص:

إن مخالفة القواعد المتعلقة بالاختصاص قد تكون جسيمة مفرطة في الجسامة وقد تكون أقل درجة من ذلك، وكما أن مخالفة القواعد المحددة للاختصاصات تتفاوت في جسامتها فكذلك إن العيب الذي يصيب القرار من جرائها يتفاوت هو أيضاً في جسامته، فهو تارة يصيب القرار مع الإبقاء على صفته كقرار إداري وتارة يعيبه فيزهق فيه تلك الصفة بل ويعدمها تماماً فيقال إن هذا القرار معدوم Inexistant[2].

ولهذا سنتعرض للحالات التي يكون فيه القرار معدوماً وهي حالات غصب السلطة L'usurpation de pouvoir ومن ثم نعالج حالات عدم الاختصاص البسيط، وفيها يكون القرار معيباً لا معدوماً.

1. عيب عدم الاختصاص الجسيم (غصب السلطة)

لم يتفق الفقه في تحديد حالات عيب عدم الاختصاص الجسيم وتباينت وجهات النظر بهذا الخصوص إلا أن غالبية الفقه أجمعت على أن غصب السلطة يوجد في حالتين:

---

[1] CE,13-Mai-1925, Caravo , précité.

ود. مصطفى أبو زيد فهمي - المرجع السابق - ص379 ود. كامل ليلة - المرجع السابق - ص1152.

[2] د. مصطفى فهمي أبو زيد - المرجع السابق - ص380.

أ) حالة صدور القرار من فرد عادي:

تقوم هذه الحالة عندما يقحم شخص لا يتمتع بصفة الموظف العام نفسه على الإدارة دون سند ودون صفة ويتخذ القرارات بدلاً من المختصين، ويعدّ القرار الصادر منه في هذه الحالة منعدماً ولا يترتب عليه أية آثار قانونية[1]، بحيث لا يعتد به ولا يحتج به على الغير وللقاضي الحق في تقرير انعدام القرار من تلقاء نفسه عندما يطرح عليه أمره[2].

فالأصل أن الموظف المختص بإصدار قرار معّين هو الموظف الذي يشغل وظيفته استناداً إلى قرار تعيينه الذي صدر صحيحاً ويباشر اختصاصات وظيفته وفقاً للنصوص القانونية أو اللائحية، أما إذا صدر قرار عن شخص عادي ليس له أي صفة عامة في موضوع إداري ففي مثل هذه الحالة لا يكون القرار معيباً بعيب عدم الاختصاص فحسب بل يرقى إلى درجة اغتصاب السلطة ،ويعد قراراً معدوماً لا أثر له[3].

إلا أن القضاء اتجه في بعض الحالات إلى التخفيف من حدة هذه النتائج المترتبة على هذا الغصب من خلال ابتداع نظرية الموظف الفعلي La theorie de fonctionnaire de fait حيث تطبق هذه النظرية في الظروف العادية والظروف الاستثنائية على حد سواء[4].

---

[1]G.Vedel ,p. Delvolve , Droit Administratif ,op.cit., p.227.

[2]CE,21-7-1976,Ductel ,A.J ,P.330.

[3]G. Vedel ,p. Delvolve ,op.cit ,p.227.

[4] ظل مجلس الدولة الفرنسي لمدة طويلة يحكم بانعدام القرار الإداري المعيب بعيب عدم الاختصاص الجسيم، إلا أن أحكامه اطردت فيما بعد على الحكم بذلك أيضاً إلا أنه خفف من آثار غصب السلطة في هذه الحالة باللجوء إلى نظرية الموظف الفعلي:

CE,5-3-1948 ,Marion ,LEBON ,1948 ,P. 113.

ففي الظروف العادية: تؤسس نظرية الموظف الفعلي على فكرة الظاهر (الأوضاع الظاهرة)، وقد استخدمت في الأحوال العادية لحماية الغير حسن النية الذي تعامل مع هذا الفرد العادي بصفته الوظيفية نتيجة لظهوره بمظهر الموظف العام دون أن يعلم بالحقيقة سواء كانت باغتصاب السلطة من هذا الفرد العادي أو إذا كان تعيينه في الوظيفة العامة باطلاً. ومن تطبيقات هذه النظرية:

1. حالة المهمة المنتهية:

فالقرارات التي يتخذها الرئيس الإداري بتاريخ لاحق لانتهاء ولايته تكون مشوبة بعدم المشروعية، ويعلن القاضي الإداري انعدامها. إلا أن هنالك بعض الضرورات التي قد تستلزم متابعة الرئيس الإداري لمهماته رغم انتهاء ولايته، حيث أن بعض الأنظمة تأذن للرئيس الإداري بمتابعة مهماته ريثما يحضر خلفه، وعندها تكون قراراته صحيحة ومنتجة لآثارها. إلا أن هذا القرار يتصف بالبطلان إذا مارس هذا الرئيس الإداري مهماته متابعاً وظيفته بدون أن يكون مجهزاً بهذا الإذن[1].

وعليه تجري التقاليد السياسية أن تتابع الوزارة المستقيلة مهمتها بتكليف من رئيس الجمهورية إلى أن تتألف الوزارة الجديدة، إلا أن هذه الممارسة سواء بالنسبة للوزارة المستقيلة أو بالنسبة للموظف الذي خرج من عداد الموظفين بشكل من الأشكال مقيدة بأن لا يمارس من المهمات إلا التيسير العادي للأمور المستعجلة[2].

2. حالة المهمة غير السليمة قانوناً والتي استهدفت قراراتها بالإلغاء:

وتتمثل هذه الحالة بتعيين رئيس إداري، تم إلغاء تعيينه فيما بعد بموجب حكم صادر عن القضاء الإداري، ذلك أن الموظف المعين بصورة غير قانونية في

---

[1]CE, 22-4-1966, Fèd, Nat. des syndicat des polices A.J, p.35.

[2]د. عبد الإله الخاني – المرجع السابق – ص591 وَ د. محمد كامل ليله – مرجع سابق – ص1154.

الوظيفة التي يشغلها يجب أن ينظر إليه كمكلف بشكل قانوني لهذه المهمة، طالما أن الحكم بإلغاء تعيينه لم يحكم به من قبل القضاء بعد[1].

أما إذا ألغي هذا التعيين، فإن القرارات الصادرة قبل الإلغاء تعدّ نظرياً صادرة من شخص لا يملك هذه الصفة أي أنها مشوبة بعدم المشروعية، إلا أن ذلك يؤدي إلى نتائج غير مقبولة كون هذه القرارات تمس مصالح الأشخاص الآخرين الذين تعاملوا مع هذا الشخص عن حسن نية، ولهذا يعدّ القضاء الإداري – مراعاة منه لمراكز الأشخاص الذين تعاملوا مع الموظفين – هذه القرارات حائزة المشروعية بالنسبة لهؤلاء الأشخاص. أما بالنسبة للقرارات التي أصدرها هذا الشخص بعد الإلغاء فلا شبهة في أنها باطلة[2].

أما في الظروف الاستثنائية: وتقوم نظرية الموظف الفعلي في هذه الحالة عندما يتدخل بعض الأفراد في مجال عمل الإدارة عند حدوث ظروف استثنائية، ويقومون بإعمال الوظيفة الإدارية بقصد تحقيق نفع عام، حيث يعدّ عمل هؤلاء الأفراد سليماً ومشروعاً على أساس اعتبارات الضرورة الملحة التي اضطرتهم إلى القيام بأعمال إدارية لا شأن لهم بها في سبيل الصالح العام، وتعتبر الأعمال التي يتخذونها بدلاً من الإدارة باسمها ملزمة للإدارة ومسؤولة عنها، وتستند نظرية الموظف الفعلي في حالة الظروف الاستثنائية في تبريرها على فكرة الضرورة .Nécessite

وعلى هذا يرى القضاء الإداري أن القرارات والتصرفات التي تصدر عن الأفراد العاديين الذين قاموا بإدارة المرافق العامة في الظروف الاستثنائية المتمثلة

---

[1] د. عبد الإله الخاني – المرجع السابق – ص591.

[2] CE, 13-5-1949, couvrat, Dalloz 1950, p.77.

في حالة الحرب قرارات صحيحة رغم صدورها ممن لايتمتعون بصفة الموظفين العموميين[1].

ب) حالة اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية:

يرجع هذا النوع من الاعتداء على الاختصاص كحالة من حالات غضب السلطة إلى مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية، وقيام الدستور بتحديد اختصاصات كل سلطة من هذه السلطات[2]، فإذا ما وقع الاعتداء من قبل السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطتين الأخريتين فإن هذا الاعتداء يعدّ مجرد عمل مادي بحت لا يكسب حقاً ولا يكتسب حصانة كونه تصرفاً معدوماً[3].

1- اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية:

يكون اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية في نوعين من المسائل:

- المسائل التي نص الدستور صراحة على أنها من اختصاص السلطة التشريعية، واشترط أن تنظم بقانون: فمثل هذه المسائل لا يجوز أن تنظم بغير

---

[1] CE,,5-3-1948 ,Marion ,LEBON ,1948 ,P. 113.

[2] Dominique Pouyaud , la nullite des contrats administrative ,L.G.D.J.,1991, P. 450.

وقد استقر الفكر الحديث على وجوب الفصل بين السلطات مع تعاونها بما يضمن الانسجام التام في عملها بغية تحقيق المصلحة العامة فمبدأ الفصل بين السلطات يعتبر ضمانة أساسية وضرورية للحريات العامة (د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - دراسة مقارنة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - 2000 - ص6-9).

[3] المحكمة الإدارية العليا المصرية حكمها بالطعن /1627/ جلسة 1999/9/29 سنة 37 قضائية، المجموعة، ص392.

القانون، كأن تنظمها السلطة التنفيذية بموجب لائحة، فإن هي فعلت ذلك عد قراراها اللائحي اغتصاباً للسلطة.

وتطبيقاً لذلك وفي مجال العقود الإدارية حرصت الدساتير على النص صراحة على عدم جواز إقدام السلطة التنفيذية على إبرام بعض العقود إلا إذا صدر التصريح بالتعاقد من البرلمان لتنظيم نوع من الرقابة على الإدارة ذاتها ونظراً لأهمية هذه العقود واتصالها المباشر بأداء الخدمات العامة وإشباع الحاجات المختلفة للجمهور وتعلقها باستغلال موارد الثروة الطبيعية[1]. ومن أمثلة ذلك:

في فرنسا قضت المادة /34/ من الدستور الفرنسي الصادر في 1958/10/4 على أن تحدد القوانين المالية موارد وأعباء الدولة بالشروط وفي الحدود التي بينها القانون الأساسي. واستناداً لذلك قضت المادة /15/ من الأمر الصادر في 1959/6/2 في شأن القوانين المالية على أن عقود القرض العام تبرم بناء على الموافقة البرلمانية التي تصدر سنوياً بقانون الميزانية العامة. وبمقتضى ذلك فإن عقود القرض العام contrat d'emprumt public de l'etat تستلزم صدور تصريح بالتعاقد من البرلمان قبل إبرامها[2].

---

[1] د. مصطفى كامل محمد علي – الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة – دراسة مقارنة – القاهرة دار النهضة العربية – 2006 – ص382 ود. جابر جاد نصار – العقود الإدارية – ص72 ود. عمرو أحمد حسبو – التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ .B.O.T – دراسة مقارنة – القاهرة – دار النهضة العربية – 2001 – ص72.وأيضاً:

A. De Laubadere, F.modern,P. delvolve, Traite des contrats administratifs, T2 , L.G.D.I. paris,1983, p.413.

[2] فتوى رقم /449/ تاريخ 1954/11/28 التي أقرتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري.

[2]Laubadere, modern, delvolve, Traite des contrats administartifs , T2, L.G.D.J, paris, 1983, p.413.

وفي مصر نصت المادة /121/ من الدستور الحالي الصادر في 1971 على أنه لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في الفترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب[1].

وفي سورية نصت المادة /71/ من الدستور الصادر بعام 1973 على أن يتولى مجلس الشعب إقرار المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة وهي معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي تتعلق بحقوق السيادة أو الاتفاقيات التي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها أو التي تخالف أحكام القوانين النافذة.

وعليه فإن قيام السلطة التنفيذية بالاعتداء على أي من هذه الاختصاصات المذكورة يعد عيباً جسيماً يجعل من تصرفها معدوماً.

- المسائل التي نظمت فعلاً بقانون من قبل السلطة التشريعية: فإذا ما تدخلت السلطة التشريعية في نطاق معين ووضعت له قانوناً، استحال بعد ذلك على الحكومة أن تشرّع فيه إلا لتضع الجزئيات الصغيرة اللازمة لحسن تنفيذ القانون وبشرط مراعاة أحكامه. فإذا حدث وأن وضعت الإدارة قراراً قاعدياً خالفت به أحكام هذا القانون كان قرارها من قبيل غصب السلطة[2].

---

[1] عقد القرض العام هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية (كالبنوك) مبلغاً من المال للدولة (أو لشخص معنوي آخر من أشخاص القانون العام) مقابل تعهد بدفع فائدة سنوية محددة وبرد القرض وفقاً للشروط في نهاية الأجل المحدد. راجع د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص130.

[2] وعلى هذا فإذا نظم المشرع مسألة من المسائل فلا مجال البتة للإدارة أن تتجاوز الحدود التي رسمها المشرع بحجة تحقيق المصلحة التي يفترض أن المشرع أخذها بعين الاعتبار عند إصداره القانون والقول بغير ذلك إنما يعني جواز الاجتهاد في مورد النص وهو أمر غير مقبول أصولاً. (رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /378/ لعام 1970 والرأي الصادر عن ذات القسم رقم /290/ لعام 2007 غير منشور).

ومن ذلك أن المادة /53/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 نصت على تشكيل لجنة لتبرير التأخير على وجه معين[1]، وعليه لا يصح للسلطة التنفيذية أن تقرر تعديل تشكيل هذه اللجنة إن رأت أن في ذلك ضمانة أكبر، وإن هي فعلت ذلك كان تصرفها من قبيل غصب السلطة ويقع باطلاً، كون تعديل هذا التشكيل لا يكون إلا ممن يملكه قانوناً وهو المشّرع.

2 - اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة القضائية:

يشكل اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة القضائية غصباً للسلطة يؤدي إلى انعدام القرار الإداري الصادر في هذه الحالة[2].

وبناءً على ذلك فإن القرار الصادر من جهة الإدارة بوقف تنفيذ حكم صادر من محكمة القضاء الإداري لحين الفصل في الطعن المقام ضده أمام المحكمة الإدارية العليا هو قرار منعدم، وأساس ذلك أنه انطوى على غصب اختصاص مقصور على دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا ولا تملك

---

[1] حيث نصت المادة /53/ المذكورة على مايلي:

"..... بعد موافقة لجنة تؤلف لهذه الغاية بقرار من الوزير على الشكل الآتي:

مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة	رئيساً
ممثل عن وزارة المالية	عضواً
ممثل عن الجهة العامة بمرتبة مدير على الأقل	عضواً
المتعهد أو من ينتدبه	عضواً
ممثل عن الجهاز المركزي للرقابة المالية	عضواً...".

[2] د. محمد جمال الذنيبات – القرار الإداري المنعدم في القضاء الإداري الأردني والفقه المقارن – مقال منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت – 2004 – العدد الأول – آذار – ص321.

جهـة الإدارة أي سـلطة تقديريـة فـي هـذا الشـأن لتعلـق الموضـوع بالنظـام العـام القضائي[1].

كما أن قرار المحافظ الذي يفصل في قضية تتعلق بحق الملكية أو بحق الارتفاق وقرار رئيس البلدية الذي يقضي بإغلاق إحدى المطاحن هي قرارات معدومة تعدّ من قبيل غصب للسلطة[2].

2. عيب عدم الاختصاص البسيط:

تقوم السلطة التنفيذية بمباشرة مهامها واختصاصاتها عن طريق توزيعها على الهيئات والإدارات المختلفة التابعة لها، فإذا ما وقع تجاوز من هيئة أو إدارة أو موظف لهذه الحدود المقررة بالقوانين فإن القرارات الصادرة في هذه الحالة تكون مشوبة بعيب عدم الاختصاص[3]، وعليه فإن عيب عدم الاختصاص البسيط يقع داخل السلطة التنفيذية وبين إدارتها وموظفيها[4]، وهذا العيب وإن كان أخف من عيب عدم الاختصاص الجسيم أو غصب السلطة إلا أنه أكثر حدوثاً في العمل[5].

وبصفة عامة فإن الحالات التي سنتناولها لعيب عدم الاختصاص البسيط هي:

1) عيب عدم الاختصاص من حيث الموضوع
2) عيب عدم الاختصاص من حيث الزمان
3) عيب عدم الاختصاص من حيث المكان

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم /3/ جلسة 1989/5/20 سنة 32 قضائية، المجموعة، ص63.

[2] قرار مجلس شورى الدولة السوري الأسبق رقم /15/ تاريخ 1946/1/22، مذكور عند د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص263.

[3] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – مرجع سابق – ص587.

[4] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الثالث – مرجع سابق – ص594.

[5] د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ود. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص264.

أ) عيب عدم الاختصاص من حيث الموضوع

يقع عيب عدم الاختصاص من حيث الموضوع عند صدور القرار الإداري من هيئة أو عضو لا يملك سلطة إصداره في مسألة معينة تدخل في اختصاص هيئة أو عضو آخر. وما يميز عيب الاختصاص من حيث الموضوع أنه لا يخرق مبدأ الفصل بين السلطات إلا أنه يتجاهل توزيع الاختصاص بين السلطات الإدارية المختلفة.

وقد يقع هذا الاعتداء من سلطة إدارية على اختصاص سلطة أخرى مساوية لها، أو على سلطة رئاسية لها، أو على سلطة أدنى تابعة لها، أواعتداء سلطة مركزية على اختصاص سلطة لامركزية، أو بصدور قرار إداري بناء على تفويض أو حلول مخالف للقانون، ومن هنا فإننا سنتناول هذه الحالات وفقاً للآتي:

1- اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى مساوية لها:

تحدث هذه الصورة عند اعتداء سلطة إدارية على اختصاص مقرر لسلطة إدارية أخرى، لا ترتبط معها بعلاقة سلطة رئاسية أو رقابية أي أنهما متساويان لاستقلال كل منهما عن الأخرى في مباشرة الاختصاصات المنوطة بها قانوناً. كقيام الوزير بإصدار قرار في مسألة تتعلق باختصاص وزير آخر[1].

ورغم أن هذه الحالة من عدم الاختصاص تتم داخل نطاق السلطة التنفيذية فإن جانب من الفقه يعدها من حالات عيب عدم الاختصاص الجسيم

---

[1]A- Laubadere, Traite de droit administratif, paris , T2 op.cit., p.665.

CE, 18-Dec-1953,précité.

د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص592 ود. عبد الإله الخاني - المرجع السابق - ص594 ود. مصطفى أبو زيد فهمي - المرجع السابق - ص396.

(غصب السلطة) على فرض أنها تقوم على عدم احترام قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية[1].

وتطبيقاً لذلك فإن القرار الذي يصدرعن وزير بحرمان شخص من التعاقد مع وزارة أخرى، هو قرار معدوم لا قرار معيب بعيب عدم الاختصاص البسيط، كون إصدار قرار الحرمان يدخل في اختصاص وزير آخر.

2- اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة رئاسية لها:

الأصل العام أنه لا يجوز لسلطة إدارية دنيا أن تصدر قراراً يدخل في اختصاص سلطة إدارية أعلى منها إلا بناءً على تفويض صحيح فإذا وقع ذلك المحظور فإن القرار يكون معيباً بعدم الاختصاص[2]، فالمدير العام لايستطيع أن يعتدي على اختصاص الوزير، والوزير لا يستطيع أن يعتدي على اختصاص رئيس مجلس الوزراء.

لذلك فإن القرار الصادر عن مدير عام المنطقة المركزية بالهيئة لسكك حديد مصر بإزالة التعدي عن أرض تعتبر من أملاك الدولة هو قرار معيب بعيب عدم الاختصاص لأن صاحب الاختصاص بالموضوع المذكور هو الوزير أو المحافظ[3]. كما أن صدور قرار من المدير العام في أمر من اختصاص الوزير يجعل القرار المذكور معيباً بعيب عدم الاختصاص وحرياً بالإلغاء[4].

وفي مجال القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري يعد قرار الوزير بحرمان المتعهد من التعاقد مع كافة الجهات العامة غير مشروع ومعيباً بعيب عدم

---

[1] د. محمد جمال الذنيبات – القرار الإداري المنعدم – مقال سابق – ص 322 ود. عبد الله طلبة – المرجع السابق – ص264.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص593.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /956/ جلسة 1994/1/16 سنة 35 قضائية ود. مصطفى فهمي أبو زيد – المرجع السابق – ص395.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /573/ بالطعن /441/ لعام 1996المجموعة –ص 479.

الاختصاص، كون هذا الحرمان حسب المادة /58/ من نظام العقود السوري الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 هو من اختصاص رئيس مجلس الوزراء.

وفي المجالذاته فإن المشّرع غالباً ما يحدد الجهة المختصة بإصدار قرار إبرام العقد، فإذا ما صدر قرار إبرام العقد كقرار منفصل عن العقد الإداري من غير الجهة المختصة كان القرار المذكور معيباً بعيب عدم الاختصاص وحرياً بالإلغاء[1].

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن العقد الموقع باسم الدولة من جانب كبير مهندسي المناجم والمحاجر بدلاً من مدير العلاقات الاقتصادية الخارجية دون تفويض في هذا الأمر يشكل خطأً مرفقياً يستدعي مسؤولية الدولة[2].

3- اعتداء سلطة رئاسية على اختصاصات سلطة أدنى تابعة لها:

إذا كان الأصل أن للرئيس الإداري حق مباشرة الإشراف والتوجيه والرقابة على أعمال مرؤوسيه بمقتضى السلطة الرئاسية المخولة له، إلا أن هذه السلطة لها حدود يجب أن تقف عندها، وبذلك تمثل قرارات الرئيس الإداري الصادرة خارج هذه الحدود اعتداء على اختصاصات مرؤوسيه، وتعدّ بالتالي معيبة بعيب عدم الاختصاص[3]. فإذا أصدر الرئيس الإداري قراراً في مسألة من المسائل التي جعلها

---

[1] د. محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص48.

[2] CE, 17-10-1980, Gaillard, sirey 1980, p.378.

CE, 13-6-1962 ,Sté dentreprise générale le pour la France, et les colonies , RDP, 1963, p.535.

CE, 28-1-1977 ,Minode de l'economie. Sté.Huer tye metallurgie ,AJ ,1977 ,P.394.

[3] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص269.

القانون من اختصاص المرؤوس وحده دون تعقيب أو تعديل من جانب رئيسه فإن قراره يعدّ غير مشروع لاعتدائه على اختصاص المرؤوس[1].

وينطبق ذات الحكم على القرار الصادر من الرئيس الإداري بداءة في اختصاص لمرؤوس يكون له حق ممارسة الرقابة عليه، إذ يجب عليه التريث حتى يتخذ المرؤوس القرار ثم يباشر رقابته بعد ذلك عليه[2].

ويلاحظ أنمجلس الدولة الفرنسي لا يعدّ قرار السلطة الأعلى مشوباً بعدم الاختصاص إذا كان العضو الإداري المختص قد أسهم فعلاً في إصدار هذا القرار، كأن يكون الأمر أصلاً من اختصاص الوزير فيصدر القرار فيه، لا بقرار وزاري وإنما بقرار جمهوري يوقع عليه الوزير إلى جانب رئيس الجمهورية[3].

وكذلك الحال بالنسبة للقرارات التي تصدرها السلطة الأدنى بناء على تعليمات وأوامر السلطة الأعلى، فإن الأمر الذي يصدره المحافظ في شأن هو من صميم اختصاصه ولكن بناءً على تعليمات الوزير، فإن مثل هذا القرار يعدّ وفقاً لمجلس الدولة الفرنسي غير مشوب بالبطلان[4].

كما ذهب مجلس الدولة المصري إلى أنه وإن كان مجلس الجامعة يملك التعيين إلا أنه يجب أن يكون هناك تحت بصر المجلس توصية مجلس المعهد

---

[1] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – مرجع سابق – ص493.

[2] د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص317.

[3] CE,26-10-1945, Mattei, Rec, p.214.

CE,26-Juin-1947. Rec, p.357.

وفي حكم آخر ذهب المجلس إلى أنه لا يجوز للسلطة الأعلى أن تحل محل السلطة الأدنى في مباشرة اختصاصاتها ولكن يجوز لها أن تنبهها إلى ذلك مستعينة بالسلطة التأديبية التي تملكها إلى جانب السلطة الرئاسية (CE,, 12-1-1965 ,cie marchande de tunisie ,Rec. ,p.602.).

[4] CE,,30-6-1950 ,Queralt ,Rec,p. 413.

المختص وعدم عرض التوصية الصادرة من مجلس المعهد على مجلس الجامعة يجعل القرار غير مشروع لصدوره من غير مختص[1].

كما أن مجلس الدولة السوري انتهى إلى أنه لا يحق للمكتب التنفيذي في المحافظة رفض تصديق قرار لجنة المزايدة بالإحالة على المدعي كون قرار تصديق القرار المذكور يعود إلى مجلس المدينة كونه يتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة التي تخّوله حق البت في العقود المبرمة لمصلحته لاتخاذ القرار المناسب[2].

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1991/7/21 بالطعن رقم /4074/ سنة 32 قضائية، المجموعة، ص413.

وفي حكم آخر لها انتهت إلى أن وبناءاً عليه عدّ المجلس أن المشرع عندما أناط بالهيئة العامة لتنمية بحيرة السد العالي الاختصاص بشؤون البحيرة واستغلالها – يتولّى مجلس إدارة الهيئة إصدار القرارات اللازمة لتحقيق هذا الغرض بوصفه السلطة العليا المهيمنة على شؤون الهيئة وتصريف أمورها – فإن تبعية الهيئة لوزير التعمير والمجتمعات الجديدة لا تؤثر على مباشرة الهيئة لاختصاصاتها على النحو السالف بيانه، وأساس ذلك أن هذه التبعية مردها السلطة الوصائية التي تقررت للوزير بالنسبة للهيئة سواء فيما يتعلق بالإشراف عليها أو اعتماد قرارات إدارتها دون أن يكون للوزير المذكور أن يحل محل مجلس الإدارة في ممارسة اختصاصاته، ومؤدى ذلك أنه للمحافظ سلطة إصدار قرار بتحديد مناطق الصيد في بحيرة السد العالي، ولا يغير من ذلك صدور قرار من وزير التعمير والمجتمعات الجديدة بتفويض محافظ أسوان في مباشرة كافة اختصاصاته بالنسبة إلى أعمال الهيئة لتنمية بحيرة السد العالي والعاملين فيها، وأساس ذلك أن قرار التفويض لا ينقل للمحافظ إلا ما كان داخلاً في اختصاصات الوزير بالنسبة للهيئة المذكورة – وهذه الاختصاصات تدور حول السلطة الوصائية المقررة للوزير ولا تمتد لتسلب مجلس إدارة الهيئة اختصاصه الأصيل.

(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1985/11/30 بالطعنين /4313 و 2424/ سنة 27 قضائية مذكور عند د. محمد حسن هند والمستشار محمد حسن علي حسن –مرجع سابق –ص).

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /170/ بالطعن /1732/ لعام 1998، المجموعة، ص716.

4- اعتداء سلطة مركزية على اختصاص سلطة لامركزية:

عندما ينشئ القانون بعض الهيئات اللامركزية الإقليمية، فإنما يعني بذلك الاعتراف لهذه الهيئات بقدر معين من الاختصاصات وقدر معين من الاستقلال في مزاولة هذه الاختصاصات، كما قد يعترف للسلطة المركزية كسلطة وصائية إدارية بالتصديق على بعض قرارات هذه الهيئات أو حتى في الحلول محلها إذا اقتضى الأمر في بعض الحالات، ولكن هذا لا يمنح السلطة المركزية الحق في التصرف بداءة بدلاً من الهيئات اللامركزية متجاهلة اختصاصات هذه الأخيرة، فإن فعلت ذلك كان قرارها مشوباً بعدم الاختصاص. وكذلك الحال بالنسبة لعمال السلطة المركزية عندما يعدّهم القانون كأعضاء تنفيذ لقرارات الهيئات اللامركزية فهؤلاء يجب ألا يعتدوا على اختصاصات هذه الهيئات وإلا عدّت قراراتهم باطلة ومعيبة بعيب عدم الاختصاص.

وتطبيقاً لذلك فإن العقود في الهيئات الإدارية اللامركزية في فرنسا تمر بمرحلتين: الأولى وتتمثل بإصدار القرار من المجلس المنتخب للإقليم، أما الثانية فتتمثل بمرحلة إبرام العقد وهي تتم من عضو التنفيذ (هو مندوب الجمهورية في الإقليم) الذي لا يملك اتخاذ إجراءات إبرام العقد إلا بعد صدور قرار بالتعاقد من المجلس المنتخب للإقليم، فإذا ما تعاقد عضو التنفيذ بدون قرار سابق من المجلس، فإن عمله يغدو مجرداً من كل قيمة وقراره في هذا الصدد معيب بعيب عدم الاختصاص[1].

---

[1]J.rivero,J.waline, op.cit ,p.108.

J.M.Peyrical ,Reflexion autour de la sphers des competenCE, particuliers des communes ,D.,1998,chron.341,

J,F.auby, la decentrlisation fait-elle maitre de nouvelles tutelles ?AJDA.,1984 ,P.412.

وفي مصر تختص المجالس الشعبية المحلية بإصدار قرارات التعاقد بالنسبة للعقود التي تبرم في نطاق اختصاصها المحلي، فإذا ما قام الوزير بإصدار قرار التعاقد متجاوزاً اختصاص هذه المجلس، كان قراره مشوباً بعيب عدم الاختصاص[1].

في سورية تتولّى المجالس المحلية تصديق عقود الوحدات المحلية ضمن إطار الولاية المباشرة لجميع الأجهزة المحلية التي تم نقل اختصاصاتها إلى الوحدة الإدارية وفق الخطة الوطنية للامركزية مما لا يمكن معه للسلطة المركزية تناول هذه الاختصاصات ومباشرتها[2].

ففي فرنسا تتمتع الهيئات الإدارية اللامركزية بالشخصية المعنوية La personnalite morale ويمثلها مجلس منتخب وعضو تنفيذ Une autorite executive والمجلس المنتخب للإقليم هو الذي يملك سلطة الإدارة وإصدار القرارات وهو الذي يملك سلطة الموافقة على إبرام العقود التي تكون الوحدة المحلية في حاجة إليها ،كما أنه هوالذي يقرر إبرام عقد معين لمحصلة الإقليم، وذلك بالنسبة للعقود التي تخص الإقليم فقط والتي لا تتطلب إذن أو تصريح من جهة أخرى – كالعقود التي يتطلب إبرامها تصريحاً من البرلمان –، أما عضو التنفيذ فهو مندوب الجمهورية في الإقليم وهو الممثل الوحيد للدولة داخل الإقليم وتقتصر مهمته على تنفيذ قرارات المجلس المنتخب للإقليم فهو يملك صلاحيات إبرام العقود التي وافق على إبرامها المجلس المنتخب وذلك وفق الشروط التي حددها هذا المجلس في قراره، ومن ثم لا يستطيع أن يعدل في هذه الشروط بالحذف، أو الزيادة، إلا أن المجلس المنتخب يستطيع أن يترك قدراً من الاختيار للعضو التنفيذي، كأن يفوض عضو التنفيذ في الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية قبل إبرام العقد.

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1956/7/2 بالقضية رقم /3071/ سنة 9 قضائية، مجموعة أحكام السنة 11، ص491.

[2] المادة /31/ من قانون الإدارة المحلية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم/107/لعام 2011

5- صدور القرار بناء على تفويض أو حلول مخالف للقانون:

لا يجوز لأي سلطة إدارية أن تصدر قراراً يدخل في اختصاص سلطة أخرى إلا بناء على تفويض أو حلول قانوني صحيح، وإلا أصبح قرارها مشوباً بعيب عدم الاختصاص[1].

والتفويض dèlègation هو أن يَعَهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه سواء في مسألة معينة أم في نوع معين من المسائل إلى شخص آخر بناء على نص قانوني يأذن له بذلك[2].

ويشترط لصحة التفويض الآتي:

1) يجب أن يستند التفويض إلى نص قانوني صريح، فلا يصح للموظف أن يفوض ببعض اختصاصاته إلا إذا أجاز له القانون ذلك[3].
2) يجب أن يكون التفويض صريحاً، فالتفويض لا يُفتَرض، ولا يجوز الالتجاء إليه بطريق القياس والتماثل ولهذا يجب أن يكون محدداً وواضحاً[4].
3) التفويض لا يجوز أن يكون شاملاً لجميع الاختصاصات، بل يجب أن يكون جزئياً قاصراً على بعض الاختصاصات[1].

---

[1] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – مرجع سابق – ص596.

[2] د. عبد الله طلبة – مرجع سابق – ص266.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري السورية بتاريخ 1959/6/27 بالقضية /320/، مذكور عند د. عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص266.

وتطبيقاً لذلك أجاز نظام العقود السوري الصادر بالقانون /51/ لعام 2004 للوزير التفويض باختصاصاته المقررة بنظام العقود، وذلك في المادة /89/ منه والتي نصت على مايلي: " تمارس صلاحيات الوزير المختص المنصوص عليها في هذا النظام من الوزير أو من يفوضه".

هذا وينظم عملية التفويض في سورية المرسوم رقم/69/لعام2005.

[4] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص597.

CE, 2-4-1997, synd, natautonome des directurs des conservatoires, D.A. 1997, No 193, Obs,R.S.

4) الاختصاصات المفوضة لا يجوز إعادة تفويضها[2]. فلا يجوز للمفوَّض أن يفوض مرؤوسيه بالاختصاصات المفوضة إليه، وإلا كان تفويضه باطلاً ويجوز الطعن فيه أمام القضاء الإداري[3].
5) لا تفويض في المسؤولية، إذ أن التفويض يقع بالنسبة للاختصاص فقط، وتبقى مسؤولية المفوض عن الاختصاصات التي قام بالتفويض فيها أمام السلطة الرئاسية العليا، وفي الوقت ذاته فإن المفوض إليه يكون مسؤولاً أمام المفوض في حدود الاختصاصات التي انتقلت إليه عن طريق التفويض[4].
6) للمفّوض أن يسترد سلطاته المفوضة، فالمفوض الأصيل لا يتجرد من اختصاصه رغم التفويض فيه[5].

وبناء على ما سبق إذا صدر قرار من المفوض إليه دون أن يكون هناك نص قانوني يجيز التفويض، أو إذا تجاوز المفوض إليه حدود الاختصاصات المفوض بها كان القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص.

أما الحلول Suppleance فيراد به مواجهة خلو الوظيفة نتيجة لغياب شاغلها سواء أكان الغياب اختيارياً أم بدون إرادة صاحب الاختصاص[6]، فحينئذٍ

---

[1] د. محمد كامل ليلة، مرجع سابق، ص1160.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1090/ جلسة 1986/12/28 سنة 26 قضائية المجموعة-ص761.

[3] Auby(j-m) et drago(R), Traite de .... Op.cit. p.277.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1976/11/11 ود. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص597.

[5] د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية –مرجع سابق – ص57.

[6] عرفه جانب من الفقه بأنه حالة الموظف الذي يحل محل أحد رجال السلطة العامة، نظراً لغيابه أو لوجود ما يمنعه من ممارسة أعمال

يحل محله في ممارسة اختصاصاته من عينه المشّرع لذلك، وتكون سلطاته هي سلطات الأصيل نفسها بعكس المفوض إليه الذي تقتصر سلطاته على ما فوض به[1].

والحلول لا يكون إلا إذا نظمته نصوص تشريعية أو لائحية، أي يجب أن يُقر بنص قانوني ولا بد أن يحدد في هذا النص من يحل محل صاحب الاختصاص إذا قام مانع يحول بينه وبين مباشرة الاختصاص[2].

Debbasch(C) et RiCE,(J.C) contentieux administrative, ed5, D, paris, 1990 p.800.

Trotabas(L) et isort(p), manuel de droit public et administratif, ed20, D, paris, 1982, p.127.

ود. كامل ليلة – مرجع سابق – ص1164.

[1] د. عبد الله طلبة –الرقابة القضائية– مرجع سابق – ص268.

[2] د. محمد الوالي – نظرية التفويض الإداري – مرجع سابق – ص298 ود. عيد قرطيم – التفويض في الاختصاصات الإدارية – رسالة دكتوراه – جامعة دمشق – 2009– ص58.

ومن أمثلة الحلول **في فرنسا ما** نصت عليه المادة /7/ من الدستور الفرنسي عام 1958على أنه إذا خلا منصب رئيس الجمهورية لأي سبب من الأسباب أو تحقق المجلس الدستوري من وجود مانع لدى الرئيس بعد عرض الأمر عليه من الحكومة، متخذاً قراره بالأغلبية المطلقة لأعضائه يضطلع رئيس مجلس الشيوخ بصفة مؤقتة بمهام رئيس الجمهورية باستثناء تلك المهام المنصوص عليها في المادة /11 و 12/ اللاحقتين وإذا ما وجد ما يحول هذا الأخير عن مباشرة هذه المهام تقوم الحكومة بمباشرتها.

أما **في مصر** فقد نصت المادة /84/ من الدستور المصري الحالي على الحلول بقولها: في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية أو عجزه الدائم عن العمل يتولى الرئاسة مؤقتاً رئيس مجلس الشعب وإذا كان المجلس منحلاً محله رئيس المحكمة الدستورية العليا وذلك بشرط ألا يرشح أحدهما للرئاسة.

وفي سورية نصت المادة /88/ من دستور عام 1973 على أن يمارس النائب الأول لرئيس الجمهورية أو النائب الذي يسميه صلاحيات رئيس الجمهورية حين لا يمكنه القيام بها، وإذا كانت الموانع دائمة وفي حالتي الوفاة والاستقالة يجري الاستفتاء على رئيس الجمهورية الجديد وفقاً للأحكام الواردة في المادة م84/ من هذا الدستور وذلك خلال مدة لا تتجاوز تسعين يوماً، كما نصت المادة /89/ منه على أنه إذا

ومما يلاحظ في هذا الصدد أن التحديد في الحلول يكون بالوظيفة التي يشغلها الشخص وليس بالشخص، وعليه فإن اختصاصات (الحال) تجري على القدر والمدى والشروط المقررة للأصيل ذاتها[1]، كما يجوز للحال أن يفوض في بعض سلطاته من يليه في التسلسل الإداري[2].

وإذا كان الحال يمارس الاختصاصات المحالة إليه كما لو كانت أصلية عند حدوث الظرف الذي أدى إلى الحلول فإن الحلول ينتهي بانتهاء الظرف الطارئ الذي حال بين الأصيل وممارسته لاختصاصاته وعودته واسترداده لسلطاته أو بصدور قرار بتعيين من يحل محله في منصبه في حالة استقالته أو إنهاء خدمته أو وفاته[3].

ب) عيب عدم الاختصاص من حيث الزمان:

إن النشاط الإداري للهيئات ولرجال الإدارة محدود بحقبة زمنية معينة، ولا يجوز لهم ممارسة أو مزالة الأعمال الإدارية قبل بداية أو بعد انتهاء هذه المدة، فإن فعلوا ذلك كنا أمام عيب عدم الاختصاص من حيث الزمان[4].

شغر منصب رئيس الجمهورية ولم يكن له نائب يمارس رئيس مجلس الوزراء جميع صلاحياته وسلطاته، ريثما يتم الاستفتاء خلال تسعين يوماً على رئيس الجمهورية.

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1322/ جلسة 1970/2/21 سنة 12 قضائية المجموعة-ص 864.

[2]د. سليمان الطماوي – مبادئ علم الإدارة العامة – الطبعة السادسة – مطبعة جامعة عين شمس – القاهرة – 1987 – ص132.

[3] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري الصادرة في 1961/4/3 مبدأ رقم /142/ مجموعة أبو شادي.

[4]Auby ,L'incompetence, Rtione Temporis ,RD pub.,1953 ,p.5.

وهنا لا بد من التعرض لمسألة **تاريخ صدور القرارات الإدارية** !

فالأصل أن كل قرار إداري إنما يحمل تاريخاً معيناً، أما إذا صدر القرار بلا تاريخ فإن هذا لا يؤدي بمفرده إلى البطلان ولكنه غالباً ما يؤدي إلى الشك في صحة القرار على فرض أن الإدارة قد قصدت –

وعيب عدم الاختصاص الزمني يأخذ أحد صورتين:

الأولى: أن يصدر القرار من موظف انتهت وظيفته أو لم يخّول بعد سلطة ممارستها.

فلا يحق لرجل الإدارة اتخاذ قرار يدخل أصلاً ضمن حدود اختصاصاته إلا منذ اليوم الذي يتم فيه توقيع القرار الذي يمنحه هذه الوظيفة، وحتى قبل نشر هذا القرار.

كما أن رجل الإدارة يفقد حقه في ممارسة اختصاصه منذ اللحظة التي يجرد فيها من وظيفته، فالموظف لا يصح له أن يصدر بعض القرارات المتعلقة بوظيفة نقل منها أو تقاعد، كما أن المجالس المنتخبة لا تستطيع أن تصدر قراراً بعد انتهاء مدة نيابتها.

إن تحقيق قاعدة زوال الصفة العامة عن رجل الإدارة الذي جرد من وظائفه يتجلى بشكل واضح جداً في أعمال الحكومة المستقيلة Le government demissionnaire، فالقاعدة المسلم بها أنه مجرد قبول استقالة الوزارة وحتى تعيين وزارة تخلفها لا يملك الوزراء المستقيلون إلا تصريف الأمور الجارية،وكل قرار يصدر خلاف ذلك يعد بمنزلة اعتداء على سلطات الخلف[1].

الثانية: أن يصدر القرار بعد الميعاد الذي حدده القانون لصدوره، فإذا ما حدد نص تشريعي أو تنظيمي مدة معينة أمام الإدارة لاتخاذ قرار معين، إلا أن

بعدم وضعها التاريخ – إلى إخفاء مخالفة القواعد المشروعية أما إذا صدر القرار وعليه تاريخ معين فيفترض فيه أنه التاريخ الحقيقي الذي صدر فيه القرار، ولكن هذا لا ينفي أن الإدارة قد تتلاعب بهذا التاريخ فتضع تاريخاً سابقاً أو لاحقاً على التاريخ الحقيقي لغرض في نفسها، فإن هي فعلت ذلك جعلت للأفراد مصلحة في إثبات التاريخ الحقيقي ليتوصلوا منه إلى إثبات عدم المشروعية الذي ارتكبته الإدارة وشاءت أن تغطيه بذلك التلاعب. وعلى ذلك يجوز للأفراد أن يثبتوا هذا التلاعب من قبل الإدارة للوصول إلى عدم مشروعية القرار.

[1]CE,28-6-1968 ,Cassignol ,A.J.,1969,p.244.

الإدارة لم تحترم هذه المدة ولم تصدر القرار ضمن المدة المعينة فما الذي يرتب على ذلك ؟.

هنالك حالات معينة يجعل القانون فيها لهذا الميعاد صفة آمرة وهذا يعني أنه يتحتم على الإدارة أن تصدر قرارها فيه فإن فوتته استحال عليها إصدار القرار. ومثال ذلك ما نجده في القوانين المنظمة للهيئات اللامركزية فإنها تحرص على منح حق الاعتراض للسلطة المركزية على أن تزاوله في ميعاد معين، فإن انقضى هذا الميعاد استحال على السلطة المركزية استعمال حق الاعتراض[1].

إلا أن القضاء الإداري يعّد أن انقضاء المدة المحددة لممارسة الاختصاص لا تؤدي بشكل عام إلى زوال هذا الاختصاص، وذلك أن تحديد المدة يعّد بمنزلة إفصاح المشّرع عن رغبته في الإسراع في تنفيذ القانون[2]. ولا تكون مخالفة المدة المحددة في النص التشريعي أو التنظيمي مؤدية إلى عيب عدم الاختصاص إلا في الأحوال التي يظهر فيها المشّرع إرادته الجازمة في التقيد بهذه المدة، أو إذا كانت المدة مشروطة لمصلحة الأفراد[3].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /116/ بالسنة القضائية 3 مذكور عند د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص401.

[2] G.vedel ,P.delvolve,op. cit ,p.230.

CE,16-5-2001,Préfet de police, C\Mtimet ,AJDA ,2001 ,P. 643.

CE,20-1-1988,commune de pemerol ,Lebon , 1988 ,p.16.

وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /4436/ سنة 7 قضائية الصادر بتاريخ 1955/3/21، مجموعة السنة 9، ص423.

[3] CE,7-4-1922, imprime commercial et administrative, Rec, p.42.

CE, 25-4-1947, Gagne pain. Rec, p.714.

ت) عيب عدم الاختصاص من حيث المكان:

عدم الاختصاص من حيث المكان هو اعتداء أحد أعضاء السلطة الإدارية على اختصاص عضو آخر في نفس الجهة الإدارية ومن الدرجة ذاتها عندما يزاول مقتضيات وظيفته في غير النطاق الإقليمي المخصص له[1].

فكما أن قوانين الدولة تطبق ضمن حدود إقليمها، فإن القرارات الصادرة عن أحد رجال الإدارة أو إحدى الهيئات تطبق ضمن النطاق الجغرافي المحدد بموجب القوانين أو اللوائح لمزاولة اختصاصاتهم، ذلك أنه إذا كان لبعض رجال الإدارة أن يمارسوا اختصاصهم على إقليم الدولة كله كرئيس الدولة أو نوابه والوزراء ونوابهم كل فيما يدخل في اختصاصه، فإن المشّرع غالباً ما يحدد النطاق المكاني الذي لا يجوز لرجل الإدارة أن يتعداه حين يمارس اختصاصه[2].

الفرع الثاني – عيب الشكل والإجراءات

يمكن تعريف عيب الشكل أوالإجراء بأنه عدم احترام القواعد الإجرائية والشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية في القوانين واللوائح سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها جزئياً[3].

---

[1] د. مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص403.

[2] وعليه فقد حددت المادة /42/ من قانون الإدارة المحلية الجديد الصادر بالمرسوم التشريعي /107/ اختصاصات المحافظ ضمن نطاق المحافظة فقط.

[3] J.F. LACHAUME.,le formalisme,AJDA,1995,n special ,p.133.

J.Revero ,J.Waline ,op.cit ,p.536.

Berlia ,la vice de forme ,RD pub.,1940 ,p.370.

R. Chapus, droit administratif général, T1m 9 Edition, parism E.J.A. 1995, p.906

Laubadere, Jean claude venezia, Yues caudement, Traite de droit administratif, L.G.D.J. paris 1999 p.578.

ولقواعد الشكل والإجراءات في إصدار القرارات الإدارية جانب كبير من الأهمية، فهي بالإضافة لقواعد الاختصاص تقوم كحاجز وموازن لسلطات الإدارة الخطيرة في مجال القرارات الإدارية، فإذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص بامتيازات خطيرة، فإن عليها أن تسلك بدقة السبيل الذي ترسمه القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات، وبهذا تكون قواعد الشكل والإجراءات في إصدار القرارات الإدارية مقصوداً بها حماية المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، وذلك بتجنيب الإدارة مواطن الزلل والتسرع، ومنحها فرصة معقولة للتروي والتقدير ودراسة وجهات النظر المختلفة فتقل بذلك القرارات الطائشة والمبتسرة[1]. إلا أن هذا الامر يجب ألا يطغى على اعتبار آخر لا يقل عنه أهمية وهو عدم إغراق الإدارة بالإجراءات والشكليات فتتضاعف عقبات الروتين الإداري[2].

والأصل أن قواعد الشكل والإجراءات تحددها القوانين واللوائح، فالقانون ومثله اللائحة هما مصدر إلزام الإدارة بأن تحيط قراراتها بشكليات معينة، وإلى جانب ذلك هناك المبادئ القانونية العامة التي تستخلص من روح التشريع وتستمد قوتها الملزمة من أحكام القضاء التي تعلنها وتنص عليها باستمرار كالمبادئ المتعلقة بالمساواة بين المتقدمين لطلبات الشراء العامة وعلانية إجراءات التعاقد وشفافيتها[3]. فالقضاء الإداري ورغبة منه في حماية الأفراد توّسَع في تفسير

وقد عرف الاستاذ A.Bonnard عيب الشكل أو الإجراء بأنه الفعل الذي بموجبه يهمل أو يطبق يشكل سيء الاتمام لأحد التصرفات فيما يخص الأشكال أو الأجراءات التي يكون مقيد بإتمامها.

[1]G.vedel,p.delovlve ,op.cit.,p.230

[2]د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص273.ود. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مرجع سابق – ص249.

[3].C.Bergeal, F.Lineca,le contentieux des marchés publics ,le monteur ,2010 ,p.34.

L.Richer ,droit des contrats administratifs ,L.G.D.J.,paris ,2010 ,p.174.

النصوص وفرض في سبيل ذلك على الإدارة في الكثير من حالات التزام شكليات لم ترد في حرفية النصوص عن طريق التوسع في التفسير والقياس[1].

وانطلاقاً من ذلك فإن القضاء الإداري لا يعدّ أن القرار الإداري معيب لأنه تجاهل أي إجراء ومستوجب الإلغاء إلا إذا كان هذا الإجراء جوهرياً وأساسياً أما إذا كان الإجراء ثانوياً فإن مخالفته لا تعيب القرار[2].

ذلك أن قواعد الشكل لا تعد من النظام العام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا يعني أنه لا يجوز للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها، إلا أنه متى أثير أمامها كان للمحكمة سلطات واسعة فباستطاعتها أن تلجأ إلى مزيد من البحث في الظروف الواقعية التي أحاطت بالقرار لتحيط بالأساليب والدوافع التي تسببت في عدم القيام بما تطلبه القانون. كما أن البطلان الناجم عن عيب الشكل يمكن أن يزول إذا تنازل عنه من وضع لمصلحته[3].

وفي هذا المجال فإن ما يميز القرارات الإدارية الصادرة في نطاق العقد الإداري هو خضوعها لكم كبير من الإجراءات والشكليات، وذلك لتعلقها بالكثير من النواحي الفنية والمالية، مما يجب على متخذي هذه القرارات مراعاة جميع الإجراءات المحددة قانوناً لتحقيق الغاية من القرار الصادر بتحقيق المصلحة

---

[1]CAA.Nantes ,7-5-1997, commues de mauves-sur-loire, Rec., p.1041.

CE,,1-10-1993,le yacht-club international de boremes-les-mimoses ,A.J.D.A.,1993,P.810.

[2]د. مصطفى فهمي أبو زيد – مرجع سابق – ص416.د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – الطبعة الثالثة – 1961 – دار الفكر العربي – ص570.

اعتبر مجلس الدولة المصري أن القرار الإداري لا يبطل لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان عند انفصال هذا الإجراء أو كان هذا الإجراء جوهرياً (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية السنة الثالثة – مذكور عند د. مصطفى فهمي أبو زيد – مرجع سابق – ص418).

[3]الفتوى الصادرة عن اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم /250/ لعام 2004 بالقضية /520/ لعام 2004 غير منشورة.

العامة، إضافة لعدم هضم حقوق المتعاملين مع الإدارة وبحيث لا يفوت عليهم نتيجة إهمال هذه الإجراءات والإشكال أي مصلحة ومغنم.

كما أن ما يميز الشكل والإجراءات المحيطة بالقرارات الصادرة في نطاق العقد الإداري هو غلبة الصفة الجوهرية عليها إضافة لدقتها، مما يوجب معه إيجاد آلية قضائية خاصة لمراقبة مشروعية القرارات الصادرة بخصوصها وهو ما لم يسعَ إليه المشّرع العربي حتى الوقت الحالي.

وسنعمد لدراسة عيب الشكل والإجراءات من خلال دراسة النقاط الآتية:

1- أثر عيب الشكل والإجراء على القرار الإداري، وما رتبه القضاء من بطلان أو عدم بطلان هذه القرارات، وما يجيزه القضاء من تغطية هذا العيب في بعض الحالات.

2- الشكليات والإجراءات المقررة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

أولاً - أثر عيب الشكل والإجراء على القرار الإداري.

استقر القضاء الإداري على أن عيوب الشكل والإجراء التي تصيب القرار الإداري لاترتب حتماً بطلان هذا القرار، على فرض أن التشدد في إبطال كل قرار معيب شكلاً في حال عدم اتباع الإدارة لإجراءات لا قيمة لها على القرارات، أو كانت لاتؤثر على الضمانات المقررة للأفراد، من شأنه أن يعرقل العمل الإداري[1]. لذلك اتجه القضاء في هذا الإطار إلى التمييز بين الشكليات والإجراءات الجوهرية والتي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري، وبين الشكليات والإجراءات غير

---

[1] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة مرجع سابق – ص 275.

بذات المعنى حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /3841/ تاريخ 1956/6/17. المجموعة- ص531.

الجوهرية والتي لا يترتب على مخالفتها بطلان هذا القرار[1]. كما أنه قبل في بعض الحالات تغطية عيب الشكل والإجراء. وسنعمد لدراسة هذا الموضوع من خلال الآتي:

1 – معيار التمييز بين الشكليات والإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية:

والسؤال الذي يثور هنا، من الذي يحدد فيما إذا كان هذا الشكل أو الإجراء جوهرياً أم غير جوهري ؟ وما هو معيار التمييز بين هذين النوعين من الشكليات والإجراءات ؟.

يعدّ القضاء الإداري هو الفيصل في تحديد طبيعة شكل أو إجراء ما فيما إذا كان جوهرياً أم غير جوهري، غير أن القضاء لم يضع معياراً قاطعاً للتمييز بين هذين النوعين، وإن كان قد بين بأن هنالك حالتين يعدّ فيهما الشكل أو الإجراء جوهرياً حتماً وهما:

أ) إذا كان هنالك نص قانوني أو لائحي يقضي بالبطلان صراحة في حال مخالفة قواعد الإجراء أو الشكل، ففي هذه الحالة لامفر من اتباع ماقضى به النص[2].

ب) إذا نص القانون صراحة على وصف هذا الشكل أو الإجراء بأنه جوهري.

وبخلاف هاتين الحالتين اعتمد القضاء الإداري على معاييرعدة لعدّ الشكل والإجراء غير جوهري لايترتب على مخالفته بطلان القرار، وتتجلّى الآتي:

1. الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة لا لمصلحة الأفراد:

إذا كانت القاعدة أن الشكليات والإجراءات مقررة لمصلحة الأفراد والإدارة على السواء، فقد لاحظ القضاء الإداري أن منها ما هو مقرر لمصلحة الإدارة

---

[1]Laubadere et autres: Traite de droit administratif, op.cit. p.578.

[2]د. مصطفى فهمي أبو زيد – مرجع سابق – ص417.

وحدها، وبالتالي لم يسمح للأفراد بأن يستندوا إليها للتوصل إلى إلغاء القرارات الإدارية.

وقد تعرض مسلك القضاء الإداري سالف الذكر للانتقاد من جانب الفقه لأن هناك صعوبة في تحديد الحالات التي يعدّ فيها بأن الشكليات قد تقررت لمصلحة الإدارة وحدها، بحسبان أن ذلك لايستقيم مع الأفكار التي شرّعت لأجلها الإجراءات والشكليات الإدارية وكونها ضمانة لتحقيق الصالح العام، والصالح العام ليس صالح الإدارة بمفردها وإنما هو صالح الأفراد أيضاً. كما أن هذا المسلك لاينسجم مع طبيعة دعوى الإلغاء من حيث كونها دعوى عينية تستهدف مخاصمة القرار الإداري في ذاته دون النظر إلى صالح الخصوم في الدعوى[1].

وفي مجال بحثنا وفيما يتعلق بالقرارات الإدارية المتخذة في سبيل إبرام العقد الإداري، يطرح التساؤل التالي : هل تعدّ الإجراءات التي نصت عليها قوانين وأنظمة العقود قد وضعت لمصلحة الإدارة وحدها، بحيث إن مخالفة الإدارة لهذه الإجراءات لاتمكن الأفراد من الاستناد إليها للطعن بالقرار الإداري ؟.

مجلس الدولة الفرنسي وفي هذا المجال عدل عن الاتجاه السالف الذكر، على أساس أن هذه القواعد أياً كان موقعها قد وضعت للصالح العام وليس لصالح الإدارة وحدها، وبذلك يمكن لكل ذي مصلحة الطعن بالإلغاء على قرارات المناقصات والمزايدات إذا خالفت القوانين واللوائح الصادرة في هذا الشأن[2].

وعلى النهج ذاتهسار مجلس الدولة المصري عندما قرر أن شروط المناقصة هي بمنزلة قانون التعاقد لم توضع لمصلحة أحد من المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء لا يأخذ، وإنما وضعها كان للمصلحة العامة، وبناء عليه اعتبر

---

[1] د.سليمان الطماوي، القضاء الإداري ،الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 779.والدكتور ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص333.

[2] CE, 8-1-1968, servant, précitê.

أن اختصاص لجنة البت هو اختصاص مقيد تجري فيه قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعاً[1].

وكذلك فإن مجلس الدولة السوري عدّ أن أحكام نظام العقود تقوم على ركنين من العدالة والمصلحة العامة، ولا مجال البتة لتجاوز الحدود التي رسمها المشّرع للإدارة والقول بغير ذلك إنما يعني جواز الاجتهاد في مورد النص وهو أمر غير مقبول أصولاً[2].

كما بيَّن في رأي آخر بأنه حتى في الحالات التي يكون للإدارة سلطة التصرف والبت في إجراء من إجراءات انتقاء العروض، فإن هذه السلطة لا يجب أن تخرج عن كون أن الإدارة تتصرف وفقاً للمصلحة العامة، وبناء عليه اعتبر أن قرار رفض التصديق على العقد من قبل الوزارة هو قرار موافق لصحيح القانون، كون الإدارة وعند تطبيقها للمادة /22/ فقرة /ب/ من نظام العقود لم تقم باستدعاء العارضين الآخرين وإنما طلبت من العارض الحاضر وهو عارض وحيد تقديم سعر جديد، واستند مجلس الدولة في رأيه هذا إلى أن الواجب المفروض على اللجنة في المادة /22- ب/ إنما وضع لمصلحة الطرفين الإدارة والعارضين وبغية تحقيق المنافسة بين العارضين والوصول إلى السعر الأنسب[3].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة 1962/11/24 بالقضية /1558/، مذكور سابقاً.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /167/ لعام 2009 غير منشور والرأي /290/ لعام 2007 غير منشور.

[3] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /274/ لعام 2008 غير منشور.
نصت المادة (22/ب) من نظام العقود السوري الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 على الآتي: " إذا لم تقدم أسعار تعادل السعر المشار إليه في البند /أ/ من هذه المادة أو تقل عنه يجب على اللجنة أن تتطلب من العارضين تقديم أسعار جديدة في مغلفات مختومة في الجلسة نفسها، ولايجوز تكرار هذا الإجراء خلال هذه الجلسة..."

وبناء على ما تقدم فإن أنظمة العقود وفي إطارها العام تقوم في أحكامها كافة على مراعاة الصالح العام، الذي تقوم الإدارة على تحقيقه ورعايته وذلك باختيار أفضل المتعاقدين للوصول بالنهاية إلى أفضل إشباع لحاجات المرفق العام.

2. الشكليات والإجراءات الثانوية التي لا تؤثر في سلامة القرار موضوعياً:

وهي الإجراءات والشكليات التي لم ينص القانون بشكل وجوبي على مراعاتها واحترامها ولم يرتب البطلان على مخالفتها من جانب الإدارة، وهي في ذات الوقت لا تؤثر على مضمون القرار ومحتواه[1].

وتطبيقاً لذلك ذهب مجلس الدولة المصري في قسمه الاستشاري إلى أنه إذا كانت مخالفة عدم النشر عن المناقصة العامة لم تؤثر في عدد العطاءات المقدمة في المناقصة، كون الشكليات التي يتطلبها المشّرع وكأصل عام ليست هدفاً في ذاتها أو طقوساً لا مندوحة من اتباعها تحتم جزاء البطلان الحتمي، وإنما هي إجراءات وضعت للمصلحة العامة ومصلحة المتقاضين على السواء، فإذا تحققت المصلحة التي عني بتأمينها وكان إغفال الإجراء متداركاً من سبيل آخر دون مساس بضمانات العارضين واعتبارات المصلحة العامة الكامنة فيه فلا وجه للبطلان كون الغاية التي قصدها المشّرع قد تحققت[2].

وفي الاتجاه ذاتهذهب مجلس الدولة السوري بقسمه الاستشاري إلى أن قيام لجنة المناقصة برفض العروض الناقصة غير المستكملة، وإعطاءها مهلة

---

[1] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص610.

[2] فتوى اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري رقم 26/1/67 تاريخ 1989/9/11 مذكورة عند المستشار أحمد منصور – مرجع سابق – ص81 والدكتور سيد أحمد جاد الله – سلطة القاضي إزاء العقد الإداري – مرجع سابق – ص179.

للعارضين لاستكمال أوراقهم الثبوتية وإصدارها القرار بالإرساء أو الاستبعاد لا يعدّ من القرارات المشوبة بعيب مخالفة إجراء جوهري، وعدم إعطاء الإدارة مهلة للعارضين لاستكمال عروضهم لا يعدّ عيب جوهري يشكل مطعناً على قرارها[1].

2 – تغطية عيب الشكل والإجراء:

سار القضاء الإداري في بعض الحالات على تغطية عيوب الشكل والإجراء وفقالآتي:

أ – الاستحالة في إتمام الشكليات:

إذا استحال من الناحية المادية ولمدة طويلة إتمام الشكلية فإنه يمكن التجاوز عنها. ويلاحظ بأن الاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المادية إذا استطال أمدها بأن استمرت لمدة طويلة، وهذا يعني أن مجرد الاستحالة العابرة ليس لها أي أثر[2].

حيث يتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى إمكانية التجاوز عن الأشكال والإجراءات التي استحال إتمامها من الناحية المادية[3].

فإذا استحال مثلاً جمع كل الأعضاء المكونين لهيئة إدارية يجب أن تبدي رأيها قبل إصدار الإدارة لقرارها النهائي ،ولم تكن هذه الاستحالة عابرة، بل كانت مستطيلة الأمد، فإن هذا من شأنه أن يغطي عيب الشكل.

وقد سار قضاء مجلس الدولة المصري في الاتجاه ذاتهإذ رأى أن استحالة إتمام الشكليات يؤدي إلى إمكانية التجاوز عن الأشكال والإجراءات التي استحال إتمامها من الناحية المادية[1].

---

[1]رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /100/ لعام 2009 غير منشور والرأي رقم /21/ لعام 1977 غير منشور الصادر عن ذات اللجنة بمجلس الدولة السوري.

[2]د. مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص454.

[3]CE, 14-2-1903, Baudabart Rec. P.121.

ب – إتمام الشكلية بعد إهمالها:

المبدأ المقرر في هذا الصدد أنه لايجوز للإدارة تصحيح القرار الإداري بأثر رجعي، فالقرار الذي أهملت الشكليات في إصداره قرار ولد معيباً، ولتصحيحه لابد من استيفاء الشكليات والإجراءات ابتداءً بإصدار قرار جديد[2].

ولكن استثناء من هذا الأصل أجاز مجلس الدولة الفرنسي إتمام الشكلية إذا كان إهمالها يرجع إلى خطأ مادي لا أثر له على صحة القرار إطلاقاً. فعدم حضور أحد الأعضاء مجلساً هو عضو فيه، ويسجل حضوره، ومناقشاته في المجلس ولكنه يغفل التوقيع على محضر الجلسة عقب انتهائها فإن توقيعه عليه فيما بعد لا يبطل القرار[3].

---

[1]وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقضية رقم /323/ سنة 6 ق جلسة 15 يناير سنة 1972 – مجموعة المبادئ في السنة السابعة عشرة القاعدة 25، ص 144.

وتطبيقاً لذلك فقد عدّ المجلس أنه إذا كان من الثابت من الأوراق أن أخذ رأي القسم المختص في تشكيل اللجنة العلمية – في الحالة المعروضة – كان من المستحيل إجراؤه قبل صدور قرار تشكيلها بسبب الخلافات الناجمة بين أعضاء القسم وبين رئيسه، ومن ثم فلا محل للبطلان في هذه الحالة وعليه فإن الضرورة الملجئة لتفادي هذا الوضع الشاذ تبيح المحظور فلا جَرَمَ أن يستوفي قرار تشكيل اللجنة العلمية شكله القانوني في هذه الحالة بالاعتقاد بأخذ رأي مجلس الكلية وموافقة مجلس الجامعةوتطبيقاً لذلك فقد اعتبر المجلس أنه إذا كان من الثابت من الأوراق أن أخذ رأي القسم المختص في تشكيل اللجنة العلمية – في الحالة المعروضة – كان من المستحيل إجراؤه قبل صدور قرار تشكيلها بسبب الخلافات الناجمة بين أعضاء القسم وبين رئيسه ومن ثم فلا محل للبطلان في هذه الحالة وعليه فإن الضرورة الملجئة لتفادي هذا الوضع الشاذ تبيح المحظور فلا جرم أن يستوفي قرار تشكيل اللجنة العلمية شكله القانوني في هذه الحالة بالاعتقاد بأخذ رأي مجلس الكلية وموافقة مجلس الجامعة

حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بجلسة 5 /1971/12 في القضية رقم /1424/ سنة 13 ق مجموعة المبادئ في السنة السابعة عشرة – القاعدة رقم 13، ص71

[2]CE,13-2-1948, Didierjean, Sirey 1948 ,p.75.

[3]CE,13-2-1903 ,Baudabart ,Sirey ,p. 121.

CE,25- 3-1949,BIGNIER ,Sirey ,p.144.

وكذلك في سورية قررت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها قاعدة تفيد جواز تصحيح الشكلية بإجراء لاحق، فهي تقول في حكمها المشار إليه "... فإذا كان هذا الشكل جوهرياً كان لامعدى من استيفائه وفقاً لما نص عليه القانون إما في ذات القرار وإما بتصحيح لاحق. أما إذا كان غير جوهري، فلا يعدّ مؤثراً في صحة القرار وسلامته"[1].

وتطبيقاً لذلك لو أغفل أحد أعضاء لجنة المناقصة التوقيع على محضر لجنة المناقصة رغم حضوره، فإنه بإمكانه أن يتدارك هذا العيب بتوقيعه اللاحق دون أن يؤدي ذلك لبطلان المحضر المذكور[2].

ج – رضاء صاحب الشأن:

يحدث أن تخل الإدارة بإحدى مراحل إصدار القرار بإجراء جوهري ثم يرضى صاحب الشأن بهذا الإخلال – لسبب أو لآخر – وبعد صدور القرار النهائي يراجع نفسه ثم يلجأ إلى مجلس الدولة طاعناً بالإلغاء في هذا القرار، فهل يعدّ رضاءه السابق سبباً يغطي عيب الشكل.

الأصل أن الشكليات والإجراءات مقررة للصالح العام، وبالتالي لايؤدي قبول ذي المصلحة إلى تصحيح العيب[3].

وتطبيقاً لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن رضاء صاحب الشأن لا يكفي لتغطية عيب الشكل، فإخلال الإدارة بالقواعد الضابطة لإحدى المسابقات،

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /112/ لعام 1970، المجموعة، ص280.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري بملف العقد رقم (173/ع) لعام 2011غير منشور.

[3] د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص457. ود. سليمان الطماوي – القرارات الإدارية – مرجع سابق – ص 299.

وقبول المتسابقين للتعديل الذي قامت به الإدارة خلافاً للقانون لم يثن المجلس عن الحكم بإلغاء المسابقة[1].

إلا أنه قضى استثناءً في بعض الحالات النادرة بأن قبول ذي المصلحة يكفي لتغطية العيب الحاصل بالشكل[2].

أما في مصر فإن محكمة القضاء الإداري في بعض أحكامها تذهب إلى أن الأصل في الشكليات والإجراءات أنها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشّرع فهي تمس الصالح العام، لذلك لا يؤدي قبول ذوي الشأن للقرار المعيب إلى تصحيح العيب وزوال البطلان[3].

في حين ذهبت في أحكام أخرى أيدتها بها المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى اتجاه معاكس عدّت فيه أن رضاء صاحب المصلحة يؤدي إلى تغطية عيب الشكل[4].

أما في سورية فقد رفضت محكمة القضاء الإداري تغطية العيب الحاصل في الإجراءات الجوهرية من خلال رضاء صاحب الشأن، حيث بينت ((... أنه بالنسبة للبيانات التي يتضمنها الإعلان هي من البيانات الجوهرية، وإن القرار الصادر بالإعلان عن المناقصة بالاستناد إليها فيما بعد يعدّ قراراً باطلاً يستوجب الإلغاء، ورسو المناقصة على أحد العارضين ورضاءه بما احتواه الإعلان المذكور من أخطاء لا يجعل من القرار المذكور صحيحاً أو يصححه، وبالتالي فإن القرار

---

[1] CE,2-Juill-1909, Rec. p.650.

[2] CE,11-2-1927, Rec. P.200.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية رقم /3884/ سنة 8ق جلسة1957/7/17 مجموعة أحكام السنة الحادية عشرة، ص638.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري العليا المصرية بتاريخ 1957/4/28 بالقضية رقم /1632/ مجموعة الأحكام سنة 11، ص391 وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقضية رقم /642/ سنة 3ق جلسة 21 /1958/7 مجموعة السنة الثالثة ص1431.

الصادر عن الإدارة بإلغاء القرار المذكور بالاستناد للخطأ الوارد في بيانات الإعلان هو قرار في محله القانوني، وطعن من رست عليه المناقصة هو طعن لا يجد مستنده في القانون وتكون الدعوى جديرة بالرفض موضوعاً))[1].

وفي الاتجاهاتهذهب الاتجاه القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري[2].

إلا أن القسم الاستشاري المذكور وفي رأي آخر ذهب بخلاف هذا الاتجاه عندما بيَّن بأن قانون العقود حدد طرق تبليغ المتعامل معها ،سواء أكان عارضاً،أو متعهداً مرشحاً ،أو متعهداً بإحدى الطرق الآتية: الهاتف، والبرق ،والبريد المضمون. وبأنه لم يعدّ الفاكس من وسائل التبليغ الذي يجيز التبليغ بها. إلا أن القسم الاستشاري ورغم ذلك عدّ أن تبليغ صاحب الشأن بالفاكس وإقراره بالتبليغ يصحح القرار المذكور[3].

ثانياً – الشكليات والإجراءات المقررة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

يحيط القانون القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بالكثير من الشكليات والإجراءات، وسنعمد إلى دراسة بعضها وموقف القضاء الإداري من العيوب المترتبة عليها.

1) الآراء التي تؤخذ قبل إصدار القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري:

يحدث أن ينص القانون على وجوب أخذ رأي فرد، أو هيئة معينة ،قبل إصدار القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري، وفي مثل هذه الحالة يجب على الإدارة قبل إصدار ذلك القرار أن تطلع على الآراء التي حتم القانون الأخذ

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /1480/ تاريخ 2009/5/28 غير منشور.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم / 43/ لعام 2009 غير منشور.

[3] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /27 / لعام2005 غير منشور.

بها، وإلا كان قرارها معيب بعيب الشكل[1]، وتختلف الأسباب التي يستند إليها المشّرع في إلزامه الإدارة باللجوء إلى الأخذ برأي لجنة أو هيئة معينة، فقد تكون هذه الأسباب فنية أو قانونية.

أ - **الأسباب الفنية:**

يهدف المشّرع من خلالها إلى صدور قرار الإدارة المتعلق بنواحي فنية قائماً على ضمان وكفاءة لهذه الناحية، كضمان كفاءة الآلات والمنتجات التي يتم التعاقد عليها والتأكد من عملها على أكبر قدرة إنتاجية لازمة والتأكد من الناحية الفنية. فيلجأ المشّرع أحياناً إلى النص على استشارة جهة إدارية متخصصة في النواحي الفنية[2].

ومن ذلك ما أوجبهالمشّرع الفرنسي على السلطة المختصة بالبت بمشروع العقد وقبل اتخاذها قرار إبرام ملحق العقد أن تلجأ إلى عرض ملحق العقد على لجنة طلب العروض فكل مشروع ملحق على عقد أشغال، أو توريدات ،أو خدمات ،أوعلى اتفاق تفويض مرفق عام يؤدي إلى زيادة أكثر من 5% على قيمة العقد الأصلي يكون خاضعاً لرأي لجنة طلب العروض لدى الشخص العام المعني[3].

ب - **الأسباب القانونية:**

يهدف المشّرع من خلالها إلى تلافي المخاطر القانونية وتجنب مواطن الخطأ التي قد تؤدي إلى إثارة المسؤولية التعاقدية للإدارة، كما أنها تكفل أسباب السلامة في صياغة العقود ووضع أحكامها بما يحقق المصلحة العامة للإدارة على

---

[1] د. مصطفى فهمي أبو زيد - مرجع سابق -460.

[2] د. مصطفى كامل محمد علي - مرجع سابق - ص 430.

[3] المادة /8/ منالقانون رقم /127-95/الصادر في 1995/2/8 والعدلة بالأمر الصادر في 2009/7/15بالمادة /6-1411.L/ من تقنين الجماعات الإقليمية العامةالصادر في1982/3/2.

أكمل وجه[1]، فيلجأ المشّرع إلى النص على إلزام الجهة الإدارية باستشارة جهة متخصصة قانونياً تساعد على تنوير الإدارة المتعاقدة بالنقاط القانونية التي تمس العقد قبل الإقدام على إبرامه ويمنع إثارة أية نقاط قانونية قد تكون في غير صالح السلطة المتعاقدة[2]. ومن أمثلة ذلك ما نجده في فرنسا تتولى الأقسام الإدارية لمجلس الدولة الفرنسي بتقديم الرأي لدى جهة الإدارة ،والأقسام الإدارية هي أقسام متخصصة لكل من الشؤون المالية ،والأشغال العامة ،والمسائل الداخلية ،والمسائل الاجتماعية[3].

وأمافي مصر وسورية فإنه وبموجب قانون مجلس الدولة في كل منهما لا يجوز لأي وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة إبرام، أو قبول،أو إجازة، أي عقد،أو صلح،أو تحكيم،في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة[4].

---

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري /1075/ في 1960/12/17، مذكورة عند د. مصطفى كامل محمد علي – مرجع سابق – ص 430.

[2] د. مصطفى كامل محمد علي – المرجع السابق – ص431.

[3] المادة /112/ من تقنين القضاء الإداري الفرنسي الصادر في 2–5–2009

[4] نصت المادة /44/ من قانون مجلس الدولة السوري الصادر بالقانون رقم /55/ لعام 1959، والمادة /58/ من قانون مجلس الدولة المصري /47/ لعام 1972 على أنه " لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

وقد تم تعديلها في سورية إلى خمس وعشرين مليون بموجب القرار رقم /18340/م.و الصادر بتاريخ 2011/12/28.

ومراجعة مجلس الدولة لعقود الإدارة في هذه الحالة، إنما هي من قبيل الاستشارات السابقة على الإبرام النهائي للعقد، لأن النص القانوني حظر إبرام العقد قبل استفتاء الإدارة المختصة بمجلس الدولة[1].

---

[1] د. مصطفى محمد كامل علي – المرجع السابق – ص463 ود. عبد الله حنفي – العقود الإدارية – الكتاب الأول – دار النهضة العربية – القاهرة – 1999 ص 175.

وكون مراجعة مجلس الدولة من قبيل الاستشارة السابقة على إبرام العقد يؤدي إلى تحقق الغاية من هذه الاستشارة بحيث لا يمكن اعتبارها من قبيل الموافقة اللاحقة وإلا كان في ذلك مخالفة لنص القانون الصريح، إضافة لزوال الغاية من المراجعة وهي تنبيه الإدارة لمواطن الخطأ التي اعترت إجراءات التعاقد، بحيث يصدر قرار إبرام العقد بشكله النهائي مع مراجعة المجلس مستوفياً لشروطه القانونية سواء لناحية إجراءات التعاقد أم بالنسبة لمواد العقد ذاتها والتي تكون محل قرار الإبرام ذاته. انظرد. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية 0 الكتاب الأول – مرجع سابق – ص780.

ومما يؤيد ذلك عملياً قيام الإدارات بعرض مشروع العقد على مجلس الدولة قبل إعطاء أمر المباشرة (وهي مرحلة لم يبرم العقد فيها بشكل نهائي) بحيث تلتزم الإدارات بالتقيد بما يبديه مجلس الدولة من ملاحظات على إجراءات التعاقد ومواد العقد ذاته، ولو أن هذه الاستشارة لمجلس الدولة في عقد نهائي لما أمكن الإدارة تعديل مواد العقد أو الرجوع لتصحيح إجراء تعاقدي سابق تم الإخلال به بفرض أن العقد قد أصبح نهائياً لا يمكن المساس به لتعلقه بحقوق الغير، وعلى هذا فإن العقود تخضع لمراجعة مجلس الدولة للنظر بأمر تصديقها ومدى انطباقها مع حكم القانون طالما أنها ليست نهائية، أما إذا تعاقدت الإدارة والتزمت وانقضى العقد بتمام تنفيذه فلا يكون هناك وجه بعد تمام ذلك لطلب مراجعة العقد.انظر فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري بالملف رقم 277/1/54 بجلسة 1991/11/16.وبذات المعنى جاءرأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /207/ لعام 2009 غير منشور والرأي /150/ لعام 2009 غير منشور.

أما بالنسبة للعقود التي لم يباشر بتنفيذها فيجب عرضها على اللجنة المختصة بمجلس الدولة لنظر بأمر تصديقها ومدى انطباقها مع أحكام القانون.انظر رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري /207/ لعام 2009 والرأي /150/ لعام 2009.رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري بمجلس الدولة السوري /256/ لعام 1971.

ولكن ما الأثر الذي يترتب على عدم استفتاء الإدارة للجنة المختصة في مجلس الدولة قبل إبرام العقد، وهل يعدّ عدم استفتائها عيباً جوهرياً يرتب بطلان قرار إبرام العقد أم لا ؟.

في مصر: لم يرتب مجلس الدولة المصري بقسميه القضائي والاستشاري البطلان على عدم استفتاء مجلس الدولة السابق على إبرام العقد. حيث بيّن القسم الاستشاري بأن إبرام العقد يجعله أمراً واقعاً، ولا يسع جهة الإفتاء في هذه الحالة إلا أن تراجعه من الناحية القانونية لإبداء ما يوجد فيه من ملاحظات على أن تتدارك الجهة المتعاقدة ما أمكن من هذه الملاحظات مع الطرف الآخر في العقد[1]. كما أجازت الجمعية العمومية – استثناءاً – مراجعة العقد بعد إبرامه على أن تتدارك الجهة الإدارية ما أمكن من الملاحظات التي تبديها جهة الفتوى مع الطرف الآخر في العقد، كما أجازت أيضاً مراجعة العقد رغم توقيعه وإبرامه إذا كان العقد ينص على شرط يقضي بقبول المتعاقد مع الإدارة بالتعديلات التي يمكن أن تدخلها جهة الفتوى على العقد[2]، أما إذا كان العقد قد وقع بين طرفيه ولم يتضمن نصاً يفيد قبول الطرفين لأية تعديلات يجريها مجلس الدولة عليه، فإنه يغدو من غير الملائم مراجعته[3].

---

[1]فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم /1075/ في 1960/12/17 المجموعة، ص 340.

[2]فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم الملف 344/1/54 جلسة 1998/1/21 والفتوى 10/14/54 جلسة 1984/3/21مذكورة عند د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية 0 الكتاب الأول – مرجع سابق – ص782.

[3]الفتوى الصادرة عن إدارة رئاسة الجمهورية والمحافظات بمجلس الدولة المصري رقم /1942/ تاريخ 1992/11/11 ملف رقم 3441/1/45 مذكورة عند د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية 0 الكتاب الأول – مرجع سابق – ص793.

كما أن المحكمة الإدارية العليا المصرية لم ترتب البطلان على عدم استفتاء اللجنة المختصة في مجلس الدولة، حيث بينت بأنه إذا كان الأصل أن يعرض العقد وشروطه قبل طرح المناقصة وقبل التوقيع عليه على مجلس الدولة لمراجعته، فإن عدم قيام المجلس بالمراجعة المذكورة قبل إبرام العقد لا يحول دون اتفاق الطرفين على توقيع العقد مع الالتزام بقبول التعديلات التي ستسفر عنها مراجعة المجلس له، وليس من شأنه أن يؤثر في قيام العقد بتلاقي الإيجاب والقبول وليس من شأنه أن يجعله عقداً غير بات أو يبرر تقاعس المقاول عن أداء التأمين النهائي[1].

في سورية: لم يرتب مجلس الدولة السوري بقسمه الاستشاري البطلان على عدم استفتاء الإدارة للجنة المختصة في مجلس الدولة، حيث بيّن بأن العقود التي تبرمها الجهات العامة وتزيد قيمتها عن خمسة عشر مليوناً تخضع لتصديق الإدارة في مجلس الدولة طبقاً لنص المادة /44/ من قانون مجلس الدولة وذلك كله قبل تنفيذها، أما العقود التي بوشر بتنفيذها قبل تصديق مجلس الدولة فتبقى قائمة ونافذة ومنتجة لآثارها القانونية بين الإدارة والمتعهد أي أنها لا تخضع لتصديق مجلس الدولة، وعلة ذلك لانتفاء الحكمة والغاية من مراجعتها بعد تنفيذ موضوعها[2]. وعلى هذا فإن العقود التي تبرم ويباشر بتنفيذها قبل تصديقها من قبل اللجنة المختصة بمجلس الدولة تبقى قائمة ونافذة بكل آثارها القانونية بين الإدارة والمتعهد[3]، وأن هذا الإغفال من الإدارة لهذا الإجراء إنما يستدعي مساءلة الجهة

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعنين /3479 و 3664/ بجلسة 1997/8/26 مشار إليهما عند الدكتور ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول – مرجع سابق – ص788.

[2] رأي اللجنة المختصة رقم /207/ لعام 2009 الصادر عن القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري والرأي /150/ لعام 2009 غير منشورين.

[3] رأي اللجنة المختصة بمجلس الدولة السوري – القسم الاستشاري /207-150/ لعام غير منشور 2009.

الإدارية عن هذا التخلف في استكمال الإجراءات، كون استفتاء مجلس الدولة بالعقد المراد إبرامه إنما يعدّ من قبيل الإجراءات القانونية التي يتعين على الإدارة استيفاؤها قبل إبرام العقد في أحوال معينة حددها القانون[1].

أما بالنسبة للقسم القضائي في مجلس الدولة، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن عدم مراجعة مجلس الدولة وتصديقه على العقد يجعل الرابطة العقدية فعلية لا قانونية، لأن مشروع العقد لا يحمل وحده الوجود القانوني الكامل للالتزامات الكامنة في تضاعيفه أي أن ذلك يعني انعدام العقد[2]. إلا أن المحكمة الإدارية العليا ألغت الحكم المذكور وذهبت إلى اعتبار أن عدم مراجعة مجلس الدولة للعقد لا يُضعف من قيمة الشروط المتفق عليها ولا يهدرها[3].

والتساؤل الذي يثور هنا، ما هو مدى التزام الجهة العامة برأي مجلس الدولة الصادر بدراسة مشروع العقد ؟ وهل يعدّ عدم الأخذ برأي مجلس الدولة عيب جوهري يرتب بطلان قرار إبرام العقد أم لا؟ خاصة وأن النص الذي احتواه قانون المجلس في كلا البلدين يقتصر في إلزامه على الاستفتاء دون أن يرتب الإلزام على الأخذ بالرأي الصادر عن المجلس أو يرتب البطلان على عدم اتباع الإدارة للرأي الصادر أو مخالفته.

يتجه جانب من الفقه إلى أن الإلزام الذي جاء قانون مجلس الدولة يتناول إلزام الإدارة بعرض مشروع العقد على المجلس لمراجعته دون أن يمتد إلى إلزام الإدارة بالرأي الصادر، فالرأي الصادر عن اللجنة المختصة غير ملزم في هذه الحالة للإدارة، وللإدارة أن تخالف الرأي الصادر أو أنها لا تأخذ به[4].

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري /255/ لعام 1971.

[2] محكمة القضاء الإداري السورية رقم /39/ تاريخ 1972/3/16 بالقضية /80/ لسنة 1972، غير منشور.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /141/ بالقضية /382/ لسنة 1972، غير منشور.

[4] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – الكتاب الثالث – ص614-615.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التوسع في الاتجاه السابق إنما يفرغ نص القانون من غايته ومحتواه، فمن المؤكد أن المشّرع عندما ألزم جهة الإدارة بأخذ رأي مجلس الدولة قبل إبرام عقودها إنما قصد من ذلك حماية المصلحة العامة بتجنيب الجهات الإدارية مواطن الخطأ بمراعاة الاعتبارات القانونية التي تكفل لها السلامة ويتحقق للعقد الدقة القانونية وحسن الصياغة وكمال التنسيق وعدم التعارض كل ذلك بما يحقق المصلحة العامة، وهذا ما يدعو للقول بأنه على جهة الإدارة أن تلتزم بما جاء برأي مجلس الدولة إلى حد كبير وأن يكون هذا الرأي محل تقدير، خاصة إذا كان قد تضمن بعض الملاحظات التي تشوب العقد والتي تؤدي إلى إثارة مسؤولية الإدارة، خاصة أن مجلس الدولة من الجهات القانونية المتخصصة التي تملك من الضمانات القانونية ما يجعل رأيه ذا صفة موضوعية مجردة ومن ثم يجب ألا يكون تطبيق رأيه خاضعاً لأهواء جهة الإدارة الشخصية تأخذ به أو ترفضه إن شاءت، بل يجب أن يكون رأي مجلس الدولة دائماً محل تقدير، مما يؤدي إلى تفادي مسؤولية الإدارة المتعاقدة التي قد تترتب نتيجة عدم الأخذ برأي مجلس الدولة[1].

أما مجلس الدولة المصري بقسمه الاستشاري فإنه لم يرتب البطلان على عدم الأخذ برأي مجلس الدولة، فبيّن بأنه وبعد دراسة مشروع العقد تقوم جهة الإفتاء بإبلاغ الجهة طالبة الرأي بكافة ما ارتأته في هذا الشأن من مخالفات سواء ما تعلق بالإجراءات أو بنصوص العقد أو بما أصبح جزءاً من مستندات سابقة عليه، وعليه تضع جهة الإدارة أمام مسؤوليتها القانونية الكاملة ،والتي لا يصح

[1] مصطفى كامل محمد علي – مرجع سابق – ص545.

لديها عذر بعد إيضاح الموقف القانوني لها كاملاً، ثم تتحمل مسؤوليتها إذا لم ترى الأخذ بالرأي القانوني وتدارك ما قد يشوب تعاقدها من مخالفة لأحكام القانون[1].

كما أن المحكمة الإدارية العليا المصرية ذهبت إلى أن المراجعة إنما هي رقابة قانونية تستهدف المشروعية ومطابقة العقد بشروطه العامة والخاصة للقانون، ولأن المشّرع لم يرتب البطلان على مخالفة الإدارة للتعديلات التي تسفر عنها مراجعة مجلس الدولة للعقد كما أنه لم يجعل المراجعة ذاتها ركناً أو شرطاً لازماً لانعقاد العقد[2].

2) الإعلان عن المناقصة:

تسعى الإدارة في إطار المناقصة العامة لتحقيق المصلحة العامة باستقطاب أكبر عدد من المتنافسين للمفاضلة بينهم فنياً ومالياً، حتى تتمكن في النهاية من اختيار أفضل العروض المناسبة لها، ولا يتحقق ما سبق إلا بالإعلان عن المناقصة الذي يمثل الوسيلة القانونية التي تضع مبدأ المنافسة موضع التطبيق الفعلي لأنها هي التي تؤدي إلى إثارة المنافسة ضمن مناخ من المساواة والشفافية[3].

لهذا يعدّ جانب من الفقه أن الإعلان عن المناقصة إجراءً أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصات العامة، ومن مقتضاه توجيه الدعوة إلى

---

[1] فتوى ملف رقم 252/1/54 جلسة 1985/3/20 والفتوى ملف 254/1/54 جلسة 1985/4/20 مذكورة سابقاً.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعنين رقما 3479 و 3664 لسنة 40 قضائية – جلسة 1997/8/26 مشار إليهما عند الدكتور ماهر أبو العينين – المرجع السابق – ص 788.

[3] Chapus, Droit administratif, T1, p.1049.

وأيضاً د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – المرجع السابق 0 ص246 ود. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص440

المقـاولين والمتعهـدين كافـة الـراغبين فـي التعاقـد مـع الإدارة وبيـان الشـروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة[1].

والإعـلان كـإجراء فـي عمليـة المناقصـة يشـكل أساسـاً لالآتيـه مـن قـرارات إداريـة تتخذها جهـة الإدارة فـي معرض إبرامها للعقد الإداري، وهو إنما يتكون من كل مركب لا يمكن أن يحقق الغاية منه إذا اختلت إحدى مكوناته والتي تتمثل في:

1. وسيلة الإعلان.
2. مضمون الإعلان.
3. مدة الإعلان.

وسنعمل على دراسة هذه المكونات من خلال موقف مجلس الدولة منها، وفيما إذا عدّها إجراء جوهرياً يترتب على مخالفته بطلان القرار الإداري المترتب عليها أم لا ؟.

أ) وسيلة الإعلان

وهـي الأداة التـي يحـددها المشّـرع كوسـيلة لـلإدارة لإعـلام الغيـر برغبتهـا بالتعاقد، بحيث تبين هذه الأداة كل ما يتطلبه القانون من معلومات يجب أن تصل لعلم الجمهور، هي وسيلة محددة قانوناً لا يمكن للإدارة أن تلجأ للإعلان بغيرها، وينتفي مع تحديد المشّرع لها أي سلطة تقديرية للإدارة في هذا المجال باختيار وسيلة أخرى للإعلان.

ففـي فرنسـا يجـب أن يـتم النشـر مـن حيـث المبـدأ فـي النشـرة الرسـمية لإعلانات عقود الشراء العام ،أو في نشرة مرخّص لها بنشر الإعلانات الرسمية، أمـا إذا تجـاوزت قيمـة العقد مبلغـاً محـدداً بحسـب موضـوع العقد فإنـه يجـب علـى الإدارة نشر الإعلان في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام، ولها بعد ذلك

---

[1]Bonnard(R): La passtion des marchés publics, Revue de droit public de la scince politique n59, p.159.

مطلق الحرية في نشر الإعلان في نشرة أخرى مرخص لها بنشر الإعلانات الرسمية[1].

أما بالنسبة للتعاقدات التي تلتزم الإدارات الفرنسية الإعلان عنها التزاماً بالقواعد التي جاء بها المشّرع الأوروبي، فإن الإدارات الفرنسية يجب أن تعلن عنها على المستوى الأوروبي إذا تجاوزت قيمة العقد المراد إبرامه حداً معيناً، حيث يكون النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي Jouranl official des communaute europeenne وهي جهة النشر الوحيدة المختصة في هذا المجال[2].

ولا يجوز أن يتم النشر على المستوى الوطني قبل إرسال الإعلان إلى مكتب الإعلانات الرسمية للاتحاد الأوروبي، كما أن الإعلان الذي ينشر على المستوى الوطني يجب ألا يتضمن معلومات غير المعلومات التي نشرت في الإعلان المرسل للنشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وإلا اعتبر ذلك إخلالاً بمبدأ المنافسة الحرة، وموجباً لمسؤولية الدولة صاحبة العلاقة[3].

إضافة لما تقدم توجد في فرنسا عدة طرق أخرى للنشر ولكنها لا تعدّ وجوبية،ولا رسمية، لأن القانون لم ينص عليها إلا أن العمل جار بها وهي:

- النشر عن طريق بنك المعلومات عبر شبكة الانترنت حيث يقوم هذا البنك بتجميع كل المعلومات المنشورة في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام، والجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، ومن ثم يقدم على بثها عبر

---

[1] المادتين /39/ و /40/ من تقنين عقود المشتريات العامة الحالي في فرنسا.

[2] L.Richer,op.cit., p.445.

Brechan- Moulenes, droit des marchés, op.cit. 3, 320,1 p.12.

[3] Flamme. M.A. droit administratif, T2m op.cit. p.292.

الشبكة، كما أن المركز الأوروبي للمعلومات التابع للغرفة الإقليمية للصناعة والتجارة يقدم خدمة مشابهة للنشر عبر الإنترنت.

- النشر عن طريق الإلصاق وهي من الطرق القديمة ولكنها ما زالت باقية في الواقع العملي ولكنها لا تستعمل إلا في نطاق العقود قليلة القيمة وعلى المستوى المحلي فقط[1].

وقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة مقيدة بوسيلة الإعلان المحددة في القانون، وأن عدم التزام الإدارة بها يعد من العيوب الجوهرية التي يترتب عليها البطلان[2].

أما في مصر فتختلف وسيلة الإعلان عن طلب التعاقد بحسب الطريقة التي ستتبعها الجهة الإدارية في إتمام إجراءات إبرام العقد.

- ففي المناقصة العامة يتم الإعلان في الوقت المناسب على مرتين في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار[3].
- أما المناقصات الخارجية فيتم الإعلان عنها في مصر والخارج باللغتين العربية والإنجليزية، كما يطلب من سفارات الدول الأجنبية بمصر وقنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة، ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد[4].

---

[1] Brechon-Moulenes, droit des marchés, T1, op.cit. 320,2. p.13 ets.

[2] CE,28-4-2003,Fed. Fres des courtiers dassurance, BJDCP,,2003,P.286.
CE,10-5-2006,Syndicat interco des services de lagglomeration valentinoise req. N286644.

[3] المادة /12/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998م.

[4] المادة /12/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

- وفي المناقصة المحدودة توجّه الدعوة للتعاقد لأكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة وذلك بموجب كتب موصى عليها[1]. أما بالنسبة للممارسة المحدودة فإن الدعوة توجه لتقديم العروض بخطابات موصى عليها[2].

وقد اتخذ مجلس الدولة المصري بقسمه الاستشاري رأيين في عدم التزام الإدارة بوسيلة الإعلان المحددة في القانون، ففي حين عدّ في الرأي الأول أن عدم التزام الإدارة بوسيلة الإعلان المحددة في القانون يعد من العيوب الجوهرية التي يترتب عليها بطلان قرار الترسية، فبيّن أن عدم النشر في الوقائع المصرية يخل بمبدأ تكافؤ الفرص، ومن ثم يترتب على إغفال هذا الإجراء وعدم تحقيق الغاية منه وقوع عيب شكلي في إجراءات المناقصة يؤثر على قرار الترسية[3]. كما بيّن بأن مخالفة إجراءات الإعلان عن المناقصة العامة يجعل قرار الترسية باطلاً، إلا أن ذلك لا يؤثر على صحة العقد الذي تم بناء عليه[4].

---

[1] المادة /35/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

[2] المادة /47/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

[3] الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري رقم /122/ في 1988/1/31 جلسة 1988/1/4 ملف رقم 860/29/31.

[4] الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم /512/ في 1985/8/17 ملف رقم 14/1/67.

ومما يثير الانتباه في هذا الصدد مسلك مجلس الدولة المصري الذي فرق بين بطلان القرار الصادر بالترسية على أحد المتعاقدين نتيجة وجود بطلان في الإجراءات السابقة على التعاقد وبين عملية التعاقد في حد ذاتها، فإذا كان هناك نقص ،أو قصور في النشر ،أو الإعلان ترتب عليه بطلان إجراءات الترسية للعطاء على أحد المتعاقدين و بطلان قرار الترسية لا يمس العقد كونه منفصل عن الإجراءات السابقة عليه، وهو أمر ونتيجة تبدو غير منطقية عند إعمال مبدأ أن ما بني على باطل فهو باطل، إلا أن استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين مع الجهة الإدارية أملت اتباع هذا المفهوم، وكل ما في الأمر أن الإجراء الباطل إذا سبب ضرراً لأحد المتقدمين للتعاقد، فيجوز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء تصرف الجهة الإدارية.

إلا أنه ذهب في رأي آخر إلى أنه لايحكم بالبطلان إلا إذا شاب الإجراء عيب لم يتحقق بسببه الغاية من هذا الإجراء، فبيّن أنه إذا ثبت أن عدم النشر عن المناقصة لم يؤد إلى تخلف العدد المتقدم من راغبي التعاقد عند تقديم عطاءاتهم فإنه لايتم تقرير بطلان الإجراء، وعلى ذلك فإذا ثبت تقدم عدد من الشركات الموردة يتفق مع العدد المعتاد والمقرر لدخول مثل هذه المناقصة بالرغم من عدم إتمام إجراءات النشر عنها فيمكن التجاوز عن مخالفة النشر عن المناقصة في الوقائع المصرية مادامت لم تؤثر في عدد العطاءات المقدمة في المناقصة[1].

وفي سوريةتختلف وسيلة الإعلان بحسب طريقة التعاقد:

- ففي المناقصة قضى المشّرع بأن تنشر إعلانات المناقصة في نشرة الإعلانات الرسمية وفي صحيفة يومية، كما تلصق نسخ عن هذه الإعلانات في لوحة إعلانات الجهة العامة. وبالإضافة إلى ذلك يمكن عند الاقتضاء الإعلان عن المناقصة في الإذاعة والتلفزيون وسائر وسائل الإعلام الأخرى، كما يجوز تبليغ الجهات التي تهمها المناقصة وتبليغ البعثات والهيئات التجارية العربية السورية المعتمدة في الخارج والبعثات الأجنبية المعتمدة في سورية صوراً عن الإعلان المتعلق بالمناقصة الخارجية[2].

---

[1] الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري بجلسة /1989/9/11 بالملف رقم 26/1/67 مذكورة عند د. محمد ماهر أبو العينين المرجع السابق – ص365.

[2] المادة /10/ من نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004.

وعليه فإن النشر في صحيفة الإعلانات الرسمية هو أمر يجب تحققه قانوناً الغاية منه الحرص على اتصال أكبر عدد من المتعهدين بالإعلانات عن العقود التي تود الإدارة إبرامها وعملياً تجري الإدارات العامة على عدم قبول اشتراك المتعهدين والمقاولين في المناقصات والمزايدات وما في حكمها إلا بعد تقديمهم ما يشعر باشتراكهم في نشرة الإعلانات الرسمية، أما بالنسبة للنشر في الصحيفة اليومية فقد قرن المشرع عملية الوجوب للنشر بين صحيفة الإعلان وصحيفة يومية دون أن يسمى صحيفة يومية لوجوب

- أما طلب العروض فيتم إما بواسطة الإعلان (وفقاً لما هو متبع بالمناقصة)[1] أو بكتب مسجلة إلى الشركات المؤهلة تأهيلاً مسبقاً أو بكليهما أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الأخرى توجهها الجهة العامة إلى أكبر عدد من العارضين[2].
- أما التعاقد بالتراضي فيتم نتيجة الاتصالات المباشرة التي تجريها الجهة العامة[3].

النشر وترك أمر اختيارها للإدارة بحيث يكتفي بالنشر لمرة واحدة وفي صحيفة واحدة وهذا يعني الحد الأدنى للإعلان مع ترك الخيار في تحديد عدد الصحف وعدد مرات النشر للإدارة المعنية وفقاً لأهمية المناقصة ولتقدير الإدارة صاحبة العلاقة، وإذا تم النشر في مجلات وصحف تصدر خارج سورية فيجب التأكد من أن هذه الصحف تنسجم مع الخط العام للسياسة الوطنية من جهة وأن تكون واسعة الانتشار من جهة أخرى وذلك حفاظاً على أموال الدولة من الهدر دون فائدة، أما بالنسبة للإعلان عن طريق اللصق في لوحة إعلانات الجهة المعنية فهي من الوسائل التكميلية لوسائل النشر الأساسية المتمثلة في النشر في الصحف السالف ذكرها. كما جاء نظام العقود الحالي على طريقة النشر بطريق التبليغ للجهات التي تتعلق المناقصة بموضوع نشاطها، وهي عادة ما تكون جهات ذات اختصاص في موضوع التعاقد المراد الإعلان عنه. إضافة لتبليغ البعثات والهيئات التجارية السورية المعتمدة في الخارج والبعثات الأجنبية المعتمدة في سورية صوراً عن الإعلان المتعلق بالمناقصات الخارجية، وذلك بقصد وصول إعلان المناقصة إلى أكثر الجهات تخصصاً بموضوع التعاقد سواء أكانت هذه الجهة سورية أم أجنبية بهدف الحصول على أفضل العروض. إلا أن ما يلاحظ على هذه الوسيلة للإعلان إنما تعدّ أيضاً من الوسائل التكميلية والتي يجوز للإدارة اللجوء إليها، وعدم اتباع الإدارة لها لا يستوجب بطلان الإعلان أو عدم تحقيقه غايته طالما أن هناك وسائل أساسية وجوبية على الإدارة اتخاذها والنشر عن طريقها. كما أعطى المشرع للإدارة وعند الاقتضاء الإعلان عن المناقصة في الإذاعة والتلفزيون وسائر وسائل الإعلام الأخرى (د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص446 ود. محمد الحسين ود. مهند نوح – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص147).

[1] المادة /28/ من نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004

[2] المادة /29/ من نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004.

[3] المادة /38/ من نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004.

وقد عدّ مجلس الدولة السوري بقسميه الاستشاري والقضائي أن عدم التزام الإدارة بوسيلة الإعلان المحددة في القانون يعَد من العيوب الجوهرية التي يترتب عليها البطلان.

حيث بيّن القسم الاستشاري أن القانون ألزم الإدارة بنشر الإعلان في نشرة الإعلانات الرسمية إضافة لصحيفة يومية، ويؤدي إغفال إحدى هاتين الوسيلتين كطريق إجباري للإعلان إلى بطلان الإعلان[1]. كما بيّن بأنه لا يمكن التعويل على وسائل الإعلان التكميلية وحدها في حال الإخلال بإحدى الوسائل الأساسية للنشر كالصحيفة اليومية[2].

كما أنه يجري العمل قضائياً في سورية على أن عدم نشر المزايدة في الجريدة الرسمية يعدّ سبباً كافياً لبطلان إجراءات المزايدة[3].

أ) مدة الإعلان:

لا يمكن أن تتحقق الغاية من الإعلان عن التعاقد إلا بإعطاء العارضين زمناً كافياً للاطلاع على الإعلان وبياناته ومن ثم شراء دفاتر الشروط المتعلقة بموضوع التعاقد، بحيث يقدم كل عارض عطاءه وهو على دراية كافية بما سيقدم على التعاقد عليه فيما لو رسى عليه العطاء[4]، وهذا كله لن يتحقق إلا إذا راعت الإدارة المدة القانونية للإعلان عن التعاقد والتي يحرص المشّرع على تحديدها قانوناً بحيث لا يمكن للإدارة أن تلجأ إلى أي تقدير فيها. وتعدّ مدة الإعلان من الإجراءات الجوهرية في نطاق الإعلان بحسبان أنها الفترة الزمنية التي يمكن للعارضين خلالها تقديم عروضهم ،أو ترشيحاتهم ،وهي مدة يجب أن تكون كافية

---

[1] رأي اللجنة المختصة في القسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /32/ لعام 2001 غير منشور.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم /86/ لعام 1971 غير منشور.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /331/ بالقضية /4399/ تاريخ 2008/3/6 غير منشور.

[4] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم / 149/ لعام 2009 غير منشور.

ليتاح للمتعهدين دراسة أوضاعهم وأوضاع السوق وموضوع المناقصة بروية وهدوء ومن ثم تقديم عروضهم على درجة عالية من الدقة والوضوح[1].

ففي فرنسا توجد مدتان متعلقتان بعملية الإعلان:

المدة الأولى: هي التي يجب أن تنفذ خلالها الجهة المختصة بنشر الإعلان التزامها بهذا النشر، فعلى الإدارة أن ترسل الإعلانات إلى النشرة الرسمية للإعلانات عن طريق الانترنت، وتلتزم النشرة الرسمية للإعلانات بأن تنشر الإعلان خلال ستة أيام التي تلي تاريخ استلامها له[2].

أما المدة الثانية: فهي المتعلقة بالمواعيد، والتي يمكن للمرشحين أن يرسلوا عروضهم وترشيحاتهم خلالها:

ففي حالة المناقصة المفتوحة لا يجوز أن تكون أقل من اثنين وخمسين يوماً بدءاً من تاريخ إرسال الإعلان للنشر، ويجوز تخفيض هذه المدة إلى اثنين وعشرين يوماً على الأقل وذلك في حالة الاستعجال الناتجة عن فعل الإدارة.

---

[1] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص447.

[2] المادة /40/ من تقنين الشراء العام الفرنسي الحالي رقم /975/ لعام 2006.

وعلى ذلك يرى جانب من الفقه أن المشرع الفرنسي قد جعل من تاريخ إرسال الإعلان للنشر نقطة بداية المدة التي يمكن أن يسلم العارضون خلالها عروضهم، وفي ذلك إرباك للمتنافسين المحتملين لأنه يوجد في فرنسا مدة معينة يجب أن يتم خلالها النشر، والمشرع لا يلزم جهة النشر بالقيام بهذا النشر منذ تلقيها الإعلان، إنما تتمتع هذه الجهة بسلطة تقديرية بنشره خلال المدة التي حددها القانون فإذا قامت بذلك في آخر المدة فسوف يؤدي ذلك إلى الانتقاص من المدة المحددة لتسليم العروض، لأن المتنافسين المحتملين لن يعلموا بالدعوى العامة إلى المنافسة إلا من تاريخ ظهور الإعلان، وحسب هذا الفقه فإن مثل هذه السلطة التقديرية الممنوحة لجهة النشر ليس لها أي مسوغ، وكان من الأفضل لو أن المشرع قد جعل نقطة بداية هذه المدة تاريخ ظهور الإعلان وليس تاريخ تسليمه إلى جهة النشر انظر د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – المرجع السابق – ص449.

ويمكن تخفيض هذه المدة إلى خمسة عشر يوماً إذا كان المبلغ التقديري (2705000 يورو) أو في حالة الاستعجال غير الناتجة عن فعل الإدارة[1].

أما في حالة المناقصة المقيدة، فإن مدة استلام العروض يجب ألا تقل عن سبعة وثلاثين يوماً، وذلك من تاريخ إرسال الإعلان إلى الجهة المختصة بالنشر أو ثلاثين يوماً إذا أرسل الكترونياً. أما في حالة الاستعجال غير الناتجة عن فعل الإدارة فيجوز تخفيض هذه المدة إلى خمسة عشر يوماً على الأقل أو عشرة أيام إذا أرسل الكترونياً، وأما إذا كان المبلغ التقديري أقل من (2705000 يورو) فإن المدة يجب ألا تقل عن اثنين وعشرين يوماً أو خمسة عشر يوماً إذا أرسل الكترونياً[2].

وقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن مدة الإعلان من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، حيث بيّن بأن مدة الإعلان هي من الشروط الأساسية لصحة المناقصة[3] وقرر بطلان المنافسة لعدم احترام المدة القانونية للإعلان[4] وعدّأن العيب في الإعلان سبب لعدم مشروعية العقد[5].

في مصر نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي على أن تحدد مدة ثلاثون يوماً على الأقل لتقديم العطاءات في المناقصات

---

[1] المادة /57/ من تقنين الشراء العام رقم /975/ لعام 2006.

[2] المادة/60/ من تقنين عقود المشتريات العامة الحالي في فرنسا.

[3] T.A,Nantes,29-7-1959,Tasse ,A.J.D.A ,1960,II,P.107.

[4] CE,7-7-1982, commune de guidel /CC/ Mme cometed, R.D.P. 1983 , p.1419.

CE,19-2-1988, Commune de la Rep. De la seint- Denis R.M.P.

[5] CE,8-2-1999 ,syndicat intercommunel des eaux de la Gatines ,req, n156333.

العامة من تاريخ أول يوم إعلان في الصحف اليومية، ويجوز بموافقة السلطة المختصة تقصير هذه المدة بحيث لا تقل عن عشرين يوماً[1].

وقد عدّ مجلس الدولة المصري بقسمه الاستشاري أن مدة الإعلان من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، حيث بيّن أن إغفال الإدارة للمهلة المحددة قانوناً لتقديم العطاء من شأنه أن يجعل إجراءات المناقصة باطلة لإخلالها بمبدأ تكافؤ الفرص فلا يجوز أن تقل مدة تقديم العطاءات عن المدة المحددة في القانون، والمثبتة في الإعلان عن المناقصة، وإذا كان هناك تقصير لهذه المدة فإنه يجب أن يكون بقرار من السلطة المختصة بذلك، وعلى ذلك فإن مخالفة المدة المقررة لتقديم العطاءات بالإضافة إلى مخالفة عدد مرات النشر ،من شأنه أن يبطل الإجراءات على النحو الذي يجب أن تتم إعادة الإجراءات مرة أخرى ،ولا تملك لجنة البت سلطة التجاوز عن مخالفات النشر الجوهرية في هذه الحالة[2]. كما بيّن بأنه لا يجوز بعد إجراء الإعلان عن المناقصة بما تضمنه من تحديد للمدة التي يجب أن يتقدم المتنافسين بعطاءاتهم خلالها أن

---

[1] المادة /14/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.
وعليه لم يحدد المشرع المصري الحالات التي يجوز أن تخفض بموجبها هذه المدة، ولهذا يتجه جانب من الفقه إلى أن إطلاق التخفيض وبقاءه خاضعاً لمحض تقدير السلطة المختصة من شأنه أن يمس مبدأ الشفافية، ولذلك فمن الأفضل حسب الفقه السابق لو أن المشرع المصري قيد هذا التخفيض بحالة الضرورة. كما أن المشرع لم يراعِ وفقاً للمادة سالفة الذكر مسألة إطالة مدة الإعلان في حالة المناقصات الخارجية رغم أنه قد أخذ في حسبانه هذا النمط من المناقصات عند تحديده لأساليب وطرق النشر. انظر د. مهند نوح – المرجع السابق – ص45).

[2] فتوى اللجنة الثانية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري جلسة 1988/1/4 فتوى رقم /122/ في 1988/1/31 ملف فتوى الإسكان رقم 860/29/31. وبذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1968/11/23 بالطعن /195/ سنة 12 قضائية.

تقوم جهة الإدارة بتقصير تلك المدة لما في ذلك من إخلال بمبدأ المنافسة والمساواة بين المتنافسين[1].

في سورية عالجت المادة /9/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 موضوع مدة الإعلان عن المناقصة فنصت على الآتي:

"أ – يعلن عن المناقصة قبل انتهاء آخر موعد لتقديم العروض بخمسة عشر يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الداخلية، وبخمسين يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الخارجية.

ب – يقصد بالمناقصات الداخلية التي يسمح بالاشتراك بها لرعايا الجمهورية العربية السورية ،ومن في حكمهم ،ورعايا الدول العربية المقيمين في سورية، كما يقصد بالمناقصات الخارجية المناقصات التي يسمح بالاشتراك بها للعرب، والأجانب، بالإضافة إلى الذين يسمح لهم بالاشتراك بالمناقصات الداخلية.

ج – يجوز في الحالات التي تستوجب السرعة إنقاص المهل المنصوص عليها في الفقرة /أ/ المتقدمة، على ألاّ تقل في أي حال من الأحوال عن خمسة أيام في المناقصات الداخلية وعن خمسة وعشرين يوماً في المناقصات الخارجية. ويعود أمر تقدير السرعة إلى آمر الصرف (ويجب أن يتضمن إعلان المناقصة في الحالات المذكورة عبارة السرعة الكلية).

د – لا يدخل يوم الإعلان عن المناقصة، كما لا يدخل يوم إجرائها ضمن المهل المذكورة....."

وقد عدّ مجلس الدولة السوري بقسميه الاستشاري والقضائي أن مدة الإعلان من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان.

---

[1] فتوى إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية في مجلس الدولة المصري في 1989/7/27 فتوى رقم /748/ ملف 493/2/3.

حيث بيّن القسم الاستشاري في العديد من الآراء أن أي إخلال بالمدة المحددة قانوناً يترتب عليه بطلان المناقصة بأكملها ويوجب على الإدارة إعادة الإعلان عنها[1].

كذلك فإن القسم القضائي بيّن أن تخفيض عدد أيام الإعلان عن المناقصة يسقط الكثير من ضمانات حقوق الإدارة والأفراد ويخالف القانون، ويترتب على عدم تحقيق الإعلان المدة القانونية المطلوبة بطلان العقد[2].

ومن المسائل المهمة التي تعترض عملياً الجهات الإدارية هي مشكلة وجود خطأ بالإعلان يوجب التنويه عنه، فهل يخل ذلك بمدة الإعلان؟.

جاء نظام العقود في سورية خالياً من نص يتعلق بوجود خطأ بالإعلان، وإن كانت المادة (9/هـ) نصت على أنه لا يجوز التعديل في دفاتر الشروط والمخططات وسائر الوثائق التي تبني عليها المناقصة بعد الإعلان عن المناقصة ما لم يعلن عنها مجدداً.

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /17/ لعام 1971 والرأي /86/ لعام 1971 ورأي اللجنة المختصة /32/ لعام 2001 غير منشور ورأي اللجنة المختصة /5/ لعام 2005 غير منشور.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /441/ تاريخ 1980/12/22 بالطعن /28/ لعام 1980، غير منشور.

ويلاحظ بأن مجلس الدولة السوري سار بخلاف ما سار عليه مجلس الدولة المصري من التفريق بين بطلان إجراء الإرساء وبطلان العقد في حالة مخالفة إحدى البيانات الجوهرية لعملية المناقصة، حيث قصر مجلس الدولة المصري عملية البطلان على قرار الترسية دون العقد وذلك على أساس حماية الحقوق المكتسبة واستقرار المراكز القانونية للمتعاقدين (فتوى الجمعية العمومية بالقسم الاستشاري رقم /512/ في 1985/8/17 ملف رقم 14/1/67 لمجلس الدولة المصري.)، في حين أن مجلس الدولة السوري أخذ بمبدأ ما بني على باطل فهو باطل مؤيداً بذلك الفقه الذاهب إلى عدّ النتيجة التي أخذ بها مجلس الدولة المصري غير منطقية بالاستناد للمبدأ سالف الذكر.انظر د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول – مرجع سابق – ص364.

إلا أن القسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري – وفيما يخص مسألة التنويه عن الأخطاء التي ترد في الإعلان – عدّ أن التنويه عن تصحيح خطأ في الإعلان بمنزلة الإعلان، ويجب أن يطبق عليه ما يطبق على الإعلان الأصلي من حيث استيفائه لمدة النشر القانونية المنصوص عليها في نظام العقود، فإذا أعلنت الإدارة عن مناقصة ،وتبين لها بعد الإعلان أنه قد حصل خطأ في وثائق المناقصة سواء في الإعلان أو في دفاتر الشروط ،أو جداول الكميات فإنه يفترض أن تعلن عن تصحيح الخطأ في ذات الصحيفة المعلن فيها عن المناقصة وأن يستوفي الإعلان عن التصحيح مدة النشر القانونية ،وذلك من أجل إفساح المجال أمام العارضين ،للاطلاع على التصحيح، لما في ذلك من أهمية في تحقيق المنافسة بين العارضين والتي تواخاها المشّرع عندما نص على تأمين حاجات الجهات العامة بطريقة المناقصة[1].

ب) مضمون الإعلان:

يشمل موضوع الإعلان عن المناقصة البيانات اللازمة التي تمكن المخاطبين بإجراءات المناقصة من العلم بها ،والإلمام بكل تفاصيل وجزئيات التعاقد المزمع إبرامه مع جهة الإدارة[2]. إلا أن هذه البيانات المحتواة في الإعلان لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه ،إنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة وأولية عن الإدارة المتعاقدة ،ومحل العقد ،ومواعيد تسليم العروض وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين ،ولذلك فإن المشّرع ينص على وجوب أن يتضمنها الإعلان

---

[1] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /279/ لعام 2009 غير منشور.

[2] د. سعاد الشرقاوي – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص369 ود. جابر جاد نصار – مرجع سابق – ص45.

مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء إليها من معلومات تقدر أن لها من الأهمية ما يساعد العارضين على الاطلاع بشكل أفضل على موضوع التعاقد[1].

ففي فرنسا كان ينظم بيانات الإعلانات بمقتضى القرار الوزاري الذي أصدره وزير الاقتصاد الفرنسي بتاريخ 1976/1/21 ،بحيث يجب أن يتضمن الإعلان بيانات تبين موضوع المناقصة مع الشروط الأساسية لها ،والجهة التي تسحب منها كراسات الشروط ،ويقدم إليها العطاءات ،وميعاد البت في المناقصة ،وكذلك المستندات التي يلزم تقديمها مع العطاء[2].

