

**مشاكل التنازع في العقود التي تبرمها الدولة
وفقا لدستور 2014 المصري وأحدث التشريعات والأحكام القضائية**

دكتور ه

أريج محمود عويضة

مدرس القانون العام – كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

في الوقت الذي يكون قد مر على البدء في اتباع سياسة الانفتاح الاقتصادي في مصر قرابة الخمسين عام، ما زال هناك الكثير من التخبط فيما يتعلق بعقود الدولة من حيث القواعد واجبة التطبيق والجهات المختصة بالفصل في منازعاتها. ولا شك أن هذا التخبط قد أثر سلبا على استقرار الأوضاع القانونية، وأثار حفيظة المستثمرين، وكلف الدولة أموالا طائلة.

هذا وقد حاولت الدولة على مدار السنوات الماضية السيطرة على الفوضى التشريعية من خلال إصدار قوانين تنظم المسائل المتعلقة بتلك العقود بصورة خاصة. من أمثلة ذلك صدور القانون رقم 67 لسنة 2010 بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ثم تعديله بالقانون رقم 153 لسنة 2021¹، وصدور قانون الاستثمار الجديد رقم 72 لسنة 2017، وقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، هذا بخلاف القوانين التي تصدر أحيانا لتنظيم المرافق العامة الكبرى. فهل نستطيع أن نقول إن التنظيم القانوني الحالي لتلك العقود قد غطى نقاط الفراغ التشريعي وسيطر على تعدد التشريعات الذي كان قائما من قبل؟ وما مدى توافق تلك التشريعات مع دستور عام 2014؟ هذا هو أول ما يحاول هذا البحث الإجابة عنه.

من ناحية أخرى لا يخفى على أغلب المتابعين للشأن العام في مصر كم التخبط فيما يتعلق بالجهات التي تتنازع الاختصاص بالفصل في الخصومات الناتجة عن تلك العقود. فحتى اليوم ما زالت الأحكام المتناقضة بشأن عقود الدولة تتوالى بالصدور من مجلس الدولة تارة ومن محكمة الأمور المستعجلة تارة ومن جهات التحكيم تارة أخرى.

¹ الجريدة الرسمية، العدد 50 مكرر (1)، 2021/12/18.

وهذه الإشكالية هي ثاني ما يحاول هذا البحث الإجابة عنه.

أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث في أنه يسعى للتوفيق بين اعتبارين في غاية الأهمية. الأول هو الحفاظ على دولة القانون والحفاظ على المال العام وموارد الدولة والذي يتبدى في رقابة مجلس الدولة على تصرفات جهة الإدارة. والثاني هو تشجيع الاستثمار سواء كان داخليا أو خارجيا وهو ما يتطلب استقرار الأوضاع القانونية. والحقيقة أنه لا ينبغي أن يكون هناك تعارض بين الاعتبارين. إلا أن التطبيقات الواقعية توحى بغير ذلك، وهو ما سنوضحه في إشكالية البحث.

إشكالية البحث

يمكن طرح إشكالية البحث على النحو التالي. إذا كان من المستقر عليه أن العقود التي تبرمها الدولة قد تأخذ طابع القانون العام أو القانون الخاص بحسب الهدف من كل عقد على حدة، إلا أن المتعاقد مع الإدارة يسعى في جميع الأحوال إلى تحقيق مصلحة شخصية ومادية من العقد. وقد يثور التساؤل حول ما الذي قد يضير المتعاقد مع الإدارة إذا تم إخضاع بنود التعاقد للقانون الإداري ولرقابة مجلس الدولة. في الحقيقة إن خضوع العقد للقانون الإداري يعطي جهة الإدارة مجموعة من الامتيازات والسلطات غير متعارف عليها في القانون الخاص، وتجعل مركز المتعاقدين غير متكافئ، مثل حق جهة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها، أو سلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد، أو وقف التنفيذ مؤقتا، أو حتى فسخ العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة وغيرها من الشروط الاستثنائية¹.

أضف إلى ذلك أن رقابة مجلس الدولة هي بصفة عامة رقابة أكثر شدة من رقابة المحاكم العادية. حتى أن الفقه الفرنسي قد أبدى ملحوظة هامة مقتضاها أنه في الحالات الاستثنائية التي ينص فيها القانون على منح القضاء العادي الاختصاص بنظر

¹ أنظر لمزيد من التفصيل، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 2011، ص 85 وما بعدها.

منازعة إدارية ما، فإن القاضي العادي غالبا ما يأخذ جانب الإدارة¹. وقد يكون هذا في صالح الرقابة على مبدأ المشروعات بصفة عامة، ولكنه قد يؤدي إلى عدم استقرار الأوضاع القانونية، ومن ثم قد لا يكون في صالح المتعاقد مع الإدارة. فقد توسع مجلس الدولة المصري في السنوات الأخيرة ليضع تفسيراً خاصاً لمجموعة من المبادئ القانونية التي تمكنه من فرض رقابة أفضل على جهة الإدارة، مثال ذلك²:

1. اتساع مفهوم الصفة والمصلحة في رافع الدعوى في حالات معينة ليشمل حقا مباشرا في التقاضي الإداري لكل مواطن مصري: فبعد أن كان يشترط لقبول دعاوى القضاء الكامل وجود حق شخصي لرافع الدعوى، أصبح القضاء الإداري يكتفي بصفة المواطن في رافع الدعوى إذا تعلق الأمر بإبطال العقد الإداري لمساسه بحق المواطنين في ملكية أموال الدولة دستوريا وقانونا، كما قضت محكمة القضاء الإداري فيما يعرف "بقضية مدينتي" (2011/11/22) و"قضية منجم السكري" (2012/10/30).

2. تأكيد الصفة الإدارية لعقد التزام المرفق العام رغم استناده إلى اتفاقية صادرة من البرلمان: فقد حكمت محكمة القضاء الإداري فيما يتعلق "بقضية استغلال منجم السكري" بأن منح التزام المرافق العامة هو في جوهره من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية الإدارية، وأن هذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع، وإن اتخذت شكل القانون، وانتهت إلى فرض رقابتها على مشروعية هذا العقد رغم استناده إلى اتفاقية صادرة بقانون.

ولا شك أن التوسع في مثل هذه المفاهيم يؤدي إلى إمكانية الطعن على هذه القرارات من قبل أطراف لا ينتمون إلى العقد. وهكذا فبالإضافة إلى سلطات الإدارة الاستثنائية في مواجهة المتعاقد معها، فإن هذا الأخير يجد أن عمله التعاقدية قد يكون مهددا من قبل الغير الذين لم يتعاقد معهم. وهناك شعور عام أن تلك الأمور تؤثر سلبا

¹ أنظر د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. أريج محمود عويضة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وسيادة القانون، الاختصاص القضائي لمجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة، 2017، ص 116.

² أنظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، مجلس الدولة المصري وحمائته القضائية لمبادئ ثورة 25 يناير، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2012، ص 1546.

على مناخ الاستثمار. يؤكد وجود هذا الشعور تفضيل المستثمرين الأجانب تضمين العقد شرط التحكيم خوفا من انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة¹، وأيضا محاولة السلطة التنفيذية تحصين قراراتها في هذا المجال والتي تبنت على سبيل المثال في إصدار الرئيس المؤقت عدلي منصور قانون ينظم إجراءات الطعن على عقود الدولة رقم 32 لسنة 2014 والذي ينص في مادته الأولى على أن الحق في الطعن على العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها يقتصر على أطراف التعاقد أو أصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، كما نص في مادته الثانية على أنه يتوجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى والطعون التي تخالف الطريق الذي نصت عليه المادة الأولى ولو كان الأمر يتعلق بطعون مقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون².

ومن ثم فإن هذا البحث يتعرض لإشكاليتين، تتعلق الأولى بتعدد القواعد القانونية الحاكمة لعقود الدولة وتتعلق الثانية بتعدد الجهات المختصة بالفصل في منازعاتها.

¹ أنظر إسلام فارس نجار محمد، اتفاقيات الشراكة في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2016، ص 174.

² أنظر د. محمد رفعت ود. ميادة عبد القادر، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 451.

خطة البحث:

وبناء على ما تم طرحه فإن الإجابة على إشكالية هذا البحث تقتضي تقسيمه إلى ثلاثة

فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: العقود التي تخضع لأحكام القانون الإداري أو اختصاص القضاء الإداري

الفصل الثاني: التنازع بين القوانين الحاكمة لعقود الدولة

الفصل الثالث: التنازع بين الجهات المختصة بالفصل في منازعات عقود الدولة

الفصل الأول

العقود التي تخضع لأحكام القانون الإداري أو اختصاص القضاء الإداري

من المستقر عليه فقها وقضاء في مصر أن معيار العقد الإداري يتضمن ثلاثة

شروط¹:

أولاً، أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، مثل الدولة التي تمثلها الوزارات والإدارات والمصالح التابعة لها، والأشخاص العامة المحلية وهي المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى، والأشخاص العامة المرفقية مثل الهيئات العامة ونقابات المهن الحرة والغرف التجارية.

ثانياً، أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام. واتصال العقد بالمرفق العام لا يشترط فيه صورة بذاتها، فقد يتصل العقد بتنظيم المرفق، أو استغلاله، أو تسييره، أو بالمعاونة في تسييره وإدارته عن طريق توريد مواد أو خدمات أو غير ذلك.

ثالثاً، أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى الطوائف الآتية²: شروط تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، شروط غير مألوفة تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام.

وقد أوضح مجلس الدولة وجوب توافر تلك الشروط مجتمعة. ومن ذلك اعتبار الشروط الاستثنائية هي الشرط الفاصل في تحديد طبيعة العقد واعتبار اتصال العقد بمرفق عام لا يكفي بذاته لاعتبار العقد إدارياً³. والعكس أيضاً صحيح فقد ذهبت الإدارة العليا إلى أن تضمين العقد شرطاً استثنائياً كحق الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة لا يجعل من العقد عقداً إدارياً إذا كان ينصرف إلى قطعة أرض تدخل في الدومين الخاص لجهة الإدارة⁴. هذه القاعدة العامة فيما يتعلق بمعيار العقود الإدارية، ولكن نود أن نوضح

¹ أنظر د. محمد رفعت ود. ميادة عبد القادر، المرجع السابق، ص 360.

² أنظر د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها

³ الطعن رقم 3128 لسنة 35 ق، المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ 1995/1/24.

⁴ الطعن رقم 4985 لسنة 41 ق، المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ 2001/9/4.

بعض المسائل المرتبطة بهذا الأمر¹:

أولاً، للإدارة الحرية في التعاقد وفقاً لأساليب القانون الخاص مالم يفرض عليها القانون استخدام أساليب القانون العام. ولكن يلاحظ أن قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 قد تضمن شروط استثنائية تتعلق بتنفيذ وإنهاء العقد، نذكر منها سلطة جهة الإداري في تعديل حجم العقد بالإرادة المنفردة (المادة 46)، وحققها في فسخ العقد بالإرادة المنفردة (المادة 50) والفسخ الجوازي والتنفيذ على الحساب (المادة 51)، وغيرها. وكذلك نص القانون في المادة (19) على وجوب أن تحيل كافة كراسات الشروط إلى جميع قواعد وأحكام قانون التعاقدات ولائحته التنفيذية، مما يعني أن الجهات الإدارية لم يعد لها الحق في التنازل عن الظهور بمظهر السلطة العامة. ومن ثم يبدو أن الشرط الثالث من معيار العقد الإداري وهو توافر شروط استثنائية لم يعد بذات الأهمية فهو بالضرورة متوافر في كافة العقود التي يتم إبرامها وفقاً لقانون التعاقدات العامة.

ثانياً، أن وسائل وإجراءات إبرام عقود الإدارة واحدة، سواء اختارت الإدارة والمتعاقد معها استخدام أساليب القانون العام أو الخاص، فكل عقود الإدارة تخضع لأحكام قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018.

ثالثاً، أن القرارات التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة في صدد إجراءات التعاقد التي تمر بها العملية التعاقدية تعتبر قرارات إدارية تخضع لاختصاص قاضي الإلغاء وفقاً لنظرية الأعمال المنفصلة. ومن المعروف أن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية تختلف عن دعوى القضاء الكامل الشخصية. تنصب على القرار ذاته لتحديد مدى مشروعيته. ويتطلب القضاء لقبول دعوى الإلغاء أن يتضرر المركز القانوني لرافع الدعوى دون أن يشترط لقبولها وجود حق شخصي له.

رابعاً، العبرة في تحديد طبيعة العقد تكون بوقت الإبرام² فيظل العقد إدارياً ولو فقد

¹ أنظر د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الجزء الثاني، الفتح للطباعة والنشر، 2010، ص 193 وما بعدها.

² الحكم الصادر في الطعن رقم 11730 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2012/5/29.

الشخص المعنوي العام تلك الصفة وأصبح من أشخاص القانون الخاص¹. والعكس أيضا صحيح فإذا نشأ العقد مدنيا فلا ينقلب بمقتضى قواعد عامة تنظيمية إلى عقد إداري².

وأخيرا، فبالرغم من أن مصر لا تأخذ بالمعيار القانوني لتحديد طبيعة العقد، إلا أنه في بعض الأحيان يستشف ذلك ضمنا من نص القانون على خضوع طائفة معينة من العقود لجهة قضاء بعينها³، من ذلك نص القانون على خضوع عقود إيجار الأماكن لاختصاص جهة القضاء العادي قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين رقم 52 لسنة 1969، والأمر كذلك بالنسبة لقانون رقم 143 لسنة 1981 بشأن الأراضي الصحراوية والذي ينص على اختصاص محاكم القضاء العادي بنظر المنازعات الناتجة عن تطبيقه. ولكن يلاحظ أن مجلس الدولة المصري قد ذهب إلى أن⁴ "العبرة في تكييف العقد والتعرف على حقيقة مرماه هي بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، وللمحكمة السلطة التقديرية في التعرف على تلك الحقيقة..." وانتهت إلى أنه "إذا تضمن العقد قيودا على حق المنتفع بالعين محل العقد بما ينافي طبيعة الإيجار، تخرج التعاقد من نطاقه، فإنه لا يصح اعتباره عقد إيجار، ومن ثم فإنه لا يخضع في هذه الحالة لأحكام التشريعات الاستثنائية لإيجار الأماكن، بل تحكمه القواعد العامة بحسب طبيعة العقد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين."

¹ الحكم الصادر في الطعن رقم 21023 لسنة 58 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2015 /12/22.

² الحكم الصادر في الطعن رقم 2678 لسنة 46 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2004/4/28.

³ د. أيمن فتحي، الوجيز في العقود الإدارية، دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، ص 11.

⁴ الحكم الصادر في الطعن رقم 15636 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2016/2/23.

الفصل الثاني

التنازع بين القوانين الحاكمة لعقود الدولة

نتناول في هذا الفصل مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العقود التي تبرمها الدولة.

قبل أن نتناول القوانين المختلفة التي من الممكن أن تحكم العقود الإدارية نوضح بعض القواعد التي استقر عليها مجلس الدولة المصري فيما يتعلق بالسريان الزمني لتلك القوانين المختلفة.

أوضح مجلس الدولة في عدد من أحكامه¹ أنه وإن كان الأصل بالنسبة للقاعدة القانونية هو سريانها بأثر مباشر والهدف من تلك القاعدة المستقرة هو "وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة في الدولة." إلا أنه استثناء من ذلك الأصل فإنه فيما يتعلق بالعقود، فإنها تخضع لمبدأ " الأثر المستمر للقانون القديم،" ذلك أن المراكز التعاقدية تخضع فيما يتعلق بنشأتها وآثارها لمبدأ سلطان الإرادة. إلا أنه يلاحظ أنه إذا تم تجديد العقد في ظل القانون الجديد، فإن هذا الأخير يكون هو القانون واجب التطبيق. وتطبيقاً لذلك فإنه فيما يتعلق بمدة العقد إذا نص القانون على حد أقصى لتلك المدة فإنه تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة على التجديد ولا يجوز أن يزيد مجموعهم عن الحد الأقصى للمدة المحدد في القانون الجديد. وكذلك الأمر إذا تضمن القانون الجديد حظر التعاقد مع طائفة معينة فإنه لا يجوز تجديد العقد مع المتعاقد القديم إذا كان ينتمي إلى تلك الطائفة ولو كان العقد بنفس شروط العقد القديم الذي يتم تجديده. والمراد بالقانون في هذا الشأن هو معناه الموضوعي العام سواء كان صادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية.

¹ من الأحكام التي تناولت مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم بالنسبة للعقود: الطعن رقم 6316 لسنة 44 ق، المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2015/4/28، والطعن رقم 27402 لسنة 55 ق، المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2015/3/24، والطعن رقم 15636 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2016/2/23.

وفيما يلي نعرض لأبرز القوانين المنظمة لعقود الدولة. والحقيقة أنه توجد قوانين كثيرة يصعب تغطيتها جميعا، مثل القوانين التي تحكم مرافق معينة على سبيل المثال، ولكن نكتفي هنا بعرض أهم القوانين ذات التطبيق العام في مجال عقود الدولة.

1. نصوص دستور عام 2014

من المعروف أن الدستور يضع الأطر العامة التي تنظم شتى أمور الدولة. والدساتير الحديثة لم تكثف بالاتجاه التقليدي الذي يقصر مواضيع الدستور في مسائل إنشاء وتنظيم السلطات العامة، وإنما أصبحت تخترق جميع مجالات القانون¹ ومن ضمنها المسائل الاقتصادية.

والدستور المصري لعام 2014 من الدساتير التي تتميز بوضع ضمانات تكفل عدم تعطيل الحقوق والحريات العامة، وعدالة توزيع موارد الدولة، وضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية². ويتناول الفصل الثاني من الباب الأول من الدستور موضوع المقومات الاقتصادية. ومن نصوص دستور عام 2014 التي تضع قواعد عامة تقيد جهة الإدارة في إبرامها للعقود محل البحث نذكر ما يلي:

- المادة (32) التي تنظم مسألة موارد الدولة الطبيعية. وتقرر المادة في فقرتها الأولى أن "موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها." كما تقرر المادة الأحكام التالية: "تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتخفيض الاستثمار فيها ... ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون. ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاما. ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح

¹ أنظر د. محمد عبد العال، القضاء الدستوري، قضايا وآراء، دار الجامعة الجديدة، 2018، ص 14.

² أنظر أريخ محمود عويضة، نظام الحكم في دستور الثورة المصرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،

2016، ص 237.

التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاما بناء على قانون. ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك."

ويبدو أن هناك تعارض في الحد الأقصى لمنح التزام المرفق العام بين الفقرة الأولى والثانية. ولكن يمكن التوفيق بينهم من حيث مدة الالتزام فإن كانت لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاما فإنه يكفي أن يتم التعاقد بناء على قانون. أما إن زادت عن ذلك تعين الحصول على موافقة مجلس النواب بقانون. وتطبيقا لما ذكرناه من قبل إذا زادت المدة في أحد العقود المبرمة قبل صدور الدستور عن المدة المحددة في الدستور فإن المدة المذكورة في العقد تسري ولكن لا يجوز التجديد بما يجاوز المدة المذكورة في العقد.

وخلاصة القول إن المادة تقرر قاعدة عامة وهي أن موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب وبالتالي تضع على عاتق الدولة التزاما بحسن إدارتها، وتمنع من التصرف فيها، وتجعل حق استغلالها مقيد بحد أقصى وبأداة تضمن مشاركة مجلس النواب في تقرير منح حق الاستغلال.

● تضع المادة (33) التزاما على الدولة بحماية الملكية العامة والخاصة والتعاونية. كما تنص المادة (34) على أن للملكية العامة حرمة، لا يجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقا للقانون.

وتطبيقا لذلك حكمت الإدارية العليا باعتبار النص الذي يوجب اتباع أسلوب المزايدة لبيع أملاك الدولة نص أمر لتعلقه بحماية الملكية العامة كما أوجب الدستور ولتجسيده لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص ولحمايته للمال العام¹. ولكن يلاحظ أن قانون التعاقدات العامة الحالي يجيز التعاقد بالأمر المباشر في أموال الدولة في الحالات الطارئة أو العاجلة أو التي سبق طرحها بأساليب أخرى ولم تقدم عنها عروض أو لم تصل إلى الثمن الأساسي (المادة 71). كذلك أتاحت

¹ الحكم الصادر في الطعن رقم 33293 لسنة 55 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2016/6/28.

المادة (80) التصرف في العقارات المملوكة للدولة بالأمر المباشر تحقيقا لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة.

● المادة 127 لا يجوز للسلطة التنفيذية الاقتراض، أو الحصول على تمويل، أو الارتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزنة العامة للدولة لمدة مقبلة، إلا بعد موافقة مجلس النواب. هنا تضع المادة قيد على استقلال السلطة التنفيذية بمنح التعاقدات إذا ترتب عليها إضافة أعباء مالية، حيث يتطلب الدستور في هذه الحالة الحصول على موافقة مجلس النواب.

● المادة 151: يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقا لأحكام الدستور. ويجب دعوة الناخبين للاستفتاء على معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور، أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة.

قد يتم في بعض الحالات إبرام بعض العقود في صورة معاهدات دولية ويتعين في هذه الحالة الحصول على موافقة مجلس النواب. وكان القضاء من قبل يتمسك بكون المعاهدة في تلك الحالات لها طابع اقتصادي ويتمسك بالرقابة عليها، إلا أن التوجه الحديث للمحكمة الدستورية العليا يتمسك بأن هذا الأمر من مجالات الرقابة السياسية كون الدستور قد منح مجلس النواب الحق في الموافقة أو الرفض ومن ثم تخرج تلك المعاهدات عن رقابة القضاء.

● المادة (190) مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات

الصفة التشريعية التي تحال إليه، ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفا فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

وسوف نتناول في الفصل الثالث العلاقة بين الاختصاص الإفتائي والقضائي لمجلس الدولة في مجال العقود الإدارية.

● المادة (196) قضايا الدولة هيئة قضائية مستقلة، تنوب عن الدولة فيما يرفع منها أو عليها من دعاوى، وفي اقتراح تسويتها وديا في أي مرحلة من مراحل التقاضي، والإشراف الفني على إدارات الشؤون القانونية بالجهاز الإداري للدولة بالنسبة للدعاوى التي تباشرها، وتقوم بصياغة مشروعات العقود التي تحال إليها من الجهات الإدارية وتكون الدولة طرفا فيها، وذلك كله وفقا لما ينظمه القانون. ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، ويكون لأعضائها كافة الضمانات والحقوق والواجبات المقررة لأعضاء السلطة القضائية، وينظم القانون مسائلهم تأديبيا.

يلاحظ في هذا الصدد صدور عدد من القرارات التنظيمية تنشئ جهات تتولى دور مشابه لدور هيئة قضايا الدولة بالنسبة لعقود الاستثمار الدولية، وسوف نتناول هذه النقطة بشيء من التفصيل في الفصل الثالث.

2. قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018

يعد قانون التعاقدات هو الشريعة العامة التي تحكم العقود التي تبرمها الجهات العامة. ولكن يثور التساؤل حول مدى انطباق قاعدة الخاص يقيد العام في ظل تعدد القوانين التي تحكم التعاقدات الحكومية.

تجدر الإشارة إلى أنه في بداية العمل بقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 كان قد نص صراحة على إلغاء العمل بكل النصوص التشريعية التي تخالف هذا القانون. وفي ظل هذا الوضع ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن جميع وحدات الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية

تخضع لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات "دون أن يقيد ذلك بما قد يرد من نصوص وأحكام خاصة في القوانين واللوائح المنظمة للهيئات العامة"¹. كما قضت بأن قاعدة النص العام اللاحق لا يلغي النص الخاص السابق لا تنطبق إذا كان النص العام اللاحق ينص صراحة على إلغاء النص الخاص "أو باستعمال عبارات في سن أحكامه لا يمكن معها تطبيق هذه الأحكام إلا بالقول بنسخ الأحكام الواردة في التشريع الخاص، تغليباً لإرادة المشرع الحديثة على إرادته السابقة"². إلا أنه مع صدور القانون رقم (82) لسنة 2013 بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أضيفت إلى المادة الأولى المتعلقة بنطاق سريان القانون جملة "وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو بتنظيمها أو في لوائحها الصادرة بناء على تلك القوانين والقرارات".

أما بالنسبة لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الحالي فقد أوضحت المادة الأولى منه الجهات التي تسري عليها أحكام القانون، وهي: الجهات التي تضمها الموازنة العامة للدولة، ووحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، وما يتبع تلك الجهات من وحدات ذات طابع خاص والصناديق الخاصة فيما عدا صناديق الرعاية الاجتماعية المنشأة بها والتي تعتمد في تمويلها بصفة أساسية على الاشتراكات المالية من أعضائها، والمشروعات الممولة من الحسابات الخاصة. كل ذلك بشرط عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية. كذلك أوضحت المادة أولوية تطبيق ما ورد بشأنه نص خاص في القوانين والقرارات واللوائح المتعلقة بتلك الهيئات.

أما المادة الثانية من القانون فقد أوضحت عدم إخلاله بأحكام كل من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم 67 لسنة 2010، وغيره من قوانين التزامات المرافق العامة القطاعية،

¹ الحكم الصادر في الطعن رقم 30952 و31314 لسنة 56 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2010/9/14.

² الحكم الصادر في الطعن رقم 33293 لسنة 55 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2016/6/28.

