Université Sétif2

الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة فرحات عباس، سطيف

كلية الحقوق والعلوم الإدارية

تطوّر الطّعن بالإلغاء في العقود الإداريـة

(بحث مقدّم لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون عام)

من إعداد الطّالبة: بوغازي وهيبة

أعضـــاء لجنـة المناقشـة

- الدّكتور: لبّـــاد ناصر	أستاذ محاضر بجامعة سطيف	(رئيسا) .
- الدّكتور: مويسي بلعيد	أستاذ محاضر بجامعة سطيف	(مقرّرا).
- الدّكتور: قريشي علي	أستاذ محاضر بجامعة باتنة	(ممتحنا) .
- الدّكتورة: صاش لشهب جازية	أستاذة محاضرة بجامعة سطيف	(ممتحنا)

- السنـة الجامعية 2010/2009 -

شكـــر و تقديـــر :

« وقال ربّ أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين » سورة النمل،الآية ١٩.

أتقدم بخالص شكري وعظيم امتناني بعد **الله عزّ وجلّ** الذي وفقني وهداني إلى هذا، وما كنت لأهتدي لولا أن هداني الله .

– إلى عميد كلية الحقوق الأستاذ الفاضل الدّكتور" **الخير قشي**" الذي رحّب بعودتي مجدّدا إلى مقاعد الدّراسة، وهو من كان وسيبقى لي المثل الأعلى في المثابرة والاجتهاد ونبل الأخلاق، "أسال الله العظيم أن يحفظه ويبقيه على رأس كليتنا".

– إلى الأستاذ القدير الدّكتور" **مويسي بلعيد** " الذي قبل الإشراف على هذا البحث و لم يبخل عليّ بنصائحه وتوجيهاته القيّمة، فضلا عن حسن معاملته لي... مهما قلت فيه فلن أوفيه حقّه، يكفيه قول الشّاعر " كاد أن يكون رسولا" .

– إلى الأساتذة الموقرين أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور" **قريشي علي**" من جامعة باتنة، وكلّ من الأستاذ الدكتور" **لبّـــاد ناصر**" والأستاذة الدكتورة " **لشهب جازية**" من جامعة سطيف على اهتمامهم بالموضوع ووضعه على طاولة المناقشة.

إهـــــــداء:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

« روحي أمّي وجدّتي الطّاهرتين، أسأل الله أن يجعل مثواهما الجنّة.

والدي إحسانا به، ووفّقني الله إلى برّه.

زوجي" توفيـــق " الذي كان لي نعم العون والرّفيق، أثابه الله على ذلك وأبقاه تاجا على رأسي.

قرّة عيني " أيـــوب وكوثـــر"، حفظهما الله ورعاهما وجعل لي منهما فخرا و ذخرا.

كلّ إخوتي وأخواتي أخصّ بالذّكر " حنان ".

كلّ من أخذ بيدي للارتقاء في سلّم العلم، جزاه الله عنّي خير الجزاء.

و كلّ طالب علم . »

ملخص:

تقوم الإدارة بنوعين من التصرفات هما التصرفات الإدارية الصادرة بإرادة منفردة (القرارات الإدارية الفردية أو التنظيمية)، أو العقود الإدارية .

وتخضع الإدارة بصدد تصرفاتها هته لرقابة القاضي الإداري، إلاّ أن اختلاف طبيعة التصرفات الصادرة بإرادة منفردة عن تلك الصادرة بإرادتين ، يقتضي وجود اختلاف بين الدعاوى الموجهة لكلّ منها : فدعوى الإلغاء توجه ضدّ القرارات الإدارية ، ودعوى القضاء الكامل توجه ضدّ العقود.

والقاعدة العامة في مجال النزعات الخاصة بالعقود أنه لا يجوز توجيه دعوى الإلغاء للعقود الإدارية لعدم التوافق الواضح بين دعوى الإلغاء والعقد ، رغم تسجيل العديد من الحالات التي تمّ فيها الخروج عن هذه القاعدة (الاستثناءات من القاعدة العامة) ، حيث ثار التساؤل حول ما إذا كان مبدأ رفض الطعن بالإلغاء ضدّ العقد الإداري لا يزال قائما فعلا .

وعمّا إذا كانت كثرة الاستثناءات الواردة على قاعدة "عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية" تقلل من قيمتها وإطلاقها ؟ هذه الاستثناءات التي تظهر أساسا في نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري التي جاء بها القضاء للتخفيف من حدّة القاعدة ، وإنشاء ما يسمى بطعن المحافظ منذ أكثر من عشرون سنة وبعد صدور قرارين عن مجلس الدولة الفرنسي الذين تمّ فيهما الخروج عن هذا المبدأ ، ممّا قد يوحي بأن قاعدة " عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية" قد أفرغت من محتواها .

Résumé :

L'action de l'administration peut se manifester de manière unilatérale ou bilatérale, par le biais d'actes administratifs unilatéraux réglementaires ou individuels, ou de contrats administratifs. Dans un cas comme dans l'autre, l'action de l'administration est soumise au contrôle du juge administratif, mais la différence de nature des actes unilatéraux et bilatéraux impose une distinction des voies de recours marquée par l'existence de deux types de recours différents : le recours pour excès de pouvoir contre les actes unilatéraux, et le recours de plein contentieux contre les contrats.

La règle traditionnelle en matière de litiges contractuels est la suivante : les recours pour excès de pouvoir sont irrecevables contre les contrats administratifs, car il existe une incompatibilité apparente entre le recours pour excès de pouvoir et la matière contractuelle, pourtant nombreux sont les cas où cette règle connaît des dérogations.

Au regard du nombre d' exceptions qu'elle connaît, la règle traditionnelle de l'irrecevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un contrat administratif n'est-elle pas obsolète ?

la jurisprudence a largement assoupli cette règle, notamment en mettant en oeuvre la théorie des actes détachables؛ La question de la viabilité du principe de l'irrecevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un contrat administratif s'est vue ravivée depuis une vingtaine d'années par l'instauration du déféré préfectoral et par deux arrêts du Conseil d'Etat Français , à tel point qu'il est légitime de se demander si cette règle n'est pas aujourd'hui vidée de sens.

Mots Clés :Recours pour excès de pouvoir , contrats administratifs.

المراجـــــــــــع:

أولا: باللغة العربية .

1-الكتـب:

1- أحمد سلامة بدر،**العقود الإدارية وعقود البوت BOT** ، دار النهضة العربية .2003

2- جورج شفيق ساري ،**القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري**(دراسة تحليلية مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة .2002

3- جورج فودال و بيار دالفولفيه، **القانون الإداري**، ترجمة منصور القاضي، الجزء الأول، الطبعـــة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

4- جورج سعد، **دولة القانون (مفاهيم أولية)**،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2000.

5-حمد محمد أحمد الشلماني، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعيـــة 2007.

6-حمدي حسن الحلفاوي، **ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري**، الطبعة الأولى، دار الكتب .2002

7-حمدي ياسين عكاشة، **موسوعة العقود الإدارية والدولية في التطبيق العملي** ، منشأة المعارف 1998.

8- رحيمة الصغيرساعد نمديلي ، **العقد الإداري الالكتروني**،(دراسة تحليلية مقارنة)، ماجستيـر في العلوم الإدارية، تقديـم د. ماجد راغب الحلو، دار الجامعة الجديدة .2007

9- رشيد خلوفي :

- **قانون المنازعات الإدارية (شـــروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)**،طبعـــة 1995ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

- **قانون المنازعات الإدارية (تنظيم واختصاص القضاء الإداري)**، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر .2007

10- سامي جمال الدين، **الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإداري**، الطبعة الأولى، منشاة المعارف . 2004

11- سليمان الطماوي:

- **القضاء الإداري، الكتاب الأول" قضاء الإلغاء**"، دار الفكر العربي ، القاهرة 1996.

- **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي، القاهرة1991.

- **النظرية العامة للقرارات الإدارية**(دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة .1984

12- شريف يوسف خاطر، **دورالقضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية**(دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 521-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري)، الناشر دار النهضة العربية 2008- .2009

13-علي الشيخ إبراهيم ناصر المبارك، **المصلحة في دعوىالإلغاء**(دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية 2009.

14- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** ، المجلد الأول(مصادر الالتزام) ، الطبعة الثالثة الجديدة ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2000.

15- عبد الحكيم فوده، **الخصومة الإدارية**، دار المطبوعات الجامـــعية، الإسكندرية 1996.

16- عبد الفتاح أبو الليل ، **قضاء المشروعية** (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية1998.

17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **دعوى إلغاء القرار الإداري (الأسبـاب والشروط)**، منشاة المعارف 2008.

18- علي خطار شطناوي، **موسوعة القضاء الإداري**،الجزء الأول ،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان 2004 .

19- عمار عوابدي ، **النظرية العامة للمنازعـــات الإداريـــة في النظام القضائي الجزائري** ، ديـــوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

20-عمر حلمي، **طبيعة اختصاص القضـــاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية** ، دارالنهضة العربية 1993.

21-لحسين بن شيخ اث ملويا :

- **دروس في المنازعات الإدارية " وسائل المشروعية"** ،الطبعة الأولى، دار المعرفة،الجزائر 2006.

- **دروس في المسؤولية الإدارية**، الكتاب الثالث ،دار الخلدونية ، الطبعة الأولى، الجزائر 2007.

-**المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري** (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2007.

22-ماجد راغب الحلو : **القضاء الإداري**، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2004.

23- مارسلون وآخرون ،**أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي** ،ترجمة احمد يسري ،الطبعـــة العاشرة ،دار الفكر الجامعي 1995.

24-محمد باهي أبو يونس ، **الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية** (دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقا لقانون المرافعات الإداري الفرنسي الجديد)، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر 2008.

25- محمد عبد العال السناري:

- **التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة** (دراسة تحليلية ونقدية)،دار النهضة العربية، القاهرة 1994.

- **تطور مبدأ المشروعية من الفردية الشكلية إلى الموضوعية والمذهبية** (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.

26-محمد ماهر أبو العنين، **المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة**،الجزء الأول ، دار النهضة العربية 2005.

27- محمد رفعت عبد الوهاب ، **القضاء الإداري**، دار الجامعة الجديدة 2007.

28- محمود، عاطف البنا:

- **الوسيط في القانون الإداري**، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي1992.

- **العقود الإدارية** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة.2007

29-مسعود شيهوب:

- **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية** ، الجزء الثاني ، طبعة 1999 ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر.

-**المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**،الجزء الثالث، طبعة1999 ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر.

30- مصطفى أبوزيد فهمي، **قضاء الإلغاء (شروط القبول ،أوجه الإلغاء)**، دار المطبوعات الجامعية 2001.

31- مفتاح خليفة عبد الحميد، **المعيار المميز للعقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2007.

32- مهند مختار نوح، **الإيجاب والقبول في العقد الإداري** (دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي 2005.

33- ناصر لبّاد ، **القانون الإداري** ، الجزء الثاني ، النشاط الإداري ، الطبعة الأولى ، الناشر لبّاد ، الجزائر 2004 .

34- وفاء سيد رجب، مستقبل القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة العشرى،2007.

2-المقـــــــالات:

1- عادل الطبطبائي ، "**الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية**"، مجلة الحقوق ، الكويـــت ،السنة 11، العدد03 سبتمبر 1987.

2- عبد الحميد حشيش، "**القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة**" ،مجلة مصر المعاصرة، السنة 66 العدد362 ،1975.

3-محمد زغداوي ، "**مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظل الإصلاح القضائي الجديد**"، مجلة العلوم الإنسانية ، رقم13 سنة 2000، صادرة عن جامعة منتوري، قسنطينة.

4- موسى مصطفى شحادة ، "**مبدأ حق الإنسان في محاكمة عادلة في المنازعات الإدارية وتطبيقاته في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان**" ، مجلة الحقوق، السنة الثامنة العدد الثاني، جوان 2004.

5- العربي زروق ، **مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار)، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية**" **Le principe du bilan : Cout –Avantages**"، مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد8، لسنة 2006.

3-الرسائـل والأطروحـــات:

1- ابن علية حميد، **مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري** ،رسالة لنيل شهادة الماجستير ،فرع إدارة ومالية ،كلية الحقوق، ابن عكنون الجزائر 2000-2001.

2- زكي محمد النجار ، **نظرية البطلان في العقود الإدارية** (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق عين شمس 1981.

3-عبد المنعم عبد العظيم حيرة، **آثار حكم الإلغاء**(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار الفكر العربي 1971.

4-جمال عباس احمد عثمان، **العقد الإداري وقضاء الإلغاء** ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعـــة الإسكندرية 2000.

4-الملتقيات والمؤتمرات:

1- اقتصاديات الخوصصة والدور الجديد للدولة (بحوث و أوراق عمل الملتقى الدولي المنعقد خلال الفترة من 03-05 اكتوبر 2004)، منشورات مخبر الشراكة و الاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في القضاء الاورومغاربي،2006 .

2- **البلديات والمحليات في ظل الأدوار الجديد ة للحكومة**، المنظم ة العربية للتنمية الإدارية"، أعمال المؤتمرات2009.

5- النصوص القانونية :

1-الأمر66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

2-القانون08-09 المؤرخ في23 أفريل 2008و المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

3-المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المرســـوم الرئاسي 03-301 المـــؤرخ في 11سبتمبر 2003المعدل والمتمم للمرســـوم الرئاسي 02-250المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

4-المرســـوم الرئاسي 08-338المـــؤرخ في26 اكتوبر2008 المعدل والمتمم للمرســـم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

ثانيا : باللغـــة الأجنبيـــة .

1-OUVRAGES :

1- CHAPUS,René **, Droit du contentieux administratif** , 5 ème éd, Montchrestien EJA 1995.

2- DEBBASCH,Charles **, Contentieux administratif**, 3 ème éd,1981.

3- DE LAUBADERE,A, et autre, **Traité des contrats administratif**,Tome 2 , LGDJ 1984.

4- DELVOLVE,Pierre :-**Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats,**M'langes Perrot1996.

- **le droit administratif** ,2ème éd,DALLOZ 1998.

5- HUBERT, Charles ,**Actes rattachables et actes détachables en droit administratif Français** ; (contribution à une théorie de l'opération administrative),

Paris LGDJ1968 .

6-LAFERRIERE,Edouard,**Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux** , 2 ème éd, LGDJ 1989.

7- MAURIN, André ,**Droit administratif** ,5ème éd Sirey, 2005.

8- MELLEREY, Fabrice **, Essai sur la structure du contentieux administratif Français** ; (pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale) , coll .Bibliothèque de droit public , tome212, LGDJ 2001.

9- PEQUINOT,G **Théorie générale du contrat administratif**, Pédone,1945.

10- POUYAUD,D **,La nullité des contrats administratifs** ,LGDJ1991.

11- RICHER , Laurent**, Droit des contrats administratifs**, 2ème éd ,LGDJ1999.

12- RIVERO,Jean**, Droit administratif**, DALLOZ,1983.

2-ARTICLES ET CHRONIQUES *:*

1- ALLEMAND, Roselyne , **« Les modalités de contrôle administratif des actes locaux dans six Etats de l'union Européenne »,**RFD adm mars –avril 2008 .

2- BERNARD, Michel, **« Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? »** , AJDA 20 juin 1995 n° spécial.

3- BOURRACHOT, François **, « La régulation possible à titre exceptionnel d'un acte détachable annulé »,** AJDA04oct2004.

4 - CASAS , Didier, Conclusion sur CE,Ass ;16 juillet2007, Société Tropic Travaux Guadeloupe Signalisation,RFD adm 2007.

5- CHEVALIER, Jacques , **« Loi et contrat dans l'action publique »,** Cahiers du conseil constitutionnel n°17, 2tudes et doctrine ,02 avril 2006.

6- DE BECHILLON,Denys et TERNEYRE, Philippe, **« contentieux des contrats Administratifs »,** Répertoire de Contentieux administratif DALLOZ,décembre2000.

7- DIALLO, Ibrahima, **« L'avenir du déféré préfectoral en droit public français »**, AJDA 26 décembre2005.

8- DREYFUS ,Jean –David , **« Le juge de l'exécution et les considérations d'intérêt**

général imposant le maintien contractuel », AJDA 23 fév2004.

9- GONIDEC ,F, « **Contrat et recours pour excès de pouvoir** », RDP1950.

10 - GOURDOU ,J et TERNEYRE,P , **« Pour une clarification du contentieux de légalité en matière contractuelle»,** CJEG Juillet1999.

11- HASTING-MARCHADIER Antoinette**, « L'efficacité du contrôle préfectoral de Légalité sur les contrats des collectivités Locales »** ;Perspectives du Droit public ,éditions du Juris-Classeur 2004.

12- KLOEPFER, Wilfried, **« Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle »,** AJDA 31mars 2003.

13-LATOUR ,X**,« Détachabilité et contrat administratif »** , PA 14 août 1998.

14-LEGAL,H , « **Le déféré préfectoral appartient aux contentieux de l'excès de pouvoir »,** RFD adm1991.

15- LEGOUX, Marie –Caroline Vincent, **« Quand L'annulation de l'acte détachable demeure Platonique ? »,**AJDA 15 sept2003.

16 - LLORENS, F, **« Le référé précontractuel entre continuité et changement »,** Le nouveau juge administratif des référés,Réflexions, sur la réforme opérée par la loi du 30 juin2000, sous la direction de P . WACHSMANN ,Presses Universitaires de Strasbourg,2002.

17- MARCUS, Laure et PERRIN Alix , **« Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux »,** Revue Jurisclasseur Droit administratif ; janvier2006.

18- NOGUELLOU , Rozen **:**

- **« L'arrêt Société Tropic Travaux Signalisation et la notion des tiers au contrat** » ,RDC,avril2008.
- **« Simplification des recours contre les contrats administratifs »,** Etudes et commentaires,Notes contrat administratif ,Recueil Dalloz n°35.

19- PACTEAU, B**, « Vue de l'intérieur : La loi du 30 juin 2000; une réforme exemplaire »** ,RFDadm2000.

20- PETIT, J, note sur CE, 14 janvier1998, synd.départemental Iterco35CFDT, AJDA1999.

21- BRUNET, Pierre, **« LA consécration du principe de sécurité juridique, Revue des contrats »** ,RDC, LGDJ, juillet 2006.

22- POCHARD,M, concl sur -CE 01 oct.1993, Soc.Le Yacht-Club international de Borm les Mimosas, AJDA1993.

23- RICHER , Laurent, **« Conseil d'Etat réponse à une demande d'éclaircissement, 3 décembre 1997 »,** AJDA février 1998.

24- ROUALT, Marie Christin , **« Ne dites plus commissaire du Gouvernement mais rapporteur public »,**La semaine juridique 07 janvier 2009.

25– STAHL ,J.Henri, **« L'évolution du contentieux contractuel »** , RFD adm jan –févr1999.

26- TERCINET, Josiane**, « Le retour de l'exception de recours parallèle »**, RFD adm, aout1993.

27- VANDERMEEREN, Roland, **« Le référé administratif précontractuel »,** AJDA, n° Spécial, 20 juillet 1994**.**

3-THESES ET MEMOIRES :

1- BLANCO ,F, **Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir** , Thèse Droit Aix –en Provence 2006.

2- BLEHAUT , Valérie**, Réflexions sur la distinction des contentieux au regard de l'évolution du rôle du juge de l'excès de pouvoir en matière contractuelle**, DEA en Droit public, Université de Lille II,1998-1999.

3- FOLLIOT,L , **Pouvoirs des juges administratifs et distinctions des contentieux en matière contractuelle** ,Paris II,1997.

4- GUERARD,S , **La notion de détachabilité en droit administratif français** ,Paris∏ 1997.

5- KRASSILCHIK,M , **La notion d'acte détachable droit administratif Français,** Paris1964 .

6- WEIL,Prosper, **« Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir »**, Paris 1952.

4-JOURNEES D'ETUDE :

1- BOUSSARD, Sabine, « **La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir »,** regards sur l'histoire de la

justice administrative, journées d'étude du centre d'histoire du droit de l'Université de Renne 1, Lexis Nexis SA 2006 .

2-PONTIER, J . M , « **Contrat et recours pour excès de pouvoir** », sous la direction de J .Léger ; journée d'étude à la Cour administrative d'appel de MARSEIllE, le 13 juin 2007,Centre de recherches administratives , Presses Universitaires d'AIX-MARSEIllE 2008.

5-AVIS ET RAPPORTS PUBLICS :

1-Avis CE,19d'c1995,**Rapport .public du CE** ,EDCE 1995.

2- Rapport du gouvernement au parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissement publics locales, anneés 2001,2002,2003, Direction générale des collectivités locales.

3-Actes u colloque , Organisé au Sénat le 29 avril1999 " Sécurité juridique et action publique locale."

4- Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant les directives n°89/665CEE et92/13/CEE du conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics(COM2006)195 final/2).

6-SITES INTERNET :

1- www. conseil –etat.fr

2- www.carrefourlocal.org/dossiers/colloques/ colloque securité juridique.htlm 524k

3- www.ac-toulouse .fr/automne _files/ p Docs/Public/r2793_61 arret_du_conseil d'etat _ du 16 _juillet_2007.pdf

4-www.capitant.fr / articles/ Simplification.pdf

5-www.efe.fr/ edition/ revue/…/BJC-05-2009- jurisprudence.pdf

6-www.gymnopedie –juridique .net/recevabilité/type contentieux /contrat rep, html-11k

7- www. Univ-rouen.fr/irshs/users/…./article27.8 k

7- LOIS :

1-loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes , des département et des régions /France.

2- Loi n°2004-809 du 13 août 2004relative au Libertés et responsabilités locales.

3- la loi n°82-62 du 22 juillet 1982 modifiant la loi n°82-213 du 2 mars 1982.

4- Code de justice administrative Français.

5- Code général des collectivités territoriales Français .

8-ARRETS CITES :

-CE 19 mai 1899, Levieux - Rec. p. 401

-CE 4 août 1905, Martin - Rec 749 - Sirey 1906,3 p50-Note Hauriou
Dalloz 1907 p 51- Concl. Romieu

-CE 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli - Rec. p 962..

-CE 07 juill. 1982, Commune de Guidel, RDP1983

-CE 25 janvier 1991, Brasseur - Rec. p. 23

-CE 1 octobre 1993 ,Yacht club de Bormes les Mimosas - Rec 971

-CE 7 octobre 1994, Epoux Lopez - Rec p. 430,concl, Schwartz .

-CE ,Ass ; 10 juillet 1996, Cayzeele - RFDA 1997 p 89, note Delvolvé - AJDA 1996 p 732

-CE 30 octobre 1998, Ville de Lisieux - AJDA 1998 p 1041- RFDA 1999, concl. Stahl p. 128, note Pouyaud - JCP 1999, p. 479, note Haïm

-CE 16 juillet2007, Société TropicTravaux Signalisation Guadeloupe,AJDA2007

الفـــــــــــــهرس

مقدمة:.....

الفصل الأول: الموقف الرافض للطعن بالإلغاء في العقود الإداريـــة.....09

المبحث الأول: القضاء الإداري الكامل صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية.....10

المطلب الأول: القضاء الإداري الكامل ذو اختصاص مطلق في منازعات العقود الإدارية

(حسب ما ذهب إليه الفقه وما استقرّت عليه أحكام القضاء الإداري) 11

الفرع الأول: دعوى القضاء الكامل الدعوى الأنسب لمنازعات العقود الإدارية

(حسب ما ذهب اليه الفقه).....12

أولا: دعوى القضاء الكامل الدعوى الأنسب لمنازعات العقود الإدارية بالنظر إلى السلطات التي يملكها القاضي في هذه الدعوى..... 12

ثانيا: دعوى القضاء الكامل الدعوى الأنسب لمنازعات العقود الإدارية لكون موضوع النزاع فيها يتعلق بحق شخصي..... 15

الفرع الثاني: رفض اللجوء إلى دعوى الإلغاء بشأن المنازعات العقديـــة

(وفق ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري).....18

أولا: أسباب رفض اللجوء إلى دعوى الإلغاء في العقود الإدارية..... 19

ثانيا: مدى حجية الأسباب الرافضة لدعوى الإلغاء في المنازعات العقدية..... 20

الفرع الثالث: منازعات العقد الإداري في إطار القضاء الكامل..... 22

أولا:منازعات العقود الإدارية في إطار القضاء الكامل (ما يتعلق منها بأصل المنازعة).....23

ثانيا: منازعات العقود الإدارية في إطار القضاء الكامل (ما يتعلق منها بالشق المستعجل). 24

المطلب الثاني: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري..... 25

الفرع الأول: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في التشريعـــات المقارنة..... 26

أولا: اختصاص القضاء الإداري الكامل بمنازعات العقود الإدارية في التشريع الفرنسي..... 26

ثانيا : اختصاص القضاء الإداري الكامل بمنازعات العقود الإدارية في التشريع المصري..... 27

الفرع الثاني: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري.. 28
أولا: عدم كفاية النصوص التشريعية المنظمة للاختصاص القضائي بمنازعات العقود الإدارية... 28
ثانيا: موقف يكتنفه الغموض حول طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.. 31
المبحث الثاني : قضاء الإلغاء ذو اختصاص محدود في منازعات العقود الإدارية..... 33
(قبول دعوى الإلغاء إلاّ فيما يخص القرارات الإدارية القابلة للانفصال).
المطلب الأول:الأحكام العامة للطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري.....34
الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بالطاعن (من يملك حق الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري؟).....36..
أولا: الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري شرع أساسا لمصلحة غير المتعاقدين..... 36
ثانيا: إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد من طرف المتعاقدين .41
الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بالقرارالمنفصل عن العقد الإداري والقابل للطعن فيه بالإلغاء... 44
أولا: القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والقابلة للطعن فيها بالإلغاء..... 45
ثانيا: أسباب الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري.....48
المطلب الثاني: آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري.....50
الفرع الأول: موقف الفقه من آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري.....51
أولا: الفقه المؤيد لامتداد اثر حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد الإداري.....51
ثانيا : الفقه المعارض لامتداد اثر حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد الإداري.....52
الفرع الثاني : موقف القضاء من آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري.....53
أولا: الأحكام التي تقضي بان إلغاء القرار المنفصل لا يترتب عنه مباشرة إلغاء العقد الإداري 53
ثانيا: الأحكام التي تقضي بان إلغاء القرار المنفصل يترتب عنه إلغاء العقد الإداري 56
ثالثا: تطبيق القاضي الفرنسي للنصوص التشريعية الخاصة بضمان تنفيذ الأحكام الإدارية على الحكم القاضي بإلغاء قرار منفصل..... 58
الفرع الثالث: نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في النظام القضائي الجزائري.....60
أولا: مشكلة القرار الإداري المنفصل أمام القضاء الجزائري..... 61
ثانيا: مشكلة اعتبار العقد الإداري بمثابة قرار إداري قابل للطعن فيه بالإلغاء.....62

الفصل الثاني: التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية.....65

(جواز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته).

المبحث الأول: مظاهر التوجه نحو قبول الطعن الإلغاء في العقود الإدارية.....67

المطلب الأول: إمكانية الطعن بالإلغاء في العقد ذاته بمقتضى نصوص تشريعية في فرنسا.....67

(قانون 02مارس 1982 الخاص بطعن المحافظ Le Déféré préfectoral)

الفرع الأول:الطبيعة القانونية لطعن المحافظ..... 68

أولا : موقف المشرع من الطبيعة القانونية لطعن المحافظ..... 69

ثانيا : موقف الفقه من الطبيعة القانونية لطعن المحافظ..... 69

ثالثا : موقف القضاء من الطبيعة القانونية لطعن المحافظ..... 70

الفرع الثاني: مجال تطبيق طعن المحافظ..... 70

أولا : تحديد قوانين اللامركزية لمجال تطبيق طعن المحافظ.....71

ثانيا: التوسع في مجال تطبيق طعن المحافظ من طرف القضاء.....74

الفرع الثالث: مكانة طعن المحافظ في القانون الفرنسي حاليا..... 75

أولا : طعن المحافظ طعن اختياري 76

ثانيا:طعن المحافظ قليل الفعالية 77

المطلب الثاني: إمكانية الطعن بالإلغاء في العقد ذاته بمقتضى أحكام قضائية.....84

الفرع الأول: إمكانية الطعن بالإلغاء في شروط العقد..... 85

أولا: الطعن بالإلغاء في الشروط التنظيمية للعقد..... 85

ثانيا: الطعن بالإلغاء في الشروط التعاقدية للعقد..... 88

الفرع الثاني: الطعن بالإلغاء في بعض العقود نظرا لطبيعتها الخاصة.....91

(الطعن بالإلغاء في عقود العمال العموميين).

أولا: الطعن بالإلغاء في عقود العمال العموميين قبل1998.....92

ثانيا: الطعن بالإلغاء في عقود العمال العموميين بعد 1998.....93

.

المبحث الثاني: أثر التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية على قواعد الاختصاص القضائي..... 95

المطلب الأول: ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال منازعات العقود الإدارية..... 96

(تقاسم الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد) .

الفرع الأول :أثر ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية على إجراءات التقاضي 97

أولا : اختلاف الإجراءات باختلاف الطاعن..... 97

ثانيا : بقاء النصوص التشريعية الخاصة بالإجراءات بعيدة عن مواكبة التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية 99

الفرع الثاني: أثر ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية على سلطات القاضي. 100

أولا: الدور الثانوي لقاضي العقد..... 100

ثانيا: قاضي الإلغاء وحده من يحوز سلطة الإلغاء..... 101

المطلب الثاني:بين توحيد الاختصاص القضائي في مجال المنازعات العقدية والإبقاء على الازدواجية..... 102

الفرع الأول: توحيد الاختصاص القضائي مجال المنازعات العقدية..... 103

أولا: جعل الدعوى العقدية سواء كانت شخصية أو عينية من اختصاص القضاء الكامل(صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية)..... 103

ثانيا:إعادة النظر في السلطات التي يتمتع بها قاضي العقد..... 104

الفرع الثاني:الإبقاء على ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال المنازعة العقدية

(قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية)على أن يتم التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية ومبدأ المشروعية..... 105

أولا : الإبقاء على ازدواجية الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية..... 107

(تقاسم الاختصاص بين قاضي العقد وقاضي الإلغاء).

ثانيا: ضرورة التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية ومبدأ المشروعية 108

خاتمة:.....114

مقدمـــة:

لقد شكّلت القرارات الإدارية بطبيعتها أيّا كان النشاط الذي تندرج فيه التعبير الأمثل عن ممارسة الإدارة لإمتيازات السلطة العامة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وكانت صفة أحادية التصرف هي الصفة المميزة للقرار الإداري، والسمة المميزة للقانون العام عن القانون الخاص الذي يعتمد على الأسلوب الفني لتوافق الإرادات، حيث لا يملك أي شخص في القانون الخاص أن يخلق بموجب إرادته المنفردة موجبات على عاتق الغير لما في ذلك مخالفة لمبدأ المساواة أمام القانون.

ونتيجة لانتشار قيم الديمقراطية في عالمنا المعاصر التي تنفر من أساليب الخضوع والقهر– ولو كانت قانونية–وتحبذ الحوار والشراكة مع المواطنين وتقريب المسافات بين الدولة ورعاياها، وبالتبعية لحاجة الدولة الملحة للقيام بوظائفها الاقتصادية والاجتماعيـــة، فقد تحولت العلاقات بين السلطة الإدارية والأفراد من علاقات قائمة على فرض الإرادة المنفردة لهذه السلطة على الأفراد إلى علاقات تقوم على التفاوض والحوار والاتفاق .

واحتراما لمبدأ الحرية الفـــردية كان أسلـــوب القرار للحصول على ما تحتاجه الإدارة من سلع وخدمات وسيلة يجب عدم اللجوء إليها إلا عند الضرورة .

كما يؤكّد الواقع العملي أنّه في الحالات التي تحتاج فيها الإدارة إلى بعض الخدمات من الأفـــراد يكون الحصول عليها أفضل إذا ما لجأت الإدارة إلى أسلوب الإتفاق الودي (التعاقد) بدلا من أسلـــوب الأمر والنهي الذي تتسم به القرارات الإدارية.

وقد احتلت العقود الإدارية مكانة هامة في تسيير المرافق العامة في الدولة والوفاء باحتياجات المواطنين، سواء في العلاقة الناشئة عن عقود الإدارة مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو في العلاقة التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها، بعد أن تأكد أن إبرام الإدارة لعقودها في ظل القانون الخاص لا يكفي لتحقيق أهدافها التي تحققها العقود الإدارية عندما تظهر الإدارة بوصفها سلطة عامة، فتتمتع بحقوق وإمتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها تحقيقا للمصلحة العامة وعندها تخضع لنظام قانوني خاص هو نظام القضاء الإداري الذي يتميز بكونه قضاء إنشائيا، [1]لعب دورا كبيرا في نشأة العقد الإداري، وفيما يعرفه حتى الآن من تطور .

---

[1] ومع ذلك فان دور القاضي الإداري قد انحسر في السنوات الأخيرة أمام تزايد النصوص القانونية واللائحية بشكل كبير وهذا ينطبق على العقود الإدارية خصوصا في مرحلة الإبرام كما ينطبق على مجالات القانون الإداري الأخرى"،لا سيما أن هذه النصوص القانونية الصادرة على المستوى الوطني في فرنسا قد تضافرت مع التزايد الموازي في النصوص القانونية الصادرة عن المشرع الأوربي .
انظر:مهند مختار نوح : **الإيجاب والقبول في العقد الإداري** (دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي 2005، ص18.

وعلى الرّغم من أهمية العقود الإدارية لممارسة الإدارة أنشطتها وإدارة مرافقها فإن التغيرات التي اجتاحت العالم دفعت ببعض الدول إلى ضرورة التوقف قليلا أمام نظرية العقود الإدارية وإعادة النظر فيها، والتساؤل حول ما إذا كانت ستعاد صياغتها من جديد لتتماشى مع التغيرات العالمية السريعة أو ستتكمش بسبب ظاهرة العولمة والخصخصة ؟ أم سوف يتسع مجال تطبيقها .

ويؤكد البعض أن هذه التغيرات الكيفية في العلاقات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والإدارية قد تؤدي ربّما إلى إضعاف نظرية العقود الإدارية أو إنكماشها بعض الشيء،إلاّ أنها لا تقضي عليها لأن الدولة وإدارتها هي المسؤولة عن تنظيم الحياة الاقتصادية[1].

رغم التغير الذي طرأ على طبيعة دور الدولة، حيث لم تعد الفاعل الرئيسي في صنع وتنفيذ السياسات العامة، نظرا لتوسع نطاق مشاركة المواطنين ودورهم في عملية الحكم (Gouvernance) وتقلص أدوار الدولة في الإنتاج والإدارة المباشرة لمؤسساته ومنح القطاع الخاص ومؤسسات المجتمع المدني دورا أكبر في عملية التنمية [2]. حيث أصبح يقتصر دورها على وضع قواعد للقائمين بالعملية والقيام بدور الحكم بين المصالح الموجودة، في إطار ما يسمى حاليا الدولة الناظمة (L'Etat Régulateur)، والتي تحبذ أسلوب التعاقد القائم على التفاوض– لأنه يضمن الامتثال إلى القواعد التي تسنها–على أسلوب الأمر الذي يتسم بالإكراه [3].

وعلى عكس الاعتقاد السائد بأن الخصخصة ستقلل من الحاجة إلى الدولة وإدارتها، فإن العقود الإدارية لا تزال أفضل وأنجع الأساليب في العمل الإداري ولم تعد وسيلة داخلية لتلبية الخدمات العامة فحسب،بل تم تدويلها[4]–مع اتجاه النظام الدولي إلى العولمة وتحرير التجارة الدولية بين الدول وحرية تداول رؤوس الأموال المختلفة–وأصبحت وسيلة اقتصادية تستعملها الدول في تطوير الاقتصاد سواء على المستوى الإقليمي (كما هو الحال على مستوى الدول الأوربية) أو على المستوى العالمي،

---

[1] خلافا لما يعتقده البعض من أن الانتقال إلى اقتصاد السوق يعني إلغاء دور الدولة ، فإن الدولة يجب أن تقود التنمية وتقود السوق ،وإن تراجع دورها كتاجر ومنتج ، فقد استعادت دورها الرئيسي كسلطة في بيئة اقتصادية تتصف بالتنافس و الاحتكار، فهي تتدخل لوضع الحدود والقيود لضمان حماية الملكية العامة واحترام القواعد المفروضة من القانون ...
انظر : وصاف عتيقة ومدوخ ماجدة ،" **الاتجاهات الحديثة لتدخل الدولة** " (بحوث و أوراق عمل الملتقى الدولي المتعلق باقتصاديات الخوصصة والدور الجديد للدولة المنعقد خلال الفترة من 03-05 أكتوبر 2004)،كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، منشورات مخبر الشراكة و الاستثمار في المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في القضاء الاورومغاربي،2006 ،ص ص 638-642.

[2] البلديات والمحليات في ظل الأدوار الجديدة للحكومة ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، أعمال المؤتمرات 2009،ص ص03-13

[3] « Le modèle d'action publique, à la base d' autorité et de contrainte tend à faire place à des procédés plus souples d'encadrement des conduites : la coopération des acteurs sociaux apparaît préférable à la contrainte , le recours au contrat ,aussi bien comme moyen d'intervention que comme technique de régulation,est la traduction de cette exigence ». Jacques ,CHEVALIER**: " Loi et contrat dans l'action publique**", Cahiers du conseil constitutionnel n°17 ,02 avril 2006,p p 05,06.

[4] حيث ظهرت عقود تتوافر فيها مقومات العقود الإدارية ، ولكنها تنطوي على عنصر أجنبي متمثل في المستثمر الأجنبي ، وقد جرى الفقه على تسميتها بالعقود الإدارية الدولية أو بعقود الدولة.

وأصبحت بذلك محلّ اهتمام الإتحاد الأوربي والأمم المتحدة واتفاقيات التجارة العالمية التي دعت إلى تطوير إبرام العقود الإدارية[1] .

إنّ البحث في موضوع العقود الإدارية يقتضي البحث في القضاء المختص بالفصل في النزاعات الناشئة عن هذه العقود ، ويكتسي الأمر أهمية قصوى-على الأقل- بالنسبة لـلدول التي تأخذ بازدواجية النظام القضائي، فليست كل العقود التي تبرمها الإدارة عقودا إدارية فمنها العقود الخاصة للإدارة والتي تبرمها وفقا لأحكام القانون الخاص ويختص بالمنازعات المتعلقة بها القضاء العادي ،ومنها العقود الإدارية التي تبرم وفقا لأحكام القانون العام ويختص بالمنازعات الواردة بشأنها القضاء الإداري.

وتشمل ولاية القضاء الإداري إلى جانب قضاء التأديب كلاّ من قضاء الإلغاء وهو قضاء موضوعي يوجّه إلى ذات القرار الإدار ي ويتمثل في بحث مشروعيته والحكم بإلغائه أو إبطاله في حالة مخالفـــته للقانون بصرف النظر ع ن الحقوق الشخصية للمدعي، والقضاء الكامل وهو قضاء شخصي لا يقتصر على بحث مشروعية العمل الإداري و إنما تعديله والحكم بالتعويض، وتعد بذلك دعوى القضاء الكامل دعوى استحقاق أساسها اعتداء الإدارة على حق شخصي للمدعي، وتتسع سلطات القاضي الإداري عند نظره في هذه الدعوى بخلاف دعوى الإلغاء.

ويتولى الفصل في النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، تطبيقا للقاعدة العامة التي استقرت في الفقه والقضاء الإداري – فترة من الزمن-والتي مفادها أن القضاء الإداري الكامل هو صاحب الاختصاص المطلق بنزاعات العقود الإدارية وذلك لتناسب الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية ودعوى القضاء الكامل ،وأنه لا يجوز الطعن بالإلغاء ضدها نظرا للأسباب التالية :

- الطبيعة الثنائية للعقد، ذلك أن من شروط قبول الطعن بالإلغاء أن ينصب الطعن على قرار إداري (عمل انفرادي).
- وجود دعوى موازية (قاضي العقد).
- مبدأ نسبيـــة العقد والذي مفاده أن لأطراف العقد وحدهم الحق دون غيرهم في المنازعة في صحّة العقد، ويكون ذلك أمام قاضي العقد لا قاضي الإلغاء.
- سبب يعود إلى الطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء حيث يراقب مدى الالتزام بالقواعد القانونية ذات الصفة العامة المجردة كالقوانيـــن واللوائح، ولا شأن له بمدى الالتزام ببنود وأحكام العقـــــد (وهـــو ما ينصرف إليه غالبا موضوع الدعوى العقدية).

[1] رحيمة الصغير ساعد نمديلي :**العقد الإداري الالكتروني** ،(دراسة تحليلية مقارنة)، ماجستير في العلوم الإدارية ، دار الجامعة الجديدة 2007 ،ص12.

وقد ترتب عن هذا الموقف الرافض للطعن بالإلغاء ضدّ العقود الإدارية رفض الطعن بالإلغاء ضد أي قرار يخ ص العملية العقدية، سواء كان القرار المطعون فيه يتعلق بعقد من عقود القانون الخاص أو بعقد من عقود القانون العام ،ذلك استنادا إلى كون العملية العقدية كتلة واحدة لا تقبل عناصرها للتجزئة، ويختص بنظر النزاعات الناشئة عنها قاضي العقد وهو القاضي المدني في حالة عقود الإدارة الخاصة وقاضي القضاء الإداري الكامل في حالة العقود الإدارية.

إلاّ أن المتتبع للموضوع يلحظ تزايد قبول الطعون بالإلغاء في مجال العقود الإدارية، فبعدما كان الأمر يقتصر على قبول الطعن بإلغاء القرارات الإدارية التي تدخل في تكوين العملية العقدية أو ما يسمى القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ،تعدّاه لقبول الطعن بالإلغاء في العقد الإداري في حدّ ذاته، ممّا يشكل تدخلا لقاضي الإلغاء في اختصاص قاضي القضاء الكامل صاحب الولاية المطلقة في منازعات العقود الإدارية.

من خلال الطّرح السابق تبرز لنا الإشكالية التالية :

« هل يجوز أن يكون محل الطعن في دعوى الإلغاء عقدا إداريا، ألا يعدّ ذلك إخلالا بقاعدة من القواعد العامة المتعلقة بشروط قبول دعوى الإلغاء، بل وأبرزها على الإطلاق وهو أن يكون موضوعها قرارا إداريا لا عقدا إداريا، أم أن الأمر لا يتعدى كونه تطبيقا لمبدأ المشروعية » .

فمبدأ المشروعية يقتضي ألا تتجاوز الإدارة في استعمالها لسلطاتها وإمتيازاتها- في كل تصرفاتها وأعمالها-حدود المصلحة العامة التي استدعتها والضوابط القانونية الموضوعة للحيلولة دون ذلك، وطالما أن دعوى الإلغاء تعتبر أهمّ وسائل حماية المشروعية فلا بأس أن تنصب على عقد إداري وأن يتم الحكم بإلغاء هذا الأخير من طرف قاضي الإلغاء متى تبين له عدم مشروعيته.

لماذا لا تتسع دعوى الإلغاء للطعن في العقود الإدارية إلى جانب القرارات الإدارية قياسا على دعوى القضاء الكامل التي تتسع للطعون في القرارات الإدارية والعقود الإدارية، وكذلك أعمال الإدارة المادية ؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

-ما هي الأسباب التي تكمن وراء إستئثار القضاء الكامل بالنظر في منازعات العقود الإدارية [1] ؟

[1] إن كان الكثير لا يفرق بين المنازعة الإدارية والنزاع الإداري ويستعمل عبارة المنازعة الإدارية للدلالة على النزاع الإداري ، فان الأستاذ رشيد خلوفي يعتبر أن النزاع الإداري والذي يعني الخلاف القائم بين طرفين أو أكثر يكون أحدهم شخصا معنويا و هو عنصر من عناصر المنازعة الإدارية، والتي تعني مجموع القواعد القانونية المتعلقة بتنظيم القضاء الإداري ،القواعد الإجرائية الإدارية والقضائية ، وكذلك قواعد اختصاص القضاء الإداري. راجع رشيد خلوفي:**قانون المنازعات الإدارية ،(تنظيم و اختصاص القضاء الإداري)** ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2007، ص ص 07، 08.

– هل الطبيعة الثنائية للعقد وفكرة الدعوى الموازية كافيتين لاستبعاد الطعن بالإلغاء ضدّ العقود الإدارية؟

– ما مصير النزاعات المتعلقة ببعض القرارات الإدارية غير المشروعة التي تدخل في تكوين العقد الإداري، هل تخضع لقضاء الإلغاء كونها تتسم بكل سمات القرار الإداري، أم أنها تخضع للقضاء الكامل كونها تسهم في العملية العقدية، بل وقد تعد ضرورية لإبرام العقد ؟

– هل يمكننا أن نتصور الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاتـــه ؟

– ثم ما مدى تأثير قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية على قواعد الإختصاص و تقسيم القضاء الإداري إلى قضاء إلغاء وقضاء كامل ؟

ومن هذا المنطلق فإنّ الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية يثير العديد من المســـائل الهامّة ومنها الخلاف الفقهي حول مدى جواز اللجوء إلى الطعن بالإلغاء فيها.

صدور العديد من الأحكام القضائية تقضي بقبول الطعن بالإلغاء في مجال العقد الإدارية والتي لم تحظ بالقدر الكافي من الاهتمام من جانب الفقه، وقد أثارت هذه الأحكام العديد من المسائل القانونية ككيفية دفاع الغير الذي لم يكن طرفا في العقد عن مركزه القانوني الذي قد يتأثر سلبا من العقد الإداري، ولا يكون له اللجوء إلى قاضي العقد من جهة لأنه ليس طرفا فيه، ولا إلى قاضي الإلغاء لأن موضوع النزاع يتعلق بعقد ،مع العلم أنّ من الحقوق الثابتة للغير الحق في أن تبرم العقود الإدارية وفقا للقانون.

وعن المانع من استعمال دعوى الإلغاء ضدّ العقود التي تكون مشوبة بعيب عدم المشروعية، كأن تكون موقعة من سلطة غير مختصة مثلا أو تبرم بدون إتباع واحترام إجراءات التعاقد المنصوص عليها...؟

و كيف لنا أن نتصور بقاء العقد الإداري قائما رغم الحكم بإلغاء القرار الإداري الذي كان أسهم في وجوده ؟، مع العلم أنه إذا ألغي القرار فقد زال وجوده وأصبح في حكـــم العدم ، وينعدم معه كل ما بني عليه وفقا للمنطق القانوني "أنّ ما بني على باطل فهو باطل ".

ثم هل من الإنصاف تمديد أثر حكم إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد إلى هذا الأخير وإعتباره كأن لم يكن، بالنسبة للحقوق المكتسبة لأطرافه؟ ألا يتعارض ذلك مع مبدأ الأمن القانوني، مع ما يستلزمه من استقرار العلاقات التعاقدية ودوام الالتزامات التعاقدية المدرجة في العقود التي تبرمها الإدارة ؟ خصوصا إذا علمنا أن أكثر الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية تكون من طرف الغير الأجنبي عن العقد.

من الصّعوبات التي قد تواجه الباحث في الموضوع ندرة المراجع المتخصّصة–إن لم نقل انعدامها–، ذلك أن أغلب المراجع تتناول إمّا النظرية العامة للعقود الإدارية من حيث الإبرام، التنفيذ، الآثار والانقضاء، أو النظرية العامة لدعوى الإلغاء،التي تتناول دعوى الإلغاء كوسيلة لإعدام القرار الإداري المخالف للقانون وتتطرق إلى شروط قبول دعوى الإلغاء، إجـــراءات دعوى الإلغاء وأوجه الإلغاء، بل أن كمّا هائلا من المراجع الصّادرة في الآونـــة الأخيرة–خاصة العربية منها– انصب على دراسة التحكيم في العقود الإدارية ، وقد يعود ذلك إلى كون موضوع الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية من أدقّ المواضيع التي تحتويها نظرية العقد الإداري، أو إلى كونه من المواضيع البكر التي لا تزال قيد الدراسة والبحث.

إنّ هذا الوضع (قلّة المراجع) لا ينبغي أن يثبط من عزيمة من يرغب الولوج في غياهب الموضوع لاستجلاء ما غمض من المسائل المنبثقة عنه، ولا أن ينال من إرادته في البحث عـــن المادّة العلمية الدقيقة التي تخدم الموضوع بطريقة مباشرة، وبات اللجوء إلى المراجع الأجنبية أمرا ضروريا رغم ما تستغرقه الترجمة القانونية السليمة من وقت، و هذا ما قد يلحظه القارئ لهذا البحث حيث يلمس الاعتماد في إعداده بالدرجة الأولى على مقالات متفرقة صادرة في مختلف الدوريات القانونية الفرنسية ذلك لمواكبتها كل جديد.

وإذا كان اهتمام الكثير من الباحثين في الآونة الأخيرة قد تركّز على التحكيم كأحد الوسائل البديلة للقضاء لحلّ النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية [1]– كما أشرنا– مبررين ذلك لكون النزاعات الناشئة عن هذه المعاملات تثير مسائل فنية دقيقة يصعب على القاضي الفصل فيها دون اللجوء إلى خبير متخصص، ممّا يدفع الخصوم إلى اختيار المحكّم من أهل الخبرة واقتصاد الوقت والنفقة .

إن كنّا لا ننكر ما للتحكيم من مزايا إلاّ أنه لا يمكننا أن نتجاهل الدّور الذي لعبه القضاء الإداري في إرساء فكرة العقد الإداري،وكونه الجهاز المتخصص المعني بإرساء مبادئ القانون الإداري، وأن أحكامه تعتبر مصدرا أساسيا من مصادر القانون الإداري وهو ما يؤكده الأستاذ عبد الرزاق السنهوري والذي يشيد بأهمية الجهاز القضائي ويرى أن من كان مظلوماً وكان خصمه قوياً كالإدارة، فلابدّ من ملاذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكواه ولا شيء أكرم للإدارة وأحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء تنصفه أو تنتصف منه، وذلك أدنى إلى الحق والعدل وأبقى للهيبة والاحترام .وقد تضمنت النظم والقوانين الوضعية جميع الضمانات التي تكفل استقلال القضاء العام في الدولة وحياده ونزاهته من تدخل السلطة العامة أو عنت الخصوم أفراد وجماعات وما يكفل للمتقاضين حرية الدفاع عن حقوقهم، كما لا يمكننا أن نتجاهل فعالية القضاء الإداري عند إعطاء الصيغة التنفيذية

[1] نظرا لكون اللجوء إلى القضاء يتطلب الكثير من الوقت والجهد والمال ،أصبح الكثير من أطراف النزاعات يحبذون اللجوء إلى وسائل أخرى بديلة للقضاء لفض نزاعاتهم كالصلح ،والوساطة وطرق التوفيق والتسويات الودية والتحكيم الذي يعد أهم هذه الوسائل .

للقرار التحكيمي الخاص بالعقود الإدارية الدولية في الدول التي تمنح القضاء الإداري سلطة إعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية الصادرة بصدد منازعة في عقد إداري.