حالياً فإنّ المادة الثانية من تقنين عقود الشراء العام تشترط على وجوب تضمين الإعلان عن الدعوة العامة للمنافسة المعلومات الآتية على الأقل:

1) تحديد الإدارة صاحبة العلاقة.
2) محل العقد وخصائصه الأساسية
3) إجراء الإبرام الذي سيتم إبرام العقد عن طريقه (مناقصة – مناقصة مقيدة – طلب عروض).
4) الوثائق التي تثبت الأهلية التقنية للمرشح وفقاً لما ينص عليه القانون.
5) التاريخ المحدد لتلقي العروض أو الترشيحات (في حالة المناقصة المقيدة).
6) المكان واليوم والساعة المحددة للبدء بإجراءات المناقصة.
7) المكان الذي يُسلم فيه الملف المحتوي على وثائق العقد المنوي إبرامه وإذا كان العقد لمصلحة جماعية محلية، فيجب أن ينص الإعلان عندئذٍ على مبلغ التأمين المطلوب ضماناً لجدية التقدم للمناقصة.

---

[1] د. مهند نوح – المرجع السابق – ص441.

[2] Delaubadere: op.cit. p.596.et Richer(L.),op.cit.2010,p.434.

8) مدة ارتباط العارض بعرضه.

9) تاريخ إرسال الإعلان للنشر.

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي لم يعدّ أن كل خطأ أو خلل في الإعلان مهما كان نوعه أو وزنه من شأنه أن يؤدي إلى إبطال المناقصة، حيث اتبع نهجه التقليدي في التفرقة بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية، حيث يترتب البطلان إذا ما كان هناك خلل كبير في البيانات التي يجب أن يحتويها الإعلان، أما إذا كانت بيانات الإعلان يعتورها نقص غير مخل فلا يترتب عليها البطلان[1].

في حين ذهب القضاء الإداري الفرنسي في أحكام أخرى إلى أن القواعد المتعلقة بالإعلان هي من القواعد الآمرة التي يؤدي الخلل فيها إلى وصم المناقصة باللامشروعية[2]. وبيّن بأنه لا يكفي أن يكون الإعلان موجوداً بل يجب أن يكون كاملاً وفعالاً، فالإعلان يمكن أن لا يكون مشروعاً إذا لم يحتوِ على البيانات الدنيا المفروضة على النحو المذكور سابقاً أو لأنه لم ينشر ويذاع بشكل كاف أو لأن مدته لا تكون ملائمة لإعداد العروض[3].

في مصر أوجبت المادة /12/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات أن يبين الإعلان الجهة التي تقدم إليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها

---

[1]Laubadere, delovolve et modernem Traite des contrats,1983,T1, op.cit. p.597.

CE,29-12-1997, Department de paris ,Rec.,p.443.

[2]T.A. Rennes 18-7-1998, perfect de L'eure, J.C.P. 1996, IV, N1809.

[3]CE,20-5-1998, communaute de communes du piemout de barr, M.T.P. 29-5-1998, p.429.

CE,30-1-2009 ,Agence Nationale pour l'Emploi ,BJDCP 2009, N64.

CE,31-3-2010 ,Collectivité territoriale de Corse ,req.334279.

والصنف أو العمل المطلوب ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائي وثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها وأية بيانات أخرى تراها الجهة الإدارية ضرورية لصالح العمل.

وقد سار مجلس الدولة المصري على اعتبار أنّ بيانات الإعلان تُعدّمن البيانات الجوهرية التي يؤدي تخلفها كلها أو بعضها أو الخطأ فيها إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء، مما يعيب إجراءات المناقصة بعيب شكلي يؤدي إلى بطلان قرار البت بترسية المناقصة على عطاء بعينه[1].

في سورية نصت المادة (10/ب) من نظام العقود الصادر بالقانون /51/ لعام 2004 على مايلي:

"يجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة على الأقل البيانات الآتية: 1- موضوع المناقصة 2- مكان وزمان تقديم العروض وجلسة المناقصة. 3- التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة. 4- الجهة التي يمكن شراء إضبارة المناقصة منها.5- سعر الإضبارة 6- مدة إنجاز التعهد7- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه"[2].

ذهب مجلس الدولة السوري بقسمه القضائي إلى أن البيانات الموجودة في الإعلان والمشترط والمتوجب قانوناً أن يحتويها الإعلان تعد من البيانات الجوهرية التي تؤدي بتخلفها إلى بطلان الإعلان، واوجب إعادته مرة أخرى[3]. كما اعتبر أن

---

[1] فتوى رقم /122/ بتاريخ 31 – يناير – 1988، ملف رقم /860/29/31/ مذكور عند د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص54.

[2] كما نصت المادة (29/ب) من نظام العقود على الآتي: "يجب أن يتضمن طلب العروض البيانات التالية على الأقل: 1- موضوع طلب العروض 2- مكان تقديم العروض وآخر موعد لتقديم العروض 3- التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة 4- الجهة التي يمكن شراء إضبارة المناقصة منها 5- سعر الإضبارة 6- مدة إنجاز التعهد 7- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه".

[3] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /1480/ بالقضية /7826/ لعام 2009 غير منشور.

وجود مخالفات قانونية وأخطاء في إعلان المزايدة وغيرها تسوغ للسلطة المختصة في إبرام العقد الامتناع عن المصادقة عليه[1].

في حين أن القسم الاستشاري لمجلس الدولة ذهب إلى التمييز بين ما يعد عيباً جوهرياً يؤدي إلى البطلان وبين العيوب غير الجوهرية التي يمكن تجاوزها. فذهب إلى أن عدم توافر مدة للتنفيذ في الإعلان أو عدم احتواء الإعلان على مدة ارتباط العارض بعرضه، وقيام العارض بتحديد هذه المدد في عرضه يجعل من الإعلان صحيحاً وغير مستوجب التفشيل والإعادة[2].

ولم يقتصر القسم الاستشاري على رقابة مدى توافر البيانات التي اشترطها وأوجبها القانون فقط، وإنما امتدت رقابته لتشمل كون البيانات المذكورة في الإعلان صحيحة ومتفقة مع ما يستوجبه القانون من صحة ووضوح تؤدي إلى تحقيق علانية ومساواة كافية بين المتنافسين. فبيّن أن احتواء الإعلان عن المناقصة على أخطاء في مبالغ الكشف التقديري يمنع على الإدارة الاستمرار في إجراءات التعاقد ويتوجب معها إعادة الإعلان عن المناقصة مع الالتزام بما يفرضه نظام العقود[3].

3) تسبيب القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري:

التسبيب هو إفصاح الإدارة عن العناصر القانونية والواقعية التي استند إليها القرار الإداري، سواء أكان الإفصاح واجباً قانونياً أو بناءً على إلزام قضائي

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم القرار /67/ بالطعن /214/ لعام 1974 مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1974 ص 176.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريح بمجلس الدولة /13/ لعام 2006 غير منشور والرأي /84/ لعام 1977 غير منشور.

[3] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم /98/ لعام 2009 غير منشور.

أو جاء تلقائياً من الإدارة، وهذا المبدأ يعني أن تلتزم الإدارة حين إصدارها للقرار الفردي أن يتضمن هذا القرار في ذاته الأسباب التي دعت إلى اتخاذه[1].

---

[1](E) Eisenberg: L'audition du citoyen et motivation des decisions administratives individuelles, Harmattan 2000, p.41.

تسبيب القرارات الإدارية من الموضوعات التي اهتمت بها كتابات الفقه الإداري الحديث في إطار الاهتمام العالمي بحقوق الإنسان على أساس أن أحد أهم هذه الحقوق – بل وفي مقدمتها – حق العلم والمعرفة، والذي يتعارض مع مبدأ عدم التسبيب الوجوبي الذي يعني عدم التزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قراراتها إلا عند وجود نص يلزمها بذلك وهو ما يتناقض ومقتضيات حق العلم والمعرفة انظر د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد – تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء – مؤسسة العبير للطباعة – 2006 – ص1.

وللتسبيب آثار إيجابية بالنسبة للفرد وللجهة الإدارية وللقاضي الإداري.

فبالنسبة للأفراد هو ضمانة مهمة لا يمكن التنازل عنها كونه يقدم لذوي الشأن توضيحاً كافياً لظروف وملابسات اتخاذ القرار، ويحيطُه علماً بالعناصر الواقعية والقانونية التي دفعت رجل الإدارة لاتخاذه وعليه فهو يتيح الفرصة لذي الشأن بأن يحدد موقعه من القرار فإما أن يقتنع به وإلا فله الطعن فيه بعد أن يضع يده على طريق ما ينقله له التسبيب على موطن العيب الذي يصيب القرار.

والتسبيب بالنسبة لرجل الإدارة يعد بمنزلة المرجع أو الأرشيف الذي يستطيع الرجوع إليه لمعرفة الأسلوب الذي تم به من قبل مواجهة الظروف والملابسات المعروضة أمامه ويحدد بالتالي موقفه من اتخاذ القرار أو العدول عنه

وبالنسبة للقاضي الإداري هو الوسيلة التي تسهل له القيام بوظيفته في الرقابة على مشروعية القرار الإداري فعرض الأسباب يمكنه من تركيز رقابته، ومن خلالها يستمد القاضي الإداري معلوماته عن ظروف وملابسات اتخاذ القرار الإداري وبالتالي يستطيع الوقوف على مدى صحة القرار أو عدم صحته. د. محمد حلمي – القرار الإداري أركانه وشروط صحته – مقال – مجلة العلوم الإدارية – السنة التاسعة – العدد الثاني – أغسطس 1967 – ص124

د. عبد الفتاح حسن – التسبيب كشرط شكلي في القرار الإداري – مقالة منشورة في مجلة العلوم الإدارية – السنة الثامنة العدد الثاني – أغسطس – 1966 – ص176.

(P.) Ferrai, les droit des citouems dans leur relation avec l'administration, doctrine A.J.D.A. 2000, p.471.

والتسبيب هو التعبير الشكلي عن سبب القرار[1]. وإذا كان سبب القرار الإداري ركن من أركانه ،وغيابه يجعل القرار باطلاً، لأنه كأصل عام يجب أن يستند على سبب[2]، إلا أن التسبيب من حيث طبيعته هو إجراء شكلي لا يرقى لمرتبة ركن في القرار الإداري، وعليه فإن التسبيب بهذا المعنى ينتمي إلى المشروعية الخارجية للقرار ،والتي تشمل المسائل المتعلقة بالاختصاص ،والإجراءات ،والشكل[3]. وبعبارة أخرى فإنه إذا كان السبب واجباً توافره في أي قرار إداري لأنه ركن من أركانه التي يؤسس عليها، فإن التسبيب ليس كذلك كونه قاعدة شكلية غير ملزمة في جميع الأحوال[4].

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الإدارية إلا عند وجود نص قانوني يلزمها بذلك[5]. والتسبيب إن كان اختيارياً فإن مخالفته ،أو غيابه ،لا يعيب

---

[1](R.) Hostiou, procedure et formes de l'acte administratif en droit francaise, L.G.D.J. 1975, p.69.

[2](S) Sur : L'obligation de motives formellement des actes administratifs A.J.D.A. 1974, p,349.

[3]د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد – المرجع السابق – ص81.

[4]Guillaume blanc: Motifs et motivation des decisions administratives R.A. 1998, n304. P.495.

وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /58م تاريخ 1958/7/12.

وإذا كان التسبيب واجباً قانونياً أو التزاماً قضائياً فرضه القاضي الإداري فإن مخالفته تعيب القرار الإداري، أما إذا كان اختيارياً فإن غيابه لا يعيب القرار وإن كان يضعه موضع الشبهات، فقرينة السلامة التي يتمتع بها القرار الإداري قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس وعليه فإن الرقابة على الأسباب لا تتضمن حتماً وجود التسبيب، فالمبدأ الذي بمقتضاه تكون الإدارة غير ملزمة بالتسبيب ليس من شأنه أن يعطي لها الحق في إصدار قرارات لا تستند إلى أسباب غير صحيحة.

CE, 27 Juillet 1984, Ministre des affaires sociales et solidarite national C/M et Mme Hedjam, D.A. 1984 p.10.

[5]د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد – مرجع سابق – ص1.

القرار الإداري وإن كان يضعه موضع الشبهات، ذلك أن قرينة السلامة التي يتمتع بها القرار الإداري قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، أما إذا كان التسبيب واجباً قانوناً فإن مخالفته تعيب القرار الإداري[1] ويترتب على إغفاله عدم مشروعية القرار حتى ولو كان للقرار سبب صحيح[2]، وبالاستناد لذلك فإن التسبيب الوجوبي يعدّ بالاستناد لما تقدم من الأشكال الجوهرية في القرار الإداري، تخلفه يعيب القرار ويؤدي إلى إلغائه[3].

إلا أن التسبيب الوجوبي لايعدّ من الوسائل المتعلقة بالنظام العام، وعليه انتهى القضاء الإداري إلى أن عدم تسبيب القرار في الحالة التي يكون فيها التسبيب وجوبياً لا يعدّ من الوسائل المتعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يجوز قبولها أول مرة في مرحلة الطعن بالنقض[4] وكما لايجوز للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى وإن كان السبب الخاص بالشكل قائماً على أساس سليم[5].

والتسبيب في القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لايخرج عن مفهوم تسبيب القرارات الإدارية بشكل عام، وسنعمد إلى بيان النصوص التي اشترطت تسبيب القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بشكل وجوبي في كل من فرنسا ومصر وسورية.

في فرنسا: ألزم المشّرع الفرنسي في تقنين الشراء العام الحالي رقم/975/ لعام2006 الشخص العام المسؤول عن العقد بتسبيب القرارت الآتية:

---

[1] د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد – مرجع سابق – ص81.

وعليه انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن القرار الصادر برفض تجديد العقد الإداري هو قرار يجب أن يكون مسبباً (CE,, 7-DeCE,mbre-1983, Brassie.).

[2] د. محمود حلمي – القرار الإداري أركانه وشروط صحته – مقال سابق – ص136.

[3] د. عبد الفتاج حسن – مقال سابق – ص190.

[4] CE,, 26 Juillet 1946, Dame, Rec. p.217.

[5] CE,, 6-3-1909, Barthelemy, Rec. p.263.

1) القرارالصادر باختيار طريقة إبرام العقد وخاصة في حالة السرعة أو عند اللجوء لطريقة التفاوض[1].

2) القرار الصادر برفض أحد العروض[2].

3) القرار الصادر باختيار أحد العروض[3].

في مصر: ألزم المشّرع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998 الجهة العامة بتسبيب بعض القرارات المنفصلة عن العقد الإداري، وهي الآتية:

1- قرار الجهة العامة بالتعاقد عن طريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر بدلاً من التعاقد عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة[4].

---

[1]Art./79/du CMP par 2006((Tout projet de marché ou d'avenant, à l'exception des marchés passés sans formalités préalables, fait l'objet d'un rapport de présentation de la personne responsable du marché, qui:……

7-Motive le choix du mode de passation adopté et notamment, le cas échéant, le recours au délai d'urgence ou au marché négocié ….))

[2]Art./79/du CMP par 2006((…….3- Indique le nom des candidats non retenus et les motifs de leur rejet ….)) et Art./80/ du CMP par 2006((……les candidats des motifs qui l'ont conduite à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure…..))

[3]Atr./79/du CMPpar 2006((….Justifie l'introduction, le cas échéant, de critères de sélection des offres non prévus par les dispositions du premier alinéa du II de l'article 53 et motive le choix de l'offre retenue …))

[4] نصت المادة /1/ على مايلي: "يكون التعاقد على شراء المنقولات ،أو على مقاولات الأعمال ،أو النقل، أو على تلقي الخدمات ،والدراسات الاستشارية ،والأعمال الفنية ،عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة، ويصدر باتباع أي من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة

2- قرارات لجنة البت في الممارسة العامة والممارسة المحدودة[1].

3- قرار إلغاء المناقصة[2].

4- قرار استبعاد العطاءات وإرساء المناقصة[3].

في سورية: ألزم المشّرع في نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 الإدارة بتسبيب بعض القرارات المنفصلة عن العقد الإداري، وهي الآتية:

1) قرار آمر الصرف بإلغاء نتائج المناقصة[4].

2) قرار الوزير بتنفيذ الأشغال بالأمانة[5].

3) قرار الحرمان من التعاقد[6].

التعاقد ومع ذلك يجوز استثناءاً وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية: أ- المناقصة المحدودة ب- المناقصة المحلية ج- الممارسة المحدودة د- الاتفاق المباشر".

[1] نصت المادة /6/ على مايلي: "تتولى إجراءات كل من الممارسة العامة والممارسة المحدودة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة..... ويجب أن تشتمل قرارات اللجنة على الأسباب التي بنيت عليها....".

[2] نصت المادة /15/ على مايلي: "تلغى المناقصة قبل البت فيها..... ويكون الإلغاء في هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنت البت، ويجب أن يشتمل القرار على الأسباب التي بني عليها".

[3] نصت المادة /16/ على مايلي: "..... ويجب أن يشتمل قرار استبعاد العطاءات وإرساء المناقصة على الأسباب التي بني عليها....".

[4] نصت المادة /24/ على مايلي: "أ- يصدق محضر المناقصة من آمر الصرف ويجوز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً.....".

[5] نصت المادة /44/ على مايلي: ".... ب- تتم الموافقة على تنفيذ الأشغال بالأمانة بقرار من الوزير بناء على تقرير من الجهة العامة ذات العلاقة يتضمن الأسباب الموجبة التي تبرر الأشغال بالأمانة.....".

[6] نصت المادة /58/ على مايلي: "أ- يحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة، ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.....".

إلا أنه وحتى يحقق التسبيب الغاية منه لا بد من توافر مجموعة شروط تجعل من التسبيب كشكلية للقرار الإداري في إطار المشروعية الخارجية ضمانة أكيدة وهي:

أ) أن يكون التسبيب مباشراً: أي أن يكون التسبيب وارداً في صلب القرار نفسه، بحيث يتضمن القرار ذاته الأسباب التي بني عليها[1]. والقول بالتسبيب المباشر للقرار الإداري يستتبع نتيجتين: استبعاد فكرة القرار الشفوي[2] واستبعاد التسبيب بالإحالة[3].

---

[1] د. محمود حلمي – القرار الإداري أركانه وشروط صحته – مقال سابق – ص124.

[2] ورغم ما سبق إلا أن القضاء والفقه الإداريان أجازا أن يكون القرار شفوياً ويجوز لجهة الإدارة إثباته بكافة طرق الإثبات (د. محمود حلمي – القرار الإداري أركانه وشروطه – مقال – مجلة العلوم الإدارية – السنة التاسعة – العدد الثاني – أغسطس – 1967 – ص135).

وهذه النتيجة تضع بحق حداً فاصلاً واضحاً بين ضمانة التسبيب وضمانة المواجهة فإذا كانت الأولى يجب أن تكون مكتوبة فإن الضمانة الثانية قد تكون شفاهة وعلى هذا انتهى قضاء مجلس الدولة الفرنسي:

CE, 27-1-1989, center hospitalier de raumbouillet C/M carluer A.J.D.A. 1989, p.553.

[3] ويقصد بالتسبيب بالإحالة هو أن يحيل مصدر القرار أسباب قراره إلى وثيقة أخرى غير القرار. وعليه يتضح بأن التسبيب المباشر وفكرة التسبيب بالإحالة فكرتان متناقضتان تماماً (د. عبد الفتاح حسن – مقال سابق – ص189 ود. أشرف عبد الفتاح أبو المجد – مرجع سابق – ص210).

وهذا ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي باستبعاده لمبدأ التسبيب بالإحالة، واشتراطه أن يرد التسبيب مباشراً أي في صلب القرار ذاته (Sur, note sous: CE,, 17-Juin-1983, A.J.D.A. 1983, p.48.).

إلا أن المشرع السوري وبشكل واضح أخذ بمبدأ التسبيب بالإحالة عندما نص في المادة /44/ من نظام العقود على أن "... ب- تتم الموافقة على تنفيذ الأشغال بالأمانة – بقرار من الوزير – بناء على تقرير من الجهة العامة ذات العلاقة يتضمن الأسباب الموجبة التي تبرر الأشغال بالأمانة....". وبالاستناد لهذه المادة فإن القرار الصادر عن الوزير باللجوء إلى طريقة تنفيذ الأشغال بالأمانة لا يتضمن أسباب القرار، وإنما يتضمنها تقرير الجهة العامة ذات العلاقة.

وبناءً عليه قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن الإخطار السابق المتضمن الوقائع المسببة للقرار لا يعفي الإدارة من تسبيب قرارها الصادر وفق هذا الإخطار[1]. كما قرر المجلس أيضاً أنه لا يقوم مقام التسبيب الوجوبي قيام الإدارة بتوجيه خطاب إلى المدعي بعد إصدار القرار يشير إلى أسباب الآراء الصادرة بعدم الموافقة والتي صدر استناداً إليها القرار فإنه يكون بذلك قد جاء خالياً من التسبيب الوجوبي[2].

ب) أن يكون التسبيب معاصراً، أي أن تتوافر الأسباب القانونية والواقعية التي تكون سبباً للقرار الإداري وقت إصداره[3]، بحيث يكون هنالك تلازم زمني بين إصدار القرار والإفصاح عن أسبابه[4].

ت) يجب أن يكون التسبيب كافياً، بحيث تجمع جهة الإدارة فيه جميع الاعتبارات الواقعية والقانونية.

وتتمثل الأسباب القانونية للقرار بالنصوص التشريعية ،أو اللائحية ،أو المبادئ القانونية العامة ،التي استند عليها القرار الإداري.

أما الأسبابالواقعية فهي التي يتحدد بها الجوانب الأساسية لمركز ذي الشأن والتي يؤدي وضعها في الحسبان إلى إصدار القرار.

وعلى هذا انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإشارة إلى التقنين الخاص دون تحديد العناصر الواقعية التي استند إليها القرار لا تصلح تسبيباً كافياً

---

[1]CE,, 29- Novembre – 1985, Secretiaire d'etataupres du ministre de L'interieur C./Charronm R.D.P.1987, p.812.

[2]CE, 1-7-1981, Benoult, A.J.D.A, 1981, p.474.

[3]د. عبد الفتاح حسن – مقال سابق - ص185-186 ود. محمد عبد اللطيف – تسبيب القرارات الإدارية ود. أشرف عبد الفتاح أبو المجد – مرجع سابق – ص214.

[4]مصطفى أبو زيد فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – مرجع سابق – ص511.

للقرار[1]، وعليه فإنه ومن باب أولى فإن القرار غير المتضمن للعناصر الواقعية والقانونية على حد سواء لا يكون مسبباً[2].

كما انتهى مجلس الدولة المصري إلى أن رقابة القضاء الإداري بالنسبة للعناصر الواقعية للقرار تجد حدها الطبيعي في التأكد مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول موجودة أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها ،أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها مادياً لا يؤدي النتيجة التي يتطلبها القانون[3].

4) لجان البت في عملية المنافسة:

إن قرار الإدارة في عملية اختيارها للمرشح الأفضل لها في إطار إبرام العقد الإداري لا يمكن أن يتم إلا من قبل لجان مختصة قادرة على تقييم مايقدم من عروض، بحيث يكون قرارها الصادر في هذا المجال مبنياً على دراسة صحيحة ومتفقة مع الصالح العام، ويطلق على هذه اللجان تسمية لجان البت، أو لجان المناقصات، بحيث تختلف هذه التسمية حسب التشريع الناظم لها في كل دولة.

ويمكن تعريف لجنة البت بأنها سلطة إدارية مكلفة بتسيير إجراءات المنافسة (مناقصة أو مزايدة) بواسطة قرارات إدارية ،أو أعمال مادية، وتملك بهذا الشأن سلطات عامة تقتضيها هذه المهمة[4].

---

[1]CE,7 Decembre 1983, Brassie, Rec., p.595, R.D.P., 1989, p.1695.

[2]CE,1 Juillet 1987, Ministre de L'interieuret de la deCE,ntralisation C/cobel, Rec, p.542.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /3463/ لعام 1993 سنة 32 قضائية مجموعة المبادئ التي قررتها الإدارية المصرية لعام 1993 ص1592.

[4]د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع – مرجع سابق – ص203 والدكتور مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص478.

وسنعمد إلى دراسة عيب الشكل والإجراء في هذا الصدد من خلال دراسة تكوين لجان البت وأعمالها.

أ- تكوين لجان البت:

يختلف تكوين لجان البت من تشريع لآخر حسب المهام الملقاة على عاتقها، إلا أنه رغم هذا الاختلاف فإن هناك سمات معينة يتميز بها تكوين هذه اللجان، فهي دائماً سلطة إدارية جماعية Un organe collegial[1].

وتنعكس طبيعة عمل هذه اللجنة التي تقتضي إطلاعها على أمور فنية ومالية وقانونية على تكوينها الذي يجب أن يضم عناصر قانونية، وفنية ،ومالية، وهي بذلك تشكل ضمانة جوهرية لنزاهة إجراءات المنافسة، ولذلك يعمد المشّرع إلى النص على تشكيلها وتحديد اختصاصاتها ،وتحديد كيفية ممارسة هذه الاختصاصات، بحيث يعدّ تكوينها من النظام العام، فلا يجوز استبعاد أحكام القانون بصددها لما تمثله من ضمانة أساسية لنزاهة إجراءات المنافسة[2].

ففي فرنسا: يميز تقنين الشراء العام رقم /975/ لعام 2006 فيما يتعلق بتشكيل لجان البت بين المناقصات المتعلقة بعقود الدولة وبين المناقصات المتعلقة بعقود الجماعات المحلية، وحتى في هذه الأخيرة يميز في تشكيل هذه اللجان بين المناقصات التي تجريها المحافظات، أو الأقاليم،أو البلديات ،حسب عدد سكانها أو المرافق المحلية والمؤسسات العامة المحلية[3]. كما ينص في تشكيل بعض اللجان أن تضم في عضويتها إضافة للأعضاء الذين يتمتعون بسلطة التقرير أعضاء استشاريين يمتنع عليهم حق المشاركة في المداولة على القرارات التي

---

[1] د، مهند نوح – مرجع سابق – ص478.

[2] د. جابر جاد نصار – المناقصات العامة – المرجع السابق – ص148.

[3] المواد /21/ و /22/ من تقنين الشراء العام رقم /975/ لعام 2006.

تتخذها اللجنة[1]. وما يميز تشكيل لجنة البت في فرنسا عن مصر وسورية، أن اختيار أعضائها يتم عن طريق الانتخاب.

ولكن ما هي الآثار المترتبة على تشكيل لجنة البت بشكل مخالف للقانون؟

ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى بطلان تشكيل لجنة البت إذا كانت مخالفة للقانون، وعليه قضى في أحد أحكامه ببطلان تشكيل إحدى لجان البت لأن ممثل رئيس المجلس العام كان عضواً في هذه اللجنة، رغم رئاسة هذا الأخير لها في حين أن المادة /279/ أوجدت تمايزاً بين وظيفة رئيس اللجنة (وهو العمدة أو من يمثله) وعناصر هذه اللجنة الذين يجب أن يكونوا حصراً من بين أعضاء المجلس المحلي المعني[2].

أما إذا كان الخلل أو المخالفة القانونية في عملية انتخاب عناصر لجان البت فإن القضاء الإداري الفرنسي يعترف لنفسه بإمكانية إصلاح هذا الخلل وإعادة الأمور إلى نصابها[3].

أما بالنسبة للإجراءات التي تتخذها لجنة البت المشكلة خلافاً للقانون فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على بطلان كل إجراء تقوم به لجنة مشكلة خلافاً للقانون، وحكم بعدم مشروعية قرار اللجنة باستبعاد أحد المرشحين لأن اللجنة التي أصدرت القرار تكونت من العمدة وأربعة أعضاء من المجلس البلدي، في حين أن القانون ينص على وجوب أن تتكون اللجنة في هذه الحالة من العمدة أو من يمثله رئيساً وثلاثة أعضاء منتخبين من المجلس البلدي[4].

---

[1] المواد /21/ و /23/ من تقنين الشراء العام رقم /975/ لعام 2006.

Brechon- Moulenes, droit des marchés, T1, p.8.

[2] T.A. Lyon, 25-2-1998, prefer du Rhom, Req. N 9703166.

[3] C.A.A. 23-12-1994, commune de goussaim, cite par brochan,Rec., p.128.

[4] CE, 8-12-1997, Sté Ricard. M.T.P. 20-2-1998, p.45.

أما فيما يتعلق باجتماع لجنة البت والدعوة له، فإنه يجري العمل في فرنسا على أنه لكي تكون اجتماعات هذه اللجان صحيحة ومشروعة يجب أن توجه الدعوة لجميع الأعضاء، وإذا تبين أن الدعوة لم توجه إلى عضو أو أكثر كان الاجتماع باطلاً، وما يصدر عن اللجنة في هذا الاجتماع يكون باطلاً أيضاً، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التبليغ إلى جلسات أو اجتماعات اللجان من قبيل الشكليات الجوهرية[1] Les formolites substantielles. وذهب في حكم آخر إلى أن عدم دعوة مدير إدارة الاستهلاك والمنافسة ومكافحة الغش من شأنه أن يلطخ عملية إبرام العقد في مجملها باللامشروعية[2]، كما ذهب المجلس إلى أبعد من ذلك عندما قرر عدم إمكانية تغطية العيب الناجم عن عدم تبليغ أحد أعضاء اللجنة عن طريق إبداء هذا العضو لوجهة نظره في وقت لاحق على الاجتماع الذي لم يُدعَ إليه[3].

ولكن إذا كان عدم تبليغ عضو أو أكثر باجتماع لجنة المناقصة من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الإجراءات التي تتخذها اللجنة، فإن ما استقر عليه الاجتهاد في فرنسا أن غياب عضو أو أكثر بعد إخطارهم بحضور جلسات اللجان لا يعيب القرارات المتخذة من جانب هذه اللجان في معرض إدارتها لعمليات المناقصة[4]، كما حكم بأن تكوين اللجنة المنعقدة بحضور الرئيس وثلاثة أعضاء وغياب الباقين

---

[1]CE,20-1-1960, Union des syndicats d'affichage. Rec, CE, P.616.

CE,24-6-1964, Bomardel,p.421.

[2]CE,, 2-4-1993, préfet commissaire de la république de l'aveyron R.M.P. 1993, M 277. P.8.

[3]CE,, 25-6-1985, S.A.R.I. D'entrprise et d'equiblique et Rual R.M.P. 1987, N 226, p.8.

[4]د. مهند نوح – المرجع السابق – ص 485 ومن الفقه الفرنسي

Brechon- Moulenesm Droits des marchés, op.cit. III, 400, 2, p12.

لا يعني عدم مشروعية تكوين اللجنة، كما أن ما تتخذه اللجنة من قرارات لا يعدّ بأي حال باطلاً[1].

أما بالنسبة لنصاب جلسة المناقصة فقد أقر المجلس قاعدة عامة مفادها أن نصاب لجان البت المطلوب لمشروعية جلساتها يتحقق بحضور أكثر من نصف الأعضاء الذين يتمتعون بحق الاشتراك في اتخاذ القرارات، وهذا يعني أنه إذا حضر إلى الجلسة أكثر من نصف أعضاء اللجنة وكان هذا النصاب متحققاً من حضور أعضاء لهم حق المشاركة في المداولة واتخاذ القرار، وآخرين لهم دور استشاري فقط، فإن انعقاد اللجنة يعدّ غير مشروع[2].

أما في مصر: فقد اتجه المشّرع في قانون المناقصات والمزايدات على أن يكون البت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تقوم إحداهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة، على أنه بالنسبة للمناقصة التي لا تتجاوز قيمتها خمسين ألف جنيه فتتولى فتح المظاريف والبت في المناقصة لجنة واحدة[3].

ويصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد، ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت

---

[1] CE,2-5-1973, Sté industreille de batiments et travaux, R.D.P. 1974, p.1170.

[2] CE,3-9-1996, perfet de la seine et mame, Req. N 164114.

يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى ضرورة حضور الرئيس ،أو من يمثله ،من ضمن الأعضاء الذين يملكون سلطة التقرير ليكون النصاب مشروعاً، بمعنى أنه لو حضر أكثر من نصف الأعضاء الذين يتمتعون بسلطة التقرير وكان الرئيس غائباً فإن الجلسة تكون عندئذٍ غير مشروعة.

د. مهند نوح – المرجع السابق – ص486. وأيضاً:

Brochon, Moulenes droit des marchés, op.cit. III, 400,2, p.15.

[3] المادة /11/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.

القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه[1].

ولكن ما هو الأثر المترتب على عدم حضور كافة أعضاء لجان فتح المظاريف أو لجان البت لجلسة المناقصة ؟.

ذهب مجلس الدولة المصري بقسمه الاستشاري إلى أن المشّرع قد أناط بالسلطة المختصة بالجهات الإدارية تشكيل لجان فتح المظاريف والبت، وضماناً لسلامة عمل تلك اللجان وسعياً وراء تحقيق الغرض المرجو منها فقد قرر ضرورة تضمين ذلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية، إلا أن المشّرع لم يعلق صحة تلك اللجان على ضرورة حضور كل العناصر المشار إليها، ذلك أنه لو أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك، ويؤكد ذلك النظر أن المشّرع عندما رأى ضرورة وأهمية حضور عناصر معينة كمندوب وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشكيل لجنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديرية للمناقصة حدوداً معينة، فإنه قرر عدم صحة انعقادها إذا تخلف مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى[2].

---

[1] المادة /12/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.

[2] اللجنة الثانية لقسم الفتوى والتشريع ملف رقم 187/2/47 تاريخ 1991/3/25.

وانتهت اللجنة إلى صحة انعقاد لجنة فتح المظاريف بدون حضور العضو القانوني. وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن رأي لجنة الفتوى السابق محل نظر، وذلك لأن غياب أحد أعضاء اللجنة سواء أكانت لجنة فتح المظاريف أو لجنة البت فيها أمر يخل بضمانات محققة نص عليها القانون هي في أساسها تعد أشكالاً جوهرية مقررة لصالح مقدمي العطاءات، فهذا التشكيل هو الذي يضمن سلامة إجراءات الترسية وشفافيتها، والقول بغير ذلك كما تذهب اللجنة يخل بمبدأ حرية المنافسة بين المتناقصين، فالقانون عندما اشترط أن يشتمل تشكيل هذه اللجنة أو تلك عناصر مالية وفنية وقانونية استهدف أن تقوم هذه اللجان بعملها في إطار من الفهم الفني والقانوني لإجراءات المناقصة (د. جابر جاد نصار – مرجع سابق – ص156).

في حين يذهب جانب من الفقه بأنه يترتب على عدم اجتماع هذه اللجان على غير الوجه الذي حدده القانون – بأن كانت هذه اللجان غير كاملة على الوجه السابق بيانه – بطلان اجتماعاتها وبالتالي بطلان أعمالها[1].

في سورية: نصت المادة /12/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 على مايلي:

"أ- تشكل لجنة المناقصة في الجهة العامة بقرار من آمر الصرف من ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم محاسب الجهة العامة أو المدير المالي أو من العاملين تحت إشرافهما حسب الحال.

ب- لا يجوز أن يكون آمر الصرف رئيساً للجنة المناقصة.

ج- يكون رئيس لجنة المناقصة من حملة الإجازة الجامعية.

د – يجوز لآمر الصرف الاستعانة بمندوبين عن الجهات العامة ذات الصلة في لجان المناقصات"[2].

كما نصت المادة /21/ من نظام العقود على أن:

"أ- تتخذ قرارات لجنة المناقصة بأكثرية عدد أصوات أعضائها الحاضرين وفي حال التساوي بالأصوات يرجح جانب الرئيس.

ب – لا تعدّ جلسة المناقصة قانونية إلا إذا حضرها أغلبية أعضاء لجنة المناقصة على أن يكون من بينهم رئيس اللجنة شريطة ألا تقل عن ثلاثة أعضاء....".

---

[1] د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص288 ود. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص421.

[2] أما في حالة طلب العروض فقد اعتمد نظام العقود على إضافة لجنة ثانية إلى لجنة المناقصة المذكورة، وهي اللجنة الفنية التي نصت عليها المادة (31/ب) "تشكل اللجنة الفنية بقرار من آمر الصرف ويكون من بين أعضائها قانونيون وماليون، ويمكن لآمر الصرف اعتماد مكتب خبرة استشاري داخلي أو خارجي يتولى مهام اللجنة الفنية أو بعض مهامها".

هـذا وإن تشـكيل لجنــة المناقصــة بشـكل مخـالف للقـانون يترتـب عليـه البطلان، وفي هذا الصدد انتهى قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة إلى عدم تصديق العقد بحسبان أن رئيس لجنة المناقصة هو آمر الصرف وذلك خلافاً لأحكام المادة (12/ب) من نظام العقود[1].

أما في حال عدم اكتمال النصاب القانوني للجنة المناقصة، فقد ذهب مجلس الدولة السوري كقاعدة عامة إلى انعدام القرار الإداري الصادر عن لجنة أو مجلس غير مكتمل النصاب القانوني، وذلك على فرض أن الجلسة لن تكون قانونية مما يعدم القرارات الصادرة عنها[2].

ب- عمل لجان البت:

لجان البت هي سلطات إدارية تتولى تسيير إجراءات المناقصة بواسطة أعمال مادية ،وقرارات قانونية، وهي بذلك تملك سلطات عامة تقتضيها هذه المهمة[3]، وسلطاتها هي سلطات واسعة، وضيقةأو مقيدة في الوقتذاته، فهي واسعة لأنها لا تدخل في مجملها تحت حصر تشريعي أو تنظيمي، وهي ضيقة أو مقيدة لأن هذه اللجان لا تملك حق تقرير إبرام العقد أو عدم إبرامه باسم الشخص العام المعني بالتعاقد[4] كما أنها لا تستطيع مطلقاً تعديل شروط المناقصة المنصوص

---

[1] الرأي الصادر بملف العقد رقم (382/ع) لعام 2011، غير منشور.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /91/ بالطعن /317/ لعام 1973 – مجموعة المبادئ القانونية لعام 1973 – المكتب الفني – ص71.

[3] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع – مرجع سابق – ص203.

[4] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص487.

Quancard, M, op.cit. p.170

عليها عادة في دفاتر الشروط[1]، وهي مقيدة بداية بالاجتماع في المكان والوقت المحددين لها بموجب قرارات سابقة[2] وبالتشكيل القانوني لها.

وتتولّى لجنة المناقصة عادة العديد من الأعمال، منها أعمال مادية بحتة مثل فض المغلفات ،والترقيم ،وقراءة العروض المقدمة ،وفرز العروض، ومنها أعمال قانونية تتجلى بالقرارات الإدارية التي تدخل في اختصاصها، وقراراتها يجب أن تكون متوافقة مع القانون بكل مفاعيلها سواء ما تعلق منها بقبول العارضين ،أو استبعادهم ،أو قبول العروض ،واستبعادها ،أو بإرساء المناقصة ،أو بإلغائها.

ولكن ما هو الأثر الذي يترتب على مخالفة لجنة البت في عملها للإجراءات التي حددها القانون ؟.

اتبع مجلس الدولة في هذا الصدد القاعدة العامة في التمييز بين الشكليات والإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية.

فذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه يجب على لجنة البت ألاّ تستبعد أي عرض طالما كان موافقاً للأوضاع القانونية ومطابقاً لدفاتر الشروط[3]. كما أوجب عليها أن تستبعد صاحب العطاء إذا كان العطاء مخالفاً للشكليات التي فرضتها اللوائح، بحيث ليس للإدارة في هذا المجال إلا اختصاص مقيد والإدارة محرومة هنا من السلطة التقديرية[4]. كما أوجب عليها استبعاد العروض المتأخرة عن المدة

---

[1] د. عبد الإله الخاني – المرجع السابق – ص203 وقد أورد بذات المعنى أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1949/3/26.

[2] المادة /20/ من نظام العقود في سورية الصادر بالقانون /51/ لعام 2004 والمادة /26/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي رقم /89/ لعام 1998.

[3] CE,19-7-1997, Préfet du morbihon /c/ commune de cuilliers, cite par guibal-lucien Terneyre et autres op.cit. p.792.

[4] CE,29-7-2002,Sté MAJ blanchisserier de pantin ,A.J.D.A.,2002,P.755.

CE,3-11-1989,SA Jean –michel,D., 1990,SC.245.

المحددة في الإعلان تحت طائلة بطلان الإجراء، ولو كان هذا العرض المتأخر قد تم قبوله فعلاً من جانب الإدارة وتبين أنه أفضل العروض[1].

كما ذهب مجلس الدولة المصري إلى إن شرط قبول العطاء الوحيد إذا كان مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر لا يتحقق إلا إذا اطلعت لجنة البت على الأسعار الأخيرة السابق التعامل بها واسترشدت بأسعار السوق، بحيث أن عدم مراعاة تلك الإجراءات من قبل لجنة البت يمثل مخالفة بحق لجنة البت[2]. كما انتهى في حكم آخر إلى أن العطاء المتأخر يستتبع الرفض متى جاء بعد ميعاد المناقصة، وليس للجنة البت في هذا المجال أي سلطة تقديرية، فكل تساهل أو تسامح من الإدارة في هذا المجال مهما بلغت تفاهة المخالفة الشكلية يخل ولو بقدر معلوم بمبدأ المساواة في ميدان المناقصة[3].

كما رتّب مجلس الدولة السوري البطلان على قيام لجنة المناقصة بإرساء المناقصة على صاحب العطاء الوحيد، وأوجب إعادة الإعلان عن المناقصة[4]. كما اعتبر أن استبعاد أحد العروض بقرار صادر عن لجنة المناقصة لعدم إرفاق التأمينات المؤقتة هو قرار في محله القانوني كونه جاء تطبيقاً سليماً للقانون[5].

---

[1] د. مهند مختار نوح – المرجع السابق – الإيجاب والقبول – ص551.

CE,4-11-1996, Departement de la dordogue.Req.,N 114956.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 3/1/ لعام 1993 – مجموعة المبادئ العامة 1993 السنة 38 ق – الجزء الأول – ص363 – المبدأ رقم 38/ب.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية /3841/ تاريخ 1956/6/17 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً 1946-1961، ص 631.

[4] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /174/ تاريخ 2007/7/10 غير منشور.

[5] رأي الجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع لمجلس الدولة السوري رقم / 122 / لعام 2010 غير منشور. ورأيها رقم /205/ لعام 1972غير منشورين.

وبأن قرار استبعاد أحد العروض من المناقصة لتقديم العرض بمغلف بدلاً من مغلفين هو قرار في محله القانوني[1].

الفرع الثالث – عيب مخالفة القاعدة القانونية

يتطلّب بيان عيب مخالفة القانون دراسة كل من مفهومه وحالاته، وتطبيقات القضاء الإداري لهذا العيب على القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري، ودراسة حالة مخالفة قرار إبرام العقد كقرار إداري منفصل للقوانين التي تتطلب توافر الاعتماد المالي.

أولاً – مفهوم عيب مخالفة القاعدة القانونية:

يعدّ هذا العيب من حيث مداه أوسع العيوب التي تصيب القرار الإداري، وهو ينصب على التصرف من حيث مضمونه، وفحواه ،وأيضاً الأسباب القانونية ،والواقعية التي تؤدي إليه[2]. وعيب مخالفة القانون قابل لأن يضم بين دفتيه كل عيوب القرار الإداري الأخرى كقواعد الاختصاص وقواعد الشكل بحسبانها تشكل انتهاكاً لصريح القانون، كما أن إساءة استخدام السلطة والانحراف بها عن هدفها يعدّ في الأحوال جميعهامخالفة للقانون[3]. إلا أن الفقه والقضاء درجا على استخدام اصطلاح مخالفة القانون أو مخالفة القاعدة القانونية بمعنى أضيق من المعنى السابق بحيث ينحصر في العيب المتعلق بمخالفة محل القرار الإداري لأحكام القانون[4]. أي أن يكون القرار الإداري معيباً في محله ،أو موضوعه بمعنى أن

---

[1]رأي الجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع لمجلس الدولة السوري رقم /34 /لعام2007.

[2]د، محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – الرقابة القضائية – مرجع سابق – ص1171.

[3]د. علي شفيق – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية – مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة بالرياض – 2002 – ص142.

[4]د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص284.

ولما كان هذا العيب وفقاً لما سلف يتناول محل القرار الإداري عندما يكون هذا المحل مخالف لقاعدة القانون، الأمر الذي دعا جانب من الفقه إلى دراسته على حدا وبشكل مستقل عن عيب السبب في القرار

يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائز أي مخالف للقانون أو غير ممكن تحقيقه فعلاً أو قانوناً[1].

ويتمثل هذا العيب في الخروج على أحكام القانون بمفهومه العام، أي كل قاعدة مجردة أياً كان مصدرها سواء كان هذا المصدر نصاً دستورياً أو تشريعياً أم قراراً تنظيمياً[2].

الإداري معتبرين أن العيب الذي يتصل بسبب القرار الإداري ينفصل عن عيب مخالفة القاعدة القانونية أو ما يسمى عيب المحل في القرار الإداري ،وهو ما لا نؤيده بفرض أن نص القانون بمجلس الدولة جاء على ذكر حالات الإلغاء بشكل محدد وحصري.

(د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – منشأة المعارف – الاسكندرية – 1997 – ص230.

R-chapus: droit administratif général, T1, 9ed, Montchrestien, paris 1995, p.914.et Laubaderd et autres, op.cit. p.585.)

[1] د. محمد ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – الكتاب الثاني – دار أبو المجد للطباعة بالهرم – 2000 – ص225.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية /929/ سنة 3 قضائية بجلسة 12 يوليو 1958 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – السنة الثالثة – ص169.

ومن الفقه من يعدّ أن الخروج على أحكام القانون يتمثل في مخالفة القاعدة القانونية أياً كان مصدرها، سواء كان المصدر مكتوباً كالدستور والتشريع واللوائح، أو غير مكتوب كالعرف ،أو المبادئ القانونية العامة.

من أمثلة المبادئ القانونية العامة: مبدأ المساواة أمام القانون، ومبدأ عدم تحيز الإدارة في مسلكها وتصرفاتها، ومبدأ لكل عمل أجر ومبدأ الحريات العامة، والمبدأ القاضي بأن كل قرار من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق ضرر جسيم بالفرد العادي لا يصح اتخاذه قبل مواجهة الفرد مقدماً بما نسب إليه ليبدي وجهة نظره ويدافع عن نفسه.

والمبدأ القاضي بأن القرار لا يمكن أن يعدل أو يلغى إلا بقرار آخر مواز له صادر عن السلطة ذاتها والشكل ذاته الذي اتخذه القرار الأول، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ سحب القرارات الإدارية.

والمبادئ القانونية العامة قد يأتي النص عليها في الدستور وقد يستنتجها القضاء من الروح العامة للتشريع والرأي العام.

وإذا كانت مخالفة الإدارة لأي قاعدة من القواعد التي يتكون منها مبدأ الشرعية تعدّ مخالفة للقانون تؤدي إلى بطلان قرارها، فإن مخالفة القرار الإداري لنص عقدي لا توصمه بعدم الشرعية وبالتالي لا تصلح سبباً للطعن بالإلغاء، وإذا اتخذت الإدارة قراراً متعلقاً بالعملية العقدية فلا يمكن الطعن فيه بالإلغاء بالاستناد إلى مخالفة هذا القرار لحق من الحقوق المتوّلدة عن الاتفاقات سواء أكانت هذه الاتفاقات من عقود القانون العام أم القانون الخاص[1].

فالعقد لا ينشئ قواعد قانونية، وإنما ينشئ حقوقاً شخصية لا تجيز الطعن بالإلغاء عند مخالفتها[2]، وهذا بخلاف ما إذا كانت مخالفة الإدارة لحق شخصي سبق أن أنشأته لفرد بقرار منها فإنه يعدّ مخالفة قانونية تؤدي لإمكان الطعن في قرارها بدعوى الإلغاء لمخالفة القانون بامتناعها عن تطبيق قرار سبق أن اتخذته وهو يرتب حقاً للفرد[3].

وعدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل بالاستناد لمخالفته لشروط العقد تستند إلى:

د. محمد كامل ليلة – مبادئ القانون الإداري – طبعة 1968 – ص434.

Waline: droit administrative, Librairie de recueil sirey , paris, 1952, p.137.

Laubadere, Jean claude venezia, Yves gaudemet, Traite de droit administratif, T1, 15ed, L.G.D.J. paris 1999, p.585.

[1]Laubader: contrats ,op.cit., T3, p.321.

د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص198.

د. عبد الحميد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة مقال – مجلة مصر المعاصرة – العدد 363 والسنة 67 يناير عام 1976 – القاهرة – ص17.

[2]د. محمد كامل ليلة – مرجع سابق – ص1173. ومن الفقه الفرنسي:

Rocher (L.) op.cit, p.184.

[3]CE,, 21-12-1951, pidoux, p.610.

1) الطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء، فالطعن بالإلغاء هو جزاء للمشروعية أي لمخالفة القرار لقاعدة قانونية بالمعنى الموضوعي، أي قاعدة عامة مجردة، أما العقد فليس قاعدة قانونية عامة ومجردة إذ يوّلد مراكز ذاتية أو شخصية تقتصر آثارها على إنشاء حقوق والتزامات تترتب بالنسبة لأشخاص محددين بالذات وهم أطراف الرابطة العقدية.

ولهذا فإن من الثابت فقهاً وقضاءً عدم الاعتداد بمخالفة القاعدة التي مصدرها إرادة الأطراف بمعنى أنه لو انطوى القرار الإداري على مخالفة للشروط العقدية فلا يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء[1].

2) نظرية الدعوى الموازية، فيمتنع على المتعاقد اللجوء إلى دعوى الإلغاء طالما أنه يملك حق إقامة دعوى أخرى ،وهي دعوى العقد. حيث يرى جانب من الفقه أن قواعد الاختصاص من النظام العام، وهي تقضي بوجوب احترام اختصاص قاضي العقد، سواء أكان هو القاضي الإداري ،أو المدني، وبناءً عليه لا يستطيع قاضي الإلغاء فحص نصوص العقد كي يستخرج منها أسباب عدم مشروعية القرار[2].

وبالاستناد لما تقدم فقد سار القضاء الإداري على عدم قبول الطعون بالإلغاء المؤسسة على مخالفة القرارات الإدارية للنصوص العقدية ،سواء أكانت مدرجة في عقود القانون العام ،أو في عقود القانون الخاص، حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار وزير برفض إبرام عقد ضمان وكان

---

[1]CE,, 7-11-1980, Association comite des amite socials de la region de best, R.D.P. 1981, p.538.

د. عبد الحميد كمال حشيش – المقال السابق – ص18. ومن الفقه الفرنسي:

J. Rivero – J. Walline, op.cit, p.536.

[2]د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص496.

مبنى الطعن أن هذا الرفض يخالف الالتزامات العقدية، إذ إن مثل هذا الوجه من أوجه الطعن لا يمكن الاحتجاج به في تدعيم طلب بإلغاء القرار لتجاوز السلطة[1].

كما قضى أيضاً بعدم قبول الطعن بالإلغاء في القرار المعدل لتعريفة توريد المياه الصالحة للشرب على أساس أنه اتخذ بالمخالفة لنصوص عقد توريد المياه[2].

كما انتهت محكمة القضاء الإداري في مصر بصدد عقد أشغال عامة أنه إذا كان الثابت أن القرار المطعون فيه قد استندت جهة الإدارة في إصداره إلى البند /16/ من دفتر الشروط العامة ومواصفات الأعمال لأبنية التعليم والذي يكون جزءاً لا يتجزأ من العقد فإن القرار المطعون فيه يكون في الواقع إجراءً تعاقدياً مستمداً من نصوص العقد ،وليس قراراً إدارياً يرد إليه قضاء الإلغاء[3].

إلا أنه ورغم ما استقر عليه الفقه والاجتهاد إلا أن جانب من الفقه يرى أنه لا يوجد ما يمنع من بناء الطعن بالإلغاء على مخالفة القرار الإداري لنص عقدي ويستند أصحاب هذا الرأي إلى تبريرين في هذا الاتجاه.

الأول: يذهب البعض إلى أن قاعدة القانون هي كل التزام قانوني يرتب المشّرع جزاء على مخالفته ،ولا يهم في هذا الصدد محمول هذا الالتزام ،ولا نطاق تطبيقه، فكما توجد قواعد قانونية عامة توجد قواعد ذاتية أو فردية، فالالتزامات المتوّلدة عن العقود واجبة الاحترام من أطراف الرابطة العقدية، ويوقع القضاء جزاء على مخالفتها، فلا يوجد أدنى مبرر لكي تمنح هذه القاعدة وصف القاعدة القانونية، وليست العقود هي المثل الوحيد لوجود قواعد قانونية ذاتية ،أو شخصية

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي بقضية (Stéin) بتاريخ 1950/11/20 مذكور عند الدكتور عبد الحميد كمال حشيش – المقال السابق – ص19.

[2] CE,8-5-1961, Sté immobiliere du coueron ,Chier juridique electricite-Gaz 1962, p.118.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية رقم /867/ لسنة 11 قضائية بتاريخ 1957/12/29. مجموعة السنتين 12 و 13 الصفحة 36.

،إذ استقر القضاء على أن مخالفة قرار إداري لحق مكتسب توصمه بعدم الشرعية رغم أن الحق المكتسب له طابع شخصي، إذ لا يمكن الاحتجاج به إلا في مواجهة فرد أو عدد معين من الأفراد[1].

الثاني: إذا كان العقد لا يكون في ذاته – كما يرى البعض – قاعدة قانونية، فإن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقد تشكل مخالفة لقاعدة قانونية عامة تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وهذه القاعدة من أسمى القواعد وأكثرها استقراراً في الضمير القانوني، إذ تتفق مع ما يجب أن يسود المعاملات من احترام العهد وحسن النية[2].

ويبدو أن هذا الاتجاه وجد صداً لدى القضاء الإداري واتجه بناءً عليه مجلس الدولة الفرنسي إلى استشفاف الأسباب التي يجوز لأجلها الطعن بالقرار الإداري المنفصل، وأجاز توجيه دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل لأسباب ترجع إلى عدم مشروعية الشروط التعاقدية ذاتها، والمنطق الذي استند عليه المجلس في هذا النطاق يرتكز على كون مصدري القرارالإداري المنفصل قد قدروا وعلموا بعدم مشروعية شروط العقد حين اتخذوا هذه القرارات[3].

وعليه فقد قام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار توقيع أحد العقود لأن الشرط المتعلق بمدة هذا العقد يخالف القواعد المنصوص عليها في تقنين عقود الشراء العام[4].

وإذا كان اتجاه مجلس الدولة قد انتهى إلى قبول دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل لأسباب ترجع إلى عدم مشروعية شروط العقد ذاتها[1]، فإن جانب من

---

[1]Vedel(G), Droit Administratif, 1ed, presses universitaire de France, 1973, p.581.

[2]Piqnue, op.cit. p.595.

[3]Laubadere-Delvilve, Moderne Traite des contrats, T2, op.cit. 1047.

[4]CE,19-12-1996, Sté aubettes, A.J.D.A. p.396.

الفقه ذهب إلى التأكيد على أن القرار لا يتخذ في هذه الحالة بالمخالفة لشروط العقد، أياً كان وضعها القانوني، وإنما يتخذ استناداً إلى شروط عقدية غير مشروعة، فالإدارة حين تصدر قرار إبرام العقد إنما تصدره منصباً على عقد يتضمن شروطاً غير مشروعة مما يؤثر على القرار ويعيب محله[2]، ولكن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها لأن مجلس الدولة فرق بين الحالة التي تكون فيها الشروط غير المشروعة قابلة للتجزئة عن باقي الشروط العقدية والحالة التي تكون الشروط غير المشروعة غير قابلة للتجزئة فرتب على وجود الحالة الأولى عدم إلغاء القرار محل الدعوى إلا بمقدار ما ينصب على هذه الشروط غير المشروعة ورتب على الحالة الثانية بطلان القرار في كليته[3].

وكذلك فإن القضاء الإداري المصري قبل في بعض أحكامه هذا الاتجاه كما هو حال نظيره الفرنسي، وذلك عندما قبلت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها الطعن بإلغاء قرار إداري صادر من وزارة الداخلية برفض ترخيص ببناء كنيسة على قطعة أرض اشترتها الجمعية الخيرية القبطية من مصلحة الأملاك وكان مبنى الطعن مخالفة القرار لشروط عقد البيع المدني، وقد رفضت المحكمة الدفع بعدم الاختصاص الذي استند فيه المدعى عليه إلى أن النزاع خاص ببيع مدني، إذ قررت أن وضع شروط البيع يتم بقرارات تصدرها السلطة الإدارية بما لها من الولاية العامة، ثم أوضحت أن قرار رفض الترخيص ببناء الكنيسة لمخالفته

---

[1]CE, 31-10-1969, Syndicat de detense des canaux de la durance, Sirey 1969, p.462.

[2]د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري-رسالته- مرجع سابق – ص180. وأيضاً Brechan- moulenes droit des marchés, T1, op.cit. III, 623, p.2

[3]CE, 9-7-1943, chamber syndicale des negociants en draperie Rec. P.193.
CE,4-3-1960, federation national des industries chim, ques Rec. P.169.
CE,19-7-1982, federation du batiment et des activites annexesm Rec, p.78.

لشروط البيع هو قرار متفرع عن هذه الشروط ،ومؤسس عليها ،فتختص بنظره محكمة القضاء الإداري[1].

كما قبلت ذات المحكمة الطعن بالإلغاء على قرار صادر بطرح قطعة أرض للبيع بالمزاد العلني وكان أساس الطعن هو سبق شراء المدعي لنفس قطعة الأرض عن طريق الممارسة أي أن القرار بطرح الأرض للبيع بالمزاد يتضمن مخالفة لعقد الشراء المدني السابق[2].

رغم ما تقدم فإن الفقه العربي في مصر يرى أنه أياً كانت الأداة القانونية التي توضع بها شروط عقد البيع فإن هذه الشروط تصبح جزءاً لا يتجزأ من بنيانه وأن مخالفة القرار الإداري لها تعد مخالفة لالتزامات عقدية[3].

أما في سورية وباستقراء أحكام القضاء الإداري فلم نجد حالات عملية مشابهة استند فيها القضاء المذكورفي إلغاء قرار إداري لمخالفته لالتزامات عقدية.

ثانياً – حالات عيب مخالفة القاعدة القانونية:

يمكن استخلاص حالات عيب مخالفة القاعدة القانونية مما نص عليه قانون مجلس الدولة في كل من سورية ومصر عندما حدد من بين أسباب الطعن بالإلغاء حالة " مخالفة القوانين ،واللوائح ،أو الخطأ في تطبيقها ،وتأويلها"[4].

وبالاستناد لما تقدم تتجلى حالات عيب مخالفة القاعدة القانونية بالآتي:

---

[1] حكم محكمة القضاء الإدارية المصرية بتاريخ 1952/2/26 بالقضية /1247/ سنة 5 ق مجموعة السنة 6 – ص836-837.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1954/2/10 بالقضية 265 سنة 7 ق مجموعة السنة 8 ص639.

[3] د. عبد الحميد كمال حشيش – المقال السابق – ص21.

[4] المادة /8/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959. والمادة /10/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972.

1- المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية. 2- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية.
3- الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع.

1 - المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية:

تحدث المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية إذا تجاهلت الإدارة هذه القواعد القانونية كلياً أو جزئياً فأتت عملاً تحرمه تلك القواعد أو امتنعت عن القيام بعمل توجبه[1].

ومن ذلك أن المادة /53/ من تقنين الشراء العام الفرنسي رقم /975/ لعام 2006 قضت بأنه في حال اعتماد معيار الثمن لعملية الإرساء، فيجب أن يتم الإرساء على المتنافس الذي قدم السعر الأفضل اقتصادياً. وعليه فإن لجنة المناقصة وفي عملية إرساء العرض في حالة المناقصة لا يمكنها أن تمتنع عن إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً حتى ولو كان لديها مبرر مشروع لذلك[2]، بحيث لا يمكن أن تمارس أية سلطة تقديرية لأجل تحديد المتنافس الذي يجب التعاقد معه بل يجب أن تلتزم بإرساء المناقصة على المتنافس الذي قدم في عرضه السعر الأقل[3]. واستناداً لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه تلتزم لجنة المناقصة بإرساء المناقصة على المتنافس الذي قدم في عرضه السعر الأقل وذلك حتى ولو كان هذا العرض محتوياً على خطأ بيّن في تقدير السعر من جانب العارض[4]، وأن كل شرط يشير إلى إمكانية الاختيار من جانب الإدارة دون الارتكان إلى عامل السعر ولو كانت هذه الإشارة غير مباشرة يغدو باطلاً[1].

---

[1] د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص285. وأيضاً عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – مرجع سابق – ص234. أيضاً من الفقه الفرنسي. C.Bergeal,F.Linca,op. cit.,p.37

[2] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص503.

[3] Chapus,R, droit administratif, T1, op.cit. p.1050.

[4] CE, 12-5-1912, Grand- Jouan, Rec. p.589.

ومن ذلك أيضاً أن القانون ينص على حالات محددة لاستبعاد العرض، فلجوء الإدارة إلى استبعاد عرض لسبب لا ينتمي إلى أحد حالات الاستبعاد التي جاء بها القانون يجعل قرارها بهذا الشأن صادراً في غير محله القانوني وجديراً بالإلغاء. وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قيام الإدارة باستبعاد عطاء بالاستناد لوجود نزاع قضائي بين الإدارة والمتقدم المستبعد يجعل الخطأ متوفراً بحق الإدارة ويكون قرارها جديراً بالإلغاء بحسبانه ليس من الحالات المحددة لاستبعاد العرض[2]. كما ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار الإدارة بالاستبعاد لأحد العروض، كون القرار الصادر عن الإدارة بالاستبعاد صدر بالاستناد إلى أن المتقدم لا يحمل الجنسية الفرنسية مع أن هذا الشرط ليس مدرجاً في دفاتر الشروط[3].

ومن ذلك أن قانون المناقصات والمزايدات المصري حدد حالات إلغاء المزايدة[4]، وعليه فإن قيام الإدارة بإلغاء المزايدة استناداً لغير هذه الحالات يعد مخالفة مباشرة للقاعدة القانونية. واستناداً لذلك ذهب مجلس الدولة المصري إلى

CE,1-10-1993,Sté le yachclub international de Bormes ,les-Mimosas,AJDA,1993,P.810

CE,6-5-1996, Assocition Aquitaine Alternative,Rec.p.144.

[1]CE,,10-4-1965, syndicat du batiment et des travaux publics A.J.D.A. 1965m p.223.

[2]CE,11 – 2 – 1931. Rec. p. 160

CE, 6-4-2007,Dep.de l'isere,BJDCP 2007, N53, p.293.

[3]CE,2 – 2 – 1938 – Rec., p. 121

CE,30-1-2009 ,Agence Nationale pour l'Emploi ,BJDCP 2009, N64.

[4] حيث نصت المادة /35/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998 على مايلي: " تلغى المزايدة قبل البت فيها إذا استغني عنها نهائياً، أو اقتضت المصلحة العامة ذلك أو لم تصل نتيجتها إلى الثمن أو القيمة الأساسية، كما يجوز إلغاؤها إذا لم يقدم سوى عرض وحيد مستوف للشروط....".

أنه إذا لم تقم بالمزايدة إحدى الحالات التي تجيز إلغاؤها وفقاً لأحكام القانون، فإنه ما كان يجوز إلغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيداً لإعادة المزايدة بقصد الوصول إلى ثمن أعلى، بل كان يتعين عليها وفقاً لأحكام القانون ولائحة المناقصات والمزايدات اعتماد إرسائها على المدعي ما دام قد تقدم بأفضل العطاءات وقام بالتزامه بإكمال التأمين المقدم منه، ويكون القرار الصادر بإعادة المزايدة مع ما يترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسائها على غير المدعي مخالفاً للقانون[1].

ومن ذلك أن نظام العقود في سورية نص على أنه:"يحرم من التعاقد مع الإدارة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته في أثناء تنفيذ تعهدات الإدارة..."[2].

وحيث أن نص المادة المذكور اشترط لإنزال عقوبة الحرمان من التعاقد توفر شرطين هما:

1) أن تكون الجهة المزمع فرض العقوبة بحقها قد حازت صفة المتعهد[3].
2) أن يثبت سوء نية المتعهد أو عدم كفاءته في أثناء تنفيذ تعهدات الإدارة.

وبناء على ذلك فإن قيام الإدارة بحرمان المتعهد المرشح من التعاقد يعد مخالفة مباشرة للقاعدة القانونية، وعليه فقد انتهى مجلس الدولة السوري إلى إلغاء قرار الإدارة الصادر بحرمان شركة من التعاقد كونها – متعهد – في الوقت الذي

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /556/ لسنة 31 ق جلسة 1986/3/1 المجموعة س 14 – ص313.

[2] المادة /58/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004، وتماثلها المادة /66/ من نظام العقود القديم الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /228/ لعام 1969.

[3] وحيث أن المادة الأولى من نظام العقود المذكور قد عرفت **المتعهد** بأنه من يرتبط مع الجهة العامة بعقد لتأمين احتياجاتها وتم تبليغه أمر المباشرة وفق أحكام هذا النظام. وعرفت **العقد** بأنه مجموعة الأحكام التي يرتبط بها كل من المتعهد والجهة العامة بما في ذلك دفتر الشروط العامة ودفاتر الشروط الخاصة والمواصفات وسائر الجداول والمصورات والوثائق المتعلقة بالعقد.

لم ترتبط فيه الشركة المذكورة مع الإدارة بأي عقد وكانت لا تزال في مرحلة – المتعهد المرشح –على أساس أن واقع الشركة الماثلة يشهد بعدم توافر الشروط المنصوص عليها في القانون، وهي المعول على استجماعها لفرض العقوبة مثار الجدل، وحكم في النهاية بإلغاء القرار المشكو منه الصادر بفرض عقوبة الحرمان من التعاقد بحق الشركة المدعية كون القرار الطعين جاء مفتقراً إلى المقومات القانونية التي تبرر صدوره[1].

كما عدّ مجلس الدولة السوري في حكم آخر أن عدم توافر شروط المتعهد بالشخص المراد التنفيذ على حسابه بحُسبان أنه لا يزال في مرحلة المتعهد المرشح يمنع تطبيق الجزاءات المنصوص عليها قانوناً بحقه بوصفهمتعهداً ناكلاً، وكل قرار في مرحلة المتعهد المرشح إنما يصدر عن الإدارة في غير محله القانوني، فالرابطة بين الشخص المراد التنفيذ على حسابه والإدارة لم ترقَ لمرتبة الرابطة العقدية التامة، مما يعني أن تطبيق الإدارة لما نص عليه القانون فيما يتعلق بالمتعهد الناكل غير ممكن بحق الشخص المستفتى بشأنه[2].

2 – الخطأ في تفسير القاعدة القانونية:

يحدث الخطأ في تفسير القانون إذا قامت الإدارة بتفسير القاعدة القانونية بطريقة خاطئة بحيث ينتج عن ذلك إعطاءها معنى غير المعنى الذي أراده المشّرع من وضعها. وقد يقع هذا الخطأ بغير قصد أو على نحو عمدي من جانب الإدارة.

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /128/ بالطعن /520/ لعام 1996 مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1996 – ص540.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /503/ تاريخ 2010/3/3 بالقضية رقم /4271/ لعام 2010 غير منشور.

وفي هذه الحالة من حالات عيب مخالفة القانونية الإدارة لا تتنكر للقاعدة القانونية أو تتجاهلها، وإنما تعطي القاعدة القانونية معنى غير المقصود قانوناً ويطلق على هذه الحالة أيضاً الخطأ القانوني[1].

ومن ذلك أن المادة /12/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم /89/ لعام 1998 نصت على أن "يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة، وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد. ويجب أن يشترك في عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه".

وعليه فقد حصل لبس في تفسير هذا النص في كيفية تحديد قيمة التعاقد لإمكان تمثيل مجلس الدولة ووزارة المالية وهل يؤخذ بالقيمة التقديرية أم بالقيمة الفعلية ؟.

ذهب مجلس الدولة المصري في تفسير النص المذكور إلى أن المشّرع عول بنص صريح في تحديد النصاب الذي تبلغه قيمة المناقصة وبوجوب حضور مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة على القيمة التقديرية لا القيمة الفعلية، بحسبان أن القيمة التقديرية هي التي يتم بسند منها

---

[1]Jean Rivero, Jean Waline: Droit Administratif, Dalloz 2ed- 2004 – p539-390

R. Chapus, Droit admininstratif genenral, T1, 9ed, MonTchrestien, 1995, p.914-915

CE, 19 -7- 1999, Mmeobrego, Rec, p.29

CE, 20 juillet, 1988, Mme Denis, Rec. p.298

د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص630-631. ود. عبد الله طلبة – مرجع سابق – ص286. و د. جمال عباس أحمد عثمان – العقد الإداري وقضاء الإلغاء – مرجع سابق – ص211.

تقدير الارتباط المالي وتحديد مصرفه، أما القيمة الفعلية للمناقصة فهي لا تتحدد إلا لدى الترسية على العطاء المناسب وهي قد لا تتكشف إلا في مرحلة لاحقة على بدء اللجان عملها[1].

في سوريةتنص المادة (20/د) من نظام العقود الحالي على:" أنه إذا لم يتقدم سوى عارض واحد أو كان العرض المقبول عرضاً واحداً يعاد الإعلان عن المناقصة مجدداً".

إلا أن بعض الجهات العامة حصل لديها لبس فيما يتعلق بالجزء الثاني من الفقرة المذكورة وما هو المقصود بالعرض المقبول عرضاً واحد حتى يمكن الإرساء أو إعادة الإعلان ؟

وبناءً على ذلك فقد انتهى مجلس الدولة السوري إلى تبني مفهوم واضح للجزء الثاني من الفقرة المذكورة أعلاه وتوضيح غموضها مفترضاً أن العرض يكون عرضاً وحيداً إذا تم استبعاد باقي العروض لاحتوائها على مخالفات اقتضت ذلك. وبقي العرض المقبول هو وحيد في ساحة المنافسة، سواء كان هذا الرفض لبقية العروض من ناحية الأوراق الثبوتية ،أو من الناحية المالية ،أو من الناحية الفنية، وقد علل مجلس الدولة موقفه بأن بقاء عرض وحيداً بعد استبعاد غيره يؤدي إلى انتفاء الحكمة من إجراء المناقصة التي تفترض تنافس عدد أكبر من العروض سواء من الناحية الفنية أو المالية بحيث تتمكن الإدارة من التفضيل بينها ،ومقارنتها ،واختيار ،ما يحقق المصلحة العامة من الناحيتين الفنية والمالية [2].

---

[1]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /924/ لسنة /6/ ق جلسة 1991/7/20، وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم /531/ في 1993/3/4 ملف رقم 311/1/54 مذكورين عند الدكتور ماهر أبو العينين –المرجع السابق، ص386.

[2]رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم /177/ بالقضية رقم /284/ ف لعام 2009 والرأي /174/ لعام 2007 غير منشورين.

3 – الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع:

يحدث الخطأ في هذه الحالة عندما يكون تطبيق القاعدة القانونية مرهوناً بتحقق حالة واقعية على نحو معين، فإن تخلف الوقائع التي يقوم عليها القرار أو عدم استيفائها للشروط التي يتطلبها المشّرع يؤدي إلى بطلان القرار الصادر على أساسها، ولمجلس الدولة أن يراقب الوقائع ويتحقق من سلامة شروطها بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية[1].

ويأخذ الخطأ في تطبيق القانون في هذه الحالة صورتين رئيسيتين:

1. حالة صدور القرار على غير أساس من الواقع المادي.
2. حالة الخطأ في التكييف القانوني للوقائع.

أ) حالة صدور القرار على غير أساس من الواقع المادي:

يكون القرار الإداري مخالفاً للقانون إذا استندت الإدارة في إصداره إلى وقائع لم تحدث إطلاقاً، فإذا ثبت عدم صحة الوقائع التي استند إليها القرار فإنه يكون منطوياً على مخالفة للقانون لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه وللخطأ في فهم القانون وتطبيقه عن طريق الخطأ في فهم الوقائع[2].

ومن ذلك أن القرار الصادر عن الإدارة في فرنسا يجب أن يستند إلى سبب يبرر إصداره[3]، وبيّن مجلس الدولة الفرنسي بأن رقابته تمتد للتأكد من وجود الواقعة أو السبب بحيث يجب أن تكون هذه الواقعة هي المشترطة قانوناً لصدور

---

[1] د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص633.

[2] د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – المرجع السابق – ص 634.

[3] R-Chapus, droit administrative général, op.cit. 1995, p.920.

القرار الإداري[1]. وعليه قضى بإلغاء قرار الإدارة بالحرمان من التعاقد والصادر كجزاء تبعي نظراً لأنه لم يثبت أي غش من جانب المتعاقد[2].

ومن ذلك أن نظام العقود في سورية نص على أنه: "يحرم من التعاقد مع الإدارة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته في أثناء تنفيذ تعهدات الإدارة..."[3]. ومن حيث أن نص المادة المذكور اشترط لإنزال عقوبة الحرمان من التعاقد أن يثبت سوء نية المتعهد أو عدم كفاءته في أثناء تنفيذ تعهدات الإدارة.

لذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري في سوريةإلى أن عدم ثبوت قيام المدعي بأي غش أو تدليس في العقد، وخلافاً لما ورد في تقرير الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش الذي لم يستند إلى وقائع وأسس علمية ،وصحيحة لتحديد مدى مسؤولية المدعي لجهة الغش والتدليس في تنفيذ العقد، وبعد أن أقرت لجان الاستلام قيام المدعي بالوفاء بالتزاماته العقدية على نحو جيد ومقبول بموجب مذكرة الإدارة، فإن قرار حرمان المدعي من التعاقد مع الجهات العامة يغدو غير قائم على موجباته القانونية مما يتعين الحكم بإلغائه وإلغاء الإجراءات الناتجة عنه كافة[4].

---

[1]CE,3 Novembre 1989, Soc. China town, Lt. p.824.

CE,18 Septembre 1992, Mme, plant avit de la pause, p.1076.

[2]CE,13-3-1937, Rec. p.323.

CE,28-3-1939, Rec. p.224.

[3] المادة /58/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004، وتماثلها المادة /66/ من نظام العقود القديم الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /228/ لعام 1969.

[4]حكم محكمة القضاء الإداري رقم /3/ تاريخ 2004/1/22 بالقضية رقم /1065/ لعام 2004 غير منشور.

وفي حكم آخر انتهت ذات المحكمة إلى أنه طالما ثبت بموجب أحكام قضائية اكتسبت الدرجة القطعية عدم وجود أي غش أو تدليس في التنفيذ ولما كانت الأحكام القضائية القطعية تعدّ عنواناً للحقيقة، وبالتالي انعدام ما نسب للمدعي من سوء نية وعدم كفاءة، الأمر الذي يؤدي إلى انهيار الأسباب التي اعتمد عليها قرار حرمان المدعي من التعاقد مما يجعله جديراً بالإلغاء[1].

ب) الخطأ في التكييف القانوني للوقائع:

لا يكفي أن تكون الوقائع المادية التي يستند إليها القرار الإداري موجودة وسليمة في ذاتها، وإنما يجب أن تكون هذه الوقائع قد استوفت الشروط القانونية التي تجعلها تبرر اتخاذ هذا القرار[2]. ذلك أن إنزال حكم القانون على الوقائع إنما يقتضي تكييف هذه الوقائع لمعرفة مدى تطابقها مع القانون[3].

وتطبيقاً لذلك انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى إلغاء قرار الاستبعاد الصادر عن الإدارة بحق أحد المتعاقدين، لأن دفتر الشروط كان قد نص على الاستبعاد العام في حالة إلغاء العقد بسبب التقصير الجسيم في أداء الالتزامات، في حين أن الإدارة فسخت العقد وقررت الاستبعاد العام بحق المتعاقد بسبب غير

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري رقم /2993/ تاريخ 2009/12/15 بالقضية /7167/ لعام 2009 غير منشور.

وبالمقابل انتهت محكمة القضاء الإداري إلى أنه طالما ثبت ارتكاب المدعي مخالفات جسيمة في إنقاص حديد التسليح لرقبات قواعد التجهيزات موضوع العقد وتعديله للمخططات التصحيحية للعقد ،وعدم استجابته لطلب الإدارة بإصلاح تلك المخالفات، يجعل من القرار الصادر بحرمان المدعي قائماً على سببه الصحيح وتكون دعوى المدعي جديرة بالرفض موضوعاً (حكم محكمة القضاء الإداري رقم /1007/ تاريخ 2009/5/27 بالقضية /4435/ لعام 2008 غير منشور).

[2] د. سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – مطبعة جامعة عين شمس – 1978 – ص54 ود، عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري قضاء المشروعية – مرجع سابق – ص239.

[3] د. السيد محمد إبراهيم – رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإلغاء – مقالة منشورة بمجلة العلوم الإدارية – السنة الخامسة – العدد الأول – يونيه – 1963- ص105.

التقصير الجسيم، مما جعل القرار غير قائم على الأسباب المشار إليها في دفتر الشروط[1].

ومن ذلك أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري قضى بأن يشطب اسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين إذا ثبت أنه استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد[2].

وتطبيقاً لذلك انتهى مجلس الدولة المصري إلى أنه إذا كان القانون يشترط لشطب اسم أحد المتعهدين من لائحة المتعهدين وعدم السماح له بدخول المناقصات الحكومية قيامه باستعمال الغش أو التلاعب في معاملته مع المصلحة، فإن ثبوت عدم استعماله للغش أو التلاعب ينفي عن قرار الإدارة الصادر بشطب اسمه سببه الواقعي، وأن مجرد الإهمال لا يكفي لصدور القرار المشكو منه، بل يجب أن يثبت أن هناك غشاً أو تلاعباً من جانب المتعهد، مما يجعل قرار الإدارة صادراً في غير محله القانوني وجدير بالإلغاء[3].

---

[1] CE,1-7-1914, Joffret,Sirey 1914,p.941.

[2] المادة /24/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة 1959/5/24 بالقضية رقم /205/200/13 مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً – ج2 – ص1883.

بالمقابل أعلنت ذات المحكمة في حكم آخر لها أن القرار المطعون فيه والصادر بمنع التعامل مع المدعي لمدة ثلاث سنوات، إنما صدر بناء على التحقيق الذي أجري واستند إلى أسباب صحيحة ومستخلصة استخلاصاً سائغاً من أوراق التحقيق ومتفقاً مع القاعدة القانونية التي تضعها الإدارة لتنظيم أعمال المناقصة العامة مستندة في ذلك إلى ما جرى به العرف الإداري وما للإدارة من سلطة تنظم أعمال وإجراءات المناقصة العامة، بإصدارها قرارات تحرم بها بعض الأشخاص الغير المرغوب فيهم من التقدم للمناقصة في العطاءات التي تعلن عنها بسبب عدم توافر حسن السمعة، متوخية بذلك الصالح العام الذي يقضي بعدم التعامل مع مقاول أثبتت التحقيقات التجائه إلى وسائل غير مشروعة للتحايل على التعاقد مع الإدارة والتلاعب في أوراق العطاء، مما يبرر إصدار مثل هذا القرار المطعون مما يجعل

كما بين في حكم آخر أن مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشاً أو تلاعباً يرقى إلى مرتبة الغش، بل يجب أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من خداع من جانب المورد في حقيقة الشيء المسلم أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها، وذلك ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة[1]. ويجب في الأحوال كافة أن تثبت سوء نية المتعهد أي علمه بما يشوب الأداء الذي نفذه من غش وتلاعب وإذا كان هذا العلم مفترضاً في التعاقد مع الإدارة إلا أنه لا يجوز وصمه بالغش متى كانت ظروف الحال تنفي هذا العلم عن المتعهد[2].

ومن ذلك أن نظام العقود في سورية وفق لما سبق بيانه اشترط في المادة /58/ لإنزال عقوبة الحرمان من التعاقد أن يثبت سوء نية المتعهد أو عدم كفاءته في أثناء تنفيذ تعهدات الإدارة.

وعليه ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن انتفاء سوء نية المتعهد أو محاولة الغش من قبله، بحسبان أن تصرفه بكميات الاسمنت كان بطلب من الإدارة ذاتها ولمشروع آخر، يجعل القرار الصادر بحرمان المدعي من التعاقد مع الجهات العامة صادراً بشكل يفتقر لأسباب وجوده، خاصة أنه ثبت أمام القضاء

دعوى المدعي غير جديرة بالقبول (حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة 1957/4/21 بالقضية رقم 369/352/11 مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً ج2 – ص1889).

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /436/ سنة 22 ق جلسة 1985/4/9 السنة الثلاثون –المجموعة– ص925.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن /86/ سنة 12 ق جلسة 1970/5/16 السنة 15 ص324.

الجزائي ما يؤيد عدم ارتكابه ما نسب إليه من أفعال متعلقة بالإضرار بالأموال العامة، وعليه فقد انتهت المحكمة إلى إلغاء قرار الحرمان الصادر بحق المدعي[1].

ثالثاً – مخالفة قرار إبرام العقد كقرار إداري منفصل للقوانين التي تتطلب توافر الاعتماد المالي:

يجب على مصدر القرار أن يراعي إضافة إلى القانون المخول لمحل القرار الإداري وموضوعه نواحي الذمة المالية الإدارية المرصودة، فلا يمكن مبدئياً إصدار قرار يرتب نفقة بدون توفر الاعتماد المالي اللازم له في قانون الموازنة العامة[2].

والسؤال الذي يثور هنا، ما هو تأثير مخالفة قرار إبرام العقد كقرار إداري منفصل عن العقد الإداري للقوانين التي تتطلب توافر الاعتماد المالي ومن بينها قانون الموازنة العامة، وهل يؤثر ذلك على العقد في حال إبرامه ؟.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري رقم /2933/ تاريخ 2009/12/8 بالقضية /7005/ لعام 2009 غير منشور.

[2] **الاعتماد المالي** هو ترخيص من السلطة التشريعية للإدارة في استخدامه في الغرض الذي خصص له (د. مصطفى كامل محمد علي – الشروط والإجراءات السابقة على محمل السلطة المتعاقدة – دار النهضة العربية – القاهرة – 2006 – ص204)

الموازنة العامة وفقاً لما عرفها مرسوم المحاسبة العامة في فرنسا الصادر في 31 مايو 1862 بأنها: العمل الدوري الذي تقدر بمقتضاه نفقات الدولة وإيراداها عامة.

والموازنة تأخذ شكل العمل الإداري، فالحكومة هي التي تعد مشروع الموازنة وتعرضه على البرلمان الذي يفحصه ويصوت عليه ثم يعتمده وتصدر بعد ذلك في الشكل النهائي وهو قانون ربط الموازنة والموازنة طبقاً للمعيار العضوي تعتبر قانوناً كونها تصدر عن مجلس الشعب المختص بإصدار القوانين ووفقاً للمعيار الشكلي تعتبر قانوناً كونها تصدر بإجراءات هي نفس إجراءات إصدار القوانين ومن الناحية الموضوعية فإنها لا تضع قواعد عامة مجردة إلا أن لها قوة إلزامية لا يجوز مخالفتها.

1 - في فرنسا:

القاعدة العامة هي استقلال قواعد القانون المالي عن قواعد القانون الإداري، ومخالفة القانون المالي ليس لها من نتائج أو جزاءات إلا ضمن هذا القانون فقط[1]. وعليه فإن عدم وجود أو عدم كفاية الاعتمادات لا تعدّ مبدئياً من قبيل الأسباب المؤثرة على مشروعية قرار إبرام العقد، أو على المشروعية القانونية للعقود المبرمة، وإن الدين المتولد عن العقد يظل مشروعاً حتى ولو انعدمت الاعتمادات الضرورية[2].

وقد برر الفقه الفرنسي القاعدة السابقة بأنه لو أيدت مخالفة القواعد المالية ببطلان العقد لأدى ذلك إلى إحجام الغير عن التعاقد مع الإدارة خوفاً من الدخول في إجراءات التعاقد، ومن ثم اصطدامهم ببطلان العقد بسبب المخالفة المالية التي لا شأن لهم بها، وليس من السهولة اكتشافها إذ أن الأفراد مهما كانت درجة يقظتهم في تتبع المشروعية المالية للعقد فإنهم لن يستطيعوا اكتشاف المخالفات المالية التي تقترف داخل الإدارة ذاتها، خصوصاً أن اكتشافها يوجب الرجوع إلى الوثائق أو السجلات المتعلقة بالإدارات[3].

وقد أقّر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الفصل بين قواعد القانون المالي وقواعد القانون الإداري، حيث قرر صراحة ومنذ زمن بعيد أن العقد المبرم دون اعتماد أو الذي تم فيه تجاوز الاعتماد المقدر، يكون مشروعاً وصحيحاً، والإدارة لا يمكن أن تتملص من دفع المبالغ المالية الناجمة عنه[4].

---

[1]Andre laubadere, delvolve, modern, Traite des contrats, T1, op.cit. p.474.

[2]د. مهند نوح - الإيجاب والقبول في العقد الإداري - مرجع سابق - ص349.

[3]Jeze, principales géneréaux, T4, op.cit. p.16

Laubadere - Delvolve et moderne, traite des contrats, op.cit. p.475.

[4]CE,25-11-1931, Dame boudien, Rec. p.1029.

ومذكور أيضاً عند لوبادير وآخرين - المرجع السابق - ص475.

وعلى الرغم من الاتجاه السابق للفقه والقضاء الإداري الفرنسي بفصل قواعد المشروعية المالية عن قواعد المشروعية الإدارية، إلا أنه توجد حالات قرر فيها مجلس الدولة الفرنسي التلازم بين المشروعية المالية والمشروعية الإدارية بحيث أن انعدام المشروعية المالية يمكن أن يؤثر على مشروعية العقد[1] ولاسيما حين تبرم الإدارة عقوداً يترتب عليها فرض أعباء مالية غير منصوص عليها في موازنتها[2].

2 - في مصر:

قضت المادة (3/8) من القانون رقم /127/ لعام 1981 بشأن المحاسبة الحكومية بأنه على الجهات الإدارية قبل إبرام أي عقد أو اتفاق مالي الحصول على إقرار كتابي من المسؤولين عن نظام الارتباط بسماح البند المختص الجائز الخصم عليه قانوناً بقيمة هذا الارتباط. كما قضت المادة /6/ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون والصادرة بقرار وزير المالية رقم /181/ لسنة 1982 بأنه لا يجوز الأمر بالارتباط أو التعاقد إلا في حدود الاعتمادات المخصصة للجهة الإدارية في ذات الأغراض التي يخصص لها كل بند من بنود الموازنة العامة.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال ما هو الأثر الذي رتبه القضاء الإداري على حالة عدم توفر الاعتماد ؟ وهل يشمل الحل الذي جاء به القرار الإداري والعقد الإداري على السواء؟.

1 - بالنسبة لقرار إبرام العقد كقرار إداري منفصل عن العقد الإداري:

عدّت محكمة القضاء الإداري المصرية أن القرار الإداري الذي يصدر دون اعتماد هو قرار صحيح[3]. حيث استقرت هذه المحكمة على مبدأ الفصل بين

---

[1]CE,4-2-1949, Villar et, Rec. P.52.

[2]Brechon- Moulenes, droit des marchés, T1, op.cit. III, 500,2, p.5.

[3]د. مصطفى كامل محمد علي - مرجع سابق - ص200.

الاعتماد المالي ونفاذ القرار الإداري، وعدّت أن القرار الإداري الصادر عن سلطة مختصة يرتب التزاماً على الحكومة يوجب عليها تدبير المال اللازم للوفاء بما التزمت به، ولا يجوز لها التحلل منه بحجة عدم وجود ذلك المال إذ هي ملزمة قانوناً بتدبيره[1]. وعدّت أن توفير الاعتماد المالي هو مسؤولية السلطة التنفيذية، وليس لها التحلل من التزاماتها بحجة عدم توافر الاعتماد المالي[2].

إلا أن المحكمة الإدارية العليا المصرية وبخلاف ذلك أكدت على أن الإدارة نفسها مقيدة بالاعتمادات المالية التي لا سلطان لها في تقريرها، بل مرجع الأمر فيها إلى جهة أخرى هي السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص وحدها في ذلك[3].

واعتنقت المحكمة الإدارية العليا المصرية فكرة ارتباط نفاذ القرار الإداري بوجود الاعتماد المالي اللازم له كشرط لنفاذ القرار، أي أنها تجعل نفاذ القرار أو إحداث أثره القانوني معلقاً على شرط واقف وهو الاعتماد المالي اللازم لنفاذ القرار.

واطرد قضاؤها في هذا المجال على أن القرار الإداري إذا كان من شأنه ترتيب أعباء مالية جديدة على عاتق الخزانة العامة لا يتولد أثره حالاً ومباشرة إلا إذا كان ذلك ممكناً ،وجائزاً قانوناً أو متى أصبح كذلك بوجود الاعتماد المالي الذي يستلزم تنفيذه لمواجهة هذه الأعباء، فإن لم يوجد الاعتماد أصلاً كان تحقيق هذا

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى /181/ سنة 5 ق جلسة 1953/1/12- الموسوعة الحديثة، ص 1309.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1983/3/23 بالدعوى رقم /373/ سنة 13 ق -الموسوعة الحديثة، ص1311.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /305/ سنة 1 ق جلسة 1955/11/26 مذكور في موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة – المستشار حمدي عكاشة – ج2 – سنة 2001، ص1318.

الأثر غير ممكن قانوناً[1]. كما بينت أن القرارات الإدارية التي ترتب أعباء مالية يتعين لنفاذها توافر الاعتماد، فإذا وجد الاعتماد وكان غير كاف فإنه يتعين عند تنفيذ القرار التزام حدود الاعتماد وعدم تجاوزها[2].

وقد اختلف الفقهاء في بحثهم لقضاء المحكمة الإدارية العليا واتجاهها لربط نفاذ القرار بالاعتماد المالي، حول طبيعة هذا الاعتماد المالي بالنسبة للقرار، ومدى تأثيره على محل القرار من حيث الإمكانية والجواز، فذهبوا في ذلك إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن قضاء المحكمة الإدارية العليا عدّالاعتماد المالي ركناً من أركان القرار الإداري، فلا يرتب آثاره إلا بتوافر هذا الركن، ويترتب على عدم توافره انعدام القرار، وذلك كله طالما أن المحكمة أرست مبدأ مفاده عدم نفاذ القرارات المرتبة لحقوق مالية ما لم يصدر الاعتماد الذي يمكّن من وضعها موضع التنفيذ[3].

إلا أن الاتجاه السابق تعرض للنقد بالاستناد إلى أن الاعتماد المالي ليس ركناً في القرار، وأن محل القرار الإداري هو ترتيب أعباء مالية على عاتق الإدارة، وهذا أمر ممكن دائماً في تصرفات الإدارة، وأما عدم وجود المال فلا أثر له على

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن /39/ سنة 2 ق جلسة 1956/4/28 – الموسوعة الإدارية الحديثة – ص461.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 13/نوفمبر/1999 بالقضية /4045/ سنة 35 ق وحكمها في 6/نوفمبر/199 بالقضية /4429/ سنة 43 ق مذكورين عند الدكتور داوود الباز – المرجع السابق – ص215.

[3] د. داوود الباز – نفاذ القرار الإداري المرتبط بالاعتماد المالي – جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي – 2007 – ص189 ود. محمد عبد العال السناري – نفاذ القرارات الإدارية – رسالة كتوراة – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – 1981 –ص353.

صحة القرار ولا على نفاذه، خاصة وأن تنفيذ القرار هو أمر لاحق على قيام صحة ونفاذ القرار الذي تكاملت أركانه[1].

إضافة إلى أن التفسير الذي ابتدعته المحكمة الإدارية العليا والذي يعلق نفاذ القرار الإداري على توافر الاعتماد المالي إنما استوحته من ظروف الزمان والمكان في مصر، رغبة منها في تحقيق مصلحة الإدارة المالية وتخليصها مما تقع فيه من حرج، ولهذا فإن تفسير المحكمة السابق ينافي المنطق القانوني السليم ولا يستقيم مع مبادئ العدالة التي يتجافى معها محاولة الدولة التنصل من التزاماتها بحجة عدم توفر الاعتماد المالي اللازم[2].

كما أن عدّ الاعتماد المالي ركناً من أركان القرار الإداري هو استنتاج لا يحالفه التوفيق، لأن المحكمة الإدارية العليا لم تعدّ الاعتماد المالي ركناً في القرار الإداري إذ أن قضاءها انصب على أثر القرار لا على وجوده أو سلامته، فالقرار ينتج أثره القانوني متى وجد الاعتماد المالي، وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها إلا مع فرض القرار صحيحاً أصلاً[3].

الاتجاه الثاني: فقد ذهب إلى أن القرار الإداري الذي يرتب أعباء مالية وغير المصحوب بالاعتماد اللازم لتنفيذه هو قرار صحيح وسليم من الوجهة القانونية[4].

إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم بشأن تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار القرار الإداري المفتقر للاعتماد المالي.

---

[1] د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مرجع سابق – ص498.

[2] د. مصطفى أبو زيد – القضاء الإداري ومجلس الدولة – مرجع سابق – ص466.

[3] د. إبراهيم مشيمش إبراهيم – الاعتمادات المالية وأثرها في المراكز القانونية للموظفين– مقال منشور بمجلة مجلس الدولة – السنوات8،9،10 عام 1960 – ص175.

[4] د. داوود عبد الرزاق الباز – نفاذ القرار الإداري المرتبط بالاعتماد المالي – جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي – 2007–ص193.

فذهب جانب منهم أن القرار الإداري المفتقر للاعتماد اللازم لتنفيذه هو قرار صحيح منتج لآثاره القانونية فور صدوره، لأن القرار يتمتع منذ البداية بقوة تنفيذية ترتب آثاراً عليه بمجرد صدوره وتجعله صحيحاً ناجزاً ما دام مطابقاً لمبدأ المشروعية[1]، ولا علاقة بين نفاذ القرار الإداري وبين كفاية الاعتماد المالي، لأن عدم وجود الاعتماد لا يبطل القرار إذا كان مستوفياً لشروط صحته من حيث المشروعية، ولأن تقرير الاعتماد لا ينشئ حقاً لأحد، كما أن عدم وجود الاعتماد لا يحرم أحداً من حق تقرر له طبقاً لمبادئ القانون، ولا يؤثر على الحقوق التي تولدت عنه. وأما الجزاء المترتب على مخالفة صدور القرار دون وجود الاعتماد المالي فهو المسؤولية المالية أو الوزارية حسب الأصول[2].

في حين ذهب الجانب الآخر إلى أن القرار الإداري في حالة عدم وجود الاعتماد المالي اللازم له، هو قرار صحيح معلق نفاذه على شرط واقف، وهو وجود الاعتماد المالي اللازم لترتيب آثاره القانونية[3]. أي أن القرار لا يحقق أثره بمجرد صدوره، وإنما يُرجَأ تحقيق هذا الأثر إلى التاريخ الذي يتوافر فيه الاعتماد المالي اللازم لترتيب هذا الأثر.

2 – بالنسبة للعقد الإداري:

استلزم المشّرع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أن يتم الصرف بالنسبة للمشروعات الاستثمارية في حدود الاعتمادات المالية المقررة[4]. كما قضت

---

[1] مصطفى أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص465 ود. مصطفى كامل محمد علي – المرجع السابق – ص202 ود. عبد الرزاق الباز – مرجع سابق – ص221.

[2] مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص462.

[3] د. محمد السيد عبد المجيد البيرق – نفاذ القرارات الإدارية وسريانها بحق الأفراد – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 2002 ص199.

[4] المادة /36/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.

اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات[1] على أنه يجب قبل طرح مقاولات الأعمال الحصول على إقرار من المسؤول المالي بالجهة بوجود الاعتمادات المخصصة، وضمان إتاحة التمويل اللازم بصرف قيمة مستخلصات الأعمال في مواعيدها المقررة قانوناً، وذلك بعد مراجعة جهات التمويل المختصة في هذا الشأن.

ويتضح من النصوص السابقة إضافة إلى نصوص قانون المحاسبة السالف ذكرها أن المشّرع يتجه إلى منع الإدارة من التعاقد في حالة عدم توافر الاعتماد أو تجاوز حدود الاعتماد. إلا أن السؤال الذي يطرح هنا، ما هي الآثار التي تترتب على تعاقد الإدارة في حالة عدم توافر الاعتماد أو عدم كفايته؟.

يتجه القضاء الإداري المصري في مجال العقد الإداري إلى تبني مبدأ استقلال قواعد الشرعية المالية عن قواعد الشرعية الإدارية، فالعقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب الإدارة لا تمس صحة العقد ولا نفاذه وإنما توجب المسؤولية السياسية[2].

في الاتجاه ذاتهذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري من أن العقد الإداري ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يتوافر الاعتماد المالي اللازم، فالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط

---

[1] المادة /1/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /1367/ لعام 1998، والمعدلة بالقرار رقم /219/ لعام 2006.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم /175/ سنة 1 ق جلسة 1956/2/1 مذكور عند د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص352.

فردية ذاتية وليست تنظيمية، وعدم توافر الاعتماد المالي لا يصلح سنداً للقعود عن الوفاء بالالتزامات المترتبة على العقد. وإذا قررت الإدارة زيادة الأعمال دون التأكد من توافر الاعتماد المالي، وقام المقاول بتنفيذها ،أو نفد الاعتماد المالي عند التنفيذ فإن ذلك لا يعد سنداً لتقاعس الجهة الإدارية عن سداد مستحقات المتعاقد[1].

وقد بررت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه بأن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أم لا، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، وما إذا العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود هذ الغرض، فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها، ولو جعلت صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك، لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة[2].

3 - في سورية:

قضى المشّرع في القانون المالي الأساسي بأن عقد النفقات العامة يتم من قبل السلطة المختصة قانوناً وفي حدود القوانين والأنظمة والاعتمادات المخصصة في الموازنة العامة للدولة[3]. بحيث يتم اختيار المتعاقد مع الدولة وأصول الاتفاق معه وقواعد تصديق وتنفيذ العقد وإنهائه وفق القوانين والأنظمة النافذة[4]. كما تتم

---

[1]فتوى الجمعية العمومية بالقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري رقم /78/ الصادرة في 2003/1/29 ملف 3523/2/32 جلسة 2003/1/8 مذكور عند د. عبد الرزاق الباز – مرجع سابق – ص80.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1956/2/11 مجموعة السنة الأولى – ص698 مذكور عند د. ماهر أبو العينين – المرجع السابق – ص352.

[3]المادة /20/ من القانون المالي الأساسي الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /54/ لعام 2006.

[4]المادة /21/ من ذات القانون.

تصفية وصرف النفقة من قبل السلطة المختصة قانوناً وفي حدود الاعتمادات المتوفرة في الموازنة، بشرط أن تكون النفقة مستحقة الأداء وفقاً لأحكام القوانين والأنظمة النافذة[1]. وتتولى وزارة المالية الرقابة على تنفيذ النفقات والإيرادات العامة عن طريق محاسبي الإدارات، الذين يقومون بالتأشير على التصرفات المتضمنة عقد نفقة قبل إصدارها بما يفيد قانونيتها وتوفر الاعتماد وملاءمته، وعلى أوامر الصرف قبل دفعها، كما يقومون بمراقبة استعمال الاعتمادات[2].

ويلاحظ بأن المشّرع قرن تصرف الإدارة – قراراً كان أم عقد – بضرورة توافر عناصر المشروعية الإدارية وعناصر المشروعية المالية طبقاً لقانون الموازنة العامة.

ويجب على الإدارة عندما تقدم على التعاقد أن تراعي نواحي الذمة المالية الإدارية، حيث لا يمكن تصور عقد بلا نفقة مترتبة عليه، على أساس أن النفقة هي الوجه المطابق للثمن الذي يعدّ الالتزام الأساسي الواقع على عاتق الإدارة في معظم العقود الإدارية[3].

ويتجه الفقه إلى استقلال القانون الإداري عن القانون المالي، بحيث إن مخالفة القانون المالي ليس لها من نتائج أو جزاءات إلا ضمن هذا القانون فقط[4].

فالمخالفات المالية لا تسبب بالنسبة للأفراد المتعاملين مع الإدارة عدم مشروعية العقود المستوجبة للنفقات، وبالتالي فإن عدم وجود أو عدم كفاية الاعتماد لا تعدّ مبدئياً من قبيل الأسباب المؤثرة على المشروعية القانونية للعقود،

---

[1] المادة /23/ من ذات القانون.

[2] المادة /28/ من ذات القانون.

[3] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص340 ود. محمد الحسين ومهند نوح – العقد الإداري – مرجع سابق – ص135.

[4] د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع – العقد الإداري – مرجع سابق – ص89 ود. محمد الحسين ومهند نوح – العقد الإداري – مرجع سابق – ص135.

والدين المتولد عن العقد يظل مشروعاً حتى لو انعدمت الاعتمادات الضرورية لتمويل العقد. وكذلك الحال بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة فإنه لا يسوغ للإدارة الاحتجاج لرفض التعويض عنها بعدم توافر الاعتمادات في الموازنة. وقد برر الفقه ذلك بتعذر تحقق الأفراد المتعاقدين من أن شروط الاعتماد قد روعيت من قبل موظف الإدارة المتعاقدة أثناء توقيع العقد[1].

وكذلك فإن مجلس الدولة بقسمه الاستشاري عدّ أن عدم توافر الاعتماد المالي لا يجعل من العقد الإداري باطلاً وإنما يبقى صحيحاً، غير أن الدين المترتب على الإدارة في هذه الحالة يبقى قائماً لا يعفيها من السداد به عدم توافر الاعتماد[2].

الفرع الرابع – عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها

سنتناول هذا العيب من خلال دراسة مفهومه، وحالاته في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة، وكيفية إثبات هذا العيب.

أولاً – مفهوم عيب إساءة استعمال السلطة:

يقصد بعيب إساءة استعمال السلطة، استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده لها القانون[3].

---

[1] د. عبد الإله الخاني – المرجع السابق – ص90.

[2] رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم /457/ بالقضية رقم /2578/ لعام 2009 غير منشور.

[3] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص274.

واصطلاح **الانحراف بالسلطة** هو ما يطلق على هذا الوجه من أوجه عدم المشروعية في فرنسا، أما المشرع في كل من مصر وسورية أطلق عليه اصطلاح **إساءة استعمال السلطة** في قانون مجلس الدولة في كلا البلدين (المادة /8/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لعام 1959 والمادة /10/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972).

ورقابة القضاء الإداري لهذا العيب هي رقابة مشروعية، إذ أن قيام الإدارة بإصدار القرار الإداري المعيب بإساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها يمثل مخالفة للهدف أو الغاية التي تعدّ ركناً أساسياً من أركان القرار الإداري[1]، وتكون بالتالي عمدت إلى مخالفة القانون والخروج على روحه.

ويتجلى هذا العيب بشكل خاص في ميدان السلطة التقديرية للإدارة، بوصفها المجال الطبيعي لظهور إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، بخلاف سلطة الإدارة المقيدة التي لا يظهر فيها عيب إساءة استعمال السلطة بشكل واضح، على أساس أن الإدارة تكون ملزمة باتخاذ القرار الإداري طبقاً للقانون وفي حدود اختصاصها، وبالشكل الذي رسمه القانون لها واستناداً لأسباب صحيحة يقرها القانون، مع افتراض استهداف القرار للغاية المحددة له افتراضاً لا يقبل إثبات العكس[2].

ومن الناحية العملية فإن الرقابة على إساءة استعمال السلطة رقابة دقيقة، ومهمة القاضي الإداري فيها شاقّة، وعسيرة، إذ أنها لا تنحصر في فحص المشروعية الخارجية أو الظاهرة، وإنما تمتد إلى البحث عن الغرض أو الهدف الحقيقي الذي اتخذت الإدارة قرارها من أجله بعيداً عن المصلحة العامة ،أو بالمخالفة للهدف المحدد لها.

إلا أنه وبعد اتجاه القضاء الإداري في توسيع رقابته في نطاق المشروعية على أسباب القرار الإداري لسهولتها، جعل لعيب إساءة استعمال السلطة صفة احتياطية، فطالما أن هناك عيب آخر شاب القرار الإداري فلا يتعرض لرقابة هذا

---

[1] Jean Rivero et Jean Waline: droit administrative, 20 ed, 2004, Dalloz, p.537.

[2] د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص1207. ود. سامي جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – مطبعة أطلس – القاهرة – 1992 – ص273.

العيب إلا إذا كان القرار صحيحاً في جميع أركانه الأخرى وخالياً من بقية العيوب[1].

والقاضي في بحثه مشروعية القرار الإداري لا يمكن له أن يتصدى لعيب إساءة استعمال السلطة من تلقاء نفسه وذلك لعدم تعلق هذا العيب بالنظام العام، ولا بد أن يكون ذلك بناءً على طلب ممن له مصلحة في إثارته من الخصوم، وهو بذلك لا يختلف عن بقية عيوب المشروعية عدا عيب عدم الاختصاص.

وعلى خلاف بقية عيوب المشروعية فإن عيب إساءة استعمال السلطة لا يمكن تغطيته بنظرية الظروف الاستثنائية[2].

ومن تطبيقات عيب إساءة استعمال السلطة في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري ما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا من أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدارها قرار الحرمان الوقائي، وأنه لا يجوز للقاضي في هذه الحالة التعقيب على قرار الحرمان إلا إذا كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ،أو انعدام الأسباب[3]، فالوزير من حقه أن يصدر قراراً بحرمان المقاول أو المورد من دخول المناقصة الخاصة بوزارته وفقاً لسلطة التقديرية طالما لم يقصد توقيع جزاء على المحروم ،وإنما قصد اتخاذ إجراء تتطلبه مصلحة المرفق[4]. والإدارة الفرنسية وفقاً لما سبق لها كامل السلطة التقديرية في حرمان

---

[1] د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص1208.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص275 ود. سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمل السلطة – مرجع سابق – ص86.

[3] CE,25 Novembre 1925, Rec. 941.

[4] CE,28 Novembre 1944, Rec. p.37

CE,10 Decembre 1937, Rec. p.1021.

شخص ما من دخول المناقصة ولا يجوز للقاضي التعقيب على هذا القرار إلا في حالتين: الانحراف بالسلطة أو انعدام الأسباب[1].

أما في مصر فقد استقر القضاء الإداري على أن للوزارة الحق وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذي يثبت لها عدم مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة، وفي هذه الحالة يجب أن يكون لهذا الطعن أدلة تسنده وتكون مستمدة من أوراق الدعوى[2]. وأن حق الإدارة أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة[3].

وفي سورية منح المشّرع في نظام العقود الإدارة سلطة تقديرية فيما يتعلق بإصدار قرار الحرمان من التعاقد، حيث يصدر بقرار معلل من الوزير بحق المتعهد الذي يثبت سوء نتيه أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة. وهو مجال يمكن أن تعمل فيه الإدارة على إساءة استعمال سلطتها بعيداً عن المصلحة العامة.

إلا أنه يلاحظ على قضاء مجلس الدولة السوري بصدد رقابته لقرارات الحرمان من التعاقد أنه يبتعد كثيراً عن الاستناد لعيب إساءة استعمال السلطة، مركزاً جل رقابته على أسباب القرارات الصادرة بهذا الخصوص، وهذا بطبيعة الحال ناشئ عما يثار أمامه من أسباب تنعي القرار، وترتكز على انعدام سبب

---

[1]CE, 26-Jan-1966, sociête oust peture Rec, p.61

[2]حكم محكمة القضاء الإداري المصرية جلسة 1956/3/30 السنة 10، قضية رقم /284/، ص271.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن /1067/ سنة 5 ق مجموعة مبادئ عليا في عشر سنوات ص1062 مذكور عند د. حمدي الحلفاوي – رسالته – المرجع السابق – ص159.

القرار الصادر، ولصعوبة إثبات هذا العيب، كون القرار الذي يصدر مشوباً بعيب الانحراف هو عمل سليم من جميع نواحيه، وعلى الطاعن أن يثبت أن الإدارة قد حادت عمداً وعن سوء نية عن الطريق السليم وقصدت تحقيق أغراض غير مشروعة.

ثانياً- حالات عيب إساءة استعمال السلطة في نطاق القرارات الإدارية المتخذة بإطار العقد الإداري:

رغم صعوبة إثبات الانحراف كعيب يصيب القرار الإداري فيسمه بعدم المشروعية، إلا أنه كثير الوقوع في نطاق القرارات الإدارية الصادرة وصولاً للعقد، فالاتصال في حالة إبرام العقد أو اختيار المتعاقد هو اتصال يكاد يكون يومي لرجال الإدارة مع أصحاب الخبرة من المقاولين، وكثيراً ما يتخلل الفساد في نفوس رجال الإدارة بقصد الحصول على منافع شخصية أثبت الواقع العملي قدرة الأجهزة الرقابية الإدارية على ضبطها أكثر من رقابة القضاء الإداري ولجهة هذا العيب بالتحديد، ورغم ذلك فإن تحقق القضاء الإداري مما ينسب للقرار من إساءة استعمال سلطة فإنه لا يتردد بإلغائه.

ولا تكاد تخرج حالات عيب إساءة استعمال السلطة في نطاق القرارات الإدارية المتخذة في إطار العقد الإداري عن حالات هذا العيب بشكل عام، والتي تتجلى في الآتي:

1) البعد عن المصلحة العامة.
2) مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف.

1 - البعد عن المصلحة العامة:

إذا كان عضو السلطة الإدارية لا يمكن أن يمارس عملاً قانونياً إلا إذا كان يملك هذا الحق طبقاً لما تقضي به قواعد الاختصاص، وإذا كان يجب أن يصدر العمل القانوني وفقاً للإجراءات والشروط الشكلية المقررة، وأن يقوم القرار على حالة واقعية أو قانونية صحيحة، وأن يوافق محله القانون، فإن مصدر القرار

يجب أن يسعى إلى تحقيق الصالح العام والهدف الذي حدده له القانون، فإذا ما جانب مصدر القرار الصالح العام ،أو خالف الهدف الذي حدده القانون كان القرار الإداري معيباً من ناحية الغاية، ومشوباً بعيب انحراف السلطة[1].

فجميع القرارات الإدارية يجب أن تستهدف المصلحة العامة كغاية لها، وهذه هي القاعدة التي تحكم القانون الإداري وتطبق بدون نص وتلتزم بها الإدارة العامة في ممارستها لنشاطها الإداري. فالقانون العام لم يقرر إعطاء السلطات والامتيازات للإدارة إلا بوصفها وسائل تساعد على تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى إليها وهي المصلحة العامة، وهذا بعكس الحال بالنسبة للقانون الخاص حيث تعدّ المصلحة الخاصة هي الهدف الذي يتوخاه كل نشاط فردي[2].

وفي إطار العقود الإدارية يتحقق هذا العيب عندما تطرح الإدارة المصلحة العامة التي يتعين عليها الالتزام بتحقيقها جانباً، وتعمل على تحقيق هدف لا يمت لتلك المصلحة بصلة[3]. ويتجلى ذلك عند استعمال رجل الإدارة السلطة لتحقيق نفع شخصي أو محاباة الغير. فقد يحدث كثيراً في الحياة العملية الإدارية أن يقوم بعض رجال الإدارة باستغلال سلطتهم لتحقيق مصلحة شخصية أو نفع شخصي وقد يستغل بعضهم سلطته من أجل محاباة الغير، فرجل الإدارة الذي يعين للسهر على تحقيق مصالح الجماعة وحماية الخير المشترك لهم ينسى واجبه ويتحلل من قيوده ويسعى للحصول على نفع ذاتي[4].

ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار حاكم إحدى المستعمرات الفرنسية (الصومال) بتعديل اللائحة وكل الإجراءات التي اتبعت بشأن

---

[1] د. سيد أحمد جاد الله – رسالته – مرجع سابق – ص187.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص277.

[3] د. سيد أحمد جاد الله – رسالته – المرجع السابق – ص188.

[4] د. سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – مرجع سابق – ص123.

الآنسة Soulier تأسيساً على فكرة الانحراف في استعمال السلطة، فالحاكم في هذه القضية عيَّن إحدى قريباته مديرة لإحدى المدارس وذلك بعد تعديل لائحة المدرسة وشروط تعيين مديرة المدرسة، وقبل أن يغادر المستعمرة بصفته حاكماً أبرم عقداً إدارياً مع هذه الآنسة، وقد أصدر خلفه قراراً ببطلان اللائحة المعدلة للائحة المدرسية والعقد المبرم مع قريبة سلفه، مما حدا بها إلى إقامة دعوى أمام المحكمة الإدارية ثم استأنفت الحكم أمام مجلس الدولة الفرنسي[1].

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرار الصادر بمنع تنفيذ أحد العقود خلال فترة معينة لاتجاه مصدر القرار لتحقيق مصلحة مادية لبعض أطرافه[2].

كما قضى أيضاً بإلغاء القرار الصادر برفض الترشيح للمناقصة وعدّه باطلاً لاعترائه بإساءة استعمال السلطة والانحراف بها، كونه اتجه لتحقيق مصلحة غير مصلحة المرفق المتعلقة بالطبيعة الخاصة للعقد محل المناقصة[3].

كما انتهى المجلس إلى عدّ قرار الإدارة بإسقاط الالتزام غير مشروع لكونه مشوباً بالتعسف من جانب الإدارة في استعمال السلطة، متى كانت الإدارة لم تتخذ قرار الإسقاط إلا من أجل استبعاد الملتزم ،وإبرام عقد جديد مع شخص آخر غيره[4].

وبمقابل ذلك انتهى القضاء الإداري المصري إلى رفض الدعوى بطلب إلغاء القرار الصادر عن المجلس البلدي لمدينة السويس بطرح عملية النقل في

---

[1]CE,5-3-1945, Rec. p.139

مذكور عند الدكتور جمال أحمد عباس عثمان – رسالته – المرجع السابق – ص222.

[2]CE,26-1-1931, Soc. Des forces motrices du vercors, Rec. p.692.

[3]CE,19-1-1966, centre hospitalier regional de caneno précité

CE,7-7-1967. Office public d'H.L.M. de ville du mans. précité.

[4]CE,11 Juillet 1941, Crenouiller, Rec. p.124.

المزايدة، وقرار محافظة السويس بتحديد مدة التراخيص المؤقتة، حيث استند المدعي في طلب إلغاء القرارين المذكورين أنهما مشوبان بعيب إساءة استعمال السلطة لاستهدافهما تحقيق مصلحة مالية خاصة للبلدية هي الأتاوة التي نصت عليها التراخيص وأن هذه المصلحة المالية لا تعتبر غرضاً مشروعاً مما يبرر إنهاء التراخيص أو سحبها،بل هو غرض غير مشروع منطو على إساءة استعمال السلطة. وقد أسست المحكمة قرارها على أن طلب الإلغاء يقوم على غير أساس سليم من القانون، لأن الأسباب المالية التي أدت إلى سحب التراخيص لامتناع المدعي عن دفع الأتاوة تدخل ضمن المصلحة العامة، ومن ثم فإن المجلس البلدي الذي استهدف بإلغائها أن يفيد مالياً ليتسنى له مواجهة نفقات إصلاح شوارع المدينة إنما استهدف هدفاً مشروعاً، وليس شك في أن موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة[1].

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا السورية على وجوب مراعاة الإدارة للمصلحة العامة دون مراعاة للغير، فبينت أن لجنة المناقصة تقوم على اختيار أفضل العارضين سعراً، وهدفها محدد بالمقارنة بين العروض وفقاً لما منحها المشّرع من سلطة للحصول على أفضل الأسعار دون محاباة في إرساء المناقصة على أحد دون غيره، أو دون تجاوز للسلطات في استبعاد أحد العارضين دون غيره، بقصد تحقيق المصلحة العامة في النهاية بحصول الجهة العامة على أفضل المتعاقدين فنياً ومالياً للسير بالمرفق العام والمصلحة العامة على أفضل حال[2].

2- مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف:

إذا كان من المفروض على كل قرار إداري أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإن من المفروض عليه كذلك أن يحقق الهدف الذي أراده

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1954/9/27 سنة 9 – المجموعة – ص184.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /346/ تاريخ 1976/10/18 غير منشور.

المشّرع وحدده القانون وألاّ يخرج عليه، فقد يخصص المشّرع لرجل الإدارة هدفاً معيناً يتعين عليه تحقيقه، فإذا ما حقق غيره تكون الإدارة قد انحرفت في استعمال سلطتها، وذلك لمجانبة الهدف الخاص الذي عينه المشّرع، حتى ولو كان الغرض الذي سعت إليه الإدارة لا ينافي الصالح العام، وهذه الحالة يطلق عليها مخالفة تخصيص الأهداف[1].

وعليه فقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى إلغاء قرار وزير الحربية الصادر باستبعاد أحد موردي الحبوب لأسباب تتعلق بقيام هذا الأخير بانتقاد السياسة المالية لوزير الحربية وللحكومة عموماً، ولم يقبل المجلس دفوع الوزير المتمثلة بأن الحكومة يجب أن لا تتعاون إلا مع متعهدين يدينون لها بالولاء، وإن هذا المتعهد عندما أطلق تصريحاته ضد وزير الحربية والحكومة قد خرج عن خط الولاء هذا مما يستوجب استبعاده، وانتهى مجلس الدولة لذلك بالحكم أنه لا يجوز استبعاد متعهد ما استبعاداً عاماً لأجل غايات غريبة عن التنفيذ الجيد للمرفق[2].