والقانون رقم 5 لسنة 2015 في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، وقانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2017. ومن ثم فإن قانون التعاقدات الحالي يأخذ بقاعدة الخاص يقيد العام. وبالإضافة لذلك فقد اشتمل القانون على باب خاص بالتعاقدات ذات الأحكام الخاصة أجاز فيه الاستمرار في وضع قواعد خاصة للتعاقد بالنسبة لعدد من الحالات مثل التعاقد على الدراسات الاستشارية، أو مع مقدمي الخدمات الأساسية، أو مع المشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر، أو تعاقدات الجهات ذات الطبيعة الخاصة أو التعاقدات بناء على مبادرة من القطاع الخاص، أو التعاقدات المرتبطة بالأمن القومي، أو التعاقدات بين الجهات المخاطبة بأحكام القانون، أو عقود الصفقات والمشروعات المركبة والمتشابكة ومتعددة الأطراف، أو التصرف في العقارات لتحقيق اعتبارات المصلحة العامة. وفي كل تلك الحالات فإن القانون يغلب استخدام الأساليب الاستثنائية في اختيار المتعاقد على الأساليب الأصلية وقد يشترط الحصول على ترخيص من مجلس الوزراء أم لا، كما يلاحظ التوسع في استخدام الأمر المباشر في تلك الحالات من بين الأساليب الاستثنائية. وبالنسبة للعقود المركبة والمتشابكة مثل عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، فقد ذهبت المادة (79) من القانون إلى تولى لجنة المؤشرات والتغيرات الاقتصادية تحديد إجراءات التعاقد لكل مشروع بالاتفاق مع وزيرى المالية والتخطيط مع وجوب اعتمادها من مجلس الوزراء، كما يجب أن يصدر عن تلك اللجنة دليل إجرائى ينظم إبرام تلك العقود يعتمد من مجلس الوزراء.

إن من الملحوظ أن قانون التعاقدات العامة يكرس من تعدد التشريعات والإجراءات الحاكمة لاختيار المتعاقد مع جهة الإدارة، كما يتوسع في استخدام الأساليب الاستثنائية في اختيار المتعاقد مع الإدارة. وهو أمر ترى الباحثة أنه أحد الأسباب الهامة في عدم استقرار الأوضاع القانون بالنسبة لعقود الدولة.

3. قانون المشاركة بين القطاع العام والخاص

صدر قانون المشاركة بين القطاع العام والخاص لأول مرة بمقتضى القانون رقم 67

لسنة 2010. وتعد هذه هي المحاولة الأولى لوضع قانون ذو تطبيق عام يحكم الأشكال المتطورة من عقود الامتياز، حيث كان التوجه السابق في هذا المجال هو إصدار أو تعديل تشريعات تحكم القطاعات التي يتم إبرام هذا النوع من العقود فيها¹.

ويجب أن يتوافر في العقد المزمع إبرامه وفقا لقانون المشاركة ثلاثة شروط، هي: أن يكون المتعاقد مع الإدارة شخص اعتباري خاص تقل مساهمة المال العام المصري في رأس ماله عن 20% ويجب أن يؤسس صاحب العطاء الفائز شركة مساهمة مصرية يكون غرضها الوحيد تنفيذ المشروع، وألا تقل القيمة المالية للمشروع عن 100 مليون جنيه مصري، وأخيرا، ألا تقل مدة العقد عن 5 سنوات ولا تزيد عن 30 عام. وكان هناك استثناء يجيز أن تزيد المدة عن 30 عام بموافقة اللجنة العليا للمشاركة إلا أن هذا الاستثناء لا يطبق بعد صدور دستور عام 2014 نظرا لما ورد فيه من قيد لا يجيز أن تزيد مدة الامتياز عن 30 عام.

وبصفة عامة فإن قانون المشاركة يتطلب موافقات معينة تسبق طرح أحد العقود وفقا لهذا النظام، وتتمثل أولا في إبداء الرغبة في التعاقد بطريق المشاركة من السلطة المختصة، أي رئيس الجهة الإدارية التي تريد التعاقد، ثم قيام الوحدة المركزية للمشاركة، وهي وحدة ذات طابع خاص بوزارة المالية تعد الدراسات ونماذج العقود، بإبداء رأيها في مدى جدوى المشاركة. وأخيرا، يجب الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة قبل التعاقد بطريق المشاركة، وتشكل اللجنة العليا برئاسة رئيس مجلس الوزراء والوزراء المختصين.

أما بالنسبة لأنواع التعاقدات التي يجوز إخضاعها لهذا القانون فيجب أن تتعلق بمشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وتأتي على ثلاثة أوجه: أولا، تمويل وإنشاء وتجهيز تلك المشروعات، ثانيا، تشغيل المشروع وتقديم الخدمة للجهة الإدارية

¹ مثال ذلك القانون رقم 100 لسنة 1996 بتعديل أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 بشأن هيئة كهرباء مصر والقانون رقم 149 لسنة 1996 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 152 لسنة 1980 بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، وغيرها، انظر في ذلك د. أيمن فتحي، مرجع سابق، ص 62.

التي تتولى توزيعها على المستهلك، ثالثاً، استغلال المشروع وتقديم القطاع الخاص الخدمة للمنتفعين الذين تحددهم الدولة.

وتشبه التزامات الطرفين في تلك العقود الالتزامات المتعارف عليها في العقود الإدارية مثل حق الجهة الإدارية في الإشراف والتوجيه وتعديل بنود التعاقد، وفي المقابل يلتزم الشريك الخاص بالتعاون مع الجهة الإدارية والحفاظ على المساواة بين المنتفعين وعلى أصول المشروع. ويتم تحديد ملكية المشروع في العقد.

ويتضمن القانون إجراءات خاصة تنظم كيفية اختيار المتعاقد في هذه العقود. فهناك قيود يجب مراعاتها ابتداء قبل ان تعلن الإدارة عن رغبتها في التعاقد، وهي توافر الاعتماد المالي، وإجراء الاستشارات السابقة على التعاقد، وضرورة مراعاة الشكليات في العقد، والحصول على الإذن بالتعاقد. أما خطوات اختيار المتعاقد فتبدأ بالإعلان، مروراً بدعوة المستثمرين لإبداء الاهتمام، والدعوة للتأهيل المسبق، وتقديم المستثمرين عروضهم غير الملزمة، وإجراء الحوار التنافسي، ثم إعداد كراسة الشروط، وتقديم المظاريف المغلقة، وأخيراً الترسية.

وبالنسبة للنظام القانوني لتلك العقود فإنها تخضع للقانون المصري ويقع باطل كل اتفاق مخالف، كما تخضع كأصل عام للقضاء المصري ويجوز الاتفاق على وسائل بديلة لتسوية المنازعات بعد الحصول على موافقة اللجنة العليا للمشاركة. وينص القانون على تشكيل لجنة للتظلمات، ويعد التظلم أمام اللجنة من قبيل التظلم الوجوبي قبل اللجوء إلى القضاء أو أساليب فض المنازعات الأخرى.

وتم تعديل قانون المشاركة بمقتضى القانون رقم 152 لسنة 2021 والذي اشتمل على أربع مواد. أما المادة الأولى فاشتملت على تعديل طفيف في صياغة 15 مادة. وأما المادة الثانية فقد استبدلت مسميات بعض الحقائق الوزارية المختصة في القانون¹. وجاءت المادة الثالثة بإضافة مواد مكررة أو فقرات والمادة الرابعة بإلغاء فقرتين. والحقيقة أن التعديلات المذكورة ليست جوهرية، ويعد أبرزها تعديل تشكيل بعض

¹ الوزير المختص بشئون التخطيط بدلاً من التنمية الاقتصادية، ووزير شئون المجالس النيابية بدلاً من الشئون القانونية.

اللجان المذكورة في القانون وبعض اختصاصاتها، إضافة مبادئ التوازن المالي والاقتصادي والمكاسب المشتركة لأطراف التعاقد لأهداف القانون، وجعل خطوة التأهيل المسبق اختيارية لجهة الإدارة، إضافة جهات التمويل في حضور الحوار التنافسي، كما أضاف القانون وسائل استثنائية لاختيار المتعاقد وهي المناقصة المحدودة والمحلية والأمر المباشر والتعاقد بناء على مبادرة من القطاع الخاص.

4. قانون الاستثمار

تعاقبت قوانين الاستثمار في مصر وفقا لتوجهات الدولة السياسية والاقتصادية في المراحل المختلفة. أما قانون الاستثمار الحالي رقم 72 لسنة 2017 والمعدل بمقتضى القانون رقم 141 لسنة 2019 والقانون رقم 160 لسنة 2023 فيتميز بما يلي¹:

أولاً، من حيث تعريف الاستثمار والمستثمر فقد أخذ القانون الحالي لأول مرة بالمفهوم الدولي لكل منهما. كما أولى اهتمام بالاستثمار الداخلي على عكس القوانين السابقة التي كانت تميل إلى حصر مفهوم الاستثمار في الاستثمار الأجنبي أو الخارجي. أيضاً، قسمت المادة الأولى من القانون نظم الاستثمار وفقاً للقانون إلى أربعة نظم وهي، نظام الاستثمار الداخلي، ونظام المناطق الاستثمارية، ونظام المناطق التكنولوجية، ونظام المناطق الحرة.

ثانياً، عني القانون بإنشاء جهات قائمة على شؤون الاستثمار فأنشأ المجلس الأعلى للاستثمار برئاسة رئيس الجمهورية، وأعاد هيكله الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة، كما أنشأ جهات عدة تمارس اختصاصات متعلقة بالفصل في منازعات الاستثمار كما سيأتي بيانه.

ثالثاً، يستوحي القانون صياغته من مبادئ قانون الاستثمار الدولي، ويتجلى ذلك على سبيل المثال في تبني مفهوم موحد للاستثمار، وتبني مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

¹ أنظر د. عبد المنعم زمزم، إنهاء الدولة للعقود بارادتها المنفردة وأثره على خسائرها من التحكيم في ضوء قانون الاستثمار الدولي، تأصيل وتطبيق في قضاء التحكيم وأحكام المحاكم، أقول عصر العقود الإدارية المبرمة مع المستثمرين الأجانب ودخولها في عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2021، ص 798-855.

للمستثمر الأجنبي لأول مرة في القانون المصري، واعتماد المبادئ الدولية بالنسبة لضوابط المصادرة ونزع الملكية والإجراءات المشابهة، بل إنه تفوق على النظام الدولي ولم يجز التأميم مطلقاً، كما أخذ بجواز تحويل عائدات الاستثمار إلى الخارج، وأخيراً أخذ بطرق التعويض عن أضرار الحروب والاضطرابات الداخلية المتعارف عليها دولياً.

رابعاً، تميز القانون بقلة مظاهر التدويل القضائي، حيث استغنى القانون عن الآليات الدولية لفض المنازعات واستعان بالأليات الوطنية، والتي سيتناولها هذا البحث بشيء من التفصيل في الفصل الثالث. حيث أخذ القانون بأربع وسائل يمكن اللجوء إليها لفض المنازعات، وهي الطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، أو أحكام قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، أو وسائل التسوية الودية التي نص عليها القانون، وأخيراً اللجوء إلى التحكيم الحر أو المؤسسي. وبالتالي لم يتضمن القانون أي وسائل إلزامية كما لم يتضمن ما يعرف بالإيجاب التشريعي بذكر الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. ويرى الفقه أن هذا التوجه ربما قد جاء متأثراً بكم القضايا التي تم رفعها على جمهورية مصر العربية من قبل مستثمرين أجنبياً أمام المركز الدولي بواشنطن، إلا أنه في الحقيقة سواء نص القانون أو لم ينص على تلك الوسائل فهي تظل قائمة بمقتضى اتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف التي وقعتها مصر بالفعل مع 157 دولة من أصل 196 دولة من دول العالم¹.

¹ د. عبد المنعم زمزم، المرجع سابق، ص 11 و ص 849-851.

الفصل الثالث

التنازع بين الجهات المختصة بالفصل في منازعات عقود الدولة

في هذا الفصل يتناول البحث مشاكل التنازع التي تثور بين الجهات المختصة بالفصل في منازعات عقود الدولة. ونظرا لطول هذا الفصل فإنه ينقسم إلى مبحثين الأول يتعلق بالمنازعات المتعلقة بإبرام العقد والآخر يتعلق بمنازعات التنفيذ والإنهاء.

المبحث الأول

الجهات ذات الاختصاص في منازعات الإبرام

تتميز مرحلة اختيار المتعاقد مع الإدارة بكثرة القيود التي يضعها القانون على الجهات الإدارية، والتي تهدف إلى تحقيق الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص وكذلك ترشيد الإنفاق العام وتحقيق المصلحة العامة من خلال تحقيق أفضل الشروط والمواصفات في محل التعاقد. وكما تمت الإشارة في بداية هذا البحث فإن هذه القواعد تلزم الجهة الإدارية سواء كان العقد المزمع إبرامه من العقود الإدارية أو من عقود القانون الخاص.

ومنازعات الإبرام لها أهمية خاصة حيث أنها تتيح لغير طرفي العقد من ذوي المصلحة، مثل مقدمي العطاءات المستبعدين، الطعن على قرارات أدت في النهاية إلى إبرام العقد الإداري، وما قد يترتب على ذلك من عدم استقرار الأوضاع القانونية إذا ما صدر حكم ببطلان تلك الإجراءات.

ويناقش البحث في هذا المبحث كل من مكاتب الشكاوى والتظلمات التي تنظمها القوانين التي تحكم التعاقدات وكذا اختصاص مجلس الدولة بالنظر في الأعمال القابلة للانفصال عن العقد الإداري وآخر التطورات التشريعية والقضائية في هذا الشأن.

الفرع الأول اللجان الإدارية لتلقي التظلمات

يرجع عدد كبير من الإشكاليات المتعلقة بتنازع الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية إلى الفكرة التالية: الهدف الرئيسي من وجود نظام قانوني خاص يتميز بالقيود المفروضة على جهة الإدارة في اختيار المتعاقد معها هو التأكد من الوصول إلى أفضل المتعاقدين، وهذا لا يتحقق إلا بإتاحة الفرصة لأكبر عدد من الموردين أو المقاولين لتقديم عطاءاتهم بحيث تستطيع جهة الإدارة المفاضلة بينهم على أساس المواصفات الفنية والمالية. لذلك تنص أغلب تلك القوانين على المبادئ الحاكمة، ومن ذلك نص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 في المادة (6) على أن "تخضع طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص." هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه من المستقر عليه قانوناً أنه لا يتاح الطعن على العقد إلا من طرفيه، ولكن لما كان طرفي العقد غالباً ليس لهم مصلحة في الطعن على الإجراءات التي أدت إلى إبرامه، فكان لا بد من وجود وسائل أخرى للغير المتضرر من الإجراءات المخالفة للقانون للانتصاف. من هنا ظهرت في فرنسا نظرية القرارات القابلة للانفصال وانتقلت منها إلى مصر وعدد غير قليل من الدول العربية. ومن هنا أيضاً تحرص التوجيهات الدولية -عالمية وإقليمية- على اشتراط وجود وسائل للغير صاحب المصلحة للطعن على الإجراءات التي لم تراعى فيها جهة الإدارة مبادئ الشفافية وتكافؤ الفرص.

فعلى سبيل المثال تنص اتفاقية مكافحة الفساد الصادرة عن الأمم المتحدة في المادة التاسعة فقرة 1 (د) على ضرورة "إقامة نظام فعال للمراجعة الداخلية، بما في ذلك نظام فعال للطعن، ضماناً لوجود سبل قانونية للتظلم والانتصاف في حال عدم اتباع القواعد أو الإجراءات الموضوعية عملاً بهذه الفقرة." وتوضيحاً لذلك ورد في الدليل الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بشأن مكافحة الفساد في التعاقدات

الحكومية وإدارة المالية العامة أن المادة وإن كانت لم تضع شروط واضحة لاعتبار نظام المراجعة الوطني نظام فعال، فهي على سبيل المثال لا تشترط وجود سلطة إصدار أوامر مستعجلة لدى الجهة الرقابية، ولا تشترط أن يتم التظلم خلال مدة محددة كما لم تشترط أمور معينة في تشكيل تلك الجهة الرقابية¹. إلا أن المادة اشترطت وجود نظام للطعن لاحق على قرار جهة المراجعة التي تعتبر أول درجة. وكما ورد في الدليل المذكور فإن وجود نظام للتظلم مدعوم بنظام للطعن يتيح لذوي المصلحة التظلم أو الطعن على القرارات المكونة لعناصر الاشتراء الحكومي يضمن كشف المخالفات وبالتالي يضمن وجود التزام أكبر بالقانون.

هذا وقد سعى الدليل المذكور إلى توضيح العناصر التي تضمن فعالية نظم الرقابة الوطنية، فحدد العناصر التالية: أولاً، استقلال الجهة الرقابية. والمقصود هنا بصفة أساسية استقلالها عن الجهة المتعاقدة وليس بالضرورة استقلالها عن السلطة التنفيذية ككل. وعلى وجه الخصوص لا يصح أن تكون الجهة الرقابية لها دور استشاري بالنسبة للجهة المتعاقدة. ثانياً، لم يشترط الدليل أن تكون الجهة الرقابية جهة قضائية، ولكن يتعين أن تتمتع باستقلالية عن كل من السلطة التنفيذية والتشريعية. ولضمان تلك الاستقلالية يتعين منح أعضاء تلك الجهة الرقابية ضمانات مثل توضيح القانون لطريقة تعيينهم والمدة التي يقضونها في مواقعهم وعدم إمكانية نقلهم أو إنهاء وظيفتهم قبل المدة المحددة قانوناً. كما يفضل أن تتضمن تلك الجهة الرقابية في عضويتها ممثلين عن رجال الصناعة والأعمال وممثلين عن المجتمع المدني. ثالثاً، يجب أن يتاح التظلم لكل مورد له مصلحة في أحد عمليات التعاقد خلال مدة معقولة تتيح له إعداد وتقديم التظلم، وأن تحسب المدة من تاريخ علمه اليقيني أو المفترض. ثالثاً، يجب أن يكون من سلطة الجهة الرقابية إصدار أوامر مستعجلة وتصحيحية والحكم بالتعويض إن كان له

¹ United Nations Office on Drugs and Crime, Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances: Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption, United Nations, 2013, p. 23-24.

مقتضى. وعلى وجه التحديد من الضروري أن يكون من سلطة الجهة الرقابية الأمر بوقف إجراءات التعاقد وذلك حتى لا يتم إبرام العقد قبل صدور قرار في التظلم. أما الإجراءات التصحيحية فيقصد بها أن يكون من حق الجهة الرقابية أن تمنع الجهة الإدارية من إصدار قرار بشأن التعاقد أو أن تلغي أو تراجع مثل تلك القرارات. كما يفضل أن يكون من سلطة الجهة الحكم بالتعويض نظير ما تكبده المورد من مصاريف في التقدم بعطائه أو تعويضه عما فاته من كسب. خامساً، يعتبر الدليل من أوجه القصور في معالجة تلك الإشكالية الحالات التي لا يوجد فيها طريق للانتصاف إذا كان العقد المبني على إجراءات مخالفة للقانون قد تم إبرامه بالفعل. ويوصي الدليل بأن تنص قوانين التعاقدات على إمكانية إلغاء العقود المخالفة، أو في حالة تعسر النص على ذلك، أن تنص على وجوب دفع الجهة المتعاقدة لغرامات. كما أنه من نتائج اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أنه يمكن أن يترتب على الدخول في عقود بناء على جرائم فساد، كالرشوة، إلغاء التعاقد والتعويض عن الأضرار.

الوضع في الاتحاد الأوروبي:

في عام 1989 صدر التوجيه الأول من الاتحاد الأوروبي بشأن سبل الانتصاف في مجال التعاقدات الحكومية، والذي يمثل الحد الأدنى الذي يتوجب على الدول الأعضاء الالتزام به في تشريعاتها الوطنية¹. وهذا التوجيه متعلق بعقود القطاع العام بصفة عامة. كذلك صدر في عام 1992 توجيه آخر بشأن سبل الانتصاف، ولكن في مجال المرافق العامة تحديداً². ثم تم تعديل التوجيهين المذكورين في عام 2007³ وفي عام 2014⁴. وفي ظل أحدث التعديلات يمكن القول إن التوجيهات المذكورة تتطلب من الدول

¹ Directive 89/665/EEC.

² Directive 92/13/EEC.

³ Directive 2007/66/EC.

⁴ Directive 2014/23/EU.

الأعضاء مراعاة ما يلي في قوانينها الداخلية¹: أولاً، أن يكون هناك نظام للمراجعة يسمح باللجوء إليه لمن كان له مصلحة في أحد العقود الحكومية وتضرر أو يخشى أن يتضرر بسبب مخالفة لقواعد الاشتراء الحكومي. ويسمح التوجيه للدول الأعضاء أن تشترط سبق التظلم للجهة الإدارية، وفي تلك الحالة يتعين على الجهة الإدارية وقف إجراءات التعاقد. ثانياً، يجب أن يتضمن نظام المراجعة إمكانية إصدار تدابير تحفظية بصورة مستعجلة، وذلك لضمان عدم الاستمرار في المخالفات ولوقف الضرر الذي قد يصيب صاحب المصلحة. كما يجب أن يتضمن النظام إمكانية إلغاء أو تعديل القرارات المخالفة. وأخيراً يجب أن يتضمن منح تعويضات للشخص الذي تضرر من تلك المخالفة. وليس بالضرورة أن يتم وقف جميع إجراءات التعاقد، ولكن يتعين أن تتوقف الجهة الإدارية المتعاقدة عن إتمام إبرام العقد.

لم يشترط التوجيه أن تكون جهة المراجعة جهة قضائية، ولكنه اشترط أولاً، أن تكون مستقلة عن الجهة الإدارية المتعاقدة، واشترط ثانياً، أن يكون من الجائز الطعن على قراراتها أمام جهة قضائية. كذلك اشترط أن يتمتع أعضاء الجهة بذات الضمانات التي يتمتع بها القضاة وأن يتمتع رئيس اللجنة على الأقل بنفس التكوين المهني والأكاديمي المشترط في القضاة. كما اشترط التوجيه أن يتم مراعاة ضمانات التقاضي أمام جهة المراجعة.

ويتطلب التوجيه أن تتوقف الجهة الإدارية عن إتمام التعاقد خلال مدة من 10 إلى 15 يوم من تاريخ إعلان مقدمي العطاءات بقرار اختيار أحدهم (وبالتالي استبعاد الآخرين) حتى يكون لذوي المصلحة فرصة للطعن على قرار الترسية قبل إتمام العقد. ويحكم باعتبار العقد غير نافذ إذا لم يتم الإعلان أو تم إبرام العقد قبل مرور المدد المذكورة.

¹ يمكن الاطلاع على التوجيهات المذكورة طبقاً لأحدث التعديلات على الروابط التالية: [https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01989L0665-20140417)

[lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01989L0665-20140417](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:01989L0665-20140417) و

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01992L0013-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01992L0013-20140417&from=EN)

[20140417&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01992L0013-20140417&from=EN)

تمت الزيارة في 2021/9/3.

وفي حالة وجود مصلحة عامة تمنع من اعتبار العقد غير نافذ فيمكن استثناء اللجوء إلى عقوبات أخرى. ولا تعتبر المصلحة الاقتصادية سببا لعدم اعتبار العقد غير نافذ إلا إذا أدت إلى عواقب غير متناسبة. وفي غير الحالة المذكورة يمكن أن ترتب القوانين الوطنية عقوبة اعتبار العقد غير نافذ أو عقوبات أخرى على مخالفة قوانين الاشتراء العام. ويكون تقدير العقوبة في ضوء الظروف والملابسة. ونص التوجيه على ضرورة أن تكون العقوبات البديلة فعالة، ومتناسبة، وراذعة. كما وردت في التوجيه العقوبات البديلة التالية: الغرامة وتقصير مدة التعاقد. ولا يعتبر منح التعويض عقوبة ملائمة في نظر التوجيه.

وأخيرا نص التوجيه على أن تتولى المفوضية الأوروبية متابعة تبني الدول الأعضاء لما ورد في التوجيه وأن تقدم بها تقرير للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي. ويلاحظ في التقرير الصادر عام 2017¹ أن 14 دولة أوروبيا أوكلت مسألة المراجعة في أول درجة لجهات إدارية، بينما باقي دول الاتحاد الأوروبي، ومن بينهم فرنسا، أوكلت مسألة المراجعة في أول درجة لجهة قضائية. وطبقا لاستطلاع آراء الجهات المعنية الذي أجرته المفوضية الأوروبية فإن الجهات الإدارية كانت أكثر كفاءة في معالجة الشكاوى المقدمة لها من الجهات القضائية، وذلك من حيث المدة المستغرقة في نظر الشكاوى ومن حيث معايير التقاضي المطبقة. وبصفة عامة فأغلب الدول تطبق عقوبة منع العقد من النفاذ كصورة أصلية وتعتبر الغرامات أو تقصير مدة العقد وسائل استثنائية ولا تحقق نفس المستوى من الردع. كذلك بالنسبة للقرارات المخالفة التي تسبق إبرام العقد فإن غالبية الدول تطبق جزاء إلغاء القرار المخالف بصورة أساسية، وتستخدم الإجراءات الوقتية والتعويض كجزاء استثنائية.

¹ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Effectiveness of Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as Modified by Directive 2007/66/EC, Concerning Review Procedures in the Area Of Public Procurement, Brussels, 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0028&from=EN>, visited on 3/9/2021.

وكما ذكرنا فإن فرنسا وحوالي 16 دولة أخرى من دول الاتحاد الأوروبي قد جعلوا الرقابة على إجراءات التعاقد رقابة قضائية وفيما يلي نعرض لهذا النظام. اختصاص القاضي الإداري بتوجيه أوامر مستعجلة في الدعوى قبل التعاقدية (Réfère Précontractuel) الوضع في فرنسا¹:

بعد صدور التوجيه رقم 165/89 عن الاتحاد الأوروبي في شأن تنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء بغية إيجاد حماية قضائية لمبدأي العلانية وحرية المنافسة صدر في فرنسا قانون 1992/1/4 بإضافة اختصاصات إلى المادة (22) من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية. وبمقتضى هذا التعديل يسمح لكل ذي مصلحة في إبرام العقد اللجوء للقاضي الإداري للطعن على القرارات الإدارية التي تسبق إبرام العقد إذا خالفت مبدأي العلانية والمنافسة. والهدف هو إمكان تصحيح تلك الأخطاء قبل إبرام العقد. ويكون للقاضي في سبيل تصحيح تلك الأخطاء إصدار أوامر للإدارة، ووقف إبرام العقد ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام. وللقاضي فرض غرامات تهديدية على جهة الإدارة إذا تعلق العقد بقطاعات الماء، أو الطاقة، أو النقل، أو الاتصالات. وبصدور قانون 2000/6/30 في شأن العدالة الإدارية أصبح للقاضي أن يأمر بتأجيل توقيع العقد حتى ميعاد الدعوى ولمدة غايتها عشرين يوماً. وخلال تلك المدة يكون للإدارة أن ترد على المدعي.