للإشارة فإن مجال الدّراسة لا يعرض إلى الأسس العامة للعقود الإدارية لأن هذا الموضـــوع كـــان محلّ بحوث مستفيضة وصدرت بشأنه العديد من الكتب، وإنما تتمحور الدراسة حول فضّ الجدل القائم بين رفض وقبول توجيه الطعن بالإلغاء للعقـــود الإدارية، والوقو ف على الأسبـــاب الحقيقية التي تكمن وراء الرفض،وهل هناك مجال لقبول هذا النـــوع من الطعون مستقبـــلا؟ كما لا تتطرق الدراسة إلى الجانب الإجرائي أي الخطوات التي تتبع في اللجوء إلى قضاء الإلغاء وكيفية سير المنازعة حتى صدور الحكم في الدعوى .

وتركز الدّراسة بشكل أكبر على تحليل الأحكـــام الصادرة عن مجـــلس الدولة الفرنسي كون جـــلّ قواعد القانون الإداري من ابتكاره، وكونه سباقا إلى إصدار الأحكام ذات الصّلة بالموضوع الذي نحن بصدد دراسته.

أحاول من خلال دراسة هذا الموضوع متابعة التطور الذي طرأ على مسألة الطعن بالإلغاء ضدّ العقود الإدارية، وذلك انطلاقا من مرحلة رفض الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ووصولا إلى مرحلة التوجه نحو قبول هذا النوع من الطعون فيها ومدى الثبات عليها .

وبعد مقدمـــة عرضت فيها نظرة عامـــة عن الموضوع، أهميته، والإشكاليـــة التي يطرحها. تم تقسيم البحث إلى فصلين ، تناولت في(الفصـــل الأول) الموقف الرافض للطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، كون القضاء الكامل صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقدية، وأن قضاء الإلغاء ذو اختصاص محدود فيها يقتصرعلى الفصل في دعاوى الإلغاء الموجهة إلى القرارات الإدارية القابلـــة للانفصال عن العقد الإداري طبقا للقواعد العامة السارية على الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية. وقد شمل (الفصـــل الثـــاني) من الدّراسة التحول عن الموقف الرافض للطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، وتم التركيز فيه على القانون الفرنسي كونه سبّاقا إلى قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، إذ اتّخذ خطوة جريئة في هذا الصّدد، وذلك ما يظهر من خلال النصوص التشريعية والأحكام القضائية الصّادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي كرست التوجه الجديد نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ،رغم ما لهذا التوجه من تأثير على توزيع الاختصاص القضائي فيها . وفي الأخيـــر حاولت تسجيل أهمّ النتائـــج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث، وتقديـــم بعض الاقتراحات –والتي أحسبها– تسهم في الإجابة على التساؤلات التي يطرحها الموضوع.

وعليه كانت خطة البحث على النّحو التـــالي :

مقدمـــــة:

الفصل الأول: الموقف الرافض للطعن بالإلغاء في العقود الإدارية .

المبحث الأول : القضاء الإداري الكامل صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية.

المبحث الثاني: قضاء الإلغاء ذو اختصاص محدود في منازعات العقود الإدارية.

الفصل الثاني:التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية .

(جواز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته).

المبحث الأول: مظاهر التحوّل نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية .

المبحث الثاني: أثـــر التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية على قواعد الاختصاص القضائي.

خاتمـــــة:

الفصـــل الأول:الموقف الرافض للطعن بالإلغاء في العقود الإداريـــة.

يتساءل الكثير حول الهيئة القضائية المكلّفة بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة بشكل عام، هل يعود الاختصاص القضائي بنظر تلك المنازعات للقضاء العادي أم للقضاء الإداري، أم للاثنين معا؟ إذ ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة عقودا إدارية بالضرورة ، وقد درج الفقه والقضاء الإداريين على التمييز في إطار مصطلح عقود الإدارة بين عقود خاصة تبرمها الإدارة تتعامل فيها كما يتعامل الأفراد فيما بينهم متجردة من سلطتها ومستعملة لقواعد القانون الخاص، وبين العقـــود الإدارية التي تتصرف فيها مستعملة امتيازات السلطة العامة وما تتضمنه من أساليب غير مألوفة في القانون الخاص [1]،

والقاعدة العامة أن المنازعات المتعلقة بالعقود الخاصة للإدارة تكون من اختصاص جهة القضاء العادي، بينما تكون المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص جهة القضاء الإداري.

وإذا كانت مسألة الاختصاص القضائي بشأن منازعات عقود الإدارة غير واردة في الدول التي تتبنى النظام القضائي الموحد فإنها تبرز وبحدّة في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج ، إذ لا يقتصر التســـاؤل عندئذ حول أي من الجهتين القضائيتين ينعقد لها الاختصاص بنظر تل ك المنازعات (القضاء العادي أم القضاء الإداري)، بل يدق الأمر أكثر،فعلى فرض أنه انعقد الاختصاص في ذلك لجهة القضاء الإداري فهل تدخل المنازعة العقدية بعدها في ولاية القضاء الكامل أم في ولاية قضاء الإلغاء؟خاصة إذا علمنا أن هناك اختلافات جوهرية بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل من حيث سلطات القاضي،وطبيعة الدعوى في كل منهما وشروط تحريكها ومواعيدها وصاحب المصلحة فيها، وحجية الحكم الصادر فيها .

وإثر هذا الاختلاف البيّن بين (دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل) أصبح من الضروري تحديد نوع ولاية القضاء الإداري في مجال منازعات العقود الإدارية.

---

[1] يعرّف العقد الإداري عموما على أنّه:" الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عامّا بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية على الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم وبعض ، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد ،أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد ". والملاحظ أن استعمال معيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون العام ، وكذا معيار ضرورة أن يكون للعقد الإداري علاقة بمرفق عمومي يتم بصف متناوبة.

د. سليمان الطماوي:**الأسس العامة للعقود الإدارية** ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي 1991 ،ص48.

د. محمود عاطف البنا :**العقود الإداريّة** ، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي ،2007،ص 28.

د. مفتاح خليفة عبد الحميد : **المعيار المميز للعقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2007،ص12 .

لباد ناصر : **القانون الإداري** ، الجزء الثاني ، النشاط الإداري ، الطبعة الأولى ، الناشر لباد ، الجزائر 2004، ص ص390-394 .

ولا شك أن ذلك لا يتم بصورة اعتباطية، بل يجب مراعاة مسألة غاية في الأهمية، وهي أن تتفق طبيعة منازعات العقود الإدارية مع الطبيعة الذاتية للقضاء الذي ستوكل إليه مهمة الفصل فيها .

ويتوقف تحديد نوع ولاية القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية إلى حدّ كبير على صفة الطّاعن من ناحية، وعلى مرجع أسباب الطعن من جهة أخرى.

وعليه يدخل في ولاية القضاء الكامل المنازعات التي يثيرها أطرافه مستندين إلى بنوده واشتراطاته ،وتتعلق هذه المنازعات عادة بمرحلة تنفيذ العقد التي تبدأ بعد التصديق النهائي عليه وتستمر إلى انقضائه ، وتدور هذه المنازعات حول تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد أو التحلل منها .

لكن قد يسهم في إتمام العملية العقدية بعض القرارات الإدارية التي قد تدخل في تكوينه أو تنفيذه والتي قد تكون مخالفة للقوانين، فهل يجوز الطعن بالإلغاء في هذه القرارات التي تكون مستوفية لكل أوصاف القرارالإداري (عمل قانوني انفرادي، صادرعن مرفق عام، قصد إحداث أثـــر قانوني) أمام قاضي الإلغاء؟ أم لكون القرار يسهم في العملية العقدية، فسيعتبر جزء لا يتجزأ عنها ،وبالتالي لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء بصورة مستقلة ؟

وللإجابة على هذين السؤالين ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في (المبحث الأول) القاعدة العامة في تحديد نوع القضاء الإداري الناظر في منازعات العقود الإدارية، والتي مفادها أن القضاء الإداري الكامل هو صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية ،وفي (المبحث الثاني) الاستثناء الوارد على هذه القاعدة والذي يمنح قضاء الإلغاء اختصاصا محدودا في مجال منازعات العقود الإدارية يتمثل في إلغـــاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري .

المبحث الأول: القضاء الإداري الكامل صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية.

يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد الإداري – باستثناء تلك المسائل الأوّلية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء الـــعادي كأهلية المتعاقد مع الإدارة–ويتولّى الفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين العقد وصحته وتنفيذه وإنهائه، وممّا لا خلاف حوله أنّ منازعات العقود الإدارية تدخل بحسب الأصل في اختصاص القضاء الكامل.

و يقصد بالقضاء الكامل الدّور الذي يقوم به القضاء الإداري بشأن العمل الإداري المطعون فيه ببحث مشروعيته وإلغائه أو تعديله مع الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عنه.

والمقصود بالقضاء غير الكامل الوقوف بالحكم عند حدّ معين، فلا يتجاوزه القاضي وإلا كان باطلا ففي دعوى الإلغاء وهي قضاء غير كامل نجد القاضي يقضي بأحد أمرين: إمّا رفض الدعوى وتأييد القرار المطعون فيه، وإما إلغاؤه كليا أو جزئيا ولا أكثر من ذلك [1].

وقبل الخوض في الأسباب التي أدّت إلى استئثار القضاء الإداري الكامل بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية واستبعاد دور قاضي الإلغاء، نذكّر بأن دعوى القضاء الكامل تختلف عن دعوى الإلغاء من عدة نواح : من حيث موضوعها ،وسلطات القاضي فيها، وحجية الحكم الصادر فيها...

على ضوء هذه المعطيات نحاول عرض الأسباب التي دفعت كلاّ من الفقه والقضاء الإداريين إلى إرساء مبدأ عام يقضي بدخول منازعات العقود الإدارية في ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء، وهل هذا المبدأ معمول به فعلا في القوانين المقارنة ؟

وقد خصّصنا للإجابة على هذا السؤال مطلبين، نتطرق في (المطلب الأول) الأسباب التي جعلت القضاء الإداري الكامل ذو اختصاص مطلق في منازعات العقود الإدارية من منظور الفقه والقضاء الإداري، وفي(المطلب الثاني) طبيعة اختصاص الإداري بمنازعات العقود الإدارية في القوانين المقارنة.

المطلب الأول: القضاء الإداري الكامل ذو اختصاص مطلق في منازعات العقود الإدارية.

(حسب ما ذهب إليه الفقه وما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري).

القاعدة العامّة أنّ القضاء الإداري الكامل صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية، وقد تقرّرت هذه القاعدة نتيجة لما استخلصه الفقه من تناسب الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود مع دعوى القضاء الكامل أكثر من دعوى الإلغاء وما يستشف من أحكام القضاء الإداري، بل أنّ هنا من يمنح القضاء الكامل اختصاصا مطلقا في منازعات العقود الإدارية ويرفض في المقابل اللجوء إلى قضاء الإلغاء بشأنها رفضا مطلقا .

وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين (الفرع الأول) نبحث من خلاله عن العوامل القانونية التي جعلت من القضاء الكامل صاحب الاختصاص المطلق بمنازعات العقود الإدارية و دعوى القضاء الكامل الأنسب لهذا النوع من المنازعات حسب ما ذهب إليه الفقه، ونخصص (الفرع الثاني) لبحث الأسانيد القانونية التي أدّت إلى رفض اللجوء إلى دعوى الإلغاء بشأن المنازعات العقدية وفق ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري، وفي الأخير(كفرع ثالث) نعرض صور المنازعة العقدية في إطار القضاء الكامل.

[1] د.عبد الحكيم فوده: **الخصومة الإدارية** ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1996،ص25.

الفرع الأول: دعوى القضاء الكامل الدعوى الأنسب لمنازعات العقود الإدارية.

(حسب ما ذهب إليه الفقه).

يجمع فقهاء القانون الإداري على أنّه حتى يخوّل الاختصاص القضائي بشأن منازعة إدارية ما إلى هيئة قضائية (قضاء كامل أو قضاء إلغاء...)، ينبغي أن تتفق طبيعة المنازعة المطروحة مع طبيعة الدّعوى التي تباشر بشأنها، كما ينبغي أن تتفق الطلبات المقدمة في هذه الدعوى مع طبيعة ومدى السلطات التي يمارسها القاضي الذي ينظر فيها.

وبناءا عليه فانّه عندما يتم عقد الاختصاص في منازعات العقود الإدارية للقضاء الكامل لابدّ أن يتم الاعتماد على أحد الأسس السابقة، ولتوضيح ذلك يتعين علينا عرض الأسس التي تم الاعتماد عليها لتصنيف الدعاوى الإدارية بشكل عام، ذلك أن تصنيف الدعاوى العقدية مرتبط بالتصنيف العام للدّعاوى الإدارية حسب الأستاذ" André de Laubadère ":

« La question de la classification des recours en matière contractuelle rejoint celle de la classification des recours contentieux en général la première contribue d'ailleurs à la complexité de la seconde autant que la seconde permet d'éclairer la première ».[1]

ومسألة تقسيم الدعاوى الإدارية ليست محض اجتهادات فقهية نظرية، وإنماّ هي ذات فائدة عملي ة نظرا لأن قواعد قبول الدعاو ى الإدارية ومدى سلطة القضاء في الفصل فيها تعتمد في الواقع على الطائفة التي تلحق بها الدعوى الإدارية المرفوعة أمام القضاء الإداري .[2]

أوّلا: دعوى القضاء الكامل الدعوى الأنسب لمنازعات العقود الإدارية بالنظر الى السلطات التي يملكها القاضي في هذه الدعوى.

يعود الفضل في صياغة تقسيم للدعاوى الإدارية– وإن لم يكن أوّل من قال به[3] –إلى الفقيه الفرنسي "Edouard Laferrière"[4]، ويتمثل المعيار الشكلي في مدى السلطات التي يمارسها القاضي عند نظره الدعوى المرفوعة إليه، حيث تختلف وتتنوع سلطات القاضي المختص في الدعوى الإدارية ضيقا واتساعا من دعوى إلى أخرى على النّحو التالي:

1–دعوى التفسير:

تتحدّد سلطة القاضي المختص فيها بإعطاء المعنى الحقيقي والصحيح للقرار المطعون فيه، دون أن تتعدى سلطته البحث عن مدى شرعيته كما ليس له أن يلغيه.

---

[1] DE LAUBADERE, A , MODERNE, F et DELVOLVE. P :**Traité des contrats administratifs**,Tome 2 , 2 ème éd, LGDJ 1984, p994.

[2] د.سامي جمال الدين: **الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف 2004،ص52.

[3] إن أوّل من أشار إلى هذا التقسيم هو Léon AUCOC, في مؤلفه "Conférence sur l'administration et le droit administratif" Léon, AUCOC :**Conférence sur l'administration et le droit administratif** , Tome1, 1 éd, 1869, p361 .

[4]Edouard , LAFERRIERE : **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux** , Tome1, 2 éd ,. LGDJ 1989,p 15.

2- دعوى تقديروفحص شرعية القرارات:

حيث تنحصر سلطات القاضي المختص بهذه الدعوى بفحص عمّا إذا كان القرار المطعون فيه مشروعا أو غير مشروع، و هكذا لا يجوز له الحكم بالإلغاء أو الحكم بالتعويض.

3- دعوى الزجرأوالعقاب:

يختص القاضي الإداري في هذا النوع من الدعاوى بتوقيع العقوبات الجنائية على مرتكبي المخالفات ضد القوانين واللوائح التي تحمي المال العام.

4-دعوى الإلغاء:

وتكون سلطات القاضي الإداري فيها محدودة ولا يمكنه بأي حال من الأحوال مراجعة أو تعديل القرارات المتخذة من طرف الإدارة، بل لا يملك سوى إلغاءه ا بسبب عدم مشروعيتها وليس لعدم ملاءمتها أو سوء تقدير الوقائع فيها.

5- دعوى القضاء الكامل:

يتمتع القاضي الإداري عند نظره في هذه الدعـــوى بسلطات واسعة إذ يملك تعديل القرارات المتخذة من طرف الإدارة واستبدالها بقرارات جديدة يقرر التزامات على عاتقها وينطق بغرامات مالية، حي ث يرى الأستاذ "André Maurin" إن صفة الكامل تعني أن السلطات التي يتمتع بهـــا القاضي جد واسعة

« L'adjectif plein signifie que les pouvoirs du juge sont beaucoup plus étendus ».[1]

و يرجع السبب في اختصاص القضاء الكامل بمنازعات العقود الإدارية حسب هذا الاتجاه، إلى كون سلطات القاضي في دعوى الإلغاء والدعاوى الأخرى قاصرة عن الاستجابة لمتطلبات هذا النوع من المنازعات.

فالقاضي في منازعات العقود يجب أن يتمتع بسلطات واسعة كالقيام بتعيين خبير، بفسخ العقد، الحكم بتعويض، إبطال بعض التصرفات أو تعديل بعض الأعمال ولذلك فإنه من الأنسب أن تنتمي منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الكام ل أكثر من انتمائها إلى قضاء الإلغاء مثلا الذي ينحصر دوره في أحد الأمرين :الأول منهما إذا تبين له أن القرار المطعون بالإلغاء قرار مشروع فإنه يقوم برفض الدعوى ،أما إذا تبين له أن هذا القرار غير مشروع فإنه يحكم بإلغائه أي إبطاله وإبطال كافة آثاره في الماضي

[1] André, MAURIN: **Droit administratif**,Aide Mémoire, Sirey,5ème éd 2005 , p171.

والمستقبل وليس له أن يحكم بشيء أخر كأن يكون له حق إصدار أوامر للإدارة أو الحلول محلها في إصدار القرارات أو تعديلها[1].

يعاب على هذا التقسيم للدّعاوى الإدارية أنه تقسيم شكلي يعتمد على عنصر ثانوي بحت ،يتمثل في طابع الحكم القضائي الذي يصدره القاضي الإداري عقب نظر المنازعة الإدارية المعروضة عليه ،وكان يتعين الاعتماد على عنصر جوهري في العمل القضائي، وهو المنازعة التي فصل فيها القضاء استنادا لطبيعة المسألة التي عرضت عليه [2].

كما يؤخذ عليه قيامه على مدى سلطات القاضي في المنازعة الإدارية عموما والعقدية خصوصا كونه يعتبر أن سعة وضيق هذه السلطات مرتبط بإرادة القاضي ويغفل إرادة المشرع في ذلك، والواقع يثبت أن المشرع وحده يملك تحديد الإطار الذي يعمل القاضي في حدوده [3].

فضلا عن ذلك فإن هذا التقسيم يتجاهل تماما إرادة الخصوم حيث ينبغي على القاضي التقيد بطلبات الخصوم ،فلو كان المطلوب أمامه إلغاء القرار الإداري مثلا قام بإلغائه كليا أو جزئيا وليس له أن يقــرّر في منطوق حكمه ما يترتب على هذا الإلغاء من أثار بصورة تفصيلية، ولا يختلف الأمر في دعاوى القضاء الكامل فلا يمكن للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم أو يتجاوز ما طلبوه وإلاّ كان حكمه معيبا.

ورغم الانتقادات الموجهة لهذا التقسيم إلاّ أنها لا تنتقص من قيمته ففي دراسة حديثة أجرتها الباحثة"Sabine Boussard" تحت عنوان" تصنيف الدّعاوى الإدارية بالنّظر إلى تغيّر دور قاضي الإلغاء تؤكّد فيها أن معيار" مدى السلطات التي يتمتع بها القاضي في الدّعوى" الذي جاء به "Laferrière" لا يزال قائما ويعتمد عليه في تقسيم الدعاوى الإدارية، رغم توسع سلطات قاضي الإلغاء في الدعوى والتي كانت محدودة في الماضي حيث صار في وسعه توجيه أوامر للإدارة ... [4]

---

[1] د. محمد السناري: **التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة**،(دراسة تحليلية ونقدية)،دار النهضة العربية، القاهرة 1994،ص24 .

[2] د.علي خطار شطناوي : **موسوعة القضاء الإداري**،الجزء الأول ،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان 2004،ص256.

[3]- ففي مجال تنفيذ الأحكام الإدارية كان المبدأ السائد في القضاء الإداري الفرنسي هو امتناع القاضي الإداري عموما عن توجيه أوامر للإدارة يحملها على تنفيذ الأحكام الصادرة عنه ، إلا أن المشرع الفرنسي قد رفع عنه هذا القيد وذلك بمقتضى المادة 02من قانون 16جويلية 1980والتي جاء فيها:« في حالة عدم تنفيذ حكم أصدرته إحدى جهات القضاء الإداري لمجلس الدولة من تلقاء نفسه الحكم بغرامة تهديديه على الشخص المعنوي لضمان تنفيذ الحكم » واتبعه بقانون صادر في عام1995 منح القاضي الإداري سلطة إصدار أوامر للإدارة مقرونة بغرامة تهديديه ، وهو نفس النهج الذي سار وراءه المشرع الجزائري حسب الصيغة الجديدة للقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،من خلال المواد 980-985.

- وفي مجال الدعوى الإدارية الإستعجالية نجد أن المشرع الجزائري قد منح القاضي الإداري سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية مؤقتا إلى حيـن الفصل في الموضوع وذلك حماية للحق المتنازع فيه حسب المادة171 مكرر من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

[4] **La persistance du critère de l'étendue des pouvoirs du juge :**

dresser le constat inverse ; non seulement la réforme n'a pas abouti à la fusion des contentieux mais elle a, au contraire, incité le juge de l'excès de pouvoir à révéler la nature particulière de ses pouvoirs. »

ثانيا: دعوى القضاء الكامل الدعوى الأنسب لمنازعات العقود الإدارية لتعلق موضوع النزاع فيها بحق شخصي.

دعوى القضاء الكامل الدعوى الأنسب لمنازعات العقود الإدارية لتعلق موضوع النزاع فيها بحق شخصي، وتجد هذه الحجة أساسها في التقسيم المادي للدّعاوى الإدارية والذي تزعمه الفقيه" Duguit "ويعتمد فيه على طبيعة المسائل التي تعرض على القاضي في الدعوى، فإذا تعلقت المنازعة بحق شخصي (مركز قانوني فردي) فإنها تدخل في إطار القضاء الشخصي، أمّا إذا تعلقت بمركز قانوني موضوعي (مركز قانوني عام) فإنها تدخل في إطار القضاء الموضوعي أو ما يطلق عليه اصطلاح القضاء العيني الذي يضم قضاء الإلغاء.

ويرى أن القضاء الموضوعي يهدف إلى حماية القواعد القانونية العامّة المجردة أي حماية المشروعية في حين أن القضاء الشخصي يهدف إلى حماية المراكز القانونية الشخصية أو الفردية .

من الواضح أن مصدر هذا التقسيم يعود إلى التفرقة التي قالت بها المدرسة الواقعية بين المراكز الموضوعية والمراكز القانونية الموضوعية من ناحية، والحقوق الشخصية والمراكز القانونية الشخصية من ناحية أخرى، وعليه تقسم ولاية القضاء الإداري كالتالي:

1-الدّعاوى التي تدخل في نطاق القضاء الموضوعي:

ا- دعوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة أو المنعدمة، وخاص ة دعوى تجاوز السلطة وهي نموذج للقضاء الموضوعي.

ب-دعوى فحص المشروعية.

ج- دعوى الزجر والعقاب.

د-دعاوى الطعن بالنقض ما لم تكن ذات طبيعة شخصية، وذلك عندما يكون مرجع الطعن في الحكم هو مخالفته لمركز قانوني شخصي ففي هذه الحالة تعتبر من دعاوى القضاء الشخصي.

ه-دعوى التفسير إذا كان العمل المطلوب تفسيره يتعلق بالمراكز الموضوعية العامة مثل التشريع أو اللائحة فإذا تعلق بحق شخصي مثل العقود فإنه يندرج في القضاء الشخصي.

و- الدّعاوى الانتخابية المتصلة بصحة الانتخاب ومشروعيته، أما إذا تعلقت الدعوى بطلب تصحيح الانتخاب فإنه يتصل بالقضاء الشخصي.

ي- الدعاوى الضريبية إذا كانت المنازعة تتعلق بمشروعية ربط الضريبة وفقا للقوانين، فإذا اتصلت الدعوى بتحديد الالتزامات المالية المفروضة على الممول فإنها تدخل في دائرة القضاء الشخصي.

Sabine , BOUSSARD: "**La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir**", regards sur l'histoire de la justice administrative, journées d'étude du centre d'histoire du droit de l'Université de Renne 1, Lexis-Nexis SA 2006, p326.

2-الدّعاوى التي تدخل في نطاق القضاء الشخصي :

ا- دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن أعمال الإدارة (قضاء المسؤولية).

ب- الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية وما في حكمها .

ويعود السبب في اختصاص القضاء الكامل أو القضاء الشخصي بصورة أعمّ بمنازعات العقود الإدارية إلى أن طبيعة القضاء الشخصي تستجيب أكثر للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية التي تنجـــم عن المساس بحقوق ناشئة عن مركز قانوني شخصي، وذلك بعكس الحال في دعوى الإلغاء لأن الطعن في القرارات في إطار دعوى الإلغاء يؤسس على مخالفة مبدأ المشروعية أي التعدي على حقوق ناشئة عن مركز قانوني موضوعي(عـــام)، ومن النادر أن يكون مرجع الطعن في منازعات العقود الإدارية مخالفة نص تشريعي أو لائحي بل يكون السبب في الغالب مخالفة نص عقدي أو خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين ،كما قد يرجع الطعن إلى قيام عـــارض من عوارض التنفيذ كالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة[1].

يؤخذ على هذا التقسيم قيامه على فكرة أن كلاّ من القضاء الشخصي والقضاء الموضوعي منفصل عن الآخر انفصالا كليا وهو ما يفنده الدكتور" سليمان الطّماوي" حيث يرى أن القضاء الموضوعي هو باستمرار جز ء من القضاء الشخصي في فرنسا، نظرا لتطبيق فكرة القرار الإداري السابق في نطاق قضاء التعويض أو القضاء الكامل لأن قاضي التعويض في فرنسا يبدأ أولا وباستمرار بإلغاء هذا القرار ، ثم يستعيض عنه بالحكم الذي يصدره [2] .

هذا وقد اعترض الفقيه"Bonnard" على تصنيف دعوى الإلغاء ضمن القضاء الموضوعي و يعتبـــر أن دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة إنما تدخل في نطاق القضاء الشخصي على أساس أن هذا القضاء يضم كل دعوى يدافع فيها الفرد عن حق شخصي[3].

فيما يرى البعض الآخر أن دعوى الإلغاء هي دعوى ذات طبيعة مختلطة، وإن كانت تهدف إلى حماية مصلحة عامة وهي مبدأ المشروعية ومراقبة قرارات الإدارة ، فإنها تهدف في نفس الوقت إلى حماية مصالح شخصية ومراكز ذاتية لرافعي الدعوى ،من خلال الطعن في القرار الذي يمس مصالحهم ورد الاعتداء الذي يشكله القرار على تلك المصالح من خلال إلغائه ، بل أن الغالب في دعاوى الإلغاء أنها تهدف إلى حماية المصالح الشخصية من خلال حماية المصالح العامة .[4]

---

[1] د.محمد السنا ري ، المرجع السابق ،ص27.

[2] د.سليمان الطماوي : **القضاء الإداري ، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)**، دار الفكر العربي1996،-ص321 وما بعدها.

انظر BONNARD، نقلا عن: **le contrôle juridictionnel de l'administration**, 1934, p34.

د سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص64 .

[4] علي الشيخ إبراهيم ناصر المبارك : **المصلحة في دعوى الإلغاء** (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية 2009، ص285.

وهناك من يرى أن العقد الإداري ذاته ليس مجرد رابطة بين حقوق شخصية، بل أن له وظيفة موضوعية تكمن في تحقيق النفع العام، (مما يجيز الطعن فيه بالإلغاء) وهو ما ذهبت إليه الأستاذة " Rozen Noguellou " :

« Le contrat administratif n'est pas q'un lien de droit subjectif, il a aussi une fonction objective en ce qu'il sert l'intérêt général »[1]

كما عيب على هذا التقسيم من جهة أخرى قوله بالشخصية المطلقـــة أو العينيـــة المطلقة للدعوى الإدارية من جانب الفقيه " Maurice Hauriou "[2]،ومن الثابت ظهور طعون عينية في إطار القضاء الكامل إلى جانـــب الطعون الشخصية التي تطبعه وقد أصبح القضاء العيني الكامل ينافس قضاء الإلغاء حيث يتساءل الأستاذ " René Chapus " عمّا إذا كانت دعوى الإلغاء في طريقها نحو الزّوال بسبب توسع هذا النوع من الدعاوى[3].

نخلص في الأخير إلى أنه رغم المحاولات الفقهية لوضع تقسيم محدّد للدعاوى الإدارية إلاّ أنه لم يكتب لها النجاح[4]، ويبقى التقسيم المعمول به في الوقت الحاضر والذي استقر علي ه القضاء هو التقسيم القائم على التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل –كما سبق وأن أشرنا– حيث يرى بعض الفقهاء أنها التفرقة الهامة والوحيدة التي يتعين إقامتها[5] .

ومع ذلك حتى هذا التقسيم لم يسلم من النقد فهناك من أنكر التفرقة بين الدعويين وذلك لاستحالة إيجاد معيار للتمييز بينهما وللتداخل القائم بينهما ،حيث يرى البعض أن دعوى الإلغاء تتجه إلى استيعا ب واحتواء دعوى القضاء الكامل لتصبح مظهر الرقابة القضائية الفعالة على أعمال الإدارة ،بينما يرى البعض الآخر خلاف ذلك إذ يعتبر أن دعوى القضاء الكامل هي التي ستستغرق وتحتوي دعوى الإلغاء... [6]

---

[1] Rozen , NOGUELLOU: "**L'arrêt Société Tropic Travaux Signalisation et la notion des « tiers au contrat** » ,RDC,avril 2008,p611.

[2] Wilfried, KLOEPFER:" **Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle**", AJDA 31mars 2003, p585.

[3] **Vers l'éclipse du recours pour excès de pouvoir ? :**
« le voilà concurrencé par un recours de même nature, (recours du plein contentieux objectif) puisqu'il est aussi un recours objectif mais plus performant en ce qu'il est susceptible de procurer des résultats plus concrets et certains en même temps qu'immédiats ». René , CHAPUS: **Droit du contentieux administratif**, 5 éme éd, Montchrestien, E J A Paris 1995,180.

[4] فقد ظهر **التقسيم التوفيقي** أو المختلط للدعاوى الإدارية،للفقيهين J.M Auby و R.Drago
حيث يقوم هذا التقسيم على أساس كل من التقسيم التقليدي للدعاوى الإدارية القائم على مدى وحجم سلطات القاضي في الدعوى ، والتقسيم الحديث أي طبيعة المراكز والأسس القانونية التي تؤسس عليها الدعوى ، وكذا طبيعة ونوعية الأهداف التي تحققها الدعوى القضائية الإدارية ، وتقسم الدعاوى الإدارية على أساس التقسيم التوفيقي للدعاوى إلى قسمين أساسيين :
- دعاوى قضاء الشرعية و تندرج فيها دعوى الإلغاء .
- دعاوى قضاء الحقوق و تندرج فيها دعاوى العقود الإدارية .
انظر : J.M AUBY et R.DRAGO, **Traité de Contentieux Administratif** ,Paris, LGDJ,1975.

[5] Charles , DEBBASCH : **contentieux administratif**, 3éd,1981,p 698.

[6] د سامي جمال الدين ، المرجع السابق ،ص67.

الفرع الثاني: رفض اللجوء إلى دعوى الإلغاء بشأن المنازعات العقديـــة.

(وفق ما استقرت عليه أحكام القضـــاء الإداري)

تعرّف دعوى الإلغاء وتسمى أيضا دعوى تجاوز السلطة بأنّها « الدعوى القضائية التي ترفع من قبل أصحاب الصفة والمصلحة إلى جهات قضائية إدارية مختصة وفقا للشروط والإجراءات ،سيما الشكليات القانونية المقررة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة، وتتحرك سلطات القاضي المختص بدعوى الإلغاء في حدود الحكم بإلغاء قرار إداري غير مشروع أو الحكم بعدم إلغائه لأنه مشروع »[1]، وليس له مراقبة ملاءمته–حيث تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اتخاذ القرار المناسب–إلاّ إذا ثبت الإخلال بالمصلحة العامة أوالتعسف في استعمال الحق،عندئذ يتصدى قاضي الإلغاء بإلغاء القرار الإداري لمخالفته مبدأ المشروعية ،وتعدّ هذه الدعوى أهم وسائل حماية المشروعية إذ تؤدي إلى ترتيب البطلان كجزاء يصيب القرار المخالف للقانون .[2]

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي حتى النصف الثاني من القرن التاسع عشر يقبل دعوى الإلغاء الموجهة ضد عقود الإدارة حيث لم تكن قد ظهرت بعد بوضوح التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل[3].

وتعود فكرة عدم قبول دعوى الإلغاء ضد عقود الإدارة حسب بعض الفقهاء إلى قرار مجلس الدولة في1877 في قضية"Compans "[4]، في حين يرجعها البعض الآخر إلى قضية " Levieux" سنة 1899 والتي تم الحكم فيها برفض دعوى الإلغاء ضد عقود الإدارة سواء تم اللجوء إليها من طرف المتعاقدين أو من طرف الغير[5].

وظلّ مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه القاعدة بصرامة حتى أوائل القرن العشرين ،فلم يكن المجلس يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري سواء وجه الطعن إلى العقد ذاته أو إلى قرار م ن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة خلال المراحل المتعددة للعملية العقدية ، فهذه الأخيرة –حسب رأيه– تشكل جزء لا يتجزأ ويتعين الطعن عليها برمتها أمام قاضي العقد.

وقد أيّد بعض الفقهاء موقف القضاء الفرنسي هذا المتمثل في عدم قبوله اللجوء إلى دعوى الإلغاء ضد عقود الإدارة وأوجدوا الحجج الكفيلة بتبرير هذا الموقف، وسنتناول في هذا الفرع أهمها وما يؤخ ذ عليها.

---

[1] حمدي ياسين عكاشة: **موسوعة العقود الإدارية والدولية في التطبيق العملي**، منشأة المعارف 1998، ص ص100،101.

[2] د. ماجد راغب الحلو : **القضاء الإداري** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2004، ص269.

[3] CE 18juin1860, duc de Clermont-Tonnerre,Rec.CE.p460.

[4] CE 26 janv1877,Compans ,Rec.CE .p94.

[5] CE 19mai1899,Levieux,Rec.CE.p401.

أولا: أسباب رفض اللجوء إلى دعوى الإلغاء في العقود الإدارية .

1- وجود دعوى موازية:

استند القضاء الفرنسي في رفضه لولاية قضاء الإلغاء ضد العقود الإدارية إلى فكرة الدعوى الموازية، والتي مفادها أن دعوى الإلغاء لا تقبل إذا كان هناك طريق قضائي آخر يمك ن الطاعن من تحقيق المزايا والنتائج التي تكفلها له دعوى الإلغاء، وعليه لا تقبل دعوى الإلغاء على العقد الإداري لقيام وسيلة قضائية أخرى هي الطعن على العقد بدعوى القضاء الكامل .

وتعدّ نظرية الدعوى الموازية من اختلاق مجلس الدولة الفرنسي وليس لها سند تشريعي، والذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير هذه النظرية اعتباران أساسيان هما:

أوّلهما : أنه في الوقت الذي تخوّل فيها قوانين إنشاء مجلس الدولة ولاية إلغاء القرارات الإدارية النهائية فإن هناك بعض القوانين خوّلت جهات قضائية سواء كانت عادية أو محاكم إدارية أخرى الاختصاص في تقدير مشروعية القرارات الإدارية [1]، ويكون الطعن أمامها محققا ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء لذلك وصفت دعوى الإلغاء في ذلك الوقت بأنها دعوى احتياطية ، بمعنى أنّه لا يتم اللجوء إليها طالما نظّم المشرع دعوى قضائية أخرى يتوقى المدّعي من خلالها أثار القرار المعيب.

ومثال ذلك في حالة دعاوى الضرائب والرسوم يجوز للمموّل إذا رأى أنّ الإدارة قد جبت منه مبلغا بدون وجه حق أن يلجأ إلى القاضي المختص وهو غير مجلس الدولة ليطلب استرداد ما دفع بدون وجه حق أو لإنقاص القيمة المطلوب أداؤها دون الالتجاء إلى دعوى الإلغاء والتي ترفع أمام مجلس الدولة .

والإعتبارالثاني : يتعلق بالناحية العملية الذي مردّه التخفيف عن عاتق المجلس وخاصة بعد أن أصبحت دعوى الإلغاء أداة شعبية لرقابة أعمال الإدارة فقد تضخمت عدد القضايا أمام مجلس الدولة لا سيما بعد تقرير الإعفاء من الرّسوم القضائية وعدم اشتراط تقديمها عن طريق محام لذلك سار المجلس في البداية الى أنّ وجود طريق طعن قضائي مقابل يعتبر سببا للدفع بعدم قبول الدعوى أمامه[2] .

والسّؤال الذي طرحه الكثير من الفقهاء في هذه الحالة « هل تعتبر دعوى القضاء الكامل حقا دعوى موازية بالنسبة لدعوى الإلغاء ؟ »

2- الطبيعة الثنائية للعقد:

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنّ من شروط قبول دعوى الإلغاء هو أن ترد على قرار إداري والقرار الإداري هو تعبيرعن إرادة الإدارة المنفردة ، أما العقد الإداري فهو توافق إرادتين إرادة الإدارة من جانب وإرادة المتعاقد معها من جانب آخر.

---

[1] حدثت هذه المشاركة في الاختصاص منذ صدور حكم المجلس في 26 ديسمبر 1862 في قضية Larbaud.

[2] د. محمود حافظ : **نظرية الدعوى الموازية في القانون الفرنسي**، مجلة القانون و الاقتصاد ، عدد مارس 1959 ، ص132.

ولمّا كان العقد الإداري عبارة عن إتفاق بين طرفين جهة الإدارة والمتعاقد معها ، لا يمكن فصل إرادة أحد الطرفين دون الإخلال بوجود العقد نفسه، إذ لا يمكن أن يوجه ضدّ إرادة السلطة الإدارية المتعاقدة دون المساس في الوقت نفسه بإرادة المتعاقد معها، ومن ثم لا يجوز أن يكون العقد محلا لدعوى الإلغاء.

ويرى الأستاذ "عبد الحميد حشيش" في هذا الصّدد– أن العقد لا يقبل الطعن بالإلغاء، لأن العمل القانوني الذي يصلح موضوعا لهذا الطعن لابد أن تتوافر فيه شروط معينة وهي متخلفة في العقد ، ومن أهم تلك الشروط أن يكون العمل قرارا نهائيا واجب التنفيذ بالطريق الإداري دون حاجة إلى تدخل سلطة أخرى، وأن يتضمن هذا العمل الإعلان عن إرادة واحدة وهي إرادة الإدارة ، وأن تتجه نحو إحداث أثر قانوني، أما العقد فهو عمل تبادلي وليس عملا صادرا عن إرادة واحدة كما أنه غير واجب التنفيذ بالطريق الإداري في معظم الأحوال ولا يغيب عن البال أن هذه الشروط متخلفة في عقود الإدارة الإدارية والمدنية على حدّ سواء بل العقد المدني لا يعد عملا إداريا على الإطلاق[1].

ثانيا: مدى جدية أسباب رفض اللجوء إلى دعوى الإلغاء في العقود الإدارية .

1– وجود دعوى موازية غير كاف لرفض اللجوء إلى دعوى الإلغاء في العقود الإدارية .

حيث يرى الفقيه الفرنسي" André de Laubadère"أن فكرة الدعوى الموازية ليست كافية لاستبعاد دعوى الإلغاء ضد العقد الإداري فهي إن صحت بالنسبة للمتعاقدين لا تكون سليمة بالنسبة للغير الذي لا يملك الطعن على العقد أمام قاضي العقد.[2]

ولا يمكن لدعوى العقود الإدارية حتى بالنسبة للمتعاقدين أن تكون دعوى موازية لدعوى الإلغاء، وأن تؤدي بالتالي إلى حرمانهم من اللجوء إليها –خاصة فيما يتعلق ببعض القرارات الإدارية غير المشروعة التي تسهم في تكوين العقد الإداري–لأن دعوى العقود الإدارية لا تحقق ذات النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء، وهي إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة إلغاء قضائيا وتعد في ذلك الدعوى الأصيلة والوحيدة.

ثم أن اللّجوء إلى فكرة الدعوى الموازية لتبرير رفض دعوى الإلغاء ضدّ العقود الإدارية دعت إليه ظروف عملية معينة خاصة بالقضاء الإداري الفرنسي وتظهر في تخفيف العبء على مجلس الدولة الفرنسي الذي تراكمت عليه دعاوى الإلغاء وأثقلت كاهله– كما سبق وأن ذكرنا– نتيجة صدور مرسوم 02 نوفمبر 1864،الذي يعفي دعوى الإلغاء من ضرورة مباشرتها بواسطة محام، وإعفائها من الرسوم

[1] عبد الحميد حشيش:" **القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة**"،مجلة مصر المعاصرة ، السنة 66 العدد362 ،أكتوبر1975،ص490.

[2] DE LAUBADERE, A., MODRNE, F., DELVOLVE, P ,Op.Cit , p1032.

القضائية،إلا أنه وبعد صدور مرسوم 1953الذي يقضي بإنشاء المحاكم الإدارية اعتبارها صاحبة الاختصاص العام بالنسبة لدعوى الإلغاء وسائر الدعاوى الأخرى .

فنظرية الدعوى الموازية لا يمكن أن يكون لها وجود إلاعندما يدخل النزاع في نطاق اختصاص قضائي آخر، يختلف عن ذلك الذي سينظر في الطعن بالإلغاء في حين أن كلا من قاضي العقد وقاضي الإلغاء يكونان القضاء الإداري، إذن هذه النظرية لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الطعن الذي يدخل ضمن اختصاص قضاء واحد.

إنّ إعمال قواعد الاختصاص العادية (اختصاص قضاء الإلغاء بنظر دعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية واختصاص القضاء الكامل بنظر دعاوى العقود الإدارية)، يؤدي إلى نفس النتائج التي رتبها مجلس الدولة الفرنسي على فكرة الدعوى الموازية كدفع بعدم القبول،ولهذا فانه من المستحسن استبعاد هذه الفكرة من بين شروط قبول دعوى الإلغاء ضد العقود الإدارية والاكتفاء بأحكام الدفع بعدم الاختصاص، حتى وإن اعتبرنا أن موضوع الدعوى الموازية يد خل في شروط القبول فمما لا خلاف فيه أن مسالة القبول أو عدم القبول تثار بعد مسألة انعقاد الاختصاص.[1]

كما أن تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال منازعات القرارات الإدارية المركبة–خاصة العقدية منها كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل –يغني عن وجود وتطبيق نظرية الدعوى الموازية في هذا المجال ، ولاسيما أن جل المحاولات الجدية لتطبيق نظرية الدعوى الموازية أوالطعن المقابل لقبول دعوى الإلغاء كان في ميدان منازعات العمليات الإدارية المركبة .

2–الطبيعة الثنائية للعقد ليست مبرّرا موضوعيا لرفض دعوى الإلغاء ضدّه.

إنّ استبعاد الطعن بالإلغاء على العقد الإداري لا يستند إلى أسس موضوعية أو مادية حسب الفقيه "Gonidec" فدعوى الإلغاء من الناحية الموضوعية دعوى عينية محصلها بيان مدى مخالفة التصرف لأحكام القانون، وليس حتما أن يتم هذا التصرف في صورة قرار إداري فمخالفة القانون كما تقع بمناسبة قرار إداري تتم أيضا عند إبرام الإدارة لعقد من العقود، والمسألة التي تعرض على القاضي في الحالتين واحدة وهي بيان مدى مخالفة الإدارة للقانون سواء اتخذت هذه المخالفة صورة عمل أحادي الجانب أو تصرف ثنائي فالعقود الإدارية لا تستعص على دعوى الإلغاء بالنظر إليها في ذاتها[2] .

---

[1] للمزيد من التفصيل حول نظرية الدعوى الموازية ،انظر: د.عمار عوابدي ، **النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية ،ص418 وما يليها .
رشيد خلوفي : **قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)** ، طبعة1995 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ص ص 06-18.

[2] انظر : GONIDEC : **Contrat et recours pour excès de pouvoir** , RDP1950 p58.
نقلا عن : محمد السنا ري ، المرجع السابق ،ص ص95 ،96 .
د. عادل الطبطبائي :" **الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية**"، مجلة الحقوق ، الكويت ،السنة 11، .../...

وهو الرأي الذي سار وفقه الأستاذ"Josiane Tercinet "فالغاية من دعوى الإلغاء –على حد قوله– تقويم تصرفات الإدارة ومطابقتها لأحكام القانون أي العمل على تحقيق احترام مبدأ المشروعية، سواء كانت هذه التصرفات أحادية الجانب أو كانت في شكل عقود. [1]

ومن جانبه يرى الأستاذ" J.Petit" أن دعوى الإلغاء تتسم بمرونة تامة فهي مفتوحة أمام كافة منازعات الأعمال القانونية للإدارة سيما منها الاتفاقية (العقود) ، فليس هناك ما يحول دون قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد العقود الإدارية–حسب رأيه– إلا بحجة الملاءمة والتي غالبا ما تكون خلفها إرادة سياسية [2].

بل أن الأستاذ " Péquinot "يرى أن العقد الإداري لا يمكن أن ينعت بصفة التصرف الإتفاقي بشكل تام ، بل تغلب عليه الطبيعة الإنفرادية ، من حيث إن إرادة الشخص الطرف في العقد تكون أقل فعالية ، وذات دور محدود ، مما يؤدي إلى تلاشي المظهر الإتفاقي لهذه العقود أمام فعالية إرادة السلطة العامة [3]

و قد يكمن السبب الرئيسي - في اعتقادنا–وراء موقف مجلس الدولة الفرنسي الرافض لدعوى الإلغاء ضد عقود الإدارة في الأثر الرجع ي الذي ينجم عن الحكم بالإلغاء، فاثر الإلغا ء ينصرف إلى الماضي حيث يعتبر العمل الملغى كأن لم يكن وهذا ما قد يعقد من الأمور خاص ة وان اللجوء إلى هذه الدعوى غالبا ما يتم من غير المتعاقدين– مما يهدد استقرار الأوضاع التعاقدية . [4]

الفرع الثالث: منازعات العقد الإداري في إطار القضاء الكامل.

متى ما توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أوانقضائه، فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل، دون ولاية قضاء الإلغاء،حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة ،وانتماء منازعات العقود الإدارية للقضاء الكامل يشمل أصل المنازعة وما يتفرع عنها من أمور مستعجلة .

.../ العدد03 سبتمبر 1987،ص19.

[1] Josiane , TERCINET : **" Le retour de l'exception de recours parallèle"**, RFD adm, aout1993, p719.

[2] « …cela ne peut se comprendre que le signe clair de l'absolue plasticité du recours pour excès de pouvoir, qui s'ouvre et s'adapte au contentieux d'actes divers, notamment conventionnels lorsque cela parait utile .Il n'existe décidément aucun autre obstacle à la pure recevabilité du recours contre le contrat que ceux dressés au titre d' opportunité par une volonté « politique », et comme telle réversible, du juge administratif ». PETIT, J, note sur CE 14 janvier1998, synd .départemental Iterco35CFDT, AJDA1999, p164.

[3] PEQUINOT,G : **Théorie générale du contrat administratif**, Pendon,1945,p593.

[4]Denys, DE BECHILLON et ,Philippe, TERNEYRE : (contentieux des contrats administratifs) Rép.cont .adm DALLOZ décembre2000/ n°100 p15.

أولا:منازعات العقود الإدارية في إطار القضاء الكامل (مايتعلق منها بأصل المنازعة) .

تتعدد صور المنازعة حول العقد الإداري في مجال القضاء الكامل حسب ما تستهدفه ، ومن ثم فقد تتخذ إحدى الصور التالية:

1-دعوى بطلان العقد:

استقر القضاء الإداري على أن العقد الإداري يقوم كما هو الشأن في مجال القانون الخاص على أركان ثلاثة هي (الرضا ،المحل ، السبب)، لذا فإن دعوى إبطال العقد الإداري لعيب في تكوينه أو في صحته تبدأ على غرار العقود في القانون الخاص بالبحث في شروط صحته وسلامته الذاتية، فإذا ما شاب أحد هذه الأركان أي عيب من العيوب يؤدي بالتالي إلى بطلان العقد الإداري[1].

ويتسع مجال البطلان في العقود الإدارية عنه في العقود المدنية، ويرجع ذلك إلى تعلق معظم القواعد التي تنظم العملية التعاقدية بالصّالح العام، وإن كانت بعض القواعد قد وضعت لتحقيق صالح الإدارة ، ومن ثمّ لا يترتب على مخالفتها البطلان .[2]

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري على أنه – ليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلا سبيل القضاء الكامل ،لأن القاعدة المسلم بها تقوم على أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية وهذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد اللجو ء إليها لأنه أجنبي عن العقد وليس لهذا الأخير في مواجهته أية قوة ملزمة ، ويترتب على الحكم بالبطلان اعتبار العقد كأن لم يكن.[3]

2-دعوى الحصول على مبالغ مالية:

وتتمثل المبالغ المالية المطالب بها في هذه الدعوى في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال.

3-دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية:

إذا ما صدر عن الإدارة المتعاقدة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، فإن للمتعاقد الآخر الحصول على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل حتى ولو اقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة[4].

---

[1] فقد طبقت المحكمة الإدارية العليا في مصر أحكام القانون المدني في شان وجود الرضا في العقد الإداري حيث قررت أن العقد الإداري شانه في ذلك شان سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث اثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله وليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم ، ومن العيوب التي تشوب الرضا ، الغلط والتدليس والإكراه والغبن .انظر: د. حمد محمد احمد الشلماني :**امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري** ، دار المطبوعات الجامعية2007 ،ص355.

[2] زكي محمد النجار : **نظرية البطلان في العقود الإدارية** (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق عين شمس 1981،ص46 وما بعدها.

[3] د. سليمان الطماوي :**الأسس العامة للعقود الإدارية** ،المرجع السابق ،ص176.

[4] ولهذا الأمر أثره الخطير فيما يتعلق بإجراءات التقاضي ومدده ، لاختلاف كل من قضاء الإلغاء والقضاء الكامل عن بعضهما.

4-دعوى فسخ العقد

فللمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد في حدود معينة كما في حالة القوة القاهرة أو في حالة صدور خطأ جسيم من الإدارة، ودعواه هنا تندرج في نطاق القضاء الكامل.

ولاية القضاء الكامل في مجال منازعات العقود الإدارية واختصاصه في هذا الشأن مطلق وشامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها حيث تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن العقد الإداري من إجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية [1]، في حدود اختصاصها الكامل بالنسبة إلى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضي المدّة ، وعليه يكون لمحكمة القضاء الإداري أن تفصل في القرارات الإدارية التي تتصل بعملية إبرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة إلى أن تقتصر في شأنها على الإلغاء، ويكون لها تفريعا على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون وأن تجاوز هذا الحدّ إلى رقابة الوقائع.

