القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية

دراسة مقارنة

The detachable administrative decisions from the administrative contracts

A comparative study

إعداد الطالب

عبد الواحد سليمان عبيد

(401220005)

إشراف

الدكتور محمد الشباطات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

آب/2015

تفويض

أنا الطالب **عبد الواحد سليمان عبيد البندر** أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونيا المعنونة ب " القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية دراسة مقارنة" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: عبد الواحد سليمان عبيد البندر

التاريخ: ٢٩/ ٨/ 2015

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية دراسة مقارنة.

وأجيزت بتاريخ: ٢٩/ ٨ /٢٠١٥م

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	التوقيع
١. د. أيمن الرفوع	رئيساً	.....
٢. د. محمد الشباطات	مشرفاً	.....
٣. د. عوض رجب الليمون	عضواً خارجياً	.....

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا وشفيعنا (محمد)، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه المنتجبين، على إنجاز هذا الجهد المتواضع.

بدايةً أتقدم بعظيم الشكر والإمتنان إلى المملكة الأردنية الهاشمية ملكاً وحكومةً وشعباً، لما لقيناه من ترحيب وحسن ضيافة خلال مدة إقامتنا فيها.

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل شكري وعظيم إمتناني إلى الدكتور (محمد الشباطات) لقبوله الإشراف على رسالتي أولاً، ولما أبداه من رعاية ونصح وتوجيه وتصويب ثانياً، حيث كانت لملاحظاته وتوجيهاته الأثر الواضح في إظهار هذه الرسالة بالصورة التي هي عليه الآن، فجزاه الله عنا خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى جامعة الشرق الأوسط وأساتذة الدراسات العليا في كلية الحقوق لما يقدمونه من رعاية وإهتمام لطلبة الدراسات العليا.

وهنا لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تقبلوا وبصدر رحب المشاركة في مناقشتي وأعدهم بأن تكون ملاحظاتهم محط إهتمامي.

الباحث

الإهداء

إلى روح الشيخ الجليل، رجل القيم والمبادئ رحمه الله تعالي

" والدي"

إلـى روح المـرأة التـي أحـاطتني بـدفئها وحنانهـا وعطائهـا بصـبر ونكـران ذات رحمهـا الله تعالى

" والدتي"

إلى شريان حياتي ورفيقة دربي في السراء والضراء

"زوجتي"

إلى من يجري في عروقهم ذات دمي، إلى من منزلتهم في نفسي كمنزلة هارون لموسى،

إلى نسمات الربيع

"إخوتي وأخواتي"

إلى فلذات كبدي ونور عيني...حلم المستقبل...

أبنائي الأحباء.....فيصل....حسام.....لميس

أهدي هذا العمل المتواضع

الباحث

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
العنوان	أ
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
شكر وتقدير	د
الإهداء	هـ
قائمة المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ي
الملخص باللغة الإنجليزية	ل
الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها	1
تمهيد	3
مشكلة الدراسة	3
هدف الدراسة	3
أهمية الدراسة	3
أسئلة الدراسة	4
حدود الدراسة	4
مصطلحات الدراسة	5
الإطار النظري والدراسات السابقة	6
منهجية الدراسة	11
الفصل الثاني: مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصل ونشأتها	12
المبحث الأول: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري	14
المطلب الأول: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الفرنسي	15
الفرع الأول: مرحلة رفض نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وإعتناق نظرية الدعوى الموازية	16

الموضوع	الصفحة
الفرع الثاني: مرحلة إعتناق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال:	20
المطلب الثاني: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري المصري	23
الفرع الأول: موقف محكمة القضاء الإداري	26
الفرع الثاني: موقف المحكمة الإدارية العليا	27
المطلب الثالث: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الأردني والعراقي	28
الفرع الأول: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الأردني	28
الفرع الثاني: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري العراقي	36
المبحث الثاني: مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال	42
المطلب الأول: تعريف القرار الإداري	42
الفرع الأول: تعريف القرار الإداري فقهاً	43
الفرع الثاني: تعريف القرار الإداري قضاءً	44
المطلب الثاني: خصائص القرار الإداري	47
المطلب الثالث: تعريف القرارات الإدارية القابلة للإنفصال	56
الفرع الأول: التعريف الفقهي للقرارات الإدارية القابلة للإنفصال	57
الفرع الثاني: التعريف القضائي للقرارات الإدارية القابلة للإنفصال	59
المبحث الثالث: معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال	62
المطلب الأول: معيار تمييز القرار الإداري عن العمل التشريعي والقضائي	63
الفرع الأول: المعيار الشكلي	63
الفرع الثاني: المعيار الموضوعي.	64
المطلب الثاني: معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال	67
المطلب الثالث: العمليات المركبة التي توجد بها القرارات الإدارية القابلة للإنفصال	70
الفرع الأول: العمليات الصادرة عن السلطة التنفيذية بصفتها الإدارية والسياسية	71
الفرع الثاني: العمليات الصادرة عن السلطة القضائية	74
الفرع الثالث: العمليات الصادرة عن السلطة التشريعية	74

الموضوع	الصفحة
الفصل الثالث: تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية	75
المبحث الأول: تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في المرحلة السابقة لإبرام العقد الإداري.	83
المطلب الأول: القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في المناقصات والمزايدات.	84
المطلب الثاني: القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في غير المناقصات والمزايدات	99
المبحث الثاني: تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد.	103
المطلب الأول: القرار الصادر بإبرام العقد في المناقصات والمزايدات.	104
المطلب الثاني: القرار الصادر برفض إبرام العقد في المناقصات والمزايدات.	109
المطلب الثالث: القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد في غير المناقصات والمزايدات.	112
المبحث الثالث: تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة تنفيذ العقد.	115
المطلب الأول: القاعدة العامة عدم قابلية القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للإنفصال.	117
الفرع الأول: مضمون القاعدة العامة	117
الفرع الثاني: مبررات القاعدة العامة	120
المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة عدم قابلية القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للإنفصال	123
الفرع الأول: الإستثناءات الخاصة بغير المتعاقدين مع الإدارة	124
الفرع الثاني: الإستثناءات الخاصة بالمتعاقدين مع الإدارة	126
الفصل الرابع: أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال وأثر الحكم بالإلغاء على العملية التعاقدية	133
المبحث الأول: أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال	135
المطلب الأول: عدم مشروعية القرار القابل للإنفصال	135
المطلب الثاني: عدم مشروعية العقد الإداري	143
المطلب الثالث: مخالفة القرار الإداري لمضمون العقد الإداري (الشروط التعاقدية)	147

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني: صفة الطاعن بالإلغاء	150
المطلب الأول: الطعن المقدم من قبل الغير	151
المطلب الثاني: الطعن المقدم من قبل المتعاقد مع الإدارة	153
الفرع الأول: موقف الفقه من طعن المتعاقد مع الإدارة	154
الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من طعن المتعاقد مع الإدارة	155
المطلب الثالث: مدى قابلية العقد نفسه للإنفصال	158
الفرع الأول: موقف الفقه	158
الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري	160
المبحث الثالث: أثر الحكم بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال على العملية التعاقدية	164
المطلب الأول: أثر الحكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال إذا لم ترفع الدعوى أمام قاضي العقد	165
الفرع الأول: صدور الحكم الخاص بإلغاء القرار القابل للإنفصال قبل إبرام الإدارة للعقد بصورة نهائية	166
الفرع الثاني: صدور الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال بعد إبرام العقد بصورة نهائية	167
المطلب الثاني: أثر الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال في حالة رفع الدعوى أمام قاضي العقد	180
الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات	187
الخاتمة	187
أولاً: النتائج	187
ثانياً: التوصيات	190
ثالثاً: قائمة المراجع	193

الملخص باللغة العربية

القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية

دراسة مقارنة

إعداد: عبد الواحد سليمان عبيد

إشراف: الدكتور محمد الشباطات

تنقسم الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة إلى نوعين، فهى إما أن تكون أعمال صادرة بالإرادة المنفردة للإدارة وهي ما يعرف بالقرارات الإدارية، أو تلك التي تنشأ بتوافق إرادة الإدارة مع إرادة الشخص المتعاقد معها وهي ما يعرف عنه بالعقود الإدارية.