الوضع في مصر:

أنشأ قانون التعاقدات العام مكتب لتلقي الشكاوى المتعلقة بإجراءات التعاقدات العامة، وكذا أنشأ قانون المشاركة بين القطاع العام والخاص في المادة (39) لجنة للتظلمات وكان النص صريح على عدم قبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية من القضاء قبل التظلم منها أمام اللجنة. وبالنسبة لقانون الاستثمار، فقد أنشأ في المادة (83) لجنة

¹ أنساق فالج حسن، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري، دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية،

للتظلمات تتلقى التظلمات التي يقدمها المتعاقدين مع الجهات الإدارية ويكون التظلم قاطع لميعاد الطعن على تلك القرارات ويكون ملزم لجهة الإدارة ما يصدر من اللجنة من قرارات بينما يجوز للمستثمر اللجوء إلى القضاء. ويبدو أن الهدف من تلك اللجان بصفة عامة هو القضاء على المنازعات قبل استفحالها ولجوء ذوي الشأن إلى القضاء أو جهات فض المنازعات الأخرى مع ما قد يترتب على ذلك من طول أمد النزاع وعدم استقرار الأوضاع القانونية وما قد يترتب عليه من تحمل الدولة لتعويضات.

وفيما يلي نتناول تشكيل ودور مكتب شكاوى التعاقدات العامة وبعض الملاحظات فيما يتعلق باختصاصه ومدى قدرته على معالجة مشاكل التنازع.

تجنباً لأي مخالفات قد تقع وما قد يترتب عليها من منازعات قد يتعذر تفادي آثارها أو صدور أحكام قضائية قد يصعب تنفيذها فقد أنشأ قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في المادة (5) مكتب شكاوى يتولى الفصل في المنازعات الناتجة عن أي مخالفات لأحكام القانون يزعم أحد المتعاملين مع الإدارة وقوعها. وقرارات المكتب تكون ملزمة لكل من طرفي الشكوى إلا أنه بينما تلتزم جهة الإدارة بتنفيذها فإن المتعاقد مع الإدارة يجوز له اللجوء إلى القضاء إذا لم يرتض القرار الصادر من مكتب الشكاوى. وبصفة عامة فإن خدمات المكتب مجانية إلا إذا استدعى الأمر الاستعانة بخبراء وفي هذا الحالة يكون على مقدم الشكوى سداد مكافآتهم.

هذا وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 665 لسنة 2021 بتنظيم مكتب شكاوى التعاقدات العامة وتحديد اختصاصاته وقواعد العمل به. ووفقاً لذلك فإن المكتب يعد إدارة مركزية تابعة لوزير المالية مباشرة وتتمتع بالاستقلالية ويتكون المكتب من مجموعة من العناصر الفنية والمالية والقانونية المشهود لهم بالنزاهة كما يجوز أن يتم ندب عدد من مستشاري مجلس الدولة لفحص الشكاوى وتقديم الرأي القانوني فيها.

وقد أوضح القرار إجراءات التقدم بالشكاوى إلى المكتب على النحو التالي:

1. يقدم ذوو الشأن أو من يمثلهم قانوناً الشكاوى كتابة إلى إدارة التعاقدات بالجهة الإدارية أولاً. وفي نفس الوقت يتعين تقديم صورة من الشكاوى والمستندات

المؤيدة لها إلى مكتب التعاقدات.

2. يتعين على إدارة التعاقدات دراسة الشكوى وتقديم تقرير برأيها للسلطة المختصة بالجهة الإدارية لاعتمادها وإخطار الشاكي ومكتب الشكاوى بنتيجتها خلال 5 أيام من استلام الشكوى مستوفاة لجميع المستندات المطلوبة.

3. إذا لم تفصل الجهة الإدارية في الشكوى خلال المدة المحددة أو لم يرتض مقدم الشكوى قرارها كان له أن يلجأ خلال يومي عمل إلى المكتب بتقديم شكواه على النموذج المعد لذلك ويرفق به قرار الجهة الإدارية الصادر في الشكوى.

4. يقوم المكتب خلال ثلاثة أيام عمل بالتواصل مع الجهة الإدارية لموافاة المكتب بالمستندات التفصيلية والتي يتعين على الجهة الإدارية إرسالها خلال خمسة أيام عمل وإلا تتم محاسبة الموظف المسؤول عن التأخير.

5. للمكتب عقد جلسات استماع لطرفي الشكوى أو لأطراف محايدة مختصة ويجب إخطارهم بموعد الجلسة ويتم توثيق أعمال الجلسة في محضر يوقع عليه الحاضرون.

6. في جميع الأحوال يجب أن يصدر المكتب قراره في شأن الشكوى خلال 15 يوم عمل من تاريخ تلقي الشكوى.

7. يكون على الجهة الإدارية الالتزام باتخاذ القرارات اللازمة لتنفيذ قرار المكتب ولا يخل ذلك بحق مقدم الشكوى في اللجوء إلى القضاء.

8. يجوز للمكتب أن يأمر الجهة الإدارية بوقف إجراءات التعاقد مدة لا تجاوز 14 يوم عمل من تاريخ إخطار الجهة الإدارية.

هذا وقد أجاز القرار للمكتب حفظ الشكاوى في عدد من الحالات نذكر منها، عدم استيفاء النماذج والمستندات اللازمة، عدم رفعها في الوقت المحدد، عدم سبق تقديمها للجهة الإدارية، إذا وجد نزاع أمام القضاء أو التحكيم أو سبق صدور حكم بشأنها أو إذا تم تسويتها وديا بين طرفيها، وإذا تبين للمكتب أنها كيدية أو تقاعس مقدمها عن سداد أتعاب الخبراء الذين قدر المكتب الاستعانة بهم. وفي جميع الأحوال يجب إخطار طرفي

الشكوى بحفظها والأسباب التي دعت إلى ذلك.

وبالإضافة إلى ما سبق يقوم المكتب بمتابعة ما تتخذه الجهات الإدارية بصدد تنفيذ قراراته. ويخطر الجهة الإدارية بأي مخالفات تتبين أثناء دراسة الشكوى. كما يتولى المكتب بالتعاون مع الهيئة العامة للخدمات الحكومية توعية الجهات الإدارية بالأخطاء والمخالفات الشائعة.

وهناك عدة ملاحظات على هذا التنظيم، فالصياغة الواردة في المادة تنص على أن قرارات المكتب ملزمة للجانبين ثم يعود ويقرر أن على الجهة الإدارية التنفيذ خلال سبعة أيام ولا يخل ذلك بحق مقدم الشكوى في اللجوء للقضاء، إذا يبدو أن عبارة " وتكون قراراته ملزمة لطرفي الشكوى " ليست دقيقة فهي ملزمة للجهة الإدارية فقط. كذلك من غير الواضح ما إذا كان اللجوء للمكتب من قبيل التظلم الإجمالي الذي يجب تقديمه قبل اللجوء للقضاء أم لا بالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة (5) تنص على أن " يكون له الحق في التقدم بشكواه إلى المكتب وذلك قبل اللجوء إلى جهات القضاء." حيث إن من الحالات التي يجوز فيها حفظ المكتب للشكاوى هي الحالات التي يصدر فيها حكم قضائي ومن ثم يبدو أنه يجوز للأفراد اللجوء للقضاء قبل اللجوء لمكتب الشكاوى. فإن كان الأمر كذلك فإن المكتب قد لا يحقق الأمر المرجو منه وهو القضاء على المنازعات قبل تفاقمها وتحقيق استقرار أكبر للأوضاع القانونية. وأخيراً، فإن قرارات المكتب ليست ملزمة للأطراف ومن ثم فهي لا تحقق نفس المنافع التي يحققها القضاء المستعجل قبل التعاقد في فرنسا على سبيل المثال. والباحثة لا تدعو إلى أن تكون قرارات المكتب ملزمة أو مانعة من التقاضي، خاصة أن أعضائه وإن كانوا يتمتعون بالاستقلالية إلا أنهم ليسوا قضاة. ولكن ما تفضله الباحثة هو تبني نظام يشبه القضاء قبل التعاقد في فرنسا الذي تبنته بناء على توجيهات الاتحاد الأوروبي.

وبمقارنة التوجيهات الدولية بالوضع في مصر نجد أن مكتب الشكاوى بصفة عامة يحقق القواعد الواردة في تلك التوجيهات مع ملاحظة أنه يجوز له وقف إجراءات التعاقد إلا أن ذلك غير ملزم له ويتعين على الجهة الإدارية عدم إتمام التعاقد خلال

سبعة أيام من صدور قرارات البت في العروض المالية وإبلاغ أصحاب العطاءات بالقرارات، إلا أنه بعد تبليغهم بصاحب العطاء الفائز لم يفتح لهم القانون مواعيد لتقديم شكاواهم. كذلك لم ينص القانون على الجزاءات التي توقع على جهة الإدارة في حالة مخالفتها لإجراءات التعاقد.

الفرع الثاني

اختصاص مجلس الدولة بمنازعات الإبرام

(نظرية الأعمال القابلة للانفصال)

طعون الغير ونظرية الأعمال القابلة للانفصال:

يمكن تعريف القرارات القابلة للانفصال بأنها "قرارات إدارية تكون جزءا من بنية عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل تلك القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على أفراد¹".

ومن المعروف أن نظرية الأعمال القابلة للانفصال هي نظرية قضائية من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي². كذلك فقد أخذ مجلس الدولة المصري بتلك النظرية منذ نشأته في عام 1946، فبالرغم من عدم اختصاصه في مرحلة القضاء المقيد بنظر العقود الإدارية، إلا أنه من خلال تطبيق نظرية الأعمال القابلة للانفصال بسط رقابته على الأعمال الداخلة في تكوين العقود الإدارية إذا شكلت قرارات إدارية تقبل الفصل عن العملية التعاقدية باعتبار أن الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية مما يدخل في اختصاص المجلس³.

¹ د. عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية ومجلة مصر المعاصرة، ص 495، مذكور لدى د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، 2007، ص 168.

² د. عمر عبد الرحمن البوريني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 37، عدد 1، 2013، ص 504.

³ د. منى بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية في ضوء القرار

ويمكننا القول بأن نظرية الأعمال القابلة للانفصال تحقق هدفين، الأول هو أنها تسمح بالطعن على القرارات المكونة لعملية قانونية مركبة دون انتظار لاكتمال تلك العملية، ذلك أن الانتظار قد يترتب عليه آثار قد يصعب تداركها بما قد يضر بحقوق البعض¹. أما الثاني، فهو امتداد رقابة مجلس الدولة على قرارات تشكل جزء من عمل يدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى أو تخرج تماما عن رقابة أي جهة قضائية كما هو الحال بالنسبة لأعمال السيادة².

وتطبيق نظرية الأعمال القابلة للانفصال في مجال العقود يحقق الفائدتين فهو من ناحية يسمح للمتضررين من القرارات الإدارية الداخلة في تكوين العقد الإداري بالطعن عليها قبل تمام إبرام العقد والذي قد يصعب معه معالجة الآثار التي تضر بحقوق ذوي المصلحة من غير أطرافه، مثل مقدمي العطاءات المستبعدين من المناقصة أو الممارسة، كما أنه يسمح للقضاء الإداري بسط رقابته على القرارات الإدارية الداخلة في تكوين العقود المدنية التي تبرمها الجهات الإدارية أو العقود الإدارية التي تم الاتفاق على خضوع منازعاتها للتحكيم.

ولعل من أبرز التطبيقات لتلك النظرية هي فرض الرقابة القضائية على القرارات الإدارية التي تصدرها الجهات الإدارية في مرحلة اختيار المتعاقد مع الإدارة من خلال الوسائل والإجراءات التي تحددها قوانين التعاقدات العامة. ومن تلك التطبيقات حكم الإدارية العليا بأن المشرع وإن كان قد رخص لجهة الإدارة المفاضلة بين طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه قد أحاط المناقصة المحدودة بسياج من الشروط يضمن توسيع قاعدة المتقدمين وذلك للتأكد من الحصول على أفضل العطاءات، وعليه فإن مشروعية وملاءمة قرار الجهة الإدارية باختيار المناقصة المحدودة ومن تتم دعوته

بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة: دراسة تحليلية نقدية في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد 1، 2018، ص 1669.

¹ د. عمر عبد الرحمن البوريني، مرجع سابق، ص 504.

² د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 169.

إليها مرهون بابتغاء المصلحة العامة من عدمه¹.

كذلك رأت المحكمة أنه متى اشترط المشرع "اتباع طريقة معينة وإجراءات محددة لإبرام عقود الإدارة فإن طريقة التعبير عن الإرادة تختلط حالتند بمشروعيتها، فلا تكون الإرادة صحيحة ومعتبرة إلا باتباع هذه الطريقة" وتطبيقا لذلك قضت باعتبار القرار الصادر من أحد المحافظين بتخصيص قطعة أرض بطريق الأمر المباشر متجاوزا حدود الأمر المباشر بمثابة عقد بيع باطل².

ويعد تصديق الجهة الإدارية وإخطارها المتزايد هو القبول الذي يتم به التعاقد، أما ما يسبق ذلك من قرارات وحتى قرار لجنة البت بتحديد من يجب التعاقد معه فتعد مجرد إجراءات تمهيدية ضمن العملية المركبة للعقد الإداري. ويعد قرار لجنة البت قرار إداري نهائي ويجب الطعن عليه خلال 60 يوم من تاريخ النشر أو الإعلان³.

وقد أكدت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا على هجران قاعدة "لا بطلان إلا بنص" فقررت أن البطلان كما يتقرر بنص فإنه يترتب تلقائيا على إغفال الإجراءات الجوهرية ومن بينها تلك التي يقررها المشرع كضمانة لأصحاب المراكز القانونية⁴.

أما فيما يتعلق بمن له الحق في التمسك بالبطلان، فقد قضت الإدارية العليا بأن إيداع التأمين المؤقت شرط أساسي للنظر في العطاء وأن ترسية الأعمال رغم عدم سداد التأمين المؤقت يترتب البطلان وهذا البطلان يكون مقرر لمصلحة كل من جهة الإدارة ومقدمي العطاءات المصحوبة بالتأمين المؤقت كاملا⁵.

إذن بالنسبة للقرارات الإدارية في مرحلة اختيار العقد الإداري فإن الأصل العام في مصر وفرنسا كان هو جواز طعن الغير من ذوي الصفة والمصلحة عليها بالإلغاء أمام مجلس الدولة. أما في مرحلة التنفيذ فالأصل هو عدم جواز الطعن بالإلغاء من الغير

¹ الحكم الصادر في الطعن 12532 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2011/2/22.

² الحكم الصادر في الطعن 11008 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2011/6/22.

³ الحكم الصادر في الطعن رقم 1668 لسنة 33 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1994/1/4.

⁴ الحكم الصادر في الطعن رقم 2846 لسنة 46 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2003/5/8.

⁵ الحكم الصادر في الطعن رقم 4303 لسنة 46 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2004/6/29.

واستخدام دعوى القضاء الكامل من قبل طرفي العقد. ومع ذلك قد يجوز للغير من ذوي المصلحة الطعن على القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ خاصة بالنسبة لعقود الالتزام مثل حالة طعن المنتفعين على القرارات السلبية من الجهة الإدارية برفض إجبار الملتزم بتنفيذ الشروط اللائحية في عقد الالتزام بعد مطالبتهم لها بذلك¹. أما في مرحلة إنهاء العقد فالأصل هو استخدام المتعاقدين لدعوى القضاء الكامل، بينما لا يسمح بصفة عامة للغير الطعن عليها بالإلغاء وإن أمكن انضمامهم للمتعاقد الطاعن على قرار الإنهاء، كما سمح لهم مجلس الدولة الفرنسي بالطعن استقلالا باستخدام دعوى الإلغاء في بعض المراحل².

وفي مصر أثار تطبيق مجلس الدولة لنظرية الأعمال القابلة للانفصال في مجال العقود التي تبرمها الدولة الكثير من الجدل فيما يتعلق بنقطتين، الأولى هي من هو الغير الذي تتوافر له الصفة والمصلحة للطعن على قرارات الجهة الإدارية الداخلة في تكوين العقود التي تبرمها الدولة، والثانية هي أثر الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات القابلة للانفصال على العقد الذي تم إبرامه بالفعل. وفيما يلي نتعرض لكلتا النقطتين بشيء من التفصيل.

كان مما أثار الجدل حول تطبيق نظرية الأعمال القابلة للانفصال في مجال عقود الدولة في مصر توسع مجلس الدولة المصري في مفهوم الصفة والمصلحة. حيث درج على اعتبار مجرد صفة المواطن تكفي لتحقيق شرطي الصفة والمصلحة ومن ثم قبول الدعوى، خاصة إذا ارتبطت العملية محل الدعوى بحماية الملكية العامة في عدد من التطبيقات سيأتي ذكرها فيما بعد. وكان من أثر ذلك أن أخذ المشرع الدستوري في دستور عام 2014 في المادة (34) بكون حماية الملكية العامة واجب "وفقا للقانون" في حين كانت المادة (33) من دستور عام 1971 تعتبرها "واجب على كل مواطن" والمادة (22) من دستور عام 2012 تعتبرها "واجبا وطنيا على الدولة والمجتمع".

¹ انظر د. منى بطيخ، مرجع سابق، ص 1689.

² انظر د. عمر عبد الرحمن البوريني، مرجع سابق، ص 520-534.

وتبع هذا التغيير في التوجه الدستوري صدور القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة والذي قصر الحق في الطعن على طرفي العقد ومن لهم حق شخصي أو عيني على الأموال محل التعاقد فقط ما لم يكن أحد طرفي العقد أو كلاهما قد أدين في جريمة من جرائم المال العام وكان العقد قد تم إبرامه على أساس تلك الجريمة¹.

وترتب على صدور هذا القرار بقانون انقسام الفقه بين مؤيد ومعارض إلى أن حسمت المحكمة الدستورية العليا الأمر في حكم حديث لها باعتبار القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 دستوريا. وفيما يلي نعرض لما نعه المدعون على القرار بقانون المذكور وما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا ردا عليه²:

أولاً، ذهب المدعون إلى عدم توافر حالة الضرورة المتطلبة دستوريا وفقا للمادة (156) من دستور عام 2014 لتولي رئيس الجمهورية سلطة التشريع في حالة غياب البرلمان. وردا على ذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن مفهوم الضرورة وفقا لما هو مقرر في قضاء المحكمة يرتبط بصون مقومات المجتمع الأساسية ومسئولية الدولة تجاه مواطنيها وضمان سير المرافق العامة بما يحقق الصالح العام وذلك في إطار من احترام الاستحقاقات الدستورية وكفالة الحقوق والحريات وعدم الخروج على الشرعية الدستورية. ووفقا لذلك فقد رأت المحكمة فيما مر به الاقتصاد الوطني من صعوبات في المرحلة التي سبقت صدور القرار بقانون المطعون عليه وما تقتضيه مواجهة ذلك من تشجيع الاستثمار الأجنبي وبث الثقة في استقرار النظام الاقتصادي يعد احتياجا حالا يبرر تدخل رئيس الجمهورية بممارسة سلطة التشريع الاستثنائية. كما تم اتباع باقي الضوابط الدستورية من حيث العرض على مجلس النواب في المواعيد المقررة ومناقشته والموافقة عليه. ومن ثم لا يكون هناك وجه للدفع بمخالفة القرار

¹ د. يحيى محمد عيد النمر، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بين توسع القضاء وتضييق المشرع دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (90)، 2015، ص 410.

² حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 120 لسنة 36 قضائية دستورية، الصادر بتاريخ 14 يناير 2023.

بقانون المذكور للضوابط الدستورية الواردة في المادة (156) من الدستور.

ثانياً، نعى المدعون على القرار إهداره لمبدأ سيادة القانون لكونه يطبق على كافة الدعاوى والطعون التي رفعت قبل نفاذه عدا تلك التي صدر فيها حكم بات ودون أن يتم الموافقة عليها من ثلثي أعضاء مجلس النواب وفقاً لما تطلبته المادة (225) من الدستور بالنسبة للتشريعات ذات الأثر الرجعي. وردا على ذلك لم تسلم المحكمة بكون القانون له أثر رجعي حيث اعتبرت أن الصفة والمصلحة باعتبارهما من شروط الدعوى يجب على القاضي أن يتأكد من توافرها فإذا تدخل المشرع بتعديل تلك الشروط وجب عليه إعمالها في كل الدعاوى المرفوعة أمامه ما لم يكن قد صدر فيها حكم بات. حيث تعد تلك المراكز القانونية، قبل صدور الحكم البات، مما يقبل بطبيعته التعديل والتغيير ومن ثم فإن القرار بقانون فيما قرره في هذا الشأن يسري بأثر مباشر وليس بأثر رجعي.

ثالثاً، ذهب المدعون إلى أن القرار بقانون محل الطعن قد خالف مبدأ سيادة القانون وأخل بالحق في التقاضي وانتقص من اختصاص مجلس الدولة. ولم تر المحكمة ثمة تناقض بين الحق في التقاضي وتنظيمه تشريعياً بما لا يهدره أو يحظره وأن من حق المشرع أن يختار من الإجراءات ما يراه أكثر مناسبة لنفاذ هذا الحق وفقاً لطبيعة المنازعة المطروحة. ثم استطردت المحكمة ببيان أن اختلاف الصياغة الدستورية للمادة (34) من الدستور التي أضحت معها حماية الملكية العامة واجبة وفقاً للقانون وكذا ما أوضحته الأعمال التحضيرية للدستور من توافق واضعي الدستور في الجلسة المنعقدة في 24 يوليو 2013 على أن صفة المواطنة وحدها لا تحقق شرط المصلحة المطلوب لقبول الدعوى في المنازعات المتعلقة بالملكية العامة، يجعل وفقاً للنظام الدستوري الحالي من سلطة المشرع تنظيم شروط قبول الدعوى في المنازعات المذكورة بما يحقق المصلحة العامة ودون إهدار للحقوق الدستورية. وهو ما قام به المشرع، في نظر المحكمة الدستورية العليا، حيث وازن بين السماح لطرفي العقد وكذلك أصحاب الحقوق العينية والشخصية على الأموال محل التعاقد مع منع غير ذوي المصلحة من الطعن، كما حقق التزام الدولة بمكافحة الفساد من خلال سماحه للغير

بالطعن على العقود التي يكون قد تم إبرامها من قبل أطراف صدرت أحكام بإدانتهم بجريرة من جرائم المال العام متعلقة بالعقد محل العقد. ولم تعتبر المحكمة ذلك انتقاصا من اختصاص مجلس الدولة الذي منحه دستور عام 2014 بعد تعديل في عام 2019 في المادة (190) الاختصاص الأصيل بمراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفا فيها وذلك بالإضافة لحق المجلس في الرقابة اللاحقة على تلك العقود والإجراءات السابقة عليها في الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص الولائي للمجلس. ومن ثم يكون ما اشتمل عليه القرار بقانون المطعون عليه لم ينتقص من الحق في التقاضي ولا من اختصاص مجلس الدولة وإنما جاء تنظيما لهذا الحق وتوزيعا للولاية القضائية بين جهات القضاء.

رابعاً، أخذ المدعون على القانون مخالفته، من وجهة نظرهم، لأحكام المواد (32،33،34) من الدستور المتعلقة بحماية الملكية العامة والموارد الطبيعية المملوكة للشعب وكذا نصوص الشريعة الإسلامية التي تخرج المال العام من دائرة التعامل. وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا هذا النعي من جميع الأوجه. حيث ذهبت إلى أن المادة (32) من الدستور قد ميزت في ملكية الشعب بين كل من الموارد الطبيعية والملكية العامة للدولة والملكية الخاصة للدولة. والدستور وإن لم يجز التصرف في الملكية العامة للدولة إلا أنه أجاز التصرف في الملكية الخاصة لها وفق القواعد والإجراءات المنصوص عليها. كما أن النظام الاقتصادي للدولة وفقاً للنظام الدستوري الحالي وكما أوضحت المواد (27 و28) تتشكل معالمه بتحقيق الرخاء من خلال التنمية المستدامة وكفالة الأنواع المختلفة للملكية وكفالة المناخ الجاذب للاستثمار. ومن ثم فإن ما سعى إليه القرار بقانون المذكور من تحقيق الاستقرار في العقود التي تبرمها الدولة بهدف جذب الاستثمار يكون محققاً لتلك الرؤية الاقتصادية للنظام الدستوري الحالي. وأخيراً، لم تسلم المحكمة بمخالفة القرار بقانون للشريعة الإسلامية والتي لم يرد بها نص قطعي الثبوت والدلالة يمنع ولي الأمر من التصرف في المال العام وكل ما هنالك هو أنه ملزم بحسن التصرف فيه بما يحقق مصلحة الجماعة.