ثانيا: منازعات العقود الإدارية في إطار القضاء الكامل (ما يتعلق منها بالشق المستعجل).

يملك القضاء الكامل عند مباشرته ولاية الفصل في الأمور المستعجلة سلطان التقدير لعناصر النزاع المطعون عليه ولا يحدّه في ذلك سوى قيام الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق .

والاستعجال هو الضّرورة الملجئة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي الوقت أو تركه حتى يفصل فيه موضوعا، والاستعجال حالة مرنة غير محددة والمرجع في تقديره إلى القضاء حسب ظروف كل دعوى على حدا، وأمّا عدم المساس بأصل الحق فليس المقصود منه عدم احتمال لحوق ضرر ما بأحد المتعاقدين فالضرر قد يكون محتملا بل قد لا يقبل علاجا ولا إصلاحا.

ولا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل وبين طلب وقف التنفيذ لأن الطلب المستعجل لا يتعلق بقرار إداري وإنما ينبثق عن رابطة عقدية ويدخل في منطقة العقد وتستنهض له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء[2].

وعليه فإن القضاء الإداري يفصل في الوجه المستعجل من المنازعة المستندة إلى العقد الإداري لا على اعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الإلغاء، وإنما عل ى اعتبار أنه من الطلبات الفرعية التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع الخطر أو نتائج يتعذر تداركها، ولا يهمّ في هذا الصّدد أن يصف صاحب الشأن طلبه

[1] ويستوي في ذلك ما يتخذ صورة قرار إداري ومالا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري.كطلب ندب خبير وطلب إتباع إجراءات الحجز الإداري لاستيفاء بعض الديون...

[2] حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص113.

بأنه وقف تنفيذ إذ العبرة بحقيقة الطلب وجوهره وهدفه، حسبما يظهر من أوراق الدعوى المستعجلة وعلى حساب التكييف القانوني الصحيح[1].

ويتعين على قاضي العقد نظر هذا الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة بأن يستظهر الأمور التي يخشى عليها فوات الوقت والنتائج التي يتعذر تداركها والضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع.

ولا يبحث القاضي في مدى جدية النزاع المستعجل لأن ركن الجدية يعد ركنا من أركان وقف تنفيذ القرار الإداري[2]،- والذي يعني ضرورة أن يبحث القاضي الإداري الموضوع من ظاهر الأوراق ليتأكد من القرار المطلوب وقف تنفيذه مرجع الإلغاء عند نظر الموضوع -وهو ما يتنافى مع طبيعة الطلب المستعجل في نطاق العقود الإدارية الذي يترتب على المنازعات الناشئة عنها أن يتكبد المتعاقد خسارة فادحة في حالة عدم وقف الإجراء الإداري.

لذا يتعين في المنازعات المستعجلة المتعلقة بالعقود الإدارية تطبيق مفهوم الاستعجال في المنازعة فقط -حسب ما ذهب إليه الأستاذ" محمد ماهر أبو العينين"-إذ يملك القضاء الكامل عند مباشرته ولاية الفصل في الأمور المستعجلة سلطات التقدير لعناصر النزاع المطعون عليه ولا يحده في ذلك سوى قيام الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

المطلب الثاني: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري.

إذا كان أغلب الفقهاء يميلون إلى فكرة انتماء العقود الإدارية إلى القضاء الكامل حيث تدور المنازعة غالبا حول تفسير أو تنفيذ الاشتراطات الناتجة عن العقد، نرصد فيما يلي رأي المشرّعين حول هذه المسألة، حيث نبحث في هذا المطلب من دراستنا موقف التشريعات المقارنة (القانون الفرنسي والقانون المصري) من طبيعة اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وأهمّ المبادئ التي تحكم هذا الاختصاص في(فرع أوّل) ،و موقف التشريع الجزائري من المسألة في(فرع ثان).

[1] محمد ماهر أبو العنين: **المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة**،الجزء الأول ، دار النهضة العربية 2005،ص652.

[2] يوضح ركن الجدية الفارق بين القاضي الإداري و القاضي العادي حيث أن الركن الوحيد لاختصاص القضاء المستعجل العادي هو ركن الاستعجال أما في نطاق القضاء الإداري فهو ركن الجدية والاستعجال معا.

الفرع الأول: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في التشريعات المقارنة.

أشرنا في السابق إلى أن القاعدة العامة أن منازعات العقود الإدارية تدخل أساسا في اختصاص القضاء الكامل، وقد تقررت هذه القاعدة نتيجة لما استخلصه الفقه من تناسب الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية ودعوى القضاء الكامل من جهة، وما يستوحى من العبارات التي صيغت بها النصوص المنظمة لاختصاص مجلس الدولة في فرنسا ومصر من جهة أخرى ، نحاول في ما يلي الوقوف عند هذه النصوص.

أوّلا: الاختصاص القضائي بمنازعات العقود الإدارية في التشريع الفرنسي.

بالرّجوع إلى التنظيم القديم لمجلس الدولة الفرنسي قبل صدور مرسوم 30سبتمبر 1953نجد أن مجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية، حيث خصّته المادة التاسعة من قانون 24 ماي 1872 بالفصل في طلبات الإلغاء المقدمة ضدّ قرارات مختلف السلطات بينما أناط المشرع بمجالس المديريات الاختصاص بمنازعات معظم العقود الإدارية .

وقد استخلص الفقه من هذا التقسيم انتماء منازعات العقود الإدارية إلى دعاوى القضاء الكامل طالما أنه لا يختص بها مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في دعاوى الإلغاء .

إلاّ أن هذا القول فقد مدلوله بعد التطورات التشريعية المتعاقبة على اختصاص المحاكم الإدارية التي حلّت محل مجالس المديريات ، فلم يعد المجلس صاحب الولاية العامة في دعاوى الإلغاء، وإنمّا أصبحت المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة في جميع المواد الإدارية ،هذا ما نستشفه من نص المادة 46 من تقنين المحاكم الإدارية (المرسوم المؤرخ في 1953/09/30) أي إلى جانب اختصاصها في الدعاوى المعروفة من دعوى الإلغاء و دعوى التعويض، لها الحق في الفصل في جميع القضايا ذات الطبيعة الإدارية وهذا ما يجعلها تفصل في مختلف التصرفات الإدارية وهذا وصولا إلى مجلس الدولة ، بل أكثر من ذلك فقد ذهب الأستاذ " Pierre Delvolvé" في تحليله لموضوع منازعات العقود الإدارية بالمقارنة مع استقلال منازعات القرارات الانفرادية كحقيقة قانونية إلى أن معالجة القضاء الإداري للعقود لا تقل أهمية هي الأخرى وما كتبه في هذا الصّدد:

« Il faut seulement mettre en évidence l’autonomie du contentieux des actes administratifs unilatéraux par rapport aux autres, il ne signifie pas que les autres soient tous secondaires .C’est encore la considération de l’acte donnant lieu au litige qui isole en premier

lieu le contentieux contractuel ensuite l'objet pécuniaire du contentieux extracontractuel présente une particularité… »[1]

ولم يقف القانون الفرنسي عند منح اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء الإداري فحسب بل أكّد على ولاية القضاء الكامل في ذلك ، ويظهر هذ ا من خلال نص المادة 55 من المرسوم المذكور آنفا والتي تنص على أن « النزاعات المتعلقة بالصفقات، العقود ،أشباه العقود وكذا عقود الامتياز ترفع أمام المحكمة الإدارية في الحالة التي يكون فيها قد تم تنفيذ هذه الصفقات، العقود...» ، فالنص يتعلق بالنزاعات الناشئة بين طرفي العقد والتي تدخل في إطار القضاء الكامل [2] ، وحسب هذه المادّة فإنه متى ما توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري وكانت المنازعة خاصة بتنفيذ العقد فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل بصورة حصرية.

ثانيا: الاختصاص القضائي بمنازعات العقود الإدارية في التشريع المصري.

القضاء الإداري الكامل هو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على العقد الإدارية، وقد ورد اختصاص القضاء الإداري المصري في ذلك مطلقا فلم تقيده المادة 10من القانون رقم 47لسنة 1972بأي قيد إذ تنص :« تختص محاكم مجلس الدولة –دون غيرها – بالفصل في المسائل التالية : ...حادي عشر المنازعات الخاصة بعقود التزام المرافق العامة أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري » [3] .

وهكذا جرى قضاء محكمة القضاء الإداري على تفسير هذا النص تفسيرا واسعا ، وأرسى مبدأ هاما في هذا المجال مفاده أن اختصاص محكمة القضاء الإداري يشمل كل ما يتعلق بعملية التعاقد وبجميع العقود الإدارية، وهو اختصاص شامل ومطلق لأصل المنازعة وما يتفرع عنها ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري .

كما أرست المحكمة الإدارية العليا المصرية العديد من المبادئ القانونية الهامة أكدت فيها انتماء العقود الإدارية ومنازعاتها إلى القضاء الكامل [4]، فقضت بأنه متى توافرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أم بصحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها تدخل كلها في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء ،وأن للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد وما يتفرع

---

[1] Pierre, DELVOLVE : **le droit administratif** ,2ème éd,DALLOZ 1998,p128.

[2] Laurent, RICHER : **Droit des contrats administratifs**,2ème éd ,LGDJ1999, p296.

[3] حمدي ياسين عكاشة: المرجع السابق، ص ص98،99..

[4] - طعن رقم 864-19 ق جلسة30جوان 1979.
- طعن رقم 3683-36ق جلسة 29 نوفمبر1994.
- طعن رقم 1326-32 ق جلسة 24جانفي 1995.

عنها[1]، وأن اختصاصها لا يقتصر على بحث مستحقات الطاعن صاحب المطالبة وإنما يمتد ليشمل مستحقات جهة الإدارة المطعون ضدها طالما لم يسقط الحق بمضي المدة .

الفرع الثاني: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري.

إذا كانت التشريعات المقارنة (التشريع الفرنسي والتشريع المصري) قد اتخذت مواقف واضحة من طبيعـــة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، وجعلتها من اختصاص القضاء الكامل بنصوص صريحة، نجد أن موقف المشرع الجزائري لا يزال يكتنفه الغموض بخصوص المسألة.

و قد يعود ذلك ربّما إلى الاهتمام بتحديـــد الاختصاص القضائي في منازعات القرارا ت الإدارية دون منازعات العقود ؟أو ربّما عدم وجود تعريف واضح للعقود الإدارية قد أثر على تحديد الاختصاص القضائي الخاص بها ؟ أو للأمرين معا ، وهو ما نحاول استجلاءه فيما يلي.

أولا : عدم كفاية النصوص القانونية المنظمة للاختصاص القضائي بمنازعات العقود الإدارية .

01- الاهتمام بالاختصاص القضائي في منازعات القرارات الإدارية دون منازعات العقود .

حيث نصت المادة 07 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966والمتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري على ما يلي : « تختص المجالس القضائية بالفصل ابتداء بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصّبغة الإدارية طرفا فيها ....المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والرّامية إلى طلب التعويض » .

نستشف من القراءة المتمعنة لنص المادة 07 الوارد أعلاه أن المشرع الجزائري – وعلى غرار نظيره الفرنسي– قد اتّبع مفهوم الولاية العامة كاختصاص شامل منتهج في المحاكم الإدارية الفرنسية وذلك عندما أورد العبارة التالية : تفصل الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي [2] في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها ،إلاّ أنه يؤخذ عليه من جهة أخرى ربط هذه الولاية العامة بشروط أسماها قواعد الاختصاص في مجال إلغاء القرارات الإدارية .

وكأنّه حصر نشاط الإدارة في الأعمال الانفرادية (القرارات الإدارية)، ويكون بذلك قد أقصى العقود الإدارية، ولعلّ ذلك يرجع إلى أن صياغة هذه المادة تمت في ظروف كانت فيها الدولة الجزائرية آنذاك حديثة العهد بالاستقلال ،وللحصول على الأموال والخدمات فإن السلطة في الدولة فضلت التصرف

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر طعن رقم 3683-36 ق29 نوفمبر 1994.
[2] المحاكم الإدارية لاحقا ،حسب القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية .

بصفة آمرة عن طريق إصدار قرارات إدارية أو ممارسة النشاط الإداري في إطار ما يعرف بالنظام الهرمي الذي يبرز فيه أكثر استعمال امتيازات السلطة العامة، كما أن المذهب الاشتراكي المنتهج في تلك الآونة قد رغب كذلك في انتهاج أسلوب القرارات الإدارية.

والملاحظ أن نص المادة 169 مكرر فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية(الأمر 154/66) قد سار في نفس السياق حيث جاء فيه « لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري »، أي أن من شروط رفع الدعوى الإدارية هو وجود قرار إداري سابق يكون محل طعن أمام المجلس القضائي فهل يستوي الأمر إذا كان موضوع الدعوى منازعة عقدية ؟[1]

02 – عدم وجود تعريف واضح للعقود الإدارية أثّر على تحديد الاختصاص القضائي الخاص بها .

يبدو أن عدم وجود تعريف واضح للعقود الإدارية قد أثر على تحديد الاختصاص القضائي الخاص بها، وإن كانت مسألة التعريف من اختصاص الفقه غالبا وليست من اختصاص التشريع ، إلاّ أنه يعاب على هذا الأخير اكتفاؤه بالمعيار العضوي كأساس لتعريف العقد الإداري حيث يفهم من نص المادة 07 من الأمر 66–154 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية ،أن وجود الشخص العمومي كطرف في النزاع (الدولة ،الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية) كاف لإضفاء الصفة الإدارية عليه ، وقد يفهم تبعا لذلك :

أنّ العقد الذي ثار النزاع بشأنه حتما عقد إداري ،وأن كل العقود التي يكون فيها أحد الأشخاص العمومية المذكورة أعلاه تعد عقودا إدارية استنادا إلى المعيار العضوي الذي كرسته هذه المادّة ويؤول الاختصاص القضائي في المنازعات التي تثور بشأنها إلى القضاء الإداري .

كما يلاحظ أن القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد سار في نفس الاتجاه حيث جعل الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية المحاكم الإدارية ذات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، وتطبيقا للمعيار العضوي دائما وذلك حسب المادة 800 منه

بينما قد تبرم هذه الأشخاص عقودا تتنازل فيها عن امتيازات السلطة العامة وتلجأ فيها إلى قواعد القانون الخاص وهذا طبقا لما ور د في نص المادة 01/679 من القانون المدني « يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان المرافق العمومية باتفاق رضائي وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون » ،فكيف نضفي على هذه العقود الصبغة الإدارية إذن؟

---

[1] هذا وإن كان البعض يرى أن ا الإبقاء على الفقرة الأولى من المادة 169 مكرر المذكورة أعلاه بعد تعديل سنة 1990 بموجب القانون رقم 23/90المؤرخ في 1990/08/18 إنما هو سهو من المشرع ، وهكذا فإن دعوى الإبطال أو القضاء الكامل أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية لا يشترط لرفعها القيام بالتظلم واستصدار القرار السابق ، بل ترفع مباشرة وأن إجراء الصلح حل محل تلك التدابير ، هذا ما أكده الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة (قرارغير منشور، الغرفة الثالثة ، ملف رقم 012018 ،قرار غير منشور ، الغرفة الثالثة ،ملف رقم 012454).
لحسين بن شيخ اث ملويا: **دروس في المسؤولية الإدارية** ، الكتاب الثالث ،دار الخلدونية ، الطبعة الأولى الجزائر2007، ص ص30-38.

وأن فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون لا ترجع إلى وجود نصوص تشريعية تخلع الصفة الإدارية مباشرة على عقود معينة وإنما ترجع إلى إسناد المشرع الاختصاص بمنازعات بعض العقود إلى القضاء الإداري كعقود التوريد[1] .

و مجرد النص على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة ببعض العقود لا يؤدي حتما إلى اعتبار هذه العقود في جميع الحالات عقودا إدارية [2]، ذلك أن عقود التوريد مثلا قد تكون من عقود القانون الخاص أو من العقود الإدارية بحسب الخصائص المميزة لهذه العقود.

وإذا ما تم تكييف هذه العقود عل ى أنها عقود خاصة للإدارة فكيف يؤول الاختصاص القضائي فيها للقضاء الإداري ؟والأولى أن يكون للقضاء العادي إذ ليس من الحكمة في شيء إسناد الاختصاص للقاضي الإداري وإلزامه بعدها بتطبيق قواعد القانون الخاص.

وعليه يتعين الاستناد على المعايير القضائية في تعريف العقد الإداري فضلا على المعيا ر العضوي كمعيار الاتصا ل بالمرفق العمومي ومعيار البند غير المألوف في القانون الخاص أوعلى أحدهما على الأقل .

بل أن المعيار العضوي لم يعد كافيا حتى في تكييف المنازعة الإدارية بعد كثرة الاستثناءات الواردة عليه[3]، حيث بدأ البعض يدعو إلى ضرورة الاستعانة بمعايير أخرى زيادة على المعيار العضوي لتكريس نظام الازدواجية القضائية المعمول به في الجزائر بعد 1996.[4]

وبالرجوع إلى نص المادة 07 ،دائما يتبين لنا أن للقاضي الإداري مكنة الفصل في منازعات العقود الإدارية(فيما يخص المسؤولية العقدية) ،وذلك باعتبار أن المسؤولية المدنية الواقعة على الأشخاص العمومية ذات الطابع الإداري تنقسم –كما هو معروف – إلى مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية ، وقد طرح نص المادة 07 هذا إشكالا من ناحية تطبيقه ، فقد يوقع القاضي الإداري عند نظره لنزاع يتعلق بعقد إداري في هذه الحالة في تناقض مع نفسه، إذ يصرح من جهة بالطبيعة الإدارية للعقد من جهة ويطبق عليه قواعد القانون الخاص من جهة أخرى .

خاصة وأنه أعطى الحق في المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية للمحاكم وهي جهة القانون الخاص في الفصل في قضايا المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث السيارات التابعة للدول ممّا يخلق

---

[1] يعرف القضاء عقد التوريد بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاها الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين .

[2] من العقود الإدارية بتحديد القانون في فرنسا (أي بتحديد الاختصاص للقضاء الإداري)عقد بيع أملاك الدولة الخاصة العقارية ، فالقضاء الإداري الفرنسي يقر باختصاصه بالمنازعات الخاصة بها وان اعتبرها من العقود المدنية ،ويرجع ذلك إلى أسباب تاريخية خاصة بظروف فرنسا الاجتماعية والسياسية ولا يترتب عليه اعتبار تلك العقود إدارية.

[3] بخصوص هذه الاستثناءات انظر على سبيل المثال : مسعود شيهوب:**المبادئ العامة للمنازعات الإدارية** ،الجزء الثالث ، طبعة1999 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،ص424 وما بعده ا.

[4] محمد زغداوي **:" مدى تماشي المعيار العضوي مع استقلالية المنازعة الإدارية في ظل الإصلاح القضائي الجديد"**، مجلة العلوم الإنسانية رقم3 سنة 2000،صادرة عن جامعة منتوري قسنطينة ،ص117.

تضاربا حقيقيا في مواد المنظمـــة للاختصاص القضائي للمنازعـــات الإداريـــة عموما ومنازعات العقود الإدارية على وجه الخصوص ؟[1]

ولعلّ هذا ما دفع المشرع الجزائري في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى حذف هذه الفقرة في المادة 800 منه والمقابلة لنص المادة 07 من الأمر66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية .

من ناحية أخرى فإن نص المادة 08 من الأمر 66-154المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري لم يغفل منازعات العقـــود الإداريـــة أو عقـــود الأشخـــاص العامة عندمـــا نص عليها انطلاقـــا مـــن الاختصـــاص المحلي«...المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية بجميع أنواعها ...» .

رغم سكوت المشرع الجزائري في قوانين الصفقات العمومية عن طبيعة هذه الأخيرة واعتبارها عقدا إداريا أم لا، ومع ذلك يمكن اعتبار الصفقات العمومية [2]، عقودا إدارية و ذلك بالاعتماد على المعايير الفقهية والقضائية [3]، وإذا كانت الصفقات العمومية عقودا إدارية فهذا لا يعني أنها العقود الإدارية الوحيـــدة ؟

فكل العقود التي تبرمها الإدارة والتي لا تقرر فيها تنازلها إلى مستوى الأفراد وتخليها عن امتيازات السلطة العامة تعتبرعقودا إدارية حتى لو لم يطبق عليها قانون الصفقات العمومية كعقود التوظيف،عقود الدومين الخاص والإيجار والتي اعتبرها القضاء عقودا إدارية لتعلقها بالمرفق العام[4].

وقد عمّم القانون 08- 09 المذكور أعلاه تحديده للاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه على كل العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها من خلال المادة 804 / 03 .

ثانيا: موقف يكتنفه الغموض حول طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.

حول مسألة اختصاص قضاء الإلغاء أو القضاء الكامل بالفصل في منازعات العقود الإدارية يمكن الرجوع إلى قضاء المحكمة العليا في هذا الشأن-أمام غياب النصوص القانونية التي تعالج المسألة-، والذي يلاحظ عليه أيضا تباين موقفه من منازعات العقود الإدارية عامة ومنازعات عقود البيع الناتجة

---

[1] ابن علية حميد: **مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري** ،رسالة لنيل شهادة الماجستير ،فرع إدارة ومالية ،كلية الحقوق ابن عكنون الجزائر 2000-2001ص18.

[2] - هذه المعايير هي (المعيار العضوي، المعيار الموضوعي، المعيار الشكلي، المعيار المالي)، وتستخلص من قوانين الصفقات العمومية التالية:
- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17جوان 1967 (وهو النص التأسيسي للصفقات العمومية).
- المرسوم التنفيذي رقم 88-72 المؤرخ في 29 مارس1988 المعدل والمتمم للامر67-90.
- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24جويلية2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و المرسوم الرئاسي رقم03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر2003المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250.
- المرسوم الرئاسي رقم 08- 338المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدّل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

[3] - تعتبر عقودا إدارية حسب المعايير الفقهية والقضائية: إذا ما أبرمت من طرف شخص عمومي، وكانت تخص تسيير مرفق عام، واستعملت فيهـــا أساليب القانون العام،وإن كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يتطلب اجتماع معياري الشروط الاستثنائية (البنود غير المألوفة) و المرفق العام معا ،فأحد المعيارين يعد كافيا.

[4] شيهوب مسعود: المرجع السابق ،ص399.

عن القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07 فيفري 1981 المتعلق بتنازل الدولة والمجموعات المحلية عن العقارات لفائدة الخواص، حيث يلاحظ عليه نوع من التردد إذ يقرر في الأولى أن منازعات العقود الإدارية تعود للقضاء الكامل (الغرف الإدارية المحلية)، ويقرر في الثانية أن قاضي الإلغاء هو المختص بنظر دعاوى البطلان الموجهة ضد عقود البيع المبرمة وفقا للقانون المذكور أعلاه.

ويرى الأستاذ "شيهوب مسعود"« أن التمييز بين اختصاص قاضي الإلغاء واختصاص القضاء الكامل كان مهما في ظل النظام السابق لسنة 1990 ،ولا يزال كذلك رغم توزيع قضاء الإلغاء بقانون 18 أوت 1990بين المحكمة العليا والغرف الإدارية المحلية التي أصبحت بموجب هذا القانون قاضي الولاية العامة الذي يختص بقضاء الإلغاء وبالقضاء الكامل في آن واحد. »- يعني الغرف الإدارية المحلية.

و يضيف في هذا الإطار « قد يتساءل البعض عمّا إذا لم يكن التمييز بين منازعات العقود تدخل ضمن قضاء الإلغاء أو ضمن القضاء الكامل قد فقد أهميته ومبرره طالما أن النزاع في الحالتين يكون معروضا على نفس الهيئة (الغرف الإدارية المحلية) ؟ [1] ، ويجيب بالنّفي -ونحن نؤيده في ذلك-فالتمييز يبقى قائما ومهمّا لأن في تحديد طبيعة النزاع تحديد لصلاحيات القاضي ،فصلاحيات قاضي الإلغاء ضيقة مقارنة مع صلاحيات قاضي القضاء الكامل -كما سبق وأن رأينا.

إذن الغرف الإدارية المحلية هي قاضي العقود لأن منازعات العقود هي من أنواع القضاء الكامل ويستوي أن يكون أحد طرفي النزاع شخصا معنويا إقليميا (بلدية أو ولاية) أو سلطة مركزية ،أو مؤسسة عمومية إدارية محلية أو قومية بوصفها قاضيا للعقود وليس قاضيا للإلغاء.

إلاّ أن قضاء المحكمة العليا قد شذّ على هذه القاعدة بالنسبة لنوع معين من العقود (عقود البيع الناتجة عن قانون 07 فيفري 1981)[2]، فالاختصاص بإبطال العقود لا يعود للمحكمة العليا لأنها لم تعد بعد إصلاح 1990 مختصة سوى بالدعاوى المرتبطة بقرارات الإدارة المركزية .

خاصة إذا علمنا أن عقود البيع المحررة في إطار قانو ن 07 فيفري 1981 تبرم بين والي الولاية وبين المشتري إذا كان محل البيع ملكا من أملاك الدولة ،أما إذا كان من أملاك البلدية فهذه هي التي تكون طرفا لكن بحضور الوالي،وهذا يعني أن الاختصاص بإبطالها لا يعود للمحكمة العليا وإنما يعود للغرف الجهوية لأن موضوع الدعوى (إبطال العقد) مؤسس دائما على قرار الرفض الصادر عن الوالي ...إعمال نص المادة 02/07 من قانون الإجراءات المدنية(الأمر154/66).

---

[1] شيهوب مسعود: المرجع نفسه، ص ص467-471.

[2] نركز على بعض قرارات المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) الصادرة بعد 1990.

-قرار رقم 79362 صادر بتاريخ 03 مارس 1992(قضية الصندوق الوطني للتقاعد بالجزائر العاصمة ضد/والي ولاية ... ومن معه)غير منشور

-قرار رقم 78659 صادر بتاريخ22مارس1992(قضية ر ا/ضد والي ولاية ... ومن معه) غير منشور..

(وتجدر الإشارة إلى أن تسجيل الدعاوى الصادرة فيها هذه القرارات كان قبل إصلاح 1990.)

المبحث الثاني : قضاء الإلغاء ذو اختصاص محدود في منازعات العقود الإدارية.

(قبول دعوى الإلغاء إلا فيما يخص القرارات الإدارية القابلة للانفصال).

ظلّ القضاء الفرنسي وحتى أوائل القرن الحالي يطبق نظرية يرفض بمقتضاها فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد، ومتمسكا بوحدة العملية العقدية وهي النظرية التي كانت تعرف بنظرية الاندماج[1] .

حيث اعتبر القضاء الفرنسي أنه بمجرد الانعقاد النهائي للعقد تصبح كافة القرارات المساهمة في تكوينه جزء لا يتجزأ من بنيانه، فتشكل العملية التعاقدية بذلك كتلة واحدة لا تقبل عناصرها الانفصال أو التجزئ ويختص بنظر كافة المنازعات الناشئة عنها قاضي العقد ، وقد ترتب عن هذا المسلك من جانب القضاء الفرنسي أمران :

الأمر الأوّل: هو عدم قبول مجلس الدولة الفرنسي للطعن بالإلغاء ضد أي قرار خا ص بالعملية العقدية، سواء كان هذا الطعن موجها من أحد المتعاقدين أو من الغير.

الأمر الثاني: أنه إذا كان أمام المتعاقد فرصة للطعن في العقد أو في القرارات المرتبطة به أمام قاضي العقد فإن غير المتعاقد (الأجنبي عن العقد) إذا طعن أمام قاضي العقد يكون طعنه غير مقبول استنادا إلى مبدأ نسبية آثار العقد ،والذي مؤدّاه عدم جواز المنازعة في صحة العقد أمام قاضي العقد لغير طرفيه[2].

وإذا سلك الغير طريق الطعن بالإلغاء في القرارات المرتبطة بالعقد كان طعنه غير مقبول كذلك، حيث يواجه بتمسك القضاة بنظرية الاندماج وعدم جواز الطع ن في أي من هذه القرارات، مما يصيب غير المتعاقد بضرر بليغ دون أدنى شك.

وأمام هذا الوضع الذي لم يرض غير المتعاقد– بالدرجة الأولى– بدأ مجلس الدولة الفرنسي منذ مطلع القرن العشرين في هجر نظرية الاندماج المشار إليها آنفا وأحل محلها نظرية مناقضة لها تماما هي نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ،وسنوضح في هذا المبحث الأحكام العامة للطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في (مطلب أول) ،وأثر حكم الإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال على العقد الإداري المقترنة به في(مطلب ثان).

---

[1] د .محمد السنا ري،المرجع السابق ،ص32.

[2] Valérie, BLEHAUT : **Réflexions sur la distinction des contentieux au regard de l'évolution du rôle du juge de l'excès de pouvoir en matière contractuelle**, DEA en Droit public, Université de Lille 2,1998-1999 p08.

المطلب الأول:الأحكام العامة للطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري.

قبل البحث في الأحكام العامة للطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري يتعين علينا تعريف هذا النوع من القرارات أوّلا.

تعرّف القرارات القابلة للانفصال–بوجه عام– "بأنها قرارات إدارية تكون جزء من بنيان عملية قانونية، تدخل في اختصاص القضاء العادي أوالقضاء الإداري بناءا على ولايتـــه أو تخرج عن اختصاص أية جهة قضائية لكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على إنفراد "[1]، دون انتظار لاكتمال أو انتهاء العملية ذاتها أو الطعن فيها كلها نظرا لأن مثل هذا الانتظار قد يؤدي إلى تأخر الفصل في بعض القرارات مما قد يؤدي إلى ضياع حقوق البعض .

ظهرت نظرية القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال في بداية القرن العشرين على يد مجلس الدولة الفرنسي وذلك بعد التطور الذي طرأ عل ى موقفه في مجال تطبيق شرط انتفاء الدعوى الموازية أو الطعن المقابل لقبول دعوى الإلغاء على القرارات الإدارية المركبة[2].

وقد تم تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مختلف العمليا ت المركبة كالعمليات الانتخابية العمليات المتعلقة بأعمال السيادة، العمليات الضريبية، والعمليات المتعلقة بالوظيفة العامة وكذا العقود التي تبرمها الإدارة[3].

وتبرز القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود في تأملنا للعقد الإداري فهذا الأخير يمر بمراحل متعددة وتدخل في تكوينه عناصر مختلفة، منها ما له طبيعة عقـــدية بحتة ومنها ما تتوافر له صفات وأركان القرار الإداري كالقرارات الصادرة ع ن هيئات الوصاية الإدارية بالترخيص بإبرام العقد[4] ،أو التصديق عليه، فهذه القرارات وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية إلا أنها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية والطعن عليها بدعوى الإلغاء [5].

---

[1] عبد الحميد حشيش، المرجع السابق، ص495.

GUERARD, S : **La notion de détachabilité en droit administratif français**,Thèse dactyl., Paris II, 1997, p 13.
Charles,HUBERT : **Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français** - Aix Marseille, LGDJ 1968.

[2] عمارعوابدي ، المرجع السابق ،ص438.

[3] جورج شفيق ساري: **القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري** ،(دراسة تحليلية مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ماي 2002 ،ص57.

[4] حيث يعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار إبرام العقد عملا قابلا للانفصال عن العقد ،في حين أن ه ذا القرار لا يفترق شكلا عن توقيع العقد.

[5] جورج شفيق ساري، المرجع السابق ،ص ص85-88.

LATOUR ,X. : « **Détachabilité et contrat administratif** » PA 14 août 1998, p 3.

والجدير بالذّكر أ ن القرارات الإدارية المنفصلة في إطار عقــود الإدارة الخاصة تسري عليها نفس أحكام القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية[1].

تنفرد القرارات الإدارية القابلة للانفصا ل في مجال العقود الإدارية عن مثيلتها في باقي العمليات الإدارية المركبة، من حيث أنه يصعب ضبط مفهوم موحد لها في مجال العقود الإدارية فإذ ا كان هناك من بينها القرارات التي لها فعلا صفة القرار الإدار ي كقرارات الترخيص بالتعاقد والقرارات الصادرة عن هيئــات الوصاية ،فإن من بينها ما تكون فيه صفة القرار الإدار ي غامضة كقرار التوقيع على العقد la décision de passer le contrat[2] ، ويكون اعتبارها من قبيل القرارا ت الإدارية القابلة للانفصال في الكثير من الأحيان مجرد عملية افتراضية على حدّ قول الأستاذ "Denys, DE BECHILLON "[3] .

فمثل هذا القرار لا يكون متميزا ماديا، ويترجم وجوده عن طريق توقيع العقد، إلاّ أن اندماج هذا القرار ضمن العقد لا يحول دون انفصاله بشكل افتراضي أو تصوري،وفق ما يراه الأستاذ " René Chapus"[4].

ورغم كونه قرارا افتراضيا، غير موجود فعلا، ولا يمكنه أن يكون محل إشهار، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبره "أي قرار التوقيع على العقد" قرارا قابلا للانفصال وأجاز توجيه دعوى الإلغاء ضده ، مستندا في ذلك على أن توقيع العقد يسبقه قرار ضمني من السلطة المختصة بالتوقيع محله إبرام هذا العقد ،وهو ما جعل العقد الإداري يعيش حالة من انعدام الأمن القانوني – حسب البعض.[5]

---

[1] « …que ces actes portent le cas échéant sur un contrat de droit privé dès lorsqu'ils s'analysent eux même comme des actes administratifs unilatéraux » . Voir : not.CE 10 mars1995, ville de Digne, concl.Savoié, CJEG1995,p192.

[2] فالرئيس الإداري وهو يوقع العقد لا يصدرا قرارا بذلك وإنما يوقعه بمجرد إتمام الإجراءات فضلا عن كون الطعن بالإلغاء قد يوحي بأنه موجه إلى العقد نفسه لأن العقد يتمثل في النهاية في مرحلة التوقيع .

[3] « Certains actes dits détachables sont donc effectivement dissociés, en logique et en réalité, du contrat proprement dit et voient leur détachabilité justifiée par cette séparation elle-même .D'autres sont l'objet d'une fiction plus ou moins marquée et voient leur détachabilité essentiellement expliquée par des considérations tactiques ou d'opportunité. ». Denys, DE BECHILLON et Philippe, TERNEYRE, Op.Cit ,p18.

[4] René, CHAPUS,Op.Cit,p549.

[5] « Un autre point lié à l'insécurité juridique : depuis toujours les contrats administratifs vivent dans l'insécurité juridique permanente, car le Conseil d'Etat considère que l'acte de signature du contrat est détachable. Il peut être attaqué devant le juge de l'excès de pouvoir. Cet acte est virtuel -en réalité, il n'existe pas- et ne peut pratiquement pas faire l'objet de publicité." **Actes du colloque , Organisé au Sénat le 29 avril1999 " Sécurité juridique et action publique locale" www.carrefourlocal.org/dossiers/colloques/ colloque sécurité juridique.htlm 524k.**

الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بالطاعن (من يملك حق الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري؟).

القاعدة التي تسود قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الإطار هي أن لكل ذي مصلحة الطعن في القرارات التي تسهم في تكوين العقد بالإلغاء لعدم شرعيتها، حتى وإن كان الطاعن من الغير (أجنبي عن العقد)، بل أن تراجع مجلس الدولة عن موقفه الرافض للطعن بالإلغاء في هذا النوع من القرارات يعود إلى مراعاة مصلحة غير المتعاقد بالدرجة الأولى.

وأن المعيار الذي تم التعويل عليه في تحديد ما إذا كانت هذه القرارات قابلة للانفصال أم لا هو تأثيرها على مركز الغير الذي لم يشارك في العملية العقدية، وإن كان البعض يرى خلاف ذلك و أن اعتبار القرار قابلا للانفصال يعود إلى كون هذا القرار معيبا بأحد عيوب المشروعية مما يبرّر الطعن فيه بالإلغاء وهو ما ذهب إليه"Folliot. L" [1] .

أولا: الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري شرع أساسا لمصلحة غير المتعاقدين.

المقصود بالغير في العقد كل من ليس طرفا فيه ولا تربطه به صلة ولا يعد من الخلف العام أو الخاص بالنسبة لأحد طرفي العقد.

وإذا كان المقصود بالغير لا يثير مشكلة في القانون الخاص فان الأمر يختلف في العقود الإدارية ، حيث ذهب البعض إلى أن المقصود بالغير هو كافة المرافق العامة المختلفة بالنسبة للعقود التي يبرمها مرفق عام معين بصرف النظر عن تمتع ذلك المرفق بالشخصية المعنوية أو عدم تمتعه بها .

فيما يذهب البعض الآخر إلى القول بضرورة ربط الغير بالشخصية المعنوية وذلك تأسيسا على أن أولى عناصر العقد الإداري أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، ويبدو أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب ،مع أن عقد الامتياز عقد لا خلاف حول طبيعته الإدارية بالرغم من أن المستفيدين منه أفراد طبيعيون، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة [2].

وقد بدأ يظهر الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 11 ديسمبر1903 في قضية " Commune de Guerre[3]"، وتبلور نهائيا ووضحت

---

[1] « l'acte est détachable , non pas en raison de la qualité du requérant ou de la date de la requête, mais parce que le recours invoque des moyens de légalité propres à l'acte considéré ».
FOLLIOT,L **:Pouvoirs des juges administratifs et distinctions des contentieux en matière contractuelle** ,thèse Dactyl,.Paris II,1997,p243

[2] د. أحمد سلامة بدر ، **العقود الإدارية و عقود البوت BOT** ، دار النهضة العربية 2003، ص ص 272، 273.

[3] كان القرار المطعون فيه متعلقا بعقد من العقود الخاصة للإدارة.

معالمه في حكم لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ 04 أوت 1905 في قضية" Martin "الذي أولى اهتماما واضحا بمصلحة الغير في إقامة دعوى إلغاء ضد القرارات التي تدخل في تكوين العقد الإداري.

ولعلّ الأمر يتطلب عرضا لوقائع هذه القضية وقراءة مستفيضة للحكم الصادر فيها، كون هذا الحكم يعد نقطة تحول في موقف مجلس الدولة الفرنسي الرّافض للطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري.

01- قضية Martin .[1]

تتلخص وقائع قضية" Martin "هذه في قيام السيد " Martin" عضو المجلس العام لإقليم" Loir-et-Cher "بالطعن في قرارات اتخذها المجلس المذكور في شأن التزام الترام"مرفق المواصلات" ، وشكا من الظروف التي دعي فيها المجلس للتداول ومن الإجراءات التي اتبعها المدير بعدم توزيعه على الأعضاء تقريرا مطبوعا عن الموضوع قبل الانعقاد بثمانية (08) أيام، ممّا منعهم من أن تكون ممارسة عضويتهم –مع علمهم بحقائق الأمور–بالضمانات المقررة في قانون 10اوت1871 بشأن التنظيم الإقليمي .

وكانت ذريعة الإدارة أن القرارات المطعون فيها أدت إلى إبرام العقد وبالتالي لا يمكن أن تكون محلا لطعن تجاوز السلطة ولا يمكن أن ينظرها إلاّ قاضي العقد ، ولم يأخذ مجلس الدولة بهذا النظر بل على العكس أقر ضمنا قبول تجاوز السلطة الذي أقامه السيد" Martin".

02 –الحكم الصادر في قضية Martin يعد نقطة تحول في موقف مجلس الدولة الفرنسي الرافض للطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد الإداري .[2]

كان المبدأ المعمول به سابقا هو الرفض المطلق لتوجيه الطعن لتجاوز السلطة للأعمال ذات الصبغة التعاقدية للأسباب التي سبق بيانها (وجود طعن مواز وكذا الطبيعة الثنائية للعقد)، وأن هذا الرفض يتعلق فضلا عن العقد ذاته بكل القرارات الإدارية حتى من جانب واحد طالما أعدته وجعلته ممكنا ،فهذه القرارات تكون مع العقد كلا لا يتجزأ ولا يمكن الطعن فيها بهذا الشكل إن لم يصبح العقد نهائيا بعد.

إلاّ أن التشدد في التمسك بهذا المبدأ من شأنه أن يجعل مبدأ المشروعية بغير حماية على الإطلاق خاصة في الحالات التي يتم فيها التعدي على القواعد القانونية التي تضع قيودا على حرية الإدارة في التعاقد– حماية للمصلحة العامة وإعمالا لمبدأ المساواة بين الأفراد.

كما قد يلحق ضررا جسيما بالغير لما من حرمان هذا الأخير من اللجوء إلى دعوى الإلغاء من إنكار للعدالة يتجلى في عدم وجود سبيل آخر يمكنه من الدفاع عن حقوقه.

---

[1] مار سلون وآخرون : **أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي** ،ترجمة احمد يسري ،الطبعة العاشرة ،دار الفكر الجامعي1995 ، ص ص125- 132.

[2] CE 04 aout1905,Martin ,req n°14220, Rec CE, p749 ,D.1907.3.49,concl.Romieu,S.1906.3.49,note Hauriou, RDP.1906.249,note Jeze.

لهذا اقترح البعض قبول الطعون المقدمة من الغير في القرارات الإدارية الممكن فصلها عن العقد، ومن هنا أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الاقتراح وأشار إلى أنه قد يسبق إبرام العقد قرارات تعبر فيها الإدارة عن إرادتها المنفردة، هذه القرارات تساهم في تكوين العقد (وحكم" Martin" محله قرار سابق على إبرام العقد) وأن لكل ذي مصلحة الطعن فيها بالإلغاء حتى وإن كان من الغير، لأن من الغير من ساهم في إجراءات تكوين العقد،ولكن لم يتحقق ما أراد كأعضاء المجلس الذي كان قراره ضروريا للترخيص بإبرام العقد والذين تضرروا من تجاهل امتيازاتهم كما كان الحال في قضية" Martin".

وقبل أن يقرّ مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في مداولات المجلس العام لإقليم" Loir-et-Cher "الذي أقامه السيد "Martin قام بتكييف هذه المداولات على أنها قرارات إدارية منفصلة عن عقد التزام التزام، وقد استند في تكييفه هذا على المعيار الشخصي أو الذاتي [1] في تحديد ما إذا كانت القرارات الإدارية منفصلة أو قابلة للانفصال أو قرارات إدارية متصلة ، هذا المعيار الذي يتألف من عدة عناصر في مجال تحديد القرارات الإدارية القابلة للانفصال منها :

– أن يكون الشخص القائم بالطعن من الغير الذي أثر القرار المنفصل في حقوقه أو مركزه القانوني.

– عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية لهذا الغير قضائيا إلا بواسطة دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال .

– أن يكون استعمال دعوى الإلغاء ضدّ القرارات الإدارية القابلة للانفصال أمام قضاء الإلغاء أصلح وأفيد لرافعها في حماية حقوقه من استعمال دعوى القضاء الكامل.

والعنصر الأوّل والثاني يبرزان بشكل واضح في هذه القضية.

ولا يعدّ قبول الطعن بالإلغاء الموجّه من طرف غير المتعاقد خروجا عن المبدأ العام في دعوى الإلغاء والذي مفاده أن دعوى الإلغاء لا يراد بها الدفاع عن حق كل شخص في ضرورة احترام الإدارة لمبدأ المشروعية وإنما يراد بها الدفاع عن حق الفرد في ألاّ يضار شخصيا من إهدار المشروعية.

وكون دعوى الإلغاء دعوى عينية يقصد منها مخاصمة القرار الإداري في ذاته دون النظر إلى أشخاص الدعوى لا يكفي فيها الاستناد إلى المصلحة العامة لإقامة هذه الدعوى، بل يجب أن تكون المصلحة التي يستند إليها الطاعن مصلحة شخصية و مباشرة ، قائمة ومشروعة، ولا يشترط فيها أن

[1]- المعيار الشخصي"الذاتي": يعتمد هذا المعيار على المركز القانوني الشخصي والصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة غير المشروعة أمام قضاء الإلغاء.
- المعيار المادي"الموضوعي": يعتمد عل مدى جوهرية القرارات الإدارية في تكوين ووجود العملية الإدارية المركبة وكذا مدى فردية هذه القرارات أو عموميتها، حيث أن القرارات العامة حسب القضاء الإداري قرارات إدارية منفصلة دائما.

تكون مادية أو مؤكدة ، حيث يكفي أن يكون لمن أقامها مصلحة أدبية أو احتمالية [1] ،ومتى أثبت الغير ذلك كان له الطعن فيه بالإلغاء [2]،هذا ما يظهر بوضوح في عقود امتياز المرافق العامة.

إنّ موقف مجلس الدولة الفرنسي من خلال حكمه في قضية" Martin يكون قد خالف الاعتقاد الذي كان سائدا ،وهو أن إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة بصورة منفصلة ومستقلة عن العقد من شأنه أن يؤدي إلى إهدار الحقوق الشخصية المكتسبة عن هذا العقد بالنسبة لطرفيه ،فالمحكمة لا تذهب إلى أن إلغاء القرار المنفصل يؤدي مباشرة إلى شلّ آثار العقد ،ولكنها تكتفي بالقول بأن تنفيذ العقد سيكون أمرا متعارضا مع المنطق وهي من ناحية أخرى تلفت نظر الإدارة إلى أن إصرارها على قيام العقد يمكن أن يرتب تعويضا للغير.

وإن كان البعض يرى أن تمكين غير المتعاق د من الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري يؤدي إلى ازدواجية الدعاوى في المنازعة العقدية الواحدة،حيث نكون أمام دعوى القضاء الكامل التي أمام قاضي العقد ،ودعوى الإلغاء التي يرفعها الغير أمام قاضي الإلغاء وهذا ما قد يترتب عنه ازدواج في الأحكام الصادرة عن القاضيين بل إلى تعارضها في بعض الأحيان وهو ما عبّر عنه "F.Brenet":« deux juges pour un même litige »

إلاّ أن هناك من أيّد فكرة الطعن بالإلغاء من قبل غير المتعاقدين في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، ويرى أن لنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري الفضل في تمكين قضاء المشروعية من الولوج إلى المجال التعاقدي بعدما كان أمرا محظورا بصورة مطلقة. [3]

وعلى كل فإن" **لغير المتعاقد الطعن في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري الصادرة في مرحلة التكوين وفي مرحلة التنفيذ**" .

حيث كان الطعن بالإلغاء المثار من قبل غير المتعاقدين عن العقد أوّل الأمر لا يطرأ إلا على القرارات التي تدخل في تكوين العقد على أن لا يكون هذا الأخير قد تم بصورة نهائية، فإذا ما أصبح نهائيا فإن هذه القرارات ستندمج في العقد ذاته ،و بالتالي لا يتعرض لها قاضي الإلغاء و إنما قاضي العقد وتنهض لها ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء [4] .

---

[1] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : **دعوى إلغاء القرار الإداري"الأسباب والشروط"**، منشأة المعارف 2008 ،ص618 .

[2] هذا ويضيف مجلس الدولة الفرنسي أنه على من يدعي أن له مصلحه في إبرام عقد ما أن يثبت سعيه الفعلي لإبرام هذا العقد، فليس للشخص الذي لم يودع ملف ترشحه للتعاقد مصلحة في أن يقيم دعوى إلغاء ضد قرار منفصل عن ذلك العقد.

CE 25 novembre 2005, M. et Mme R…, n°259527, 259528

[3] Valérie, BLEHAUT, Op.Cit, p 16.

[4] حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في قرار متعلق بتنفيذ العقد ، ولكن يمكنهم فقط أن يتدخلوا في الدعوى المرفوعة أمام قاضي العقد ، وانّ للغير عند اللزوم إقامة دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من أجل الحصول على تعويض من الإدارة عن الضرر الذي أحدثه لهم قرار صادر منها يتعلق بتنفيذ او نهاية العقد الذي يربطها بالمتعاقد.

انظر: جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ،ص ص 439، 440.

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي أول الأمر السماح لغير المتعاقدين مع الإدارة الطعن بالإلغاء على القرارات الخاصة بتنفيذ العقد[1] والقرارات المتعلقة بإنهائه ،لارتباطها الوثيق بالعملية العقدية ، إلاّ أنه عدل عن قضائه السابق منذ حكمه الشهير في قضية " Société anonyme de livraison industrielles et commercial" الصادر بتاريخ 24 أفريل1964[2].

حيث أجاز لغير المتعاقدين الطعن بالإلغاء في بعض القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود إذا كانت تلك القرارات تمس مصالحهم ، وذلك على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء من غير المتعاقدين على القرارات الصادرة عن الإدارة والمتعلقة بتنفيذ العقد، و يمكن حصر الاستثناءات[3] التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي فيما يلي :

– الطّعون المقدّمة من غير المتعاقدين ضدّ القرارات التي تصدر عن الإدارة باعتبارها سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وليس باعتبارها متعاقدة كقرارات الضبط الإداري.

– الطعون من المنتفعين ضد القرارات المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة فالمنتفعين بالخدمات التي يؤديها المرفق العام، و إن كانوا من الغير بالنسبة لعقد التزام المرفق العام إلا أن لهم مصلحة في أداء المرفق للخدمات المنوطة به بصفة منتظمة ،على نحو يتفق مع ما نصت عليه وثيقة الالتزام من ناحية ويتفق مع القانون من ناحية أخرى[4].

و من هنا يكون للمنتفعين من خدمات المرفق العام الطع ـــن بالإلغاء ضدّ القرارات المتعلقة بالتنفيذ استقلالا عن عقد الالتزام، إذا خالفت تلك القرارات الشروط اللائحية الواردة في وثيقة الالتزام، أو خالفت أي قاعدة قانونية، أما إذا خالفت تلك القرارات الشروط التعاقدية الواردة في عقد الالتزام فإنه في هذه الحالة لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء (كقاعدة عامة) وإنما يتم الطعن فيها أمام قاضي العقد بواسطة المتعاقدين مع الإدارة.

– الطعون المقدمة من عمّال الملتزم ضد القرارات المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة، فإن كان عمال الملتزم يرتبطون معه بعقد من عقود العمل الفردية ويخضع هذا العقد لقانون العمل، وبالتالي يختص بنظر المنازعات المتعلقة به القضاء العادي.

إلا أن الإدارة كثيرا ما تحرص على أن تضمن وثيقة الالتزام بعض النصوص المتعلقة بأوضاع العاملين وحقوقهم، وهذه النصوص ذات طبيعة لائحية في مواجهة العاملين ويتعين على الملتزم احترامها في

---

[1] CE 24 Octobre 1952, Chambre syndicale de l'industrie de la bonneterie du sud-ouest du midi de la France.

[2] CE 24avril1964,SALIC.Rec,p239.

[3] د. محمد السنا ري، المرجع السابق، ص 66-69.

[4] حيث يقول د. محمد عاطف البنا في هذا الصدد: "إذا كانت القاعدة العامة هي نسبية آثار العقود بحيث تقتصر آثارها على أطرافها ولا تتعداهم إلى الغير إلا أن من العقود الإدارية ما ينتج آثار بالنسبة للغير فيكتسون فيها بعض الحقوق، و يظهر ذلك بصفة أساسية من امتياز المرافق العامة فهو ينشئ حقوقا للمنتفعين بخدمات المرفق العام قبل الملتزم و قبل الإدارة".
د. محمود عاطف البنا: **الوسيط في القانون الإداري**، الطبعة الثانية ، 1992، دار الفكر العربي، ص 523.