ثالثاً- إثبات عيب إساءة استعمال السلطة:

لا يعد عيب إساءة استعمال السلطة أو عيب الغاية وفقاً لبعض الفقه من العيوب الشكلية كعيب الشكل ،أو عيب الاختصاص، يسهل الكشف عنه، كما أنه ليس من العيوب الموضوعية كعيب مخالفة القاعدة القانونية بحيث يمكن استخلاصه بسهولة، ولكنه عيب شخصي يكمن في نوايا رجل الإدارة ،ومقاصده ،ويتوقف وجوده على سلامة هذه النوايا ،وتلك المقاصد.

---

[1] د. سامي جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – مطبعة أطلس – القاهرة 1992 – ص271 و د. سيد أحمد جاد الله – رسالته – المرجع السابق – ص188 ود. عثمان أحمد عباس عثمان – رسالته – المرجع السابق – ص221.

[2] CE,4-8-1905, Les pinasses, Rec. p.757.

ولمّا كان عيب إساءة استعمال السلطة هو عيب خفي مستتر لا يحول دون ظهور القرار بمظهر الأعمال الإدارية الصحيحة، وإزاء ما تستلزمه الرقابة عليه من بذل أقصى درجات العناية والحرص من قبل القاضي الإداري، فقد انتهى الفقه الإداري إلى عدّه عيباً احتياطياً يمكن الالتجاء إليه إذا لم يوجد عيب آخر يشوب القرار ويصلح أساساً لإلغائه مما قلل كثيراً من مجال تأثيره[1].

والقاعدة العامة في إثبات عيب إساءة استعمال السلطة لا تختلف عن بقية العيوب الأخرى ،حيث يقع على عاتق المدعي إثبات دعواه باستهداف الإدارة هدفاً بعيداً عن المصلحة ،أو بانحرافها عن الهدف الخاص المحدد لها[2].

ويتقيد الإثبات بما يتضمنه ملف الدعوى من أوراق ومستندات، أي أن إثبات عيب إساءة استعمال السلطة ينحصر في ملف الدعوى كأصل عام. ونظراً لطبيعة هذا العيب من عيوب المشروعية وخصوصيته التي غالباً ما تجعل موقف المدعي صعباً في الإثبات، فإن القضاء الإداري اتجه إلى التّوسع في معنى ملف الدعوى ،أو الدليل المستمد من ملف الدعوى مفسراً إياه تفسيراً في غاية الاتساع، بل ويكاد يكون من غير الممكن عملاً حصر وسائل الإثبات التي قررها، فقد يظهر عيب إساءة استعمال السلطة لمجرد قراءة نص القرار الإداري المطعون فيه، ويحدث هذا عندما تعلن الإدارة طائعة أو مُرْغَمة عن أسباب قرارها، حيث تكشف هذه الأسباب حقيقة الأهداف المتوخاة للإدارة[3]. كما يمكن أن يُسْتَشَف هذا العيب من التوجيهات العامة أو الخاصة التي يصدرها الرؤساء الإداريون إلى مرؤوسيهم الذين أصدروا القرار المطعون، أو من خلال المراسلات التي سبقت أو لحقت القرار المطعون فيه.

---

[1] د. سامي جمال الدين – رقابة الملائمة – مرجع سابق – ص280.

[2] د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص 1203.

[3] د. سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة – مرجع سابق – ص150.

وطبيعة عيب إساءة استعمال السلطة تجعل من دور القاضي في عملية إثبات العيب مختلفاً حسباً إذا كانت الإدارة قد كشفت عن هدفها في اتخاذ القرار الإداري أم لا[1].

فإذا أعلنت الإدارة عن غرضها فإن القاضي يقوم في هذه الحالة بمقارنة هذا الهدف الذي قصدته الإدارة من استعمال سلطتها، والهدف الذي حدده المشّرع للإدارة فإن وجد اتفاقاً بين الهدفين فإن القرار الإداري الصادر يكون صحيحاً[2].

فالقرار الصادر عن آمر الصرف بعدم تصديق محضر لجنة المناقصة بفرض أن الأسعار التي توصلت إليه لجنة المناقصة ،وأرست المناقصة بالاستناد إليها لم تكن الأسعار الملائمة للإدارة، فقرار آمر الصرف المذكور بعدم التصديق هو قرار مشروع في محله القانوني وذلك في ضوء السلطة التقديرية الممنوحة له في هذا المجال لتقدير مدى ملاءمة الأسعار لمصلحة الإدارة ،وطبيعة المشروع، أما إذا اتضح للقاضي أن هناك تباين واضح بين الهدفين وأن الإدارة استخدمت سلطتها لتحقيق غاية تختلف عن الغاية التي حددها لها المشّرع فإن القرار يكون في هذه الحالة مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة[3].

وعليه فإن وصول الأسعار التي رست بالاستناد إليها المزايدة للسعر المحدد من الإدارة بشكل مسبق يجعل من قرار آمر الصرف بعدم التصديق لعدم ملاءمة الأسعار في غير محله القانوني ،وجدير بالإلغاء ،لعدم تناسب غاية الإدارة مع ما هو محدد لها قانوناً ،ويشكل انحرافاً في سلطتها[4].

---

[1] د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص151.

[2] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص289.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /216/ بالطعن رقم /283/ لعام 1980 غير منشور وحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /87/ بالقضية رقم /2144/ لعام 2000 غير منشور.

[4] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /406/ بالقضية /906/ لعام 1979 غير منشور

أما في حالة عدم كشف الإدارة عن هدفها فإن عملية الإثبات تصبح أكثر صعوبة وخاصة في حالة عدم تحديد هدف خاص من جانب المشّرع حيث يتعين عندها على المدعي أن يثبت أن الإدارة قد سعت إلى تحقيق هدف مغاير للمصلحة العامة. وهذا يوضح أيضاً مدى المعاناة التي يقاسيها المدعي لإثبات سوء نية الإدارة[1].

المطلب الثاني: آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل

العقد الإداري كعملية قانونية تضطلع بها الإدارة وتقوم بالإشراف عليها تقتضي القيام بطائفة من الأعمال القانونية والتصرفات المادية اللازمة لتحقيقها، والتي تتسم بصفتين:

1) إن بعض هذه الأعمال المكونة للعملية تتمتع بنوع من الاستقلال عن البعض الآخر فقرار المجلس المحلي بالترخيص بإبرام عقد ما، ليس له رابطة مباشرة بقرار سلطة الوصاية الإدارية بالتصديق على العقد، وهذا يبرر إمكانية فصل قرار ما عن العملية والطعن عليه استقلالاً أمام قاضي الإلغاء.
2) إلا أنه من ناحية أخرى فإن مختلف الأعمال القانونية والمادية يرتبط بعضها ببعض برباط وثيق ما دامت تتجه لتحقيق الهدف النهائي للعملية، فقرار المجلس المحلي بالتعاقد شرط لقيام الجهاز التنفيذي لهذا المجلس بإبرام العقد ولتصديق سلطة الوصاية على قرار الإبرام، ومن ثم فإن حذف أحد عناصر العملية يؤدي منطقياً إلى سقوط العناصر الأخرى المترتبة عليها بل وقد يمتد السقوط إلى العملية في مجموعها[2].

---

[1] د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص288.

[2] د. عبد المجيد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة – ج2 – مجلة مصر المعاصرة – العدد 363 يناير سنة 1976 – القاهرة – ص26.

وبالاستناد لما تقدم فإن آثار إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد الذي فصل عن القرار تختلف وفقاً للمرحلة التي وصل إليها إبرام العقد، فإذا لم يصل العقد إلى مرحلة الإبرام فإن إلغاء القرار المنفصل يملك أثراً مطلقاً لأن حجية الشيء المقضي به ستقف حائلاً دون إبرام هذا العقد[1]، فالعملية القانونية لا تزال في مرحلة يمكن معها أن يترتب أثر إلغاء القرار المنفصل والإدارة لا يمكن أن تتجاهل عدم مشروعية قرارها الثابتة بحكم قضائي، إلا أن الحياة العملية للإدارة تثبت أن هذه الفرضية تكاد تكون نظرية بحتة لأنّ بطء الإجراءات القضائية يؤدي إلى جعل عدم إبرام العقد حتى لحظة صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل مجرد افتراض قانوني بحت وذلك لأن إجراءات الإدارة في عملية إبرام العقد أسرع بكثير من الإجراءات القضائية وذلك تلبية لحاجة المرفق العام بتأمين ما يتم التعاقد عليه[2].

إضافة لذلك فإنه وطالما أن القرار المنفصل لا يزال في مرحلة قبل إبرام العقد الإداري فإن إثارة عدم مشروعيته أمام القضاء الإداري يصطدم بما تملكه الإدارة في هذه المرحلة من سلطة تقديرية في نسف جميع الإجراءات التي قامت بها وهذا ما أثبته الواقع العملي.

فآمر الصرف وفقاً للمادة /24/ من نظام العقود الحالي في سورية الصادر بالقانون /51/ لعام 2004 هو من يصدق محضر لجنة المناقصة ويجوز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطياً، كما أن للجهة العامة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ المتعهد أمر المباشرة. وهذا ما أكده

---

[1]د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص187 ود. سيد أحمد جاد الله – رسالته – مرجع سابق – ص209 ود.ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – مرجع سابق – الكتاب الأول – ص123.

[2]Flamme. M.A. Traite des marchés, op.cit. p.454.

ود. مهند نوح – المرجع السابق – ص187 ود. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص209.

مجلس الدولة من أن الإدارة يحق لها العدول عن نتائج المزايدة في أي وقت قبل تصديق إجراءاتها وقبل تبليغ المدعي أمر المباشرة، وما دامت الإدارة لم تصدق إجراءات المزايدة ولم تنظم عقداً مع المدعي ولم تبلغه أمر المباشرة، فإن الإجراءات كافة التي قامت بها تعتبر متفقة والقانون[1].

ويرجع ذلك أن العقد يتطلب تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين وأن الإعلان عن إرادة الإدارة يتطلب لوجوده اتخاذ عدة إجراءات تشترك فيها عدة سلطات ومن ثم فإن إبطال أحد هذه الإجراءات يؤدي إلى سقوط الإيجاب الصادر عن الإدارة برمته ،سواء أكان هذا الإبطال في هذه المرحلة من قبل القضاء الإداري بإلغاء قرار الإدارة ،أو من قبل الإدارة ذاتها، كما يسري هذا الحكم سواء أكان الطعن بالإلغاء قد قدم ممن سيصبح طرفاً في الرابطة العقدية ،أو من الغير[2].

وإذا كان المشّرع الفرنسي قد تلافى هذه الثغرة وفقاً لنظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي كما سنرى بالقسم الثاني من البحث من خلال النص صراحة على إمكانية وقف إبرام العقد حتى البت في القرارات التي تسهم في تكوين إرادة الإدارة فإن المشّرع العربي لا يزال يسير وفقاً للمبدأ التقليدي العام في هذا الصدد.

والسؤال الذي يطرح نفسه ماذا يكون العمل إذا تم إبرام العقد قبل صدور حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل؟

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /331/ تاريخ 2008/3/6 بالقضية /4399/ لعام 2008 غير منشور وحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /1480/ تاريخ 2009/5/28 بالقضية /7826/ لعام 2009 غير منشور.

[2] د. عبد المنعم جيزة – آثار حكم الإلغاء – دار الفكر العربي – 1971 – ص45.

القاعدة المستقرة في فرنسا و مصر وسورية أن الطعن بالإلغاء يوجه إلى القرار المنفصل في ذاته، وأن الحكم القاضي بالإلغاء لا يتناول سوى القرار وعلى هذا سار الاجتهاد منذ زمن طويل. أما العقد المبني على هذا القرار فيظل قائماً وسارياً طالما لم يطلب أحد أطرافه إبطاله أمام قاضي العقد[1]، فليس لقاضي الإلغاء أن يستخلص النتائج المباشرة لحكم الإلغاء، فمثلاً إذا قام القاضي بإلغاء قرار المناقصة فإنه لا يستطيع إعلان رسوها على المدعي ولا أن يأمر الإدارة بذلك، وكذلك الأمر بالنسبة للطعون في قرارات الترخيص والتصديق على العقد. وقاعدة استمرار العقد في هذه الحالة رغم صدور حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل إنما تستند على قاعدة نسبية آثار العقد سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، فلا يرتب العقد حقوقاً والتزامات غير تلك الواردة فيه، كما أن غير المتعاقدين لايستطيعون استخدام دعوى العقد رغم حصولهم على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل[2].

وهذه النتيجة ليست إلا انعكاساً للفلسفة التي قامت عليها نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، والمتمثلة بالتوفيق بين الحقوق المكتسبة الناجمة عن العقد وحق

---

[1] د. مهند نوح – المرجع السابق – ص187 وحكم مجلس الدولة الفرنسي بقضية Martin سنة 1905 وحكمه في قضية Bollande تاريخ 1906/6/30.ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد أيضاً:

CE,24-5-2001,Avrillier,ACCP,sept.2001, n3.

CE,10-12-2003, Institut de recherche pour le developpment, BJDCP,2004,N33,P.136.

[2] د. عبد الحميد كمال حشيش – المرجع السابق – ص5.

Richer (L.):op.cit.,p.177.

MACERA (B-F): Les actes detachable dans le droit public francais,PU Limoges,2002,p.187.

المواطن (الغير) في التقاضي، وتجسيداً لمبدأ المشروعية من جهة ،والتنسيق بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد ،ومنع التداخل بين وظائفهما من جهة أخرى[1].

وقد انتقد الفقه التوجه السابق معتقداً أن ذلك يشبه حالة إنكار العدالة فليس من المنطق القانوني أن يظل العقد قائماً ونافذاً رغم الحكم بإلغاء القرارات التي بني عليها بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، ولأن هذا المنطق لدعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل فيما لو رفعت من جانب الغير من شأنه أن يحول دعاوى هؤلاء إلى مجرد مكنات ضمن المصلحة الحصرية للقانون، مما يحط من دور قضاء الإلغاء وينزل به إلى مستوى الرقابة الأخلاقية البسيطة، ومما يؤدي إلى التغاضي عن هدف هذه الدعوى المتمثل بضرورة إيجاد جزاء فعال وكاف للعقد لعيب في تكوينه، فضلاً عن أنه يشجع القائمين على إبرام العقود على ارتكاب المخالفات لأنهم يعلمون جيداً أن الدعوى التي سترفع ضد القرار المخالف لن تكون ذات تأثير على العقد[2].

فوفقاً لهذا الاتجاه فإن الإبقاء على العقد رغم صدور حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل الذي بني عليه العقد يتضمن تناقضاً واضحاً طالما أن القرار المنفصل والمحكوم بإلغائه هو مرحلة من مراحل العملية المركبة، ويترتب على

---

[1] د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – الكتاب الأول – مرجع سابق – ص127.

R.Chapus. Contentieux. Op.cit. p.551.

[2] Weil (p):Les Consequences de l'annulation d'un acte administratif pour exes de pouvoir, these, paris 1952, p.205.

Krassilchik(M): la notion d'acte detechable en droit administratif francais ,these 1964,p190.

سلامته سلامة العملية كلها، وبالتالي فإن إبطال القرارات المنفصلة يؤدي إلى إبطال ما يترتب عليها[1].

وبالاستناد لما تقدم سنقوم بدراسة أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل بعد إبرام العقد سواء بالنسبة لأطراف العقد وبالنسبة للغير[2].

الفرع الأول - آثار الإلغاء بالنسبة لأطراف العقد

إن إبرام العقد الإداري يعني اقتصار آثاره بالنسبة لأطرافه عملاً بقاعدة نسبية آثار العقد سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، فلا يرتب حقوقاً والتزامات غير تلك الواردة فيه، وفي مواجهة أطرافه الذين لا يحق لغيرهم ولوج باب قاضي العقد لترتيب آثاره أو إبطاله.فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديلهُ إلا باتفاق الطرفين، وعليه فإذا صدر حكم بإلغاء قرار إداري منفصل بني عليه العقد الإداري فإنه يمكن وبالاستناد لما سبق لأطراف العقد – إذا كان ذلك ممكناً – أن يعدلوا الأوضاع القانونية للعقد المبرم سابقاً وفقاً لما يقضي به حكم الإلغاء كما يمكنهم فسخ العقد القديم وإبرام عقد جديد مكانه تتوافر فيه الموجبات القانونية كافة التي افتقدت سابقاً[3].

إلا أنه من الفروض المحتملة في هذه الحالة أن طرفي العقد من الممكن أن لا يتفقا على ذلك، لأن اتفاق طرفي العقد على فسخ العقد القديم وإبرام عقد جديد مكانه يراعى فيه الموجبات القانونية قد يضيع على الطرف الآخر مع الإدارة فرصة الظفر بالعقد، لأن الإدارة في هذه الحالة وعند فسخ العقد يجب عليها أن

---

[1]Piquignot: Theorie générale du contrat administratif. These mout pellier 1948, p.583.

Flamme M.A. traite des marchés op.cit. p455-456.

[2]د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص307.

[3]د. مهند نوح – المرجع السابق – ص188 ود. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص209.

تلجأ للأسلوب الذي يحدده لها المشّرع في إبرام عقودها كالمناقصة مما قد يفوّت على المتعاقد الحالي ما كان قد حازه.

إلا أنه إذا لم يرغب أحد طرفي العقد بفسخ العقد، فإنه يكون بمستطاع أحدهما أن يطرق باب قاضي العقد المخصص ويطلب منه سحب نتائج إلغاء القرار المنفصل عن العقد، وقاضي العقد يجب أن يتقيد في هذه الحالة بالقوة المطلقة لحجية الأمر المقضي به لحكم الإلغاء، وبالتالي فإنه يلتزم قانوناً بإبطال العقد الذي يكون أحد شروط مشروعيته منعدماً، ويُفرض هذا الحل إذا كان العقد مدنياً أو إدارياً على حد سواء[1]، هو ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي[2].

وقد أكدت محكمة التنازع الفرنسية على ذلك في حكمها الصادر في 2002/5/6 بأنه عند إلغاء القرار المنفصل عن العقد فإن للقاضي أن يقرر إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل[3].

والجدير بالذكر أن قاضي العقد كقاضٍ لكل العملية التعاقدية – يشمل العقد بنظرة كلية، فلا يرتب بطلان العقد بشكل آلي بناء على إلغاء القرار المنفصل[4].إذ أن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى بطلان العقد بالدرجة ذاتها، بمعنى أن ترتيب البطلان يكون حسب السبب الذي برر الإلغاء[5]، ووفقالآتي:

---

[1]Laubadere et delvolve et modern, Traite des marchés op.cit. p.1051.

[2]CE,1-10-1993, Sté Le Yacht-Club international de Bormeles – Mimosas,précité parCatheriene bergeal et F.Lineca ,op.cit, p.41.

[3]حكم محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 2002/5/6 مشار إليه عند Marie – المرجع السابق – ص35.

[4]Pouyauel, op.cit. p.342.

[5] ونظراً لتعقد هذه العلاقة التأثيرية بين القرار المنفصل الملغي والعقد، فإن جانباً من الفقه الفرنسي قد اقترح معياراً لمعرفة مدى تأثير القرار الملغي على العقد المتصل به، فإذا كان هذا التأثير غير جوهري فيجوز إبطاله وفقاً لظروف كل عملية تعاقدية على حدة.

ولعل الأشكال الأكثر صعوبة في هذا النطاق يتمثل في أثر إلغاء بعض الشروط التنظيمية القابلة للانفصال على الوجود القانوني للعقد، فقد ذهب بعض الفقه في هذا الحالة – مع انعدام كلي للاجتهاد –

أولاً – إذا كان مرد الإلغاء للقرار المنفصل يتمثل في مخالفة الشروط التعاقدية للقانون :

فالإلغاء في هذه الحالة يختلف حسب الطبيعة القابلة أو غير القابلة لانفصال هذه الشروط غير المشروعة عن العقد.

1- إذا كانت هذه الشروط غير قابلة للانفصال عن العقد، فإنه يجب عندئذٍ إبطال العقد كلياً[1].والإلغاء يحتم عندئذٍ إبطال العقد لأن عدم مشروعية العقد ذاته هي التي سببت عدم مشروعية القرار المنفصل[2].

2- إذا كانت هذه الشروط قابلة للانفصال عن العقد، فإن بطلان العقد يكون جزئياً، فلا يبطل من العقد إلا بمقدار ما ألغي من القرار. بمعنى أنه يجب وجود تناسب بين الجزء الملغي من القرار المنفصل والشروط غير المشروعة التي أدت إلى الإلغاء الجزئي لهذا القرار.

ثانياً – إذا كان مرد الإلغاء للقرار المنفصل بسبب عيب خاص به :

فإن بطلان العقد يتوقف في هذه الحالة على مدى العلاقة بين العقد والقرار، فإذا كان القرار الملغي هو قرار توقيع العقد فلا مفر من البطلان، وذلك للارتباط الوثيق بين القرار والعقد، وذلك بخلاف ما إذا كان القرار المنفصل الملغي قراراً غير قرار التوقيع حيث يتوقف بطلان العقد في هذه الحالة على ظروف قد تؤدي بدورها إلى تحاشي هذا البطلان.ومثال ذلك الحالة المتعلقة بإلغاء قرار التصديق الوصائي على العقد (الذي زال منذ سنة 1982 بالنسبة للجماعات

إلى القول إن الشروط التنظيمية الملغاة إذا كانت قابلة للتجزئة عن باقي شروط العقد فإن البطلان يجب أن يشمل هذه الشروط فقط مع بقاء العقد، وعلى العكس فإنه إذا كان من غير الإمكان تجزئة هذه الشروط وفقاً للمعايير الموضحة سابقاً – فيجب إبطال العقد في كليته.

Brechon – Moulenes: op.cit. III, 2 , p.11-14.

[1]Laubadere et devolve et Moderne, ibid, p.1053.

[2]Laubadere et devolve et Moderne, traite des contrats, op.cit. p.1053.

المحلية في فرنسا)، حيث يحق لسلطة الوصاية بعد هذا الإلغاء أن تتخذ قراراً وصائياً جديداً بدلاً من القرار الملغى، عندها يزول مسوغ دعوى البطلان، كما أنه إذا حكم بإلغاء قرار لأنه يخول المتعاقدين مزية بطريقة غير مشروعة فإن إلغاء القرار يؤدي فقط إلى حرمان هذا الشخص من تلك المزية ،ولا يؤثر على العقد في مجموعه[1].

ويندرج ضمن ذلك أيضاً الحالات التي يمكن فيها تغطية العيب الذي أدى إلى إلغاء القرار المنفصل، حيث أجاز مجلس الدولة الفرنسي تغطية العيوب الإجرائية المقترفة حتى في قرار التوقيع كأن يتم توقيع العقد دون تدخل سلطة التقرير بشكل لاحق لترخيص إبرام العقد[2].

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي أن التصرفات التي يتم إلغاؤها ينصرف أثر الإلغاء بأثر رجعي ،وفي بعض الحالات يبقى العقد إذا ما اقتصر قرار الإلغاء على الترخيص في التوقيع وذلك حرصاً من القاضي على استقرار الوضعية التعاقدية رغم إلغاء القرار إلا أن الإلغاء لا يكون له أي أثر مباشر على العقد الذي يظل شريعة الأطراف المتعاقدة في التنفيذ وهذا المبدأ يأتي في إطار مصلحة المرفق العام[3].

الفرع الثاني – آثار الإلغاء بالنسبة للغير

إذا حصل الغير على حكم بإلغاء قرار منفصل عن العقد فإن هذا الإلغاء معرض لأن يبقى بلا أثر، لأنه لأجل سحب نتائج الإلغاء على الوجود القانوني للعقد لا بد من مراجعة محكمة قاضي العقد، وهذا الأخير لا يمكن أن يطرق أبوابه

---

[1] ملاحظات مفوض الحكومة Pochard في قضية Cluintenational ص810 – مذكور عند :
Richer.L. droit des contrat, 2004, p.176.

[2] CE,20-12-1963, Cne de Batigny. R.D.P. 1964, p.728.

[3] CE,25-1-1989,précité par Marie,op.cit,p341.

إلا المتعاقدون عملاً بقاعدة نسبية آثار العقود[1].ومن ثم فإن إبطال العقد سيتوقف مصيره على انتظار النوايا الحسنة للمتعاقدين، فإذا لم يعط الأطراف أي أثر لحكم الإلغاء الصادر عن طريق امتناعهم عن إثارة دعوى البطلان أمام قاضي العقد، فإن هذا العقد يبقى مستمراً لأن مشروعيته لم تطرح أمام القاضي المختص بتقرير بطلانه[2]. وبذلك فإن النتائج العلمية لإلغاء القرار المنفصل تعتمد على إرادة الأطراف المتعاقدة، مع أن إرادة هؤلاء الأطراف محكومة بمصلحتهم التي تقتضي المحافظة على المراكز القانونية التي نتجت عن العقد المهدد والتي هي قيد السريان، كما أن الإدارة ذاتها – خصوصاً – قد تفضل عدم استئناف كل الإجراءات التعاقدية مرة أخرى[3]. وبالنتيجة فإن اقتصار دور قاضي الإلغاء على تقدير قيمة القرارات المنفصلة عن العقد دون أن تمتد رقابته إلى إمكانية البحث في قيمة العقد في حد ذاته وإن كان لا يحول دون مطالبة أطراف العقد ببطلان العقد استناداً إلى إلغاء القرار المنفصل، إلا أن ذلك يضحي بكل أمل ممكن للغير في إمكانية انعكاس إلغاء القرار المنفصل على العقد مما يبقي أثر الإلغاء نظرياً بحتاً[4].

وهذه النتيجة ليست إلا انعكاساً للفلسفة التي قامت عليها نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ،والمتمثلة في التوفيق بين الحقوق المكتسبة الناجمة عن العقد

---

[1]Richer.L. droit des contrats, 2004, 4ed, L.G.D.J. p.178.

Laubadere et Moderne Delvolve, Traite des contrats, T2, op.cit. p.1052.

ود. عبد الحميد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال – المرجع السابق – ص30.

[2]د. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص212.

Richer-Le droit des contrats, op.cit. p. .

[3]Richer(L.) droit des contrat op.cit. p .

[4]Panyaud, op.cit. p.327.

وحق المواطن (الغير) في التقاضي ،وتجسيد مبدأ المشروعية من جهة[1]، والتنسيق بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد، ومن ثم منع التداخل بين وظائفها من جهة أخرى[2]، وهذا التوّجه الذي يشبه إنكار العدالة إلى حد كبير كان مثار انتقاد الفقه ومنذ زمن طويل فالأستاذ فلام انتقد هذه النتيجة التي تؤول إليها الدعوى إذا رفعت من جانب الغير ناعتاً نظرية القرارات الإدارية المنفصلة برمتها بالنقص في بنائها الفكري القانوني، لأنه ليس من المنطق القانوني أن يظل العقد قائماً ونافذاً رغم الحكم بإلغاء القرارات التي بني عليها هذا العقد بحكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي به، ولأن هذا المنطق لدعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل فيما لو رفعت من جانب الغير من شأنه أن يحول دعاوى هؤلاء إلى مجرد مكنات ضمن المصلحة الحصرية للقانون مما يحط من دور قضاء الإلغاء وينزل به إلى مستوى الرقابة الأخلاقية البسيطة من جهة ويؤدي إلى التغاضي عن هدف هذه الدعوى المتمثل بضرورة إيجاد جزاء فعال وكاف للعقد لعيب في تكوينه من جهة أخرى، الأمر الذي يؤدي إلى تشجيع القائمين على إبرام العقود لارتكاب المخالفات، لأنهم يعلمون جيداً أن الدعوى التي سترفع ضد القرار المخالف لن تكون ذات تأثير على العقد[3].

والحقيقة أن هذا الاتجاه الذي استقر في القضاء الإداري ببقاء حياة العقد رغم إلغاء القرار المنفصل عنه إذا ما قدم الطعن من الغير ذي المصلحة هو اتجاه منتقد لأنه يعلق تدخل البطلان كجزاء قانوني على إثارة الدعوى أمام قاضي العقد، في حين أن دور هذا الأخير لا يتعدى إظهار البطلان ،وليس إنشاؤه ،مما يعني

---

[1]تقرير مفوض الدولة روميو في قضية Martin المنشور في داللوز – 1907 – الجزء الثالث – ص49 وهو مذكور عند د. أحمد يسري – المرجع السابق – ص 87.

[2]Chapus.R. contentieux, op.cit. p.551.

[3]Flamme.M.A. traite des marchés, op.cit. p.454. et 458.

أن هذا البطلان سابق على تدخل قاضي العقد، وذلك إضافة إلى أن القواعد التي تحكم التعبير عن الإرادة من النظام العام لأنها وضعت لحماية المصلحة العامة، وبالتالي فإن مخالفة هذه القواعد تؤدي إلى البطلان المطلق للعقد، ومن المعلوم أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يقبل الإجازة، فكيف تقبل إجازته في حالتنا هذه صراحة أو ضمناً من جانب أطرافه؟.

أمام هذه الانتقادات اجتهد الفقه في البحث عن حلول تعطي أثراً عملياً لدعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل فيما لو وجهت من جانب الغير.

فاقترح البعض السماح بتوجيه دعوى تجاوز السلطة ضد العقد ذاته، لأن العقد الإداري أصبح يعني الغير إلى حد ما باعتباره عقد المصلحة العامة وهذا يتطلب حكماً السير نحو قبول دعوى تجاوز السلطة ضد العقد من قبل الغير[1]. ومما يدعم هذا الرأي أن حكمين قد صدرا من مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه.

الحكم الأول: وهو حكم Societe l'energie industrielle والذي قرر فيه مجلس الدولة أن إلغاء قرار الاعتماد الصادر عن سلطة الوصاية من شأنه أن يحطم الرابطة العقدية، مما يجعل الطلب اللاحق بتفسير العقد غير ذي موضوع من جهة، والأمر الذي يحول دون تنفيذه من جهة أخرى[2]، وذلك على الرغم من أن أطراف العقد لم يطلبوا من قاضي العقد إثبات بطلانه[3].

---

[1]Galiay.(C): op.cit. p.307.

[2]CE,1-3-1946, Rec. p.66

[3]Laubadere - Delvilve. Moderne: Traite des contrats. Op.cit. p.1051.

الحكم الثاني: Commune de guide /C/ Mme courted وفيه قرر مجلس الدولة أن محكمة Rennes الإدارية لم تخطئ حين قررت أن العقد المبرم استناداً إلى القرار الملغى يعدّ ذا آثار باطلة[1].

ومن جهة أخرى فإن جانباً من الفقه العربي يقترح لحل هذا الإشكال الأخذ بأحد حلين:

الأول: السماح لغير أطراف العقد بأن يطالبوا بإبطاله أمام قاضيه الطبيعي (قاضي العقد)، وذلك بعد أن يحصلوا على حكم بإلغاء القرارات المنفصلة من قاضي الإلغاء.

الثاني: الاكتفاء باللجوء إلى قاضي الإلغاء مع السماح له بترتيب كافة النتائج المنطقية المترتبة على إلغاء القرار بما في ذلك بطلان العقد ذاته، إلا أنه في الحالات التي يؤدي فيها إلغاء القرار إلى المساس بالعقد كله أو بعضه فإنه يتعين اختصام طرفي العقد وذلك حتى يدافع كل صاحب حق عن حقوقه[2]. وبذلك يصبح لتقنية القرارات الإدارية المنفصلة نفع وفائدة، فبعد تطبيق المنهج التحليلي وفصل القرارات عن العملية العقدية والطعن فيها استقلالاً، ينبغي العودة في مقام ترتيب النتائج على حكم الإلغاء إلى الأصل العام، أي إلى وحدة العملية وعدّها كلاً غير قابل للانفصال، ومن ثم فإن إلغاء أحد عناصرها يؤدي إلى سقوط العملية برمتها[3].

ويستشهد الفقه في مصر بفتوى قديمة لقسم الرأي على أساس أنها تتضمن نزعة إلى العدول عن منهج استمرار بقاء العقد بعد إلغائها أحد القرارات المساهمة

---

[1]CE,17-1982 R.D.P. 1983, p.1439.

[2]الدكتور عبد الحميد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال – المرجع السابق – ص35.

[3]د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص217 والفتوى /684/ الصادرة بتاريخ 1951/12/13 مذكورة عند د. سليمان الطماوي – ذات المرجع – ص217.

فـي تكوينـه بنـاءً علـى طلـب الغيـر، إلا أن هـذه الفتـوى لا تؤسـس نهجـاً أو نزعـةً بسبب قدمها وتفردها فيما انتهت إليه ،واستقرار الأحكام الصادر عن جهة القضاء الإداري على الأخذ بالنهج العادي[1].

[1]د. سيد أحمد جاد الله – مرجع سابق – ص214.

الباب الثاني

طعون المستفيدين في حالة عقود الالتزام

بينّا أن دعوى الإلغاء في نطاق العقد الإداري تتناول القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد أي التي تدور خارج إطار الرابطة العقدية، فكل القرارات التي لا تستند للعقد في صدورها يمكن أن تكون محلاً لدعوى الإلغاء، أما القرارات التي صدرت عن الإدارة في إطار الرابطة العقدية وبعد انبرامها فإنها تكون محلاً لدعوى القضاء الكامل.

إلا أنه في مجال عقد الالتزام، فإن علاقة غير المتعاقد مع الإدارة تختلف عن علاقته معها في بقية العقود، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى الطبيعة القانونية لعقد الالتزام ذاته والذي يخول الأطراف المستفيدة حقوقاً تستند للشروط اللائحية التي يحتويها العقد، لا بالاستناد للشروط التعاقدية بين الإدارة والملتزم.

وعليه فإن أي إخلال من جانب الإدارة أو الملتزم في أداء الخدمة لن يكون إخلالاً بالتزام عقدي فقط، وإنما سيكون إخلالاً بقواعد عامة تنظم مرفق عام، وتمنح الغير إمكانية الرقابة الشرعية عليها باستخدام دعوى الإلغاء وفق تقنية يعود الفضل في ابتكارها للقضاء الإداري.

وبالاستناد لما تقدم سنعمد في هذا الباب إلى دراسة نطاق دعوى الإلغاء بالنسبة لعقود الالتزام من خلال الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : المجال الذي تدور فيه دعوى الإلغاء في حالة عقود الالتزام.

الفصل الثاني : شروط دعوى الإلغاء الموجهة من المستفيدين من عقود الالتزام.

الفصل الأول

المجال الذي تدور فيه دعوى الإلغاء في حالة عقود الالتزام

يقضي المبدأ العام الذي تناولناه في الباب الأول من البحث عدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد التصرفات التي تتم خلال مرحلة التعاقد والناشئة عن العقد، وفقاً للمبررات التي تنطلق منها دعوى الإلغاء، وفي مقدمتها انتماؤها للقضاء العيني، إلا أنه وفي إطار عقد الالتزام ونظراً للطبيعة القانونية لبعض الشروط التي يتكون منها، وغلبة الصفة التنظيمية العامة على تلك التي تتعلق بالمرفق العام، وما لهذه الشروط من أثر في حياة الأفراد، اقتضى ذلك تمكين الأفراد من سلوك طريق دعوى الإلغاء بالاستناد لهذه الشروط، عند إخلال الإدارة بما عليها من التزام في تأدية الخدمة حتى مع وجود الملتزم.

ولبيان المجال الذي تدور فيه دعوى الإلغاء في نطاق عقود الالتزام، لابد من تحديد مفهوم هذا العقد وخصائصه وما هو الأساس الذي يمكن فيه توجيه دعوى الإلغاء في نطاقه. وعليه سنعمد في هذا الفصل إلى دراسة المبحثين الآتيين :

المبحث الأول: مفهوم عقد الالتزام

المبحث الثاني : الأساس الذي يستند إليه موجه دعوى الإلغاء في حالة عقود الالتزام

المبحث الأول

مفهوم عقد الالتزام

مع بداية العقد الأخير من القرن العشرين نشطت مشروعات الاستثمار في مجال المرافق العامة بطريق الالتزام، كمشروعات إنشاء المطارات والطرق ومحطات تحلية المياه وتنقيتها والصرف الصحي، حيث اتجهت الدول لتحرير اقتصادها وعملت مؤخراً على اتباع اقتصاد السوق الحُر، مما يؤكد على أهمية عقود الالتزام في الوقت الحالي لما تقدمه من مساعدة في التمويل اللازم لإقامة مشروعات المرافق العامة العملاقة بأموال الاستثمار الخاص مقابل الحصول على عائده لفترة زمنية محددة، وهو أمر بالغ الأهمية في واقع القدرات المالية والاقتصادية لبعض الدول التي ما تزال تشق طريقها نحو النمو، ولا تزال عاجزة عن سد احتياجات شعوبها من المرافق العامة والمشروعات الخدمية[1].

وسنعمد إلى تحديد مفهوم عقد الالتزام من خلال دراسة الآتي :

المطلب الأول : عقد الالتزام وطبيعته القانونية.

المطلب الثاني:خصائص عقد الالتزام.

المطلب الأول: تعريف عقد الالتزام و طبيعته القانونية

يقتضي تعريف عقد الالتزام الوقوف على المفاهيم التي أعطاها الفقه والقضاء الإداري لعقد الالتزام لتحديد ماهيته كعقد إداري وإضافة للوقوف على التطورات التي طرأت عليه كطريق من طرق إدارة المرفق العام. ومن هنا فإننا سنتناول في هذا المطلب دراسة الآتي :

---

[1] د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي – آثار عقد التزام المرافق العامة – رسالة دكنوراه – جامعة القاهرة – 2001، ص1.

الفرع الأول : التعريف بعقد الالتزام.

الفرع الثاني : عقد الـ B.O.T كصيغة متطورة لعقد الالتزام.

الفرع الأول – التعريف بعقد الالتزام

عقد الالتزام طريق من طرق إدارة المرافق العامة، وهو عقد يقوم بمقتضاه الملتزم على نفقته بإعداد المرفق العام موضوع الالتزام وإدارته واستغلاله لمدة محددة ينص عليها في عقد الالتزام على أن يؤول هذا المرفق إلى الدولة بعد ذلك، وفي أثناء مدة الاستغلال يُسدد الملتزم للدولة مقابلاً مالياً ويحصل مقابل ذلك على رسوم يحصّلها من جمهور المنتفعين من المرفق العام، ويستمر هذا الوضع طوال مدة سريان العقد وتكون الدولة خلال هذه المدة ضامنة لحسن سير العمل بالمرفق[1]، ويكون لها التدخل في حالة إخلال الملتزم بشروط العقد أو إذا حاول زيادة الرسوم المتفق عليها بقرار انفرادي منه أو إذا أخل بمستوى الخدمة المقدمة.

وقد عرفه القانون المدني السوري في المادة /634/ منه بأنه :

" التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذو صفة اقتصادية ويكون هذا العقد من جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن ".

وفي نطاق عقود الالتزام غالباً ما يكون للملتزم احتكار قانوني أو فعلي للمرفق العام موضوع الالتزام، وهو الأمر الذي يستوجب تنظيم نوع من الرقابة على الملتزم حتى لا يستغل هذا الاحتكار بشكل يؤدي إلى الإخلال بواجباته تجاه المنتفعين من المرفق، لأنه لو ترك الأمر للملتزم دون رقابة في جميع مراحل إنشاء المرفق وإدارته لكانت عواقب ذلك وخيمة، فقد يلجأ الملتزم إلى الاقتصاد في نفقات

---

[1]J.Rivero, J.Waline, Droit administratif,20ed,DALLOZ,2004,P.321.

A.de Laubadere,Traite des contrats administratifs ,2ed,1984.p 642.

إنشاء المرفق بحيث تصبح معدات المرفق وإنشائه صالحة في فترة الالتزام فقط، وتكون قد استهلكت تماماً عند تسليمها للدولة بعد انتهاء سنوات الالتزام[1].

ولمّا كان الأصل أن الإدارة هي المسؤولة عن تنظيم وإدارة المرافق العامة وعن ضمان انتظام سيرها، لذلك فهي تبقى مسؤولة عن إدارة المرفق العام وكفيلة لحسن سيره ،وانتظامه،حتى ولو عهدت أمر القيام بهذه المهمة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، ووسيلتها في ذلك هي رقابة الملتزم أثناء إدارته للمرفق موضوع الالتزام والتحقق من أنه ينفذ عقد الالتزام طبقاً لشروطه.

على أنه يلاحظ أن جهة الإدارة مانحة الالتزام تراعي دائماً وهي بصدد ممارستها للرقابة على الملتزم المواءمة بين عاملين هما:

1- كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق العام.

2- ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ولا تقف حقوق الجهة الإدارية مانحة الالتزام عند حد الرقابة فقط، بل يكون لها أيضاً حق تعديل بعض نصوص أو شروط العقد بالإرادة المنفردة، كما أن لها حق استرداد المرفق قبل نهاية مدته.إلا أن للملتزم من الحقوق ما يوازن بها سلطات الإدارة الكبيرة حتى لا تؤدي تلك السلطات إلى تخوف الأفراد من الإقدام على التعاقد مع الإدارة، وبالتالي تفقد الإدارة وسيلة ناجحة من وسائل تسيير وإدارة المرافق العامة. وأهم هذه الحقوق هو حق الملتزم في الحصول على المقابل النقدي من المنتفعين بخدمات المرفق موضوع الالتزام، وكذا حق الحصول على المزايا التي يقدمها مانح الالتزام مثل بعض التسهيلات المالية أو حماية الملتزم من

---

[1]FATOME(E.)et RICHER(L.): ((La nature juridique des contrars d'aménagement)),Mon.TP,3 septembre 1993p.34.

CE,28-7-1993,Commune de Chamonix –Mont-Blanc ,RDP1993,P.1452.

CE, 8-12-2004, société Eiffel-distribution,req.270432.

المنافسة، وحق توفير التوازن المالي للعقد في حالة تدخل الجهة مانحة الالتزام وممارستها لحقها الثابت في تعديل أركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام أو تعديل قواعد استغلاله بما ينتج عنه من زيادة في أعباء الملتزم المالية فيكون للملتزم في هذه الحالة المطالبة بتوفير التوازن المالي للعقد وإعادته إلى سيرته الأولى قبل تدخل الإدارة بالتعديل[1].

وعقد الالتزام بوصفه طريقة من طرق إدارة وتسيير مرفق عام ،فهو بتكوينه يضم مجموعة من النصوص والشروط التي تتعلق بتنظيم وإدارة المرفق العام وحسن سيره، وهذه النصوص والشروط لا تتعلق بالإدارة مانحة الالتزام والملتزم فقط، وإنما تتعلق بالغير ممن يحصلون أو يسعون للحصول على الخدمة التي يتولاها المرفق، ولهذا فإن عقد الالتزام يرتب حقاً للغير، وهذا الحق إما أن يكون قِبَل الإدارة مانحة الالتزام[2]، كحق اللجوء للقضاء لإلغاء القرارات الصادرة عن الإدارة بالمخالفة لشروط عقد الالتزام أو حق المطالبة بتمكينهم من الاستفادة بالمرفق موضوع الالتزام، وإما أن تكون هذه الحقوق قِبَل الملتزم [3]، مثل اقتضاء المنفعة التي يقدمها المرفق وحق المساواة بين المنتفعين.

وبالنتيجة يعدّعقد الالتزام من أهم العقود الإدارية[4]، الذي يكون الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من

---

[1] د. حسن محمد عبد المنعم الخيمي – مرجع سابق – ص3.

[2] G.Dupuis,La concession de service public,D.,1978,P.222.

[3] ود. سعاد الشرقاوي – مرجع سابق – ص202.وأيضاً:

LIORENS(F.)et SOLER– COUTEAUX(P.): ((Nature et contenu des contrats d'aménagement)),Ctt et MP,janvier2001,chron., N1,P.4

[4] د. عبد الله طلبة – القانون الإداري – الجزء الثاني – مديرية المطبوعات والكتب الجامعية – جامعة حلب – 1995 – ص305.

الزمن على أن يتعهد الملتزم بتأدية الخدمات للمنتفعين عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته مقابل الرسوم التي يحصلها منهم[1].

الفرع الثاني – عقد الـ B.O.T كصيغة متطورة لعقد الالتزام

خضع عقد التزام المرفق العام لعدة تطورات في نظامه القانوني كاسلوب إدارة للمرفق العام ومن أهم التطورات الحالية له وفقاً للفقه السائد[1] هو النظام المعرف بنظام الـ B.O.T.

---

[1] د. ابراهيم محمد عبد الحليم – آثار العقود الإدارية بالنسبة للغير – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – 1995 – ص305.

كما **عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه عقد إداري** يتولى الملتزم فرداً كان أو شركة بمقتضاه ،وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي ،واستغلاله ،مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تتضمنها الإدارة عقد الامتياز، د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص93.

كما **عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد الالتزام** بأنه ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد ،أو الشركات ،بمقتضاه ،وعلى نفقته ،وتحت مسؤوليته المالية ،بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح.(حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم /146/ بتاريخ 1956/3/25 س10 المجموعة ص259)

La concession: La définition la plus précise résulte d'un arrêt du Conseil d'État du 30 mars 1916 (Compagnie d'éclairage de Bordeaux, Lebon p.125, conclusions M. Chardonnet): " La concession est un contrat qui charge un particulier (ou une société) d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public. O. Raymundie " Gestion déléguée des services publics en France et en Europe, Le Moniteur, Collection Actualités juridiques 1995)

ويمكن تعريف عقد الـ B.O.T بأنه صورة جديدة من صور العقود الإدارية التي تستهدف القيام بمشاريع ضخمة، تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية (التي تسمى راعي المشروع)، القيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن، على أن تلتزم بإعادته إلى الدولة أو إحدى إداراتها أو مؤسساتها العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها[2].

واصطلاح عقود الـB.O.T هو اختصار لكلمات انكليزية ثلاث، وهي: البناء Build– والتشغيل Operate– ونقل الملكية Transfer[3].

ويشترط في عقد الـB.O.T توافر العناصر الآتية:

1- أن يكون العقد مبرماً بين جهة الإدارة وبين أحد أفراد القطاع الخاص.

2- أن يكون محل العقد هو إدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية.

3- أن يكون للعقد مدة زمنية محددة.

4- أن يبرم العقد وفق النظام القانوني المحدد له.

---

[1] د. مصطفى عبد المحسن الحبشي – الوجيز في عقود البوت – دار الكتب القانونية – المحلة الكبرى – 2008– ص 6.

و د. الياس ناصيف –سلسلة أبحاث قانونية مقارنة في عقد B.O.T – 2006– ص 92.

و د. جابر جاد نصار، التطور الحديث لعقود التزام المرفق العام طبقاً لنظام الـ B.O.T – دراسة مقارنة – طبعة 2001– ص98.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم/174/لعام 2009،والرأي /172/لعام2008 غير منشورين، ومن الفقهاء الذين عرفوا عقد الـ B.O.T أيضاً GAUDEMENT(Y.): les contrats de partenaiat public –prive : etude historique et critique , BJDCP 2004, P.331.

[3] ومن الصيغ الاخرى لنظام الاستثمار :B.T.Oوهي عقود البناء ونقل الملكية و التشغيل– وB.o.o وهي عقود البناء والتملك والتشغيل – و.B.O.O.T وهي عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية.

أولاً-أطراف عقد الـB.O.T :

أ) الجهة الإدارية: وهي الجهة الإدارية التي تكون أصلاً معنية بتنظيم المرفق العام وتقديم الخدمة للجمهور، ولذلك يغلب أن تكون شخصاً معنوياً عاماً مرفقياً، كالهيئات العامة، أو المؤسسات العامة كما قد تكون شخصاً معنوياً عاماً إقليمياً، كالمحافظات.

ب) المستثمر (شركة المشروع): وهو الطرف الثاني في عقد الـ B.O.T، وهو دائماً شخص من أشخاص القانون الخاص، والغالب أن يكون شركة، نظراً لضخامة الاستثمارات في هذا المجال، كما قد يكون المستثمر أجنبياً وهذا حال معظم الدول النامية التي تأخذ بهذا النظام.

ثانياً محل العقد:

يجب أن يكون محل العقد إدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة الاقتصادية، كمرفق المياه أو الكهرباء أو الاتصالات[1]. والمرفق العام هو عبارة عن مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته، ويقصد به أداء

---

[1] حديثاً في سورية من المشاريع التي تدار وفقاً لنظام الـ B.O.T أو وفقاً لنظام الـ B.O.O مشاريع توليد ونقل وتوزيع الطاقة الكهربائية وذلك وفقاً لما بينه الرأي الصادر عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري رقم /174/لعام 2009.وأيضاً المشاريع التي تتعلق باستثمار العقارات الخالية ببنائها واستغلالها ومن ثم نقل ملكيتها للإداة كما كحالة المشروع المتعلق باستثمار مبنى الهجرة والجوازات ومعهد الإعداد النقابي في حلب موضوع الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري رقم /641/ بالقضية /1575/بتاريخ 2011/3/31 غير منشور، وأيضاً المشروعات التي تتناول إنشاء مرائب للسيارات وبموجبها يتم إنشاء الأشغال اللازمة للمرآب واستغلالها ومن ثم نقل ملكيتها للإدارة عند انتهاء مدة العقد (كالعقد المبرم من قبل محافظة دمشق لاستثمار العقار رقم/1440/ بمنطقة ساروجة بدمشق لإنشاء مرآب سيارات وفقاً لنظام الـ B.O.T).

خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام[1]، وبناء عليه فإن المرفق العام لابد أن تتوافر فيه الخصائص الآتية:

1) أن يكون المرفق مشروعاً ذو نفع عام لتوفير خدمات عامة أوسد حاجات عامة.
2) يجب ألا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح، وإذا كانت إدارة المرفق تدر في بعض الأحوال ربحاً فإن ذلك إنما يأتي عرضاً وكغرض ثانوي، أما الغرض الأساسي فهو توفير الخدمات العامة وسد الحاجات العامة.
3) يجب أن يدير المرفق العام جهة الإدارة أوتنظمه وتشرف على إدارته، فالمشروع الذي يديره أفراد أو شركات أو جمعيات لا يكون مرفقاً ولو كان ذا نفع عام كما هوه الحال في الجمعيات الخيرية والمستشفيات الخاصة[2].

ثالثاً- مدة العقد:

يجب أن يكون عقد الـB.O.T محدد المدة، فلا يجوز أن يكون العقد أبدياً، أو لمدة غير محدودة، أو لمدة محددة ولكنها بالغة الطول، بل يجب أن تكون المدة معقولة بحيث تسمح للمستثمر أن يقتضي من استغلال المشروع ما يكافئ نفقاته وفوائد رأس المال الذي استثمره، وفي الوقت ذاتهتسمح لجهة الإدارة بتغيير طريقة إدارة المشروع ،أو المرفق ،بما يتناسب وتطور الظروف. وتعتبر المدة عنصراً جوهرياً في عقد الـ B.O.T يتوقف عليها تحديد كم الالتزامات المتبادلة بين

---

[1] د.ياسر أحمد الصيرفي – النظام القانوني لعقد الـ B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص – جامعة الكويت – مجلس النشرالعلمي- 2008 – ص 28.

[2] د. محمود محمد حافظ – نظرية المرفق العام – 1982-ص 33.

الأطراف، ومن ثم فإنه يعدّ من العقود الزمنية، ويخضع بالتالي للقواعد الخاصة بهذه العقود، وفي مقدمتها عدم رجعية آثار العقود[1].

رابعاً-النظام القانوني لعقدالـB.O.T :

يجب على الإدارة عند إبرام عقودها أن تراعي اعتبارين أساسيين:وهما تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة إضافة لتحقيق المصلحة الفنية الأفضل، ولتحقيق العاملين المذكورين فإن الطرق الأساسية لإبرام العقود العامة هي المناقصات والمزايدات إضافة لطرق أخرى تبررها دواعي المرونة في علاقاتها مع الغير.

والأصل أن الإدارة حرة في اختيار أسلوب التعاقد ما دام لا يوجد نص تشريعي يفرض عليها أحكاماً معينة، أما إذا كان هناك نص يلزم الإدارة بالتعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة فإنه يتعين عليها احترام هذا النص وإلا كان تعاقدها بغير الطريق المنصوص عليه تعاقداً باطلاً.

ومن هنا ينبغي التساؤل عن النظام القانوني الذي تخضع له عقود الـ B.O.T ؟.

ففي مصر يلاحظ أن القوانين الحديثة التي صدرت بشأن إبرام عقد الالتزام أو الـ B.O.T نصت على أن يتم اختيار شركة المشروع في إطار من المنافسة والعلانية[2]. وبناءً على ذلك طرح الفقه التساؤل التالي:هل هذا الشرط يمثل قيداً على حرية الإدارة في اختيار وسيلة التعاقد ؟.

---

[1] د.ياسر أحمد الصيرفي – الأثر الرجعي للفسخ في العقود االمستمرة – دار النهضة العربية – 1998 – ص 30.

[2] القانون رقم /100/لسنة1996 بتعديل بعض أحكام القانون رقم /12/لسنة 1976 في شأن هيئة كهرباء مصر – القانون رقم /229/لسنة 1996بتعديل بعض أحكام القانون رقم /84/ لسنة 1986 بشأن الطرق العامة – القانون رقم /3/لسنة 1997 في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة

ذهب جانب من الفقه إلى أن استلزام المشّرع أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية مؤداه أن اختيار الملتزم يتم وفقاً لقواعد المنافسة المعلنة من خلال إجراءات تنافسية شفافة، ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة الالتجاء إلى التعاقد المباشر، أو إجراءات المنافسة المحدودة[1].

بينما ذهب جانب آخر إلى القول بأن عقود الالتزام وفقاً لنظام الـ B.O.T تبرم عن طريق اللجوء إلى اسلوب المناقصة المحدودة. وأن هذا الأسلوب هو الأنسب لهذه العقود أخذاً بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الالتزام[2].

إلا أنه وفي ضوء وجود قواعد حددها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ذي الرقم /89/لعام 1998 والذي جاء بالمادة الأولى من قانون إصداره بأنه يسري على جميع وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية. فإن غالبية الفقه تتجه إلى القول بأن أحكام قانون المناقصات والمزايدات تعدّ الشريعة العامة في إبرام العقود الإدارية ،وتكون واجبة التطبيق على عقد الالتزام طالما أن اختيار المتعاقد في هذه العقود لم يرد بشأنه نص خاص، ولأن الهدف من اتباع قواعد هذا القانون هو الوصول إلى أفضل العروض. كما أن الطابع الشخصي لعقد الالتزام لا يتعارض وقواعد هذا القانون الذي نظم المناقصة المحدودة إلى جانب المناقصة العامة مراعاة منه لهذا السبب، وإذا كانت المادة

واستغلال المطارات وأراضي النزول – القانون رقم /22/ لسنة 1998 بإضافة مادة جديد ة إلى القانون رقم /1/لسنة 1996 في شأن الموانئ التخصصية.

[1] د. هاني صلاح سري الدين – التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – 2001– ص229.

و د. وجابر جاد نصار – عقود الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام – مرجع سابق– ص112.

[2] د. إبراهيم الشهاوي –عقد امتياز المرفق العام B.O.T – دراسة مقارنة –الطبعة الأولى – 2003– ص98 وص 180.

الثانية من المناقصات والمزايدات لم تنص صراحة على عقد الالتزام، واكتفت فقط بذكر عقود التوريد والخدمات والأشغال العامة، فإن ذلك لا يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون على عقود الالتزام لأن هذه العقود تتضمن أشغالاً عامة وتوريدات[1].

في سورية لا يوجد نص تشريعي خاص ينظم عقود الـB.O.T كنظام استثمار جديد[2].كما أنه وبالرجوع لنظام العقود الصادر بالقانون رقم/51/ لعام 2004 لم يتضمن نصاً خاصاً بهذه الفئة من العقود، إلا أنه قضى في المادة الثانية منه بأن يطبق هذا النظام على جميع الجهات العامة في الدولة سواء كانت من القطاع الإداري ،أو الاقتصادي ،أو الإنشائي ،باستثناء وزارة الدفاع والمؤسسات والشركات التابعة لها غير الإنشائية. وفي ضوء ذلك انتهى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري إلى أنه ولما كان نظام العقود الصادر بالقانون /51/لعام 2004هو القانون الناظم لجميع الطرق والإجراءات التي يتوجب على الجهات العامة كافة اتباعها عند إبرامها لأي عقد من العقود، ويمثل ذلك مبدأ عاماً، ولما كان نظام العقود المذكور قد جاء بالنص على الاستثمار كطريقة من الطرق التي تسلكها الجهات العامة لاستغلال أموالها إلا أنه لم يحدد صيغة أونظام معين للاستثمار، الأمر الذي يجعل من صيغة الاستثمار المذكورة وفقاً لنظام الـB.O.T خاضعة لنظام العقود الصادر بالقانون رقم/51/ لعام 2004 عند إعلان الإدارة لإرادتها للتعاقد[3]. وبناءً عليه انتهى القسم المذكور

---

[1]د.ياسر أحمد الصيرفي – النظام القانوني لعقد الـ B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص – مرجع سابق – ص 81.

د. إبراهيم الشهاوي – مرجع سابق – ص98 وص 99.

[2]إلا أنه صدر القرار رقم /100/ بتاريخ 5/5/ 2005عن رئيس المجلس الأعلى للسياحة والمتضمن في مادته الأولى اعتماد نظام الاستثمار وفق صيغة الـ B.O.T ولمدة تصل إلى /49/عاماً.

[3]الرأي الصادر عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري رقم /174/لعام 2009 غير منشور.

بأنه وتطبيقاً لنظام العقود في سورية فإنه يمكن للإدارة وعند فشل المزايدة لمرتين متتاليتين أن تتعاقد بالتراضي ووفقاً لنظام الـ B.O.T[1].

ويعود السبب في ازدياد اللجوء لنظام الـB.O.T في الآونة الأخيرة ازدياد تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية، تحقيقاً لسياسة الدولة في سبيل تقديم الخدمة العامة بشكل أفضل، خاصة مع ما تحمله هذه المشاريع من المخاطر في مراحلها المختلفة، كما أن عقود البوت أصبحت آلية مهمة من آليات الاستثمار الأجنبي ونقل التكنولوجيا بين الدول[2].

ولعل من أهم مزايا نظام البوت هوإقامة المشروعات والمرافق والبنية الأساسية التي تحتاجها الدولة لتحقيق التنمية في شتى المجالات، والحصول على أحدث وسائل التقنيات الحديثة التي يستلزمها إقامة هذه المشاريع، مع التخفيف عن كاهل الموازنة العامة والحد من دورها في مجالات النشاط الاقتصادي، حيث يقوم القطاع الخاص بتمويل إنشاء بعض المشروعات ،مما يمكن الدولة من استثمار أموالها في المشروعات التي لا يرحب القطاع الخاص باستثمار أمواله بها. كما يجنب الدولة الاقتراض من الخارج ومعالجة إحجام البنوك الأجنبية عن تقديم القروض للدولة في كثير من الحالات.

أما ما يؤخذ على هذا النظام للاستثمار فهو أثره السلبي على مصادر التمويل المحلي، فقد تلجأ الشركات غير الوطنية التي يتم التعاقد معها للبنوك المحلية للحصول على التمويل الكامل لتنفيذ المشروع، هذا بالإضافة إلى تحويل أرباحها لخارج البلاد.كما يعد من العيوب أيضاً استخدام العمالة الأجنبية، بالإضافة إلى التكلفة العالية لإعداد عقود البوت نتيجة الاستعانة بالخبراء

---

[1] الرأي الصادر عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري رقم /119/لعام 2010 غير منشور.

[2] د.ياسر أحمد الصيرفي – النظام القانوني لعقد الـ B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص – مرجع سابق – ص 81.

والمستشارين الأجانب، إلى جانب أن أغلب عقود البوت تشترط الثبات التشريعي وعدم تغيير التشريعات التي أبرم العقد في ظلها مما قد يحرم الدولة الكثير من العائدات[1].

المطلب الثاني: خصائص عقد الالتزام

يتكوّن عقد الالتزام من مزيج من الشروط التي تضفي عليه بعض الخصائصالتي يمتاز بها وذلك من خلال الحقوق التي تتمتع بها الجهة مانحة الالتزام، ذلك أن الجهة العامة تتمع في إطار عقد الالتزام وإضافة للحقوق الواردة لها ضمن نطاق العقود الإدارية، بحقوق تتصل بالمنتفع الغير عن عقد الالتزامفي مواجهة الملتزم. وتعود هذه الحقوق الممنوحة للسلطة مانحة الالتزام إلى أن عقد الالتزام يستهدف تسيير مرفق عام، وإن إدارة المرفق العام عن طريق الالتزام لا يعني أن الإدارة قد تخلّت عن المرفق العام، كما لا يعني انعدام مسؤولية الإدارة وانعدام واجباتها، بالتاليفالإدارة على الرغم من كل شيء تبقى هي المسؤولة الأولى عن حسن سير وانتظام المرافق العامة بأسرها[2]، ولهذا فإن عقد الالتزام يرتب لها حقوقاً ثلاثة وهي:

الفرع الأول: حق الرقابة والإشراف على إنشاء وإدارة المرفق موضوع الالتزام.

الفرع الثاني: حق تعديل بعض نصوص أو شروط العقد.

الفرع الثالث: حق استرداد المرفق قبل نهاية مدته.

---

[1]أ- محمد فكري عطا الله عبد المهدي –التزامات شركة المشروع في عقود الـ B.O.T – رسالة ماجستير – كلية الحقوق - جامعة القاهرة – 2004- ص15.

[2]MicHon(J.): Les concession d'aménagement , ed. du Moniteur ,2006 ,p.123.
ود.عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري – عام 1982 – دار النهضة العربية – ص138.

الفرع الأول- حق الرقابة والإشراف على إنشاء وإدارة المرفق موضوع الالتزام:

الأصل أن الإدارة هي المسؤولة عن تنظيم وإدارة المرافق العامة، وعن ضمان انتظام سيرها، فإذا ما عهدت بأمر القيام بهذه المهمة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص تبقى مسؤولة عن إدارة المرفق العام ،وكفيلة لحسن ،سيره وانتظامه. ووسيلتها في ذلك رقابة الملتزم أثناء إدارته للمرفق موضوع الالتزام والتحقق من أنه ينفذ عقد الالتزام طبقاً لشروطه[1].

وحق الرقابة والإشراف لا يقتصر على مجرد التحقق من أن المتعاقد مع الإدارة يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، وإنما يتعدى ذلك إلى تدخل الإدارة في أوضاع تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد معها إلى استعمال طرق في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها الملتزم إذا كان في ذلك صالح المرفق، ولا يكون هذا إلا في الحالات التي سكت العقد عن تنظيمها ،وتحديد طرق معينة للتنفيذ، وإلا عدّ تدخل الإدارة في أوضاع التنفيذ بمنزلة تعديل لشروط العقد.

وتتم الرقابة بأعمال مادية كالتفتيش ،والزيارة ،والمراجعة ،وطلب البيانات ،والإحصاءات ،والفحص على أعمال المرفق موضوع الالتزام لمراقبة سيره من النواحي الفنية ،والإدارية ،والمالية.

وللرقابة صورتان:

الصورة الأولى: يقتصر فيها حق الإدارة على مراقبة التنفيذ والتحقق من أن المتعاقد ملتزم بشروط العقد.ويطلق عليها سلطة الإشراف.

الصورة الثانية: تقوم فيها الإدارة بتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طرق التنفيذ التي تراها مناسبة،ويطلق عليها سلطةالتوجيه[2].

---

[1] د. حسن محمد عبد المنعم الخيمي – مرجع سابق – ص3.

[(2)] د. توفيق شحاتة – مبادئ القانون الإداري – الجزء الأول – طبعة 1954 – 1955 – ص790.

وتختلف سلطة الإشراف عن سلطة التوجيه في مدى كل منهما.فسلطة الإشراف نوع من أنواع الرقابة اللاحقة، أي تلك التي تتم ممارستها على نتائج نشاط المرفق، وهي بذلك تحكم أعمالاً انتهت وتمت، كما تفيد أن كلاً من إدارة المرفق والرقابة عليها عملان منفصلان عن بعضهما، وعلى ذلك فإن هذا النوع من الرقابة يفترض وجود سلطتين قانونيتين كل منهما مستقلة عن الأخرى.

أما سلطة التوجيه فهي رقابة مسبقة، وفي ظل هذا النوع من الرقابة يوجد اتصال مستمر بين أجهزة الإدارة وأجهزة الرقابة، بمعنى أنّ إرادة جهاز الإدارة تتأثر بشكل كبير بإرادة جهاز الرقابة إلى الحد الذي يمكننا معه القول إن إرادة جهاز الإدارة في المرفق لابد أن تتلاقى مع إرادة جهاز الرقابة حتى يترتب عليها أثر معين، ولذلك لا تعدّ الرقابة السابقة مجرد رقابة بل هي مشاركة حقيقية في الإدارة واتخاذ القرارات بالقدر الكافي لضمان حسن سير المرفق العام وانتظامه.

وسلطة الإدارة في الرقابة لها حدود يتعين الوقوف عندها، فهي ليست سلطة مطلقة، وإنما محدودة بقيود يقتضيها توفير ضمانات للمتعاقد معها، تحميه من تعسفها وحتى لا يؤدي استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والتوجيه إلى أن تعدل موضوع العقد، وإنما يجب أن تظل ممارسة هذه السلطة في الحدود التي تقتضيها طبيعة العقد، والقاضي الإداري في النهاية يراقب استعمال الإدارة لحق الرقابة والتوجيه بما يجعله متفقاً مع الصالح العام وفي حدود مقتضيات المرفق العام لضمان سيره بانتظام واطراد دون أن تسيء الإدارة استعمال سلطتها. وسوف نتناول سلطة الرقابة وفقاً للآتي:

1- أساس حق الرقابة والإشراف.

2- مظاهر سلطة الرقابة والإشراف.

و د.حسين درويش عبد العال – النظرية العامة في العقود الإدارية – الجزء الثاني – الطبعة الأولى سنة 1958 – ص9 وما بعدها.

3- حدود سلطة الرقابة والإشراف.

أولاً - أساس حق الرقابة والإشراف

وتبنى سلطة الإدارة في الرقابة على أساس أن هذه الرقابة في عقد الالتزام هي أثر من آثار نظام الالتزام ذاته، فالإدارة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق والملتزم لا يخرج عن كونه معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، ولا يعدّ منح الالتزام تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة عنه، وهي في سبيل ذلك تباشر الرقابة والتوجيه على الوجه الذي يكفل للمرافق العامة حسن تسييرها[1].

وقد يقصد بالرقابة المعنى الضيق الذي لا يتعدى مجرد التحقق من أن المتعاقد مع الإدارة يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، ويطلق على هذه الصورة سلطة الإشراف أو يقصد بها المعنى الواسع الذي يتجاوز التحقق من تنفيذ العقد إلى حد التدخل في أوضاع التنفيذ وتغيير بعض هذه الأوضاع ،وتسمى هذه الصورة سلطة التوجيه.

وسوف نعرض للأساس القانوني لسلطة الرقابة بمعناها المزدوج (الضيق والواسع) موضحين الخلاف الذي دار بشأنها والآثار التي ترتبت على ذلك.

أ) سلطة الإشراف

لا شك أن العقد الإداري رغم تضمينه شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، إلا أنّه عقد بمعنى الكلمة وسلطة الإشراف التي تنحصر في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه نجد لها مرادفاً في عقود

---

[1]PECRAN (A.) et BONAMY(P.):Les concessions d'aménagement en pratique, Litec,2007,p.142.

د. محمود حلمي - العقد الإداري - الطبعة الأولى 1974 - ص68.

القانون الخاص[1](عقود العمل مثلاً) التي يراقب فيها كل متعاقد الطرف الآخر للتحقق من تنفيذ الالتزامات المتبادلة بينهما، وبالتالي لا تكون سلطة الإشراف بهذا المعنى استثناء من القواعد العامة، وإنما هي أثر من آثار العقد ذاته وسلطة الإشراف معترف بها حتى ولو لم ينص عليها في العقد. إلا أن البعض في فرنسا أنكر هذه السلطة في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط وعدم النص عليها في القوانين واللوائح[2].

وهناك من يقر بهذه السلطة، فيقول الأستاذ "دو لوبادير" أن الرأي متفق على أن سلطات الرقابة توجد خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط، فإذا قررتها الشروط فهي تقتصر على تنظيمها وتحديدها، ومن ثم فسلطة الرقابة في عقد الالتزام ليست قاصرة على ما تقرره هذه النصوص، فالإدارة تستطيع أن تخرج على التحديد الوارد بها وتمارس سلطات رقابية غير المنصوص عليها، وذلك بحسبان أن تنظيم الرقابة يعدّ جزءاً من الشروط اللائحية في دفتر الشروط، ويضيف "دو لوبادير" ولكننا هنا لا نكون إلا بصدد رقابة بالمعنى الضيق أي رقابة إشراف على تنفيذ نصوص دفتر الشروط، وليس للإدارة سلطة توجيه في تنفيذ العقد إذ إن الملتزم هو سيد الاستغلال أي سيد الوسائل اللازمة لتسيير المرفق[3].

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بذلك في حكمهالصادر بتاريخ 1903/1/23 والخاص بامتياز استغلال بعض خطوط السكك الحديدية الاقتصادية Chemins de la fereconomique حيث اتخذ أحد المديرين قراراً يرغم فيه الشركة الحاصلة على الامتياز بتسيير قطارات إضافية واستند في ذلك

---

(1)سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – طبعة عام1991 – ص395.

(2)Jean Rivero, Droitadministratif, quatrieme edition Paris, 1970.P.17.

3A.De Laubadere.contrats,op.cit.,p.352.

د. أحمد عثمان عياد – رسالته عن "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية" سنة 1973 – ص311.

إلى اللائحة الإدارية الصادرة تنفيذاً لقانون/ 1881/6/21م الخاص بنظام الترام والسكك الحديدية المحلية والتي نص فيها على " أنّ للمديرين الحق في تحديد سرعة القطارات وعددها" فاحتجت شركة الامتياز واستندت من جهتها إلى المادة /14/ من قائمة الشروط المرفقة بعقد التزامها والتي لم تتعهد فيها الشركة إلا بتسيير قطارين فقط في فصل الشتاء وأربعة في فصل الصيف، وقالت إنّ الإدارة باتفاقها مع الشركة على النص المذكور تنازلت عن حقها في زيادة عدد القطارات، وقد أقرها مجلس الدولة على رأيها في حكم 1903/1/23عندما قضى بأنه لا يمكن زيادة عدد القطارات عن العدد المتفق عليه في العقد إلا برضاء الطرفين، وصدر هذا الحكم بناءاً على دفاع مفوض الحكومة Teissier الذي أخذ في دفاعه بالتمييز بين سلطة التنظيم التي لا يمكن التنازل عنهاوسلطة الاستغلال الممكن التنازل عنها في عقد الامتياز[1].

ويتضح أن الحكم السابق أغرق في الاحتفاظ بالنظرية التعاقدية، وغض البصر عما تتطلبه المرافق العامة من أن تكون لجهة الإدارة الكلمة العليا في شؤونها، وعمل على إعلاء نصوص عقد الالتزام المرتبطة بتسيير المرفق على لوائح الضبط المنظمة لمرفق التزام والسكك الحديدية المحلية، وجعل كلمة العقد هي الكلمة العليا مؤثراً مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

أما في مصر وسورية[2]فلا يوجد خلاف على أن سلطة الإشراف سلطة مقررة للإدارة قِبَل الملتزم سواء نص عليها في وثيقة الالتزام أو لم ينص عليها بل ولو نص على شروط تعاقدية تخالفها، بحسبان أنّ الرقابة والإشراف تستمد أساسها

---

[1]د. وحيد فكري رأفت – القانون الإداري – الجزء الأول – سنة 1939 – ص428.

[2] حيث تنص المادة/26/ من المرسوم رقم /450/ لعام 2004 والمتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود السوري على أن : " يعتبر المهندسون والمراقبون الذين تعهد إليهم الجهة العامة بمسؤولية المراقبة والإشراف على تنفيذ الأعمال ممثلين عنها في مراقبة كل ما يتعلق بصحة تطبيق أحكام العقد وتنفيذ المخططات والمواصفات الفنية والتعليمات التي تصدرها للمتعهد أثناء العمل....".

مـن فكـرة المرفـق العـام لا مـن النصـوص التنظيميـة العامـة ولا مـن النصـوص التعاقدية الخاصة بعقد معين.

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا في حكمها الصادر بجلسة 1957/4/20 حيث قضت بأن "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود[1].

ولا تعدو الأحكام التي تتضمنها النصوص التنظيمية العامة أو النصوص التعاقدية إلا أن تكون منظمة لتلك الرقابة التي تملكها الإدارة أصلاً حتى إذا لم ينص عليها في العقد أو نص على ما يخالفها[2].

في حين يرى جانب آخر من الفقه أنّ الشروط التي تحتفظ للإدارة بسلطة الرقابة والإشراف والتوجيه في تنفيذ العقد ضماناً لحسن أداء المتعاقد لالتزاماته، لا تعدّ شروطاً استثنائية في كل الأحوال لأنه يمكن النص عليها في عقود الأفراد، ولكنها تعدّ استثنائية إذا تضمنت سلطات أوسع ودرجة أعلى من تلك التي

---

(1) طعن رقم /1520/ لسنة 2 ق – جلسة 1957/4/20 – الموسوعة الإدارية الحديثة – مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع منذ عام 1946 حتى 1985.

(2) د. توفيق شحاتة – مبادئ القانون الإداري – الجزء الأول – الطبعة الأولى سنة 1954 – 1955 – ص790.

تتضمنها عقود الأفراد. أي أنّ هذه الشروط تعتبر استثنائيه في بعض الأحوال وفي أحوال أخرى لا تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يتضمنها[1].

ب) سلطة التوجيه

لما كانت الرقابة المتمثلة بسلطة الإشراف غير كافية كونها تأتي في الغالب متأخرة حيث يتم ممارستها على نتائج نشاط المرفق، لذلك كان لابد أن يضاف إليها نوع من الرقابة الوقائية المتمثلة بسلطة التوجيه والتي تعتبر مشاركة حقيقية في إدارة المرفق واتخاذ القرارات.

ولا تقتصر سلطة التوجيه على مجرد رقابة الملتزم للتأكد من أنه ينفذ العقد طبقاً لشروطه، ولكنها تتعدى ذلك إلى مراقبة وتوجيه أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض تلك الأوضاع في غير الحالات المنصوص عليها في العقد حتى لا نكون بصدد سلطة أخرى هي سلطة تعديل العقد، فلو نص العقد على التنفيذ بطريقة معينة لا يجوز تغيير هذه الطريقة بمقولة ممارسة الرقابة والتوجيه ،فهنا نكون بصدد تغيير وتعديل في نص من نصوص العقد[2]. ويرى الفقيه "جيز" أن للإدارة سلطات واسعة جداً في الرقابة تشمل الإشراف والتوجيه في عقد الالتزام وأن هذه السلطات توجد بذاتها دون حاجة إلى النص عليها في العقد أو في دفتر الشروط بل إنها توجد ولو نص العقد على استبعادها[3].

وقد أصبح من الثابت فقهاً وقضاءً وعملاً في فرنسا أن جميع نصوص عقد الامتياز الخاصة بسير المرفق ونظام العمل به هي عرضة للتغير من جانب الإدارة حسبما تقتضيه الظروف والصالح العام دون توقف على إرادة الملتزم، وأنّ

---

(1) د. ثروت بدوي – المعيار المميز للعقد الإداري – بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد – السنة السابعة والعشرون– سبتمبر/أيلول – ديسمبر/كانون1 1957 ص151 وما بعدها.

(2) د. محمود عاطف البنا – العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية ص194.

[3] Jèzè, principes des contrats, op.cit, p.336.

حق الإدارة في الرقابة يتسع ليشمل إلى جانب سلطة الإشراف سلطة التوجيه، ولها التدخل لتغيير طرق التنفيذ وكيفيته إن كان في ذلك صالح المرفق العام.

أما في مصرفقد بدأ الاستناد على النظريات الحديثة التي تسمح للإدارة بالتدخل وتوجيه المتعاقد معها إلى اختيار أفضل الطرق لتنفيذ العقد، وقد سارت المحكمة الإدارية العليا في هذا الاتجاه فقررت بصدد عقد التزام مرفق النقل الداخلي بمصيف رأس البر أنّ "إسقاط الالتزام للأخطاء الجسيمة التي ارتكبها الملتزمان في إدارة المرفق وتسييره يعدّ جزاءاً مشروعاً لا مجال معه للمطالبة بتعويض ما، ذلك أنّه وأياً كان حجم الضرر الذي أصاب الملتزمين – فيما لو صح أن ثمة أضرار حاقت بهما من جرائه – فإنه يرجع إلى خطئهما، حيث كشفت الأوراق عن مخالفات جسيمة ارتكبها الملتزمان هددت المرفق بالانهيار والتوقف مما اضطر معه المجلس البلدي إلى إسقاط الالتزام بمقتضى حقه المشروع في رقابة المرفق ومسؤوليته عن ضمان سيره بانتظام، وتمثلت هذه الرقابة في تقارير الفحص الفني للسيارات المستخدمة في مرفق النقل الداخلي موضوع القضية فضلاً عن تقارير الرقابة على الأماكن المخصصة للركاب وأيضاً مراقبة التعريفة المحددة من قِبَل الجهة مانحة الالتزام"[1].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنّ "من حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد جرى على أنّ العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /110/ لسنة 13 ق جلسة 1977/12/20 – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر/تشرين1 سنة 1955 إلى آخر ديسمبر/كانون1سنة 1995 – ص670.

العامة على المصلحة الخاصة للأفراد ويترتب على ذلك أنّ للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية"[1].

ويرى أغلب الفقهاء أن سلطة الرقابة المعترف بها للإدارة تشمل إلى جانب سلطة الإشراف أيضاً سلطة التوجيه للمتعاقد معها، والتدخل واختيار طرق تنفيذ غير تلك التي يستخدمها الملتزم ،طالما أنّ هذه الطرق غير منصوص عليها في عقد الالتزام،وأن الأساس القانوني لسلطة الرقابة على العموم في حالة عدم النص عليها في العقد هو الطبيعة القانونية للمرفق العام[2].

ثانياً – مظاهر سلطة الرقابة والإشراف:

تحرص دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الالتزام في فرنسا على تنظيم سلطات الإدارة في الرقابة والإشراف هذا الشأن[3].

كما جعل المشّرع المصري لسلطة الرقابة والإشراف عدة مظاهر مختلفة، فقد تكون رقابة فنية أو إدارية أو مالية على المرفق موضوع الالتزام.وعليه تتجلى مظاهر الرقابة من قبل الإدارة بالآتي :

---

(1)حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /156/ لسنة 35 ق جلسة 1992/4/28 – الموسوعة الإدارية الحديثة – مبادئ المحكمة الإدارية العليا منذ عام 1985 حتى عام 1993 – الجزء الخامس والثلاثين – ص363.

(2)د. محمود عاطف البنا – العقود الإدارية مع دراسة خاصة – مرجع سابق الإشارة إليه ص 194.

و د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص395.

و أ. حسين درويش عبد العال – النظرية العامة في العقود الإدارية – مرجع سابق – ص9.

و د. محمد الحسين و د. مهند نوح – مرجع سابق – ص232.

(3) Richer (L.) op.cit, p.234.

1) <u>الرقابة الفنيّة:</u>

ويقصد بها الإجراءات التي تقوم بها الإدارة للتأكد من أنّ استغلال وتشغيل المرفق العام موضوع الالتزام يتم وفقاً للشروط الفنية المتعارف عليها، والتي غالباً ما يتم النص عليها في دفتر الشروط.

ففي فرنسا تنظم دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الامتياز سلطات الإدارة في شأن الرقابة الفنية وتبين حدودها وأهدافها، ففي عقود امتياز القوى الهيدروليكية يكون لموظفي الإدارة الحق في الدخول إلى مناطق الاستغلال للاطلاع على الوثائق الفنية،وإجراء الاختبارات اللازمة على منسوب القوى[1]، وقد كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ البداية يؤيد حق الإدارة في الرقابة الفنية للملتزم والتي تتعدى سلطة الإشراف وتصل إلى سلطة التوجيه للملتزم في اختيار طرق التنفيذ الفنية الأكثر ملاءمة[2].

---

(1)د. محمد سعيد أمين – المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية – مرجع سابق – ص170.

(2)د. أحمد يسرى – أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي – مرجع سابق – ص57.

ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 10 /1902/1 والمعروف بحكم "غار ديفي ليه "روان وتخلص وقائعه في أنّ بلدة ديفي ليه روان منحت شركة الغاز امتياز الإضاءة بالغاز في سنة 1874م وتم تجديد عقد الامتياز لمدة أخرى في سنة 1887م في وقت كانت فيه الإضاءة بالكهرباء استعملت في البلديات المجاورة وطالبت البلدة الملتزم بأن يكفل الإضاءة العامة والخاصة بالكهرباء ولكن رفض ملتزم الغاز هذا الطلب فاتجهت البلدة إلى شركة كهرباء تعرض عليها التزام الإضاءة بالكهرباء، وعندئذٍ أقامت شركة الغاز دعوى تعويض عن الضرر الناشئ لها من الترخيص الممنوح لشركة الكهرباء ومخالفة الاحتكار المنصوص عليه في عقدها. وبعرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي قضى بأنّ اتفاق سنة 1874 تم تجديده عام 1887م في وقت كانت الإضاءة بالكهرباء موجودة فعلاً وأن إبرام الاتفاق دون النص صراحة على منح التزام الإضاءة بالكهرباء إلى شركة الغاز يعني أن لشركة الغاز امتياز تحقيق الإضاءة بأي وسيلة كانت ولكن للبلدة حق في تحقيق ذلك بالكهرباء بمنح التزامها إلى الغير في حالة رفض شركة الغاز القيام بذلك بعد إعذارها وهذا القضاء يؤدي إلى إلزام الملتزم بمواءمة المرفق سواء للثورة الفنية أو للتزايد في حاجات السكان.

كما قد تتضمن اتفاقيات الامتياز البترولية في مصر تنظيم سلطات الرقابة الفنية على الملتزم.

وذات الأمر في سورية حيث يلجأ غالباً وخاصة في العقود التي تحتاج خلال مرحلة تنفيذها إلى دراية فنية إلى قيام الجهة العامة بندب أصحاب الخبرة للإشراف على الأعمال التي تتم من الناحية الفنية والطلب من المتعهد استدراك أي نقص فني حال قد يؤدي للإضرار بحسن سير المرفق[1].

2) <u>الرقابة الإدارية:</u>

يقصد بالرقابة الإدارية مجموعة السلطات التي تستعملها الجهة مانحة الالتزام بقصد ضمان سير المرفق العام موضوع الالتزام ،واحترام شروط العقد من جانب الملتزم، والرقابة الإدارية على المرفق موضوع الالتزام تشمل حق الجهة مانحة الالتزام في تعيين مدير المرفق، والمشاركة في إعداد برامج إدارة المرفق ومتابعة تنفيذها، والتأكد من أن الملتزم يعهد إلى مدير المشروع بالسلطات الكافية التي تمكنه من تنفيذ تعليمات الحكومة، وتشارك الجهة مانحة الالتزام الملتزم في إعداد برامج تدريب العاملين ومتابعة تنفيذها حتى يمكن استبدال الموظفين الأجانب العاملين في المرفق بالوطنيين، وذلك حرصاً على مصلحة المرفق العام بأن يكون هناك من الموظفين الوطنيين القادرين على إدارته وحتى لا يترتب على استرداد المرفق موضوع الالتزام في نهاية مدته أن يتوقف المرفق إذا ما قام الملتزم بسحب العمالة الأجنبية العاملة بالمرفق.

---

[1] حيث تنص المادة/26/ من المرسوم رقم /450/ لعام 2004 والمتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود السوري على أن : " يعتبر المهندسون والمراقبون الذين تعهد إليهم الجهة العامة بمسؤولية المراقبة والإشراف على تنفيذ الأعمال ممثلين عنها في مراقبة كل ما يتعلق بصحة تطبيق أحكام العقد وتنفيذ المخططات والمواصفات الفنية والتعليمات التي تصدرها للمتعهد أثناء العمل....".

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي لجهة الإدارة ممثلة في مدير الإقليم بحقه في إقرار مواعيد القطارات والأمر بالتعديلات اللازمة فيها لكفالة السير العادي للمرفق تحقيقاً لصالح جمهور المنتفعين[1].

1) <u>الرقابة المالية:</u>

ويُقصد بها قيام الجهة مانحة الالتزام بالتفتيش على حسابات الملتزم كافة المتعلقة باستغلال المرفق موضوع الالتزام، ويكون ذلك عن طريق لجنة خاصة يتم تشكيلها لهذا الغرض أو جهاز محاسبي حكومي يعهد إليه بهذه المهمة. وعادة ما تنص عقود الالتزام على أن يمسك الملتزم دفاتر حسابات منتظمة وفقاً للقواعد المحاسبية التي يحددها العقد أو القواعد المحاسبية المعمول بها والمتعارف عليها، ويكون للإدارة وفقاً لهذه السلطة مراجعة الميزانيات التي يقدمها الملتزم والحسابات الختامية ويكون لها رفض المصروفات المبالغ فيها.

ويتضح مما سبق أن الرقابة المالية للملتزم غايتها أمرين: <u>الأول</u> الحفاظ على حقوق الجهة مانحة الالتزام في اقتضاء الرسوم المحددة في العقد، و<u>الثاني</u> رقابة الملتزم في إدارته للمرفق العام للتأكد من أنه يراعي الأصول العلمية للحفاظ على استمرار المرفق في أداء مهمته دون الإغراق في طلب الربح الوفير، ودون مراعاة لمتطلبات المرفق وما يقتضيه سيره من توفير نفقات ومصروفات لتأمين انتظام سير المرفق.

---

[1] وذلك في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة الفرنسية للترام الصادر في 21/3/ 1910الذي يتلخص في أن مدير إقليم مصبب الرون حدد مواعيد خدمة الترام في الصيف بما نتج عنه تحمل الشركة العامة الفرنسية للترام بأعباء نتيجة زيادة عدد عربات الترام القائمة بالخدمة وذلك لسد حاجات السكان المتزايدة، وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أنّ قرار المدير قد اتخذ في حدود السلطات التي عهدت إليه مذكور عند د. أحمد يسرى – أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – مرجع سابق – ص25.

وفي فرنسا أقر القضاء الفرنسي حق الإدارة في مباشرة الرقابة المالية قِبَل الملتزم على نطاق واسع وذلك في حكمه الصادر في 1930/7/18 في قضية شركات السكك الحديدية P.L.M.[1].

ثالثاً- حدود سلطة الرقابة والإشراف:

تبين لنا من استعراض مظاهر سلطة الرقابة والإشراف التي تمارسها الإدارة على الملتزم في عقود الالتزام أنّها مظاهر متعددة، فهي سلطة واسعة تمارسها الإدارة لأجل استمرار إدارة المرفق العام موضوع الالتزام، وفقاً لمستلزمات الصالح العام، غير أن ذلك لا يعني أنّها سلطة مطلقة لا ترد عليها أي قيود، بل بالعكس هناك قيود على ممارسة سلطة الرقابة تجب مراعاتها من قِبَل الإدارة.

حيث يجب على جهة الإدارة مانحة الالتزام أن تراعي دائماً وهي بصدد ممارستها للرقابة على الملتزم المواءمة بين عاملين:

أولهما: كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق العام محل عقد الالتزام، فالملتزم هو الذي يدير المشروع والسلطة العامة تراقبه، أما إذا تدخلت السلطة العامة مباشرةً في إدارة المشروع، فإن هذا يغّير من طبيعته ،ويحوله إلى استغلال مباشر ،وليس التزام[2].

والثاني: هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك من خلال إعمال سلطتها في الرقابة والتوجيه على أن يكون ذلك بباعث من المصلحة العامة، وبغرض يقتضيه حسن سير المرفق موضوع الالتزام.

ويترتب على تحقيق المواءمة بين العاملين السابقين بعض القيود التي يمكن أن ترد على حرية الإدارة في هذا الإطار نبينها كالآتي:

---

(1)CE, 18 Jiullet 1930.Société P.L.M. R.D.P, 1931 P.142.

[2]تقرير مفوض الحكومة جوس في قضية P.L.M. الاصدر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في 18 يونية 1930 – مجلة القانون العام سنة 1931 – ص412.

أ) أن تكون الرقابة في الأغراض التي تتصل بحسن سير المرفق العام: فمن المقرر أن سلطة الإدارة في رقابة تنفيذ وإدارة الملتزم للمرفق العام وإدارته، يجب أن تقف عند الحد الذي لا تؤدي فيه إلى إرباكه،أو إلى خلق صعوبات في التنفيذ، أي أن سلطة الإدارة في الرقابة ليست سلطة مطلقة المدى، وإنما هي سلطة مقّيدة بقيد أن يكون هدفها انتظام سير المرفق العام ،وعدم تعطيل أعماله ،أو عرقلة سيرها، فهذه الرقابة لها حدودها التي لا تتعداها إذ إنها لا تعني أن تتدخل الإدارة تدخلاً عميقاً في إدارة المرفق العام فتفرض وصايتها على أعمال الملتزم، مثل أن تطلب منه الحصول على إذنها لإتمام بعض العقود،أو التعهدات المالية[1]. وإنما تقف عند حد مراقبة تنفيذ عقد الالتزام للتحقق من التزام المتعاقد بشروطه، ولها إعطاؤه التوجيهات والتعليمات التي يستلزمها التنفيذ الدقيق لضمان حسن سير المرفق العام، فكل ما يهم الإدارة هو التأكد من سير عمليات المرفق بانتظام، وبطريقة تمكّن المنتفعين من الحصول على خدمات المرفق دون مشكلات أو تعقيدات[2]. ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1980/11/22 بأنّ :" مهمة مهندس العقد المشرف على تنفيذه هي الإشراف على تنفيذ العقد وفق شروطه المتفق عليها وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في حدود تلك الشروط[3].

مما سبق يتضح أن القاضي الإداري يراقب استعمال الإدارة لحق الرقابة للتأكد من أنه يكون متفق مع الصالح العام وفي حدود مقتضيات المرفق العام لضمان سيره بانتظام واطراد دون أن تسيء الإدارة استعمال سلطتها لتحقيق غرض

---

(1)د. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص266.

(2)د. عبد المجيد فياض – العقد الإداري في مجال التطبيق – طبعة 1983 – ص124.

(3)طعن رقم /845/ لسنة 19 ق 1980/11/22 – مجموعة الفكهاني – الجزء الثامن عشر – مرجع سابق – ص838.

لا يتصل بسير المرفق العام موضوع التعاقد، مثل أن يصدر المهندس المكلف بالرقابة إلى المقاول أمراً بفصل بعض العمال ،فهنا تقوم المحكمة بالتحقق من اتصال ذلك بالعمل في المرفق أم لا[1].

ب) أن تكون إجراءات الرقابة مطابقة للقوانين واللوائح: فسلطة الإدارة في الرقابة مهما اتسعت ليست سلطة مطلقة المدى، ولكن تحدها عوامل تهدف إلى توفير ضمانات للمتعاقد مع الإدارة تحميه من احتمال تعسف الإدارة معه، ومن أهم هذه العوامل أن تكون رقابة الإدارة وفقاً للأوضاع والشروط التي تنص عليها القوانين واللوائح[2].

ففي فرنسا يكون المقاول مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل ،وتنفيذ التعليمات ،أو مراجعة الإدارة بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات ،أو يحاول الغش ،أو يخالف أحكام هذه الشروط. ويلزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات ،أو الحوادث ،أو الوفاة للعمال، أو أي شخص آخر ،أو الإضرار بمتلكات الحكومة ،أو الأفراد. وتعدّ مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الإدارة وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الإدارة الحق في تنفيذها على نفقته، من ذلك يتضح أن المشّرع الفرنسي قد أقّر للإدارة بسلطة الرقابة والتوجيه، فيكون لجهة الإدارة التدخل في أوضاع التنفيذ وإصدار أوامر إلى المقاول[3].

---

[1] د. توفيق شحاتة – مرجع سابق – ص790.

[2] د. توفيق شحاتة – مرجع سابق – ص790.

[3] Richer (L.) op.cit, p.225.

أما في مصر فقد قصر المشّرع المصري سلطة الجهة مانحة الالتزام في الرقابة على المرفق على سلطة الرقابة فقط دون سلطة التوجيه[1].

ونخلص مما تقدم أن جهة الإدارة وإن كانت تتمتع بحق الرقابة والذي يختلف مداه طبقاً للقوانين واللوائح المعمول بها، أو ما يتضمنه عقد الالتزام ذاته، إلا أنّ هذه الرقابة ليست مطلقة، وإنما هي محدودة بقيود يقتضيها توفير ضمانات للمتعاقد معها تحميه من تعسفها، فيجب عليها أن لا تتجاوز الحدود المرسومة لها بالقوانين واللوائح حال ممارستها لحقها في الإشراف والتوجيه وأن القاضي الإداري في النهاية يراقب ذلك.

جـ)ألا تتجاوز سلطة الرقابة إلى تعديل جوهر الالتزام : استقر الفقه فيما يتعلق بالرقابة على إدارة المرفق العام، إلا أن هذه الرقابة لا ينبغي أن يكون من شأنها تغيير طبيعة الالتزام وتعديله، فلا يجوز للإدارة أن تتدخل في الإدارة الداخلية للالتزام فالملتزم يدير المرفق والهيئة الإدارية تراقب هذه الإدارة وتشرف عليها، أما إذا تدخلت الإدارة بنفسها في إدارة المرفق، غيّر هذا من طبيعة الالتزام فأصبح استغلالاً مباشراً لا التزام[2].

لذلك وجب أن تلتزم الإدارة حدوداً معينة لا تتجاوزها، وأن لا تهدر سلطات الملتزم في الإدارة في الدرجة التي يصبح فيها منفذاً لتعليمات الإدارة، وينقلب الالتزام إلى الإدارة المباشرة، فسلطة الإدارة في الرقابة سواء بالمعنى الضيق، وهو

---

[1]قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم /351/ لسنة 1951 بالإذن للهيئة الإدارية التي حلت محل مجلس بلدي دمنهور في منح التزام استغلال خطي أتوبيس بمدينة دمنهور – الوقائع المصرية – العدد 84 مكرر "غير اعتيادي" في 18 /10/ 1956.

[2]يراجع في ذلك: د. توفيق شحاتة – المرافق العامة الاقتصادية – ص71.

و د. محمود حلمي – مرجع سابق – ص68.

و د. محمود عاطف البنا – مرجع سابق – ص194.

و د. مصطفى أبو زيد فهمي– مرجع سابق – ص266.

الإشراف ،أو بالمعنى الواسع ،وهو التوجيه، وسواء كانت مستمدة من القوانين واللوائح ،أو من نصوص العقد،ودفاتر الشروط، فإن لها نطاقاً معيناً يجب أن لا تتعداه، فإذا ما تعدت هذا النطاق كنا بصدد سلطة أخرى مقررة للإدارة وهي سلطة تعديل نصوص العقد، لا سلطة الرقابة على تنفيذه، وهو الأمر الذي يجعل من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض المالي إذا كان هناك ضرر حدث له جرّاء ذلك.

ويمكن أن نضع معياراً محدداً إذا تجاوزته الإدارة عند ممارسة سلطة الإشراف تكون قد انتقلت إلى سلطة تعديل شروط العقد وهذا المعيار نعتقد أنه يكمن في أوضاع التنفيذ ذاته.فالإدارة حينما تمارس سلطة الرقابة تهدف إلى التأكد من أن تنفيذ العقد يتم وفقاً لشروطه، وإذا ما تدخلت باختيار طريقة التنفيذ غير التي يقوم المتعاقد باستخدامها تكون ما زالت في حدود ممارسة سلطة الإشراف والتوجيه، فالغاية واحدة، وهي محددة في العقد، إلا أن الوسيلة وهي طريقة التنفيذ قد تختلف، فقد يسمح للإدارة بالتدخل واختيار وسيلة التنفيذ، دون أن يكون ذلك تعديلاً لشروط العقد لأنه في النهاية يتم الوصول إلى الغاية المحددة بالعقد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في التنفيذ، أما إذا تدخلت الإدارة بطريقة تجعلها تعدل في شروط العقد بأن تغّير الغاية من العقد تحت شعار أنّها تمارس حقها في الإشراف، فإن ذلك يكون استعمال لسلطة تعديل شروط العقد ،وليس الإشراف ،بما يجعل للمتعاقد معها الحق في الحصول على التعويض المالي إذا كان له مقتضى، وهذا هو الفارق الواضح بين سلطة الإشراف في معناها الواسع ،وبين سلطة التعديل في شروط العقد، حيث إن استخدام الإدارة لحقها في الإشراف لا يرتب حق المطالبة بالتعويض للمتعاقد معها طالما التزمت حدود الإشراف والتوجيه فقط، ويكون التعويض المالي مستحقاً للملتزم في حالة استخدام الإدارة حقها في تعديل

شروط العقد وأن يلحق جرّاء ذلك ضرر بالمتعاقد معها، وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في الكثير من أحكامها[1].

إلا أنه يوجد اتجاه آخر للمحكمة الإدارية العليا المصرية ،ومن ذلك الحكم رقم /3986/ الصادر في 1992،/11/15 والذي قضى بالآتي :"من حيث إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة مستهدفة تحقيق حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام، وتملك من جانبها وحدها ،وبإرادتها المنفردة – وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحوٍ وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ،فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها، بشرط أن تقتضي حاجة المرفق ،أو المصلحة العامة هذا التعديل[2]. ويتضح من الحكم سالف الذكر أن المحكمة لم تفرق بين سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد أو سلطتها المقررة في تعديل طريقة التنفيذ وهي بصدد ممارسة سلطة الرقابة والإشراف، وأنها وحدّت الحكم في الحالتين وأقرت بحق المتعاقد في الحالتين للتعويض المالي إن كان له مقتضى.

---

(1)حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /883/ لسنة 10 ق بتاريخ 1968/3/2.
وحكمها بالطعن رقم /556/ لسنة 31 ق بتاريخ 1986/3/1.
وحكمها بالطعن رقم /439/ لسنة 11 ق بتاريخ 1968/5/11.
مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في أربعين عام – مرجع سابق – ص388 وما بعدها.

(2)حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم /3986/ لسنة 35 ق بتاريخ 1992/11/15 – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في أربعين عام – مرجع سابق – ص404.

من كل ما تقدم يتضح أن الحد الفاصل بين سلطة الرقابة وسلطة تعديل شروط العقد هو أنّ الملتزم لا يتحمل أعباء جديدة لم تكن معلومة له وقت التعاقد نتيجة لاستخدام الإدارة حقها في الرقابة والتوجيه، بينما في سلطة تعديل شروط العقد يفاجئ الملتزم بتغيير جوهري في عقد الالتزام بإضافة التزامات جديدة لم تكن معلومة له وقت إبرام العقد وقد تصل إلى إلغاء العقد قبل الأوان طبقاً لاحتياجات المرفق العام، وهنا لا يكون للمتعاقد إلا طلب التعويض عما أصابه من أضرار نتيجة لذلك.

الفرع الثاني – حق تعديل بعض نصوص أو شروط العقد:

الأصل في عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، أما في العقود الإدارية فالاصل أن للإدارة الحق في تعديل شروط تنفيذ العقد بإرادتها المنفردة، ولها أن تزيد أو تنقص من التزامات المتعاقد معها، دون اشتراط النص على هذا الحق في العقد[1].

ووفقاً لذلك أعطى المشّرع الفرنسي الإدارة الحق بتعديل العقد لمجاراة المسائل التقنية الحديثة شريطة ألاّ يؤدي هذا التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد، أو تغيير موضوعه[2].

ومن ذلك أيضاً ما جاءت به الائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الحالي من أنه يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة ،أو النقص في حدود (25%) بالنسبة لكل بند بالشروط

---

[1]HOEPFFNER (H.): La Modification du Contrat Administratif, LGDJ , 2009.P. 432.

BENOIT (F.-P.):De l'inexiSténce d'un Pouvoir de Modification Unilaterale dans les Contarts Administratifs , JCP 1963 ,I, P.1775.

[2]المادة /20/من تقنين الشراء العام الفرنسي رقم /975/لعام 2006.

والاسعارذاتها- دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة - بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة الفقرة السابقة[1].

ومن ذلك أيضاً ما جاء به نظام العقود في سورية عندما أعطى الحق لآمر الصرف بزيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة من التعهد على حده وذلك بالشروط والاسعارذاتها الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد، على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص 25% من القيمة الإجمالية للعقد[2].

إلا أن جانباً من الفقه ذهب إلى أن عقد الالتزام عقد بمعنى الكلمة، وأنه لم يخرج عن هذا الأصل العام من كونه شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقضه ولا تعديله ،إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[3]، فالأصل في العقود هو الرضائية بمعنى أنه يكفي لانعقاد العقد توافر الرضا الذي هو شرط لازم لإبرام العقد، فوجود الرضا يتضمن معنيين يكمل كل منهما الآخر، فالرضا معناه اتجاه إرادة كل من طرفي التعاقد إلى أن تنشئ التزاماً، ومعناه أن يمتزج اتجاه الإراديتين المتقابلتين فينعقد العقد ويسمى هذا التطابق في التعبير عن الإراديتين توافق الإراديتين[4].

إلا أن فكرة المرفق العام ومسؤولية الإدارة عن تنظيمه ،وتسييره ،قد استلزمت منحها الحق في رقابة وتوجيه المتعاقد معها لتحقيق الصالح العام ولحسن سير المرفق العام موضوع الالتزام، فإن هذه الفكرة ذاتها اقتضت منح الإدارة سلطة

---

[1] المادة /78/من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادرة بالقراررقم /1367/لعام 1998.

[2] المادة /62/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/لعام 2004

[3] د. محمود حلمي - العقد الإداري - طبعة 1974 - ص5 وما بعدها.

[4] د. محمد حسين عباس- العقد والإرادة المنفردة- طبعة 1959 - ص75 وما بعدها.

تعديل شروط العقد بالزيادة ،أو بالنقص، ولكن مع ملاحظة أن هذه السلطة لم تخرج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1].

ولا شك أن حق تعديل نصوص العقد أخطر بكثير من حق الرقابة في أقصى صورة ،وهي سلطة التوجيه، فالإدارة هنا لا يقتصر تدخلها على مجال مسكوت عنه في العقد، وإنما يتّعدى ذلك إلى تغيير الالتزامات العقدية المنصوص عليها في العقد، بالزيادة ،أو النقصان.

ولذلك فإن نطاق سلطة التعديل المقررة للإدارة في عقد الالتزام تستند من كونه عمل قانوني مركب مكوّن من خليط من الشروط اللائحية والشروط التعاقدية، مما يحصر نطاق سلطة التعديل الانفرادي في النصوص اللائحية فقط دون النصوص التعاقدية، فعقد الالتزام تصرف قانوني مركب له طابعه الخاص، وقد كان الفقه"دوجي" أول من درس طبيعة عقد الالتزام واستخلص أن جميع نصوصه ليست واحدة من حيث طبيعتها القانونية وأن عقد الالتزام ،ليس عقد بسيط كسائر العقود بل تصرفاً قانونياً مركباً يحتوي على نوعين من النصوص.

1. النصوص اللائحية: وهي الخاصة بتنظيم أركان المرفق العام.
2. النصوص التعاقدية: وهي تلك النصوص المالية مثل المتعلقة بالإعانة التي تمنحها الدولة للهيئة الحاصلة على الالتزام أو النصوص التي تنظم حق الإدارة في شراء الالتزام قبل انتهاء مدته.

وانتهى العّلامة "دوجي" إلى أنه يترتب على هذا التقسيم لنصوص عقد الامتياز أنّ للإدارة الحق في تعديل النصوص اللائحية لعقد الامتياز بإرادتها المنفردة[2]. وقد لقيت نظرية "دوجي" تأييداً قوياً في الفقه الفرنسي والمصري ،إلا أنه

---

[1]DUFAU(J.): Le Pouvoir de de Modification Unilaterale de Administration et les Contrats de Concession de Service Public ,AJDA 1955 ,I,P.65.

[(2)]د. وحيد فكري رأفت – القانون الإداري – الجزء الأول 1938 – 1939 – ص432 وما بعدها.

ثار خلاف بين أنصار هذه النظرية فيما يتعلق بتحديد الشروط اللائحية والشروط التعاقدية التي تحتوي عليها وثيقة الالتزام.

فنجد أن البعض يعدّ أن الشروط المتعلقة بتحديد تعريفة الأسعار هي شروط تعاقدية بوصفها تمثل الجانب المالي في عقد الالتزام وبالتالي لا يمكن تعديلها إلا باتفاق الطرفين[1].

كما نجد جانب آخر من الفقهاء يعدّونها شروطاً من طبيعة لائحية كونها متصلة بتنظيم سير المرفق العام[2]، وأيضاً قام الخلاف بشأن تحديد طبيعة الشروطالمتعلقة بنظام موظفي المرافقوعماله. فيرى البعض أن هذه الشروط هي شروط تعاقدية[3]، ويرى آخرون أنّها شروط لائحية[4].

وأخذاً بهذه النظرية يقول معظم فقهاء القانون في مصر أن نطاق سلطة التعديل في شروط عقد الالتزام يكون مقتصراً على شروط العقد اللائحية، أما

---

[1]Charles Blaevoet, Modifications apportees au regime des distributions d' energieelectriquepar la loi du 27 febrier 1925, Revue du droit public, 1926, p.88-89.

Richer (L.) , op.cit., p.254.

CE,16-5-1941 ,Commune de Vizille ,Rec. P.93.

CE,16-1-1946, Ville de Limoges, Rec. P.15.

(2)راجع د. زهير جرانه – مبادئ القانون الإداري المصري سنة 1944 – ص227 وما بعدها، د. توفيق شحاتة – مبادئ القانون الإداري – الجزء الأول 1954-1955 – ص422، د. مصطفى أبو زيد فهمي – الوجيز في القانون الإداري – مرجع سابق الإشارة إليه ص271.

(3)راجع مقال الأستاذ جوزيف برتيليمي في مجلة القانون العام الفرنسية سنة 1911 ص129.

(4)Duguit, Traite de droitconstitutionnel, 3e edition, T. III, P.448-449.

الشروط العقدية وهي التي تنظم الروابط المالية فيما بين المتعاقدين، فيمتنع على جهة الإدارة مانحة الالتزام المساس بها إلا بموافقة الملتزم[1].

كما أيد ما سبق قضاء مجلس الدولة المصري، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 31 /1977/12 بأنّ: "المسلم به فقاً وقضاءاً أنّ شروط عقد التزام المرافق العامة تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية، وشروط تعاقدية ،والشروط اللائحية ،فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به أن التعريفة ،أو خطوط السير ،وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة"[2].

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد من جانب الفقه حيث ذهب الدكتور ثروت بدوي إلى فساد النظرية الفرنسية التي ترى في عقد الالتزام عملاً قانونياً مركباً مكوناً من خليط من الشروط اللائحية والشروط التعاقدية، ويرى أن هذه النظرية غير سليمة من حيث عدم اتفاقها مع أصول الفن القانوني، وأن هناكأسباباً نظرية تحول دون التسليم بصحتها، وكما أنها لا تجد لها سنداً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي[3].

---

(1)د. بكر القباني – القانون الإداري – ص171، د. سعاد الشرقاوي – القانون الإداري 1991 – ص196، د. فؤاد العطار – القانون الإداري – الطبعة الثالثة – ص600.

(2)الطعن رقم /110/ لسنة 13 ق – الصادر في 1977/12/31 – الموسوعة الإدارية الحديثة – مرجع سابق الإشارة إليه.

(3)د. ثروت بدوي – النظرية العامة في العقود الإدارية سنة 1994 – ص120 وما بعدها.

وجه الدكتور ثروت إلى هذه النظرية نقدين أساسيين وهما: **1**- اشتراك الملتزم في تحديد الشروط اللائحية يتنافى مع كون التشريع من وظائف السلطة العامة وحدها. فقبول الملتزم لوثيقة الالتزام شرط أساسي لقيام الالتزام مما يصعّب معه تصور أن عملاً قانونياً تتوقف صحته على رضا أحد الأفراد ويكون من طبيعة تشريعية. **2**- النصوص المسماة لائحية ليس لها طابع العموم والتجريد في مواجهة الملتزم، حيث أنّ العمل التشريعي أو اللائحي هو ذلك العمل القانوني الذي يتضمن قواعد عامة مجردة. ولما كان

بحسبان أنّ الأخذ بالنظرية الفرنسية التي ترى أنّ عقد الالتزام يحتوي على مجموعة من الشروط اللائحية والشروط التعاقدية يؤدي إلى قبول دعاوى الإلغاء التي يرفعها الملتزم ضد القرارات الإدارية المخالفة للشروط اللائحية في وثيقة الالتزام، وهو الأمر الذي لم يقّره مجلس الدولة الفرنسي ،فقد استقر على عدم قبول دعاوى الإلغاء إذا كانت مرفوعة من الملتزم، ولكن يقبلها إذا كانت مرفوعة من المنتفعين ،أو من الغير ،وهو ما يؤكد أنّ مجلس الدولة يعدّ الشروط المنظمة لسير المرفق العام والمسماة لائحية شروطاً تعاقدية في مواجهة الملتزم، وبالتالي لا يؤدي الإخلال بها إلى إثارة قضاء الإلغاء، وإنما تعدّ هذه النصوص من طبيعة لائحية في مواجهة المنتفعين بالمرفق العام، إضافة إلى أنّ الاعتراف بأنّ عقد الالتزام يتضمن شروطاً لائحية إلى جانب الشروط التعاقدية يؤدي حتماً إلى الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل تلك الشروط في كل وقت، وأنّ الإدارة لا يمكن أن تنزل عن اختصاصها اللائحي في عقد من العقود لأنّه من النظام العام، ولكن أحكام مجلس الدولة الفرنسي لم تعترف بهذه النتيجة المنطقية ،وأنّه رغم استشعار المجلس بوجوب الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل عقودها إلا أنّه لجأ إلى التحايل في تفسير النصوص ،وفي البحث في نية الطرفين في العقد ،وأنّها انصرفت عند إبرامه إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق حيث يتوصل إلى الاعتراف للإدارة بحقها في تعديل نصوص العقد ولو كان مجلس الدولة يرى في شروط الالتزام شروطاً لائحية لما لجأ إلى هذا التحايل ولكان أقر للإدارة بسلطة تعديل هذه الشروط نظراً لطبيعتها

الثابت من نصوص الالتزام المسماة لائحية أنّها ذات طبيعة خاصة ،وفردية ،وذاتية بالنسبة للملتزم. فالملتزم بالنسبة لها ولجميع شروط وثيقة الالتزام في مركز فردي ذاتي شخصي وهذه الشروط تنظم علاقة مديونية بين الملتزم والإدارة. أي أنّه في مركز خاص وذاتي لا يشاركه فيه أحد مما لا يمكن معه عدّ هذه النصوص عامة ومجردة بالنسبة له وإنما هي شروط فردية وشخصية في مواجهته. وأيضاً د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي – آثار عقد التزام المرافق العامة – رسالة دكنوراه – جامعة القاهرة – 2001، ص1.

اللائحية ولكن يتبين مما سبق أن مجلس الدولة لم يأخذ بهذه النظرية ،وأنّه يعّد جميع شروط الالتزام من طبيعة تعاقدية بالنظر إلى العلاقة بين الإدارة والملتزم.

ونحن نتفق مع هذا الجانب الفقهي أن جميع نصوص عقد الالتزام من طبيعة تعاقدية فيما بين الملتزم والجهة مانحة الالتزام، ومن طبيعة مشرعة في مواجهة المنتفعين وعمال المرفق. ونرى أن موضوع هذا العقد المبرم بين الملتزم والإدارة مانحة الالتزام هو إدارة مرفق عام له قواعده الثابتة التي تضعها السلطة العامة وفقاً لمصلحة المرفق، وتستطيع تغييرها بصفة مستمرة لمواءمة سير المرفق ومقتضيات التطور، واحتياجات جمهور المنتفعين من المرفق ،سواء كان المرفق يدار بالطريق المباشر ،أو بطريق الالتزام، أي أنّ الملتزم بمقتضى عقد الالتزام يكون قد حل محل السلطات الإدارية المنوط بها القيام على المرفق العام موضوع الالتزام وبالتالي يجب أن نميز بين العقد ذاته وموضوع العقد.

فعقد الالتزام يتضمن نصوص تعاقدية تحدد شروط إسناد إدارة المرفق العام للملتزم، وجميع نصوص هذا العقد هي نصوص تعاقدية فيما بين الجهة مانحة الالتزام والملتزم ولا تستطيع الإدارة تعديلها بالإرادة المنفردة، أما موضوع العقد فهو إدارة مرفق عام بالإنابة عن الدولة ،وعلى ذلك تكون نصوص هذا العقد من طبيعة مشّرعة في مواجهة المنتفعين ،أو عمال المرفق العام. بمعنى أن الرابطة التعاقدية في عقد الالتزام تنحصر في وضع قواعد خاصة تنظم علاقة الملتزم والإدارة مانحة الالتزام ،وأنّ هذه القواعد لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وفي حالة مخالفة ذلك يكون للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، أي أنّ جميع شروط عقد الالتزام هي شروط تعاقدية فيما بين الملتزم والإدارة مانحة الالتزام ومن طبيعة مشّرعة في مواجهة المنتفعين وعمال المرفق العام.

التعديلات التي يمكن للإدارة مانحة الالتزام إجرائها:

إن قواعد تنظيم المرفق العام هي قواعد مستقلة عن عقد الالتزام و تستقل السلطة العامة بوضعها، وحيث أن قواعد المرافق العامة قابلة للتغير والتعديل في كل وقت[1]، فعلى ذلك يكون للسلطة العامة أن تتناول بالتعديل الأمور الآتية:

1 – التعديل في مقدار التزامات الملتزم:

يحدد عقد الالتزام مقدار الالتزامات التي يجب على الملتزم أن يقوم بها مثال ذلك تحديد عدد السيارات في التزام استغلال خطوط النقل الداخلي[2]، والإدارة يمكنها أن تأمر بزيادة عدد السيارات عن الحد المتفق عليه، ويقتصر التعديل هنا على مقدار الالتزام سواء بالزيادة أو بالنقص، وبما لا يغيّر من طبيعة هذه الالتزامات.

وعلى هذا جرى القضاء الإداري حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بجلسة 1957/3/24 إلى القول"إن من القواعد المسلمة في القانون الإداري أن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة، فإذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بذلك لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة وبعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعدّ تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام، بل تظّل ضامنة ومسؤولة قبل الجمهور عن إدارته واستغلاله، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق وتعدل أركان تنظيمه، وقواعد إدارته ،واستغلاله ،كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهي

---

[1] د. عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري – مرجع سابق الإشارة إليه – ص149.

[2] يراجع: القانون رقم /252/ لسنة 1956 بالإذن لمجلس مصيف رأس البر في منح التزام استغلال خطوط النقل الداخلي بمصيف رأس البر – الوقائع المصرية – العدد 48 مكرر "غير اعتيادي" في 1956/7/20.

في ذلك لا تستندإلى عقد الالتزام، بل إلى سلطتها العامة ،وتحقيقهاً لغايات هذه السلطة متمتعة بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدي، وضماناً لحسن سير المرافق العامة واستغلالها ،وإدارتها ،وكفالة ذلك محققة بمالها من حقوق الإشراف ،والتدخل ،والتعديل حسبما تمليه المصلحة العامة، وهي حقوق لا تملك السلطة مانحة الالتزام التنازل عنها[1].

في الوقت ذاتهأقّر مجلس الدولة السوري بقسمه الاستشاري حق الإدارة بتعديل مقدار الالتزام، مبيناً أن هذا الحق يعدّ من الحقوق المقررة للإدارة في نطاق العقد الإداري لما له من اتصال بالمرفق لعام[2].

وواضح أن التطبيق القضائي لحق الإدارة في تعديل الالتزام بالزيادة ،أو النقص ،وفقاً لما تقتضيه حاجة المرفق العام موضوع الالتزام ،دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب ،أو قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، حيث إن التعديل يكون في نظام المرفق العام ذاته، ويقابل سلطة التعديل هذه حق الملتزم في التعويض عن الأضرار التي تلحق به على أساس إعادة التوازن المالي للعقد إن كان هناك وجه لهذا التعويض[3].

2- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ ومدد التنفيذ:

في عقد التزام المرافق العامة يكون للإدارة تعديل طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، فلها أن تفرض على الملتزم استعمال وسائل فنية أحدث من المنصوص عليها في العقد لمسايرة الاكتشافات الحديثة، مثل أن تحل استخدام الكهرباء في الإضاءة مكان الغاز ،أو تطلب من ملتزم النقل تسيير الحافلات بالغاز

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية رقم /357/ لسنة 11 ق – جلسة 1957/3/24 – المجموعة الحادية عشرة من أحكام مجلس الدولة – ص300.