خامسا، نعى المدعون على القرار إهداره لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص إذ حظر الطعن على القرارات السابقة على إبرام عقود الدولة بما يخل بحق المتنافسين المستبعدين بالطعن عليها. وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن ما نصت عليه المادة (4) من المساواة بين المواطنين والمادة (9) من تكافؤ الفرص والمادة (53) من عدم التمييز بينهم يفهم منه المساواة بين من كانوا في مراكز قانونية متساوية فقط ويقتضي تدخل الدولة وفق شروط موضوعية لضمان عدالة الوصول إلى الفرص بين من يتزاحمون عليها كما لم ينف كل صور التمييز وإنما فقط ما كان منها مبنيا على شروط تحكيمية. ومن ثم رأت المحكمة أن القرار بقانون كونه وضع شروطا موضوعية مبنية على تحقق المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن قد فرق بحق بين من هم في مراكز قانونية مختلفة على أساس موضوعي بما لا يشكل إهدار لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص. وأخيرا، ذهب المدعون إلى أن القرار بقانون المطعون عليه قد انطوى على عيب الانحراف بالسلطة لصدوره بقصد الحيلولة دون الفصل في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء وتحصين العقود التي تبرمها الجهات العامة من الرقابة القضائية. ورفضت المحكمة هذا النعي على أساس حق المشرع في سن القواعد التي تدفع عن الدولة المخاطر التي تحيط بها من جراء عدم التدخل بالتنظيم التشريعي الذي يحقق المصلحة العامة وهو الأمر الذي يحققه القرار بقانون المذكور كونه يسعى إلى تحقيق الاستقرار في معاملات الدولة تشجيعا للاستثمار ووفقا للدور الذي أناطه الدستور بها في المجال الاقتصادي وذلك بتنظيم الحق في التقاضي. ومن ثم فإن دور المحكمة الدستورية العليا يقتصر على التحقق من عدم مخالفة المشرع لأحكام الدستور وليس البحث في بواعثه ونواياه.

وعليه اختتمت المحكمة الدستورية العليا حكمها قائلة: " لما كان ذلك جميعه، فإن النصين المطعون عليهما قد جاءا في حدود السلطة الدستورية المنوطة برئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، إذا كان مجلس النواب غير قائم، ولم ينطويا على أثر رجعي، أو يخلا بسيادة القانون، ولا بالحق في التقاضي، أو يهدرا

مبدأي تكافؤ الفرص والمساواة، ولم ينتهكا الحماية الواجبة للملكية العام، كما لما يخالفا أي حكم آخر من أحكام الدستور، ومن ثم فإن المحكمة تقضي برفض الدعوى".¹ وتعقبا على ما سبق ترى الباحثة أن الإشكالية الأكبر فيما ذهب إليه الحكم هو كونه لم يتعرض بشكل واضح لحق المستبعدين من إجراءات اختيار المتعاقد في الطعن على القرارات السابقة على إبرام العقد وفقا لنظرية الأعمال القابلة للانفصال. وابتداء نقول أنه قبل صدور الحكم كان البعض من المؤيدين للقرار بقانون يذهب في تفسيره له إلى أنه يجب التسليم بحق الغير من المتنافسين من الطعن على قرارات الاستبعاد والترسية على غيرهم كونهم تتحقق فيهم المصلحة الشخصية المباشرة بالنسبة لتلك القرارات وهو تطبيق للمبادئ العامة ولنظرية الأعمال القابلة للانفصال المستقرة في قضاء مجلس الدولة المصري والفرنسي وأن القول بغير ذلك يعد تحصينا لقرارات إدارية بالمخالفة لنص المادة (97) من الدستور¹.

والحقيقة أن المحكمة الدستورية العليا ذكرت بالنسبة للنقطة المتعلقة بتقليص اختصاص مجلس الدولة المصري أنه يظل مختصا ولائيا بالطعون المتعلقة بالعقود التي تدخل في اختصاصه والإجراءات السابقة. فهل كان يقصد من ذلك استمرار العمل بنظرية الأعمال القابلة للانفصال بالنسبة للمتنافسين على التعاقد مع الجهات الإدارية؟ قد يبدو ذلك لأول وهلة صحيحا، خاصة أن كل من الجهة الإدارية والمتعاقد الذي تم اختياره لا يتصور أن يقوموا بالطعن على تلك الإجراءات، فالأصل أن الجهة الإدارية لا يكون لها أن تتمكن بأخطاء ارتكبتها هي في الإجراءات السابقة على التعاقد كما أن المتعاقد معها لا يكون له مصلحة في الطعن على إجراءات أدت إلى فوزه بالفعل. وكذلك فإن القول بذلك يحرم ذوي المصلحة الشخصية المباشرة من مقدمي العطاءات المستبعدين من الطعن على إجراءات مخالفة للقانون. يلاحظ أن المحكمة أيضا تعرضت للنعي المتعلق بإهدار مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص فأصرت على كون طرفي العقد ومن لهم حقوق شخصية وعينية على المال محل التعاقد لهم مراكز قانونية تخول لهم الطعن دون باقي

¹ انظر د. يحيى محمد عيد النمر، مرجع سابق، ص 399.

المواطنين. وقد يكون ذلك مفهوما بالنسبة لما جرى عليه قضاء مجلس الدولة المصري من السماح لمن له صفة المواطن المصري بالطعن على العقود التي يكون محلها التصرف في الأملاك العامة. فقد أوضحت المحكمة في أكثر من موضع في حكمها اختلاف الإطار الدستوري الجديد في هذا الشأن الذي لم يعد يعتبر حماية الملكية العامة منوطة بالمواطنين وإنما يجعلها وفقا للقانون. ولكن الحكم لم يتناول بوضوح وسائل الانتصاف التي ستكون متاحة لذوي المصلحة الشخصية المباشرة من المتنافسين المستبعدين.

تشير أيضا في هذا المجال إلى أن قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، وهو إذا لاحق في صدوره على القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014، قد أنشأ مكتب لتلقي الشكاوى المتعلقة بخالفة إجراءات التعاقدات العامة والفصل فيها وجعلها ملزمة لطرفي الشكوى، ولكن ذكر عدم إخلال ذلك بحق مقدم الشكوى في اللجوء للقضاء. كما جعل من أسباب وقف نظر الشكوى كون محلها متنازعا عليه أمام القضاء أو كونه صدر بشأنه حكم قضائي أو حكم تحكيم. إذن فنية المشرع واضحة في جواز لجوء المتضررين للقضاء بالنسبة للقرارات التي تشكل مخالفة لقانون الإجراءات العامة. وفي رأي الباحثة أن التوفيق بين كل من القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 وقانون التعاقدات العامة يتطلب تدخل من المشرع لاستيضاح الإجراءات التي تمكن ذوي الشأن من الطعن على القرارات المؤدية للتعاقد.

بهذا نكون قد عرضنا للإشكالية الأولى المتعلقة بشرط الصفة في تطبيق نظرية الأعمال القابلة للانفصال في مجال عقود الدولة. أما الإشكالية الثانية فهي تلك المتعلقة بأثر إبطال القرار الذي يشكل جزء من العملية القانونية المركبة على العقد المبرم ذاته. وقد كان الاتجاه التقليدي يقضي بأنه ليس من أثر لبطلان القرار الإداري المنفصل على العقد ذاته إلا إذا طالب به أحد طرفي العقد. وبالرغم مما يبدو من غرابة هذا الوضع وما يثيره من شكوك حول جدوى نظرية الأعمال القابلة للانفصال إلا أنه كان مع ذلك يحقق بعض الفوائد، فقد يترتب عليه تصحيح جهة الإدارة للإجراء غير السليم إذا أمكن

ذلك خاصة إذا صدر الحكم قبل إبرام العقد، أو قد تمنح جهة الإدارة المتضرر بعض التعويضات، كما يكون الحكم على أقل تقدير قد أظهر الحقيقة وأوضح للرأي العام ما اكتنف تصرف جهة الإدارة من أخطاء¹. إلا أنه في مصر وفي العشرين عام الماضية اقترن التوسع في مفهوم المصلحة بالتوسع في أثر بطلان القرارات الإدارية المنفصلة على العقد المبرم، حيث ذهب القضاء الإداري إلى بطلان عقود البيع الناتجة عن الإجراءات المقضي بإلغائها في مجال الخصخصة وتخصيص الأراضي كما جعلت من آثار بطلان تلك العقود استرداد الدولة لجميع أصولها مطهرة من أي رهون أو التزامات يكون قد أجراها المشتري². وقد كان لهذا الاتجاه عيوبه حيث إن بعض تلك العقود المقضي بإلغائها قد احتوت على بنود تحتم اللجوء للتحكيم مما دفع المتعاقدين مع الدولة إلى اللجوء للتحكيم والذي وقع غرامات طائلة على الدولة فكان ذلك أيضا من دواعي إصدار القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014.

ويرى جانب من الفقه أن أوجه البطلان التي تصيب القرارات الإدارية القابلة للانفصال قد تؤثر مباشرة وفي جميع الأحوال على أركان العقد الإداري ذاته، وهي الرضا والمحل والسبب³. فركن الرضا على سبيل المثال يرتبط بالأهلية والتي يقابلها بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة شرط الاختصاص، ومن ثم فإن صدور بعض القرارات القابلة للانفصال عن غير مختص في العملية العقدية المركبة قد يجعل العقد ذاته باطل لما يصيب ركن الرضا في تلك الحالة من عوار.

وفي ختام هذا الجزء تود الباحثة أن تعرض لمسألتين تتعلقان بالتوجه الجديد في مصر الهادف إلى جذب الاستثمار. ذلك أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 ورأي قسم التشريع بمجلس الدولة فيه وكذلك الحكم الصادر بدستوريته من المحكمة الدستورية العليا كله يؤكد على أن الدافع لإصداره هو طمأننة الاستثمار

¹ Dr. Adel Khalil, Administrative Contracts in Egyptian Law, Second Edition, p. 277.

² انظر د. منى بطيخ، مرجع سابق، ص 1691.

³ انظر د. منى بطيخ، مرجع سابق، ص 1926-1928.

الأجنبي وتشجيعه من خلال الحفاظ على استقرار المعاملات التي تقوم بها الدولة. ومن ثم يبدو من الهام أن نعرض للتوقعات التي قد تكون لدى المستثمر الأجنبي من خلال عرض ما ذهبت إليه الأنظمة القانونية المقارنة في هذا المجال. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى نعرض باختصار للأسباب التي ساهمت في تحقيق عدم استقرار المعاملات وما إذا كان النظام التشريعي الحالي من شأنه أن يعالجها بصورة متكاملة أم لا.

أما النقطة الأولى المتعلقة بما قد يتوقعه المستثمر الأجنبي في النظام القانوني فهو بلا شك سيتأثر بالأنظمة القانونية التي يأتي منها هذا المستثمر أو التي يواجهها في دول أخرى. وقد عرضنا من قبل إجمالاً لتوجيهات المجتمع الدولي والاتحاد الأوروبي في هذا الشأن. ونعرض هنا بشيء من التفصيل لما هو معمول به في فرنسا باعتبار أن مصر تأثرت كثيراً بنظامها القانوني خاصة فيما يتعلق بالقانون الإداري وقضاء مجلس الدولة. ويتضح من خلال دراسة النظام الفرنسي أن طعون الغير على العقود الإدارية قد تطورت بشكل كبير بما يحقق أكبر قدر من استقرار المعاملات ويوسع في ذات الوقت من دائرة الغير الذي يكون له حق الطعن، وهذا على النحو التالي¹:

أولاً، اعتمد النظام الفرنسي الدعوى الموضوعية المستعجلة والذي عرضنا له في جزء سابق من هذا البحث فيما يتعلق بالدعوى قبل التعاقدية.

ثانياً، فيما يتعلق باستخدام دعوى الإلغاء أجاز القضاء الفرنسي للمنتفعين من المرفق العام الطعن على قرارات الإدارة السلبية بعدم تطبيق الشروط اللائحية في عقود تفويض المرافق العامة. كما سمح للموظفين العموميين الطعن على عقود التوظيف².

ثالثاً، استخدام نظرية الأعمال القابلة للانفصال تقلص بشكل كبير وذلك لصالح كل من الدعوى الموضوعية المستعجلة (حيث أنها تحقق فائدة أكبر للمتنافسين المستبعدين من

¹ د. طارق محمد علي النحاس، التطورات القضائية بخصوص طعن الغير في العقد الإداري، مجلة كلية القانون الكويتية

العالمية، العدد 1 السنة الخامسة، 2017، ص

² د. أيمن فتحي، مرجع سابق، ص 122-133.

إجراءات المتعاقد مع الإدارة) ودعوى القضاء الكامل (نظرا لحكم تارن الذي سنعرض له في النقطة التالية). ومن ثم تقتصر فائدة النظرية الآن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقود القانون الخاص التي تبرمها الدولة، وطعن المحافظ في القرارات الصادرة قبل توقيع العقد والعقود المبرمة قبل صدور حكم تارن في 2014.

رابعا، بالنسبة لدعوى القضاء الكامل أصبح بمقتضى حكم تارن من حق أي شخص متى لحقه ضرر في مصلحته بشكل مباشر وبقدر كاف أن يطعن، مستخدما دعوى القضاء الكامل، في شرعية العقد أو بعض أحكامه غير التنظيمية والقابلة للقسمة عن العقد خلال شهرين من تاريخ تدابير شهر العقد.

ومن ثم نجد أن النظام الفرنسي قد راعى تحقيق استقرار المعاملات من حيث فترة الوقف الإدارية والدعوى الموضوعية المستعجلة بينما أصبح يعطي لكل من له مصلحة الحق في اللجوء للقضاء. أما من حيث أثر الحكم بالإلغاء فإن القضاء الفرنسي يأخذ بترتيب بطلان العقد فقط إذا طلبه أحد طرفي العقد، ولكنه في الوقت ذاته يسمح للغير أن يلجأ للقضاء ليفرض غرامة تهديدية على جهة الإدارة ليدفعها إلى طلب بطلان العقد من القضاء. وبناء عليه، يمكننا القول إن المستثمر حسن النية لا يمكن أن ينتظر ضمانات من قبيل تحسين أعمال الإدارة التي يتعاقد معها أو قصور الحماية القضائية بالنسبة للغير من ذوي الصفة والمصلحة وإنما يتمثل توقعه وبحق في سلامة الإجراءات التي تتخذها الجهة الإدارية المتعاقدة معه باعتبارها هي السلطة الوطنية صاحبة الدراية بالنظام القانوني المصري. وهو ما يقودنا للنقطة التالية.

يلاحظ بالنسبة للمنازعات التي أثير بشأنها في مصر إشكالية التوسع في شرط المصلحة وفي أثر إلغاء القرارات القابلة للانفصال على العقد أنها تقريبا ترتبط بفكرة التوسع في استخدام الأمر المباشر من قبل الجهات الإدارية في حين أن تلك الوسيلة هي وسيلة استثنائية، بل هي أكثر الوسائل الاستثنائية خروجاً على تحقيق المبادئ الحاكمة للتعاقدات العامة وهي الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص. وهو ما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأن المشكلة الحقيقية ليست هي توسع القضاء في ممارسة سلطته وإنما هي توسع

ممارسات الفساد بما يجعل الأولوية هو محاربة هذا الفساد من خلال آليات الرقابة الإدارية والقضائية¹.

أورد جانب من الفقه قائمة بالقضايا التي توسع فيها مجلس الدولة في شرط المصلحة وأثر البطلان بلغت عشر قضايا شهيرة، وهي²:

- دعوى بطلان عقد بيع "مدينتي" والتي نعى فيها المدعون على العقد عدم طرحه وفقا لقانون المناقصات والمزايدات. وكانت هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة قد خصصت الأرض للمستثمر دون طرح للعملية.
- دعوى بطلان عقد بيع شركة مصر شيبين الكوم للغزل والنسيج وذهب فيه المدعي إلى أن مخالفة قرار البيع لقانون المناقصات والمزايدات.
- دعوى بطلان عقد بيع شركة عمر أفندي والذي قضت فيه المحكمة بانعدام قرار المجموعة الوزارية للسياسات الاقتصادية والمعتمد من كل من اللجنة الوزارية للخصخصة ومجلس الوزراء ببيع الشركة لما احتوى عليه من مخالفات من بينها مخالفته لأحكام القانون والقرارات المنظمة لبيع مساهمات المال العام المملوكة للدولة والبنوك وشركات قطاع الأعمال العام والأشخاص الاعتبارية العامة.
- دعوى بطلان عقد استغلال منجم الذهب بجبل السكري والذي قضت فيه المحكمة ببطلان العقد محل الاتفاقية لمخالفتها قانون المناجم والمحاجر وقانون المناقصات والمزايدات.
- دعوى بطلان عقد بيع شركة النصر للمراجل البخارية والذي ذهبت فيه المحكمة إلى حق كل مواطن في الطعن عليه للتحقق من مشروعية الإجراءات التي اتخذت للتصرف فيها.
- دعوى بطلان عقد بيع شركة النيل لحليج الأقطان والذي ذهبت المحكمة إلى

¹ انظر د. منى بطيخ، مرجع سابق، ص 1704.

² انظر د. يحيى محمد عيد النمر، مرجع سابق، ص 323-350.

كونه ناتج عن إجراءات غير صحيحة.

- وفي قضية تصدير الغاز لإسرائيل ذهبت المحكمة إلى أن إجراءات التعاقد التي تقوم بها الحكومة لتصدير الغاز لإسرائيل تعد أعمال إدارية منفصلة عن موافقة الحكومة على تصدير الغاز التي تعد من أعمال السيادة. ومن ثم قضت المحكمة باستمرار التصدير مع وجوب مراجعة الإجراءات التي يتم من خلالها تحديد سعر البيع.

- دعوى بطلان قرار الحكومة بعرض الآثار المصرية في اليابان والذي نعى فيه المدعي ما احتواه عقد التأمين على الآثار المعروضة من عيوب.

- دعوى بطلان عقد بيع شركة طنطا للكتان والزيوت والتي نعى فيها المدعين على إجراءات البيع مخالفتها لقانون المناقصات والمزايدات وقانون قطاع الأعمال العام.

- دعوى بطلان عقد بيع أرض "بالم هيلز" والذي نعى فيه المدعون على البيع كونه قد تم بالأمر المباشر ودون التزام بأحكام قانون المناقصات والمزايدات.

نلاحظ أنه باستثناء اتفاقية تصدير الغاز لإسرائيل وقرار عرض الآثار المصرية باليابان فإن جميع العقود المطعون عليها كانت تنطوي على مخالفات لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 واجب التطبيق في ذلك الوقت. وفي أغلب تلك القضايا تم منح التعاقدات المذكورة بالأمر المباشر أو بالتخصيص في حالة بيع الأراضي والذي نتج عنه انخفاض أسعار البيع بشكل ملحوظ لعدم وجود منافسة وهو ما يخالف الأهداف الرئيسية لقانون المناقصات والمزايدات.

ومما يدعو للتأمل أنه في حين اتجه المشرع إلى التقييد من حق الغير في الطعن فإنه قد اتجه إلى التوسع في الحالات التي يسمح فيها للإدارة بالتعاقد بالأمر المباشر. فإذا نظرنا إلى قانون التعاقدات العامة رقم 182 لسنة 2018 نجد أنه بالمقارنة بالقانون السابق رقم 89 لسنة 1998 قد توسع في حالات التعاقد بالأمر المباشر على النحو التالي:

أولاً، استبدال القانون الحالي أسلوب التعاقد بالأمر المباشر في حالات البيع والإيجار

بأسلوب الممارسة المحدودة كأسلوب استثنائي¹.

ثانياً، بينما أوضحت المادة 71 الحالات التي يجوز فيها التعاقد بالأمر المباشر والتي يجب أن تتمثل في حالة طارئة أو عاجلة لا تتحمل اتباع إجراءات المزايدة بجميع أنواعها²، فإن المادة (76) تعود فتوسع من حالات التعاقد بالأساليب الاستثنائية بصفة عامة وبالأمر المباشر بصفة عامة حيث تناولت ثلاث حالات استثنائية في اختيار أسلوب التعاقد. الحالة الأولى هي أن تتوافر حالة ضرورة وأن تكون طبيعة عمل الجهة الإدارية طالبة التعاقد أو طبيعة العملية محل الطرح لها اعتبارات خاصة، فيجوز في تلك الحالة أن يصرح مجلس الوزراء للجهة الإدارية بالتعاقد بأي طريق من الطرق التي نص عليها القانون.

أما الحالة الثانية فهي أن يبادر المتعاقد مع الإدارة بتقديم مشروع استثماري متكامل شاملاً التمويل ويحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة، وذلك بناء على عرض من الوزير المختص بنتائج الجدوى الفنية والاقتصادية والاجتماعية للمشروع والدراسة التحليلية للهيكلي الفني والمالي له. فإذا وافق وزير المالية والتخطيط على المشروع جاز لمجلس الوزراء أن يخصص للجهة الإدارية

¹ انظر المادة 7 من القانون الحالي والمادة 30 من القانون السابق.

² ويتولى إجراءاتها لجنة تشكل لهذا الغرض بناء على ترخيص من رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الإدارية الأخرى أو رئيس الصندوق، وذلك فيما لا يتجاوز قيمته خمسمائة ألف جنيه أو من الوزير، ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا يتجاوز قيمته مليون جنيه.

واستثناء من ذلك أجازت المادة في الحالات التي سبق عرضها في مزايدة علنية عامة أو بالمظاريف المغلقة لأكثر من مرة، ولم تقدم عنها عروض أو لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسي التعاقد بالأمر المباشر بموافقة الوزير المختص بالجهة الإدارية. وفي تلك الحالة إذا كان محل التعاقد عقار يجب ألا تزيد قيمته عن مليوني جنيه، ويتم الإعلان عن الثمن الأساسي ولا يجوز أن يقل ثمن التعاقد عن هذا القدر. وإذا كان محل التعاقد منقولات أو مشروعات ليس لها الشخصية الاعتبارية وجب ألا يتجاوز قيمتها مليون جنيه وبشرط عدم انخفاض سعر التعاقد عن الثمن الأساسي.

وفي جميع الأحوال السابقة يتم التعاقد مع مقدم العرض الأفضل شروطاً والأعلى سعراً. ولا يجوز لأي من هذه السلطات التفويض في الاختصاصات الممنوحة لها للتعاقد بهذا الطريق. ويجب على إدارة التعاقدات توثيق مبررات اتباع طريق الاتفاق المباشر، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

بالتعاقد بالأمر المباشر مع صاحب المبادرة.

أما الحالة الثالثة فتتناول إمكانية أن تأخذ جهة الإدارة فكرة المشروع الذي عرض عليها بمبادرة من القطاع الخاص وتطرحه بصورة تنافسية، وذلك بشرط ألا يتضمن المشروع حقوق ملكية فكرية لمقدمه، في هذه الحالة تضع لجنة المؤشرات والتغيرات الاقتصادية الأطر العامة والإجراءات والشروط الواجب إتباعها وضوابط إبرام التعاقد.

ثالثاً، بينما كانت المادة (38) من القانون السابق تسمح بالتعاقد بالأمر المباشر بين الجهات المخاطبة بهذا القانون دون ذكر لاستثناء تلك التعاقدات من القواعد الواردة في شأن التعاقد بالأمر المباشر، فإن المادة (78) أجازت للجهات المخاطبة بأحكام قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة التعاقد فيما بينها بالأمر المباشر وذلك دون التقيد بالإجراءات والحدود المالية الواردة بهذا القانون.

رابعاً، لم يحتو القانون السابق على مواد تستثني أنواع معينة من العقود على اتباع الأساليب المذكورة به ومع ذلك وفقاً لقاعدة العام يقيد الخاص فقد كانت بعض عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعتمد على تعديلات تم إجرائها في قوانين بعض القطاعات لتسمح بالتعاقد وفق أساليب تختلف عن تلك الواردة في قانون المناقصات والمزايدات السابق. وبالرغم من عدم نجاح تلك التجربة وما وجه إليها من انتقادات فإن القانون الحالي قد جاء ليكرس هذا الاستثناء من خلال المادة (79). تناولت المادة (79) حالتين يتم التعاقد فيهما بطرق خاصة ووفقاً لإجراءات تحددها لجنة المؤشرات والتغيرات الاقتصادية.

أما الحالة الأولى فهي الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ قرار التعاقد بحكم طبيعتها أو التقلبات في أسعارها وكمياتها الاقتصادية أو التي تغطي مدى زمني مستقبلي أو العمليات المتعلقة بالمعاملات المنجزة في الأسواق المالية الدولية أو عقود المشتقات المالية والمشتريات الأجلة والمستقبلية وما يرتبط بها. وأما الحالة الثانية فهي حالة العقود المركبة أو المتشابكة أو متعددة الأطراف أو

التعاقدات التي تتطلب هيكلًا تمويليًا كمشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT ، والبناء والتملك والتشغيل BOO ، والتصميم والاشتراء والتشييد + التمويل EPC+Finance وغيرها، وذلك إذا كانت هذه التعاقدات تحقق للجهة الإدارية المتعاقدة أهدافها الاقتصادية والتنموية العاجلة، أو استلزمت الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية سرعة إتمامها في توقيت معين.

وتحدد تلك الإجراءات عن طريق اللجنة لكل مشروع بالاتفاق مع وزير المالية والتخطيط ويجب اعتمادها من مجلس الوزراء.

كما يجب أن يصدر من لجنة المؤشرات والتغيرات الاقتصادية دليل إجرائي يعتمد من مجلس الوزراء وينظم إبرام تلك العقود. وأوردت المادة (165) من اللائحة التنفيذية مجموعة من الضوابط يتعين مراعاتها في شأن تلك التعاقدات بصفة عامة تتضمن وجود حاجة تبرر اللجوء إليها وتوافر الدراسات اللازمة السابقة عليها وما يضمن الحفاظ على أصول المشروع. كما أتاحت المادة في تلك الحالات إما استخدام الإعلان أو الدعوة أو الأمر المباشر في حالات معينة مثل عدم وجود أكثر من مرشح مؤهل أو لديه الرغبة أو وجود حاجة عاجلة لتنفيذ المشروع لضمان استمرار الخدمة العامة. وهذا التوجه يبدو مستغربًا فالقانون بالفعل قد استحدث آليات جديدة للتعاقد تتوافق مع أحدث التوجهات الدولية كما أنه هناك بالفعل قانون يحكم المشاركة بين القطاع العام والخاص ويضع آليات خاصة لاختيار المتعاقد فما الهدف إذن من كل تلك الاستثناءات.