علاقته بعمال، ولهذا أباح القضاء الإداري الفرنسي الطعن بالإلغاء لمصلحة عمال الملتزم على القرارات الصادرة عن الإدارة بالمخالفة للنصوص اللائحية التي تتضمنها وثيقة الالتزام.

لكن السّؤال الذي بقى عالقا يتعلق بصفة الطاعن بالإلغاء في هذا النوع من القرارات، فهل هذا الطعن يرفعه عمال الملتزم أنفسهم أم أن الأمر يعود للنقابات العمالية؟

وقد اختلفت الحلول حول هذه النقطة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري [1]، إلاّ أن هناك من يرى أنه لا جدوى من التفرقة بين الطعون المقدمة من العمال والطعون المقدمة من النقابات ،حيث كل منهما مرآة للآخر، والعمال أجزاء من جسم النقابات لا تنفصل عنها[2].

كما تم تكييف رفض الإدارة المتعاقدة اللجوء الى قاضي العقد لفسخ العقد بناء على طلب الغير على أنه قرار منفصل، وصدر قرار من الجمعية التابعة ل مجلس الدولة الفرنسي– أوّل الأمر– يقضي بقبول الطعن بالإلغاء الموجه ضد هذا القرار (قرار الجمعية في 02 فيفري 1987) ،ومع ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي مؤخرا بعدم قبول الطعن بالإلغاء الموجه من الغير ضد قرار الإدارة الرافض اللجوء إلى قاضي العقد [3].

ثانيا: إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد من طرف المتعاقدين .

إذا كان قبول الطعن بالإلغاء ضدّ القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري بالنسبة لغير المتعاقدين قد وجد تفسيره– مبدئيا- في عدم وجود دعوى موازية "عدم إمكانية اللجوء إلى قاضي العقد"، فما هو تفسير قبول الطعن بالإلغاء المقدم من طرف المتعاقدين مع الإدارة ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري الصادر عن هذه الأخيرة رغم أن هؤلاء المتعاقدين يملكون فرصة اللجوء إلى قاضي العقد؟

وإذا كان بعض الفقهاء ير ون أنه ليس من مصلحة المتعاقد أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء في هذا الشأن، فالقضاء الكامل أجدى بالنسبة له من قضاء الإلغاء على حدّ قولهم كذلك فإنه بحصوله على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل لا يتوقف عند هذا الحد ، بل ينبغي عليه بعد ذلك العودة مرة أخرى إلى

---

[1] حيث يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين طعون العاملين وبين طعون نقاباتهم ،فبالنسبة للعاملين ليس لهم إلا اللجوء إلى قاضي العمل المدني ، ولهم أن يستفيدوا من النصوص الموضوعة لمصلحتهم في وثيقة الالتزام استنادا إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير،أما النقابات فيمكنها استخدام منهج القرارات القابلة للانفصال ، والطعن على قرارات الإدارة ، وذلك إذا قام وجه من أوجه الطعن بالإلغاء ومن بينها مخالفة النصوص اللائحية التي تتضمنها وثيقة الالتزام . انظر: CE 22 juillet 1927, Syndicat des employés des secteurs électriques de la seine, Recueil DALLOZ ,n° 3, p4.

اما محكمة القضاء الإداري المصرية فقد قبلت لجوء العاملين إلى قاضي الإلغاء للطعن في القرارات القابلة للانفصال والمتعلقة بالتنفيذ في عقود الالتزام والمخالفة للنصوص اللائحية. انظر مثلا الحكم الصادر عنها في 31 مارس 1963في القضية رقم 27لسنة 11، ق مجموعة السنوات الخمس ،ص 180، وانظر حكم لذات المحكمة صادر بتاريخ 31 مارس 1961 ، ذات المجموعة وذات الصفحة .

[2] جمال عباس عثمان : **العقد الإداري وقضاء الإلغاء**، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية2000،ص474.

[3] CE , (7/2 SSR) 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du Lunel Lois, req. n° 293836., Un tiers au contrat peut-il former un recours pour excès de pouvoir contre le refus de l'Administration de saisir le juge du contrat? www.efe.fr /édition /revue / …/BJCE 05- 2009-jurisprudence.pdf

قاضي العقد كي يرتب له النتيجة التي تترتب على الحكم بالإلغاء ،و من ثم فإنه يكون من الأفضل له اللجوء إلى قاضي العقد مباشرة[1] .

إلا أن غالبية الفقهاء في فرنسا و مصر يرون أن للمتعاقد حق اللجوء إلى دعوى الإلغاء للطعن في كافة القرارات التمهيدية والمصاحبة لإبرام العقد [2]، سواء كانت تلك القرارات متعلقة بعقد من العقود الخاصة للإدارة أو بعقد من العقود الإدارية ، غير أنه وكقاعدة عامة لا يجوز للمتعاقدين الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة من الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد لأن حق الطعن في هذه القرارات يكون أمام قاضي العقد.

وقد تجد مسألة قبول الطعن بالإلغاء المقدم من طرف المتعاقدين مع الإدارة تفسيرها في أحد المبررات التالية:

– أن دعوى الإلغاء دعوى عينية موضوعية تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية و تكتفي بأن يكون للمدعي فيها مصلحة عادية بغض النظر عن كونه من بين المتعاقدين أو من الغير ،فإذا أثبت المتعاقد أن له مصلحة في الطعن في القرار المنفصل عن العقد الإداري كان له ذلك ، وهو التفسير الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ville de Saverne " وحكمه الصادر فيها بتاريخ 24 فيفري 1955 ،عندما قبل الطعن المقدم من طرف البلدية طرف في عقد امتياز، ضد قرارات الموافقة "l'approbation" المتخذة من طرف محافظ المدينة والتي تشكل قرارات إدارية قابلة للانفصال عن العقد[3].

كما يكتفي القضاء الإداري الفرنسي في قبول دعوى الإلغاء–عموما – بوجود مصلحة بسيطة "intérêt froissé"، ويرى أن التمييز الذي يقع بين دعوى التعويض و دعوى الإلغاء قائم بالدرجة الأولى على درجة المصلحة المثارة وعلاقتها بالحق ، ففي دعوى التعويض يتمسك القضاء الإداري بالمفهوم الضيق للمصلحة المعروف في الدعوى المدنية أي المصلحة التي ترقى إلى مرتبة الحق، وذلك بسبب تشابه الدعوى المدنية ودعوى القضاء الكامل في كون كل منهما تقوم على المطالبة بحق شخصي، في حين أن دعوى الإلغاء يكفي أن يكون للطاعن مجرد منفعة اقتصادية لقبول دعواه[4] .

– و يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية الإدارية المركبة، هذه القرارات غير المشروعة يطعن فيها صاحب الصفة والمصلحة الذي لا يجد جدوى من دعاوى

---

[1] د. سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 191.

[2] في الفقه الفرنسي نجد مثلا : André de Laubadère Op.Cit
في الفقه المصري انظر :د عبد المنعم عبد العظيم حيرة : **آثار حكم الإلغاء** (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار الفكر العربي 1971 ،ص 202.

[3] CE 04 Février 1955, ville de soverne, CJEG 1955, p 99.

[4] مسعود شيهوب : **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، الجزء الثاني ،طبعة1999، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص ص 267 – 269.

القضاء الكامل للدفاع عن حقوقه ومصالحه كما هو الحال في دعوى الإلغاء التي يرفعها المتعاقد في عقد الإجارة التي لا تتوفر له جدوى من دعاوى القضاء الكامل للدفاع عن حقوقه و مصالحه [1].

– كما اكتشف مجلس الدولة الفرنسي أن وجود الدعوى الموازية أو الطعن المقابل لا يمكن أن يقف حائلا دون رفع المتعاقد لدعوى الإلغاء، بل أن اعتبارها شرط من شروط قبول الدعوى هو شرط لا وجود له في الحقيقة فالدعوى الموازية والمقابلة لدعوى الإلغاء بالمواصفات والشروط التي تحققها دعوى الإلغاء لرافعها هذه الدعوى لا وجود لها، ذلك أن دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام الأصلية والوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعية –كما سبق وأن اشرنا.

– إن تطبيق دعوى الإلغاء على القرارات الإدارية غير المشروعة والمنفصلة عن العملية العقدية لا يمكن أن يمس بفكرة الحقوق الشخصية المكتسبة من العملية العقدية [2]، فوفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي لا تتأثر الحقوق الشخصية المستمدة من العقد بإلغاء القرارات التي بني عليها لأن إلغاء القرار بمعرفة قاضي الإلغاء لا يؤدي إلى سقوط العقد إذ يظل العقد قائما ومنتجا لأثاره حتى يقوم قاضي العقد بإبطاله.

– كما إستند أنصار نظرية التجاء المتعاقد إلى قضاء الإلغاء إلى أن المتعاقد مع الإدارة يسترد حقه في دعوى الإلغاء إذا استندت الإدارة في قراراتها إلى سلطة البوليس الإداري وليس إلى صفتها كطرف من أطراف العقد.

وإذا كانت القاعدة العامة في مرحلة انعقاد العقد هي قبول فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد وجواز الطعن بالإلغاء فيها بصورة مستقلة عن العقد من طرف المتعاقدين، فإن القاعدة العامة عدم جواز انفصال القرارات الإدارية عندما تكون الإدارة بصدد تنفيذ العقد ومن ثمّ "**عـــدم جواز الطعـــن بالإلغاء ضدّ القرار المنفصل في مرحلة تنفيذ العقد م ن طرف المتعاقدين**"، ذلك أنّ كافة القرارات التي تصدرها جهة الإدارة في مناسبة تنفيذ العقد الإداري لا يمكن الطعن عليها بالإلغاء، والقرار المتعلق بتنفيذ العقد هو القرار الصادر من جهة الإدارة مستندا إلى نصوص العقد أو تنفيذا له.

و تأخذ دعوى المتعاقد عند الطعن على هذه القرارات شكل دعوى أمام قاضي العقد، وتطبيق هذا الأصل العام ذو مدى واسع فهو يشمل قرارات فسخ العقد التي تتخذها الإدارة من جانبها ، وتلك المتعلقة بالأسعار والتعريفة أو بتعديل العقد ، وتلك التي تفرض على المتعاقد أسلوب التنفيذ أو الإجراءات التي تتخذها الإدارة لرقابة تنفيذه.

وفيما يتعلّق قرارات الإدارة الخاصة بالإنهاء الإنفرادي للعقد قبل نهاية المدّة المحدّدة لها (النهاية المبتسرة) لدواعي المصلحة العامّة، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد قبل دعوى الإلغاء المقامة من

[1] CE 04 Juillet 1958, Société des établissement thibout Auby et Drago.

[2] عوابدي عمار: المرجع السابق، ص 439.

المتعاقد أمام قاضي الإلغاء ضدّ هذا النّوع من القرارات الذي اتخذ شكل مرسوم لائحي صادر عن الإدارة بإنهاء طائفة من العقود وبصفة جماعية لدواعي المصلحة العامة من خلال الحكم الصادر في 2 ماي 1958 ، لكن عدل عن موقفه السابق وأصبح يخضع قرارات الإدارة بإنهاء العقود الإدارية قبل نهاية المدّة المحددة لها لدواعي المصلحة العامة لرقابة قاضي العقد (القضاء الكامل) باعتبارها منازعة حقوقية لا تتعلق بقرارات قابلة للانفصال وذلك في حكمه الصادر في 2 فيفري 1987[1].

مع أن هناك من يرى بأنّ من الممكن أن ينطوي القرار الصادر من جهة الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري على عدم المشروعية أو قد يجانب الصالح العام ،وبذلك يكون من حق المتعاقد والغير اللجوء إلى قضاء الإلغاء.

الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بالقرار المنفصل عن العقد الإداري والقابل للطعن فيه بالإلغاء.

لا يخرج الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل عن العقد الإداري عن كونه تطبيقا لمبدأ رقابة القضاء على مشروعية كافة القرارات الإدارية (بما فيها القرارات القابلة للانفصال)،وهو المبدأ القانوني العام الذي لا يحتاج لنص تشريعي خاص لتأكيده[2].

لذا يشترط لقبول هذا الطعن أن يتسم القرار المنفصل موضوع الطعن بالسمات التي يتسم بها القرار الإداري بوجه عام، وهي أن يكون قرارا إداريا نهائيا صادرا عن سلطـــة وطنية في نشاط إداري[3].

وأن يبنى هذا الطعن على مخالفة وجه من أوجه عدم المشروعية التي يمكن أن تعيب القرار الإداري بصفة عامة كعيب عدم الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القوانين أو انعدام الأسباب أو الانحراف بالسلطة[4].

وإذا كان القرار المنفصل جزء من العملية المركبة "العملية العقدية " فالسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان هو هل يمكن الاستناد على عدم مشروعية العقد الإداري المرتبط به هذا القرار؟

سنتطرق في هذا الفرع إلى صور القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري والتي يتم الطعن فيها بالإلغاء، والأسباب التي يؤسس عليها هذا الطعن.

---

[1] جمال عباس عثمان ، المرجع السابق ،ص ص 283- 287و ص448.

[2] هذا المبدأ القانوني العام الذي أكده مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1950 في قضية Dame Lamotte.

[3] فإذا تخلف ركن من الأركان المستمدة من تعريف القرار الإداري (كونه تعبيرا عن إرادة منفردة ، صادرا عن سلطة إدارية بسند قانوني ، بقصد إحداث اثر قانوني)، كان القرار معدوما.

[4] للمزيد من التفاصيل حول أوجه عدم المشروعية انظر: د عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق، ص16 ومابعدها.

أولا : القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والقابلة للطعن فيها بالإلغاء.

و يمكن التمييز في هذا الصّدد بين مرحلتين من المراحل التي تمر بها العقود الإدارية هما مرحلـــة تكوين وانعقاد العقد ومرحلة تنفيـــذ وانتهاء العقد، وتختلف القرارات الصادرة في كل مرحلة على النحو التالي:

01- القرارات الصادرة في مرحلة انعقاد العقد : تنقسم القرارات المنفصلة في مرحلة انعقاد العقد إلى قرارات سابقة على الإبرام وقرارات مقترنة به و معاصرة له.

ا- القرارات السابقة على إبرام العقد: نذكر من بينها:

* القرارات الصادرة عن سلطة الوصاية الخاصة بالترخيص أو الموافقة على إجراء التعاقد. [1]

* القرارات الصادرة من جهة إدارية أو من مجلس محلي بالتعاقد (المداولات التي تدور داخل الهيئات الإدارية العامة ولا سيما المجالس المحلية الخاصة بإبرام العقد)[2].

وقد ثار جدل كبير حول هذا النوع من القرارات كونها مجرد قرارات تحضيرية وليست قرارات نهائية، ومن ثم فإنه لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء لأنّ الطعن بالإلغاء لا يوجه إلا إلى القرارا ت النهائية،إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن بالإلغاء في هذا النوع من القرارات واعتبرها قرارات نهائية ،وهذا ما أوضحه مفوض الحكومة "Baudouin "في قضية Société anonyme Touristique de la Vallée Lautaret"« إن مداولات المجالس البلدية أو العامة تكون نموذجا للقرارات الواجبة التنفيذ التي اعتبرت منذ أكثر من نصف قرن قابلة للانفصال عن العقد المتعلقة به بسبب طابعها كقرارات صادرة عن إرادة واحدة. »

*القرارات الصادرة عن لجنة المناقصات أو المزايدات باستبعاد أحد المتقدمين في المناقصة دون وجه حق[3]، ويرى البعض أن هذا النوع من القرارات وإن كان يجوز الطع ن عليه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إلا أنها ليست تطبيقا لنظرية القرارات المنفصلة عن العملية التعاقدية وإنما هي قرارات عامة يجاوز سريانها مدة العملية العقدية [4]، ويرى البعض الآخر عكس ذلك [5] .

* القرارات الصريحة الصادرة عن الإدارة برفض إجراء المناقصة،إذا كانت الإدارة ملزمة قانونا بإتباع طريق المناقصة أو المزايدة.

---

[1] depuis CE 29déc.1905, Petit, S1906.3.49 ;et CE 29 nov.1969, SCIaunisienne,Rec , p547. et CE, sect.,14av.1999,synd. Des médecins libéraux et autres, req.n°202605.

[2] depuis CE 04 aout1905,Martin, Rec .CE, p749 ; V .égal.parex. :11fév1977, Sté de chasse de thenissey Rec.CE.p85.

[3] CE 04 juin1976,Desforets,Rec.CE,p301, et CE 27 juill.1984,StéBiro,Rec.CE,p303, CE 01 avril1994, Etablissement R.Ducros »req n°120121.

[4] عبد الحميد كمال حشيش، المرجع السابق، ص108.

[5] محمد السنا ري ،المرجع السابق ،ص45.

تجدر الإشارة إلى أن الأعمال السابقة أو اللاحقة على العقد لا يقبل الطعن عليها بالإلغاء ومنها الأعمال التحضيرية للقرار كالآراء الاستشارية،وإجراءات التحقيق السابقة على تحرير العقد وتوقيعه.

ب- القرارات المقترنة بإبرام العقد والمعاصرة له:

* القرارات الخاصة باعتماد العقد أو إبرامه[1].

إن القرارات التمهيدية والسابقة على إبرام العقد إذا كان يسهل فصلها عن العملية العقدية والطعن عليها بالإلغاء استقلالا، فإن الأمر يدق بالنسبة لقرار إبرام العقد ذاته ، ذلك أن هذا النوع من القرارات يكون الانفصال فيه ماديا فقط وليس شكليا[2] كقرار التوقيع على العقد نفسه .

وقد طور مجلس الدولة الفرنسي-كما سبق وان اشرنا-نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري إلى أقصى حدّ ،بأن قبل الطعن في القرارات الخاصة بالتوقيع على العقد باعتبارها قرارات منفصلة عن العقود الإدارية، و ميز بين العقد نفسه أي تبادل التعبير ع ن إرادة الإدارة وإرادة الطرف الآخر المتعاقد معها، وبين القرار الإداري الظني أو الافتراضي الذي يسبق هذا الإبرام.

* القرارات المتضمنة رفض إبرام أو إتمام العقد.[3]

02-القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد: تنقسم هذه القرارات إلى:

*القرارات التي تهدف إلى حث المتعاقد على التنفيذ.

* القرارات التي تهدف إلى توقيع عقوبات على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته.

*قرارات تتعلق بإجراء تعديلات في عقود الإدارة بناء على سلطتها في التعديل.[4]

و يلاحظ أن القرارات القابلة للانفصال الصادرة في مرحلة انعقاد العقد تتصور بكثرة، أمّا القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ فإنها في غالبيتها العظمى متصلة بالعقد وغير قابلة للفصل، ويعــود هذا الوضع إلى:

- كون القضاء يطبق في مرحلة التنفيذ المنهج التركيبي القائم على وحدة العملية العقدية ويدخلها برمتها في المجال الطبيعي لاختصاص قاضي العقد، ومن ثم فان تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال يقل في هذه المرحلة كما يقل معه الطعن بالإلغاء في هذه القرارات.

---

[1] CE 25 avril1994, Région Aquitaine et autres , req n°099926 et également en ce sens CE, sect ;6 décembre 1995 Département de l'Aveyron , req n°148964.

[2] قد يكون الانفصال ماديا وشكليا عن العقد ،كأن يصدر قرار وزاري بالموافقة على العقد ، كما قد يكون الانفصال ماديا فقط دون الانفصال الشكلي فقرار التوقيع على العقد نفسه مرتبط شكليا مع العقد ، لكنه يتضمن قرارا سابقا ولو ضمنيا بالموافقة على الارتباط بالعقد.

[3] CE 16avr.1982, Sté « la maison Climatic »,RFD adm1982,n°196.

[4] CE 06mai1985,min.PTTc/M.Ricard,RFD adm1985n°697.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بما يلي: « حيث أن النزاع يدور حول تنفيذ العقود الإدارية المبرمة لحساب المديرية فانه يخضع بناء على ذلك لاختصاص قاضي العقود » ، ولم يقبل الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة المتعاقدة والتي تتعلق بحقوق المتعاقد والقرارا ت المتعلقة بتوقيع جزاءات عليه نتيجة إخلاله بشروط العقد أو دفتر الشروط و تلك المتعلقة برفض تعديل العقد أو إنهائه...

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري بمصر إلى أن: « ...القرارات اللاحقة لإبرام العقد تكون مستندة إلى السلطة العقدية و يراعى في هذه القرارات أنها جميعا تصدر أثناء تنفيذ العقد وهذه وحدها هي التي تدخل في منطقة النزاع العقدي ولا يرد عليها طلب الإلغاء » .[1]

– وإلى كون الغير في المرحلة الأولى ذو صفة في الطعن بالإلغاء بحكم أنه يطمع في التعاقد مع الإدارة وفاته ذلك، أما في المرحلة الثانية فغالبا مالا يكون للغير صفة في تنفيذ العقد وتنفيذه لا يهم سوى الإدارة والمتعاقد معها (باستثناء عقود التزام المرافق العامة).

– وأن المتعاقد مع الإدارة كان يستطيع استعمال الطعن بالإلغاء في مرحلة الانعقاد ويبنيه على مخالفة القرار المنفصل لقواعد المشروعية ، لكن الأمر يختلف بالنسبة لمرحلة التنفيذ لأن قرارات التنفيذ التي يكون له مصلحة في الطعن فيها إنما تكون لمخالفة الشروط التعاقدية ومخالفة العقـــد لا يمكن أن يبنى عليه الطعن بالإلغاء[2] .

ومع ذلك يرى البعض أنه وإن كان يبدو أن مجال تطبيق دعوى الإلغاء ضيق في مرحلة تنفيذ العقد في الوقت الحالي فانه سيشهد توسعا في المستقبل لا محال[3] .

وإذا كان القضاء قد اعتبـــرأن النزاعات المتولدة عن القـــرارات الصادرة عن الإدارة بصفتها التعاقدية والمتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه تدخل في ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء– كما سبق بيانه– ثار التساؤل حول طبيعة اختصاص القضاء الإداري في النزاعات المتولدة عن القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد وبصفة أخرى **غير صفتها كمتعاقدة** (القرارات الإدارية التي من شأنها التأثير على تنفيذ العقد).

والملاحظ هنا أنه قد تم منح الاختصاص القضائي فيها لقضاء الإلغاء على اعتبار أن هذه القرارات تصدر عن الإدارة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح كسلطة ضبط مثلا لحسن سير المرافق العامة ، فهذه القرارات تعتبر قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء، سواء من المتعاقد

---

[1] د حمدي حسن الحلفاوي : **ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري**، الطبعة الأولى ، دار الكتاب 2002، ص ص267-277.

[2] د.مصطفى أبوزيد فهمي: **قضاء الإلغاء (شروط القبول ،أوجه الإلغاء)**، دار المطبوعات الجامعية 2001،ص31.

[3] « La place du recours pour excès de pouvoir est de moins en moins restreinte dans le domaine de l'exécution contractuelle ; et sans doute est-elle encore susceptible de développer… ». DE BECHILLON, Denys et TERNEYERE, Philippe, Op.Cit ,p56.

أومن الغيـــر و يكون ذلك حتى إذا ضمنت الإدارة العقد شروطا تجيز لها اتخاذ إجراءات وتدابير إدارية ثابتة لها بمقتضى القانون كسلطة ضبط .

فالإدارة تعمل خارج سلطتها التعاقدية إذا كان من حقها أن تصدر القرارات في مواجهة المتعاقد معها وكذا في مواجهة غيره ممّن يباشرون نفس النشاط سواء ارتبطوا معها بعلاقة تعاقدية أو لم يرتبطوا ،وهي قرارات تجد مصدرها مباشرة في القوانين واللوائح المنظمة للاختصاص ولا تتوقف مشروعيتها على وجود عقد مع الإدارة [1].

و ينتفي هنا الخطأ العقدي ونكون بصدد خطأ تقصيري يظهر في شكل قرار إداري غير مشروع يجوز للمتعاقد والغير الطعن فيه إلغاء وتعويضا ،إذ لا تظهر دعوى الإلغاء في مجال العقد الإداري بصفـــة إلاّ حينما يغيب الخطأ العقدي، وهو ما يتجلى فيه إعمال مبدأ أولوية أو هيمنة المسؤولية العقدية على المسؤولية التقصيرية في القانون الإداري.[2]

ثانيا: أسباب الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري.

الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري شأنه شأن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية بصفة عامة، ومن ثم يجب أن يستند الطعن على وجه أو أكثر من أوجه عدم المشروعية التي يمكن أن تعيب القرار الإداري بصفة عامة كعيب عدم الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة ،فإذا ما أصاب القرار الإداري عيب من العيوب المشار إليها فإنه يمكن الطعن عليه بالإلغاء[3].

لكن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد يتميز ع ن الطعن بالإلغاء في سائر القرارات الإدارية الأخرى، حيث يطرح تساؤلات هامة تتعلق بأسباب هذا الطعن وهي:

– هل مخالفة القرار المنفصل لأحد بنود العقد يعد مخالفة للمشروعية أي مدى اعتبار العقود الإداريـــة مصدرا من مصادر المشروعية ومن ثم يجوز طلب إلغائه لهذا السبب ؟

– وهل يمكن الاستناد على عدم مشروعية العملية العقدية المرتبط بها القرار؟ كأن يصدر قرار من المجلس المحلي بإبرام عقد وكان هذا العقد مخالفا للنظام العام.

بخصوص الإجابة على التساؤل الأوّل يرى بعض الفقهاء من بينهم الأستاذ" Odent " أن العقود الإدارية مصدر من مصادر المشروعي ة، وأن الإدارة مقيدة بأحكام العقود التي تبرمها وإن كان لها سلطة تعديلها بالإرادة المنفردة وسلطة الفسخ بمراعاة الشروط والضوابط المقررة لذلك [4].

---

[1] عمر حلمي **: طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية**، دار النهضة العربية 1993، ص289.

[2] ا د. حمدي حسن الحلفاوي ، المرجع السابق، ص273.

[3] د.سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق،ص180.

[4] عبد الفتاح أبو الليل : **قضاء المشروعية** (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية1998، ص30.

فضلا عن أن مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية هامة هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، هذه القاعدة هي أصل من أصول القانون تنطبق في العقود المدنية والعقود الإدارية على حدّ سواء.[1]

فيما يستبعد أغلب الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر العقود الإدارية كأحد عناصر المشروعية ويستبعدون بذلك قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل عن العقد الإداري إذا كان القرار مشروعا في حد ذاته وكان مبنى الطعن مخالفة القرار لنصوص العقد ،لأنه لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري.

وإذا كان الفقهاء يدرجون حق الغير في الطعن في القرار القابل للانفصال في مجال الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد[2]، فإنّه ليس كذلك –حسب الأستاذ "سليمان الطّماوي"، حيث يرى أنّ الغير الذي يطعن في قرار إداري منفصل لا يستند في الطعن إلى نص في عقد إداري، وإنما يستند إلى نصوص القوانين واللوائح ، كما أنّه لا يستقيم القول بأنّ الغير يستمد حقه في الطعن من العقد ، وهو في حقيقة الأمر يستهدف بالطعن إلغاء العقد.[3]

فدعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة مبدأ المشروعية بالمعنى الموضوعي أي لقاعدة عامة ومجردة ، والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية ،والإخلال بهذه الالتزامات لا يعد مخالفة لمبدأ المشروعية، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي والمصري قد أفسحا مكانا محدودا للاستثناء مثال ذلك طعون المستفيدين في حالة عقود الامتياز.[4]

أمّا بخصوص الإجابة على التساؤل الثاني فقد استقرت أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن الأصل هو قبول الطعن بالإلغاء لعدم مشروعية القرار المطعون فيه في حد ذاته بغض النظرعن سلامة العقد المرتبط به القرار، لكن يمكن الاستناد لعدم مشروعية هذا الأخير في الطعن بالإلغاء مع كون القرار المنفصل غير معيب، وإذا كان الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل قد استند

---

[1] الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع التابعة لمجلس الدولة المصري (جلسة 19جوان 1996 ملف رقم 54 /336/1) غير منشور، مشار إليه في مؤلف :د. حمدي حسن الحلفاوي ، المرجع السابق ،ص103.
كما جاء في قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري "... حيث أن المقرر المطعون فيه بالإلغاء اتخذ خرقا للحق المعترف به للمستأنف من طرف السلطة الإدارية والمكرس بموجب العقد الإداري المحرر لصالحه.....المقرر يستوجب الإبطال لأنه حرر دون مراعاة للمبادئ العامة للقانون..." قرار صادر في 20 نوفمبر 2000 (قضية ر.ع ضد بلدية الكاليتوس).

[2] من الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد :
- حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقا للقانون.
- الحقوق التي يستمدها الغير من النصوص المدرجة في القد لصالحه (كالتامين من المخاطر التي تصيب الغير من جراء تنفيذ عقود الأشغال العامة).
- حقوق المستفيدين في مواجهة ملتزمي المرافق العامة .

[3] سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود ، مرجع سابق ،ص744.

[4] حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ،ص116.

في الإلغاء على عدم مشروعية العقد ذاته فان ما قرره قاضي الإلغاء في هذا الصّدد يلزم قاضي العقد ، ولا يسمح له بالقضاء بصحة العقد وخلوه من العيوب التي أثبتها قاضي الإلغاء[1].

هذا وقد اتبع القضاء الإداري منهجا عمليا مرنا يخدم صالح المتقاضين عند النظر للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري ، وهذا المنهج يتلخص في تمتعه بسلطة تقديرية في رفض أو قبول فصل القرارات الإدارية عن العملية التعاقدية وفقا لم يراه محققا للعدالة [2] .

المطلب الثاني: آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري.

تنتهي دعوى الإلغاء عادة إمّا بألاّ يستجيب القاضي الإداري لطلب المدعي الرّامي إلى إلغاء القرارعندما يتبين له أنه قرار سليم وغيرمعيب بأحد عيوب المشروعية، وكذا إذا تعلق الأمر باختصاص مقيد للإدارة . أو أن يستجيب لطلب الإلغاء عند معاينته لعيب من عيوب القرار الإداري ،ويكون للإلغاء حينها كمبدأ عام اثر رجعي، بما ينتج عن ذلك من محو النتائج المترتبة على القرار الإداري، كما يكون للحكم أثر مطلق في مواجهة الجميع بما في ذلك المدعي والإدارة المصدرة للقرار محل الإلغاء ،وكذا القاضي إذ على جميع الجهات القضائية احترام ذلك الأثر سواء كانت إدارية أو عادية.

إلاّ أن المسألة التي بقيت ع ــالقة في الوقت الحاضر تكمن في أثر الحكم الصادر بإلغ ــاء القرارات المنفصلة في العملية المركبة على العملية ككل، فهل يترتب على إلغاء القرار المنفصل الذي ساهم في تكوين العقد بطلان هذا الأخير؟ أم أن العقد يبقى قائما إلى أن يطلب أحد طرفيه بطلانه أمام قاضي العقد؟

إذ يرى البعض أنه رغم اختلاف الموضوع في دعوى الإلغاء عنه في الدعوى العقدية وما قد يحدث من اختلاف الخصوم في الدعويين، المفروض أن يلتزم قاضي العقد باحترام وأعمال حجية حكم الإلغاء ويعد ذلك من مظاهرالحجية المطلقة للأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء (الأحكام الصادرة بإلغاء القرار الإداري)، إلا أن هناك من يرى عكس ذلك ففي امتداد آثار حكم الإلغاء الخاص بالقرار المنفصل إلى العقد مساس بقواعد الاختصاص القضائي وإهدار للحقوق الشخصية المكتسبة عن العقد.

سنبحث في هذا المطلب من دراستنا موقف كل من الفقه والقضاء الإداري المقارن من المس ألة، وذلك بالتطرف إلى موقف الفقه في (فرع أول)، وموقف القضاء في (فرع ثان)،ونظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في النظام القضائي الجزائري في (فرع ثالث) نظرا لبعض المشاكل التي تكتنفها .

---

[1] د محمد السنا ري ،المرجع السابق،ص73.
[2] د عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص508.

الفرع الأول: موقف الفقه من آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري على هذا الأخير.

إنّ كان هناك إجماع بين فقهاء القانون الإداري في فرنسا ومصر على أن الأحكام الصادرة بسبب تجاوز السلطة أو غير ذلك من أسباب الإلغاء تتمتع بحجية الشيء المحكوم به [1]، شأنها في ذلك شأن سائر الأحكام القضائية، ولكنها تزيد عليها و تختلف عنها في كون هذه الحجية مطلقة و ليست نسبية، فالحكم ينتج أثره ليس فقط في حق المدعى بل في مواجهة الكافة – كما سبق ذكره– ويرجع ذلك إلى طبيعة قضاء الإلغاء كونه قضاء موضوعيا ، إلا أن هناك تباينا في موقف هؤلاء الفقهاء بشأن مسالة امتداد اثر حكم إلغاء القرار المنفصل عن العقد إلى هذا الأخير واعتباره باطلا بين مؤيد ومعارض.

أولا: الفقه المؤيد لامتداد اثر حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد الإداري.

حيث يرى الفقيه الفرنسي" Weil" أنه من الناحية العملية لا ينبغي أن يكون القانون عملا فقهيا بحتا مجردا من كل فاعلية، والقول بعدم امتداد أثر حكم الإلغاء في هذه الحالة يؤدي إلى تكرار إجراءات التقاضي أمام قاضي الإلغاء ثم أمام قاضي العقد.

ومن الناحية النظرية فإنه مما يتعارض مع المنطق انهيار ركن من أركان عملية قانونية وتظل العملية رغم ذلك قائمة، وإذا كان المشرع قد استلزم إتباع سلسلة من الإجراءات الإدارية في سبيل إتمام العقد الإداري فإنما يقصد بذلك سلامة العقد وشرعيته.

فكيف يقبل مع كل هذا الإبقاء على العقد بعد ثبوت عدم مشروعية ما أحيط به من قرارات ؟ وإذا كان قبول الطعن بالإلغاء على القرارات القابلة للانفصال يمثل خطوة محمودة تتفق والتحليل المنطقي للعملية العقدية فينبغي أن يتبع ذلك إعمال النتائج المنطقية للحكم بإلغاء تلك القرارات [2] .

ويرى الفقيه" Krassilchik" أن عدم ترتيب أي أثر عل ى إلغاء القرار المنفصل على العقد الذي أسهم في تكوينه، يتضمن مخالفة صارخة لحجية الأمر المقضي فيه ويتساءل قائلا: « كيف يتسنى الإبقاء على العقد مع ما يتضمنه من عدم المشروعية ومع أن احد العناصر التي قام عليها أصبح معدوما بمقتضى حكم الإلغاء ؟[3] » .

---

[1] تختلف حجية الأمر المقضي عن قوة الأمر المقضي فيه في أن حجية الأمر المقضي معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم و بالنسبة إلى ذات الحق محلا و سببا، أما قوة الأمر المقضي فيه فهي المرتبة التي يصل إليها الحكم إذا ما أصبح نهائيا و غير قابل للطعن فيه يأتي طريق من طرق الطعن الاعتيادية، وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادي.

[2] Prosper, WEIL : **les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir**, thèse. Paris 1952.p 205.

La question des conséquences de l'annulation de l'acte détachable, d'une importance pratique aussi certaine que n'est douteux son intérêt juridique….

René, CHAPUS, Op.Cit ,p551.

[3] KRASSILCHIK,M **:La notion d'acte détachable droit administratif Français**, Thèse Paris ,1964.p190.

كما يؤيد معظم الفقهاء المصريون قاعدة امتداد أثر حكم الإلغاء خاصة المتعلق بالقرارات الصادرة في مرحلة الإبرام، حيث يرى الدكتور"سليمان الطماوي "أن القرار المنفصل الذي يحكم بإلغائه هو مرحلة من مراحل العملية المركبة يترتب على سلامته سلامة العملية كلّها، وبالتالي فان إبطال القرارات المنفصلة يؤدي إلى إبطـــال ما يترتب عليها ،حيث يبطل ما بني على باطل بالتبعية فلا يعق ل أن يهدم الأساس الذي قام عليه العقد الإداري ويظل هذا العقد سليما، إضافة إلى أن ذلك الإبطال هو نتيجة منطقية لكون الحكم بالإلغاء حجة على الكافة .

وقد استطرد الفقيه قوله هذا « أن للحكم بإلغاء القرار المنفصل فوائده في جميع الحالات حتى ولو لم يؤد إلى إلغاء العملية المركبة ، فهو سبب للحكم بالتعويض إذا ما ترتب على هذا القرار ضرر وقد يستند عليه أطراف العقد لطلب التحرر منه ، كما أن الأحكام بالإلغاء هي بمثابة توجيه للإدارة أو تنبيه لها بان تصرفها معيب. » [1]

ويذهب الأستاذ "حسين درويش" إلى أنه « يجب أن يترتب على إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة إلغاء العقد حتى لا يبقى العقد قائما على تصرف باطل ومخالف للقانون، ذلك أن إبرام العقد لا يجعل الإدارة بمنجاة من تنفيذ القانون ووجوب أن تصدر قراراتها مطابقة له، هذا فضلا عن أنه يتجافى مع المنطق وإلاّ لما كان هناك داع لقبول دعوى الإلغاء فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة مادام أن الإلغاء سوف لا يترتب عليه ، ولن يترتب عليه إلاّ أن يحصل المحكوم لصالحه على تعويض من جهة الإدارة ، هذا إذا لاحظنا أن دعوى التعويض يمكن أن ترفع ابتداء وبصفة أصلية . [2] »

ثانيا: الفقه المعارض لامتداد أثـــر حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد الإداري.

يعارض الفقيه الفرنسي" Rivero" امتداد أثر حكم إلغاء القرار المنفصل إلى العقد الإداري ويقول في هذا الإطار :« يجب ألا يكون لإلغاء القرار المنفصل أي أثر على العقد ذاته ،حيث يبقى العقد قائما إلى أن يتم إلغاؤه من طرف قاضي العقد بناء على طلب أحد طرفيه، وأن القول بغير هذا من شأنه زعزعة استقرار المعاملا ت وإهدار قواعد الاختصاص القضائي من اعتداء قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد [3] ».

و يظهر أن المسألة شديدة التعقيد إذ كيف يمكن لنا أن نحكم أن القرار منفصل عن العقد أول الأمر، وبعد ذلك نصله به لإعطاء الأثر الكامل لإلغاء القرار موضوع النزاع ؟

---

[1] سليمان الطماوي : **النظرية العامة للقرارات الإدارية**(دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي 1984،ص392 .

[2] حسين درويش عبد العال : **النظرية العامة في العقود الإدارية**، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى 1957،ص204.

[3] Jean , RIVERO : **Droit administratif**, DALLOZ,1983 p31.

ولعلّ هذا ما دفع البعض إلى القول : « إن كان إلغاء القرار المنفصل عن العقد لا يؤدي بذاته إلى إبطال العقد إلا أنه ليس معنى ذلك أن يصبح حكم الإلغاء لغوا ، فممّا لاشك فيه أن هناك نتائج إيجابية تترتب على حكم الإلغاء هو أنه للإدارة أن تصحح الوضع القانوني بإجراء لاحق ، ويمكن لأحد أطراف العقد المطالبة بإنهائه استنادا إلى الأثر المطلق لحكم الإلغاء، أمّا إذا تمسك الطرفان ببقاء العقد فسيكون أثر هذا الحكم انه أعلن حكم القانون في الرقابة على قرارات الإدارة ، ويلاحظ أن هذا الأمر يكون عادة محل تقدير المحكمة المدنية والإدارية، ولقاضي العقد أن يقرّر إلغاءه بعد طلب أطراف العقد ذلك.

حيث يقوم قاضي العقد بتقدير مدى القرار الملغى على العملية العقديـــة ومدى تأثير الحكم بإلغاء العقد على الحقوق المكتسبة :

- فقد يكون سبب إلغاء القرار راجعا إلى عيب في ذات القرار، فالقاضي لا يملك تصحيحه ولكنه يبحث أثر بطلان القرار على صحة العقد ذاته ، فإذا كان القرار المطلوب إلغاءه قد رتّب حقا مكتسبا لأحد المتعاقدين ، فإن هذا الحق المكتسب يحول دون إلغاء العقد في مجموعه .
- أمّا إذا كان إلغاء القرار مستندا إلى عدم مشروعية العقد نفسه أو عدم صحة بعض شروطه فحكم الإلغاء يؤدي في هذه الحالة إلى بطلان العقد.[1] »

الفرع الثاني: موقف القضاء من آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل على العقد الإداري.

إن كانت غالبية أحكام القضاء الفرنسي والقضاء المصري قد استقرت على أن الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد لا يترتب عليه بطلان العقد بل يظل هذا الأخير ومنتجا لآثاره حتى ترفع المنازعة بشأنه أمام قاضي العقد، نجد في مقابل ذلك بعض الأحكام التي قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي بأن إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد يترتب عليه مباشرة إلغاء العقد، سنعرض في ما يلي لمختلف هذه الأحكام .

أولا: الأحكام التي تقضي بان إلغاء القرار المنفصل لا يترتب عليه مباشرة إلغاء العقد الإداري.

ونورد في هذا الصّدد بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري :

1- من أحكام القضاء الفرنسي :

أوّل حكـــم في هذه المسألة هو الحكم الصادر بتاريخ 04 اوت1905 في قضية " Martin "- السابق عرضها-حيث أوضح مفوض الحكومة [1] " Romieu" في تقرير له حول القضية عدم تأثر العقد بإلغاء القرار المنفصل بل يظل العقد ساريا حتى يطلب إبطاله من قاضي العقد .

[1] عبد الحميد حشيش ، المرجع السابق ، ص ص 521، 522.

إذ يقول– في هذا الصّدد– مخاطبا مستشاري المجلس: « إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة قيمة نظرية فالإدارة تستطيعان تصحيح الوضع بإجراء لاحق ،و قد يبقى العقد برغم الإلغاء قائما إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين بطلب فسخه، ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد في نفوسكم فانتم تعلمون تماما أن دعوى الإلغاء في بعض الأحيان لا تؤدي إلاّ إلى نتائج نظرية، فليس على القاضي إلاّ أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أن يلغى دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية، فإذا صحّحت الإدارة الوضع بإجراء لاح ق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمهم ،أمّا إذا صمّم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائما أثر هام يتركز في أنه أعلن حكم القانون ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة وأنه قد أثار الرأي العام، يمتنع في المستقبل من العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ومستلزمات الديمقراطية... » [2].

وقد أكّد مجلس الدولة الفرنسي هذا الموقف ، وذلك من خلال رأي أبداه قسم التقرير والدراسات التابع له " Section du Rapport et des Etudes"بصدد ردّه على مذكرة توضيحية طرحها أحد الوزراء كان هذا الرأي كما يلي: « أنه وطبقا للاجتهاد القضائي المستقر منذ زمن أن الحكم بالإلغاء الصادر ع ن قاضي الإلغاء بشأن قرار قابل للانفصال عن العقد ليس له أي أثر مباشر عل ى هذا العقد و يبقى هذا الأخير شريعة المتعاقدين ينبغي أن يستمر تنفيذه لمصلحة المرفق العام وأن الحق في التعويض محفوظ للطاعن .[3] »

وحسب قرار صادر ع ن نفس المجلس فإنه للإدارة كنتيجة لإلغاء القرار القاب ل للانفصال أن **تقــدّر** " il appartient cependant à l'administration **d'apprécier** " متابعة تنفيذ العقد إلى نهايته أو تقوم بفسخه ، فالأمر على ما يبدو سلطة تقديرية للإدارة، وإن كان بعض الفقهاء يرى في فكرة السلطة

---

[1] « يلاحظ أن تعبير مفوض الحكومة في فرنسا " Commissaire du gouvernement" يعادل في مصر تعبير " مفوض الدولة . وقد اخذ المشرع المصري بنظام مفوضي الحكومة حيث يرجع لهم فضل صياغة المبادئ الهامة في القانون الإداري التي عرضوها في تقاريرهم عن القضايا المعروضة على مجلس الدولة . وفي هذا الشأن يقوم المفوض في تقريره ببيان وجهة نظره في القضية المعروضة ، وكان ولا يزال مجلس الدولة الفرنسي يأخذ غالبا بما يراه المفوض نظرا لقوة التأصيل القانوني الذي تتميز غالبا تقارير المفوضين » .
د. محمد رفعت عبد الوهاب : **القضاء الإداري**، دار الجامعة الجديدة 2007 ،ص41.

[2] " Nous ne nous dissimulerons pas que l'annulation pour excès de pouvoir n'aura parfois **caractère platonique**…….Cette annulation n'aura et ne pourra avoir par elle-même aucun effet direct sur le contrat auquel le juge de l'excès de pouvoir ne peut toucher ".
CE 04aout1905, affaire Martin,.concl .Romieu. , RDP1906.

[3] Extrait du rapp.public1989, EDCE,n°41p127etS,reproduit en annexe dansB.Pacteau**," quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ?** " CJEG1991 ,p122.

التقديرية هته تحديد من نطاق مبدأ المشروعية فإن البعض الآخر يرى فيها موازنة لمبدأ المشروعية من شأنه زيادة فعالية العمل الإداري بما يحقق الصالح العام في النهاية.

وفي ردّه على استفسار حو ل النتائج المترتبة عن الإلغاء أجاب قسم التقرير والدراسات التابع لمجلس الدولة الفرنسي « ... ومع ذلك فإن مبدأ المشروعية الذي يحكم العمل الإداري **قد يقود** الإدارة إلى اللجوء إلى قاضي العقد لتطلب منه الحكم بإبطاله أو تقوم هي نفسها بفسخه »[1].

أي أن تكريس مبدأ المشروعية المتمثل في تمديد أثر الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري إلى هذا الأخير يتوقف على مبادرة من الإدارة – ولا يكون بشكل تلقائي – ولا يوجد ما يلزمها القيام بهذه المبادرة إن لم ترغب هي في ذلك.

هكذا ظل مجلس الدولة الفرنسي يرفض تأثر العقد بحكم الإلغاء الخاص بالقرار المنفصل عن هذا العقد مؤكدا حرصـــه على المحافظة على الرابطة التعاقدية، بغض النظر عن الاعتبارات الأخرى كمبدأ المشروعية حيث أكّد « أن إلغاء القرار القابل للانفصال لا يؤدي حتما إلى بطلان العقد ويعود لقاضي التنفيذ المختص بناء على طلب الغير أن يلزم أحد المتعاقدين باللجوء إلى القاضي المختص للحصول على حكم ببطلان العقد مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة القرار الملغى وسبب إلغائه، على أن لا يؤدي الحكم ببطلان العقد إلى المساس البليغ بالمصلحة العامة. »

« L'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat. Il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général. »[2]

وقد اشترط مجلس الدولة على الإدارة في حالة اختيارها متابعة تنفيذ العقد رغم صدور حكم يقضي بإلغاء القرار المنفصل إصدار قرار جديد يحل محل القرار الملغ ى ، وأن تحرص على أن يخلو هذا الأخير من العيوب التي أدت إلى إلغاء القرار الأول[3].

---

[1] CE 1er octobre 1997, Avril lier, L. RICHER : **Conseil d'Etat réponse à une demande d'éclaircissement**, 3 décembre 1997, AJDA, février 1998.

[2] Jean –David DREYFUS : **" Le juge de l'exécution et les considérations d'intérêt général Imposant le maintien contractuel**", note sur CE 10déc2003, AJDA 23 fév2004. CE 19 décembre2007, syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du confolentais »req n°291487.

[3] François , BOURRACHOT :" **La régulation possible à titre exceptionnel d'un acte détachable annulé**," AJDA,04oct 2004.

2-من أحكام القضاء المصري :

فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري بعد أن أقرّت قبول الطعن على القرارات الإدارية القابلة للانفصال« ومن حيث أنه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في هذه الحالة غير مجد مادام لا ينتهي إلى العقد ذاته وذلك لان مناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن يكون محلا للطعن بالإلغاء أم لا؟... » [1].

وفي أحد الأحكام الصادرة عنها صرحت نفس المحكمة : « إذا صحّ أن إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار، إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه... » ، وتعترف المحكمة على أن الأمر يجافي المنطق بقولها: « ...على أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار بإرساء مناقصة ثم يظل الإجراء المترتب عليه (وهو إبرام العقد) قائما ، على أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في أنه بناء على حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل على تعويض من جهة الإدارة[2] » .

يستشف من الأحكام السابقة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة القضاء الإداري المصري أنه لا يترتب على إلغاء القرار المنفصل على العقد بطلان العقد مباشرة، بل لابد من أن يرفع أحد أطرافه دعوى بذلك أمام قاضي العقد.

ثانيا: الأحكام التي تقضي بأن إلغاء القرار المنفصل يترتب عليه مباشرة إلغاء العقد.

(من أحكام القضاء الفرنسي)

سنقتصر هنا على عرض بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي دون المصري لأن هذا الأخير اتخذ موقفا واحدا من مسألة امتداد أثر إلغاء القرار المنفصل إلى العقد و هو أن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى شل آثار العقد، بينما نلحظ تردد القضاء الفرنسي وتذبذب موقفه حول المسألة – وإن كان يتجه عموما نحو عدم تأثر العقد بالحكم الصادر بالإلغاء في القرار المنفصل عنه–وبعد عرضنا للأحكام التي تقضي بعدم امتداد أثر الإلغاء إلى العقد وبقاء هذا الأخير قائما، نعرض فيما يل ي لأحكام أخرى صادرة عن نفس المجلس تقضي بخلاف ذلك أي أن إلغاء القرار المنفصل يؤدي إلى إلغاء العقد أو بالأحرى بطلانه .

من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، حكم ه بتاريخ 01 مارس 1946 في قضية "Société d'Energie industrielle" والتي تتلخص وقائعها في أن القضاء العادي أحال على القضاء

[1] - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 25نوفمبر 1947-منشور في مجموعة أحكام المجلس – السنة الثانية –ص104.
- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 08 يناير 1956 المجموعة- السنة العاشرة ص135.
[2] د . مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص ص30 ،31 .

الإداري تفسير كراسة الشروط المتعلقة بعقد الالتزام ،وكان قد سبق أن صدر حكـــم من القضاء الإداري بإلغاء قرار التصديق على عقد الالتزام لصدوره من غير الجهة المختصة ، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن طلب تفسير العق د غير ذي موضوع استنادا إلى أن عقد الالتزام لا يكتمل إلا بتصديق صحيح ،وبذلك يكون مجلس الدولة قد اعتبر أن إلغاء القرار المنفصل يؤدي نفسه إلى فصم الرابطة العقدية دون الحاجة إلى استصدار حكم بذلك من قاضي العقد[1].