وتلعب العقود الإدارية دوراً هاماً في تسيير النشاط الإداري، حيث تمكن الإدارة من إنشاء وإستغلال وصيانة المرافق العامة، حتى تستطيع أن تؤدي خدماتها للمنتفعين بها بصورة منتظمة ودائمة تحقيقاً للمصلحة العامة، حيث تظهر الإدارة في هذه العقود كطرف يتمتع بحقوق وإمتيازات السلطة العامة في إدارة وتسيير المرفق العام، والعقود الإدارية كعملية قانونية مركبة تتخذ خلالها العديد من القرارات الإدارية في مختلف مراحلها والتي تكون جزءاً من بنيان هذه العملية، إلا أن هذه القرارات إذا ما أصيب أياً منها بعيب من عيوب عدم المشروعية، فإنه يمكن فصل هذا القرار عن العملية العقدية والطعن ضده بالإلغاء إستقلالاً وهو ما يعرف بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

عليه ولأهمية الموضوع فقد هدفنا في هذه الدراسة إلى بيان مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال من خلال نشأتها وتعريفها ومعيار التمييز فيها، وشرح تطبيقاتها في مجال العقود الإدارية، ومن ثم بيان أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد تلك القرارات، وصفة الطاعن بالإلغاء، وأثر الحكم بالإلغاء على العملية التعاقدية، من خلال دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي والمصري والأردني والعراقي، متضمنة الأحكام القضائية وآراء الفقه مع تقديم بعض الآراء والمقترحات بصدد الموضوع.

فقد توصلت الدراسة إلى نتائج عديدة كان أبرزها الإتجاه الحديث للقضاء الإداري الفرنسي بصدد قبول الطعن ضد العقد الإداري بذاته وكذلك الإتجاه الحديث له الخاص بترتيب الأثر المباشر لحكم الإلغاء على بطلان العقد دون الحاجة إلى إستصدار حكم بذلك من قاضي العقد، كما أن من أهم توصيات الدراسة هي إدخال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ضمن إختصاص القضاء الإداري في كل من العراق والأردن.

الكلمات المفتاحية: (القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، العقود الإدارية، القضاء الإداري).

Abstract

The detachable administrative decisions from the administrative contracts
A comparative study

By: Abdulwahid Sulaiman Obaid

Supervisor:Dr. Mohammed Al-Shabatat

The legal works that is issued by the administration is divided into two types, either it should be issued by the individual well of the administration which is known as the administrative decisions, or those will resulted by the agreement of the well of the administration and the individual who is contracted with it, which is defined as the administrative contracts.

The administrative contracts plays a great role in running the administrative activities, and enable the administration to establish, maintain, make use of the general establishments, in order to make it possible to give the ultimates benefits to the people who are in needs of these benefits, where as the administration would appears clearly in these contracts as apart who engoys the full rights and benefits the general authority in managing and running the general establishment.

The administrative contracts as a combined legal operation are to be taking place through several administrative decisions in its various stages, which will be apart of construction of this operation, However, if one of these decisions was legally malfunction, then it is possible to detach this decision from the legal contracting operation and can be appealed against that decision independently, which is known as the detachable administrative decisions.

As this issue is very important our aim was to concentrate on analyzing the detachable administrative decision, and their origin and the criteria of it's appeales, and then explaining its applications in the field of the administrative contracts. And then explaining the reasons behind accepting those appeales against the concelation of these decisions, and the status of the appealer in the process of concellation, and the impact of the cancellation on the process of contracting.

All of that will be through a comparative study between the (French, Egyptian, Iraqi, and Jordanian) laws, that includes the Judicial decisions and the opinions of jurists in addition to presenting some of the common and suggestions in this subject

This study has reached to a various results mainly the new direction for the French Administrative Jurisdiction concerning the arrangement of the preparation of the direct impact of the cancellation decision on the contract cancellation with out the need to issue a decision from the contract judge, Also one of the main recommendations of this study is that including and entering the clashing of these administrative contracts within the specialty of the Iraqi and the Jordanian administrative jurisdiction.

Key Words (The detachable administrative decisions, The administrative contracts, The administrative Jursidiction).

الفصل الأول

خلفية الدراسة وأهميتها

تمهيد

تمتلك الإدارة لأداء أعمالها والوفاء بإلتزاماتها ثلاثة أنواع من الوسائل هي: وسائل بشرية ويقصد بها الموظفون بصورة عامة، ووسائل مادية ويقصد بها ما تملكه الإدارة من أموال والتي تستخدمها في أعمالها، ووسائل قانونية ويقصد بها التصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة والتي تهدف إلى إحداث آثار قانونية معينة، وتنقسم التصرفات القانونية بدورها إلى نوعين: تصرفات قانونية من جانب واحد أي من جانب الإدارة وبإرادتها المنفردة وهي القرارات الإدارية والنوع الثاني تصرفات قانونية تتم بإتفاق إرادتين إحداها الإدارة وهذه التصرفات تسمى العقود الإدارية ولكل من النوعين نظامه القانوني الخاص به.

وتعد القرارات الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في تنفيذ مهامها فهي تصدر عن السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة، وبلا حاجة إلى رضا الأفراد أو الأشخاص المخاطبين بها وهذا بدوره يساعد السلطة الإدارية على القيام بمهام الوظيفة الإدارية، وقد تكون تلك القرارات بسيطة غير مندمجة بأية عملية إدارية أخرى أو بأي عمل قانوني آخر كالقرار الصادر بتعيين موظف، وقد تكون تلك القرارات مندمجة في عملية إدارية مركبة كالقرار الصادر بإحالة عطاء في عقد إداري[1].

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، (2012). النظرية العامة للقرارات الإدارية. مراجعة وتنقيح محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي، القاهرة، ص419.

إن العمل الإداري يكون في أغلب الأحيان عملاً مركباً يمكن تحليله وتحديد عناصره ومركباته، وفي بعض الحالات يستحيل تمييز مكوناته والفصل بينها، وإن أهمية التمييز والفصل هنا من الناحية العملية تكمن في مدى إمكانية فصل مكونات العمل الإداري المركب، والطعن فيها على حدة بمعزل عن العمل الإداري المركب ذاته وباقي مكوناته وعناصره لكي يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري[1] وهي ما يعرف بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

ففي بعض الحالات لا يمكن الفصل بين مكونات العملية الإدارية المركبة وهذا يعني أن الأمر يتعلق بما يعرف بالقرارات الإدارية الغير قابلة للإنفصال، وفي حالات أخرى يمكن الفصل بين مكونات العملية الإدارية المركبة وهذا يعني أن الأمر يتعلق بما يعرف بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

وتنطوي عملية التمييز بين هذين النوعين من القرارات على العديد من النتائج القانونية المهمة خصوصا فيما يتعلق بإمكانية الطعن فيها على حدة أمام القضاء الإداري، وإن البحث في نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية ذو أهمية واسعة حيث تطرح تلك النظرية العديد من الإستفسارات حول ماهيتها ونشأتها ومعيار التمييز فيها وتطبيقاتها في مجال العقود الإدارية، وأسباب قبول الطعن بإلغاء القرار القابل للإنفصال، وأثر الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال على العملية التعاقدية وكذلك التطورات الفقهية والقضائية الخاصة بالنظرية منذ بداية نشأتها ولحد الآن.

---

(1) د. ساري، جورجي شفيق، (2002). القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري. دار النهضة العربية، القاهرة، ص7.

مشكلة الدراسة

تدور مشكلة الدراسة حول مفهوم نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لعدم وجود تعريف تشريعي جامع لها، حيث أنها كانت من إبتداع القضاء الإداري الفرنسي، وكذلك البحث في مجالات تطبيق هذه النظرية في المراحل المختلفة لعملية التعاقد الإداري، وبيان الآثار المترتبة على الحكم بالإلغاء ضد القرار القابل للإنفصال على العملية التعاقدية، وتوضيح كافة التطورات الفقهية والقضائية المتعلقه بها وكذلك الإتجاهات الحديثة للقضاء الإداري الفرنسي بصددها.

هدف الدراسة:

هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال من خلال دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي والأردني بغية إعطاء هذه الدراسة حقها في البحث والتفصيل، والتعرف من خلالها على مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ونشأتها في التشريعات المقارنة وتطبيقات تلك النظرية في مجال العقود الإدارية معززةً بالأحكام والقرارات القضائية، وتوضيح أثر الحكم بالإلغاء ضد تلك القرارات على العملية التعاقدية مع تقديم بعض المقترحات بصدد الموضوع.