وأخيرًا، أجازت المادة (80) التعاقد بالاتفاق المباشر على العقارات بالبيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو بالاستغلال في حالات الضرورة، لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة، وذلك بالاتفاق بين وزير المالية والوزير المختص بالجهة الإدارية أو المحافظ المختص، بناء على مبررات تبديها الوزارة أو المحافظة طالبة الترخيص بالتعامل مع اقتراح مقابل التعامل وأسلوب السداد، على أن تتحقق اللجنة العليا للتقييم بالهيئة العامة للخدمات الحكومية من

مناسبة هذا المقابل، ويعرض وزير المالية ما تنتهي إليه اللجنة على مجلس الوزراء للاعتماد.

ولم يتضمن القانون أو لائحته التنفيذية ما يعد من حالات الضرورة أو ما تقتضيه الاعتبارات الاجتماعية أو الاقتصادية. كذلك فإن قرار مجلس الوزراء رقم 25 لسنة 2019 الصادر لوضع الضوابط والشروط المتعلقة بتطبيق المادة (80) لم يتضمن تعريف لحالة الضرورة التي تبرر الترخيص بالتعامل بالأمر المباشر لتحقيق اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية تقتضيها المصلحة العامة ولكن ورد في المادة الخامسة من القرار المذكور بعض الأمثلة مثل ما سيترتب على تنفيذ المشروع المزمع إقامته من "قيمة مضافة على المنطقة الكائن بها العقار، أو إتاحة فرص عمل، أو توفير احتياجات مجتمعية، أو زيادة في الصادرات أو الحد من الاستيراد أو غيرها."

وحاصل ما تقدم أن الاتجاه التشريعي الحالي يحد من فرص الرقابة القضائية على التعاقدات العامة وخاصة ما يتعلق بالتصرف في أملاك الدولة بينما يكرس من الأساليب الاستثنائية لاختيار من يتم التعاقد معهم من جانب الجهات الإدارية مع ما قد يصحب ذلك من مخاطر تجاوز أهداف التعاقدات العامة من تحقيق الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص. وعليه ترى الباحثة أن على المشرع إعادة النظر في توجهه هذا.

المبحث الثاني

الجهات المختصة بفض منازعات التنفيذ والإنهاء

بالنسبة لمنازعات التنفيذ والإنهاء والتي يكون الأصل فيها أنها تنشأ فقط بين أطراف العقد الإداري، فإن الأصل العام أنها تخضع لاختصاص مجلس الدولة من خلال دعوى القضاء الكامل، إلا أنه في بعض الحالات قرر القانون خضوعها أولاً للجان التوفيق قبل العرض على القضاء المختص، وفي حالات أخرى جعل القانون الجهة التي تنظر المنازعات هي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وفي حالات أخرى أوكل القانون بنص خاص الاختصاص إلى جهة قضائية أخرى مثل القضاء العادي، كما أتاح القانون أيضاً اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشرط اتباع الشروط التي نص عليها القانون. ومن ثم فإن هذا المبحث ينقسم إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: لجان التوفيق في بعض المنازعات

الفرع الثاني: اختصاص مجلس الدولة

الفرع الثالث: اختصاص القضاء العادي

الفرع الرابع: التحكيم في عقود الدولة

الفرع الأول

لجان التوفيق في بعض المنازعات

وفقا لقانون التوفيق رقم 7 لسنة 2000 والمعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2017 ينبغي على الأطراف في المنازعات التي تكون الجهات الإدارية طرف فيها أن يلجؤوا إلى اللجان التي أنشئها القانون قبل اللجوء إلى القضاء. والأصل أن دور تلك اللجان يقتصر على محاولة التوفيق بين طرفي النزاع إلا أن المشرع في تعديل عام 2017 قد جعل قرار تلك اللجان في حالات محددة -وفقا لنص المادة (10) مكرر- ملزم وواجب النفاذ في حق جهة الإدارة مما يجعل البعض يرى دورها في تلك الحالة لجان ذات اختصاص قضائي¹. وفي ذلك أكدت المحكمة الدستورية العليا طبيعة تلك اللجان بأنها ليست جهات قضائية وليست هيئات ذات اختصاص قضائي لعدم توافر عناصر العمل القضائي سواء من حيث التشكيل أو الإجراءات أو طبيعة ما يصدر عنها من قرارات².

ويتحدد اختصاص تلك اللجان بالحالات التي تكون أحد أطرافها جهة إدارية أو شخصية اعتبارية عامة ويكون الطرف الآخر أحد العاملين لديها أو شخص خاص (طبيعي أو اعتباري) كما تستوي طبيعة المنازعة سواء كانت إدارية أم مدنية أم تجارية وأيا كانت قيمتها³.

ومن ثم فإن اختصاص تلك اللجان الإدارية يشمل مسائل عدة، إلا أن الذي يعنينا في هذا الصدد هو اختصاصها فيما يتعلق بعقود الدولة، حيث ينبغي اللجوء إلى لجان التوفيق في العقود بين الجهات الإدارية وأشخاص القانون الخاص وذلك سواء كان العقد إداريا أم من عقود القانون الخاص، مالم تتعلق المسألة بما استثنته المواد (4) و(11) من

¹ د. مجدى عبد الغنى خليف، اختصاص لجان التوفيق وفقاً لأحكام قانون التوفيق رقم 7 لسنة 2000 والمعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2017، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2020، العدد الأول، المجلد الثاني، ص 641-731.

² الحكم الصادر في قضية رقم 195 لسنة 23 قضائية، المحكمة الدستورية العليا، دستورية، بتاريخ 2003/12/14.

³ أما إذا كان طرفي النزاع من الشخصيات الاعتبارية العامة فالاختصاص ينعقد في تلك الحالة للجمعية العمومية لقمي الفتوى والتشريع كما سنوضح لاحقاً.

قانون التوفيق من مجال اختصاصها. أما ما استثنته المادة (4) فهي " المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها، وكذا المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، وتلك التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة، أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها عن طريق لجان قضائية أو إدارية، أو يتفق على فضها عن طريق هيئات تحكيم". أما ما استثنته المادة (11) فهي المنازعات ذات الطبيعة الوقتية مثل تلك التي يختص بها القضاء المستعجل، ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بالأوامر على العرائض، والطلبات الخاصة بأوامر الأداء وطلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ. واستبعاد تلك المنازعات هو إما تطبيق لقاعدة الخاص يقيد العام أو مراعاة لطبيعة بعض المنازعات مثل تعلقها بالأمن القومي أو مراعاة الاستعجال فيها وعدم الرغبة في إطالة النزاع فيها.

وفيما يتعلق باستبعاد طلبات إلغاء القرارات الإدارية متى اقترنت بطلب وقف التنفيذ فإن للمحكمة الإدارية العليا اتجاهين. أما الأول فيذهب إلى أن طلب إلغاء القرار الإداري متى اقترنت بطلب وقف تنفيذه فإنه يخرج عن اختصاص لجان التوفيق¹. أما الاتجاه الأحدث فيذهب إلى أن استبعاد طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ من اختصاص لجان التوفيق لا يكون إلا في الحالات التي يكون فيها القرار مما يجوز طلب وقف تنفيذه من الحكمة المختصة وإلا تعين عرضه على لجان التوفيق².

ويترتب على عدم تقديم طلب التوفيق قبل اللجوء إلى القضاء أو رفع الدعوى قبل مرور الستين يوماً التي حددها القانون لإصدار التوصية عدم قبول الدعوى المرفوعة أمام القضاء³. ويتعين أن يقدم الدفع بعدم القبول لعدم سبق العرض على لجان التوفيق إلى محكمة أول درجة وإلا كان غير مقبول⁴.

وفيما يتعلق بالمواعيد فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا عدد من المبادئ منها أن ميعاد

¹ دائرة توحيد المبادئ، الطعن رقم 13762 لسنة 49 ق، بتاريخ، 2008/5/10.

² دائرة توحيد المبادئ، الطعن رقم 23182 لسنة 51 ق، بتاريخ، 2011/1/1.

³ د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 162.

⁴ حكم الدائرة الخامسة للمحكمة الإدارية العليا (غير منشور)، في الطعن رقم 4952 لسنة 49 ق، بتاريخ 2005/6/18.

رفع الدعوى يدخل في حسابه ميعاد السبعة أيام لعرض التوصية على الأطراف وميعاد الخمسة عشر يوماً المحددة لقبول الأطراف للتوصية ويترتب على تقديم الطلب إلى اللجنة خلال المدة المحددة للطعن وقف سريان ما تبقى من تلك المدة واستئناف سريانها بعد صدور التوصية ومرور المدد المنصوص عليها للعرض والموافقة¹.

وبالنسبة للحالات التي يكون التظلم فيها وجوبياً قبل رفع الدعوى فقد ذهب مجلس الدولة إلى أن التظلم الوجوبي يغني عن اللجوء إلى لجان التوفيق² كما قضت في حكم آخر أن اللجوء إلى لجان التوفيق يغني عن التظلم الوجوبي باعتبار أن جهة الإدارة تكون ممثلة في لجنة التوفيق بمن تختاره السلطة المختصة ومن ثم تتحقق الغاية من التظلم بمعرفة الإدارة بما ينعه طالب التوفيق على العمل الإداري³.

أما عن مدى حجية التوصية التي تصدرها لجان التوفيق في المنازعات فنفرق بين الأصل العام وهو كونها غير ملزمة لأطراف النزاع، إلا بتوافر ثلاثة شروط هي اعتماد السلطة المختصة بالجهة الإدارية لها، وقبول الطرف الآخر وموافقته عليها كتابياً وأن يتم ما سبق خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض التوصية. وإذا توافرت الشروط السابقة تعين على الجهة الإدارية الالتزام بتنفيذ ما جاء فيها وإلا عدت ممتنعة عن التنفيذ مما يحق معه لذوي الشأن اتخاذ الإجراءات اللازمة في تلك الحالة⁴. وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أنه يتعين لإعمال الأثر المذكور أن يكون التوقيع على محضر الصلح صحيح بكل شروطه وأن يتم من السلطة المختصة ولا يجوز التفويض في ذلك⁵.

أما الاستثناء فيتمثل في التعديل الذي أدخله المشرع بالقانون رقم 6 لسنة 2017 بإضافة المادة (العاشرة مكرراً) لقانون التوفيق والذي بمقتضاه " تكون قرارات اللجنة واجبة

¹ حكم الدائرة الثانية (غير منشور)، الطعن رقم 15772 لسنة 57 ق، بتاريخ 2016/4/16.

² حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 810 لسنة 48 ق، بتاريخ 2005/5/5.

³ حكم الإدارية العليا، الطعن رقم 4073 لسنة 51 ق، بتاريخ 2008/3/27.

⁴ د. جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 163.

⁵ فتوى رقم 152 للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ملف رقم 1182/3/86، بتاريخ 2018/1/22.

النفاز في مواجهة الجهة الإدارية متى كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز أربعين ألف جنيه، أو تعلقت المنازعة بالمستحقات المالية للعاملين لدى أي من الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون أيا كانت قيمتها. ويجوز الطعن في القرارات المشار إليها في الفقرة السابقة أمام المحكمة المختصة، ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذها إلا إذ أمرت المحكمة بذلك." إذن، إذا لم تتجاوز قيمة العقد المبرم أربعين ألف جنيه، فإن القرار الصادر من لجان التوفيق يكون ملزم وواجب النفاذ بالنسبة لجهة الإدارة، ومع ذلك فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن تلك التوصية لا تكتسب حصانة أمام القضاء، حتى لو ذيلت بالصيغة التنفيذية، ومن ثم يجوز لكل من الجهة الإدارية وذوي الشأن الطعن عليها أمام القضاء¹.

أما عن موقف القضاء من قانون التوفيق، فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى دستوريته في الدعاوى التي ذهب فيها المدعون إلى مخالفته للحق الدستوري في التقاضي من حيث كونه يؤدي إلى إطالة أمد النزاع نظرا لوجوب مرور الفترة التي نص عليها القانون قبل اللجوء للقضاء، خاصة وأن التوصية التي تصدر غير ملزمة بحسب الأصل العام، وكذا بعد مقار اللجان عن ذوي الشأن. وأكدت المحكمة على أن الأصل العام بالنسبة لتنظيم المشرع للحقوق هو تمتعه بسلطة تقديرية في هذا المجال مالم يمس بالحق ذاته ومتى كان ذلك على النحو الذي يحقق الغاية منه².

¹ حكم دائرة توحيد المبادئ (قيد النشر)، الطعن رقم 3001 لسنة 56 ق، بتاريخ 2018/6/2.

² الحكم الصادر في قضية رقم 11 لسنة 24 قضائية، المحكمة الدستورية العليا، دستورية، بتاريخ 2004/5/9.

الفرع الثاني

اختصاص مجلس الدولة

يمكن تقسيم دور مجلس الدولة بالنسبة لمنازعات العقد الإداري إلى ثلاثة أقسام، الأول هو الذي يتعلق بالدور الاستشاري للمجلس، والثاني هو الدور الذي تقوم بها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فض المنازعات بين الجهات الإدارية برأي ملزم، والأخير هو دور المجلس في فض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري من خلال دعوى القضاء الكامل. وفيما يلي نعرض لتلك الاختصاصات.

أولاً: العلاقة بين الاختصاص القضائي والاستشاري لمجلس الدولة في مجال العقود الإدارية:

وفقاً للمادة 26 من قانون التعاقدات العامة إذا زادت القيمة التقديرية أو الثمن الأساسي للعقد عن مليوني جنيه فإنه يتعين حضور أحد ممثلي قسم الفتوى في لجان فض المظاريف والترسية. وفي الحالات التي يتطلب القانون "أخذ رأي" قسم الفتوى فإن جهة الإدارة تكون ملزمة بهذا الإجراء الذي اعتبرته أحكام مجلس الدولة إجراءً جوهرياً يترتب على تخلفه بطلان القرار الإداري¹. كذلك قد تلجأ الإدارة إلى استشارة قسم الفتوى بوصفه مستشاراً للإدارة وفقاً للمادة 58 من قانون مجلس الدولة. لذلك قد يثور لدى البعض تساؤل حول مدى إمكانية صدور أحكام تخالف فتاوى صادرة من قسم الفتوى خاصة إذا كانت الإدارة قد التزمت بفحوى تلك الفتاوى.

في البداية نوضح أن قسم الفتوى بمجلس الدولة يلتزم بما يصدره القسم القضائي لمجلس الدولة، فهو يرفض أن يتعرض لمسائل سبق للقضاء الإداري الفصل فيها، ويعطي حجية للأحكام في غير دعاوى الإلغاء حيث يعطي لاتحاد الخصوم تفسير مختلف في القانون العام فيحتج على جميع الأشخاص المعنوية العامة بأي حكم صادر على أحدها،

¹ د. محمد رفعت ود. أريج عويضة، مرجع سابق، ص 129. ألزمت المادة 58 من قانون مجلس الدولة الوزارات والهيئات العامة ومصالح الدولة اللجوء إلى إدارات الفتوى بالمجلس قبل إبرام أو إجازة أو قبول أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه.

وبالرغم من عدم وجود مانع قانوني فإن السياسة الاستشارية لقسم الفتوى قد جرت على رفض تقديم فتوى لجهة الإدارة في مسائل ماثلة أمام القضاء الإداري¹. لذلك فالتساؤل وارد فقط في حالة ما إذا كانت المسألة تعرض لأول مرة على قسم الفتوى ثم فيما بعد يعرض الأمر في صورة نزاع على أحد محاكم القسم القضائي لمجلس الدولة. وبالرغم من أنه من الناحية الواقعية يندر أن يخالف القسم القضائي الفتاوى الصادرة من قسم الفتوى وذلك للتداخل العضوي² بين القسمين الاستشاري والقضائي وكذلك التكامل الوظيفي بين القسمين، إلا أنه من الناحية النظرية فإن محاكم القسم القضائي غير ملزمة بما يصدره قسم الفتوى من فتاوى والسبب الأبرز هنا هو أنها ليست أحكام وليس لها حجية، بالإضافة إلى ذلك فالقسم القضائي يحقق ضمانات أكثر للخصوم لا يجوز حرمانهم منها ومنها أن المحكمة غير ملتزمة بإصدار حكمها في فترة زمنية معينة، كما تتعدد مستويات فحص ملف النزاع، وأخيرا تتحقق المواجهة بين الأفراد وذلك كله لا يتحقق في عرض المسألة على قسم الفتوى³.

ثانياً: اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بحسم منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة

وفقا للمادة (66) فقرة (د) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 فإنه " تختص الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بإبداء الرأي في المسائل والموضوعات الآتية: ... (د) لمنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض. ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في هذه المنازعات

¹. حسين عثمان محمد عثمان، طبيعة العلاقة بين الوظيفتين الاستشارية والقضائية لمجلس الدولة دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 113

² يعتبر القسمين مستقلين عضويا، ولكن يتمثل التداخل العضوي المقصود بين العضوين في عدم جواز قصر عمل بعض الأعضاء على قسم بذاته، وأن رئيس المجلس وهو رئيس القسم القضائي له دعوة أي جمعية عمومية للانعقاد بما في ذلك الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وأخيرا فإن الجمعية العمومية تتشكل من كافة أعضاء المجلس دون تفرقة بين القسمين

³. حسين عثمان، المرجع السابق، ص 94-111

ملزما للجانبين.“ وقد ثار خلاف في الفقه والقضاء حول طبيعة هذا الاختصاص وهل يعد من قبيل الاختصاص القضائي أم الإفتائي لمجلس الدولة¹. وينبغي هذا الخلاف في الأساس على فكرة تمييز العمل القضائي عن غيره وما إذا كان ينبغي الاعتماد على المعيار الشكلي الذي يعول على صدور العمل من جهة منحها القانون سلطة القضاء و ضمانات خاصة باستقلاله وحجية ما يصدر عنه أم تغليب المعيار الموضوعي الذي يعتمد على فكرة الفصل في خصومة وحسم المنازعات أم الجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي. وبالرغم من أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تتكون من قضاة مجلس الدولة الذين يتمتعون بما يتمتع به القضاة من ضمانات كما يشكل الاختصاص الذي نحن بصدده فصل في منازعة وإن كانت تتميز بكون الخصوم فيها يشكلون أعضاء من الجهاز الإداري للدولة، إلا أن كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا قد ذهبا إلى عدم اعتبار ما يصدر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من رأي ملزم من قبيل الأحكام القضائية على أساس كون الجمعية العمومية ليست من بين القسم القضائي للمجلس وعدم اتباعها الإجراءات التي رسمها قانون المرافعات لنظر المنازعات. ويترتب على ذلك أن هذا الاختصاص لا يعد في نظر كل من النقض والدستورية العليا مانعا من اللجوء إلى المحاكم الأخرى لنظر المنازعات بين الهيئات المنصوص عليها في المادة 66 (د) وهو ما ينشئ حالات تنازع أخرى لا يتصور أن يكون المشرع قد اتجهت نيته لإنشائها. كذلك يترتب على عدم اعتبار القرارات الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في نطاق اختصاصها ذلك من قبيل الأحكام إلى عدم تمتعها بحجية الأمر المقضي به كما لا يعد هذا الرأي الملزم من السندات التنفيذية لأن المشرع لم يعترف له بتلك الصفة. أما بالنسبة للطعن على تلك الآراء فلم ينظم القانون طرق لذلك إلا أن الجمعية العمومية اتجهت في بعض في بعض آراءها الملزمة إلى جواز الطعن أمامها عن طريق التماس

¹ م. د. محمد حسن زينهم، الاختصاص القضائي للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، دار النهضة العربية، 2011،

إعادة النظر. أما بالنسبة لما ذهب إليه الجمعية العمومية ذاتها في تحديد طبيعة اختصاصها وكذلك المحكمة الإدارية العليا فقد تضاربت الفتاوى والأحكام في هذا الشأن والراجح هو تغليب طبيعتها الإفتائية.

ويمكن استخراج المبادئ التالية من أحكام المحكمة الإدارية العليا بشأن اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الفصل برأي ملزم في المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية:

أولاً، ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن اختصاص الجمعية العمومية ينحسر إذا كان من بين أطراف المنازعة شخص أو أكثر من أشخاص القانون الخاص وبشرط أن يكون خصماً مستقلاً غير تابع لخصم من أشخاص القانون العام¹. وإلا فإن الاختصاص ينعقد لجهة القضاء ذات الولاية².

ثانياً، يجب أن تكون المنازعة حول حق قانوني، مما يفترض وجود التزام سابق متنازع في وجوده أو في الوفاء به، أيًا كان مصدره³.

ثالثاً، بالنسبة للامتناع عن تنفيذ الرأي الملزم فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى اعتباره قرار إداري سلبي مما يندرج تحت رقابة محكمة القضاء الإداري. وذهبت الإدارية العليا إلى أن قصر هذا النوع من الرقابة على الأحكام القضائية بالمعنى التقليدي من شأنه أن ينال من منظومة العدالة ويفرغ إسناد الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الخاصة إلى تشكيل خاص من شيوخ مجلس الدولة من مضمونه، خاصة أنه لا يزيل بالصيغة التنفيذية المقررة للأحكام والأوامر القضائية⁴.

وأخيراً، بالنسبة لمدى اعتبار اختصاص الجمعية العمومية الوارد بالمادة (66/د) حاجباً لاختصاص المحاكم بنظر تلك المنازعات فإن المحكمة الإدارية العليا يوجد بها اتجاهان في هذا الشأن. أما الاتجاه الأول فيذهب إلى أنه في حالة نظر محكمة القضاء الإداري

¹ الحكم الصادر في الطعن رقم 3155 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2016/11/25.

² الحكم الصادر في الطعن رقم 2045 لسنة 49 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2011/4/27.

³ الحكم الصادر في الطعن رقم 2142 لسنة 33 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1999/4/18.

⁴ الحكم الصادر في الطعن رقم 5582 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2013/5/25.

المنازعة في عدم تنفيذ الرأي الملزم للجمعية العمومية فإن اختصاص المحكمة لا يتعدى "إلى الفصل في موضوع المنازعة، بحسبان أن ذلك معقود للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع دون غيرها¹".

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن "اللجوء إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لفض ما يثار بين الجهات الإدارية من منازعات طبقاً للمادة (66/د) من قانون مجلس الدولة المشار إليها لا يعد طريقاً بديلاً عن اللجوء إلى القضاء، فإذا أقيمت الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة ولأثماً بنظر موضوع النزاع امتنع عليها الحكم بعدم الاختصاص – أساس ذلك ما قرره المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم 8 لسنة 15 ق (تنازع) بجلسة 1994/6/4، الذي أكدت فيه أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لا تعد في ممارستها للاختصاص المقرر لها في المادة (66/د) من قانون مجلس الدولة جهة قضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي؛ ذلك أن ما يصدر عنها في هذه المسائل لا يعدو أن يكون رأياً في مجال الإفتاء، لا تتعد به خصومة بين طرفين، ولا يلزم للفصل في المنازعة التي يتعلق بها هذا الرأي مراعاة حد أدنى من إجراءات التقاضي أو ضماناته الرئيسية، وأية ذلك أن قانون مجلس الدولة قد فصل فصلاً كاملاً بين وظيفته القضائية التي تتولاها محاكم مجلس الدولة دون غيرها، ومهامه في مجال الإفتاء ومراجعة النصوص القانونية التي عهد بها إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الأحوال التي عينها، وموئدى الفصل بين هاتين الوظيفتين أنهما لا تتداخلان مع بعضهما، ولا تحل إحداها محل الأخرى أو تقوم مقامها – لا ينال من ذلك ما قرره قانون مجلس الدولة من أن الآراء التي تبديها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المنازعات التي نص عليها البند (د) من المادة (66) من هذا القانون تقيد الجهات والهيئات الإدارية المعتبرة طرفاً فيها؛ ذلك أن الصفة الإلزامية لآرائها في تلك المنازعات تعني إنفاذها جبراً على الجهات والهيئات التي وقع الخلاف بينها، وحملها على النزول على مقتضاها، وغايتها ألا ينقلب النزاع

¹ الحكم الصادر في الطعن رقم 5582 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2013/5/25.

إلى خصومة مستعرة تتعقد إجراءاتها ويطول أمدها ويتبدد معها الجهد والمال في غير طائل، ولأن الجهات والهيئات التي عناها البند المذكور جميعها من أفرع السلطة التنفيذية أو أدواتها في النهوض بالمرافق العامة، وليس لها أن تتحلل من التزاماتها بالخضوع للقانون محددًا على ضوء الآراء المحايدة التي تصدر عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المشار إليها، ولو لم تكن لها خصائص الأحكام ومقوماتها لعدم تعلقها بالوظيفة القضائية¹."

ولعل التوفيق بين الاتجاهين السابقين ممكن على النحو التالي، بحيث إذا صدر الرأي الملزم بالفعل من الجمعية العمومية وامتنعت الجهة الإدارية عن تنفيذه وطعنت الجهة الأخرى على هذا قرارها بالامتناع فإن دور المحكمة الإدارية العليا ينحصر في تلك الحالة في نظر هذا القرار دون التعرض لأصل النزاع مرة أخرى حتى لا يطول أمد النزاع بلا داع وبما يهدر استقرار المعاملات. أما إذا طعنت جهة إدارية ابتداءً أمام جهة القضاء المختصة دون صدور رأي ملزم من الجمعية العمومية فإن المحكمة لا يكون لها في تلك الحالة أن تحكم بعدم اختصاصها.

ثالثاً: اختصاص القسم القضائي بمجلس الدولة بفض منازعات العقود الإدارية

منذ أن أصدر قانون المجلس رقم 165 لسنة 1955، وفي كل ما تلاه من قوانين، فقد أصبح المجلس هو المختص وحده دون غيره بهيئة قضاء إداري بنظر جميع منازعات العقود الإدارية أيا كان نوعها.

واستمر المشرع على ذات النهج فنص، كما رأينا، في المادة العاشرة قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أنه: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية: أولاً...، حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر."

ومنازعات العقود الإدارية تختص بها داخل مجلس الدولة نوعان من المحاكم بحسب

¹ الحكم الصادر في الطعن رقم 15165 لسنة 59 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2017/5/23.