ومـــن أحكام مجلس الدولـــة الفرنسي كذلك نجد حكمـــه الصادر بتاريخ07 جويلية1982 في قضية "Commune de Guidel"، حيث قضى بان القرار الصادر باختيار احد المقاولين لبناء مدرسة دون الالتزام باتخاذ إجراءات الممارسة بيـــنه وبين من لهم حق الاشتراك فيها يؤدي إلى بطلان القرار الصادر في هذا الشأن وبالتالي بطلان العقد الذي تم إبرامه مع المقاول بناء على القرار المذكور [2] ،كما أشار مجلس الدولة الفرنسي أنه يتعين على الإدارة تمديد آثار الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد إذا ما طلب منها الطاعن ذلك ، ويكون لهذا الأخير الطعن في رفضها الاستجابة لطلبه [3].

ومن الأحكام الحديثة له حكمه الصادر بتاريخ 01 اكتوبر1993في قضية" Soc.Le Yacht-club international de Bormes- les Mimosas"[4]،حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا ما تم اللجو ء إلى قاضي العقد بعد الحكم بإلغاء قرار قابل للانفصال صادر عن قاضي الإلغاء ،فإنه يتعين عليه الحكم ببطلان العقد وتطبيق حجية الشيء المقضي فيه لحكم الإلغاء .

ومن جهة أخرى فإنه يعود لقاضي العقد وحده وبناء على طلب أحد أصحاب الامتياز إقرار مسؤولية الدولة مانحة الامتياز عن الإخلال بشروط العقد وأن اعتبار العقد باطلا نتيج ة لإلغاء القرار القابـل للانفصال لا يرتّب أية مسؤولية على عاتق الدولة [5] ،كما أوضح نفس الحكم أن إلغاء القرار القاب ل للانفصال لا يمكنه أن يؤدي إلى بطلان العقد إلا بالرجوع إلى السبب المبرر للإلغاء حتى يمكن أن نقدر ما إذا العقد باطلا أم لا حيث نكون أمام فرضين حسب الأستاذ "Marcel .Pochard".

<u>الفرض الأول:</u> يتجسد في الحالة التي يتم فيها إلغاء القرار المنفصل استنادا إلى عدم مشروعية الشروط التعاقدية، هنا ينتج عن هذا الإلغاء بطلان العقد.

---

[1] CE 01mars 1946, Société d'Energie industrielle-Rec , p66.
[2] CE 07 juill. 1982, Commune de Guidel, RDP1983 ,p1439
[3] CE 17 février 1992, Madame Courtet c/ Cne de Guidel, DA 1992, n° 276.
[4] POCHARD ,M,concl sur CE 01 oct.1993, Soc.Le Yacht-Club international de Bormes- les Mimosas , AJDA1993 ,p180,
[5] René, CHAPUS, Op.Cit, p552.

الفرض الثاني: ويظهر هذا الفرض في الحالة التي يتم فيها إلغاء القرار المنفصل استنادا إلى عيب شان القرار نفسه، هنا نرجع إلى درجة الارتباط بين العقد والقرار،فإذا كان هذا الارتباط وثيقا كان العقد باطلا ومثال ذلك قرار التوقيع على العقد .[1]

والملاحظ في"Soc.Le Yacht-club" أنه قد تم إلغاء قرار الدولة المتعلق بمنح الامتياز على المنشأة واستغلال ميناء الترفيه، إلغاء هذا القرار كان سببه تعارضه مع القواعد العامة المتعلقة بتنظيم المدن ،وبالتالي فما من شك أن إلغاء هذا القرار يؤدي إلى بطلان عقد الامتياز.

وفي رأي صادر عنه بتاريخ 19 ديسمبر1995 اعتبر فيه مجلس الدولـــة الفرنسي أنه يتعيـــن على الإدارة اللجوء إلى قاضي العقد لإبطال هذا الأخير، وأن رفضها القيام بذلك يشكل قرارا منفصلا يقبل بدوره الطعن عليه بالإلغاء[2].

نخلص في الأخير إلى أن امتداد أثر الحكم القاضي ببطلان القرار المنفصل عن العقد إلى هذا الأخير يبقى أمرا محتملا، ويظل في كل الأحوال معلقا على إرادة الأطراف المتعاقدة في اللجوء إلى قاضي العقد، مما قد يمس بالحجية المطلقة للأحكام الصادرة في دعاوى الإلغاء (الأحكام الصادرة بإلغاء القرار الإداري) ، فقد يبقى إلغاء القرار المنفصل نظريا خاصة إذا ما تم طلب الإلغاء من جانب الغير،و يرى البعض أنه ليس للحكم بالإلغاء الصادر في القرار المنفصل عن العقد أي أثر على هذا الأخير و للإدارة أن تتمسك به (العقد) مادام يحقق مصالحها [3]، وأن احتمال تأثر العقد بهذا الحكم يتطلب تدخل كل من قاضي الإلغاء وقاضي العقد[4] .

ثالثا: اعتماد القاضي الفرنسي على النصوص التشريعية الخاصة بضمان تنفيذ الأحكام الإدارية لإعطاء الأثر الكامل للحكم الخاص بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري.

لقد سمح قانون 16 جويلية 1980 لمجلس الدولة الفرنسي الحكم بغرامة تهديديه في حالة عدم تنفيذ الإدارة لقرار صادر ع ن هيئة قضاء إداري ،وأعقبه كذلك بالقانو ن رقم95- 125 المؤرخ في 08 فيفري 1995الذي وسع من سلطات القاضي حيث سمح له بإصدار أوامر للإدارة ، ومنح للمحاكم الإدارية والمجالس القضائية سلطة الحكم بغرامة تهديديـــة.

---

[1] وفي حالات أخرى ارتأى مجلس الدولة الأخذ بمدى جسامة العيب الذي يلحق القرار المنفصل ، ويكون كذلك إذا ما تعلق بعيب عدم الاختصاص أو بعيب الانحراف بالسلطة مما يؤدي إلى القول بعدم مشروعية القرار، ومن ثم الحكم بإلغائه والحكم ببطلان العقد الذي دخل في تكوينه القرار تبعا لذلك ، أما إذا تعلق العيب الذي يلحق القرار المنفصل بالإجراءات فان الأمر لا يقتضي بطلان العقد .

CE, sect ;.03 déc1997,Rapports et Etudes , Réponse à une demande d'éclaircissement, ,AJDA1998p169, note Laurent Richer.

- Marie –Caroline Vincent, LEGOUX :"**Quand L'annulation de l'acte détachable demeure platonique ?**,AJDA , 15 sept2003,p1615.

[2] Avis CE 19 déc1995,Rapp .public du CE ,EDCE 1995.432.

[3] د عادل الطبطبائي، المرجع السابق ،ص20.

[4] Laure, MARCUS et Alix PERRIN : "**Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux**", Revue Jurisclasseur Droit administratif ; janvier2006,p5.

هذه السلطات الجديدة يمكن استعمالها في مجال القضاء الكامل وقضاء الإلغاء على حدّ سواء ويعد هذا الأمر مهما بالنسبة لقاضي الإلغاء على وجه الخصوص، حيث لم يعد دوره قاصرا على الحكم بمشروعية أو عدم مشروعية القرار بل يمكنه فضلا عن ذلك إعطاء الأثر الكامل لحكم الإلغاء،بأن يملي على الإدارة ما ينبغي أن تتخذه من إجراءات،إلا أنه يعاب على قانون 1995من جهة أخرى كون السلطات الممنوحة للقاضي تبقى قائمة على طلبات صريحة يقدمها الطاعن.

وتعدّ السلطات المعترف بها للقاضي الإداري في ظل قانون 1995هامة بالنسبة لتنفيذ الحكم بإلغاء القرار المنفصل و تمديد أثر هذا الحكم ليشمل الحكم ببطلان العقد الإداري تبعا لذلك واعتباره كأن لم يكن (زواله بأثر رجعي)، وهو ما يظهر بجلاء في قضية Lopez الشهيرة.

قضية" Lopez ":[1]

في1986باعت بلدية " Ville de Moulins للسيدة "Henrique" أمّ أحد موظفي البلدية شقة تابعة للدومين الخاص للبلدية، فقام الزوجان " Lopez" مستأجري هذه الشقة بالطعن في مداولة المجلس البلدي الذي رخص ببيع الشقة أمام المحكمة الإدارية بحجة أنهما كانا ينويان التقدم لشرائها.

وقد حصل الزوجان" Lopez" على حكم يقضي بإلغاء مداولة المجلس البلدي بسبب الانحراف في السلطة من طرف المحكمة الإدارية لـــ" Clermont-Ferrand في29 اكتوبر1987 إلاّ أن المحكمة لم تفصل في النتائج المترتبة عن إلغاء المداولة المتعلقة بالبيع، معتبرة أن المسألة تخرج من اختصاصها نظرا لأن العقد من عقود القانون الخاص .

لجأ الزوجان"Lopez" بعدها إلى القاضي المدني بدعوى بطلان عقد البيع ،إلاّ أن القاضي المدني اعتبر أن الزوجان ليسا من أطراف العقد بل من الغير ، وبالتالي فانه لا يجوز لهما طلب إبطال العقد ،لهذا حاول الزوجان الحصول على رخصة تسمح لهما بالإدعاء باسم البلدية للوصول إلى إبطال العقد.

لكن صدر قرار من مجلس الدولة بتاريخ 07 أكتوبر 1994ووضع حدّا لهذه المحاولة حيث أمر– وكقاضي تنفيذ– بلدية " Ville de Moulins" باللجوء إلى القاضي المدني لإبطال عقد البيع وذلك تحت غرامة تهديديه تقدر ب5000 فرنك فرنسي عن كل يوم تأخير،وقد خضعت البلدية لقرار مجلس الدولة هذا.

لقد تم في قضية "Lopez" تسليط الضوء على عدة مسائل قانونية تتعلق بـــ:

– أثر حكم إلغاء قرار منفصل على العملية العقدية حيث طلب القاضي الإداري من الإدارة (البلدية) تمديد أثر حكم إلغاء المداولة المتعلقة ببيع الشقة على عقد البيع، أي الحكم ببطلانه.

1. CE 07 oct1994 ,Epoux Lopez, req n°124244 .RFD adm1994.p1090.concl, Schwartz .note Pouyaud.
Selon ; M.Schwartz : «L'intervention du juge de l'astreinte permet de dépasser la coupure entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge du contrat ».

-حق غير المتعاقد في المطالبة بتنفيذ أحكام الإلغاء.

- الالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة من ضرورة اتخاذ الإجراءات المنوطة بها واللجوء إلى قاضي العقد للحصول على حكم ببطلان العقد وإعطاء الأثر الكامل لحكم الإلغاء، وذلك تحت طائلة النطق بغرامة تهديديه.

وتجدر الإشارة في هذه القضية أن قاضي العقد كان القاضي العادي لأن النزاع تعلق بعقد من عقود القانون الخاص وقد رفض الحكم ببطلان العقد رغم إلغاء القرار المنفصل عنه، ما يكشف لنا أن القاضي العادي وعلى خلاف القاضي الإداري لا يلتزم بمبدأ الحجية المطلقة التي يتمتع بها حكم الإلغاء.

الفرع الثالث: نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في النظام القضائي الجزائري.

على غرار نظيره الفرنسي عرف النظام القضائي الجزائري نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال وشهد عدة تطبيقات لها، نذكر من ذلك على سبيل المثال:

- حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 18 أفريل 1969 في قضية شركة اتحاد النقل والمشاركة حيث اعتبرت الغرفة الإدارية القرار الإداري المركب الصادر من السلطة الإدارية الوصائية والمتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز مرفق عام قرارا إداريا منفصلا، ومن ثم قبلت دعوى الإلغاء المرفوعة من الشركة.

- وكذا حكم الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 09 جويلية 1983 في قضية (ص.ط) ضد والي... الملف رقم 33139، حيث رفضت الغرفة الإدارية قبول دعوى الإلغاء المقدمة من طرف السيد (ص.ط) ضد قرار الوالي الصادر بتاريخ 20 ماي 1982 ،والقاضي بدفع إيجار المسكن الذي تحصل عليه السيد (ص.ط) بموجب عقد مبرم بينه وبين والي ولاية بتاريخ 30 جانفي 1976، ولكن الوالي أصدر قرارا برفع إيجار هذا المسكن... وقد رفضت الغرفة الإدارية قبول دعوى الإلغاء ضد قرار الوالي القاضي برفع قيمة إيجار السكن على أساس أن ذلك يدخل في نطاق الدعوى العقدية الأساسية والأصلية والتي تختص بها المحكمة العادية تطبيقا للاستثناءات الواردة في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية.

وهذا تطبيق واضح لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال عقود الإدارة حيث أن قرار الوالي هنا والقاضي برفع إيجار المسكن يعتبر قرارا إداريا متصلا وغير منفصل لأن هذا القرار مرتبط ارتباطا شديدا بعملية تنفيذ العقد، فالمحكمة العليا (الغرفة الإدارية) حسب الأستاذ "عمار عوابدي" قد

طبقت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة تطبيقا حقيقيا وصحيحا رغم أن قضاء هذه الغرفة لم يذكر ولم يشر صراحة إلى أحكام نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال.[1]

أولا: مشكلة القرار الإداري المنفصل أمام القضاء الجزائري.

إذا كان القضاء الفرنسي قد تجاوز مسألة الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل منذ أمد بعيد ، فإن القضاء الجزائري لا يزال إلى وقت قريب يتخبط في مشكلة الفصل بين القرار الإداري والعقد الإداري.

وفي هذا الإطار نعرض إلى قضية تعبر عن عمق هذه المشكلة وهي قضية (بنا د محجوب ضد بلدية "تسالة المرجة" ولاية البليدة) قرار المحكمة العليا الغرفة الإدارية المؤرخ في 31 مارس 1996 .

حيث تعود وقائع هذه القضية إلى أن السيد بنا د محجوب بموجب مقرر إداري صادر عن البلدية مؤرخ في 15 ماي 1990 استفاد من إيجار شقة من شقق البلدية ، وأن هذا المقرر تبعه إبرام عقد إيجار مؤرخ في 05 جوان 1990 محدد المدة وبقسط إيجار قدره 300 دج.

ثم بعد مدة من ذلك رفعت البلدية دعوى أمام مجلس قضاء البليدة الغرفة الإدارية لإبطال القرار المذكور متراجعة عن منح إيجار الشقة وقد تم إلغاء هذا القرار أمام مجلس قضاء البليدة.

وفي مقابل ذلك قام السيد بناد محجوب لاستئناف ذلك أمام المحكمة العليا في غرفتها الإدارية.

والشيء الملفت للانتباه هو " **مشكلة الفصل بين القرار الإداري والعقد الإداري** " هو ما صرّح به القرار الإداري تحت عنوان عن الوجه الأول المأخوذ من المادتين 07 و07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية حيث أنه في هذه الدعوى لم يطلب من المحكمة العليا فقط إبطال [2] المقرر رقم 19 المؤرخ في 15 ماي 1990 الذي أصدره المجلس البلدي المؤقت تسالة المصادق عليه من طرف رئيس الدائرة الذي يرخص بإيجار مسكن لفائدة السيد بناد محجوب ، ولكن كذلك عقد الإيجار المؤرخ في 05 جوان 1996 المحرر من طرف رئيس المجلس البلدي المؤقت المتعلق بهذا المسكن.

حيث أن المقرّر المؤرخ في 15 ماي 1990 يحدد بقرار إداري وعليه يخضع لاختصاص القاضي الإداري المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري (...حيث أن عقد الإيجار قد صدر تطبيقا للمقرر المذكور سلفا وله كسند قانوني المقرر المؤرخ في 15 ماي 1990 فهو مكمل بهذا القرار وفي هذه الحالة يخضع بالتالي لاختصاص القاضي الإداري).

فهل يعقل أن يخضع كلاهما لنظام قانوني واحد؟.

---

[1] د عمار عوايدي، المرجع السابق ،ص ص 464-466.

[2] للإشارة فان المشرع الجزائري يستعمل مصطلح "البطلان " للدلالة على "الطعن بالإلغاء "وهو ما يظهر بوضوح في نص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر بالأمر رقم 66-154المؤرخ في 08جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية،هذا وقد استعمل المشرع الجزائري مؤخرا مصطلح"الإلغاء"في القانون رقم 08- 09 الصادر في 25 فيفري 2008و المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،في المادة 801.

الملاحظات التي يمكن إبداؤها حول القضية:

– لقد دمج القاضي الإداري هنا عقد الإيجار بالقرار الإداري رغم انفصال مفهوم كل منهما ، حيث ادخل العقد والقرار في مفهوم واحد وهو مفهوم التصرف الإداري الانفرادي ، ولم يعط لعقد الإيجار أي معنى وقد أفرغه من محتواه الحقيقي ويظهر ذلك من خلال العبارة التالية :

(...حيث أن عقد الإيجار قد صرح به تطبيقا للمقرر المذكور...) هذه الصياغة توحي بأن عقد الإيجار يمنح للقرار الإداري الطابع التنفيذي، رغم أن الطابع التنفيذي للقرارات الإدارية في النظرية العامة وخاصة انطلاقا من مداولات المجلس الشعبي تأخذ من مصادقة السلطة الوصية وهي الوالي.

– بعد ما أكد القاضي الإداري عن دمج عقد الإيجار مع قرار الإيجار من حيث الموضوع ، إلا أنه ناقض نفسه أيضا ففصل بينهما انطلاقا من مجال المنازعات و أن تصريحه المذكور كان من باب حل إشكالية تنازع الاختصاص في عقد الإيجار بين المحكمة المادة 07 مكرر وبين المجلس القضائي الغرفة الإدارية المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية ، حيث أن المادة 07 مكرر تجعل من اختصاص المحاكم الفصل في المنازعات المتعلقة بالإيجارات المتعلقة بالسكنات .

ويصعب علينا من ناحية أخرى معرفة طبيعة عقد الإيجار المستخلص من تصريح القاضي الإداري، فهل هو عقد من عقود القانون العام أم عقد من عقود القانون الخاص، فمثل هذه التصرفات يصطلح عادة على تسميتها العقود الإدارية دون أن تكون لها هذه الصفة، ربما كانت كذلك لكون الإدارة طرفا فيها.

ثانيا: مشكلة اعتبار العقد الإداري بمثابة قرار إداري قابل للطعن فيه بالإلغاء .

اعتبر القضاء الإداري الجزائري أن بعض العقود الإدارية المنصبة على بيع العقارات أو التنازل عنها لصالح الخواص بمثابة قرارات إدارية انفرادية أو في حكم القرارات الإدارية، وهذا حسب قضاء المجلس الأعلى والمحكمة العليا ومعهما مجلس الدولة وعلى ذلك جاء قرار للمجلس الأعلى للغرفة الإدارية بتاريخ 04 جانفي 1989 قضية ديوان الترقية ضد (ب.م)[1] ما يلي:

حيث أن عقد التنازل المؤرخ في 31 مارس 1989 والمسجل في 22 افريل 1986 يشكل مقررا إداريا يخضع إبطاله لاختصاص المجلس الأعلى دون سواه وهذا تطبيقا للمادة 274 من قانون الإجراءات المدنية فعقود التنازل الصادرة عن أملاك الدولة لصالح الخواص هي عقود من نوع خاص، تقترب من مفهوم القرار الإداري الفردي أكثر من اقترابها من مفهوم العقد الإداري.

ويعلق الأستاذ "بن الشيخ اث ملويا "على هذا الموقف من جانب المجلس الأعلى بقوله: « حسنا فعل المجلس الأعلى عندما وصفها بالقرار الإداري، لان الإدارة هي التي تقوم بتحرير عقد التنازل وما

[1] المجلة القضائية، عدد 02 سنة 1991 ص 173 وما بعدها.

على المواطن إلا قبول دفع ثمن البيع ولا حق له في مناقشة البنود التي يحتويها العقد أعلاه ولا يمكن الحديث عن فرضية عقد الإذعان المنصوص عليها في القانون المدني لأن عقد التنازل فردي وليس موجها للجمهور » .[1]

وقد سارت المحكمة العليا (الغرفة الإدارية على المنوال نفسه في قرار لها بتاريخ 31 مارس 1996 (قضية ذوي حقوق ر.ع ضد والي ولاية الجزائر والمتعلقة بطلب إبطال عقد إداري صادر عن إدارة الأملاك الوطنية بلأن اعتبره-أي العقد- في حكم القرار الإداري واعتبرته بمثابة قرار إداري بقولها :"حيث أن المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية تنص على أن الطعن بالبطلان في القرارات الصادرة عن الولايات تودع أمام المجالس القضائية بالجزائر، وهران، قسنطينة، بشار، ورقلة، و أن الطعن الحالي بالبطلان المطعون به مباشرة أمام المحكمة العليا من قرار متخذ من إدارة محلية لم يرفع أمام الجهة القضائية المختصة وبتعين التصريح بعدم قبوله.

وفي قرار حديث لمجلس الدولة مؤرخ في 19 فيفري 2001 (قضية ورثة" سوالمية" ضد والي ولايـة قسنطينة ومن معه قضى بإبطال عقد الاستفادة المطعون فيه المؤرخ في 09 أكتوبر 1994.

وتتمثل وقائع القضية[2] فيما يلي:

- يملك ورثة سوالمية محمد قطعة ارض، انتقلت إليهم بواسطة الميراث عن طريق مورثهم، والذي اكتسبها بموجب عقد عرفي مسجل بتاريخ 15 جوان 1951 وأن الأرض ظلت في أيديهم منذ ذلك الوقت.

- بتاريخ 09 أكتوبر1994،أصدرت مديرية أملاك الدولة لولاية قسنطينة عقد إداريا يتضمن حق الانتفاع الدائم لفريق "حمدوش "على تلك الأرض.

-رفع ورثة "سوالمية "دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة بغية إبطال عقد الانتفاع أعلاه، التي أصدرت قرارا في 19 ديسمبر 1998 قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس.

-وبتاريخ 15 مارس 1999، استأنف فريق سوالمية القرار أعلاه أمام مجلس الدولة والذي استجاب لطلبهم المتمثل في إبطال العقد الإداري أعلاه.

الملاحظ في هذه القضية أن مجلس الدولة اعتبر الاستفادة لصالح فريق حمدوش بمثابة قرار إداري فهو عقد تنازل، وليست فيه مميزات العقد الإداري بالمفهوم الكلاسيكي، لأنه بمثابة تنازل عن ملكية عقارية لصالح الخواص.

ولا توجد مفاوضات مسبقة حول بنود العقد، « فهو تصرف بإرادة منفردة، أي قرار نقل ملكية عقارية وما على الطرف الأخر إلا دفع ثمن تلك الملكية دون مناقشة، حتى و إن أعطيت له تسمية عقد إداري

[1] حسين بن شيخ اث ملويا : **دروس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"** الطبعة الأولى، دار المعرفة، الجزائر 2006 ،ص 54.
[2] قرار غير منشور الغرفة الثالثة، فهرس 114.

فهو في الحقيقية قرار إداري، ولا يكون أمام طرفين متعاقدين بل أمام المواطن من جهة والإدارة من جهة أخرى » يقول الأستاذ "حسين بن الشيخ اث ملويا" .

ويضيف :« المواطن يقدم طلبا للاستفادة من قطعة ارض، والإدارة تصدر قرارا بالاستجابة إلى طلبه، مع فرض شروط من طرفها ومن بين تلك الشروط نجد دفع ثمن الأرض » ، ويؤيد في الأخير هذا الموقف من مجلس الدولة بقوله : « أصاب مجلس الدولة حين وصف عقد الاستفادة بأنه قرار إداري وبالتالي فإنه خاضع لدعوى تجاوز السلطة » [1].

مّما تقدّم يمكننا القول أنّه ما توافرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد، أو صحّته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها كلّها تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء إلاّ أن هذا المبدأ يحدّ من إطلاقه قيدان :

أوّلهما : يتعلق باقتصار أثار العقود على عاقديها .

فغير المتعاقد لا يجوز له أن يطعن بالإلغاء لأنه أجنبي ليس للعقد في مواجهته أية قوة إلزام .

القيد الثاني : يتعلق بالقرارات المنفصلة عن العقد إذ يجب التفريق بين العقد ذاته أو بمعنى أدق الرابطة التعاقدية، وبين القرارات الإدارية التي تمّ بناء عليها انعقاده أو التي ترافق انعقاده إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن عليها استقلالا في المواعيد والشروط العامة المقرّرة بالنسبة إلى الطعن بالإلغاء مثل ذلك قرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها بمقتضى سلطتها العامة في المرحلة التمهيدية من العملية التعاقدية حتى إبرام العقد .

أمّا ما يصدر من القرارات تنفيذا للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه فهذه كلّها تدخل في منطقة العقد، وتنشأ منه فهي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن على أساس ولاية القضاء الكامل.

كما أن إلغاء القرار المنفصل عن العقد لا يؤدي حتما إلى شلّ أثار العقد، وإن كان تنفيذه يعتبر أمرا متعارضا مع المنطق (حسب غالبية الفقهاء)، وإصرار الإدارة على قيام العقد يمكن أن يرتب تعويضا للغير دون إلغاء العقد الذي يتوقف على إرادة أطرافه في اللجوءالى قاضي العقد وتمديد أثر حكم الإلغاء الخاص بالقرار الإداري إلى العقد

وقد اقترح البعض فسح المجال لغير المتعاقدين لطلب إبطال العقد أمام قاضي العقد، وذلك بعد حصولهم على حكم بإلغاء القرار المنفصل من قاضي الإلغاء، أو الاكتفاء باللجوء إلى قاضي الإلغاء السماح له بترتيب كافة النتائج المبنية على إلغاء القرار بما في ذلك بطلان العقد نفسه.

[1] حسين بن الشيخ اث ملويا، المرجع السابق، ص ص 55،56.

الفصـــل الثـــاني: التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية.

(جواز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاتـــه).

رأينا فيما سبق أن القرارات الممهّدة للعقد الإداري بل وقرار إبرام العقد نفسه كل هذه القرارات تقبل الطعن بالإلغاء، بينما القرارات التي تصدر تنفيذا لبنود العقد لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء، وبقـــي التساؤل يدور حول مدى إمكانية فصل العقد نفسه عن العملية العقدية والطعن فيه بالإلغاء إذا كان هذا العقد ذاته مشوبا بعيب عدم المشروعية، كأن يكون موقّعا من سلطة غير مختصة، أو أن يتم إبرامه دون إتباع واحترام إجراءات التعاقد المنصوص عليها...

وقـــد ظلّ القضاء الإداري متمسكا بفكرة أن العقد الإداري نفسه لا يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء، لكن ما من تفسير مقنع لهذا الموقف القضائي من جانبه، حسب الأستاذ " Chapus"

« Est-ce dire qu'il n'y a pas d'explication à cet état du droit jurisprudentiel »[1].

إذ يكتفي مجلس الدولة الفرنسي غالبا بالقول بأن" العقد تصرف ثنائي" ناتج عن توافق إرادتين"، وأن التصرفات الثنائية ليست من طبيعة تجعلها صالحة للطعن عليها بالإلغاء "[2]،ويضطر في بعض الحالات إلى التذكير بالتباين الموجود بين العقود والقرارات الإدارية، من حيث كون هذه الأخيرة يمكن أن تكون محلا للطعن بالإلغاء لأنها تنشئ مراكز موضوعية وتحدث آثارا تجاه أشخاص لم تشارك في إنشائها ودون رضاهم، في حين أن العقود الإدارية تنشئ مراكز شخصية ذاتية تقتصر آثارها على الأطراف المتعاقدة إعمالا لمبدأ الأثر النسبي للعقد [3].

من خلال ما تم عرضه في الفصل الأول تبين لنا أنه ما من مانع حقيقي يحول دون إخضاع نشاط الإدارة مهما كان شكله لمبدأ المشروعية حتى ولو اتخذ هذا النشاط شكل العقد، و تعتبر دعوى الإلغاء الطريق القضائي الفعال في التزام الإدارة بمبدأ المشروعية[4] وقيام دولة القانون[5]، وبالتالي لا مانع من أن تنصب دعوى الإلغاء على عقد إداري طالما كان الهدف من وراء ذلك حماية مبدأ المشروعية وإلغاء العقد الإداري المخالف للقانون.

---

[1] René, CHAPUS:**Droit du contentieux administratif**,Montchrestien,coll.domat droit public,12éd ,2006, p240.

[2] CE 11juin1961,Barbaro,Lebon 28 ;CE,Sect ; 20janv 1978, Syndicat national de l'enseignement agricole technique, Lebon22 ;,concl.R Denoix de SaintMarc, AJDA1979,p37.
CE 14 mars 1997, Compagnie d'aménagement des côteaux de Gasscogne, ,note P.Delvolvé RFDA1997, p349.

[3] قاعدة الأثر النسبي تطبق على العقود الإدارية ، كما تطبق على العقود المدنية من حيث المبدأ ، حيث تبقى أثار العقد الإداري محصورة بين الإدارة ومتعاقدها ، ولا تتعدى إلى الغير إلا في استثناءات بسيطة كالتعاقد من الباطن، وحالة عقود التزام المرافق العامة .

[4] د. عبد الفتاح أبو الليل ، المرجع السابق ،ص44.

[5] جورج سعد :**دولة القانون (مفاهيم أولية)**،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان 2000،ص ص107-109.

فضلا عن ذلك فإن القول بأن العقود الإدارية تنشئ مراكز شخصية ذاتية تقتصر آثارها على الأطراف المتعاقدة قول نسبي، ذلك أن بعض العقود الإدارية يمكن أن تنتج آثارا بالنسبة للغير فترتب لهم حقوقا وتفرض عليهم التزامات[1]، ويحدث ذلك بصفة خاصة في عقود الامتياز والأشغال العامة[2]، لاتصال العقود الإدارية بالمرافق العامة وما تستهدفه من ضمان إشباع الحاجات العامة وتقديم خدمات للجمهور، فهل يملك الغير(المنتفع هنا) بخدمات المرفق العام في عقد الامتياز أوعقد الأشغال العامة أن يطعن في شروط العقد كونه متمتعا بحقوق يستمدها من النصوص الواردة في هذا العقد ؟

ولعلّ هذا ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إصدار قانون يبيح الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ، وصدور العديد من القرارات عن مجلس الدولة الفرنسي والتي قد تنم عن رغبته في التخلي عن موقفه الرافض لتوجيه دعوى الإلغاء إلى العقد ذاته ،أو على الأقل إعادة النظر فيه خاصة وأنه ثبت عنه إعادة النظر في العديد من النظريات التي كانت من ابتكاره ومن ذلك مثلا نظرية أعمال السيادة.

فالملاحظ لتطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي يجد تقلصا وانكماشا مستمرا لنطاق أعمال السيادة ، فقد استبعد المجلس من نطاقها القرارات والإجراءات التي تقوم بها الحكومة لتطبيق المعاهدات الدولية في نطاق الدولة الداخلي وأصبحت أعمالا إدارية عادية تخضع لرقابة القضاء الإداري ،ووصل الأمر إلى حدّ عدول مجلس الدولة الفرنسي عن قضائه السابق الذي كان يعتبر مرسوم إعلان الأحكام العرفية أو حـــالة الطوارئ من أعمال السيادة، وأصبح يرى في هذا المرسوم الصادر من رئيس الجمهورية عملا إداريا يخضع لرقابته إلغاء وتعويضا ، وهكذا قضى مجلس الدولة الفرنسي على إحدى طوائف الأعمال التي كانت تعتبر من قبيل أعمال السيادة وهي الأعمال أو التدابير المتصلة بالأمن الداخلي للدولة.[3]

إنّ الوضع الجديد المتمثل في قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري في حدّ ذاته من شأنه الإخلال بقواعد توزيع الاختصاص القضائي داخل القضاء الإداري (القائم على منح القضاء الكامل وحده اختصاص الفصل في منازعات العقود الإدارية).

الدّراسة هنا ستتركز على القانون الفرنسي بحكم أن القانونين المصري[4] والجزائري قد اكتفيا بقبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري.

---

[1] من أمثلة هذه الحقوق حق الغير في أن تبرم الإدارة العقود الإدارية وفقا لأحكام القانون، وحق الغير في التمسك ببعض النصوص التي وردت في العقد لصالحه ومن تلك الالتزامات منح المتعاقد الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العمة في مواجهة الغير....
للمزيد من التفاصيل انظر : د. سليمان الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ،ص ص 740-747.
د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت ، المرجع السابق ،ص ص267 -272.

[2] عقد الامتياز وعقد الأشغال العامة يعتبران دائما ووفقا لطبيعتها الذاتية عقودا إدارية وهما يدخلان في اختصاص القضاء الإداري سواء نص المشرع على ذلك أم لا.

[3] د .محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص ص 253،254.

[4] هناك حكم فريد كان قد صدر من محكمة القضاء الإداري منذ زمن بعيد (حكم صادر في 8 مارس 1954)، قبلت فيه محكمة القضاء الإداري طعنا مقدّما أمام دائرة الإلغاء الخماسية بفسخ أحد العقود ، و استندت في قبولها لمثل هذه الدّعوى إلى القول بأنّ هذه الدّعوى لا تعدو في حقيقتها أن تكون دعوى إلغاء ضد العقد ، أيّا كانت صياغة طلبات المدعي.

وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في (المبحـــث الأول) مظاهر التوج ه نحو قبول الطعن الإلغاء في العقود الإدارية)، وفي (المبحـــث الثاني) أثر التوج ه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية على قواعد الاختصاص القضائي.

المبحث الأول: مظاهر التوجه نحو قبول الطعن الإلغاء في العقود الإدارية.

بعد أن أثبتت نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية قصورها عن تحقيق النتائج التي يتوخاها غير المتعاقدين في الحكم بإلغاء العقد الإداري الذي أسهمت في وجوده وبأثر رجعي.

أحدث المشرع الفرنسي ثورة في مجال منازعات العقود الإدارية عام 1982، إذ أجاز ولأول مرة الطعن بالإلغاء ضدّ بعض العقود الإدارية مسقطا الحاجز النفسي الذي لا طالما منع مجلس الدولة الفرنسي من قبوله مثل هذا الطعن[1] .

وقد كان لهذا الاتجاه التشريعي أثره على مجلس الدولة الفرنسي حيث استجاب له وطبق بنوده في بعض الأحكام الصادرة عنه، كما حفزه على ابتكار قواعد جديدة في الموضوع قد تكون من بوادر قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية مستقبلا، وعلى ذلك نتناول مظاهر التحول نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقد ذاته من خلال النصوص القانونية الصادرة عن المشرع الفرنسي في(مطلب أول)، يليها الأحكام القضائية لمجلس الدولة الفرنسي في(مطلب ثـــان).

المطلب الأول: إمكانية الطعن بالإلغاء في العقد ذاته بمقتضى نصوص تشريعية في فرنسا.

(قانون 02 مارس 1982 الخاص بطعن المحافظ Le Déféré préfectoral)

بتاريخ 02 مارس 1982 صدر في فرنسا القانون رقم 213 لسنة 1982 المعدل بالقانون رقم 623 لسنة 1982 المؤرخ في 22 جويلية 1982و المتعلق بحقوق وحريات الجماعات المحلية.

حيث ألغى هذا القانون نظام الرقابة الوصائية على قرارات وعقود الجماعات المحلية وأحلّ محلها نظا م الرقابة القضائية على هذه القرارات وتلك العقود.[2]

---

[1] د.حمدي حسن الحلفاوى ، المرجع السابق ،ص278.

[2] فقد خضعت عقود الجماعات العامة المحلية قبل صدور قانون اللامركزية إلى رقابة السلطة الوصائية " l'autorité de tutelle " بالتصديق"l'approbation" على المداولة المقررة لإبرام العقد مع مرشح معين من جهة ،وعلى العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ من جهة أخرى، وقد كان مجال اختصاص سلطة الوصاية متمثلا في إلغاء مداولات المجالس البلدية أو العامة أو الإقليمية المشوبة بعدم المشروعية والتي أدت إلى تقرير إبرام العقود ، ولكن سلطة الإلغاء هذه ما كان يمكن أن تمارس ضد العقد ذ اته، ولا ضد µ قرار عضو التنفيذ بالتوقيع على العقد وإنما تنحصر

وقد ترتب على صدور هذا القانون حدوث تطور هامّ يتعلق بإمكانية الطعن بالإلغاء في مجال عقود الإدارة، حيث أجاز القانو ن لممثل الدولة (المحافظ) الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية ضدّ القرارات المنفصلة عن العقود التي تبرمها الجماعات المحلية ، كما أجاز له أيضا الطعن بالإلغاء ضد العقود نفسها التي تبرمها هذه الهيئات .[1]

ويكمن الدافع وراء ابتداع المشرع الفرنسي هذا النظام القانوني الفريد على حدّ تعبير المجلس الدستوري الفرنسي– في الرغبة في إيجاد توازن بين استقلال الجماعات المحلية وتأمين إدارتها الحرّة – كمبدأ دستوري– من جهة واحترام المشروعية عن طريق دور ممثل الدولة الذي يكلف دستوريا بالسهر على احترام القانون من جهة أخرى[2] .

سنحاول من خلال هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية لطعن المحافظ في (الفرع الأول)، مجال تطبيقه في (الفرع الثاني)، و مكانته في القانون الفرنسي في الوقت الحالي وذلك في (الفرع الثالث).

الفرع الأول:الطبيعة القانونية لطعن المحافظ.

يعني مصطلح « déféré » في اللغة الفرنسية الإحالة على القضاء أما مصطلح « recours contentieux » فيعني الدعوى الإدارية، وقد يبدو أن المصطلحين بمعنى واحد من الناحية اللغوية. لكن من الناحية القانونية تختلف الإحالة عن الدعوى في كون هذه الأخيرة يشترط لقبولها عدة شروط تسمح للقاضي الإداري وتلزمه في نفس الوقت بالفصل في موضوع الخلاف أو النزاع القائم بين الطرفين[3] ، ففضلا عن ضرورة مراعاة قواعد الاختصاص القضائي، يجب توافر شروط أخرى في رافع الدعوى كالصفة والمصلحة .

وهي تختلف عن الشروط الواجب توافرها في المحافظ عند الإحالة التي يقوم بها أمام المحكمة الإدارية، والتي يغدو المحافظ فيها مجرد وسيط لتنفيذ رقابة مشروعية تصرفات الجماعات المحلية، بحيث يقدر مشروعيتها ويحوّلها إلى المحكمة الإدارية المختصة إذا وجد ثمّة وجه للامشروعية

سلطتها عندئذ في قبول أو رفض تصديق العقد بعد توقيعه من عضو التنفيذ، كما تتمتع السلطة الوصائية بسلطة تقديرية في إطار منح التصديق على المداولة أو العقد ذاته . للمزيد من التفاصيل انظر :

Laurent , RICHER :**La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif**, RDP 1979, p971.

[1] ه ذا و نشير إلى أنه قد صدر قانون آخر يعدل القانون82-213 ويلغي بعض الأحكام الخاصة بطعن المحافظ ،وهو القانون 96-142 المؤرخ في 21 فيفري 1996،لكن القانون العام للمجموعات المحلية الإقليمية عاود النص عليها .

L'article L.2131-2pour les communes , les articles L. 3131-2-4 pour les départements et L. 4141-2 pour les régions du code général des collectivités territoriales.

[2] د .مهند مختار ، المرجع السابق، ص354.

[3] رشيد خلوفي ،المرجع السابق ، ص1.

يشوبها، وذلك في سبيل ترتيب جزاء اللامشروعية عليها المتمثل بالإلغاء، أي أن دوره لا يتعدى مجرد إخبار و إعلام قاضي المشروعية بوجود وجه للامشروعية في هذه التصرفات سواء أكانت قرارات أم عقودا .

والملاحظ أن المشرع الفرنسي في 1982 لم يستعمل مصطلح « déféré » في بادئ الأمر بل استعمل مصطلح « recours » أمّـا مصطلح « déféré » فقد ورد في الفقه والقضاء تمييزا له عن الطعن بالإلغاء المعروف في القانون العام، و تمّ تبنيه لاحقا من طرف المشرع [1].

وقد احتدم الجدل حول تحديد الطبيعة القانونية لطعن المحافظ، فهناك من يرى أن هذا الطعن شبيه بالطعن بالإلغاء، وهناك من يرى أنه طعن مختلف.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد سكت عن بيان الطبيعة القانونية لطعن المحافظ، فإن الفقه قد خـــاض جدلا كبيرا حولها، و يظهر أن المسالة تم حسمها من طرف القضاء من خلال أحكام قضائية واضحة لا تدع مجالا للتأويل.

أولا : موقف المشرع الفرنسي من الطبيعة القانونية لطعن المحافظ.

يبدو جليا سكوت المشرع الفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية لطعن المحافظ، ممّا أدى بالبعض إلى طرح السؤال التالي: هل كان المشرع الفرنسي يرمي من وراء إنشاء طعن المحافظ استحداث نوع جديد من الطعون أم أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا لدعوى الإلغاء؟ خصوصا وأن ميعاد 02 شهرين لممارسة هذا النوع من الطعون والذي يحتسب من تاريخ الإحالة على المحافظ شبيه بميعاد دعوى الإلغاء، وأن موضوع كل من طعن المحافظ وموضوع دعوى الإلغاء يتعلق بمخالفة مبدأ المشروعية كما أن هناك تشابها تاما بينهما من حيث الآثار المترتبة عن كل منهما، وأن الاختلاف الوحيد بينهما يكمن في الشخص الذي يمكنه ممارسة الطعن وطبيعة التصرف محل الطعن .

وعلى كل فإن طعن المحافظ يشكل الحالة الوحيدة التي يمكن فيها توجيه الطعن بالإلغاء للعقـــد وذلك بنص القانون، وم ع انه ليس طعنا عاديا إلا أنه لا يمكن أن يستند إلى مخالفة شروط التعاقدية لطلب إلغاء العقد [2]، وإنّما عليه أن يستند إلى أحد أوجه مخالفة مبد أ المشروعية المعروفة وهذا ما أدى إلى القول بأن طعن المحافظ شبيه بالطعن بالإلغاء رغم بعض الخصوصية التي يتمتع بها.

ثانيا : موقف الفقه الفرنسي من الطبيعة القانونية لطعن المحافظ.

إذا كان الأستاذ "De Laubadère" والأستاذين "Moderne" و"Delvolvé" يرون أن طعن المحافظ لا يمكن أن يشبه بأي حال من الأحوال بالطعن بالإلغاء وذلك بالنظر إلى موضوع كل منهما، والأشخاص الذين بإمكانهم اللجوء إليه وكذا الإجراءات المتبعة والحلول المتوصل إليها.

[1] Article 3 de la Loi du 9 février 1994 relative au contentieux de l'urbanisme - Art. L. 600-3 du code de l'urbanisme.

[2] PORTAIL,P,Concl. sur TA Strasbourg 16 février 1996 Préfet de la Moselle, RFDadm 1997, p 102.

فإن الأستاذ" Chapus" يرى عكس ذلك، أ ي أن طعن المحافظ من نفس طبيعة الطعن بالإلغاء رغم بعض الخصوصية التي يتسم بها، وه و ما ذهب إليه الأستاذ " M. Bernard" والذي يرى أن لطعن المحافظ خصوصية كونه يوجه إلى عقد، إلا أن هذه الخصوصية لا تؤدي إلى اعتبـــار طعن المحافظ طعنا يختلـــف عن الطعن بالإلغاء المعروف في القانون العام. [1]

و هو ما ذهب إليه الأستاذ "مهند مختار نوح" حيث اقترح ترجمة مصطلح" Le Déféré préfectoral" بمصطلح " دعوى المشروعية عن طريق التحويل " أو "دعوى المشروعية الخاصة" .

ثالثا: موقف القضاء الفرنسي من الطبيعة القانونية لطعن المحافظ.

حسم مجلس الدولة الفرنسي الجدل القائم حول الطبيعة القانونية لطعن المحافظ، واعتبر أن هذا الطعن نوع من الطعون بالإلغاء وذلك في قرار صادر عنه في قضية ,“ Commune de Ste- Marie ” في 28 جويلية 1991. [2]

« la commune de Sainte- Marie n’est pas fondée à soutenir que c’est à tort que , par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Saint-Denis de la réunion a annulé pour excès de pouvoir les marchés »

فضلا عن ذلك فقد استقر مبدأ قضائي مفاده اعتبار أن الأحكام المطبقة في طعن المحافظ هي نفسها المطبقة في الطعن بالإلغاء وذلك ما لم يقض نص تشريعي أو تنظيمي بخلاف ذلك.

الفرع الثاني: مجال تطبيق طعن المحافظ.

يخضع لأحكام طعن المحافظ أو دعوى المشروعية الخاصة– كما يحلو للبعض تسميتها– الذي نص عليه المشرع الفرنسي التصرفات القانونية الصادرة عن الجماعات المحلية ، والمؤسسات العامة المحلية سواء كانت هذه التصرفات عقودا أو قرارات إدارية، ويستبعد من مجال طعن المحافظ التصرفات القانونية التي تصدرها الدولة والمؤسسات العامة الوطنية (السلطات المركزية).

ومع أن المشرع الفرنسي قد حدّد المجال القانوني الذي يمكن فيه إعمال طعن المحافظ ، وقصّره على تصرفات الهيئات المحلية التي تتطلب تحويلها على المحافظ ، وعلى بعض العقود الإدارية المحلية

---

[1] « à la différence du recours pour excès de pouvoir, le déféré préfectoral peut être dirigé contre un contrat, mais cette particularité ne conduit pas à faire du déféré un recours spécifique, distinct du recours pour excès de pouvoir . Michel , BERNARD : **" Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?"**, AJDA 20 juin 1995 , n° spécial , p 195.

[2] LEGAL, H : "**le déféré préfectoral appartient aux contentieux de l’excès de pouvoir",** concl sur CE 28 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie - AJDA 1991, p 693,RFDadm1991,p966 .

فإن القضاء الفرنسي عمّمه على كل تصرفات هذه الهيئات حتى تلك التي لا تتطلب تحويلها عليه، وعلى عقود إدارية لم ينص عليها المشرع .

هذا وتساءل البعض– في تلك الآونة–حول مجال أوسع لإعمال طعن المحـــافظ فإذا كان مقصورا على العقود الإدارية التي تبرمها السلطات المحليـــة في مرحلة أولى، فهل من الممكن أن يتسع ليشمـــل العقود التي تبرمها السلطات المركزية كذلك في مرحلة لاحقة ، بحسبـــان أن العقـــد الإداري لا تتغير طبيعته القانونية بتغير السلطة التي تبرمه مركزية كانت أم محلية [1]؟

أولا : تحديد قوانين اللامركزية لمجال تطبيق طعن المحافظ.

حتى عام 1982 كانت المداولات التي ترخص بإبرام عقود الهيئات المحلية غالبا ما تخضع للوصاية الإدارية للمحافظ الذي كان له أن يلغي ومن تلقاء نفسه القرارات غير المشروعة أو غير الملائمة الصادرة عن هذه الهيئات.

وبصدور قوانين اللامركزية لعام 1982 تم التخلي عن سلطة الإلغاء لقرارات السلطات اللامركزية التي تتم من طرف السلطة الوصائية –أي المحافظ– وتمّ على غرارها تكريس نظام الرقابة اللاحقة التي تعود في تقديرها للمحافظ، حيث جاء في المادة 03 من قانون 02 مارس1982 « يكون لممثل الدولة [2] الطعن أمام المحكمة الإدارية في التصرفات المنوه عنها في الفقرة 02 من المادة السابقة، والتي يقدر عدم مشروعيتها وذلك خلال 02 شهرين من تاريخ إحالتها عليه ».

« le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés au paragraphe II de l'article précédent **qu'il estime** contraire à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission. »

والمقصود بالتصرفات المذكورة في المادة أعلاه التصرفات الأحادية الجانب (القرارات الإدارية) والتي تتمثل أساسا في مداولات المجالس المحلية ، قرارات تعيين العمال التابعين للإدارات المحلية ،القرارات الخاصة بإجراءات الضبط الإداري الصادرة عن رئيس البلدية... ، كما يقصد بها التصرفات الثنائية الجانب(العقود) كعقود التوريد، عقود الأشغال العامة، عقود القرض وعقود الامتياز...

على أن أحكام المادة لا تسري إلاّ على التصرفات (المداولات والعقود) الخاضعة للتحويل على المحافظ، أما تلك التي لا تتطلب التحويل عليه فلا يمكنه الطعن فيها بالإلغاء استنادا للمادة ال مذكورة أعلاه بل بالاستناد إلى القواعد العامة في دعوى الإلغاء[3].

---

[1] عادل الطبطبائي ، المرجع السابق ، ص59 .

[2] المقصود بممثل الدولة هنا المحافظ وهو جهاز التنفيذ في المحافظة يمثل الدولة كافة باستثناء وزارتي العدل والدفاع الوطني.

[3] CE 13 janvier 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales - Rec. p 7, concl. Roux.

يتولى مهمّة تحويل هذه التصرفات إلى المحافظ الشخص العام المحلي وذلك خلال 15 خمسة عشر يوما بدءا من تاريخ توقيع العقد، أو تاريخ المداولة التي تم فيها تقرير إبرام العقد ، ولا تبدأ مدة 02 الشهرين (التي يمكن للمحافظ أن يخاصم خلالها المداولة أوالعقد عن طريق الإلغاء) في السريان إلا من تاريخ التحويل، و من شأن التحويل أن يؤدي إلى وقف الأثر التنفيذي للمداولة أوالعقد بمعنى أن كلاً من المداولة والعقد لن ينتجا آثارهما القانونية إلا بعد تحويلهما .

ويحقّ للمحافظ أن يطلب من الشخص العام المحلي تحويل ملف التصرف إليه ، كما يحق له – في حالة الرفض أن يطعن بقرار الرفض أمام قاضي الإلغاء ويستوي في هذا النطاق أن يكون الرفض صريحا أو ضمنيا .

هذا واعتبرت التصرفات غير القابلة للتحويل على المحافظ غير قابلة للطعن بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية في أوّل الأمر وبالنظر إلى قانون 02 مارس 1982 إلاّ وفقا للقواعد العامة في دعوى الإلغاء ،لكن قام مجلس الدولة بعدها بإعطاء تفسير مطلق لقانون 1982 مؤسسا تفسيره هذا على المادة 72 /3 من الدستور الفرنسي والتي تنص:

« Dans les départements et territoires, le délégué du gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »

حيث أقرّ لممثل الدولة (المحافظ) في المقاطعات أو الأقاليم اللجوء ومن تلقاء نفسه إلى المحكمة الإدارية فيما يخص التصرفات غير الخاضعة للتحويل عليه سواء تعلق الأمر بعقد [1] أو بقرار،وهكذا لم يعد مجلس الدولة يؤسس طعن المحافظ على قانون 1982 بل على الدستور.

وتوسع طعن المحافظ ليشمل كل التصرفات التي تصدر ع ن الهيئات المحلية على أن تتم التصرفات محل الطعن باسم هذه الهيئات وأن تكون ذات صبغة إدارية ،وهذا يعني أن التصرفات المنجزة باسم الدولة تخرج عن هذا الإطار–كأن يتصرف رئيس البلدية بصفته ضابطا للحالة المدنية– وكذلك التصرفات الخاضعة للقانون الخاص.

وعليه يكون للمحافظ الطعن من تلقاء نفسه في تصرفات الهيئات المحلية التي يلزم تحويلها عليه والتي يرى عدم مشروعيتها أمام المحكمة الإدارية المختصة (الإحالة على المحكمة الإدارية هنا وجوبية).