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في مدى إمكانية فصل مكونات العمل الإداري المركب والطعن فيها على حدة وإنفصالها بمعزل عن العمل الإداري المركب ذاته وباقي مكوناته وعناصره ومن ثم الطعن فيها أمام القضاء وبيان النتائج القانونية المترتبة على ذلك، كما تتمثل أهمية الدراسة فيما يأتي:

1. البحث في الآراء الفقهية وأحكام القضاء الإداري في مجال تطبيق النظرية في مختلف مراحل العملية التعاقدية في ضوء التشريعات المقارنة.
2. بيان النتائج القانونية المترتبة على ذلك وأثر الحكم بالإلغاء على العملية التعاقدية.

أسئلة الدراسة:

يمكن تحديد وصياغة أسئلة الدراسة من خلال ما يأتي:

1. ما المقصود بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال؟
2. ما أهمية هذه النظرية من حيث نشأتها ومعيار التمييز فيها؟
3. ما تطبيقاتها في عملية التعاقد الإدارية؟
4. ما أسباب قبول الطعن ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وما صفة الطاعن بالإلغاء؟
5. ما أثر الحكم بإلغاء القرارت الإدارية القابلة للإنفصال على العملية التعاقدية؟

حدود الدراسة

تتعلق هذه الدراسة بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية وضمن المحددات التالية:

الحدود المكانية: ستكون هذه الدراسة مقتصرة على تناول أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والعراق والأردن.

الحدود الزمانية: ستتناول هذه الدراسة مجال تطبيق هذه النظرية في العقود الإدارية منذ نشأتها ولغاية تاريخ إعداد هذه الدراسة.

الحدود الموضوعية:

سوف تقتصر هذه الدراسة على تناول مفهوم نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وتطبيقاتها في مجال العقود الإدارية، بدراسة مقارنة يتم التركيز فيها على القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي والأردني، من خلال تحليل النصوص القانونية وإستطلاع الآراء الفقهية والأحكام القضائية ذات العلاقة بهذه النظرية.

مصطلحات الدراسة:

القرار الإداري: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة".[1]

الدعوى الموازية: "دعوة مباشرة ترفع أمام القاضي يكون من شأنها أن تشل آثار القرار الإداري المعيب بالنسبة لرافع الدعوى فتحقق له عملاً ما تحققه دعوى الإلغاء" [2]

العقد الإداري: عرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وأن يتضمن شروطاً إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص وأن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشترك مباشرة في تسيير المرفق العام" [3]

القرارت الإدارية القابلة للإنفصال: " قرارات إدارية تكون جزءاً من بنيان عملية قانونية تدخل في إختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة أو تخرج من إختصاص أية جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات من تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على إنفراد) [4].

---

(1) حافظ، محمود محمد، (1985). القرار الإداري. الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص12.

(2) الطماوي، سليمان محمد، (1976). القضاءالإداري. الكتاب الأول، قضاءالإلغاء، دار الفكر العربي، ص675.

(3) نقلاً عن: الطماوي، سليمان محمد، (1984). الأسس العامة للعقود الإدارية. دار الفكر العربي، ص52.

(4) حشيش، عبد الحميد كمال، (1976). القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص57.

الإطار النظري والدراسات السابقة

أولاً" الإطار النظري

تعتبر القرارات الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في تنفيذ مهامها، فهى ترجمة فعلية للعمل الإداري، وأحياناً تكون هذه القرارات مندمجة في عمل إداري مركب، وتشكل عنصراً من بنيانه القانوني كالقرار الصادر بإحالة عطاء أو بالتصديق على إبرام عقد من العقود الإدارية، وهنا يتعين تحديد مدى إمكانية فصل هذه القرارات والطعن فيها بشكل مستقل عن العملية التعاقدية ذاتها أمام القضاء الإداري من عدمه.

لذا ستقوم هذه الدراسة في الفصل الثاني على شرح كيفية نشأة القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في الأنظمة المقارنة ومن ثم بيان مفهوم تلك القرارات من خلال بيان مفهوم القرار الإداري ثم إستعراض خصائص القرار الإداري ثم تناول مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ومعيار التمييز فيها وبيان العمليات القانونية المركبة التي توجد بها القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

وفي الفصل الثالث سيتم التطرق إلى العقد الإداري من خلال تعريفه وبيان خصائصه وتطبيقات القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في عملية التعاقد الإداري في كافة مراحلها.

أما في الفصل الرابع سيتم شرح أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وصفة الطاعن بالإلغاء ثم شرح أثر الحكم بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال على العملية التعاقدية.

وفي الفصل الخامس ستتضمن الدراسة النتائج والتوصيات التي ستظهر من خلال البحث في الموضوع وذلك من خلال دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والعراقي والأردني.

الدراسات السابقة:

- دراسة الحنيطي، مارينا هاشم (2007)، **القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية

تناولت هذه الدراسة مفهوم القرارت الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية من خلال دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني ونشأة هذه القرارات في القضاء الإداري الفرنسي ونشأتها في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، كما إهتمت الدراسة بمعايير التمييز في تلك القرارات ومحاولة إيجاد معيار محدد لتمييز القرار الإداري القابل للإنفصال، كما تناولت النتائج المترتبة على إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية بالنسبة للإدارة وللقاضي.

وأهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة هي أن إستحالة إيجاد معيار محدد لتمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن غيرها من الإجراءات لم يمنع الفقه من محاولة إيجاد مثل هذا المعيار، لكنه كان يواجه دائماً تحديات عديدة، وذلك لصعوبة تبني جميع الحلول القضائية في مجال العقود الإدارية.

وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة هو التوسع في تطبيقات النظرية في مجال التعاقد الإداري في مختلف مراحل العقد، مع بيان أثر الحكم بالإلغاء على العملية التعاقدية وتوضيح كافة الإتجاهات الحديثة بصدد النظرية.

- دراسة الزبيدي، شاكر خلف **(2007)، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال**، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد، العراق

تناولت هذه الدراسة القرارات الإدارية القابلة للإنفصال من حيث بيان مفهومها وتطبيقاتها في عمل السلطة التنفيذية من خلال عملية التعاقد الإدارية نموذجاً وكيفية الطعن بتلك القرارات، وتطبيقاتها في عمل السلطة التشريعية من خلال الإنتخابات وإختصاص القضاء بالنظر في المنازعات الإنتخابية وأثر الحكم بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال على العمليات الإنتخابية من خلال دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي.

وأهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة هي أن الطعن ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال يبنى على ما يشوب القرار من عيوب وليس على أساس العملية الإدارية المركبة ذاتها، وتؤدي هذه العيوب إلى بطلان القرار ومن ثم إلغائه، أما الطعن ضد العقد فالقاعدة العامة تقضي بأن لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد العقد بذاته.

وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة هو البحث في أثر الحكم بإلغاء القرارات القابلة للإنفصال على العملية التعاقدية والإتجاهات الحديثة للمشرع الفرنسي، والتصدي لشرح هذه النظرية من خلال دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي والأردني.

- دراسة الشهاوي، عاطف محمد (2007)، **القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري**، أطروحة دكتوراة، جامعة عين شمس.

تناولت هذه الدراسة مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في العمليات القانونية المركبة بشكل عام فيما يصدر عن السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية من قرارات إدارية بصفتها جهات إدارة وبيان النتائج القانونية المترتبة على الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال في تلك العمليات.

وأهم نتائج هذه الدراسة هي أن نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال تتشابه مع كل نظريات الإلغاء الجزئي ونظرية التحول في القرارات الإدارية.

وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة هو البحث المعمق في النظرية في مجال التعاقد الإداري حصراً، وتوضيح كافة النتائج القانونية المترتبة بصدد الموضوع من خلال دراسة مقارنة بين القضاء الإداري والمصري والعراقي والأردني.

- دراسة سويدات، وسيم نظير (1998)، **نظرية الإجراءات القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت.

تناولت هذه الدراسة مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ونشأتها ومعايير التمييز فيها وكيفية الطعن بتلك القرارات وتطبيقاتها في مجال العقود الإدارية، من خلال دراسة بين القوانين الفرنسي والأردني والمصري.

وأهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة هي أن الفقه والقضاء الإداريين إستقرا على عدم تأثير الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال على العقد ذاته.

وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة هو تضمنها للإتجاهات الحديثة بخصوص قبول الطعن على العقد الإداري ذاته في حالات محدودة وكذلك الحال بالنسبة للإتجاهات الحديثة فيما يتعلق بترتيب الأثر المباشر لحكم الإلغاء على العقد والذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي حديثاً، وذلك من خلال دراسة مقارنة موسعة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي والأردني.