[2] رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم / 194/ لعام 2005، والرأي /14/لعام 2007 ،آراء غير منشورة

[3] CE, 27 -10- 1978 ,Ville de Saint – Malo ,Rec. P. 401.

الطبيعي بدلاً البنزين. ويمكن أيضاً أن يتناول التعديل مدد تنفيذ العقد سواء كان ذلك بإطالتها أو تقصيرها أو حتى إنهاء مدة العقد بفسخه. على أنّ استعمال هذا الحق تحدده ضرورة أن يكون لملاءمة سير المرفق العام لحاجات الجمهور ،ولا يجوز للإدارة مانحة الالتزام أن تستغله لغايات أخرى[1].

وقد أقّر مجلس الدولة الفرنسي هذا الحق للإدارةفي حكمه الصادر في 1902/1/10 الخاص بقضية الشركة الجديدة لغاز "ديفي ليه روان"[2] حيث منحت بلدة ديفي ليه – روان شركة الغاز امتياز الإضاءة بالغاز في البلدة، وعندما انتشرت الإضاءة بالكهرباء طالبت البلدية الملتزم بأن يكفل الإضاءة بالكهرباء ،وعندما رفض الملتزم اتجهت البلدية إلى شركة كهرباء تعرض عليها التزام الإضاءة بالكهرباء فأقامت شركة الغاز دعوى تعويض عن الضرر الناشئ لها عن الترخيص الممنوح لشركة الكهرباء بالمخالفة للاحتكار المنصوص عليه في عقدها ،وبدأ مجلس الدولة بتفسير امتياز الملتزم والبحث عن النية المشتركة للطرفين وأقر لشركة الغاز بامتياز الإضاءة بأي وسيلة وبلدة" ديفي " بحقها في كفالة هذا المرفق باستعمال الكهرباء بمنحه إلى آخر في حالة رفض الشركة استعمال الكهرباء بعد إعذارها قانوناً.

كما تعرضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بجلسة 1992/11/15 لحق التعديل هذا حيث قالت "من حيث إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية ،بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية. ومقتضى هذه السلطة أنّ جهة الإدارة مستهدفة تحقيق حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام تملك من جانبها

---

(1) د. توفيق شحاتة – مبادئ القانون الإداري– مرجع سابق – ص421.ومن الفقه الفرنسي:
Richer (L.) , op.cit., p.254.

(2) د. أحمد يسرى – أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – مرجع سابق – ص57.

وحدها ،وبإرادتها المنفردة – وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل التزامات المتعاقد معها، على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ،فتزيد من أعباء الطرف الآخر ،أو تنقصها بشرط أن تقتضي حاجة المرفق، أو المصلحة العامة هذا التعديل[1].

إلا أن ما يجب ملاحظته في مجال سلطة جهة الإدارة بالتعديل وفقاً لمقتضيات المرفق العام أنّ هذه السلطة ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بالآتي:

أ) عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد

يقابل حق الإدارة في تعديل أركان تنظيم المرفق العام موضوع عقد الالتزام، حق المتعاقد معها في الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، وهو من الحقوق المسلم بها للمتعاقد ،حتى ولو لم ينص عليه العقد ،فيجب على الإدارة أن تعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة التعديل[2].

المقصود بالإخلال بالتوازن المالي للعقد ليس إنزال الخسائر الفادحة بالملتزم، أو حتى مجرد الخسائر العادية، وإنما إذا ترتب على ما أدخلته الإدارة من تعديلات إنقاص في الأرباح العادية للملتزم يكون ذلك إخلال بالتوازن المالي للعقد يجب تعويض الملتزم عنه[3]، كما أنّ الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد فيؤدي ذلك إلى قلب اقتصاديات العقد[4].

---

[1] حكمها الصادر بجلسة 1992/11/15 في الطعن رقم /3986/ لسنة 35 ق ،الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع منذ عام 1985 حتى عام 1993 – مجموعة الفكهاني – الجزء الخامس والثلاثين ص369.

[2] VIDAL(L.):L'equilbre financier du contrat dans la jurisprudence administrative , Bruylant 2005, p.648.

[3] د. مصطفى أبو زيد فهمي – الوجيز في القانون الإداري – مرجع سابق – ص271.

[4] د. محمود حلمي – العقد الإداري – مرجع سابق – ص78.

مما تقدم يتبين أنّ الفقه والقضاء يجمع على أنّ الإدارة المتعاقدة، يجب أن تراعي في تعديلها عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وألا يؤدي تعديلها إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب أو يؤدي إلى فرض أعباء جديدة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد بتجاوز إمكانياته الفنية والاقتصادية ،ويجب عليها ألا تتناول الروابط المالية بين المتعاقدين بالتعديل ،وإلا كان للمتعاقد معها المطالبة قضائياًبفسخ العقد ،واقتضاء التعويض اللازم نتيجة هذه التعديلات[1].

ب) يجب أن لا يبلغ التعديل حد خلق مرفق عام جديد:

حيث أن سلطة الإدارة في التعديل لأركان تنظيم المرفق العام قد تقررت لتلبية مقتضيات سير المرافق العامة ،وقابليتها للتعديل ،والتغيير، وأن الدافع إلى هذه التعديلات هو الرغبة في أن يكون المرفق العام مطابقاً لتطور الحاجة العامة التي يشبعها، إلا أنّه لا ينبغي للإدارة تحت ستار قابلية المرفق للتعديل والتغيير أن تغير وتعدل في أركان تنظيم المرفق موضوع الالتزام بالدرجة التي ينتج عنها أن نكون أمام مرفق عام جديد، فإذا ما فرضت الإدارة مثل هذا التعديل فإن الملتزم يستطيع أن يطلب إلغاء العقد والتعويض عما أصابه من ضرر.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى "أن للإدارة دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنّه أكثر اتفاقاً مع الصالح

---

(1) د. فؤاد العطار – القانون الإداري – مرجع سابق – ص600، د. سعاد الشرقاوي – القانون الإداري – سنة 1991 – ص196،، د. عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري – مرجع سابق – ص145، د. سليمان الطماوي – الاسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص425.ومن الفقه الفرنسي:

-Richer(L.):op.cit.,2010,p.235.et FATOME(E.):Les avenants ,AJDA 1998, P.760.

CE,30-7-2003,Commune de Lens ,BJDCP 2003 ,N31,p.462.

CAA Lyon,8-2-2005,Commune d'Auxerre,BJDCP 2005,N40 p.221.

العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلية وإلا جاز للطرف الآخر فسخه وبشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا اختلت الموازنة في الشروط المالية".

ونحن نرى أنّه في حالة قيام الإدارة بفرض التزامات على المتعاقد معها تخرج عن موضوع عقد الالتزام الأصلي لا يكون للمتعاقد إلا اللجوء إلى قاضي العقد بطلب الحكم ببطلان تلك الالتزامات ،أو فسخ العقد، والتعويض عمّا أصابه من ضرر نتيجة لمسلك الإدارة إن كان له مقتضى.

الفرع الثالث- حق استرداد المرفق قبل نهاية مدته:

فكرة استرداد المرفق موضوع عقد الالتزام هي تطبيق لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت. وحق الاسترداد إما أن يكون منصوصاً عليه في عقد الالتزام ،ويسمى في هذه الحالة بحق الاسترداد الاتفاقي، أو لا يكون منصوصاً عليه في العقد وتمارسه الإدارة من تلقاء نفسها ،وبإرادتها وحدها في أثناء سريان العقد أو خلال الفترة التي ينص العقد على عدم جواز الاسترداد خلالها ،ويسمى الاسترداد غير الاتفاقي[1].

وكثيراً ما تتضمن عقود الالتزام النص على حق الإدارة في استرداد الالتزام قبل انقضاء مدته بعد التنبيه على الملتزم بذلك بوقت يتفق عليه مع تعويض الملتزم تعويضاً مناسباً، ويطلق على استرداد الالتزام في هذه الحالة "الاسترداد التعاقدي".

---

[1] د. حسن محمد الخيمي – آثار عقد التزام المرافق العامة – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 2001 – ص84.

وغالبية الفقه في مصر ترى بأن الشروط المتعلقة بحق الاسترداد والثابتة بعقد الالتزام هي شروط تعاقدية يتعّين على القاضي أن يطبقها بدقة متى رفع الأمر إليه ،وأنه يجب على الإدارة احترامها[1].

وأيضاً قال بذلك الفقه في فرنسا إضافة إلى أنّ الاستاذ "لوبادير" يرى أن القضاء حينما يعرض عليه أمر تفسير أو تطبيق هذه النصوص يجب على القاضي الإداري أن يطبقها تطبيقاً دقيقاً، وأن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[2].

---

[1] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – الطبعة الرابعة 1984 – ص727.

(2)A.De Laubadadere : Traite theorique et pratique des contrats administratifs 1956. P.188-189.

المبحث الثاني

الأساس الذي يستند إليه موجه دعوى الإلغاء في حالة عقد الالتزام

لا يمكن النظر إلى عقد الالتزام بوصفه عقداً مدنياً خالصاً كما كان سائداً في الماضي، وإنما هو عقد من نوع خاص لا نظير له في العقود المدنية، وأحكامه لا تخضع للقواعد المدنية، وإنما لأحكامه الخاصة ،وما تتضمنه قائمة الشروط وما تنص عليه القوانين الخاصة به[1].

وعقد الالتزام كعقد تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيه، ويقوم على إدارة وتسيير مرفق عام، تتمتع فيه الإدارة بسلطات غير مألوفة في العقد المدني مما يجعله عقداً إدارياً يعود البت بالنزاعات الناشئة عنه إلى القضاء الإداري.

وعقد الالتزام يعدّ وفقاً للرأي السائد عملاً قانونياً مرّكباً يشمل على نوعين من الشروط التي سنبحثها في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الشروط التعاقدية في عقد الالتزام.

المطلب الثاني : الشروط اللائحية في عقد الالتزام.

المطلب الأول: الشروط العقدية في عقد الالتزام:

يعدّ عقد الالتزام كسائر العقود الإدارية الأخرى التي يرجع فيها إلى نية الطرفين المشتركة في تحديد شروط العقد المحددة لالتزاماتهما[2].

والشروط التعاقدية هي الشروط التي يتم الاتفاق ،والتفاوض بشأنها بين جهة الإدارة والملتزم، وتخضع لقاعدة شريعة المتعاقدين، وتتصل هذه الشروط

---

[1] د. إبراهيم محمد عبد الحليم – المرجع السابق – ص87.

[2] د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع السابق – ص399.

غالباً بحقوق والتزامات كل من طرفي العقد ،وتنظم الجوانب المالية للعقد، وتحدد مدة الالتزام وكيفية استرداده[1].

ويجب على الإدارة عند تنفيذها للعقد احترام الشروط التعاقدية الواردة فيهكافة. وفي هذا الصدد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن أحكام القانون المدني توجب تنفيذ العقود طبقاً لما اشتملت عليه[2].

ويجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة تحترم مقتضيات حسن النية. وهذا المبدأ أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية عندما بينت أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون ،والذي يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية[3].

إلا أن التزام الإدارة باحترام الشروط التعاقدية يسقط في حال إخلال الملتزم بالتزاماته التعاقدية.

وقد أكد القضاء الإداري في بيانه لطبيعة عقد الالتزام على الطبيعة التعاقدية للشروط التي يمكن أن يحتويها الالتزام ،والتي تحكم العلاقة بين الإدارة والملتزم[4].

---

[1]د. عبد العليم مشرف – حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – فرع بني سويف – ص82-83.

و د. مصطفى عبد المحسن الحبشي – مرجع سابق – ص55.

و د. إبراهيم محمد عبد الحليم – مرجع سابق – ص88.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1970/4/11 – المجموعة – ص264.

[3]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1957/4/20 – المجموعة – ص937.

[4]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1957/1/30 بالقضية رقم /110/ سنة 13 قضائية، المجموعة مبدأ رقم /23/ ص27. وأيضاً:

CAA Douai,16 -11 -2006 ,Synd. Mixte d'exploitation des transports en commune de ville req. 05DA00233.

ومن هذه الشروط التعاقدية شرط المدة، حيث تلتزم الإدارة باحترام المدد المقررة في العقد، ولا يتعلق هذا بالمدة الإجمالية لتنفيذ العقد، بل يسري أيضاً على المدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في العقد، ومثال ذلك واجب الإدارة في احترام المدد المقررة لبدء تنفيذ العقد، كموعد تسليم المرفق موضوع الالتزام[1].

ومن أكثر الشروط التعاقدية التي تعرض لها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد شرط عدم المنافسة(الاحتكار)، إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط[2].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا السورية بوجوب احترام الشروط التعاقدية في عقد الالتزام، حيث بينت أنه إذا حددت شروط العقد حداً أدنى لكمية الحنطة التي تلتزم الإدارة بتسليمها إلى الملتزم لطحنها شهرياً ،واقترن هذا الشرط بشرط آخر التزم فيه المتعهد برفض التعامل مع أي جهة أخرى طيلة مدة الالتزام وبرصد أجهزته لطحن حنطة الإدارة دون غيرها، فإن مؤدى تنفيذ هذه الشروط مجتمعة هو تخصيص مبلغ للمتعهد يقدَّر بأجرة طحن الحد الأدنى، ويدخل فيه تعويضه عما يفوته من ربح نتيجة التقيد بهذه الشروط، ولذلك لا يسوغ للإدارة إنقاص كمية القمح الذي تعاقدت على طحنه كحد أدنى، ما لم يكن هناك نص صريح في العقد ،أو في النصوص النافذة[3].

---

[1] د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع السابق – ص547.

[2] CE, 21-4-1950, Nuncie, Sirey 1950, p.231.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /22/ بالطعن رقم /35/ لسنة 1965، المجموعة، ص110.

إلا أن الشروط التعاقدية لا تمتد إلى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين من المرفق موضوع الالتزام، والتي يمكن الاستغناء عنها لو أن الإدارة قامت باستغلال المرفق العام بنفسها[1].

المطلب الثاني: الشروط اللائحية:

الشروط اللائحيةأو التنظيمية هيالشروط التي تتعلق بتنظيم المرفق وسيره، فعقد الالتزام يعدّ أسلوباً لإدارة المرفق العام الذي يظل محتفظاً بطبيعته كمرفق عام.

وهذه الشروط التي تنظم سير المرفق لا تتعلق بالإدارة والملتزم فقط، وإنما تتعلق أيضاً بالغير من المنتفعين بخدمات المرفق الذين يمكنهم أن يحتجوا على الإدارة ،أو الملتزم بها، وهذه الشروط ليست شروطاً تعاقدية فقط، وإنما هي شروط تنظيمية أو لائحية تملك الإدارة تعديلها في كل وقت ،وفقاً لحاجة المرفق موضع الاستغلال[2].

فالشروط اللائحية رغم أنها تتعلق بتنظيم مرفق معين، إلا أنها تتضمن في محتواها قواعد عامة مجردة لا تتعلق بشخص ،أو بحالة على سبيل التعيين بالذات، وإنما تتعلق بأمور متجددة تحدد بأوصافها ،وشروطها، ولا يغير من طبيعتها هذه أن يضيق مجال تطبيقها من حيث عدد الأفراد الذين تنطبق عليهم، ما دامت هذه الحالة متجددة غير معينة بذاتها، بل لا يغير من طبيعتها اللائحية هذه أن يكون المخاطب بها معروفاً وقت صدورها، ما دام المجال الزمني لتطبيقها

---

[1] د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص107.

[2] CAA,Bordeaux ,9-11-2004,SODEGIS c/commune de Cilaos ,AJDA2005, P.257.

TC,8-11-1982, SCI Lucas ,AJDA1982, P.200.

CE, 26-3-1997 , Commune de Sceaux, req.129943.

CAA,Nantes,19-12-2007,Commune de Chavagne,AJDA2008,P.150.

يمكن أن يتسع ليشمل غيره، والصفة التنظيمية للقواعد التي تتضمنها اللائحة في هذه الحالة تكتسب بحكم سريانها ليس على فرد معين عند استيفائه شروطها. فالقاعدة تخاطب كل من استوفى الشروط التي جاءت بها من خلال المركز القانوني العام له وعليه فإنها تتسم بنوع من الثبات النسبي[1].

ومرجع الشروط اللائحية التي يحتويها عقد الالتزام كأسلوب لإدارة المرفق العام، أن الإدارة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام، فإذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها، ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة – أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام – لا تعدّ تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام، بل تظّل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته، واستغلاله، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل، ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها[2]،وهذا ما يميز عقد الالتزام أيضاً عن الإدارة المباشرة للمرفق العام (Regie) والتي يقوم بموجبها الشخص العام بنفسه بإدارة المرفق، فيكون له كل الربح، ويتحمل كل الخسارة[3].

---

[1] د. عبد الله طلبة – القانون الإداري – مرجع سابق – ص243 وما بعد.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالقضية رقم /485/ والقضية /1367/ سنة 7 قضائية بتاريخ 1957/1/27 مذكور عند الدكتور الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق– ص107.

TA,Lyon,-4-2005,Aroux, Contrats et marchés publics 2005,N183

[3] "Walline, La notion de régie intéressée, RDP 1948, p.345 et suive: **La régie intéressée** est le mode de gestion par lequel la collectivité va confier à une personne, le régisseur, la gestion d'un service public qui assure le contact

ومن أهم الأمثلة على الشروط اللائحية في عقد الالتزام هي الشروط المتعلقة بتحديد رسوم مقابل الخدمة ،وموعد تقديم الخدمة.

فالرأي السائد فقهاً وقضاءً في الوقت الحاضر يذهب إلى عدّ الشروط المتصلة بالرسم هي من قبيل الشروط اللائحية، وهذا يعني أن جهة الإدارة باعتبارها سلطة عامة تنفرد بوضع هذه الشروط مما يمنحها قوة القانون، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها زيادة ،أو نقصاناً وكل ،اتفاق مخالف لها يعّد باطلاً[1].

إلا أن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي في أحد الأحكام يذهب إلى تكييف الطبيعة القانونية للشروط اللائحية بأنها عقد فيما يتعلق بالعلاقة بين الإدارة والملتزم، وهي في الوقت ذاتهتملك قوة لائحية في مواجهة المنتفعين خصوصاً الأحكام اللائحية المتعلقة بالرسم[2].

وهذا ما جعل جانب من الفقه يذهب إلى تكييف طبيعة الشروط اللائحية وخاصة منها المتعلقة بالرسم إلى أنها شروط ذات طبيعة مختلطة:

---

avec les usagers, exécute les travaux mais qui agit pour le compte de la collectivité moyennant une rémunération forfaitaire, versée par la personne publique au régisseur et indexée sur le chiffre d'affaires réalisé.

A.Sevino, A.Gauthier,La notion de remuneration substantiellement assuree par les resultats de l'exploition: le cas de regie interessee,AJDA 2003,P.828.

ومن الفقه العربي د. ياسرأحمد كامل الصيرفي – النظام القانوني لعقد الـB.O.T – مرجع سابق – ص29.

[1]J.Dufau,La nature juridique de la concession de service public, Melanges Chapus,p.147.

J.Rivero, J.Waline, Droit administratif,20ed,DALLOZ,2004,P.322.

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1968/6/28 في قضية Picard مذكور عند أ.د. محمد الحسين ود. مهند نوح – مرجع سابق – ص207 الهامش.

1) حيث تعدّ الشروط المتعلقة بالرسم ذات طبيعة لائحية في علاقة الإدارة والملتزم بالمنتفعين، ذلك لأن المصلحة العامة تحتم تدخل الإدارة في مجال تحديد الأسعار التي يلتزم بها المنتفعون على أساس أنها قوامّة على تحقيق النفع العام.
2) أما في علاقة الإدارة بالملتزم فيذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول أن الشروط المتصلة بالرسم تتسم بطابع تعاقدي[1].

وفي مصر حسم المشّرع المصري الجدل حول الطبيعة القانونية للشروط اللائحية في عقد الالتزام والمتعلقة منها بالرسم، مقرراً أن هذه الشروط ذات طبيعة لائحية، ولمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المصلحة العامة أن يعدل من تلقاء ذاته أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ،وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة بها، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل[2].

في الوقت ذاتهأكد مجلس الدولة المصري على الطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم والتي ترد في عقد الالتزام، على أساس أنه من المسلم به فقهاً وقضاءً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين شروط :لائحية وشروط تعاقدية، وأن الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ،دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم. والمسلم به أن الرسم (التعريفة) ،أو خطوط السير ،وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية قابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة[3].

---

[1] د. ثروت بدوي – المعيار المميز للعقد الإداري – بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد – السنة السابعة والعشرون– سبتمبر/أيلول – ديسمبر/كانون1 1957 ص151 وما بعدها.

[2] المادة /671/ من القانون المدني المصري والمادة /5/ من القانون رقم /129/ لعام 1947.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1977/12/30 بالطعن /110/ سنة 13 ق المجموعة رقم المبدأ /23/ ص27 مذكور عند الدكتور سليمان الطماوي – العقود الإدارية – ص108.

وفي سورية أضفى المشّرع السوري الصفة اللائحية على الشروط المتعلقة بتعريفة الرسم التي يتقاضاها الملتزم من خدمات المرفق محل الالتزام، فبين أنه متى استوفت الأسعار الشرط الأساسي ،وهو إقرار السلطة الإدارية لها، كان لها قوة القانون في جميع العقود التي يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق الحاليين منهم واللاحقين ولا يجوز للمتعاقدين – الملتزم والمنتفع – أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذي أقرته السلطة الإدارية لا بالزيادة ،ولا بالنقصان[1]، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة ،وهي المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة /637/ من القانون المدني السوري[2].

ويترتب على ذلك أنه إذا انحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار فاتفقا على ما يخالفها زيادة ،أو نقصاناً، كان الاتفاق باطلاً ووجب التقيد بالأسعار المقررة.

وبالاستناد لما تقدم فإن من أهم آثاراعتبار الرسم من الشروط اللائحية وعليه تتوقف علاقة الغير بالمرفق العام موضوع الالتزام، أن المشّرع يتدخل لتحديده وبصورة قاطعة بالنسبة لبعض المرافق العامة الحيوية، كالكهرباء والماء...، وفي هذه الحالة فإن الإدارة والملتزم لا يستطيعان الخروج عن نصوص التشريعات المقررة في هذا الصدد[3]. ومن المتفق عليه أن عقد الالتزام المبرم بين جهة الإدارة مانحة الالتزام وبين الملتزم يرتب حقوقاً للمنتفعين من المرفق موضوع

---

[1] المادة (1/637) من القانون المدني السوري.

[2] المادة (2/637) من القانون المدني السوري : "2- ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها. وما يكون جارياً وقت التعديل من اشتراكات في المرفق العام يسري عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الجور وذلك فيما بقي من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة ".

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم /289776/ الشركة الفرنسية للوقود تاريخ 2007/2/10 مذكور على موقع مجلس الدولة الفرنسي.,http://www.conseil-etat.fr/CE

عقد الالتزام، وهذه الحقوق تكون قبل الإدارة مانحة الالتزام تارة وتارة أخرى قبل الملتزم.

وإذا كانت علة امتداد آثار عقد الالتزام إلى المنتفعين من المرفق أن هذا المرفق أنشئ خصيصاً لتقديم خدماته إلى الجمهور ،وأن عقد الالتزام ما هو إلى وسيلة لتنظيم إدارة المرفق العام، وتمكين العملاء من الانتفاع بالمشروع ذي النفع العام الذي يتوّلى إدارته الملتزم.ويترتب على ذلك أن المنتفعين من المرفق لهم المطالبة بحقوقهم المترتبة على عقد الالتزام، وقد أقّر قضاء مجلس الدولة الفرنسي بحق المستفيدين من عقد التزام المرافق العامة في الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدر من الإدارة في علاقتها مع الملتزم ،وتتضمن الإخلال بشروط عقد الالتزام التي تحدد نظام أداء الخدمة للمنتفعين من المرفق.

ويكون ذلك لكل منتفع له مصلحة في الطعن على هذه القرارات بأن يتقدم إلى جهة الإدارة المختصة بطلب يحثها فيه على أن تتدخل باستخدام سلطتها الإدارية ،وتجبر الملتزم على احترام شروط عقد الالتزام، فإذا تقاعست الإدارة عن ذلك ورفضت التدخل سواء – صراحة أو ضمناً– يكون للمنتفع في هذه الحالة حق اللجوء إلى القضاء بطلب إلغاء قرار الإدارة هذا، سواء كان قراراً صريحاً ،أم قراراً ضمنياً.

وقد اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني في امتداد آثار عقد الالتزام للغير من المنتفعين من خدمات المرفق، فذهب رأي إلى أن الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الالتزام للغير يرجع إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، إلا أن هذا الرأي قد تم العدول عنه فقهاً وقضاءً خصوصاً في فرنسا ،واتجه الرأي في الفقه الحديث إلى أن حقوق المنتفعين في هذه الحالة ترجع إلى الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام. وعليه فإننا سنتناولالآتي :

الفرع الأول -نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الأساس القانوني لامتداد أثر عقد الالتزام إلى الغير يكمن في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني[1].

والاشتراط لمصلحة الغير عقد بمقتضاه يشترط أحد المتعاقدين (المشترط) باسمه على المتعاقد الآخر (المتعهد) بأن يلتزم هذا الأخير بأداء عمل لمصلحة شخص ثالث (المنتفع[2]) ،والاشتراط لمصلحة الغير يعدّ الاستثناء الحقيقي من قاعدة الأثر النسبي للعقود المقررة في القانون المدني القائلة بأن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين ،والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام[3].

وعليه لابد من بيان شروط كون عقد الالتزام اشتراطاً لمصلحة الغير:

أجملت المادة /155/ من القانون المدني السوري الشروط اللازمة لكون العقد اشتراطاً لمصلحة الغير فنصت على أنه:

1) يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة مادية كانت أو أدبية.
2) ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه.

---

[1] د. سوسن البيطار – آثار العقد الإداري بالنسبة للغير – رسالة دكتوراه – جامعة دمشق – 2010 – ص226.

[2] د. حسن محمد الخيمي – آثار عقد التزام المرافق العامة – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 2001 – ص212.

[3] د. إبراهيم محمد عبد الحليم – مرجع سابق – ص208.

ومن ذلك يتضح أن لكي يكون العقد اشتراطاً لمصلحة الغير يجب أن يتوافر فيه الشروط الآتية:

1- أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع

يتطّلب القانون لصحة انعقاد عقد الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشترط باسمه هو، لا باسم المنتفع، أما إذا تعاقد باسم المنتفع فإنه يعدّ نائباً، ويعدّ المنتفع في هذه الحالة هو المتعاقد وتنصرف إليه آثار العقد بصفته متعاقداً، وبالتالي لا تتوافر حالة الاشتراط لمصلحة الغير حيث يجب أن يتعاقد المشترط باسمه لا بصفته نائباً ولا باعتباره فضولياً[1].

2- أن يكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط لمصلحة المنتفع

يجب لصحة الاشتراط وفقاً للمادة /155/ سالفة الذكر أن يكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط لغيره، أي أن يكون له مصلحة في أن ينفذ المتعهد التزامه قبل المستفيد ،وإلا كان فضولياً يعمل لمصلحة صاحب العمل، وهذه المصلحة الشخصية هي التي تميز الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضالة وذلك لأن المشترط إنما يعمل لحسابه ،ويتعاقد باسمه ،فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية حتى لا يعد فضولياً، حيث إن الاشتراط لمصلحة الغير يتميز عن الفضالة في أن المشترط لمصلحة الغير يتعاقد باسمه، أما الفضولي يتعاقد باسم صاحب العمل.

---

[1] حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1976/4/9 – مجموعة أحكام النقض – الدائرة المدنية مذكور عند د، حسن محمد الخيمي – المرجع السابق – ص213 ود. عبد العليم عبد المجيد مشرف – حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير – جامعة القاهرة – ص55.

كما أن المشترط ليس نائياً عن المنتفع، إضافة إلى أنه يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة شخصية، بخلاف الفضولي فيجب ألا تكون له مصلحة شخصية، وإلا فقد صفة الفضولي[1].

وبالنسبة للمصلحة التي يجب توافرها لدى المشترط فإنها قد تكون مصلحة مادية ،أو أدبية حيث لا يلزم أن تكون المصلحة مادية فقط، بل يجوز أن تكون مصلحة أدبية[2].

3- أن تتجه إرادة المشترط والمتعهد إلى الاشتراط لمصلحة الغير:

وهذا الشرط خاص بنية الاشتراط فيجب أن يتوافر لدى كل من المشترط والمتعهد نية الاشتراط لمصلحة الغير، أي ترتيب حق شخصي مباشر للمنتفع قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بالوفاء به.

فإذا كان الحق الذي اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه ولكن في الوقت ذاته تعود منه فائدة على الغير فلا يكون هناك اشتراطاً لمصلحة الغير.

فلا يكفي أن يحصل المنتفع على حق ،بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذي تم بين المشترط والمتعهد[3].

بالاستناد لما تقدم فقد ذهب جانب فقهي إلى أن الأساس القانوني لامتداد أثر عقد الالتزام للغير هو تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني، ووفقاً لهذا الجانب فإنه لا يوجد مانع من تطبيق هذه النظرية في مجال العقود الإدارية ومنها عقد الالتزام على أساس أن بنود دفاتر الشروط في وثيقة الالتزام تتضمن اشتراطاً حقيقياً لمصلحة الغير على النحو الذي تعرفه قواعد

---

[1] د. حسن الخيمي – مرجع سابق – ص213.

[2] د. سوسن البيطار – المرجع السابق – ص227. ومثال المصلحة الأدبية في هذه الحالة الحرص على بقاء كيان الأسرة.

[3] د. إبراهيم محمد عبد الحليم – المرجع السابق – ص218-219.

القانون الخاص، وبالاستناد إليه يستطيع المنتفعون الاحتجاج بهذه الشروط لمصلحتهم في مواجهة الملتزم[1].

أيد هذا الجانب الفقهي بعض التطبيقات لمجلس الدولة الفرنسي لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير ،لتبرير آثار عقود الالتزام في مواجهة المنتفعين، فقد اعترف المجلس بحق طالب الانتفاع من المرفق في الحصول على المنفعة المقررة في عقد الالتزام، وكراسة الشروط، على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير بحسبان أن العقد الذي يبرم بين جهة الإدارة وشركة الالتزام يلزم الشركة بتقديم المنفعة المقررة في العقد لكل من يطلبها ،وفقاً لشروط العقد، وأن هذه الشرط مقرر لمصلحة الغير من جمهور المنتفعين الذين يطلبون الحصول على الخدمة التي يقدمها المرفق، ومن أشهر تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حكم الصادر في 1938/7/17 في قضية La chemins de fer de la comergueحيث منحت إحدى المقاطعاتفي فرنسا لشركة من الشركات حق استغلال أحد مرافق السكك الحديدية بمقتضى عقد التزام، وقد ضمنت المقاطعة العقد شرطاً بمقتضاه احتفظت الدولة بحق مد خطوط تليفونية فوق المنطقة للمرفق موضوع العقد، وقد حدث خلاف حول تفسير هذا الشرط وعندما عرض على المجلس أوضح المفوض Lagrange الذي اختص بدراسة هذه القضية أن الشرط موضوع الخلاف هو من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، أي أن المقاطعة تشترط لصالح الدولة وكلاهما شخص معنوي عام مستقل عن الآخر، وبالتالي فإن قاضي العقد هو وحده المختص بالفصل في مثل هذا النزاع[2].

---

[1]Richer (L.(droit des contrats, op.cit. p217.

A-Laubadere, contrats, op.cit. T2, p.617.

[2]CE,17-Juin-1938, Chemens de ferde la conexyue- Dalloz -1940, p.19.

CE,7-10-1987 Société des casions du touquet. Richer, op.cit. p.218.

ويستفاد من هذا الحكم أن المستفيد إنما يستمد حقاً مباشراً من العقد، وبالتالي فإن قاضي العقد هو المختص بكل نزاع ينشأ عن تفسير شرط تضمنه العقد أو ما يثيره تنفيذ العقد[1].

أما في مصر، فإنه ورغم أن قضاء المحاكم المختلطة قبل إلغائها قد جرى على الأخذ بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير في نطاق عقد الالتزام فكانت تقرر أن حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام تستمد مما تتضمنه عقود الالتزام من شروط تقرر الجهة مانحة الالتزام لمصلحة المنتفعين[2].

إلا أن قضاء مجلس الدولة المصري الحالي لا يؤيد امتداد آثار عقد الالتزام إلى المنتفعين استناداً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير[3].

في سورية أقّر مجلس الدولة السوري إمكانية تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية شرط توافر شروطها المعروفة في القانون المدني، وانتهى في هذا الصدد إلى أنه لئن كان يسوغ للإدارة أن تتعاقد باسمها على التزامات تشترطها لمصلحة إدارة أخرى إذا كان في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة للمرفق الذي تقوم عليه الإدارة الثانية، وإنه لا جناح على هذه الإدارات من تطبيق القانون الخاص في القدر الذي يتلاءم بأحكامه مع ما تستلزمه علاقات الدولة مع الأفراد، وما يقتضيه حسن سير المرفق العام، إلا أنه لا بد لصحة هذا السلوك من توافر شروطه مجتمعة، منها أن يتضمن العقد إشارة صريحة إلى

---

[1] د. حسن محمد الخيمي – مرجع سابق – ص218.

[2] د. محمد فؤاد مهنا – مقالة / حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة – مجلة مجلس الدولة – س2 – 1951 – ص187-188.

[3] د. حسن محمد الخيمي – مرجع سابق – ص220.

الإدارة المشترط لصالحها ،وإلى محل الالتزام ،وسببه وأن تصرح هذه الإدارة بقبول هذا الاشتراط مستنداً إلى وقت صدوره[1].

ومع كل هذا فإن سريان أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في مجال عقد الالتزام كأساس قانوني لامتداد آثار الالتزام للغير لم يسلم من النقد والمعارضة من فقهاء القانون العام بالاستناد إلى أن شروط تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني غير متوافرة في حالة الانتفاع بالمرافق العامة، حيث يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون موضوع الانتفاع محدداً ،أو الأشخاص المنتفعين محددين وقت التعاقد ،أو من الممكن تحديدهم في المستقبل، وذلك على خلاف المنتفعين في عقد الالتزام، فالمنتفعون هم جميع الأفراد من الجمهور الموجودين وقت العقد أو الذين يوجدون في المستقبل، كما أن موضوع المنفعة التي يقدمها المرفق غير محددة لأن شركة الالتزام لا تلتزم بتقديم المنفعة المحددة في العقد فقط، وإنما تلتزم بتقديم المنفعة وفقاً للتعديلات التي تقررها الجهة مانحة الالتزام في المستقبل[2].

إضافة إلى أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تقرر للمنتفع حقوقاً قبل المتعهد فقط، أي قِبَل شركة الالتزام في حين أن عقد الالتزام ووفقاً للاجتهاد القضائي يقرر حقوقاً للمنتفعين قبل الإدارة مانحة الالتزام وقبل الملتزم.

ونتيجة لهذا النقد الفقهي فقد تحول مجلس الدولة الفرنسي عن تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لتبرير انتقال آثار عقد الالتزام إلى الغير وعلى هذا

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /25/ بالطعن /16/ لعام 1965 – المجموعة لعام 1965 – ص116.

[2] Georges pequinot, Theorie générale du contrat administratif 1945, p.597.

Jeze: Principes genereux du driot administratif, 3eme, edition 1934, TIV, p.372.

يسير اجتهاده حالياً ،والعديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن تؤكد عدوله عن الأخذ بنظرية الاشتراط الغير كأساس لتبرير انتقال أثر عقد الالتزام للغير[1].

الفرع الثاني – الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام

يعود الفضل في ظهور فكرة الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام كأساس قانوني لامتداد آثار عقد الالتزام إلى الغير إلى الفقيه الفرنسي Pequignot فقد رفض التقيد بالقاعدة المدنية التي تقصر آثار العقود على أطرافها إضافة إلى أنه من غير الجائز تحميل نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية بأكثر مما تحتمل ،وتحوير أحكامها كي تصلح سنداً قانونياً لتبرير الآثار التي توّلدها العقود الإدارية في مواجهة الغير.

وذلك لأن العقود الإدارية بطبيعتها تولد آثاراً في مواجهة الغير، حيث إنها ليست سوى وسيلة من وسائل الإدارة في سبيل القيام على المرافق العامة وتحقيق الصالح العام.

فالإدارة سواء استخدمت وسيلة العقود الإدارية ،أو غيرها من الوسائل، فإنها تستعمل اختصاصاً تستمده من القوانين ،واللوائح، وهذه الاختصاصات من شانها أن تولد حقوقاً والتزامات في مواجهة الأفراد[2].

ووفقاً للفقيه Pequignot فإن العقد الإداري يجوز أن يخلق حقوقاً لصالح الغير وهذه الحقوق تقسم إلى ثلاث مجموعات:

الأولى– حق الغير في إبرام العقود الإدارية وفقاً للقانون.

الثانية– الحقوق المقررة لمصلحة الغير في العقود الإدارية.

الثالثة– حقوق مستخدمي المرافق العامة.

---

[1]CE,15-Juin-1968, Bardied, A.S. p.225.

[2]Pequignot(G) : Les contrats de l'administration, jurisclasseur administratif, fasc, , 1963. P.511.

وترجع حقوق مستخدمي المرافق العامة إلى الطبيعة اللائحية للعقد بصفة عامة، بحيث لا يمكن الارتكان لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير المقررة في القانون المدني.

وأصالة نظرية العقود الإدارية وفقاً لـ Pequignot تؤدي إلى نتيجة حتمية هي أنه حتى في حالة سكوت العقد فإن ضرورات تسيير المرفق العام بانتظام واضطراد تسمح للإدارة بمباشرة العديد من السلطات، منها سلطات الرقابة وتوقيع الجزاءات في الأحوال التي تكون فيها مباشرة هذه السلطات ضرورية لصالح المرفق العام، وهذه السلطات ترتب للمنتفعين حقوقاً في وجوب التزام الإدارة بمباشرة هذه السلطات لصالح المرفق العام والمنتفعين[1].

وبالاستناد لما تقدم فإن امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير يرجع إلى الطبيعة الذاتية لهذه العقود.

وقد أيد جانب من الفقه العربي نظرية الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام لتبرير امتداد آثار العقد للغير، فإذا كانت الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقود المدنية تتحدد وفقاً لما تضمنته هذه العقود من نصوص، فإن الحقوق والالتزامات التي تترتب على عقد الانتفاع بالمرافق العامة تتحدد على وجه مختلف، إذا ينص القانون المدني المصري في المادة /669/ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ،ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين، كما أن المادة /67/ من القانون المدني تنص على أن يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة للعقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها.

---

[1]Pequignot, op.cit. p.17.

وعليه فإن علاقة المنتفع بالمرفق العام المدار بأسلوب الالتزام علاقة لائحية تحددها القوانين واللوائح المتعلقة بالمرفق العام ،والأحكام المنظمة لعقد الالتزام وبالتالي فإن الطبيعة الخاصة لعقد الالتزام هي أساس امتداد آثار العقد للغير[1].

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت أيضاً للنقد سواء من جانب الفقه الفرنسي ،أو العربي حيث يذهب الفقيه دي لوبادير في تعقيبه على رأي الفقيه Pequignot للقول بأن السيد "بينكو" طور فكرة أن العقد الإداري يجوز أن يخلف حقوقاً لصالح الغير، وقد قسم هذه الحقوق إلى ثلاث مجموعات ،فالمجموعة الأولى، وهي حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون فإنه –ومن جانب الفقيه "دي لوبادير" رداً على على ذلك – أنه ليس هناك استفادة للغير بالمعنى المفهوم حيث أن الغير هنا لا يستمد حقه من النص في عقد إداري، وإنما يستمد حقه من نصوص القوانين واللوائح. أما بالنسبة للمجموعة الثانية المتعلقة بالحقوق المقررة لمصلحة الغير في العقود الإدارية، فإنه وفقاً لرأي دي لوبادير لا تعدّ خروجاً على قاعدة نسبية أثر العقود ولا يغير هذا من العقود الإدارية في شيء، حيث إن المادة /1165/ من القانون الفرنسي تعترف بهذا الحق للغير دون أن يغير هذا من طبيعة العقد.

أما بالنسبة لحقوق مستخدمي المرافق العامة فيرى "لوبادير" بأن ذلك راجع إلى الطبيعة اللائحية لشروط عقد الالتزام، حيث إن شروط عقد الالتزام المتصلة بتسيير المرفق هي وحدها دون غيرها التي يمكن أن توصف بالطبيعة اللائحية[2].

---

[1]د. توفيق شحاته– مبادئ القانون الإداري –القاهرة– دار النشر للجامعات المصرية– 1954و1955 – ص444وَ445.

[2]Laubadere, Traite Theorique et pratique des contrats administratifs , paris , 1956, T2, p.87.

كما اتجه جانب من الفقه العربي للتعقيب على رأي الفقيه بيكنو بنظريته الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام للقول بأنه إذا كان هذا الرأي يرجع آثار العقود الإدارية في مواجهة الغير إلى طبيعة الاختصاصات الإدارية بصفة عامة، فإن العقود الإدارية هي المصدر المباشر لتلك الآثار نظراً لأن هذه العقود هي التي تجعل المتعاقد دائناً أو مديناً بتلك الآثار في مواجهة الغير، فإرادة الإدارة المتعاقدة باعتبار أنها تسعى دائماً في سبيل تحقيق الصالح العام هي التي تولد آثاراً في مواجهة الغير، أما إرادة الفرد المتعاقد فعاجزة عن تحقيق مثل هذه الآثار وعليه فإن طبيعة الاختصاصات الإدارية هي الأساس القانوني لامتداد آثار العقد الإداري إلى الغير بفرض أن العقد الإداري هو المصدر المباشر لتلك الآثار[1].

من جانبنا فإننا نذهب لتأييد نظرية الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام كأساس لامتداد أثر العقد إلى الغير، فشروط عقد الالتزام جميعها لها طبيعة تعاقدية فيما بين الإدارة والملتزم، أما بالنسبة للغير فتعد نصوص العقد المتعلقة بشؤون الخدمة أو العمل ذات طبيعة لائحية أو مشرعة بالنسبة للمنتفعين أو عمال المرفق، وهذا ما يفسر قبول مجلس الدولة الفرنسي لدعاوى الإلغاء المرفوعة من المنتفعين ضد القرارات الإدارية الصادرة بالمخالفة للنصوص المتعلقة بتنظيم المرفق العام ،والتي تعد من طبيعة لائحية في مواجهة المنتفعين والغير، كما يفسرأيضاً عدم قبول مجلس الدولة الفرنسي لدعاوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الإدارية المخالفة لتلك الشروط إذا كانت مرفوعة من الملتزم، بحسبانأن هذه الشروط هي شروط تعاقدية في مواجهة الملتزم، وبالتالي لا يؤدي الإخلال بها إلى إثارة قضاء الإلغاء الذي يستهدف حماية الشرعية، حيث أن العقد ليس مصدراً من مصادر الشرعية فهو لا يوّلد إلا التزامات شخصية بين الإدارة والملتزم.

---

[1] د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص687.

الفصل الثاني

شروط دعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية في حالة عقد الالتزام

بّينا في الفصل الأول من البحث شروط توجيه دعوى الإلغاء للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، وهي شروط لا تكاد تخرج عن شروط دعوى الإلغاء المعروفة فقهاً وقضاءً، وكذلك فإن شروط دعوى الإلغاء في حالة عقد الالتزام لا تختلف عنها، فهي دعوى موجهة ضد قرار إداري صادر عن جهة عامة بما لها من صلاحية بقصد إحداث أثر قانوني، وتهدف إلى تقويم العيب الذي اعتراه وفقاً لما يستلزمه القانون.

إلا أن ما يميز دعوى الإلغاء في إطار عقد الالتزام هو المركز القانوني للمدعي، فالطاعن في دعوى الإلغاء يستند بدعواه لمخالفة الإدارة لشروط لائحية تشكل القانون الناظم للمرفق بالنسبة للطاعن، وهي في حقيقتها شروط صُهِرت بعقد الالتزام بالنسبة للملتزم. أما الخصيصة الثانية لدعوى الإلغاء في إطار عقد الالتزام فهي الطريقة التي توجه بها الدعوى، ففي عقد الالتزام يتوّلى الملتزم إدارة المرفق وتسييره بدلاً من الإدارة وفقاً لشروط ذات طبيعة عامة تنظم المرفق ويعتمد عليها الغير صاحب الحاجة لخدمة المرفق في ضمان إشباع حاجته، وبما أن الملتزم قد يخرج عن قانون المرفق فإن مُسعف الغير في هذه الحالة هي الإدارة التي يجب عليها كراعية أصلية للمرفق العام ،ومسؤولة عن إشباع الحاجة أن تقوُّم إدارة الملتزم وفقاً لشروط أداء الخدمة، فإن هي رفضت التدخل أو أصدرت قراراً مخالفاً لتلك الشروط فإن سبيل الغير في هذه الحالة هي دعوى الإلغاء.

وعليه فإننا سنتناول في هذا الفصل دراسة المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : الأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى الإلغاء.

المبحث الثاني : طريقة توجيه دعوى الإلغاء في هذا المجال.

المبحث الأول
الأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى الإلغاء
(صفة المدعي)

تتوّلى السلطة الإدارية في كل دولة إدارة المرافق العامة ،وتنظيمها ،وهي في قيامها بهذه الوظيفة تخضع لسلطان القانون بصفة عامة ولمبدأ الشرعية بصفة خاصة، وطبقاً لهذا المبدأ الأساسي العام يجب أن تكون كل أعمال السلطة الإدارية وتصرفاتها في شؤون المرافق العامة سليمة من الناحية القانونية، وللأفراد حق ثابت في مطالبتها باحترام المشروعية في كل أعمالها وقراراتها الإدارية من حيث مشروعيتها، وتخضع لرقابة جدية من جانب القضاء الإداري ،ويشترك الأفراد بوجه عام في هذه الرقابة، لأن القضاء الإداري لا يملك تحريك دعاوى الإلغاء من تلقاء نفسه. وعن طريق دعوى الإلغاء يتمكن الأفراد من مراقبة الإدارة في إدارتها للمرافق العامة وإلزامها باتباع أسلم طرق الإدارة وأكثرها تحقيقاً للمصلحة العامة، وعليه فإن الفرد يملك حقيقة إذا أصابه ضرر بسبب سوء إدارة المرفق ،أو بسبب خطأ وقع من أحد عماله أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه طبقاً لقواعد المسؤولية، وإذا كان بينه وبين مرفق من المرافق عقد خاص مثلاً ،وامتنع المرفق عن تنفيذ العقد فإنه يملك المطالبة بتنفيذ تعاقده أمام القضاء[1].

إلا أن الفرد يملك فوق ذلك عن طريق دعوى الإلغاء مراقبة حسن سير المرفق، وله حق شخصي في تعويض أضرار أصابته ،أو في الحصول على المنفعة المقررة له بمقتضى تعاقده، وقد استقر القضاء الإداري على الاعتراف للأفراد بهذا الحق إزاء المرافق العامة بكافة أنواعها، سواء أكانت إدارية ،أو مرافق صناعية ،أو تجارية.

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا – مقال سابق – ص205–206.

بالاستناد لذلك فإن الأشخاص الذين يمكنهم مراقبة حسن سير المرفق عن طريق دعوى الإلغاء في حالة كانت إدارة المرفق عن طريق عقد الالتزام يمكن تقسيمهم وفقاً للمركز القانوني لهم إزاء المرافق العامة وفقاً للآتي:

1- المستفيدون من عقود الالتزام.

2- العمال عند المتعاقد.

المطلب الأول: المستفيدون من عقود الالتزام

وهم الأفراد الذين يستفيدون مما تحققه المرافق العامة من نفع عام،أو أنهم الأفراد الذين يفيدون مما تقدمه المرافق العامة من حاجات ،وخدمات.

والمنفعة العامة التي يستفيد منها الأفراد لا تقتصر على الخدمات المقدمة بشكل مباشر ،ولفرد ذاته ،أو أشخاص معينين، وإنما تتحقق أيضاً عن طريق ما يشيعه إنشاء المرافق العامة وتنظيمها من نظام وأمن ،وعدل ،ورفاهية ،وتقدم ،وارتقاء في ربوع الدولة، ينال كل فرد مقيم على أرضها نصيب منها عن طريق غير مباشر ،وبحكم وجوده في الدولة.وأظهر أمثلة على هذا النوع من المنفعة العامة ما تحققه مرافق الأمن ،والدفاع ،والقضاء ،من أمن ،وسلام ،وعدالة تعم كل أنحاء الدولة ويعم نفعها الأفراد المقيمين على أرض الدولةجميعهم.

إضافة لما تقدم فإنه يوجد عادة أفراد يدخلون في عداد الأشخاص الذين أنشئت المرافق لتقديم الخدمات والحاجات لهم لكنهم لم يطلبوا الحصول على هذه الحاجات ،والخدمات ،أو طلبوها ولم يحصلوا عليها بعد، فهؤلاء يكونوا مجرد مرشحين للحصول على مثل هذه الحاجات أو تلك الخدمات، بحيث يتاح لهم مركز قانوني لرقابة حسن سير المرفق الذين يقصدونه لأداء الخدمة وبناءً على ذلك فإن المركز القانوني للأفراد تجاه المرافق العامة وطبيعة العلاقة التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد والمرافق العامة هي التي تحدد طوائف الأفراد الذين يفيدون من المرافق العامة بثلاث طوائف والتي يمكنها ممارسة دعوى الإلغاء عند إدارة المرفق وفقاً لعقد الالتزام وهذه الطوائف هي:

الفرع الأول – المستفيدون

وهم الأفراد الذين يستفيدون مما تحققه المرافق العامة من نفع عام لا يقصد منه إفادة فرد بذاته ،أو جماعة معينة من الناس[1].

فالمستفيد بالمعنى السابق تحديده لا تربطه بالمرافق العامة أو السلطات العامة التي تدير هذه المرافق أية رابطة خاصة، فلا يوجد بينه وبين السلطات العامة أي عقد أو اتفاق، ولا تستلزم إدارة المرافق العامة وتنظيمها إنشاء روابط أو صلات خاصة بين المرفق وبين المستفيدين، لأن المرافق التي تقدم المنفعة العامة للجمهور بصفة عامة كمرافق الدفاع ،والبوليس ،والقضاء ،والتنظيم المهني ،لا تهدف إلى تحقيق فائدة لشخص بذاته أو أشخاص معينين بذاتهم، وإنما تعمل لتحقيق فائدة الجمهور كمجموع بدون تحديد، وتحقيق أهداف مثل هذه المرافق لا يستلزم قيام أية صلة خاصة بينها وبين الجمهور.

وبناءً عليه فإن الإجماع منعقد على تحديد المركز القانوني للمستفيد في هذه الحالة بأنه مركز قانوني عام، أي مركز موضوعي أو نظامي يحكمه قانون المرفق، وهو يخضع لهذا القانون خضوعاً تاماً، وللسلطة العامة مطلق الحرية في تعديل قانون المرفق،ونظامه ،دون أن يكون للمستفيد أي شأن في ذلك، ودون أن يكون له حق الاعتراض على مثل هذا التعديل، أو التغيير[2].

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا – المقال السابق – ص182.

وقد عرفهم د. مهند نوح : بأنهم الأفراد الذين يحصلون على الخدمة من سير المرفق ذاته دون أن يؤدي المرفق الخدمة المطلوبة بشكل شخصي للمنتفع وذلك لأن هذا المرفق يسير في سبيل المصالح العامة غير المحدودة د. مهند نوح – رسالته – المرجع السابق – ص131.

[2]Jeze: principles genereux du droit administratif, 3ed, TIV, p.359.

Rolland: cours de droit administratif, 1945, p.314.

الفرع الثاني – المنتفعون

وهم الأفراد الذين يتمتعون بما تقدمه المرافق العامة من خدمات يقصد بها تحقيق منفعة شخص بذاته بصفة مباشرة[1].

وللحصول على المنفعة التي تقدمها المرافق العامة يلجأ المنتفعون إلى طرق ووسائل تختلف باختلاف الظروف والأحوال ،وباختلاف نوع المرفق أو نوع المنفعة التي يقدمها، فالمرافق الإدارية البحتة تؤدي خدمات ذات نفع عام للجمهور ولا تقدم حاجات مادية محددة يمكن للأفراد أن يستحوذوا عليها ،أو يختصوا بها على وجه الانفراد، كما هو الحال بالنسبة لمرافق التعليم ،والصحة والثقافة العامة ،والمرافق التي تهدف إلى المحافظة على الصحة العامة ونشر الثقافة بين الجمهور، فالانتفاع بخدمات مثل هذه المرافق لا يستلزم قيام رابطة شخصية بين المنتفع والمرفق فكل فرد في الدولة يستفيد مما يحققه مرفق البوليس من توفير الأمن ،والهدوء والصحة العامة، ودون أن يكون من اللازم أن تنشأ بسبب هذا الانتفاع رابطة شخصية بين المنتفع والمرفق، ولهذا فإن مركز المنتفعين إزاء المرافق الإدارية البحتة يكون دائماً وباتفاق الفقه والقضاء مركزاً قانونياً عاماً (أي مركزاً نظامياً أو موضوعياً تحكمه قوانين المرفق).

أما المرافق الصناعية والتجارية (المرافق العامة الاقتصادية) فإنها تقدم حاجات مادية محددة لأفراد الجمهور، ويستحوذ عليها كل منهم ويختص بها على سبيل الانفراد، كما هو الحال بالنسبة لمرافق النقل ،وتوريد المياه ،والنور ،والغاز، فإذا كانت تدار وفقاً لعقد التزام فإن المنتفعين بخدمة هذه المرافق مثلهم مثل عملاء أي مشروع فردي خاص، حيث يأخذ التعامل بين المنتفعين والملتزم شكل العقود وقد ثار التساؤل حول طبيعة هذه العقود، وهل هي مدنية أم إدارية[2].

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا – المقال السابق – ص182.

[2] د. مهند مختار نوح – رسالته – المرجع السابق – ص131.

ذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى أن العقود المبرمة بين المنتفعين بالمرفق والملتزم هي عقود تحكمها قواعد القانون الخاص ،ويحددها وينظمها الاتفاق الكتابي أو الشفهي (تذكرة سفر مثلاً) بين المنتفع والمرفق، مما يستتبع أن تختص المحاكم العادية بنظر النزاع الذي ينشأ بين المنتفعين والمرفق[1].

تعرض هذا الاتجاه للانتقاد بحسبان أن المرافق العامة الاقتصادية تسعى قبل كل شيء إلى تقديم خدماتها إلى جمهور المنتفعين بغض النظر عن الربح والخسارة مما يصبح معه تشبيهها بالمشروعات الفردية الخاصة خطأ مؤكد.

كما أن عدّ العقود المبرمة بين المنتفعين والملتزم هي عقود تحكمها قواعد القانون الخاص يتعارض مع مبدأ أساسي من المبادئ التي تحكم المرافق العامة، وهو سلطة الإدارة في تعديل العقد من جانبها وحدها ولاسيما تعديل تعريفة الأسعار وفقاً لما تقضيه المصلحة العامة. إلا أن أنصار هذا الاتجاه قالوا رداً على ذلك: إن المنتفعين حين يوقعون عقداً مثل عقد توريد الطاقة الكهربائية مثلاً يقبلون مقدماً بتوقيعهم على هذا العقد جميع التعديلات التي ترى الإدارة فيما بعد على أركان تنظيم المرفق العام ،ومنها تعريفة السعر[2].

وأما مجلس الدولة الفرنسي فقد استقر اجتهاده وقضاؤه على أن العقود التي تبرمها المرافق الصناعية والتجارية مع المنتفعين بها لا تعدّ عقوداً إدارية حتى ولو تضمنت شروطاً استثنائية، فهي دائماً من عقود القانون الخاص.

وقد استمر هذا الموقف ثابتاً حتى صدور قانون 1990/7/2 الذي نص صراحة على عدّ هذه العلاقة عقدية من عقود القانون الخاص.

---

[1]Pequinot, op.cit. theorie général du contrat administratif, 1945 p.93.

Walline: de la situation juridique de l'uuager d'un service, public, 1993, p.390.

[2]Bonnard: droit administratif, op.cit. p.89.

Jeze: op.cit. p.363-365.

إلا أننا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي خالف ما سبق وجاء بقضاء مغاير بحكمه الصادر في 19 /1979/7 في قضية Veuve Bourgeois،حيث قضى بأن عقد اشتراك الهاتف ،المبرم بين مرفق الهاتف والمشترك بقصد تقديم خدمة المرفق له مقابل أجر معين يعدّ بالنظر إلى الشروط الاستثنائية التي يتضمنها عقداً إدارياً، بحيث يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الناشئة عنه ما لم يكن هناك نص تشريعي مخالف[1].

وقضاء مجلس الدولة الفرنسي كان محل نظر من جانب الفقه بحسبان أن عقود المنتفعين بالمرافق العامة المبرمة بينهم وبين الملتزم هي من عقود القانون الخاص نظراً لطبيعة المرافق التي تدار عن طريق الالتزام، فمن المعلوم أن طريقة الالتزام التي تدار بها المرافق الاقتصادية (صناعية أو تجارية)، والتي تخضع حالياً لأكبر قدر ممكن من قواعد القانون الخاص التي تتفق وطبيعة تلك المرافق وبالتالي فإن المحاكم القضائية هي التي تختص بالفصل في المنازعات التي تثيرها تلك العقود، أما القول بغير ذلك وعدّالمنتفع في مركز قانوني عام فيه إهدار لإرادة المنتفع التي تتجلى في قبوله الاشتراك ،أو التعاقد مع المرفق بإرادته واختياره للشركة التي يتعاقد معها بإرادته[2].

وكذلك في مصر فقد ذهب غالبية الفقهاء ،ويؤيدهم في ذلك القضاء أن عقود الملتزم مع المنتفعين هي عقود مدنية تحكمها روابط القانون الخاص ويختص بنظر المنازعات الناشئة عنها المحاكم العادية وذلك لعدم توافر شروط العقد الإداري في هذه العقود، حيث إن الإدارة ليست طرفاً فيها، وإن هذه العقود لا

---

[1]CE,19-6-1979, Madame Vv, Bourgeois, A.J.D.A. 1980 – 304.

د. مهند نوح – مرجع سابق – ص134.

[2]د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص252.

تحتوي شروطاً استثنائية ،وإن انطوت على بعض هذه الشروط، فإنها لا تعدو أن تكون من قبيل عقود الإذعان التي ينظمها القانون الخاص[1].

إلا أن البعض الآخر يرفض هذا الاتجاه ،ويرون أن المرفق العام الاقتصادي المدار بأسلوب الالتزام يكون المنتفعين منه في مركز تنظيمي ،أو لائحي تحكمه القوانين ،واللوائح الخاصة بالمرفق العام[2].

حسم القضاء الإداري المصري الأمر عندما عدّ أن نشاط شركة المعمورة للإسكان لا يعدّ من قبيل ممارسة السلطة العامة، ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين بهذا المرفق ممن خولتهم حق شغل الكبائن العامة على شاطئ البحر لا تحكمها قرارات إدارية بالترخيص في شغل تلك الكبائن، بل تحكمها روابط تعاقدية نشأت بينهما ،وهي من روابط القانون الخاص وتخضع لأحكامه[3].

كما عدّ أيضاً أنه إذا كان العقد مثار النزاع بين الطرفين قد أبرم بين مورث المدعى عليهم وبين الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية ،وهي مرفق عام اقتصادي بقصد الإفادة من خدمة المرفق المذكور الخاصة بالاتصالات التلفونية، أي لتحقيق خدمة للمشترك ،وليست له أي صلة بنشاط المرفق ،أو بتسييره ،وتنظيمه، فإنه يخضع للأصل المقرر في شأن العقود التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية ،وبين المنتفعين بخدماتها بوصفها من روابط القانون الخاص لانتفاء مقومات العقود الإدارية ،وخصائصها المتقدم ذكرها. ولا يؤثر في هذا النظر ما تضمنه هذا العقد من شروط استثنائية قد يختلط الأمر بينها وبين الشروط الاستثنائية التي يتميز بها أسلوب القانون العام في العقود الإدارية، ذلك

---

[1] د. سعاد الشرقاوي – القانون الإداري – مرجع سابق – ص204-205.

[2] د. توفيق شحاته – مرجع سابق – ص444-445 ود. مصطفى أبو زيد فهمي – مرجع سابق – ص122.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالدعوى رقم /10/ لسنة 4 ق جلسة 1974/6/29 مذكور عند د. حسن الخيمي – ص207.

أن تلك الشروط مألوفة في نوع خاص من العقود المدنية ،وهي عقود الإذعان ،وقد نظمها القانون المدني بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف في التعاقد[1].

كما بين بأن اتصال العقد بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص، فإن هذه المقومات والخصائص لا تتوافر في العقود التي تحكم العلاقة بين المرفق الاقتصادي وبين المنتفعين به، خاصة إذا كان القائم عليه ليس جهة إدارية تعمل بوصفها سلطة عامة[2].

فالعلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص إذ فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التي تسير عليها فإنه يتعين لعدّ العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه ،وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام ،وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص ،وهذه المقومات لا تتوافر في العقود التي تحكم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بها[3].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1975/4/5 مذكور عند د. حسن الخيمي – مرجع سابق – ص207.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم /2644-1194/30 جلسة 1989/2/18 مجموعة المكتبة الفني بمجلس الدولة المصري للعقود الإدارية في أربعين عاماً – ص120.

[3] فتوى رقم /403/ في 1990/4/11 43 و 44 /254/ مجموعة المكتب الفني للعقود الإداري في أربعين عاماً – ص123.

الفرع الثالث – المستحقون للمنفعة

وهم الأفراد المرشحون للحصول على الخدمات التي يقدمها المرفق[1]، أي أنهم يدخلون في عداد الأشخاص الذين أنشئت المرافق لتقديم الخدمات لهم ولكنهم لم يطلبوا الحصول على هذه الحاجات والخدمات أو طلبوها ،ولم يحصلوا عليها بعد فهم مجرد أشخاص مازالوا خارج المرفق ولم يرتبطوا به بأية رابطة عقدية.

ويفرق البعض بين المركز القانوني للمتقدمين للانتفاع بالمرفق العام الذي يدار بأسلوب الإدارة المباشرة (الريجي) ،وبين المركز القانوني للمتقدمين للانتفاع بخدمات المرفق الذي يدار بأسلوب الالتزام.

ففي الحالة الأولى يعدّ الأفراد المتقدمون للانتفاع بالمرفق العام في مركز قانوني عام ،لأنه لا توجد أي صلة خاصة أو شخصية تربط بينهم وبين المرفق بعد، ولكنهم يطالبوا بالحصول على خدمات المرفق وفقاً لما يقضي به قانونه ونظامه، فالمرافق العامة هدفها خدمة جمهور المواطنين، فإذا قصرت الإدارة في أداء هذه الخدمة أو امتنعت عن أدائها يكون للفرد الراغب في الانتفاع بالمرفق حق اللجوء إلى القضاء الإداري بطلب إلغاء قرار الإدارة غير المشروع والمخالف لنظام المرفق العام[2].

أما إذا كان المرفق يدار بطريق الالتزام فيمكن للمتقدمين للانتفاع أن يطلبوا تنفيذ شروط عقد الالتزام وقائمة الشروط الملحقة به لصالحهم.

ولكن في هذه الحالة فإن الأمر يختلف عن حالة إدارة المرفق بالطريق المباشر، حيث إن العقد المزمع إبرامه بين الملتزم والمنتفع يعد عقداً مدنياً لأن

---

[1] د. فؤاد مهنا – المقال السابق – ص182.

[2] Rolland, Cours de droit administratif , op.cit, p.318.

Bonnard, op.cit. p.89.

قواعد القانون العام خلقت لتحكم نشاط السلطات الإدارية لا لتحكم نشاط الأفراد أي أن وجود جهة إدارية طرفاً في العقد يعد شرطاً لعدّ العقد عقداً إدارياً.

ولذلك فإن العقد المبرم بين أفراد لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً حتى ولو كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة ذات نفع عام ،أو كان يستهدف غرضاً من أغراض النفع العام التي يبرمها ملتزمو المرافق العامة مع عمال المرفق الذين يعاونوهم في تنفيذ التزاماتهم فهي تعد أيضاً عقوداً مدينة.وسوف يختص بنظر المنازعات الناشئة عنها انتهاءً القضاء العادي، لذلك فإنه يكون لجهة القضاء المدني الاختصاص بنظر منازعات المتقدمين للانتفاع بالمرفق العام المدار عن طريق الالتزام ابتداءً ما دام مآل مصير النزاع إليه في النهاية.

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بحق طالب المنفعة في طلب تنفيذ شروط عقد الامتياز أمام المحاكم المدنية[1].

حيث وضع في حسبانه طبيعة العقد المزمع بين المتقدمين للانتفاع بالمرفق العام وبين الملتزم، نظراً لأن هذا العقد من عقود القانون الخاص وبالتالي فضل المجلس أن يختص القضاء العادي بالنزاع ابتداءً ما دام مصير النزاع إليه فيما بعد، ومنذ ذلك التاريخ استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اختصاص القضاء العادي بنظر دعاوى المتقدمين للانتفاع بالمرفق العام في حالة أن يكون المرفق المدار بطريق الالتزام[2].

إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي عارض بشدة اعتبار المركز القانوني لطالبي الانتفاع هو مركز عقدي ذو طبيعة مدنية، وذلك بحسبان أن علاقة طالبي المنفعة مع المرفق في العقد المدني تفترض أنها قائمة على أساس الاشتراط

---

[1]CE, 5-11-1937, union hydro – electrique de L'onest constantionis.

مذكور عند د. حسن الخيمي – ص205

[2]د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – مرجع سابق – ص252.

لمصلحة الغير، وهي نظرية مدنية لا تتوافر شروطها في علاقة طالبي المنفعة بالمرفق، وعلى هذا ينتهي هذا الجانب إلى عدّ طالب المنفعة في علاقته بالمرفق هو مركز قانوني عام يحكمه قانون المرفق وحده[1].

المطلب الثاني: العمال عند المتعاقد (الذين يستعين بهم الملتزم في تسيير المرفق) والذين يستندون بدعواهم للشروط النظامية.

يتوّلى إدارة المرافق العامة ،وتنفيذها ،والمساهمة في نشاطها مجموعة من الأفراد تكون مساهمتهم إما عن طريق الاختيار أو الإيجار، كما هو الشأن بالنسبة للموظفين والمستخدمين العموميين الذين يتوّلون إدارة المرافق ،وتنفيذها، وشركات الامتياز التي يعهد إليها بإدارة المرافق الصناعية، والتجارية، والمتعهدين والمقاولين الذين يتعهدون بتوريد المواد ،أو الأدوات، وهؤلاء وأمثالهم يشتركون في إدارة المرافق العامة أو يساهمون في نشاطها بما يقدمون من أموال وأدوات أو بما يقومون به من أعمال، ويختلف مركزهم القانوني إزاء المرافق العامة باختلاف نوع المعاونة التي يقدمونها والظروف التي تقدم فيها هذه المعاونة[2]، وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي في حال عقد الالتزام قد أجاز للمستفيدين أن يطعنوا بالإلغاء في القرارات التي تصدرها الإدارة بمناسبة عقد الالتزام وتتضمن إخلالاً بشروط عقد الالتزام اللائحية، إلا أن المجلس سحب هذا المبدأ أيضاً على طائفة أخرى وهم العمال الذين يستعين بهم الملتزم في تسيير مرفقه، فالإدارة مانحة الالتزام غالباً ما تّضمن عقود الالتزام شروطاً تمنحهم بموجبها بعض المزايا[3].

ورغم أن العمال الذين يستخدمهم الملتزم في هذه الحالة هم أُجراء يخضعون لأحكام عقد العمل، ولكن الإدارة كثيراً ما تضمن عقود الالتزام شروطاً

---

[1]Bonnard: droit administratif, op.cit. p.89

[2]د. فؤاد مهنا – المقال السابق – ص180.

[3]د. محمد سعيد أمين – فكرة العقود الإدارية وإبرامها – دار الثقافة الجامعية – 1994 – ص328.

تكفل لهم بعض المزايا المتعلقة بالأجور أو بظروف العمل وتعد هذه النصوص من طبيعة لائحية[1].

---

[1] وهنا لابد من بيان الفرق بين **العمال الذين يستخدمهم الملتزم** (المتعاقد الأصلي) و**المتعاقد من الباطن**.

عرف الفقيه A.Luabader **التعاقد من الباطن** بأنه التصرف الذي يعهد من خلاله المتعاقد إلى الغير بتنفيذ جزء من العقد الأصلي.

A.Luabader: contrats,op.cit.,T2,1984,P.12.

أما من الفقه العربي فقد عرف الدكتور نجم الأحمد التعاقد من الباطن بأنه مساهمة الغير في تنفيذ كل أو بعض العقد الإداري المبرم بين الجهة الإدارية ومن تعاقدت معه بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن. على أنه يبقى المتعاقد الأصلي من حيث المبدأ مسؤولاً عن تنفيذ العقد باكمله مع امكانية أن يصبح المتعاقد من الباطن دائناً للإدارة المتعاقدة في حدود الأعمال المنفذة من قبله (د. نجم الأحمد – التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية –رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس –عام 2001– ص29–30)

وبناء عليه فإن أهم الفروق بين العمال الذين يستخدمهم الملتزم (المتعاقد الأصلي) والمتعاقد من الباطنهي:

1- من حيث العقد الذي يربطهم بالمتعاقد الأصلي : فالعقد الذي يربط المتعاقد الأصلي بمستخدميه من عمال، وفنيين ،ومهندسين ،هو عقد عمل، أما في حالة التعاقد من الباطن فإن العقد الأصلي هو الذي يحدد طبيعة التعاقد من الباطن كأن يكون عقد أشغال عامة ،أو توريد.
2- من حيث إشراف المتعاقد الأصلي : يختلف المتعاقد من الباطن عن مستخدمي المتعاقد الاصلي في أنه يعمل مستقلاً عن المتعاقد الأصلي، بينما يعمل مستخدمو المتعاقد الاصلي تحت إشراف وبتوجيه منه.
3- من حيث اساس مسؤولية المتعاقد الأصلي : فمستخدمو المتعاقد الاصلي يعدون تابعين له، فهم يمارسون عملهم تحت إشرافه ،وبتوجيه منه لذلك فإن مسؤوليته عنهم ناجمة عن القواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن تابعه، أما في حالة التعاقد من الباطن فإن المتعاقد من الباطن لا يعمل تحت إشراف المتعاقد الاصلي ،أو بتوجيه منه ،وإنما يعمل مستقلاً عنه لذلك فإنه لايعد مسؤولاً عنه وفقاً للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن التابع، فمن الممكن أن تثار بينهما قواعد المسؤولية العقدية على اساس العقد المبرم بينهما.

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يجري على حصر حق الطعن المقرر- لصالح العمال - بالنقابات الممثلة لهؤلاء العمال ،والتي لها حق طلب إلغاء القرارات الإدارية الصريحة أو الضمنية التي تصدر من الإدارة وتتضمن خروجاً على تلك الشروط، ولعّل ما يفسر ذلك أن هذه الشروط المتعلقة بالعمال والمنتفعين ذات طبيعة لائحية وأن نصوص العقد المتعلقة بشؤون الخدمة ،أو العمال ذات طبيعة لائحية[1].

ومجلس الدولة الفرنسي حين يقبل دعوى الإلغاء من نقابات العمال لا من العمال بصفتهم الفردية[2]،ذلك لأن العمال بصفتهم الفردية يتمتعون بدعوى أمام قاضي العقد أي أمام المحاكم العادية التي تعدّ الشروط التي تضمنها الإدارة في عقود الالتزام من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، وبالتالي فهي تخول العامل دعوى مباشرة ضد الملتزم وهذه الدعوى تجعل دعوى الإلغاء بالنسبة إلى العامل بصفته الفردية غير ذات موضوع، حيث إن دعوى الإلغاء لا تكون مقبولة إذا كان القانون قد أتاح لصاحب الشأن طريقاً آخر يمكنه من تجنب آثار القرار غير المشروع وبمعنى آخر أنه يشترط لقبول دعوى الإلغاء انتفاء وجود طريق مقابل[3].

4- من حيث حقهم في الرجوع على صاحب العمل : الاصل في العلاقة بين صاحب العمل والمتعاقد من الباطن أنه ليس لاحدهم الحق في الرجوع على الآخر إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة،إلا أن المشرع في مصر وسورية خرج عن الاصل فيما يخص ما قد يستحقه المتعاقد من الباطن في ذمة المتعاقد الاصلي حيث تجيز نصوص القانون المدني في الدول المذكورة للمتعاقد من الباطن الحق في الرجوع على صاحب العمل عن طريق الدعوى المباشرة.(د. نجم الأحمد - المرجع السابق -2001- ص 56)

[1] د. حسن الخيمي - مرجع سابق - ص201 ود. محمد سيد أمين - المرجع السابق - ص329.

[2] CE, 22-6-1937, Sundicat des employes des secteurs electrique de la seivre,D.,P.320.

[3] د. محمود عاطف البنا - الوسيط في القضاء الإداري - دار الفكر العربي - 1990 - ص219.

أما النقابة ،والتي لها شخصية معنوية، وتمثل جميع العمال فيكون لها مصلحة أكيدة في رفع دعوى الإلغاء حتى تصحح الوضع غير المشروع وبالتالي توفّر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعددة أمام القضاء العادي في حالة يخالف فيها الملتزم الشروط الواردة بعقد الالتزام حيث إن الحكم الصادر بالإلغاء يتمتع بحجية مطلقة قبل الكافة.

أما مجلس الدولة المصري وبخلاف ذلك فقد أجاز للعمال أنفسهم الطعن بالإلغاء على القرارات التي تصدر عن الإدارة وتخالف فيها الشروط اللائحية المتعلقة بهم والواردة بوثيقة الالتزام[1].

أما في سورية فإننا لم نجد أي تطبيق لهذه الحالة، ومن وجهة نظرنا أن السبب يعود في أغلب الأحيان إلى الطبيعة الخاصة للعلاقة العقدية بين العمال والملتزم، والتي يفضل بمقتضاها العمال ونقاباتهم سلوك الطريق المباشر في تحصيل حقوقهم أمام القضاء العادي صاحب الولاية في هذا الشأن، وذلك كله رغم أن أغلب العقود الإدارية التي تبرم –ومن بينها عقد الالتزام – تتضمن شروطاً خاصة بالتأمين على العمال لدى المتعاقد، إضافة لنصوص تخضع المتعاقد في علاقته مع العمال الذين يستخدمهم للقوانين والأنظمة المعمول بها في سورية والتي يمكن عدّها من الشروط اللائحية التي يترتب على مخالفتها من المتعاقد ضرورة تدخل الإدارة وتقويم الخلل.

مما تقدم يتضح أن تحديد الغير في مجال عقد الالتزام لا يثير أي صعوبة حيث أن المنتفعين من خدمات المرفق موضوع الالتزام وعمال المرفق هم الذين

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1963/3/31 بالقضية رقم /37/ لسنة /11/قضائية، المجموعة س /13/، ص 410.

يعدّون من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم وأن الطبيعة الخاصة لعقد الالتزام هي التي جعلت آثار العقد تمتد إليهم[1].

[1] د. حسن الخيمي – رسالته – مرجع سابق – ص202.

المبحث الثاني

طرق توجيه دعوى الإلغاء في حالة عقد الالتزام

تنشأ المرافق العامة ،وتدار لإشباع حاجات عامة، والأصل في المرافق العامة هو أن تقوم الحكومة بإدارتها بالطريق المباشر، إلا أن المصلحة العامة تقتضي أن يعهد بهذه المهمة إلى ملتزم يتوّلى إدارة المرفق نيابة عن الدولة، وفي هذه الحالة تحتفظ الإدارة بالحقوق المقررة لها بوصفها قوّامة على سير المرفق العام ،وانتظامه كحق الرقابة ،و تعديل بعض النصوص و استرداد المرفق قبل نهاية مدته، فالملتزم نيابة عن جهة الإدارة وتحت إشرافها ،ورقابتها يتولى إشباع الحاجات العامة التي أنشئ المرفق العام لتحقيقها.

والأصل أن المنازعات التي تنشأ عن ممارسة سلطة الرقابة في هذا المجال تكون من اختصاص قاضي العقد ،ولو اتخذت ممارسة سلطة الرقابة شكل القرارات الإدارية ،بحسبان أن العلاقة بين طرفي العقد هي علاقة تعاقدية، إلا أنه خلافاً لذلك توجد حالتان يكون اختصام القرارات فيهما من اختصاص قاضي الإلغاء.

وهاتان الحالتان هما اللتان تحددان طريقة توجيه دعوى الإلغاء.

فالحالة الأولى هي حالة مخالفة الإدارة بقرارها الشروط اللائحية مخالفة مباشرة بقرار صريح ،أو ضمني تمكن معها صاحب المصلحة من الطعن المباشر على القرار الصادر.

أما الحالة الثانية فهي حالة مخالفة الملتزم لشروط عقد الالتزام اللائحية في عملية تأدية الخدمة ،ولجوء المنتفع للإدارة كونها صاحبة الرقابة على سير المرفق، وتنفيذ العقد، فإذا لم تستجب فإن قراراها في هذه الحالة بالرفض الصريح بالتدخل أو بالتزامها جانب الصمت يكون في مرمى دعوى الإلغاء ،وفقاً للشروط اللائحية وعلى هذا سوف ندرس آلية توجيه دعوى الإلغاء في المطلبين الآتيين :

المطلـب الأول : طلـب إلغـاء قـرارات الإدارة صـاحبة الالتـزام المخالفـة لشروط العقد اللائحية مخالفة مباشرة.

المطلب الثاني : طلب إلغاؤ قرارات الإدارة الصريحة أو الضمنية برفض التدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد.

المطلب الأول: حالـة طلـب إلغـاء قـرارات الإدارة مانحـة الالتـزام المخالفة لشروط العقد اللائحية مخالفة مباشرة

في هذه الحالة نكون أمام قرار صادر من الإدارة نفسها، ويكون مخالفاً ،أو متجـاهلاً للشـروط اللائحيـة الـواردة فـي وثيقـة الالتـزام، فـدعوى الإلغـاء لا توجـه إلا ضد القرارات المخالفة للشروط اللائحية، وهنا يكون للمستفيدين الطعن على هذا القرار بالإلغاء إذا مس حقوقهم[1]، وعلى هذا سار قضاء مجلس الدولة[2].

حيث وضع أساس هذه القاعدة مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1905/5/13 بقضية Stroch،والذي تم الطعن فيه على قرار مدير مقاطعة السين الـذي صـدر مخـولاً الملتـزم حـق اسـتبدال عربـات التـرام التـي تسـير تحـت الأرض بعربـات أخـرى هوائيـة، حيـث ارتـأى السـيد Stroch رئـيس نقابـة التجـار والمـلاك المقيمين فـي أحد شوارع المقاطعة أن هذا القرار مخالف لكراسة الشروط الخاصـة بـالالتزام ،لذلك فقد أقاموا طعنهم على القرار بطلب إلغائه، وكان مبنى الطعن مخالفة القرار لكراسة الشروط الخاصة بالالتزام[3].

---

[1] J.Rivero, J.Waline, Droit administratif,20ed,DALLOZ,2004,P.32.

[2] CE,10- 7-1996 ,M. Cayzelle ,RFDA 1997,P.89.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي بقضية Stroch الصادرفي 1905/2/13مذكور عند د. إبراهيم عبد الحليم – مرجع سابق – ص122.

ولقد طبقت القاعدة السابقة أيضاً على القرارات المتعلقة بتحديد التعريفة عند مخالفتها لكراسة الشروط[1].

وإذا كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي تشترط لإلغاء القرار المطعون فيه أن يكون مشوباً بعيب من عيوب تجاوز السلطة فإنه يلاحظ أنها لا تقصر مخالفة القوانين على مخالفة نصوص القوانين واللوائح فقط، وإنما تعدّ القرار الإداري معيباً كذلك إذا خالف أي قاعدة قانونية مقررة سواء أكان مصدرها التشريع ،أو القضاء ،أو العرف أوالمبادئ القانونية العامة[2].

فمخالفة مبدأ المساواة أمام المرافق العامة أو مبدأ دوام سير المرافق العامة أو مخالفة قوة الشيء المحكوم فيه أو العرف الذي جرى عليه العمل في المرفق كمخالفة نص القانون أو اللائحة من شأنه أن يعيب القرار الإداري ويجعله قابلاً للطعن مستحقاً للإلغاء[3].

وقد أقّر جانب كبير من الفقه العربي القاعدة السابقة التي وضع أساسها مجلس الدولة الفرنسي ،والتي تقرر للمنتفعين من المرفق أن يتقدموا إلى القضاء الإداري بطلب إلغاء القرارات الصادرة من الإدارة ،والتي تخول الملتزم حق مخالفة ما يرد في عقد الالتزام من شروط وقواعد خاصة بالمرفق، وبذلك يستطيع الأفراد وعن طريق القضاء الإداري المشاركة في إحكام الرقابة على أعمال وقرارات الإدارة عن طريق قضاء الإلغاء، ونظراً لأن القضاء الإداري لا يملك تحريك دعوى الإلغاء من تلقاء ذاته فهو لا يملك النظر في دعاوى الإلغاء إلا إذا رفعت إليه بواسطة فرد ،أو جماعة ،وفقاً للقانون، ويتمكن المنتفعون بهذه الطريقة من مراقبة

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي بقضية Bruzzo الصادرفي 1905/5/28مذكور عند د. إبراهيم عبد الحليم – مرجع سابق – ص122.

[2] CE,31-3-2010 ,Collectivité territoriale de Corse ,req.334279.

[3] د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – مرجع سابق – ص1172.

الإدارة في إدارتها للمرافق العامة ،وإلزامها باحترام حقوق المنتفعين ،واتباع أحسن طرق الإدارة لتحقيق الصالح العام[1].

والسؤال الذي يثور في هذا المجال هو: هل يمكن الطعن بدعوى الإلغاء من المنتفع بالاستناد للشروط اللائحية التي تنظم المرفق العام ضد قرار الإدارة المخالف لهذه الشروط في سورية ؟.

يتجه قضاء مجلس الدولة إلى عدم إمكانية الطعن في هذه الحالة والسبب يعود إلى أن الجهة العامة هي غالباً من يتولى إدارة المرافق الأساسية التي يمكن أن تدار وفقاً لعقد الالتزام (كالكهرباء والماء والاتصالات) وعلاقة المنتفع من الخدمة مع الإدارة في هذه الحالة هي علاقة تعاقدية من القانون الخاص لا تبيح للشخص المنتفع استخدام دعوى الإلغاء وفقاً للحالة المذكورة أعلاه، بحيث يستغرق العقد المذكور الشروط المتعلقة بتنظيم المرفق كشروط لائحية وهذا ما يحجب عن الطاعن دعوى الإلغاء أيضاً. ولهذا فإن أغلب الطعون أمام مجلس الدولة السوري المقدمة من المنتفعين في هذه الحالة تنتهي بعدم الاختصاص[2].

المطلب الثاني:طلب إلغاء قرارات الإدارة الصريحة أو الضمنية بالتدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد

الأصل في مجال القانون العام أن تقوم الإدارة بنفسها بإدارة المرافق العامة مستعينة في سبيل ذلك بأموالها وموظفيها، إلا أن المصلحة العامة قد تقتضي أن تعهد بهذه المصلحة إلى ملتزم نيابة عنها مع الاحتفاظ بحقوقها وسلطاتها تجاهه.

وهذه الحقوق والسلطات مقررة للإدارة في الأصل لمصلحة المنتفعين والمرافق العامة عموماً، الأمر الذي يبرر طلب المنتفعين من الإدارة التدخل وإجبار

---

[1] د. فؤاد مهنا – المقال السابق – ص205.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /438/بالقضية رقم /1608/ الصادر بتاريخ 25/ 3 / 2008 غير منشور

الملتزم على احترام شروط العقد في حال قصرت في استعمال هذه الحقوق تجاه الملتزم.

وقد يحدث ألاّ تستجيب الإدارة لطلب التدخل ،وعندئذٍ ينشأ قرار إداري سلبي من الإدارة بعدم التدخل.

كما قد يكون رفض الإدارة بالتدخل صريحاً عندها يكون لذوي المصلحة الطعن فيه شأنه شأن أي قرار إداري آخر[1].

وهذا الحق يمنح للمنتفعين بموجب الشروط اللائحية لعقد الالتزام لأن موضوع العقد هو المرفق العام ،وبالتالي يجب أن يخضع في إدارته واستغلاله للمبادئ العامة التي تحكم تنظيم المرافق العامة.

فخروج الإدارة أو الملتزم عن الشروط اللائحية لعقد الالتزام لا يتضمن مجرد الإخلال بالتزام شخصي مرجعه العقد ،بل ينطوي أيضاً على مخالفة للقاعدة اللائحية التي تنظم المرفق ،والواردة في العقد، مما يجعل القرار غير مشروع ويمكن لكل ذي مصلحة أن يرده إلى نطاق المشروعية ،ويطلب إلغاءه أمام مجلس الدولة.

وفي حال حكم مجلس الدولة بإلغاء القرار فإن تنفيذ الحكم يوجب تدخل الإدارة وإلزامها للمتعاقد بأن يراعي شروط العقد.

ورغم أن القاعدة التي كانت تحكم قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنه في مجال القانون الإداري لا يمكن الاستناد إلى شروط عقد من العقود توصلاً إلى إلغاء قرار إداري استناداً إلى أن القرار الإداري لا يتفق وشروط العقد، بحسبان أن قضاء الإلغاء إنما يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية ،في حين أن العقود لا تولّد إلا التزامات شخصية يؤدي الإخلال بها إلى اللجوء إلى القضاء الكامل.

---

[1] د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – مرجع سابق – ص210 ود. إبراهيم محمود عبد الحليم – المرجع السابق – ص117.

إلا أن مجلس الدولة ،وبحكمه الصادر في 1906/12/21 في قضية Syndicat des proprietaires du quartier groixde seguery[1] قد أجاز للمستفيدين في حالة التزام المرافق العامة أن يطعنوا بالإلغاء في القرارات التي تصدر من الإدارة – في علاقتها مع الملتزم – وتتضمن الإخلال بشروط عقد الالتزام التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين عند رفض الإدارة التدخل لإعادة الملتزم إلى تطبيقه السليم لتلك القواعد ،وفي وقائع القضية المذكورة كانت بلدية بوردو قد منحت إحدى الشركات امتياز نقل الركاب داخل المدينة بواسطة عربات تجرها الدواب وفقاً لخطوط معينة حددت بالعقد.

وفي عام 1901 عدلت شروط الامتياز وأبيح للشركة استبدال النقل بالدواب النقل بواسطة الكهرباء وتنفيذاً للتعديل الجديد أدخلت الشركة تعديلات جديدة على خطوط سير الترام، وترتب على هذه التعديلات حرمان سكان حي Groix de sequey من أحد خطوط الترام التي كانوا ينتفعون بها قبلاً، فتدخل أهالي الحي بعد أن شكلوا نقابة للدفاع عن مصالحهم ،وبدأوا إجراءاتهم بتقديم طلب العريضة لمدير مقاطعة الجيروند طلبوا فيها من السلطة العامة أن تستخدم حقها المستمد من القوانين ،ومن عقد الالتزام لإجبار شركة الترام على إعادة الخط القديم كما كان، ولما أصدر المدير قراراً مسبباً برفض الطلب طعنوا في القرار المذكور أمام مجلس الدولة، ورغم قبول الطعن شكلاً على القرار المذكور ورفضه موضوعاً لعدم ثبوت مخالفة القرار للقانون إلا أن قضاء المجلس شكّل إقراراً للمبدأ القانوني الذي قدم الطعن على أساسه والذي يخلص على أن السلطة العامة ملزمة بإدارة المرافق العامة ومراقبة حسن إدارتها لمصلحة الجمهور، فإذا ما عهدت السلطة العامة إلى إحدى شركات الالتزام بإدارة المرفق، ترتب لها بمقتضى هذا

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1906/12/21 مذكور عند د. حسن الخيمي – مرجع سابق – ص234.

العقد وبمقتضى المبادئ القانونية العامة حقوق قبل شركة الالتزام تخولها إجبار الشركة على تنفيذ شروط العقد ،ولأفراد الجمهور أن يطلبوا إلى السلطة العامة استعمال سلطتها واستخدام حقوقها قبل الشركة لإجبارها على تنفيذ التزاماتها لمصلحة الجمهور.

ومنذ ذلك التاريخ اضطرد مجلس الدولة الفرنسي على قبول الدعاوى التي يرفعها المستفيدون من خدمات المرافق العامة ضد القرارات الصريحة أو الضمنية بالرفض من قبل جهات الإدارة المختصة ،والتي ترفض إجبار ملتزمي المرافق العامة على احترام شروط عقد الالتزام.

المبحث الثالث

الأثر المترتب على دعوى الإلغاء في حالة عقد الالتزام

تنعكس الطبيعة القانونية للشروط التي يتضمنها عقد الالتزام على طبيعة النزاعات المتولّدة عنه ،وعلى الأثر الذي يترتب على هذه النزاعات، ويمتد أثر الطبيعة المركبة لشروط عقد الالتزام على أطراف العلاقة حسب الشروط التي سيتم البت بالنزاع وفقاً لها، فالنزاع بين الإدارة والملتزم يحكمه عقد الالتزام وكل الحقوق والالتزامات بينهما تدور وجوداً وعدماً وفقاً للرابطة العقدية المذكورة مع الاحتفاظ بما للإدارة من امتياز بموجب المبادئ التي تحكم العقد الإداري بشكل عام ،وتسري بذات الوقت على عقد الالتزام، بمقابل حق الملتزم بالتعويض.

أما العلاقة بين الملتزم والمنتفعين من الغير فتحكمها الرابطة العقدية بينهما، ووفقاً لما تنظمه قواعد تسيير المرفق العام المؤدي للخدمة، ومن هذه الشروط الأخيرة يمتد أثر العلاقة بين الطرفين الأخيرين ليستدعى تدخل طرف ثالث وهو الإدارة بحسبانها المكلفة أصلاً بتأدية الخدمة ،وتطبيق قواعد تسيير المرفق العام، بحيث إن أي نزاع بين الغير من المنتفعين والملتزم ،ويتصل بشروط عقد الالتزام اللائحية لابد فيه من إدخال الإدارة أولاً لتقويم إخلال الملتزم إن وجد، ومخاصمتها بدعوى الإلغاء لإلغاء قرارها الرافض بالتدخل إن هي رفضته، وعلى هذا فإننا سنتناول وفقاً لما تقدم أثر الإلغاء الحاصل كالآتي:

المطلب الأول: أثر الإلغاء بالنسبة لأطراف العقد.

المطلب الثاني: أثر الإلغاء بالنسبة للغير.

المطلب الأول: أثر الإلغاء بالنسبة لأطراف العقد

يؤدي الحكم بإلغاء قرار الإدارة المخالف للشروط اللائحية إلى إزالة القرار المذكور، وإعادة الإدارة والمتعاقد معها للالتزام بالشروط السابقة التي يدار وفقها المرفق العام.

فإذا كانت الإدارة هي التي أصدرت القرار المشكو منه، والمخالف لشروط العقد اللائحية، فإن إلغاء هذا القرار سيؤدي إلى إعادة طرفي عقد الالتزام إلى شروط العقد السابقة.

وفي هذه الحالة إذا ترتب على الحكم بالإلغاء زيادة التكاليف المترتبة على الملتزم، كان لهذا الأخير مطالبة الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي كانت الإدارة مسببة له.

إلا أن ما يجب ملاحظته في هذه الحالة أن التعويض المترتب للملتزم لا يجد سنده بحكم الإلغاء، وإنما يستمد أساسه من الرابطة التعاقدية – عقد الالتزام– ولا يخرج عنها، أما التعويض الذي يترتب للغير ممن صدر حكم الإلغاء لمصلحته بمواجهة الإدارة فإن سنده يكون مستمداً من حكم الإلغاء الذي أثبت خطأ الإدارة وأوجب مسؤوليتها[1].

أما إذا كان القرار الملغى هو قرار الإدارة برفض التدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد، فإنه يجب على الإدارة في هذه الحالة إلزام الملتزم باحترام هذه الشروط وفقاً لما قضى به عقد الالتزام.

وفي هذه الحالة إذا رفض الملتزم الاستجابة لطلب الإدارة باحترام شروط العقد، فما هو الإجراء الذي تستطيع الإدارة أن تتخذه بحق الملتزم ؟.

أقّر الفقه والقضاء الفرنسي أنه يكون للإدارة في هذه الحالة أن تضع المرفق تحت الحراسة. وإن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدي إلى فسخ عقد الالتزام ولا إلى إسقاط حقوق الملتزم الأصلي، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المرفق.وحينما تضع الإدارة المرفق تحت الحراسة فهي إما أن تديره بنفسها، وإما أن تعهد بإدارة المرفق إلى حارس مؤقت تختاره[2].

---

[1]Marty et Raynaud. Les obligations , Sirey. 1988. N,368.

[2]Jeze, op.cit.,p.895.

ولما كانت الحراسة بطبيعتها إجراءً مؤقتاً فهي تؤدي إما إلى عودة المرفق إلى الملتزم الأصلي، وإما إلى سقوط الالتزام وفسخ العقد وذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء للحكم بفسخه، بحسبان أنه لا يجوز للإدارة فسخ عقد الالتزام بإجراء من جانبها إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك[1].

وقد أكد قسم الرأي في مصر في فتواه رقم /240/ الصادر في 1952/2/4 أن الحكومة بصفتها مانحة الالتزام لها رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق، وقيامها بإدارته بنفسها ،أو بمن تعينه لذلك. وبذلك ترفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لضمان سيره سيراً منتظماً ،ولإصلاح ما تريد إصلاحه، ولإجبار الملتزم على تنفيذ التزامه[2].

ولا يشترط لاستعمال الإدارة لهذا الحق توجيه إنذار للملتزم (إلا إذا نص العقد على ذلك) لأن طبيعة هذا الحق تقتضي أن تمكن الإدارة من استعماله فوراً دون حاجة إلى إنذار، ومن باب أولى دون اللجوء إلى القضاء [3].

ومن الجزاءات التي جاء بها المشّرع السوري في هذا الصدد سحب التعهد إذا أخّل المتعهد بالتزامه وامتنع عن إصلاحه خلال المدة التي تحددها الجهة العامة[4].

هذا وإن إلغاء قرار الإدارة في الحالتين السابقتين لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى إلغاء عقد الالتزام، ذلك أن إبرام العقد الإداري يعني اقتصار آثاره بالنسبة لأطرافه عملاً بقاعدة نسبية آثار العقد سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، فلا يرتب حقوقاً والتزامات غير تلك الواردة فيه، وفي مواجهة

CE, 5-3-1943, Lebon, p.58.

[1] د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص508.

[2] مذكور عند د. سليمان الطماوي – العقود الإدارية – مرجع سابق – ص508.

[3] Jeze, op.cit.,p.895.

[4] المادة /54/ من قانون رقم /51/ لعام 2004.

أطرافه الذين لا يحق لغيرهم ولوج باب قاضي العقد لترتيب آثاره أو إبطاله.فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه إلا باتفاق الطرفين، وعليه فإذا صدر حكم بإلغاء قرار الإدارة في الحالتين السابقتين فإنه يجب على طرفي العقد إعادة عقد الالتزام إلى شروط العقد السابقة وفقاً لما يقضي به حكم الإلغاء، إلا أنه يمكنلطرفي العقد فسخ هذا العقد إذا وجدوا أن إلغاء القرار قد أضر بهم واتفقا على ذلك[1].

المطلب الثاني: أثر الألغاء بالنسبة للغير

مفهوم الغيرعن عقد الالتزام يشمل وفيما يتعلق لأثر دعوى الإلغاء على فئتين وهما:

أولاً –المستفيدون والمنتفعون:

بالنسبة للمنتفعين من المرفق العام فإن قرار الإدارة يمكن أن يتخذ شكلين:

أ) إما أن تخالف الإدارة ذاتها الشروط اللائحية بأن تصدر قراراً صريحاً بذلك أو أن تمتنع عن الرد على طلب قدمه لها المنتفع، وفي هذه الحالة فإن إلغاء القرار المذكور يؤدي بالإدارة إلى ضرورة الاستجابة لطلب المنتفع، وهو ما يستدعي ردها المباشر عليه كونها هي من سببت الإلغاء[2]، واستجابتها هنا تستند أيضاً إلى أنها هي القوامة بالأصل على المرفق العام، وهي ملزمة بتأمين الحاجات لجمهور المنتفعين[3].

ب) أما الشكل الثاني لقرار الإدارة فيكون عند رفضها طلب المنتفع بالتدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد ،وذلك عند إخلاله بشروط عقد الالتزام،

---

[1] د. سيد أحمد جاد الله – المرجع السابق – ص209.

[2] CE,10- 7-1996 ,M. Cayzelle ,RFDA 1997,P.89.

[3] CE,Burzzo,28-5-1909,SIREY 1909.p.561.

CE ,ARAISO ,6-3-1903 SIREY 1903, P.196.

وحق المنتفع هنا يستمد أيضا مما للإدارة من سلطة في نطاق عقد الالتزام وكونها المكلفة أصلاً بتأمين سير المرفق، وإلغاء قرارالإدارة بالرافض بالتدخل يؤدي إلى إلزامها بإجبار الملتزم على احترام شروط العقد وخاصة اللائحية منها[1].

ثانياً – العمال لدى لدى الملتزم:

يتخذ قرارالإدارة هنا صورةالرفض من جانبها بالتدخل لمعالجة الإخلال المرتكب من الملتزم للشروط اللائحية التي تتعلق بهم وتنيظم شأن من شؤونهم، والطعن في هذه الحالة تقوم به النقابة كممثل عن العمال، وإلغاء القرار يؤدي إلزام الإدارة بالتدخل لإصلاح الخلل من جانب الملتزم للعمال بشكل عام ،بحسبان أن الطعن إنما يستند على الشروط اللائحية[2]، أما طعن أحد العمال في هذه الحالة ينتهي في أغلب الأحيان إلى رد الدعوى لعدم الاختصاص لوجود رابطة عقدية خاصة بين العامل والملتزم[3].

ومؤخراً كان للقضاء الإداري المصري محاولة جديرة بالذكر في هذا المجال، وإن كانت قد باءت بالفشل، إلا أنها شكلت بداية لنقطة تحول في قضاء مجلس الدولة المصري ،وسابقة لابد من الاعتراف بأهميتها في مجال حفظ الحقوق ،وبشكل خاص الحق بالتقاضي ،وحماية مبدأ المشروعية. وذلك عندما أتاحت

---

[1] د. محمد السناري – التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة –القاهرة – دار النهضة العربية – 1994– ص68.

[2] CE, 22-5-1927,Syndicat des employes, des Secteur electriques de la Seine. DAILOZ 1928, P.41.

CE,23-2-1968, Picard,SIREY 1986 ,P.583.

وأيضا حكم محمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1963/3/31 بالقضية رقم /37 / لسنة 11 قضائية المجموعة س 13، ص 410.

[3] د.عبد الحميد كمال حشيش – مقال سابق – ص 68.

للمستفيدين من عقد الالتزام طرق باب القضاءلإلغاء قرار الإدارة المخالف للمبادئ العامة الناظمة لعقد التزام أحد الثروات الطبيعية.

كما تمّثل دور المجلسفي مجال حماية مبدأ المشروعية من خلال الدور الذي مارسه في توسيع الرقابة على أعمال الإدارة في مجال يعدّ من أكثر المجالات التي تثير حفيظة الإدارة عند الحديث عن الرقابة عليها وهومجال أعمالها في علاقتها بالدول الأخرى، وإن كان هذا المجال من المجالات التي تتعلق بتسيير أحد المرافق العامة.

وقد تمّثلت هذه المحاولة بالحكم الذي أصدرته محكمة القضاء الإداري في قضية تصدير الغاز الطبيعي إلى إسرائيلفي 2008/11/18 بوقف تنفيذ قرار وزير البترول المصري المتضمن بيع الغاز لإسرائيل، إلا إنه وإزاء امتناع الحكومة المصرية عن تنفيذ الحكم المذكور ،فقد رفع المدعي السفير السابق إبراهيم يسري دعوى أخرى طالباً فيها الحكم بإلزام الحكومة بتنفيذ الحكم المذكور بأسرع وقت ممكن، وأصدرت محكمة القضاء الإداري حكماً آخر في 2009/1/6 ألزمت بموجبه الحكومة بتنفيذ حكمها السابق بالرغم من استئنافه من قبل الحكومة. وقد أسست المحكمة المذكورة قضاءها بالاستناد إلى أنه من الثابت بالأوراق أن المنازعة الماثلة تدور حول سلطة الإدارة في تنظيم وإدارة واستغلال موارد الدولة وأحد ثرواتها الطبيعية ،والتصرف فيها وقد اختصمها المدعي كسلطة إدارية تقدم على هذا المرفق وينبغي عليها أن تلتزم في ذلك حدود الدستور والقانون، ومن ثم لا يعد تصرفها في هذه الحالة ولا القرار الصادر بشأنه من أعمال السيادة بالمعنى القانوني والدستوري، وإنما يعدّ من قبيل أعمال الإدارة التي يقوم على ولاية الفصل فيها القضاء الإداري دون سواه طبقا لنص المادة /172/ من الدستور.ومتى كان ذلك فإن للمحكمة بسط رقابتها على القرار المطعون فيه ويضحي الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى في هذه الحالة في غير محله ومتعيناً رفضه.ومن حيث إن الدستور في المادة /123/ منه قد حرص على حماية موارد

الثروة الطبيعية للبلاد بوصفها مورداً مهماً من موارد الدولة ليست ملكاً للأجيال الحالية فحسب، بل يشترك في ملكيتها الأجيال المستقبلة، فنص صراحة على أن يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح التزامات استغلال موارد الثورة الطبيعية ،والمرافق العامة.ومن حيث إنه بموجب ذلك فإنه يتعين على السلطة التنفيذية اللجوء إلى مجلس الشعب للحصول على موافقته على منح الالتزامات المشار إليها، ويعدّ ذلك إجراء وجوبياً يحتمه الدستور ،وشرطاً أساسياً لنفاذ العمل ونوعاً من الرقابة التي تمارسها السلطة التشريعية – بنص الدستور – على بعض أعمال الإدارة، وتتمثل الفلسفة التي تبرر إعطاء هذه السلطة لمجلس الشعب في الصفة التمثيلية للجهاز التشريعي، فهو بحسب الأصل يكون منتخباً من الشعب ويعبر عن إرادة أغلبيته وبالتالي فهو أصلح الأجهزة القادرة على مراقبة عمل الإدارة فيما يخص منح التزامات استغلال موارد الثروة الطبيعية الموهوبة للشعب.متى كان ذلك فإن القرار المطعون فيه وما ترتب عليه من آثار يكون قد صدر معدوماً لمخالفته لأحكام الدستور ولا يترتب عليه أي أثر قانوني.وبالنظر إلى أن الثابت من استعراض قرار وزير البترول رقم/ 100/ لسنة 2004 المطعون فيه أنه فوض كل من رئيس مجلس إدارة الشركة المصرية القابضة للغازات الطبيعية ورئيس مجلس إدارة الهيئة المصرية العامة للبترول في إنهاء إجراءات التعاقد كطرف بائع للغاز الطبيعي مع شركة البحر الأبيض المتوسط، وكطرف ثالث ضامن لكميات الغاز الطبيعي ومواصفاته ومدة التوريد في عقود شركة البحر الأبيض المتوسط للغاز لتصدير الغاز الطبيعي من خلال أنابيب مع الشركات الواقعة في منطقة البحر المتوسط وأوروبا بما فيها شركة كهرباء (إسرائيل)، وهذا ما فوض وزير البترول كل من الهيئة المصرية العامة للبترول والشركة المصرية القابضة للغازات الطبيعية في العمل بموجبه دون عرض هذا الالتزام المرتبط باستغلال أحد أهم موارد الثروة الطبيعية في البلاد على مجلس الشعب، الأمر الذي يعد افتئاتاً على اختصاص مجلس الشعب وسلطته المقررة

دستوريا في هذه الحالة.ومن حيث إنه من ناحية أخرى فإن البادي من الأوراق أن القرار المطعون فيه لم ينشر كما لم تنشر تفاصيل وشروط تصرف الهيئة المصرية العامة للبترول والشركة المصرية القابضة للغازات الطبيعية المتعلقة ببيع هذه الكميات الكبيرة من الغاز الطبيعي المصري إلى شركة البحر الأبيض المتوسط ،ومنها إلى إسرائيل رغم مطالبة العديد من نواب الشعب والخبراء المتخصصين في مصر بالاطلاع على تفاصيل هذه الصفقة، ورغم الجدل الكبير الذي يدور في الأوساط العلمية حول حجم الاحتياطي المصري من هذه الثروة الناضبة على نحو ما ورد بالمستندات المقدمة من المدعي بالإضافة إلى ما نطقت به الأوراق من سرعة متناهية في إنشاء الشركة المصرية القابضة للغازات الطبيعية ،وإنشاء شركة شرق البحر الأبيض المتوسط وهي شركة مساهمة قطاع خاص ،وتعديل نشاط الشركة الأخيرة والغرض منها ثم منحها – فور ذلك – دون غيرها عقد امتياز، واحتكار شراء الغاز الطبيعي المصري الذي يتم تصديره في هذه الحالة إلى إسرائيل، الأمر الذي يثير التساؤل عن أسباب ذلك التزامن العجيب ،وعن السرية ،والتكتم الشديد الذي فرضته الإدارة حول صفقة بيع الغاز المصري لإسرائيل والمترتبة على صدور القرار المطعون فيه وحجب تفاصيلها عن الشعب ونوابه ،وذلك ما يتعارض مع الشفافية التي بات أمرها مستقراً في ضمير الأمة ،والعالم المتحضر، ومع المسيرةالديمقراطية التي تشهدها البلاد، كما أنه يخل بالثقة الواجب توافرها في تعاملات جهة الإدارة.

إلا أنه وعندما نظرت المحكمة الإدارية العليا في الطعن المقدم من الحكومة أصدرت في 2009/2/2 حكماً تمهيدياً يقضي بوقف تنفيذ الحكم الذي أصدرته محكمة القضاء الإداري حتى يتم النظر في موضوع القضية في ضوء الرأي القانوني الذي ستعده هيئة مفوضي الدولة في هذا الشأن، ثم أصدرت المحكمة الإدارية العليا حكمها الأخير في الموضوع الذي تضمن إلغاء حكم

محكمة القضاء الإداري سالف الذكر، وأيدت فيه قرار الحكومة بتصدير الغاز إلى إسرائيل باعتبار ذلك الأمر عملاً من أعمال سيادة الدولة ،ويتعلق بالأمن القومي المصري، مع إلزام الحكومة بوضع آلية مراجعة دورية للكميات والأسعار خلال مدة التعاقد بما يحقق الصالح العام المصري، وضماناً لتوفير الاحتياجات المحلية ومراجعة الحدين الأدنى والأعلى للأسعار بصفة مستمرة وفقا لتطورات أسعار السوق العالمية.وبناءً عليه ألغت المحكمة الإدارية العليا بحكمها بهذا الشأن الحكم السابق إصداره من محكمة القضاء الإداري ،وأكدت المحكمة أن الموافقة الصادرة عن السلطة السياسية العليا بالدولة بتصدير الغاز الزائد عن حاجة الشعب المصري لإسرائيل، تعدّ صادرة من السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم لتنظيم علاقاتها الدولية، ومن ثم فإنها تخرج عن رقابة وولاية القضاء.

وأوضحت المحكمة الإدارية العليا أنه بالنسبة لما صدر عن مجلس الوزراء عام 2000 ثم وزير البترول عام 2004 بالتفويض في إجراءات التعاقد مع شركة البحر الأبيض المتوسط لتصدير الغاز الطبيعي مع الشركات الواقعة في منطقة البحر الأبيض المتوسط لتصدير الغاز إلى تلك المنطقة وأوروبا، بما فيها شركة كهرباء إسرائيل، فإن هذين القرارين صدرا من سلطة وطنية ووفقاً للتشريعات المصرية ومن ثم يشكلان قرارين إداريين قابلين للانفصال عن عمل السيادة المشار إليه، ويخضعان للرقابة القضائية لمحاكم مجلس الدولة.كما ذهبت المحكمة إلى أن قضاء المحكمة الدستورية العليا جرى على أن الاتفاقيات الدولية التي تتمخض عن أعمال تجارية تخضع لرقابة القضاء لعدم عدّها أعمال سيادة تنحسر عنها الرقابة القضائية، مضيفة أن حكم محكمة القضاء الإداري بوقف تصدير الغاز المصري إلى إسرائيل خالف القانون ويتعين إلغاؤه لأن المحكمة غير مختصة بنظر هذا القرار – قرار تصدير الغاز – بوصفه عملاً من أعمال السيادة، مؤكدة في ذات الوقت أن محاكم مجلس الدولة مختصة بالنظر في القرار

الإداري المتعلق بتحديد كمية وسعر الغاز الذي يتم تصديره إلى إسرائيل، وأضافت المحكمة فى حيثيات حكمها أن بيع الغاز الطبيعي المصري إلى إسرائيل يتم بثمن لا يتناسب مع السعر العالمي، وهو ما يؤدى إلى إهدار جزء من ثروات مصر وعوائدها التى كان من شأنها المساهمة فى زيادة مستوى المعيشة ،وتحسين الدخل، ومن ثم أصبح لمقيمي الدعوى صفة فى إقامتها لما لهم ،ولغيرهم من مصلحة جدية فى المطالبة بتعديل هذه الأسعار مراعاة للصالح العام.

القسم الثاني

الاتجاه الحديث لدعوى الإلغاء

في نطاق العقد الإداري

تمهيد:

ظهرت دعوى الإلغاء العادية – الموجهة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري – لفترة طويلة من الزمن كدعوى غير ذات فعالية، حيث إن القاضي يبت بها غالباً بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وذلك فضلاً عن عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد نفسه، ما لم يتمسك طرفاه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، مما يعني عدم وجود أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير، الذي هدرت حقوقه بسبب مخالفات مرتكبة في مرحلة إبرام العقد، مما أدى إلى وجود فراغ تشريعي في النظام القانوني الفرنسي (وهو ما يزال في التشريعات العربية في كل من مصر وسورية) تمثل بعدم وجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد، أو حتى دعوى لاحقة تمكن من ملاحقة العقد بعد إبرامه إذا كانت هناك خروقات أضرت بالغير ولم يتمكن من وقف تنفيذ أو إلغاء الإجراءات التي أضرت به.

أمام ذلك وفي ضوء ما هو موجود في التشريع الأوربي من أدوات لتأمين أعلى قدر من شفافية إجراءات التعاقد، عمل المشّرع الفرنسي على اقتباس واستحداث أنظمة قانونية لسد هذه الثغرة خلال مرحلتي إبرام العقد ،وبعد إبرامه[1]، تمثلت بدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لحماية إجراءات العلانية والمنافسة في مرحلة إبرام العقد، ودعوى المشروعية الخاصة كجزاء لخرق مبدأ المشروعية في العقد أو الإجراءات الممهدة له كالمداولات.

وبناءً عليه فإننا سنسعى إلى تسليط الضوء على هاتين الدعويين كمرحلة متقدمة توصل إليها المشّرع الفرنسي لمعالجة دعوى الإلغاء في نطاق العقود

---

[1] د. مهند نوح – رسالته مرجع سابق – ص 632.

الإدارية، آملين في ذلك إيصال فكرة مفيدة عنهما يمكن الاقتداء بها في طرح حلول لواقعنا القانوني العربي في مجال العقد الإداري، وذلك بغية الارتقاء نحو واقع قانوني أكثر عدالة لمن يتعامل مع الإدارة في هذا المجال وبما يحقق تطوير المرفق العام، وهي الغاية التي تسعى إليها الدول والأفراد في الأنظمة المتقدمة في عالمنا المعاصر ،كما يوفر مناخاً ملائماً لاستقطاب أموال جديدة محلية ،أو أجنبية.

إلا أنه وقبل عرض الدعويين موضوع البحث فقد رأينا ضرورة التعرض وبشكل مقتضب لاختصاص القضاء الإداري في فرنسا في موضوع العقود الإدارية، لما في ذلك من دور في معرفة مرجعية الاختصاص في الدعويين موضوع البحث.

الاختصاص الموضوعي للقضاء الإداري في العقود العامة :

خضع اختصاص القضاء الإداري في موضوع العقود الإدارية في تطورهإلى مرحلتين هما:

<u>المرحلة الأولى</u> :كان فيها القضاء الإداري يختص بالنظر في نوعين من العقود:

1- العقود التي نص القانون صراحة على خضوعها للقضاء الإداري، وهي عقود الأشغال العامة وعقود الإشغال للمال العام[1].

2- العقود التي تخضع لاختصاصه بموجب تطبيق المعياريين التقليديين الموضوعي ،أو العضوي، بحيث يختص القاضي الإداري بالعقود التي تحتوي على شروط غير مألوفة في القانون الخاص[2] أو التي تكون مبرمة وفقاً لنظام

---

[1]A.de Laubadere ,F. Moderne, P.Delvolve , op.cit.,I, p.516.

L.Richer,op.cit., p.162.

[2]CE, 31-7-1912, Sté des garanties porphyroïdes Vosges, Rec.,CE, p.909.

استثنائي في القانون العام[1] أو في حالة العقد الذي يشارك فيه المتعاقد بتنفيذ المرفق العام[2].

إلا أن القضاء رفض في هذه المرحلة اعتبار القضاء الإداري مختصاً للنظر في العقد لمجرد خضوع هذا العقد لتقنين العقود العامة، وبناءً على ذلك رفضت محكمة تنازع الاختصاص في العديد من أحكامها الإقرار بوجود معيار ثالث يقبل بخضوع العقود إلى اختصاص القاضي الإداري لمجرد إبرامها استناداً لتقنين العقود العامة[3]. وبدلاً من ذلك عملت على ترك النزاعات المتعلقة بالعقود العامة الخاضعة للقانون الخاص داخلة في اختصاص القضاء العادي ،وإن أبرمت استناداً لتقنين العقود العامة[4].

المرحلة الثانية :وفيها أدخل المشّرع الفرنسي ضمن اختصاص القاضي الإداري جميعالمنازعات المتعلقة بالعقود المبرمة استناداً لتقنين العقود العامة[5].

ذلك أن المادة الثانية من قانون-Murcef-المتضمن إجراءات السرعة فيما يخص الإصلاحات ذات الطبيعة الاقتصادية والمالية عدّت أن العقود المبرمة بالتطبيق لتقنين العقود العامة لها طبيعة العقود الإدارية، ويستتبع ذلك خضوع المنازعات المتعلقة بها لاختصاص القاضي الإداري، ويبقى القاضي العادي مختصاً بشكل دائم بالنزاعات المتعلقة باختصاصه التي كانت داخله فيه قبل تاريخ نفاذ القانون

---

[1]CE, 19-7-1993, Sté d'exploitation électrique de la reverdissant Rec.,CE, p.48.

[2]CE, 20-4-1956, Epoux Bertin, Rec., p.167.

[3]TC, 5-7-1999, commune de sauve, Rec., p.464.

[4]TC, 14-2-2000, commune de Baite – Mohauh, n3138

TC – 22-10-2001, commune de ville pinte, n3257.

[5]C.Bergeal, F.Lineca ,op.cit.,p.9.

المتقدم الذكر[1].وقد جاء نص القانون المذكور بشكل مخالف لما قضت به محكمة التنازع بقرارها الصادر في قضية commune de sauve والذي كان يرفض وجود معيار ثالث لتحديد اختصاص القاضي الإداري يتمثل بخضوع العقد لتقنين العقود العامة، فضلاً عن أن هذا النص أوجد العديد من المذاهب الفقهية التي اختلفت حول معيار تحديد اختصاص القضاء الإداري[2].

واستناداً لما سبق حدد مجلس الدولة في رأيه الصادر في 2002/7/29 بقضيةSté May Blanchisserie déPentinمجموعة من المبادئ في مجال العقود التي تخضع لاختصاص القضاء الإداري وفق مايلي :

<u>أولاً – اختصاص القضاء الإداري في كافة العقود المبرمة استناداً لتقنين العقود العامة:</u>

هدف قانون –Murcef– إلى تجنب توزيع الاختصاص بالنزاعات المتعلقة بالعقود العامة حسب كل حالة، أمام هذا النظام القضائي أو ذاك، لذلك عمل على توحيد جهة القضاء المختصة بالمنازعات المتعلقة بالعقود العامة، وبناء عليه أقّر مجلس الدولة بأن كل النزاعات المتعلقة بالعقود المبرمة استناداً لتقنين العقود العامة تكون خاضعة للقضاء الإداري، إلا أن المشّرع استثنى من ذلك كافة النزاعات التي كانت تدخل في اختصاص القضاء العادي ،والتي كانت منظورة أمامه قبل تاريخ نفاذ هذا القانون حيث تبقى من اختصاصه.