قيمة العقد¹:

- تختص المحاكم الإدارية بنظر منازعات العقود الإدارية التي لا تزيد قيمتها عن 500 جنيه. ويقبل الحكم الصادر منها الطعن عليه أمام محكمة القضاء الإداري بصفتها محكمة استئناف. والحكم الصادر من الأخيرة يقبل الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في حالات معينة.

- تختص محكمة القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية متى زادت قيمتها عن 500 جنيه. والحكم الصادر منها يقبل الطعن عليها أمام المحكمة الإدارية العليا في الحالات التي نص عليها القانون.

والدعوى المتعلقة بالعقد الإداري تسمى دعوى القضاء الكامل وهي خصومة قائمة بين طرفين، يدعي أحدهما أنه وقع المساس بأحد مراكزه الذاتية أو الشخصية، ويملك فيها القاضي سلطات واسعة من أجل إرجاع الحق لصاحبه وتقرير التزامات على الطرف الآخر.

وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن "ولاية القضاء الكامل تخول القاضي تصفية النزاع كلياً، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يرتب بعد ذلك نتائج كاملة من الناحية الإيجابية والسلبية²".

وفي الفصل السابق تم تناول اختصاص مجلس الدولة بالأعمال القابلة للانفصال عن العقد الإداري من خلال دعوى الإلغاء وآخر التطورات التشريعية والقضائية في هذا الصدد. ولما كانت كتب الفقه تذخر بكل ما يتعلق باختصاص محاكم القسم القضائي لمجلس الدولة بمنازعات العقود الإدارية، فلا نرى داع للإطالة أكثر من ذلك في هذا الصدد.

¹ د. محمد رفعت، مرجع سابق، ص 547

² حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 4459 لسنة 51 ق، ع، بتاريخ 2008/5/13.

الفرع الثالث

اختصاص القضاء العادي

في هذا الفرع نتناول ثلاث حالات يمكن أن يختص فيها القضاء العادي بنظر منازعات العقود التي تبرمها الدولة. فمن ناحية أولى إذا تخلف أحد شروط المعيار الموضوعي للعقد الإداري، مثل عدم ارتباط العقد بمرفق عام أو عدم احتوائه على شروط استثنائية، فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص وتخضع منازعاته لاختصاص القضاء العادي. وإذا ثار خلاف حول الاختصاص بين القضاء العادي والإداري حول طبيعة العقد، فإن النزاع يتم فضه إما من خلال الإحالة وفقا للمادة 110 من قانون المرافعات أو من خلال المحكمة الدستورية العليا. أما الحالة الثانية لاختصاص القضاء العادي فتكون بوجود نص خاص في القانون يحدد اختصاص القضاء العادي بنوع معين من العقود بغض النظر عن طبيعته. ولعل هاتين الحالتين لا يوجد بشأنهما خلاف كبير في الفقه والقضاء، كما سبق التعرض لهما في موضع آخر من هذا البحث. أما الحالة الثالثة، وهي المتعلقة بنظر منازعات التنفيذ المقدمة في أحكام إدارية، فنعرض لها فيما يلي.

الخلاف حول اختصاص القضاء العادي بنظر بعض منازعات التنفيذ المقدمة في أحكام

إدارية:

تفرق المحكمة الإدارية العليا بين نوعين من منازعات التنفيذ¹. الأول هو المنازعات الموضوعية ويكون محل الطلب فيها إجراء يحسم النزاع في أصل الحق وترفع الدعوى في هذه الحالة أمام قاضي التنفيذ وفقا لإجراءات رفع الدعوى المعتادة. أما النوع الثاني فهو المنازعة الوقتية ويكون محل الطلب فيها إجراء وقتي لا يمس بأصل الحق ولا يمس بحجية الحكم المستشكل فيه.

يمكن تعريف منازعات التنفيذ بأنها تلك التي يثيرها ذور المصلحة في تنفيذ حكم صادر

¹ د. على عبد الفتاح محمد العزازي، إساءة استخدام إشكالات التنفيذ في نطاق المنازعات الإدارية: دراسة تأصيلية وتحليلية

في ضوء أحكام مجلس الدولة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 35 الجزء الثاني، 2020، ص 401

من إحدى المحاكم بهدف وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه¹. أما إشكالات التنفيذ الوقتية فيمكن تعريفها بأنها "نوع من منازعات التنفيذ التي تثور بمناسبة التنفيذ وتعلق بشروطه وإجراءاته ويبيدها أطراف التنفيذ أو غيرهم"².

وتتميز إشكالات التنفيذ عن عوارض التنفيذ الأخرى فيما يلي: أنه يمكن رفعها مستقلة دون الطعن في الحكم، يشترط وجود عقبة قانونية تحول دون تنفيذ الحكم، لا يتعلق الإشكال بعيب في الحكم ذاته وإنما بوقائع لحقت صدور الحكم وشابت تنفيذه، الإشكال لا يتعين تقديمه بميعاد معين، تختص المحكمة التي أصدرت الحكم بنظر إشكالات تنفيذه، قد يؤدي الإشكال إلى وقف تنفيذ الحكم إلى الأبد أو حتى استيفاء الإجراءات اللازمة للتنفيذ³.

بالرغم من أن دستور عام 1971 كان ينص في المادة 172 منه على أن يعهد إلي مجلس الدولة كهيئة قضائية مستقلة بالفصل في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية بما يدل على أن ولايته في شأنها ولاية عامة، وأنه أضحي قاضي القانون العام بالنسبة إليها إلا أن الدستور آنذاك لم ينص بصورة صريحة على اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات التنفيذ في الأحكام الصادرة منه. بينما نص قانون المرافعات في المادة 275 على اختصاص قاضي التنفيذ - باعتباره شعبة من شعب القضاء العادي - بمنازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية. وفي ظل خلو قانون مجلس الدولة من النص على اختصاص محاكمه بنظر منازعات التنفيذ في الأحكام الصادرة منها، فقد تصدى القاضي الإداري لحل تلك الإشكالية. وقد قسم البعض المراحل التي مر بها قضاء المجلس في هذا الصدد إلى خمس مراحل، كما يلي⁴:

أولاً، استبعاد فكرة إشكالات التنفيذ في ظل العمل بقانون المجلس رقم 55 لعام 1959

¹ د. السيد عبد اللطيف أبو النجاة، منازعات التنفيذ في الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 16-17

² د. علي عبد الفتاح محمد العزازي، مرجع سابق، ص 406

³ د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة،

2010، ص 59-64

⁴ د. السيد عبد اللطيف أبو النجاة، مرجع سابق، ص 289-309

الذي كان يأخذ في مادته الخامسة عشر بالأثر الواقف للطعن ومن ثم فكان يكتفى بإمكانية وقف التنفيذ من خلال الطعن على الحكم.

ثانياً، الخلط بين إشكالات التنفيذ ووقف التنفيذ في ظل العمل بالقانون رقم 47 لسنة 1972 الذي تخلى عن مبدأ الأثر الواقف للطعن وأقر في المادة (50) اختصاص دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا بنظر طلبات وقف التنفيذ. ويتضح هنا أن المجلس قد خلط بين نظامي إشكالات التنفيذ ووقف التنفيذ رغم ما تقدم من بيان الاختلافات بينهم. بينما ذهبت لاحقاً محاكم المجلس إلى أن قاضي التنفيذ التابع للقضاء العادي يكون مختص بنظر إشكالات التنفيذ في الأحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة باعتبار أن إشكال التنفيذ لا يعد طعناً على الحكم نفسه وإنما تتصل بالتنفيذ نفسه ومدى صحته.

ثالثاً، مرحلة الاختصاص المنقوص وفيها مارس المجلس اختصاصه بالنسبة لإشكالات التنفيذ بشرط عدم تعلق الأمر بالتنفيذ على مال أما إذا انصب الأمر بالتنفيذ على مال فإن المجلس كان يذهب في تلك المرحلة إلى اختصاص القضاء العادي بهذا النوع الأخير من إشكالات التنفيذ.

رابعاً، مرحلة الاعتراف بكون القضاء الإداري هو وحده المختص بإشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري، بحيث تختص المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل فيه بنظر الإشكال في تنفيذ حكمها. وأيدت المحكمة الدستورية العليا في قضائها هذا الاتجاه. حيث حكمت بأنه "... وحيث إن المنازعة في تنفيذ حكم صادر من جهة القضاء الإداري - والتي تستهدف إما المضي في التنفيذ وإما إيقافه - وإن وصفت من حيث نوعها بأنها منازعة تنفيذ، إلا أن ذلك لا ينفي انتسابها - كأصل عام - إلى ذات جنس المنازعة التي صدر فيها ذلك الحكم، وبالتالي تظل لها الطبيعة الإدارية وتندرج بهذا الوصف ضمن منازعات القانون العام التي يختص بنظرها القضاء الإداري¹."

¹ المحكمة الدستورية العليا، طعن رقم 11 لسنة 20 قضائية ق تنازع، جلسة 1999/8/1 م، من موقع بوابة مصر للقانون

أما المرحلة الأخيرة فهي مرحلة النص الدستوري الصريح فقد نص دستور عام 2012 في المادة 174 على اختصاص المجلس بمنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه. وانتقل هذا النص بعد إقرار تعديل الدستور في عام 2014، حيث نصت المادة 190 على ما يلي: " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية وقرارات مجالس التأديب، ويتولى الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون، وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى¹."

إلا أنه يلاحظ أن رغم وضوح النص لم تمتنع محاكم القضاء العادي بصورة تامة عن نظر منازعات التنفيذ في الأحكام الصادرة من مجلس الدولة. ففيما يخص اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية فقد أعقب توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاق المبدئي رفع دعويين أمام محكمة القضاء الإداري والتي قضت ببطلان التوقيع ووقف تنفيذ الاتفاقية على سند من مخالفتها لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة (151) من الدستور التي تحظر إبرام أي معاهدة يترتب عليها التنازل عن أراضي الدولة. أما الحكومة المصرية فقد سلكت مسلكين الأول هو الطعن

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=65740&%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%83%D9%85-%D8%B1%D9%82%D9%85-11-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-20-%D9%82-%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A8%D8%AA%D8%B9%D9%8A%D9%8A%D9%86-%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A-%D9%85%D8%AE%D8%AA%D8%B5%D8%A9-%D8%A8%D9%86%D8%B8%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B2%D8%A7%D8%B9> تمت الزيارة في 2020/8/24

¹ النص المذكور هو نص تعديل المادة بعد إقراره في الاستفتاء على تعديل بعض مواد الدستور في عام 2019

على حكم محكمة القضاء الإداري أمام المحكمة الإدارية العليا والثاني هو رفع دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا باعتبار الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري يمثل عقبة أمام تنفيذ الأحكام الصادرة من الدستورية العليا فيما سبق والقاضية بعدم جواز نظر القضاء لأعمال السيادة. إلا أنه في تلك الأثناء قام بعض المحامين برفع منازعة تنفيذ أمام القضاء المستعجل التابع لجهة القضاء العادي والذي قبل نظر الدعوى. ومن ثم أصدرت محكمة القضاء المستعجل بالقاهرة حكمها في الدعوى رقم 121 لسنة 2017 بجلسة 2017/4/2 ثم الحكم الصادر في الاستئناف رقم 157 لسنة 2017 مستأنف موضوعي جنوب القاهرة والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف والقاضي بانعدام الأحكام الصادرة من كل من محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا وأسبابها والقاضية ببطلان تنفيذ اتفاقية ترسيم الحدود. وقد أسس القضاء المستعجل حكمه على أساس أن الاتفاقية من أعمال السيادة وتخرج عن ولاية القضاء ومن ثم تصبح المحكمة غير ذات ولاية فإن هي تعرضت لموضوع النزاع أصبح حكمها معدوم الأصل ويخالف قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ولا يكتسب حصانة ولا يحوز حجية الأمر المقضي به ويصير الحكم معدوما¹.

أما دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا فقد أيدت الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري وذكرت في حكمها أنه لا ينال من أحكام القضاء الإداري الأحكام الصادرة من قاضي التنفيذ، محكمة الأمور المستعجلة، وذلك أمام نص المادة (190) من الدستور والقاضي باختصاص مجلس الدولة وحده بكافة المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ الناتجة عنها². واعتبرت نص المادة (190) نافذ بذاته ولا يتطلب العمل به صدور تشريع لاحق. ومن ثم اعتبرت حكم القضاء المستعجل معدوما ومحض عقبة مادية تنحيها المحكمة المختصة جانبا. أما عن منازعة التنفيذ المقامة من الحكومة المصرية أمام المحكمة الدستورية العليا فقد اعتبرتها المحكمة الإدارية العليا

¹ مشار إليه لدى د. علي عبد الفتاح محمد العزازي، مرجع سابق، ص 476-478

² حكم المحكمة الإدارية العليا، دائرة فحص الطعون، في الطعن رقم 74236 لسنة 62 ق. ع، بتاريخ 2017/1/1

"لا تخرج في حقيقتها وطبيعتها عن استثنائيا أقيم أمام محكمة غير مختصة لوقف تنفيذ حكم نهائي صادر عن جهة القضاء الإداري¹."

أما عن موقف المحكمة الدستورية العليا من هذا الخلاف بين جهتي القضاء العادي والإداري فنتناوله فيما يلي. أولاً، بالنسبة للمنازعة المرفوعة من الحكومة المصرية، والمطالبة بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري وفي الموضوع بالاستمرار بتنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بشأن أعمال السيادة وعدم الاعتداد بالحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري والذي يحول من وجهة نظر المدعين دون تنفيذ تلك الأحكام، فقد ارتأت المحكمة الدستورية العليا أن أحكامها السابقة إذ لم تتعرض للاتفاقية المذكورة، كما لم تنطوي أحكام مجلس الدولة على إقرار مبدأ خضوع أعمال السيادة أو إبرام المعاهدات الدولية لرقابة مجلس الدولة ومن ثم فهي لا تخالف الحجية المطلقة لأحكام الدستورية العليا السابقة والتي تقتصر على النصوص التشريعية التي كانت مثارا للمنازعة حول دستوريتها. بينما شيد حكم مجلس الدولة على تفسير المادة (151) من دستور عام 2014 وبالتالي لم تجد الدستورية العليا صلة بين هذه الأحكام وتلك فلا يشكل الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري عقبة في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا. وعليه قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعويين المعروضتين وكذا طلب وقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري².

أما بخصوص الدعوى المرفوعة من الحكومة المصرية أمام المحكمة الدستورية العليا والمطالبة بصفة مستعجلة بوقف الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا وعدم الاعتداد بهم والاعتداد بالأحكام الصادرة من القضاء المستعجل التابع لجهة القضاء العادي فقد جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا ما يلي³: أولاً،

¹ الحكم السابق

² حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعويين 37 و 49 لسنة 38 قضائية "منازعة تنفيذ"، بتاريخ 2018/3/3

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 12 لسنة 39 قضائية "تنازع"، بتاريخ 2018/3/3

أسست المحكمة اختصاصها في نظر الدعوى على المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي تعطي المحكمة الاختصاص بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن حكمين نهائيين متناقضين صادرا أحدهما من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى. وأوضحت المحكمة أنها لا تعتبر في تلك الحالة بمثابة جهة طعن على تلك الأحكام ومن ثم لا اختصاص لها بمراقبة التزامها بحكم القانون أو مخالفتها له وإنما يقتصر دورها على المفاضلة بين حكمين على أساس من قواعد الاختصاص الولائي، بحيث يكون الحكم المستحق التنفيذ هو ذلك الصادر من جهة ذات اختصاص ولائي. وأوضحت المحكمة أن تجاوز الاختصاص الولائي قد يتمثل في التعدي على اختصاص سلطة أخرى إذا كان الأمر يخرج عن ولاية القضاء بصفة عامة بما يخالف مبدأ الفصل بين السلطات. فأما عن الحكم الصادر من القضاء المستعجل التابع لجهة القضاء العادي فقد رأت المحكمة أنه قد خالف نص المادة (190) من الدستور وفصل في منازعة تنفيذ موضوعية متعلقة بحكم صادر من المحكمة الإدارية العليا وانتحل بذلك اختصاص ممتنع عليه دستورا ومن ثم ينبغي عدم الاعتداد به. إلا أن المحكمة لم تذهب إلى الأخذ بحكم القضاء الإداري فقد رأت أن توقيع ممثل الدولة المصرية على اتفاقية ترسيم الحدود بين مصر والمملكة السعودية يعد من أعمال السيادة وأن الأحكام الصادرة من مجلس الدولة تشكل اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية وفقا للمادة (151) من الدستور بشأن التصديق على المعاهدات ومن ثم يتعين عدم الاعتداد بذلك الحكم.

ويلاحظ هنا من خلال تلك الأحكام أن مشكلة التنازع بين القضاء العادي والإداري فيما يتعلق بإشكالات التنفيذ يظل قائم رغم صراحة النص الدستوري الذي ينص على اختصاص المجلس دون غيره بنظر المنازعات في تنفيذ أحكامه. فالقضاء العادي على ما يبدو ما زال يسير على الرأي القائل بأنه حال صدور الحكم منعما من القضاء الإداري فإنه يكون له الحق في وقف تنفيذه. وبالرغم من أن المحكمة الدستورية العليا قد أوضحت بما لا يدع مجالا للشك في أحكامها أن ذلك يعد تعدي على اختصاص

القضاء الإداري إلا أنه كما رأينا فإن مجرد قبول القضاء العادي للدعوى وصدور حكم نهائي منه يقيم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بفض ذلك التنازع وبذلك لا يكون للمجلس القول الفصل في منازعات التنفيذ الصادرة المتعلقة بالأحكام الصادرة منه. ومع ذلك ينبغي الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا لا تنصب نفسها كمحكمة طعن على الأحكام المتنازعة وإنما هي ترجح الحكم الصادر من الجهة المختصة ولائها ومن ثم فلا يتصور أن تحكم بعدم الاعتداد بحكم القضاء الإداري إلا إذا اعتبرت العمل محل الدعوى من أعمال السيادة. وقد يبدو أنه لا علاقة بما تم عرضه بعقود الدولة التي هي محل هذه الدراسة، ولكن في حقيقة الأمر تتضح العلاقة بالنظر إلى أن بعض العقود يتم إبرامها في شكل معاهدة وقد يتطلب المشرع الدستوري أخذ موافقة السلطة التشريعية عليها.

يلاحظ أيضاً أن دستور عام 2014 جعل من اختصاص مجلس النواب الرقابة على إبرام بعض العقود مثل منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة. وكان مجلس الدولة المصري يذهب إلى أن تلك الأعمال تعد عقود إدارية ولو كانت تسمى اتفاقية، فعلى سبيل المثال ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن: "أعمال السيادة تحددها طبيعة العمل وليست طريقة إبرامه أو التصديق عليه- الاتفاقيات الدولية التي تتمخض عن أعمال تجارية لا تعد من أعمال السيادة، ولو استلزم الدستور عرضها على مجلس الشعب¹". وكانت المحكمة الدستورية العليا تعتبر أن اشتراط موافقة البرلمان لا تعني بالضرورة أن العمل من أعمال السيادة كما كانت تعتبر طبيعة الاتفاقيات الدولية التجارية تخرجها من أعمال السيادة، حيث قضت بأن²: " وحيث إنه وإن كانت نظرية "الأعمال السياسية" - كقيد على ولاية القضاء الدستوري - تجد في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما يقع في المجال الداخلي ، نظراً لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا، إلا أنه

¹ حكم الإدارية العليا، طعن رقم 5546 و 6013 و 7975 لسنة 55 ق ع، بتاريخ 2010/2/27.

² حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 10 لسنة 14 ق "دستورية"، بتاريخ 1993/6/19.

ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية - أياً كان موضوعها- تعتبر من "الأعمال السياسية". كما أنه ليس صحيحاً أيضاً القول بأن الاتفاقيات الدولية التي حددتها الفقرة الثانية من المادة (151) من الدستور واستلزمت عرضها على مجلس الشعب وموافقته عليها، تضحى جميعها- وتلقائياً- من "الأعمال السياسية" التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري، ذلك أن كلا القولين السابقين يتناقض والأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريته، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والتصديق عليها... وحيث إن مودى ما تقدم، أن الاتفاقية المشار إليها إنما تتمخض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية، فلا يسوغ اعتبارها من "الأعمال السياسية" التي تنحسر عنها رقابة القضاء الدستوري، ولا يغير من ذلك ما تضمنته بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين فيه. كما لا يغير من ذلك ما ورد بصدر هذه الاتفاقية بشأن البواعث التي دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف. ومن ثم يكون الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الماثلة قائماً على غير أساس واجب الإطراح."

إلا أنه في التطور الأخير الذي عرضناه اعتبرت الدستورية العليا أن إسناد الدستور اختصاص الرقابة للبرلمان يخرج العمل من رقابة القضاء باعتباره من أعمال السيادة. ويتوافق هذا التفسير مع نظرية الأعمال السياسية في النظام الأنجلو أمريكي (Political Question Doctrine)، والذي يعتبر إسناد الدستور الرقابة لجهة سياسية يخرج العمل عن رقابة القضاء وكذلك إذا كان تقدير مشروعية العمل يتطلب عناصر تقدير لا تتوافر لدى القضاء. ولكن يلاحظ في القضاء الأنجلو أمريكي أن الأعمال التجارية للإدارة لا تعد من أعمال السيادة. ومن ثم يكون التوجه الأخير للمحكمة الدستورية، إذا حمل على عمومها، له أثر خطير في عدم فرض رقابة قضائية على العقود التي تبرمها الدولة إذا كان الدستور قد جعل للسلطة التشريعية رقابة على إبرامها. لذا ترى الباحثة

أن على المحكمة الدستورية إعادة النظر في مدى عمومية القاعدة التي أقرتها في حكمها
المتعلق باتفاقية ترسيم الحدود.

الفرع الرابع التحكيم في عقود الدولة

يمكن تعريف التحكيم بأنه "اتفاق الطرفين على اللجوء لشخص ثالث ليفصل فيما نشأ بينهما من منازعات أو ما سينشأ مستقبلاً بحكم ملزم دون القاضي المختص¹".
وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن "الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما وفقاً لشروط يحددها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، وهو ما مؤداه اتجاه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض خصوماتهم بدلاً من القضاء العادي ومن ثم فإن المشرع بما له من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق قد حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناءً من أصل خضوعها لولايتها²".

أولاً: التحكيم الإجمالي:

كان القانون رقم 97 بشأن هيئات القطاع العام ينص على أن يتولى الفصل في المنازعات التي تنشأ بين تلك الهيئات أو بينها وبين الأشخاص الاعتبارية العامة هيئات تحكيم خاصة، وهو ما يعرف بالتحكيم الإجمالي. إلا أنه بمقتضى القانون رقم 4 لسنة 2020 قد ألغي هذا النظام، ومن ثم أصبحت تلك المنازعات تعرض على لجان التوفيق أولاً ثم على جهة القضاء المختصة³.

ثانياً: التحكيم الاختياري:

¹ د. أشرف حسن عباس الأور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، 2015، ص 235-236.

² حكم المحكمة الدستورية العليا، طعن رقم 50 و66 لسنة 22 ق (دستورية)، بتاريخ 2002/12/15.

³ د. مجدى عبد الغنى خليف، اختصاص لجان التوفيق وفقاً لأحكام قانون التوفيق رقم 7 لسنة 2000 والمعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2017، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2020، العدد الأول، المجلد الثاني، ص 641-731.

أجاز قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 بعد تعديله بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 في الفقرة الثانية من المادة (1) التحكيم في منازعات العقود الإدارية "بموافقة للوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".¹ ويلاحظ أن القانون لم يختص أنواع معينة من العقود الإدارية أو من منازعاتها. ومن ثم فإن منازعات الإبرام والتنفيذ والآثار يمكن أن تخضع جميعها للتحكيم¹. كذلك فقد نص قانون التعاقدات العامة رقم 182 لسنة 2018 في المادة (91) على جواز التحكيم في العقود الخاضعة لهذا القانون بشرط موافقة الوزير المختص وأن تتضمنه شروط التعاقد وأن تتبع الإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994.

أما قانون المشاركة بين القطاع العام والخاص رقم 67 لسنة 2010 فقد أجاز في الفقرة الثانية من المادة (35) أيضا خضوع عقود المشاركة للتحكيم بشرط موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة والتي تشكل برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية الوزراء المختصين بالشئون المالية والاستثمار والتنمية الاقتصادية والشئون القانونية والإسكان والمرافق والنقل ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة.

ثالثا: مشاكل التنازع بين القضاء الوطني والتحكيم

هناك عدد من الأسباب قد تؤدي إلى نشأة التنازع بين القضاء الوطني والتحكيم. أولها هو ما تعرضنا له بالنسبة لمنازعات الإبرام، حيث جرت العادة على اختصاص القضاء الوطني بمنازعات الإبرام، حتى لو كان العقد المبرم بعد ذلك ينص على التحكيم. وقد سبق أن تعرضت الباحثة في موضع سابق للتوجهات المصرية والدولية في هذا الشأن. أما السبب الثاني فهو عدم أخذ الموافقات المطلوبة قبل الموافقة على التحكيم. ويلاحظ أيضا أنه حتى وإن كان الاتفاق على التحكيم سليما فإن المحاكم الوطنية يكون لها اختصاص في بعض الحالات مثل الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والتظلم منه واتخاذ التدابير

¹ د. أشرف حسن عباس الأعور، مرجع سابق، ص 331.

المؤقتة والتحفظية والفصل في طلب رد المحكم ونظر دعوى بطلان أحكام المحكمين. وأما السبب الرابع فهو معاهدات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف التي وقعت عليها مصر مع العديد من دول العالم، والتي تعطي المستثمر حق اللجوء للتحكيم في بعض الحالات ولو لم يتم الاتفاق على ذلك في العقد. وفيما يلي نتعرض إلى حالات التنازع الناتجة عن السبب الثاني والثالث والرابع.