- دراسة الدليمي، حبيب إبراهيم (1994)، **الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري**، رسالة ماجستير، جامعة بغداد.

تناولت هذه الدراسة موضوع القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية ونشأتها وتطبيقاتها في مجال العقود الإدارية، وكيفية الطعن بتلك القرارات وإجراءات الدعوى وتوافر شرط المصلحة والنتائج القانونية المترتبة على ذلك من خلال دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي.

وأهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة هي أن دعوى الإلغاء تنصب فقط على القرارات الإدارية ولا يمكن إخضاع العقد الإداري للطعن ضده بالإلغاء، إذ يبقى هذا الأخير خاضعاً لدعوى القضاء الشامل.

وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة هو تضمنها لقرارات المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق ومقارنتها مع القرارات القضائية للقضاء الإداري الفرنسي والمصري والأردني وكذلك الشرح الموسع لتطبيقات النظرية والإتجاهات الحديثة فيها.

منهجية الدراسة

إعتمدت الدراسة الإسلوب الإستقرائي من خلال الرجوع إلى المؤلفات والأبحاث والدراسات والنشرات والرسائل الجامعية ذات العلاقة المباشرة بموضوع الدراسة من خلال دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي والأردني، كما إعتمد الباحث الإسلوب الوصفي التحليلي للنصوص القانونية للقضاء الإداري الفرنسي والمصري والعراقي والأردني، والإستشهاد بالأحكام القضائية وآراء الفقه المقارن بهدف إثراء الدراسة على الصعيدين العملي والنظري.

الفصل الثاني

مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ونشأتها

تمهيد وتقسيم

تتميز الدولة القانونية بوجود ثلاث سلطات مستقلة بها، وهي السلطة التشريعية، والسلطة القضائية، والسلطة التنفيذية، وهذه الأخيرة يصدر عنها الكثير من الأعمال والتصرفات لتحقيق وإشباع الحاجات العامة للمواطنين، كما يقع على عاتقها عبء تنفيذ القوانين وحسن تسيير المرافق العامة بإنتظام[1].

وهذه الأعمال القانونية منها العقود الإدارية والتي تنشأ بتوافق إرادتين، إرادة الجهة الإدارية وإرادة الشخص المتعاقد معها، والأخرى القرارات الإدارية والتي تصدر بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية، والقاعدة العامة إن العملية القانونية بكافة محتوياتها تكون بنياناً واحداً أو كتلة متماسكة تدخل في اختصاص القضاء العادي أو القضاء الإداري.

إن العقود الإدارية عملية مركبة تمر بعدة مراحل وإجراءات وتتخللها الكثير من القرارات، وهذه القرارات لم تتخذ لذاتها وإنما اتخذت من أجل اتمام عملية إدارية مركبة وذلك من خلال إبرام العقد الإداري، وجميع هذه القرارات التي تمهد لإبرام العقد إذا ما أصيب أيا منها بعيب من العيوب فإنه يمكن

---

(1) المسلماني، محمد أحمد، (2014). ماهية القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص11.

الطعن فيه بالإلغاء أمام قاضي الإلغاء، وهذا ما يطلق عليه القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية[1].

وبغية تحديد مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال يتعين علينا أولاً تحديد مفهوم القرار الإداري بصفة عامة لإرتباط تلك القرارات إرتباطاً وثيقاً بتعريف القرار الإداري، ثم بيان نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الفرنسي والمصري، وكذلك نشأتها في القضاء الإداري الأردني والعراقي ومعيار تمييز تلك القرارات.

عليه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وكما يلي:

المبحث الأول: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

المبحث الثاني: مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

المبحث الثالث: معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

---

(1) جاسم، رشا عبد الرزاق، (2011). الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري. بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، بغداد، ص3.

المبحث الأول

نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري

تمهيد وتقسيم:

لقد مرت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال بمراحل تطور عدة، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي قديماً لا يقبل الطعن بالإلغاء ضد القرارات التمهيدية أو التكميلية التي تدخل في تكوين العملية المركبة لأن القانون قد رسم طريقاً قضائياً خاصاً للطعن، وأن مجلس الدولة الفرنسي كان يأخذ بالمنهاج التركيبي الذي يرى بأن العملية الإدارية وحدة واحدة لا تقبل التجزئة[1]، أما مجلس الدولة المصري فقد تبنى هذه الفكرة منذ نشأته، ويعود ذلك إلى أن مصر لم تعرف نظام القضاء الإداري إلا عام 1946، حيث كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي هي المصدر للقضاء الإداري المصري، وفي ذلك الوقت كانت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال قد إستقرت في فرنسا[2]، كما هو الحال في القضاء الإداري الأردني والعراقي اللذان أخذا بها دفعه واحدة.

وعليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

- المطلب الأول: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الفرنسي.
- المطلب الثاني: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري المصري.
- المطلب الثالث: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الأردني والعراقي.

---

(1) حافظ، محمود محمد، القرار الإداري، مرجع سابق، ص102

(2) حشيش، عبد الحميد كمال،القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. مرجع سابق، ص76

المطلب بالأول

نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الفرنسي

لم تكن نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال نتاج جهد تشريعي، وعملاً قانونياً، ولم تكن وليدة إبداع فكري لفقهاء القانون الإداري، وإنما كانت من إبتكار القضاء الإداري الفرنسي، فإليه يعود الفضل في إبتداعها، تماماً كما يرتد إليه السبق في خلق كافة نظريات القانون الإداري ومبادئه وتأصيل قواعده وأحكامه، بيد أن القضاء الفرنسي لم يألف هذه الفكرة –رفضاً أو قبولاً– إلا بعد التدخل التشريعي بموجب مرسوم الثاني من نوفمبر سنة 1884م والذي أحاط دعوى الإلغاء برعاية فائقة فميزها عن دعوى القضاء الكامل ومنحها مكانة خاصة ميسراً إجراءاتها ومعفيها من الرسوم القضائية ومن وجوب جلب محام للحضور فيها، ففي سنة 1872م أصبح مجلس الدولة الفرنسي قاضي الشرعية في الطعن بالإلغاء ، وتحول من نظام القضاء المقيد أو المحجوز الذي لا يكون نافذاً إلا بتصديق الإمبراطورية أو الملك، إلى نظام القضاء البات أو المفوض الذي لا يتوقف تنفيذ أحكامه على تصديق السلطة الإدارية. [1]

وقد مرت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال منذ ذلك الحين بمرحلتين فارقتين:

- المرحلة الأولى: رفض خلالها مجلس الدولة الفرنسي إعتناق فكرة القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وتطبيق نظرية الدعوى الموازية.

---

(1) الحاجي، طه محمد،(2010). الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقدالإداري. رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ص12

- المرحلة الثانية: إعتنق خلالها مجلس الدولة الفرنسي فكرة الأعمال التي يمكن فصلها عن مجموع العملية الإدارية المركبة أي نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

وسوف يتم إستعراض هاتين المرحلتين من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مرحلة رفض نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وإعتناق نظرية الدعوى الموازية:

إبان تلك المرحلة كان مجلس الدولة الفرنسي لا يقبل الطعن على القرارات الإدارية بصفة عامة ومن بينها تلك التي تدخل في تكوين عملية إدارية مركبة بسبب عدم المشروعية متى كان القانون قد نظم طريقاً قضائياً خاصاً للطعن في العمل الرئيسي من هذه العملية سواء كانت تلك العملية من إختصاص مجلس الدولة نفسه أو محكمة إدارية غيره أو من إختصاص القضاء العادي، كما يستوي أن يكون القرار الإداري مناط الطعن بسيطاً أو مندمجاً في عمل إداري مركب.[1]

وكان منهج القضاء الفرنسي في هذا الشأن ينطلق من إعتبارين أساسين:

أولاً: إعمال الدفع بوجود الدعوى الموازية[2]:

نشأت هذه النظرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إذ دفع بها في عهد الإمبراطورية الثانية في تقارير الكثير من مفوضي الدولة، فاعتنقها المجلس وظل يطبقها ردحاً طويلاً من الزمن، ومؤداها

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص82.