[1] CE 14 mars 1997, département des Alpes Maritimes, n°143800.

أو بناء على طلب الشخص المضرور بالنسبة للتصرفات غير المنصوص عليها في هذا القانون والتي لم يخصها المشرع بالتحويل حتى وإن كان هذا الشخص من الغير [1] (الإحالة على المحكمة الإدارية في هذه الحالة تخضع للسلطة التقديرية للمحافظ) ، وللمحكمة الإدارية وحدها دون غيرها الحكم بإلغاء التصرف المطعون فيه بعدم المشروعية .

فالأصل إذن أنّ المحافظ يتمتع بسلطة تقديرية لأجل وزن مدى مشروعية التصرف، و يتمتع بسلطة مقيدة إذا انتهى إلى عدم مشروعيته ويكون حينها ملزما بإثارة دعوى الإلغاء ، لأن النص القانوني المذكور أعلاه يشير صراحة إلى التزام ممثل الدولة (المحافظ) بممارسة دعوى المشروعية الخاصة طالما قدّر أن التصرف غير مشروع .

وقد منح مجلس الدولة المحافظ سلطة تقديرية في قبول أو رفض طلب الشخص المضرور في إثارة دعوى الإلغاء ضد المداولة أو العقد ولوكانا مشوبين باللامشروعية، و ذهب المجلس إلى أبعد من ذلك حيث قرّر أن قرار رفض إثارة دعوى الإلغاء لا يقبل الطعن في حد ذاته بدعوى الإلغاء [2]، ولكنه لا يؤدي في نفس الوقت إلى حرمان الشخص المضرور من إمكانية ممارسة دعوى مباشرة (عادية) ضد التصرف غير المشروع .

تعرض موقف مجلس الدولة هذا إلى نقد شديد من جانب الفقه ذلك أن دعوى الإلغاء المباشرة لا يمكن أن تثار ضد المداولة المقررة لإبرام عقد معين دون أن توجه إلى العقد ذاته ،وأن آثار الدعوى حتى ضد المداولة ستبقى نظرية ودون نتيجة عملية غالبا ، وفقا لمعطيات نظرية الأعمال المنفصلة التي سبق دراستها.

وللمحافظ الطعن في المداولات التحضيرية للهيئات المحلية والمؤسسات العامة التابعة لها أمام قاضي الإلغاء، خلافاللقاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء في الأعمال التحضيرية للقرار الإداري[3] .

كما يكون للمحافظ رفع دعوى استعجالية أمام المحكمة الإدارية بهدف إبطال قرار صادرعن هيئة لامركزية أن يطلب من رئيس المحكمة الأمر بوقف تنفيذ ذلك القرار للضرورة القصو ى ، في الحالة

[1] الاتجاه العام في القانون الفرنسي يرى أن مصطلح الشخص المضرور يتسع ليشمل المتعاقدين أيضا، حيث يكون للمتعاقد مع الإدارة في عقد من العقود غير المنصوص عليها في القانون المشار إليه أن يطلب من المحافظ إثارة دعوى الإلغاء ضد العقد غير المشروع، شانه شان الغير وذلك نظرا لان النص ذكر أن الطلب يقدم من شخص طبيعي أو معنوي دون تفرقة بين المتعاقد مع الإدارة أو الغير .

[2] CE 25janvier1991,Brasseur, RFDadm1991, p581.

[3] CE, Ass ; 15 avril 1996, syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux, n°120273.

التي يتعلق الأمر فيها بقرار غير مشروع و الذي من طبيعته الحيلولة دون ممارسة حرية عامة أو فردية.

ثانيا: التوسع في مجال تطبيق طعن المحافظ من طرف القضاء.

لاشكّ أن قانون عام 1982 أنشأ إجراءا قانونيا جديدا لم يكن موجودا في القانون السابق يتمثل في فتح دعوى الإلغاء أمام العقود الإدارية للهيئات المحلية ، فسلطة الوصاية في الماضي كان بإمكانها أن ترفض المصادقة على عقد إداري أبرمته هيئة محلية ومشوب بعدم المشروعية ، (إذا كان العقد خاضعا للتصديق) وأن تعلن عدم مشروعية مداولات المجلس البلدي أو المجلس العام التي كانت تجيز إبرام العقد أو أن تعمل على إعلان عدم المشروعية هته ،وبالمقابل لم يكن لها طريق دعوى ضد العقد ذاته، وأصبحت سلطة الرقابة تملك مراجعة عدم المشروعية ضد العقود الإدارية التي تبرمها الهيئات المحلية أمام المحكمة الإدارية...[1]

لقد ساير مجلس الدولة الفرنسي اتّجاه المشرع في قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد نفسه، إذا ما أثير من جانب الغير صاحب المصلحة في إلغاء العقد ، فذهب إلى أن الطاعنة وإن لم يكن لها صفة المتعاقد مع المقاطعة إلا أن لها مصلحة في الطعن في قرار العمدة الخاص بالتوقيع على عقد إنجاز أبنية مدرسية وفي هذا العقد نفسه .

ويعتبر البعض أن هذا الحكم يعدّ تطورا غير مألوف في قضاء مجلس الدولة الخاص بالعقود الإدارية، وإنه لربّما لهذا السبب لم ينشر الحكم في مجموعة قرارات المجلس.[2]

بينما يعتبر البعض الآخر أ ن هذا الحكم ما هو إلا تطبيق للنصوص التشريعية الجديدة التي تضمنتها قوانين سنة 1982، والتي سمحت بالطعن بالإلغاء في بعض عقود الجماعات المحلية، وإذا كان هذا الحكم لم ينشر في مجموعة المجلس، إلا أنه قد نشر في مجلة القانون العام الفرنسية RDP وهذا النشر له أهميته دون شك حيث اعترف المجلس للطاعنة بحق الطعن في قرار العمدة بالتوقيع على العقد وفي العقد نفسه .[3]

رغم أن مجال تطبيق طعن المحافظ قد حدّد بنصوص قانونية ،إلاّ أنه تم توسيعه وبصورة معتبرة بموجب الأحكام القضائية فإن كان المشرع قد جعل طعن المحافظ هذا قاصرا على نوع معين

---

[1] جورج فودال ،وبيار دالفولفيه : **القانون الإداري**، ترجمة منصور القاضي ،الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ص366، بتصرف.

[2] Auby ,Note Sous CE 24 avril1985,RDP n°61,1985,P1690.

[3] د. عادل الطبطبائي ،المرجع السابق ، ص57.

من التصرفات وهي تلك التي تتطلب تحويلها عليه، وعلى بعض الاتفاقات المتعلقة بالصفقات والقروض وعقود الامتياز وعقود إيجار المرافق العمومية المحلية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، (أي أن الأمر يتعلق بالعقود الأكثر أهمية للهيئات المحلية والمؤسسات العمومية التابعة لها).

و ذهب القضاء إلى القول « بأن المشرع لم ينو تقييد صلاحية المحافظ في تشكيل الطعن بالإلغاء تجاه كل تصرفات الهيئات المحلية بما فيها تلك التي لا تتطلب تحويلها عليه [1] »، وقد تم قبول طعن المحافظ حتى بالنسبة للتصرفات التي لا تتطلب التحويل وضد كل العقود الإدارية التي تبرمها الهيئات المحلية ودون أن يكون ذلك موقوفا بالضرورة على طلب الشخص المضرور من العقد غير المشروع[2]، وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي– ورغبة منه في توحيد الأوضاع القانونية– قد ألغى التفرقة التي وضعها المشرع .

و يعكس هذا التوسع في مجال تطبيق طعن المحافظ من جانب القضاء الإداري – حسب الأستاذ "حمدي حسن الحلفاوي"–الاهتمام الجلي باحترام مبدأ المشروعية في مجال العقود المحلية (عن طريق الطعن بالإلغاء في هذه العقود نفسها)، وهو ما يمثل حسب رأيه– ثورة في مجال الطعن في العقود الإدارية، مما قد يكون له بالغ الأثر فيما بعد ليشمل هذا الطعن العقود التي تبرمها السلطات المركزية[3].

الفرع الثالث: مكانة طعن المحافظ في القانون الفرنسي حاليا.

لقد كان طعن المحافظ الذي أتى به قانون 02 مارس 1982 المعدل حلاّ عبقريا في سبيل الموازنة بين حرية واستقلال الجماعات المحلية من جهة والحرص على مشروعية التصرفات التي تبرمها هذه الجماعات من جهة أخرى، فما يحسب لآلية طعن المحافظ (دعوى المشروعية الخاصة) فتح دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته، وفي إعطاء الحق لكل ذي مصلحة حتى ولو كان من الغير بالطعن في مشروعية العقد أمام قاضي الإلغاء ، وهو ما من شأنه التوسيع من معنى دولة القانون[4].

ولكن ما يؤخذ على هذه الآلية في المقابل تعقيدها الشديد ،حيث اعتبر بعض الفقه الفرنسي أن استخدام دعوى المشروعية عن طريق طعن المحافظ يشكل عملية صعبة تشبه المتاهة ، وعيب على

[1] CE 13 janvier 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales.
[2] CE 4 novembre 1994, Département de la Sarthe - Rec p. 801 , CE 14 mars 1997 Département des Alpes-Maritimes - RFDA 1997, p 660.
[3] د.حمدي حسن الحلفاوي ، المرجع السابق ،ص282.
[4] POUYAUD,D : **La nullité des contrats administratifs**,L.G.D.J Paris1991, p541.

هذا الطعن عدم فعاليته لأن القرار القضائي يتدخل في وقت متأخر، وفي الوقت الذي يكون قد تمّ خلاله تنفيذ العقد وتكون الالتزامات قد أنتجت كل آثارها[1].

وهو ما أدّى إلى ندرة الحالات المسجلة التي تم اللجوء فيها إليه، فبعد أكثر من عقدين من استحداثه– أصبح طعن المحافظ يشهد تراجعا في تطبيقه، وصار البعض يتساءل حول مستقبل هذا الطعن Le déféré préfectorale a-t-il un avenir ?[2] بل وكتب البعض الآخر عن التخلـــي عنه le déféré délaissé.[3]

خصوصا مع صدور القانون المتعلق بالحريات والمسؤوليات المحلية la loi relative au libertés et responsabilités locales المؤرخ في 13 أوت 2004 الذي قلّل من تصرفات المجموعات المحلية الواجب إحالتها على المحافظ، والتي صارت نافذة بمجرد نشرها [4]، حيث أورد تقرير صادر عن وزارة الداخلية الفرنسية أن نسبة الطعون المحافظية خلال السنوات العشر الأخيرة تراوحت بين 0.022%و0.045% وهي نسبة جدّ ضئيلة مقارنة بعدد التصرفات المحالة على المحافظ....[5]

وتكمن الأسباب وراء تدهور مكانة طعن المحافظ حسب البعض إلى الحذر الذي تبديه السلطات المركزية والمتجسد في عدم التدخل في شؤون الإدارة المحلية التي كفل استقلالها دستور 1958(المادة 72 منه) ،إلى جانب التردد في اللجوء إلى هذا النوع من الطعون كونه طعنا اختياري ا من ناحية ،وغير فعّال من ناحية أخرى إذا ما قورن بدعاوى جديدة أصبحت تنافسه في تحقيق أكبر قدر من الفعالية كإجراء القضاء الإستعجالي لحماية الحريات ،حيث كتب "Ibrahim Diallo" :

"Le déféré préfectoral est non seulement banalisé mais aussi concurrencé par la procédure du référé liberté qui offre beaucoup plus de garanties… »

ويرى البعض كون طعن المحافظ طعن اختياري هو على ما أثر على فعاليته، وأنّه لا يمكن إدراك هذه الفعالية إلاّ عن طريق إضفاء الطابع الإلزامي عليه[6].

أولا : طعن المحافظ طعن اختياري.

في بادئ الأمر اعتبرت المحاكم الإدارية الفرنسية طعن المحافظ طعنا إلزاميا، حيث لا يجوز للمحافظ الامتناع عن اللجوء إلى المحكمة الإدارية للطعن في قرار يقدّر أنه غير مشروع .

---

[1] د. مهند مختار نوح، المرجع السابق ،ص374.

[2] Ibrahima , DIALLO:" **L'avenir du déféré préfectoral en droit public français**" , AJDA 26décembre2005,p2438.

[3] GERARD, P : **Décentralisation " le déféré délaissé ",**Dr .adm.novembre1992, p1.

[4] les articles 138 à 141 de la Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative au Libertés et responsabilités locales.

[5] Roselyne , ALLEMAND **: "Les modalités de contrôle administratif des actes locaux dans six Etats de l'union Européenne"**,RFDA mars –avril 2008, p291.

[6] Antoinette, HASTING-MARCHADIER :**"L'efficacité du contrôle préfectoral de Légalité sur les contrats des collectivités Locales"** ;Perspectives du Droit public ,éditions du Juris-Classeur 2004 ,p321.

وقد جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية لـــ" Lyon" أنه يتعين على المحافظ في إطار رقابة مشروعية أعمال السلطات البلدية الممنوحة له من طرف المشرع، وذلك طبقا للمادة 72 /03 من الدّستور أن يمارس الصلاحيات المخولة له والمنصوص عليها في قانون 02 مارس 1982 ضدّ التصرفات غير المشروعة لهذه السلطات،خاصة ما تعلق منها باللجوء إلى المحكمة الإدارية" [1].

إلاّ أنّ بعض الفقهاء اعتبر أ ن طعن المحافظ يكون إلزاميا متى ما قدّر هو أن هذه التصرفات غير مشروعة أي أن وجود هذا الطعن وعدمه مرتبط بموقف المحافظ من هذه التصرفات.[2]

وفي مرحلة لاحقة أكّد مجلس الدولة الفرنسي على الطابع الاختياري لطعن المحافظ [3] ، وذهب إلى حدّ القول أنه في وسع المحافظ التخلي عن طعنه حتى أثناء سير القضية وذلك لدواعي الملاءمة،[4] كما اعتبر أن رفض المحافظ القيام بالطعن لا يشكل قرارا قابلا للطعن فيه بدعوى الإلغاء الإلغاء [5]، وهو اعتراف منه بالسلطة التقديرية التي يتمتع بها المحافظ في مجال الرقابة على تصرفات المجموعات المحلية، وعلى كل فإن الاعتراف بالسلطة التقديرية للمحافظ في هذا المجال قد يؤدي إلى تهميش هذا النوع من الطعون حسب ما يراه الأستاذ "Ibrahima Diallo" [6] .

إلاّ أن هناك قرارا حديثا صادرا عن مجلس الاستئناف الإداري CAA Marseille، يعتبر أن رفض المحافظ القيام بالطعن عند ثبوت حالة عدم المشروعية يشكل خط أ من شأنه أن يثي ر مسؤولية الدولة.[7]

ثانيا:طعن المحافظ قليل الفعالية.

1-طعن المحافظ قليل الفعالية مقارنة بدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدي:

ثبت عمليا أنه غالبا ما يتم اللجوء إلى طعن المحافظ بعد فوات الأوان فالعقد يكون قد دخل حيز التنفيذ ولو بصورة جزئية، -باستثناء الحالة التي يتم فيها طلب وقف التنفيذ- فالجزاء هنا يأتي متأخرا.

---

[1] TA, Lyon 10 juillet 1984, Commissaire de la République du département d'Ardèche c/Commune de Fons, AJDA1984,p571.

[2] TA, Lyon 6 février1984, Commissaire de la République du département de Rhône c/Syndicat mixte des transports en commun de la région lyonnaise, note D .CHABANOL , AJDA 1984,p 570.

[3] CE 5 octobre 1984, Commissaire de la République de l'Ariège, Lebon,p315.RFDA1985,p241.

[4] LEVY, M, Le désistement du commissaire de la République, AJDA1985,p136.

[5] CE 25 janvier1991, Brasseur, Lebon p23 ; chron.RSchwartz et C.Maugué AJDA1991,p351. , concl.B.Stirn, RFDA1991,p587.

[6] « Mais la reconnaissance d'un tel pouvoir au profit du préfet a des incidences, non souhaitables, pour ne pas dire regrettables, sur l'utilisation et le développement du déféré préfectoral qui se traduisent par sa marginalisation. » Ibrahima , DIALLO, Op.Cit,p 2438,2439.

[7] CAA, Marseille 21 janvier 1999 Cmne de St- Florent - AJDA 1999, p 279. CE 21 juin 2000, « ministre de l'équipement, des transports et du logement contre commune de Roquebrune-Cap-Martin .

لهذا تم إنشاء القضاء الإستعجالي لمرحلة ما قبل التعاقد" le référé précontractuel في فرنسا وذلك بموجب القانون رقم 10/92 الصادر بتاريخ 04 جانفي 1992[1]، والمعدّل بواسطة القانون الصادر في 29 جانفي 1993.

وقد جاء هذا القانون تطبيقا لتوجيهة الإتحاد الأوربي رقم 89 /665 تحت عنـــوان " la directive de recours "المؤرخة في 21 ديسمبر1989[2]، وتتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء بشأن إيجاد دعوى قضائية تعزز من احترام قواعد العلانية والمنافسة [3] عند إبرام عقود التوريدات والأشغال ،وتفتح هذه الدعوى أمام كل شخص له مصلحة في إبرام العقد ، ويمكن أن يضار بسبب المخالفات المرتكبة في مجالي العلانية والمنافسة .

وقد تم تحويل هذه التعليمة إلى القانون الداخلي الفرنسي [4]مع صدور القانون 10/92 المذكور آنفا وأدخلت المادة 02 منه إلى تقنين المحاكم الإدارية والمجالس الإدارية وذلك تحت لواء المادة 22 التي جاء فيها أنه « يكون في وسع كل من له مصلحة في إبرام العقد وأصابه ضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار(قواعد العلانية) والوضع في المنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام اللجوء إلى رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه والذي يفصل ابتدائيا ونهائيا في شكل الاستعجال » .

واعتبر القضاء الاستعجالي في مرحلة ما قبل التعاقد وسيلة فعالة في حماية قواعد العلانية والمنافسة قبل إبرام العقد[5]،وذلك بالنظر إلى التدابير التي يمكن للقاضي النطق بها وهي تدابير غي ر مألوفة في الإجراءات القضائية العادية وتتمثل في :

1-تدابير مؤقتة "تحفظية": كأمر الإدارة بالخضوع لالتزاماتها أو وقف إبرام العقد، أو وقف تنفيذ القرارات المتعلقة به.

2-تدابير نهائية" قطعية": إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعاقدية.

---

[1] Art. L. 22 et L. 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

[2] la directive n°89/665CEE et 92/13/CEE du conseil..

[3] مبدأ المنافسة "le principe de concurrence" وهو المبدأ الذي يجب أن تخضع له المرافق ذات المصلحة الاقتصادية العامة كإحدى الآليات الاقتصادية للاتحاد الأوربي، ويرجع ذلك إلى المسار الذي يشمل أكبر الدول الأوربية ،وهو المسار المتعلق بالخوصصة ،هذا المسار الذي ظهر في أوربا الغربية مع بداية الثمانينات ، ويعتبر تجسيدا لما يسمى بنظرية الليبرالية الجديدة la théorie du néolibéralisme ،وهو المسار الذي سمي فيما بعد بالعولمة la mondialisation..، إن هذه المعطيات الجديدة (أي تكريس مبدأ المنافسة) من جراء تطبيق قانون الإتحاد الأوربي ، بدا يضع موضوع مراجعة لبعض المفاهيم المنغرسة في القانون الفرنسي ....
انظر في هذا الصدد:لباد ناصر،المرجع السابق،ص ص99 -101.

[4] إذا كان السبب المباشر لظهور نظام الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يتمثل في رغبة المشرع الأوربي في تأمين أعلى قدر من شفافية المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية ، إلا أن هناك أسبابا خاصة بالبيئة القانونية الفرنسية قد فرضت على المشرع الفرنسي الاستقطاب السريع لهذا النمط من الإجراءات القضائية، حيث ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد (عدم فعالية دعوى إلغاء القرارات المنفصلة عن العقد ، وكذا عدم فعالية طعن المحافظ).

[5] Roland VANDERMEEREN :**"Le référé administratif précontractuel,"** AJDA, 20 juillet 1994, n° spécial, p. 91

ولقد أجاز المشرع لرئيس المحكمة أو من يفوضه في ذلك أن يشمل حكمه غرامة تهديدية عن كل يوم تأخيرإذا كانت مخالفة قواعد العلانية والمنافسة خاصة بقطاع المياه أوالطاقة أو المواصلات. بل أن سلطات القاضي في القضاء الإستعجالي لمرحلة ما قبل التعاقد أصبحت أكثر سعة حيث صار بإمكان القاضي إبطال الإجراء الخاص بإبرام عقد تفويض المرفق العام حتى وإن اقتصر طلب الطاعن على وقف الإبرام[1].

ويفضل البعض تسميته بالقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي، لأن بإمكان القاضي عند نظره للدعوى أن يبت في الموضوع وذلك خلافا للقضاء المستعجل العادي ، والأحكام الصادرة عن القاضي والتي يبت فيها بالموضوع تكتسب قوة الشيء المقضي به.

ويحق للمحافظ إثارة دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقدي إذا لمس خرقا لالتزامات العلانية والمنافسة في نطاق عقد مبرم من جانب إحدى الجماعات المحلية، وذلك بموجب المادة 50 من قانون 29 جانفي 1993، إلا أن الواقع العملي يكشف عن عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذا النوع من الدعاوى ويرجع ذلك إلى صعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية من جهة ولأنهم يفضلون عموما استخدام دعوى الإلغاء الخاصة (طعن المحافظ) من جهة أخرى. [2]

هذا وإن كان قانون 04 جانفي 1992 يفرض على المضرور اللجوء إلى الإدارة بطلب للعدول عن المخالفات التي ترتكبها بشأن قواعد العلانية والمنافسة، ويفرض على الإدارة الرد بالإيجاب أو الرفض خلال عشرة (10 أيام) من تاريخ تقديم الطلب، ونظرا لأن ترك هذه المدة للإدارة للرد على طلب المدعي كانت تسمح للإدارة بالتعجيل في إبرام العقد ، ومن ثم يصبح المضرور أمام عقد إداري قائم بذاته ولم يعد أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد وإجراءاته الطويلة.

ومن أجل تفادي هذه العيوب تدخل المشرع الفرنسي في ظل قانون 30 جوان 2000 وألغى هذه المدة وأعفى المضرور م ن تقديم طلب مسبق لجهة الإدارة يطلب فيه مراعاة قواعد العلانية والمنافسة، كما أجاز لقاضي الأمور المستعجلة الأمر – بناءا على طلب يقدم إليه – بتأجيل توقيع العقد حتى ميعـــاد الدعوى ولمدة عشرون (20 يوما)كحد أقصى. [3]

---

[1] CE , 20octobre2006,"**Etendue des pouvoirs du juge de référé précontractuel**", Répertoire de Contentieux administratif et de Responsabilité de la puissance publique ,Dalloz 2006, p6.

[2] للمزيد من التفاصيل حول القضاء المستعجل قبل التعاقدي انظر :د. مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص ص841-873.

[3] LLORENS, F **:" Le référé précontractuel entre continuité et changement"** ;in Le nouveau juge administratif des référés,Réflexions, sur la réforme opérée par la loi du 30 juin2000, sous la direction de P . WACHSMANN ,Presses Universitaires de Strasbourg ,2002 p.27.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بما جاء به المشرع الفرنسي في مادة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي، ويظهر ذلك في القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال الفصل الخامس " الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات" ، في المادتين 946 و947. [1]

2 –طعن المحافظ قليل الفعالية مقارنة بدعوى القضاء الاستعجالي لحماية الحريات الأساسية :

أصبح طعن المحافظ منافسا من جهة أخرى من قبل القضاء الإستعجالي لحماية الحريات Référé de Liberté[2] منذ الإصلاح المتعلق بالقضاء الإستعجالي في الأمور الإدارية، الذي استحدثه المشرع الفرنسي بالقانون رقم 597/2000 المـــؤرخ في 30جوان 2000، والذي بدأ العمـــل به في 01 جانفي 2001[3] .

وتم بمقتضى هذا القانون منح القاضي الإداري المستعجل سلطات واسعة فيما يتعلق بسلطة توجيه أوامر للإدارة تفوق عما كان مقررا بقانون 08 فيفري 1995، حيث اقتصر نطاق تطبيق هذا الأخير على توجيه أوامر لجهة الإدارة –فيما يتعلق بالقرارات الإدارية–وإجبارها على تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة على حجية الشيء المقضي به، دون أن يشمل ذلك ما يصدر عنها من أعمال مادية، وإن كان فيه حماية للحريات إلا أن فعاليته في تحقيق هذه الغاية كانت نسبية لطائفة الإجراءات التي تطلبها وصولا إليها، على نحو تجسد في المباعدة بين الاعتداء عليها إداريا و دفعه قضائيا.

ويقول الأستاذ" Fouletier" عن الإصلاح الذي جاء به قانون 2000 /597،« إنه الإصلاح الذي كان يرجوه الفقه وينتظره القضاء، و يأمله المتقاضون ، لما رأوه من عجز الأنظمة الإجرائية القائمة عن حماية حرياتهم، بشكل فعّال وأسرع » [4]،وهو نفس ما يؤكده المفوض "Laurent Touvet :« إنه

---

[1] المادة946 والمادة 947 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[2] تعتبر المرة الأولى التي يعترف فيها لقاضي الأمور المستعجلة الإدارية بهذا ا لاختصاص الفريد ، حيث لم يسبق أن اعترف به سلفا ، بل ولم يجعله يوما للقاضي العادي ،رغم اعتباره وفق الأصول الدستورية الفرنسية ، حامي الحريات اللساسية والملكية الفردية ، ولهذا الأخير ممارسته فقط من خلال نظرية الغصب .

[3] وذلك إثر صدور تقنين المرافعات الإدارية الذي جاء حاويا لمختلف النصوص المنظمة لإجراءات التقاضي (عادية ومستعجلة)، وقد تضمن في كتابه الخامس نصوص قانون الأمور المستعجلة الإدارية الجديد، كان من ابرز ما امتاز به هذا القانون عما عداه، فضلا عما يذكره الفقه من اعتباره بداية لنشأة حقيقة القضاء الأمور المستعجلة الإدارية،له الكيان العضوي ، والاختصاص النوعي ما يماثل ما عيه قضاء الأمور المستعجلة في القضاء العادي، انه جاء مزيجا من نصوص معدلة لقائم وأخرى مبدعة لجديد،فأمّا ما عدله كانت نظم قائمة سلفا أضفى عليها بعض المرونة في شروط ممارستها أو إجراءات تحقيقها وهي :

- نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية Le référé – Suspension (المادة 1/521).
- -الأمور المستعجلة التحفظية Le référé- conservatoire (المادة 3/521).
- إثبات حالة مستعجلة Constant d'urgence (المادة 531).
- أمور التحقيق المستعجلة Le référé – instruction (المادة 1/532).
- الأمر للدائن بجزء من الدين المترتب على التزام إداري غير متنازع عليه Le référé – provision(المادة 5/541).
- الإجراءات المستعجلة المتعلقة بالمرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري Le référé – précontractuel (المادة 1/551)

أما ما أحدثه فهو الحماية القضائية المستعجلة للحريات الأساسية أو ما اصطلح عليه في الفقه الفرنسي بأمور الحماية المستعجلة Le référé – Sauvegarde أو الأمور المستعجلة المتعلقة بالحرية Le référé- Liberté أو ما يعرف في قضاء مجلس الدولة الآن بالحماية القضائية الخاصة La protection juridictionnelle particulière (المادة 2/521).

[4] FOULTIER, M **:" La loi 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives"** ; RFDadm2000,p 963.

إصلاح بالغ الأثر، يدخل به مجلس الدولة الألفية الثالثة من تاريخه ، سواء في نطاق سلطاته أو في إطار تنفيذ أحكامه » .

وقد صار بإمكان القاضي الإداري المستعجل في ظلّ قانون 30 جوان 2000 توجيه أوامر للإدارة في حالة اعتدائها على الحريات الأساسية بمقتضى قرار إداري أو عمل مادي، وصار بإمكان المواطنين **الطعن في تصرفات المجموعات المحلية التي تنتهك حرياتهم الأساسية** انتهاكا جسيما وظاهرا في عدم مشروعيته وذلك من خلال اللجوء إلى القضاء الإستعجالي لحماية الحريات الأساسية[1] ، طبقا لنص المادة 521-2 من تقنين المرافعات الإدارية الفرنسي والتي جاء فيها : « حال الاستعجال وبناء على طلب، يكون لقاضي الأمور المستعجلة الإدارية ، الأمر خلال ثمان وأربعين 48 ساعة، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحماية الحرية الأساسية من أي اعتداء جسيم ،بالغ عدم المشروعية، يقع من أحد الأشخاص الاعتبارية العامة آم الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام ، على إثر ممارسته لأي من اختصاصاته » .

لكن ما المقصود بالحريات الأساسية في قانون 30جوان 2000 ؟

يلاحظ أن المشرع لم يتجاوز قوله بأن الحرية التي تستدعي الحماية العاجلة للقضاء الإداري هـــي الحرية الأساسية بغير تحديد لمفهوم هذا المصطلح.

وقد خلص المفوض" Touvet "في تعليقه على قرار Commune de Venelles[2] « أن تحديد مفهوم الحريات الأساسية مسألة شائكة وصعبة للغاية ،لما يشوب الفكرة من غموض وصعوبة في تحديد مضمونها فهي تشمل الحريات العامة والفردية التي يضمنها كل من الدستور [3] والاتفاقيات الدولية [4]، فيعد من قبيل المساس بالحريات الأساسية المساس بحرية التنقل على التراب الفرنسي وحرية الرأي وحرية ممارسة الشعائر و حرية التعبير في الاقتراع الانتخابي » ، لكن إنهاء مهام عون عمومي لا يعد–حسب رأيه–مساسا بحرية أساسية...، كما رأى المفوض" Lamy "أنه مـــن الأفضل في نطاق الأمور المستعجلة عدم تحديد مفهوم الحرية الأساسية [5] ،وهو ما حبذته المفوضة" De Silva" بقولها :

---

[1] وإن كان للحكومة الحق في اتخاذ إجراءات تمس الحريات العامة والنشاط الخاص من خلال إجراءات الضبط الإداري بهدف المحافظة على النظام العام بعناصره الاساسية من امن وهدوء وسكينة وصحة عامة، وبطبيعة الحال يمكن أن تسري قوانين ولوائح الضبط وإجراءاته الفردية في مواجهة المتعاقد مع الإدارة شانه في ذلك شان سائر الأفراد.

[2] TOUVET,L , Conclusions sur CE 18 janvier 2001, comm. De venelles (Bouches –du-Rhine) , RFD adm 2001,p378.

[3] الجدير بالملاحظة أن دساتير فرنسا كلها بما فيها الدستور الحالي وهو دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام 1958 خلت من ذكر مصطلح الحريات الأساسية، وهذا خلافا لبعض الدساتير كالدستور الألماني الاتحادي حيث أورد قائمة بالحقوق الأساسية...للمزيد من التفاصيل د.شريف يوسف خاطر : **دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية**(دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 521-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري) ، الناشر دار النهضة العربية 2008- 2009ص ص49-52 .

[4] نجد الاتفاقات و المواثيق الدولية أشارت إلى مصطلح الحريات الأساسية دون وضع تعريف محدد ودقيق لهذا المصطلح ومن ذلك ميثاق الأمم المتحدة عام 1945، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966...الخ

[5] LAMY, F ,Conclusions sur CE 16 février 2004,Mme.Rkia.Boushaa,AJDA2004, p 891.

« إنّ المشرع لم يشأ تحديد مفهوم الحرية الأساسيـــة وترك ذلك للقضاء،ليقدر كل حالة تبعا لظروفها » [1] .

هذا وقد تبنى القاضي الإداري مفهوما واسعا لفكرة الحريات الأساسية، وألحق بها حقوق وحريات الأشخاص المعنوية كحقوق وحريات الهيئات المحلية في علاقاتها مع الدولة وحقوق وحريات الأفراد في علاقاتهم مع الإدارة أو أشخاص آخرين من أشخاص القانون الخاص... [2] واعتبر مجلس الدولة رفض المريض للعلاج حرية أساسية لكن بشروط في قرار له بتاريخ 16 أوت 2002. [3]

ومن ضمن الشروط التي تطلبها المشرع لتدخل قاضي الأمور الإدارية المستعجلة طبقا للمادة 2-521 أعلاه أن يقع اعتداء جسيم وظاهر في عدم مشروعيته على الحريات الأساسية،و يمكن في بعض الحالات أن يستند القاضي الإداري إلى موقف المشرع لاستبعاد خطورة وجسامة الاعتداء الواقع على الحريات الأساسية، فإذا أجاز المشرع للإدارة اتخاذ بعض الإجراءات التي تقيد من نطاق **حرية العلاقات التعاقدية الخاصة لصالح المصلحة العامة** ، فمثل هذه الإجراءات لا تمثل في حد ذاتها وفي ظل احترام إرادة المشرع اعتداء على الحريات الأساسية التي تكفلها المادة 2-521 من تقنين المرافعات الإدارية الفرنسي. [4]

يبدو أن الإجراءات القضائية الخاصة بالقضاء الإستعجالي للحريات التي جاء بها المشرع الفرنسي في القانون 597/2000 أكثر مرونة بالنسبة للطاعـــن من تلك الخاصة بطعن المحافظ ،وذلك لوجود قاض واحد والمرافعة تكون شفهية ،وعدم وجوب التمثيل بمحام مما يساهم في تبسيط وتسريع الإجراءات.

وخلافا لما هو عليه الوضع بالنسبة لطعن المحافظ في مجال الحريات فإن للقاضي الإستعجالي أن يمنع أي تصرف أو قرار قادر على أن يلحق ضررا بالحريات الأساسية بصورة مسبقة ،بل ويمكن للقاضي التدخل ولو مع غياب قرار إداري مادام هناك مساس خطيرو واضح في عدم مشروعيته بحرية أساسية، كما يمكنه أن يحمل الإدارة على اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على الحريات الأساسية وذلك بفرض غرامات تهديديه، وعلى قاضي الاستعجال النطق بأمره في ميعاد ثمان وأربعين48 ساعة من رفع الطلب إليه.

---

[1] DE SILVA,Conclusions sur CE 30octobre 2001,Min de l'intérieur RFD adm 2002, p324.

[2] لحسين بن شيخ اث ملويا : **المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري** ، دراسة قانونية ، فقهية وقضائية مقارنة ، دار هومة للطباعة والنشر – الجزائر 2007،ص72.

[3] Jocelyn, CLERK, Le droit au refus de soins ,RDP ,pp 154-155.

[4] د . شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق ،ص 144.

وتتسع الأوامر المتعلقة بحماية الحريات حيث يسمح فيها للقاضي الإداري بأن يأمر الإدارة بغير طعن سابق دون حكم لاحق بالقيام بعمل أو الامتناع عن آخر. [1]

ومن جانب آخر فان تمكين المحافظ "ممثل الدولة في الهيئات اللامركزية" من تقديم الطلب إلى قاضي الأمور الإدارية المستعجلة طبقا للمادة 521-2 من تقنين المرافعات الإدارية الفرنسي ضد الأعمال الإدارية أو التصرفات المادية الصادرة عن السلطات اللامركزية والتي تمثل اعتداء جسيما وظاهرا في عدم مشروعيته على الحريات الأساسية أدى إلى التقليل من اللجوء إلى طعن المحافظ لأن المحافظ يحاول –في كل مرة وعند تحقق الظروف–اللجوء إلى القضاء الإستعجالي.

وقد تمّ حذف النص الذي كان يعطي الحق للمحافظ تقديم طلبات استعجال إلى قاضي الأمور المستعجلة– من مشروع القانون الخاص بإنشاء قضاء الأمور الإدارية المستعجلة في أول الأمر– وذلك على أساس أن منح المحافظ مثل هذه الإمكانية سوف يؤدي إلى قلب التوازن الذي وضعه قانون 2 مارس 1982 الخاص بالجماعات المحلية .

كما أن المحافظ لديه من قبل الوسائل القانونية الكافية للرقابة على مشروعية الأعمال الصادرة عن الجماعات المحلية وذلك طبقا لما تقضي به المادة 554-1 من تقنيـــن المرافعات الإدارية والمادة 554-3 من ذات التقنين، وصدر قانون 30 جوان 2000 الخاص بإنشاء نظام قضاء الأمور الإدارية المستعجلة والذي نقل إلى تقنين المرافعات الإدارية ،وصدرت المادة 521-2 من ذات القانون التي تعادل نص المادة 04 من قانون30جوان2000 دون أن تتضمن السماح للمحافظ بتقديم طلبات مستعجلة إلى القضاء الإداري المستعجل في حالة الاعتداء على الحريات الأساسية .

ولكن القراءة المتمعنة لنص المادة 521-2 من تقنين المرافعات الإدارية تبيّن أن المشرع لم يلغ صراحة أو يحظر صراحة على المحافظ تقديم طلبات لقاض بالأمور الإدارية المستعجلة في حالة الاعتداء الجسيم والظاهر في عدم المشروعية على الحريات الأساسية [2]، وبناء عليه يستطيع المحافظ أو المجني عليه من جراء الاعتداء على حرياته الأساسية أن يتقدم بطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة طبقا للمادة 521-2 من تقنين المرافعات الإدارية طالما أن للمدعي مصلحة شخصية ومباشرة في تقديم هذا الطلب.

ولقد طبّق مجلس الدولة هذا الاتجاه بطريقة ضمنية في أول حكم له في 20 جويلية 2001 حيث تقدم المحافظ بطلب لقاض بالأمور الإدارية المستعجلة طبقا للمادة 521-2 من تقنين المرافعات الإدارية لإصدار أمر في مواجهة الجماعة المحلية La commune Mondelieu- de –la-Napoule [3]

---

[1] محمد باهي أبو يونس : **الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية**(دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقا لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2008، ص ص10،11.

[2] د. شريف يوسف خاطر،المرجع السابق، ص ص190-193.

[3] CE 20 juillet 2001, Commune Mondelieu-la- Napoule ,indiqué par P CASSIA et BEAL,/…

لاعتدائها على الحريات الأساسية اعتداءا جسيما وظاهرا فيه عدم المشروعية ، ولكن الجماعة المحلية دفعت بأن نظام" Le déféré Liberté" المنصوص عليه في المادة 554-1 وما بعدها من تقنين المرافعات الإدارية يحول دون السماح للمحافظ Le préfet باللجوء لنظام liberté - le référé المنصوص عليه في المادة 521-2 من ذات التقنين، ولكن مجلس الدولة تجاهل الرد على هذا الدفع، وقبل الطلب المقدم من المحافظ لإصدار أمر في مواجهة الجماعة المحلية لاعتدائها على الحريا ت الأساسية وذلك طبقا لأحكام المادة 521-2 من تقنين المرافعات الإدارية .

والجدير بالملاحظة أن التطور التشريعي الذي لحق القضاء الإداري في فرنسا (وجود قضاء إداري خاص بالأمور المستعجلة) لم يكن له نظير في مصر ، إذ لم يوجد فيها إلا قضاء وقف التنفيذ التابع لدعوى الإلغاء،حيث يمكن للمدعي أن يطلب إلغاء القرار غير المشروع ويطلب في ذات صحيفة الدعوى وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه ،ويمكن للقاضي الإداري الاستجابة لطلبات المدعي بشأن الشق المستعجل إذا توافرت في طلبه شرطي الجدية والاستعجال، فالأمر إذن مختلف في فرنسا عنه في مصر حيث يوجد في فرنسا قضاء إداري مستقل بنظر الأمور المستعجلة كما هو الشأن في القضاء المدني المستعجل[1] .

المطلب الثاني: إمكانية الطعن بالإلغاء في العقد ذاته بمقتضى أحكام قضائية.

شهد الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية تطورا معتبرا في السنوات الأخيرة ويظهر ذلك من خلال الأحكام القضائية التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي، والتي تم من خلالها قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري في حدّ ذاته، وانصب أوّل الأمر على الشروط التنظيمية له وتعداه بعد ذلك إلى الشروط التعاقدية، وهو ما سنعرضه في(الفرع الأول) من هذا المطلب مع بيان الفرق بين كل من هذه الشروط، ثم نتطرق إلى الطعن بالإلغاء في بعض العقود الإدارية نظرا لطبيعتها الخاصة ونقصد بذلك عقود الأعوان العموميين في(فرع ثان).

سنحاول الإجابة من خلال هذا المطلب على الأسئلة التالية: هل يمكن الطعن بالإلغاء في الشروط التنظيمية والتعاقدية للعقد الإداري على حدّ سواء ؟ وهل يمكن التوسع في قبول الطعن بالإلغاء الموجه لعقود الأعوان العموميين ليشمل عقودا أخرى شبيهة بها كونها كذلك من طبيعة خاصة؟

…/ « les nouveaux référés administratifs .Bilan de jurisprudence (1mars -31 août),JCP ,G 2001 »,JCP ,G2001,I,365,p2192.

[1] د . شريف يوسف خاطر المرجع السابق ،ص ص42، 43.

الفرع الأول: إمكانية الطعن بالإلغاء في شروط العقد.

من الشروط التي ثار الخلاف حولها من حيث جواز الطعن فيها بالإلغاء ما قد تتضمنه عقود التزام المرافق العامة[1] ، فهذا النوع من العقود ينشىء نوعين من العلاقات القانونية علاقة بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم من جهة، وعلاقة بين الملتزم والمنتفعين بالمرفق العام من جهة أخرى.

وعليه يتضمن عقد الالتزام إلى جانب الشروط التعاقدية التي تنظم العلاقة المالية بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم (ماعدا تعريفة أداء الخدمة)، شروطا تنظيمية (لائحية) تملك الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، وهي شروط تتعلق بتنظيم المرفق وإدارته وكيفية أداء الخدمات للمنتفعين .

فالشروط التنظيمية تدخل في صميم سلطة الإدارة في تنظيم المرافق العامة باعتبارها المسؤولة أصلا عن المرفق وعن تقديم خدماته للجمهور سواء قامت باستغلال المرفق بنفسها أو عن طريق الملتزم (الذي لا يخرج في إدارته للمرفق عن كونه معاونا لها ونائبا عنها في أمر هو من أخص خصائصها.

أمّا الشروط التعاقدية فهي الشروط التي تمتد إلى كيفية أداء الخدمة للجمهور والتي يمكن الاستغناء عنها لو أن الإدارة تولّت استغلال المرفق بنفسها.[2]

أولا: الطعن بالإلغاء في الشروط التنظيمية للعقد .

عرفت الشروط التنظيمية تحولا قضائيا ملموسا يتعلق بإمكانية الطعن عليها بالإلغاء وذلك منذ عام 1996، وللوقوف أكثـــر عل ى هذا التحول نتطرق إلى موقف القضاء الفرنسي من الشرو ط التنظيمية للعقد الإداري قبل وبعد 1996.

01-موقف القضاء من الشروط التنظيمية للعقد قبل 1996.

تعرّف الشروط التنظيمية على أنها تلك الشروط التي توجد غالبا في عقود التزام المرافق العامة والتي يتضمنها دفتر الشروط، هذ ه الشروط تضعها الإدارة بصورة منفردة وتتعلق بمرفق ما ،فحسب الأستاذ" Duguit ":

---

[1] عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري يتم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام واحد أشخاص القانون الخاص (فرد أو شركة) يتعهد بمقتضاه الملتزم (الفرد أو الشركة) بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقا للشروط الموضوعة له ، مقابل التصريح باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، ويكون الاستغلال في صورة التصريح للملتزم بتحصيل أجر أو رسم من المنتفعين ، ،وإذا كان الفقه العربي عموما لا يفرق بين الالتزام والامتياز باستثناء د.مهند مختار نوح الذي يعتبر أن الالتزام مقابل للفظ الفرنسي concession ، أما الامتياز فمقابل للفظ affermage ، ويختلف الأول عن الثان في الفقه الفرنسي على أساس الإنشاءات الأولية للمرفق محل الاتفاق، ففي عقود الالتزام تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم ، بينما في عقود الامتياز فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله وقد قامت الإدارة بإعداد إنشاءاته الأولية.انظر : د.مهند مختار نوح ، المرجع السابق ، ص201.
و ينتمي عقد الالتزام إلى عائلة عقود إدارة المرافق العامة ، والتي أطلق عليها المشرع الفرنسي تسمية موحدة بصدور القانون رقم 122 الصادر بتاريخ 23 جانفي 1993و هي عقود تفويض المرفق العام " Contrats de délégation de service public "،.

[2] د. محمود عاطف البنا ،المرجع السابق ،ص52.

« Les clauses réglementaires se reconnaissent à ce qu'elle seraient possibles dans un règlement unilatéral fixant l'exploitation d'un service concédé » [1]

هناك ميزتان أساسيتان تطبعان الشروط التنظيمية هما وضعها من جانب واحد (الإدارة) وعمومية تطبيقها (على كل المتعاقدين).

وفيما يخص قابلية الطعن بالإلغاء ضدّ هذه الشروط يمكننا الرجوع إلى قرار" Ville de Lyon "الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1961 والمتعلق بالعقود النموذجية "Les contrats types" حيث ورد في هذا القرار « أن دفاتر الشروط النموذجية عبارة عن أعمال تنظيمية يمكن الطعن فيها بالإلغاء من طرف كل من له مصلحة في ذلك [2] » .

فقد اعتبر مجلس الدولة أن الشروط التنظيمية التي يتضمنها دفتر الشروط النموذجي تحدد قواعد تنفيذ المرفق العمومي والعلاقات بين الملتزمconcessionnaire و المستهلكين consommateurs.

وفي القرار الشهير لمجلس الدولة الفرنسي " Croix de Seguey-Tivoli "تم قبول الطعن بالإلغاء الموجه من طرف المستفيدين من المرفق Les usagers ضد قرارات الإدارة المتعاقدة والمخالفة للشروط التنظيمية[3].

وفي هذا القرار يقول الأستاذ F-P BENOIT أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد قبل إمكانية استناد مستعملي مرفق عمومي للنقل الحضري عن طريق السكك الحديدية (Tramway) –تمّ عن طريق الامتياز – والذين قاموا برفع دعوى تجاوز السلطة ضدّ قرار اتخذ من طرف المحافظ في إطار ممارسته سلطاته الضبطية في مجال السّكك الحديدية والنقل الحضري عن طريق السكك الحديدية، إلى أحكام دفتر الشروط المبرم بين المدينة وصاحب الامتياز الذي يحدّد كيفيان سير المرفق والمصادق عليه بموجب مرسوم كسند لهذه الدعوى، ويعتبر استناد مستعملي المرفق العمومي إلى بنود دفتر الشروط هو الاعتراف أنّ هذا الدفتر على الأقل فيما يخص البنود التي استند إليها أي البنود التي تحدّد كيفيان سير المرفق ليس لها الطابع التعاقدي وإنما لها طابع إنفرادي(الطابع التنظيمي في هذه القضية) يمكن الاستعانة به كسند لرفع دعوى تجاوز السلطة [4].

لكن في مرحلة تالية تم إلحاق الشروط التنظيمية بالشروط التعاقدية في عدم قبول الطعن بالإلغاء ضدها، وهذا ما جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion et autres.

---

[1] Léon, DUGUIT : **Traité de droit administratif**,tome 3,p447
[2] CE 5 mai1961,ville de lyon.Rec p294.
[3] CE 21 déceembre1906,Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli.S,1907.
[4] F-P BEnoit **:Le droit administratif Français**, Dalloz ,Paris 1968, p825.

« Le contrat de concession et le cahier des charge qui est annexé ne constituent pas des actes susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »[1] .

02- موقف القضاء من الشروط التنظيمية للعقد الإداري بعد 1996.

بتاريخ 10 جويلية 1996 صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Cayzeele"[2]، حيث جاء هذا القرار مخالفا لموقفه السابق الرافض لدعوى الإلغاء التي يرفعها غير المتعاقدين على العقد لإلغاء شرط من شروطه التنظيمية.

وتعلق موضوع النزاع بعقد إداري كان يربط بين نقابة بين البلديات intercommunale à Syndicat vocation multiple وبين شركة مكلفة بإزالة النفايات المنزلية، والشرط في هذه الحالة يفرض على السكان شراء حاوية لهذه النفايات، وهو متعلق بتنظيم مرفق جمع النفايات ويعد بذلك شرطا من الشروط التنظيمية .

طبقا للقضاء الذي كان سائدا آنذاك رفضت المحكمة الإدارية لـــ "Grenoble " إدعاءات السيد " Cayzeele" والتي اعتبرت موجهة ضد قرارغير قابل للانفصال عن العقد، إلاّ أنه وعند استئناف حكم المحكمة فبدل المصادقة عليه[3]، وضع مجلس الدولة حدّا للانتقادات الفقهية وعبّـــر عن قبـــوله للطعن بالإلغاء الموجه من صاحب المصلحة ضد الشرط التنظيمي للعقد بحيثية قضائية لا تدع مجالا للشك

« Considérant que les dispositions dont M. Cayzeele a demandé l'annulation ont un caractère réglementaire, qu'elles peuvent, par suite, être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir … ».

وتجدر الإشارة إلى أنه قد تمّ استبدال مصطلح الشـــروط "Stipulations" بمصطلح النصوص "dispositions" الذي غالبا ما يستخدم في التأكيد على أن التصرف المطعون فيه ليس العقد ذاته، فمن النادر ما يتم الاعتراف من طرف القاضي الإداري بالطابع التنظيمي لشرط من الشروط ،و يبرر ذلك بوجود نص تشريعي يصف الشرط موضوع الطعن بأنه شرط تنظيمي أو تعاقدي، أما في هذه القضية – ومع غياب النص –تعتبر بعض الشروط أنها تنظيمية بالنظر إلى موضوعها.

بعد القرار الصادر في قضيـــة Cayzeele أصبح بالإمكان الطعن بالإلغاء في العقود الإداريـــة ،على الأقل في الجانب التنظيمي منها وهذا ما أوضحه الأستاذ "P.Delvolvé" :

« ainsi se trouve renversée la jurisprudence constante qui refusait d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre un contrat en tout ou partie. »[4]

---

[1] CE 16 avril 1986,Cie Luxembourgeoise de Télédiffusion et autres ,Rec.p96.

[2] CE 10juillet1996, Cayzeele , req n°138536 .RFDadm1997,p99.

[3] حتى هذا التاريخ كان مجلس الدولة الفرنسي ينظر في الإستئنافات ، رغم صدور قانون 08 افريل 1995، فالدعوى هنا كانت مسجلة قبل دخول هذا القانون حيز النفاذ.

[4] Pierre.DELVOLVE : **« Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat »**, note sous CE Ass.10juillet1996, M Cayzeele , RFD adm 1997, p89 et s.

مع أن العقد لا يلزم إلاّ أطرافه إلاّ أن وجود الشروط التنظيمية(اللائحية) له أثره على الغير، ولذلك يبدو من الطبيعي تمكين هؤلاء من الطعن في هذه الشروط وبصورة مباشرة.