وقد أكدت محكمة تنازع الاختصاص وبقرارها الصادر في 2007/12/17 بقضية Ste Lixxbailعلى هذا المبدأ وأقرّت ما كان مجلس الدولة قد اتخذه برأيه الصادر بقضية Ste Maj.Blanchisserie de Pantin.

---

[1] المادة /2/ من القانون رقم 1168-2001 الصادر في 2001/12/11

[2] C.Bergeal, F.Lineca ,op.cit.,p.11.

واستناداً لذلك ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى أنه يدخل في اختصاص القاضي الإداري النزاعات المتعلقة بعقود التأمين الموقعة من الأشخاص الخاضعين لتقنين العقود العامة[1].

ثانياً – عدم اختصاص القضاء الإداري للنظر في العقود المبرمة اختيارياً بالاستناد لتقنين العقود العامة

ويتحقق هذا عندما تقرر الأشخاص العامة التي لا تخضع لتقنين العقود العامة تفويض الغير من الأشخاص الخاصة بإبرام عقودها، فإن هذه العقود إذا أبرمت وبمبادرة من هذا الغير حسب إحدى الإجراءات المنصوص عليها بتقنين العقود العامة، فإن هذه العقود لا تدخل بمجال تطبيق هذا التقنين، وعليه فإنها تدخل في نطاق اختصاص القاضي العادي للاطلاع عليها والبت بالنزاعات الناشئة عنها.

ثالثاً – الطبيعة الجاذبة للعقود الإدارية

إن احتواء العقد الإداري على شروط غير مألوفة بالقانون الخاص أو اتصال العقد بالمرفق العام واعتباره أحد وسائل الإدارة كسلطة عامة، تجعل المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري وفقاً لنظام القضاء المزدوج خاضعة لاختصاص القضاء الإداري، إلا أن اختصاص القضاء الإداري في هذه الحالة وبالنظر لصفة الإدارة يمتد إلى القرارات والتصرفات الممهدة للعقد الإداري والمنفذة له ،وهذا ما يعرف بالطبيعة الجاذبة للعقود الإدارية.

---

[1]TC, 22-5-2006, ophlm de Montrouge c/Sté mutuelle d'assurances des collectivités locales, Rec., p.629

وعليه فإن الطبيعة الجاذبة للعقود الإدارية هي أن اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية يمتد إلى القرارات والتصرفات المرتبطة بشكل مباشر بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية.

وبناءً على ذلك عدّ القضاء الإداري أن النزاع الذي محله امتناع شركة عن إبرام عقد تفاوض مع الإدارة بعد إجراء هذا التفاوض وبعد ما كانت قد وقّعت وبشكل أولي على التصرف المُلزِم الصادر بموجب طلب عام عن طريق مناقصة إنما يدخل في اختصاص القضاء الإداري[1]. كما عدّأن النزاع الذي يكون محله تعهد ناشئ عن مسؤولية الشركة بسبب تصرفها التدليسي، والذي كان من الممكن أن يؤدي إلى قيام الشخص العام بإبرام العقد وفق شروط مجحفة من حيث السعر، وما يترتب على هذا النزاع من إصلاح للضرر المتولد عن أحكام العقد ذاته والناشئ عن اختلاف بين مفاهيم عقد الأشغال العامة، وبين الشروط التي يجب أن تكون شروط طبيعية، إنما يدخل باختصاص القضاء الإداري[2]. كذلك فإن التصرفات المتعلقة بالتنفيذ الجاري للعقود، تخضع لاختصاص القضاء الإداري، ويدخل أيضاً باختصاص القضاء الإداري النزاعات المتعلقة بالتنازل عن اعتمادات ضمن إطار الآلية المنصوص عنها بقانون Dailly[3]، كما يختص القاضي الإداري بشكل خاص و تطبيقاً للمواد /L.621-104/ من قانون التجارة للبت بمسألة

---

[1]TC, 23-5-2005, Département de la sévie – SPTV c/Sté Apalaths, CE, Rec., p.658.

[2]CE, 19-12-2007, Sté campe non – Bernard et autres, Rec., CE, p.507.

[3]CE, 6-12-1999, ville de Marseille, Rec., CE, p.414

CE, 15-2-2008 SA fortifs Banque France,Req, n277295. A mentionner aux tables du Recueil Lebon, p.21, note, G.Echert, B.J.C.P, n58 – juin, 2009, p.171.

وجود ومقدار الاعتماد المتولد عن العقد العام، وذلك ضمن تحفظلتقدير قابلية الآثار المتولدة عن النزاع الناجم عن العقود العامة[1].

إلا أنه ورغم أن اختصاص القضاء الإداري وفقاً للطبيعة الجاذبة للعقود الإدارية هو اختصاص واسع إلا أنها ليس مطلقاً،حيث ورد عليه بعض الاستثناءات، ومن ذلك ما قضت به محكمة التنازع من عدم اختصاص القضاءالإداري للنظر في دعوى المسؤولية شبه التقصيرية الموجهة من صاحب العمل ضد المتعهد الثانوي في عقد الأشغال العامة، على فرض أنه لا يوجد أي عقد بين الإدارة صاحبة الأعمال وبين المتعهد الثانوي الذي لم يشارك في تنفيذ الأشغال إلا بعقد من عقود القانون الخاص الذي أبرمه مع المتعهد الأساسي، ومن جهة أخرى فإن هذه الدعوى أساسها الوحيد الأخطاء المؤسسة على خروقات محتملة للمتعهد الثانوي لالتزاماته التعاقدية[2].

وكذلك فإن محكمة التنازع اعتبرت أن عقود المصالحة المبرمة لوضع نهاية أو لتفادي النزاع المتعلق بعقد عام من عقود القانون الخاص، وأن هذه العقود تدخل باختصاص القاضي العادي[3].

---

[1]TC, 23-5-2005, SARL, Segni et autres c/op hlm de la Vendée, Req, n3447, CE, p.657.

[2]TC, 18-1-2007, syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis place de la gare a le varenne, Req, n3515

TC, 22-1-2002, centre hospitalier de Montpellier c/bâcherReq, n03196.

إلا أنه مما يجب الإشارة إليه أن قضاء محكمة التنازع لم يكن ثابتاً في هذا المجال

TC, 24-11-1997, Sté de Castro C/Bercy et sole, Req, n03060

كما أن قضاء مجلس الدولة لم يأخذ بالقاعدة السابقة عملاً بمبدأ الطبيعة الجاذبة للعقود الإدارية

CE, 30-6-1999, commune de Voreppe, Req, n163435, Rec.,CE, p.225.

[3]TC. 18-6-2007, Sté Brian conçus, Rec., p.600. AJDA, 2007, p.2100.

إلا أن محكمة التنازع احتفظت صراحةً باختصاص القضاء الإداري إذا تضمنت المصالحة على عقد يُتيح امتيازات السلطة العامة ،أو يتعلق بالمشاركة من المتعاقد بمهمة المرفق العام[1].

وبذلك نكون قد أعطينا لمحة عن اختصاص القضاء الإداري في موضوع العقود العامة لننتقل لدراسة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ودعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي ودعوى المشروعية الخاصة، وهي الدعاوى التي تمثل الاتجاه الحديث لقضاء الإلغاء في نطاق العقد الإداري.

[1]TC, 18-6-2007, Sté Briançon bus et Brunet, Req, n3600.

الباب الأول

دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي[1]

وهيدعوى موضوعية يمكن ممارستها من كل متعهد مرشح يهدف للحصول على العقد، ويمكن من خلالها منع إبرام العقد بسبب خرق قواعد العلانية والمنافسة[2]، ويبت في إطار هذه الدعوى بصفة الاستعجال لضمان شفافية واحترام قواعدالمنافسة على مستوى إبرام العقود العامة، والقاضي في إطار القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لا يحل محل قاضي الأساس[3]– قاضي العقد– على فرض أنه ينظر بالنزاعات المتولدة قبل إبرام العقد.

وقد شكل القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ونتيجة للتطورات العظيمة التي عرفها القانون الإداري الفرنسي فجر إصلاح ازدادت فاعليتهفي الحياة القانونية في فرنسا لما كان له من أثر على الإدارة والأفراد على حد سواء

---

[1]ومن الفقه من أطلق عليه/ référe-contrats أو référepublicité-concurrence/ Stéphen Braconnier, droit des marchés publics, 2ed, Paris, le monitor, 2007, p.348.

وأيضاً M.Berbari, le référe précontractuel, ACCP, n26, octobre, 2003, p.28 والمصطلح الذي تبنيناه في بحثنا هو تعريب لمصطلح ((le référe précontractuel)) وهو المصطلح الذي تبناه الفقه العربي لهذا النوع من القضاء المستعجل وبشكل خاص د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ،مرجع سابق، ص 630.ود. عقبة سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص218.

[2]M.BerBari, le référe précontractuel, ACCP, n26, octobre, 2003, p.28.

J.Gourdou et Ph.Terneyre, le référe précontractuel administrative au lendemain de la reforme législative des procédure. C.J.E.G, avril 2001, p.135.

CE, 19-10-2001, Sté Alsthom transport SA, précité.

[3]TA. Bastia, 7-1-2003, SA CSEE Transport, contrats et marchés publics, 2003, p.33.

في مجال العقود العامة، فهو قبل كل شيء إجراء محله السماح للقاضي الإداري بالبت في حالة السرعة بالمسائل المتعلقة بالمنافسة في الحياة الاقتصادية، كما شكل القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،ومنذ دخوله في القانون الفرنسي بموجب المادة /22/ من تقنين المحاكم الإدارية، ومحاكم الاستئناف الإدارية ،الولادة للعديد من التعليقات والشروحات الفقهية حوله[1]. كما أن القضاء الإداري أوضح شروط استخدامه من جميع من لهم الصفة في ذلك. وقد شكل هذا القانون تقنية ذات أهمية كبيرة في تحقيق السرعة المطلوبة لهكذا نوع من الدعاوى[2].

ويعد القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أداة فاعلة لرقابة إبرام العقود العامة وتحقيق المشروعية، وهو أمر يفتقده القضاء الإداري العربي.

وإننا إذ اخترنا دراسة القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي كاتجاه حديث في نطاق قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية فإن ذلك يعود إلى سببين هما:

1- إنه يتناول في موضوعه خروقات لالتزامات تقع على عاتق الإدارة في تصرفات أحادية الجانب من قبلها، فالالتزام بمبدأي العلانية والمنافسة هو التزام مفروض على الإدارة وحدها، ويوجب عليها أن تراعيه في قراراتها الصادرة بهذا الشأن، ولا التزام على من سيتعاقد معها لاحقا بالنسبة لهذين المبدأين- في هذه المرحلة-بعبارة أخرى يمكن القول أن الخرق المرتكب ينسب للإدارة فقط دون من سيتعاقد معها.

---

[1]C.Bergeal ,F. Lineca ,op.cit., p.83.

[2]Sandra Lagumina, Edouard Philippe, le réfère précontractuel bilan et perspectives, AJDA, 2000, p.283.

2- الشرط الأساسي لنظر الدعوى وقبولها أن تتم إقامتها قبل إبرام العقد ومجرد إبرام العقد يجعل نتيجة الدعوى عدم القبول، أي أننا لسنا بصدد نزاع ناشئ عن عقد، وبالتالي فالحقوق والالتزامات مصدرها ونقطة انطلاقها يستمد من القانون ،وليس من العقد، فمتى أبرم العقد أضحت الدعوى غير مقبولة.

الفصل الأول

أسس دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وقواعد قبولها

يتطلب النظر في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي شروط عدة لقبول الدعوى كأداة قضائية لحماية قواعد العلانية ،والمنافسة في إطار عملية إبرام العقود العامة، وذلك قبل النظر في موضوع الدعوى ،أو بأصل الحق المنازع فيه.وهذه الشروط منها ما يتعلق بشخص المدعي ممن له سلوك طريقها، ومنها ما يتعلق بالإجراء المتوجب على المدعي اتخاذه قبل اللجوء لقاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقدية، ومنها ما يتصل بالمدة الزمنية التي يجب إقامة الدعوى خلالها.وإذا كانت هذه الشروط التي سنتعرض لدراستها تشكل الأساس الذي ترتكن إليه الدعوى، فإنه يتوجب أيضاً التعرض بالدراسة للمصادر التي اعتمد عليها المشّرع الفرنسي في بناء نظام هذه الدعوى القانوني المتمثل بشروط قبولها من الناحيتين الشكلية والموضوعية، والمجال الموضوعي الذي تمارس فيه والمحدد بعقود معينة من قبل المشّرع، إضافة لدراسة خصائصها المميزة لها عن غيرها من أنظمة القضاء المستعجل في نطاق العقود الإدارية.وعليه فإننا سنتناول في هذا الفصل دراسة المبحثين الآتيين :

1- مصادر دعوى القضاء المستجل الموضوعي قبل التعاقدي وخصائصها.

2- شروط قبول دعوى القضاء المستجل الموضوعي قبل التعاقدي.

المبحث الأول

مصادر دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وخصائصها

لابد لنا في هذا المبحث من دراسة المصادر التي استقى منها المشّرع الفرنسي بناء نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، لما لذلك من أهمية في فهم طبيعة هذا النظام وإدراك الغاية التي هدف إلى تحقيقها، والمجال الذي طبق من خلاله، كما لابد من التعرض لخصائص هذا النظام علّها تكون المحرّض للمشرع في نظامنا القانوني للاستهداء بها وأخذ ما يتوافق منها مع البيئة القانونية لدينا، بحسبانها أداة من أدوات تحقيق المشروعية التي تسعى غالبية الدول للوصول إليها، خاصة في جوانب النشاط ذات الطابع المالي ،كالعقود الإدارية، كما أنه لابد من دراسة العقود التي حددها المشّرع كمجال لإعمال رقابة قاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقدية على الخروقات التي تنال من مبدأي العلانية والمنافسة فيها. وعليه سنعالج هذا المبحث من خلال المطالب الآتية :

1- مصادر دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.
2- خصائص دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.
3- مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

المطلب الأول: مصادر دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

استمد المشّرع الفرنسي نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي من التشريع الناظم للعقود في دول الاتحاد الأوربي، ومن ثم تحول لإجراء أصيل وأساسي في التشريع الفرنسي une transposition originale.

وقد بدأ تطبيق هذه الدعوى في فرنسا عندما قام المشّرع الأوربي بإصدار التوجيهات المشتركة إلى دول الاتحاد الأوربي ،والمسماة بتوجيهات الدعوى[1]directives recours لاحترام مبدأي العلانية ،والمنافسة، والتي فرض فيها على الدول الأعضاء اتخاذ الإجراءات الضرورية لضمان أن تكون القرارات المتخذة بحق العارضين ،أو الذين تم الإرساء عليهم موافقة للحقيقية، وأن يكون بإمكانهم وفي متناولهم إقامة دعوى ذات أثر فيما إذا كانت هذه القرارات قد خرقت القانون الأوربي المشترك ،أو القواعد الوطنية عند إبرام العقود، ومراعاة أن تكون إجراءات الدعوى في متناول كل الأشخاص الذي لديهم مصلحة بالحصول على العقد أو الذين يمكن أن يتضرروا من هذا الخرق للقواعد المذكورة[2].

وبناءً على ذلك أنشأ النظام القانوني الفرنسي في عام 1992نظام القضاء المستعجل قبل التعاقدي كحاجز أمام إبرام العقد الذي خُرقت فيه قواعد العلانية والمنافسة التي كانت مفروضة من اللجنة الأوروبية، وذلك من خلال اعتمادهللتوجيهات الأوربية بموجب القانون رقم /10-92/ تاريخ 1992/1/4، والمرسوم رقم /946-92/ تاريخ 1992/9/7، والقانون رقم / 1416-93/ تاريخ 1993/12/29، ومن ثم عمل المشّرع على إيراد هذه النصوص في المواد /22 و 23/ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، إضافة لإيرادها في

---

[1]ذات الرقم/ 89-665 /الصادر في 1989/12/21 فيما يخص عقود القطاعات التقليدية والتوجيه ذي الرقم /13-92 /الصادر في 1992/2/25 المتعلق بعقود القطاعات المستبعدة وهي عقود قطاعات المياه ،والطاقة ،والنقل ،والاتصالات ،والتي كانت قد عدلت بالتوجيه رقم(2007/66) الصادر في 2007/12/11

[2]Stéphen Braconnier, droit des marchés publics, 2ed, Paris, le monitor, 2007, p.348.

DANIEL CHABANOL , CODE de justice administrative ,4ed, LE MONITEUR , PARIS , 2010,P.573.

القانون رقم /1420-93/ تاريخ 1993/1/29 والمتعلق بمنع الرشوة والذي عُرف بقانون /loi sapin/[1]، وأخيراً نص عليه في تقنين القضاء الإداري الفرنسي بالمواد /L.551/ وَ /R.551/الصادر بتاريخ 2009/5/7.

وقد كان لاعتماد القضاء المستعجل قبل التعاقدي في فرنسا مدىً أوسع فيما يخص الالتزامات المتعلقة بالعلانية والمنافسة ،مما هو معتمد في الاتحاد الأوروبي une transpositionétendueau-delà des obligations communautaires

وقد تم توسيع هذا النمط من الرقابة من قبل المشّرع الفرنسي بشكل تدريجي في مرحلة إبرام العقد، ففي البداية تم إنشاء القضاء المستعجل قبل التعاقدي للعقود العامة وفقاً لحدود مالية معينة، ثم امتد بعد ذلك في مجال تطبيقه إلى اتفاقيات تفويضات المرافق العامة، ومن ثم امتد ليشمل عقود المشاركة[2] وعقود أخرى.

وقد بلغ التوسع في مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي ليشمل جهتي القضاء العادي والإداري، وذلك بناءً على توجيه الاتحاد الأوربي رقم/66-2007/ تاريخ 2007/12/11 والذي تم اعتماده في فرنسا بالأمر الصادر في 2009/5/7 والمرسوم رقم /1456-2009/ تاريخ 2009/11/27

---

[1] حيث دخلت نصوص هذا القانون بالتطبيق القضائي مباشرة، وصدر في ذلك عدة أحكام منها :

CE, Ass, 10-6-1994, commune de caboury, Rec.,CE, p.301, avec conel, Lasvignss: AJDA, 1994, P.502, J560.

CE, 22-1-1997, Sté Bowater, p.24, D.1998, obs, ph.Terneyre, Sc,p.225, RFDA, 1997, P.421.

CE,3-11-1995,Société Sténtofon , précité par CHBANOL, op cit, p.574.

[2] المادة /27/ من الأمر ذي الرقم /559-2004/ الصادر بتاريخ 2004/6/17 ومن ثم استرجعت هذه النصوص بالمادة /33/ من الأمر الصادر برقم /649-2005/ بتاريخ 2005/6/6.

ودخل بالنفاذ اعتباراً من 2009/12/1، وبذلك غدا هنالك قاضيان للقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي Deux juges pour Leréfèreprécontractuelومراعاة لازدواجية النظام القضائي نظم المشّرعالفرنسي طريقتين لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي، إحداها لعقود القانون الخاص أمام القاضي العادي، والأخرى لعقود القانون العام أمام القاضي الإداري. وكان لهذا التمييز فائدة كبيرة للقاضي الإداري والعادي على حد سواء من خلال تحديد مجال اختصاص كل منهما [1].

وأهم ما يميز كلا النظامين العادي والإداري في القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أن قواعد وإجراءات ومحتوى سلطات القاضي في القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي متماثلة أمام نظامي القضاء[2].

ولكن وبعد أن حددنا مصادر دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وبينا بأن التوجيهات الأوربية كان لها الفضل في اعتماد هذا النظام في فرنسا، يثور التساؤل حول القواعد التي يتوجب على القاضي تطبيقها لاحترام قواعد العلانية والمنافسة، وهل يتعين عليه تطبيق نصوص القانون الفرنسي حصراً، أم يتعين عليه احترام التوجيهات الأوربية في هذا الصدد والمبادئ الأساسية للشراء العام ؟.

تتعدد القواعد التي يضمنمن خلالها قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي احترام قواعد العلانية والمنافسة، وهذه القواعد هي:

---

[1]Catherine, Frederic, op.cit, 85.

[2]C.Bergeal ,F.Lineca ,op.cit.,p87.

TA Paris, 5-11-1998, Mederic prévoyance el commission des marchés de la caisse national organicm BJCP, 2000/11.

TA Besançon, 5-12-2006, SARL cédera software n 06/00297.

أولاً – القواعد الوطنية المتعلقة بإجراءات إبرام العقود

القواعد التي بموجبها يتحمل قاضي القضاء المستعجل عبء الاحترام هي القواعد المتعلقة بالتزامات العلانية والمنافسة ،والتي يخضع لها إبرام العقد في مجال القضاء المستعجل قبل التعاقدي والنصوص ذات العلاقة هي من حيث النتيجة:

1) تقنين عقود الشراء العام والعقود التي تخضع له ذي الرقم /975/الصادر في 1-8-2006.
2) الأمر رقم 469-2005 الصادر في 2005/6/6 والمتعلق بالعقود المبرمة من أشخاص محددين (عامين وخاصين) لا يخضعون لتقنين عقود الشراء العام، والمرسوم رقم 1308-2005 الصادر في 2005/10/20 والمرسوم 1742-2005 الصادر في 2005/12/30.
3) القانون رقم 122-93 الصادر في 1993/1/29 والمتعلق بالحماية من الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة ومراسيمه ذوات الأرقام 471-93 الصادر في 1993/3/24 و 1993/3/26 وَ 1995/3/1 الخاصة بتفويضات المرفق العام وعقود شركات الاقتصاد المختلط، وهي التي تتعلق بتفويضات المرفق العام من الجماعات المحلية وفقاً للمواد L.1411-1, L.1411-18, R.1411-1, R.1411-8 من التقنين العام للجماعات الاقليمية.
4) القانون رقم 3-91 الصادر في 1991/1/3 والمتعلق بشفافية ونظامية إجراءات العقود وخضوع الإبرام في عقود محددة لقواعد العلانية والمنافسة فيما يخص امتيازات الأشغال والمعدل بالأمر الصادر في 2009.
5) الأمر رقم 559-2004 الصادر في 2004/6/17 المتعلق بعقود المشاركة.

6) المادة L.2124-4 من التقنين العام للملكية العامة للأشخاص العامة والمرسوم رقم 2006-608 الصادر في 2006/5/28 فيما يخص امتياز الشاطئ. والمادة L.2122-15 من ذات القانون والمرسوم رقم 18-2004 الصادر في 2004/1/6.

ثانياً-القواعد الأساسية لاتفاقية تأسيس الاتحاد الأوروبي:

إن كون الدولة عضواً في الاتحاد الأوربي يفرض عليها التزاماً باحترام الاشتراطات الواردة باتفاقية تأسيس الاتحاد الأوروبي، وعليه فإن النصوص الوطنية لأياً من دول الاتحاد يجب أن تترجم على ضوء القواعد الأساسية لاتفاقية تأسيس الاتحاد الأوروبي ،وخاصة ما يتعلق منها بالمبادئ الأساسية التي تتعلق بالعدالة ،والمساواة ،وشفافية التعامل بين المواطن والإدارة ،ومبادئ العلانية ،وحرية المنافسة، وبالتحديد مبدأ عدم التمييز بين المساهمات(العروض) بالنظر لجنسيتها. ويستوحي القاضي في نطاق القضاء المستعجل قبل التعاقدي من الاتفاقية المذكورة القواعد الأساسية في مجال الطلبات العامة لأجل تحديد أساليب العلانية الكافية لإبرام عقود تفويضات المرفق العام[1].

ثالثاً: القانون الأوربي المشترك قبل تحويله للقانون الداخلي:

يقصد بالقانون المشترك مجموعة التوجيهات المعتمدة من دول الاتحاد الأوربي في تنظيم شؤونها المشتركة كاتحاد، وفي عدة مجالات من حياة الاتحاد، ومن هذه المجالات العقود العامة التي تبرمها إحدى دول الإتحاد سواء مع متعهد وطني أو أجنبي، بحيث تلتزم أي دولة من دول الإتحاد بمراعاة هذه التوجيهات محلياً في علاقات إداراتها ومواطنيها وأوربياً مع دول الاتحاد في المجال الذي ينظمه التوجيه ذي العلاقة، وبناءً عليه وعند وجود نزاع ما يتعلق بالتزامات جاء بها توجيه مشترك فإن القاضي الإداريقوم في هذه الحالة بتطبيق التوجيه المشترك

[1]CE, 1-4-2009, n° 323585 et 323593, pub. C/S[té]keolis.

ذاته غير المعتمد داخلياً وبشكل مباشر، أما إذا تم تحويل التوجيه للقانون الداخلي فإنه يغدو نافذاً من تاريخ التحويل وهو ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1998/2/6[1] فيما يخص تاريخ نفاذ التوجيهات التي يتم اعتمادها بالتشريعات الفرنسية الداخلية.

وتحت هذا العنوان كان قد حكم مجلس الدولة، وبشكل مباشر بقابلية نصوص التوجيهات الأوربية المتعلقة بالعلانية للتطبيق والواردة في توجيه المرافق والخدمات[2] وتوجيهات القطاعات المستبعدة[3]، و توجيه التوريدات[4]، وتوجيه الأشغال والتوجيه المتعلق بقطاعات المياه والطاقة والنقل والاتصالات[5].

وبناء على ذلك وفي حالة غياب القواعد الوطنية القابلة للتطبيق على نزاعات العقود والتي تسمح بضمان علانية الطلب العام للعروض فيجب تطبيق القواعد الواردة في التوجيه الأوربي ذي العلاقة[6].

---

[1]CE, sect. 20-5-1998, communauté de communes de piedmont de Barr, Rec., p.201.

[2]CE, 19-10-2001, S^{té} ALS thontransport SA, n° 233173, BJCP, p.39.

[3]CE, 27-7-2001, C général des eaux, Rec.,CE, p.406.

[4]CE,8-4-2005, S^{té} Radiomètre, T, P.964.

[5]CE,11-5-2007, Région Guadeloupe, AJDA, 2007, p.1813.

[6]C.Bergeal et F.Lenica, op.cit, p.99.

وأهم التوجيهات المشتركة في مجال العقد العامة هي:- توجيه التوريدات رقم /295-88/ الصادر بتاريخ 1988/3/22ا المعدل بالتوجيه رقم /36-93/الصادر في 1993/6/14

-توجيه الأشغال رقم/440-89/ الصادر في 1989/7/18ا لمعدل بالتوجيه رقم /37-93/الصادر في 1993/6/14

-توجيه الخدمات رقم /50-92/الصادر في 1992/6/18

-التوجيه المتعلق بقطاعات المياه والطاقة والنقل والاتصالات رقم /531-90/ الصادر في 1990/9/17المعدل بالتوجيه رقم /38-93/ الصادر في 1993/6/14

-توجيه القطاعات التقليدية /665-89/الصادر في 1989/12/21المعدل بالتوجيه رقم 18-2004

رابعاً- النصوص القانونية الأخرى القابلة للتطبيق:

اختصاص قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لا يتحدد بتشريع إبرام العقود التي تدخل في مجال القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي فقط، لأنه وبالنظر لعمومية المصطلحات المحددة لاختصاص هذا القضاء، فإنه يمكن تطبيق كافة النصوص القانونية الأخرى التي تتعلق باحترام قواعد العلانية ،أو المنافسة ،لإبرام العقود ذات العلاقة، كالقواعد المتعلقة بقانون المنافسة التي كانت تشكل محلاً لقضاء متقلب إلى أن حسم مجلس الدولة المسألة بإخضاعها لرقابته وذلك بموجب قراره الصادر في 1999/7/2[1].

كما عدّ أن تجاهل نصوص المادة /L.420-1/ من تقنين التجارة وإن لم يكن يشكل خرقاً يدخل في اختصاص القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي إذا كان واقعاً من قبل المرشحين المتنافسين ،إلا أنه يدخل في اختصاصه إذا كان هذا التجاهل والخرق واقعاً من قبل الإدارة[2].

ويضمنقاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أيضاً احترام التشريعات التي تؤدي في المجال العملي للتأثير على اختيار المرشح، وذلك ما عدا تلك التي يكون لديها هدف مباشر للعلانية والمنافسة، ويتحقق كذلك ،وعلى سبيل المثال من احترام نصوص قانون 1997/12/11 والمتعلق بالخصومة ضد عمل خفي يقوم به أحد مرشحي العقود للتأكد من خرق التزامات العلانية أو المنافسة في حال غياب الإدانة الجزائية[3].

-توجيه القطاعات المستبعدة رقم /13-91/الصادر في 1992/2/25

[1] CE, 2/7/1999, SA Bouygues et autreSM CJEC, 1999, p.537.

[2]CE, 14-3-2003, S^{té} air lib, AJDA, 2003, p.1052.

CE, 5-6-2007, S^{té}Corsica ferries, req, n^{o} 305280.

[3]CE, 6-11-1998, assistance publique des hôpitaux de Marseille, BJCP, 1993, p.277.

خامساً- المبادئ الأساسية لقانون الطلب العام:

يجب على السلطات المتعاقدة وعند إبرامها لعقودها-الخاضعة لرقابةالقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي -مراعاة المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عملية التعاقد العام، وهي المبادئ التي جاء بها تقنين الشراء العام الحالي أيضاً وأهم هذه المبادئ: حرية الاشتراك بالمنافسة، والمساواة بالمعاملة بين المتقدمين للاشتراك بالمناقصة ،أو طلب العروض، وشفافية الإجراءات التعاقدية التي تتولاها سلطات المناقصة[1].وقد أعطى مجلس الدولة لهذه المبادئ القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون[2] وفي ذات الوقت منحها المجلس الدستوري قيمة دستورية متولدة عن المواد(7) و(14) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 بموجب قراره الصادر برقم(473-2003)بتاريخ 2003/6/26

وبناءً عليه فإن النصوص التنظيمية لا يمكن أن تعفي الإدارة عند إبرامها للعقود العامة من احترام هذه المبادئ[3].

وقد حكمت محكمة العدل الأوروبية المشتركة بأن امتيازات المرافق العامة إذا لم تدخل في نطاق التوجيهات المشتركة تبقى تحترم القواعد الأساسية للتعامل بشكل عام ومبدأ عدم التمييز بالنظر لجنسية المدعي[4].

والمبادئ الأساسية لقانون الطلب العام هي المبادئ المتعلقة بالعلانية والمنافسة، والقاضي في نطاق القضاء المستعجل قبل التعاقدي يمكنه أن يقوم بضمان احترام هذه المبادئ في حال غياب قواعد الإبرام القابلة للتطبيق على نزاعات العقد.

---

[1] المادة الأولى من تقنين الشراء العام الفرنسي الحالي رقم /975/ لعام 2006.

[2] CE, sec, avis, 29-7-2002, S^té MAJ Blanchisseries de pantin Rec., p.297.

[3] CE, 23-2-2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics.

[4] CJCE, 7-12-2000, Teleaustria C-324/98.

وعليه فإن القاضي يراقب بشكل خاص مدى احترام هذه المبادئ وإن لم يكن منصوص عليها كمبدأ المساواة بين المرشحين[1]، ومبدأ الالتزام بالعلانية الكافية، ولزوم اطلاع المرشحين على معايير الإرساء[2]، وذلك مع مراعاة العقود ذات الطبيعة الخاصة[3]التي تتطلب مراعاة قواعد تنظيم السرية المهنية[4].

المطلب الثاني خصائص دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

يتميز القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بمجموعة من الخصائص جعلت منه نظاماً فعّالاً، يحقق من وجهة نظرنا الغاية المنشودة منه بحماية إجراءات العلانية والمنافسة في مرحلة ما قبل إبرام العقد إذا تم تبنيه بما يتوافق والبيئة القانونية المهيأة له مسبقاً ،وهو ما نأمل بالوصول إليه في نظامنا القانوني، وتتجلّى خصائص دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بالآتي:

1- دعوى ذات تقنية قضائية قبل تعاقدية.

2- دعوى تخول القاضي سلطات هامة.

3- دعوى قضاء مستعجل.

4- دعوى موضوعية.

---

[1]CE, 14-3-2003, S^té air lib, req, n° 251610.

[2]CE, set, 30-1-2009, ANPE,

[3]CE, 7-10-2005, Région Nord – Pas – de – Calais, Rec.,CE, p.423.

[4]CE, 7-3-2005, communauté urbain de Lyon, Rec.,CE, 94.

الفرع الأول: دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ذات تقنية قضائية قبل تعاقدية

أي أنها دعوى تثار في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وتهدف إلى منع كل مخالفات العلانية والمنافسة المتعلقة بإبرامه، وبذلك فهي ذات منطق وقائي وتسعى إلى منع الأمر الواقع الذي يحدث من جراء تدخل الدعوى القضائية بعد إبرام العقد بل بعد تنفيذه أحياناً، وعليه فإنه متى أبرم العقد فلا يمكن إعمال هذه الدعوى[1]، فهي دعوى قضائية في مرحلة إبرام العقد، وقد سعى المشّرع الفرنسي وبهدف تحقيق نوع من العدالة في كافة مراحل العقد إلى إيجاد وسائل قضائية ليس للمتعاقدين فقط، وإنما لكل من يمكن أن يتضرر خلال مرحلة تكوّن هذا العقد. وعليه فقد أنهى المشّرع الفرنسي المبدأ الثابت تقليدياً والذي بمقتضاه لم يكن من الممكن للغير الطعن في العقد في مرحلة إبرامه وأتاح لهذا الغير بموجب هذه الدعوى الطعن في مرحلة إبرام العقد بكل ما يتعلق بالتزامات العلانية والمنافسة.

والسؤال الذي ينبغي طرحه في هذا المجال، ما هي الإجرائية التي وضعها المشّرع السوري في مرحلة إبرام العقد لحماية قواعد العلانية ،والمنافسة أو لحماية المشروعية ،حتى لحظة إبرام العقد ،ولحماية حقوق المتعاملين مع الإدارة؟.

---

[1]Vandermeere N.R. le réfère précontractuel, A.J.D.A, 1994, p.91

وأيضا د مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري،مرجع سابق ،ص 637، ود عقبة سلطون، مرجع سابق ص221.

PhilippTernyre, Jean Gourdon, le réfère précontractuel au lendemain de la reformes des procédures d'urgenCE, CJEG, n575 avril 2007, p.135.

CE, sect., 3-11-1995, cci de Tarbes et des Hautes Pyrénées Rec., p.394, FRDA, 1995, p.1077.

CE, 28-7-2000, SARL Grands travaux caraïbes, n210664

CE, 29-11-1996, société sablière et gravière guyanaise req, n162548.

لا يوجد في الواقع سوى دعوى الإلغاء العادية،والمنصوص عليها في قانون مجلس الدولة ،والتي كنا قد بينا عدم فاعليتها في هذا المجال لما تتطلبه من وقت طويل للبت فيها، في حين أن العقد يكون قد نفذ وتغدوا في النهاية وسيلة غير مجدية، إضافة للقاعدة الأساسية في مجال نزاعات العقد الإداري بعدم إمكانية اللجوء لقاضي العقد إلا لأطرافه فقط ،والذين ليس لديهم المصلحة في ذلك في أغلب الأحيان.

كما أننا إذا عدنا لدور القسم الاستشاري لمجلس الدولة كجهة رقابة قانونية فيما يخص العقود الخاضعة للتصديق ،وقبل مرحلة إتمام عملية إبرام العقد فإننا نجد عدم فاعليتها في أغلب الأحيان أمام الضمانات التي تقدمها الدعوى القضائية لأطرافها وما تكفله لهم من حقوق،وفي مقدمتها حق الدفاع ،وتقديم الأدلة لإثبات صحة مواقفهم، ويعود ذلكللأسباب الآتية:

1) محدودية العقود المحالة للقسم الاستشاري في المجلس:سواء لجهة قيمة هذه العقود التي تتقيد بها الإدارات عند عرضها لعقودها على المجلس في هذا الصدد[1]، إضافة إلى أن العديد من الجهات العامة كانت قد استثنيت عقودها من تصديق المجلس بموجب نصوص قانونية خاصة ،كالعقود التي تبرمها المؤسسات ،والشركات ،والمنشآت العامة[2].
2) دور القسم الاستشاري في رقابته على مشاريع العقود في هذه المرحلة يمثل وسيلة غير قضائية لا تسمح للطرف الآخر المتعامل مع الإدارة من تقديم مطالعاته في هذا الشأن عند عرض ملف العقدالمحول للقسم الاستشاري، مما يفقد هذا النوع من الرقابة قوته القانونية الملزمة أمام ما تمنحه الدعوى

---

[1] صدر القرار ذي الرقم /18340/ بتاريخ 2011/12/28عن رئيس مجلس الوزراء بتحديد الحد الادنى لقيمة العقود الخاضعة لتصديق مجلس الدولة بـ/25000000/ خمس وعشرون مليون ليرة سورية.

[2] المادة/ 44/من القانون رقم /2/ لعام 2005.

القضـائية مـن امكانيـة للمتـداعين فـي ابـداء وجهـة نظـرهم ودفـاعهم عـن مواقفهم.

3) عـدم إمكانيـة الغيـر (المتنافسـين المسـتبعدين) اللجـوء للمجلـس عـن هـذا الطريـق بحسـبان أن التحويـل لملـف العقـد إنمـا يـتم مـن الإدارة لرقابـة إجراءاتها ومواد مشروع العقد وهو يخضع لمحض تقديرها.

4) ما يصدر عن المجلس بعد دراسته لملف مشروع العقد لا يعدو أن يكون رأياً استشارياً غير ملزم للجهة العامة ،مما قد يؤدي معه إلى بقاء عيب المشروعية إذا أصرت الإدارة على تنفيذ عقدها رغم اختلاله.

مما يدفعنا في هذا الإطار لمناشدة المشّرع السوري في تطوير أساليب العدالة القضائية باستحداث وسائل أكثر عدالة من حيث المدة والموضوع.

الفرع الثاني: دعوى تخول القاضي سلطات هامة

فهي تخول القاضي سلطات واسعة، بل وغير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، ذلك أن القاضي الإداري يتمتع عندما يبت في هذه الدعوى بسلطات الأمر ،والوقف ،والإلغاء ،وإبطال بعض شروط العقد، وقد أوردها المشّرع الفرنسي صراحة في تقنين القضاء الإداري[1]، وعليه فإن القاضي الإداري يتمتع في هذا الصدد بالسطات الآتية :

---

[1] Art,/L.551-1/ du CJA.,7—5-2009 ;Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui s'y rapporte a la passation du contrat , suaf s'il estime , en consideration de l'ensemble des interets susceptibles d'etre leses et notamment de l'interet public , que les concesquences negatives de ces mesures pouraient l'emporter sur leur avantages.

1- أن يأمر الإدارة باتخاذ إجراء معين، وحسب بعض الفقه الفرنسي فإن الخصوصية الأكثر أهمية في هذا المجال ما يتعلق باختصاص القاضي بسلطة الأمر.

2- أن يأمر بوقف كل القرارات الصادرة.

3- أن يلغي شروط من مشروع العقد.

4- أن يبطل أي إجراء[1].

5- أن يأمر بغرامات تهديدية.

وسلطات القاضي المذكورة هي سلطات مؤقتة محددة بمدد معينة في القانون، علماً بأن الدعوى المذكورة لا تخول القاضي سلطة منح التعويض[2].

الفرع الثالث: هي دعوى قضاء مستعجل

لتحقق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي فاعليتها فإن ذلك يقتضي سرعة التدخل القضائيبما يتناسب وهذه المرحلة من إبرام العقد، فلا تكون الدعوى ملائمة ما لم يمكّن القاضي من اتخاذ إجراءات نهائية بمدة قصيرة، وعليه فإن النصوص الناظمة للدعوى أُسست على فكرة السرعة ،أو الضرورة،

Il peut ,en outre, annuler ces décisions qui s'y rapporte a la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

[1]CE, 20-10-2006 ,Commune d'Andeville ,AJDA 2006 ,P.2340.

[2]Richer(L.), droit des contrats, 2010, op.cit, p.163.

C.Bergeal, F,lineca, 2010, op.cit, p.119-120.

Lorens, le nouveau juge administratif des réfères réflexion sur la reforme opérée par la loi du 30juin 2000,presses universitaires de Strasbourg ,5edition ,2002,p.28

Lagumina,et Philippe, le réfère précontractuel ,Bilan et perspectives ,A.J.D.A,2000,p.283.

ولذلك فإنه يوكل أمر النظر فيها إلى قاضي فرد يبت بها في أول وآخر درجة ،وبصيغة الاستعجال[1]. وهذا ما لم يسعَالمشّرع السوري لتداركه حتى الآن في المنازعات المتعلقة بمرحلة إبرام العقد، فطول أمد التقاضي يعد سبباً رئيسًا يثني المتضرر عن مراجعة القضاء[2]، ولهذا السبب أيضاً تكاد تنعدم الدعاوى المتعلقة بمرحلة إبرام العقد أمام مجلس الدولة السوري.

الفرع الرابع: دعوى تمكن القاضي من البت بالموضوع

يمكن للقاضي عند نظره للدعوى أن يبت في الموضوع ،ويتمثل ذلك بالتصدي للخرق المرتكب لالتزامات العلانية ،والمنافسة ،ومجازاته ،وفقاً لما حدده القانون لهذا الخرق من جزاءات، والأحكام الصادرة عن القاضي والتي يبت فيها بالموضوع تكتسب قوة الشيء المقضي به، وذلك على خلاف القضاء المستعجل العادي الذي لا يمكن للقاضي فيه أن يبت إلا بالطلب المستعجل المتعلق بالحفاظ على حق أو تدارك ضرر[3].

---

[1] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص633ود عقبة سلطون، مرجع سابق، ص 220. حيث نصت المادة /8-551.L/ من تقنين القضاء الإداري الحالي :

((Le president du tribunal administratif , ou le magistrat qu'il delegue , statue en premier et dernier ressot en la forme des réfères)).

[2] ففي القضية ذات الرقم /1575/لعام2011 تم إقامة الدعوى بطلب إلغاء إعادة الإعلان الصادر عن وزارة السياحة ومجلس مدينة لاستثمار بعض المواقع في مدينة حلب أمام محكمة القضاء الإداري بتاريخ 21-5-2007 في حين صدر حكم المحكمة المذكورة في 31-3-2011 ولا تزال امام المحكمة الإدارية العليا.

[3] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص634 وأيضاً

C,Bergeal. F,Lineca, 2010, p.119.

المطلب الثالث: مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

حتى صدور تقنين القضاء الإداري في 2009/5/7 كان مجال دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي محدداً بقائمة من العقود التي ازدادتبشكل تدريجي، وفي الوقتالذي بقي فيه اختصاص القاضي العادي محدداً بالعقود التي أجريت وفقاً للقانون الأوربي المشترك، إلا أن مجال اختصاص القاضي الإداري اتسع بالتتابع بموجب القانون الصادر في 1993/1/29 لمجموععقود الشراء العام ولاتفاقيات تفويض المرفق العام، ومن ثم عقود المشاركة[1] والعقود المشار إليها في تقنين الصحة العامة[2]،وعقود الأشخاص غير الخاضعين لتقنين العقود العامة وعقود امتياز الأشغال[3]، ومن ثم صدر تقنين القضاء الإداري في 2009/5/7 الذي ألغى هذه القائمة من العقود وأحل محلها تحديد مادي عام للعقود ذات العلاقة.وعليه فإن مجال تطبيق القضاء المستعجل قبل التعاقدي أعيد تجميعه بموجب تقنين القضاء الإداري النافذ بالعقود الآتية:

1. عقود الشراء العام الإدارية والتي يكون محلها تنفيذ أشغال ،أو تقديم توريدات ،أو خدمات ،والمبرمة مع متعهد والمؤسسة على أساس السعر ،أو حق الاستثمار.

---

[1] دخلت عقود الشراكة في اختصاص القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وفقاً للأمر الصادر برقم 559-2004 في 2004/6/17

[2] الفقرة الأولى من المادة /5-6148.L/ من تقنين الصحة العامة الصادربعام 2004

[3] دخلت عقود الأشخاص غير الخاضعين لتقنين العقود العامة عقود امتياز الاشغال في اختصاص القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وفقاً الأمر ذي الرقم /649-2005/ الصادر في 2005/6/6

2. عقود تفويض المرفق العام[1].

ولمّا كان اختصاص القاضي بنزاع ما دون غيره هو من المسائل المتعلقة بالنظام العام[2]، وعليه فإن مسألة تحديد العقود الخاضعة لاختصاص القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي هي من المسائل الأساسية في مجرى الدعوى للاستمرار بها من عدمه، وعليه فإن المهمة الأولى للقاضي عند النظر بالدعوى هي تكييف مشروع العقد فيما إذا كان يدخل في مجال القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أم لا، وتكييف العقد هو عملية اعتيادية للقاضي الإداري، حيث لا يكون مقيداً بالتسمية التي يطلقها أطراف العقد على عقدهم[3].

ومن ذلك أن الجماعات العامة تلجأ في بعض الأحيان إلى إبرام عقود مركبة تشكل كتل قانونية معقدة بغية التفلت من أحكام تقنين العقود العامة،حيث تشرك في أغلب الأحيان التمويلات الخاصة مع الوسائل العامة الغير

---

[1]الفقرات من /1/ إلى /5/ واردة في المادة /L.551-1/من تقنين القضاء الإداري رقم /515/ الصادر في 2009/5/7.

[2]C.Bergeal, F.Lenica , op. Cit, p 91.

G.Vedel ,p.DElvolve ,droit administratif, op.cit., p.424.

J.Rivero,J.Waline,droit administratif, op.cit., p.336.

[3]C.E Seat, 26-11-1971, Sté sima, Rec., p.612.

C.E, 29-4-1987, commune d'Elancourt, Rec., p.153.

CE, 11-7-1986, Préfet de la Creus, et CE, 7-4-1999, commune de Guilherand – Granges, req. n° 150008, pour des marchés intitules de géranCE,

CE, Ass, 4-11-2005, Sté J-C. Decaux, Rec., p.478.

كافية[1].وقاضي الأمور المستعجلة هو الذي يحدد فيما إذا كانت هذه الكتلة العقدية تدخل في مجال اختصاصهأم لا، ويحلل فيما إذا كان أي عقد من هذه الكتلة العقدية يدخل في مجال اختصاصه كقاض للقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

وعليه فقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي للقول بأن قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي هو المختص بالنظر في العقد المبرم بين بلدية وشركة، والذي يتكون من عقد إيجار احتكاري،واتفاقية تمويل ،ويكون بهدف إدارة الشركة "لكازينو" محلي مقابل حصولها على عوائد استثمار "الكازينو" لمدة عشرين عاماً[2].

وقد منح تقنين القضاء الإداري الصادر في 2009/5/7 لقاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي دراسة نصوص العقد ،وتكييفها ،وفقاً لحقيقتها سواء كعقد شراء عام ،أو تفويض مرفق عام – عقد مشاركة أو امتياز أشغال، ومن ثم فإن تكييف القاضي للعقد هو الذي يحدد أساليب العلانية والمنافسة الواجبة التطبيق والتي تختلف حسب كل عقد[3].

وعملية تكييف العقد – في إطار القضاء المستعجل قبل التعاقدي – هي عملية ذات أهمية خاصة، كون القاضي يضع يده على مشروع العقد بكافة العناصر المكونة له،وذلك قبل إبرامه وغالباً خلال مرحلة التفاوض، وللقاضي أن يتخذ سلطات واسعة في هذه المرحلة، بحيث يمكنه أن يأمر بوقفإجراءات التعاقد

---

[1]ph.Terneyre, Les montages contractuels complexes, AJDA, numéro spécial 1994, p.43

Ph.Terneyre, La qualification des montages contractuels complexées et le droit communautaire, LPA, 2000, n23, p.39

[2]CE, 10-6-1994, commune de Cabourg,préc.

[3]C.Bergeal,F. Lenica , op cit, p.97.

للتحقق من الخروقات المرتكبة للالتزامات المفروضة على الإدارة، وأن يأمر بالعمل على تداركها قبل إبرام العقد، ذلك أن إبرامه يؤدي إلى خروج الدعوى من نطاق اختصاصه.وتتجلّى صعوبة تكييف العقد من قبل القاضي في ظل أن قوانين اللامركزية ألغت التزام الجماعات المحلية بمراعاة نماذج دفاتر الشروط، مما لا يسهل مهمة القاضي قي تكييف طبيعة العقد[1].

وسنتناول دراسة العقود الداخلة في مجال تطبيق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي : عقود الشراء العام الإدارية، واتفاقيات تفويض المرفق العام.

الفرع الأول: عقود الشراءالعام الإدارية

وهي العقود المبرمة بين السلطات المحددة في تقنين الشراء العام وبين أحد الأشخاص العامة أو الخاصة، والتي يكون محلها الشراء العام، أي تقديم أداءات معينة للإدارة مقابل ثمن محدد تدفعه هذه الأخيرة، ويشمل هذا النوع من العقود على عقود الأشغال ،والتوريد ،والخدمات ،والدراسات، وهي العقودالعامة الخاضعة لقواعد الإبرام في تقنين الشراء العام[2].

---

[1]CE, 29-5-2000, scp d'architectes Le glaye, Rec.,CE, p.140.

[2]C.Bergeal,F. Lenica , op cit, p.92.

O. Raymundie :**Les marchés publics** sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre des personnes dotées de la personnalité juridique. Ils sont passés dans le respect des procédures prévues par le code des marchés publics lorsque leur montant excède 90 000 Euros HT. (590 361,30 F) Ils sont dispensés de ces procédures lorsque leur montant est inférieur à ce seuil. Ce seuil est en nette augmentation par rapport à la réglementation précédente, ce qui devrait tout de même apporter plus de souplesse.
Les marchés publics doivent répondre aux besoins de l'administration.
L'objet du marché est un élément fondamental de la définition des marchés

وعليه هنالك معياران لتمييز عقود الشراء العام،وهما :

1- **المعيار العضوي** : ويعتمد على الجهات التي تبرم عقد الشراء العام، وهي الجهات التي نص تقنين العقود العامة في المادة /2/ منه صراحة على أن تكون طرفاً في عقد الشراء العام[1]، وهي :

أ- الدولة.

ب-المؤسسات العامة التابعة للدولة ذات الطبيعة التجارية والصناعية. مثل بنك فرنسا.

---

publics. Il doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique, et à lui seul. La notion de personne morale de droit public est ici prise au sens juridique le plus classique. Il n'y a pas de différence entre les notions de personne publique, d'organisme public ou de collectivité publique.

O. Raymundie, Gestion déléguée des services publics en France et en Europe, Le Moniteur, Collection Actualités juridiques 1995, p.37.

[1] Art./2/du CMP par 2006: I. - Les dispositions du présent code s'appliquent:

1- Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;

2- Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1o du présent article , sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret.
II. - Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code ; les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics.

ت-الجماعات المحلية.

ث-المؤسسات العامة المحلية.

ج- العقود المبرمة بموجب وكالة ممنوحة من قبل أحد الجهات المذكورة في الفقرات الأربعة أعلاه.

2- **المعيار الموضوعي** : ويعتمد على موضوع عقد الشراء العام، والذي حدده تقنين الشراء العامبأنه العقد المبرمفي مواضيع الأشغال ،أو التوريدات ،أو الخدمات[1].

وعقود الشراء العام تقوم على فلسفة تقديم أداءات محددة من قبل المتعهد مقابل ثمن مدفوع من قبل الإدارة، وهذه العقود تدخل في نطاق تطبيق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وفقاً لتقنين القضاء الإداري[2].

ومما يميز هذا النوع من العقود أنه يجب على الإدارة أن تتبع عند إبرامها إطاراً إجرائياً محدداً مسبقاً من جانب المشّرعتراعي فيه الالتزام بمبادئ العلانية والمنافسة وفقاً للطريق الذي رسمه المشّرع في هذا الإطار،وهو ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقه للنص السالف أيضاً[3].

---

[1]المادة /1/ من تقنين الشراء العام رقم /975/ الصادر في 1-8-2006

[2]Art,/ R.551-1 /du code de justice administrative et /2/ de l'ordonnancé du 7-5-2009.

Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'execution de travaux , la livrarison de fourrnitures ou la prestation de services , avec une contrepartie economique constituee par un prix ou un droit d'exploitation,ou la délégation de service public.

[3]CE, 10-5-2006, SARL Schiochet, Req. n288435.

ومن أمثلة عقود الشراء العام الإدارية التي تدخلضمن نطاق اختصاص القضاء الموضوعي المستعجل قبل التعاقدي كونها مبرمة وفقاً لتقنين العقود العامة وتخضع لإجراءات هذا التقنين:

- العقود التي تعهد بموجبها الدولة للغير مهمة البناء والتنظيم والصيانة والمحافظة على المباني المخصصة للشرطة الوطنية ،والجيش ،ومرافق الدفاع[1].
- العقود التي تعهد بموجبها الدولة للغير مهمة بناء مؤسسات إصلاح المجرمينوتنظيمها[2].
- العقود التي تعهد الدولة بموجبها للغير مهمة بناء وتنظيم الفنادق والمحافظة على مراكز حبس الغرباءوصيانتها[3].
- العقود التي تعهد بموجبها المؤسسات العامة للصحة للغير مهمة بناء وصيانة على المباني والتجهيزات المخصصة لممارسة هذه المهمات (الصحة العامة) وتنظيم والحفاظ عليها [4].
- العقود المبرمة من مُفوَضين من أشخاص القانون العام بموجب وكالة وفقاً لأحكام القانون الخاص، وهي تتعلق بشكل خاص بشركات الاقتصاد المختلط المحلية، وأصحاب الأشغال المفوضين بموضوع الأعمال العامة[5].

---

[1]Art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29-8-2002.

[2]Art. 3 de la loi n° 2002-1138 du 9-9-2002.

[3]Art. 52 de la loi n° 2003-1119 du 26-11-2003.

[4]C,Bergeal. F,Lineca, 2010, p.93.

[5]CE, avis, section des finances, 22-1-1998, n° 361-425, BJCP, 1999, p.136.

- العقود العامة المبرمة بين أشخاص عامة[1].

الفرع الثاني: اتفاقيات تفويض المرفق العام

إن دراسة اتفاقيات تفويض المرفق العام تتطلب تحديد مفهوم هذه العقود، ودراسة تطبيقات حديثة لها، والتي سنعمد لدراستها وفق الآتي :

أولاً – مفهوم اتفاقيات تفويض المرفق العام :

تعرف اتفاقيات تفويض المرفق العام بأنها عقد محله إسناد إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام من جانب الإدارة إلى شخص آخرمن أشخاص القانون العام أو الخاص، مقابل أتاوة تحددها الإدارة يجبيها هذا الشخص المفوَض من المنتفعين من خدمات المرفق محل التفويض[2].

وتدخل هذه العقود في مجال اختصاص قاضي القضاء المستعجل قبل التعاقدي منذ نفاذ تقنين العقود العامة الصادر بالمرسوم المؤرخ في 2001/3/7، كما أنه حكم باختصاصه بهذه العقود حتى قبل 2001 كونها عقود عامة وفقاً للقانون الأوربي المشترك.

[1]CE, set, 20-5-1998, communauté de communes du piedmont de Barr et autres, Rec.,CE, p.202 avec conclu, H.savoie, RFDA 1998, 609, AJDA, 1998, 632, Cheron, F.Ranynaud et Fombeure.

[2] ومن التعريفات الأخرى **لاتفاقيات تفويض المرفق العام** بأنها عقد من أحد الأشخاص المعنوية العامة يُعْهَد فيه بإدارة مرفق عام لشخص عام أو خاص، ويكون فيه المقابل المالي أمر جوهري ويرتبط بنتائج الاستثمار للمرفق، والمفوض يمكن أن يتحمل عملية بناء الأعمال أو أن يحصل على الأموال الضرورية للمرفق.

COSSATER(P.),les délégation d activités publiques dans L'inion européenne, LGDJ.,2007 ,P.342.

-Richer (L.),Concession en droit communautaire ,in délégation de service public ,éd ,du Monteur ,2009,P.502.

-LIGNIERES(P.),Partenariats public-prive, Litec ,2000,p.

وعليه فإن عقد تفويض المرفق العام أياً كانت صيغته أو شكله يقوم على المقابل المالي المدفوع الذي يناله المفوض، ويتّمثل في أتاوات استغلال المرفق المفروضة على المنتفعين من خدمات هذا المرفق، الذي يقوم المفوض بإدارته وتسييره.

وقد استخدم المشّرع الفرنسي مصطلح اتفاقيات تفويض المرفق العام في أواخر القرن العشرين، وهو مصطلح يضم كل أساليب إدارة المرافق العامة على أساس تعاقدي مثل عقد الالتزام ،وعقد الامتياز ،ومشاطرة الاستغلال ،والتزام الأشغال العامة[1].

---

[1] **عقد الالتزام La concession:** وهو ما كنا قد تناولناه في القسم الأول من البحث ضمن باب دعوى الإلغاء في نطاق عقد الالتزام.

إمتياز مرفق عام أو (الاستغلال)L'affermage :وهو اتفاق تكلف الإدارة بموجبه شخصاً آخر (عاماً أو خاصاً) باستغلال مرفق يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، وذلك في مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للأدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق، ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يفرق بين الالتزام و الامتياز على اساس الإنشاءات الأولية للمرفق محل الاتفاق، ففي عقود الالتزام تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم، أما في عقود الامتياز فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله، وقد قامت الإدارة بإعداد إنشاءاته الأولية.

b.L'affermage: O. Raymundie définit l'affermage comme "le mode de gestion par lequel une personne publique confie par contrat, à un fermier, la gestion d'un service public, à ses risques et profits, grâce à des ouvrages qu'elle lui remet moyennant le versement d'une contrepartie, prélevée sur les ressources provenant de l'exploitation du serviCE," (Gestion déléguée des services publics en France et en Europe, Le Moniteur, Collection Actualités juridiques 1995) Ce mode de gestion se rapproche de la concession mais diffère de cette dernière sur deux points : – la construction des ouvrages nécessaires revient à la personne publique responsable et non au fermier, – le fermier ne

وفي هذا النوع من الاتفاقيات في إدارة المرفق العام تُعْطَى الإدارة حرية أكبر في توجيه إرادتها عند إبرام العقد، كون المتعاقد مع الإدارة سيعمل على إدارة المرفق العام موضوع التعاقد، وهذا يقتضي أن تكون للإدارة سلطة تقديرية أوسع في اختيارها لهذا المتعاقد، مما هو عليه في عقود الشراء العام، غير أن هذا لا يعني أن تكون الإدارة مطلقة اليد عند إبرامها لاتفاقيات تفويض المرفق العام. ومما يميز اتفاقيات تفويض المرفق العام أن تحديدها، وتكوينها كان بداية ليس من قبل المشّرع فقط ،وإنما من قبل الفقه[1] والقضاء، بل إن اتفاقيات تفويض المرفق العام

---

conserve pas l'intégralité des recettes reçues des usagers, puisqu'il doit en reverser une partie au déléguant.

-**مشاطرة الاستغلال La regie interesse:** وهو اتفاق تعهد بموجبه الإدارة لشخص عام أو خاص إدارة وتسيير مرفق عام معين مقابل مكافأة مالية تحدد غالباً عن طريق النتائج المالية للاستغلال.

- **la régie intéressée :** La régie intéressée est le mode de gestion par lequel la collectivité va confier à une personne, le régisseur, la gestion d'un service public qui assure le contact avec les usagers, exécute les travaux mais qui agit pour le compte de la collectivité moyennant une rémunération forfaitaire, versée par la personne publique au régisseur et indexée sur le chiffre d'affaires réalisé." (Walline, La notion de régie intéressée, RDP 1948, p.345 et suive.)

-**التزام الأشغال العامة La concession des travaux publics:** وهو عقد تقوم الإدارة بموجبه بتكليف شخص عام آخر أو شخص من أشخاص القانون الخاص بتنفيذ أشغال عامة، مقابل استغلال هذه الأشغال لزمن معين أو مدة محددة.(د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص 145وَ146) والمثال التقليدي لهذه العقود هو العقود المتعلقة ببناء محطات معالجة النفايات المنزلية واستثمارها.

[1]Auby(j.),et MAUGUE(C.) ,les contrats de délégation de service public ,JCP,1994,I.,P.3743.

DOUENCE(J-C.),les contrats de délégation de service public ,RFDA,1993 ,P.936.

لم تخضع بداية من قبل المشّرع للإجراءات التي تخضع لها العقود الخاضعة لتقنين الشراء العام حتى صدور قانون (loi Sapin)[1]والذي تضمن لأول مرة- في فرنسا-قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام، لا يجوز للإدارة تجاوزها،وإلا أصبح تصرفها مشوباً بالبطلان، وبَّين القانون الأخير بأن التقنية الوحيدة لإبرام عقودالتفويض هي التقنية التفاوضية التي تتم بعد علانية كاملةومنافسة مسبقة[2]، مما جسد التوفيق المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة، وضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية عند انتقائها لشريكها في عقد التفويض بناء على ما يقتضيه مبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى.

وتتجسد العلانية والمنافسة المطلوبة بأنه يقع على عاتق الإدارة التزام العلانية من خلال نشر إعلان عن نية الإدارة في تفويض مرفق معين، في صحيفة مرخص لها بنشر الإعلانات الرسمية، وفي صحيفة على صلة مع القطاع الاقتصادي الذي ينتمي إليه المرفق المفوض، كما أنه يجب على الإدارة أن تحدد ضمن هذا الإعلان المدة المحددة لتقديم العروض، وهذه المدة يجب ألاّ تقل عن شهر بدءاً من تاريخ الإعلان الأخير، وتحتوي عروض الترشيح هذه على الوثائق التي تثبت الإمكانيات الفنية ،والمالية ،والإدارية ،لكل من المرشحين، كما أن الإدارة يجب أن تبيّن أساليب تقديم عروض إدارة المرفق، والخصائص الأساسية والسمات العامة للعقد، وخصوصاً من حيث محله وطبيعته.

MARCOU(G.),La notion de délégation de service public ,âpre la loi du 29-1-1993,RFDA ,1994 ,P.692

[1]la loi du 29-1-1993.

Richer (L.),op.cit.,p.528.

[2]المادة / 38/ من قانون (Sapin) رقم/93-122/الصادر في 29-1-1993.

وتتجسد حرية الإدارة بالتفاوض وانتقائها لشريكها في أن الإعلان في هذه الحالة لا يخضع لقواعد الإعلان الخاصة بعقود الشراء العام، ذلك أن مجلس الدولة كان قد رفض إخضاع اتفاقيات تفويض المرفق العام لذات قواعد الإعلان وعمل على تخفيف هذه القواعد، مبيّناً أنه على السلطات المتعاقدة أن تراعي المبادئ الأساسية للطلب العام، وذلك من خلال حرية التفاوض والعارضين يمكنهم وفي إطار عملية التفاوض أن يعدلوا عروضهم[1].

وإضافة لقانون (loi Sapin)فقد أصبحت اتفاقيات تفويض المرفق العام تخضع لعدة نصوص قانونية يأتي في مقدمتها تقنين البلديات[2]، إضافة لخضوعها للمبادئ الأساسية التي تخضع لها اتفاقيات التزام المرفق العام ،ومنها وفقاً لما أقرّه قضاء مجلس الدولة في هذا الخصوص:

1) مبدأ عدم التدخل والذي بمقتضاه تمنح الإدارة للمفوض قدراً من الحرية في إدارة المرفق[3].
2) مبدأ أن المتعاقد هو معاون للإدارة في إدارة المرفق ،وتقديم الخدمة للجمهور[4].
3) مبدأ عدم جواز منح العقد للمفوض ،إلا وفقاً لترخيص مسبق بذلك من الجهات المختصة[5].
4) مبدأ الرجوع المجاني للممتلكات إلى المرفق بعد انتهاء مدة العقد[1].

---

[1]CE,1-3-2009 ,C. U. de Bordeaux ,BJDCP ,2009 ,P.268.

CE ,3-12-2009,Etablissement public du musée et du domine de Versailles ,AJDA 2010 ,P.500.

[2]المادة / R.6-324 /من المرسوم الصادر في 13-1-1986

[3]CE ,18-7-1930,chemines de fer PLM ,D.,1931 ,p.21.

[4] CE ,11-12-2000, Agofroy , RFDA.2001 ,P. 1277.

[5]CE, 5-7-1935, commune de Reuilly ,S,1935,P.262.

5) مبدأ الطبيعة النظامية للشروط المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته[2].
6) مبدأ التعويض على المتعاقد في حالة اختلال التوازن المالي ،أو فسخ العقد لأسباب المصلحة العامة[3].

إلا أنه بالمقابل لا يوجد مبدأ عام يفرض على مانح الالتزام (الجهة العامة) حماية الخدمة موضوع التفويض من المنافسة، إلا إذا كان هنالك نص عقدي يلزمه بذلك، وتجاهل مانح الالتزام في هذه الحالة للنص العقدي يثير مسؤوليته العقدية[4].

وقد حدد القضاء الإداري الفرنسي عناصر اتفاقيات تفويض المرفق العام بالآتي:

1- تفويض إدارة وتسيير المرفق العام لشخص آخر: ويعد في مقدمة شروط اتفاقية تفويض المرفق العام تفويض شخص بإدارته وتسييره لتقديم الخدمة[5]، والتفويض في هذه الحالة يفترض استغلال الخدمة من المفوض سواء بشكل مباشر ،أوغير مباشر[6]. ويجب أن يكون محل التفويض استغلال المرفق وليس نقل ملكيته، وبهذا المعنى فإن عملية التفويض لا تقود إلى خصخصة المرفق بل إن الإدارة تحتفظ دائماً بسيادتها، وكل ما في الأمر أن المتعاقد يستغل هذا المرفق لفترة زمنية محددة بدلاً من الإدارة العامة[7]. واتفاقية

---

[1]Richer (L.) ,op.cit., p.537.

[2]CE,5-3-1943 ,Compagnie générale des eaux ,D.1944, p.121.

[3]CE, 27-2-1935, Soc., des eaux et du Gaz de Courtenay ,Rec. ,p.256.

[4]CE , 10-10-2007 ,Société SPS Tarbes, BJDCP ,2008 ,P.487.

[5]CAA, Marseille ,4-7-2005,BJDCP2006,P.113.

CE,18-5-2004,EDCE,P.185.

[6]Richer (L.) ,op.cit.,p.521.

[7] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص147.

تفويض المرفق العام قد تكون لفترة قصيرة[1].وعدّ مجلس الدولة بأن الجماعة العامة يمكن أن تكون مرشّحاً لتفويض مرفق عام[2].

2- تقديم خدمة عامة : ومقتضى ذلك أن يتولى المفوض تقديم إحدى الخدمات العامة التي تتولى الإدارة تقديمها بالأصل، وهذا يقتضي منح المتعاقد مع الإدارة بعض السلطات المهمة لإدارة المرفق ،وتسييره[3]، وقد بيّن مجلس الدولة بأن الطبيعة الإدارية لا تمنع الجماعة المحلية من أن تعهد بالتنفيذ إلى شخص خاص بأحد المرافق العامة[4]، إلا أن المرافق العامة الأكثر شمولاً بالتفويض هي المرافق العامة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية (الماء ،الطاقة.....)، وبناءً عليه كيّفت محكمة استئناف باريس بأنه يعّد اتفاقية تفويض لمرفق عام ما نص عليه تقنين الصحة العامة بعهدة الخدمات المتعلقة بالمستشفيات بموجب امتياز مرفق عام[5].

---

[1]وهذا المعيار نتج عن التعديل للقانون الصادر في 1995/2/8والذي تمثل بتحديد المبلغ المستحق للمتعاقد (المفوض) عن الفترة الإجمالية للتفويض بألاّ يزيد عن (700000فرنك فرنسي) أو أن تكون المدة القصوى لاتفاقية التفويض /3/ ثلاث سنوات أو بمعيار مزدوج من المبلغ والمدة (المبلغ المستحق للمفوض لا يتجاوز 450000فرنك فرنسي ولمدة أقصاها سنة).

[2]CE ,16-10-2000 ,CMESE ,RFDA ,2001 ,P.106.

[3]CE,12-3-1999,ville de paris ,AJDA1999,P.439.

CE,22-2-2000, Lasaulce ,Rec.,.127,BJDCP2000, P.252.

CE,21-6-2000, SARL joseph ,RFDA2000,P.797.

CE,25-3-2010,Association paris jean Bouin ,AJDA 2010 ,P.776.

CAA.PARIS,27-6-2005,Centre cardiologique du nord c /Ministre de la Solidarite ,AJDA 2005 ,P.1903.

[4]CE avis. 7-10-1986,Grands avis du conseil d'état, 1ed ,1997, p.245.

[5]TAA,20-1-1986 , ville de paris ,c/ Roblot ,AJDA ,1986 ,p.267.

إلا أنه يجب أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً قبلاً للتفويض، حيث لايجوز تفويض المرافق التي تتعلق بامتيازات السلطة العامة نفسها، كما هو الحال بالنسبة لمرفق البوليس[1].

3- المقابل المالي الذي يتقاضاه المفوض كأتاوة من المنتفعين من خدمات المرفق محل التفويض : ويعدّهذا المقابل هو المعيار المميز في تحديد ماهية عقد التفويض وتمييزه عن غيره من العقود الإدارية (كعقود الشراء العام التي تتميز بأن المقابل المالي للمتعاقد إنما يدفع من الإدارة مباشرة). وقد أكد مجلس الدولة على أهمية هذا المقابل كأحد آثار الاستثمار التي تم التفويض بها[2]،ومما يميّز المقابل المالي أنه يكّون عنصراً من عناصر تنظيم المرفق العام محل التفويض، وأن الجهة العامة المفوِضة تحتفظ بالسيادة عليه، وهو بذلك يعدّ من العناصر التي لا يمكن أن تكون محلاً للتفويض، وإنما تحدد من قبل الإدارة بالطريق الانفرادي بموجب قرارات تصدر عنها.

ويخضع المقابل المالي لقواعد ضابطة لتحديد مقداره ،والذي يجب أن يُجْبى وفقها، وأهمها:

أ) أن التعرفة لا يمكن أن تحدد بالطريق التعاقدي مابين المفوض والمفوض إليه.

ب) يجب على الإدارة أن تراعي منذ تحديدها للتعرفةمسألة التوازن بين قيمة التعرفة والتكلفة الحقيقية للخدمة المؤداة عن طريق المرفق المفوض.

---

[1] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص147.

[2] CE, 15-4-1996, Préfet des Bouchés – Du – Rhône C/commune de la mbesc Rec.,CE, p.137.

CE, 30-6-1999, syndicat mixte du traitement des ordures ménagers centre – ouest seine – et – marnais, AJDA, 1999, p.715.

ت) يجب على الإدارة مراعاة مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام المفوض عند تطبيق التعرفة بين هؤلاء المنتفعين، وهذا يقتضي أنه يجب تطبيق التعرفة نفسها على المنتفعين من خدمات المرفق المفوض، ووفقاً لشروط متساوية، ومن ذلك ما تضمنه القانون الصادر في 1993/1/29(المعروف بقانون sapin) على أن اتفاقية تفويض المرفق العام تتعلق ،وبشكل أساسي بالآثار المترتبة عليه ،وخاصة في مواجهة الغير من المنتفعين، وبما يترتب عليها من وجوب معاملتهم تجاه المرفق بنوع من المساواة، وهذا ما أكده القضاء في هذا المجال أيضاً[1].مع ملاحظة أن مبدأ المساواة في المعاملة المالية يمكن مخالفته إذا نص القانون على ذلك أو إذا كان ذلك في مصلحة المرفق.

ويختص قاضي القضاء المستعجل قبل التعاقدي بالنظر في اتفاقيات تفويض المرفق العام، وعليه قضى مجلس الدولة باختصاص قاضي القضاء المستعجل قبل التعاقدي بعقود استثمار المرفق العام لنقل البضائع[2]، أو اتفاقيات تعيين أصحاب المرائب المخصصة لمهمة إصلاح السيارات على الأوتستزادات[3]. وبالمقابل عدّ أن قاضي القضاء المستعجل قبل التعاقدي لا يكون مختصاً بالنشاط الذي يشكل محلاً لعقد متنازع عليه بحسبان أن هذا النشاط لا يتعلق بمرفق عام، وعليه لا يوجد تفويض لمرفق عام[4].

---

[1]CE,28-6-2006 ,Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne Valée du Gier ,AJDA , octobre 2006,note L.Richer.

[2]CE, 21-6-1996,M.collinet, RDI mm, 1996, p568.

[3]CE, 22-3-2000, M.et Mme Lasalle, Rec., P.126.

[4]CE, 5-10-2007, S[té]ugc – ciné – cite, AJDA, 2007, P.126.

هذا وإن تفويض المرفق العام يمكن أن يتم بدون إبرام عقد نظراً لطبيعة النشاط والشروط الخاصة لممارسته[1].وفي هذه الحالة فإن تفويض المرفق العام الذي يتم بموجب تصرف إداري وحيد الطرف لا يمكن أن يدخل في نطاق القضاء المستعجل قبل التعاقدي لأنه لا يتعلق بعقد، وإنما يتم بموجب تصرف وحيد الإرادة من جانب الإدارة وحدها[2].

ومن ذلك الامتيازات الحكومية (le concessions domaniales)التي تمنح من قبل الإدارة بموجب تصرف وحيد الإرادة، والتي لاتعد من حيث المبدأ عقود أشغال ولا تفويضات مرفق عام ولا تدخل بمجال اختصاص قاضي القضاء المستعجل قبل التعاقدي[3].إلا أن الامتياز الحكومي يمكن أن يتم بموجب عقد استناداً لتفويض مرفق عام، وذلك إذا كان المال العام قد مُنِحَ بكونه محلاً لممارسة الاستثمار للمرفق العام المفوض ،أو امتياز إشغال ،كما هو حالة الامتيازات المحددة لشاطئ[4] وفي هذه الحالة فإن صاحب الامتيازيتحمل عبء التجهيز والصيانة والاستثمار السياحي للشاطئ مقابل العائد الذي يحصله من المنتفعين من الخدمات التي يقدمها لهم صاحب الإشغال للشاطئ[5]، وكذلك امتيازات الآلات

---

[1]CE ,6-4-2007 , Commune d'Aix-en-Provence ,Bjdcp ,2007 ,p.283.

[2]CE, 13-7-2007, Commune de Rosny – sous – bois, DA, novembre 2007, comm. Menominis, n° 150.

[3]CE,12-3-1999, ville de Paris, AJDA, 1999, p.439.

[4]CE, 11-6-2000, SARL plage chez Joseph, conclu, C.Bergeal, RFDA, p.797.
CE, 29-7-2002, commune de cavalai ré – sur – mer, rdq. N° 242153.

[5]CE, 20-12-2000, chambre de commerce et d'industrie du var req. n° 217639.

العامة وامتيازات الاستثمار لكازينو[1] أو الامتيازات الواقعة على أبنية مُخَصَصَة لاستقبال النشاطات الفنية ،والحرفية[2].

ثانياً – تطبيقات حديثة لاتفاقيات تفويض المرفق العام :

ظهر في فرنسا أنواع حديثة لاتفاقيات تفويض المرفق العام، ذات طبيعة مركبة جمعت مزيجاً من الأشغال ،والتمويل ،والإدارة ،والاستثمار، وسنعمد لدراسة نوعين من هذه العقود، وهما عقود المشاركة وعقود الخدمات الصحية الاحتكارية.

1 – عقود المشاركة[3]:

عقود المشاركة هي عقود إدارية تَعْهد بموجبها الدولة أو إحدى المؤسسات العامة التابعة لها إلى الغير وخلال فترة زمنية محددة عن طريق استقطاب استثمارات أو وسائل تمويل، بمهمة مركبة يكون محلها بناء أو تمويل أو إصلاح ،أو صيانة ،أو استثمار أعمال ،أو تجهيزات ،أو أموال مادية ضرورية للمرفق العام[4].

---

[1]CE, avis, section de intérieur, 4-4-1995, EDCE, p.789.

TA Toulouse, 13-4-2000, M. Levy et autres, BJCP, 2000, p.340.

[2]CE, 11-12-2000, M[me] Geoffroy, AJDA, 2000, p.193.

[3]وقد سميت هذه العقود بعقود المشاركة لأنها تعتمد على مشاركة المال الخاص للمال العام في إنجاز المشروعات التي تتطلبها عملية تقديم الخدمات وإشباع الحاجات العامة، ويعدّ من أهم أنواع عقود المشاركة عقد الـB.O.T وعقود الاستثمار الأخرى كعقود الـB.O.O إضافة للعقود الأخرى التي تنتمي لعائلة عقود الـB.O.T.

Richer(L.), droit des contrats, 2010, op.cit, p.608.

وإذا كنا قد تناولناعقد الـB.O.T كتطور له خاصة في مصر وسورية، فإننا آثرنا دراسته وبيان ماهيته تحت تسمية عقد المشاركة في فرنسا وكموضوع لدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

[4] هذا التعريف لعقود المشاركة جاء بالأمر رقم 559-2004 تاريخ 2004/6/17 وفيما بعد بالقانون الصادر برقم 179-2009 في 2009/2/17.

وجوهر التحديد القانوني لعقد الشراكة يتكون من المهمة المركبّة التي يعهد بها للمتعاقد مع الإدارة، أي تعدد المهام الموكولة للمتعاقد مع الإدارة، ويمكن تحديد خصائصعقد الشراكة بالآتي:

1- عقد مركب: ويتجلى ذلك بالمهمة المركبة ذات المحل المتعدد الأغراض[1]، ويمكن في هذا الإطار التمييز بين أربع حالات وهي:

أ- حالة العقود المتضمنة على تمويل وإنجاز وإدارة الأبنية غير المشادة على الأملاك العامة ،والمؤجرة من الجماعة المحلية للمتعاقد.

ب- حالة العقود المتضمنة على تمويل وإنجاز وإدارة الأبنية الغير المشادة على الأملاك العامة،والمستثمرة من المتعاقد.

ج- حالة العقود المتضمنة على تمويل وإنجاز وإدارة واستغلال الأبنية المشادة على الأملاك العامة والتي كانت مستأجرة من الجماعة المحلية.

د- حالة العقود المتضمنة على تمويل واقتناء الأموال وإدارتها وتجهيزها.

2- عقد تمويل مالي أي أنه عقد ذو طبيعة مالية، يقوم المتعاقد دائماً بموجبه بتمويل الاستثمار للمشروع محل المشاركة، حيث يمكن أن تستثنى الإدارة من المشاركة في رأس المال[2].

وهو في الغالب عقد ذو طبيعة مالية ضخمة، حيث غالباً ما يتم تجمع عدة مؤسسات مالية لتولي إتمام المشروع المتعاقد عليه[3].

3- عقد لتقديم خدمة: فالمتعاقد مع الإدارة في عقد المشاركة لا يتعهد بالأشغال والتمويل فقط، وإنما يجب عليه أيضاً أن يؤمن الحفاظ والصيانة

---

[1]GAUDEMENT(Y.): les contrats de partenaiat public –prive : etude historique et critique , BJDCP 2004, P.331.

[2]DELVOLVE(p.) : Les contrats globaux,AJDA 2004,P1079.

[3]C.Bergeal , F.lencia, op.cit , p.94.

والاستغلال والإدارة للأعمال وتجهيزها، وأصالة عقد المشاركة تتمثل في مسألة توزيع الأخطار والتي يكون من الواجب الاتفاق عليها وبشكل صريح في بناء العقد ذاته، والنص على مثل هذه الشروط هو من المسائل الإلزامية، والمبدأ العام هو أن كل نوع من الأخطاريجب أن يتحمله الطرف الذي تعهد به[1].

وتنعكس الطبيعة المعقدة لعقد المشاركة على عملية إبرامه، فالجهة التي تقوم بالتحضير لإبرام عقد المشاركة بإمكانها أن تلجأ في إبرامه إلى إحدى الأساليب الآتية :

1- تقنية التفاوض: يمكن اللجوء إليها إذا كانت طبيعة محل التعاقد تميزت بالتعقيد (التركيب) كما يمكن اللجوء إليها في حالة السرعة، وفي هذه الحالة يتم إجراء التفاوض تقريباً بنفس الطريقة في تقنين الشراء العام، ولكن ليس بالرجوع أو بالاستناد إليه، وإنما يمارس الإجراء في هذه الحالة عند الإعلان عنه من قبل الدولة بالاستناد للمادة/7/من الأمر الناظم لعقود المشاركة، والمرسوم رقم / 1145-2004/الصادر في 27-10-2004، أما بالنسبة للجماعات المحلية فيتم بالاستناد للمادة /7-L.1414/ والآتيها / 1-D.1414/ من تقنين الجماعات العامة[2].

2- كما أنه للإدارة أن تلجأ لاستخدام طلب عروض الأسعار لإبرام العقد Appel d'offres، وفي هذه الحالة فإن الإدارة وعند إعلانها لنيتها في

---

[1]Richer (L.) , op.cit., p.631.

DAL FARRA(T.) : Risque juridique et contrat de partenariat , CP-ACCP, septembre 2004, n36,p.32.

[2]DAL FARRA(T.) : Risque juridique et contrat de partenariat , CP-ACCP, septembre 2004, n36,p.32.

إبرام عقد المشاركة يوجب عليها أن تراعي الإعلان عن ذلك، بحسبان أن الإعلان في هذه الحالة هو إجراء شكلي إلزامي وفقاً لما هو محدد لذلك قانوناً[1]، ومقدار مبلغ العقد الذي يجب على الإدارة أن تلتزم فيه للإعلان عن محل العقد محدد قانوناً، وهو بالنسبة للدولة /125000يورو/، وبالنسبة للجماعات المحلية /193000يورو/، أما بالنسبة للعقود التي يقل مبلغها عن المقدار المحدد فإن الإدارة لديها الحرية في اختيار وسيلة الإعلان التي تتلاءم وطبيعة الاحتياجات المطلوبة، وفي حالة طلب العروض فإن الإدارة لابد لها من الإعلان بواسطة النشرة الرسمية للإعلانات ،وفي الجريدة الرسمية للاتحاد الأوربي، وفي هذه الحالة فإن الإعلان يجب أن يخضع للأسلوب الأوربي المشترك وفقاً للقانون المشترك والقرار الوزاري الذي حدد الأسلوب – وسيلة الإعلان- الملائم للإعلان عن العقود العامة، وفي هذه الحالة فإن المدة الدنيا لاستلام العروض تكون /40/ يوماً، أما شروط قبول العروض فإنها مشابهة لما هو منصوص عليه في تقنين الشراء العام، وتحديد هذه الشروط يكون من قبل الدولة بالنسبة للعقود التي يعلن عنها من قبل أحد الأشخاص العامة التابعة للدولة، ومن قبل الجماعة العامة بالنسبة للعقود التي تبرمها الجماعة[2].

3- طريقة التفاوض عن طريق طلب عروض Appel d'offres et negociation: وقد تم إضافة إمكانية استخدامها بالقانون الصادر

---

[1]C.Bergeal , F.lencia, op.cit , p.95.

Richer (L.) , op.cit., p.631

[2](L.)Richer , op.cit., p.640.

PECRAN (A.) et BONAMY(P.):Les concessions d'aménagement en pratique, Litec,2007,p.142.

بتاريخ 2008 /7/28، وهو ذات المعيار المطبق بإسناد العقد بواسطة الحوار التنافسي، و في هذا الإطار يلاحظ بأن أهم التزام على الجهة التي تعلن رغبتها بالتعاقد هو التزام العلانية ،وهو محور أساسي لدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، وفي هذا الإطار فإن الإدارة عليها التزام أيضاً بضرورة مراعاة التزام مبدأ شفافية إجراءات التعاقد.

ومما يلاحظ أيضاً بصدد مقدار مبلغ العقد الذي يجب على الإدارة أن تقوم بالإعلان عنه، هو انخفاض المبلغ في عقود الدولة عن عقود الجماعات المحلية، وهذا يعني أن الالتزام بمبدأ العلانية بما يترتب عليه امتداد رقابة القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لهذه العقود بشكل أوسع وهو على خلاف ما يسير عليه العمل في سورية من محاولة للتقليص من الرقابة القانونية على العقود سواء برفع مبلغ العقود التي تخضع لتصديق القسم الاستشاري في مجلس الدولة أو باستثناء عقود قطاعات عامة معينة من التصديق ،وهو أمر غير محمود من وجهة نظرنا[1].

2 – عقود الخدمات الصحية الاحتكارية :

إن نظام عقود الخدمات الصحية الاحتكارية يتمّثل بالعقود التي تبرم مع الجهات المتخصصة في تقديم الخدمات الخاصةبالمستشفيات ولها خبرة سابقة في هذا القطاعبالنظر لخصوصيته، وقد أنشئت بموجب تقنين الجماعات المحلية بموجب القانون رقم /13-88 /الصادر في 1988/2/5، وكان قد وسع مفهومها بموجب الأمر رقم/ 850-2003/ الصادر في 2003/9/4.

وهي تقترب كثيراً من عقود المشاركة والتي تسمح بأن يعهد للغير بإدارة المشاريع الخاصة بالمستشفيات وتمويلها واستثمارها بالاتفاق لفترة طويلة حتى

[1] بموجب القرار رقم /18340/ م.ر الصادر عن رئيس مجلس الوزراء بتاريخ 2011/12/28 تم رفع الحد الأدنى للعقود الخاضعة لتصديق مجلس الدولة وأصبح /25000000/مليون ليرة سورية.

مدة(99) سنة، ويكون للمستأجر حق عيني على هذه المباني تجاه الجماعة كما يمكن أن تبرم من الجماعة الاقليمية ،أو من المؤسسة العامة للصحة[1].

و قد دخلت هذه العقودضمن مجال القضاء المستعجل قبل التعاقدي وبنصوص صريحة من قانون رقم(806-2004)الصادر في 2004/8/9 المتعلق بسياسة الصحة العامة.

[1]C.Bergeal , F.lencia, op.cit , p.95.

Richer (L.) , op.cit., p.631

المبحث الثاني

شروط قبول دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي

تتعلق شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بثلاث مكونات أساسية، منها ما يتعلق بشخص رافع الدعوى، ومنها ما يتصل بالإجراء الواجب اتخاذه من المدعي، إضافة للإطار الزمني الذي يجب إقامة الدعوى خلاله، وتتبع خصوصية شروط قبول الدعوى هنا، وأهميتها ،من أنها شروط وضعت لجعل الدعوى أداة فاعلة تحقق الغاية منها بما يتناسب والسرعة التي تتطلبها الإجراءات المخاصمة، وذلك من خلال الحصر الدقيق لهذه الشروط من قبل المشّرع، وهي ما سنتعرض له بالدراسة وفق الآتي:

1- صفة المدعي.

2- قاعدة القرار الإداري المسبق.

3- الإطار الزمني لرفع الدعوى.

4- توكيل المحامي.

المطلب الأول: صفة المدعين

كنا قد تعرضنا في القسم الأول من البحث لدراسة صفة المدعي في دعوى الإلغاء وبينا الخلاف الحاصل حول علاقة المصلحة بالصفة، وما انتهى إليه البعض من اندماج الصفة بالمصلحة، وكان ذلك عائداً بطبيعة الحال لعدم تحديد المشّرع لصاحب الصفة بموجب نص قانوني، وإنما ترك الأمر للاجتهاد والفقهوفقاً لطبيعة المنازعات التي يثار فيها هذا الموضوع، وهذا على خلاف ما سلكه المشّرع الفرنسي في النصوص الناظمة لدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل

التعاقدي، التي لا يمكن أن تكون لكل شخص له مصلحة وفقاً لمعنى المصلحة في دعوى تجاوز السلطة[1].

وبموجب النصوص المذكورة تُكتسب صفة المدعي ضمن إجراء الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إما بحكم المصلحة وإما بحكم القانون، وهو ما سنقوم ببحثه وفقاً لالآتي:

الفرع الأول: اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة

يمكن أن تمارس دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وفقاً للمفاهيم التي جاء بها تقنين القضاء الإداري والأمر الصادر في 2009/3/7 من كل من له مصلحة بإبرام العقد ،أو ممن يمكن أن يتضرر من الخرق الحاصل لالتزامات العلانية المنافسة[2]، ومفهوم القابلية للضرر لا يستلزم إثبات وجود ضرر قد تسبب به عيب العلانية والمنافسة محل الدعوى، بل يكفي أن يملك المعني فرصة جدية للظفر بالعقد المحتمل إبرامه فيما لو أن هذا الخرق لقواعد المنافسة لم يرتكب[3].

---

[1]Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.22.

CE, 16-12-1996, conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique Rec. CE, p.493.

[2]Art /L.551-10/du CJA par 7-5-2009et Art ,/11/ du ordonnancé par 7-3-2009 ((qui ont intérêt a conclure le contrat et qui sont susceptible d'être lésées))

[3]Richer (L.), droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2010, p.145.et ,Braconnier.S ,précis du droit marchés publics ,op.cit ,p.351.

T.A, Strasbourg ,27-10-2003 ,préc.

CE, 8-3-2005, soc, Radiomètre, Dr.adm. 2005, n128, note, A.Menominis.

وبالتالي فإن الدعوى لا تقبل من الأشخاص الغرباء كلياً عن عمليات إبرام العقد كالمكلفين المحليين ،والتنظيمات المهنية ،والمتعاقدين من الباطن أو تنظيمات حماية البيئة، وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة حيث حكمت المحكمة الإدارية لمدينة Rennes بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية بسبب انعدام المصلحة[1]، ولذات السبب رفضت محكمة HICE الإدارية الدعوى المقدمة من جانب إحدى منظمات حماية البيئة[2]، وكذلك قرر مجلس الدولة أن نقابة مهندسي المارتنيك لا تملك صفة لإمكانية إثارة دعوى المادة /22/ من تقنين المحاكم الإدارية ،ومحاكم الاستئناف الإدارية، لأنه لا علاقة لها بعملية إبرام العقد[3]، إلا أن المجلس نفسه قبل دعوى شركة CasoNosta international لأنها تملك مصلحة في هذه الدعوى تتمثل في إمكانية الظفر

CE,8-7-2005, communauté d'agglomération de Moulins ,BDCP, n43|2005,p.436.

CE,3-11-1995, district de l'agglomération nancéienne ,Rec., RFDA,1995,P.1077.

CJCE ,12-2-2004 ,Grossmann Air Service ,aff. C-230/02,Rec.p.1829.

[1]T.A,Renne,31-3-1994,Becam, Rec. , p.1043.

[2]T.A, Hics, 16-11-1993, Association de décence des intérêts des habitants du quartier (La palma), Req, n 933910.

[3]CE, 16-12-1996, conseil régional de l'ordre des architectes de la martini que, Rec., p.493.

CE, 30-6-1999, syndicat mixte du traitement des ordures Ménagés centre oust – seine – et marnais, A.J.D.A. 1999, p.714.

بالعقد المحتمل إبرامه[1]، وعليه فإن من يمكنه أن يقيم دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي:

1. المتعاقدون القدماء لذات العقد والذي تم تجديده ،وتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم.
2. كل متعهد مرشح استبعد في مرحلة إجراءات إبرام العقد بدون وجه حق من جانب الإدارة[2].
3. وكيل المتعهدين الذين اجتمعوا ضمن مجموعة بهدف تنفيذ التعهد.
4. كل شركة من مجموعة أعضاء يمكنها أن تقيم بذاتها الدعوى أمام قاضي القضاء المستعجل قبل التعاقدي.
5. المرشحين الذين حال خرق التزامات العلانية والمنافسة دون دخولهمللاشتراك بالتعهد[3].
6. المتعهد الذي رسا عليه العقد، يمكنه إقامة هذه الدعوى خاصة إذا كان العقد قد رسا عليه بدون طرح التعهد للإعلان أو للمنافسة وكان له مصلحة في عدم الاستمرار في العقد[4].

---

[1]CE, 10-6-1994, commune de Cabourg, R.F.D.A, 1994, p.738.

[2]CE, 30-6-1999, smitom, préc.

CE, 2-7-1999, SA, Bouygues, Préc.

CE, 19-10-2000, Région de la Renvions C/Sté Sète, TPI, req, n234298.

[3]CE, set, 3-11-1995, district d'agglomération nancéienne, Rec.,CE, p,391.

CE, 24-10-2001, collectivité territoriale de corse, préc.

CE, 3-2-2004, Sté, Mark. SyStém, Rec. CE. p.121.

CJCE, 11-1-2005, stade, Halle, C-26/03.

[4]CE, 19-9-2007 Cite d'agglomération de saint – Etienne métropole, req, n296192.

هذا وقد أقر نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي قبول التدخل بالدعوى لصالح المدعي أو المدعى عليه لكل من له مصلحة أو يمكن أن يتضرر مما قد يصدر بالدعوى، وسواء أكان هذا التدخل أمام قاضي الدرجة الأولى أو في مرحلة النقض كالمرشح الذي كان من الممكن أن يحصل على العقد المنازع فيه[1].

الفرع الثاني: اكتساب الصفة بحكم القانون

تكتسب الصفة بإقامة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بحكم القانون لكل من الجهات الآتية: المحافظ، والدولة.

1) المحافظ

لممثل الدولة (المحافظ) وفقاً لتقنين القضاء الإداري الحق بأن يثير دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بالنسبة للعقد المبرم من جماعة محلية أو مؤسسة عامة محلية[2]، وذلك لكونه حارساً للمشروعية المتعلقة بإبرام عقود الجماعات المحلية فيما يخص ما يقع من خروقات لالتزامات العلانية والمنافسة. إلا أنه يبدو أن المحافظين لا يستعملون هذه الإمكانية[3]، ويرجع ذلكإلى صعوبة

CE,28-12-2009,Commune de Bezier, précité par C.Bergeal ,F.Lineca, op. cit, p110.

[1]CE, 10-6-1994, commune de Cabourg. Précité.

[2]المادة/L.551-10 / من تقنين القضاء الإداري الفرنسي الحالي. وكانت المادة/50/ من القانون الصادر في 1993/1/29 قد أعطى المحافظ هذه المكنة أيضاً.

[3]Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.22.

Richer.(L.) droit des contrats administratifs, 1995, op.cit, p.145.

CE, 14-11-1997, Département des Apls – de – Hante – ProvenCE, Tables p.941.

CE, 22-6-1998, commune d'Amélie – les – bains palot da Req, n194740.

علمهم بالمخالفات المرتكبة في المهلة قبل التعاقدية من جهة، ولأنهم يفضلون عموماً استخدام دعوى المشروعية الخاصة التي سنتناولها في الباب الثاني. فللمحافظ في هذا النطاق كل الحرية في الاختيار بين دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،وممارسة سلطته العامة، بدعوى المشروعية الخاصة أمام قاضي الأساس للعقود بعد توقيعها والإجراء بشكل عام تفضيلي[1].

فالمحافظ في هذا الإطار لا يمكن أن يقيم الدعوى التي كان قد حصل ضرر منها بخرق قواعد العلانية والمنافسة ،إلا بعد إخطاره ،وتبليغه، وفي الحقيقة إن هذه الإمكانية المعطاة للمحافظ لضبط المخالفات المرتكبة في نطاق المنافسة والعلانية في المرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في عقود الجماعات المحلية في المرحلة اللاحقة على إبرامها والمُسندة إليه بموجب قانون 1982/3/2، وبذلك يمكن القول إن المحافظ يملك دعويين لرقابة مشروعية إبرام العقود التي تبرمها الجماعات المحلية: الدعوى الأولى ذات طابع وقائي ،وتتمثل في إمكانية ممارسة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي قبل إبرام العقد، والثانية ذات طابع علاجي وتتمثل في إمكانية ممارسة دعوى الإلغاء الخاصة défèrepréfectoral التي توجه ضد العقد ذاته[2]، وهذا دون شك يحقق صرامة لا متناهية في نطاق رقابة المشروعية على إبرام هذه العقود قبل تحقق هذا الإبرام وبعده، ولكن يلاحظ أن القانون لم يلزم الجماعات المحلية بإعلام المحافظ بالخطوات القانونية المتخذة لأجل إبرام العقد كما هو الحال في نطاق دعوى المشروعية الخاصة، مما يعني مبدئياً أنه ليس للمحافظ من إمكانية لاكتشاف مخالفات المشروعية المتعلقة

---

[1]CE, 14-1-1998, conseil régional de la région centre, Rec.,CE, p.7.

[2]Mangue, Ch., Bilané l'actualité communautaire, op.cit, p183.

بالمنافسة ،والعلانية إلا ،شكاوى المرشحين المستبعدين ومداولات المجالس بشأن إبرام العقد التي تحول إليه بموجب إجراء دعوى المشروعية الخاصة[1].

2) الدولة:

دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي هي نظام قضائي ذو مصدر أوربي، وبالتالي فإن هذه الدعوى ذاتها موجودة في كل تشريعات الدول الأوروبية الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، لذلك فإن توجيه الدعوى قد أعطى للجنة الاقتصادية للاتحاد بأن تطرق باب القاضي المختص بالنظر في هذه الدعوى لدى كل من دول الاتحاد، ولكن ذلك لا يتم بشكل مباشر، بل إن اللجنة يجب أن تلجأ إلى الدولة العضو في الاتحاد لتبلغها بخرق قواعد المنافسة والعلانية في نطاق عقود الشراء العام التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة ضمن التنظيم الإداري للدولة العضو[2]، ومن ثم يجب على الدولة المعنية بالأمر أن تثير دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أمام القاضي المختص، ولكن يلاحظ أن اللجنة لا تملك هذا الحق إلا في حالة وجود خرق واضح ومباشر لالتزامات العلانية والمنافسة التي ينص عليها القانون الأوروبي (مثل مخالفة قواعد النشر الأوروبية – التفضيل خلافاً لمعاهدة روما) وفي نطاق العقود التي تنطبق عليها هذه الالتزامات فقط. كما يلاحظ أن اللجنة لا تلجأ إلى الدولة لممارسة هذه الدعوى

---

[1] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق – ص638 ويراجع أيضاً
- Vandermeere N.R. le réfère précontractuel, A.J.D.A, 1994, p.97

[2] Art./L.551-1/ du CJA 7-5-2009 ; Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeSté des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise.

فيما إذا كان هذا الخرق الواضح والمباشر لالتزامات العلانية والمنافسة الأوروبية مقترفاً من جانب الدولة ذاتها في نطاق عقود تنوي إبرامها، لأن اللجنة تلجأ حينئذٍ إلى محكمة العدل الأوروبية لمخاصمة الدولة الناكلة بالتزاماتها المتعلقة بالعلانية والمنافسة، وإن كان بعض الفقه الفرنسي لا يرى مانعاً من لجوء اللجنة إلى دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أمام القاضي المختص داخل فرنسا لمخاصمة الدولة الفرنسية عن خرقها لالتزامات العلانية والمنافسة في عقود تنوي إبرامها[1].

وتُمَثَّل الدولة بناء على طلب اللجنة الاقتصادية الأوروبية بواسطة وزير الوصاية إذا تعلق الأمر بعقد سيبرم من جانب مؤسسة عامة وطنية ذات طابع إداري أو سيبرم من جانب شخص معنوي خاص لحساب الدولة، في حين تمثل الدولة بواسطة المحافظ بالنسبة للعقود التي تبرم من جانب الجماعات المحلية أو المؤسسات العامة المحلية ذات الطابع الإداري أو من جانب أشخاص معنوية خاصة لكن لحساب هذه الجماعة المحلية.

وبناءً على ذلك قضت محكمة العدل الأوربية المشتركة بأنّ الدولة تمثَل بوزير الوصاية بالنسبة للعقود المبرمة من قبلها ،و من المحافظ بالنسبة لعقود الجماعات المحلية ويمكنهم أن يثيروا دعوى القضاء المستعجل المدني ،أو الإداري بناء على طلب لجنة الاتحاد الأوروبي إذا قدرت بأن هناك خرق واضح وبَيّن لالتزامات العلانية والمنافسة ،أو لاتفاق في المجال الاقتصادي الأوروبي كان قد ارتكب وعلى اللجنة أن تتدخل في هذه الحالة قبل إبرام العقد نهائياً[2].

---

[1] د. مهند نوح –رسالته– مرجع السابق. ص639.

[2] CJCE, 22-4-1994, commission c/Belgique, C87-94.

المطلب الثاني: قاعدة القرار الإداري المسبق

في كثير من الأحيان التي ينسب فيها للإدارة أخطاء لا تكون قد قصدتها ولن تستمر بها إن كشفتها سواء من تلقاء ذاتها ،أو بمراجعة أصحاب الشأن لها، مما يجعل من المراجعة المباشرة لها في هذه الحالة أجدى وأسرع من مراجعة القضاء حتى القضاء المستعجل منه، وقد جاء المشّرع الفرنسي بقاعدة القرار الإداري المسبق لتحقيق هذه الغاية، ومن باب أولى تطبيقها أمام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي خاصة ،وأن هذه القاعدة أنشئت بنصوص خاصة بدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،وهذا ما يحتم علينا دراسة هذه القاعدة في إطار القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وفقاً لالآتي:

الفرع الأول :المبدأ بالنسبة للدعوى الإدارية.

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للطلب المسبق في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

الفرع الثالث :شروط الطلب المسبق الموجه للإدارة.

الفرع الأول: المبدأ بالنسبة للدعوى القضائية الإدارية

وبموجب هذه القاعدة لا يمكن إقامة دعوى أمام القضاء الإداري بالدرجة الأولى إلا ضد قرار صادر عن الإدارة تلقائياًأوضد قرار صدرعنها بناء على طلب وجه إليها[1]، وتطبق هذه القاعدة أمام مجلس الدولة الناظر بالدرجة الأولى كما تطبق أمام المحاكم الإدارية.وكذلك تطبق هذه القاعدة في نطاق القضاء المستعجل

---

[1]أسست هذه القاعدة بموجب المرسوم رقم/65-29/ الصادر في 11-1-1965 والمصدر التاريخي لهذه القاعدة نظرية الوزير القاضي وبموجبها لا يمكن أن يراجع مجلس الدولة إلا كقاضي استئناف لقرارات الوزير.

الموضـوعي قبـل التعاقـدي منـذ المراسـيم الصـادرة فـي 1992/9/7 وفـي 1997/5/29.

ويهدفمبدأ القرار الإداري المسبق في هذه الحالة إلى الوقوف على موقف الإدارة المتمثل بما سيصدر عنها من قرار في هذا الخصوص، وهو بهذا المعنى يعدّ من المراجعات الولائية التي تخضع للقاعدة العامة في فرنسا والتي مؤداها أن الدعوى القضائية الإدارية أياً كانت – من حيث المبدأ – لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار[1]، بمعنى أن اختصاص القاضي الإداري لا ينعقد إلا إذا اتخذت الإدارة قراراً بشأن نزاعها مع المتعاقد، وبالتالي إذا لم تتخذ الإدارة مثل هذا القرار فإنه يجب على المدعي أن يثير هذا القرار بإرساله طلباً بهذا المعنى إلى الإدارة صاحبة العلاقة، مما ينتج عنه أن عدم قيام المدعي بهذا الإجراء يؤدي إلى عدم قبول الدعوى.

وتطبق هذه القاعدة بشكل عام في نطاق القضاء الكامل التعاقدي وغير التعاقدي، فالمتعاقد مع الإدارة الذي يطالبها بتعويضات عليه أن يطلب منها دفع هذه التعويضات قبل إثارة الدعوى أمام القاضي[2].

ولقاعدة القرار الإداري المسبق استثناءان:الأول ويتعلق بالدعاوى التي تقيمها الإدارة ضد أحد الأفراد [3]، أما الاستثناء الثاني فإنه يتعلق بما أورده المرسوم الصادر في 1965/1/11 عندما استثنى المنازعات المتعلقة بالأشغال العامة من قاعدة القرار المسبق – المطالبة المسبقة – مما يعني أن المنازعات الناتجة عن

---

[1]CE, 8-4-2005, Sté Radiomètre, Rec., JCPA, 2005, p. 781.

[2]Chapus. R,droit administratif général, T1, op.cit, p.701.

L'aubader – Del volve et modern, Traite des contrats, T2, op.cit, p.916. Pacteau.B, contentieux administratif, 6ed, press universitaires de France, paris, 2002, p.160.

[3]CE,4-2-1976,Ellissonde, Lebon 1976,p.1047.

عقود الأشغال العامة يمكن أن تثار مباشرة أمام القاضي الإداري دون اشتراط صدور قرار مسبق عن الإدارة قبل إثارة الدعوى[1]،وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن استثناء الدعاوى المتعلقة بالأشغال العامة من قاعدة القرار المسبق سواء أكانت ذات طابع عقدي أم لا ولكن يمكن أن تفرض قاعدة القرار المسبق بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقود الأشغال رغم استثنائها صراحة من هذه القاعدة وذلك إذا تضمنالعقد مثل هذا الالتزام[2].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للطلب المسبق في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

فيما يخص القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ومنذ 2009/12/1 وهو تاريخ نفاذ المرسوم رقم /1456-2009 / الصادر في 2009/11/27 أصبح المدعي ملزماً بإبلاغ تظلمه للسلطات التي قامت بالمناقصة[3]، لمطالبتها بمراعاة التزاماتها المتعلقة بالعلانية ،والمنافسة ،وإصلاح المخالفات المقترفة في هذا المجال، ولا يحق للمدعي اللجوء إلى القاضي المختص بالبت بالدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إلا إذا رفضت الإدارة صراحة طلبات المدعي أو ضمناً بامتناعها عن الرد لمدة تتجاوز عشرة أيام، وقد تبنى المشّرع قاعدة القرار المسبق في نطاق الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لأجل تطويق أبعاد النزاع الذي يهدد عقداً ما بالتوقف، وتجنب النزاع القضائي بإعطاء الإدارة فرصة لمراعاة جوانب المشروعية.

---

[1]CE, 13-1-1961, département des Bas-Rhin, Rec., p.38, A.J.D.A, 1961, p.235.

CE, 10-2-1978, société Muller, Rec., p.65.

[2]Lanbadere – Delvolve et Moderne, Traite des contrats, T2, op.cit, p.918.

[3]Art. R551-1 et R.551-2 du CJA.

وهذا يكون وبدون منازع تقدم ظاهر بحسبان أن السلطة التي أجرت المناقصة أو من رسا عليه العطاء سيكون أكثر سرعة بالعلم بوجود التظّلم وبإصلاح المخالفات المرتكبة في مجال العلانية والمنافسة.

وإذا كانت النصوص النظامية لم تبين فيما إذا كان غياب هذا الإجراء سيسبب عدم قبول الدعوى فإن القاضي الذي سيحسم الدعوى سيجعل من عدم القبول للدعوى مُعلن بشكل حقيقي إذا لم يتقدم المدعي بطلب للإدارة للوقوف على حقيقة موقفها[1].

وهذا ما يجعل من المطالبة المسبقة في نطاق دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي من الشكليات الجوهرية التي يترتب على الإخلال بها عدم قبول الدعوى [2]كما يعدّ الالتزام بالمطالبة المسبقة في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي من النظام العام، لذلك فإنه يحق للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[3].

إلا أنه نظراً لطبيعة الدعوى واستلزامها للتحرك السريع فإن بعض المحاكم الإدارية في فرنسا تبدي بعض المرونة في تطبيق شرط المطالبة المسبقة، حيث يجوز للمدعين أن يودعوا دعواهم لدى المحكمة الإدارية المختصة قبل انقضاء مدة الأيام العشرة الممنوحة للإدارة كي تبت بطلبات المدعي خلالها، بيد أن القاضي لا يبت بالدعوى قبل انقضاء الأيام العشرة المحددة في القانون ،وبطبيعة الحال فإن الدعوى المستعجلة تغدو غير ذات موضوع إذا أجابت الإدارة على

---

[1]PACTEAU.B, contentieux administratif ,6ed, presses universitaires de France ,2002 ,p.163-164.

[2]CE, 17-1-1996, SA, Ateliers Merriguet – carrare, Rec., p.5, D,1997, p.113.

[3]د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري – مرجع سابق – ص642.

طلبات المدعي بشكل إيجابي[1]. والتزام المطالبة المسبقة للإدارة يطبق على المدعي سواء أكان المحافظ أو أحد الأشخاص الطبيعيين ،أو الاعتباريين الآخرين[2].

الفرع الثالث: شروط الطلب المسبق الموجه للإدارة

يجب أن يكون الطلب المسبقالموجه للإدارة مكتوباً، ومنظماً بعناية ومرسلاً إلى الإدارة المعنية ،وذلك تحت طائلة عدم شرعية الإجراء، وبالتالي عدم قبول الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية[3]، كما أنه يجب أن يبين في الطلب المرسل إلى الإدارة المعنية المخالفات القانونية المقترفة في نطاق العلانية والمنافسة، كما يجب أن يطلب منها صراحة تلافي هذه المخالفات[4]، ومن ثم فإن مجلس الدولة الفرنسي كان قد حكم بأن الرسالة التي أرسلتها الشركة المدعية إلى الإدارة طالبة فيها توضيح أسباب استبعادها عن دائرة المنافسة لا تقوم مقام الطلب المسبق[5].

كما حكم المجلس بأن الرسالة التي وجهها المحافظ إلى العمدة والتي يشير فيها إلى عدم مشروعية الظروف التي تم خلالها إعداد لائحة المرشحين للمنافسة ليس من شأنها أن تقوم مقام الطلب المسبق الذي يشترط لتطبيق دعوى المادة /22/[6]كما حكم المجلس أنه لا يشترط أن تخبر الشركة المدعية الإدارة بأنها سوف

---

[1]T.A, chalons – sur – Marne, 12-4-1994, S.A.R.L. Enterprise – Bériot, Rec., p.696.

T.A, Grenoble, 11-1-1994, Sté Routière chambard, R.F.D.A, 1994, p.74.

[2]CE, 22-6-1998, commune d'Améliorés – Bains, cite par Lagumina et Philippe, op.cit, p285.

[3]CE, 2-10-1996, S.A.R.L, Enterprise d'électricité noël Béranger – Gaz, pal, 30-31-3-1996, p.16, Note, J.cortron.

[4]CE, 2-10-1996, Enterprise général d'électricité noelBeranger, précité.

[5]CE, 17-1-1996, S.A, Atelier Meri guet – carrere, précité.

[6]CE, 22-10-1998, commune d'Amélie – les – Bains, précité.

تسلك طريق الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية فيما لو لم تجب على طلباتها حيث يكتفى بالرسائل المرسلة إلى هذه الإدارة ذاتها والتي توضح فيها مخالفات العلانية والمنافسة المرتكبة مع طلب إصلاح هذه المخالفات[1]، ولا يشترط أن تكون الحجج والنقاط المثارة في الطلب المرسل إلى الإدارة هي نفسها التي يجب أن تثار أمام قاضي الدعوى، إذ يحق للمدعي أن يثير نقاط واقعية وقانونية تتعلق بمخالفات على مستوى العلانية والمنافسة لأول مرة أمام قاضي الدعوى[2].

ويرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يكفي أن يكون الطلب مرسلاً إلى الجهة الإدارية صاحبة العلاقة، وإنما يجب أن يرسل إلى الشخص المسؤول عن إبرام عمليات العقد بالذات[3].

ويعفي القانون المدعي من قاعدة القرار المسبق إذا كانت الدعوى تتصل بنزاع تعاقدي ومرفوعة بصيغة الاستعجال ،أي مرفوعة إلى قاضي الأمور الإدارية المستعجلة كأن ترفع لأجل ندب خبرة بصدد مسألة معينة ،أو لإثبات حالة محددة[4]. وبذلك فإنه يحق للمدعي أن يطرق باب قاضي الأمور المستعجلة الإدارية مباشرة دون ضرورة استصدار قرار إداري مسبق من جانب الإدارة المعنية[5].

هذا وقد ترك توجيه الدعوى الأوروبي (directive recours) للدول الأعضاء سلطة تطبيق المطالبة المسبقة أو عدم تطبيقها الإلزامي.

---

[1]CE, 29-7, 1998, commune de Léognan, Req, N190452.

[2]CE, 10-3-1997, Ministre de l'agriculture c/Sté Bull, Req, n171140, Req, p.941.

[3]د. مهند نوح، مرجع سابق، ص643.

[4]A. Laubadere – Delvolve et Moderne, Traite des contrats, T2, op.cit, p.1019.

[5]CE, 19-10-2001, Région de la Réunion c/Sté sète, TPI, Req, n° 234298, Prc.

المطلب الثالث: الإطار الزمني لرفع الدعوى:

يشكل العامل الزمني جزءاً من العدالة المطالب بها، وحتى يحقق النظام القضائي الغاية المتوخاة منه فإنه لابد من مراعاة العامل الزمني للنظام لما له من أثر في خلق الطمأنينة لدى من يطالب بحق تجاه الإدارة في عدم ضياع جدوى دعواه بطول الأمد، ويكون ذلك بتحديد إطار زمني للبت بالمنازعة التي تخضع للنظام وترتيب أثر للخروج على هذا الإطار وبناء عليه فإننا سنتناول الآتي:

1- إثارة الدعوى قبل إبرام العقد.

2- النتائج المترتبة على إثارة الدعوى بعد إبرام العقد.

الفرع الأول - إثارة الدعوى قبل إبرام العقد

يتطّلب موضوع إثارة دعوى القضاء المستعجل الموضعي قبل التعاقدي دراسة كل من مدة الجمود والمدة التي يتوجب خلالها إقامة هذه الدعوى.

أولاً – مدة الجمود :

جاءت النصوص الناظمة لعملية إبرام العقود العامة على طرح ما يسمى بشرط الجمود Clause de gel Lou de stands till والذي يتعلق بجمود عملية إبرام العقد مدة زمنية معينة بين تاريخين هما تاريخ تبليغ رفض العرض، وتاريخ توقيع العقد[1].

---

[1]Art, 80 du CMP Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 24((…Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.)) et Art. 44-1du décret du 20 octobre 2005, et 46-1 du décret du 20/12/2005.

أي أن مدة الجمود هي المدة التي يحددها القانون، والتي تبدأ من تاريخ تبليغ رفض العروض المستبعدة ويمتنع على الإدارة خلالها إبرام العقد حتى انقضاء هذه المدة [1].

حيث كانت التوجيهات الأوربية قد نصت وكإجراءات شكلية على تأسيس مدة معقولة بين تاريخ تبليغ المرشحين المستبعدين لقرار رفض عروضهم،وتاريخ توقيع العقد، للسماح برفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

وكانت هذه المدة قد حددت بموجب المرسوم الصادر في 2005/12/11 بعشرة أيام يمكن تخفيضها من قبل الإدارة في حالة السرعة. وقد وجهت اللجنة الأوربية في رأيها المعلل الصادر في 2008/2/1 انتقادين للتعميم الفرنسي الصادر في هذا الخصوص:

1) الإمكانية المعروضة للإدارة في حالة السرعة بتخفيض مدة العشرة أيام.
2) الاحتفاظ أمام القاضي العادي بالتظّلم الإداري المسبق قبل دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي.

ذلك أنه في هاتين الحالتين قد تلجأ الإدارة إلى الإسراع في إبرام العقد مع المتعهد المرشح مما يجعل من الدعوى في هذه الحالة جديرة بعدم القبول، مما يفقد هذه الدعوى أهميتها والغاية التي أنشأت من أجلها.وبالفعل فإن هذه النصوص أدت في الواقع إلى حالات قامت فيها الإدارة بإبرام العقد قبل أن يقوم الشخص المتضرر برفع الدعوى.

إلا أنه بموجب المرسوم رقم /1456/ الصادر في 2009/11/27 أصبحت هذه المدة /16/ يوماً بين تاريخ إرسال تبليغ قرار إرساء العقد وتاريخ إبرام العقد.

---

[1] C.Bergeal.F.Lenica,op.cit,p.89.

Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.23.

وخُفضت هذه المدة إلى /11/ يوماً في حالة التحويل الإلكتروني لمجموع المرشحين.

ثانياً –المدة التي يتوجب خلالها إقامة الدعوى :

لا يمكن أن تقام دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وفقاً لتقنين القضاء الإداري الحالي إلا قبل إبرام العقد، وعليه يمكن أن تقام هذه الدعوى خلال إجراءات إبرام العقد إذا كان هنالك خرق لقواعد العلانية والمنافسة ولكن قبل إبرام العقد، وهذا يجعل من الدعوى آلية ذات طبيعة وقائية تؤمن فاعليتها، وبالمقابل فإنه وبمقتضى القضاء الثابت فإن سلطات القاضي – في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي – تنتهي عند توقيع العقد.

وعلى الرغم من أن القانون لم يحدد مدة زمنية يمكن خلالها رفع الدعوى إلا أن المادة /L.551-1/ من تقنين القضاء الإداري الحالي قد نصت على أن: "رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يبت قبل إبرام العقد.."

وقد حاول جانب من الفقه أن يفسر كلمة "يمكن" على أنها تعني بمفهوم المخالفة إمكانية إثارة الدعوى قبل إبرام العقد أو بعده على حد سواء[1]، وبالفعل فإن بعض المحاكم الإدارية قد فسرت النص في بادئ الأمر على هذا الأساس، وبالتالي فقد قبلت النظر في الدعوى حتى بعد توقيع العقد[2]، وكذلك الأمر بالنسبة لوزارة العدل الفرنسية التي فسرت هذين النصين على أساس إمكانية رفع هذه الدعوى قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه[3]، إلا أنه ورغم ذلك فإن المنطق الوقائي

---

[1] د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص643.