(2)عرف الفقيه البيير رافائيل (Alibert Raphael) الدعوى الموازية على أنها: (دعوى مباشرة، ترفع أمام قاضٍ ويكون من شأنها أن تشل آثار القرار الإداري المعيب بالنسبة لرافع الدعوى فتحقق له عملاً ما تحققه دعوى الإلغاء) نقلا عن الدليمي، حبيب إبراهيم،(1994). الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري. دراسة مقارنة، رسالة ماجستير،جامعة بغداد، ص8، كما عرفها جانب من الفقه العربي على أنها: (دعوى قضائية أخرى يملكها صاحب الشأن المضار من القرار الإداري غير المشروع إلى جانب الطعن بسبب تجاوز السلطة، وقد تكون هذه الدعوى الأخرى من إختصاص محكمة قضائية عادية أو من إختصاص محكمة إدارية غير مجلس الدولة وقد تكون من إختصاص مجلس الدولة) حافظ، محمود محمد، القرار الإداري مرجع سابق، ص80-81.

أن يشترط لقبول دعوى الإلغاء توافر شرط إنتفاء طريق طعن قضائي مقابل إنتظمته النصوص التشريعية لصاحب المصلحة يمكن بموجبه التخلص من نتائج القرار الإداري غير المشروع، وهذا يعني أن الطعن بالإلغاء لا يقبل إذا وجد طريق قضائي آخر للطعن، أي دعوى موازية يمكن أن تؤدي إلى نفس نتائج دعوى الإلغاء ، لأنها (أي دعوى الإلغاء) دعوى إحتياطية لا يلجأ إليها إلا في الحالات التي لا يمكن الإلتجاء فيها إلى طعن آخر، حيث اشترط مجلس الدولة في هذه المرحلة لقبول الطعن بالإلغاء عدم وجود طريق آخر للطعن الموازي.[1]

وقد وضع مجلس الدولة الفرنسي ضوابطاً وشروطاً يجب أن تتوفر حتى يمكن الدفع بنظرية الدعوى الموازية، وهي: [2]

1. أن يكون الطريق الموازي دعوى قضائية حقيقية، فلا يكفي أن يكون المشرع قد نظم طريقاً إداريا للتظلم، ولا يعتبر التظلم الإداري دعوى موازية لدعوى الإلغاء ، وذلك لأن الدعوى الموازية لا بد أن ترفع أمام جهة قضائية سواء كانت جهة قضائية عادية أم إدارية، أما التظلم الإداري فيجب أن يرفع أمام اللجنة الإدارية، وهذا لا يحول دون قبول دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة، لأن الطعن الإداري لا يتمتع بحجية الأحكام القضائية ولا يتمتع بمزاياها.
2. يجب أن يكون الطريق الموازي دعوى وليس دفعاً، لأن الدفع هو مجرد وسيلة دفاع، أما الدعوى فهي وسيلة للهجوم والمبادأة، ولهذا قرر مجلس الدولة الفرنسي منذ فترة طويلة أن تمكين الأفراد

---

(1) جمعه، محمد سمير، (2011). مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للإنفصال في النظامين الفرنسي والمصري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، العدد 49، ص190-191

(2) حافظ، محمود محمد، القرار الإداري. مرجع سابق ص80-81

من توخي آثار اللائحة المعيبة عن طريق الدفع بعدم مشروعيتها لا يحول دون حقهم في طلب إلغائها أمام مجلس الدولة عن طريق قضاء الإلغاء .

3. يجب أن تؤدي الدعوى الموازية –في حالة كسبها– إلى تعطيل سريان القرار المطعون فيه وشل آثاره، فإذا إقتصر أثر الدعوى على تعويض الأضرار التي أصابت الطاعن فلا ينتج الدفع أثره في عدم قبول دعوى الإلغاء في القرار المطعون فيه.

وقد قيل أن الهدف من عدم جواز اللجوء لقضاء الإلغاء طالما وجد طريق قضائي آخر وهو الدعوى الموازية هو التخفيف عن عاتق مجلس الدولة الذي إكتظ بالقضايا نتيجة التيسيرات التي أحاط بها المشرع الفرنسي دعوى الإلغاء ، وخاصة الإعفاء من شرط الرسوم ووساطة المحامي، فأراد بذلك إستبعاد الطلبات التي يمكن تحقيقها وإشباع رغبات أصحابها عن طريق جهة قضائية أخرى غير قضاء الإلغاء [1].

ثانياً: إحترام الحقوق المكتسبة

كان مجلس الدولة الفرنسي في هذه المرحلة يأخذ بالمنهاج التركيبي الذي يرى بأن العملية الإدارية وحدة واحدة لا تقبل التجزئة، وهذا يعني بأنه بمجرد إبرام العمل المركب وصيرورته نهائياً، فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من القرارات المساهمة في تكوينه والمتداخلة في بنيانه، إذ أن هذه العملية المركبة قد تولد عنها حقوق مكتسبة لأطرافها، وإن إلغاء أي من القرارات المرتبطة بهذه العملية يتضمن المساس بهذه الحقوق[2].

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري، قضاء الالغاء. مرجع سابق، ص701 وما بعدها.

(2) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. مرجع سابق، ص52.

هذا فضلاً عن أن مثل هذه القرارات تكون مع باقي العملية الداخلة فيها كل متكامل ومتماسك غير قابل للتجزئة أو للتقسيم، وبالتالي فلا يمكن عزل أي منها أو فصله عن باقي العملية والطعن فيه على إستقلال أمام قاضي الإلغاء [1].

فهذه القرارات تصبح نهائية ومحصنة ضد السحب أو الإلغاء ، بمجرد أن تتبعها عقود أو قرارات تنشئ حقوقاً مكتسبة، حتى ولو كان موعد الطعن بالإلغاء ما زال ممتداً، إذ أن هذه القرارات تتحد مع العمليات القانونية وتندمج معها مكونة وحدة لا تقبل التجزئة، بحيث أن المساس بهذه القرارات يتضمن المساس بالعملية القانونية وما تولد عنها من حقوق[2].

وللدلالة على منطق القضاء الفرنسي الرافض لنظرية القرارات القابلة للإنفصال خلال تلك المرحلة، نسوق هذا المثال في مجال العقود الإدارية، وكان ذلك في قضية المعهد الكاثوليكي في مدينة ليل عام 1877م، حيث سطر المفوض (ديفيد) من مدونات تقريره بشأن تلك القضية ونصه:

(نعتقد أنه في إمكاننا تلخيص أحكام القضاء بقولنا إن قرارات الوصاية الإدارية عندما تكون سابقة أو لاحقة على العقود التي تصدق عليها أو ترخص بها لا يمكن فصلها عن هذه العقود التي تكملها وتختلط بها بحيث يمكن إلغاؤها مباشرة سواء بواسطة مجلس الدولة أو من باب أولى بواسطة السلطة الإدارية التي تصدر عنها) [3].

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري. مرجع سابق، ص 83.

(2) جمعة، محمد سمير، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للإنفصال في النظامين الفرنسي والمصري. مرجع سابق، ص 194.

(3) الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص14.

يستنتج الباحث مما سلف أن منهج القضاء الفرنسي في تلك المرحلة كان يتجه صوب صون وحدة العملية المركبة وحمايتها من التفكيك، وعدم قبول فصل القرارات الإدارية المتداخلة في بنيانها للطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً.

الفرع الثاني: مرحلة إعتناق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال:

خلال هذه المرحلة أصيبت نظرية الدعوى الموازية في مذهب القضاء الفرنسي بإنتكاسة كبرى، إذ بدأ مجلس الدولة الفرنسي يتنصل منها تدريجياً متجهاً بخطى حثيثة صوب فكرة القرارات المركبة، القائمة على إمكانية تحليل العملية المركبة وفصل القرارات الإدارية الممهدة لها والمتداخلة في تكوينها مع إباحة الطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً بغض النظر عن تمام العملية، ففي البداية أجاز مجلس الدولة الفرنسي فصل القرارات المتعلقة بالعقد والطعن فيها طالما أن العقد الإداري لم يصبح نهائياً قبل صدور حكم الإلغاء فيها، أما إذا أصبح العقد نهائياً فإنه لا يمكن فصل القرارات الإدارية لطالما أن هذه القرارات مساهمة في تكوين العقد، وتكون العملية التعاقدية وحدة واحدة لا تقبل الإنفصال أو التجزئة[1].