1. مشاكل التنازع الناتجة عن عدم أخذ الموافقات المطلوبة

ذكرنا أن كل من قانون التحكيم وقانون التعاقدات العامة قد اشترطا الحصول على موافقة الوزير المختص للجوء إلى التحكيم، بينما اشترط قانون المشاركة بين القطاع العام والخاص الحصول على موافقة اللجنة العليا لشئون المشاركة والتي تتكون من رئيس الوزراء وعدد من الوزراء المعنيين ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة. ولقد ثارت عدد من المنازعات في الحالات التي تم تضمين العقد شرط تحكيم دون أن تأخذ الجهة الإدارية موافقة الوزير المختص وترتب على ذلك خلاف حول آثار تخلف هذا الشرط¹. وقد ذهب مركز القاهرة للتحكيم في البداية إلى أن شرط التحكيم يبطل بطلانا مطلقا دون أخذ الموافقة المذكورة باعتبارها من النظام العام، وأن كل من طرفي العقد مسئول عن التحقق من هذا الشرط. وفي حكم لاحق تخفف المركز من هذا الشرط وذهب إلى كون موافقة الوزير يمكن أن تتحقق بصورة ضمنية. أما الفقه فقد ذهب جانب منه إلى تحمل الجهة الإدارية المسؤولية عن عدم أخذ الموافقة المذكورة ومن ثم فإن من مقتضيات حسن النية أن تقبل الموافقة اللاحقة من الوزير المختص. وذهب جانب آخر من الفقه أبعد من ذلك فقرر مسؤولية الدولة عن تعويض المتعاقد معها مع عدم جواز التهرب من الخضوع للتحكيم لما في ذلك من مخالفة للنظام العام الدولي. أما محكمة استئناف القاهرة فقد ذهبت إلى أن النص الذي يلزم الحصول على موافقة الوزير المختص يخاطب كل من طرفي العقد ومن ثم فإن في حال تخلفه لا تسأل عنه جهة الإدارة وحدها وإنما الطرف المتعاقد معها أيضا. كما ذهبت المحكمة إلى أن هذا

¹ د. أشرف حسن عباس الأعور، مرجع سابق، ص 331 – 334.

الشرط لا يتحقق إلا بموافقة الوزير المختص نفسه.

أما المحكمة الإدارية العليا فقد ذهبت هي الأخرى إلى أن الأهلية القانونية للموافقة على التحكيم لا يتمتع بها إلا الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ومن ثم يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام كل اتفاق يبرم بالمخالفة لذلك¹.

2. اختصاص القضاء في ظل وجود اتفاق تحكيم سليم

ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن الاتفاق على التحكيم لا يعد تنازلاً عن اللجوء للقضاء ومن ثم إذا لم ينفذ اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب فإن سلطة نظر النزاع تعود إلى القضاء، واعتبرت المحكمة اتفاق التحكيم مانع من سماع الدعوى يزول إذا زال اتفاق التحكيم².

وبالنسبة لاختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مدى اختصاصها، وهو الأمر المقرر بمقتضى نصوص قانون التحكيم، فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى رفض الطعن بعدم دستورية تلك النصوص من قانون التحكيم فائلاً³: " وإذا كان النص الطعين قد خول هيئة التحكيم الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ، فذلك لا اعتبارات تتفق والمنطق القضائي قوامها أن عرض نزاع ما على هيئة التحكيم يعتبر وسيلة قضائية يحسم من خلالها النزاع موضوع التحكيم برمته ، بما فيه من أوجه دفاع ودفوع ، فلا تتجزأ الخصومة محل التحكيم لتفصل في موضوعها هيئة التحكيم ، بينما تفصل في دفوعها هيئة أخرى وذلك حتى تتمكن هيئة التحكيم من القيام بواجبها في الفصل في النزاع المطروح عليها دون أن تتمزق أوصاله ، وما ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة المتفق عليها فقهاً وقضاءً وهي أن قاضى الدعوى هو قاضى الدفع ."

¹ حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 8256 لسنة 52 ق، بتاريخ 2016/3/5.

² حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 886 لسنة 30 ق، بتاريخ 1994/1/18.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا، طعن رقم 50 و66 لسنة 22 ق (دستورية)، بتاريخ 2002/12/15.

وعللت ذلك بأن المشرع لم يهمل فرض رقابة قضائية لاحقة، فذهب إلى أن: " لما كان ذلك وكان الاتفاق على عرض نزاع ما على هيئة التحكيم لا يحول دون أن تفرض جهة القضاء العادي رقابتها على قرارات هيئة التحكيم التي تنتهي بها الخصومة كلها فقد جعل المشرع لجهة القضاء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والتظلم منه كما جعل لها وحدها الاختصاص بنظر دعوى بطلان أحكام المحكمين ليتمكن من خلالها الخصوم وغيرهم من ذوى الشأن الذين يستطيل حكم التحكيم إليهم إبداء ما يعين لهم من مطاعن تؤدي إلى بطلان ذلك الحكم ، ومن ثم لا يكون النص الطعين قد أخل بالحق في التقاضي أو تضمن عدواناً على استقلال القضاء أو حصانته."

وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت إلى أنه يكون للمحكمة المختصة أن تفرض رقابتها على قرارات هيئة التحكيم التي تنتهي بها الخصومة كلها، مثل الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والتظلم منه واتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية والفصل في طلب رد المحكم ونظر دعوى بطلان أحكام المحكمين¹.

أما الأسباب التي يمكن أن تبنى عليها دعوى البطلان فهي التي ذكرتها المادة (53) من قانون التحكيم والتي تنص على أن: " 1. لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته. (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. (ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. (د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. (هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين. (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 12824 لسنة 59 ق، بتاريخ 2015/7/28.

الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها. (ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم. 2. وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

واستبعدت المحكمة الإدارية العليا النعي على حكم التحكيم بمخالفة القانون والخطأ في تفسيره أو تأويله من الحالات التي تجيز الطعن ببطلان حكم التحكيم¹.

أما بالنسبة للمحكمة التي تختص بنظر دعوى البطلان فقد حددتها المادة (54) من قانون التحكيم كما يلي: " 1. ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه. ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم. 2. تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع."

والمحكمة المذكورة في المادة (9) هي محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى. هذا بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي أما في غير ذلك فتكون محكمة ثاني درجة المختصة أصلاً بنظر النزاع. وبالنسبة للعقود الإدارية فإن تلك المحكمة هي غالباً المحكمة الإدارية العليا بالنظر إلى أن محكمة القضاء الإداري تكون هي المختصة بنظر منازعات العقود الإداري التي تزيد قيمتها عن 500 جنيه².

وفي اتجاه المشرع إلى تقرير اختصاص محكمة ثاني درجة لنظر دعوى بطلان حكم التحكيم تقول المحكمة الإدارية العليا أن المشرع قد أقام توازناً دقيقاً بين وجوب احترام إرادة الطرفين في اللجوء للتحكيم ووجوب الاعتراف بحجيتها ونفاذها وبين ضرورة

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 7109 لسنة 45 ق، بتاريخ 2003/4/8.

² يختلف الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية وفقاً لقيمة العقد، فإن لم تزد قيمة العقد عن 500 جنيه، وهذا افتراض غير منطقي في الوقت الحالي، فإن المحكمة المختصة تكون هي المحاكم الإدارية وتكون محكمة ثاني درجة هي محكمة القضاء الإداري.

مواجهة الحالات التي يصاب فيها حكم التحكيم "بعوار ينال من مقوماته الأساسية، ويدفعه إلى دائرة البطلان بمدارجه المختلفة" ومن ثم أجاز المشرع إقامة دعوى بطلان أصلية احتراماً ل ضمانات التقاضي، "وبما يؤدي إلى إهدار أي حكم يفتقر في مصدره إلى المقومات الأساسية للأحكام القضائية" ومن ثم عهد المشرع إلى محكمة الدرجة الثانية بنظر دعوى بطلان أحكام المحكمين، وذلك للطبيعة الخاصة لأحكام التحكيم وما تقتضيه من احترام إرادة الأطراف وسرعة الفصل في النزاع. ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك لتعلقه بالنظام القضائي للدولة والذي يعد من النظام العام¹.

3. التنازع الناتج عن إبرام اتفاقيات استثمار ثنائية أو متعددة الأطراف

كما ذكرنا في الجزء المتعلق بقانون الاستثمار فإن مصر أبرمت عدد كبير جداً من اتفاقيات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف مع أغلب دول العالم. وفي كثير من الأحيان تعطي تلك الاتفاقيات للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء للتحكيم الدولي بعد استنفاد وسائل التقاضي الداخلية، في حالة نص العقد على اللجوء للقضاء وليس التحكيم، وذلك في حالات محددة من أبرزها عدم حصوله على معاملة عادلة من الجهات الإدارية والجهات القضائية الوطنية. ولعل أغلب الحالات التي تم توقيع تعويضات باهظة على الدولة المصرية ترجع تحديداً لهذا السبب من أسباب التنازع.

رابعاً: تقييم التوجهات التشريعية الحديثة لمواجهة مشاكل التنازع بين القضاء الوطني

وجهات التحكيم

سبق أن تناولنا المشاكل الناتجة عن اختصاص القضاء الإداري في مصر بالقرارات الإدارية القابلة عن الانفصال عن العقد، ورأينا أن توجه المشرع كان نحو منع طعن الغير على تلك القرارات حتى لا تؤثر على استقرار المعاملات وثقة المستثمرين. وفي هذا الجزء نتناول سبب آخر من نشوء حالات التنازع بين أحكام التحكيم والقضاء المصري والتي ترجع إلى عدم الحصول على الموافقات اللازمة للاتفاق على التحكيم،

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 8204 لسنة 44 ق، بتاريخ 2016/7/21.

فبينما يتمسك القضاء المصري ببطلان اتفاق التحكيم الذي لم يوقع عليه الوزير المختص كونه يرتبط بأهلية الجهات الإدارية لإبرام مثل تلك الاتفاقات وكونه يتعلق بقواعد الاختصاص التي تعد من النظام العام الداخلي، فإن جهات التحكيم الدولية تصر على أن الجهات الإدارية الوطنية لا يكون لها أن تنهرب مما اتفقت عليه من الخضوع للتحكيم بحجة عدم حصولها على الموافقة اللازمة لما يشكله ذلك من مخالفة للنظام العام الدولي.

ونتيجة لهذا الخلاف صدرت أحكام تحكيم عديدة تفرض تعويضات باهظة على الدولة المصرية. وفي سبيل السيطرة على فوضى الأحكام القضائية والتحكيمية تلك لجأت الحكومة المصرية إلى إصدار عدد من القرارات لتشكيل لجان من ذوي الخبرة يتراوح دورهم من إبداء الرأي في القضايا القائمة بالفعل إلى وجوب أخذ رأيهم قبل إبرام اتفاقات تحكيم. وتبلور تشكيل تلك اللجنة وتسميتها واختصاصاتها على مدار العشر سنوات الأخيرة من خلال التعديلات المتكررة لتلك القرارات الوزارية، والتي نتناول أبرزها فيما يلي:

1. الهيئة العليا للتحكيم والمنازعات الدولية

- تم تشكيل الهيئة العليا لدراسة وتقديم الرأي في شأن قضايا التحكيم الدولي المرفوعة من وعلى جمهورية مصر العربية المعدل بمقتضى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 108 لسنة 2013، المعدل بالقرار رقم 283 لسنة 2013 والقرار رقم 847 لسنة 2013.
- تم إلغاء القرارات المذكور مرة أخرى بمقتضى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1255 لسنة 2014 وتضمن هذا الأخير تشكيل الهيئة المذكورة وتحديد اختصاصاتها بإبداء الرأي والمشورة في شأن الدفاع عن مصر في جميع قضايا التحكيم الدولي المرفوعة منها أو عليها والجهات التابعة لها وكذلك اقتراح تسوية النزاع وديا (المادة 1). وأكد القرار على عدم جواز اتخاذ أي إجراء من قبل الجهات الحكومية أو الإدارية المصرية في شأن أي نزاع تحكيمي دون

الرجوع إلى هذه الهيئة (المادة 6). وهذا القرار أدخلت عليه بعض التعديلات بالقرار رقم 1966 لسنة 2014.

- تم تعديل القرارات المذكورة مرة أخرى بمقتضى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1062 لسنة 2019 والذي أدخلت بمقتضاه بعض التعديلات على تشكيل الهيئة. كذلك تناول القرار ما يتعلق بصحة انعقاد جلساتها والأغلبية المطلوبة لاتخاذ قراراتها وأكد على إلزامية قراراتها للجهات الإدارية بعد اعتمادها من مجلس الوزراء. وبصفة عامة فإن اختصاصاتها تتشابه مع ما ورد في قرار عام 2014 مع كونها مذكورة بصورة تفصيلية أكثر في قرار عام 2019.

- يجيء بعد ذلك تعديل جوهري آخر وهو ذلك الذي أدخل على قرار عام 2019 بمقتضى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2592 لسنة 2020 بتشكيل "الهيئة العليا للتحكيم والمنازعات الدولية" والتي تم ضم عدد أكبر من العناصر ذات الخبرة لتشكيلها. أما أبرز التعديلات التي اشتمل عليها القرار فهي أن اختصاص الهيئة لم يعد قاصرا على منازعات قائمة بالفعل بل أصبح يشمل ذلك ويشمل أيضا المسائل السابقة على إبرام العقود مثل ما ورد في المادة (2) من اعتماد بيوت الخبرة الدولية والمحكمون ومكاتب المحاماة وإبداء الرأي في عقود الدولة التي تبرمها مع مستثمر أجنبي وصياغة البنود الحاكمة لتلك العقود. كما أجازت المادة (3) بند (4) للهيئة الاستعانة بنوي الخبرة ومكاتب التحكيم والمحاماة الدولية. ولعل أهم التعديلات هو ما ورد في المادة (6) من أنه لا يجوز لأي من الجهات الإدارية من وزارات وهيئات عامة وأجهزة حكومية والجهات التابعة لها أو الشركات التابعة للدولة أو التي تساهم فيها بأي وجه من الوجوه أن تبرم قبل العرض علي الهيئة أية عقود مع مستثمر أجنبي أو توقيع أية عقود تتضمن بنداً بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم الدولي، أو إجراء أي تعديل في هذه العقود أو اتخاذ أي تدبير أو إجراء في شأن أي نزاع تحكيمي. ومن ثم أصبح هناك قيوداً آخر غير أخذ موافقة الوزير المختص وهو

ضرورة العرض على الهيئة المذكورة.

- وأخيرا صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 3218 لسنة 2022 والذي أضاف للاختصاص الوارد بالمادة (6) بند (1)، الذي يلزم الجهات الحكومية بعرض العقود التي تتضمن شرط تحكيم على الهيئة قبل توقيعها، عبارة "أو اتخاذ أي إجراء ينطوي على فسخ أو إنهاء تلك العقود".

وقد قوبلت تلك المقاربات التشريعية بردي فعل مختلفين من المشتغلين في الحقل القانوني. فقد رحب بها البعض باعتبارها نقلة تشريعية وخطوة إيجابية للتصدي للخسائر التي تكبدتها الدولة المصرية نتيجة لغياب الكوادر القانونية المتخصصة في اتخاذ القرارات باللجوء للتحكيم أو صياغة العقود أو تولي الدفاع في المنازعات التحكيمية التي تكون الدولة طرف فيها¹. بينما انتقد البعض هذا التوسع في اختصاص الهيئة الذي يلزم الجهات الإدارية باستشارتها قبل إبرام العقود مع المستثمرين الأجانب من عدة جوانب²، فمن ناحية أولى يمكن اعتباره قيذا مفروضا في حالة التعاقد مع مستثمر أجنبي وغير مفروض على المستثمرين المصريين مما قد يشكل قيذا على

1 انظر على سبيل المثال أ. مريم عراق، اختصاصات الهيئة العليا للتحكيم والمنازعات الدولية في القرار رقم 2592 لعام 2020،

<https://eg.andersen.com/%D8%A7%D8%AE%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D8%B5%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%87%D9%8A%D8%A6%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%84%D9%8A%D8%A7-%D9%84%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86/>، تمت الزيارة بتاريخ 2023/11/18.

2 Dr. Fatma Salah, New Approval Required for Government Contracts and Arbitration Agreements in Egypt, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/21/new-approval-required-for-government-contracts-and-arbitration-agreements-in-egypt/>, visited 18/11/2023>

الاستثمار الأجنبي كما أن القرار لم يعرف المستثمر الأجنبي، ومن ناحية أخرى فإن نص القرار جاء مطلقا ليشمل كافة العقود أيا كان نوعها أو قيمتها كما يشمل كافة الشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها أيا كان مقدار تلك المشاركة، كذلك قد يتعارض هذا الاختصاص مع اختصاص قسم الفتوى بمجلس الدولة، ولعل أهم هذه الانتقادات أنه يضيف شرطا للإبرام عقود تحتوي على شرط تحكيم لم يشترطه قانون التحكيم وهو العرض على الهيئة المذكورة. جدير بالذكر أن هذا الشرط الإضافي قد يزيد الموافقات المطلوبة تعقيدا ويقيد أهلية الجهات الإدارية في إبرام تلك العقود مما يزيد الوضع القائم بالفعل تازيما خاصة وقد رأينا أنه ما أثاره شرط الحصول على موافقة الوزير المختص منازعات بين هيئات التحكيم الدولية والقضاء الوطني.

2. إدارة التحكيم والمنازعات الدولية في وزارة العدل

تم إنشاء إدارة التحكيم والمنازعات الدولية عام 2015 بمقتضى القرارات الوزارية أرقام 6382 لسنة 2015 و6868 لسنة 2015 و9702 لسنة 2015 و7912 لسنة 2017. وتختص الإدارة بمتابعة المنازعات التحكيمية، ودراسة الموقف التحكيمي للقضايا والمنازعات الدولية المرفوعة من الدولة أو عليها والجهات أو الهيئات التابعة لها وكل ما يُحال إليها من منازعات دولية في هذا الشأن. وتختص الإدارة بمتابعة التسويات الودية المختلفة (التفاوض – التوفيق – الوساطة) لمنازعات التحكيم الدولي من خلال الهيئة العليا لدراسة وتقديم الرأي في قضايا التحكيم الدولي "الهيئة العليا للتحكيم الدولي" واللجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار، حيث يشغل مساعد الوزير للتحكيم والمنازعات الدولية منصب رئيس الأمانة الفنية بهما ومقرر الهيئة العليا للتحكيم¹.

3. وسائل فض المنازعات وفقا لقانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2017

تناول الباب الخامس من قانون الاستثمار رقم 72 لسنة 2017 أربعة سبل لفض

¹ إدارة التحكيم والمنازعات الدولية، <https://moj.gov.eg/ar/Departments/ASIDD/Pages/Home.aspx>

تمت الزيارة في 2023/11/19.

منازعات الاستثمار. وأوضحت المادة (82) أن تلك الوسائل لا تخل بالحق في التقاضي أو تسوية النزاع وديا. وفيما يلي نتناول تلك الوسائل:
أولا، لجنة التظلمات

وفقا للمادة (83) تتولى تلك اللجنة النظر في التظلمات من القرارات الإدارية الصادرة من الجهات المختصة وفقا لأحكام القانون. ويترتب على تقديم التظلم قطع مواعيد الطعن القضائي، وتفصل اللجنة في التظلم بقرار نهائي وملزم لجميع الجهات المختصة ودون إخلال بحق المستثمر في اللجوء للقضاء (المادة 84).
ثانيا، اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار

وفقا للمادة (85) تتولى اللجنة الوزارية النظر في الطلبات أو الشكاوى أو المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين والدولة، أو الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها. وتصدر اللجنة قرارات مسببة (المادة 86)، وتكون قراراتها واجبة النفاذ وملزمة لجهة الإدارة ولها قوة السند التنفيذي، أما المستثمر فيكون له حق اللجوء للقضاء (المادة 87).
ثالثا، اللجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار

تختص تلك اللجنة بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التي تكون الدولة أو إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفا فيها (المادة 88). ويكون لها في سبيل ذلك، وبرضاء الأطراف، إجراء التسوية اللازمة لمعالجة اختلال توازن تلك العقود، ومد الأجل أو المدد أو المهل المنصوص عليها فيها، ويكون لها -إذا اقتضى الأمر- إعادة جدولة المستحقات المالية أو تصحيح الإجراءات السابقة على إبرام العقود لتحقيق التوازن العقدي (المادة 89). ويتحقق تراضي الجهة الإدارية على تلك التسوية باعتمادها من مجلس الوزراء وتصبح واجبة النفاذ وملزمة للجهات الإدارية ولها قوة السند التنفيذي.

رابعا، الوسائل الودية لسوية المنازعات ومركز التحكيم والوساطة

تنص المادة (90) على جواز اتفاق الأطراف على أي وسيلة للتسوية في أي مرحلة كان عليها النزاع، ويجوز لهم تطبيق قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 أو الاتفاق

على غير ذلك، كما يجوز الاتفاق على التحكيم الحر أو المؤسسي. ونصت المادة (91) على إنشاء مركز مستقل للتحكيم والوساطة له شخصية اعتبارية عامة ومقره القاهرة، ويكون لأطراف النزاع اللجوء إليه في أي مرحلة إذا اتفقوا على ذلك لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم أو الوساطة.

ومن الملاحظ اتجاه الدولة إلى فتح سبل التسوية الودية وذلك كوسيلة لتفادي أحكام التحكيم الدولية التي أثقلت التعويضات الناتجة عنها كاهل الدولة. وتقدر التسويات التي نجحت اللجنة الوزارية في الوصول إليها بـ 11 تسوية في الفترة من 2014 وحتى 2020¹.

خامسا: تقييم الاعتقاد بتسبب أحكام مجلس الدولة المصري في تنازع الأحكام

يثار أحيانا في الأوساط القانونية أن مجلس الدولة المصري بتعرضه للقرارات التي تصدرها الحكومة المصرية بصدد عقود الاستثمار الدولية يتسبب في صدور أحكام متناقضة من القضاء الوطني والتحكيم الدولي مما قد يسبب خسارة الدولة المادية نتيجة لما يفرض عليها من تعويضات. وربما يؤكد هذا الاعتقاد ما تناوله هذا البحث فيما يتعلق بقرار رئيس الجمهورية لعام 2014 الذي يمنع طعن الغير على العقود الإدارية. والحقيقة أنه حتى في ظل عدم طعن الغير على تلك القرارات فإن القضاء الإداري قد يكون هو المختص وفقا للعقد ويتعين استنفاد طرق الطعن وفقا له قبل اللجوء للتحكيم الدولي وفقا لأحد اتفاقيات الاستثمار الدولية الثنائية أو متعددة الأطراف. وفي تلك الحالة يضطر التحكيم الدولي إلى دراسة أحكام القضاء الوطني لتقييم مدى التزامه بحقوق الدفاع وأيضا لتفسير القانون الموضوعي للدولة الطرف في النزاع.

ويرى البعض أنه لا ينبغي النظر للعلاقة بين القضاء الوطني والتحكيم الدولي كعلاقة

1 Ahmed Bakry, After 48 Years at ICSID (1972-2020): An Overview of the Status of Egypt in ICSID Arbitrations, 2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/15/after-48-years-at-icsid-1972-2020-an-overview-of-the-status-of-egypt-in-icsid-arbitrations/>, visited 19/11/2023.

ندية، ذلك أن كل منهم يتأثر بالآخر¹. فعلى سبيل المثال في القضية التحكيمية لوجيه سياج ضد الدولة المصرية اعتمدت هيئة التحكيم ما أوردته المحكمة الإدارية العليا من حكم لصالح المدعي وإبطال للقرارات الإدارية التي منح بمقتضاها ملكية بعض الأراضي لاستثمارها كمنتجع سياحي وكذلك لجأت في تفسير القوانين المتعلقة بتنظيم الجنسية المصرية إلى أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الصدد².

وفي القضية المثارة بين شركة جان دي نول والدولة المصرية والتي دفع فيها المدعي بعدم احترام الدولة المصرية لشرط المعاملة العادلة للمستثمر الأجنبي وانكارها العدالة، ذهبت هيئة التحكيم بعد دراسة أوراق القضية والخطوات التي اتخذها القضاء الإداري المصري إلى أنه لم يرتكب ما يمكن أن يوصف بأنه إنكار للعدالة لا من الجانب الموضوعي ولا من الجانب الإجرائي. وحتى ما اتصفت به الإجراءات من بطء، حيث استغرقت عشر سنوات، وإن كان لا يعد مثاليا إلا أنه يجد ما يفسره من حيث تعقيد القضية وحجم المستندات المقدمة فيها³.

وعليه يمكن القول بأن النظرة إلى مجلس الدولة المصري باعتباره المتسبب في تضارب الأحكام ليست بالضرورة صحيحة وينبغي النظر في المسببات الأخرى التي تؤدي إلى تعقد المنازعات. ولعل التوجه الجديد للحكومة المصرية بالجوء إلى التسوية الودية هو أمر محمود.

¹ Arif Hyder Ali and Ahmed Elsi, The Interaction between Administrative Courts and Investment Tribunals in the Arab World: The Case of Egypt's Council of State, unpublished.

² للمزيد حول هذه القضية انظر أشهر قضايا التحكيم الدولي - قضية وجيه سياج، الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم، <https://iamaeg.net/ar/publications/articles/famous-arbitration-cases-siaj-case> تمت الزيارة بتاريخ 2023/11/20.

³ للمزيد حول هذه القضية انظر، Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. CLAIMANTS v. Arab Republic of Egypt RESPONDENT ICSID Case No. ARB/04/13 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0440.pdf>، تمت الزيارة بتاريخ 2023/11/20.