وخروج الإدارة أو الملتزم على الشروط التنظيمية لا يتضمّن مجرّد إخلال بالتزام شخصي مرجعه إلى العقد، بل ينطوي على مخالفة للقاعدة التنظيمية الواردة في العقد، مما يجعل القرار مشوبا بالبطلان .

فإذا ما خرج الملتزم على القواعد الواردة بعقد امتيازه والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، فإنّ لكل ذي مصلحة أن يردّه إلى نطاق المشروعية، بأن يطلب من الإدارة التدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط العقد ، فإذا رفضت الإدارة التدخل صراحة او ضمنا حقّ للمستفيد أن يطعن في هذا القرار أمام قاضي الإلغاء.

إلا أن إلغاء الشروط التنظيمية لعدم مشروعيتها لا يقتضي حتما إلغاء العقد إذ يبقى هذا الأخير قائما رغم حذف بعض شروطه، ويكون لقاضي العقد وحده الحكم بتمديد أوعدم تمديد الآثار الناجمة عن الحكم بالإلغاء على العقد ذاته ،وهو ما أدّى ببعض الفقهاء إلى القول بأن قرار مجلس الدولة هذا لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لنظرية القرارات المنفصلة، فيما عمد البعض الآخر إلى نفي ذلك ومنهم " R.Chapus[1] واعتبار أنّ هذا القرار قد تجاوز كلّ القرارات السابقة والصّادرة عن مجلس الدولة، من حيث قبول الطعن بالإلغاء في العقد ذاته .

هذا ونلاحظ أنه رغم التحول الذي جاء به قرار" Cayzeele في موقف مجلس الدولة من حيث قبول الطعن بالإلغاء ضدّ العقد الإداري، إلا أن بعض الأسئلة بقيت عالقة منها:

–ما أثر إلغاء بعض الشروط التنظيمية القابلة للانفصال على الوجود القانوني للعقد؟

لقد ذهب الفقه في هذه الحالة –مع انعدام كلّي للاجتهاد – إلى القول بأن الشروط التنظيمية الملغاة إذا كانت قابلة للتجزئة، وعلى العكس فانه إذا كان من غير الإمكان تجزئة هذه الشروط فيجب إبطال العقد كلية [2].

– ما مصير العقد الذي يتكون في مجمله من شروط تنظيمية تسري جميعها في مواجهة الغير، كالعقود المبرمة بين الأشخاص العامة والمتعلقة بتوزيع وتنسيق الاختصاص في إدارة مرفق معين بين السلطة المركزية والجماعات المحلية[3] في فرنسا واتفاقات الضمان الاجتماعي؟ [4].

---

[1] « Cette jurisprudence Cayzeele ne doit pas être confondre avec celle relative à la détachabilité… » .«la décision Cayzeele n'a été un événement que parce qu'il s'est fait attendre » René, CHAPUS,Op.Cit,p214.

[2] د.محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ، ص617.

[3] د. مهند مختار نوح، المرجع السابق ،ص ص107-109.

[4] د.مهند مختار نوح ،المرجع نفسه ،ص ص211 ،212.

ثانيا: الطعن بالإلغاء في الشروط التعاقدية للعقد .

ينتج عن الطبيعة المزدوجة لعقد الالتزام –أي وجود نصوص تنظيمية(لائحية) وأخرى تعاقدية– وجود قضاء مزدوج يفصل في النزاعات الناشئة عن عقد الالتزام وهو ما عبّر عنه مفوض الدولة "Blum" بقوله: « يوجد قضاء مزدوج للالتزام :قضاء شرعية العمل اللائحي، وصورته العادية الطعن لتجاوز السلطة ،وقضاء العقد الذي يتضمن بالضرورة فحص الانعكاسات التي يمكن أن يؤثر بها العمل اللائحي على اقتصاديات العقد ... »

والأصل أن الشروط التعاقدية لا تقبل الطعن عليها بالإلغاء لكونها تتعلق بالحقوق والالتزامات ما بين الملتزم والسلطة المانحة الالتزام ولا يمتد أثرها إلى الغير، ومع ذلك قبل طعن الغير المنتفع من عقد امتياز بين الإدارة وإحدى شركات الالتزام بإنشاء وإدارة أحد الطرق السريعة وكان الطعن منصبا على شروط تعاقدية، وذلك في قضية Mme Monnier[1]

كما لم تتردد المحكمة الإدارية لـــ " Melun" بتاريخ 22 ديسمبر 2006 في إلغاء صفقة عمومية تتعلق بتوفير الأمن" gardiennage " تمت بين مدير المدرسة الوطنية للبياطرة وشركة متخصصة في تحقيق الأمن"Société Europrotec Sécurité "[2]، وقد تم إلغاء هذه الصفقة بناء على طلب من الغير(النقابة الوطنية CGT التابعة لوزارة الزراعة والمؤسسات العمومية)، وأسست المحكمة ح كمها على كون الصفقة قد تم توقيعها من طرف مدير المدرسة دون إجازة مسبقة من مجلس إدارتها وهو ما تنص عليه المادة811– 102 من القانون الريفي code rural مما يجعلها معيبة بعيب عدم الاختصاص ، وبهذا تكون المحكمة قد خرجت عن المبدأ الرافض لتوجيه الطعن بالإلغاء إلى أي شرط من الشروط التعاقدية للعقد.

والجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد فيما سبق بأنه لا يجوز لغير المتعاقدين اللجوء إلى **قاضي العقد** والمطالبة بإبطال شروط تعاقدية غير مشروعة إعمالا لمبدأ الأثر النسبي للعقد [3] ،إلا أنه و رغبة منه في تبسيط الدعاوى في مجال العقود الإدارية [4]، قد حاد عن موقفه هذا في16 جويلية2007 في قضية" Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe "، حيث أجاز لغير المتعاقدين (الشخص الذي تقدم للمناقصة وتم استبعاده) اللجوء إلى قاضي العقد والطعن في عدم مشروعية العقد

---

[1] CE, Ass ; 30octobre 1996,Mme Monnier AI 1996,p1041.

[2] TA, de Melun, 22décembre2006.Syndicat national CGT du ministère de l'agriculture ,RFDadm septembre-octobre2007,p955.

[3] CE 08 novembre1974, Figureras, Lebon545.

[4] « …c'est en effet une autre voie qui est ouverte aux concurrents évincés , celle du plein contentieux . Ce postulat peut se discuter, mais il exprime la volonté du juge administratif de ne pas revenir sur la distinction classique des deux bronches du contentieux ».
Rozen, NOGUELLOU : " **Simplification des recours contre les contrats administratifs",** Etudes et commentaires,Notes contrat administratif ,Recueil Dalloz n°35. Op.Cit,p616.

ذاته [1]، و ابتداع دعوى جديدة في العقود الإدارية (une nouvelle voie de droit) والتي قد تكون أكثر فعالية حسب البعض[2].

وأصبح من المحتمل استبعاد الطعن بالإلغـــاء في مجال العقود الإداريـــة الذي ما فتئ يتقرر " l'acceptation originelle du recours pour excès de pouvoir contre le contrat et son exclusion rapide"[3]

وأنّ القرار الصّادر عن مجلس الدولة في هذه القضية شبيه بالقرار الصادر عنه سنة 1899في قضية "Levieux" -المشار إليه آنفا.

وهناك من يراه أنه حلّ مبتكر في منازعات العقود الإدارية يخرج بنا عن تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال التي تقرّرت لحماية الغير الذي يضار من العقد ، ولم يكن من السّهل أبدا ابتكار مثل هذا الحلّ، حيث استغرق الأمر أكثر من قرن من الزّمن[4] .

ومردّ هذا التغير في موقف مجلس الدولة حسب مفوض الحكومة [5] "Didier casas" عدة اعتبارات يأتي في الدرجة الأولى منها عجز نظرية القرارات القابلة للانفصال عن ضمان الحدّ الأدنى من الفعالية [6].

إلاّ أن هذا الحلّ لا يمكن تعميمه على كل العقود الإدارية ولا على كل الأغيار(إن صحّ التعبير)حيث كتب الأستاذ" J- M. Pontier " :

« la décision Tropic est un grand arrêt qui a été rendu dans des conditions particulières ».

---

[1] CE 16 juillet2007, Société TropicTravaux Signalisation Guadeloupe,AJDA2007.1577,chron.F.Lenica et J.Boucher,RFDadm 2007.696, concl.D.Casas,RJEP oct2007.concl D.Casas,note P ;Delvolvé.

[2] « Un nouveau juge pour le contrat administratif », note P.Delvolvé, Op. Cit ,p337.

[3] Jean- Marie , PONTIER **:Contrat et recours pour excès de pouvoir**, sous la direction de j. Léger centre de recherche administratives ;Presses Universitaires D'aix –Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique2008,p26.

[4] Mathieu,GUDEMET : « **LE Conseil d'Etat réinvente le contentieux des contrats administratifs** », www.ac- toulouse .fr /automne _files/ p Docs/Public/r2793_61 arret_du_conseil d'etat _ du 16 _juillet_2007.pdf

[5] « **Ne dites plus '' commissaire du gouvernement mais rapporteur public "** »
A propos du décret du 7 janvier 2009,Voir : , Marie Christin , ROUALT,La semaine juridique 28 janvier 2009,p06.

[6] CASAS , Didier, conclusion sur CE,Ass ;16 juillet2007, SociétéTropicTravaux Guadeloupe Signalisation,RFDA2007 ,p696.
Proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant les directives n°89/665CEE et92/13/CEE du conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics(COM2006)195 final/, …plutart Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du conseil du 11décembre 2007.(JOUE n°335 du 20 décembre 2007, p .0031et s transposé20 décembre 2009.

الفرع الثاني : الطعن بالإلغاء في بعض العقود نظرا لطبيعتها الخاصة.

(الطعن بالإلغاء في عقود الأعوان العموميين.)

تعرف عقود الأعوان العموميين بأنها تلك العقود التي تربط بين أعوان عموميين والإدارة، وللعلاقة التعاقدية هنا طابع خاص من حيث إمكانية تغيير النصوص المطبقة وتسريح العون في أي وقت، لهذا تساءل البعض عن الطبيعة القانونية لهذه العقود، هل تعد هذه الأخيرة فعلا عقودا ؟ أم أنها عقود صورية ؟

هذا ويرجح البعض الصفة الصورية نظرا لأن العقد في مثل هذه الحالة عبارة عن نصوص تنظيمية تفرضها الإدارة على العون المتعاقد معها دون أن يكون له أدنى حق في مناقشتها [1].

إلا أن هناك من يرى أننا دائما أمام عقد إداري والذي من بين معاييره فضلا عن المعيار العضوي (كون أحد أطراف العقد شخص معنوي عام) ومعيار اتصال العقد بنشاط مرفق عام ، نجد معيار إتباع أسلوب القانون العام بإدراج شروط استثنائية في العقد غير مألوفة في القانون الخاص ، وأن وصف غير مألوفة لا يقتصر على الشروط بل قد ينصرف حتى إلى النظام الذي يبرم العقد في ظله ،وهذا ما ينطبق على عقود تعيين الأعوان العموميين.

ولا يؤثر في الطبيعة التعاقدية للعقد الإداري أن تكون شروطه مفروضة على المتعاقد دون مناقشة ، وإن استقلت الإدارة المتعاقدة بتحديدها فإن للطرف الأخر الحرية في رفض ما هو مفروض عليه أو قبوله، فالمتعاقد مع الإدارة و إن كان لا يشارك في وضع شروط العقد إلا أنه يقبلها ويرتبط بها بإرادته ورضاه بحيث يصح القول أن ثمة قبول حقيقي تتوافر فيه عناصر التعاقد والإرادة المشتركة للمتعاقدين. كما أن العقود الإدارية لا تعتبر– بصفة عامة – من عقود الإذعان فالمتقدم للتعاقد مع الإدارة ليس في غالب الأحوال في وضع المضطر الذي يكون في حاجة ماسّة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه كما في عقود الإذعان ،بل أن الرأي الغالب يرى أن عقد الإذعان ذاته عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ، وضعف أحد الطرفين إزاء الآخر هو ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية .[2]

وأنه لا ينال من وصف العقد أن تتدخل القوانين واللوائح بتنظيم بعض جوانب العلاقة وقد يتزايد هذا الجانب التنظيمي بحيث يقتصر أو يكاد يقتصر دور الإدارة على إخضاع المتعاقد للمركز النظامي الذي تحدده القوانين واللوائح، والمثال الواضح هو عقد الوظيفة العامة بالنسبة للموظفين المتعاقدين الذين

---

[1] « Dans ce cas les rapports contractuels ne sont q'une fiction masquant une situation légale et réglementaire entre l'administration et l'agent ou l'usager » .TERNEYRE,P :**"les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs"** ,EDCE 1988, p90.

[2] د .عبد الرزاق أحمد السنهوري :**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، المجلد الأول" مصادر الالتزام "،(نظرية الالتزام بوجه عام) الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان2000، بند117، ص247.

يخضعون في علاقتهم بالدولة لنظام قانوني أو لائحي تحدده القوانين واللوائح، ويكاد يقتصر دور الإدارة على الدخول في العلاقة مع تنظيم بعض المسائل كمدة العقد وإنهائه... [1]

وإن كان مجلس الدولة الفرنسي قد رفض الطعن بالإلغاء في مواجهة عقود الأعوان العموميين في الماضي تطبيقا للمبدأ العام القاضي برفض الطعن بالإلغاء ضد كل العقود الإدارية مهما كان نوعها، فإنه أصبح يقبل الطعن بالإلغاء– وإن لم يذكر صراحة أن الأمر يتعلق بالطعن بالإلغاء–في مواجهة هذا النوع من العقود دون سواها نظرا لطبيعتها الخاصة حسب رأيه ، و يرى الكثير من الفقهاء في قرار"Ville de Lisieux " باكورة تحول عميق في موقف مجلس الدولة نحو قبول الطعن بالإلغاء ضدّ كل العقود الإدارية .

أولا : الطعن بالإلغاء في عقود العمال العموميين قبل1998.

قبل مجلس الدولة الفرنسي أول الأمر دعاوى الإلغاء الموجهة ضد إجراءات تنفيذ العقد مهما كانت صفة الطاعن فيها حيث أجاز الطعن بالإلغاء ضد كل إجراء يمس بالجانب المالي للعقد، وذلك بمقتضى القرار الشهير الصادر عنه في قضية " Lafage" [2]، والتي كان للطاعن فيها الخيار بين اللجوء إلى دعوى التعويض أو دعوى الإلغاء وقد اختار المطالبة بإلغاء القرار ، وتم في مرحلة لاحقة قبول الطعن بالإلغاء ضد الإجراءات المتعلقة بالتعيين والفسخ [3] ، واعتبر بعدها رفض تجديد العقد بمثابة عقوبة تأديبية تقبل الطعن فيها بالإلغاء [4].

لكن بعدما شبه– ونعني بذلك مجلس الدولة– العون المتعاقد مع الإدارة بالموظف [5] ،أصبح يرفض الطعن بالإلغاء الموجه من الغير إلى العقد ،وبرأيه أن تمكين المتعاقد من الطعن بالإلغاء في الإجراءات الخاصة بتنفيذ العقد فيه حماية لحقوقه، وعليه فإن كان الطعن بالإلغاء من جانب المتعاقد يجد مبرره في حماية حقوق هذا الأخير فلا مبرر لهذا الطعن إن كان من جانب الغير، والمفروض أنه لما كان منه تشبيه العون المتعاقد بالموظف كان يتعين عليه قبول طعون الغير ضد قرارات التعيين ...

لعلّه كان يخشى من أن يؤدي قبول هذا النوع من الطعون إلى إلحاق الضرر بالمركز القانوني للعون العمومي المعين عن طريق العقد، ويكون بذلك قد رجّح استقرار الأوضاع التعاقدية على احترام مبدأ المشروعية.

---

[1] د. محمود عاطف البنا ، المرجع السابق ، ص210 .

[2] CE 08 mars 1912, Lafage ,Rec p348.

[3] CE 08 décembre1948,Dlle Pasteau,Rec p464.

[4] CE 07 décembre 1983,Brugère, req n°44,750 Lexis.

[5] ما يميز العون العام عن الموظف العام في فرنسا كونه: يعمل في مرفق عام عضوي ، ولا يشترط فيه أن يعمل في وظيفة دائمة ، كما لا يشترط فيه أن يشغل إحدى درجات السلم الإداري ، لا يشترط فيه أن يكون قد دخل الوظيفة عن طريق تعيينه فيها وقبوله لهذا التعيين...انظر في هذا الصدد :د مصطفى أبو زيد فهمي ، **الوسيط في القانون الإداري** ،الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2000،ص503.

ثانيا: الطعن بالإلغاء في عقود الأعوان العموميين بعد 1998.

في 30 أكتوبر1998 صدر قرار"Ville de Lisieux"عن مجلس الدولة الفرنسي ، حيث كان يتعين على القاضي الإداري حينها الفصل وفي اليوم ذاته في دعويين موجهتين إلى عقود تخص تعيين أعوان عموميين تمت بصورة غير مشروعة، أي مخالفة للمادة 34 من قانون 26 جانفي 1984 التي تنص على أنه يتم إنشاء مناصب العمل الخاصة بالأعوان غير المثبتين " non titulaires" من طرف الهيئة المداولة بالهيئة المحلية .

وكانت الدعوى الأولى موجهة من طرف عضو بالمجلس البلدي يرمي من ورائها إلى إلغاء العقود غير المشروعة التي تم تكييفها فيما بعد من طرف المحكمة الإدارية ل" Caen" على أنها موجهة إلى قرار منفصل عن العقد (القرار المتعلق بالتعيين).

أما الدعوى الثانية فكانت موجهة من طرف المحافظ بالاعتماد على أسلوب طعن المحافظ ضد العقد الموقع من طرف الآنسة " Lacagne "حيث ثار النزا ع حول مداولة أنشأت منصبا لمتعاقد في حين أن المناصب الدائمة للبلديات يجب أن يتم شغلها من قبل الأعوان المثبتين .

وكنتيجة للاستئناف أمام مجلس الدولة والذي تم من طرف " ed elliV xueisiL "على الحكمين ، قرّر هذا الأخير استنادا إلى الاجتهاد القضائي السابق أن طعن عضو المجلس البلدي غير مقبول لكونه صادرا عن الغير، وتم في المقابل المصادقة على الحكم الصادر في الدعوى التي أقامها المحافظ (رغم التشابه القائم بين القضيتين من حيث الوقائع).

لا شك أن للإصلاح التشريعي لعام 1982أثره على موقف مجلس الدولة هذا، إذ يبدو من كلتا القضيتين أن العقد محل الطعن يخص تعيين الأعوان العموميين ، مخالفة مبدأ المشروعية فيهما واضحة ، وقد حاول مجلس الدولة إيجاد حلّ موحد للقضيتين بحيثية جاءت على النحو التالي :

« Considérant d'une part qu'en égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires, les contrats par lesquels il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombres des actes dont l'annulation peut être demandé au juge administratif par un tiers y un intérêt suffisant »[1]

بهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي قد مكّن الغير– الذي يثبت أن له مصلحة كافية–من الطعن بالإلغاء ضد العقود التي تربط الأعوان غير المثبتين والهيئة العمومية نظرا للطبيعة الخاصة التي تتسم بها هذه العقود– حسب رأيه.

[1] CE 30 octobre1998,Ville de Lisieux n°149662,Lebon375, Chron .F.Raynaud et P. Fombeur, AJDA,1998, p969 .

وإن كان بعض الفقهاء يرون أن قرار" xueisiL ed elliV " لا يوحي بأي تحول في موقف مجلس الدولة نحو قبول الطعن بالإلغاء الموجه ضد العقد الإداري، ذلك أن موضوع الطعن بالإلغاء في هذه القضية وإن كان في حقيقته تصرف ذو طابع اتفاقي، فان الطابع الإتفاقي هذا لم يتم أخذه في الحسبان لأن هناك عناصر توحي بأن مركز العامل العمومي المتعاقد قد نشأ بإرادة منفردة.

وهناك من يرى بأن قرار " xueisiL ed elliV " لم يأت بجديد يذكر وهو مجرد امتداد لقرار "Cayzeele" الذي بقي فيه الجدل قائما بخصوص العقود التي تتشكل في معظمها من شروط تنظيمية ، فالطابع التنظيمي للعقد ومظاهر الإرادة المنفردة هي التي تبرر جواز تدخل الغير في العقد .

إلاّ أن الأستاذ "Victor Haim" يؤكد أن قرار" xueisiL ed elliV "يدل على تغير واضح ومقصود في موقف مجلس الدولة نحو قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري في حد ذاته ،الأمر الذي كان محظورا في السابق،و يرى أنه إذا كان في وسع المحافظ الطعن في عقد ما أمام قاضي الإلغاء وتبين لهذا الأخير إلغاءه، فذلك لأن العقد تصرف قانوني ينشيء حقوقا والتزامات لأشخاص المرتبطين به ،وأنه لا يتـــصور أن يكون هذا التصرف فوق القوانين ويفلت بذلك من الرقابة المباشرة لقاضي المشروعية، ومن المؤكد أن إلغاء القاضي للعقد لن يرق للمتعاقدين ، لكن ضرورة احترام مبدأ المشروعية في مثل هذه الحالة أهمّ من احترام حقوق المتعاقدين مع الإدارة"[1].

لقد عقّب مفوض الحكومة"M.Stahl "على موقف مجلس الدولة هذا ، حيث أوضح أن قبول الطعن بالإلغاء الذي يقوم به الغير ضد العقد قد يؤثر على وضعية المتعاقدين خصوصا عندما يتم الطعن في قرارات تعيينهم، ولا غرابة في ذلك–حسب رأيه– فالأعوان يكونون على علم مسبق بان مراكزهم القانونية الناشئة عن العقد غير مستقرة[2].

لكن السؤال الذي يطرح بشدّة في هذا الصّدد هو: هل من الممكن تعميم القرار الساب ق لمجلس الدولة على بعض العقود التي تعتبر من طبيعة خاصة كتلك المتعلقة بشغل الدومين العام ؟ والعقود التي تبرم مع المنتفعين من المرفق العام الإداري ؟[3] الإجابة تكمن في الأخذ بقرار"xueisiL ed elliV" كسابقة قضائية أو لا، ومما لا خلاف حوله أن القضاء الإداري الفرنسي حرّ في تطبيقه للقواعد القانونية التي يمكن استخلاصها من السوابق القضائية أوعدم تطبيقها، والقواعد التي تستقر عليها المحاكم ليست ملزمة له من الناحية القانونية، لكنها تتمتع بقوة واقعية أو بنفوذ أدبي مستمد من سير مجموع المحاكم على مقتضاها تجنبا لتناقض الاجتهادات .

---

[1] Haim.JCP,10 mars1999 p479.

[2] STAHL, J.H :**"L' évolution du contentieux contractuel"**,RFD adm janv-févr1999.

[3] د. وفاء سيد رجب :**مستقبل القانون الإداري** (دراسة مقارنة)، مطبعة العشرى، 2007، ص 290.

والظاهر أن مجلس الدولة قد حصر هذا الحلّ على عقود الأعوان العموميين دون غيرها من العقود ، وحتى في إطار هذه العقود فإن مجال الطعن بالإلغاء ضيق لأن مجلس الدولة يتطلب من الغير أن يثبت مصلحة كافية "Intérêt suffisant" ليتسنى له ممارسة هذا النوع من الطعون، مع أنه لم يحدّد ما المقصود بالمصلحة الكافية في حكمه.

يؤكد غالبية الفقه في فرنسا أن الحالات التي تم فيها قبول الطعن بالإلغاء في العقد الإداري لا تتعدى كونها استثناءات من القاعدة العامة التي تقضي برفض الطعن بالإلغاء الموجه إلى العقود الإدارية . وسواء صيغت هذه الاستثناءات في شكل نصوص تشريعية أو أحكام قضائية فإنها تتطلب وجود شروط معينة لتحققها ولا ينبغي تعميمها على الحالات الشبيهة بها .

ومع ذلك فإن كثرة هذه الاستثناءات دفعت بالبعض إلى المطالبة بإعادة النظر في ما قد يعد من المبادئ القانونية طالما تكرر الخروج عنها ، فكثرة الإستثناءات على المبدأ قد تجعل من هذا الأخير استثناءا وهو شأن المبدأ الذي يقضي برفض الطعن بالإلغاء الموجه للعقود الإدارية ، ما يؤكده مفوض الحكومة " M .Stahl "."[1]

المبحث الثاني: أثر التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية على قواعد الاختصاص القضائي.

لقد أدّى قبول الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية إلى التشكيك في الطبيعة القانونية لدعوى الإلغاء من حيث كونها دعوى عينية بحتة ، بل أدّى إلى أبعد من ذلك إلى زعزعة التقسيم التقليدي للدعاوى الإدارية، دعاوى الإلغاء التي تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة ودعاوى القضاء الكامل - والتي تندرج في إطارها المنازعة العقدية– هذا التقسيم الذي ينبثق في الأصل من تقسيم الدعاوى إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية ، وهذا حسب ما خلص إليه الأستاذ" Wilfried kloepfer " من خلال الدراسة التي نشرها في مجلة الحالية القانونية الإدارية AJDA في 31 مارس 2003

« L'intrusion du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle perturbe la classification traditionnelle des recours contentieux …Ainsi il ne devrait plus être perçu comme une action exclusivement objective » [2]

---

[1] « il semble aujourd'hui qu'il n'y a plus que le recours pour excès de pouvoir contre les marchés publics qui subisse de la part des juridictions un sort contraire a ce qui est devenu la norme en la matière .En d'autres termes, le champ du principe est devenu l'exception , tandis que l'exception se généralise par contagion et propagation dans la matière du contrat » . L'exposé du commissaire du gouvernement rapporté par .Dewailly, S (note sous la décision commentée, AJDA2007, p695.

[2] Wilfried, KLOEPFER, Op.Cit,p585.

حيث أفضى اللجوء المتزايد لدعوى الإلغاء بشأن المنازعة العقدية -حسب رأيه– إلى وجود نوعين من دعاوى الإلغاء، دعوى إلغاء خاصة بالقرار الإداري وأخرى خاصة بالعقد ،ويرى الأستاذ "Pouyaud [1]" أن قاضي الإلغاء أصبح في الواقع قاضيا ثانيا ينظر في مدى صحة العقد،وانه هناك تعدياً من جانبه على إختصاص القضاء الكامل والذّي يفترض أن يكون وحده قاضي العقد، إلاّ أن هناك من يرى أن هذه الفكرة ليست بجديدة حيث ظهرت منذ 1958 ، وهو ما يؤكّده مفوض الحكومة "Kahn" [2].

وأمام هذا الوضع أصبح البعض يتساءل عن ضرورة إيجاد تقسيم جديد للدعاوى الإدارية(خاصة العقدية منها) يحل محل التقسيم القديم،أو الإبقاء على هذا الأخير؟

سنتطرق في ما يلي إلى أثر التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية على الاختصاص القضائي فيها، وصيرورة هذا الأخير مزدوجا(المطلب الأول)، والى الإبقاء على ازدواجيته أو توحيده مجدّدا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال منازعات العقود الإدارية.

(تقاسم الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد)

من خلال ما تقدم يظهر أن تحديد الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية لا يقوم على أساس قانوني متين بل على اعتبارات الملاءمة، فلم يكف وجود دعوى موازية لرفض الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري، ولم يشفع للعقد الإداري كونه من طبيعة مختلفة عن تلك التي تتسم بها القرارات الإدارية ليبقى بعيدا عن الطعن فيه بالإلغاء ، وهو ما أدّى في الأخير إلى تقاسم الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية ،حيث يختص قاضي العقد بنظر المنازعات التي تثور حول الحقوق الشخصية والمراكز الفردية المترتبة عن الرابطة التعاقدية، بينما يختص قاضي الإلغاء بنظر المنازعات الناجمة عن الإخلال بمراكز موضوعية عامة (عن طريق الطعن في القرارات القابلة للانفصال عن العقد، والطعن في الشروط التنظيمية له...)، وقد أدى تقاسم الاختصاص القضائي هذا إلى الكثير من التعقيد والغموض سواء على المستوى الإجراءات القضائية الواجب إتباعها ،وهو ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول) ،أو على مستوى السلطات الفعلية التي يملكها القاضي ،وهو ما سنتناوله في (الفرع الثاني).

[1] POUYAUD, D ,Op.Cit,p329.

[2] « Sans toutefois se confondre avec lui , le contentieux de l'excès de pouvoir se superpose intégralement au contentieux du contrat », Kahn, Concl sur CE 5 décembre1958 ,Union des Pécheurs à la ligne, AJDA 1959,p57.

الفرع الأول : أثر ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية على إجراءات التقاضي.

نبحث في هذا الفر ع من دراستنا أثر تقاسم الاختصاص القضائي في مجال منازعات العقود الإدارية بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء على إجراءات التقاضي .

هل يتعين على الغير الذي يرغب في تمديد أثر الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد مثلا التقيد بنوعين من الإجراءات،التقيد بالإجراءات الخاصة بدعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء من جهة والتقيد بالإجراءات الخاصة بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد من جهة أخرى ،ألا يؤدي ذلك إلى تعقيد الإجراءات على المتقاضي؟هل النصوص التشريعية الخاصة بالإجراءات (خاصة في فرنسا التي خاضت في مسألة قبول الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية شوطا كبيرا) مواكبة للتحول نحو قبول هذا النوع من الطعون، أم أنها بقيت بعيدة عن ذلك ،هل راعت خصوصية المنازعة العقدية ؟، أم أن الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية بقي خاضعا للقواعد العامة التي تحكم دعوى الإلغاء والتي ترفع في الأصل للمطالبة بإعدام القرارات الإدارية غير المشروعة ؟

أولا : اختلاف الإجراءات باختلاف الطاعن .

أدّى تقاسم الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية بين قاضي الإلغاء وقاضي العقد إلى تعدّد وتعقد الإجراءات أمام الطاعن، وذلك بحسب ما إذا كان هذا الأخير أحد المتعاقدين أو الغير أو المحافظ ، وبحسب ما إذا كان هذا النزاع مثارا أمام قاضي العقد أو قاضي الإلغاء أو كليهما .

_ فعندما يكون الطعن موجها من طرف أحد المتعاقدين، يكون له اللجوء إلى قاضي الإلغاء بالنسبة للقرارات المنفصلة عن العقد والتي تكون في مرحلة إبرامه.

_ ويكون لغير المتعاقد الحصول على إلغاء للقرار المنفصل عن العقد سواء صدر هذا القرار في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، كما يكون له الطعن في شرط تنظيمي مدرج في العقد وكذا بالنسبة للعقود التي تكون من طبيعة خاصة حيث يكون له الطعن فيها بالإلغاء إذا اثبت أن له مصلحة كافية ، ويكون للغير كذلك اللجوء إلى المحافظ الذي يلجأ بدوره إلى قاضي الإلغاء لإلغاء قرار منفصل عن العقد ،ويكفي في ذلك أن تكون له مصلحة بسيطة .

_ أما فيما يخص المحافظ فيكون له اللجوء إلى قاضي الإلغاء لإلغاء قرار منفصل عن العقد الإداري كما يمكنه الطعن بالإلغاء في العقد الإداري ذاته والمطالبة بإلغائه.

ويفترض في الطاعن في كل حالة من الحالات السابقة أن يكون على علم كاف بشروط الدعوى الواجب توافرها فيه، حتى يتسنى له الطعن في العقد أو في أحد القرارات القابلة للانفصال عنه، وهذا ما يثبط في الكثير من الأحيان من عزيمة الطاعن الذي قد يخطئ في أحد الإجراءات، وقد يستغرق وقتا

طويلا للوصول إلى الإجراء المناسب، وهو ما يؤكده مفوض الحكومة " J.H .Stahl" في تعليقه على قرار" elliV xueisiL ed ":

« Long Chemin qui, pour l'istant, s'étire d'annulation d'acte détachable en demande astreinte, du juge de l'excès de pouvoir en juge du contrat, sans d'ailleurs que les justiciables soient assurés de parvenir à bon port »[1]

كما يظهر من قضية" Lopez" الحدّ الذي وصل إليه تعقيد الإجراءات المتعلقة بالدّعاوى العقدية حيث تم اللجوء فيها إلى قاضي الإلغاء، قاضي العقد وقاضي التنفيذ وهو ما أدّى إلى بطء كبير في سير الدعوى، وتطلب الأمر أكثر من13(ثلاثة عشر)عاما للفصل في القضية وحوالي11(أحد عشر) حكما ، و ليتمكن الغير من البلوغ إلى بطلان العقد يتعين عليه مراعاة إجراءين مختلفين واحد أمام قاضي الإلغاء والآخر أمام قاضي العقد، إجراءان في مواجهة شخص واحد ينبغي عليه التقيد بهما، حتى وإن كان هذين الإجراءين غير فعالين حيث أن الطاعن لا يحظ في الأخير بالنتيجة التي قد يرغب في تحقيقها وهي إعدام العقد وجعله كأن لم يكن، وهو ما يتعارض–حسب البعض– مع ما نصت عليه المادة 06 الفقرة01 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات العامة 1950[2]من" **حق الإنسان في محاكمة عادلة** "[3]، و الذي من بين الأسس التي يقوم عليها هذا الحق :

–الحق في قضاء جيد(منصف) والذي لا يتأتى بدوره إلا بالحق في مدة معقولة في الإجراءات .

– والحق في تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء .

هذا ما أكدته الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان (أحد الأجهزة التي تسهر على تطبيق الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان) منذ إنشائها في سنة 1959.

وإن كنّا لا ننكر سعي مجلس الدولة الفرنسي ومنذ زمن بعيد نحو تجسيد مبدأ حق الإنسان في محاكمة عادلة في مجال المنازعات الإدارية من خلال أحكامه المتعددة وحتى قبل دخول الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان حيز النفاذ [4]، إذ يعتبر هذا الحق جوهر دولة القانون، الدولة التي يتم الفصل في المنازعات الإدارية فيها من قبل قضاء مستقل ونزيه، ولعلّ سعيه الحثيث نحو تكريس مبدأ حق الإنسان

---

[1] STAHL ,J .H,Op.Cit.p134.

[2] الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية الموقعة في روما 04 ماي 1950، والتي دخلت حيز التنفيذ بالنسبة لفرنسا في 03 ماي 1974 بموجب مرسوم نشرها في 03 ماي 1974، تربط بين 46 دولة عضو في الإتحاد الأوربي على اختلاف النظم القضائية فيها (نظام القضاء الموحد ، نظام القضاء المزدوج ، ونظام القضاء المختلط ...) ، تتولى كل من المحاكم الوطنية للدول المنضمة إليها ، والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان التي أنشئت تنفيذا لهته الاتفاقية تفسير وتطبيق أحكامها .

تنص المادة 06 فقرة 01 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات العامة على أن "لكل إنسان الحق في أن تنظر قضيت ه بعدالة وبصفة علنية وخلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة ونزيهة ، يتم إنشاؤها بمقتضى قانون، وللمحكمة الحق بالفصل في المنازعات الخاصة بحقوق والتزامات الأفراد ذات الصفة المدنية ،و كذلك في صحة الاتهامات الموجهة للأفراد ذات الصفة الجزائية ".

هذا وقد اعتبرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أن حق الإنسان في محاكمة عادلة يمتد إلى حقوق والتزامات الأفراد ذات الصفة المدنية، و المنازعات ذات الصفة الجنائية وكذا المنازعات ذات الصفة الإدارية.

[3] للمزيد من التفاصيل انظر : د. موسى مصطفى شحادة ،**" مبدأ حق الانسان في محاكمة عادلة في المنازعات الإدارية وتطبيقاته في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان"**، مجلة الحقوق ، السنة الثامنة ،العدد الثاني ، 02 جوان 2004، ص22 ومايليها.

[4] CE 21 mars 1947, Sieur Drouard et CE 13 fév1948, Massing ,Rec Lebon p76…ect

في محاكمة عادلة هو ما دفع به إلى إصدار قراره القاضي بتمكين غير المتعاقدين (الشخص الذي تقدم للمناقصة وتم استبعاده) التوجه إلى قاضي العقد للمطالبة بإبطاله ،وهو ما أوضحه مفوض الحكومة "Didier Casas" :

« les tiers à un contrat ne peuvent en demander l'annulation (ni, donc,la suspension de l'exécution) mais le moment est venu de faire évoluer cette jurisprudence » [1].

ثانيا : بقاء النصوص التشريعية الخاصة بالإجراءات بعيدة عن مواكبة التوجه نحو قبول الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية .

إذا كان تصنيف الدعاوى الإدارية قد أدى في ما مضى إلى عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد الإداري، لاحظنا–مما سبق عرضه–أن هناك تدخلا قضائيا وتشريعيا قد عملا معا على إقحام دعوى الإلغاء في مجال العقود الإدارية حيث لجأ القاضي الإداري أوّل الأمر إلى فكرة القرار المنفصل للتخفيف من الآثار السلبية الناتجة عن الاستناد إلى فكرة الدعوى الموازية، ومع ذلك ينتقد البعض فكرة القرارات المنفصلة في حدّ ذاتها ومن بينهم الأستاذ "S.G uérard" [2].

وإن كان لا يمكن إنكار فض ل فكرة القرار المنفصل في إرساء مبدأ المشروعية في منازعات العقود الإدارية ، فإن المسألة لا تخلو من التعقيد من ناحية الإجراءات خصوصا في مواجهة الغير ،الذي يحصل على حكم بإلغاء القرار المنفصل ومع ذلك فإنه لا يملك الحق في اللجوء إلى قاضي العقد لتمديد أثر هذا الحكم إلى العقد، وهو ما أوضحه كل من " J.Gourdou "و " P.Terneyre ":

« La technique de l'acte détachable, exploitée jusqu'à ses limites les plus extrêmes fournit un compromis que chacun sait imparfait du fait des complications procédurales qu'il engendre, mais dont le juge se contente, faute de mieux »[3]

كما يبدو أن التدخل التشريعي لعام 1982 والخاص بطعن المحافظ قد ضاعف من حدّة الشكوك حول قبول الطعن بالإلغاء ضدّ العقود التي تبرمها الجماعات المحلية، وهذا يعود حسب البعض إلى عدم نزاهة (عدم حياد) ممثل الدولة" المحافظ" L'absence d'impartialité du représentent de l'Etat في الكثير من الأحيان ،إذ كيف يكون في آن واحد طرفا في بعض هذه العقود ومكلفا بالرقابة على

1 "**Simplification des recours contre les contrats administratifs**", www.capitant.fr/articles/simplification.pdf -, CE,Ass;16juiller2007societe, Tropic Travaux Signalisation ;req 291545

2 « La technique de l'acte détachable n'est jamais un remède à, mais souvent un symptôme de, l'état du contentieux administratif français » . GUERARD,S , Op.Cit,p525.

3 GOURDOU ,J et TERNEYRE,P : **Pour une clarification du contentieux de légalité en matière contractuelle** , CJEG Juillet1999 ,p249.

مشروعيتها ،وأنه ما من شيء يفرض عليه تحريك طعنه في تصرفات الجماعات المحلية أمام المحاكم الإدارية ، والأصل أن رفضه القيام بذلك غير قابل لأي شكل من أشكال الطعون[1] .

وإن كان قانون 08 فيفري 1995 قد سجل تطورا لا يستهان به وذلك من خلال منح سلطات جديدة لقاضي الإلغاء، لكن المتمعن في هذا القانون يجد أن وسيلة إصدار أوامر للإدارة و وسيلة فرض الغرامة تهديديه لتنفيذ الأحكام الإدارية لا تكون فعّالة في كل الأحوال، فالقاضي في الواقع يمتلك نوعا من السلطة التقديرية في استعمال هتين الوسيلتين ،ويبقى اللجوء إلى الإكراه الذي يمارس تجاه الإدارة مسألة نسبية، وأنه حتى وإن لجأ القاضي إلى هتين الوسيلتين فالنتيجة ليست دائما مرضية وهذا ما لاحظناه في قضية "Lopez "، حيث أمر مجلس الدولة وتحت طائلة الحكم بغرامة تهديديه بلدية "Ville de Moulins باللجوء إلى قاضي العقد لإصدار حكمه ببطلان عقد البيع كنتيجة لإلغاء المداولة التي رخصت به، فرغم امتثال البلدية لهذا الأمر رفض قاضي العقد إصدار حكم البطلان .

الفرع الثاني: أثر ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية على سلطات القاضي.

يظهر أثر تقاسم الاختصاص القضائي على سلطات القاضي من خلال الدّور الثانوي لقاضي العقد وكون قاضي الإلغاء وحده الحائز لسلطة الإلغاء، رغم تمتع قاضي العقد بسلطات واسعة في إطار القضاء الكامل قد تشمل حتى إلغاء العقد غير المشروع، إلا أنه كثيرا ما يفضل الحكم بالتعويض أو دعوة أطراف العقد إلى التفاوض من جديد لأنه يرى في استمرار العقد الإداري تحقيق للنفع العام . ومن هنا كان قاضي العقد القاضي الذي يسعى إلى استقرار الأوضاع التعاقدية واضطلع قاضي الإلغاء بإلغاء العقد غير المشروع نيابة عنه– لا بل أصالة عن نفسه–إذ أن قاضي الإلغاء هو صاحب الاختصاص الأصيل بإلغاء تصرفات الإدارة غير المشروعة.

أولا: الدّور الثانوي لقاضي العقد.

الأصل أن قاضي العقد وحده المختص بفرض الرقابة القضائية على العقد غير المشروع، ومع ذلك يبقى الحكم ببطلان العقد نتيجة إلغاء القرار المنفصل عنه نادرا نظرا لأن اللجوء إلى قاضي العقد يتوقف على إرادة المتعاقدين ، كما أن قاضي العقد غالبا ما يتردّد في هذا الشأن إذ يلاحظ إحجامه في الكثير من الأحيان عن الحكم ببطلان عقد يكون قد بلـــغ مرحلة متقدمـــة من التنفيذ أو الحكم بفسخه نتيجة مخـــالفة أحـــد المتعاقدين للشروط التعاقدية، وهو ما يعدّ مخالفا للقواعد العامة (التي تقضي بأن

[1]CE, Sect., 25/01/1991, Brasseur,Op.Cit .

يحكم قاضي العقد ببطلان كافة الإجراءات المخالفة للشروط التعاقدية) ،بل يعد مناوئا للمنطق من وجهة نظر الأستاذ " M. Richer "[1]

و لو أن هناك بعض الأحكام القضائية التي تعترف لقاضي العقد بإبطال الإجراءات الخاصة بتنفيذ العقد والمخالفة للشروط التعاقدية إذا تعلق الأمر بعقد تمّ بين شخصين عموميين وكان موضوعه تنظيم مرفق عام [2] .

وإذا كان الأستاذ " Edouard Laferrière" يقيم التفرقة بين دعوى القضاء الكامل ودعوى الإلغاء على أساس مدى السلطات التي يمارسها القاضي في الدعوى المرفوعة إليه، وأن لقاضي العقد في إطار دعوى القضاء الكامل سلطات واسعة، حيث يقوم بالتحقق من مدى صحة الدعوى من الناحية القانونية والواقعية، فإذا ثبت له أن تصرف الإدارة على غير أساس من القانون والواقع قضى بعدم مشروعيته ورتب على ذلك كافة الآثار القانونية، كما يكون للقاضي تقرير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد حقوق المدعي وإلزام المدّعى عليه بتنفيذها.

في حين أن هذا الأخير(قاضي العقد) لا يملك إلا دعوة الأطراف إلى التفاوض من جديد أو الحكم بالتعويض أما إذا تعلق الأمر بدعوى إلغاء عقد غير مشروع، فيبقى قاضي العقد وجلا بشأن رقابة مشروعية العقد،خاصة إذا ما أدت هذه الرقابة إلى الحكم بإلغاء العقد وإنهائه بأثر رجعي، مما يؤدي إلى التشكيك في السلطات الواسعة التي يتمتع بها قاضي العقد ،ولما كان هذا هو موقف قاضي العقد من مسألة إلغاء العقد كان من الضروري اللجوء إلى قاضي الإلغاء الذي يبدو أكثر جرأة في هذا لمجال .

ثانيا: قاضي الإلغاء وحده من يحوز سلطة الإلغاء.

إنّ من دواعي تدخل قاضي الإلغاء في مجال العقود الإدارية فضلا عن المساس بمبدأ المشروعية هو المساس بحقوق الغير، فقاضي الإلغاء يعد القاضي الوحيد الذي بإمكانه الحكم بإلغاء القرارات القابلة للانفصال وإلغاء أحد شروط العقد التي تنتهك حقوق الغير،وهو كذلك من يلغي العقد في حالة طعن المحافظ ...

وفي كل هذه الحالات يكون قد خرج عن مبدأ "عدم قبول دعوى الإلغاء في مجال العقود الإدارية" ومكّن الغير من إلغاء القرار أو العقد –حماية لحقوقه–في حين أن المتعاقد نفسه لا يمكنه الحصول على نفس النتيجة سواء عن طريق اللجوء إلى دعوى الإلغاء أو دعوى أمام قاضي العقد ، فهل لنا أن نتصور مثل هذه المفارقة؟

[1] " l'illogisme ", en rappelant qu' « il est dans la logique du plein contentieux que le juge du contrat ait en principe le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises en violation des obligations contractuelles » RICHER,L , op. cit.,p271.

[2] CE 31 mars 1989,, Département de la Moselle , AJDA 1989,p 315 .

« Peut–on rêver plus beau paradoxe ? » يتساءل " Delvolvé "الذي يرى أن: " القضاء الأمثل بخصوص العقود الإدارية ليس قضاء العقود بل قضاء الإلغاء، وأن الغير هو المدافع الأمثل عن المتعاقد ضد الإدارة وليس المتعاقد نفسه"[1]، وإن كان للمتعاقد مع الإدارة حق اللجوء إلى قاضي الإلغاء في بعض الحالات كأن يتعلق الأمر بالقرارات القابلة للانفصال الخاصة بتكوين العقد، أو إذا تعلق الأمر بإنهاء العقد من جانب الإدارة وكان السبب وراء هذا الإنهاء يرجع إلى دواعي المصلحة العامة واتخذ شكل نص لائحي صدر بإنهاء طائفة من العقود.

فالملاحظ أن قاضي الإلغاء قد أقدم على عمل يرفض قاضي العقد نفسه الإقدام عليه، مع أنه ما من شيء يمنعه من ذلك.

وهناك من يعتبر أن في ذلك توسع لقاضي الإلغاء على حساب قاضي العقد الذي يبقى القاضي الوحيد للعقد من الجانب النظري، وقد يرجع ذلك إلى رغبة قاضي الإلغاء في أن يبقى القاضي الوحيد للإلغاء.

ومع ذلك يواجه هذا الأخير عدّة صعوبات عند ممارسته الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة ،إذ لا يكون بإمكانه تمديد أثر الحكم بالإلغاء الصادر عنه في شأن القرار الإداري المعيب إلى العقد، كما سبق وأن رأينا .

المطلب الثاني:.بين توحيد الاختصاص القضائي في مجال المنازعات العقدية والإبقاء على الازدواجية.

لقد لقي التقسيم الحالي للاختصا ص القضائي في مجال المنازعة العقدية نقدا شديدا ،ممّا أدى بالبعض إلى المطالبة بإعادة النظر فيه، ووضع صيغة جديدة له تتسم بالبساطة والسهولة والفعالية، وذلك من خلال توحيد الاختصاص القضائي في مجال المنازعات العقدية ومنحه للقضاء الكامل صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية ، فيما دعا البعض الآخر إلى الإبقاء على الازدواجية في هذا الصدّد وقبول دعوى الإلغاء في مجال العقود الإدارية مع ضرورة التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية ومبدأ المشروعية .

وعليه سنتطرق في(الفرع الأول) من هذا المطلب إلى توحيد الاختصاص القضائي في مجال المنازعات العقدية ، ونتطرق في (الفرع الثاني) إلى الإبقاء على ازدواجية الاختصاص القضائي فيها.

[1]Pierre,DELVOLVE : **les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats** ,MélangesPerrot1996 ,p96 .

الفرع الأول: توحيد الاختصاص القضائي في مجال المنازعات العقدية.

ويتحقق توحيد الاختصاص القضائي عن طريق جمع الدّعاوى العقدية سواء كانت شخصية والتي تستهدف الدفاع عن مراكز قانونية شخصية أو النهوض أمام مخالفة نص عقدي أو خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين، أو عينية والتي تستهدف حماية مراكز قانونية عامة والتصدي لمخالفة القواعد قانونية العامة وجعلها من اختصاص قاضي العقد (القضاء الكامل) صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية، مع إعادة النظر في السلطات التي يتمتع بها، لا نقول توسيعها بل تفعيلها ، لأنه أصلا يتمتع بسلطات أوسع من تلك التي يتمتع بها قاضي الإلغاء .

أولا– جعل الدعوى العقدية سواء كانت شخصية أو عينية من اختصاص القضاء الكامل(صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات العقود الإدارية).

يرى الفقيه" Léon Duguit "في مطوّله" القانون الدستوري "أن دعوى القضاء الكامل لا يمكن أن تكون إلا دعوى شخصية ودعوى الإلغاء لا يمكن أن تكون إلا دعوى عينية، ومنه فإن تعريف هتين الدعويين هو تعريف لشيئين مختلفين حتما، وسيبقيان كذلك إلى الأبد.[1].

إلا أن هذا الرأي من جانب" Léon Duguit لم يحظ بتأييد العديد من الفقهاء الذين طالبوا بتوحيد المنازعات والذي يتحقق في نظرهم إمّا:

– بأن يستوعب ويحتوي القضاء الكامل قضاء الإلغاء.

– أو أن يستوعب قضاء الإلغاء القضاء الكامل.

ففي 1914 كان الفقيه " Hauriou " يتنبأ بأن قضاء الإلغاء يسير نحو استيعابه من طرف القضاء الكامل، وأن دعوى الإلغاء ستختفي تدريجيا وراء ما يسمى بالدعوى الإدارية العادية (دعوى القضاء الكامل في ذلك الوقت)، ويرى أنّ زمن التباين الشديد بين الدعويين والتقسيم الشكلي قد ولّى وأن الدعويين يمكن أن تندمجا في دعوى واحدة وأن القضاء الإداري مستعد لهذا الاندماج.[2]

ولعلّ ذلك ما قصده" Pacteau" عند تعليقه على القانون رقم 597 لسنة 2000 بشأن الأمور المستعجلة الصادر في 30 جوان 2000 حين قال:« لئن كان القرن العشرون هو عصر قضاء تجاوز السلطة، فإنّ

---

[1] « le recours contentieux , dit à tort de pleine juridiction ou n'est rien ou est un recours subjectif , et le recours pour excès de pouvoir ou n'est rien ou est un recours objectif .Or identifier ces deux recours , c'est identifier deux. choses absolument différentes et qui seront toujours absolument différentes ».
Duguit,L : **Traité de droit constitutionnel** ,TomeII ,p494.

[2] «le temps de la distinction rigide du point de vue de l'annulation et du point de vue de la pleine juridiction, avec séparation formaliste des deux recours , alors que les deux point de vue peuvent si facilement être joints dans une même instance, ce temps la est passé…notre contentieux administratif est mûr pour la jonction » HAURIOU , note sous CE 29 novembre 1912 ,Boussugue-Sirey, 1914,III ,33.