ثم بعد ذلك خفف مجلس الدولة من موقفه المبني على المنهج التركيبي، والذي يرى بأن العملية العقدية كتلة واحدة لا تقبل التجزئة، وتحول إلى المنهج التحليلي، وأجاز في هذا الحكم بالطعن في القرارات التي تمهد لتكوين العقد ثم مد المجلس قضاءه إلى مرحلة تنفيذ العقد وإنهائه دون تمييز بين العقود التي صارت نهائية أو تلك التي ما زالت طور التكوين، بحيث أجاز للغير أو المتعاقد مع

(1) حشيش، عبدالحميد كمال،القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص 79.

الإدارة الطعن بالقرارات التي تصدرها الإدارة بشرط أن يبرر طعنه على أساس أن القرار المنفصل قد خالف القانون[1].

ولعل السبب في تحول مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق والقاضي برفض تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال إلى الأخذ بتطبيق تلك النظرية، هو ما إنتهى إليه المجلس من فساد الأسس والحجج التي إستند إليها الرأي الرافض لتطبيق هذه النظرية[2].

وإن وجود هذه الدعوى إذا كانت تمنع قبول الطعن بالإلغاء المقدم من قبل المتعاقد مع الإدارة على أساس أن له حق رفع دعوى القضاء الشامل أمام قاضي العقد، إلا أنها لا تكون كذلك بالنسبة للطعون من قبل الأغيار الذين هم ليسوا بأطراف في العقد، والقول بغير ذلك إنما يؤدي إلى إنكار العدالة، وعدم توفير الحماية الكافية لحقوق الأفراد[3].

أما عن القول بإحترام الحقوق المكتسبة، فلا يمكن الإستناد لذلك في عدم القبول، ذلك أن هذه الحقوق إذا ما أريد إحترامها، فيجب أن تكتسب بطرق مشروعة من جهة، فضلاً عن أن الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال لا يمكن أن يرتب آثاره المباشرة على العقد الإداري، بحيث يبقى هذا الأخير قائماً كأصل عام ومرتباً لكافة نتائجه القانونية إلى أن يتم الطعن فيه من قبل أحد طرفيه أمام قاضي العقد إستناداً للحكم الصادر بإلغاء القرار[4].

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص86.

(2) الجبوري، محمود خلف،(2010). العقود الإدارية. دار الثقافة، عمان، ص 89.

(3) فهمي، مصطفى أبوزيد، (1979). القضاء الإداري ومجلس الدولة. الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 426.

(4) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. مرجع سابق، ص86.

ويذهب معظم فقهاء القضاء الإداري الفرنسي إلى التاريخ بحكم مجلس الدولة في قضية مارتن (Martin) الصادر في الرابع من أغسطس عام 1905م. بإعتباره كبداية لميلاد هذه النظرية وإنطلاق القضاء الفرنسي من هذه المرحلة، حيث أقيمت تلك القضية بصدد عقد أشغال عامة أي عقد من العقود الإدارية، وحاصلها أنه صدر قرار المجلس العام بالتصريح بمنح إحدى الشركات إلتزام نقل بواسطة (الترام) وتمخض عن هذا القرار إبرام عقد الإلتزام، وقد رأى أحد أعضاء ذلك المجلس أن القرار معيب في شكله لعدم سبق إعداد تقرير من المدير يوزع قبل جلسة المداولة خلال المدة التي حددها القانون، ومن ثم فقد طعن بالإلغاء على ذلك القرار نزولاً على أهمية الشكل فيه، وأن مخالفته تحول دون مباشرته لنيابته على الوجه الصحيح، ودفع الوزير المختص بعدم قبول الدعوى ركوناً على أن القرار مناط الطعن كان أساساً لعقد إلتزام تمخض عنه حقوق مكتسبة، وأفاض المفوض روميو في تقريره رامياً إلى عدم قبول الطعن إعمالاً لنظرية الدعوى الموازية، بيد أن المجلس رفض الدفع وقبل الطعن شكلاً رغم خضوع العملية الأساسية لإختصاص المحكمة الإدارية الإقليمية وذلك إعمالاً لنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العملية التعاقدية[1].

بيد أن هناك من يرى أن مجلس الدولة الفرنسي كان قد إعتنق هذه الفكرة قبل ذلك التاريخ منذ سنة 1903م، بإصدار ثلاثة أحكام في مجال عقود القانون الخاص للإدارة مبلوراً من خلالها نظرية

---

(1) C.E – 4 – aout – 1905. Martin. A.J.DA. 1906. P249 notejeze.

نقلاً عن: أحمد، عبدالله سيد، (2008). نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري. دراسة مقارنة، إطروحة دكتوراه، جامعة اسيوط، مصر، ص16.

القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، بما يفيد عزوفه عن نظرية الدعوى الموازية والإتجاه صوب النظرية مدار البحث والأخذ بها[1].

ومن تلك الأحكام القضية الخاصة بصدد عقد إيجار لمبنى مدرسة ببلدية (Guerre) والتي أقامت الطعن، وفيها سطر المجلس في حكمه أن المسائل المثارة في عريضة الدعوى تتميز عن تلك المتعلقة بصحة الإيجار المبرم بين مالك العقار ومندوب المدير ومن ثم لا يكون وزير الداخلية محقاً في الدفع بعدم قبول الدعوى على أساس أنها تهدف فقط إلى إبطال عقد قانون مدني يدخل في الإختصاص العام للمحاكم القضائية[2].

المطلب الثاني

نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري المصري

لم يمر قضاء مجلس الدولة في مصر بذات التطور الذي مر به قضاء مجلس الدولة في فرنسا فيما يتعلق بنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى حداثة العهد نسبياً بالقضاء الإداري في مصر، حيث أن نشأته الرسمية تعود إلى عام 1946 بموجب القانون (112)، أي بعد ما يقرب من حوالي نصف قرن من بداية أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذه النظرية وتطبيقها في كثير من المجالات المختلفة، ومعنى هذا أن القضاء الإداري في مصر قد نشأ في وقت

---

(1) الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري. مرجع سابق، ص12.

(2) C.E.11 – Decmbre. 1903. Commune de Guerre. Sirey. 1906. 3. eme. P 49. Note Hauriou.

نقلاً عن: أحمد، عبدالله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري. مرجع سابق، ص14.

كانت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال قد إتضحت معالمها وملامحها، وإستقرت أحكامها في فقه القضاء الإداري في فرنسا[1]

إلى جانب ذلك يوجد سبب آخر وهو فكرة الطعن الموازي التي كانت من بين أسباب عدم قبول قضاء مجلس الدولة للطعون الخاصة بالإلغاء في العمليات المركبة طالما وجد مثل هذا الطعن، فهذه الفكرة لم تجد لها صدى يذكر في القضاء الإداري في مصر[2]

وهنا يجب الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه[3] يرى بأن مجلس الدولة قد تردد أحياناً بالأخذ بنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ودليلهم في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1959/3/10م، حيث رفضت المحكمة فصل القرارات الإدارية المتصلة بتنفيذ عقود الإدارة الخاصة (المدنية) لأن هذه الإجراءات لا تعتبر قراراً إدارياً مما يجوز طلب إلغائه، بل تعتبر من قبل التصرفات المدنية، وجاء بالنص:(إن رفض الحكومة بالتنازل الصادر من شخص إلى آخر عن عقد إشتراك تليفون لا يعتبر قراراً إدارياً مما يجوز طلب إلغائه، بل يعتبر من قبيل التصرفات المدنية فالمسألة كلها تنحصر في قبول التنازل عن عقد إشتراك تليفون، وقبول هذا التنازل أو رفضه لا يعتبر قراراً إدارياً، وإنما هو من التصرفات التي تباشرها الحكومة بإعتبارها شخصاً معنوياً، والتي لا تختص هذه المحكمة بنظرها).[4]

---

(1) حشيش، كمال عبد الحميد، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. مرجع سابق، ص90

(2) جمعه، محمد سمير، مدى قبول الطعن بالالغاء في القرارات القابلة للإنفصال في النظامين الفرنسي والمصري. مرجع سابق، ص221-222.

(3) سلامة، وهيب عياد، (1992).الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية. دار النهضة العربية، القاهرة، ص77.

(4) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1959/3/10م، قضية رقم 3393 لسنة 9 ق، السنتين 12 و13، ص174.