[2] T.A, Lille 12-12-1995, soc, Eloy, Req, N42892.

T.A, Lille, 12-12-1994, Aberrer, Dr.adm, 1995, 169.

[3] د. مهند نوح، المرجع السابق، ص643 وأيضاً

Drefuss,M, vers un meilleure affectivité du contrôle des contrats des collectivité locale, R.D.P, 1999, p.852, note, 21.

لإجراء الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، من حيث إنها لا تهدف إلى مجازاة مخالفات المشروعية المقترفة بمقدار ما تهدف إلى إصلاح هذه المخالفات قبل إبرام العقد، فإن هذا المنطق الوقائي كان قد دفع مجلس الدولة الفرنسي وفقاً لمنطق هذه الدعوى إلى الحكم بعدم قبول الدعوى إذا تم إبرام العقد قبل إقامة الدعوى[1]، كما قضى بعدم القبول في حال توقيع العقد حتى ولو تم هذا التوقيع خلال مدة الجمود وتم خرق الالتزام الوارد في المادة /80/ من تقنين عقود الشراء العام الذي فرض مدة عشرة أيام بين التبليغ لرفض عروض المرشحين والتوقيع[2].أما إذا تم توقيع العقد أثناء سير الدعوى فإن القاضي يحكم بانتفاء المحل للدعوى[3]. وهوما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في نطاق النظام القانوني للدعوى المستعجلة قبل التعاقدية[4]. واستقرار هذا المبدأ على النحو المشار إليه قد دفع المحكمة الإدارية لمدينة Lille إلى تقرير أن إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية من جانب اللجنة الاقتصادية في حالة الخرق البين لالتزامات العلانية والمنافسة الأوربية يجب أن يتم قبل إبرام العقد أيضاً[5] ويبدو أن مجلس الدولة سار إلى آخر الشوط في ذلك حيث حكم أن الدفع بتوقيع العقد يعدّ من النظام العام ويمكن إثارته لأول مرة عند الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة[6].

---

[1]CE, 3-11-1995. Chambre de commerce et l'industrie de Tarbes es des Hautes – Pyenees, A.J.D.A, 1995, p.945.

[2]CE, 7-3-2005, Caréné c/Sté Grand jouan – Saco, Prc.

CE, 8-2-1999, compenon –Bernard, BJDCP,1999, p.362.

CASSIA(p.): pratique des réfères précontractuel ,Litec, 2008

[3]CE, 15-4-1996, SARL scimone Cimbre Enterprise, RD, 1996, p.372.

[4]CE, 29-11-1996, sablière et gravière guyanaise, Req, n162548.

CE, 10-2-1997, M. Moch, Roq, n169694.

[5]T.A, Lille, 10-1-1997, Sté Biwa ter, Req, n3927.

[6]CE, 29-7-1998, commune de le ognon, précité.

ويلاحظ أن المبدأ الذي رسخّه مجلس الدولة بعدم إمكانية إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إلا قبل إبرام العقد محل نقد بعض الفقه، الذين رأوا فيه منفذاً للالتفاف على نزاهة إبرام العقود حيث يُكتفا لكف يد القاضي عن هذه الدعوى الإسراع في إنجاز إبرام العقد وعلى هذا فهو يناقض روح توجيه الدعوى[1].

إلا أن المشّرعوبموجب المادة /L.551-1/ من تقنين القضاء الإداري الحالي وحرصاً منه على فاعلية هذه الدعوى، ولمنع إبرام العقد منح القاضي سلطة أن يأمر الإدارة بتأجيل توقيع العقد ،ولمدة حدها الأعلى عشرين يوماً، والأمر بالتأجيل للتوقيع ليس له أي طبيعة آلية[2].

ذلك أن المدعين إما أن يطلبوا من القاضي القيام بإجراء مؤقت (تحفظي) مثل أمر موجه إلى الإدارة المختصة بمراعاة قواعد الإبرام، أو أن يطلبوا اتخاذ إجراء قطعي مثل إلغاء قرارات غير مشروعة متعلقة بعملية إبرام العقد، وإن قيام قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية بالتطرق إلى مشروعية هذه القرارات بعد إبرام العقد يؤدي إلى التجاوز على اختصاص قاضي تجاوز حد السلطة صاحب الاختصاص العام في نطاق القرارات المنفصلة كما رأينا سابقاً، إذ نكون قد انتقلنا بذلك من نطاق رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية[3].

---

[1]Dreifus, M,op.cit, p.852.

Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.23.

Catherine Bergeal, Frederic Lenica, op.cit, p.112.

[2]Stéphan Braconnier, droit des marchés publics, 2edition, Le moniteur, Paris, 2007, p.852.

[3]د. مهند نوح – مرجع سابق – ص644 وأيضاً

R.chapus, droit de contentieux administratif, Rec., n1640.

Vandermeeren.R, op.cit, p.98.

CAA, Paris, 17-12-1996, Rue bleue, Rec.,CE, 1996, p.628.

الفرع الثاني - النتائج المترتبة على إثارة الدعوى بعد إبرام العقد:

يجب على المدعي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، أن يسعى لإقامة دعواه قبل إبرام العقد، ويترتب على إقامة الدعوى بعد إبرام العقد من السلطة المختصة الآتي:

1) عدم قبول الدعوى Requête irrecevable

يجب تقديم دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي قبل إبرام العقد، وإذا قدمت الدعوى بشكل لاحق للتوقيع فيجب إعلان عدم قبول الدعوى[1]، وعليه تكون دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي غير مقبولة إذا تم إبرام العقد قبل إثارتها أمام القاضي[2]، وهذه القاعدة تنطبق حتى على الدعوى المقامة من قبل الغير أمام قاضي الأساس (العقد) بعد إبرام العقد حيث يحكم بعدم قبول الدعوى ولا يكون هنالك مقتضى لنقض الحكم الصادر[3].

والعبرة في عدم قبول الدعوى هي لتوقيع العقد، سواء أكان هذا العقد قد أبرم بشكل نظامي أو غير نظامي، كأن يبرم العقد أثناء مدة الجمود[4].

---

[1]CE, 3-11-1995, chambre de commerce et de l'industrie de tara beset des Hautes- Pyrénées, Prc.

[2]Laurent Richer, op.cit,p.165.

FOLLIOT(L.),pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle, th, paris, II,1994

CE, 8-3-1996, CGC Entreprise, Tables, p.1022.

[3]CE, 28-12-2001, M. Lacombe, Rec.,CE, p.686.

CE, 29-3-2004, communes de centre littoral, Req, CE, p.145.

[4]Laurent Richer, op.cit,p.165.

Catherine Bergeal, Frederic Lenica, op.cit, p.112 - 113.

كما أنهفي حال الإجراء الذي يسمح بإبرام عدة عقود، فإن توقيع العقد الأول منها يضع نهاية لاختصاص قاضي دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي فيما يخص مجموع هذا الإجراء[1].

وكذلك لا يمكن للقاضي أن يقبل الدعوى أو يبت بها بعد إبرام العقد، ولو كان التأخير في رفع الدعوى يعود إلى وعد الإدارة بإمكانية النظر بالإجراءات المتخذة، أو إلى أسباب أدت إلى استحالة اللجوء إلى قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية مهما كانت الأسباب[2].

2) حالة انتفاء وجه الدعوى cas de non-lieu

تغدو الدعوى بدون محل إذا تم توقيع العقد أثناء سير الدعوى، سواء أكانت أمام قاضي الأساس[3]، أو أمام قاضي النقض[4].وذات الأمر يكون إذا تم توقيع العقد قبل البحث بالدعوى أمام قاضي أول درجة أو في مرحلة النقض[5].

والقاضي عند استخدامه لانتفاء وجه الدعوى فهو إنما يقوم به كنهج عملي بحسبان أنه لا يوجد هناك محل للبت فيها.

كما أن الدعوى تغدو غير ذات محل إذا قامت الإدارة ،وأثناء مرحلة النقض باللاستغناء عن طلب العروض القديم امتثالاً لحكم قاضي الدرجة الأولى، وقامت بالإعلان عن طلب عروض جديد وتوقيع عقد بناء عليه[6]. ذلك أن انتفاء

---

[1]CE, 13-7-2007, syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité, Req, n299417.

[2]د. مهند نوح – مرجع سابق – ص645.

[3]CE, 15-4-1996, SARL, Simone Ginibre Enterprise, n159871.

[4]CE, 3-11-1995, Sté Sténtofon communications, Req, CE, p394.

[5]CE, 2-6-2004, SARL Gram matico, TP, n263761.

[6]CE, 14-11-1997, Département des Alpés – de – Haute – Provence préc.

CE, 1-4-1998,Communaute urbaine de Lyon ,req,n 185054.

وجه الدعوى يُعلَن، وبشكل متساو ،إذا تنازلت الإدارة وبشكل نهائي عن إبرام العقد المنازع فيه[1].

وبالمقابل لا يوجد انتفاء لمحل الدعوى إذا قامت الإدارة ،وأثناء مرحلة النقض، وبعد إلغاء الإجراء من قبل المحكمة الإدارية، بطرح الإجراء للإعلان مجدداً طالما أن هذا الإجراء قد فشل، كما أن قيامها بطرح هذا الإجراء مجدداً للإعلان للمرة الثالثة لا يؤدي لانتفاء محل الدعوى طالما أن العقد لم يوقع بعد[2].

كما أنه إذا قامت الإدارة – وفي معرض انتظارها لصدور النتيجة بمرحلة النقض ضد الحكم الذي أمرها بإعادة إجراء المنافسة – بإبرام اتفاقية تفويض مرفق عام مؤقتة ولمدة قصيرة، وذلك بهدف ضمان استمرار سير المرفق العام، فإن التوقيع في هذه الحالة على هذا الاتفاق لا يمكن أن ينظر إليه كتوقيع مماثل على العقد الذي كان قد عُلِقَ إبرامه بموجب الأمر المطعون فيه، وفي هذه الحالة لا يوجد انتفاء للمحل[3].

وكما أنه لا يوجد انتفاء لمحل الدعوى في حال كون الإعلان عن طلب العروض لم يؤد إلى نتيجة بعد فحص العروض ودراستها، كون الإدارة وفي هذه الحالة ووفقاً للمواد/35 و 60/ من تقنين العقود العامة يمكنها أن تتبع ذلك بإجراء عقد تفاوض[4].

إلا أن المشّرع وبموجب المادة /L.551-1/ من تقنين القضاء الإداري الحالي وحرصاً منه على فاعلية الدعوى ولمنع إبرام العقد منح القاضي سلطة أن يأمر الإدارة بتأجيل توقيع العقد ،ولمدة حدها الأعلى عشرين يوماً.إلا أنهإذا قامت

CE,27-10-1999,SA La Générale de service nettoyage industriel,BJCP,p.145.

[1]CE, 26-5-1999, SA Stéelcase Strafford, Req, CE, p.950.

[2]CE, 4-2-2009, commune de Toulon, Req, n311344.

[3]CE, 21-6-2000, syndicat intercommunal de la cote d'amour, Préc.

[4]TA Bordeaux,29-12-2001,préc.

الإدارة بالتوقيع على العقد رغم وقف توقيعه من قبل قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،وقبل أن يكون قد فصل بالدعوىفإن ذلك يؤدي إلى انتفاء محل الدعوى، إلا أن ذلك يكون سبباً لإلغاء العقد من قبل قاضي القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي– والذي سنعالجه لاحقاً – عملاً بأحكام تقنين القضاء الإداري الحالي[1].

المطلب الرابع: توكيل المحامي

لدراسة هذا الموضوع لابد من التمييز بين توكيل المحامأمام مجلس الدولة وأمام محاكم الدرجة الأولى.

الفرع الأول – توكيل المحامي أمام مجلس الدولة :

المبدأ في فرنسا أن أطراف الدعوى لا يمكنهم أن يمثلواأنفسهم بالدعوى أمام مجلس الدولة، بل يجب تمثيلهممن قبل المحامين المقبولين أمام هذا المجلس ،والذين يمارسون ذلك في مرحلة النقض أيضاً[2]، ويكون ذلك وفقاًللتنظيم الخاص بنقابة المحامين، وبناءً على هذا التمثيل يغدوا المحامي أميناً على الدعوى.إلا أن هذا المبدأ عليه العديد من الاستثناءات وفي مقدمتها:

- أن الدولة معفاة دائماً من توكيل محام سواء في الادعاء ،أو الدفاع ،أو التدخل، وهي تمثل عادة بالوزير المعني.

---

[1]Art./L.551-13/ par CJA 7-5- 2009.

[2]المادة/1-751 .L/ من تقنين القضاء الإداري الفرنسي الصادر في 7-5-2009، وقد أكد مجلس الدولة على هذا المبدأ أيضاً في العديد من أحكامه أهمها:

CE,29-10-1986, Jaubert ,Lebon 1986, p.658.

CE,23-12-1989, Cadillac, JS,1989,P.254.

- إن مباشرة دعوى تجاوز حد السلطة لا تحتاج لتوكيل محام لتمثيل الأطراف و الترافع عنهم أمام القضاء[1]، وبناءً عليه لم يخضع مجلس الدولة هذه الدعوى لالتزام توكيل محامي[2].

الفرع الثاني – توكيل المحامي أمام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية :

لا يلزم المدعي بتوكيل محام أمام المحاكم الإدارية ،ومحاكم الاستئناف الإدارية، بحسبان أن المادة /و1080/ من تقنين المحاكم الإدارية ،ومحاكم الاستئناف الإدارية ،لا تفرض هذا الالتزام إلا عندما تهدف الدعوى إلى طلب مبلغ من المال ،أو تخصيص مبلغ من المال واقع على عاتق المدعي أو حل نزاع متولد عن العقد. وطالما أن قاضي الأمور المستعجلة قبل التعاقدية لا يختص بالحكم بالتعويضات بحسبان أن النزاع لا يكون ناجماً عن عقد لأن الدعوى تهدف إلى معالجة مخالفات المشروعية المتعلقة بالعلانية والمنافسة في المرحلة قبل التعاقدية، وبالتالي فإن مجالها الطبيعي في المرحلة السابقة على وجود العقد ذاته، لذلك لا تنطبق الحالات التي أوردتها المادة /و1080/ المذكورة أعلاه ،والتي تستلزم توكيل محام على الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية[3].

---

[1]J,Rivero. J, Waline ,op.cit., p.555.

G.Vedel, P.DElvolve ,op.cit., tome II, p.126.

Sur les avocats au conseil d'état cf.les études de Mmes Morillon et De Lapanouse , livre jubilaire, p.351.solen la cour européenne des droit de L'homme , le monopole des avocats aux conseils ne porte pas atteinte au droit a un procès équitable ; v. chron.j.f. Flauss,AJDA.2003.P.1923.

[2]CE,21-12-2001,Epoux Hoffmann. D.2002 ,P.867.

[3]د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص646 وأيضاً

Catherine Bergeal, Frederic Lenica, op.cit, p.125.

هذا وأن استعانة الخصوم بمحام لتمثيلهم أمام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية هو أمر جوازي[1]. وفي هذه الحالة إذا قام المدعي بتوكيل محام فإن على القضاء الإداري التحقق من أن الموكل (المدعي) لديه الصفة لإقامة الدعوى[2].

[1] Heurte , Avocats et tribunaux Administratifs ,AJDA, 1955 ,TOME I,P.98.

[2]CE, avis,28-11-1991,Syndic de commerciaux du S'avoua.JFDA ,1992.P.234.

الفصل الثاني

النظام القضائي لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي

عندما ينشئ المشّرع نظاماً قضائياً للبت بمنازعات في مجالات معينة، يلجأ أولاً لإحاطة هذا النظام بمجموعة أدوات تضمن الوصول به للهدف المنشود منه في تجاوز العقبات التي كان الأفراد يعانون منها قبل إحداثه ،أو تطويره، وهذه الأدوات تسمى بضمانات النظام القضائي.

إلا أن هذه الضمانات لن تكون فاعلة ما لم يعمد المشّرع لتحديد الأسباب التي يمكن بموجبها اللجوء لهذا النظام ،وعلى وجه التحديد الدقيق، وهذا ليس من قبيل التضييق على أصحاب العلاقة بقدر ما هو تفعيل للدور الحقيقي لهذا النظام كأداة حماية قانونية لا ينبغي أن يساء استعمالها، وهذا ما سعى إليه المشّرع الفرنسي في نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، عندما أحاطه بضمانات فاعلة وحدد لسلوك سبيله أسباباً معينة بغية تحقيق هدفه، وأكمل ذلك بالنص على الكيفية التي يصدر فيها القاضي أحكامه بموضوع النزاع وبناءً عليه فإننا سنتناول في هذا الفصل المباحث الآتية:

المبحث الأول: ضمانات الدعوى وأسباب تدخل القاضي.

المبحث الثاني: الحكم في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

المبحث الأول

ضمانات الدعوى وأسباب تدخل القاضي

سنتعرض في هذا المبحث لدراسة الضمانات التي وفرها المشّرع الفرنسي لدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وأحاطها بها للوصول بها إلى الهدف المبتغى منها، وذلك بمنع خروقات العلانية والمنافسة التي ترتكب في مرحلة إبرام العقد ،وعلى نحو يلبي حاجة المتقاضين، كما سنتناول أيضا الأسباب التي بينها المشّرع والقضاء الإداري والتي يمكن أن تشكل مطعناً يستند إليه المدعي إذا ما توافرت، وعليه فإننا سنقوم بدراسة الآتي:

المطلب الأول: ضمانات دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

المطلب الثاني: أسباب تدخل القاضي الإداري في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

المطلب الأول: ضمانات دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

أحاط المشّرع الفرنسي دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي بعدة ضمانات لتحقيق الغاية منها كإجراء مبتكر في نطاق العقود العامة ومن أهم هذه الضمانات:

1- اختصاص قاض فرد بالنظر في الدعوى.

2- الاختصاص المكاني للمحكمة الناظرة بالدعوى.

3- البت بالدعوى بصيغة الاستعجال.

4- العلنية في الدعوى.

الفرع الأول - اختصاص قاض فرد بالنظر في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي:

إن القاضي المختص بالنظر في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية هو قاض فرد، وقد حدد تقنين القضاء الإداري بوضوح أن القاضي هو رئيس المحكمة الإدارية ،أو من يفوضه[1]. وإن إسناد البت في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية إلى قاض فرد يرجع إلى رغبة المشّرع في إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء، إذ إن نظر الدعوى عن طريق قاض فرد هو أكثر تكيفاً مع مقتضيات الشؤون المستعجلةالتي لا تحتمل التأخير، إضافة إلى أن ذلك يتجاوب مع المدد المحددة للنظر بالدعوى[2].

ولكن انعقاد النظر في هذه الدعوى لقاضي فرد لا يمنع هذا الأخير من أن يجعل أمر البت في الدعوى إلى المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي، ولو كان ذلك ضد منطق الإجراء الذي يتطلب المرونة والسرعة، ذلك أنه قد تعرض حالات هامة وعلى مستوى من التعقيد تستوجب أن تبت بالدعوى المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي. وقد أيد مجلس الدولة ذلك بشكل صريح فبيّن أنه عندما عهد المشّرع إلى رئيس المحكمة الإدارية ،أو المستشار الذي يفوضه سلطة البت في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لم يكن بقصد تأسيس جهة قضائية جديدة متميزة عن المحكمة الإدارية تتمتع باختصاص خاص بها، إنما

---

[1]Art./L.551-1/du CJA.par 7-5-2009: ((Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.....))

[2]Vandermeeren.R, op.cit, p.98

DELVOLVE(P.),((Nouveaux juges,nouveaux pouvoirs?)),Melages Perret ,DALLOZ,1996, p.83

Richer (L.),op.cit, p.163-164.

قصد فقط أن ينظم ضمن هذه المحكمة إجراءً خاصاً يمكن فيه لرئيس المحكمة ،أو من يفوضه وبسبب السرعة ،وطبيعة الدعوى أن يبت بالدعوى مكان المحكمة ،وبدلاً عنها، وبناء على ذلك فإن المادة /L.551-1/ لا تحول دون أن يحيل رئيس المحكمة أو المستشار الذي يفوضه مسألة البت في الدعوى إلى المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي[1].

الفرع الثاني – الاختصاص المكاني للنظر بالدعوى:

القاعدة العامة في تحديد الاختصاص المكاني للمحاكم الإدارية في فرنسا هي أن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها مقر الإدارة التي اتخذت القرار المطعون فيه، أو وقعت العقد موضوع النزاعإما بموجب سلطتها الخاصة ،وإما عن طريق التفويض.وقد جعل مجلس الدولة هذا المبدأ مبدأ عاماً ما لم ينص على خلاف ذلك صراحة[2].

والمبدأ العام هو المطبق في مجال القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، حيث يجب أن ترفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أمام رئيس المحكمة الإدارية (أو المستشار الذي يفوضه) التي يقع في دائرتها مقر الإدارة التي صدر عنها التصرف المخالف لالتزام العلانية، والمنافسة[3].

---

[1]CE, 19-3-1997, S.A, entreprise générale de terrassements et de travaux publics, Rec., n163293.

[2] CE ,9-11-1955 ,Chauveau ,JS ,1955, P.1.

[3]DANIEL CHABANOL ,Code de justice administrative ,4ed ,paris,LE MONTEUR ,2010 ,P.330.

C.Bergeal. F,Lineca, 2010, op.cit, p.19.

Gohin (o), La compétence territoriale des tribunaux administratifs, JJA, novembre, 2001, p.31

الفرع الثالث -القاضي يبت في الدعوى بصيغة الاستعجال

وذلك يعني أن يبت القاضي بالدعوى بصفة الاستعجال ،وبالاستناد إلى الحد الأدنى من الشكليات[1]، ذلك أنه من القواعد العامة المعروفة لقضاء الأمور

---

[1]يعد القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ذو طبيعة موضوعية أساسية، يختلف في تكوينه عن نسيج قضاء الأمور المستعجلة التقليدي، فالأمر الصادر عن قاضي الأمور المستعجلة التقليدي هو حكم مؤقت على تصرف ذو طبيعة نهائية. أما الأمر الصادر عن قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي فهو حكم نهائي على قرار تمهيدي.

Lagumina (S.) et Philippe (E), Le réfère précontractuel, Ballin et prés perspectives, AJDA, 2000, p.283.

C-Bergeal, F,Lineca, op.cit, p.125.

Gourdou (J) et TERNEYRE (ph), le réfère précontractuel administratif au lendemain de la reforme législative des procédures d'urgence CGEG, avril, 2001, p.135.

وهنا لابد من الإشارة إلى أن القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،وقضاء الأمور المستعجلة ذا الأثر الموقف لا يمنع كل منهما الآخر. فالمتعهد المرشّح يمكنه أن يلج باب قضاء الأمور المستعجلة ذا الأثر الموقف ضد القرار الذي عَهدَ بالعقد لمتعهد آخر، ويملك أيضاً طرق باب القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي الذي يكون مفتوحاً أمامه.

CE, 24-6-2002, Sté Laser, mentionner aux tables.

ويمكن للمرشح المستبعد أن يحصل على وقف لقرار لجنة طلب العروض بإجراء فحص جديد للعروض إما عن طريق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،أو عن طريق قضاء الأمور المستعجلة ذي الأثر الموقف.

CE, 29-7-2002, ville de Nice c/SARL loisirs et innovations BJCP, 2002, p.476

إلا أنه يجب على المدعي أن يحدد أي طريق منهما يرغب في استعماله، لأنه لا يمكن إثارة الدعويين معاً.

ويتميز قضاء الأمور المستعجلة ذو الأثر الموقف أنه متاح للمتعاقدين وغير المتعاقدين على حد سواء. كما أنه غير مقيد بخرق شروط العلانية والمنافسة، فضلاً عن أن مدد التقاضي أمام المحاكم حالياً هي

المستعجلة بأن مبدأ المواجهة يطبق بصورة مرنة[1]. بيد أنه وبسبب السلطات الهامة التي يتمتع بها القاضي بموجب الإجراء المنصوص عليه بالمادة /551/ فإن بعض من الالتزامات التي لا يفرضها القانون في نطاق القضاء المستعجل العادي

مدد قصيرة جداً. إلا أن مع ذلك يصطدم بذات القيود المتعلقة بالقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، في عدم إمكانية ممارسته بعد توقيع العقد ويغدو بدون محل.

CE, 22-6-2001, Sté bourbonnaise de travaux publics, RD, imm, 2001, p.377

ويبقى مجال تطبيق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي أكثر امتداداً بحسبانه يشمل كافة إجراءات إبرام العقد، كما أن سلطات القاضي فيه سلطات واسعة غير مقصورة على الوقف، كما هو الحال في قضاء الأمور المستعجلة ذو الأثر الموقف.

وعليه فإن قضاء الأمور المستعجلة ذا الأثر الموقف لا يمكن أن يحل محل القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي والذي يبقى إجراءً ممتازاً للمرشح المستبعد. إلا أنه يبقى قضاء الأمور المستعجلة ذو الأثر الموقف مفيداً للمدعين الذين لم تكن دعواهم مقبولة من حيث الشكل في إطار القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي. بحيث يصبح قضاء الأمور المستعجلة ذو الأثر الموقف مكملاً للقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

CE, 3-3-2006, Sté Français Charles oberthur fiduciaires Req, n287960, p.1001.

CE, 6-3-2009, Biomédicaux, Req, n324026.

[1] يضمن **مبدأ المواجهة** بصفة عامة تحقيق مطلبين أساسيين، الأول : أن ما يقدم من مستندات أو أوراق أو أدلة بواسطة أحد الطرفين يجب أن يكون في متناول الطرف الأخر للاطلاع عليه والعلم به ومناقشته ومحاولة تفنيده، والثاني : لا يستطيع القاضي أن يبني حكمه إلا على الأدلة التي تم جمعها ومناقشتها في الجلسة وعلم بها جميع الأطراف. ويضمن مبدأ المواجهة للأطراف على هذا النحو محاكمة عادلة ومنصفة على الوجه الذي تتطلبه المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص648. ود.عقبة سلطون، رسالته، مرجع سابق، ص225.وعلى هذا جاءت المادة/L.521-1/:

((Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale. Lorsqu'il lui est demandé de prononcer les mesures visées aux articles L. 521-1 et L. 521-2, de les modifier ou d'y mettre fin, il informe sans délai les parties de la date et de l'heure de l'audience publique.)).

تكـون مفروضـة عنـد تطبيـق دعـوى القضـاء المسـتعجل الموضـوعي قبـل التعاقدي[1]،ومن ذلك أنه يجب أن يتم تبادل المذكرات بين المدعي والإدارة المدعى عليها. إلا أن مجلس الدولة بسبب طبيعة الدعوى لطف من هذا الإجراء، حيث قضى بوجوب تبليغ الإدارة المدعى عليها بالطلبات المقدمة من المدعي، إلا أنه لا يمكنه أن يترك للإدارة إلا ثلاثة أيام لتقديم دفعها[2]، إضافة إلى أنه لا يترك لها الوقت إلا لسماع جوابها الشفوي على المذكرة[3].

ولكن ذلك لا يجعل رد الإدارة على هذه الملاحظات إلزامياً، ذلك أن مبدأ ضرورة علم الإدارة بالملاحظات التي يبديها المدعي في دعواه ،وعدم لزوم ذلك بالنسبة لملاحظات الإدارة على دعوى المدعي كان قد أقره مجلس الدولة بالنسبة للقضاء المستعجل بشكل عام[4].

والقاضي في إطار القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي يبت بالدعوى دون تدخل مفوض الحكومة[5]. بحسبان أن تدخل مفوض الحكومة لا يكون إلزامياً، كونه لا يقدم تقريره بشكل إلزامي إلا في حالة انعقاد المحكمة بتشكيلها الجماعي[6].

---

[1]Vandermeeren.R, op.cit, p.98.

ويرى الأستاذ Richer أن القضاء في هذه الحالة ليس قضاء مستعجلاً حقيقياً، لأن القاضي يبت بالموضوع أو بأصل الدعوى (Richer (L.),op.cit, p.166.) .

[2]CE, 15-6-2001, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de sainte-Martin – Re – CE, p.1040.

[3]CE, 5-4-2006, Ministre de défense, req, n288441.

[4]CE, 29-3-1995, commune de SiStéron, Rec., p.727.

[5]CE, 16-10-2000, Sté terreau, a mentionner aux tables.

[6]د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص650.

الفرع الرابع – العلنية في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

يقصد بعلنية الجلسة أنه بإمكان الفريقين ،أو محامييهما ،إبداء ملاحظاتهما خلال الجلسة ضمنحدود طلباتهما الخطية[1]. والمبدأ أن علنية المناقشات أمام القضاء الإداري الحالي لا تكون إلا بنص تشريعي ،أو تنظيمي[2]، في حين أنها تفرض أمام المحاكم المدنية بموجب مبدأ قانوني عام[3].وقد ألزمت المادة /6/ من تقنين القضاء الإداري أن تكون المناقشات في جلسة علنية[4].

أما علنية الحكم فهي أن تتم قراءة الحكم علانية في جلسة عامة.ولا تفرض في نطاق القضاء الإداري إلا بموجب نص تشريعي أو تنظيمي – كما هو المبدأ بالنسبة للمناقشات – وليس استناداً إلى مبدأ قانوني عام أو إلى الاتفاقية الأوربية لحقوقالإنسان[5]. وقد ألزمت المادة /10/ من تقنين القضاء الإداري الحالي أن يكون صدور الأحكام في جلسةعامة[6].

ومبدأ العلنية واجب التطبيق في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، فيجب أن يدعى الأطراف إلى جلسة علنية يكونون فيها على قدم المساواة ،ويقدمون خلالها ملاحظاتهم الشفهية تدعيماً للملاحظات المكتوبة التي تقدموا بها سابقاً[7]. وتطبيقاً لذلك فقد ألغى مجلس الدولة أمراً أصدره

---

[1]G.Vedel, P.DElvolve,op.cit., p.149.

[2]CE,8-12-1982,Serban , Lebon 1982 , p.9.

[3]CE,4-10-1974,M[mé] David ,Lebon1974,p.464.

[4]Art. L6 par CJA 2009: ((Les débats ont lieu en audience publique)).

[5]CE,22-11-1985, Ben amour ,Lebon 1985 ,p.331.

[6]Art. L10 par CJA 2009: ((Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus)).

[7]Richer. (L.) droit des contrats administratifs,2010, op.cit, p144.

رئيس محكمة Caen لأن هذا الأخير لم يدع الأطراف إلى سماع ملاحظاتهم الشفهية في جلسة علنية[1]. وقد اعتبر مفوض الحكومة Lasvignes أن مبدأ الملاحظات الشفهية المقدمة من الأطراف خلال جلسة علنية يجب تحقيقه من جانب قاضي دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لسببين، ذلك أن القاضي ومن خلال هذه الدعوى يمكن أن يبت بشكل نهائي بالموضوع من جهة، ولأن المادة /6/ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تفرض مبدأ علانية المناقشات القضائية من جهة أخرى[2].وقد بيّن مجلس الدولة الفرنسي بأنه يقع على عاتق القاضي أن يشير في حكمه إلى أن الخصوم تقدموا بملاحظاتهم الشفهية في جلسة علنية وذلك تحت طائلة عدم مشروعية هذا الحكم[3].

إلا أنه يمكن للقاضي واستناداً لنص المادة /R.222-1/ من تقنين القضاء الإداري أن يتحقق من أنه لا يوجد محل للفصل بالدعوى، وفي هذه الحالة لا توجد جلسة علنية ولا اطلاع على مذكرات[4].

Pacteau(B.) ,Contentieux administratif ,op.cit.,p.367.

[1]CE, 10-6-1994, commue de Cabourg, précité.

[2] مذكور عند د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص649.

[3]CE, 13-12-1996 syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets, Req, n169706.169796

CE, 10-2-1997, Moch.M, précité.

[4]Art./R.222-1/ du CJA par 2009:((Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, le vice-président du tribunal administratif de Paris et les présidents de formation de jugement des tribunaux et des cours peuvent, par ordonnance : 1- …… 2- … 3-Constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une requête……)).

CE, 30-6-1999, SA, Group patonche, Rec.,CE, 949,

ودون شك فإن علانية الجلسات تعتبر ضمانة أساسية لتحقيق مبدأ المواجهة، كما تجيز التحقق من تبادل كل المذكرات بشكل مشروع، وأنها فحصت بشكل جدي من جانب القاضي.وذلك على الرغم من الانتقاد الشديد الذي وجهه بعض الفقه لتطبيق التزامي المواجهة والعلانية في مجال دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لأن من شأنهما أن يخففا فعالية الدعوى[1].

كما يلاحظ أن مجلس الدولة قد ألزم القاضي الذي يبت بالدعوى بأن يعلم أطراف الخصومة بالنقاط التي سوف يثيرها من تلقاء نفسه لأنها تتعلق بالنظام العام ،وتحت طائلة عدّ حكمه مشوباً باللامشروعية[2]، وذلك في الواقع لا يعدّ إلا تطبيقاً لتقنين المحاكم الإدارية ،ومحاكم الاستئناف الإدارية ،والذيكان يقضي بضرورة أن تعلم المحكمة الأطراف قبل جلسة الحكم بوجود نقاط من النظام العام ستثيرها من تلقاء نفسها ،مع وجوب أن يترك لهم مدة كافية لأجل تقديم ملاحظاتهم على ذلك.

والاستماع للأطراف يجب أن يكون في جلسة عامة، يمكن للأطراف أن يبدوا فيها ملاحظاتهمالشفوية مؤيدة بنتائجهم الكتابية[3]، ويمكن للأطراف أن يُثيروا بشكل شفوي وسائل جديدة، كما يمكنهم أن يقدموا وبعد جلسة الاستماع ملاحظتهم على المداولة التي يمكن أن تستلزم فتح التحقيق، وهذا الأمر يجب أن يذكر أنه اتخذ بجلسة علنية[4]، والقرار لا يمكن أن يكون إلا في جلسة علنية[5].

---

[1]Richer(L.), op.cit, p.144.

[2]CE, 2-10-1996, SARL. Entreprise générale d'électricité, précité.

[3]CE,Ass, 10-6-1994, commune de Cabourg, Préc.

[4]CE, 13-12-1996, syndicat intercommunal pour la revalorisation des de chet, Req, CE, p.488.

[5]CE,15-6-2001, syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable de sainte – Marin, en –Préc.

المطلب الثاني: أسباب تدخل القاضي الإداري في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

لا يراقب قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي– في إطار هذا المجموع التشريعي والتنظيمي – إلا القواعد التي عالجت التزامات العلانية والمنافسة في مرحلة إبرام العقد.وبناءً عليه فإن الخروقات المرتكبة لا تكون من حيث النتيجة قابلة أن تُثار أمام قاضي الأمور المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية إلا إذا كانت تتصل بمبدأي العلانية والمنافسة، وإن حصر أسباب تدخل القاضي في الخروقات المتعلقة بهما يحتم علينا دراسة هذه الأسباب الحقيقية للتدخل، فضلاً عن دراسة الأسباب التي لا تتصل بهذين المبدأين والتي لا يمكن الارتكان إليها في إثارة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بغية استبعادها من نطاق هذه الدعوى، وعليه فإننا سنتناول بالدراسة الآتي:

1- خرق مبدأ العلانية.

2- خرق مبدأ المنافسة.

3- الأسباب غير الفاعلة أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

الفرع الأول – خرق مبدأ العلانية

تعدّ قواعد العلانية من قبيل الشكليات الجوهرية، وبالتالي فإن الغياب الكلي للعلانية يعيب إجراءات إبرام العقد ويلطخ التعبير عن إرادة الإدارة بشبهة الفساد، وقد أوجب تقنين الشراء العام في المادة الأولى منه على ضرورة التزام السلطات المتعاقدة بمبادئ العلانية في تعاقداتها[1]، في حين جاء تقنين القضاء

[1]نصت المادة الأولى من تقنين الشراء العام الفرنسي رقم /975/ لعام 2006، في البند ثانياً : تخضع عقود الشراء العام التي تتم في إطار هذا القانون لمبادئ حرية الدخول في الطلبات العامة، والمساواة في

الإداري الحالي على اعتبار أن خرق التزامات العلانية من الوسائل التي يمكن بالاستناد إليها إثارة الدعوى أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ويخضع هذا الخرق لرقابته[1]. بحيث يراقب القاضي عادة محتوى وتنظيم المعلومات التي يتوجب إيرادها في الإعلان عن طلب العروض العام بالمنافسة[2].

وتتجلى حالات خرق قواعد العلانية وفقاً لما حدده القضاء الإداري بمايلي:

1- عدم الإعلان مطلقاً عن المشروع موضوع الطرح للتعاقد[3].

2- عدم كفاية وسائل الإعلان[4].

3- عدم تحقيق الهدف من الإعلان وذلك بعدم نشره بشكل صحيح وكامل في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي[5]. إلا أنه وبالمقابل لم يعدّ مجلس الدولة الفرنسي خرقاً لقواعد العلانية الاختلافات الحاصلةفي التفاصيل الدقيقة

المعاملة بين المرشحين، والعلانية وشفافية الإجراءات. وهذه المبادئ لضمان فعالية كل من القطاع العام والاستخدام السليم للأموال العامة. وتنفذ هذه الالتزامات وفقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

[1]Art. /551-1/ par CJA.7-5-2009 ;((Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence…)).

[2]CE, 8-4-2005, S^té Radiomètre, préc.

[3]Gourdou (J) et TERNEYRE (ph), le réfère précontractuel administratif au lendemain de la reforme législative des procédures d'urgence CGEG, avril, 2001, p.132.

CE, 10-6-1994, commune de Cabourg, Prc.

CE, 20-5-1998, communauté de communes du piedmont de Barr, Préc.

[4]CE, 29-7-1998, syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise, DA, n302, BJCP, 1999, p.2

CE, 10-2-1007, OPAC dnpny – de – Dôme , Tables, p.926.

CE, 27-7-2001, S^té générale des eaux, préc.

[5]CE,30-6-2004, SNCF, BJCP, 2004, p.472.

الواردة في موضوع الإعلان بين الإعلان العام في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي والإعلان المنشور في النشرة الرسمية لإعلانات العقود العامة[1].

4- أن يكون الإعلان ملتبساً لا يؤدي إلى إعطاء الأفراد(ممن لديهم القدرة على الاشتراك) فكرة كافية عن الموضوع المطروح للتعاقد[2].

5- إذا تم الإعلان عن طلب العروض قبل المداولات المرّخصة لإجراء العقد الذي كان قد غدا تنفيذياً[3].

6- إذا تم الإعلان عن طلب العروض قبل أن تكون السلطة التنفيذية قد رخصت بإعلان إجراءات طلب العروض[4].

7- إذا تم الإعلان عن طلب العروضوتمت الإشارة في هذا الإعلان إلى السعر الأعلى الذي يمكن التعاقد عليه مع من سيقوم بتنفيذ الأعمال[5].

8- إذا خلا الإعلان عن طلب العروض بطريق المنافسة من تحديد الضوابط المتعلقة بالأشخاص المؤهلين للتعاقد، والتي تساعد على فرز أفضل للعروض من حيث المحل ومدة التنفيذ[6].

---

[1]CE,29-7-1998,syndicat mixte des transports en commun de L'agglomérationclermontoise , préc.

[2]Richer(L.), op.cit, p.165.

CE,19-10-2001, Région de la Réunion, req, n° 234298.

[3]CE, 21-6-2000, Syndicat intercommunal de la presqu'ile guérandaise, précité.

[4]CE, 27-7-2001, Sté dégerment, préc.

[5]CE 10-2-1997, OPAC du puy – de – dôme, Tables, p.926.

[6]CE, 27-7-2001, S^té générale des eaux, préc.

9- إذا كانت البيانات الضرورية لصياغة العروض غير مبينة لجميع المرشحين[1].

10- عدم إخبار المرشحين بنتائج عروضهم. حيث ألزم تقنين الشراء العام السلطات المتعاقدة بإعلام العارضين برفض عروضهم سواء في حالة طلب العروض المقيد أو المفتوح، إضافة إلى إلزامها بمراعاة مدة الجمود بين تاريخ هذا التبليغ وبين توقيع العقد للسماح لصاحب المصلحة بإقامة الدعوى[2]، وقد كرّس هذا المبدأ في القانون الأوربي المشترك. وعليه انتهى مجلس الدولة إلى أن إخبار المرشحين بنتائج عروضهم يجب ألا ينطوي على تمييز فيما بينهم[3]، كما انتهى أيضاً إلى أن قرار توقيع العقد الصادر عن الإدارة المتعاقدة بدون تبليغ العارضين الآخرين بنتائج عروضهم هو قرار غير مشروع وقضى بناءً على ذلك بضرورة إلغاء العقد، بحسبان أن هذا الأمر يتعلقبشكليات جوهريةتتمثل بالإهمال من قبل الإدارة[4].

11- عدم إتاحة الإعلان مدة كافية للمرشحين لتفويض مرفق عام لإيداع عروضهم[5].

---

[1]CE, 2-7-1999, SA Bouygues et autre, préc.

CE, 21-6-2000, syndicat intercommunal de la cote d'Avnour, préc.

[2]المادة/80/ من تقنين الشراء العام الفرنسي الحالي لعام 2006

[3]CE, 20-10-2006, syndicat des eaux de Charente – Martine, req, n 278601.

CE, 13-3-1998, S^{té} de transports Galliera, n^{o} 165238.

[4]CE,19-12-2007,SIAEP confolentais ,BJDCP,2008 ,P.123.

[5]CE, 15-6-2001, syndic. Intercommunal d'adduction d'eau potable de sainte – Martin en, Rec.

الفرع الثاني –خرق مبدأ المنافسة

يقتضي مبدأ المنافسة إتاحة الفرصة أمام كل من يرى أهليته للاشتراك في الطلبات العامة من التقدم إليها، وتحقيق المساواة في المعاملة بين جميع المرشحين.وقد أوجب تقنين الشراء العام في المادة الأولى منه على ضرورة التزام السلطات المتعاقدة بمبادئ المنافسة في تعاقداتها[1]، في حين جاء تقنين القضاء الإداري الحالي على اعتبار أن خرق التزامات المنافسة من الوسائل التي يمكن بالاستناد إليها إثارة الدعوى أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ويخضع هذا الخرق لرقابته[2].

وتتجلى الالتزامات التي تترتب على الإدارة لاحترام مبدأ المنافسة، والتي تخضع في حال خرقها لرقابة قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بالآتي :

1- تحديد موضوع العقد والشروط والمواصفات الفنية والتقنية المطلوبة للتعاقد.

2- مراعاة التنظيم الذي تستند إليه المنافسة.

3- أسباب الرفض.

4- عدم قانونية إجراء إبرام العقد.

1) تحديد موضوع العقد والشروط والمواصفاتالفنية والتقنية المطلوبة للتعاقد

---

[1]نصت المادة الأولى من تقنين الشراء العام الفرنسي رقم /975/ لعام 2006، في البند ثانياً : تخضع عقود الشراء العام التي تتم في إطار هذا القانون لمبادئ حرية الدخول في الطلبات العامة، والمساواة في المعاملة بين المرشحين، والعلانية وشفافية الإجراءات. وهذه المبادئ لضمان فعالية كل من القطاع العام والاستخدام السليم للأموال العامة. وتنفذ هذه الالتزامات وفقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

[2]Art. /551-1/du CJA.7-5-2009 ;((Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence ...))

وتتجّلى التزامات الإدارة في احترام مبدأ المنافسة في تحديد موضوع العقد والشروط والمواصفات الفنية والتقنية المطلوبة للتعاقد وبشكل خاص ما حددته المادة /6/ من تقنين الشراء العام، والتي تخضع في حال خرقها لرقابة قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بالآتي :

أ- لا يجوز أن يكون موضوع العقد والمهمة التي ستعهد إلى المتعاقد مؤديين للالتباسلدى الأفراد الراغبين بالتعاقد.

ب-لا يجوز أن تكون الشروط والمواصفات المطلوبة للتعاقد مؤدية إلى محاباة أحد المرشحين، أو تهدف إلى استبعاد مرشحين محددين، ومن ذلك مثلاً قيام الإدارة باشتراط مميزات تقنية مُغالى فيها بشكل كبير بحيث ينحصر الطلب بأشخاص محددين، وبشكل لا يمكن أن تبرره ضرورة وحاجة المرفق العام أو الهدف من العقد[1].

ت-لا يجوز للإدارة حصر الشروط والمواصفات المطلوبة للتعاقد، بما يستدل معه اتجاه قصدها للتعاقدمع شخص محدد.

ث-يجب على الإدارة عند تحديدها لشروط إبرام عقد تفويض مرفق عام أن تكون هذه الشروط مقيدة المحتوى بما يحقق مصلحة المرفق العام، ولا يجوز أن تحدد هذه الشروط معياراً تمييزياً بين المرشحين المتنافسين[2].

ج- يجب على الإدارة عند تحديدها للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة للتعاقد أن تكون هذه الشروط والمواصفات مما يسمح للمرشحين بالاشتراك

---

[1]C.Bergeal. F,Lineca, 2010, op.cit, p.71.

CE, 15-5-2001, SIAEP de st – Martin – en – REC., Req. 223482.

CE, 18-12-2002, ville de Paris, RTD, com., 2003, p.283.

CE, 3-11-1990, Sté district de l'agglomération Nancéienne R.F.D.A, 1995, p.1077.

[2]CE,21-6-2000,Syndicat international de la Cote d'Amour,préc.

في طلب التعاقد على قدم المساواة، ولا يجوز أن تكون مؤدية إلى إقامة عقبات أمام المتنافسين لا مبرر لها. من أجل ذلك كان لابد للإدارة أن تأخذ في الحسبانعند تحديدها لهذه الشروط والمواصفات سهولة اشتراك الجميع من ذوي الاختصاص.

ح- يجب ألاّ تشير الشروط والمواصفات الفنية المطلوبة إلى طريقة ،أو عملية التصنيع أو إلى مصدر معين، أو إلى علامات التجارية وبراءات اختراع محددة، أو إلى نوع معين، حيث أن هذه الإشارة من شأنها أن تؤدي إلى حصر دائرة الاشتراك لصالح بعض التجار ،أو بعض المنتجات. بيد أن مثل هذه الإشارة لا مانع منها إذا كان لها ما يبررها في موضوع العقد، أو في بعض الحالات الاستثنائية التي تحتاج إلى قدر كاف من الدقة والمتطلبات الفكرية التي لا يمكن الاستغناء عنها، شريطة أن يقترن الطلب في هذه الحالة بعبارة "أو ما يعادلها".

خ- إذا قامت الإدارة بتحديد وثائق المواصفات الفنية المطلوبة فإنه لا يمكنها رفض العرض بحجة أنه لا يتفق مع هذه المواصفات، إذا كان مقدم الطلب أثبت في عطائه بأنه استوفى المواصفات المطلوبة التي حددتها الإدارة.

د- إذا قامت الإدارة بتحديد متطلبات الأداء الوظيفي فإنه لا يمكنها رفض العرض إذا كانت الوثائق التي قدمها العارض تلبي المعايير أو ما يعادلها من متطلبات الأداء الوظيفي المطلوبة.ويجب على مقدم العرض أن يثبت، وبأي وسيلة ملائمة أن المعايير أو ما يعادلها من وثائق العطاء تلبي الاحتياجات الوظيفية ،أو متطلبات الأداء، ومن ذلك أن يقوم العارض الصانع للتدليل على المطابقةبتقديم عينة أو وثيقة تثبت اختبار عطائه من هيئة معترف بها لأغراض المادة المتعاقد عليها نتيجة التجارب المخبرية

أو المعايرة من هيئات التفتيش ومنح الشهادات وفقا للمعايير الأوروبية ذات الصلة[1].

ذ- يجب على الإدارة إذا كان العقد من العقود القابلة للتجزئة في طلب العروض (أي التي يكون موضوع العقد فيها قابلاً للتنفيذ بشكل مجزأ ومن قبل أكثر من متعاقد) أن تشير إلى ذلك في الإعلان ليتمكن المرشحين من الاطلاع على ذلك، أو أن يتم ذكر ذلك في دفاتر الشروط المعدة من الإدارة بشكل مسبق بحيث يمكن الرجوع إليها من قبل الراغب بالاشتراك[2].

2) مراعاة التنظيمالذي تستند إليه المنافسة

يتعين على الإدارة احترام كافة القواعد والشروط التي وضعتها لإبرام العقد، وألا تلجأ لتعديلها بالشكل الذي يؤدي إلى خرق مبدأ المنافسة.وعليه فإن تعديل موضوع العقد الجاري بعد الإعلان عن طلب العروض يخضع لرقابة قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بحسبانه قد يشكل أحياناً التفافاً واضحاًيدل على اتجاه الإدارة لمحاباة أحد الأفراد بغية الإرساء عليهوبما لا ينسجم مع مبدأ المساواة في معاملة الأفراد، والذي يتم ضمانه بإجراء منافسةعادلة بين الأفراد ذوي العلاقة[3].

كما يتعين على الإدارة عند تعديلها لتاريخ فحص العروض في حالة تفويض المرفق العام أن تقوم بتبليغ هذا التعديل لجميع المتنافسين، وبناء على ذلك يكون هنالك إخلال بالمبادئ المتعلقة بالمنافسة في حالة تعديل التاريخ المحدد لفحص

---

[1]Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.21.

C.Bergeal. F,Lineca, 2010, op.cit, p.74.

[2]المادة /6/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الحالي رقم /975/ الصادر في 2006/8/1

[3]CE, 19-3-1997, Ministre de l'Agriculture c/Sté BULL D.p.941.

العروض دون إبلاغ جميع المرشحين المقبولين الذين تقدموا بعروضهم، بحسبان أنه لا يمكن مد الأجل إلا بالاتفاق معهم[1].

كما أنه لا يجوز للإدارة أن تلجأ لتغيير معايير اختيار العروض بعد إيداع العروض من قبل المرشحين[2].كما يشكل خرقاً لمبدأ المنافسة عدم مراعاة الإدارة للمعايير المحددة في نظام المنافسة الخاص بالعقد[3]،وكذلك اختيارهالعرض أحد المرشحين رغم مخالفته لنظام المنافسة الخاص بالعقد[4].ويتعين على الإدارة اعتماد معيار وحيد للاختيار بين العروض في حالة العقود المركبة وهو السعر، وكل مخالفة لذلك تشكل خرقاً لقواعد المنافسة[5].

3) أسباب الرفض les motifs de rejet

يجب على الإدارة إبلاغ المرشحين المستبعدين أسباب رفض عروضهم، وإن تجاهل الإدارة هذا الالتزام بتبليغ أسباب رفض الترشيح يشكل إخلالاً بالتزامات العلانية والمنافسة[6].

---

[1]CE, 13-12-1996, syndicat intercommunal pour la revalorisation des de chets du secteur cannes – crassa et autres, Rec., CE. p.488.

CE, 7-11-2005, ville de Paris, Rec., CE.p.432.

[2]CE, 1-4-2009, S^té^ Bodin – Châteauneuf, req, n315586.

CE,1-4-2009, ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, req, n321752.

[3]CE, 10-2-1997, S^té^ Réveillon, Tables, p.927.

[4]CE, 25-7-2001, commune de Gravelines ,préc.

CE, 29-7-2002, commune de eavalaire – sur – Mer, préc.

[5]CE, 6-4-2007, Département de l'Isère, BJCP, 2007, p.293.

[6]Jean-David Dreyfus, réfère précontractuel et obligation de communiquer les motifs de rejet d'une offer, AJDA, 2004, p.709.

CE, 21-1-2004, S^té^ Aquitaine de monition, Rec., CE. p,771.

وتخضع أسباب الاستبعاد دائماً لرقابة قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بالنظر لطبيعتها[1]، وأياً كان سبب الاستبعاد، سواء أكان بسبب عدم كفاية المصادر التي يعتمد عليها الأفراد في إعداد عروضهم[2]، أوبسبب عدم احترام الشروط الشكلية لتقديم العروض[3]، أو عدم نظامية التوقيع على التصاريح المتعلقة بحسن السمعة[4]،أو عدم توافق الوسائل المقدمة من المرشح مع الطبيعة والمقدار المالي للأعمال المراد إنجازها[5].

وقد كان تقنين عقود الشراء الحالي رقم /975/ لعام 2006 قد أوجب في المادة /80/ منه على الإدارة إبلاغ كافة المرشحين المستبعدين أسباب رفض عروضهم، كما أوجب على الإدارة احترام مدة الجمود وعدم إبرام العقد خلال مدة ستة عشر يوماً بين تاريخ إرسال تبليغ قرار رفض الترشيح وتاريخ توقيع العقد[6]،

---

[1]CE, 28-4-2006 S^té Abraham, contrats et marchés publics, 2006, p.33.

CE, 21-1-2004, Soc. AquitaineDémolition, AJDA, 2004, p.710.

[2]Gourdou (J) et TERNEYRE (ph),op,cit, p.124.

CE, 10-2-1997, S^té Réveillon, préc.

CE, 6-10-2004, La communication hospitalière, Rec., p.772.

[3]CE, 6-11-1998, Assistance publique des hôpitaux de Marseille, Rec. p.441.

[4]CE, 13-11-2002, commune des mans, Rec., CE, p.814.

[5]CE, 3-3-2002, commune de Châteaudun, Rec., CE, p.772.

[6] وقد كانت قوانين العقود العامة المتلاحقة قد ألزمت الإدارة إبلاغ المرشحين بسبب رفض عروضهم، فبموجب تقنين العقود العامة الصادر بالمرسوم رقم /210-2001/ بتاريخ 2001/3/7 كانت الإدارة تختار من الترشيحات أو العروض ما هو موافق لحاجة المرفق بشكل تام، وتعلن بعدها رفض كل المرشحين الآخرين الذين تم رفض ترشيحاتهم وعروضهم. إلا أنه كان يجب عليها أن تطلع المرشح المستبعد على أسباب رفض عرضه خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ استلام طلبه المكتوب لبيان أسباب رفض عرضه. إلا أنه ومنذ صدور المرسوم رقم /15-2004/ أصبحت الإدارة ملزمة بتبليغ المرشحين المستبعدين أسباب رفض عروضهم ولا تستطيع إبرام العقد خلال مدة عشرة أيام بين تاريخ

بغيـة إتاحـة المجـال أمـام المرشـح المسـتبعد لإقامـة دعـوى القضـاء المسـتجل الموضوعي قبل التعاقدي، وإن الإخلال بهذا الإجراء وعدم تبليغ أحد المرشحين المستبعدين أسباب رفض عرضه يؤدي إلى عدم سريان مدة الدعوى بحقه[1].

وكما أوجب تقنين عقود الشراء العام الحالي في المادة /79/ منه على الإدارة، وبعد انتهاء إجراءات المنافسةبالنسبة للعقود والاتفاقات المباشرة، أن تعد تقريراًعن إجراءات إبرام العقد يتضمن على الأقل مجموعة من البيانات منها :

1) اسم وعنوان الإدارة المتعاقدة، وموضوع وقيمة العقد.

2) أسماء المرشحين الذين تم اختيارهم والسبب في هذا الاختيار.

إبلاغ المرشحين الذين لم تقبل عروضهم وبين تاريخ توقيع العقد، وعدم مراعاة هذه الشكلية الجوهرية يشوب قرار الإبرام بعدم المشروعية.

TA. Paris, 1-1-2003, sociétésodisfom, AJDA, 2003, p.1111.

[1]Jean-David Dreyfus, réfèreprécontractuel et obligation de communiquer les motifs de rejet d'une offer, AJDA, 2004, p.710.

Article 80 Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 24

I.-1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.

Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature.

Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

3) أسماء المرشحين المستبعدين وأسباب استبعادهم.
4) أسباب اللجوءلإبرام العقد عن طريق التفاوض.
5) أسباب اللجوء لإبرام العقد عن طريق الحوار التنافسي.
6) أسباب عدول الإدارة عن إجراء تعاقدي لإجراء آخر.

ويقدم هذا التقرير جنباً إلى جنب إلى الهيئات الحكومية المسؤولة عن الرقابة على العقود، كما ويعرض هذا التقرير كأحد العناصر الرئيسية إلى اللجنة الأوروبية بناء على طلبها[1].

---

[1]Article 79 Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 9
Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation comportant au moins :
1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique ;
2° Le nom des candidats retenus et le motif de ce choix ;
3° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
4° Les motifs du rejet des offres jugées anormalement basses ;
5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers ;
6° En ce qui concerne les procédures négociées, le motif du recours à ces procédures ;
7° En ce qui concerne le dialogue compétitif, le motif du recours à cette procédure ;
8° Le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique ;

وفي الواقع العملي فإن اطلاع المرشح المستبعد على أسباب رفض عرضه تشكل جزءاً من التزامات العلانية والمنافسة في مجال العقود العامة، وتجاهلها يؤدي إلى إيقاف إجراء إبرام العقد بموجب دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

وبناءً عليه انتهى مجلس الدولة في حكمه الشهير الصادر في 2004/1/21 في الدعوى التي أقامتها شركة Société Aquitaine de militionsإلى إلزام الإدارة باطلاع الشركة المستبعدة على أسباب رفض عرضها، كون عدم اطلاع الشركة على هذه الأسباب يشكل خرقاًلمبدأ المساواة من جهة واعتلالاًلالتزامات العلانية والمنافسة من جهة أخرى[1].

4) عدم قانونية إجراء إبرام العقد

لا يتعلق احترام قواعد الإجراء الذي لجأت إليه الإدارة لإبرام العقد من حيث المبدأ باختصاص قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، فالقاضي لا يراقب أثر استشارة الجماعة المحلية للجنة الفنية المشاركة في تقييم

9° L'indication que des fournitures proviennent d'un pays membre de l'Union européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ;

En cas de procédure dématérialisée, le pouvoir adjudicateur fournit, en outre, toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique.

Lorsque le pouvoir adjudicateur est soumis à un contrôle public de ses marchés, ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés.

Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

[1]CE, 29-4-2004, société Baggerbedrijf de boer, Req, n239466.

العطاءات أواستشارتها للجنة الاستشارية للمرافق العامة المنصوص عليها في المادة L.1411-4 من التقنين العام للجماعات المحلية[1]، كما رفض القضاء الفرنسي أن يبسط رقابته على أساليب التفاوض التي تتبعها الإدارة في معرض إبرامها لعقود التفويض، وذلك على أساس أن القانون قد أعطى للإدارة الحرية الكاملة في التفاوض مع المتنافسين، ولكن تلتزم الإدارة في الوقت ذاته بمراعاة مبدأ المساواة بين المتنافسين في نطاق إجراءات عقود التفاوض[2].

إلا أن هذا المبدأ أخذ بالتراجع تدريجياً ذلك أنه لما كانت تقنيات الإبرام يجب أن تستخدم وفقاً لما هو محدد قانوناً، فإن استخدام إحدى تقنيات الإبرام في غير موضعها من شأنه أن يؤدي إلى خرق التزامات المنافسة[3]، كأن تستخدم الإدارة إجراء العقد المفاوض في غير الحالات المحددة حصراً من جانب المشّرع أو تستخدم إجراءاً مقيداً – مناقصة مقيدة أو طلب عروض مقيد – في الوقت الذي تشير فيه معطيات العملية التعاقدية إلى ضرورة اللجوء إلى إجراء مفتوح – مناقصة مفتوحة- طلب عروض مفتوح[4].

---

[1]A.DE laubadere,F.moderne,P. Delvolve,contrats administratifs,op.cit,p.1040

CE, 24-10-2008, syndicat intercommunal des eaux de Mayottereq, n° 300034.

CE,4-2-2009, communauté d'agglomération du bousin de thanreq, n311949.

[2]CE, 27-7-2001, Sté Degremont, Rec., CE,P.413.

[3]TA. Marseille, 30-7-1997, Sté degremmont, Req, N974566.

[4]**العقد المفاوض**: تقنية لإبرام عقود الشراء العام ترتكز على المناقشة والتفاوض الحر بين الشاري العام والمرشحين الذين يمكن أن ينفذوا العقد المراد إبرامه، ويطلق على هذه التقنية تسمية (الممارسة المحدودة) في مصر، و (التعاقد بالتراضي) في سورية. وهي ذات طابع استثنائي فالأصل أن يتم اللجوء إلى تقنيتي المناقصة وطلب العروض، ولا يلجأ إلى تقنية العقد المفاوض إلا في حالات حددها القانون بشكل حصري، د.مهند نوح، مرجع سابق، ص575. و د.أديب الحسيني، إدارة عقود الـBOT، رسالة دكتوراة، جامعة دمشق، 2010، ص 330 وما بعدها.

وعليه أطلق القاضي وبشكل تدريجي رقابته على أساس أن كل إخلال يتعلق بالإجراء سيكون له تأثير على اختيار العرض، مما يتوجب بسطرقابته على هذا الإخلال وفرض جزاء عليه، ومن ذلك بسط رقابته على قانونية تشكيل لجنة طلب العروض[1].

والقاضي يتحقق من حقيقة الإخلال المُثار ومدى الأثر الذي يرتبه هذا الإخلال على قرار الإدارة[2]. لذلك فقد عدّ مجلس الدولة أنه لا يعد خرقاً لقواعد المنافسة قيام لجنة فض العروض بتنظيم قائمة المرشحين المقبولين بشكل غير نظامي، طالما أنه لم يكن لها تأثير على نظامية الإجراء اللاحق بحسبان أن المرشحين كافة قد استجابوا لطلب العروض وقبلوا تقديم عروضهم[3]. كما عدّأنه لا يعد خرقاً لقواعد العلانية والمنافسة كون أحد أعضاء لجنة طلب العروض المنتخبين كان يعمل لدى إحدى الشركات العارضة، طالما أنه قد ترك العمل لدى هذه الشركة منذ عشر سنوات[4]. في حين عدّ أن تأجيل مدة إيداع العروض لفترة قصيرة أو اختيار تاريخ خاص لإيداع العروض يمكن أن يحتوي على إخلال بالمساواة بين العارضين[5].

المناقصة أو طلب العروض المفتوح : هو إجراء يمكن من خلاله لكل فاعلية اقتصادية أن تتقدم بعرض رغبة منها بالاشتراك للتعاقد.

أما المناقصة أو طلب العروض المقيد : فهو إجراء يمكن من خلاله للشخص أن يتقدم بعرض بناءً على دعوة من سلطة التعاقد.

Richer (L.) ,op.cit, p.443.

[1]CE, 27-7-2001, S^té Degremont, Rec., CE,P.413.

[2]CE, 16-10-2000, Cieméd. D'exploitation des services des eaux, RFD, adm.2001, p.106.

[3]CE, 25-7-2001, syndicat des eaux de l'infèrent, DA, 2001, n228.

[4]CE, 27-7-2001, S^té Degremont, préc.

[5]CE, 5-6-2007, S^té Corsica ferries, Req, n305280.

الفرع الثالث –الأسباب غير الفاعلة أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

لا تعد من الوسائل المقبول إثارتها أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي المسائل الآتية :

1. مسائل الاختصاص Les questions de compétence

لا يراقب القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي اختصاص الإدارة ،أو الجماعة المحلية ،بإبرام العقد المُتنازع فيه[1]،كما لا يراقب مدى اختصاص الشخص الذي قام بالتوقيع على العقد موضوع النزاع[2]، ولا مدى المراعاة من المؤسسة العامة لاحترام مبدأ التخصص[3]،كما لا يراقب مدى اختصاص الجهة التي أرسلت قائمة المتعهدين المقبولين لتقديم عروضهم،أو الجهة التي تحدد تاريخ إجراء المفاوضات مع الشخص المحتمل التعاقد معه[4].

2. الخطأ الذي يكون بفعل المرشحين Le faut des candidats

---

[1]CE, 30-6-1999, De Mathieu et Bord, Rec., CE, p.890.

CE,30-12-2002,commune de Bandol ,MP, com. ,p. 56.

CE, 19-11-2004, commune d'Auxerre C/S^{té} saur FranCE, JCP, p.4.

L.Richer ,op.cit, p.167.

[2]CE, 8-2-1999, S^{té} compagnon. Bern and – SGE, BJCP, 1999, p.361.

[3]CE, 21-6-2000, syndicat inter command de la cote d'Amour et de la presque le guérandaise Rec., CE, p.283.

CE, 16-10-2000, C méditerranéenne des services, d'eau, RFDA, 2001, p.105.

[4]C.Bergeal, F.Lineca,op.cit.,p89.

لا يدخل في أسباب تدخل قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي الخروقات التي لا تكون بفعل الإدارة، وإنما تكون بفعل المرشحين[1]، وهذا الأمر بدهي بحسبان أن دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وسيلة لرقابة خروقات العلانية والمنافسة في مرحلة قبل إبرام العقد، وهي التزامات تقع في مجملها على عاتق الإدارة وتتم بموجب تصرفات أحادية من قبلها.

3. فحص العروض L'appréciation des candidats

لا يدخل في أسباب تدخل قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي مسألة تقدير محتوى الاستحقاقات الخاصة للمرشحين للموازنة بينها وتحديد الاختيار النهائيلأحد العروض[2].

4. العيوب التي تشوب تنفيذ العقد

vices entachant l'exécution du contrat

لا يتعلق باختصاص القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي الخروقات التي تقع لقواعد المنافسة ،والتي تؤدي لتنفيذ العقد بحسبانها من اختصاص قاضي الأساس[3].

5. العيوب التي تُثار بعد توقيع العقد

Les vices quipeuventêtreinvoques après la signature du contrat

يتوقف اختصاص قاضي القضاء المستعجل قبل التعاقدي عند توقيع العقد، وعليه اعتبر مجلس الدولة أنه لا يدخل باختصاص قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي الخروقات المتعلقة بشرط الجمود، والذي

---

[1]CE, 2-7-1999, SA Bouygues, Rec., p.102.

[2]CE,29-7-1998,syndicat mixte des transports en commune de l'agglomération clermontoise, DA, n3-2 , BJCP,1999, p.2.

[3]CE, 24-10-2001, collectivité Territoriale de la corse, CJEG, 2002, p.254.

تُخالف فيه الإدارة احترام مدة الجمود بين تبليغ قرارات رفض العروض المستبعدة وتوقيع العقد، طالما أنه تم إبرام العقد[1]، وفي هذه الحالة تغدو دعوى القضاء الكامل أمام مجلس الدولة هي وسيلة المتضرر من هذا الخرق بعد إبرام العقد[2]، إلا أنه مُنذ صدور أمر 2009/5/7 أصبح بإمكان المتضرر سلوك طريق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقديleréfère contractuel

6. الإخلال الذي لم يضر بالمدعي

كان القضاء الإداري يقبل من المدعي المرشح إثارة كل الخروقات لالتزامات العلانية والمنافسة، وبغض النظر فيما إذا كان هذا المدعي قد تضرر من هذا الخرق أم لا. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ،ومنذ حكمه الصادر في 2008/10/3 بقضية SMIRGOMES[3]أقر مبدأ هاماً مفاده أن الدعوى لاتثار أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي إلا بسبب خروقات التزامات العلانية والمنافسة التي تحدث ضرراً بالمدعي. وقد جاء هذا الاجتهاد القضائي مطابقاً لنصوص التوجيه الأوربي المشترك ولقضاء محكمة العدل الأوروبية المشتركةللاتحاد الأوروبي[4]، وبناءً عليه جاء نص المادة /L.551-1/ من تقنين القضاء الإداري ليقرر بأن الأشخاص المؤهلين لإقامة دعوى القضاء

---

[1]CE, 7-3-2005, S^té Grand jouons Saco, Req, CE, p.96, AJDA, 2005, p.1298. CE, 17-10-2007, S^té physical networks sot ware, req, n° 300419.

[2]CE, ASS, 16-7-2007, StéTropique travaux signalisation.

[3]CE, sect., 3-10-2008, syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe [SMIRGEOMES] AJDA, 2008, 2161, chron, Geffray et Lieber, RFDA, 2008, p.1139.

[4]CJCE, 19-6-2003, Hackermuller, C-249/01, Rec., 6319.

المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي هم من لهم مصلحة بإبرام العقد ،أو من يمكن أن يتضرروا من الخرق الحاصل لالتزامات العلانية والمنافسة.

هذا وإن مسألة تقدير ما إذا كان المرشح قد تضرر من خرق التزامات العلانية والمنافسة تخضع لتقدير القاضي بالنظر لمضمون هذا الخرق والمرحلة التي حصل فيها هذا الخرق.وقد بيّن مجلس الدولة بأنه يجب على المدعي أن يحدد الخرق الذي سبب له الضرر[1]. ويعمل القاضي على رفض الدعوى في حال عدم ثبوت هذا الضرر[2].

وبناءً على ماسبق لا يعد المتعهد الذي تم قبول عرضه متضرراً، فيما لو كان هنالك عرض آخر موافق لمحل العقد قد تم رده[3].

وبذات الحالة فإن المتعهد لا يكون متضرراً من خرق الإدارة لالتزاماتها من خلال تحديدها طريقة قانونية لاستخدام العمال، تهدف منها بشكل غير مباشر مساعدة أحد المتعهدين المتنافسين، طالما أنه قد تم الإرساء عليه[4].

كذلك لا يعد المرشح متضرراً بشكل مباشر أو غير مباشر من المدة الطويلة لعقد تفويض المرفق العام طالما أن محتوى عرضه كان قد بقي نفسه[5].

وبالمقابل يمكن للمرشح أن ينازع في مشروعية بيانات دفاتر الشرط التقنية الخاصة المطبقة على العقد، التي يمكن أن يتضرر منها بالنظر لمحتواها الغير مشروع أو بالنظر لمرحلة الإجراء الذي ستتطبق عليه[6].

---

[1]CE, 4-2-2009, communauté d'agglomération du bassion du Thau, préc.

[2]CE, 4-2-2009, communauté urbaine d'arras, préc.

[3]CE, 2-10-2008, SMIRGEOMES, préc.

[4]CE, 4-2-2009, communauté d'agglomération du bassion du than.

[5]CE, 4-2-2009, communauté urbaine d'arras , Req, n312411.

[6]CE, 4-2-2009, commune de Toulon, Req, n311344.

المبحث الثاني

الحكم في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

يخضع الحكم الصادر عن قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لذات القواعد التي يخضع لها الحكم القضائي بشكل عام[1]، ومن ذلك أنه يجب أن يصدر في جلسة علنية، كما يجب أن يكون مسبباً يتولى الرد على كل الدفوع أو الوسائل المثارة في الدعوى، ما عدا الوسائل غير الفاعلة أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،والتي لا تتعلق بقواعد العلانية والمنافسة[2].

وتتطلب دراسة الحكم في إطار القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بيان السلطات التي خولها المشّرع للقاضي الإداري الذي سيبت بالدعوى، وذلك بهدف الوقوف على المساحة التي يمكن للقاضي أن يحكم خلالها من جراء الخرق المرتكب، ومن ثم بيان المدة التي يتوجب على قاضي الدرجة الأولى أن يبت بالدعوى خلالها، وانتهاءً بيان كيفية الطعن بالحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى. وعليه فإننا سنتناول في هذا المبحث المطالب الآتية :

1- سلطات قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

2- المدة المحددة للحكم، وكيفية الطعن.

---

[1] إذا صدر قرار عن قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي برفض الدعوى، فإن هذا القرار لا يقيد قاضي العقد في دعوى المشروعية الخاصة كون اختصاص القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي محصور بمراعاة التزامات العلانية والمنافسة فقط.

[2] CE, 10-5-2006, Sté Bronzé, Rec.,CE, p.240.

المطلب الأول: سلطات القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

تعدّسلطات القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي سلطات واسعة ومهمة، وهي تشابه سلطات قاضي الموضوع[1]، بل تكون أحياناً أعلى من سلطات قاضي الموضوع، باستثناء سلطة التعويض[2].

وأهمية القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي تتمّثل بأنه يمنح القاضي صلاحية الأمر باتخاذ إجراءات نهائية، ذلك أن هذا القضاء ليس قضاءً مستعجلاً إلا من ناحية الشكل.

فالقاضي في القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدييمكنه أن يأمر بإلغاء الإجراء الذي لم يكن المدعي قد طلب إلا الوقف له[3]، كما يمكنه أن يتحقق و يبت بطلب المدعي بخصوص وجود إخلال والقوانين والأنظمة، وأن يضع حداً لهذه المخالفات في حال انتهاك الإدارة لالتزامات العلانية ،والمنافسة[4]، كما أن للقاضي أن يقدر مدى الفائدة من السير بالدعوى ،أو عدمه[5].

---

[1] ومن ذلك أنه يمكن للقاضي إجراء خبرة فنية.

CE, 3-11-1995, District de L'agglomération nancéienne, préc.

[2]DANIEL CHABANOL:CODE de justice administrative,4ed,LEMONITEUR., paris,2010,P.571.

S.Braconnier, Droit des marchés publics, Le moniteur, Paris, 2007, 2ed, p.353.

Delvolve (P.), Les nouveaux pouvoirs du juge dans le contentieux des contrats, mélanges Perrot, Dalloz, 1996.

[3]CE, 20-10-2006, commune d'andeville, Rec.,CE, p.434, AJDA, 2006, p.2340.

[4]CE, 15-12-2006, Sté Corsica Ferries, Préc.

[5]S.Braconnier, op.cit, p.353.

وللقاضي أن يأخذ في هذا الإطار نوعين من الإجراءات : تحفظية وقطعية، وسنعرض لكل نوع من هذه الإجراءات.

الفرع الأول – الإجراءات التحفظية

يسمح القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي من حيث المبدأ بالطلب من القاضي اتخاذ إجراءات تحفظية وقتية دون البت بالأساس.

وتتجلى أهم سلطات القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بالإجراءات التحفظية الآتية: الأمر والوقف.

1) سلطة الأمر un pouvoir D'injonction

استقرالقضاء الإداري في فرنسا[1] ومصر وسورية[2]، ومنذ زمن طويل على أن القضاء الإداري لا يستطيع تكليف جهة الإدارة بأن تقوم بعمل معين ،أو الامتناع عنه، كما أنه لا يستطيع أن يحل محلها في عمل ،أو إجراء هو من صميم اختصاصها، كما لا يملك إكراهها على فعل شيء مما سبق عن طريق التهديدات المالية، ويرجع ذلك إلى مبدأ الفصل بين الإدارة الفاعلة والوظائف القضائية، والذي بموجبه يمتنع على القضاء القيام بعمل الإدارة[3].

Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.24.

[1]CE,4-11-1983 ,Noulard , Lebon ,1983 ,p.451.

[2]د. مهند نوح –رسالته–مرجع سابق – ص654.

حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ذي الرقم /100/ بالطعن رقم /748/ الصادر بتاريخ 2003/4/7 مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام 2001-2004 – ص661.

[3]G.Vedel, P.DElvolve, op.cit., p.152.

ومن الفقه العربي د. عبد الغني بسيوني عبدالله –وقف تنفيذ القرار الإداري في إحكام القضاء الإداري – بيروت – منشورات الحلبي – الطبعة الثالثة -2001- ص19.

إلا أن هذا المبدأ تم الخروج عليه في فرنسا بموجب سلطة الأمر التي أعطيت للقضاء بموجب المادة /ل.22/ المدخلة بموجب القانون الصادر في 1992/1/4 إلى تقنين المحاكم الإدارية ،ومحاكم الاستئناف الإدارية ومن ثم إلى تقنين القضاء الإداري الحالي[1]. وهي سلطة تمنح للقضاء لإلزام الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، أو تهديدها للقيام بعمل ،أو الامتناع عنه.وبموجب هذه السلطة يمكن للقاضي أن يأمر الإدارة بإعادة إجراء إبرام العقد كلياً بعدما كان قد اكتمل بإجراءات علانيته القانونية[2]، كما يمكنه أن يأمر باعادة إدخال مرشح مستبعد في إجراءات إبرام العقد، وأن يعطي أمراً باجراء طلب عروض جديد[3]، كما

---

[1]Art./ L.551-1/du CJA par 2009: ((...Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat..... il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours....))

[2]د. مهند نوح – القاضي الإداري والأمر الإداري – مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية – دمشق – المجلد – رقم /2/ –العدد رقم /2/– 2004– ص197وما بعدها، ود. عقبة سلطون –رسالته – مرجع سابق– ص 32.ومن أحكام القضاء في هذا الصدد:

CE, 10-6-1994, commune de Cabourg, Préc.

CE, 21-2000, SARL, playechez Joseph, Préc.

CE, 15-12-2—6, S^{té} Corsica ferries, Rec.,CE, p.566.

T.A, Strasbourg, 26-6-1997, contractions industrielles de la méditerranée, Sté itisa, précité.

ومن الفقه الفرنسي:

Dieu (F.), L'irrésistible extension des pouvoirs du juge du référe précontractuel, AJDA, 2007, p.782.

Ph.Terneyre ,L'émergence d'un recours contentieux de troisième type, DALLOZ, 1992,p.82.

G.Vedel, P.DElvolve, op.cit., p.152.

[3]CE, 6-11-1998, Assistance publique – hôpitaux de Marseille, préc.

يمكنه أن يتدخل ويأمر الإدارة باتباع المعيار القانوني لطرح المشروع محل العقد وفقاً للنظام في حال مخالفتها له[1].

كما يمكن للقاضي أن يراقب أسباب رفض عرض المرشح التي أدت لاستبعاده وأن يأمر باعادة إدخاله في إجراءات إبرام العقد، إن أخفت هذه الأسباب أسباباً تهدف إلى الإضرار بمصلحته التجارية وبحرية المنافسة[2].

إلا أن القاضي لا يمارس سلطة الأمر إلا إذا كان هنالك مخالفة قانونية مرتكبة من قبل الإدارة [3]، كما أن القاضي لا يوجه أمراً للإدارة للقيام بعمل ما إلا إذا لم يكن أمام الإدارة إلا وسيلة وحيدة لإصلاح الخلل المرتكب، أما إذا كان هنالك عدة طرق لإصلاح هذا الخلل فإن القاضي، وبعد إلغاء القرار يجب عليه رفض طلب الأمر[4].

2) سلطة الوقف un pouvoir De suspension

تعدّ سلطة الوقف الممنوحة للقاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ذات أهمية كبيرة، ذلك أن القاضي يملك أن يوقف إبرام العقد، أو أن يوقف تنفيذ كل القرارات المتصلة بإبرام العقد[5].

---

[1]CE, 25-7-2001, commune de Gave line, Req, n229666,

[2]CE, 20-10-2006, syndicat des eaux de la Charente – Maritime, Req, n278601.

CE, 21-1-2004, Aquitaine démolition, préc.

CE, 10-2-1997, M. Moch, précité.

[3]CE, 13-12-1996, syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets, préc.

[4]CE, 3-3-2004, commune de Châteaudun, Rec.,CE, p.772.

[5]Art./ L.551-1/du CJA par 2009: ((...Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du

والوقف يتوافق بشكل عام مع الأمر[1]، ذلك أن القاضي يوقف إبرام العقد حتى يصدر الأمر الذي يتبعه من حيث الأثر.

ويملك القاضي وقف إبرام العقد وذلك حتى سبعة أيام تحتسب من التاريخ الذي يتم فيه تبليغ المدعي المرشح أسباب استبعادهمن قبل الإدارة[2].

ويذهب بعض الفقه في فرنسا إلى أن مسألة وقف إبرام العقد، أو وقف تنفيذ القرارات المتصلة بهذا الإبرام، إنما تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف، على الرغم من وجود أسباب جدية لذلك لدى المدعي[3].

الفرع الثاني - الإجراءات القطعية

وهي الإجراءات التي تخول القاضي اتخاذ إجراءات قطعية منهية للإجراء المخاصم في حال ثبوت مخالفته لما أوجبه القانون من التزامات، وتصل هذه السلطات إلى حد إلغاء التصرف وإبطاله، إضافة إلى سلطة تعديل الشروط التعاقدية بما يتوافق وصحيح القانون في مجال التعاقد، وتتجلى هذه السلطات بالآتي: الإلغاء، والتعديل، وفرض غرامة تهديدية.

---

manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte.....)).

CE, 19-3-1997, ministère de l'agriculture c/Sté Bull, Préc.

[1] Vandermeeren. (R), Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publiques, a la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, BJCP, 2000, n139, p.390.

[2]CE, 21-1-2004, S^{té} Aquitaine démolition, préc.

TA Grenoble, 17-3-1993, S^{té} polyte , Dr. Adm, 1993, n589.

CE, 20-6-1994, commune de Cabourg, Préc.

CE, 3-3-2004, S^{té} Mark systém , AJDA, 2004, p.1034.

[3]Brochon – Moulenes, droit des marchés, T1, op.cit, III, 651, p.4.

1) سلطة الإلغاء un pouvoir d'annulation

يمارس قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي سلطة الإلغاء إذا طلب المدعي إلغاء القرارات المتصلة بإبرام العقد تأسيساً على وجود مخالفة لأحكام القانون[1]، حيث يمكن للقاضي أن يلغي القرارات السابقة على إبرام العقد وأي قرار يترافق مع إبرام العقد، كالقرار الصادر باستبعاد عرض أحد المرشحين من طلب العروض[2]، وقرار لجنة العروض بالإرساء على أحد العارضين[3]، كما يمكنه إلغاء مداولة المجلس المحلي المرخصة لإبرام العقد[4]، كما يمكنه بالنهاية أن يلغي إجراء إبرام العقد بكامله، ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة من إلغاء الإجراء الصادر بإبرام عقود متعلقة بعمليات إصلاح وإخلاء للآليات على شبكات الطرق[5]، وإلغاء الإجراء بإبرام تفويض مرفق عام لمعالجة النفايات[6]، وإلغاء الإجراء بإبرام عقد توريد للمساعدة العامة لمستشفيات باريس[7].

إلا أن قاضي دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لا يمكن أن يلغي قرار توقيع العقد ولا أن يلغي العقد ذاته، وذلك يعود إلى أنه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة يصبح العقد مبرماً، ومع خروج

---

[1]CE, 8-3-1996, S^té^ CGC, préc.

[2]CE, 29-7-1998, Garde des seaux c/StéGenicorp, préc.

[3]CE, 10-2-1997, S^té^ , Réveillon, préc.

[4]CE, 10-6-1994, commune de Cabourg, préc.

CE, 21-6-2000, SARL plage chez joseph, préc.

TA Bordeaux, 15-3-2000, Sté Daimler – chryler Rail, BJCP, 2000, n11, p.285.

[5]CE, 22-3-2000, M. et M^mé^ Lasaulce ,préc.

[6]CE, 30-6-1999, smiton, Préc.

[7]CE, 8-4-2005, S^té^ Radiomètre.

العقد إلى حيز الوجود القانوني فإن قاضي الدعوى المستعجلة الموضوعية قبل التعاقدية يستنفد سلطاته[1].

2) سلطة التعديل un pouvoir de Reformation

يمكن لقاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،وبشكل مباشر أن يعدل مشروع العقد، وذلك بأن يلغي شروط أو اعتمادات مخصصة لنفاذ العقد، والتي كان من الممكن أن تناقض التزامات المنافسة. وسلطة القاضي المذكورة لا تقتصر على الشروط ذات الطبيعة غير القابلة للانقسام، بل تشمل شروط العقد كافة دون استثناء[2]، وبناءً عليه يمكن للقاضي إبطال الشروط التي يمكن أن تنطوي على عنصر تفضيلي يؤدي إلى استبعاد عروض بعض المرشحين مما يشكل إخلالاً بمبدأ المنافسة والمساواة المؤدية للعقد[3].

ويلاحظ بأن ممارسة القاضي لسلطة التعديل تتم بموجب دعوى يثيرها طرف ذو مصلحة ،وفي مرحلة قبل إبرام العقد بحيث تؤدي إلى إنصاف المضرور لاسيما إذا كان أحد المرشحين المستبعدين، كما تدفع الإدارة إلى احترام قواعد العلانية والمنافسة لما قد يترتب على الدعوى من فشل الإجراء.وهذا ما لا يتحقق بالرقابة التي يمارسها القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري على العقود، على الرغم من إمكانية القسم المذكور، وعند دراسته لمشروع العقد أن يطلب من الإدارة تعديل بعض الشروط ،أو حذفها، كون رأيه لا يعدو أن يكون استشارياً من جهة، ولعدم تمكن المضرور من مراجعته ،وإبداء ملاحظاته أمام المجلس من جهة أخرى.

---

[1]T.A, Orleans, 20-5-1995, S^{té} tiru , Req, n1044.

[2]CE, 24-10-2001, collectivité Territoriale de corse, préc.

[3]Richer.(L.), droit des contrats, op.cit, p.100.

3) سلطة فرض غرامة تهديدية.

تعدّالغرامة التهديديةإحدى وسائل القانون العام في المعاقبة على عدم تنفيذ الأحكام القضائية، وبالتالي فهي إجراء يهدف إلى ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث إن القاضي يستطيع أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عيناً خلال مدة معينة، فإذا ما تأخر كان ملزماً بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من التأخير، أو في كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه، وذلك حتى يقوم بالتنفيذ أو الامتناع نهائياً عن الإخلال بالالتزام.وهيوسيلة متاحة لجميع الأجهزة القضائية الإدارية، أي أجهزة القانون العام (المحاكم الإدارية ،ومحاكم الاستئناف الإدارية ومجلس الدولة)، كما أن جميع المنازعات الإدارية قابلة لأن تكون مجالاً لتطبيق الغرامة التهديدية، طالما أن القانون لم يفرق بينها، وعليه فإنه يمكن تطبيق الغرامة في صدد أي قرار صادر عن جهاز قضائي إداري، حتى القرارات التي لم تكتسب قوة الشيء المقضي به، وإن كان التقدير الممنوح لمجلس الدولة في حالة الحكم بالغرامة يقوده في أكثر الحالات _ عدا الاستثنائية منها – إلى قصرها على الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به.كما أن الحكم بالغرامة يشمل جميع الأشخاص المعنوية العامة من القانون العام بل حتى الأشخاص المعنوية من القانون الخاص المكلفين بإدارة مرفق عام ومزودين بامتيازات السلطة العامة[1].

وقد أعطى المشّرع الفرنسي لقاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي سطة فرض غرامات تهديدية على الإدارة في المادة/6-551.L/من تقنين

[1]CE,17-10-1986,Vincot,Lebon 1986, p.234.

القضـاء الإداري رقـم /515/ لعـام 2009 [1]، ومّيـز فيهـا بـين نـوعين مـن هـذه الغرامات، مؤقتة ونهائية [2].

---

[1] أتيحت للقضاء الإداري الفرنسي سلطة فرض الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة كمبدأ عام بموجب القانون رقم (80-539) الصادر في 1980/7/16 الذي خضع للتعديل بموجب القانون الصادر في 1987/7/30.

وقد كان فرض الغرامات التهديدية في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي قبل صدور تقنين القضاء الإداري الحالي يقتصر في القوانين السابقة على أنواع محددة من العقود دون غيرها، فبموجب تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية كانت سلطة القاضي بفرض غرامات تهديدية مقصورة على المادة /ل.23/ دون المادة /ل.22/، أي أن القاضي بإمكانه أن يستخدم سلطة فرض غرامات تهديدية تدعيماً للأوامر التي يوجهها للإدارة إذا رفعت إليه الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية لوجود خرق في التزامات المنافسة أو العلانية عند إبرام عقد في أحد مجالات الماء ،أو ،الطاقة ،أو النقل ،أو الاتصالات، في حين أنه لا يستطيع أن يفرض مثل هذه الغرامات إذا كانت الدعوى تتعلق بمخالفة التزامات المنافسة ،والعلانية عند إبرام عقود أشغال ،أو توريد في غير المجالات المذكورة سابقاً، إذ تبقى على هذه العقود خاضعة لحكم المادة /ل.22/ التي لا تعطي للقاضي هذه السلطة بشكل صريح. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص654.

[2] Art./551-2/ Le juge peut ordonner a auteur du manquement de se conformer a ses obligations en lui fixant un deldi a cette fin. il peut lui enjoindre de suspendre l'execution de toute decion se rapportant a la passation du contrat. Il peut , en outre, prononces une astreinte provisoire est liquid en tenant compte du comportement de celui a qui l'injonction a adressee et des difficultes qu'il a recontrees pour l'excuter.

Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.

L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout

فالغرامة التهديدية المؤقتة هي الغرامة التي يعلنها القاضي مع الأمر الذي يوجهه للإدارة للقيام بعمل ،أو تصحيح خرق ما ،خلال مدة محددة، فإذا انقضت هذه المدة ،ولم تنفذ الإدارة هذا الأمر نفذت الغرامة بحقها، وتبقى هذه الغرامة سارية طالما أن الإدارة لم تصحح هذا الخرق.

أما الغرامة التهديدية النهائية فهي الغرامة التي يعلنها القاضي مع الحكم الصادر عنه بالبت بالدعوى.

ويتم غالباً تعليق سلطة الوقف إذا تم إعلان غرامة تهديدية مؤقتة، ومن ثم تصبح هذه الغرامة المؤقتة نهائية إذا لم يتم تصفية الغرامة المؤقتة ولم يتم إصلاح الخرق[1].

المطلب الثاني: المدد المحددة للحكم وكيفية الطعن

يتمّيز القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدياستجابته لمتطلبات المرحلة التي يتعّين فيها إقامة الدعوى، وخاصة فيما يتعلق بالمدد التي يجب مراعاتها عند البت بالدعوى والطعن فيها، وعليه سنتناول في هذا المطلب:

الفرع الأول: المدد المحددة للحكم.

الفرع الثاني: الطعن بالحكم الصادر بدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

الفرع الأول – المدد المحددة للحكم:

يمكن للمدعي أن يثير الدعوى أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي طالما أنه لم يتم توقيع العقد، ولا يوجد ميعاد لرفض الدعوى قبل توقيع العقد[1].

---

ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.

[1]C.Bergeal , F. Lenica , op.cit, p.121.

ويجب على القاضي أن يبت في كافة الطلبات التي تقدم في صحيفة الدعوى خلال مدة حدها الأعلى عشرين يوماً من تاريخ إقامة الدعوى ،وإن كانت هذه المدة تمتد من الناحية العملية[2]. ذلك أن هذه المدة ليست إلا مدة دلالية وليست مدة سقوط، بمعنى أن انقضاء هذه المدة دون البت في الدعوى لا يكف يد القاضي عن النظر في الدعوى[3]. ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذه المدة قصيرة بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود، وباستقراء الحالات التي طبقت فيها الدعوى يظهر أن المحاكم الإدارية نجحت عموماً في البت بالدعوى خلال ثلاثة أسابيع على الأقل[4].

إلا أن مجلس الدولة ذهب إلى أن التجاوز المبالغ فيه لهذه المدة يجعل من الحكم الصادر بالدعوى غير نظامي، ويمكن أن يكون مجالاً للمطالبة بالتعويض إذا نتج عنه ضرر[5].

وقبل صدور تقنين القضاء الإداري الحالي في 2009/5/7 كان تجاوز المدة لا يؤثر إلا بالنسبة لسلطة القاضي بالوقف، حيث لا يستطيع القاضي أن يعلنه إلا خلال مدة العشرين يوماً.إلا أنه ومنذ نفاذ تقنين القضاء الإداري الحالي في الأول من كانون الأول 2009 أصبح تجاوز مدة العشرين يوماً ليس له أي أثر على الوقف، ويبقى إبرام العقد معلقاً حتى يفصل القاضي بالدعوى.

---

[1]CE ,30-6-1999, Smitom, BCJP.1999, p.607.

[2]CE, set, 3-11-1995, district de l'agglomération ancéienne, Rec., CE, p.391.

Art. R.551-5 du CJA 2009 : Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-2.

[3]Richer.(L.) droit des contrats, op.cit, p.144.

[4]Vendermeen.R, op.cit, p.99.

[5]CE, 2-7-1999, SA Bouygues, préc.

إضافة لما سبق فإن القاضي لا يستطيع أن يبت بالدعوى خلال مدة الجمود /16/ يوماً، أو /11/ يوماً في حال التبليغ الالكتروني، والتي تحسب من تاريخ إرسال التبليغ إلى المرشحين بإرساء العقد ،واستبعادهم، أوتحسب من تاريخ نشر قرار إبرام العقد فيما يتعلق بالعقود التي لاتخضع لشرط الجمود.

الفرع الثاني - الطعن بالحكم الصادر بدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي

يبت القاضي بالدعوى في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بأول وآخر درجة، وحكمه غير قابل للاستئناف، إلا أنه يمكن أن يطعن بالحكم النهائي الصادرعن قاضي الدرجة الأولى وبكافة القرارات الوقتية التي يتخذها (كالقرار الصادر عنه بالوقف)بالنقض أمام مجلس الدولة، ويخضع هذا الطعن للقواعد الآتية[1]:

1- يجب أن يطعن بالحكم خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ القرار.

2- مدة الطعن مدة كاملة، لا يحسب فيها يوم التبليغ.

3- لا يوقف الطعن تنفيذ الحكم.

4- يلتزم القاضي فيه بقواعد القضاء المستعجل.

---

[1]Art.R.551-6 du CJA 2009 :Les décisions définitives prises en application des articlés L.551-2 et L.551-6 par le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délégue sont suscepectible de recours en cassation devant le conseil d'Etat , dans la quinzaine de leur notifacation.

Les mesures provisoires ordonnees en application des memes articles ne peuvent étre conteStées qu'a l'occasion du pourvoi en cassation dirige contre ces décisions

5- عدم حضور المدعي يكون بمنزلة تنازل عن الطعن[1].

6- لا يلتزم قاضي النقض في مجلس الدولة بمدة محددة للنظر بالطعن وإعلان حكمه، إلا أن الحكم يجب أن يصدر في مدة معقولة متوافقة مع فلسفة دعوى القضاء المستعجل[2].

7- لا يجوز الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة إلا من قبل أطراف الدعوى في الدرجة الأولى، أي أنه لا يجوز التدخل في مرحلة النقض[3].

8- إذا تم توقيع العقد قبل أن يبت مجلس الدولة بالطعن ،ويصدر حكمه، يغدو الطعن غير ذي موضوع[4].

ولا يوجد خصوصية محددة لرقابة قاضي النقض على القرارات الصادرة عن قاضي الدرجة الأولى في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، إلا إنه وبتتبع الاجتهاد القضائي يتبين أن رقابة مجلس الدولة كقضاء نقض تتناول الآتي:

1- <u>الإجراء</u>

يراقب مجلس الدولة مدى مراعاة قاضي الدرجة الأولى لشكليات وإجراءات دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، وبشكل خاص مدى مراعاة مبدأ علانية الجلسة، وتسبيب الحكم.ولا يجوز أن يثار أمام قاضي النقض إلا الدفوع التي كانت قد أثيرت أمام قاضي الدرجة الأولى.

---

[1] CE, 7-10-2005, Région Nord – Pas – de – calous.

[2] C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.117.

[3] CE, 14-3-1997, SA pout – a – mousson, Req, n165442.

[4] CE, 3-11-1995, S^{té} Sténtofon communication, Rec., CE. p393, RFD, 1995, p.1077.

CE, 26-2-1996, SA Enterprise Dezellus constructions Rdimm, 1996, p.210.

CE, 28-7-2000, SARL grands travaux caraibes BJCP, 2000, n13, p.457.

2- رقابة أعلى لقاضي الأساس

يراقب مجلس الدولة كقاضي أعلى الأسباب التي استند إليها قاضي الدرجة الأولى في إصدار حكمه، فله أن يبسط رقابته على شروط مشروع العقد دون أن يعدلها، وعلى البيانات المقدمة من المرشحين بناءً على طلب العروض عن طريق المنافسة، ومدى فائدة هذه البيانات[1]، وفيما إذا كان يوجد شك بالهوية الحقيقية للمرشحين[2]، ومدىالفائدة الحاصلة من إجراءات السرعة الخاصة ببعض العقود[3].

3- الخطأ في القانون

يراقب قاضي النقض الخطأ في القانون، ومن ذلك أنه يقرر عدم قبول الدعوى، استناداً إلى أن العقد قد تم توقيعه قبل إقامة الدعوى أمام قاضي الدرجة الأولى أو أثناء سيرها[4].

4- رقابة على التكييف القانوني

بدأ مجلس الدولة ،ومنذ صدور قراره في 2008/7/4 بممارسة رقابة على التكييف القانوني للوقائع من قبل قاضي الدرجة الأولى، وبموجب الحكم المذكور بسط قاضي مجلس الدولة رقابته على تكييف قاضي الدرجة الأولى للتعديل

---

[1]CE, 10-10-2001, Région de la Réunion, Préc.

CE, 2-7-1999, SA Bouygues, Préc.

[2]CE, 29-7-2002, commune de cavalaire – sur – Mer – Préc.

[3]CE, 7-3-2005, communauté urbaine de Lyon, Rec., CE, p.44.

[4]CE, 22-1-1997, SNC conery Bourdin chausse, Req, n171806.

CE, 21-6-2000, syndicat intercommunale de la cote d'amour, Rec.,

CE, 24-10-2001, collectivité territoriale de corse, Préc.

الحاصل في محل العقد بأنه ملحق عقد، واعتبر أنه لم يكيفه بشكل صحيح، ورتب على ذلك إعادة المنافسة[1].

والتساؤل الذي يثور بعد بيان النظام القانوني للقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي هو:هل حقق هذا القضاء الغاية المرجوة منه، أم أنه اعتراه بعض السلبيات التي أدت إلى انتقاده ؟.

أحدث القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي حماسة لدى البعض وخيبات أمل لدى البعض الآخر، فبعد توصيفه بأنه ثورة عند إنشائه، كونه لبى حاجة الأمن القانوني في إطار النزاعات المتعلقة بإبرام العقد، بما حققه من سرعة البت في النزاعات المتعلقة بقواعد العلانية ،والمنافسة، بشكل يتوافق مع ما تتطلبه مرحلة إبرام العقد من سرعة[2].

إلا أن عدداً من الشراح اعتبروا بأن القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي قد فقد فائدته، طالما أن سلطاتالقاضي سوف تنتهي مع إبرام العقد، وهو ما يدفع الإدارة لإبرام العقد بغية الخلاص من رقابة القاضي، مما يشكل عائقاً أمام الأفراد في مخاصمة الأعمال الغير مشروعة والمخالفة لقواعد العلانية والمنافسة بعد إبرام العقد[3].

إلا أن المشّرع الفرنسي ،وأمام هذه الانتقادات ،وسعياً منه للوصل إلى أكثر الوسائل عدالة وفائدة للأفراد استحدث نظاماً أكثر فاعلية من حيث السلطات الممنوحة للقاضي، وهو نظام القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي، والذي تم استيحاءه من نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

---

[1]CE, 4-7-2008, ville de Paris, Req, n312354.

[2]Stéphen Braconnier, droit des marchés publics, 2ed, Paris, le monitor, 2007, p.348.

[3]C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.126.

وأهم ما يميز دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي، أنهاُتنظَر بعد إبرام العقد، وتمنح القاضي سلطة إعلان بطلان العقد ،أو فسخه ،أو تقصير مدته.

ولما كان نظام القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي قد تم تبنيه من قبل المشّرع الفرنسي في تقنين القضاء الإداري رقم /515/ تاريخ 2009/5/7، ودخل بالنفاذ بتاريخ 2009/12/1 أثناء إعدادنا للبحث، وكان هذا النظام ينتمي وفقاً للتنصيف التقليدي في القانون الإداري للقضاء الكامل[1]، وذلك بحسبان أن الدعوى تثار بعد إبرام العقد، وبعد أن يكون هذا العقد قد ظهر إلى حيز الوجود القانوني، وأصبحت حقوق والتزامات أطراف العلاقة تستمد من العقد ذاته.وعليه فإن هذا النظام يخرج بطبيعته عن موضوع بحثناالذي يقتصر على قضاء الإلغاء في نطاق العقد الإداري، إلا أننا رأينا أن نتعرض له وذلك لبيان التكامل الذي حققه المشّرع الفرنسي في نطاق الدعاوى التي يمكن إثارتها خلال حياة العقد الإداري، وهي وسائل قضائية متاحة لكل ذي مصلحة ،وفي كل مرحلة من مراحل حياة العقد، وهو ما يشكل من وجهة نظرنا تطوراً قانونياً يمكن الاستهداء به والاقتباس منه في تحقيق واقع قانوني أكثر عدالة للمتعاملين مع الإدارة في مجال العقد الإداري كوسيلة يدار بها المرفق العام.وهو ما يساعد على الوصول إلى تحقيق دولة القانون في إحدى أهم قطاعاتها ،وهو العقد الإداري.

[1]Richer.(L.) droit des contrats, op.cit, p.159.

القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي[1]:

[1]دخل إنشاء القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي بعد تطورين قضائيين مهمين واحتل من حيث موضوعه مكان الوسط بينهما، وهما :

1-التطور الأول : والمتمثل بالقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، والذي تم حصر أسباب الدعوى فيه بالإخلال بالتزامات العلانية والمنافسة، والتي يمكن أن يثيرها كل من له مصلحة بالحصول على العقد وذلك قبل إبرام العقد. وهوما أكده مجلس الدولة الفرنسي حديثاً.

C.E. 3-10-2008 mixte intercommunal de realization et digestion pour l'elmination des oreuresmenageres du secteur est de la sarth *AJDA*, 2008, p.2161.

2-التطور القضاء الثاني : هو الصادر بقرار مجلس الدولة في 2007/7/16 بقضية S^té^ Tropic Travaux signalization ،والذي توصل مجلس الدولة بموجبه إلى ذات النتيجة ،وهي إلغاء العقد عن طريق الدعوى التي أثارها الغير، ولكن أمام القضاء الكامل.

وإذا كنا قد تناولنا القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ،وسنتناول القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي فإن ما يميز دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي عن دعوى قضاء Tropic النقاط الآتي :

أ-مجال الدعويين : يتداخل مجالهما في الواقع بدون أن يكون قابلاً للتوافق – حيث تتعلق دعوى Tropic بكل العقود، وليس فقط بعقود الطلب العام وفقاً لمجال القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي وقبل التعاقدي.

ب-بالنسبة لأسباب التدخل من قبل القاضي : فأسباب التدخل في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي محصورة في خرق التزامات العلانية والمنافسة. أما في دعوى Tropic فإن أسباب التدخل غير محصورة بخرق التزامات العلانية والمنافسة، التي يمكن أن تشكل أحد وسائل تحريك الدعوى إضافة للوسائل الأخرى.

ج- من ناحية الإجراءات: فالقضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي هو أحد الإجراءات السريعة أمام قاضي فرد وحكمه غير قابل للاستئناف، ويكون للقاضي إمكانية في فرض أربعة جزاءات مع عرض محدود للدعوى، أما دعوى Tropic فهي دعوى قضاء كامل وتنظر أمام محكمة ذات تشكيل جماعي، وحكمها قابل للاستئناف، وتمنح مرونة للقاضي بالتدخل.

ويمكن لدعوى قضاء Tropic أن تشكل محلاً لقضاء الأمور المستعجلة المؤقتة بشكل متوازي بحيث يسمح بالإسراع في شروط تقترب جداً من القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي مع اختلاف إمكانية الاستئناف التي تحظر على القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي.

حقق القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي هدفاً مزدوجاً تمثل في :

1- مهاجمة الإبرام غير القانوني للعقد.

2- تعزيز فاعلية دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، وذلك من خلال إمكانية قاضي القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي إعلان بطلان أو فسخ العقد في حال عدم مراعاة أوامر قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي[1].

ورغم أن دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي تثار بعد إبرام العقد، وهي بذلك تختلف عن دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي التي تثار قبل إبرام العقد.إلا أن القواعد التي يتوجب على قاضي القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي مراعاتها عند إقامة الدعوى ،أو البت بها ،هي ذاتها في القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي والتي تضمن احترام القواعد التي تنظم

C.E. 16-11-2009, Ministre de L'immigration et autrés, Req, n328826.

د- بالنسبة لسلطات القاضي فهي ليست ذاتها بالضبط: فقضاء Tropic يسمح للقاضي بترتيب فسخ العقد، في الوقت الذي يمكن لقاضي القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي إضافة للفسخ بأن يختصر مدة العقد كما أن القاضي مزود من جهة أخرى بجزاءات مالية.

هـ- من حيث مدة الدعوى: وحتى مدة تقديم الدعاوى في النهاية تختلف فهي من شهر لـ ستة أشهر بالنسبة للقضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي.

في حين أن مدة إقامتها بالنسبة لدعوى قضاء Tropic شهرين.

C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.148.

[1]C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.129.

Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.31.

إجراء إبرام العقد[1]، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسيفي قراره الصادر في 2009/1/30 بقضية ANPE[2].

وعليه فإن نظام الدعويين يتفقان في عدة نقاط، أهمها :

1- القاضي المختص بالبت بالدعوى هو رئيس المحكمة الإدارية ،أو من يفوضّه[3]. ويصدر قراره بالدرجة الأولى والأخيرة [4]. ويكون قابلاً للطعن بطريق النقض أمام مجلس الدولة.

2- مجال تطبيق الدعويين واحد ،وهو عقود الشراء العام الإدارية، واتفاقيات تفويض المرفق العام.

3- أسباب تدخل القاضي في الدعويين هي خرق التزامات العلانية والمنافسة فقط.

4- كلا الدعويين ينتميان للقضاء المستعجل.

5- كلا الدعويين تمكن القاضي الناظر بالدعوى أن يبت بالموضوع.

---

[1]Courdon (J.) et Terneyre (ph) les référeprécontractvel et contractuel apres l'ordonnance du 7-5-2009, BJCP, n66, octobre 2009.

[2]وكذلك قرار مجلس الدولة في 2007/9/19 بقضية

Cif d'agglomération de saint Entiénne Metroploe

و القرار الصادر عن المجلس 2009/12/28 بقضية Commune de Beziers

[3]Art/ L.551-13/ CJA 5-7-2009 ;Le président du tribunal administratif ,ou le magistrat qu'il délégue , puit etre saisi ,une fois conclu l'un des contrats mentiones aux articles L. 551-1 et L.551 -5 d'un recours regi par la presente section.

[4]Art.L.551-23 CJA 2009 :Le président du tribunal administratif ,ou le magistrat qu'il délégue statue en prémiér et dernier ressote en la forme des référes.

وسنعمد لدراسة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي من خلال النقاط الآتية :

أولاً – شروط قبول دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي[1]:

1- لا يمكن أن تقام دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي إلا من قبل الأشخاص الآتي ذكرهم :

أ) كل شخص لديه مصلحة بإبرام العقد ،ويمكن أن يتضرر من خروقات التزامات العلانية والمنافسة التي تخضع لها العقود ذات العلاقة.

ب) ممثل الدولة بالنسبة للعقود المبرمة من الجماعة المحلية ،أو إحدى المؤسسات العامة المحلية [2].

2- لا يمكن إثارة الدعوى إلا بعد إبرام العقد.

3- لا يمكن إثارة الدعوى من المدعي الذي سبق وإن استخدم دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي. إلا أنه يحق له ذلك إذا كانت الإدارة لم تمتثل للأمر القضائي الصادر بتلك الدعوى بوقف إبرام العقد، وقامت رغم ذلك بإبرامه[3].

---

[1]Richer.(L.) droit des contrats, op.cit, p.197.

[2]Art/L.551-14/ du CJA 2009 ;Les personnes habilitees a agir sont celles qui ont un intéréte a conclure le contrat et qui sont suscéptibles d'etre lésées par des manquéménts aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats,ainis que le représéntant de l'Etat dans le cas dés contrats passes par une colléctivité térritoriale ou un establessment public locale….))

[3]Art/L.551-14/ du CJA 2009.

ثانياً – مدة إقامة الدعوى والنظر فيها :

يمكن للمدعي إقامة الدعوى خلال المدد الآتية[1]:

1- خلال مدة /31/ يوماً الآتية لنشر قرار إرساء العقد.

2- خلال مدة /31/ يوماً الآتية لتبليغ قرار إبرام العقد، فيما يتعلق بالعقود المبرمة استناداً لاتفاق إطاري أو عن طريق اتفاق مباشر[2].

3- خلال مدة ستة أشهر من اليوم التالي لإبرام العقد في حال غياب النشر، أو التبليغ المشار إليه في الفقرتين السابقتين.

ويبت القاضي بالدعوى خلال مدة شهر من إقامتها[3].

---

[1]Art. R.551-17 du CJA ;La juridiction puet etre saisie au plus tard le trante et unieme jour suivant la publication d'un avis d'attribuition du contrat ou, pour les marchés fondes sur un accord –cadre ou un syStém d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat.

En l'absance de la publication d'avis ou de la notification mentionnees a l'alinea qui précede, La juridiction puet etre saisie jusqu'à l'expiration d'un delai de six mois a compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

[2]ورد مصطلح العقود المبرمة وفقاً لاتفاق إطاري أو وفقاً لاتفاق مباشر في النصوص الناظمة لدعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي وفقاً للمصطلحين التاليين :

les marchés fondes : sur un accord –cadre ou un syStém d'acquisition dynamique

والاتفاق الإطاري **un accord –cadre** هو الاتفاق الذي يتم فيه تحديد النقاط الاساسية فقط دون الامور التفصيلية ،أو ما يسمى الاتفاق بالخطوط العريضة.

أما الاتفاق المباشر **un syStém d'acquisition dynamique** فهو الاتفاق الذي يتم فيه تحديد الالتزامات والحقوق محل الاتفاق دون اللجوء إلى الإجراءات التي تقتضيها النصوص عادة فيما يتعلق بالعقود العامة، كالمناقصة ،أو طلب العروض.

[3]Art R.551-9 du CJA 2009 ; Le president du tribunal administratif ,ou le magistrat qu'il delegue statue dans un delai d'un mois sur les demendes qui lui sont presentees en vertu de l'articale L.551-13.

ثالثـاً – الحـالات التـي لا تقبـل فيهـا دعـوى القضـاء المسـتعجل الموضـوعي التعاقدي:

لا تقبل دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي في الحالات الآتية

1- إذا أقيمت الدعوى قبل إبرام العقد.

2- إذا أقيمت الدعوى من قبل مدعي سبق له إقامة دعوى أمام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، وكانت الإدارة قد امتثلت للأمر القضائي الصادر بتلك الدعوى بوقف إبرام العقد.

3- إذا أقيمت الدعوى بصدد عقود قامت الإدارة بتغطية عيب العلانية فيها وفقاً للآتي :

أ) العقود التي لم تقم فيها الإدارة بإجراءات العلانية الإلزامية المسبقة، إلا أن الإدارة قامت بتغطية هذا العيب قبل إبرام العقد عن طريق الإعلان عن نيتها بإبرام العقد بالنشر، وراعت مدة /11/ يوماً بعد النشر قبل قيامها بإبرام العقد.

ب) العقود التي قامت فيها الإدارة بإجراءات العلانية الإلزامية المسبقة، ولكنها لم تقم بتبليغ المتعهدين المرشحين قرار إرساء العقد، إلا أن الإدارة قامت بتغطية هذا العيب قبل إبرام العقد عن طريق الإعلان بالنشر عن نيتها بإبرام العقد، وراعت مدة /11/ يوماً بعد النشر قبل قيامها بإبرام العقد.

4- إذا أقيمت الدعوى بصدد العقود المبرمة استناداً لاتفاق إطاري أو عن طريق اتفاق مباشر وكانت الإدارة قد قامت بإرسال تبليغ بإرساء العقد للمتعهدين المرشحين، وراعت مدة الجمود قبل إبرام العقد، وهي :
/16/ يوماً بين تاريخ إرسال التبليغ وبين تاريخ توقيع العقد.

/11/ يوماً بين تاريخ إرسال التبليغ وبين تاريخ توقيع العقد، في حال تم تبليغ المتعهدين المرشحين الكترونياً [1].

رابعاً – سلطات القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي :

كما هو الحال في القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي فإن القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي ليس إجراءً مستعجلاً إلا من حيث الشكل، والقاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي يملك سلطات هامة كقاضي أساس تتمثل بإجراءات تحفظية، وهي وقف تنفيذ العقد، وإجراءات قطعية تتمثل في إعلان بطلان العقد أوفسخه أواختصار مدته أو فرض جزاءات مالية[2].

1 – سلطة الوقف :

يمكن لقاضي القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي أن يعلق تنفيذ العقد خلال مدة نظر الدعوى، إلا أنه إذا قدّر أن هنالك من المصالح ما يمكن أن يتضرر، وبشكل خاص المصلحة العامة، كان له أن يحجم عن استخدام هذه السلطة[3].

---

[1]Art/L.551-15/ du CJA 2009.

[2]Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.33.

C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.130.

[3]Art.L.551-17 du CJA 2009 ; Le president du tribunal administratif ,ou le magistrat qu'il delegue puet suspendre l'execution du contrat , pour la duree de l'instance, sauf s'il estime , en consideration de l'ensemble des interets susceptibles d'etre leses et notamment de l'interet public que les consequences negatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages.

إلا أن المشّرع لم يحدد مدة معينة لوقف تنفيذ العقد، إلا أن هذا الوقف يبقى عملياً حتى يبت القاضي بالدعوى خلال مدة شهر وفقاً لما حدده القانون[1].

2 – إعلان بطلان العقد :

أ – البطلان بحكم القانون :

يتوجب على القاضي إعلان بطلان العقد في الحالات الآتية[2]:

1- الغياب الكامل لإجراءات العلانية في إطار إبرام العقد.

2- إغفال النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي.

---

[1]DANIEL CHABANOL: CODE de justice administrative , 4ed , LEMONITEUR., paris,2010,P.591.

[2]Art. L.551-18 du CJA 2009;Le juge prononce la nullite du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicite requises pour pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu a été omise une publication au *journal officiel* de union eurpeene dans le cas ou une telle publication est prescrite.

La meme annulation est prononcee lorosque ont été meconnues les modalites de remise en concurrence prevues la passtion des contrats fondes sur un un accord –cadre ou un syStém d'acquisition dynamique.

Le juge prononce egalment la nullite du contrat lorsqu celui-ci a ete signe avant l'expiration du delai exige apres l'envoi de la decision d'attribution aux operateurs economiques ayant presente une candidature ou offre ou pendant la suspension prevue a article L.551-4 ou a article L. 551-9 Si , en outre, deux conditions sont remplies : la meconnaissance de ces obligations a prive le demendeur de son droit d'exercer le recours prevue par les articles L.551-1 et L.551-5, obligations de publicite et mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été meconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

Art 16 de l'ordonnance du 7-mai-2009.

3- تجاهل الأساليب المحددة قانوناً لطرح المنافسة لإبرام العقود وفقاً للاتفاق المباشر أو نظام التحويل الآلي.

4- إذا تم توقيع العقد قبل انقضاء مدة الجمود المحددة من تاريخ إرسال التبليغ بالإرساء للعارضين. أو إذا تم توقيع العقد خلال مدة وقف إبرام العقد من قبل قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، وكان يتحقق في هاتين الحالتين الشرطان التاليان :

أ) تجاهل الالتزامات المفروضة كان بغية منع المدعي من ممارسة حقه في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.

ب) تجاهل التزامات العلانية والمنافسة - التي يخضع لها إبرام العقد - كان بطريقة فاعلة ،ومؤثرة على حظوظ من أقام الدعوى بالحصول على العقد.

إلا أنه إذا اختل أحد هذين الشرطين فإن القاضي لا يكون عندها ملزماً بإعلان البطلان ،ويكون له الخيار في فرض إحدى الجزاءات الآتية : إعلان البطلان، أو الفسخ، أو تقليص مدة العقد، أو فرض جزاءات مالية [1]. كأن تكون الإدارة وعلى سبيل المثال قد وقعت العقد بسرعة، ولكنها راعت من جهة أخرى كل القواعد المتعلقة بالمنافسة[2].

ب - الاستثناء من قاعدة البطلان بحكم القانون:

استثناء من قاعدة البطلان بحكم القانون السابقة، فإن القاضي يمكن ألايعلن بطلان العقد في حالات البطلان الإلزامية، وأن تكون له الحرية في الاختيار بين ثلاثة جزاءات أخرى، إما فسخ العقد أو إنقاص مدته ،أو فرض جزاءات مالية، إذا كان هنالك سبب ضروري يتعلق بالمصلحة العامة.

---

[1] Art. L.551-20 du CJA, 2009.

[2] C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.144.

إلا أن المصلحة العامة التي تمنح القاضي هذا الخيار لا تشمل المصلحة الاقتصادية التي لا ترتبط بالعقد بشكل مباشر[1].

ج – آثار إعلان بطلان العقد :

يترتب على إعلان بطلان العقد إلغاء العقد بشكل رجعي، بحيث يعدّ العقد كأنه لم يوجد مطلقاً.

وفي حال إعلان بطلان العقد يتم صرف استحقاقات المتعهد عمّا قام بتنفيذه من أعمال على أساس نظرية الإثراء بلا سبب من قبل الإدارة، أو على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية استناداً لخطأ الإدارة. ولا يقبل في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي طلب المتعاقد بإلزام الإدارة بإصلاح الضرر الذي سببته له، أو طلبه بالتعويض عن الأضرار أو بالفوائد.