أخيراً: موقف فرنسا من التحكيم في عقود الدولة ومقارنته بالموقف المصري

بصفة عامة يعد القانون الفرنسي أكثر تشدداً من القانون المصري فيما يتعلق بجواز التحكيم في مجال القانون العام، حتى أن البعض يعتبر أن الأصل العام في هذا المجال هو حظر التحكيم، باستثناء بعض منازعات الصفقات العامة ومنازعات بعض المؤسسات العامة الصناعية والتجارية والعقود المبرمة مع هيئات أجنبية¹. ذهب القضاء الفرنسي إلى حظر لجوء الجهات الإدارية للتحكيم بالنسبة لعقودها الداخلية وجواز ذلك بالنسبة لعقودها الخارجية². واختصاراً يمكننا القول إنه في فرنسا حتى يخضع العقد الإداري للتحكيم فيجب أن تتوافر ثلاثة شروط، وهي أن يكون الطرف الآخر في العقد أجنبي، وأن يكون محله من مشاريع النفع العام وأن يوافق على ذلك مجلس الوزراء. إذا نلاحظ أنه في فرنسا يتم التشدد في تحديد الحالات التي يجوز فيها التحكيم ابتداءً أما في مصر فالأصل أنه جائز بالنسبة لجميع العقود طالما وافق الوزير المختص. والملاحظ أن التوجه التشريعي في مصر يتشدد فيما يتعلق بالموافقات المطلوبة كما سبق العرض، ولكنه لا يتشدد بالنسبة لتحديد العقود التي يجوز فيه التحكيم.

يلاحظ أيضاً أنه فيما يتعلق برقابة القضاء الإداري على أحكام التحكيم، فقد بسط مجلس الدولة في أحكامه الحديثة رقابته على أحكام التحكيم الدولي الصادرة في فرنسا والمتعلقة بالعقود الإدارية، وذلك بالرغم من أن المادة 1519 من قانون الإجراءات المدنية تقضي باختصاص القضاء العادي (محاكم الاستئناف) بالنظر في بطلان أحكام التحكيم³. ففي تلك القضية، وأثناء نظر مجلس الدولة في الطلب المقدم من المدعي بالحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس، أحال إلى محكمة التنازع للفصل في مسألة اختصاصه فحكمت

¹ د. ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2020، ص 346-349.

² د. أشرف حسن عباس الأعور، مرجع سابق، ص 348.

³ Conseil d'État, Assemblée, 09/11/2016, 388806, Publié au recueil Lebon, وارد في المستحدث

في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، 2017، ترجمة القاضي / كريم يحيى الصاوي.

الأخيرة ان دعوى البطلان المقامة ضد حكم التحكيم ينعقد الاختصاص بنظرها إلى القضاء الإداري. ووفقا لذلك مارس المجلس اختصاصه، وكان مما أورده في الحكم "ينعقد الاختصاص بنظرها – عندما يندرج العقد في النظام العام الإداري وتتطوي الدعوى، بالتالي، على رقابة لامنتال حكم التحكيم وقواعد القانون العام الفرنسي الأمرة المتعلقة بالنظام العام أو تلك المتعلقة بتنظيم المشتريات العامة – للقضاء الإداري."

إذا هناك أيضا توجه حديث يتعلق باختصاص مجلس الدولة بالرقابة على بطلان أحكام التحكيم إذا كان العقد الإداري. وهذا غير موجود في مصر حتى هذه اللحظة بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي. ويرى البعض أن هذا الوضع يتعين أن يتغير في ظل وضوح الدستور المصري لعام 2014 بشأن اختصاص مجلس الدولة بكافة المنازعات الإدارية¹. وبالرغم من عدم تعرض المحكمة الدستورية لهذا الأمر بعد، إلا أن الملاحظ بالنسبة لأحكامها الحديثة والتي عرضنا لعدد منها في سياق هذا البحث أنها تذهب إلى اعتبار توزيع الاختصاص بين جهات القضاء من حقوق السلطة التشريعية طالما لم يصدر الحق في التقاضي.

¹ أبدى هذا الرأي المستشار منصف نجيب سليمان في ندوة نظمها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، بعنوان دور قضاء مجلس الدولة في الرقابة على أحكام التحكيم ذات الصلة بعقود الدولة، بتاريخ 2022/9/7.

الخاتمة

في ختام هذا البحث نتناول الإجابة على الإشكاليات التي تم طرحها في المقدمة والمتعلقة بمدى نجاح الإطار التشريعي الحاكم لعقود الدولة في مصر في السيطرة على نقاط الفراغ التشريعي وتعدد الأنظمة التي تخضع لها عقود الدولة وأيضا ما يتعلق بمشكلات التنازع بين الجهات المختصة بفض منازعات العقود التي تبرمها الدولة. وفيما يلي نعرض لأبرز النتائج والتوصيات.

النتائج

1. ما زال المعيار الموضوعي يحكم طبيعة العقود التي تبرمها الدولة، إلا أن أهمية احتواء العقد على شروط استثنائية تبدو وكأنها تتضاءل نظرا لتقرير قوانين التعاقدات وجوب استخدام كراسات الشروط النموذجية التي تحيل للقانون بما يتضمنه من شروط استثنائية مثل حق تعديل العقد أو فسخه بالإرادة المنفردة للإدارة.
2. جميع العقود التي تبرمها الجهات الإدارية أيا كانت طبيعتها تخضع لقواعد خاصة تنظم اختيار المتعاقد مع الإدارة ومن ثم قد يكون لغير المتعاقدين مصلحة في الطعن على الإجراءات التي تخالف تلك القواعد.
3. بالنسبة للسريان الزمني للقوانين المختلفة، خاصة في ظل تسارع وتيرة التعديلات الملحوظ في الآونة الأخيرة فإن القضاء مستقر على أن العقود تخضع لمبدأ " الأثر المستمر للقانون القديم".
4. تضمن دستور عام 2014 المصري رؤية مختلفة عن الدساتير السابقة فيما يتعلق بالنظام الاقتصادي، قوام تلك الرؤية الحفاظ على الاستدامة وموارد الدولة وتشجيع القطاع الخاص وتحمل الدولة واجب الحفاظ على الملكية العامة والخاصة.
5. قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 هو القانون ذو الانطباق العام على عقود الدولة ولكنه يسمح، بل ويتوسع، في قبول

وضع قواعد خاصة لبعض التعاقد ذات الأحكام الخاصة في قانون التعاقدات ذاته أو في قوانين خاصة تصدر خصيصا لتنظيم بعض القطاعات. وذلك بالإضافة لقوانين أخرى ذات انطباق عام على أنواع معينة من عقود الدولة، وأبرزها قانون المشاركة بين القطاع العام والخاص وقانون الاستثمار.

6. تذهب التوجهات الدولية إلى ضرورة وجود أساليب للانتصاف تضمن حقوق ذوي المصلحة مثل مقدمي العطاءات المستبعدة. ولا يشترط أن تكون الجهات التي تنتظر تظلماتهم جهات قضائية، ولكن إن كانت إدارية فيتعين أن يتاح الطعن على قراراتها أمام جهات قضائية وأن يتمتع أعضائها بالاستقلالية وأن تراعى أمامها ضمانات التقاضي. كما يتعين أن يكون لها سلطات في وقف إجراءات التعاقد وتقرير الغرامات والتعويضات وتقصير مدة التعاقد أو حتى إبطال العقد إذا تم إبرامه بالفعل ولم يتعارض ذلك مع المصلحة العامة.

7. هناك توجه واضح في مصر بإنشاء مكاتب إدارية لتلقي التظلمات المتعلقة بإجراءات اختيار المتعاقد مع الإدارة، مثل مكتب الشكاوى الذي أنشأه قانون التعاقدات العامة، ولجان التظلمات التي أنشأها كل من قانون المشاركة وقانون الاستثمار. وكل تلك اللجان لا تمنع صاحب الصفة من اللجوء للقضاء. وبينما لا يتعارض هذا التوجه مع المعايير الدولية، إلا أنه يظل قاصر من حيث صرامته مع جهة الإدارة حيث لم يحدد القانون الجزاءات التي تملك تلك اللجان توقيعها على الجهات الإدارية المخالفة وأثر تلك المخالفات على سلامة العقد المبرم.

8. كان مجلس الدولة المصري مستقر على تطبيق نظرية الأعمال القابلة للانفصال على الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، إلا أنه نتيجة لتعدد الأحكام المتعلقة بعقود الدولة، خاصة التي تتضمن التصرف في أموال مملوكة للدولة فقد صدر القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة والذي قصر الحق في الطعن على طرفي العقد ومن

لهم حق شخصي أو عيني على الأموال محل التعاقد فقط ما لم يكن أحد طرفي العقد أو كلاهما قد أدين في جريمة من جرائم المال العام وكان العقد قد تم إبرامه على أساس تلك الجريمة. وظل هذا القرار بقانون متنازع في مدى دستوريته حتى حسمت المحكمة الدستورية العليا الأمر وأقرت بدستوريته في مطلع عام 2023.

9. فيما يتعلق بلجان التوفيق فإن التعديل الصادر في عام 2017 يجعل قرارات اللجان واجبة النفاذ في حق الجهة الإدارية في بعض الحالات ويتوافق ذلك مع توجه المشرع في حسم النزاعات قبل اللجوء للقضاء، ولكن يلاحظ أن القضاء ما زال يقبل الطعون المرفوعة من الجهات الإدارية على قرارات تلك اللجان.

10. فيما يتعلق بالعلاقة بين الدور الاستشاري والقضائي لمجلس الدولة، فالأمر مستقر على التزام قسم الفتوى بما يصدر عن القسم القضائي، بينما لا يتعين أن يلتزم القسم القضائي بما يصدر عن قسم الفتوى. وبالنسبة لاختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بحسم منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة بآراء ملزمة، فإن كل من القضاء العادي والدستوري والإداري يرى عدم تشكيل تلك الآراء مانعا من إثارة النزاع ابتداء أو مرة أخرى أمام القضاء.

11. بالنسبة لاختصاص القضاء العادي بمنازعات التنفيذ ورغم ما أقره الدستور من حسم الأمر لصالح اختصاص القضاء الإداري بمنازعات التنفيذ الناشئة عن أحكامه، إلا أن بعض التطبيقات الحديثة، وإن كانت لا تتعلق بعقود الدولة، توحي بأنه قد يظل هناك ثغرات ينفذ منها القضاء العادي في ذلك المجال. وإن كانت الحالة المشار إليها تتعلق أيضا بأعمال السيادة إلا أن التفسير الذي أخذت به المحكمة الدستورية العليا لكون الرقابة السياسية من السلطة التشريعية على المعاهدات نافية لرقابة القضاء الإداري قد يكون له أثر بالغ على العقود التي تبرم بمقتضى اتفاقيات يوافق عليها البرلمان.

12. هناك أربعة أسباب رصدتها البحث لنشوء حالات من التنازع بين القضاء

الوطني والتحكيم وهي أولاً، اختصاص القضاء بالأعمال القابلة للانفصال ولو كان العقد خاضعاً للتحكيم، ورأينا أن توجه المشرع في هذا الصدد هو منع طعون الغير، وثانياً، عدم أخذ الموافقات اللازمة قبل اللجوء للتحكيم، وثالثاً، اختصاص المحاكم الوطنية في بعض الحالات مثل الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والتظلم منه واتخاذ التدابير المؤقتة والتحفيزية والفصل في طلب رد المحكم ونظر دعوى بطلان أحكام المحكمين، وأخيراً، معاهدات الاستثمار الثنائية ومتعددة الأطراف التي وقعت عليها مصر مع العديد من دول العالم، والتي تعطي المستثمر حق اللجوء للتحكيم في بعض الحالات ولو لم يتم الاتفاق على ذلك في العقد.

13. وبالنسبة لمقاربة الحكومة المصرية في التعامل مع أسباب النزاع تلك، فيوجد اتجاهين الأول هو زيادة صعوبة الموافقات اللازمة للاتفاق على التحكيم والثانية هي محاولة حل المنازعات ودياً.

التوصيات

1. على المشرع إعادة النظر في تعدد التشريعات الحاكمة لعقود الدولة والمنظمة لإجراءات إبرامها، فبالرغم من وجود قانون التعاقدات العامة وقانون المشاركة وقانون الاستثمار والذي كان ينبغي أن يكونوا كافين لتنظيم مختلف العقود إلا أن تلك القوانين تجيز صدور قوانين تحكم عقود بعينها. ومن ناحية أخرى بينما يحتوي قانون التعاقدات على أساليب استثنائية تحكم التعاقدات في بعض الحالات إلا أنه يعود ويسمح بإقرار أساليب أخرى للتعاقد لبعض التعاقدات. وهذا في رأي الباحثة لا يساعد على تحقيق أهداف القانون من شفافية ومساواة وتكافؤ فرص.

2. على المشرع إعادة النظر في صياغة المواد المتعلقة بمكاتب الشكاوى والتظلمات من حيث مدى إلزامية قراراتها لجهة الإدارة، وما إذا كانت تعد من قبيل التظلم الإجباري أم يجوز اللجوء إلى القضاء مباشرة، وما تملك توقيعه

على جهة الإدارة من جزاءات أو ما تقرره من تعويضات لصالح ذوي الشأن.

3. يتعين إعادة النظر في القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة والذي قصر الحق في الطعن على طرفي العقد ومن لهم حق شخصي أو عيني على الأموال محل التعاقد فقط، فالأخذ به على إطلاقه يعني أن حتى ذوي المصلحة من المستبعدين من إجراءات المناقصات والمزايدات لا يكون لهم الطعن على إجراءات اختيار المتعاقد مع الإدارة. وهذا يتعارض مع النصوص المنظمة لمكتب الشكاوى ولجان التظلمات، وجميعها تنظيماً لاحقاً على صدور القرار بقانون المذكور، كما يتعارض مع المعايير الدولية في هذا الشأن.

4. تدعو الباحثة إلى إعادة النظر في التوجه المتعلق بمنع طعن الغير على عقود الدولة، حيث إنه ليس هو السبب الأبرز في أحكام التحكيم التي قررت تعويضات باهظة على الدولة المصرية، وإنما يتعين النظر في مدى التزام الجهات الإدارية بتطبيق القانون وأحكام المحاكم سواء مع مقدمي العطاءات المتنافسين أو المتعاقدين فيما بعد. فالمستثمرين حسني النية يتوقعون بالضرورة، ومن واقع الخلفيات القانونية لدولهم، وجود رقابة على إجراءات التعاقد، ومن ثم فإن تشجيع الاستثمار الجاد لا يمكن أن ينبني على تجاهل تلك الإجراءات.

5. يلاحظ توسع قانون التعاقدات في تقنين استخدام الوسائل الاستثنائية في اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة مثل الأمر المباشر، وقد يكون ذلك من باب تأمين مشروعية التصرفات التي تجريها الدولة في أموالها، إلا أن ذلك وبلا شك يضر بمبادئ الشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص ومن ثم فالأفضل هو رجوع المشرع عن ذلك التوسع غير المبرر.

6. من أجل تفعيل دور لجان التوفيق تدعو الباحثة مجلس الدولة إلى إعادة تقدير جدوى قبول الطعون التي ترفع من الجهات الإدارية على قرارات لجان

التوفيق في المواد التي أقر القانون أن تكون قرارات اللجان فيها نافذة في حق جهة الإدارة. وكذلك في قبول الدعاوى التي لم يسبق إحالتها إلى لجان التوفيق. وفي نفس السياق يتعين أيضا إعادة نظر كل الجهات القضائية فيما استقرت عليه من جواز عرض المسائل الداخلة في اختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بحسم منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة بآراء ملزمة على القضاء سواء سبق عرض النزاع على الجمعية أم لم يسبق. حيث إن من شأن ذلك إطالة أمد النزاع بلا داع. إما ذلك وإما إلغاء فكرة الإلزامية من آراء لجان التوفيق أو الجمعية العمومية.

7. بالنسبة لمقاربة الحكومة المصرية لتقليل حالات التنازع بين القضاء الوطني والتحكيم فنثني على التوجه نحو تسوية الخلافات وديا وندعو إلى إعادة النظر في القرارات الصادرة التي تعقد من الشروط اللازمة لإصدار موافقة سليمة من الوزير المختص للجوء للتحكيم، حيث إنها ليس من شأنها إلا زيادة التعقيدات القائمة بالفعل بإضافة شروط غير واردة بقانون التحكيم.

المراجع

الكتب

- د. أشرف حسن عباس الأعور، وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، 2015
- د. السيد عبد اللطيف أبو النجاة، منازعات التنفيذ في الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2016
- أنسك فالح حسن، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري، دراسة مقارنة، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، 2018
- د. أيمن فتحي، الوجيز في العقود الإدارية، دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر
- د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، 2007
- د. حسين عثمان محمد عثمان، طبيعة العلاقة بين الوظيفتين الاستشارية والقضائية لمجلس الدولة دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، 2016
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 2011
- أنظر د. عبد المنعم زمزم، إنهاء الدولة للعقود بإرادتها المنفردة وأثره على خسائرها من التحكيم في ضوء قانون الاستثمار الدولي، تأصيل وتطبيق في قضاء التحكيم وأحكام المحاكم، أفول عصر العقود الإدارية المبرمة مع المستثمرين الأجانب ودخولها في عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2021
- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2020
- د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في

- المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، 2010
- د. محمد حسن زينهم، الاختصاص القضائي للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، دار النهضة العربية، 2011
- د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. أريج محمود عويضة، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وسيادة القانون، الاختصاص القضائي لمجلس الدولة، دار الجامعة الجديدة، 2017
- أنظر د. محمد رفعت ود. ميادة عبد القادر، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، 2015
- د. محمد عبد العال، القضاء الدستوري، قضايا وآراء، دار الجامعة الجديدة، 2018
- أنظر د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الجزء الثاني، الفتح للطباعة والنشر، 2010

الأبحاث

- د. طارق محمد علي النحاس، التطورات القضائية بخصوص طعن الغير في العقد الإداري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1 السنة الخامسة، 2017
- د. على عبد الفتاح محمد العزازي، إساءة استخدام إشكالات التنفيذ في نطاق المنازعات الإدارية: دراسة تأصيلية وتحليلية في ضوء أحكام مجلس الدولة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 35 الجزء الثاني، 2020
- د. عمر عبد الرحمن البوريني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 37، عدد 1، 2013
- د. مجدى عبد الغنى خليف، اختصاص لجان التوفيق وفقاً لأحكام قانون التوفيق رقم 7 لسنة 2000 والمعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2017، مجلة

- الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية،
2020، العدد الأول، المجلد الثاني
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مجلس الدولة المصري وحمايته القضائية لمبادئ
ثورة 25 يناير، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق،
جامعة الإسكندرية، 2012
- د. منى بطيخ، إجراءات وطرق الطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال
في مجال العقود الإدارية في ضوء القرار بقانون رقم 32 لسنة 2014 بتنظيم
بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة: دراسة تحليلية نقدية في النظامين
الفرنسي والمصري، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية
الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد 1، 2018
- د. يحيى محمد عيد النمر، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بين توسع القضاء
وتضييق المشرع دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (90)، 2015

الرسائل

- أريج محمود عويضة، نظام الحكم في دستور الثورة المصرية، رسالة
دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2016
- إسلام فارس نجار محمد، اتفاقيات الشراكة في العقود الإدارية ذات الطابع
الدولي، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة
الإسكندرية، 2016، ص 174.

مقالات قانونية على شبكة المعلومات

- إدارة التحكيم والمنازعات الدولية
- أشهر قضايا التحكيم الدولي - قضية وجيه سياج، الأكاديمية الدولية للوساطة
والتحكيم
- أ. مريم عراق، اختصاصات الهيئة العليا للتحكيم والمنازعات الدولية
في القرار رقم 2592 لعام 2020

- Dr. Adel Khalil, Administrative Contracts in Egyptian Law, Second Edition
- Ahmed Bakry, After 48 Years at ICSID (1972-2020): An Overview of the Status of Egypt in ICSID Arbitrations, 2020
- Arif Hyder Ali and Ahmed Elsis, The Interaction between Administrative Courts and Investment Tribunals in the Arab World: The Case of Egypt's Council of State, unpublished
- Directive 89/665/EEC.
- Directive 92/13/EEC.
- Directive 2007/66/EC.
- Directive 2014/23/EU
- European Commission, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Effectiveness of Directive 89/665/EEC and Directive 92/13/EEC, as Modified by Directive 2007/66/EC, Concerning Review Procedures in the Area Of Public Procurement, Brussels, 2017
- Dr. Fatma Salah, New Approval Required for Government Contracts and Arbitration Agreements in Egypt, 2021
- Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. CLAIMANTS v. Arab Republic of Egypt RESPONDENT ICSID Case No. ARB/04/13

- United Nations Office on Drugs and Crime, Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances: Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption, United Nations, 2013

المراجع الأجنبية المترجمة

- المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، 2017

أحكام الدستورية العليا

- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 120 لسنة 36 قضائية دستورية، الصادر بتاريخ 14 يناير 2023.
- الحكم الصادر في قضية رقم 195 لسنة 23 قضائية، المحكمة الدستورية العليا، دستورية، بتاريخ 2003/12/14.
- الحكم الصادر في قضية رقم 11 لسنة 24 قضائية، المحكمة الدستورية العليا، دستورية، بتاريخ 2004/5/9.
- المحكمة الدستورية العليا، طعن رقم 11 لسنة 20 قضائية ق تنازع، جلسة 1999/8/1
- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعويين 37 و 49 لسنة 38 قضائية "منازعة تنفيذ"، بتاريخ 2018/3/3
- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 12 لسنة 39 قضائية "تنازع"، بتاريخ 2018/3/3
- حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 10 لسنة 14 ق "دستورية"، بتاريخ 1993/6/19
- حكم المحكمة الدستورية العليا، طعن رقم 50 و 66 لسنة 22 ق (دستورية)،

بتاريخ 2002/12/15.

- حكم المحكمة الدستورية العليا، طعن رقم 50 و66 لسنة 22 ق (دستورية)،

بتاريخ 2002/12/15.

أحكام وفتاوى مجلس الدولة

- الطعن رقم 3128 لسنة 35 ق، المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ
1995/1/24.

- الطعن رقم 4985 لسنة 41 ق، المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ
2001/9/4.

- الحكم الصادر في الطعن رقم 11730 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا،
بتاريخ 2012/5/29.

- الحكم الصادر في الطعن رقم 21023 لسنة 58 ق، المحكمة الإدارية العليا،
بتاريخ 2015 /12/22.

- الحكم الصادر في الطعن رقم 2678 لسنة 46 ق، المحكمة الإدارية العليا،
بتاريخ 2004/4/28.

- الحكم الصادر في الطعن رقم 15636 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا،
بتاريخ 2016/2/23.

- الطعن رقم 6316 لسنة 44 ق، المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2015/4/28،
والطعن رقم 27402 لسنة 55 ق، المحكمة الإدارية العليا، جلسة

2015/3/24، والطعن رقم 15636 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا،
جلسة 2016/2/23.

- الحكم الصادر في الطعن رقم 33293 لسنة 55 ق، المحكمة الإدارية العليا،
بتاريخ 2016/6/28.

- الحكم الصادر في الطعن رقم 30952 و31314 لسنة 56 ق، المحكمة
الإدارية العليا، بتاريخ 2010/9/14

- الحكم الصادر في الطعن رقم 33293 لسنة 55 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2016/6/28.
- الحكم الصادر في الطعن 12532 لسنة 54 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2011/2/22.
- الحكم الصادر في الطعن 11008 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2011/6/22.
- الحكم الصادر في الطعن رقم 1668 لسنة 33 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1994/1/4.
- الحكم الصادر في الطعن رقم 2846 لسنة 46 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2003/5/8.
- الحكم الصادر في الطعن رقم 4303 لسنة 46 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2004/6/29.
- دائرة توحيد المبادئ، الطعن رقم 13762 لسنة 49 ق، بتاريخ، 2008/5/10.
- دائرة توحيد المبادئ، الطعن رقم 23182 لسنة 51 ق، بتاريخ، 2011/1/1.
- حكم الدائرة الخامسة للمحكمة الإدارية العليا (غير منشور)، في الطعن رقم 4952 لسنة 49 ق، بتاريخ 2005/6/18.
- حكم الدائرة الثانية (غير منشور)، الطعن رقم 15772 لسنة 57 ق، بتاريخ 2016/4/16.
- حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 810 لسنة 48 ق، بتاريخ 2005/5/5.
- حكم الإدارية العليا، الطعن رقم 4073 لسنة 51 ق، بتاريخ 2008/3/27.
- فتوى رقم 152 للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ملف رقم 1182/3/86، بتاريخ 2018/1/22.
- حكم دائرة توحيد المبادئ (قيد النشر)، الطعن رقم 3001 لسنة 56 ق، بتاريخ

- 2018/6/2.
- الحكم الصادر في الطعن رقم 3155 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2016/11/25.
 - الحكم الصادر في الطعن رقم 2045 لسنة 49 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2011/4/27.
 - الحكم الصادر في الطعن رقم 2142 لسنة 33 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1999/4/18.
 - الحكم الصادر في الطعن رقم 5582 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2013/5/25.
 - الحكم الصادر في الطعن رقم 5582 لسنة 48 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2013/5/25.
 - الحكم الصادر في الطعن رقم 15165 لسنة 59 ق، المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 2017/5/23.
 - حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 4459 لسنة 51 ق ع، بتاريخ 2008/5/13.
 - حكم المحكمة الإدارية العليا، دائرة فحص الطعون، في الطعن رقم 74236 لسنة 62 ق. ع، بتاريخ 2017/1/1.
 - حكم الإدارية العليا، طعن رقم 5546 و 6013 و 7975 لسنة 55 ق ع، بتاريخ 2010/2/27.
 - حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 8256 لسنة 52 ق، بتاريخ 2016/3/5.
 - حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 886 لسنة 30 ق، بتاريخ 1/18/1994.
 - حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 12824 لسنة 59 ق، بتاريخ

2015/7/28

- حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 7109 لسنة 45 ق، بتاريخ

.2003/4/8

- حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 8204 لسنة 44 ق، بتاريخ

.2016/7/21