الا أن الرأي الراجح لدى غالبية الفقه المصري[1] يتفق على أن قضاء مجلس الدولة قد طبق نظرية القرارات القابلة للإنفصال منذ نشأته، وإستعملها في ظل القوانين المنظمة له للتغلب على إختصاصاته التي كانت محددة، حتى يستطيع فرض رقابته على قرارات وتصرفات الإدارة لم يكن يشملها الإختصاص المصري الذي كانت تنص عليه القوانين المنظمة له،ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة المصري إستخدم هذه النظرية في مجال العقود التي تبرمها الإدارة في ظل قانون مجلس الدولة رقم (112) لسنة 1946 والذي لم يعط للمجلس المذكور إختصاص النظر في منازعات العقود التي تبرمها الإدارة، حيث كانت هذه الإختصاصات تدخل في إختصاص القضاء العادي، وفي هذه المرحلة كان القضاء الإداري المصري يأخذ بنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ويطبقها على القرارات السابقة لإبرام العقد.

وإستمر مجلس الدولة في إستخدام هذا التكتيك إلى أن صدر القانون رقم (9) لسنة 1949 حيث أصبح مجلس الدولة صاحب الإختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية، وقد نصت المادة الخامسة منه[2] على إختصاص مجلس الدولة بالنظر في المنازعات التي تخص ثلاثة أنواع من العقود وهي عقود الإلتزام وعقود الأشغال وعقود التوريد[3].

ثم بعد ذلك صدر القانون رقم(47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، والذي نص في المادة العاشرة منه على (14) بنداً حدد منها (13) بنداً منها أهم المنازعات التي تدخل في

---

(1) حافظ، محمود محمد، القرار الإداري، مرجع سابق، ص541.

(2) نص المادة (5) من القانون الإداري المصري رقم (9) لسنة 1949 على ما يلي: " تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإداري التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد، ويترتب على رفع الدعوى في هذه الحالة أمام المحكمة المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم المدنية".

(3) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص92.

إختصاصه، وجاء في البند (14) بقوله وسائر المنازعات الإدارية، وأهم المجالات التي إستخدم فيها مجلس الدولة المصري نظرية القرارات القابلة للإنفصال هي الوظيفة العامة والعقود التي تبرمها الإدارة والإنتخابات والأعمال الصادرة عن مرفق القضاء وغيرها [1]

ولعله من الملائم هنا إبراز موقف محكمة القضاء الإداري وموقف المحكمة الإدارية العليا في مصر حيال نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: موقف محكمة القضاء الإداري

في ظل العمل بقانون إنشاء مجلس الدولة رقم (112) لسنة 1946م، ورغم خلوه من تقرير الإختصاص لها بنظر المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية، إعتنقت المحكمة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال فقررت أنها تختص بنظر الطعون في القرارات الإدارية التي تدخل في تكوين عملية إدارية مركبة، والتي تصاحب عقداً من العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت سابقة أو معاصرة أو لاحقة لإبرام العقد كالقرار الصادر بإبرام العقد أو بالإذن بإمضائه، أو بإعتماده، وأجازت الطعن بالإلغاء إستقلالاً في تلك القرارات دون أن يكون لذلك ثمة تأثير في اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد ذاته أو مساس بذلك العقد.[2]

ومن دلائل إعتناق محكمة القضاء الإداري للنظرية مدار البحث ما ورد بحكمها الصادر بجلسة 1947/11/25م من حيث: (أنه مما يجب التنبيه إليه من أن العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مركب له جانبان: أحدهما تعاقدي بحت تختص به المحكمة المدنية، والآخر إداري يجب أن

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص122-123.

(2) أحمد، عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص20

تسير فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر لذلك فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو إعتماده، وتختص المحكمة بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح وذلك من دون مساس بذات العقد الذي يظل قائماً بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعات المتعلقة به)[1].

الفرع الثاني: موقف المحكمة الإدارية العليا

لقد نحت المحكمة الإدارية العليا ذات منحى محكمة القضاء الإداري مستخدمة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال بصدد تصرفات قانونية مركبة متنوعة منها ما يتصل بعقود الإدارة، ومنها ما يتعلق بعملية الترقية أو بالتأديب الإداري[2]

ومن دلائل إعتناق المحكمة الإدارية العليا في مصر للنظرية مدار البحث ما ورد بحكمها الصادر في جلسة 1975/4/25 من حيث: (أنه ينبغي التمييز في مقام التكييف القانوني بين العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإجراء هذا العقد أو تهيئ لمولده، ذلك أنه يقطع النظر عن كون هذا العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته، من حيث كونه إفصاحا عن إرادتها الملزمة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة، ومثل هذه القرارات، وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الصادر بجلسة 1947/11/25، مجموعة س2، ص104.

(2) الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص25

كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً، ويكون الإختصاص والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها) [1]

مما سبق يستنتج الباحث بأن القضاء الإداري المصري قد أخذ بهذه النظرية منذ بداية نشأته عام 1946م، وساير بذلك القضاء الإداري الفرنسي الذي أخذ بها قبله وطبقها فترة طويلة من الزمن،مع الأخذ بنظر الإعتبار أن القضاء الإداري الفرنسي يعتبر المرجع للقضاء الإداري المصري الذي يسترشد به في أغلب أحكامه.

المطلب الثالث

نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الأردني والعراقي

سيتم في هذا المطلب إستعراض نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الأردني والعراقي من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الأول: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري الأردني

لقد مر القضاء الإداري الأردني بمراحل تطور عدة في تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ومنها في مجال العقود الإدارية، ذلك أن منازعات العقود الإدارية تندرج ضمن إختصاصات القضاء العادي، وذلك منذ إنشاء محكمة العدل العليا السابقة بصفتها محكمة قضاء إداري بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية المؤقت رقم 71 لسنة 1951، ومما هو جدير بالذكر أن المنازعات التي تنشأ في العقود الإدارية لا تقل أهمية عن المنازعات الناشئة عن القرارات الإدارية، إلا أن

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعنين رقم 400، 320 لسنة 17ق، بتاريخ 1975.0/4/25 س20، ص37.

إختصاصات المحكمة المذكورة وردت على سبيل الحصر بحيث لم يكن من ضمن هذه الإختصاصات النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية،[1] وذلك على إعتبار أن الأردن من الدول التي تأخذ بمعيار التعداد التشريعي على سبيل الحصر لتحديد إختصاص القضاء الإداري بخلاف بعض الدول التي تأخذ بمعيار الشرط العام مع معيار التعداد التشريعي[2] (فرنسا مثلاً...).

وعلى الرغم من صدور قانون تشكيل المحاكم النظامية المؤقت رقم (71) لسنة 1951، ثم تلاه صدور قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (26) لسنة 1952 إلا أنه لم تنشأ محكمة عدل عليا مستقلة في حينه وعهد بهذه المهمة لمحكمة التمييز بموجب نص المادة (11) من القانون المذكور: (تنظر محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا) وعليه فإنه وفقاً لهذا النص يتضح أن التنظيم القضائي الأردني كان تنظيماً مزدوجاً ووفقاً لأحكام الدستور تم إنشاء وإحداث محكمة عدل عليا وإن كانت محكمة التمييز التي تتولى هذه المهمة[3]

ومما يؤيد هذا الرأي ما جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية: (أخذ الدستور الأردني بمبدأ القضاء المزدوج، إذ أوجب إضافة إلى المحاكم العادية إنشاء محكمة العدل العليا، وتنفيذا لهذا النص قد حدد قانون تشكيل المحاكم النظامية صلاحية هذه المحكمة على سبيل الحصر، إذ خولها صلاحية

(1) كنعان، نواف، (2012). القضاء الإداري الأردني. الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الرابعة، عمان، ص78-79.
(2) شطناوي، على خطار،(2011). موسوعة القضاء الإداري. الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، ص367.
(3) كنعان، نواف، (2012). القضاء الإداري الأردني. مرجع سابق، ص80.

النظر في طلب إلغاء هذه القرارات إلا ما ورد بشأنه نص صريح كما هو الحال في الطعون المتعلقة بإنتخاب البلديات التي أصبحت من إختصاص محكمة البداية صراحة)[1].