القرن الواحد والعشرين هو زمن القضاء الكامل، فقد اجتمعت فيه للقاضي الإداري ،بهذا القانون سلطتا الحكم والأمر معا، فلم يعد القاضي الذي يحكم فحسب وإنما غدا القاضي الذي يأمر أيضا، حقيق علينا إذن أن نصفه بأنه أهم الإصلاحات المعاصرة للقضاء الإداري منذ نشأته [1] » .

ثانيا-إعادة النظر في السلطات التي يتمتع بها قاضي العقد.

ويكون ذلك بالإبقاء على التقسيم الحالي للدّعاوى الإدارية مع إعادة النظر في السلطات التي يتمتع بها القاضي قي المنازعة العقدية، ونقصد بذلك قاضي القضاء الكامل (صاحب الاختصاص الأصيل في منازعات العقود الإدارية)، وذلك بمنحه سلطة إلغاء القرارات المتصلة بالعقد الإداري وتمديد الآثار الناجمة عن هذا الإلغاء [2] بوصفه صاحب سلطات واسعة حيث يكون للمتعاقدين والغير اللجوء إلى قاضي العقد دون قاضي الإلغاء، ونستغني بذلك عن نظرية القرار القابل للانفصال عن العقد ، ونعود إلى نظرية الدعوى الموازية لكن بصرامة أكثر، فلا يكون للمتعاقدين ولا للغير اللجوء إلى قاضي الإلغاء متى تعلق الأمر بالعقد الإداري أو أحد القرارات التي تدخل في تكوينه ،بل لن يبقى الحديث عن هذه القرارات كتصرفات يمكن فصلها عن العقد الإداري ،و سيعامل العقد الإداري ككتلة واحدة .

وربّما يكون قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية" Tropic travauX de signalisation "في16 جويلية2007 قد سار نحو توحيد الاختصاص القضائي في العقود الإدارية وجعله في يد قاضي العقد سواء تعلق الأمر بدعوى شخصية أو بدعوى عينية، وأطلق على هذه الأخيرة اسم" دعوى القضاء الكامل العينية recours de plein contentieux objectif"، وهي دعوى مباشرة تمكن الغير الذي تمّ استبعاده من المناقصة من اللجوء إلى قاضي العقد (القضاء الكامل) والمطالبة باتخاذ بعض الإجراءات قد تصل إلى حدّ إلغاء العقد، وذلك خلال (02) شهرين من تاريخ الإعلان عن قرار التوقيع على العقد، ويقترح مفوض الحكومة D.Casas أن يكون من بين شروط قبولها (أن يثبت الغير أن إبرام العقد قد ألحق ضررا بحقوقه) .[3]

[1].PACTEAU, B" **Vue de l'intérieur : La loi du 30 juin 2000 ; une réforme exemplaire**" ;RFDadm2000 ; p959.
[2] GUERARD, S,Op.Cit ,p485.
[3]« En ce qui concerne la recevabilité du recours ;ne pourraient être recevables que les tiers pouvant justifier de droit lésés par la conclusion du contrat. » .D .Casas sur CE Ass .16 juillet 2007 , Société Tropic Travaux Signalisation ,Op.Cit p 696.

الفرع الثاني:الإبقاء على ازدواجية الاختصاص القضائي في مجال المنازعة العقدية .

(قبول دعوى الإلغاء في العقود الإدارية)على أن يتم التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية ومبدأ المشروعية.

إن كان هناك من الفقهاء من يرى ضرورة إعادة النظر في توزيع الاختصاص القضـــــائي في منازعات العقود الإدارية وينادي بتوحيده، فان هناك من يدعو إلى المحافظة على التوزيع الحالي الذي يقوم على التقسيم الشكلي للدّعاوى الإداريّة بشكل عام للفقيه الفرنسي Laferrière -[1]،إذ أن إحلال تقسيم آخر محلّ هذا التقسيم لا يكون مأمون العواقب،حسب الأستاذ " J- M. Pontier " :

« Quoi qu'il en soit , la suppression de la distinction des contentieux serait une véritable refondation du contentieux dont il serait prétentieux de prévoir les conséquences ». [2]

ويقترح البعض إنشاء دعوى إلغاء خاصة بالعقود الإدارية، إذ يرى الأستاذ "Fabrice Mellerey "[3] أنه بات من الضروري تقسيم دعوى الإلغاء إلى دعوى عامة « holiste » تهدف إلى الطعن في التصرفـــات التي تؤثر في المراكـــزغيـــرالشخصي ة وتكون في القرارات الإداريـــة،ودعوى فردية « individualiste »تهدف إلى الطعن في التصرفات التي تؤثر في المراكز الشخصية وتكون في العقود الإدارية ، ومنه لا تكون دعوى الإلغاء دعوى عينية بحتة.

لكن البعض الآخر يرى أن إنشاء دعوى عينية جديدة خاصة بالعقود الإدارية يكون عديم الجدوى ولا يؤدي حتما إلى تبسيط المنازعة العقدية وأن دعوى الإلغاء أكثر قدرة على إدراك مبدأ المشروعية– حتى في مجال العقود الإدارية–من هذه الدعوى[4] .

والأجدر أن يتم تكييف دعوى الإلغاء مع خصوصية المنازعة العقدية حتى يتم تكريس الاتجاه القضائي نحو قبول دعوى الإلغاء في مجال العقود الإدارية، فالبعض يرى أن دعوى الإلغاء على هيئتها التقليدية ليست الأداة الملائمة لرقابة مشروعية العقد ،من هؤلاء " J.Gourdou" و"P .Terneyre" ومما كتبا في هذا الصّدد :

« Le recours pour excès de pouvoir classiquement entendu ne fournit pas forcément l'instrument le plus adapté au contrôle de la légalité du contrat. »[5]

---

[1] BLANCO ,F : **Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir ,** Thèse Droit Aix –en-Provence 2006à paraître aux PUAM,p735.

[2] PONTIER J.-M , Op.Cit,p140.

[3] Fabrice, MELLEREY : **Essai sur la structure du contentieux administratif Français ; Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes les juridictions à compétence générale** , thèse , LGDJ, coll .Bibliothèque de droit public , tome212,2001.

[4] « La création d'un nouveau type de recours apparaît superflue, le recours pour excès de pouvoir étant capable de répondre à ce souhait de légalité ». Valérie, BLEHAUT, Op.Cit,p78

[5] GOURDOU, J et TERNEYRE,Op.Cit, p249

وحسب هؤلاء الفقهاء فان الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن وإن كانت تعكس عجز قاضي الإلغاء عن توسيع دائرة الحكم الصادر في قضية" Cayzeele " وقضية "Ville de Lisieux " مثلا لتعمّم على القضايا الشبيهة بهما، فإنها تدلّ بما لا يدع مجالا للشك عن رغبة مجلس الدولة الفرنسي عن التخلي عن المبدأ الرافض لتوجيه الطعن بالإلغاء إلى العقود الإدارية، وهو ما يظهر من موقفه في القضيتين المذكورتين أعلاه :

– فان كان يشترط في قبول دعوى الإلغاء توجيهها إلى قرار إداري أي تصرف قانوني صادر بالإرادة المنفردة للإدارة، وبالتالي إقصاء التصرفات القانونية ذات الطابع الإتفاقي، فان مجلس الدولة في قضية" Cayzeele" قد اعترف صراحة بالطابع الإتفاقي للتصرف القانوني الذي قامت به الإدارة، وقام بعزل شرط من شروط العقد يعتبره شرطا تنظيميا يمكن الطعن فيه بالإلغاء .

– وبالنسبة لقضية Ville de Lisieux يلاحظ أن مجلس الدولة لم يحدّد طبيعة الدعوى في هذه القضية ، وقد أوّل بعض الفقهاء بأن مجلس الدولة كان يقصد من وراء موقفه هذا إنشاء دعوى عينية عقدية جديدة ، ولإثبات خلاف ذلك يكفي القول بأن مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية كان كهيئة استئناف ممّا يعني أن الأمر يتعلق بدعوى إلغاء، وغياب التكييف الصريح للدعوى من جانبه لدليل على خشيته من المساس بمبدأ حسّاس في القضاء الإداري وهو مبدأ "رفض توجيه دعوى إلغاء لعقد إداري ".[1]

وعليه فانه لا بديل عن دعوى الإلغاء في رقابة مشروعية العقود الإدارية، وقد كان من بين التوصيات الواردة في المذكرة البارزة لمفوض الحكومة حول القرار الصاد ر في قضية " Ville de Lisieux العمل على تبسيط النزاعات العقدية" une simplification du contentieux contractuel" والذي لا يتأتى– حسب رأيه– إلا من خلال قبول دعوى الإلغاء ضد كل العقود الإدارية ، وهو ما ذهب إليه " Péquignot " سنة 1945حيث اقترح فتح باب دعوى الإلغاء على مصرعيه أمام العقد الإداري :

«d'ouvrir toutes grandes au contrat administratif les portes des recours pour excès de pouvoir »[2]

وعليه يتم الإبقاء على ازدواجيـــة الاختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية وقبول الطعن بالإلغاء فيها، على أن يتم التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية ومبدأ المشروعية .

[1] Valérie, BLEHAUT,Op.Cit ,p79.
[2] G.PEQUGNOT **:Contribution à une théorie générale du contrat administratif**, Pédone 1945,p 601.

أولا : الإبقاء على ازدواجية الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية.

(تقاسم الاختصاص بين قاضي العقد وقاضي الإلغاء.)

يتجه غالبية الفقه–حسب الأستاذ " J-M.Pontier"– إلى قبول دعوى الإلغاء في مجال العقد ويرون أنّ الوضع الحـــالي الذي يظهر فيه رفض مثل هذه الدعوى لا يتعدّى كونه مجرد حادث تاريخي

« la plupart allant dans le sens de la reconnaissance du recours pour excès de pouvoir contre le contrat …la situation actuelle ; c'est –à -dire le refus n'étant qu'une sorte d'accident historique. » [1]

1–الإبقاء على قاضي العقد " القاضي الفاصل في الدعاوى الشخصية ".

يتعين على قاضي العقد الفصل في كل النزاعات التي تنشأ بين المتعاقدين والناجمة عن تنفيذه وعن كل إخلال بشروطه، حيث يقع عليه رقابة احترام بنوده ومدى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه من قبل الأطراف المتعاقدة باعتباره شريعة المتعاقدين، أو ما يصطلح عليه المشروعية الشخصية "la légalité subjective".

كما يلاحظ أن معظم الدعوى المرفوعة من قبل المتعاقدين قلّ ما تتجه نحو المطالبة بإلغاء العقد بل تنصب على المطالبة بالتعويض وهذا خلافا للدعاوى المرفوعة من قبل الغير - الذي لا يكون له كمبدأ عام الحق في اللجوء إلى قاضي العقد و يكون أمامه سوى دعوى الإلغاء للدفاع عن مصالحه وبالتالي اللجوء إلى القاضي المختص بنظر هذه الدعوى وهو قاضي الإلغاء.

2– الإبقاء على قاضي الإلغاء " القاضي الفاصل في الدعاوى العينية ".

بوصفه قاضيا للمشروعية، يكون على قاضي الإلغاء النظر في كل الدعاوى التي يرفعها أحد المتعاقدين أو الغير ويصوّر فيها عدم مشروعية العقد "المشروعية العينية la légalité objective" فعقود الإدارة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تستثنى من رقابة المشروعية، والخروج عن مبدأ المشروعية ينبغي أن يعاقب عليه بإلغاء التصرف غير المشروع سواء تعلق الأمر بقرار صادر بإرادة منفردة أو تعلق الأمر بعقد ، فالفارق بين التصرفين على حدّ قول الأستاذ " F. Gonidec" لا يتعدى أن يكون فارقا شكليا ليست له أية قيمة.

« Entre les deux actes juridiques, il n'y a qu'une différence de forme qui est sans valeur… »[2]

إذ كيف يفسر إلزام الإدارة بوصفها سلطة عامة باحترام مبدأ المشروعية والرضوخ للقوانين، بينمـــا السماح لها بانتهاك مبدأ المشروعية والتعالي على القوانين بوصفها متعاقدة .

وعليه قد يكون العقد الإداري موضوع دعوى شخصية وأخرى عينيـــة في آن واحد، وقاضي الإلغاء وحده المختص بالنظر في المشروعية العينية للعقد أي مدى احترام هذا الأخير للقانون، ومتى ما

[1] J-M PONTIER,Op.Cit,140.
[2] GONIDEC ,F **:"Contrats et recours pour excès de pouvoir"**,RDP1950,p58.

كان للعقد آثار على الغير وهو ما يظهر غالبا في الشروط التنظيمية ، فيكون لكل من له مصلحة في الطعن بالإلغاء القيام به.

ويكون لحكم الإلغاء أثر على الكافة "un effet erga omnes" بما في ذلك أطراف العقد حيث يكون عليهم احترام حجية الحكم المقضي فيه وتمديد آثاره دون اللجوء إلى قاضي العقد ،وإذا تبين أن العقد يتكون في مجمله من شروط تنظيمية يكون لقاضي الإلغاء وحده أن يحكم ومن تلقاء نفسه بإلغاء العقد برمته، وعليه في كل هذا أن يعتد بأوجه المشروعية، وأن يتحقق من أن العقد الإداري قد تم وفقا للقواعد الدستورية، التشريعية، التنظيمية ...المعمول بها.[1]

ولا نغفل أهمية القرارات الإدارية القابلة للانفصال، التي يقوم فيها الطاعن بالمطالبة بإلغاء قرار إبرام أو قرار تنفيذ العقد ، حيث يتعين على قاضي الإلغاء في هذه الحالة ترتيب كافة الآثار الناجمة عن إلغاء القرار المنفصل، ولا جدوى من اللجوء إلى قاضي العقد في حالة عدم المشروعية العينية إذ ينبغي منح قاضي الإلغاء سلطات أوسع في هذا المجال.

يبدو ممّا سبق أن الإبقاء على ازدواجية الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية ضروري للتحول نحو قبول وتطور الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية، وهو ما أكده" J.M Delarue "حيث يرى أنه على الرغم من أن دعوى الإلغاء أصبحت تقارب دعوى القضاء الكامل وذلك منذ دخول قانون 1995 حيز التنفيذ، إلا أنها لم تفقد أصالتها ونجاحها، والدعويان معا قد حققا فعالية كبيرة[2] .

ثانيا: ضرورة التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية ومبدأ المشروعية[3].

يعدّ التعارض بين مقتضيات المشروعية واستقرار الأوضاع القانونية قديما في القانون الإداري ، ويظهر عند إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة بأثر رجعي، إلا أنه أكثر حدّة في مجال العقود الإدارية ، ذلك أن الإدارة عند إصدارها للقرارات الإدارية تهدف فقط إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما في مجال العقود الإدارية فهناك تعارضا واضحا بين المصلحة العامة(التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها) والمصلحة الخاصة(مصلحة المتعاقد مع الإدارة).

وإن كان مبدأ المشروعية قد جاء للموازنة بين هذه المصالح المتعارضة، إلا أن تحقيق أكبر قدر من المشروعية يتطلب فتح مجال أوسع لدعوى الإلغاء في العقود الإدارية مما يعني المجازفة بالمصلحة الخاصة أحيانا ،وهو ما يؤثر لا محال على استقرار الأوضاع التعاقدية وحماية الحقوق المكتسبة وبالتالي

---

[1] STAHL,Op.Cit,p136.

[2] «il est indéniable que depuis l'entré en vigueur de la loi 1995, le recours pour excès de pouvoir tend à se rapprocher du recours de pleine juridiction, mais les deux ont gagné une redoutable efficacité ».
DELARUE,M **:"Puissance publique ou impuissance publique ?"**AJDA20juillet- 20Aout 1999.n°Spécial.

[3] فضلا عن مسالة استقرار الأوضاع التعاقدية والمشروعية التي أثيرت بمناسبة قبول دعوى الإلغاء أثيرت مسائل أخرى لا تقل أهمية وهي تلك المرتبطة بالأمن ، البساطة والفعالية .

على الأمن القانوني [1]–الذي طالما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي [2] وسعى إلى تكريسه كمبدأ مع غياب التكييف الصريح منه على انه مبدأ من المبادئ العامة للقانون.

ويلاحظ أن القاضي الإداري قد عمل جاهدا على تجنب حالة انعدام الأمن القانوني والمحافظة على استقرار الأوضاع التعاقدية مع التحفظ على المصلحة العامة " la réserve d'intérêt général "الذي أعلن عنه مجلس الدولة الفرنسي في القرار الصادر عنه في10 ديسمبر2003" حين يؤدي إلغاء القرار المنفصل إلى إلغاء العقد" .

إذ كما نعلم أن دعوى الإلغاء دعوى موضوعية تهدف إلى المحافظة على مبدأ المشروعية ورقابة احترام الإدارة له، وأنها ترفع لتحقيق المصلحة العامة و يؤدي الحكم بالإلغاء إلى زوال القرار الإداري بأثر رجعي، وهنا قد يتعارض إقرار مبدأ المشروعية مع مبدأ الأمن القانوني، والذين غالبا ما يكون بينهما توافق وتكامل(فالأصل أن مبدأ المشروعية يطمئن الفرد على وضعه ويمنع عنه التحكم والتعسف فتستقر الأوضاع والمراكز)[3]، وهو ما أشار إليه الأستاذ"Daniel Labetoullle" :

« la prise en compte de l'exigence de sécurité juridique entre parfois en concurrence avec l'application du principe de légalité principe essentiel du droit public, même si les deux concepts se renforcent souvent mutuellement »[4].

والحلّ يكمن في التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية واحترام مبدأ المشروعية، والذي يستوجب حسب البعض ضبط مفهوم المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء ضدّ العقود الإدارية ،بينما هناك من يرى أن الأمر يتطلب مرونة أكثر من طرف قاضي الإلغاء عندما يتعلق الأمر بإلغاء العقد الإداري .

و مراعاة استقرار الأوضاع التعاقدية لا يعني أبدا تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة ،ذلك أن جوهر النظام القانوني للعقد الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة،و تجنيد

---

[1] Selon PONTIER,J.M : «les annulations d'actes détachables entraînent de plus en plus fréquemment l'annulation du contrat**, une insécurité** plus grande pèse sur le contrat aggravée par l'allongement des délais. » ,contrat et recours pour excès de pouvoir,Op.Cit ;p141.

« Quant à l'exigence de sécurité juridique , elle consiste à empêcher que des situations juridiques établis soient remises en cause rétroactivement … », Pierre BRUNET**, LA consécration du principe de sécurité juridique , , ,Revue des contrats** RDC, LGDJ, juillet 2006, p859.

[2] le conseil d'Etat déclare : « le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient , sans que cela appelle des efforts insurmontables en morsure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable .Pour parvenir à ce résultat les normes doivent être claires et intelligibles et ne pas soumises dans le temps à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles » et ajoute « Le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables CE,Rapport public **"Sécurité juridique et complexité du droit"**Etudes et documents N°57, Doc Française 2006, p281.

[3] يعد مبدأ المشروعية من نتائج المذهب الحرّ والفلسفة الفردية باعتباره يمثل ضمانا لحقوق وحريات الأفراد من عدوان السلطة عليهم ، وقد أصبح من المبادئ القانونية العامة التي يجب تطبيقها في كل الدول ،فهو ليس وقفا على النظم الديمقراطية أو المذهب الحر، بل هو مبدأ عام ينطبق حكمه باستمرار في كل مجتمع وبالنسبة لكل سلطة ، وأيا كانت الفلسفة الاجتماعية للنظام السياسي ، بحيث إذا أهدر هذا المبدأ صارت الدولة بوليسية.
انظر في هذا الصدد :محمد عبد العال السنا ري**: تطور مبدأ المشروعية من الفردية الشكلية إلى الموضوعية والمذهبية**(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ،ص ص 03-06.

[4] Daniel **,** LABETOULLE **:"Principe de légalité et principe de sécurité"** , Mélanges Guy Braibant , Dalloz, 1996.

كل المبادئ والبنود التي يحتويها العقد الإداري لتحقيق هذه المصلحة وأخصها تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، ولأهمية المصلحة العامة يرى مفوض الحكومة " Tordieu" أن للمحاكم الإدارية الحق في أن تكون أكثر قسوة في تقدير سلوك المتعاقد وان تطالبه بجهد اكبر لضمان تنفيذ عقده مما قد تطلبه المحاكم العادية من المتعاقد في نطاق القانون الخاص.

1 -ضبط مفهوم المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء ضد العقد الإداري .

المصلحة في دعوى الإلغاء –على خلاف دعوى القضاء الكامل– لا يلزم أن تستند إلى حق للمدعي، بل يكفي أن يكون لرافع الدعوى مجرد مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق لأن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى عينية موضوعية وليست شخصية ،على أن يكون لرافع الدعوى فيها مصلحة شخصية مباشرة ومشروعة (بأن يكون القرار المطلوب إلغاؤه قد مسّ حالـــة قانونية خاصة به).

وإذا كانت طبيعة دعوى الإلغاء اقتضت التساهل فـــي عدم اشتراط تعلق الدعوى بالحق، إلا أنّها لا تقتضي التساهل في ترك المصلحة الشخصية، والاكتفاء بالمصلحة العامة لئلا تصبح دعوى حسبة يمكن رفعها من أي أحد، وهذا من شأنه أن يهدّد العمل الإداري بعدم الاستقرار[1] .

وأنّه وإن كان القضاء يكتفي بشرط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء من رافعها إلى جانب الشروط الأخرى ، فان هذا لا يمنع أصحاب الحقوق من رفعها ، أو أن تكون مصلحتهم مستندة إلى حق شخصي اعتدي عليه القرار المخالف للقانون، وذلك مادام المطلوب من القضاء هو تقرير عدم شرعية القرار والحكم بإلغائه دون أن يتجاوز ذلك الحكم مباشرة في موضوع الحق.

وإن كان القضاء الإداري أوّل الأمـــر قد اشترط أن تكون المصلحة محققة إلاّ أنه أصبح يكتفي بكون المصلحة محتملة[2]، ولا يعد الدفع بانعدام المصلحة دفعا شكليا ولا دفعا موضوعيا وإنما هو دفع بعدم القبول يجوز إبداؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى .

ففي تطبيق مجلس الدولة الفرنسي لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري مراعاة لمصلحة الغير الذي لا يحق له اللجوء إلى قاضي العقد .

وقد توسع القضاء الإداري الفرنسي في مفهوم شرط المصلحة في قبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير،حيث قبل دعوى الإلغاء من جانب الغير ضدّ قرارات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها سواء المتعلقة منها بتنفيذ العقد أو إنهائه.

وتم هذا المسلك القضائي على مراحل متتابعة حتى أقر مجلس الدولة لأول مرة في حكمه الصادر في24 افريل1964بقبول دعوى الإلغاء المرفوعة من الغير ضد قرارات الإدارة برفض فسخ العقد، بل

---

[1] علي الشيخ إبراهيم ناصر المبارك ،المرجع السابق، ص287.

[2] يقصد بالمصلحة المحققة أو الحالة أن يكون من المؤكد أن فائدة مادية أو أدبية ستعود على المدعى من إلغاء القرار أما المصلحة المحتملة هي التي من شانها أن تهيئ الفرصة لجلب نفع أو دفع ضرر دون أن يكون ذلك مؤكدا.

أن مجلس الدولة قد ذهب في هذا الحكم إلى أبعد من ذلك حيث قرّر فيه صراحة أنه « سوف يقبل من الغير من الآن فصاعدا أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في جميع قرارات الإدارة سواء المتعلقة بإبرام العقد أو المتعلقة بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيته ،على أساس أن هذه القرارات تعتبر منفصلة عن هذا العقد بالنسبة للغير » [1].

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار إنهاء العقد قرارا منفصلا ويمكن أن يكون محلاً للطعن بالإلغاء بواسطة الغير أمام قاضي الإلغاء، وهو ما أثار استهجان بعض الفقهاء، الذين يرون أن هناك قدر من التناقض والغرابة في التسليم بإمكانية إلغاء تدبير إنهاء العقد بمقتضى دعوى الإلغاء المقامة من الغير، في حين أن المتعاقد نفسه لا يستطيع الحصول على ذلك الإلغاء لهذا التدبير إلاّ على سبيل الاستثناء من خلال دعوى القضاء الكامل. [2]

يذهب الفقهاء المعارضون للطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري، إلى تبرير موقفـــهم هذا في كون مـــن يستغل هذا الطعن غالبا هم الغير،الذين يدّعون أن لهم مصلحة مباشرة فيه كون العقد أو القرار المنفصل عنه يؤثر في أوضاعهم القانونية وأنه لا يمكنهم اللجوء إلى قاضي العقد ، لكن العقد الإداري –حسب هؤلاء الفقهاء–عبارة عن تصرف ينشيء حقوقا والتزامات بين المتعاقدين وقلما يؤثر على وضعية الغير.

فيما يدعو بعض الفقهاء وإن كانو يؤيدون للطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري إلى ضبط مفهوم المصلحة والذي ينبغي أن يؤخذ به في أضيق الحدود خاصة إذا ما تعلق الأمر بالغير، وهو ما عبّر عنه مفوض الحكومة [3] "Stahl ":« لما كان من شأن دعوى الإلغاء الموجهة إلى القرار المنفصل عن العقد الإداري أو إلى العقد الإداري في حدّ ذاته، والتي غالبا ما ترفع من قبل الغير ، آن تؤدي إلى إلغاء العقد ينبغي علينا إذا ضبط مفهوم "الغير صاحب المصلحة" في هذه الدعوى حتى يتسنى لنا تجنب عدم استقرار العلاقات العقدية [4]» ، ولعلّ قرار "Ville de Lisieux " يعبّر عن رغبة مجلس الدولة الفرنسي في تضييق مفهوم المصلحة إذ أشار إلى ضرورة وجود **مصلحة كافية** للغير الذي يرغب في الطعن بالإلغاء في العقود الخاصة بالأعوان العموميين.

والجدير بالملاحظة أن مجلس الدولة الفرنسي إن كان في السابق قد عمل على توسيع شرط المصلحة لقبول دعوى الإلغاء لتكريس أوسع لمبدأ المشروعية حيث أخذ بالمصلحة المحتملة، أصبح يعمل على تضييق هذا الشرط لكون الأمر مرتبط بعقد، أي أنه صار يولي اهتماما أكبر لاستقرار الأوضاع التعاقدية إلى جانب حماية مبدأ المشروعية ،وهو ما لم يرق للبعض الذين يجدون في التضييق

[1] CE 24 avril1964,Ate anonyme de livraisons industrielles,Rec,p 239.

[2] جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص442 .

[4] STAHL, J.H, Op.Cit, p134

من مفهوم المصلحة تقييد للحق في اللجوء إلى قاضي الإلغاء وقصره على مجموعة معينة من الطاعنين ، والأصل أن الطعن بالإلغاء أداة في يد الجميع للدفاع عن المشروعية التي تعدّ قضية الجميع، وأن الوسيلة الأمثل لتحقيق التوازن بين مبدأ المشروعية واستقرار الأوضاع التعاقدية –حسب رأيهم –هي توسيع السلطات التي يتمتع بها قاضي المشروعية (قاضي الإلغاء) وأن يكون هذا الأخير أكثر مرونة عندما يتعلق الأمر بإلغاء عقد إداري وليس ضبط مفهوم المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء الموجهة للعقد الإداري [1] .

2 أن يكون قاضي الإلغاء أكثر مرونة عندما يتعلق الأمر بإلغاء عقد إداري.

لم يعد الحديث عن سلطات القاضي حاليا كأساس لتقسيم الاختصاص القضائي بل كأثر له، حسب "J.M Woehrling" :

« Les pouvoirs du juge ne constituent plus aujourd'hui un facteur explicatif valable mais une conséquence de la distinction des contentieux. »[2] .

وعليه يكون من الممكن إعادة النظر في السلطات التي يتمتع بها قاضي الإلغاء ،فإذا ما تم الطعن بالإلغاء ضد عقد إداري وصدر حكم بإلغائه، فسيكون لقاضي الإلغاء وحده تحديد الآثار المترتبة عن هذا الحكم ، وإيجاد تناسب بين الحكم بالإلغاء والعيوب التي كانت وراء النطق به (أوجه الإلغاء).

ويكون في وسعه الإبقاء على العقد رغم عدم مشروعيته ولا يعدمه بأثر رجعي إذا تبين له أن في بقائه قائما فائدة[3]، وإذا كان الحكم بالإلغاء يرجع لعيب الشكل أو عيب الإجراءات فهذه العيوب لا تعدّ غالبا عيوبا جوهرية من وجهة نظر قاضي الإلغاء ولا تؤدي حتما إلى إلغاء العقد [4].

فمسألة التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية ومبدأ المشروعية تتطلب وجود مرونة في الحكم الصادر عن قاضي الإلغاء، حيث يترتب على الحكم بإلغاء القرار الإداري–طبقا للقواعد العامة في إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة – إعدام هذا القرار بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدوره، وتلتزم الإدارة بإزالة آثار هذا القرار وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدوره، إلا أن الوضع يختلف بالنسبة للطعون بالإلغاء الموجهة إلى العقود الإدارية، فعلى قاضي الإلغاء هنا تطبيق "نظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) "la théorie du bilan coût-avantages"[5].

---

[1] Valérie, BLEHAUT, Op.Cit ,pp85,86.

[2] WOEHRLING, J.M **Le juge administratif àl'aube du XXIème siècle** -actes du colloque du40ème anniversaire des tribunaux administratifs,1995,PUg,p264.

[3] STAHL, J.H ,Op.Cit,p135.

[4] GOURDOU, J et TERNEYRE ,Op.Cit ,p258.

[5] يقصد بمعيار الموازنة بين التكاليف والأضرار الذي يستعين به القاضي الإداري ليتمكن من التحقق من مزايا وعيوب عملية ما ، أو نتائج تصرف إداري، ففي مجال عملية نزع الملكية ، والذي يعتبر المجال الخصب و الأول في تطبيق هذه النظرية ،حيث يتجسد هذا المعيار في الاعتبارات و المعطيات التي تبرز المزايا المترتبة عن هذه العملية وكذلك المساوئ والتكاليف، حيث يستطيع القاضي بعد إجراء عملية الموازنة تقريب أي الكفتين أرجح ، وان هناك بعض المعايير والتي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقرير هذه الموازنة كمعيار التكاليف المالية للعملية، معيار الملكية الخاصة

فإذا تبين للقاضي أن في الإبقاء على العقد منافع تغلب على المساوئ التي تنجر من إلغائه قضى بالإبقاء عليه، وإن كان العكس مدّد الحكم بإلغاء القرار المنفصل و حكم بإلغاء العقد الإداري و بأثر رجعي.

ومع ذلك فان هناك من يرى أنه لا يمكن بلوغ غاية التوفيق بين استقرار الأوضاع التعاقدية و مبدأ المشروعية إلا عن طريق وضع آجال محدّدة يمكن فيها توجيه الطعن بالإلغاء إلى العقد الإداري ، وهذا حتى لا يفضي إلغاء العقد الإداري إلى المساس بالحقوق المكتسبة الناشئة عن العقد. [1]

نخلص ممّا سبق إلى أنه رغم تمسّك جانب من الفقه والقضاء بوجود تعارض بين العقد والطعن بالإلغاء، وأنّ توجيه هذا النوع من الطعون يقتصر على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، ولا يتعدّى إلى العقد الإداري ذاته حتى ولو كان هذا الأخير مشوبا بعيب من عيوب عدم المشروعية ، بل حتى ولو قدّم هذا الطّعن من أحد المتعاقدين، إلاّ أننا وجدنا أن هناك اتجاها تشريعيا وآخر قضائيا قد سعيا إلى قبول الطعن بالإلغاء في العقد الإداري في حدّ ذاته .

فقد أنشا قانون عام 1982 المتعلق بطعن المحافظ إجراءا قانونيا جديدا لم يكن موجودا في القانون السابق يتمثل في فتح دعوى الإلغاء أمام العقود الإدارية للهيئات المحلية ، و تمكين كلّ ذي مصلحة حتى ولو كان من الغير بالطعن في مشروعية العقد أمام قاضي الإلغاء .

و قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن المقدّم مباشرة من المنتفعين بالخدمات التي قدّمها مرفق عام متعاقد مع الإدارة بعقد امتياز، ويتعلق الطعن بالشروط اللائحية في العقد دون الشروط التعاقدية . كما قبل الطعن المقدّم من الغير –الذي يثبت أنّ له مصلحة كافية–في عقود توظيف العاملين العموميين غير المثبتين، لانّ مثل هذه العقود هي في حقيقة الأمر ليست عقودا بالمعنى الحقيقي لكلمة عقـــد ، وإنّما هي من قبيل القواعد العامة للتوظيف ممّا يجعل المتعاقدين مع الإدارة في وضع تنظيمي لائحي أكثر منه وضع تعاقدي اتفاقي.

إلاّ أن هذا التوجه الجديد من قبل المشرع والقاضي الفرنسيين والمتمثّل في قبول الطعن بالإلغاء الوجّه للعقد الإداري في حدّ ذاته لم يخلو من عواقب تظهر أساسا في تعدّي قاضي الإلغاء على اختصاص قاضي العقد (القضاء الكامل)، وما نتج عن ذلك من تعقيدات سواء على المستوى الإجراءات القضائية الواجب إتباعها أو على مستوى السلطات الفعلية التي يملكها القاضي في الدّعوى .

، والتكاليف الاجتماعية للمشروع...انظر :العربي زروق : **مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار)، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية "Le principe du bilan : Cout –Avantages"**،مجلة مجلس الدولة الجزائري ، العدد8، لسنة 2006،ص136.

[1] HAIM,V,Op.Cit ,p461.

خـاتمـــة:

تبيّـــن لنا من خلال دراستنا لموضوع الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية أن مسألة ولاية القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية كانت محلّ خلاف، كون القضاء الإداري يتخذ مظهرين أصليين هما قضاء الإلغاء (القضاء العيني) والقضاء الكامل (القضاء الشخصي)،وكان من الضروري تحديد نوعية ولاية القضاء الإداري تجاه منازعات العقود الإدارية وما إذا كانت تنتمي إلى قضاء الإلغـــاء أو القضاء الكامل، إذ أن هناك اختلافات جوهرية بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل من حيث سلطات القاضي في الدعوييـــن، وم ن جانب شروط تحريك الدعوى ومواعيدها وصاحب المصلحة فيها .

وقد سادت قاعدة عامة تقضي بأن دعوى العقود الإدارية تدخل أساسا في اختصاص القضاء الكامل، وتقررت هذه القاعدة نتيجة لما استخلصه الفقه من العبارات التي صيغت بها النصوص المنـــظمة لاختصاص مجلس الدولة في فرنسا ومصر والجزائر، بالإضافة إلى تناسب الطبيعة الذاتية لمنازعات العقود الإدارية مع دعوى القضاء الكامل حيث تدور المنازعة غالبا حول تفسير أو تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد .

هذا وقد نفى قضاء مجلس الدولة الفرنسي– في البداية – إمكانية الطعن بالإلغاء على المنازعات التي تنشأ بصدد العقود الإدارية إلى كون دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقـــود لأن من شروط دعوى الإلغاء أن توجه إلى قرار إداري، ،فضلا عن وجود دعوى موازيـــة ينظر فيها قـــاضي العقد (القضاء الكامل).

وظلّ مجلس الدولة الفرنسي يطبق قاعدة عدم جـــواز خضوع المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية لدعوى الإلغاء حتى مطلع القرن العشرين حيث بدأ يخفف من موقفه السالف الذكر، وكانت نقطة الانطلاق في هذا الشأن هي نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري ،حيث أصبح لا ينظر إلى العملية التعاقدية ككل مترابط بل ينظر إلى القرارات الداخلة في العملية العقدية كقرارات يمكن عزلها وفصلها عنها وبالتالي الطعن عليها بالإلغاء، لكن بقي الخلاف قائمـــا حول أثر إلغاء هذه القرارات على العملية العقدية بين مدّ وجزر.

ويلاحظ توسع مجال الطعن بالإلغاء في العقد الإداري من خلال المبادرة التي قام بها المشرع الفرنسي عام 1982، حيث أجاز ولأوّل مرة للمحافظ الطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقود التي تبرمها الهيئات المحلية ، وأجاز له أيضا الطعن بالإلغاء ضد العقود نفسها التي تبرمها

الهيئات المحلية وكان لهذا الاتجاه التشريعي أثره على مجلس الدولة الفرنسي حيث طبق بنوده في بعض الأحكام التي أصدرها.

كما شهد الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية تطورا معتبرا يشيد بإسهام مجلس الدولة الفرنسي في صياغة العديد من الأحكام القضائية التي تم من خلالها قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري في حد ذاته، ويمس الشروط التنظيمية منه دون الشروط التعاقدية لاختلاف الشروط التنظيمية عن الشروط التعاقدية من حيث وضعها من جانب واحد (الإدارة) وعمومية تطبيقها (على كل المتعاقدين)ممّا يجعل وصفها أقرب إلى القرار الإداري وهذا ما يجعلها محلا للطعن بالإلغاء، فضلا عن أثر الشروط التنظيمية على الغير وهو ما نلحظه خاصة في عقود الامتياز، لذلك يبدو من الطبيعي تمكين هؤلاء من الطعن في مثل هذه الشروط.

وقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في بعض العقود نظرا لطبيعتها الخاصة، ويتعلق الأمر بالطعن بالإلغاء في عقود العمال العموميين، نظرا لأن العقد في مثل هذه الحالة عبارة عن نصوص تنظيمية تفرضها الإدارة على العامل المتعاقد معها دون أن يكون له الحق في مناقشتها.

نخلص مما سبق إلى النتائـــج التاليـــة :

– أن الحجج التي رصدت لتبرير رفض الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية غير مقنعة.

فالأخذ بنظرية الدعوى الموازية مثلا إن صحّ بالنسبة للمتعاقدين لا يكون سليما بالنسبة للغير الذي لا يملك الطعن على العقد أمام قاضي العقد.

ولا يمكن الاحتجاج بهذه النظرية إلاّ عندما يدخل النزاع في نطاق اختصاص قضاء آخر يختلف عن ذلك الذي سينظر في دعوى الإلغاء، في حين أن كلا من قاضي العقد وقاضي الإلغاء يكوّنان القضاء الإداري.

ولم يثبت فعلا وجود دعوى موازية تحقق عين النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء بما لحكمها من حجة على الكافة وإعدام القرار الإداري المخالف للقانون .

وقد تكون الحجة الأقرب في هذه الحالة –على ما يبدو–هو أن إقرار هذا النوع من الطعون من شأنه تهديد استقرار الأوضاع التعاقدية إذا ما تم الحكم بإلغاء العقد، لأنه ينجم عن الحكم بالإلغاء زوال العقد بأثر رجعي.

– من خلال البحث في طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، يتضح لنا جليا أن طبيعة ولاية القضاء الإداري في هذا النوع من المنازعات تتوقف إلى حدّ كبير على صفة الطاعن من ناحية وعلى مرجع أسباب الطعن من ناحية أخرى.

وعليه يدخل في ولاية قضاء الكامل المنازعات التي يثيرها أطرافه مستندين إلى بنوده واشتراطاته، وتتعلق هذه المنازعات عادة بمرحلة تنفيذ العقد التي تبدأ بعد التصديق النهائي عليه وتستمر إلى انقضائه وتدور هذه المنازعات حول تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد اوالتحلل منها.

بينما يندرج في ولاية قاضي الإلغاء الطعون التي يقدمها أطراف العقد والغير بالطعن في القرارات الإدارية النهائية التي تدخل في تكوينه سواء تعلقت بالمراحل السابقة على الإبرام ومرحلة الإبرام ذاتها، وكذلك بتنفيذه متى استند الطعن إلى مخالفة القرار للقوانين واللوائح المنظمة للتعاقد .

– هناك من القرارات ما ينفصل عن العقد وإن كان يسهم في تكوينه وتسمى القرارا ت المنفصلة وهذه تعد قرارات إدارية، كما هو الشأن لقرار وضع شروط المناقصة أو المزايدة أو قرار إرسائها ،حيث تقبل مثل هذه القرارات الطعن عليها بالإلغاء.

– أنه يشترط لقبول الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري أن يكـــون مشوبا بأحد عيوب عدم المشروعية وهي عيب عدم الاختصاص، ومخالفة اللوائح وصدور القرار في غير الأشكال التي نص عليها القانون، وكذا عيب الانحراف بالسلطة، وهذا بغض النظر ع ن سلامة العملية العقدية، فإلغاء القرار المطعون فيه هو جزاء لمخالفة الشرعية بالمعنى الموضوعي أي لقاعدة قانونية عامة ومجردة، بينما العقد يولّد مراكز شخصية وذاتية تقتصر آثارها على أطرافه فقط.

– أنّ المنطق القانوني يفرض أن يؤدي الحكم بإلغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري إلى إبطال ما يترتب عليه ،حيث يبطل ما بني على باطل بالتبعية، ولا يعق ل أن يهدم الأساس الذي قام عليه العقد الإداري ويظل هذا العقد سليما ، إضافة إلى أن ذلك الإبطال هو نتيجة منطقية لكون الحكم بالإلغاء حجة على الكافة، إلا أن بعض الأحكام القضائية –إن لم نقل معظمها –تقضي بخلاف ذلـــك أي عدم تأثير الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال في عملية التعاقد–ما لم يقم الطرفان المتعاقدان بتصحيح العيب في العقد أو تم فسخه استنادا إلى إلغاء هذا القرار أمام قاضي العقد– ولا يترتب على هذا الحكم أي تأثير على مجموعة الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين.

وقد يعود ذلك لدواع عملية تكمن في المحافظة على استقرار الأوضاع التعاقدية ،خاصة أن هذا النوع من الطعون يلجأ إليه في الغالب غير المتعاقدين.

– في كافة الأحوال يتم اللجوء إلى قاضي العقد في حالة غياب التسوية الودّية بين أطراف العقد أو عدم تصحيح العيوب في العقد بعد إلغاء القرار القابل للانفصال و لا يجوز للغير بخلاف أطراف العقد التمسك بالحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال لبطلان العقد، لأن الغير ليس له اللجوء إلى قاضي العقد لانعدام الصفة.

وهنا يتبقى للغير اللجوء إلى جهة الإدارة لطلب فسخ العقد إثر صدور الحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال نظرا لما هذا الحكم من قوة الشيء المقضي فيه، وفي حالة عدم استجابة جهة الإدارة لطلب الغير بفسخ العقد ، فإن له أن يلجا إلى رفع دعوى إلغاء ضد رفضها هذا.

وللغير كذلك اللجوء إلى القاضي الإداري لطلب توقيع غرامة تهديدية ضدّ الإدارة لحملها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للانفصال عن العقد ، وهذا ما نص عليه القانون الصدر في 8 فيفري1995 بفرنسا.

– أن المشرع الفرنسي من خلال القانون 82– 213 المعدّل بالقانون رقم 82–623 المتعلق بحقوق وحريات الجماعات المحلية، والذي حاول منحها نوعا من الاستقلالـــية مع التزام حدود المشروعيـــة و احترام القانون، إذ ألغى نظام الرقابة الوصائية على قرارات وعقود الجماعات المحلية وأحلّ محلها نظام الرقابة القضائية على هذه القرارات وتلك العقود.

قد سعى إلى إجازة الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية التي تبرمها السلطات المحلية، بأن أجاز لممثل الدولة (المحافظ) الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية ضد العقود نفسها التي تبرمها هذه الهيئات ،و قد حاول أن يثبت أنه ما من مانع حقيقي يحول دون قبول هذا النوع من الطعون طالما أن هناك إرادة تشريعية تسعى إلى ذلك .

إلاّ انه يؤخذ عليه من ناحية أخرى –رغم المبادرة التي اتخذها بإنشاء إجراء يعمل على احترام مبدأ المشروعية في مجال العقود المحلية –جعله من طعن المحافظ في عقود الهيئات المحلية طعنا اختياريا ، مما قلّل من حالات اللجوء إليه وأثر في فعاليته ، كما أثبت عجزه عن فسح المجال أمام تطور لاحق بالنسبة للعقود التي تبرمها السلطات المركزية.

– أن مجلس الدولة الفرنسي والمحاكم الإدارية التابعة له أقرا قبول الطعن بالإلغاء ضدّ العقد الإداري في حدّ ذاته، وذلك بقبول الطعن فـــي الشروط التنظيمية له كمرحلة أولية ،ليتعداه بعد ذلك إلى قبوله في الشروط التعاقدية، وإن كان الأمر في الشروط التنظيمية كان بقرار من مجلس الدولة ، أمّا الثاني فقد كان بقرار من المحاكم الإدارية الأدنى درجة ولم يرق بعد لأن يكون من المبادئ العامة التي تجد مصدرها في الاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي.

– أن القرار الصادر عن مجلس الدولـــة الفرنسي في 16 جويلية2007 في قضية Société Tropic Travaux de signalisation والقـــاضي بتمكين الغير من اللجوء إلى قاضي العقـــد، ينهض أمام حجـــة أن في قبول الطعن بالإلغاء ضدّ العقد الإداري حماية لمصالح الغير الذي لا يملك طريقا قضائيا آخر للدفاع عن حقوقه، وبالتالي كان فتح قضاء الإلغاء أمامه أمرا محتوما، وكون اللجوء إلى قضاء العقود (القضاء الكامل) قاصر على المتعاقدين.

و متى كان للغير بعد صدور هذ ا القرار اللجوء إلى قاضي العقد، فلا مجال للحديث إذن عن الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية (الدفع بوجود طعن موازٍ)، إلاّ أنه تبين لنا من خلال دراستنا لهذا القرار أن هناك شبه إجماع على كون هذا القرار خاص بالقضية المذكورة أعلاه و لا يمكن تعميمه على القضايا الشبيهة بها .

– قد يؤثر قبول الطعن بالإلغاء في مجال العقود الإدارية على تقسيم الاختصاص القضائي بين قضاء الإلغاء وقضاء الكامل، حسب بعض الفقهاء مما يتطلب معه إعادة النظر في قواعد توزيع هذا الاختصاص على الأقل فيما يتعلق بالمنازعة العقدية .

وعليه نخرج بجملة من الاقتراحات:

– أن في قبول الطعن بالإلغاء احترام لمبدأ المشروعية عن طريق إلغاء التصرف المخالف للقانون ،ولا جرم أن يكون هذا التصرف عقدا إداريا، بمعنى آخر إذا كان الطعن بالإلغاء هو جزاء عدم المشروعية ،فانه ينبغي أن يوجه إلى كافة التصرفات والأعمال التي تتضمن خرقا لهذا المبدأ، بغض النظر عن كونها صادرة عن إرادة طرف واحد أو أكثر .

– أن يتم إعادة النظر في القاعدة التي تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، وذلك لكثرة الاستثناءات التي وردت عليها، لأن ذلك من شأنه التشكيك في مصداقيتها.

و لعلّ مجلس الدولة الفرنسي كان يعد (بكسر العين) أوّل الأمر بالتخلي عن قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، لولا تخوفه من تأثير ذلك على قواعد الاختصاص القضائي في المنازعات الإدارية.

فبعد أن أجاز الطعن بالإلغاء في القرارات المنفصلة عن العقد في مرحلة أولى، أجاز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري في حدّ ذاته في مرحلة لاحقة (تكريسا لمبدأ المشروعية)، وهــو ما يستشف من خلال القرارات القضائية المتعاقبة الصادرة عنه في الموضوع، وذلك لا يعجزه لأننا اعتدنا على دوره الإبتكاري في صياغة قواعد القانون الإداري .

– أن يلعب القضاء الإداري المصري والقضاء الإداري الجزائري دورهما في ابتداع الحلول القانونية، وأن لا يقتصر دورهما على تأييد موقف مجلس الدولة الفرنسي والاستناد إلى ما وصل إليه من حلول،وهو ما يلاحظ مثلا في نظرية القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي يرى بأن الحكم بإلغاء القرار المنفصل لا يؤثر على العقد إذا كان الطعن مثارا من طرف الغير، بل يبقى هذا الأخير قائما إلى أن يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد، وهو نفس ما ذهب إليه القضاء المصري .

بل أن مجلس الدولة الفرنسي أصبح يعيب نظرية القرارات المنفصلة نفسها، ويرى أن نقطة ضعفها تتمثل في أنها لا تحقق جزاءا فعليا وحقيقيا للعقد الإداري حيث يظل القرار المعيب بإساءة استعمال السلطة قائما، بينما نجد القضاء الإداري المصري والقضاء الإداري الجزائري لا يزالان متمسكان بها، وتتوقف مسألة الطعن بالإلغاء في العقد الإداري في نظرهما عندها، في حين أن القضاء الفرنسي ذهب بعيدا من ذلك بأن أجاز الطعن في العقد الإداري ذاته رغم الصعوبات التي صادفته.

– أن يكون للحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري حجية مطلقة أمام قاضي العقد، وينبغي أن نفرق في هذه الحالة بين:

* إذا كان حكم الإلغاء قد إستند إلى عيب شاب القرار القابل للانفصال في ذاته فإن دور قاضي العقد ينحصر في بيان ذلك العيب على العملية العقدية .

* إذا استند حكم الإلغاء إلى عدم مشروعية العقد ذاتية، فإن ما يقرره قاضي الإلغاء في هذا الصدد يلزم قاضي العقد، ولا يسمح له بالقضاء رغم ذلك بصحة العقد أو خلوه من العيوب التي أثبتها قاضي الإلغاء، خصوصا إذا كان العيب الذي أدى إلى الحكم بالإلغاء من العيوب التي لا يمكن تصحيحها كعيب عدم الاختصاص مثلا أوعيب مخالفة القانون بمعناه الضيق، (الذين إذا بلغا درجة من الجسامة كان القرار المعيب بأي منهما معدوما)، وأن يكون للحكم بإلغاء القرار الإداري أثـــر على الكافة تأكيدا للحجية المطلقة لحكم الإلغاء، دون أن يتطلب الأمر اللجوء إلى قاضي العقد (القضاء الكامل).

أمّا إذا تعلق الأمر بعيب من العيوب التي يمكن تصحيحها كعيب الشكل وعيب الإجراءات ، فعلى قاض الإلغاء أن يكون أكثر مرونة في إلغاء العقد الإداري ويكون بذلك قد راعى استقرار الأوضاع التعاقدية من جهة واحترم مبدأ المشروعية من جهة أخرى.

– ندعو الجهات الإدارية إلى ضرورة احترام حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للحكم الصادر بإلغاء القرار المشوب بأحد أوجه الإلغاء في العقود الإدارية التي قامت بإبرامها بتصحيح هذه القرارات دون المساس في ذلك بالعقد ذاته ،حتى ولو كان هذا القرار يمس مرحلة إبرام العقد ذاته أو مرحلة تنفيذه . ويبقى العقد قائما وساريا و لا نحبذ المناداة بإلغاء العقد الإداري ذاته بناء على الحكم الصادر بإلغائه لمخالفة ذلك لقواعد الاختصاص القضائي في نطاق القضاء الإداري، حيث يؤدي إلى اختلاط بين قضاء الإلغاء والقضاء الكامل .

تمّ بحمـــــد الله .