وله في حال رفضالإدارة إصلاح الضرر الذي سببته له بسبب خطأها أن يلجأ لقاضي الأساس.

ومن جهة أخرى فإنه في حال إعلان بطلان الحكم لا يمكن للإدارة أن تلاحق المتعاقد عن الأضرار اللاحقة بها من عيوب سوء التنفيذ على أساس تعاقدي، وإنما فقط على أساس الخطأ[2].

3–فسخ العقد أو تقصير مدته :

يحق للقاضي في غير حالات البطلان الحكمي أن يختار بين فرض إحدى الجزاءات الآتية : إعلان بطلان العقد ،أو فسخه ،أو تقصير مدته ،أو فرض جزاءات مالية [3].

---

[1]Art. L.551-19 du CJA, 2009.

[2]C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.146.

[3]Richer.(L.) droit des contrats , op.cit , p.198.

فسخ العقد : ويتمّثل بإلغاء العقد من تاريخ تبليغ حكم القاضي بالفسخ، أو من تاريخ لاحق يحدده القاضي في الحكم. ويكون أثر الفسخ بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يكون له أي أثر رجعي.

تقصير مدة العقد : في هذه الحالة يبقي القاضي على العقد وبذات الشروط إلا أنه يعمد إلى تقصير مدته، لتلافي الأضرار الجسيمة التي قد تترتب على المتعاقد من إعلان بطلان أو فسخ العقد وبغية إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

ويحق للمتعاقد في حالة فسخ العقد ،أو تقصير مدته أن يطالب بإصلاح الضرر الذي سببته له الإدارة، والتعويض له عما لحقه من ضرر وما فاته من ربح، مالم يثبت أن هنالك خطأ مرتكب من قبل المتعاقد أثناء إبرام العقد [1].

4-الجزاءات المالية :

يفرض الجزاء المالي على الإدارة، وهو الجزاء الوحيد الذي لا يعاقب به المتعاقد[2]. ويكون للقاضي حرية تقدير مقدار الجزاء المالي بشكل يتلاءم مع محل العقد، وبما لايتجاوز 20% من قيمة العقد[3].

خامساً -الدعوى في مرحلة النقض :

يبت القاضي بالدعوى في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي بأول وآخر درجة، وحكمه غير قابل للاستئناف، إلا أنه يمكن أن يطعن بالحكم النهائي الصادر عن قاضي الدرجة الأولى وبكافة القرارات الوقتية التي يتخذها

---

[1]C.Bergeal, F. Lenica, op.cit, p.146.

[2]Poulain (M), les recours des tiers contre les contracts publics courier juridique des finances et de l'industrie, 2007, p.48.

[3] ArtL.551-22 du CJA 2009 :Le montant des penalites financiers prevue aux articles L.551-19 et L. 551-20 tient compte manière proportoinnee de leur objet dissuasif, sans pouvoir excèder 2o% du montant hors texes du contrat.

(القرار الصادر عنه بوقف تنفيذ العقد) بالنقض أمام مجلس الدولة، و يجب أن يطعن بالحكم خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ القرار[1].

[1]Art.R.551-10 du CJA 2009 :Les decisions definitives prises en application des articles L.551-17 et L.551-20 par le president du tribunal administratif ou le magistrat qu'il delegue sont suscepectible de recours en cassation devant le conseil d'Etat, dans la quinzaine de leur notifacation.

Les mesures provisoires ordonnees en application des memes articles ne peuvent etre conteStées qu'a l'occasion du pourvoi en cassation dirige contre ces decisions

الباب الثاني
دعوى المشروعية الخاصة[1]

خضعت عقود الجماعات المحلية في فرنسا قبل صدور قانون اللامركزية رقم (213-82) تاريخ 1982/3/2 إلى رقابة الدولة كسلطة وصائية، وتجسد ذلك من خلال ضرورةتدخل سلطة الوصاية[2]بالتصديق على المداولة المقررة لإبرام العقد مع مرشح معين من جهة، والتصديق على العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ (رئيس المجلس العام في المحافظة أو رئيس البلدية) من جهة أخرى.

---

[1] لم يرد مصطلح Défère préfectoral في نصوص قانون 1982/3/2المعدل، وإنما ابتدعه الاجتهاد والفقه، وذلك كصيغة قانونية اصطلاحية لتمييز هذه الدعوى الخاصة عن دعوى المشروعية العامة، إلا أن المشرع في النهاية تبنى هذا المصطلح، مع صدور قانون 1994/2/9المتعلق بالمدن (المادة /3/ من هذا القانون)، كما ورد هذا المصطلح في تقنين القضاء الإداري الحالي الصادر في 2009/5/7(المادة /2-554 ل./ من هذا القانون).

وهذا المصطلح مستمد من خصوصية النظام القانوني الذي يطلق عليه بالفرنسية Défère préfectoral وليس تعريباً حرفياً لهذا المصطلح، مع ملاحظة أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن هذه الدعوى الجديدة لا تختلف في شيء عن دعوى الإلغاء العادية سوى في إمكانية توجيهها للعقود.

د.مهند نوح – رسالته مرجع سابق –ص260.

[2] يطلق تعبير "الوصاية" في القانون الإداري على الرقابة التي يمارسها موظفو الدولة بصدد نشاط الجماعات الاقليمية ،أو المؤسسات العامة، لاسيما لغرض مراعاة القانونية. وقد كان دستور عام 1946 في فرنسا بمادته (88) فيما يتعلق بالجماعات الإقليمية، قد استبدل بتعبير "الوصاية" تعبير "الرقابة الإدارية" المستعاد في المادة (72) من دستور عام 1958، وهذه التسمية الأخيرة هي الأصح بالتأكيد، إلا أن العيب الوحيد في تعبير "الرقابة الإدارية" هو أنه ليس خاصاً تماماً، ذلك أن الدولة تمارس عدة أنواع من الرقابة الإدارية المختلفة الأخرى غير الرقابة الواردة في المادة (72) من الدستور، وهذا يقتضي توقع أن يكون لتعبير "الوصاية" على الأقل في اللغة الشائعة بقايا معينة.

C.E. 8-11-1961, coutarel, Lebon, p.532.

Vedel(G.), Delvolve (p.), op.cit, p.303.

وكانت سلطة الوصاية في هذا الإطار تتمتع وفقاً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بسلطة تقديرية في منح التصديق على المداولة ،أو على العقد[1]. لذلك فإن الرقابة التي مارسها القضاء على قرارات سلطة الوصاية في هذا المجال انصبت فقط على الوجود المادي للوقائع، والغلط في القانون، والغلط البين في التقدير، والانحراف في السلطة[2].

وقد تمثّل اختصاص سلطة الوصاية في هذه المرحلة بالآتي :

1- إلغاء مدولات المجالس البلدية ،أو العامة ،أو الإقليمية المشوبة بعدم المشروعية ،والتي أدت إلى تقرير إبرام العقد.

---

[1]يختلف الأثر الذي يحدثه عدم إتمام التصديق :

1- إذا رفضت سلطة الوصاية تصديق المداولة المقررة لإبرام العقد فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم إتمام العقد ويحول دون توقيع العقد من سلطة التنفيذ.

2- أما إذا رفضت سلطة الوصاية تصديق العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ فإن العقد لا يكون باطلاً في هذه الحالة بل يغدو موقوف النفاذ فقط. حيث يتميز التصديق من قبل سلطة الوصاية في هذه الحالة عن العقد، فالعقد يوجد بمعزل عن هذا التصديق. ولكن العقد في هذه الحالة لا يمكن أن يدخل في حيز السريان حتى لحظة إعطاء التصديق من سلطة الوصاية، وعندما يعطى هذا الاعتماد فإنه ينسحب على الماضي بدءاً من تاريخ إبرام العقد، وإن عدم إعطاء التصديق من جانب سلطة الوصاية لا يؤدي إلى إثارة المسؤولية التعاقدية للجماعة العامة الطرف في العقد.

3- أما إذا لم تتدخل سلطة الوصاية بالتصديق على المداولة التي أقرت إبرام العقد، فإن تدخلها اللاحق وتصديقها على هذا العقد بعد توقيعه من جانب سلطة التنفيذ، يعني إقرار سلطة الوصاية الضمني بالمداولة التي لم يتم تصديقها في أوانه.

د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص259. ومن الفقه الفرنسي :

De l'aubader,F.Moderne,P.Delvolve : Traite des contrats.op.cit,p.487.

[2]CE,17-5-1935,Ville de CaStél naudray ,Rec.,p.562.

CE,14-9-1979,Commune d'Agde,Rec.,356.

2- قبول أو رفض تصديق العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ، أي أنه يحق لها رفض تصديق العقد ولكنهالا تملك سلطة إلغاء هذا العقد بحد ذاته،أو تعديله، كما لا يمكنها أن تلغي قرار عضو التنفيذ بالتوقيع على العقد، وبناء على ذلك يمكن لسلطة الوصاية أن ترفض تصديق العقد لأسباب تتعلق بالملاءمة، ولكن لا يحق لها أن تعدل في شروط العقد، ولا أن تستبدل متعاقداً بآخر.

3- إذا امتنععضو التنفيذ عن توقيع العقد، فإن سلطة الوصاية تستطيع أن تقوم بالتوقيع على العقد بدلاً عنه، فالمحافظ كان بإمكانه أن يحل محل رئيس البلدية في حال رفض هذا الأخير إبرام العقد المقرر بموجب مداولات المجلس المحلي ،وهو في هذه الحالة لا يمارس إلا السلطة التي عُهِدَت إليه بموجب القانون[1]، إلا أنه يتعين على المحافظ في هذه الحالة أن يراعي ما تضمنته المداولات المقرِرة لإبرام العقد، وإلا فإن إجراء الحلول يمكن أن يكون غير قانوني[2].إلا أنه لا يمكن أن يحل تصديق السلطة الوصائية على العقد محل القرار الصادر عن سلطة التقرير (مجلس المحافظة أو البلدية) بإبرام العقد.

إلا أنه وبموجب قانون اللامركزية رقم (213-82) الصادر في 1982/3/2والمعدل بالقانون رقم (623-82) الصادر في 1982/7/22، ألغيت الوصاية الإدارية على الجماعات المحلية، وحلتّ محلها رقابة المشروعية التي يمارسها ممثل الدولة (المحافظ) عن طريق إقامة دعوى أمام المحكمة الإدارية لطلب إلغاء التصرف غير المشروع، دون أن يحق له إلغاءه مباشرة، وهذه الدعوى هي دعوى المشروعية الخاصة موضوع بحثنا. وبذلك أصبح دور ممثل

---

[1] المادة 85 من القانون الصادر في 1884/3/5

[2] CE, 27-1-1950, ville de Auxonne, p.59.

الدولةممثلاً لدور النيابة العامة لايتعدى مجرد إخبار،وإعلام قاضي المشروعية بوجود وجه للامشروعية في التصرفات الصادرة عن الجماعات المحلية سواء أكانت قرارات أم عقود[1].أي أنه يمكن القول أن هذه الرقابة أضحت مقيدة بالنصوص القانونية وعن طريق القضاء[2].

وقد تميزت رقابة المشروعية المذكورة التي جاء بها قانون اللامركزية في عام 1982 بالآتي:

- الرقابة لا تؤثر على نفاذ القرار المُتَخَذ من السلطة المحلية، ذلك أن القرار المتخذ هو قرار تنفيذي بحد ذاته، بخلاف ما كان سارياً قبل نفاذ القانون الحالي حيث كان نفاذ القرار معلقاً على تصديق سلطة الوصاية.
- الرقابة هي رقابة مشروعية فقط مع استبعاد لكل رقابة ملاءمةبخلاف ما كان سارياً قبل نفاذ القانونالحالي.
- تمارس هذه الرقابة من قبل ممثل الدولة عن طريق إقامة دعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة الإدارية ،وضمن إجراءات محددة، أو عن طريق طلب رأي الغرفة الإقليمية للحسابات في المواضيع المالية.
- أصبحت الجماعات المحلية تخضع لنظام رقابة موحد يشمل كل الجماعات الإقليمية (البلديات – المحافظات –المناطق) ومؤسساتها العامة

---

[1] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص259.

[2] J.F. Auby, La décentralisation faut-elle naitre de nouvelle tutelles? AJDA, 1984, P.412.

والنقابات البلدية والمختلطة، وتجمعات البلديات [1].بخلاف القانون السابق الذي كان قد أخضع كل جماعة محلية لنظام رقابة خاص[2].

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأندعوى المشروعية الخاصةهي الدعوى التي بموجبها يمكن للمحافظ وبمقتضى سلطات الرقابة التي جاء بها قانون 1982/3/2 أن يطلب من المحكمة الإدارية إلغاء تصرفات الجماعات المحلية التي يقدر عدم مشروعيتها[3].

هذا وقد عدّ جانب من الفقه[4]بأن دعوى المشروعية الخاصة هي دعوى إلغاء ضد العقد الخاضع لالتزام التحويل وفقاً لقانون اللامركزية بهدف تلافي الآثار السلبية التي قد تؤدي إليها عملية إبرام العقد التي يعتريها بعض عيوب المشروعية، حيث عدّ هذا الجانب من الفقه بأن دعوى المشروعية الخاصة هي دعوى إلغاء (تجاوز حد السلطة) ضد العقد ضمن إجراءات خاصة تميزها[5].

---

[1]والاستثناء الوحيد من ذلك يخص الهيئات المُنشَئَة لإنجاز المدن الجديدة والتي بقيت تُدار بالقواعد السابقة.

[2]F.Rolin, La reforme du contrôle de légalité: un projet que manqué d'ambition? AJDA, 2003, p2169.

[3]J.P.Negrin, vers un alignement de défère préfectoral sur le recours pour excès de pouvoir? Dalloz, 1987, P.70.

[4]Dominique Pouyaud, op.cit, p.537.

[5]هذه النقطة كانت محل خلاف بين الفقهاء، حيث اعتبرها البعض بأنها لا تتعلق بدعوى حقيقية لتجاوز حد السلطة.

De l'aubaderF.ModerneP.Delvolve (Traite des contratsop.cit.p.489).

في حين ذهب البعض الآخر إلى أن دعوى المشروعية الخاصة هي من ذات طبيعة دعوى تجاوز حد السلطة.

R.ChapusAdroit administratif général, T1, n474.

Catherine Bergeal, Frédéric Lenica ,op.cit,p.27.

ويذهب هذا الجانب من الفقه إلى أنه رغم وجود بعض نقاط التباين بين هاتين الدعويين والتي تتجلى بالآتي :

1- دعوى المشروعية الخاصة تشمل إلغاء القرار والعقد على حد سواء، إلا أن دعوى تجاوز حد السلطة تقتصر على إلغاء القرار الإداري.

2- مجال دعوى المشروعية الخاصة محصور بتصرفات محددة للجماعات المحلية بموجب مهمتها التي تتعلق بوظيفة دستورية نوعية[1]، بخلاف دعوى تجاوز حد السلطة التي تشمل جميع قرارات الأشخاص العامة.

إلا أن هذا الجانب من الفقه يبين بأن هذا الخلاف لا أثر له على طبيعة دعوى المشروعية الخاصة التي تندمج بطبيعة دعوى تجاوز حد السلطة، وهو النهج الذي سار عليه القضاء في التوسع بالتقريب بين هذين النوعين من الدعاوى[2].

M.Fornacciari, contribution a la résolution de quelques paradoxes, EDCE, 1987, p.69.

Ph.Terneyre, paradoxes contentieux de l'annulation des contrats EDCE, 1987, p.69.

[1] فالمادة (72) تنص على ما يلي:

1) الجماعات الاقليمية في الجمهورية هي البلديات ،والمحافظات ،والأقاليم في ما وراء البحار وتنشأ أي جماعة أخرى بقانون

2) تدير هذه الجماعات نفسها بحرية عن طريق مجالس منتخبة ضمن الشروط المحددة في القانون.

3) ممثل الحكومة في المحافظات والمناطق مهمته حماية المصالح الوطنية ،والرقابة الإدارية ،واحترام القانون.

J.C.Donence, Le contrôle de légalité des mesures concernant les agents contractuels locaux, RFDA, 1987, p.782

[2] CE,29-5-1987, Cne de Goulet, p.621, DA, 1987, n399.

وقد استند هذا الجانب من الفقه إلى ثلاث نقاط رئيسية لبيانالتقارب بين نظامي الدعويين المذكورتين وهي:

1- وسائل المشروعية: حيث أن رقابة القضاء في كلا الدعويين هي رقابة مشروعية على عيوب الاختصاص ،والشكل ،والإجراء ،والانحراف بالسلطة ومخالفة القانون، ولا تمتد لرقابة الملاءمة[1].

2- المدد في الدعويين : ذلك أن المدة التي تمنح لممثل الدولة لنقل الدعوى للمحكمة الإدارية تتماثل مع المدة في دعوى تجاوز حد السلطة، حيث يجب على ممثل الدولة في المحافظة أن يحول للمحكمة الإدارية المداولات ،والقرارات ،والتصرفات ،والاتفاقيات التي يقدر مناهضتها للمشروعية خلال شهرين تلي التحويل، وكذلك فإن دعوى تجاوز حد السلطة يجب أن تقام خلال شهرين. كما أن القواعد الناظمة لحساب المدة متماثلة أيضاً في كلا الدعويين[2].

---

[1]وفي هذه الحالة فإنه يجب على ممثل الدولة أن يسبب دعواه – وغياب التسبيب يجعل من دعوى المشروعية الخاصة غير مقبولة

CE, 27-2-1987, Cme de Grand Bourg de marie Galaute C/Mme pistole, RFDA, p.218.

[2]T.A, NiCE, commissaire de la république des Alpes-Maritimes, p.453.

CE, 13-6-1986, Tor bioBideau, AJ, 1986, p.503.

CE, 13-1-1988, préc.

CE, 11-3-1989 Cne de septièmes – les – vallons, DA, 1989, n269.

3- وقف التنفيذ : حيث يمكن في كلا الدعويين طلب وقف التنفيذ، فالإمكانية الممنوحة في دعوى المشروعية لطلب وقف التنفيذ تتشابه مع الإمكانيةفي دعوى تجاوز حد السلطة[1].

وسنعمد لدراسة دعوى المشروعية الخاصة من خلال الفصلين التاليين :

الفصل الأول : نطاق دعوى المشروعية الخاصة وأحكام التحويل للمحافظ.

الفصل الثاني :إجراءات دعوى المشروعية الخاصة.

---

[1]إن نظام وقف التنفيذ الذي يمكن أن تأمر به المحكمة الإدارية بناءً على طلب ممثل الدولة في دعوى المشروعية الخاصة يشمل مجموع تصرفات الجماعات اللامركزية الخاضعة للرقابة القانونية المؤسسة بموجب قانون 1982/3/2 والمتعلقة بالعقود.

Richer(L.),op.cit., p.202.

إلا أن وقف التنفيذ في إطار دعوى المشروعية الخاصة يتميز بأن شرط وجود أسباب جدية للطلب كاف لمنح وقف التنفيذ.

CE, 13-2-1976, as soc, de sauvegarde de quartier notre Dame D.A.1977, p.380.

CE, 31-30-1989,Commune de Septèmes -les-Vallons, Rec.,p.102.

الفصل الأول

نطاق دعوى المشروعية الخاصة وأحكام التحويل للمحافظ

لجأ المشّرع الفرنسي عند إحداث آلية دعوى المشروعية الخاصة كأداة رقابة قانونية على القرارات والعقود بعد إبرامها إلى ضبط جميع الأحكام الخاصة بها، وذلك بتحديد الأشخاص الذين يمكنهم ممارسة إجراءاتها، وتحديد التصرفات التي تشكل موضوعاً لها، وكيفية تحويل التصرفات لممثل الدولة تمهيداً لتحريك الدعوى ضد التصرفات غير المشروعة منها.

وعليه فإننا سنتناول في هذا الفصل دراسةالمبحثين الآتيين :

المبحث الأول : نطاق دعوى المشروعية الخاصة.

المبحث الثاني: أحكام التحويل للمحافظ.

المبحث الأول

نطاق دعوى المشروعية الخاصة

يتمثل نطاق دعوى المشروعية الخاصة بالمجال الذي حدده لها المشّرع، سواء بالنسبة للأشخاص العامة المحلية الخاضعة لأحكام هذه الدعوى ،والتي يمكن لممثل الدولة فيها أن يمارس إجراءات الدعوى ضد أعمالها، وهو ما يعرف بالنطاق الشخصي لدعوى المشروعية الخاصة، أو بالنسبة للتصرفات التي تشكل محلاً لهذه الدعوى ،وهو ما يعرف بالنطاق الموضوعي لدعوى المشروعية الخاصة. وبناءً عليه فإننا سنتناول النطاق الذي تدور فيه دعوى المشروعية الخاصة من ناحيتين:

المطلب الأول: النطاق الشخصي لدعوى المشروعية الخاصة

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لدعوى المشروعية الخاصة

المطلب الأول: النطاق الشخصي لدعوى المشروعية الخاصة

يقصد بالنطاق الشخصي لدعوى المشروعية الخاصة تحديد الأشخاص العامة المحلية الخاضعة لأحكام هذه الدعوى، والتي يمكن لممثل الدولة أن يمارس إجراءات الدعوى ضد أعمالها، ويشمل النطاق الشخصي للدعوى على الأشخاص العامة المحلية الآتية: البلدية، المحافظة، الإقليم، إضافة للمؤسسات العامة المحلية[1].

---

[1] وبموجب قانون اللامركزية الصادر في عام 1982 أصبح نظام الجماعات المحلية يتميز بالآتي :

1. أصبح النظام الجديد لكل الجماعات المحلية موحد ومتطابق (بلدية – محافظة – إقليم)، وأصبح لهذه الجماعات مفهوم واحد يسمى الوظيفة العامة الإقليمية.
2. أصبح النظام الجديد للجماعة المحلية يقترب كثيراً من نظام الوظيفة العامة للدولة، من حيث منحها الشخصية المعنوية، والاستقلال المالي، وخضوعها لذات القواعد التي تتطابق مع وظيفة الدولة، واستفادتها من ذات الضمانات المقررة للدولة.

وعليه فإننا سنقوم بدراسة أشخاص الجماعات المحلية المذكورة :

الفرع الأول – البلدية La commune

تُحدد البلدية بامتداد جغرافي يجب أن يكون محيطه محدداً[1]، وتكون صلاحيات كل بلدية ،وأجهزتها ،محصورة ضمن حدود محيطها. هذا وإن تحديد محيط البلدية لا يمنع من ظهور بعض المشاكل بين البلديات المتجاورة حول أجزاء الحدود المشتركة بينهما، إلا أن مجلس الدولة قد عدّ أن الأجزاء المشتركة بين بلديتين تكون خاضعة في إدارتها لكلا البلديتين، فقضى في أحد أحكامه أن سلطة الشرطة على طريق مستخدم كحد بين بلديتين يمارسها رئيسا البلديتين معاً[2].هذا وإن تحديد الحدود الإقليمية للبلدية لا يمنع هذه البلدية من تنفيذ بعض المرافق الضرورية والمفيدة لها على إقليم بلدية أخرى[3].

هذا ويمكن أن تكون البلدية بحد ذاتها مقسمة إلى أجزاء، بحيث يمكن أن يشكل أحد أجزائهاقسماً بلدياً يتمتع بشخصية قانونية وإدارة خاصة به إذا كان له وبصفة دائمة ذمة مالية مستقلة وحقوق متميزة عن حقوق البلدية [4].

---

3. أصبحت الجماعات المحلية تملك الحرية في اختيار الأشخاص الذين يتولون إدارتها.

J.Rivero, J.willine, Op.cit, p106.

[1]المواد /112-119 - 122/ وما يليها من قانون البلديات.

- ويختلف تحديد حدود البلدية عن تعديل حدودها الإقليمية الذي يتضمن تغييراً بالنسبة إلى الوضع السابق.

- إقليم البلديات الكائنة على شاطئ البحر يغطي البحر الإقليمي المجاور لها :

CE, 20-2-1981, commune de saint quay – Pontrieux, Lebon, p96.

C.E, 3-avril-1968, papin, Js, p463

[2]C.E, 9-5-1980, commune de champagne – de- Blanzac, Lebon, 221.

[3]CE, 17-5-1968, Delage, Lebon, p314.

[4]المادة/ 151 / من قانون البلديات.

كما يمكنللبلدية أن تندمج مع غيرها من البلديات، بحيث يصبح لهذه البلديات شخصية معنوية واحدة[1].

ويتوّلى إدارة أمور البلدية كل من المجلس البلدي ورئيس البلدية :

أولاً – المجلس البلدي Le conseil municipal:

يكون لكل بلدية مجلسبلدي يتكون من مجموعة من المستشارين يختلف عددهم بحسب عدد سكان البلدية[2]،ويتم انتخابهم وفقاً لنمط الاقتراع بالأكثرية والتمثيل النسبي[3]. وتنتخب المجالس البلدية لست سنوات[4].

وقد تنتهي ولاية المستشارين في المجالس البلدية لأسباب مختلفة: كالاستقالة ،أو عدم أهلية الانتخاب التي تطرأ عليه خلال ولاية المجلس أو التوقيف عن العمل ،أو حل المجلس[5].

---

[1]Georges Vedel, pierre Delvolve, Droit administratif, press universitaires de France, 2001, p368.

[2]Ph.Lacaille, L'eu municipal , Berger – Levrault, coll. Les indispensable, 2002, 2ed, p199.

يكون عدد المستشارين المحليين وفق قانون اللامركزية 1982/12/31 بحسب عدد السكان حيث يتراوح بين/ 9/ أعضاء للبلديات التي يقل عدد سكانها عن/100000/ نسمة إلى/ 69/ بالنسبة للبلديات التي عدد سكانها أكثر من /300000/ نسمة، ويكون العدد أعلى بالنسبة لباريس وليون ومرسيليا، ويكون عدد المستشارين المحليين فردياً دائماً لتجنب الانقسام النصفي في المجلس(المادة /260/وما يليها من قانون الانتخابات العامة الصادر في 1982/11/19).

[3]G. Vedel, P. Delvolve, OP.cit, p372.

[4]Chaumot, La dissolution des conseils municipaux ,RD pub, 1939, p38.

CE, 14-1-1977, Perrault, ADJA, 1977, p162.

المادة L.270 من قانون الانتخاب العام الصادر في 1982/11/19.

[5]J.Rivero, J.willine, Op.cit, p106.

Chaumot, La dissolution des conseils municipaux ,RD pub, 1939, p38.

CE, 14-1-1977, Perrault, ADJA, 1977, p162.

ومن المهمات الرئيسية للمجلس البلدي والتي تخص موضوع بحثنا الآتي:

1. إنشاء مرافق عامة بلدية وتنظيمها، حيث يقرر المجلس المحلي البلدي إنشاء وتنظيم هيئات المرافق العامة البلدية ضمن حدود القانون الذي يسمح بإنشائها عندما يرى أنها ضرورية.كما يختار المجلس البلدي طريقة إدارة هذه المرافق (الإدارة المباشرة بمنحها الاستقلال الإداري والمالي – أو عن طريق الالتزام– أو عن طريق شركات الاقتصاد المختلط)، وعلى أن يكون ذلك متوافقاً مع قواعد التنظيم التفصيلية المنصوص عليها في القانون العام للجماعات المحلية.كما يقع على عاتق المجلس البلدي أيضاً عبء إدارة شبكة الطرقات البلدية والأشغال العامة البلدية[1].
2. يتخذ المجلس البلدي القرارات المتعلقة بإدارة أموال البلدية [2].
3. يُمَثل المجلس البلدي في الهيئات التي تدير المؤسسات العامة البلدية كمكاتب المساعدة الاجتماعية والمستشفيات ومصالح الإسكان.
4. يخول المجلس رئيس البلدية بإبرام العقود، ويقرر ممارسة الدعاوى أمام القضاء.

ثانياً – رئيس البلديةLe Maire:

ينتخب المجلس البلدي رئيس البلدية ومعاونيه من بين أعضائه، بحيثيشكل رئيس البلدية ومعاونوه الجهاز التنفيذي، فيتولى رئيس البلدية مهمة تنفيذ قرارات المجلس البلدي، ويمارس المعاونون الوظائف التي يفوضهم إياها رئيس البلدية،

---

[1]C,E, 30-11-1987, commune de Lavallois – Perret, Lebon, P336

M.Bourjol, Les biens communaux, J.s, 1989, p43.

[2]J.Rivero – J.willine, Op.cit, p114.

والمعاون الأول يحل محل رئيس البلدية في حال غيابه أو توقفه عن العمل أو عزله[1].

والنظام البلدي هو من النوع الرئاسي، بحيث لا يمكن أن يعزل المجلس البلدي رئيس البلدية، كما أن رئيس البلدية لا يستطيع اختيار المعاونين أو عزلهم، وإنما يملك فقط تفويضهم بالصلاحيات[2].

وتتعدد المهمات التي يتولاها رئيس البلديةفهو في آن واحد معاً ممثل الدولة وممثل البلدية كجماعة محلية.

وأهم المهمات التي يمارسها رئيس البلدية كممثل للبلدية كجماعة محلية هي:

1. يحضر رئيس البلدية مداولات المجلس المحلي.
2. يُناط برئيس البلدية تنفيذ قرارات المجلس البلدي[3]. والمبدأ هو أن رئيس البلدية لا يستطيع أن يعمل إلا بموجب قرار من المجلس البلدي إلا أن يكون القانون قد زوده بسلطة خاصة.
3. يمثل رئيس البلدية البلدية أمام القضاء، كما يمثلها في إبرام عقودها وفي إدارة أموالها[4].
4. رئيس البلدية الآمر بصرف النفقات، ويحضّر بصورة عامة الموازنة وينفذها ،ويستطيع أن يوجه أوامر دفع إلى محاسب البلدية.

---

[1]J-M. Auby, Les délégations des maries aux adjoints et conseillers municipaux, P.P. 24-2-1998.

[2]C.E 9-11-1973, commune de pointe – a = pitre, si, 1979, p.93.

[3]S.Rivero, Le Maire exécuter des de libérations du conseil municipal CR, 1937, P335.

[4]CE, 28-11-1980, Ville de paris C/Roch, SJ, 1981, P86.

5. يمكن للمجلس البلدي أن يفوض رئيس البلدية في بعض صلاحياته المحددة حصراً بموجب القانون، ولا يمكن لرئيس البلدية أن يفوض هذه الصلاحيات لمعاونيه.

وبحسبان أن البلدية ليست جماعة محلية فحسب ،وإنما هي منطقة من مناطق الدولة، فعليه فإن رئيس البلدية ليس رئيساً للشخص المعنوي وحسب وإنما هو ممثل الدولة في البلدية، والذي يعمل تحت سلطة مُمثل الدولة في المحافظة (المحافظ)[1].وأهم المهمات الإدارية لرئيس البلدية كممثل للدولة هي :

1) ينشر رئيس البلدية قوانين الدولة ،وأنظمتها ،وينفذها ،ولاسيما الأنظمة وتدابير الشرطة التي تتخذها سلطات الدولة.
2) تعمل تحت إدارة رئيس البلديةكافة مرافق الدولة في البلدية ،والمرافق البلدية[2].

الفرع الثاني – المحافظة Le Département

تضم المحافظة مجموعة من البلديات، وتكون صلاحيات كل محافظة وأجهزتها محصورة ضمن حدود محيطها. والمحافظة تمثل مقاطعة إدارية كما تمثل جماعة محلية، إلا أننا سنقتصر في دراستنا على المحافظة كجماعة محلية باعتبارها موضوع بحثنا.

ويتولى إدارة أمور المحافظة كجماعة محلية كل من المجلس العام ورئيس المجلس العام.

أولاً – المجلس العام Le conseil Général:

وفر قانون اللامركزية الصادر في 1982/3/2 للمحافظة التقدم الأكبر بأن سحب من المحافظ الوظيفة التنفيذية في المحافظة وأعطى المجلس العام هذه

---

[1]C.E 11-6-1982, Borjon, Lebon, P221.

[2]المادة L.23-122 من قانون البلديات.

الوظيفة[1].حيث يتولى المجلس العام إدارة شؤون المحافظة[2]، ويتم انتخاب أعضاء المجلس العام (المستشارين العامين)على مرحلتين بالاقتراع الفردي وبالأكثرية المطلقة للأصوات، وينتخب هؤلاء المستشارون العامون لمدة ست سنوات، وقد تنتهي ولاية المستشارين العامين بصورة مسبقة في حالة عدم الأهلية الحاصلة لأحدهم خلال مدة الولاية أو الاستقالة أو حل المجلس، وتجري عندئذٍ انتخابات فرعية لمدة الولاية الباقية[3].

ومنذ صدور قانون اللامركزية في عام 1982 لم يعد للمحافظ كممثل للدولة في المحافظة حق حضور جلسات المجلس العام والكلام فيها إلا إذا سمح له المجلس العام ورئيسهبذلك أو بناء على طلب الوزير الأول[4].

وللمجلس العام صلاحية معالجة جميع قضايا المحافظة، وتعد أهم مهماتالمجلس العام الرئيسيةالآتي[5]:

1) إنشاء المرافق العامة في المحافظات وتنظيمها[6].
2) يدير المجلس العام أموال المحافظة ،وهو مكلف بإدارة شبكات الطرق في المحافظة ،وكذلك الأشغال العامة فيها.
3) يقرر إبرام العقود ،وتمثيل المحافظة أمام القضاء.
4) يصوت على موازنة المحافظة.
5) يقدم المساعدة للبلديات في ممارسة صلاحياتها.

---

[1]J. Rivero, J.walline, op.cit, p120.

[2]Article: L.3122-1du CGCT.

[3]A. Bournazel, Le nouveau conseil général et administration du département, éd. Le moniteur, 1984, p121.

[4]G. Vedel, P. Delvolve, OP.cit, p372.

[5]J.RiveroJ.willine; op.cit, p123.

[6]CE, 18-10-2002, *AJDA*, 2003, P287.

6) يستطيع المجلس العام مساعدة إدارة الدولة من خلال إعطاء آراء بموجب نصوص عامة أو بناءً على طلب الحكومة، كما يستطيع إصدار مقترحات حول مواضيع المصلحة العامة.
7) يستطيع المجلس العام التدخل في الإدارة البلدية عن طريق إصدار قرارات (كالتقسيم الانتخابي وتنظيم المعارض والأسواق) أو عن طريق إعطاء آراء (كاقتراح اسم البلديات ،وحدودها ،ودمج البلديات) أوعن طريق تقديم مساعدات مالية (كالقروض).

ثانياً – رئيس المجلس العام :

ينتخب أعضاء المجلس العام رئيس المجلس بالأكثرية المطلقة كل ثلاث سنوات، ويتولى رئيس المجلس العام تنفيذ الأعمال التي يقررها المجلس العام[1]، وقد أصبح رئيس المجلس العام هو السلطة التنفيذية للجماعة المحافظية بموجب قانون اللامركزية 1982/3/2 الذي وضع نهاية بذلك للمهمات التي كان يمارسها المحافظ لحساب المحافظة.

ورئيس المجلس العام في المحافظة مكلف بالإدارة وحده، ويمكنه تفويض نواب عنه أو عند الاقتضاء تفويض أعضاء المجلس الآخرين، على أن يمارس هذا التفويض تحت رقابته وعلى مسؤوليته، كما يمكنه الرجوع عن هذا التفويض على عدّه تفويض توقيع فقط[2].

ومن أهم مهمات رئيس المجلس العام:

1) يحضر الرئيس مداولات المجلس العام ،وينفذها.
2) يمثل المحافظة في توقيع عقودها وأمام القضاء، مع مراعاة قرارات المجلس العام بهذا الصدد.

---

[1] المادة /38/ من قانون اللامركزية 1982/3/2 المعدلة بالمادة /24/ من قانون 1986/1/6.

[2] Art. L.3221.3 CGCT.

3) يحضر الموازنة ،ويقدمها ،وينفذها، وهو الآمر بصرف النفقات في المحافظة، ويأمر بجباية واردات المحافظة مع التحفظ لجهة الواردات الضريبية التي تستوفيها مرافق الدولة، وفي وسعه إصدار أوامر دفع إلى محاسب المحافظة[1].

4) رئيس المجلس العام هو الرئيس التسلسلي لمصالح المحافظة، ويقوم بتحضير مداولات المجلس العام المتعلقة بمرافق المحافظة وتنفيذها، كما يستطيع عند الحاجة لتحضير مداولات المجلس ،وتنفيذها أن يستعين بمرافق الدولة، وينسق رئيس المجلس العام مع ممثل الدولة في المحافظة (المحافظ) بين مرافق المحافظة ومرافق الدولة[2].

الفرع الثالث – الإقليمLa région

تشكل الجمهورية الفرنسية مجموعة من الأقاليم، تضم الأقاليم التابعة لفرنسا مثل كورسيكا وأقاليم ما وراء البحار، وأصبحت هذه الأقاليم جماعات محلية بموجب القانون (16-86) تاريخ 1986/1/6، والإقليم يمثل منطقة إدارية كما يمثل جماعة محلية [3].

ويتولّى إدارة أمور الإقليم كجماعة محلية كل من مجلس الإقليم ورئيس مجلس الإقليم والمجلس الاقتصادي والاجتماعي في الإقليم.

أولاً – مجلس الإقليم

ينتخب مستشاري مجلس الإقليم بالاقتراع العام المباشر لمدة ست سنوات[4].

---

[1] J.Rivero – J.willine, op.cit, p127.

[2] G. Vedel, P. Delvolve, OP.cit, p392.

[3] J.Rivero, J.walline, op.cit. p133

[4] وذلك بموجب القانون الصادر في 1985/7/10.

ينظم مجلس الإقليم كجماعة محلية جميع شؤون الإقليم[1]، ويعد من مهمات مجلس الإقليم الآتي:

- تقديم الدراسات التي تتعلق بتطوير الإقليم.
- تبني خطط الإقليم، وإبرام عقود التخطيط مع الدولة والمؤسسات العامة والخاصة[2].
- تحديد المرافق الأساسية للإقليم وإنماؤها[3]، ووضع تخطيط للنقل في الإقليم[4].
- يمكن للأقاليم إبرام اتفاقيات فيما بينها[5]، كما تستطيع إبرام عقود مع الجماعات اللامركزية الأخرى التي لها حدود مشتركة معها[6]، وقد أقر مجلس الدولة بالطبيعة الإدارية لهذه العقود[7].

ثانياً – رئيس مجلس الإقليم

ينتخب رئيس مجلس الإقليم من قبل مجلس الإقليم، وقد أصبح منذ صدور قانون اللامركزية 1982/3/2 يمثل السلطة التنفيذية للإقليم كجماعة محلية.ومهمات رئيس مجلس الإقليم مشابهة لمهمات رئيس المجلس العام

---

[1]Art. L.4221.1 CGCT.

[2]قانون 1982/8/29 المتعلق بإصلاح التخطيط.

[3]قانون 1982/7/15 حول التوجيه والبرمجة للأبحاث والنمو التقاني.

[4]قانون 1982/12/30.

[5]F.Moderne, La coopération entre les régions, P.P, 27, 12-1985.

[6]Y.Luchaire et autres, Relations extérieures des régions, RFDA, 1986, p.658.

CE, 1-10-1993, commune de Vitrolles, LPA, 19-10-1999.

[7]CE, 8-1-1988, communauté urbaine de Strasbourg. RFDA, 1988, p25.

في المحافظة، فهو يتوّلى التحضير والتنفيذ لمداولات المجلس، ويمكنه تفويض بعض مهامه إلى نائبه[1].

ثالثاً – المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الإقليم

يتألف حسب قانون 1992/2/6 من ممثلين عن الهيئات والنشاطات ذات الطابع الاقتصادي ،والاجتماعي ،والثقافي ،والعائلي ،والتربوي ،والعلمي ،والرياضي في الإقليم.

ومن مهماته إعداد مشروع موازنة الإقليم، وإبداء الرأي حول أي مسألة تدخل في صلاحية الإقليم [2].

الفرع الرابع: المؤسسات العامة المحلية:

تتشكل المؤسسات العامة المحلية (الإقليمية)بتجمع عدد من البلديات ،أو المحافظات ،أو الأقاليم ضمن مؤسسة محلية تتمتع بشخصية اعتبارية للتعاون فيما بينها في مجالات معينة تتخذ أحد الأشكال الآتية : إدارية ،أو علمية ،أو ثقافية ،أو صناعية ،أو تجارية [3].

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لدعوى المشروعية الخاصة

يتناول النطاق الموضوعي لدعوى المشروعية الخاصة الأعمال والتصرفات التي تشكل محلاً للمخاصمة بموجب هذه الدعوى[4]، إلا أننا سنقتصر

---

[1]Art. L.4133.1 CGCT.

[2]G. Vedel, P. Delvolve, OP.cit, p397.

[3]Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.49.

J.Rivero, J.walline, op.cit, p163.

[4] أخضع قانون اللامركزية المؤرخ في 1982/3/2 مداولات وقرارات وتصرفات مختلف السلطات المحلية بما في ذلك العقود التي تبرمها للرقابة، أما قانون 1982/7/22 المعدل له فقد حدد موضوع الرقابة بالأعمال الآتية :

في دراستنا للنطاق الموضوعي على التصرفات الخاصة بموضوع بحثنا، وهي مداولات المجالس المحلية المتعلقة بإبرام العقود، والعقود الخاضعة للتحويل.وقد شكل هذا النطاق الموضوعي للدعوى جوهر التحول في مجال رقابةالمشروعية بخصوص العقود الإدارية من حيث تناوله للقرارات والعقود على حد سواء وهو ما لم يكن متاحاً سابقاً، وهذا هو السبب الذي أدى للقول أن دعوى المشروعية الخاصة هي دعوى تجاوز حد السلطة ضد العقود الإدارية، وأن إنشاءها كان فتحاً في مجال منازعات العقود الإدارية خاصة بالنسبة للغير ممن لم يكن متاحاً لهم سلوك طريق الطعن ضد العقد.

- مداولات المجالس والقرارات الصادرة عن الهيئات التي فوضت بجزء من اختصاصاتها.
- القرارات التنظيمية والخاصة المتخذة في مواد الشرطة من رئيس البلدية أو رئيس المجلس العام (أما رئيس مجلس الإقليم فليس له اختصاص بموضوع الشرطة).
- القرارات الخاصة والأكثر أهمية المتعلقة بالإدارات التابعة للجماعات المحلية (كالتعيين – الترقية –الجزاءات تأديبية – العزل).
- العقود الأساسية: العقود العامة، القروض، الامتياز، تأجير الأراضي للمرافق الصناعية والتجارية، وعقود أخرى.
- القرارات الفردية باستثناء القرارات المتعلقة بالشرطة، والقرارات الأساسية المتعلقة بالإدارات التابعة للجماعات المحلية.
- القرارات المتعددة واليومية للجماعة المحلية.

ويتوجب التمييز بين أعمال وتصرفات الجماعات المحلية المذكورة أعلاه والتي تخضع للرقابة وبين الأعمال والتصرفات التي تفلت من هذه الرقابة، والتي لا تُمارس بالنسبة لها إلا رقابة المشروعية وفقاً للقانون العام عن طريق دعوى تجاوز السلطة.

ومن التصرفات التي تبقى خارج مجال قواعد الرقابة الجديدة المذكورة أعلاه ما يلي :

1- القرارات المتخذة عن رئيس البلدية كوكيل للدولة والتي أصدرها وفقاً للرقابة التسلسلية.
2- تصرفات القانون الخاص.
3- ما يتخذ من تصرفات عن البلدية ،أو المحافظة للمشاركة في رأس مال الشركات والتي ليس لها موضوع يتعلق بإدارة المرفق العام ،أو نشاط يتعلق بالمنفعة العامة والتي تدار بسلطة مسبقة من المحافظ.

ومن هنا فإننا سنتناول في هذا المطلب الأعمال التي تشكل محلاً لدعوى المشروعية الخاصة على النحو الآتي:

الفرع الأول: المداولات الخاصة بإبرام العقود.

الفرع الثاني: العقود الخاضعة للتحويل للمحافظ.

الفرع الأول - المداولات الخاصة بإبرام العقود

يقتضي إبرام العقود في الجماعات المحلية تدخل كل من عضو تداول (المجلس المحلي في البلدية والمجلس العام في المحافظة)، وعضو تنفيذ (رئيس البلدية ورئيس المجلس العام في المحافظة). حيث يختص عضو التداول بإصدار قرار إبرام العقد نتيجة المداولات التي يجريها، في حين يختص عضو التنفيذ بتوقيع العقد بناء على القرار الصادر عن المداولات المذكورة.

ويتعين تحويل المداولات المتعلقة بإبرام كافة العقود إلى ممثل الدولة (المحافظ)، فإذا ما وجد أن هذه المداولات قد شابها عيب من عيوب المشروعية كان بإمكانه إقامة دعوى المشروعية الخاصة بمواجهة هذه المداولات[1].

وسنتناول دراسة هذه المدولات من حيث مفهومها ومدى إلزاميتها ووجوب تحويلها.

أولاً: مفهوم المداولات :

تعدّمداولات المجالس المحلية الخاصة بإبرام العقود من قرارات التعاقدالملزمة لعضو التنفيذ، ولا تعّد هذه المداولات مجرد ترخيص له بإبرام العقد، وإنما يكون ملزماً بإبرام العقد وفقاً لما تقرره هذه المداولات.

---

[1]A. De Laubadere, F.Moderne, P.DElvolve, Traite des contrats administratifs, 1984, 482-483.

Catherine Bergeal, Fréderic Lenica, Le contentieux des marchés publics le moniteur, 2010, p55.

ذلك أنه إذا كان عضو التنفيذ مؤهلاً لإبرام العقد، إلا أنه ليس بمقدوره ممارسة هذه الوظيفة إلا بناء على قرار عضو التداول، والمتمثلبالمجلس العام بالنسبة للمحافظات والمجلس المحلي بالنسبة للبلدية، وذلك وفقاً للاختصاص الوارد في النصوص العامة التي نظمت شؤون المحافظة ،أو البلدية ،أو الإقليم[1].

وإذا كان عضو التنفيذ ملزماً بإبرام العقد الذي قررته المداولات، فإنه يجب عليه أيضاً أن يبرمه وفقاً للشروط المقررة في هذه المداولات.فرئيس البلدية لا يمكنه على سبيل المثال أن يعدل الاشتراطات المحددة في دفاتر الشروط المتداولة المتشاور عليها من المجلس المحلي، ولا يمكنه أن يدرج زيادة في العقد عن الشروط التي كان المجلس المحلي قد أقرها وصدق عليها.

وعليه فإن كل عقد لم يبرم وفقاً للمداولات المرخصة بإبرامه يمكن أن يشكل محلاً لدعوى المشروعية الخاصة[2].

إلا أن عضو التداول لديه الحرية في هذه الحالة أن يترك لعضو التنفيذ مساحة تقل أو تكثر في ممارسة مبادرته.

وإذا كان رئيس المجلس العام ورئيس البلدية يكلفانبإبرام عقود المحافظات والبلديات وذلك تنفيذاًللقرارات الناتجة عن مداولات المجالس المحلية، فإن ذلك يختلف تماماً عن العقود التي تبرمها الدولة بالنسبة للعلاقة بين العضو المكلف بإبرام هذه العقود (الوزراء أو المؤسسات التابعة للوزارة) والسلطة المكلفة بالترخيص بإبرام العقود (البرلمان)، ففي حين أنه في الجماعات المحلية يكون عضو التنفيذ ملزماً دائماً بإبرام العقد الذي قرره عضو التداول، ولا يمكنه إلا إبرام العقود التي قررها عضو التداول، إلا أنه في عقود الدولة فإن الترخيص المسبق من البرلمان بإبرام العقد لا يلزم الوزراء بإبرام هذا العقد، وإنما يكون للوزير الحرية في إبرام

---

[1] المادة/ 61 /والمادة/ 26-121/ من قانون البلديات

[2] CE, 23-2-1990, commune de morne – a – L'eau , Req. n69588.

العقد ،أو عدم إبرامه. كما أنه بإمكان الوزراء أن يأخذوا المبادرة بإبرام العقود فيما يخص عدة عقود تخص الدولة وبدون حاجة لترخيص مسبق من البرلمان، وذلك باستثناء العقود التي نص القانون صراحة على ضرورة الترخيص المسبق لها[1].

ثانياً: إلزامية المداولات المقررة لإبرام العقد:

إن إبرام العقد كما بينا يكون ابتداء بقرار من عضو التداول في الجماعة المتعاقِدة، ووجود مثل هذه المداولة له طبيعة إلزامية لصحة العقد فيما بعد.

والمبدأ أن لكل عقد مداولة خاصة به[2]،فلا يمكن لعضو التنفيذ إبرام عقود ليس لها مداولة خاصة بها، إلا أن هذا المبدأ ورد عليه استثناء يسمح لعضو التنفيذ بإبرام بعض العقود وبدون مداولة خاصة، وذلك فيما يخص العقود ذات القيم القليلة والضرورية لإدارة مستمرة للمرافق، وعقود الشراء القليلة القيمة، والمصروفات الصغيرة للصيانة[3].

ولكن السؤال الذي يثور هنا ما هو الجزاء المترتب على عدم مراعاة مبدأ المداولة الخاصة المسبقة ؟.

تكون المداولة المسبقة عنصر تشكيل في العقد، وعليه فإن العقد المبرم من عضو التنفيذ بدون مداولة مسبقة هو بالنتيجة باطل، أو كما يقول مجلس الدولة بأنه بدون آثار، كالعقد المبرم من رئيس البلدية بدون مداولة خاصة مسبقة من المجلس المحلي.وإن التصديق من السلطة الوصائية على العقد المبرم دون مداولة مسبقة لا يغطي بطلانه، إلا أن عضو التداول يمكنه أن يقر العقد المبرم

---

[1]A. De Laubadere, F.Moderne, P.DElvolve, Traite des contrats administratifs, 1984, 482-483.

[2]CE, 8-4-1911, Cne de Qusse – suzan, s.1913, P.3.

[3]Georges Vedel, pierre Delvolve, Droit administratif, press universitaires de France, 2001, p368.

من عضو التنفيذ بعد إبرامه، وفي هذه الحالة يغطي الإقرار اللاحق للعقد من عضو التداول هذا البطلان[1].

ولكن ما هي الحقوق التي تترتب للمتعاقد مع الجماعة المحلية في عقودها المبرمة بدون مداولة مسبقة؟.

إن العقد المبرم بدون مداولة مسبقة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وعليه يكون العقد بدون آثار ،ولا يمكن الاحتجاج به كرابطة تعاقدية ،وعليه لا يمكن أن يثبت أي حق تعاقدي للمتعاقد تجاه الجماعة المحلية[2]. إلا أنه بإمكان المتعاقد أن يطالب بالتعويض عن قيمة المواد التي قدمها استناداً للمسؤولية التقصيرية للإدارة بالنظر للخطأ المرتكب من عضو التنفيذ الذي أبرم العقد بدون مداولة مسبقة ،أو استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سببالنظر للربح الذي استطاعت الإدارة تحصيله[3].

ثالثاً: تحويلالمداولات للمحافظ :

يختص عضو التداول كمجلس محلي في البلديات، ومجلس عام في المحافظات بقرار إبرام العقد ولا يمكن لهذه المجالس أن تتخلّى عن هذا الاختصاص،إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

---

[1]CE, 12-10-1960, Centre Hospitalier régional de Nantes, p.528.

CE, 20-12-1963, commune de Batligny, P.831.

CE, 9-10-1968, Pigalle, AJDA, 1969, p.38.

[2]CE, 11-3-1927, Barean, Précité, CE, 22-1-1930, Vuitlon, p,81.

T.A. Lille, 15-juin,1971, société d'aménagements de Bray – Dynes p.124.

CE, 29-4-1977, société de aménagement de Bray-Dunes, p.890.

[3]Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.50.

CE, 10-1-2007, N 280314 , Précité, WWW.jurisconsulte.net.

CE,10-4-2008,Sté Jean-Claude Decaux c/Departement des Aleps-Maritmes,JCPA,N2216,p.24.

ألغى قانون اللامركزية رقم (82-213)الصادر في 1982/3/2 والمعدل بالقانون رقم (82-623) تاريخ 1982/7/22 نظام الوصاية المسبقة على العقود المبرمة من الجماعات المحلية، وأصبحت بموجبه مداولات المجالس المختصة المقرِرة لإبرام العقود نافذة بقوة القانون من حيث المبدأ.

إلا أنه بموجب القانون المذكور فإن كل مداولات المجالس المحلية يتوجب أن تحول إلى ممثل الدولة (المحافظ) بما فيها المداولات الخاصة بإبرام العقود، لابقصد تصديقها من قبل المحافظ بحسبانها لا تحتاج إلى تصديق وتعتبر نافذة بمجرد صدور قرار المداولة بإبرام العقد، ولكن بغية عرض هذه المداولات على ممثل الدولة ليراقب مدى مشروعيتها، فإذا ما تبين له أن هذه المداولات يعتريها عيب من عيوب المشروعية كان بإمكانه أن يقيم دعوى المشروعية الخاصة أمام القاضي الإداري بطلب إلغاء هذه المداولات ذات الطابع التحضيري[1]، كالمداولات التي أقرت المشروع الأولي لتعهد بناء أو البرنامج النهائي لأعمال البناء[2]، ومداولات المجلس المحلي المتعلقة بعقود الإيجار الخاصة[3]، والمداولات المنتهية بالطلب من الوسيط المالي لإبرام قرض[4].

وعليه فإن المحافظ يملك دائماً ومن حيث الواقع الرقابة القانونية اللاحقة أمام المحكمة الإدارية على المداولات المسبقة على إبرام العقد من خلال التمسك

---

[1]CE, 15-4-1996, syndicat CGT des hospitaliers de Bedarieux, Rec., CE, p.130, RFDA, 1996, p.609.

[2]CE, 7-4-1993, Association pour la sauvegarde de la baie de chingoudy, Req, n° 63085.

[3]TC, 4-11-2001Ginter, Rec. CE, p.476.

[4]TC, 14-2- 2000, commune de Baie-Mahault, préc.

بعدم نظامية هذه المداولات[1]. إلا أن رقابة القضاء على هذه المداولات تقلصت عملياً، بحسبان أنه في حالة طلب إلغاء المداولات السابقة للعقد فقط، فإن القاضي لا يمكنه أن يلغي إلا هذه المداولات بدون العقد، كما أن تدخله – في معظم الأحوال – يكون بعد توقيع العقد الذي تلا هذه المداولات[2].

ويعدّ التحويل المسبق للمداولات النهائية المخولة لعضو التنفيذ توقيع العقد أمر هام لأن العقد لا يمكن أن يوقع قبل أن يتم تحويلهإلى المحافظ، ليكون نافذاً وذا أثر.

وبالنتيجة فإن المداولات المتعلقة بإبرام العقد يجب أن تحول إلى ممثل الدولة (المحافظ) مرتين:

المرة الأولى يتم تحويل المداولاتكأعمال سابقة ومنفصلة عن العقد وسابقة له.

المرة الثانيةيتم تحويل المداولات وكافة الأعمال الداخلة في تكوين العقد عند تحويل العقد، وبالنظر إليها كملحقات ضرورية تساعد في تقدير مشروعية العقد، وعليه فإن المداولات المرخصة لإبرام العقد يجب أن تكون مرفقة بالوثائق

---

[1]CE, 29-12-1997, Préfet des côtes – d'Armor c/commune de Dinan Req. n°145567.

[2]إلا أنه بإمكان القاضي في هذه الحالة استخدام إجراء الوقف المستعجل (وقف التنفيذ المستعجل)، حرصاً على عدم إبرام العقد قبل البت بمشروعية المداولات. وقد حدث ذلك عندما قضت المحكمة الإدارية في بوردو بوقف المداولات المستبعدة لعقود متعهدين :

T.A ,Bordeaux, 15/6/2006, n0602049, Préfet de la gironde, Dr.adm, 2006, commun 130.

والبيانات الضرورية، والتي تسمح للمحافظ أن يقدر مدى مشروعيتها، وحتى مشروع العقد ذاته يجب إرفاقه لممارسة الرقابة عليه[1].

الفرع الثاني – العقود الخاضعة للتحويل للمحافظ

إضافة للمداولات المتعلقة بإبرام العقد فإن العقد بحد ذاته يصلح لأن يكون محلاً لتحريك دعوى المشروعية الخاصة من قبل ممثل الدولة (المحافظ) إذا ما شاب هذا العقد أي عيب من عيوب المشروعية [2].

والعقود التي تصلح محلاً لهذه الدعوى هي العقود التي أوجب القانون تحويلها لممثل الدولة ليتسنى له رقابة مشروعيتها. ويمكن القول أن كافة العقود الإدارية التي تزيد قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً تكون واجبة التحويل للمحافظ[3].

---

[1]CE,13-1-1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités territoriales, Rec., CE. p.6.

[2] إذا تعددت العقود التي تشترك في تنفيذ ذات العملية والتي تشكل من حيث النتيجة محلاً لعقد موحد، فإن المحافظ يكون قادراً على إقامة دعوى المشروعية ضد مجموع هذه العقود المكوّنة لهذه العملية، وذلك ضمن المدد المتاحة من التحويل لآخر عقد من بينها.

CE, 26-1-1991, commune de sainte marie de la reunion ,préc.

[3]تخضع كافة العقود الإدارية والتي تزيد قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً للتحويل إلى ممثل الدولة، والعقود الإدارية بموجب تقنين عقود الشراء العام الحالي تشمل كافة العقود المبرمة بالتطبيق لتقنين العقود العامة، فعلى سبيل المثال يعد عقد التأمين عقداً إدارياً يخضع للتحويل إذا تم إبرامه استناداً لتقنين عقود الشراء العام عملاً بأحكام المنشور الصادر في 2007/12/24 الذي أخضع عقود التأمين لتقنين عقود الشراء العام .Catherine, Frederic, op.cit, p55

وبناء على ذلك تعد العقود الإدارية المبرمة من ممثل الجماعات الإقليمية خاضعة لالتزام التحويل، كعقود الأشغال لإعادة التأهيل المبرمة من شركة اقتصاد مختلط والمكلفة بالاتفاق مع مدينة باريس لإدارة وصيانة مساكن المرافق العامة المدرسية.

CE, 28-7-1995, Préfet d'ile – de – France c/société de gérance Jeanne – D'arc Req – CE, p.321, RDP, 1996, p.569, conclu.

وبعبارة أخرى تعد كافة العقود واجبة التحويل للمحافظ باستثناء الآتي :

1- العقود التي تقل قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً.

2- عقود القانون الخاص.

وقد تم استبعاد هذين النوعين من العقود من نطاق العقود واجبة التحويل للمحافظ بموجب القانون رقم (1168-2001) تاريخ 2001/12/11.

وبناء عليه تعّد من العقود غير الخاضعة للتحويل للمحافظ ،ومن ثملا يمكن إحالتها للمحكمة:

1. العقود التي تقل قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً:

تستثنى العقود التي تقل قيمتها عن المبلغ المحدد بموجب القانون من التزام تحويلها للمحافظ، وقد كان هذا الاستثناء نتيجة أن هذه العقود لا تخضع بالأصل لإجراءات التعاقد الواردة في تقنين العقود[1].

وقد خضع مقدار الحد الأدنى لقيمة العقد الخاضع للتحويل لعدة تعديلات بموجب قوانين متلاحقة، كان آخرها المرسوم رقم (1702-2009) الصادر في 2009/12/30 والذي حدد هذه القيمة بمبلغ /193000/ يورو[1].

وكذلك عقود الدراسة المبرمة من شركات الاقتصاد المختلط والمكلفة تفويضاً أو وكالة من النقابة البلدية لإنجاز دراسة الفرز والجمع والترحيل للنفايات المدارة.

CE, 8-4-1998, Préfet de L'aube, Req, n° 167372.

[1] منذ قانون 2001/12/11 المتضمن الإجراءات المستعجلة للإصلاح الاقتصادي والمالي أصبحت العقود التي لا تخضع للإجراءات الواردة بتقنين العقود والتي تبرم بدون شكلية مسبقة لا تخضع لالتزام التحويل بالنظر لمقدارها.

وقد أُخِذَ على القيام بزيادة مقدار الحد الأدنى لقيمة العقد الخاضع للتحويل بموجب عدة قوانين متلاحقة، أنه كان سبباً في استبعاد الكثير من العقود من التزام التحويل، وبالتالي عدم خضوعها لرقابة المشروعية من قبل ممثل الدولة[2]. وفي هذا الصدد أبدىالجهاز المركزي للوقاية من الرشوة -في تقريره لعام 2005 -أسفه من أن 90% من عدد العقودالمتعلقةبالمرافق والجماعات المحلية، وأكثر من 70% من عقود الأشغال تلاقي استبعاداً من التزام التحويل[3].

وهذا ما دفع المشّرع إلى تخفيض مقدار الحد الأدنى لقيمة العقد الخاضع للتحويل بموجب المرسوم الأخير المذكور أعلاه رقم (1702-2009) الصادر في 2009/12/30.

إلا أن مجلس الدولة توسع في نطاق دعوى المشروعية الخاصة، حيث أجاز للمحافظ أن يقيم هذه الدعوى ضد كل تصرفات الجماعات المحلية[4]، وبيَّن

---

[1]وقد خضع مقدار الحد الأدنى لقيمة العقد الخاضع للتحويل لعدة تعديلات بموجب قوانين متلاحقة، وفقاً للآتي :

- /90000/ يورو بموجب تقنين العقود العامة الصادر بالمرسوم المؤرخ في 2001/3/7.
- /230000/ يورو بموجب تقنين العقود العامة الصادر بالمرسوم المؤرخ في 2004/1/7.
- /206000/ يورو بموجب المرسوم رقم (171-2008) الصادر في 2008/2/22.
- /193000/ يورو بموجب المرسوم رقم (1702-2009) الصادر في 2009/12/30.

[2]Moreau (J.) :Bilan jurisprudential du contrôle administrative de la légalité,*AJDA*, numero special,avril 1992,p.55.

[3]Catherine Bergeal, Fréderic Lenica, Le contentieux des marchés publics le moniteur, 2010, p55.

[4]CE, 13-1-1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités territoriales REC.,CE, p.6.

كما يمكن للمحافظ أن يقيم هذه الدعوى 0أمام القاضي حتى ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد، بما في ذلك الرفض المتولد عن صمت الجماعات المحلية على طلب المحافظ بالتحويل.

CE, 28-2-1997, commune de port, Rec. CE, p.61, RFDA, 1997, p.1190.

المجلس أنه بإمكان المحافظ أن يمارس دعوى المشروعية الخاصة ضد كل عقود القانون العام حتى غير الخاضعة لالتزام التحويل[1].

أي أن المحافظ يمكنه أن يطلب من الجماعات المحلية الاطلاع على العقود الإدارية التي تقل قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً للتحويل، فإذا ما وجد أنه يشوبها عيب من عيوب المشروعية كان بإمكانه إقامة دعوى المشروعية الخاصة بمواجهتها.

وقد كرّس المشّرع هذا التوجه القضائي بالتوسع في نطاق دعوى المشروعية الخاصة بموجب القانون الصادر في 13 /2004/8 والمتعلق بالحريات والمسؤوليات المحلية، والذي مكّنالمحافظ من طلب الاطلاع على كل أعمال التجمعات المحلية وممارسة دعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة الإدارية خلال شهرين من تاريخ وصول الأعمال المطلوب تحويلها[2].

2. عقود القانون الخاص

---

[1]CE, 4-11-1999, Département de la Sarthe, Tabulés, p.801, concl. C mauge AJDA, 1994, 898.

CE, 28-7-1995, Préfet de région d'ile – de – France c/société de gérance Jeanne-d'arc.

CE, 14-3-1997, Département des Alpes-Maritimes, Rec.,CE, p.79.

[2]LINDITCH(F.) : contrôle de légalité des marchés publics, *La semaine juridique*,13-3-2006,p.333.

TERENYRE(Ph): Le contrôle de légalité des marchés publics Locaux ,LPA ,15-2-1991.P.10.

لا تخضع عقود القانون الخاص للتحويل إلى ممثل الدولة، وبالتالي فإن القضاء الإداري لا يختص بتقدير مشروعيتها كونها لا تصلح لأن تكون محلاً لدعوى المشروعية الخاصة[1].

إلا أنه يمكن للمحافظ عند إقامة دعوى المشروعية الخاصة أن يحيل للمحكمة الإدارية العقود الغير قابلة للتحويل وذلك في حالتين :

1 – إذا كان العقد غير خاضع للتحويل مرتبطاً بتصرف خاضع للتحويل وغير قابل للانفصال عنه :

يمكن للمحافظ أن يحيل إلى المحكمة الإدارية العقد غير الخاضع للتحويل وذلك في معرض إقامته لدعوى المشروعية الخاصة ضد تصرف خاضع للتحويل، إذا كان هذا العقد مرتبطاً بذلك التصرف ارتباطاً غير قابل للانفصال عنه، حيث يتم إحالة هذا العقد كوثيقة ملحقة ضرورية لدراسة صحة التصرف الخاضع للتحويل موضوع الدعوى[2].

وفي هذه الحالة يمكن للقاضي عند نظره في هذه الدعوى أن يبحث في العقد الذي لايخضع في حد ذاته للتحويل ولكن بشكل غير مباشر، كون هذا العقد مرتبطاً بالتصرف الخاضع للتحويل موضوع الدعوى بشكل غير قابل للانفصال، وليس للقاضي في هذه الحالة أي سلطة إلغاء فيما يخص هذا العقد بحسبان أن تحويل هذا العقد لم يكن إلا للسماح بتقدير مشروعية التصرف الخاضع للتحويل موضوع الدعوى[3].

---

[1]CE, 27-2-1987, commune de Grand-Bourg de marie – Galante c/Mme Lancelot, Rec. CE, p.79.

[2]Catherine Bergeal, Fréderic Lenica, Le contentieux des marchés publics le moniteur, 2010, p55.

[3]Dominique Pouyaud, op.cit, p.515.

بدا أن مجلس الدولة في بعض أحكامه ولاسيما في قراره الصادر بقضية :

وفي هذا الصدد يعد عقد الالتزام بحد ذاته قابلاً للتحويل، في حين أن العقود التابعة لعقد الالتزام والمبرمة بين الملتزم والغير غير خاضعة للتحويل كونها من عقود القانون الخاص، إلا أن مجلس الدولة حكم بأن هذه العقود الأخيرة ذاتها يمكن أن تكون محلاً لدعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة، ولكن بشكل تبعي لعقد الالتزام كتصرف خاضع للتحويل[1].

وكذلك فإن عقد التأجير للإسكان لا يخضع بحد ذاته للتحويل كونه من عقود القانون الخاص، وبالتالي لا يصلح لأن يكون محلاً لدعوى المشروعية الخاصة، إلا أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تبحث فيه كملحق للقرار الخاضع للتحويل والصادر عن المحافظ بإبرام العقد والمتخذ بناءً على تفويض من المجلس المحلي بمقتضى المادة/L.122-20-5/ من قانون البلديات[2].

CE, 24-4-1985, Département de l'Eure c/Pinault, p117, RDP, 1985, p.1687.
أنه يقر بقبول دعوى الإلغاء بواسطة دعوى المشروعية الخاصة ضد العقد الغير خاضع للتحويل والمحول كملحق ضروري للتصرف الخاضع للتحويل والقابل للإلغاء، إلا أن مجلس الدولة وبأحكامه اللاحقة قد أزال كل شك يتعلق بهذا التفسير عندما عدّ أن الدعوى توجه ضد التصرف القابل للتحويل، وليس ضد العقد كملحق ضروري لهذا التصرف.

CE, 13-1-1988, p.6, concl. M. Roux, RDP, 1988, p.853.

CE, 11-7-1988, Cne de Fréjus, DA, 1988, n454.

CE, 31-3-1989, Dept, de la Moselle, p.105, AJ, 1989, p.239.

CE, 21-10-1988, Commissaire de la république de département de la somme, DA 1988, n565.

[1]PatriceCOSSALTR,Le contentiux des marchés publics,Grpup Territoral,paris,2010,p.49.

CE, 24-4-1985, de appartement de L'eurec.Pinault, p117, RDP, 1985, p.1687.

[2]CE, 30-1-1987, commissaire de la républiqued'Ille – et – vilaine, préc.

2 – إذا أقام المحافظ دعوى المشروعية الخاصة ضد العقد غير الخاضع للتحويل بناء على طلب الشخص المضرور.

للمحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد العقود القابلة للتحويل إذا ما وجد أنه يشوبها أي عيب من عيوب المشروعية في حالتين :

1- أن يقيم المحافظ هذه الدعوى من تلقاء نفسه.

2- أن يقيم المحافظ هذه الدعوى بناء على طلب الشخص المضرور من إبرام العقد.

إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يمكن للمحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة حتى ضد العقود غير الخاضعة للتحويل إذا ما طلب منه ذلك الشخص المضرور. حيث يمكن للمحافظ أن يطلب من الجماعات المحلية الاطلاع على هذه العقود، فإذا ما قدّر أن هذه العقود غير نظامية عند إبرامها ووجد أنه يشوبها عيب من عيوب المشروعية كان له إقامة دعوى المشروعية الخاصة بمواجهتها[1].

المبحث الثاني

الأحكام الناظمة للتحويل للمحافظ

عندما كرس المشّرع في قانون اللامركزية مبدأ تحويل أعمال وتصرفات الجماعات المحلية إلى ممثل الدولة (المحافظ)، فإن ذلك كان تحقيقاً لنص المادة

[1]Catherine Bergeal, Fréderic Lenica, Le contentieux des marchés publics le moniteur, 2010, p 64.

Georges Vedel, pierre Delvolve, Droit administratif, press universitaires de France, 2001, p440.

/72/ من الدستورالتي حمّلت ممثل الدولة مهمة القيام باحترام القوانين[1]، وهذا يتطلب تمكين المحافظ من الاطلاع على هذه الأعمال والتصرفات من خلال تحويلها إليه، فإذا ما وجدها أنها قد خالفت أحكام القانون كان بإمكانه إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد هذه التصرفات[2].

ولتحقيق هذه الغاية سعى المشّرع إلى ضبط الأحكام الخاصة بالتحويل وفي مقدمتها مضمون التزام التحويل ومدته والآثار المترتبة عليه.

وعليه سنتناول في هذا المبحث الأحكام الخاصة بتحويل التصرفات من الجماعة المحلية إلى ممثل الدولة وفقاً للآتي:

المطلب الأول : مضمون الالتزام بالتحويل والمدة المحددة لتنفيذه.

المطلب الثاني : مخالفة التزام التحويل.

المطلب الثالث : آثار التحويل للمحافظ.

المطلب الأول: مضمون الالتزام بالتحويلوالمدة المحددة لتنفيذه.

يشمل مضمون أو محتوى الالتزام بالتحويل على مجموعة الأعمال المكونة للبيئة القانونية للعقد التي يجب أن تحوللممثل الدولة لرقابة قانونيتها[3].

---

[1]Art /72/ duConstitution par 1958: Dan les départements et les territoires, Le délègue du gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

يتولى ممثل الدولة والحكومة في المحافظات والأقاليم عبء المصلحة الوطنية والرقابة الإدارية واحترام القوانين وفقاً للمادة/ 72 /من الدستور الفرنسي الصادر في عام 1958.

[2]CE, 28-2-1997, commune de port, Rec., CE, p.661.

[3] Article 82 du CMP Modifié par Décret n°2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2: Pour les collectivités territoriales, le marché ou l'accord-cadre est notifié au titulaire après transmission, lorsqu'elle est prévue, au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle. Pour les

وحيث إن إبرام العقد هو إجراء مركب يتولد عن تتابع أعمال من طبيعة مختلفة (كمداولات المجلس المحلي – وأعمال لجنة المناقصةوقراراتها — وقرار إبرام العقد) الأمر الذي يتوّلد عنه عدد كبير من الوثائق التي تدمج بالعقد والتي تشكل الوثائق المكونة له، كدفاتر الشروط.وإن التزام تحويل المداولة أو العقد يجب أن يشتمل على هذه الوثائق كافةالتي تشرح وتبرر العقد[1].

établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le marché ou l'accord-cadre est notifié au titulaire après réception, le cas échéant, de ces pièces par le représentant de l'Etat.

C.E. 15-4-1996, Ghiulamila, Req, n° 154986.

C.E. 29-10-1997, commune de chateauneal – ville vieille, Req, n 158501.

-اقترح الاستاذChapus معياراً للتصرف القابل للتحويل إلى المحافظ، ويتكون هذا المعيار من عنصرين: العنصر الأول :يجب أن يكون التصرف صادراً عن جماعة محلية، أما العنصر الثاني : أن يكون التصرف تنفيذياً

Chapus,op.cit.,p.369.

ولكن إذا كان العنصر الأول بديهيا ،ومطلقاً فإن مجلس الدولة الفرنسي قد خالف العنصر الثاني، حيث قرر: إن المداولات ذات الطبيعة التحضيرية للجماعات المحلية إذا كانت كأصل عام، وفي نطاق دعوى تجاوز حد السلطة العاديةغير قابلة لأن تكون محلاً للطعن بالإلغاء، إلا أنها تكون قابلة لذلك في نطاق دعوى تجاوز حد السلطة المنصوص عليها في قانون 1983/3/2المعدل.

CE,15-4-1996,Syandicat C.G.T de hospitaliers de Bredarieux,R.F.D.A 1996,p.609.

[1]TERENYRE(Ph): Le contrôle de légalité des marchés publics Locaux,LPA,15-2-1991.P.15.

وعليه يلحق بالعقد كتصرف واجب التحويل كافة الوثائق المتعلقة بالأعمال التحضيرية للعقد والأجزاء المكونة له[1].

وبالتالي فإن تحويل ملف المداولة أو العقد يجب أن يكون كاملاً، أي أن الشخص العام المحلي صاحب العلاقة يجب أن يحول إلى المحافظ ملفاً محتوياً على كل العناصر اللازمة لتقدير مشروعية العقد أو المداولة، ولا يكون هذا الملف كاملاً إلا إذا تضمن ملف التحويل البيانات التي جاءت بها المادة /79/ من تقنين عقود الشراء العامة، والتي أوجبت على الجماعة المحلية إعداد تقرير يتضمن على الأقل البيانات الآتية:

1- اسم وعنوان الجماعة المحلية المتعاقدة، ومحل وقيمة العقدسواء تم بموجب اتفاق مباشر أو وفق نظام التحويل الآلي.

2- أسماء المرشحين للتعاقد،والسبب في اختيارهم.

3- أسماء المرشحين المستبعدين،وأسباب رفض عروضهم.

4- أسباب رفض العطاءات الأخرى.

5- اسم المتعاقد وأسباب اختيار عرضه، وإذا ما كان هنالك جزء من العقد قد منح بموجب تعهد ثانوي للغير.

6- كل ما يتعلق بإجراءات التفاوضوأسباب هذه الإجراءات.

7- كل ما يتعلق بالحوار التنافسي وأسباب هذا الإجراء.

8- الأسباب التي أدتبالجماعة المحلية إلى العدول عن التعاقد والاتفاق المباشرإلى نظام التحويل الآلي.

---

[1]Rouault(M.-C.) :Les pieces a transmettre au representant de l'Etat dans le departement avec les marchés des collectivités territoriales et leur établissements publics,*LPA*,20-10-1993,P.12.

C.E. 13-1-1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités territoriales, précité.

9- الإشارة فيما إذا كان التمويل من بلد عضو في الاتحاد الأوروبي ،أو دولة أخرى موقعة على اتفاق العقد العام المبرم في إطار منظمة التجارة العالمية.

إضافة للتقرير السابق فقد أوجب المرسوم رقم (1080-93) الصادر في 1993/9/9 والذي أعاد صياغة قانون 6/2/ 1992 المتعلق بالإدارة الإقليمية للدولة فضلاً عن اجتهاد مجلس الدولة على الجماعات المحلية أن ترفق مع ملف العقد الوثائق الآتية[1]:

1. المداولات المسبقة على إبرام العقد.
2. الوثائق التي بني عليها طلب العروض الذي انتهى بالفشل، والذي برراللجوء إلى إبرام العقد عن طريق التفاوض[2].
3. كافة الوثائق التي تساعد على تقدير مدى مراعاة الجماعة المحلية للنظام[3].
4. تبرير اللجوء لإعلان طلب العروض، والاطلاع على طريقة تحديد القيمة التقديرية للأشغال[4].
5. الوثائق التي تسمح بتقدير فيما إذا كانت الأعمال موضوع العقد تكوّن عملية واحدة، وبشكل خاص الوثائق المتعلقة بقيود الموازنة[1].

---

[1]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.57.

Richer(L.),op.cit,164.

PatriceCOSSALTR,Le contentiux des marchés publics,Grpup Territoral,paris,2010,p.50.

[2]C.E. 26-7-1991, commune de septimes – les – vallons, Précité.

[3]C.E. 26-7-1991, commune de sainte – marie de la Réunion, Précité.

[4]C.E. 14-3-1997, préfet de Maine-et-Loire, Req. n146011

6. دفاتر الشروط الفنية الخاصة كعنصر مكوّن للعقد[2].

وإذا كان الملف محتوياً على بعض أوجه النقص، فإنه يحق للمحافظ عندئذ أن يطلب من الإدارة أن تزيل هذا النقص، كما يحق له أن يطلب أية وثائق أخرى تكميلية[3].

ويجب على الجماعة المحلية تحويل العقد أو تحويل المداولة الخاصة بإبرام العقد إلى المحافظ خلال مدة خمسة عشر يوماً بدءاً من تاريخ توقيع العقد أو من تاريخ المداولة التي تم فيها إقرار العقد[4]. إلا أن القانون لم يرتب جزاءاً واضحاًعلى عدم احترام هذه المدة[5].

المطلب الثاني: مخالفة التزام التحويل للمحافظ

إن تحديد الآثار المترتبة على مخالفة الجماعة المحلية لالتزام التحويل يتطلب دراسة كل من :

1- مخالفة التزام تحويل المداولات المتعلقة بإبرام العقد.

2- مخالفة التزام تحويل العقد.

---

[1]C.E. 8-2-1999, syndicat intercommunal des eaux de la cantine, Req. n 156333.

[2]C.E. 8-4-1998, Préfet de la Sartène, BJCP, 1991, p.99.

[3]Richer (L.),op.cit.,p.448.

Rouault(M.-C.) :Les pieces a transmettre au representant de l'Etat dans le departement avec les marchés des collectivités territoriales et leur établissements publics,*LPA*,20-10-1993,P.15.

[4]Art. 1411-6 et 1411-9 du CGCT.

[5]د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص 262.

الفرع الأول : مخالفة التزام تحويل المداولات المتعلقة بإبرام العقد

يترتب على عدم تحويل مداولات المجالس المحلية المرخصة لعضو التنفيذ بتوقيع العقد إلى وقف الأثر التنفيذي لهذه المداولة، فهي لا تنتج أثرها القانوني إلا بعد تحويلها، أي أن عضو التنفيذ يمتنع عليه توقيع العقد طالما أن المداولة المذكورة لم تحول إلى المحافظ[1].

فإذا ما قام عضو التنفيذ بتوقيع العقد قبل تحويل هذه المداولة ترتب على ذلك عدم قانونية هذا العقد وبطلانه – ولو كان هذا العقد من عقود القانون الخاص – كون توقيع العقد قد تم قبل اكتسابه الصفة التنفيذية[2].وإن بطلان هذا العقد في هذه الحالة لا يغطى بتحويل هذه المداولات بشكل لاحق للتوقيع.

ويمكن للغير في هذه الحالة الطعن في قرار إبرام العقد استناداً لعدم اختصاص عضو التنفيذ في توقيع العقد قبل تحويل المداولات التي رخصت بتوقيعه، كما يعّد هذا العيب من النظام العام الذي يمكن للقاضي أن يثيرهمن تلقاء نفسه[3].

الفرع الثاني : مخالفة التزام تحويل العقد

يترتب على عدم تحويل العقد للمحافظ إلى وقف الأثر التنفيذي لهذاالعقد، أي أن العقد لا ينتج أثره القانوني إلا بعد تحويله [4].

---

[1]CAA Lyon 19-5-1998,Cne pralognan –La Van0ise,R.Dr.Admin,1998,N235.

[2]CE, 20-1-1989, ville de Millau C/M.vincens, Req. n70686.

CE, avis 10-juin-1996, Préfet de la cote d'or et autres, Rec. CE, p.198.

[3]CAA, Marseille, 4-5-2004, commune des Baux-de-Provence, n99MA01331.

[4]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.61.

ود. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص 264.

إلا أنه إذا كان عدم تحويل العقد يؤدي إلى وقف سريان آثاره، فإن عدم تحويله لا يؤثر على صحته كتصرف قانوني بين أطرافه، وعليه لا يمكن لأطراف العقد أن يستندوا على عدم تحويل العقد للمطالبة بإبطال هذا التصرف القانوني، إلا أنه يترتب على عدم التحويل عدم صرف مستحقات المتعهد الذي نفذ العقد الغير محول استناداً للعلاقة التعاقدية [1]، ذلك أن هذا العقد ورغم مشروعيته يبقى دون أثر قانوني رغم تنفيذه، مما يقتضي ضرورة البحث عن أساس قانوني آخر يتم صرف مستحقات المتعهد بناءً عليه، كون القاضي لا يفصل النزاع القائم بين أطراف العقد على أساس تعاقدي[2].

وإذا نص العقد في أحد بنوده على تاريخ نفاذه، فلا يجوز أن يكون هذا التاريخ سابقاً على تاريخ تحويله إلى المحافظ، على اعتبار أن العقد لا يكون نافذاً قبل تاريخ تحويله [3]. وعليه لا يجوز للجماعة المحلية أن تحدد تاريخاً لنفاذ العقد قبل إنجاز التحويل[4].

ويترتب على عدم تحويل العقد إلى المحافظ أن مدة الشهرين التي يمكن خلالها للمحافظ أن يخاصم العقد عن طريق دعوى المشروعية الخاصة لا تبدأ في

---

[1]CE, 28-12-2009, Commune de Béziers , précité par C.Bergeal, F.Iencia, op.cit, p.61.

[2]CE, 27-4-1987, commissaire de la République des cote-du-Nord, Tables, p.121.

CE, 30-1-1995, Préfet de Seine-et-Marne, Req. n131719.

[3]CE,8-2-1999,S^{té} Sogema.Req.n182190.

CE,8-2-1999 Commune de Cap d'Ail,Réq,n185749.

[4]CE,4-2-1991,Ville de Caen ,D.1991, SC ,P.375.

السريان، وتظّل هذه المدة مفتوحة حتى يتم هذا التحويل، حيث تبدأ عندها هذه المدة بالسريان من تاريخ هذا التحويل[1].

وفي كل الحالات لا يجوز تحويل العقد إلى المحافظ دون أن يكون هذا العقد مستنداً على قرار المداولة المتعلقة بإبرام العقد الصادر عن عضو التداول (المجالس المحلية) بحسبان أن ذلك من شأنه أن يعرض العقد ذاته للإلغاء[2].

المطلب الثالث: آثار التحويل للمحافظ

يترتب على تحويل التصرف القانوني للجماعة المحلية (قراراً كان أم مداولة أم عقداً) إلى ممثل الدولة أثران اثنان :

الأول قضائي : ويتمثل بأن التحويل يطلق المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها.

الثاني تنفيذي : ويتمثل بأن التحويل يعطي التصرف الطابع التنفيذي.

وهذان الأثران هما ما سنتناوله في هذه المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول – الأثر القضائي: ويتمثل بأن التحويل يطلق المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها.

يجب على الجماعة المحلية تحويل العقد ،أو تحويل المداولة الخاصة بإبرام العقد إلى المحافظ – ممثل الدولة – خلال مدة خمسة عشر يوماً بدءاً من تاريخ توقيع العقد أو من تاريخ المداولة التي تم فيها إقرار العقد[3]. ويترتب على هذا التحويل بدءسريان المدة التي يمكن خلالها للمحافظ أن يخاصم العقد ،أو المداولة

---

[1]CE,10-6-1996,Préfet de la cote dor ,R.F..D.A,1997, P.83.

[2]T.A, Bastia, 18-12-1997,Préfet de Crose c/Syndicat intercommunal d assainissement de Santa Lucitallano-Olmicca,Rec., N97608.

[3]Art. 1411-6 et 1411-9 du CGCT.

عن طريق دعوى المشروعية الخاصة. حيث منح المشّرعلممثل الدولة مدة شهرين لإقامة هذه الدعوى من تاريخ التحويل[1].

ويجب أن يتم التحويل إلى المحافظ ممثل الدولة بالذات، وعليه فإذا ما تم تحويل العقد أو المداولة إلى جهة أخرى غير المحافظ، حتى ولو كانت هذه الجهة تابعة له، فلا تسري هذه المدة حتى يتم تحويلها إلى المحافظ بالذات بحسبانه الشخص المخول قانوناً بإقامة الدعوى[2]. وبناءً على ذلك لا يؤدي التحويل الجاري من الجماعة المحلية إلى نائب المحافظ إلى سريان هذه المدة إلا إذا تم هذا التحويل إلى المحافظ، حيث تحسب عندها هذه المدة من التحويل الثاني (للمحافظ) [3].

هذا وإذا كانت الجماعة المحلية تلتزم بتبليغ العقد إلى المتعاقد معها، وكذلك تحويله إلى ممثل الدولة، فإن قيامها بتبليغ العقد إلى المتعاقد دون تحويله لا يؤدي إلى بدء سريان مدة الدعوى، على عدّ أن هذه المدة لا تسري إلا من تاريخ التحويل[4].

هذا وإن عدم تحويل المداولة أو العقد إلى المحافظ، لا يمنع هذا الأخير من إقامة دعوى المشروعية الخاصة في أي لحظةحتى قبل تحويله[5].

كما أنه إذا تعددت العقود المتعلقة بذات العملية ،والتي حولت بشكل متتال، فإن مدة الدعوى تحسب من تاريخ تحويل العقد الأخير من بينها[6].

---

[1]Article:/L. 2131-6/ du CGCT.

[2]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.62.

[3]CE, 6-7-2007, commune de Saint-Paul-Trois-Châteaux, Req. n298744.

[4]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.60.

[5]GERARD,(P.) : Decentralisation :le defere delaisse,DA 1992,N11,P.1.

[6]CE, 26-7-1991, commune de Saint-Marie de la reunion , préc.

الفرع الثاني – الأثر التنفيذيغير القضائي : ويتمثل بأن التحويل يعطي التصرف الطابع التنفيذي

لا تكتسب المداولة الطابع التنفيذيوتكون قابلة للتنفيذ إلا من تاريخ تحويلها إلى ممثل الدولة (المحافظ). أما العقد فلا يكتسب الطابع التنفيذيويكون قابلاً للتنفيذ إلا من تاريخ تحويله إلى ممثل الدولة (المحافظ) إذا كان هذا العقد مما يلزم تحويله إلى المحافظ ،أو من تاريخ نشره ،أو تبليغه لصاحب العلاقة ممن رسا عليهإذا كان هذا العقد مما لا تلزم الجماعة المحلية بتحويله إلى المحافظ[1].

هذا وإذا كانت الجماعة المحلية تلتزم بتبليغ العقد إلى المتعاقد معها وكذلك تحويله إلى ممثل الدولة، فإن قيامها بتبليغ العقد إلى المتعاقد دون تحويله لا يؤدي إلى اكتساب هذا العقد للطابع التنفيذي، ولا يكون هذا العقد قابلاً للتنفيذ إلا من تاريخ التحويل[2].

وإذا قام أطراف العقد بتنفيذه بالرغم من عدم تحويله ،وبالتالي عدم اكتسابه للطابع التنفيذي، فإنه يمتنع على محاسب الجماعة المحلية المتعاقدة أن يدفع المستحقات الناتجة عن هذا العقد الغير نافذ، وليس للمتعاقد في هذه الحالة لتحصيل استحقاقاته من قيمة ما قام بتنفيذه إلا إثبات المسؤولية غير العقدية للجماعة المحلية[3].

---

[1]Article: 2131-1, L.3131-1 et L.4141-1 du CGCT.

[2]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.60.

[3]ID Le contrôle de légalité des marchés publics Locaux en France,AJDA 1999.P.767.

الفصل الثاني
إجراءات دعوى المشروعية الخاصة

لتحقيق الغاية من دعوى المشروعية الخاصة سعى المشّرع إلى ضبط الأحكام الخاصة بها ضمن إجراءات محددة وخاصة تحقق الغاية من هذه الدعوى، وبما يكفل سرعة هذه الإجراءات وسهولتها بحيث لا تعرقل سير المرفق العام، سواء من ناحية تحديد الجهة التي تخول بإقامتها، أو لجهة المدة التي يمكن إقامة الدعوى خلالها أو الأسباب التي يرتكن إليها الطاعن في دعواه وما يترتب على هذا الطعن من آثار.

وسنعمد لدراسة هذا الفصل من خلال المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : المبادرة بالدعوى وسلطة المحافظ في إثارتها.

المبحث الثاني : المدة المقررة لرفع الدعوى.

المبحث الثالث : أسباب الطعن بالإلغاء استناداً لدعوى المشروعية الخاصة وآثاره.

المبحث الأول

المبادرة بالدعوى وسلطة المحافظ في إثارة دعوى المشروعية الخاصة

يتوّلى المحافظ المبادرة بإقامة دعوى المشروعية الخاصة، إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الشخص المضرور، وبكافة الأحوال فإن المحافظ يتمتع بسلطة تقديرية في مجال إقامة دعوى المشروعية الخاصة.

وعليه فإننا سنعمد في هذا المبحث إلى دراسة المطالب الآتية:

المطلب الأول: المجال الذي يمكن للمحافظ أن يوجه فيه دعوى المشروعية الخاصة.

المطلب الثاني: توجيه دعوى المشروعية الخاصة بناء على طلب الشخص المضرور.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية الممنوحة للمحافظ في مجال دعوى المشروعية الخاصة.

المطلب الأول: المجال الذي يمكن للمحافظ أن يوجه فيه دعوى المشروعية الخاصة

خضعت عقود الجماعات المحلية في فرنسا قبل صدور قانون اللامركزية رقم (213-82) تاريخ 1982/3/2 إلى رقابة الدولة كسلطة وصائية، وتجسد ذلك من خلال ضرورة تدخل سلطة الوصاية بالتصديق على المداولة المقررة لإبرام العقد من جهة، والتصديق على العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ (رئيس المجلس العام في المحافظة أورئيس البلدية) من جهة أخرى. حيث كانت سلطة الوصاية

تتمتع في هذا الإطار بسلطة تقديرية في منح التصديق على المداولة أو على العقد[1].

وقد تمثل اختصاص سلطة الوصاية في هذه المرحلة بالآتي[2]:

1- إلغاء مدولات المجالس البلدية ،أو العامة ،أو الإقليمية المشوبة بعدم المشروعية ،والتي أدت إلى تقرير إبرام العقد.

2- قبول أو رفض تصديق العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ.

3- إذا امتنع عضو التنفيذ عن توقيع العقد، فإن سلطة الوصاية تستطيع أن تقوم بالتوقيع على العقد بدلاً عنه، فالمحافظ كان بإمكانه أن يحل محل رئيس البلدية في حال رفض هذا الأخير إبرام العقد المقرر بموجب مداولات المجلس المحلي وهو في هذه الحالة لا يمارس إلا السلطة التي عُهِدَت إليه بموجب القانون[3].

إلا أنه وبموجب قانون اللامركزية رقم (213-82) الصادر في 1982/3/2 والمعدل بالقانون رقم (623-82) الصادر في 1982/7/22، ألغيت الوصاية الإدارية على الجماعات المحلية، وحلّت محلها رقابة المشروعية التي يمارسها ممثل الدولة (المحافظ) عن طريق إقامة دعوى المشروعية الخاصة بطلب إلغاء التصرف غير المشروع، ودون أن يحق للمحافظ إلغاء هذا التصرف مباشرة. أي أنه يمكن القول أن هذه الرقابة أضحت مقيدة بالنصوص القانونية ،وعن طريق القضاء[4].

---

[1] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص259.

A.De l'aubader,F.Moderne,P.Delvolve : Traite des contrats.op.cit,p.487.

[2]Vedel, Delvolve, op.cit, T1, p368.

[3]المادة 85 من القانون الصادر في 1884/3/5.

[4]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.53.

وبناءًعلى ذلك أضحت مداولات وعقود الجماعات المحلية نافذة بمجرد إقرارها من عضو التداول (المجالس المحلية) ،وتوقيعها من عضو التنفيذ (رئيس المجالس المحلية) وتحويلها إلى ممثل الدولة (المحافظ) دون حاجة إلى انتظار تصديقها من هذا المحافظ[1].

إلا أن المشّرع وحرصاً منه على رقابة مشروعية تصرفات الجماعات المحلية سعى إلى إلزام الجماعة المحلية بتحويل مداولاتها وعقودها إلى ممثل الدولة (المحافظ)، ومكّنه من رقابة مشروعيتها، فإذا وجد أن هذه المداولات أو العقود يشوبها عيب من عيوب المشروعية كان له إقامة دعوى المشروعية الخاصة بمواجهتها بغية إلغائها[2].

وقد حصر المشّرع حق إقامة هذه الدعوى بممثل الدولة (المحافظ) حصراً دون غيره، وحدد له مجال توجيه هذه الدعوى فيما يتعلق بالعقود والمداولات المتعلقة بإبرامها – موضوع بحثنا – بالتصرفات الآتية[3]:

1- العقود والمداولات التي ألزم القانون الجماعة المحلية بتحويلها إلى المحافظ. والتي تشمل الآتية :

أ- المداولات المتعلقة بإبرام العقودكافة، كون جميع هذه المداولات واجبة التحويل للمحافظ بحكم القانون.

ب-العقود الإدارية كافة التي تزيد قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً.

2- العقود الإدارية التي تقل قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً، حيث أنه وبموجب القانون الصادر في13 /2004/8 ،والمتعلق بالحريات

J.F. Auby, La décentralisation faut-elle naitre de nouvelle tutelles? AJDA, 1984, P.412.

[1]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.53.

[2]J.P.Negrin, op., cit, p.70.

[3]Rouault(M.-C.) ,op., cit, p.15.

والمسؤوليات المحلية أصبح بإمكان المحافظ أن يطلب من الجماعات المحلية الاطلاع على العقود الإدارية التي تقل قيمتها عن الحد المطلوب قانوناً للتحويل، فإذا ما وجد أنه يشوبها عيب من عيوب المشروعية كان بإمكانه إقامة دعوى المشروعية الخاصة بمواجهتها[1]. وقد كان هذا القانون الأخير تكريساً لاجتهاد مجلس الدولة الذي توسع في نطاق دعوى المشروعية الخاصة، وأجاز للمحافظ أن يقيم هذه الدعوى ضد كل ضد كل عقود القانون العام حتى غير الخاضعة لالتزام التحويل[2].

أما فيما يتعلق بعقود القانون الخاص فإن القانون لم يلزم الجماعة المحلية بتحويلها إلى المحافظ، كما أنه لم يمنح المحافظ حق إقامة دعوى المشروعية الخاصة بمواجهتها من تلقاء نفسه، وبالتالي فإن القضاء الإداري لا يختص بتقدير مشروعيةهذه العقود كونها لا تصلح لأن تكون محلاً لدعوى المشروعية الخاصة من حيث المبدأ[3].

---

[1]LINDITCH(F.) : contrôle de légalité des marchés publics, La semaine juridique,13-3-2006,p.333.

TERENYRE(Ph): Le contrôle de légalité des marchés publics Locaux,LPA,15-2-1991.P.10.

[2]CE, 4-11-1999, Département de la Sarthe, Tabulés, p.801, concl. C mauge AJDA, 1994, 898.

CE, 28-7-1995, Préfet de région d'ile – de – France c/société de gérance Jeanne-d'arc.

CE, 14-3-1997, Département des Alpes-Maritimes, Rec.,CE, p.79.

CE, 13-1-1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités territoriales REC.,CE, p.6.

[3]CE, 27-2-1987, commune de Grand-Bourg de marie – Galante c/Mme Lancelot, Rec. CE, p.79.

وتتجلّى سلطة المحافظ في إقامة دعوى المشروعية الخاصة، بأنه عندما يتلقى التصرف (مداولة أو عقد) من الجماعة المحلية، ويقدر مشروعيته فإنه يختار أحد الحلولالآتية:

- إذا قدّر المحافظ أن التصرف مشروع فله أن يبلغ الجماعة المحلية بأنه لن يقيم دعوى المشروعية الخاصة، إلا أن المحافظ في هذه الحالة غير ملزم بإبلاغ الجماعة المحلية بنيته بعدم إقامة هذه الدعوى إلا إذا طلبت منه الجماعة المحلية بيان اتجاهه من التصرف.

فإذا ما قرر المحافظ عدم إقامة الدعوى وأبلغ الجماعة المحلية بذلك، فإن قرارهالمذكور لا يقيده، وبإمكانه الرجوع عنه وإقامة الدعوى، دون أن تكون هذه الدعوى عرضة لعدم القبول لهذا السبب[1].

- إذا قدّر المحافظ أن التصرف غير مشروع فله أن يسلك أحد طريقين :

1- أن يقيم دعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة الإدارية ،وذلك خلال شهرين تلي تاريخ التحويل.وفي هذه الحالة يجب عليه أن يبلغ الجماعة المحلية التي اتخذت هذا التصرفبإقامة الدعوى، ويطلب منها كل الإيضاحات حول عدم مشروعية التصرف ذي العلاقة. إلا أن عدم إبلاغه للجماعة المحلية بإقامة الدعوى لا يؤثر على هذه الدعوى، التي لن تكون عرضة لعدم القبول لهذا السبب[2].كما أنها لن تكون عرضة لعدم القبول إذا ما أبلغ الجماعة المحلية بإقامة الدعوى دون أن يوضح لها أسباب عدم المشروعية المرتكبة من قبلها[3].

---

[1]Catherine et Frederic, op.cit, p66.

[2]CE, 24-4-1985, ville d'Aix – en – Provence Tables, p.522.

CE, 9-12-1988, Département du Tarn –et Garonne Rec.,CE, p.433.

CE, 2-12-1994, commune de pulversheim, Rec., p.531.

[3]CE, 28-11-1997, sivom du lac du Bourget, req. n161572.

2- أو أن يبلغ الجماعة المحلية التي اتخذت التصرفبعدم المشروعية التي كان قد كشفها، ويوصيها بإزالة هذا العيب قبل إقامة الدعوى، وفي هذه الحالة بإمكان الجماعة المحلية إصلاح هذا العيب من خلال إلغاء هذا التصرف غير المشروع[1].

- إذا قدّر المحافظ أن التصرف غير مشروع ومن الضروري إقامة دعوى المشروعية الخاصة فله أن يرفق بدعواه طلب وقف تنفيذ للتصرف[2].

والسؤال الذي يثار هنا، هل يمكن أن تشكل سلطة ممارسة دعوى المشروعية الخاصة محلاً للتفويض ؟.

يستمد المحافظ سلطته في الحفاظ على المشروعية واحترام القوانين بشكل مباشر من المادة /72/ من الدستور[3]. وعليه فمن الطبيعي أن سلطاته لا يمكن أن تفوض إلا ضمن حدود ضيقة.

ويمكن للمحافظ أن يفوّض كلاً من نوابه[4]، والأمين العام بالمحافظة[5]، في إقامة دعوى المشروعية الخاصة تفويض توقيع. إلا أنه لا يمكنه أن يفوض غير

---

[1]M.Verpeaux: constitution, défère préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou commune de port, en eore…..mél.Moreau 469.

J.Rivero, J.walline, op.cit, p156.

[2]CE, 9-7-2001, Préfet du Loiret, Rec., p337.

[3] CE, 28-2-1997, commune de port, Préc.

Art /72/ duConstitution par 1958: Dan les départements et les territoires, Le délègue du gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

يتولى ممثل الدولة والحكومة في المحافظات والأقاليم عبء المصلحة الوطنية والرقابة الإدارية واحترام القوانين وفقاً للمادة /72/ من الدستور الفرنسي الصادر في عام 1958.

[4]CE, 17-12-1997, Préfet du Tarn, Rec. CE, p.693.

[5]CE, 16-12-1994, OPHLM du var, Rec., CE, p,745.

هؤلاء في المحافظة بإقامة هذه الدعوى، وإن كان يمكنه أن يفوض غيرهم تفويض توقيع في توجيه الملاحظات والتظّلمات الولائية للجماعات المحلية[1].

علماً بأنه إذا كان نائب المحافظ مختصاً بممارسة التظّلم الولائي المسبق[2] لدى الجماعة المحلية بدون تفويض من المحافظ[3]، فإنه لا يملك ممارسة دعوى المشروعية الخاصة دون تفويض توقيع من المحافظ[4].

المطلب الثاني: توجيه دعوى المشروعية الخاصة بناء على طلب الشخص المضرور

لم يكن الوصول إلى قاضي العقد صاحب الصلاحية الوحيد لإبطال العقد غير القانوني متاحاً إلا أمام أطراف العقدأما الغير فلا يتاح له طلب إبطال هذا العقد، وإذا كان الغير يستطيع إقامة دعوى الإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد، وإذا ما تم بنتيجة هذه الدعوى إلغاء هذه القرارات، فإن هذا الإلغاء يطال هذه القراراتفقط، ولا يؤدي بحد ذاته إلى إبطال العقد، ذلك أن هذا الإبطال لا يمكن أن يطلبه إلا أطراف العقد، وليس للغير أي وسيلة لإبطال هذا العقد، ما دام أطراف العقد متفقين على تنفيذه[5].

CE, 2702-1995, Préfet de L'Essonne, Rec., CE, p.112.

[1]CE, Ass, 15-10-1999, Ministre de L'intérieur c/commune de Savigny – le – temple.

[2]التظلم الولائي المسبق : هو الطلب الذي يوجهه المحافظ إلى الجماعة المحلية لإعادة النظر في تصرفها بسبب مخالفته للمشروعية، قبل أن يلجأ إلى إقامة دعوى المشروعية الخاصة.

[3]CE, 8-7-1992, District de Freyming – Merlebach, Rec., CE, p.1208

[4]Catherine et Frederic, op.cit, p66.

[5]TERENYRE(Ph):op.,cit.P.15.

CE, 28-12-1988, Saint-Martin – en – Yvelines, R.A, 1989, N94.

إلا أن قانون اللامركزية وأمام هذه الحالة منح المضرور من أحد عقود الجماعات المحلية طريقة تمكنه بشكل غير مباشر من إبطال هذا العقد إذا ما شابه عيب من عيوب المشروعية، وذلك من خلال الطلب من ممثل الدولة (المحافظ) إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد هذا العقد، وبالنتيجة إبطال هذا العقد إذا ثبت أنه مشوب بأحد عيوب المشروعية[1].

وبذلك مكنت هذه الطريقة القانونية الغير بالنسبة إلى العقد الإداري وبصفته شخصاً مغبوناً من التمسك بإبطال العقد والاستفادة من هذا الإبطالعن طريق مطالبته لممثل الدولة بإقامة دعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة الإدارية، في حين لم يكن هذا الغير في الماضي وحتى في حال حصوله على حكم بإلغاء قرار قابل للانفصال عن العقد من أن يتمسك بإبطال العقد.وهذا ما لم يستطع الغير تحصيله حتى اللحظة أمام القضاء الإداري السوري.

وإذا كان قانون اللامركزية قد منح الشخص المضرور إمكانية الطلب من ممثل الدولة بإقامة دعوى المشروعية الخاصة، إلا أنه لم يأت على تحديد مفهوم هذا الشخص المضرور، وترك للاجتهاد مسألة تفسير هذا المفهوم[2].

---

[1]DIALLO (I.) : L'avenir du defere prefectoral en droit public francais ,*AJDA,* 26-12-2005,p.2438.

Pouyaud.D,op.cit., p.528.

[2] إن استخدام المشرع في قانون اللامركزية لتعبير الشخص المضرور مقتبس من المادة رقم /-L.34 121/ من قانون البلديات الذي كان ينص على أن "المواطن الذي يعتقد شخصياً أنه متضرر بسبب عمل صادر عن السلطة البلدية بإمكانه أن يطلب إلى المحافظ إبطاله".

والشخص هنا قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً طالما أنه صاحب مصلحة يمكن أن تتأتى من الضرر الذي سيلحق به.

وقد خضع مفهوم الشخص المضرور لعدة تفسيرات، فذهب البعض إلى الأخذ بمبدأ أن الشخص المضرور هو أحد أطراف العقد فقط، دون الغير عن العقد الذي لا يمكنه أن يتضرر من اتفاق هو ليس طرفاً فيه[1].

إلا أن هذا الرأي كان محل انتقاد كون حصر مفهوم الشخص المضرور بأطراف العقد يفرغ هذا الطريق في إقامة دعوى المشروعية الخاصة من غايته وأهميته، بحسبان أن أطراف العقد يستطيعون ممارسة الطريق التقليدي لإبطال العقد من خلال إقامة دعوى القضاء الكامل، ودون حاجتهم إلى اللجوء لطريق دعوى المشروعية الخاصة[2].

وعليه لا يمكن القول أن النصوص التي جاء بها قانون اللامركزية 1982/3/2 تتعلق بأطراف العقد فقط، وإنما يمكن للغير إذا تضرر من هذا العقد أن يطلب من ممثل الدولة إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد العقد المُدعَى بعدم مشروعيته[3].

---

[1]ذهب جانب من الفقه إلى أن مفهوم الشخص المضرور قابل لعدة تفسيرات التي كانت قد زالت على مستوى التسليم بالمبدأ الذي بمقتضاه الاتفاقيات التي لا يمكن أن تتعلق بالغير لا يمكن أن تكون قد أضرت به، إضافة لذلك فإن المبدأ الذي وُضِعَ بالمادة/1165/ من القانون المدني الفرنسي ،والذي يقضي بأن" العقد شريعة المتعاقدين " يقتضي استثناءات ذكرها القانون ذاته (كالاشتراط لمصلحة الغير – ودعوى البطلان – والدعوى المباشرة)، أما الاستثناءات الأخرى فقد أطلقت من القضاء، كالاتفاقيات التي تحتوي بجزء منها على شروط تنظيمية0 وبشكل خاص التي تعهد للمتعاقد تنفيذ المرفق العام بذاته وتَصدُر غير خاضعة لمبدأ نسبة أثر العقود (وهو ما تناولناه في القسم الأول فيما يخص عقد الالتزام).

A. de Laubadere, F.Moderne, P.Delvolve, Traite des contrat, op.cit, p.1073.

[2]Ph.Tereyre, paradoxes du contentieux de L'annulation des contrats ,EDCE, 1987, p.69.

[3]J.C Dovence, le contrôle de légalité des mesures concernant le agents contractuels locaux, RFDA, 1987, p.782.

T.A, Poitiers, 9-nov-1983, commissaire de la République de la vienne, p.716.

ولكن ما هو نوع الضرر الذي يتعين أن يلحق بالشخص حتى يكتسب صفة المضرور الذي يمكنه أن يطلب من ممثل الدولة إقامة دعوى المشروعية الخاصة ؟.

يذهب البعض إلى أن الضرر المقصود هنا هو الضرر الذي يمس حقاً للشخص، فالعقد الذي يحصر حق استخدام طريق عام والمرور به بأشخاص محددين دافعين لرسم الدخول دون غيرهم، فإن الضرر الذي يلحق بالغير نتيجة خرق حقه بحرية المرور على هذا الطريق يبرر دعوى المشروعية الخاصة[1].

إلا أنه وجه لهذا الرأي انتقادات تمثّلت بأنه يفرغ النص القانوني من محتواه، ويؤدي إلى تضييق نطاق الأشخاص الذين يحق لهم طلب إقامة هذه الدعوى دون أي مستند من القانون، وخاصة أن الضرر الذي يمس الحق غالباً ما يتعلق بأطراف العقد دون غيرهم[2].

إلا أن غالبية الفقه الفرنسي تفسر مفهوم الضرر الذي يتعين أن يلحق بالشخص حتى يكتسب صفة المضرور بأنه الضرر الذي يمس بالمصلحة البسيطة للشخص، كما هو الأمر في نطاق القرارات الإدارية تماماً.فالعقد الذي تبرمه الجماعة المحلية مع أحد المتنافسين دون غيره،يلحق الضرر بمصلحة المتنافسين الآخرين الذين لم يرسوا عليهم العقد، إلا أن الضرر في هذه الحالة لا يمس حقاً من حقوقهم وإنما يمس بمصلحتهم[3].

إلا أنه وجه لهذا الرأي الأخير انتقادات تمثلت بأن النص القانوني عندما استخدم مفهوم "الشخص المضرور" لم يستخدم كلمة "المصلحة" التي تذكر من

---

[1]Catherine et Frederic, op.cit, p66.

Chapus (R.) :Droit administratif,T1,op.cit.,p.369.

[2]Pouyaud.D,op.cit., p.527.

[3]A. de Laubadere, F.Moderne, P.Delvolve, Traite des contrat, op.cit, p.1073.

C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.64.

قبل الشُرّاح في مجال دعوى الإلغاء. كما أن اعتماد المصلحة البسيطة كشرط لقبول طلب إقامة الدعوى يفتح إمكانية تحريك هذه الدعوى على نطاق واسع جداً، مما يمكن أن يثير معه الكثير من الاعتراضات على ازدياد الرقابة القانونية من قبل القاضي على نشاط الإدارة[1].

والسؤال الذي يثور هنا، هل يمكن لأطراف العقد ذاتهم أن يكونوا مشمولين بمفهوم الشخص المضرور، وأن يلجؤوا لدعوى المشروعية الخاصة كمتضررين من العقد ؟. وهل يحجب عنهم سلوك طريق دعوى المشروعية الخاصة في ضوء إمكانيتهم اللجوء إلى قاضي العقد ؟.

إن الاتجاه العام في الفقه الفرنسي يرى أن المفهوم يتسع ليشمل المتعاقدين أيضاً، لأن النص الذي طرح مفهوم الشخص المضرور كان مطلقاً، فهو لم يعط دعوى الإلغاء للغير، وإنما لكل شخص طبيعي ،أو اعتباري، مما يمكن أن يشمل المتعاقدين والأغيار معاً، وعليه لا يمكن الاحتجاج في هذا النطاق بأن المتعاقد يملك دعوى موازية هي دعوى العقد[2].

ولكن إذا كان المتعاقدون مشمولين بمفهوم الشخص المضرور وبإمكانهم أن يطلبوا من المحافظ إثارة دعوى الإلغاء ضد العقد غير المشروع إلا أنهم لايمكنهم أن يحتجوا بالضرر الناتج عن الآثار الطبيعية والمتوقعة لشروط العقد والذي كانواقد أقدموا على توقيعه بحريتهم، في حين أنهم يمكن أن يحتجوا بهذا الضرر إذا كان ناتجاً عن معطيات جديدة لم تكن متوقعة من قبلهم ولو علموا بها سابقاً لما أقدموا على توقيع العقد[3].

---

[1]Pouyaud.D,op.cit., p.527.

[2]A. de Laubadere, F.Moderne, P.Delvolve, Traite des contrat, op.cit, p.1072.

[3]Pouyaud.D,op.cit., p.528.

والحالة الأقل تصوراً تكون بأن تلجأ الإدارة إلى المحافظ بطلب إقامة دعوى المشروعية الخاصة، وذلك على أساس شمولها بمفهوم الشخص المضرور. وبذلك تبلغ رقابة المشروعية الجديدة التي جاء بها قانون اللامركزية أقصى درجات الاختلاف عن نظام الوصاية السابق الذي لم يكن يحتوي على دعوى مستقلة من المحافظ تجاه تصرفات الجماعات المحلية[1].

المطلب الثالث: السلطة التقديرية الممنوحة للمحافظ في مجال دعوى المشروعية الخاصة

الأصل أن الإدارة لديها هامش من التقدير عند اتخاذ أي قرار وهو ما يسمى بالسلطة التقديرية للإدارة[2]،إلا أن سلطتها باتخاذ القرار قد تكون مقيدة في بعض الحالات التي ينص عليها القانون حيث لا يكون للإدارة أي اختيار في ممارستها للتصرف[3].وعليه فإن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية عندما تترك لها النصوص حرية واسعة بالتقدير وإمكانية التصرف باتخاذ ،أو عدم اتخاذ القرار، شريطة أن يكون قرارها مقيداً بالمصلحة العامة[4].

والسؤال الذي يثور هنا، هل يتمتع المحافظ بسلطة تقديرية في مجال إقامة دعوى المشروعية الخاصة أم لا ؟. وما هي الآثار التي تترتب على تقدير المحافظ بعدم إقامة هذه الدعوى ؟.

---

[1]CE, 27-2-1987, Cne de grand Bourg de marie galante, RFDA, 1987, p.212.

[2]Bonnard, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RD pub, 1923, p.363.

[3]B.kormprobst, La compétenceliée, RD pub, 1961, p935.

[4]CE, 14-5-2003, Syndicat des sylviculteurs du sud-ouest, AJDA, 2003, p.1449.

CE, set, 3-1-1999, Montaignca, AJDA, 1999, chron, p567.

الفرع الأول : مدى تمتع المحافظ بسلطة تقديرية في مجال إقامة دعوى المشروعية الخاصة

لم ينص قانون اللامركزية على إلزام المحافظ بإقامة دعوى المشروعية الخاصة، وعليه فإن المحافظ يتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية في إقامة هذه الدعوى أو عدم إقامتها وفقاً لما يقدره من مشروعية التصرف (مداولة أو عقد) المحول إليه من قبل الجماعة المحلية أو عدم مشروعيته، وفي هذا الصدد قبل الاجتهاد القضائي إمكانية تنازل المحافظ عن حقه بممارسة هذه الدعوى[1].

ولكن هل يبقى المحافظ يتمتع بهذه السلطة التقديرية إذا ما تبين له بأن هذا التصرف غير مشروع ؟.

ذهب جمهور الفقه الفرنسي إلى عدّ سلطة المحافظ مقيدة في هذه الحالة لأن النص القانوني يشير صراحة إلى التزام ممثل الدولة بممارسة دعوى المشروعية الخاصة طالما قدر أن التصرف غير مشروع ،وفي الاتجاه ذاته ذهبت المحكمة الإدارية في ليون في أحد أحكامها[2].

إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد قرر بأن المحافظ يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال[3]، وقد فسر جانب من الفقه هذا الموقف للمجلس الدستوري بالاستناد أن المجلس كيَّف سلطة المحافظ في هذا المجال على أساس أنها حق في إقامة الدعوى من عدمه، وأن المجلس المذكور استند إلى أن النصوص التي تنظم الدعوى لم تتضمن أي إلزام على المحافظ بأن يستجيب لطلب الشخص

---

[1]CE, 16-9-1989, Préfet des Bouches – du – Rhône. Tables. P.512 et 855.

[2]Chapus (R.) :Droit administratif,T1,op.cit.,p.370.

Catherine et Frederic, op.cit, p66.

T.A Lyon ,1984,Commune-de-Fons, A.J.D.A.,1984,p.570.

[3]CC, 25-2-1982, AJ 1982, p.1259.

المضرور[1]. وفي ذات الاتجاه سار اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي عندما عدّ أن المحافظ يتمتع بسلطة تقديرية في إثارة دعوى المشروعية الخاصة أو عدم إثارتها ضد المداولة أو العقد ولو كانا غير مشروعين[2].

إلا أن السؤال الأكثر أهمية يتعلق بمدى السلطة التي يتمتع بها المحافظ في تقدير إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد مداولة ،أو عقد بناءً على طلب الشخص المضرور أو عدم إقامتها ؟.

إذا كان قانون اللامركزية قد سمح لكل شخص مضرور من تصرف الجماعة المحلية بأن يطلب من المحافظ وخلال مهلة شهرين من التاريخ الذي يصبح فيه هذا التصرف تنفيذياً إقامة دعوى المشروعية الخاصة، إلا أن القانون المذكور لم ينص على إلزام المحافظ بإقامة هذه الدعوى عندما يطلب منه ذلك[3].

وقد تباين موقف الفقه والقضاء حول هذا الموضوع، حيث ذهب الفقه الفرنسي عند تحديده لمدى السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحافظ في هذا المجال إلى تقسيم هذا الموضوع لعدة مراحل:

1- المرحلة الأولى: تقدير فيما إذا كان الشخص الذي يطلب إثارة الدعوى مضرور أم غير مضرور: حيث أجمع الفقه على أن المحافظ يتمتع بسلطة تقديرية لتكييف فيما إذا كان هذا الشخص مضروراً من التصرف أم غير مضرور[4].

2- المرحلة الثانية: تقدير ما إذا كان التصرف (مداولة أو عقد) مشروعاً أو غير مشروع: حيث يتمتع المحافظ بسلطة دراسة الأسباب التي أثارها

---

[1]Pouyaud.D,op.cit., p.528.

[2]CE, 30-1-1987, Cne de Hhen, RFDA, 1987, p.49.

CE,16-6-1989,Commune de Belcodene,Rec.,p.855.

[3]F.P.Benoit, collectivités locales, T1, p.382.

[4]Chapus (R.) :Droit administratif,T1,op.cit.,p.372.

المضرور لطلب إقامة الدعوى، وبالنتيجة تقدير ما إذا كان هذا التصرف مشروعاً أو غير مشروع[1].

3- المرحلة الثالثة : تقدير إقامة الدعوى أو عدم إقامتها إذا ما تبين له بأن التصرف غير مشروع:ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى أن المحافظ لا يتمتع بسلطة تقديرية في رفض طلب الشخص المضرور إذا تبين له أن التصرف محل الطلب كان مشوباً باللامشروعية[2]. في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المحافظ يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال[3].

أما مجلس الدولة فقد ذهب إلى أن المحافظ يتمتع بسلطة تقديرية في قبول أو رفض طلب الشخص المضرور في إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد المداولة أو العقد ولو كانا غير مشروعين[4].

وقد كان موقف مجلس الدولة المذكور محل انتقاد من الفقه، وتجلّى ذلك في الأسباب الآتية:

1- أن منح المحافظ هذه السلطة التقديرية في إقامة أو عدم إقامة دعوى المشروعية الخاصة رغم أنه ثبت له عدم مشروعية التصرّف يؤدي إلى المساس بعمل القضاء، كون القاضي لا يستطيع مراقبة هذا التصرف غير المشروع إلا إذا قدّر المحافظ بداية بأن هذا التصرف غير مشروع ومن ثم رغب في إقامة هذه الدعوى. أي أن رقابة القضاء على هذه التصرفات

---

[1]Pouyaud.D,op.cit., p.529.

[2]A. de Laubadere, F.Moderne, P.Delvolve, Traite des contrat, op.cit, p.1074.
Chapus (R.) :Droit administratif,T1,op.cit.,p.372.
Pouyaud.D,op.cit., p.529.

[3]Seiller.B, le contestation du refus d'exercer le defere prefectoral ,R.D.P 1992,p.1149.

[4]CE, 25-1-1991, Brasseur, Rec. CE, p.23, ADJA, 1991, p.395.

غير المشروعة أصبحت محصورة برغبة المحافظ، ودون النظر إلى مطالب الأشخاص المضرورين[1].

كما أن ذلك أدى إلى زيادة عدد التصرفات التي تخرج عن نطاق رقابة المشروعية من قبل القضاء، وهذا يتنافى مع الغاية التي سعى إليها قانون اللامركزية من إخضاع تصرفات الجماعات المحلية الغير مشروعة لرقابة القضاء[2].

2- إن منح المحافظ هذه السلطة التقديرية في إقامة أو عدم إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد المداولة بناءً على طلب الشخص المضرور يؤدي إلى إطالة أمد البحث في مشروعية هذه المداولة، بحسبان أن رفض المحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة سيدفع الشخص المضرور إلى إقامة دعوى الإلغاء العادية ضد هذه المداولة، مما يؤدي إلى إطالة مدة بقاء هذه المداولة عرضة للإلغاء، وهو ما لا يستقيم مع منطق قضاء المشروعية في ضمان استقرار الأوضاع القانونية وتأمين الحماية الكافية للحقوق المكتسبة[3].

3- إن منح المحافظ هذه السلطة التقديرية في إقامة ،أو عدم إقامة دعوى المشروعية الخاصة ضد العقد بناءً على طلب الشخص المضرور يؤدي إلى إنكار صارخ للعدالة، كون حق الغير المضرور بطلب إلغاء العقد

---

[1]Pouyaud.D,op.cit., p.531.

[2]CE, 16-5-1989, préfet des Bronches du rhoneC.che de belcodene, RFDA, 1989, p.941

T.A, Lyon, 6-2-1984, syndicat des transports en commun de la régionyonnaise, 10-7-1984, Cne de fons, AJ, 1984, p.570 note de chabanol.

T.A, Poitiers 30-1-1985, Cne de rom, RFDA, 1986, p.618.

[3]Pouyaud.D,op.cit., p.533.

غير المشروع أصبح محصوراً برغبة المحافظ، فإذا لم يرغب المحافظ بإقامة هذه الدعوى أغلق الباب أمام هذا الغير المضرور في مخاصمة هذا العقد، كونه لا يملك حق إقامة دعوى إبطال هذا العقد أمام القضاء الكامل بحسبان أن إقامة هذه الدعوى أمام القضاء المذكور محصورة بأطراف العقد فقط[1].

الفرع الثاني : الآثار التي تترتب على تقدير المحافظ بعدم إقامة هذه الدعوى

إذا رفض المحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة بناءً على طلب الشخص المضرور، فهل يصلح قراره بالرفض محلاً لدعوى تجاوز حد السلطة (دعوى الإلغاء العادية) يقيمها الشخص المضرور بطلب إلغاء هذا القرار؟ وماهي الآثار التي تترتب على رفض المحافظ لطلب الشخص المضرور بإقامة هذه الدعوى ؟.

ذهب مجلس الدولة ،وبعد تردد قضائي[2]إلى أن رفض المحافظ ممارسة دعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة الإدارية لا يكوّن قراراً إدارياً يصلح لأن يكون محلاً لدعوى تجاوز حد السلطة[3].

---

[1]Dominique Pouyaud, op.cit, p.532.

[2] وقد كان مجلس الدولة الفرنسي عدّ في بعض أحكامه القديمة أن رفض المحافظ لطلب الشخص المضرور بإقامة الدعوى يشكل قراراً إدارياً منفصلاً قابلاً للطعن بالإلغاء، ومن أحكامه في هذا المجال :

CE, 18-11-1987, Marcy, p.371, RFDA, 1988, p.919.

T.A, 18-3-1986, Baradero, p.312.

[3]CE, 6-6-1997, M.Morcilly, Req. N147524.

CE, 25-1-1991, Brasseur, Rec. CE, p.23, ADJA, 1991, p.395.

إلا أن رفض المحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة بناءً على طلب الشخص المضرور، وعدم قدرة هذا الشخص على إقامة دعوى الإلغاء بمواجهة قرار الرفض المذكور رتب أثراً سلبياً تجلى فيالآتي :

1- **بالنسبة للمداولة** : إن رفض المحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة سوف يؤدي إلى إضاعة الفرصة أمام هذا الشخص المضرور برفع دعوى الإلغاء العادية ضد هذه المداولة كقرار منفصل عن العقد، حيث أن المدة التي قد يستلزمها تقديم الطلب والبت فيه من جانب المحافظ قد تتجاوز مدة الشهرين المقررة لإثارة دعوى الإلغاء العادية ضد القرار الناجم عن المداولة المذكورة. وإضافة لذلك فقد كان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر أن الطلب المقدم إلى المحافظ في سبيل ممارسة دعوى المشروعية الخاصة ليس من شأنه أن يوقف من سريان المدة المقررة لإثارة دعوى الإلغاء العادية ضد التصرف ذاته[1].

إلا أن اتجاه مجلس الدولة المذكور أدى إلى إضاعة الفرصة أمام هذا الشخص المضرور برفع دعوى الإلغاء العادية ضد هذه المداولة إذا لم يستجب المحافظ لطلبه بإقامة دعوى المشروعية الخاصة، مما أدى إلى حرمانه من حقه في سلوك سبل التقاضي.كما أن هذا الاتجاه دفع الشخص المضرور، وإضافة لتقديمه طلباً للمحافظ بإقامة دعوى

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1986/5/16 مذكور عند د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص268.

وفي هذا الصدد أشار مفوض الحكومة Lataurnerie إلى أن كلا من دعوى المشروعية الخاصة ودعوى الإلغاء العادية يجب أن يعتبرا إجرائين منفصلين، ومن ثم فإن كلاً منهما تملك قواعد المدة الخاصة بها.

Seiller.B, le contestation du refus d'exercer le defere prefectoral,R.D.P 1992,p.1151.

المشروعية الخاصة، للجوء إلى إقامة دعوى الإلغاء العادية تحرزاً لعدم إضاعة حقه في طلب إلغاء هذه المداولة، الأمر الذي أدى إلى تعدد دعاوى الإلغاء أمام القضاء حول ذات الموضوع[1].

وأمام هذا الوضع لم يكن أمام مجلس الدولة إلى العدول عن اتجاهه السابق، معتبراً أن قرار الرفض الصادر عن المحافظ في هذا الشأن وإن كان لا يقبل الطعن بالإلغاء في حد ذاته، إلا أنه لا يؤدي إلى حرمان الشخص المضرور من إمكانية ممارسة دعوى الإلغاء العادية ضد المداولة غير المشروعة، إذ أن مدة دعوى الإلغاء العادية توقف إلى حين البت من جانب المحافظ بطلب الشخص المضرور بإقامة دعوى المشروعية الخاصة بقرار صريح أو ضمني[2].

إلا أنه ومع أن مجلس الدولة عدل عن اجتهاده السابق، إلا أن ذلك لا يعطي الغير المضرور ضماناً كافياً، بحسبان أنه وإن كانت مدة دعوى الإلغاء العادية تتوقف إلى حين البت من جانب المحافظ بطلب الشخص المضرور بإقامة دعوى المشروعية الخاصة، إلا أن هذه المدة تبدأ بالسريان من تاريخ صدور قرار المحافظ بإقامة الدعوى، فإذا ما ركن المضرور إلى الدعوى التي أقامها المحافظ وفوت ميعاد دعوى الإلغاء العادية فإنه حقه سيكون عرضة للخطر إذا ما قرر المحافظ التنازل عن دعوى المشروعية الخاصة، بحسبان أن مجلس الدولة قرر بأن تنازل المحافظ عن دعوى المشروعية الخاصة أثناء النظر بها لا يؤدي إلى حفظ

---

[1]Pouyaud.D,op.cit., p.532.

[2]CE, 6-6-1997, M.Morcilly, Req. N147524.

CE, 25-1-1991, Brasseur, Rec. CE, p.23, ADJA, 1991, p.395.

CE, 23-4-1997, ville de Caen, Rec. CE, p.158.

أو امتداد جديد للمهلة المخصصةلدعوى الإلغاء العادية ضد القرار الإداري المنفصل (المداولة)[1].

وقد طرح الفقه حلولاً لمعالجة هذه الحالة الأخيرة من خلال الآتي:

الحل الأول: أن يتيح الاجتهاد للشخص المضرور حق إقامة دعوى الإلغاء العادية، وذلك من خلال فتح مدة إقامة هذه الدعوى مرة ثانية بدءاً من تاريخ تنازل المحافظ عن دعوى المشروعية الخاصة.

الحل الثاني: أن يبادر الشخص المضرور من نفسه إلى إقامة دعوى الإلغاء العادية، رغم استجابة المحافظ لطلبه بإقامة دعوى المشروعية الخاصة، ليتجنب مضايقات رجوع المحافظ عن دعواه[2].

2- **بالنسبة للعقد:** إن رفض المحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة سوف يؤدي إلى إغلاق الباب أمام هذا الشخص المضرور بطلب إلغاء هذا العقد غير المشروع، بحسبان أن دعوى الإلغاء العادية لا توجه إلا ضد القرارات الإدارية ولا توجه ضد العقود من جهة، كما أن هذا الغير المضرور لا يملك حق إقامة دعوى إبطال هذا العقد أمام القضاء الكامل، بحسبان أن إقامة هذه الدعوى أمام القضاء المذكور محصورة بأطراف العقد فقط من جهة أخرى. مما أدى إلى إفراغ دعوى المشروعية الخاصة من محتواها كأداة جديدة لرقابة مشروعية التصرفات الاتفاقية[3].

---

[1]CE, 6-12-1999, set aubettessa, AJDA, 2000, p.600.

[2]Vedel, Delvolve, op.cit, T2, p122-123.

[3]Seiller.B, le contestation du refus d'exercer le defere prefectoral,R.D.P 1992,p.1170.

المبحث الثاني

المدة المقررة لرفع دعوى المشروعية الخاصة

لتحقيق الغاية من دعوى المشروعية الخاصة كآلية تهدف إلى إلغاء الأعمال غير المشروعة، سعى المشّرع إلى ضبط الأحكام الخاصة بها، وفي مقدمتها المدة التي يتوجب على ممثل الدولة إقامة الدعوىفيها، حيث حرص على تقييد هذه المدة بفترة زمنية قصيرة حفاظاً على المشروعية من جهة، وضماناً لسير المرفق العام وحماية لحقوق أصحاب العلاقة من جهة أخرى، وهي ذات الاعتبارات التي ألجأت المشّرع لتحديد مدة دعوى الإلغاء العادية.

وعليه فإننا سنتناول في هذا المبحث الأحكام المتعلقة بالمدة التي يتوجب خلالها رفع دعوى المشروعية الخاصة من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : القاعدة العامة للمدة في مجال رفع دعوى المشروعية الخاصة.

المطلب الثاني : امتداد المدة التي يجوز فيها رفع دعوى المشروعية الخاصة.

المطلب الأول: القاعدة العامة للمدة في مجال رفع دعوى المشروعية الخاصة

حدد القانون المدة التي يجب فيها على المحافظ أن يقيم فيها دعوى المشروعية الخاصة بشهرين، وذلك حتى تكون هذه الدعوى مقبولة[1].

ولكن ما هو التاريخ الذي تبدأ فيه هذه المدة بالسريان ؟.

---

[1]Article:L.2131.6 du CGCT.

التي تنص على أنه للمحافظ أن يقيم دعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة الإدارية خلال مدة شهرين من تحويل التصرف إليه.

يتعّين التمييز في هذا الصدد بين المداولات والعقود الخاضعة للتحويل من جهة والعقود غير الخاضعة للتحويل من جهة أخرى.

1 - بالنسبة للمداولات والعقود الخاضعة للتحويل :

في هذه الحالة تبدأ مدة الشهرين الخاصة بإقامة دعوى المشروعية الخاصة بالسريان من تاريخ تحويل المداولة أو العقد إلى المحافظ [1].

ولا يقصد بتاريخ التحويل هنا تاريخ إرسال الجماعة المحلية ملف المداولة ،أو العقد إلى المحافظ، وإنما يقصد به التاريخ الذي وصل فيه ملف المداولة ،أو العقد المحول إلى المحافظ[2] وهذا يعدّ برأينا نتيجة منطقية إذ لا يمكن أن تبدأ مدة الدعوى من تاريخ إرسال ملف التصرف وهو ما يكون غالباً قبل وصول ملف التصرف للمحافظ و دراسته للتصرف وتقدير مشروعيته.

ويجب أن يتم التحويل إلى المحافظ ممثل الدولة بالذات، وعليه فإذا ما تم تحويل العقد أو المداولة إلى جهة أخرى غير المحافظ، حتى ولو كانت هذه الجهة تابعة له، فلا تسري هذه المدة حتى يتم تحويلها إلى المحافظ بالذات بحسبانه الشخص المخول قانوناً بإقامة الدعوى[3]. وبناءً على ذلك لا يؤدي التحويل الجاري من الجماعة المحلية إلى نائب المحافظ إلى سريان هذه المدة إلا إذا تم هذا

---

[1]Article:L.2131.6 du CGCT.

Richer (L.),op.cit.,p.202.

وقد سبق وأن بينا بأنه يجب على الجماعة المحلية تحويل العقد ،أو تحويل المداولة الخاصة بإبرام العقد إلى المحافظ – ممثل الدولة – خلال مدة خمسة عشر يوماً بدءاً من تاريخ توقيع العقد أو من تاريخ المداولة التي تم فيها إقرار العقد.

Art. 1411-6 et 1411-9 du CGCT.

[2]CE,13-1-1988, Syandic public de fonctionnaire des collectives locales , Lebon 1988, p.7.

CE, 31-3-1989, M.Alary, JA 1989, p.326.

[3]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.62.

التحويل إلى المحافظ، حيث تحسب عندها هذه المدة من التحويل الثاني (للمحافظ) [1].

وإذا كانت الجماعة المحلية تلتزم بتبليغ العقد إلى المتعاقد معها ،وكذلك تحويله إلى ممثل الدولة، فإن قيامها بتبليغ العقد إلى المتعاقد دون تحويله لا يؤدي إلى بدء سريان مدة الدعوى، على عدّ أن هذه المدة لا تسري إلا من تاريخ التحويل[2].

هذا وإن عدم تحويل المداولة أو العقد إلى المحافظ، لا يمنع هذا الأخير من إقامة دعوى المشروعية الخاصة في أي لحظة حتى قبل تحويله[3].

كما أنه إذا تعددت العقود المتعلقة بذات العملية والتي حولت بشكل متتالي، فإن مدة الدعوى (الشهرين) لاتبدأ بالسريان إلا من تاريخ تحويل العقد الأخير من بينها، وذلك خصوصاً عندما يكون الاطلاع على هذه العقود ضرورياً لأجل تقدير المشروعية من جانب المحافظ، وخصوصاً فيما يتعلق بالحدود المالية للعقد التي يمكن استناداً إليها اختيار طريق الإبرام[4].

2 - بالنسبة للعقود غير الخاضعة للتحويل :

في هذه الحالة يكون العقد بالأصل غير خاضع للتحويل إلى المحافظ، إلا أن الشخص المضرور يطلب من المحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة، وعندها تبدأ مدة الشهرين الخاصة بإقامة دعوى المشروعية الخاصة بالسريان من التاريخ الذي يصبح فيه هذا العقد تنفيذياً بالنشر ،أو بالتبليغللمتعاقد[5].

---

[1]CE, 6-7-2007, commune de Saint-Paul-Trois-Châteaux, Req. n298744.

[2]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.60.

[3]GERARD,(P.) : Decentralisation et le defere delaisse,DA 1992,N11,P.1.

[4]CE, 26-7-1991, commune de Sainte-Marie de la réunion, Préc.

[5]Vedel, Delvolve, op.cit, T1, p 429.

ومدة دعوى المشروعية الخاصة (الشهرين) هي مدة كاملة[1]، فهي كما هو الحال في دعوى الإلغاءلا يدخل في حسابها اليوم الذي تنطلق فيه المهلة (يوم التحويل) ولا اليوم الذي تنقضي فيه (يوم انقضاء مدة الشهرين)، وبتعبير آخر فهي تبدأ من اليوم التالي للتحويل (استلام ملف المداولة أو العقد من المحافظ)، وتنقضي في اليوم التالي لليوم الذي انقضت فيه مهلة الشهرين[2].

وتطبيقاً لذلك تكون دعوى المشروعية الخاصة ضد عقد تم تحويله في 1985/9/10مقبولة حتى تاريخ 1985/11/11، ولا تقبل بتاريخ 1985/11/12.وإذا صادف وأن كان آخر يوم في المدة يوم عطلة، فإن تاريخ انقضاء ميعاد الدعوى سوف يمتد إلى أول يوم دوام أو عمل ويكون وفقاً للمثال السابق في 1985/11/12[3].

هذا ولا يتقيد المحافظ بمدة دعوى المشروعية الخاصة إذا كانت المداولات والعقود مشوبة بالانعدام، ويمكنهإقامة الدعوى بمواجهتها في أي لحظة[4] وذلك

---

[1]CE, 26-7-1991, commune de Sainte-Marie de la réunion, Préc.

[2]M. Rudolph d"Haem ,La justice administrative en pratique, La Documentation française, paris ,éd.2001,p.53.

CE, 18-11-1991, Perochon, Précité.

[3]Vedel, Delvolve, op.cit, T1, p 122.

ويختلف الأثر القانوني للانقطاع عن تمديد المدة الذي ينتج عن مهل السفر ،أو إغلاق قلم المحكمة في يوم انقضاء مهلة الدعوى.

كما يختلف الأثر القانوني للانقطاع عن الوقف إذ أن المدة التي انقضت قبل حدوث سبب الوقف يتم حسابها ويضاف إليها ما تبقى من مدة الدعوى من تاريخ انتهاء حالة الوقف.

هذا وإن مدة دعوى المشروعية الخاصة تقبل الوقف لسبب قهري خارج عن إرادة صاحب الشأن.

د. مهند نوح- رسالته -مرجع سابق - ص271.

[4]CE, 28-2-1986, Commissaire de la République des londes, Rec. CE, p.51.

TA, 12-12-1991, Versailles, Perfet de Val-d'Oise ,CJEG 1992,p126.

بحسبان أن التصرف المعدوم لا يوّلد آثاراً قانونياً ،وتدخل القاضي ينشئ جديداً، فهو يقر بانعدامه [1].

المطلب الثاني: امتداد المدة التي يجوز فيها رفع دعوى المشروعية الخاصة

تقضي القاعدة العامة في الدعاوى القضائية الإدارية بأن مدة الدعوى تنقطع لعدة أسباب، تجعل هذه المدة تنطلق من جديد. أي أن انقطاع مدة الدعوى يؤدي إلى إسقاط الأيام التي مضت من حساب المدة على أن تبدأ مدة جديدة كاملة بالسريان بعد انقضاء سبب الانقطاع، وبالتالي فإن آثار المدة التي انقطعت تزول، وتبدأ مدة جديدة بالسريان[2].

ويمكن تحديد أسباب انقطاع مدة دعوى المشروعية الخاصة بالآتي[3]:

الفرع الأول : انقطاع المدة بسبب التظّلم الولائي المسبق

يمكن للمحافظ أن يتقدم بتظلم ولائي للجماعة المحلية التي أصدرت التصرف (مداولة أو عقد) يطلب فيه إعادة النظر في مشروعية هذا التصرف[4]. حيث يؤدي هذا التظّلم إلى انقطاع مدة الدعوى[5].

ويشترط في هذا التظّلم الولائي حتى يؤدي إلى انقطاع مدة الدعوى توافر الشروطالآتية :

---

[1]د. مهند نوح- رسالته -مرجع سابق - ص271.

[2]د. مهند نوح- رسالته -مرجع سابق - ص271.

[3]هنالك أسباب أخرى تؤدي إلى انقطاع مدة دعاوى الإلغاء بشكل عام سبق لنا بحثها في القسم الأول من البحث، أهمها : مراجعة القضاء غير المختص، وطلب المساعدة القضائية.

[4]الإنشاء القانوني للتظّلم الولائي المسبق شكل نقطة أخرى للمضي منطقياً في التوفيق بين دعوى المشروعية الخاصة ،ودعوى تجاوز حد السلطة.

[5]CE, 18-4-1986, commissaire de la République d'ile -et- vilaine, Tables, p.423.

1- أن يتم تقديمه خلال مدة الدعوى أي خلال شهرين من تاريخ تحويل المداولة أو العقد[1].

2- أن يتم تقديمه إلى عضو التنفيذ في الجماعة المحلية (رئيس البلدية ورئيس المجلس العام في المحافظة)[2].

3- أن يتعلق بذات موضوع التصرف المراد إقامة دعوى المشروعية بمواجهته.

4- أن يكون واضحاً في الطلب من الجماعة المحلية بالرجوع عن التصرف أو تعديله، وأن يبين لها بشكل واضح العيب الذي ينسب لهذا التصرف[3].

ويترتب على تقديم هذا التظّلمالآتي :

1- في حال رفض الجماعة المحلية للتظلم فإن مدة الدعوى تبدأ من جديد اعتباراً من تاريخ :

أ) قرار الجماعة المحلية الصريح برفض التظّلم.

ب) قرار الجماعة المحلية الضمني برفض التظّلم، والمتمثل بسكوتها عن الرد على التظّلم خلال أربعة أشهر من تاريخ تقديمه[4].

2- في حال استجابة الجماعة المحلية للتظلم وفسخ التصرف، فلا يعود بإمكان المحافظ إقامة دعوى المشروعية الخاصة لانتفاء المحل[5].

---

[1]CE, 6-1-1995, assemblée territ oriale de la Polynésie française, Tables, p.1011.

[2]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.72.

[3]CE, 14-1-1998, Cummune de Blanc-Mesnil,BJCP1998,p.104.

[4]CE, 6-12-1995, Préfet des Deux-Sèvres c/commune de Neuvy- Bouin, Rec.,CE, p.425.

[5]CAA de Paris, 1-4-1997, Préfet de la seine – saint – Denis, Tables, p.694.

3- أن هذا التظّلملا يؤدي إلى انقطاع مدة الدعوى إلا لمرة واحدة[1].

الفرع الثاني : انقطاع المدة بسبب طلب المحافظ بعض الوثائق الضرورية

إذا ما تبين للمحافظ بعد تحويل التصرف (المداولة أو العقد) إليه من قبل الجماعة المحلية بأن ملف هذا التصرف ينقصه وثائق ضرورية لتقدير محتوى ومشروعية هذا التصرف، كان له أن يطلب من الجماعة المحلية هذه الوثائق، بحيث يؤدي هذا الطلب إلى انقطاع مدة الدعوى[2].

وغالباً ما يتم طلب الوثائق الضرورية لتقدير المشروعية في نطاق العقود، أما في باقي التصرفات (كالمداولة) فطلب الوثائق هو أمر قليل الحدوث عملياً[3].

ويشترط في طلب الوثائق حتى يؤدي إلى انقطاع مدة الدعوى توافر الشروطالآتية :

1- أن يتم تقديمه خلال مدة الدعوى ،أي خلال شهرين من تاريخ تحويل المداولة أو العقد[4].

2- أن يتم تقديمه إلى عضو التنفيذ في الجماعة المحلية (رئيس البلدية ورئيس المجلس العام في المحافظة)[5].

3- أن تكون هذه الوثائق ضرورية لممارسة رقابة المشروعية على هذا التصرف المراد إقامة دعوى المشروعية بمواجهته[6].

---

[1]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.72.

[2]CE, 27-3-1991, Préfet de la Haute – Garonne, Préc.

[3]CE, 29-12-1997, Département de Paris, Rec., CE, p.503.

[4]CE, 6-1-1995, assemblée territ oriale de la Polynésie française, Tables, p.1011.

[5]C.Bergeal , F.lencia, op.cit , p.63.

[6]Vedel, Delvolve, op.cit, T1, p 428.

4- أن يكون الطلب معللاً ومسبباً[1].

ويترتب على تقديم طلب الوثائق الآتي :

1- انقطاع مدة الدعوى وبدء مدة جديدة لها بالسريان اعتباراً من تاريخ :

أ) استلام المحافظ للوثائق المطلوبة، في حال استجابة الجماعة المحلية لطلبه [2].

ب) قرار الجماعة المحلية الصريح برفض تقديم الوثائق.

ت) قرار الجماعة المحلية الضمني برفض تقديم الوثائق، والمتمثل بسكوتها عن الرد على طلب الوثائق خلال أربعة أشهر من تاريخ تقديمه[3].

2- أن هذا الطلب لا يؤدي إلى انقطاع مدة الدعوى إلا لمرة واحدة [4].

---

[1]CE, 31-3-1989, M[mé] Alary. Rec. CE, p.112.

[2]CE, 31-3-1989, Commune de Septémes – les –Vallons, préc.

[3]CE, 27-2-1995, préfet de L'Essonne C/conseil général de L'Essonne, Rec. CE, p112.

CE, 29-4-1994, Commune de Baillif, précité.

[4]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.63.

المبحث الثالث

أسباب الطعن بالإلغاء في مجال دعوى المشروعية الخاصة وآثاره

تتشابه دعوى المشروعية الخاصة مع دعوى تجاوز حد السلطةمن حيث أن كلاً منهما تهدف إلى إلغاء التصرف الغير مشروع المخاصم أمام المحكمة الإدارية بسبب أحد عيوب المشروعية، كما تتشابه في أن أسباب الطعن في كلا الدعويين واحدة، إلا أن هذا التشابهلا يمتد إلى العقدحيث لا يملك القاضي في نطاق دعوى تجاوز حد السلطة وقف تنفيذه أو إلغاءه[1]، بخلاف القاضي في دعوى المشروعية الخاصة الذي يملك سلطة وقف تنفيذ وإلغاء العقد[2].

وبناء عليه سنتناول في هذا المبحث كلاً من المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : أسباب الطعن بالإلغاء في مجال دعوى المشروعية الخاصة.

المطلب الثاني : آثار الطعن بالإلغاء في مجال دعوى المشروعية الخاصة.

---

[1]CE, 26-7-1991, commune de sainte – marie de Réunion, Rec.,CE , p.302.
CE, 24-12-1987, Le Buf, Rec.,CE , p.848.

[2]CE, 2-11-1988, commissaire de la république c/op hlm de Malakoff, préc.

المطلب الأول: أسباب الطعن بالإلغاء في مجال دعوى المشروعية الخاصة

لا تكاد تخرج أسباب الطعن في دعوى المشروعية الخاصة عن الأسباب التي يمكن الاستناد إليها بالطعن في مجال دعوى الإلغاء العادية، إلا أن ما يميز أسباب الطعن هنا هي إمكان توجيهها للعقد ذاته ،أو لشروط تنظيمية يحتويها[1].

وبناء عليه فإن دعوى المشروعية الخاصة يمكن أن توجه ضد المداولة، أو العقد استناداً إلى أي عيب من عيوب المشروعية، سواء أكان عدم الاختصاص ،أو عيب الشكل ،والإجراء ،أو الانحراف بالسلطة ،أو الخطأ في تطبيق القانون ،وتأويله، إلا أنه من الناحية العملية يلاحظ أن أكثر أسباب الإلغاء التي أثيرت من جانب المحافظ أمام قاضي الإلغاء في دعوى المشروعية الخاصة إنما تتعلق بعيب الشكل والإجراء للعقود الإدارية[2].

هذا وإن أهم أسباب الإلغاء شيوعاً وتكراراً في مجال دعوى المشروعية الخاصة الآتي :

1- خرق قواعد الإعلان عن المناقصة وطلب العروض بشكل عام[3].

---

[1]Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010 ,p.49.

[2]المشروعية الإجرائية هي الإطارالذي رسمه المشرع لأجل التعبير عن إرادة الإدارة الموضوعية، وإن الخلل في هذه الإجراءات التي تصدر من خلالها مجموعة القرارات المعبرة عن إرادة الإدارة الموضوعية من شأنه أن يعيب هذه الإرادة، وهذا يعني أن معظم طعون المشروعية الموجهة ضد العقود المعيبة، إنما يتم توجيهها ضد الخروج عن مشروعية الإرادة الموضوعية للإدارة.

د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص271.

[3]CE, 29-1-1982, Martin, Rec., CE, p.44.

2- مخالفة الإعلان عن طلب العروض للقانون، والذي انتهى بالفشل نتيجة عدم تقدم عارضين أو عدم الحصول على العرض الأفضل، مما أدى إلى لجوء الجماعة المحلية لإجراء العقد بالتفاوض.

3- الخطأ في اختيار طريقة التعاقد أو اختيار المتعاقد.

4- عدم الكفاية والدقة في وضع شروط المناقصة.

5- عدم نظامية عمل لجنة طلب العروض[1].

6- الخطأ في التكييف القانوني للعقود المبرمة وفيما إذا كانت تشكل اتفاقية إشغال للمال العام ،أو أنها تشكل عقداً من عقود الأشغال العادية، وعلى سبيل المثال توصيف عقد ما خطأ بأنه امتياز[2].

ومن أسباب الطعن التي يمكن أن يثيرها المحافظ في نطاق دعوى المشروعية الخاصة تلك المتعلقة بالنظام العام، والتي يمكن أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، ومن أكثر هذه الأسباب شيوعاً ،وتكراراً تلك المتعلقة بعدم الاختصاص بالتوقيع على العقد، وغياب المداولات المسبقة على العقد، أو التأخير في تحويلها [3].

ويتعين على المحافظ عند إقامته لدعوى المشروعية الخاصة أن يبين الأسباب التي ارتكن إليها في إقامة دعواه، إلا أنه يمكن أن يكتفمنه بتسبيب موجز لدعواه[4].

---

[1] مما يلاحظ على كل الإجراءات المذكورة اعلاه أنها ذاتها التي يتولى مجلس الدولة السوري بقسمه الاستشاري دراستها وابداء ملاحظاته عليها عند دراسته لمشروع العقد الخاضع لتصديقه، إضافة للعديد من الاجراءات الأخرى التي تتعلق بجوانب المشروعية من لحظة التحضير للإعلان إلى كتابة محرر العقد والتوقيع عليه وذلك لتنبيه الإدارة عن مواطن الخطأ في إجراءاتها المتعلقة بإبرام العقود.

[2] CE, 26-12-1971, set sima, Rec. CE, p. 723.

[3] C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.69.

[4] CE, 17-6-1996, préfet de la Régionale –de- FranCE, Rec., CE, p230.

ولكن السؤال الذي يثور هنا، إذا كانت أسباب الطعن في دعوى المشروعية الخاصة يمكن أن توجه ضد العقد ذاته، فهل يمكن توجيهها ضد شروط العقد ؟.

يتعين التمييز في هذا الصدد بين الشروط التعاقدية والشروط التنظيمية التي يتضمنها العقد :

1 – بالنسبة للشروط التعاقدية :

لا يمكن ممارسة دعوى المشروعية الخاصة ضد شروط تعاقدية بشكل منفصل عن العقد، ويجب على المحافظ أن يطلب إلغاء العقد بكامله، فإذا ما طلب إلغاء شرط تعاقدي فيه، كانت دعواه غير مقبولة[1].ذلك أن شروط العقد تعتبر من حيث المبدأ مكونة لمجموع غير قابل للتجزئة[2].

ولا يستطيع القاضي أن يحكم بإلغاء العقد بكامله من تلقاء نفسه إذا ما طلب المحافظ إلغاء شرط تعاقدي فيه فقط، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضي بأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بأكثر مما طلب منه[3].

وبناءً عليه لا يمكن للمحافظ أن يطلب إلغاء الشرط المتعلق بمبلغ العقد دون طلب إلغاء العقد بكامله[4]، وذات الأمر بالنسبة للشروط المالية في اتفاقيات الامتياز[5].

---

[1]CE, 5-11-1975, Stépavita, Rec., CE, p.544.

[2]CE, 17-12-1993, Groupement national des établissement de gérontologie et de retraite prives, Rec., CE, p.370.

[3]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.68.

CE,5-11-1975, Stépavita,Précité.

[4]CE, 11-3-1993, Préfet du val – d'Oise, DA, 1998, n 168.

[5]CE, 17-12-1997, préfet de L'Essonne c/commune de crosne ,Req. n 162986.

فإذا ما طلب المحافظ في دعوى المشروعية الخاصة إلغاء العقد بكامله كان له أن يستند على مخالفة هذه الشروط التعاقدية للقانون بالمعنى الواسع، إلا أنه لا يمكن أن يستند على أساس خرق أو مخالفة الالتزامات التعاقديةالمتفق عليها[1]، وذلك خصوصاً عندما تمارس هذه الدعوى من جانب المحافظ استناداً إلى مبادرة المتعاقد كشخص مضرور، حيث إن هذا المتعاقد لا يمكن أن يستند – لإمكانية الطعن في مشروعية العقد– إلى تجاهل الالتزامات التعاقدية من الطرف الآخر[2].

2 – بالنسبة للشروط التنظيمية :

الشروط التنظيمية أو اللائحية هي الشروط الواردة في العقد والتي تنظم سير المرفق العام، والتي لا تتعلق بالجماعة المحلية والمتعاقد فقط، وإنما تتعلق أيضاً بالغير من المنتفعين بخدمات المرفق الذين يمكنهم أن يحتجوا على الجماعة المحلية أو المتعاقد معها، وهذه الشروط رغم أنها شروطاً تعاقدية بين الجماعة المحلية والمتعاقد معها، إلا أنها تحتفظ بصفتها التنظيمية أو اللائحية التي تملك الجماعة المحلية تعديلها في كل وقت وفقاً لحاجة المرفق موضع الاستثمار[3].

---

[1]CE, 8-1-1988, Ministre charge du plan, Rec.,CE, p.3.

CE, 27-4-1987, Commune de la Rep-des-Cotes-du – Nord,précité.

[2]A. de Laubadere, F.Moderne, P.Delvolve, Traite des contrat, op.cit, p.1075.

د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص272.

[3]CAA,Bordeaux ,9-11-2004,SODEGIS c/commune de Cilaos ,AJDA2005, P.257.

TC,8-11-1982, SCI Lucas ,AJDA1982, P.200.

CE, 26-3-1997 , Commune de Sceaux, req.129943.

CAA,Nantes,19-12-2007,Commune de Chavagne,AJDA2008,P.150.

وبالاستناد لهذه الطبيعة للشروط التنظيمية قَبِل الاجتهاد توجيه دعوى المشروعية الخاصة ضد هذه الشروط دون الحاجة إلى طلب إلغاء العقد بكامله.وهذه الشروط ذاتها يمكن للغيرعن العقد أن يستند إليها في دعوى تجاوز حد السلطة إذا ما خالفتها الإدارة أو المتعاقد معها[1]، وفقاً للإجراءات التي سبق وأن بحثناها في القسم الأول من البحث.

ويمكن للمحافظ أن يقيم دعوى المشروعية الخاصة ضد مجموعة من العقود، وذلك في الحالتينالآتيين :

1- إذا كانت الاعتمادات المالية لهذه العقود غير قابلة للتجزئة[2].

2- إذا كانت هنالك رابطة كافية بين هذه العقود، أو إذا كانت هذه العقود تتعلق بالعملية ذاتها[3].

كما يمكن للمحافظ أن يقيم دعوى المشروعية الخاصة ضد ملحق عقد ،ولو لم يخاصم العقد الأساسي[4].

ولا يمكن للمحافظ أن يقيم دعوى المشروعية الخاصة استناداً إلى عدم مراعاة قواعد قانون الموازنة أوخرقها، بحسبان أن خرق قواعد الموازنة في هذه الحالة يكون من اختصاص الغرفة الإقليمية للحسابات[5].

---

[1]CE, 10-7-1996, Cayzélée, AJDA, 1996, p.732.

[2]CE,2-6-1995,StéCofreth,Tables,p.672.

CE, 28-7-1995, Préfet de la Région d'ILe – de – France C/société de Jeanne d'arc, préc.

[3]CE, 1-4-1998, Département de sainte – et – Marne, Req. n157602.

CE, 27-5-1998, commune d'Agde, Tables, p.1019.

[4]CE, 28-7-1995, Préfet de la Région d'ILe – de – France C/société de Jeanne d'arc, préc.

[5]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.70.

المطلب الثاني: آثار الطعنبالإلغاءفي مجال دعوى المشروعية الخاصة

تتجلى آثار دعوى المشروعية الخاصة بآثار وقتية ودائمة.

أما الآثار الوقتية فتتمثل بإمكانية وقف التنفيذ المؤقت للمداولة أو العقد، وفقاً لنظام وقف التنفيذ التقليدي أو المستعجل.أما الآثار الدائمة فتتمثل بإلغاء المداولة أو العقد.وعليه سنتناول في هذا المطلب دراسة الآتي:

الفرع الأول: وقف التنفيذ.

الفرع الثاني: وقف التنفيذ المستعجل.

الفرع الثالث: الحكم بإلغاء القرار الناجم عن المداولة أو الحكم بإلغاء العقد ذاته.

الفرع الأول – وقف التنفيذ:

سنتناول وقف التنفيذ هنا وفقاً للنقاط الآتية:

أولاً– مفهوم وقف التنفيذ:

المبدأ في المراجعة القضائية أن إقامة الدعوى بطلب إلغاء تصرف لا تؤدي إلى وقف تنفيذ هذا التصرف بشكل آلي[1]، حيث تعدّتصرفات الإدارة نافذة رغم إقامة الدعوى بمواجهتها، طالما لم يبطلها القاضي صاحب الصلاحية، إلا أن

---

[1]وهذا ما يعرف بمبدأ الأثر غير الموقف للطعن بالإلغاء : والذي مقتضاه أن الطعن في القرار الإداري من خلال دعوى الإلغاء لا يوقف تنفيذه، الذي يجب أن يستمر إلى أن يقضي بإلغاء القرار المطعون فيه أو سحبه من قبل الإدارة إذا ما شابه أحد عيوب المشروعية، أو التمهل في تنفيذه من قبل الإدارة إلى أن ينجلي الموقف.

د. عقبة سلطون – رسالته – مرجع سابق –ص 26.وفي ذات المعنى:

CE, 207,1982, Huglo, p.258.

Lachume.J.F, L'application dans le temps des decision administrative executoires,these,L.G.D.J. paris,1980 ,p.233.)

القاضي يستطيع قبل أن يبت بالأساس، أن يوقف مفعول التصرف المحال إليه إذا طلب منه ذلك وكان هنالك أسباب هامة تسوغه[1].

ويمكن تعريف وقف التنفيذ بأنه تأجيل المحكمة لنفاذ التصرف القانوني لفترة مؤقتة، ولا يمنح وقف التنفيذ إلا إذا كان التصرف المذكور سينتج آثاراً في المستقبل بالتعديل في مركز قانوني أومركز واقعي موجود[2]. ويتعلق إجراء وقف التنفيذ في نطاق دعوى الإلغاء العادية بالقرارات الإدارية التي تشكل موضوع مراجعة قضائية أمام القاضي الإداري، في حين أنه في نطاق دعوى المشروعية الخاصة يمكن أن يتعلق وقف التنفيذ بكل من القرارات والعقود.

ثانياً -الشروط المتعلقة بالعمل المطلوب وقف تنفيذه:

يجب التفريق في هذا الصدد بين شروط قبول طلب وقف التنفيذ، والشروط المطلوبة للحكم بوقف التنفيذ.

1- شروط قبول طلب وقف التنفيذ :

يشترط لقبول طلب وقف التنفيذ توافر الشرطين الآتيين :

أ) أن يكون محله قراراً إدارياً أو عقداً.

المبدأ في مجال دعوى الإلغاء أنه لا يمكن طلب وقف التنفيذ إلا ضد قرار إداري نهائي[3]. وبناءً عليه لا يمكن طلب وقف التنفيذ الموجه ضد أعمال مادية،

---

[1] وذلك كله ما لم يوجد نص قانوني يقضي بوقف تنفيذ التصرف بمجرد إقامة الدعوى، ومن ذلك فإنه وبموجب قانون 1990/1/10 يكون لمراجعة المحكمة الإدارية طابعاً معلقاً أو موقفاً لبعض القرارات.
CE, 29-6-1990, Hablani, Lebon, p191.

[2] د.مهند نوح -مرجع سابق - ص 273. ومن الفقه الفرنسي:
Lachume.J.F, L'application dans le temps des decision administrative executoires ,these,L.G.D.J. paris,1980 ,p.233.

[3] CE, 12-10-1988, Bert, Lebon, p65.

وإنما يمكن أن يوجه ضد قرارات كشفت هذه الأعمال[1]. كما لا يمكن توجيهه ضد قرارات إدارية غير نهائية.

إضافة لذلك فإنه لا يمكن طلب وقف التنفيذ الموجه ضد القرارات السلبية، لأن طلب وقف التنفيذ لا يوجه إلا ضد الأعمال التي تؤدي إلى تعديل في وضع قانوني أو واقعي لأصحاب العلاقة، وعليه فإن القرارات السلبية لا تقبل وقف التنفيذ طالما أن قرار الجماعة المحلية السلبي لا يغير شيئاً في الوضع السابق[2].

كما لا يمكن وقف تنفيذ القرار الإداري بعد تنفيذه، إلا أنهيمكن وقف تنفيذ جزء القرار الذي استمر في إنتاج مفاعيله[3].

وإذا كانت الشروط السابقة تنطبق على المداولة المتعلقة بإبرام العقد كقرار إداري نهائي منفصل عن العقد، إلا أنه وخلافاً للمبدأ العام المذكور أعلاه فإنه يمكن للمحافظ ،وفي نطاق دعوى المشروعية الخاصة أن يطلب وقف تنفيذ وإلغاء العقد ذاته، وإمكانية وقف التنفيذ هذه تنصب حتى على العقود التي لا تخضع لالتزام التحويل إلى المحافظ[4].

ب) أن يكون طلب وقف التنفيذ مرفقاً مع دعوى الأساس بإلغاء المداولة أو العقد.

ت) ألا يكون العقد قد نفذ بشكل كامل.

2- الشروط المطلوبة للحكم بوقف التنفيذ :

حدد مجلس الدولة الفرنسيشرطين تقليديين للحكم بوقف التنفيذ وهما[5]:

---

[1]CE, 12-3-1986, Buren/Cuisinier, Lebon, p660.

[2]CE, 11-7-1980, Montcho, Lebon, p315.

[3]CE, 24-7-1981, Beausoleil, Lebon, p870.

[4]CE,7-10-2009, Commune de plessis-pate,n325829.

CE, 16-12-1994, Préfet du Haut- Rhin, Tables, p.801

[5]CE, 12-11-1938, Lebon, p.840.

أ) ترتب ضرر من المتعذر إصلاحه ينجم عن تطبيق القرار موضوع النزاع.

ب) جدية الطلب، أي وجود أسباب جدية من شأنها أن تؤدي غالباً إلى إلغاء القرار عند نظر النزاع.

إلا أنه وفي مجال دعوى المشروعية الخاصة، فإن نظام وقف التنفيذ يتميز بأن شروطه أقل صرامة من الشروط المطلوبة في نطاق دعوى الإلغاء العادية والمذكورة أعلاه، حيث إن المشّرع لم يفرض إلا شرطاً واحداً لإمكانية أن يطلب المحافظ وقف تنفيذ المداولة أو العقد، وهذا الشرط الوحيد هو وجود أسباب جدية تستدعي هذا الوقف[1]. وبالتالي فإن شرط الضرر الذي يتعّذر رأبه، يكون مستبعداً في هذا المجال[1].

CE, 23-1-1987,précité.

[1]Art.L.554-1 du CJA 2009 :Les demendes de suspension assortissant les requetes de represrsentant de l'Etet dirigees contre les actes des communes sont regies par le 3e alinea de l'article L.2131-6 du code général des collectivité territoriales ci-apres reproduit :

Art.L.2131-6 alinea -3 - lerepresrsentant de l'Etet puet assortir son recours d'une demende de suspension. Il est fait droit a cette demende si l'un des moynes invoques parait, en l'Etet de l' instruction, propre a créer un doute serieux quant a la légalité de actes attaque. Il est statue dans le delai d'un mois.

Les demendes de suspension assortissant les requetes de represrsentant de l'Etet dirigees contre les actes d'autres collectivités ou establissmentes suivent, de meme , les regles fixees par les articles L.2541-22,L.2561-1,L.3132-1,L.4142-1,L.4411-1,L.4421-1,L.4431-1,L.5211-3,L.5332-1,L.5421-2,L.5711-1et L.5721-4 du code général des collectivités territoriales.....)).

والسبب الجدي للوقف هو ذلك الذي يولد في ذهن قاضي وقف التنفيذ الاقتناع التام بإمكان إلغاء القرار ،أو العقد المطلوب وقفه عند النظر في الموضوع، وذلك بسبب وجود مخالفة ظاهرة للقانون.أي أنه لا يمكن منح الوقف إلا أذا كانت هناك أسباب جدية من شأنها أن تسوغ إبطال التصرف المطعون فيه[2]. وبالتالي فإن شرط الجدية بوضعه المتقدم يبدو بمنزلة عنصر توازن بين صالح الإدارة في عدم وقف قراراتها أو عقودها إلا بسبب رجحان عدم مشروعيتها، وصالح الطرف الآخر في وقف تنفيذ هذا القرار أو العقد[3].

هذا وإن حجية الشيء المحكوم به لا ترتبط في أي حال بالأحكام التي تأمر بوقف التنفيذ أو ترفضه[4]. ذلك أنه قد يحدث أن يؤخذ بسبب تسويغ يحكم عليه بأنه جدي لأول وهلة ويسوغ الوقف، إلا أنه ومع ذلك يحكم من حيث النتيجة برفض الدعوى عند البت بالأساس[5]، كما قد يحكم على سبب التسويغ بأنه غير

CE,23-4-2003,Commune de requebrune-Cap-Martin précité par Daniel Chabanol ,op.cit, p.604.

CE,11-3-2005,Ministre de intereur c/Commune d'Avion ,n276181.

[1]CE,17-5-2006,Commune de wissous, précité par Daniel Chabanol ,op.cit, p.604. CE, 31-3-1989, commune de Septemes – les – vallons, préc.

CE, 29-7-1994, commune de Cayenne, Req. n154987,

CE, 9-12-1996, préfet de Gard, Req. n172800.

[2]CE, 13-7-1965, corse complain, Lebon, p469.

[3]D.Pouyaud ,La nullite des contrats administratifs ,op.cit., p.539.

A.Laubader, Delvolve. P,Moderne. F,Traite de contrats , op. cit T2,p.1076.

[4]CE, 9-12-1983,ville de Paris, Lebon, p499.

[5]CE, 11-10-1016, Croix ile, Lebon, p585.

جدي عند فحص طلب وقف التنفيذ، إلا أنه ومع ذلك يحكم من حيث النتيجة بإلغاء التصرف المشكو منه عند البت بالأساس[1].

ثالثاً – سلطة القاضي التقديرية:

يعود إلى القاضي الإداري أمر تقدير طلب وقف التنفيذ المعروضعليه، وما إذا كان هنالك ما يدعو إلى الأمر بوقف تنفيذ التصرف المطعون ضده[2]. ذلك أن القاضي غير ملزم بوقف التنفيذ بمجرد طلبه حتى ولو كانت شروط منحهمتوافرة، وكانت هنالك أسباب جدية تسوغ إلغاء التصرف وضرر يصعب تداركه وإصلاحه[3]. إلا أن ما يتميز به وقف التنفيذ في نطاق دعوى المشروعية الخاصة أن القاضي ملزم من حيث المبدأ بمنح هذا الوقف متى طلبه المحافظ في المواضيع المتعلقة بمجالات البناء ،والعقود العامة ،وتفويضات المرفق العام، وعقود المشاركة[4].

وحتى يتم الحصول على وقف تنفيذ آلي في المجالات المذكورة أعلاه يجب أن يرفق المحافظ طلب وقف التنفيذ بدعوى المشروعية الخاصة خلال عشرة أيام من تاريخ تحويل التصرف إليه من قبل الجماعة المحلية[5].

---

[1]CE, 1-10-1954, Lebon, p.492.

[2]CE, 13-2-1976, Lebon , p100.

[3]CE, 2-7-1982, Huglo, Lebon, p188.

[4]د.مهند نوح –رسالته –مرجع سابق –ص 274. ود عقبة سلطون ––مرجع سابق –ص 158.
حيث أنشأ قانون 1995/2/4 المتعلق بالتنظيم والتطوير الإقليمي وقف آلي بناءً على طلب المحافظ لرقابة المشروعية في الحالات المتعلقة بالمواضيع التالية : وهي مجال البناء والعقود العامة ،وتفويضات المرفق العام، وقد أضاف الأمر الصادر برقم 559-2004 تاريخ 2004/5/17 عقود المشاركة. وقد تجميع هذه المواضيع أخيراً في تقنين القضاء الإداري رقم /515/ لعام 2009.

[5]Art.L.554-2 du CJA 2009 :Les actes pris par les communes en matiere d'urbanisme,de marchés , de contrats de partenariat et délégations de service public deferes par le representant de l'Etat en application des articles L.2131-

رابعاً – آثار وقف التنفيذ:

إذا صدر قرار عن القاضي بوقف التنفيذ، فإن ذلك يؤدي إلى عدم تنفيذ التصرف محل الخصومة سواء أكان مداولة أم عقداً.

ولكن إذا تم وقف تنفيذ العقد ذاته، فالعلاقات العقدية تصبح مجمدة، فلا ترد المبالغ المدفوعة من الجماعة المحلية للمتعاقد معها، ولا تدفع له هذه الجماعة قيمة الأعمال المنفذة من قبله، إذ إن العقد يظل في حيز الوجود القانوني حتى يتم إلغاؤه[1].

وأطراف العقد في هذه الحالة لا يمكنهم عند الحكم بوقف تنفيذالعقد أكثر من إبرام عقد جديد لتسيير حاجة المرفق العام[2].

إلا أنه إذا كان العقد قد نفذ بالكامل بتاريخ إقامة دعوى المشروعية الخاصة بطلب وقف تنفيذ وإلغاء هذا العقد، فإنه يترتب على ذلك أن كلاً من

---

6 du code général des collectivités territorial sont suspendus dans les conditions prevues par l'alinea 4 de l'article L.2131-6 du meme code ci-apres repoduit :

Art.L.2131-6 alinea 4- jusqu'à ce que Le president du tribunal administratif ,ou le magistrat qu'il delegue par lui ait statue, la demende de suspension en matiere d'urbanisme,de marchés , et délégations de service public formulee par par le representant de l'Etat dans les dix jours a compter de la reception de l'actes enraine la suspension de celui-ci,Au terme d'un delai d'un mois a compter de la reception , si le juge des réfères n'a pas statue , l'actes redevient executiore.

[1]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.70.

[2]A.Laubader, Delvolve. P,Moderne. F,Traite de contrats , op. cit T2,p.1076.

الدعوى وطلب وقف التنفيذ يصبح بدون محل، وليس للقاضي إلا عدم قبول طلب وقف التنفيذ لانعدام المحل[1].

والقرار الصادر عن القاضي والمتعلق بوقف التنفيذ، يكون قابلاً للاستئناف أمام محكمة الاستئناف الإدارية، ولا يمكن أن يشكل محلاً للنقض[2].

الفرع الثاني – وقف التنفيذ المستعجل:

قادت صلابة الاجتهاد المتعلق بشروط منح وقف التنفيذالمشّرع إلى وضع أنظمة خاصة تتيح للقاضي الأمر بوقف التنفيذ ضمن شروط أقل قساوة مما هي عليه في منازعات القانون العام الأخرى [3].

ومن ذلك الحالة المتعلقة بطلب الوقف الذي يجب أن يبت فيه خلال ثمان وأربعين ساعة، وهذا نموذج جديد لوقف التنفيذ يبيح الحصول على الوقف بالسرعة القصوى، لذلك فإنه عندما تترافق إحالة المحافظ ضد عمل من أعمال جماعة محلية مع طلب وقف التنفيذ فإنه يجب البت به وقبوله إذا كان أحد أسباب التسويغ المتمسك بها في العريضة من شأنها تهديد حرية عامة أو فردية[4].

ووقف التنفيذ في هذه الحالة يجب أن يبت فيه من جانب قاض فرد هو رئيس المحكمة الإدارية المختصة ،أو من يفوضه، كما يجب اتخاذ القرار بوقف التنفيذ خلال ثمان وأربعين ساعة[5]، بخلاف الحالات الأخرى لطلب وقف التنفيذ

---

[1]CAA Lyon, 18-9-1997, S-Bardeau, Tables, p.940.

[2]CE, 14-3-2001, centre de gestion de la fonction publique territorial de vaucluse, RFDA, 2001, p.761.

[3]Chapus R,op.,cit,p.374.

[4]د.مهند نوح –رسالته –مرجع سابق –ص 274. ود عقبة سلطون ––مرجع سابق –ص 158.

[5]Art.L.554-3 du CJA 2009 : Les demendes de suspension presentee par le de represrsentant de l'Etet a l'encontre d'un acte d'une commune,d'un departement ou d'une region de nature a compromettre l'exercice d'une

التي يجب أن يتم البت بها خلال شهر.ومدة الثمان وأربعين ساعة الممنوحة للقاضي كي يبت في طلب وقف التنفيذ (المستعجل) إنما هي مدة دلالية، والتي لا يؤثر تجاوزها على شرعية قراره بوقف التنفيذ الصادر بعد هذه المدة[1].

ويكتفى في وقف التنفيذ المستعجل توافر شرط وجود أسباب جدية تسوغه، ولا يتطلب توافر شرط الضرر الذي يصعب تداركه[2].

وحالة وقف التنفيذ المستعجل من النادر أن توضع موضع التطبيق ولاسيما إذا كانت الدعوى موجهة أصلاً ضد العقد، ولكن ذلك ليس مستبعداً نهائياً

---

liberte publique ou individuelle obeit aux regles definies par les cinquieme et sixieme alineas de l'article L.2131-6 ,les sixieme et setieme alineas de l'article L.3132-1,anisi que les cinquieme et sixieme alineas de l'article L.4142-1du code général des collectivités territoriales repoduits ci-apres.

Art.L.2131-6 alinea 5 et 6 alineas 6 et 7 L.4142-1 alineas 5 et 6 - Lorsque l'actes attaque est de nature a compromettre l'exercice d'une liberte publique ou individuelle, Le president du tribunal administratif ,ou le magistrat qu'il delegue prononce la suspension dans les quarante-huit heures. La decision relative a la suspension est susceptible d'appel devantle consiel d'Etat dans la quinzaine de la notification.En ce cas, le president de section du contentieux du consiel d'Etat ou concieller d'Etat delegue a cet effect statue dans un delai de quarante-huit heures.

[1]R.Etien, Le sursis de quarante-huit houres, R.D.P.P, 1988, p743.

F.Auby et C. le page – jessua, les juges administratif face a La décentralisation, AJDA, 1984, p376.

[2]CE, 18-2-1983, Gironde C/saint Medard – en- Jalles, Lebon, p72.

إذ يمكن أن تطبق إذا كان العقد محل الخصومة مبرماً ضمن شروط تحمل في جوهرها تجاوزاً على حرية التجارة والصناعة[1].

والقرار المتعلق بوقف التنفيذ المستعجل يكون قابلاً للاستئناف أمام مجلس الدولة خلال /15/ يوماً من تاريخ التبليغ، ويبت رئيس قسم المنازعات القضائية في مجلس الدولة أو المستشار المفوض بهذا الاستئناف خلال /48/ ساعة[2].

الفرع الثالث-الحكم بإلغاء القرار الناجم عن المداولة أو الحكم بإلغاء العقد ذاته

توّجه دعوى المشروعية الخاصة-وكما بينا- إلى المداولات والعقود التي تبرمها الجماعات المحلية، فإذا ما كانت هذه الدعوى قائمة على سند صحيح من الواقع والقانون، بأن كانت المداولة أو العقد مخالف لأحكام القانون، فإنه يترتب الآتي:

1- إلغاء المداولة التي أبرم بالاستناد إليها العقد: وفي هذا الصدد يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه إذا كان محل دعوى المشروعية الخاصة مداولة تم إلغاؤها، فإن العقد الموقع من جانب عضو التنفيذ قبل صدور حكم الإلغاء يجب أن يعدّ ملغى أيضاً[3]، لأن المداولة -بعد إلغائها - تعدّ كأنها لم توجد مطلقاً، وبالتالي فإن توقيع العقد بعد ذلك من جانب عضو التنفيذ يعدّ كأنه صادر عن سلطة غير مختصة. أما إذا تم إلغاء المداولة المقررة للتعاقد قبل توقيع العقد، فإن

---

[1] د. محمد الحسين - قضاء الإلغاء كاستثناء في مجال العقود الإدارية - مذكور عند الدكتور عقبة سلطون -رسالته مرجع سابق -ص 159.

[2] Art.L.2131-6 alinea 5 et 6 alineas 6 et 7 L.4142-1 alineas 5 et 6.

[3] CE,19-2-1988, Commune de la Rep-de la seine-Saint Denis C/ Commune de la Courneure.Req ,n38641.

هذا الإلغاء من شأنه أن يمنع تدخل عضو التنفيذ – بعد ذلك – بالتوقيع، حيث أن هذا الإلغاء يجعل عضو التنفيذ غير مختص بالتعاقد[1].

2 – إلغاء العقد ذاته:يعلن القاضي إلغاء العقد إذا كان غير مشروع، بأن كان قرارتوقيعه يتضمن خطأً من جانب الجماعة المحلية [2].

والإلغاء المعلن من القاضي في هذه الحالة إنما يتضمن أثراً رجعياً، حيث يعدّالعقد كأنه لم يوجد، والعلاقات بين الأطراف لا يمكن أن يحكمها العقد الملغى. ويترتب على أن تسديد استحقاقات المتعهد عما تم تنفيذه لن يكون على أساس المسؤولية التعاقدية، وإنما على أساس المسؤولية التقصيرية القائمة على خطأ الجماعة المحلية[3]، أو بالاستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب من قبل الجماعة.والتعويض في هذه الحالة يجب أن يكون محدداً على أساس مقدار ما قام المتعهد بتنفيذه دون أي ربح [4].كما يجب على المتعاقد أن يرد ما حصل عليه من مبالغ مالية زيادة على مستحقاته، والتي يمكن مطالبته بها عن طريق دعوى رد غير المستحق، أو حتى عن طريق التنفيذ الجبري[5]. إلا أنه يمكن اللجوء في هذا الصدد للقاضي الإداري لتحديد المبالغ المستحقةلكلا الطرفين كما أن يتم تحديد المبالغ المستحقة لكلا الطرفين عن طريق الصلح وفقاً للمادة /2044/ من القانون المدني الفرنسي[6].

---

[1] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص 275.

[2] CE,17-11-2008, Entreprise Aubelec,Req.294215.

[3] F.Moderne,Les quasi – contrats administratifs ,Sirey 1995,p.68.

CE, 17-5-1963, commune de Monein, Rec., CE, P. 305.

[4] CE, 8-12-1995, Commune de sainte – Tropez, Rec.,CE, p.432.

[5] CE,10-2-1992,Mne courted ,Dr,admin,1992,p.1.

[6] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص 275. ومن الفقه الفرنسي في هذا المجال:

وزوال العقد بـأثر رجعـي يمنـع الجماعـة مـن إعـادة البحـث عـن عيـوب محتملة لمسؤولية المتعهد على أساس المسؤولية العقدية[1].

ويمكن للمحافظ أن يستأنف الأحكام الصادرة بدعوى المشروعية الخاصة برفض طلب إلغاء المداولة ،أو العقد أمام محكمة الاستئناف الإدارية[2]، كما يمكنه أيضاً أن يستأنف الحكم الذي لم يقر بكامل الطلبات في دعوى المشروعية الخاصة بدرجتها الأولى[3].

ويمكن للوزير فقط الطعن بـالنقض أمـام مجلس الدولـة فـي نطـاق دعـوى المشروعية الخاصة المرفوضة من قبل قاضي الاستئناف[4].

والتساؤل الذي يثور بالنهاية، هل حققت دعوى المشروعية الخاصة الغاية المرجوة منها ؟.

BOURDON(P.):Le contentieux indemnitaire de la nullite du contrats administratifs , L'Harmattan 2009 p.95.

[1]CE, 29-1-1982, Martin, Rec.,CE, p.44

[2]CE, 2-3-1990, commune de Boulazac, Rec.,CE, p.57.

[3]CE, 2-5-1995, set cofreth et Techni. Tables, p.672,

[4]Art.R.554-1du CJA 2009 : L'appel ouvert contre les decisions du juge des réfères prises en application des dispositions mentionees a article L.554-1 est presente dans la quinzaine de leur notification.

CE, 15-10-1999, min.de l'intérieur el commune de Savigny – Le – temple ,RFDA, 2001, p.128.

CE,14-3-2001,Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Vaucluse RFDA, 2001, p.761.

CAA Versailles , 15-9-2006,Commune de sainte-Michel précité par Daniel Chabanol ,op.cit, p.604.

CE, 2-3-1990, commune de Boulazac, Rec.,CE, p.57.

حققت دعوى المشروعية الخاصة تطوراً قانونياً هاماً، عندما ألزمت الدولة اللجوء إلى القضاء لطلب إلغاء تصرفات الجماعات المحلية، بدلاً من النظام السابق الذي كان فيه للدولة سلطة وصاية على تصرفات الجماعات المذكورة. وبذلك ضمنت خضوع تصرفات الجماعات المحلية لرقابة المشروعية من قبل السلطة القضائية بالذات.

لذلك فقد عدّها البعض حلاً عبقرياً في سبيل الموازنة بين حرية واستقلال الجماعات المحلية من جهة، والحرص على مشروعية التصرفات التي تبرمها هذه الجماعات من جهة أخرى[1].

كما أن هذه الدعوى فتحت الباب أمام الغير لطلب إلغاء العقد، وهو ما لم يكن متاحاً له بأي شكل في السابق[2]. وتدرج لذلك حتى عام 2009 حيث سمح النظام القانوني الفرنسي للغير بطلب إلغاء العقد في حال مخالفة التزامات العلانية والمنافسة عن طريق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي.

إلا أن ما يؤخذ على هذه الآلية تعقيدها الشديد حتى ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن استخدام دعوى المشروعية الخاصة عن طريق المحافظ يشكل عملية صعبة تشبه المتاهة. كما أخذ أيضاً على هذه الدعوى عدم فعاليتها لأن القرار القضائي يتدخل غالباً في وقف متأخر وفي الوقت الذي يكون قد تم خلاله تنفيذ العقد وتصفيته، وتكون الالتزامات قد أنتجت كل آثارها[3].

---

[1] د. مهند نوح – رسالته – مرجع سابق – ص 275.

[2] CE, 8-1-1992, Préfet des Yvelines, Req, n 85439.

CE, 17-1-1991, Préfet de Loire – Atlantique, Req, n75574,

CE, 25-5-1998, commune d'Agde, préc.

[3] Pouyaud D.op.cit., p.541.

هذا وإن دعوى المشروعية الخاصة كانت إحدى أدوات الرقابة القانونيةفي مجال العقودالتي اعتمدها النظام القانوني الفرنسي منذ عام 1982، إلى جانب كل من :

1- دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي منذ 1993/1/29 وذلك لضمان احترام القواعد المتعلقة بالتزامات المتعلقة بالعلانية والمنافسة، والتي تؤدي تلقائياً إلى وقف إبرام العقد إلا أنها لا يمكن أن تمارس إذا تم توقيع العقد.

2- دعوى القضاء المستعجل الموضوعي التعاقدي منذ عام 2009 حيث أصبح بإمكان القاضي الإداري وبعد توقيع العقد أن يلغي هذا العقد، وأن يفرض جزاءات مالية مهمة وبهدف ضمان احترام قواعد العلانية والمنافسة عن طريق القضاء المستعجل التعاقدي.

3- يمكن للمحاكم الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية أن تعطي رأيها في المسائل التي يطلب منها ممثل الدولة (المحافظ) إبداء الرأي فيها، وذلك استناداً لنص المادة/R.272-1/ من تقنين القضاء الإداري الحالي الصادر في عام 2009.

4- يمكن للمحافظ بموجب قانون 1992/2/6 المتعلق بالإدارة الاقليمية أن يطلب الرأي من الغرفة الإقليمية للحسابات في أي اتفاق يتعلق بالعقود العامة أو أي تفويض للمرفق العام[1].

5- يمكن للمحافظ أن يقيم الدعوى أمام القاضي الجزائي وفقاً للمادة /14-432 / من القانون الجزائي، حيث يمكن للقاضي أن يفرض عدم قانونية

---

[1]Art, L.1411-8 de code général de collectivités territoriales.

Art T.234-1 du code des juridictions financières.

إبرام العقد العام ،أو تفويض المرفق العام التي تحتوي في تكوينها على جريمة محاباة.

هذا وإن استخدام أي أداة من هذه الأدوات المختلفة للرقابة القانونية لا يمكن أن يكون مانعاً لاستخدام أداة أخرى. فوجود دعوى المشروعية الخاصة المُقامة من المحافظ لا يمكن أن يشكل حاجزاً أو عائقاً في إقامة دعوى تجاوز حد السلطة.ومن جهة أخرى فإن وجود دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي لا يمنع المحافظ من استخدام سلطته العامة التي تخوله إقامة دعوى المشروعية الخاصة فيما يخص الأعمال التي يقدر أنها تخالف المشروعية[1].

والرأي الصادر عن الغرفة الاقليمية للحسابات إذا كان قد أعطي خلال مهل المراجعة القضائية – وهي حالة نادرة –لا يمكن أن يستبعد الاقتراح بإقامة دعوى المشروعية الخاصة أمام المحكمة[2].

وإذا كانت هذه الأدوات متاحة بمجموعها لممثل الدولة لرقابة المشروعية واستناداً لمهمة دستورية، فإن الملاحظ في هذا الصدد هو براعة النظام القانوني الفرنسي في جمع هذه الأدوات في يد ممثل الدولة كأدوات قانونية وسيلتها الدعوى القضائية بما تضمنه من حياد ونزاهة من جهة، وعلاقته بالجماعات المحلية من جهة أخرى وما تقوم به هذه الجماعات من مهمات في إطار الإدارة الإقليمية للدولة من جهة أخرى، وهوما حقق نوع الأمان القانوني لكل الأطراف المتعاملة(الدولة–الجماعة المحلية–الأفراد)في إطار المرفق العام لإشباع الحاجة العامة.

---

[1]CE, 14-1-1998, conseilrégional de la région centre, Rec.,CE, p.7, RFDA, 1998, p.453.

[2]C.Bergeal, F.lencia, op.cit, p.70.

وإذا كان البعض قد وصف دعوى المشروعية الخاصة بالتعقيد لتعدد إجراءاتها، فإن ذلك لا ينبغي أن يشكل عائقاً في الاستفادة منها واستيحاء مفاهيمها في إنشاء أداة قانونية في نظامنا القانوني ويكون لها دور يساعد في تحقيق أوسع لمبدأ المشروعية وعدالة للمتعاملين مع الإدارة، وإن كنا نرى أن أهم وسائل إنشاء نظام يشابه دعوى المشروعية الخاصة هو وجود إدارة حديثة على درجة متقدمة من الدراية بالقانون والإيمان به.

الخاتمة:

بعد أن انتهينا – وبحمد الله تعالى– من استعراض جوانب البحث المختلفة لنظام قضاء الالغاء في مجال العقد الإداري، من خلال دراسة آراء الفقهاء، والنصوص القانونية ذات العلاقة، وما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن، وإجراء المقارنة بين الحلول المنتهجة في الأنظمة القانونية موضوع الدراسة، بغية الوصول إلى اختيار أكثرها تحقيقا للعدالة والصالح العام. نستطيع القول إننا توصلنا إلى عدد من النتائج يمكن سردها عبر النقاط الآتية:

1- أخذ القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر وسورية بقضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية بواسطة توجيه دعوى الإلغاء العادية للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، إلا أنه في الوقت الذي استمر القضاء الإداري في مصر وسورية على تطبيق الدعوى المذكورة في نطاق ضيق سواء من حيث تحديد أصحاب المصلحة فيها أو من حيث الآثار المترتبة عليها دون السعي لتطوير ،وتوسيع هذا النطاق بما يكفل تحقيق المزيد من العدالة لكافة الأطراف في مرحلة تكوين العقد، نجد أن القضاء الإداري الفرنسي تمكن من تطوير نهجه في الدعوى المذكورة سواء من حيث توسيع نطاق ذوي المصلحة فيها أو لجهة الآثار المترتبة عليها.

2- إن النظام القانوني الفرنسي لم يقتصر على توجيه دعوى الإلغاء العادية للقرارات الإدارية السابقة على إبرام العقد، وإنما لجأ إلى إيجاد تقنية قضائية أخرى تتواءم مع هذه المرحلة من خلال تبني نظام القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي بغية صيانة مبادئ العلانية والمنافسة والحيلولة دون خرقها، بما احتواه هذا النظام من إجراءات مبسطة ،ومدد قصيرة ،وبما منحه للقاضي من سلطات متميزة تمكنه من البت السريع في النزاع وبما يسهم في تحقيق العدالة.

3- استحدث المشّرع الفرنسي نظاما حديثاً لرقابة المشروعية بعد إبرام العقود وذلك عندما أجاز توجيه دعوى الإلغاء (دعوى المشروعية الخاصة) ضد مداولات المجالس المحلية وبعض عقود الجماعات المحلية ،والمؤسسات العامة المحلية، محدثاً بذلك انقلاباً حقيقياً بمفهوم دعوى الإلغاء وشروطها. وذلك من خلال تمكين الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد من اللجوء إلى المحافظ بغية توجيه هذه الدعوى ضد العقد.

4- غاية الدول التي انتهجت نظام القضاء المزدوج وفقا للنظام اللاتيني إيجاد قضاء متخصص بالمنازعات الإدارية، بما يتيحه هذا النهج من فهم أوسع وأدق لعلاقات الإدارة فيما بينها ،وعلاقاتها مع الأفراد ،مما يمكنه من ابتكار الحلول والوسائل الموافقة لطبيعة تعامل الإدارة، وهذا هو الدور الذي تولاه القضاء الإداري بحسبانه قضاء إنشائياً،وأوجد بناءً عليه النظريات الأساسية في القانون الإداري، وإذا كان من الملاحظ استمرار القضاء الإداري في فرنسا ومصر على النهج والغاية الذين أريدا له، بل سعى النظام القانوني الفرنسي إلى تبني آلية يقوم من خلالها بتقنين الاجتهاد الإداري لما يتميز به عدالة ومحاكاة لواقع العمل الإداري، تراجع أداء القضاء الإداري في سورية سواء لجهة اختصاصاته المنوطة به ،أو لجهة الدور إلى يقوم به في بعض المنازعات ذات الطبيعة الخاصة ،كقضاء الالغاء في نطاق العقد الإداري ،واندثار لبعض النظريات الأساسية التي تساعد على تحقيق العدالة في مجالات تطبيقها كنظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

5- لدى البحث في الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة السوري لم نعثر على أي وجود طعن خاص بالإلغاء في مجال عقود الالتزام، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى تلاشي مفهوم عقد الالتزام بخصائصه المعروفة من الحياة القانونية للإدارة وكأسلوب من أساليب إدارة المرفق العام، واعتماد الإدارات على النماذج الروتينية للوثائق والبيانات التي تبنى عليها العقود، فلا تمييز

بين دفاتر الشروط مثلاً في أي نوع من أنواع العقود مهما اختلفت (سواء أكانت أشغال أم توريد أم خدمات) ،بل حتى صيغة عقود B.O.T التي ينظر إليه على أنها نموذج متقدم من عقود الالتزام، ولدت في سورية بدون أي غطاء تشريعي ،ويتم معاملتها من ناحية الطرح للتعاقد والإبرام كأي عقد آخر، مما أفقدها دورها في تحقيق أي تقدم سواء لناحية عدد المشروعات التي تدار بموجبها أو لناحية الخدمات التي تلبيها.

6- إن عدم إحداث أي تطوير في نظام القضاء الإداري في سورية والإبقاء على القانون القديم لجلس الدولة السوري دون أي مواكبة لما يحدث في الأنظمة القانونية الأخرى خاصة لجهة منازعات العقود الإدارية أدى إلى تراجع دور القسم القضائي في مجلس الدولة السوري ،في مرحلة إبرام العقد الإداري بسبب إعراض الأفراد عن طرق باب القضاء من خلال سلوك سبيل دعوى الإلغاء العادية بما تقتضيه من مدد وإجراءات، مما أسهم في اتساع دور القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري وذلك عندما لجأت الإدارات إلى الاستعاضة عن ندرة الاجتهاد الذي يحكم هذه المرحلة باللجوء إلى استفتاء القسم الاستشاري لعرض المشكلات التي تطرأ عليها أثناء إبرام العقد. وهو ما دفعنا إلى الاستشهاد بآراء القسم الاستشاري لمجلس الدولة، في ضوء ندرة الأحكام الصادرة عن القسم القضائي في هذا الشأن.

7- لم يسعَ المشّرع السوري في نظام العقود المعمول به حاليا على إيراد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها العملية التعاقدية الإدارية والمتمثلة بالآتية:

أ- حرية الاشتراك فيالطلبات العامة

ب-المساواة في معاملة المتقدمين للتعاقد

ت-شفافية الإجراءات المتبعة في عملية التعاقد

ث-الالتزام بالعلانية وتحقيق شروط المنافسة

وهي مبادئ ذات قيمة دستورية في فرنسا مثلاً، وتتصل بشكل واسع بالإجراءات المطلوبة لعملية التعاقد وهي إجراءات كثيرة ودقيقة ،وإن ربط هذه الإجراءات بتلك المبادئ بنصوص صريحة، يجعل الإدارة على علم تام بجسامة مخالفة أي من هذه الإجراءات، كونها بذلك تخرق مبدأ ذا قيمة دستورية، ويخضعها لرقابة أوسع من قبل الأفراد والقضاء.

8- لم يسعَ المشّرع سواء في مصر أو سورية لتحديد مدد قانونية محددة لكل إجراء من إجراءات سير العملية التعاقدية وإنما ترك الأمر لتقدير الإدارة، وهو أمر لا يمكّن من ممارسة عادلة لدعوى الالغاء العادية ولرقابة المشروعية المقيدة بمدد وإجراءات محددة كما أنه لا يساعد على استقدام تقنيات قضاء مستعجل توافق الطبيعة السريعة لإجراءات الإدارة في هذه المرحلة.

المقترحات

كي يحقق قضاء الإلغاء في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري الغاية منه بإرساء مبدأ المشروعية بما يكفل الوصول إلى دولة القانون، وبما يضمن تحقيق العدالة لكافة الأطراف التي لها مصلحة في إلغاء هذه القرارات، ولايؤدي بالوقت نفسه إلى تعطيل حاجة المرفق العام التي يسعى لتأمينها عن طريق العقد، فإننا نعتقد بضرورة الأخذ بالمقترحات الآتية:

1- تعديل قانون مجلس الدولة في سورية و مصر، وذلك من خلال إفراد مواد خاصة لدعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية السابقة على إبرام العقد الإداري، بحيث يشمل هذا التعديل إحداث نظام خاص لمخاصمة هذه القرارات، يتناول تبسيط إجراءات رفع هذه الدعوى، وتقصير مدد النظر فيها بما يتناسب مع السرعة التي تقتضيها العدالة في هذه المرحلة، ويحول دون تنفيذ الإدارة لقرارها المخاصم بسبب طول أمد التقاضي وما يترتب على ذلك من عدّ الدعوى الموجهة لهذه القرارات غير ذات موضوع. والذي كان السبب الأساسي في إحجام أصحاب المصلحة عن سلوك سبيل القضاء في هذه المرحلة.

2- إحداث نظام خاص لوقف التنفيذ في سورية، يتضمن تقصير مدد النظر في طلبات وقف التنفيذ ومدد الطعن في قرارات وقف التنفيذ إلى أقصر مدة ممكنة بما يضمن لهذا النظام فاعليته في الحيلولة دون ترتب نتائج يتعذر تداركها وبشكل يحفظ حقوق الأفراد.

3- وبشكل يترافق مع التعديلين السابقين يتعين تعديل نظام العقود في سورية بما يكفل منح مدة كافية للأطراف المتضررة من القرارات السابقة على إبرام العقد تمكنهم من مراجعة القضاء للطعن في هذه القرارات وذلك قبل

تنفيذها وضياع حقوقهم، وبما يضمن في الوقت نفسه عدم تعطيل حاجة المرفق العام.

4- تفعيل دور القسم الاستشاري لمجلس الدولة في سورية بالرقابة القانونية على مشاريع العقود، وذلك من خلال عدم تقييد هذه الرقابة سواء من حيث قيمة العقد أو من حيث استثناء بعض الإدارات والمؤسسات العامة من تصديق مشاريع عقودها. فضلاً عن إضفاء صفة الإلزام على الرأي الذي يبديه المجلس عند دراسته لمشروع العقد، وتأييد ذلك بنص تشريعي يمنع الإدارة من تنفيذ العقد قبل الحصول على تصديق المجلس ويلزمها بالرأي الذي يصدره في هذا الصدد.

5- تعديل نظام العقود في سورية وذلك بالنص بشكل صريح على المبادئ الأساسية التي تحكم العملية التعاقدية (مبدأ العلانية والمنافسة الخ...) ووجوب مراعاتها مع ربط كل مبدأ منها بالإجراءات التي تتعلق به.

6- تكريس مبدأ التسبيب لقرارات الإدارة الصادرة في إطار إبرامها لعقودها بشكل يساعد على ضمان سير عمل الإدارة بدون أي انحراف في وظيفتها، وبما يسهل عمل القضاء عند إعمال رقابته في هذا الشأن.

قائمة المراجع

أولاً – باللغة العربية

أ- الكتب

1. أ. عبد الهادي عباس – العقود الإدارية، دمشق دار المستقبل، الطبعة الأولى، 1993.
2. د. إبراهيم الشهاوي –عقد امتياز المرفق العام B.O.T– دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – 2003–.
3. د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – مارسولون، بيروسبيرشي، جي بريان ترجمة د. أحمد يسري – الاسكندرية – منشأة المعارف – 1991.
4. د. أشرف عبد الفتاح أبو المجد – تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء – مؤسسة العبير للطباعة – 2006.
5. د. الياس ناصيف –سلسلة أبحاث قانونية مقارنة في عقد B.O.T– 2006.
6. د. أنس جعفر – الوسيط في القانون العام – القضاء الإداري طبعة عام 1978.
7. د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري ،القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1954–1955.
8. د. ثروت بدوي – تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية – دار النهضة العربية – القاهرة – 2007.
9. د. جابر جاد نصار – المناقصات العامة – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة، الطبعة الثانية، 2001.

10. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى- 1996.
11. د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
12. د. جورجي شفيق ساري – القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري – القاهرة – دار النهضة العربية – 2004.
13. د. حسين درويش عبد العال – النظرية العامة في العقود الإدارية – الجزء الثاني – الطبعة الأولى سنة 1958.
14. د. حسين عثمان – قانون القضاء الإداري – منشورات الحلبي – بيروت 2006.
15. د. خالد عبد الفتاح محمد – دعوى الإلغاء في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا – دار الكتب القانونية – المحلة الكبرى – 2008.
16. د. داوود عبد الرزاق الباز – نفاذ القرار الإداري المرتبط بالاعتماد المالي – جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي – 2007.
17. د. رأفت فودة – النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية، 1998.
18. د. رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية – دار النهضة العربية – 1968.
19. د. سامي جمال الدين – الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية – منشأة المعارف – الإسكندرية – الطبعة الأولى – 2004.
20. د. سامي جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – مطبعة أطلس – القاهرة – 1992.

21. د. سعاد الشرقاوي – العقود الإدارية – دار النهضة العربية – القاهرة – 1996.
22. د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991.
23. د. سليمان الطماوي – القضاء الإداري – دار الفكر العربي،الطبعة الثالثة، القاهرة،1996.
24. د. سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة، 1991.
25. د. سليمان الطماوي – مبادئ علم الإدارة العامة – الطبعة السادسة – مطبعة جامعة عين شمس – القاهرة – 1987.
26. د. طعيمة الجرف – رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة – 1961
27. د. عادل الطبطبائي – الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية – دراسة مقارنة – مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت – 2000.
28. د. عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية – دمشق بدون دار نشر –1991
29. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 1981.
30. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المسؤولية الإدارية، دار محمود للنشر، القاهرة، 2006.
31. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2005.
32. د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – شرط المصلحة في دعوى الإلغاء – دراسة مقارنة – القاهرة – دار النهضة العربية – 1994.

33. د. عبد العليم مشرف – القرار الإداري المستمر – القاهرة – دار النهضة العربية – 2004.
34. د. عبد العليم مشرف – حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – فرع بني سويف 2001.
35. د. عبد الغني بسيوني عبد الله – القضاء الإداري – قضاء الإلغاء – منشأة المعارف – الاسكندرية ،1997.
36. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في إحكام القضاء الإداري، بيروت، منشورات الحلبي، الطبعة الثالثة،2001.
37. د. عبد الغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، الاسكندرية، دار المعارف، 1996.
38. د. عبد الله حنفي – العقود الإدارية – الكتاب الأول – دار النهضة العربية – القاهرة – 1999.
39. د. عبد الله طلبة – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، حلب، 1992.
40. د. عبد الله طلبة – القانون الإداري – الجزء الثاني – مديرية المطبوعات والكتب الجامعية – جامعة حلب – 1995.
41. د. عبد المجيد فياض – العقد الإداري في مجال التطبيق – طبعة أولى 1983
42. د. عبد المجيد كمال حشيش – القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة – ج2 – مجلة مصر المعاصرة – العدد 363 يناير سنة 1976 – القاهرة.
43. د. عبد المنعم عبد العزيز خليفة – الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2005.
44. د. عبد المنعم عبد العظيم جيزة – آثار حكم الإلغاء – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي 1971.

45. د. عدنان العجلاني – الوجيز في الحقوق الإدارية – الجزء الثالث – مطبعة جامعة دمشق – 1966.
46. د. عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري – عام 1982 – دار النهضة العربية –
47. د. علي شفيق – الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية – مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة بالرياض – 2002.
48. د. عمر حلمي فهمي – العقود الإدارية الأحكام العامة والاختصاص القضائي – دار الثقافة الجامعية– 1993.
49. د. عمرو أحمد حسبو – التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ .B.O.T– دراسة مقارنة – القاهرة – دار النهضة العربية – 2001.
50. د. فؤاد العطار – القضاء الإداري – دراسة مقارنة – طبعة 1963.
51. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1995.
52. د. محسن خليل – القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1986.
53. د. محمد الحسين ود. مهند نوح – العقود الإدارية – منشورات جامعة دمشق – مركز التعليم المفتوح – قسم الدراسات القانونية – جامعة دمشق 2006-2005
54. د. محمد السناري – التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة – دراسة تحليلية ومقارنة توزيع دار النهضة العربية – 1994
55. د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000.

56. د. محمد حافظ – القرار الإداري – دار النهضة العربية – القاهرة – 1993.
57. د. محمد حلمي فهمي – طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية – دار النهضة العربية 1992.
58. د. محمد سعيد حسين أمين – المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية – طبعة 1990.
59. د. محمد سعيد حسين أمين – فكرة العقود الإدارية وإبرامها – دار الثقافة الجامعية – 1994.
60. د. محمد صلاح عبد البديع – سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري. دراسة مقارنة جامعة الزقازيق 1993.
61. د. محمد عبد اللطيف – تسبيب القرارات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
62. د. محمد فؤاد عبد الباسط – القرار الإداري — دار الجامعة الجديد للنشر – 2005.
63. د. محمد فؤاد مهنا – القانون الإداري العربي –بدون دار نشر – طبعة 1964.
64. د. محمد فؤاد مهنا – القانون المصري والمقارن – الجزء الأول – المرافق العامة – طبعة 1952.
65. د. محمد فوزي نويجي – العلم اليقيني بالقرار الإداري – دار النهضة العربية – القاهرة – رقم الإيداع – 1936 – 2004.
66. د. محمد كامل ليلة – الرقابة على أعمال الإدارة – الرقابة القضائية – دار النهضة العربية – القاهرة، 1967-1968.
67. د. محمد ماهر أبو العينين – العقود الإدارية – دار أبو المجد للطباعة بالهرم –2004.

68. د. محمد ماهر أبو العينين – دعوى الإلغاء – دار أبو المجد للطباعة بالهرم – 2000.
69. د. محمود حلمي – القرار الإداري – دار الاتحاد العربي للطباعة – القاهرة 1985.
70. د. محمود عاطف البنا – الوسيط في القضاء الإداري – دار الفكر العربي – 1990.
71. د. مصطفى أبو زيد فهمي – الوجيز في القانون الإداري – الجزء الأول – نظرية المرافق العامة – طبعة 1957.
72. د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القضاء الإداري – الجزء الثاني – منشأة المعارف الإسكندرية، 1988.
73. د. مصطفى زيد أبو فهمي – القضاء الإداري ومجلس الدولة – الطبعة الثالثة 1966.
74. د. مصطفى عبد المحسن الحبشي – الوجيز في عقود البوت .B.O.T– دار الكتب القانونية – المحلة الكبرى – 2008.
75. د. مصطفى كامل محمد علي – الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة – دراسة مقارنة – القاهرة دار النهضة العربية – 2006.
76. د. هاني صلاح سري الدين – التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – 2001.
77. د. وحيد فكري رأفت – القانون الإداري – الجزء الأول 1938 – 1939.
78. د. ياسر أحمد الصيرفي – الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة – دار النهضة العربية – 1998.

79. د. ياسر أحمد الصيرفي – النظام القانوني لعقد الـ B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص – جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي– 2008.
80. د. يحيى الجمل – القضاء الإداري –القاهرة– دار النهضة العربية – 1986.

ب– <u>رسائل وأبحاث</u>

81. أ. محمد فكري عطا الله عبد المهدي –التزامات شركة المشروع في عقود الـ B.O.T– رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 2004.
82. د. إبراهيم محمد عبد الحليم – آثار العقود الإدارية بالنسبة للغير – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – 1995.
83. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه ،جامعة القاهرة، 1973.
84. د. جمال عباس أحمد عثمان – العقد الإداري وقضاء الإلغاء – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – 2006.
85. د. حسن محمد الخيمي – آثار عقد التزام المرافق العامة – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – 2001.
86. د. حمدي الحلفاوي – ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001.
87. د. سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال السلطة –رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – 1978.
88. د. سوسن البيطار – آثار العقد الإداري بالنسبة للغير – رسالة دكتوراه – جامعة دمشق – 2010.

89. د. سيد أحمد جاد الله – سلطة القاضي إزاء العقد– رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة –2007.
90. د. عاطف سعدي محمد علي – عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه –2005 – دار الحريري للطباعة – رقم الإيداع 1686 / 2006.
91. د. عاطف محمد شوقي سيد أحمد الشهاوي – القرارات الإدارية القابلة للانفصال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس، 2007.
92. د. محمد أديب الحسيني–الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام الـB.O.T–رسالة دكتوراه –جامعة دمشق –2010.
93. د. محمد السيد عبد المجيد البيرق – نفاذ القرارات الإدارية وسريانها بحق الأفراد – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 2002.
94. د. محمد عبد العال السناري – نفاذ القرارات الإدارية – رسالة دكتوراة – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – 1981.
95. د. مهند نوح – الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001.
96. د. نجم الأحمد –التعاقد من الباطن –رسالة دكتوراه–جامعة عين شمس – 2001.

ت- <u>مقالات</u>

97. أ. جمال الدين جودت اللبان – مقالة عن المعيار المميز للعقد الإداري – مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة الثامنة – العدد الثالث – يوليو/سبتمبر 1964.
98. أ. صلاح عبد الحميد السيد – الحكم الإداري والحكم المدني – مقال في مجلة مجلس الدولة لعام 1960 – العدد /8،9،10/.

99. د. إبـراهيم مشـيمش إبـراهيم – الاعتمـادات الماليـة وأثرهـا فـي المراكـز القانونية للموظفين– مقال منشور بمجلة مجلس الدولة – السنوات8،9،10 عام 1960.

100. د. السيد محمد إبراهيم – رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإلغاء – مقالة منشورة بمجلة العلوم الإدارية – السنة الخامسة – العدد الأول – يونيه – 1963.

101. د. ثروت بدوي – المعيار المميز للعقد الإداري – بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد – السنة السابعة والعشرون– سبتمبر – ديسمبر 1957.

102. د. عادل الطبطبائي – الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية – مقال منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت – كلية الحقوق – السنة الحادية عشر – العدد الثالث – سيبتمبر 1987.

103. د. عبد الفتاح حسن – التسبيب كشرط شكلي في القرار الإداري – مقالة منشورة في مجلة العلوم الإدارية – السنة الثامنة العدد الثاني – أغسطس – 1966.

104. د. مجدي عز الدين يوسف، مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال أشخاص القانون العام، مقال في مجلة الحقوق الكويت – السنة العشرون – العدد الرابع – ديسمبر 1996.

105. د. محمد إسماعيل علم الدين – تطوير فكرة القرار الإداري – مقال بمجلة العلوم الإدارية 1968.

106. د. محمد جمال الذنيبات – القرار الإداري المنعدم في القضاء الإداري الأردني والفقه المقارن – مقال منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت – 2004 – العدد الأول – آذار.

107. د. محمد حلمي – القرار الإداري أركانه وشروط صحته – مقال – مجلة العلوم الإدارية – السنة التاسعة – العدد الثاني – أغسطس 1967.
108. د. محمد فؤاد مهنا – مقالة / حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة – مجلة مجلس الدولة – س2 – 1951.
109. د. محمود محمد حافظ – نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي – مقال في مجلة الاقتصاد والقانون – مارس 1959 – العدد الأول سنة 29.
110. د. مهند نوح – القاضي الإداري والأمر الإداري – مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية –دمشق – المجلد – رقم /2/ –العدد رقم /2/– 2004.

القوانين

111. تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الحالي رقم /975/ الصادر في 2006/8/1.
112. قانون مجلس الدولة السوري /55/ لعام 1959.
113. قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972.
114. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم /89/لعام 1998.
115. القانون رقم /51/لعام 2004 المتضمن نظام العقود في سورية.
116. قانون النشر في سورية رقم /5/لعام 2004.

مجموعات المبادئ:

117. مبادئ المحكمة الإدارية العليا المصريةمنذ عام 1985 حتى عام 1993
118. مجلة هيئة قضايا الدولة في مصر– السنة 37 – مارس – 1993.
119. مجموعة المكتب الفني للعقود الإداري في أربعين عاماً
120. مجموعة أحكام مجلس الدولة المصري سنة 10 قضائية
121. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1965

122. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1965
123. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1998
124. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1974.
125. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1973.
126. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1989.
127. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية السنة الثالثة.
128. مجموعة المبادئ العامة التي قررتها الإدارية السورية العليا لعام 1990.
129. مجموعة المبادئ العامة التي قررتها المحكمة العلياالسورية لعام 1987.
130. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الإدارية العليا السورية لعام1974.
131. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها العليا السورية للأعوام من2001-2004
132. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر سنة 1955 إلى آخر ديسمبر 1995.
133. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العلياالمصرية في العقود الإدارية في أربعين عاماً
134. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصريةفي خمسة عشر عاماً 1946-1961.
135. مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا المصرية السنة 30 العدد الثاني، إعداد المكتب الفني في مجلس الدولة المصري
136. مجموعة محكمة القضاء الإداري المصرية السنة 11،إعداد المكتب الفني في مجلس الدولة المصري

137. مجموعة محكمة القضاء الإداري المصرية السنة 15إعداد المكتب الفني في مجلس الدولة المصري
138. مجموعة محكمة القضاء الإداري المصرية السنة 7إعداد المكتب الفني في مجلس الدولة المصري
139. مجموعة محكمة القضاء الإداري المصرية السنة 9إعداد المكتب الفني في مجلس الدولة المصري
140. المستشار حمدي ياسين عكاشة – العقود الإدارية في التطبيق العملي، مطبعة سامي، الإسكندرية، 1998.
141. الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا المصرية وفتاوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع منذ عام 1985 حتى عام 1993 – مجموعة الفكهاني – الجزء الخامس والثلاثين ص369.

ثانياً – باللغة الفرنسية

1 – Ouvractes Generaux et Specieux Traites ,Manuels :

142. A.Bournazel, Le nouveau conseil général et administration du département, éd. Le moniteur, 1984.
143. André de Laubadéré. Traite Théorique et pratique des contrats administratifs.Tmoe2 ,1956.
144. Auby (J.M) et Dragon (R), Traite de contentieux administratif paris, 1975.
145. Auby(j.),et MAUGUE(C.),les contrats de délégation de service public ,JCP,1994,I.
146. BENOIT(F.-P.):De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs ,I,JCP 1963.

147. Bonnard. Précis de droit administratif, L,G,D,J, paris 1993.
148. BOURDON(P.):Le contentieux indemnitaire de la nullité du contrats administratifs , L'Harmattan 2009.
149. Catherine Bergeal, Fréderic Lenica, Le contentieux des marches publics le moniteur, 2010.
150. COSSATER(P.),les délégation d activités publiques dans L'union européenne, LGDJ.,2007.
151. DANIEL CHABANOL ,Code de justice administrative ,4ed ,paris, LE MONTEUR ,2010.
152. De Laubadere, F.Moderne, P. Delvolve, Traite des contrats administratifs, T2 , L.G.D.I. paris,1984.
153. DELVOLVE(P.), ((Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?)), Melages Perret ,DALLOZ,1996.
154. Deuz (Paul) et Debeyre (Guy) , Traite de droit administrative , paris , 1952.
155. Dieu (F.), L'irrésistible extension des pouvoirs du juge du réfère précontractuel, AJDA, 2007.
156. DOUENCE(J-C.),les contrats de délégation de service public ,RFDA,1993.
157. Drefuss,M, vers un meilleure affectivité du contrôle des contrats des collectivité locale, R.D.P, 1999.
158. DUFAU(J.): Le pouvoir de modification unilatérale de administration et les contrats de concession de service public ,AJDA , TI,1955,.
159. Duguit: Traite de droit constitutionnel. 3 eme, Paris. éd. II. 1929.

160. E. Eisenberg: L'audition du citoyen et motivation des décisions administratives individuelles, Harmattan 2000.
161. Eisenman CH: Cours de droit administratif T1, L.G.D.J. paris 1983.
162. F.Auby et C. le page – jessua, les juges administratif face a La décentralisation, AJDA, 1984.
163. F.Moderne, Les quasi – contrats administratifs ,Sirey 1995.
164. FATOME(E.):Les avenants ,AJDA 1998.
165. G.Dupuis, La concession de service public ,Dalloz.,1978.
166. G.Vivens, le contrôle de légalité des actesnonsoumis a transmission, AJ, 1986.
167. GAUDEMENT(Y.):les contrats de partenaiat public – prive: etude historique et critique ,BJDCP 2004.
168. George Pequegnat , Théorie général du contrat administratif , paris , 1945.
169. Georges Vedel, pierre Delvolve, Droit administratif, press universitaires de France. 2001.
170. Golliard , La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence, du conseil d'état. ,mélanges Mestre Achille Sirey , 1956.
171. Guy Debeyre, Paul Deuz, Traite de droit administratif ,Dalloz. 1952.

172. Heurte , Avocats et tribunaux Administratifs ,AJDA,,TOME I, 1955.
173. HOEPFFNER(H.): La modification du contrat administratif, LGDJ,2009.
174. J.M.Auby et r.Drago: Traite de contentieux administratif 3ed, 2 Tombes, L.G.D.J. paris , 1989.
175. J.M.Pontier, Les contrats de plan entre L'état et les régions, AJDA, 1985.
176. Jacques Vuitton ,Xavier Vuitton, LES RÉFÈRE,2ed, Litec, paris,2006.
177. Jean Rivero – Jean Walline: droit administrative, Dalloz, 20ed , 2004.
178. La Ferrière , Traite de La juridiction administratif et des recours contentieux , T2, 1896.
179. Lachume.J.F, L'application dans le temps des décision administrative exécutoires ,these,L.G.D.J. paris,1980.
180. Laubadere, Jean claude venezia, Yves gaudemet, Traite de droit administratif, T1, 15ed, L.G.D.J. paris 1999.
181. Lorens, le nouveau juge administratif des réfères réflexion sur la reforme opérée par la loi du 30juin 2000,presses universitaires de Strasbourg ,5edition ,2002.
182. M. Rudolph d"Haem ,La justice administrative en pratique, paris, La Documentation française,2 éd.2001.

183. P. Deuze. La responsabilité de puissance, public Dalloz 1983.

184. PACTEAU.B, contentieux administratif ,6ed, presses universitaires de France ,2002.

185. Patrice COSSALTR , Le contentiux des marchés publics ,Grpup Territoral , paris , 2010.

186. Ph.Lacaille, L'eu municipal, Berger – Levrault, coll. Les indispensable, 2ed, 2002.

187. Ph.Terneyre ,L'émergence d'un recours contentieux de troisième type, DALLOZ, 1992.

188. Philipe Terneyre. La responsabilité contractuelle des personnes publiques. 1989.

189. R. Bonnard , précis de droit administratif , 3ed , L.G.D.J paris et 4ed , 1943.

190. R.Chapus.: droit de contentieux administratif, 5ed Montchrestien 1996.

191. R.Chapus: droit administratif général, T1, 9ed, Montchrestien, paris 1995

192. Richer (L.), droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2010,

193. -Richer (L.),Concession en droit communautaire ,in délégation de service public ,éd ,du Monteur ,2009.

194. Richer. droit des contrats, 4ed, L.G.D.J,2004.

195. Rolin. F. accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques, université panthéon Assas paris II , 1997.

196. Rolland , précis de droit administratif, paris , 1951 ,ed10

197. S. Sur: L'obligation de motives formellement des actes administratifs A.J.D.A. 1974.

198. Stephen Braconnier, droit des marches publics, 2ed, Paris, le monitor, 2007.

199. Trotabas(L) et isort(p), manuel de droit public et administratif, ed20, D, paris, 1982.

200. Vandermeere N.R. le réfère précontractuel, A.J.D.A, 1994.

201. Vedel(G), droit administratif, 1ed, presses universitaire de France, 1973,

202. Waline: droit administrative, Librairie de recueil Sirey , paris, 1952.

203. Waline: Traite élémentaire de droit administratif, 6 édit.,paris, 1952 ,

204. Xavier cabanes , La théorie de la connaissance, acquise au la peau de chagim R.D.P. 2000.

205. Y.Luchaire et autres, Relations extérieures des régions, RFDA, 1986

LES THESES :

206. Dominique Pouyaud , la nullité des contrats administrative ,L.G.D.J.paris,1991.
207. FOLLIOT(L.):Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle ,th. Paris II ,1994.
208. J.foulon , la nation de compétence, des agents administratifs en droit français , th ,Rennes ,1970.
209. Krassilchik(M): la notion d'acte détachable en droit administratif français ,thèse 1964.
210. P. Ferrai, les droit des citoyens dans leur relation avec l'administration, doctrine: A.J.D.A. 2000.
211. Pequegnat , théorie général du contrat administratif ,paris ,1945.
212. Piquignot: Théorie générale du contrat administratif. Thèse mout pallier 1948.
213. Quancard, M. L'adjudication des marches publics de travaux et de fourniture, Sirey , 1945.
214. R.Chapus. Responsabilise public et responsabilité privée Thèse L.G.D.J. 7057. N374.
215. Thomas: la notion de intérêt dans le recours pour excès de pouvoir thèse, paris, 1972.
216. Weil (p):Les Conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir, thèse, paris 1952.

LES ARTICLES :

217. Auby , l' incompétence , ration tempers ,RD pub.,1953.

218. B.F. Macéra– les actes détachables dans le droit public français pilum, 2002.
219. B.kormprobst, La compétence liée, RD pub, 1961.
220. Bonnard R.: La passation des marches publics, Revue de droit public de la science, politique n59.
221. CASSIA(p.): pratique des réfères précontractuel ,Litec, 2008.
222. Charles Blaevoet, Modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique par la loi du 27 février 1925, Revue du droit public, 1926.
223. Courdon (J.) et Terneyre (ph) les réfère précontractuel et contractuel a prés l'ordonnance du 7–5–2009, BJCP, n66, octobre 2009.
224. Delvolve (P.), Les nouveaux pouvoirs du juge dans le contentieux des contrats, mélanges Perrot, Dalloz, 1996.
225. Dossier , Les affects de la rupture du contrat administratif , ACCP 2002 , N 16.
226. F.Auby , la décentralisation fait-elle maitre de nouvelles tutelles ?AJDA.,1984.
227. F.Rolin, La reforme du contrôle de légalité: un projet que manqué d'ambition? AJDA, 2003.
228. FATOME(E.)et RICHER (L.) : ((La nature juridique des contrats d'aménagement)),Mon.TP,3 septembre 1993.

229. Gohin (o), La compétence Territoriales des tribunaux administratifs fasc., n31, JJA, novembre 2001.
230. Gourdou (J) et TERNEYRE (ph), le réfère précontractuel administratif au lendemain de la reforme législative des procédures d'urgence CGEG, avril, 2001.
231. Guillaume blanc: Motifs et motivation des décisions administratives R.A. 1998, n304.
232. J.C Dovence. le contrôle de légalité des mesures concernant le agents contractuels locaux, RFDA, 1987.
233. J.F. Auby, La décentralisation faut–elle naitre de nouvelle tutelles? AJDA, 1984.
234. J.F. LACHAUME.,le formalisme, AJDA,1995,n spécial.
235. J.Gourdou et Ph.Terneyre, le réfère précontractuel administrative au lendemain de la reforme législative des procédure. C.J.E.G, avril 2001.
236. J.P.Negrin, vers un alignement de défère préfectoral sur le recours pour excès de pouvoir? Dalloz, 1987.
237. Jean–David Dreyfus, réfère précontractuel et obligation de communiquer les motifs de rejet d'une offre, AJDA, 2004.
238. J–M. Auby, Les délégations des maries aux adjoints et conseillers municipaux, P.P. 24–2–1998.

239. Lagumina (S.) et Philippe (E), Le réfère précontractuel, Ballin et prés perspectives, AJDA, 2000.
240. LIGNIERES(P.),Partenariats public-prive, Litec ,2000.
241. M.BerBari, le réfère précontractuel, ACCP, n26, octobre, 2003.
242. M.Bourjol, Les biens communaux, Js, 1989.
243. MACERA (B-F): Les actes détachables dans le droit public français ,PU Limoges,2002.
244. MARCOU(G.),La nation de délégation de service public ,âpre la loi du 29-1-1993,RFDA ,1994.
245. O. Raymundie " Gestion déléguée des services publics en France et en Europe, Le Moniteur, Collection Actualités juridiques 1995.
246. PECRAN (A.) et BONAMY(P.):Les concessions d'aménagement en pratique, Litec,2007.
247. Ph.Terneyre, paradoxes contentieux de l'annulation des contrats EDC.E. 1987.
248. Ph.Terneyre,Laqualification des montages contractuels complexées et le droit communautaire,LPA ,2000, n23.
249. Philip Terneyre, Jean Gourdon, le réfère précontractuel aulendemain de la reformes des procédures d'urgence. CJEG, n575– avril 2007.
250. Poulain (M), les recours des tiers contre les contacts ,publics Courier juridique des finances et de l'industrie, 2007

251. Pouyaud (D.) La compétence de premier rassoit du conseil d'Etat, fasc., n30, JJA, février, 2002.

252. R.Etien, Le sursis de quarante-huit houris, R.D.P.P, 1988.

253. Sandra Lagumina, Edouard Philippe,le réfère précontractuel bilan et perspectives, AJDA, 2000.

254. Vandermeeren.R, Les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publiques, a la veille de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, BJCP, 2000, n139.

255. Vedel, Le droit administratif peut – il – étreindre finement jurisprudentiel? EDC.E. 1979

256. VIDAL(L.):L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative , Brulant 2005.

257. Walline: de la situation juridique de l'usager d'un service public, 1993.

الفهرس

المقدمة: 1
القسم الأول الاتجاه التقليدي لدعوى الإلغاء في نطاق العقود الإدارية..... 9
الباب الأول دعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية المنفصلة من العقد الإداري ..11
الفصل الأول نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.....13
المبحث الأول مفهوم القرار الاداري المنفصل عن العقد الاداري 15
المطلب الأول : الأصل التاريخي لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري: 16
المطلب الثاني:القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري والقرارات التنفيذية للعقد: ...25
الفرع الأول –ماهية القرارات الإدارية المنفصلة 26
الفرع الثاني – ماهية القرار التنفيذي للعقد الإداري: 50
المطلب الثالث: أهمية التفرقة بين القرار الإداري المنفصل والقرار التنفيذي للعقد الإداري: 58
المبحث الثاني الحدود الفاصلة بين القرار الإداري المنفصل والعقد الإداري.....86
المطلب الأول: المعيار الكمي في التمييز بين القرار والعقد الإداري 88
المطلب الثاني: المعيار النوعي – النظام القانوني – في التمييز بين القرار والعقد الإداري 94
الفصل الثاني إجراءات دعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري 111
المبحث الأول المبادئ التي تحكم دعوى الإلغاء في نطاق العقد الإداري..... 112
المطلب الأول: عدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء للعقد الإداري 112
المطلب الثاني: عدم إمكانية رافع دعوى الإلغاء الاستناد لمخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية 122
المبحث الثاني شروط دعوى الإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري 128

المطلب الأول: أن تكون دعوى الإلغاء موجهة لقرار إداري منفصل 128
الفرع الأول – القرارات الإدارية المنفصلة السابقة على إبرام العقد 135
الفرع الثاني – القرارات الإدارية المنفصلة اللاحقة على إبرام العقد 170
المطلب الثاني: المصلحة في دعوى الإلغاء 186
الفرع الأول –العلاقة بين الصفة والمصلحة 189
الفرع الثاني – شروط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء 196
المطلب الثالث: المدة التي يتوجب فيها رفع الدعوى 208
الفرع الأول – بدء ميعاد الطعن بالإلغاء: 210
الفرع الثاني – امتداد ميعاد دعوى الإلغاء 229
الفرع الثالث – آثار انقضاء ميعاد دعوى الإلغاء 239
المطلب الرابع: انعدام طريق الطعن الموازي 245
الفرع الأول – أساس نظرية الدعوى الموازية ومبرراتها 245
الفرع الثاني – شروط تطبيق نظرية الدعوى الموازية: 248
الفرع الثالث – نظرية الدعوى الموازية والقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري250
المبحث الثالث أسباب الطعن بالإلغاء وآثاره بالنسبة للقرار الإداري المنفصل عن العقد
..... 254
المطلب الأول: أسباب الطعن بالإلغاء الموجهة للقرار الإداري المنفصل عن العقد . 254
الفرع الأول – عيب عدم الاختصاص: 254
الفرع الثاني – عيب الشكل والإجراءات 283
الفرع الثالث – عيب مخالفة القاعدة القانونية 338
الفرع الرابع – عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها 367
المطلب الثاني: آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل 378
الفرع الأول – آثار الإلغاء بالنسبة لأطراف العقد 383
الفرع الثاني – آثار الإلغاء بالنسبة للغير 386
الباب الثاني طعون المستفيدين في حالة عقود الالتزام 393
الفصل الأول المجال الذي تدور فيه دعوى الإلغاء في حالة عقود الالتزام..... 395

المبحث الأول مفهوم عقد الالتزام 396
المطلب الأول : تعريف عقد الالتزام و طبيعته القانونية 396
الفرع الأول – التعريف بعقد الالتزام 397
الفرع الثاني – عقد الـ B.O.T كصيغة متطورة لعقد الالتزام 400
المطلب الثاني: خصائص عقد الالتزام 408
الفرع الأول– حق الرقابة والإشراف على إنشاء وإدارة المرفق موضوع الالتزام: 409
الفرع الثاني – حق تعديل بعض نصوص أو شروط العقد: 427
الفرع الثالث– حق استرداد المرفق قبل نهاية مدته: 439
المبحث الثاني الأساس الذي يستند إليه موجه دعوى الإلغاء في حالة عقد الالتزام . 441
المطلب الأول: الشروط العقدية في عقد الالتزام: 441
المطلب الثاني: الشروط اللائحية: 444
الفرع الأول –نظرية الاشتراط لمصلحة الغير 450
الفرع الثاني – الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام 456
الفصل الثاني شروط دعوى الإلغاء الموجهة للقرارات الإدارية في حالة عقد الالتزام
461 .....
المبحث الأول الأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى الإلغاء (صفة المدعي)..... 462
المطلب الأول : المستفيدون من عقود الالتزام 463
الفرع الأول – المستفيدون 464
الفرع الثاني – المنتفعون 465
الفرع الثالث – المستحقون للمنفعة 470
المطلب الثاني: العمال عند المتعاقد (الذين يستعين بهم الملتزم في تسيير المرفق) والذين يستندون بدعواهم للشروط النظامية. 472
المبحث الثاني طرق توجيه دعوى الإلغاء في حالة عقد الالتزام 477
المطلب الأول: حالة طلب إلغاء قرارات الإدارة مانحة الالتزام المخالفة لشروط العقد اللائحية مخالفة مباشرة 478

المطلب الثاني: طلب إلغاء قرارات الإدارة الصريحة أو الضمنية بالتدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد 480
المبحث الثالث الأثر المترتب على دعوى الإلغاء في حالة عقد الالتزام 484
المطلب الأول: أثر الإلغاء بالنسبة لأطراف العقد 484
المطلب الثاني: أثر الألغاء بالنسبة للغير 487
القسم الثاني الاتجاه الحديث لدعوى الإلغاء في نطاق العقد الإداري 494
تمهيد: **495**
الباب الأول دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي **504**
الفصل الأول أسس دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وقواعد قبولها **508**
المبحث الأول مصادر دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي وخصائصها 509
المطلب الأول: مصادر دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي..... 509
المطلب الثاني خصائص دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 518
الفرع الأول: دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي ذات تقنية قضائية قبل تعاقدية 519
الفرع الثاني: دعوى تخول القاضي سلطات هامة 521
الفرع الثالث: هي دعوى قضاء مستعجل 522
الفرع الرابع : دعوى تمكن القاضي من البت بالموضوع 523
المطلب الثالث: مجال تطبيق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي.. 524
الفرع الأول: عقود الشراء العام الإدارية 527
الفرع الثاني: اتفاقيات تفويض المرفق العام 531
المبحث الثاني شروط قبول دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي 547
المطلب الأول: صفة المدعين 547
الفرع الأول: اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة 548
الفرع الثاني: اكتساب الصفة بحكم القانون 551

المطلب الثاني: قاعدة القرار الإداري المسبق 555
الفرع الأول: المبدأ بالنسبة للدعوى القضائية الإدارية 555
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للطلب المسبق في نطاق دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 557
الفرع الثالث: شروط الطلب المسبق الموجه للإدارة 559
المطلب الثالث: الإطار الزمني لرفع الدعوى: 561
الفرع الأول – إثارة الدعوى قبل إبرام العقد 561
الفرع الثاني – النتائج المترتبة على إثارة الدعوى بعد إبرام العقد: 566
المطلب الرابع: توكيل المحامي 569
الفرع الأول – توكيل المحامي أمام مجلس الدولة : 569
الفرع الثاني – توكيل المحامي أمام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ... 570
الفصل الثاني النظام القضائي لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي 573
المبحث الأول ضمانات الدعوى وأسباب تدخل القاضي 574
المطلب الأول: ضمانات دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 574
الفرع الأول – اختصاص قاض فرد بالنظر في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي: 575
الفرع الثاني – الاختصاص المكاني للنظر بالدعوى: 576
الفرع الثالث –القاضي يبت في الدعوى بصيغة الاستعجال 577
الفرع الرابع – العلنية في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 580
المطلب الثاني: أسباب تدخل القاضي الإداري في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 583
الفرع الأول – خرق مبدأ العلانية 583
الفرع الثاني – خرق مبدأ المنافسة 587
الفرع الثالث – الأسباب غير الفاعلة أمام قاضي القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 598
المبحث الثاني الحكم في دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 602

المطلب الأول : سلطات القاضي في نطاق القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 603
الفرع الأول – الإجراءات التحفظية 604
الفرع الثاني – الإجراءات القطعية 607
المطلب الثاني: المدد المحددة للحكم وكيفية الطعن 612
الفرع الأول – المدد المحددة للحكم: 612
الفرع الثاني – الطعن بالحكم الصادر بدعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي 614
الباب الثاني دعوى المشروعية الخاصة 631
الفصل الأول نطاق دعوى المشروعية الخاصة وأحكام التحويل للمحافظ..... 639
المبحث الأول نطاق دعوى المشروعية الخاصة 640
المطلب الأول: النطاق الشخصي لدعوى المشروعية الخاصة 640
الفرع الأول – البلدية La commune 641
الفرع الثاني – المحافظة Le Département 645
الفرع الثالث – الإقليم La région 648
الفرع الرابع: المؤسسات العامة المحلية: 650
المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لدعوى المشروعية الخاصة 650
الفرع الأول – المداولات الخاصة بإبرام العقود 652
الفرع الثاني – العقود الخاضعة للتحويل للمحافظ 658
المبحث الثاني الأحكام الناظمة للتحويل للمحافظ..... 664
المطلب الأول: مضمون الالتزام بالتحويل والمدة المحددة لتنفيذه. 665
المطلب الثاني: مخالفة التزام التحويل للمحافظ 669
الفرع الأول : مخالفة التزام تحويل المداولات المتعلقة بإبرام العقد 670
الفرع الثاني : مخالفة التزام تحويل العقد 670
المطلب الثالث: آثار التحويل للمحافظ..... 672

الفرع الأول – الأثر القضائي : ويتمثل بأن التحويل يطلق المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها. 672
الفرع الثاني – الأثر التنفيذي غير القضائي : ويتمثل بأن التحويل يعطي التصرف الطابع التنفيذي 674
الفصل الثاني إجراءات دعوى المشروعية الخاصة 676
المبحث الأول المبادرة بالدعوى وسلطة المحافظ في إثارة دعوى المشروعية الخاصة 677
المطلب الأول: المجال الذي يمكن للمحافظ أن يوجه فيه دعوى المشروعية الخاصة 677
المطلب الثاني: توجيه دعوى المشروعية الخاصة بناء على طلب الشخص المضرور 683
المطلب الثالث: السلطة التقديرية الممنوحة للمحافظ في مجال دعوى المشروعية الخاصة 688
الفرع الأول : مدى تمتع المحافظ بسلطة تقديرية في مجال إقامة دعوى المشروعية الخاصة 689
الفرع الثاني : الآثار التي تترتب على تقدير المحافظ بعدم إقامة هذه الدعوى 693
المبحث الثاني المدة المقررة لرفع دعوى المشروعية الخاصة 697
المطلب الأول: القاعدة العامة للمدة في مجال رفع دعوى المشروعية الخاصة..... 697
المطلب الثاني: امتداد المدة التي يجوز فيها رفع دعوى المشروعية الخاصة 701
الفرع الأول : انقطاع المدة بسبب التظّلم الولائي المسبق 701
الفرع الثاني : انقطاع المدة بسبب طلب المحافظ بعض الوثائق الضرورية 703
المبحث الثالث أسباب الطعن بالإلغاء في مجال دعوى المشروعية الخاصة وآثاره.. 705
المطلب الأول: أسباب الطعن بالإلغاء في مجال دعوى المشروعية الخاصة 706
المطلب الثاني: آثار الطعن بالإلغاء في مجال دعوى المشروعية الخاصة 711
الفرع الأول – وقف التنفيذ: 711
الفرع الثاني – وقف التنفيذ المستعجل : 718
الفرع الثالث – الحكم بإلغاء القرار الناجم عن المداولة أو الحكم بإلغاء العقد ذاته .. 720
الخاتمة: 727

قائمة المراجع 733