وعلى الرغم من عدم إدخال منازعات العقود الإدارية في إختصاص محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا، إلا أن هذه المحكمة طبقت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال فجاء في حكم لها: (الدعوى التي تنصب على الطعن في القرار من ناحيته التعاقدية لا من ناحيته الإدارية لا تدخل في إختصاص محكمة العدل العليا وإنما يعود أمر النظر فيه إلى المحاكم العادية) [2]

ويفهم من الحكم السابق أن القرار الإداري الذي يتخذ من الإدارة بصفتها سلطة عامة وأمكن فصله عن العملية العقدية يدخل في إختصاص محكمة العدل العليا، كما قضت في حكم آخر بقولها: (القرار الإداري إذا كان مندمجاً في عملية مركبة ما، فإن قواعد الإختصاص العادية تسمح لمحكمة العدل العليا أن تفصل القرار الإداري من هذه العملية المركبة، وإخضاعه لقضاء الإلغاء على أن تترك باقي العملية المتعلقة بالحق المدني للجهة القضائية المختصة) [3] إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا هو ألم يعترض طريق تطبيق نظرية القرارات القابلة للإنفصال أية عقبات في قضاء محكمة العدل العليا في تلك الفترة؟

---

(1) حكم محكمة التمييز الأردنية السابقة، الصادر في 1977/4/6، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1977، ص2982.

(2) حكمة محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، الصادر في 1977/11/16، رقم القرار 765/ 84، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة 26، العددان 1و2، سنة النشر 1978، ص48.

(3) حكمة محكمة العدل العليا الأردنية، رقم القرار 81/53، مجلة نقابة المحامين الأردنيين،سنة النشر 1982، السنة 30 العدد 2، ص178.

إن العقبة الوحيدة التي من الممكن أن تظهر في هذا المجال هي إشتراط إنتفاء طريق الطعن المقابل(الدعوى الموازية)، وعليه إذا كان أمام الطاعن طريق قضائي آخر غير دعوى الإلغاء إمتنع عليه الإلتجاء إلى محكمة العدل العليا، ووجب عليه اللجوء في هذه الحالة إلى طريق الدعوى الموازية[1]

إلا أنه من الملاحظ أن هذا القيد قد أحيط بالعديد من الشروط التي تحد من إطلاقه، وكما جاء في حكم لمحكمة العدل العليا السابقة في هذا الشأن: (إنه وإن كانت محكمة العدل العليا لا تملك صلاحية النظر في طلبات الإلغاء إذا كان هنالك طريق طعن موازٍ يمكن اللجوء إليه، إلا أنه يشترط في الدعوى القضائية الموازية أن تحقق كل ما تحققه دعوى الإلغاء من الناحية القانونية، وأن يكون للحكم الصادر فيها أثر قبل الكافة، فإذا كانت الدعوى أمام المحاكم المدنية لا تحقق هذه الميزة وكان أثر الحكم الذي يصدر فيها نسبياً مقصوراً على الخصوم في الدعوى ولا يسري على الكافة مما يضطر الأفراد المعنيين إلى أن يرفعوا قضايا متعددة بشأن القرار الواحد كلما طبقته الإدارة عليهم، فإن الدفع بوجود طريق طعن مواز يكون غير وارد) [2].

كما إن المبررات العملية والتي أدت في فرنسا إلى الأخذ بفكرة الطعن المقابل كما تم شرحه بشكل مفصل سابقاً وهي محاولة تخفيف عبء دعاوي الإلغاء عن كاهل مجلس الدولة الفرنسي والتي كانت سبباً في تردد المجلس حينها بالأخذ بنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لا وجود لها في

---

(1) نده، حنا ابراهيم،(1972). القضاء الإداري في الأردن. عمان، جمعية عمال المطابع التعاونية، ص327، نقلا عن:سويدات، وسيم نظير، (1998). نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة ال البيت، عمان، ص59.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة الصادر في 1969/10/5، القضية رقم 69/5، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة 17، العدد 91، لسنة 1969، ص864-865

الأردن، لأن محكمة العدل العليا تمارس إختصاصاً محدداً على سبيل الحصر فيما يتعلق بإلغاء القرارات الإدارية، وقد حدد قانون تشكيل المحاكم النظامية المؤقت لسنة 1951 هذه الإختصاصات دون الإشارة إلى فكرة الطعن المقابل أو الدعوى الموازية.[1]

مما سبق يستنتج الباحث أن النزاع المعروض على القضاء إما أن يدخل في إختصاص محكمة العدل العليا وإما أن يدخل في إختصاص المحاكم العادية، أي أن المسألة تتعلق بالإختصاص، والإختصاص سابق على القبول، فالمحكمة إما ان تكون مختصة فتقبل النظر في موضوع النزاع، وإما أن تكون غير مختصة فترد الدعوى لعدم الإختصاص.

مما ورد أعلاه يتضح للباحث بشكل جلي أن محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا في تلك الفترة قد طبقت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال دفعة واحدة دون تردد، لأنها وجدت هذه النظرية قد إستقرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري والذي يشكل مرجعاً يسترشد به القضاء الإداري الأردني في أغلب أحكامه.

وبصدور القانون المؤقت رقم(11) لسنة 1989 والذي تم بموجبه إنشاء محكمة العدل العليا كمحكمة قضاء إداري مستقلة عن المحاكم العادية تنفيذاً للمادة (100) من الدستور الأردني[2]،حيث تم تحديد إختصاص محكمة العدل العليا في المادة(9) منه على سبيل الحصر. [1]

---

(1) الشوبكي، عمر محمد،(2010). القضاء الإداري دراسة مقارنة. الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، ص252.

(2) نصت المادة (100) من الدستور الأردني لسنة 1952 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 1093، بتاريخ 1952/1/8 على ما يلي: (تعين جميع أنواع المحاكم ودرجاتها وأقسامها وإختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص على أن ينص هذا القانون على إنشاء محكمة عدل عليا)

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه تم تعديل هذه المادة من الدستور الأردني بموجب التعديل المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 5117، بتاريخ 2011/10/1، حيث أصبحت تنص على : (تعين أنواع المحاكم ودرجاتها وأقسامها وإختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص على أن ينص هذا القانون على إنشاء قضاء إداري على درجتين) ومؤخراً

وبالرغم من تحديد إختصاص محكمة العدل العليا السابقة كمحكمة مستقلة على سبيل الحصر، إلاّ أن هذه الإختصاصات لم تشمل إختصاصها بالنظر في منازعات العقود الإدارية، مما يعني بقاء الإختصاص فيها للمحاكم العادية، ومع ذلك نجد أن محكمة العدل العليا السابقة قد طبقت في هذه المرحلة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ومنها في مجال العقود الإدارية فقد قضت في حكم لها بأنه: (يعتبر قرار أمين عام سلطة المياه برفض تزويد المستدعية بنسخة من العطاء الذي دعي إليه المناقصون بتقديم عروضهم قراراً صادراً عن سلطة إدارية أفصحت فيه عن إرادتها بعدم بيع نسخة من

صدر قانون القضاء الإداري المرقم (27) لسنة 2014 المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (5297) في 2014/8/17 والذي نص على إنشاء قضاء يسمى(القضاء الإداري) على درجتين ويتكون من:

أ. المحكمة الإدارية ب. المحكمة الإدارية العليا.

(1) نصت المادة (9) من قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (11) لسنة 1989 المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد 3614 بتاريخ 1989/3/9 على ما يلي:

أ. مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة وأحكام المادتين (10) و(11) من هذا القانون تختص محكمة العدل العليا دون غيرها بالنظر والقضاء في الدعاوي المتعلقة بالأمور التالية:

1. الطعون المتعلقة بانتخابات غرف الصناعة والتجارة والجمعيات والهيئات الإدارية والنوادي المسجلة في المملكة ولا تشمل هذه الصلاحية الإجراءات السابقة لعملية الاقتراع أو الممهدة لها.
2. الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة أو بمنح الزيادات السنوية للموظفين العامين.
3. طلبات الموظفين العامين بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بفصلهم من وظائفهم بغير الطريق القانوني.
4. طلبات الموظفين العامين بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بحقهم من قبل المجالس التأديبية.
5. المنازعات المتعلقة برواتب التقاعد المستحقة للمتقاعدين من الموظفين العامين أو لورثتهم.
6. الدعاوي التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.
7. الدعوى بإبطال أي قرار صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على طلب المتضرر.
8. المنازعات والمسائل التي تعتبر من إختصاص محكمة العدل العليا بموجب أي قانون آخر.

أوراق العطاء للمستدعية مما حرمها من تقديم عرضها كمقاول، قراراً إدارياً عملاً بما إستقر عليه قضاء محكمة العدل العليا بتعريف القرار الإداري) [1] .

إلاّ أن القانون السابق لم يستمر طويلاً حيث تم إلغاؤه وحل محله قانون محكمة العدل العليا الدائم رقم (12) لسنة 1992، والذي لم يحدث تغييراً جوهرياً بإستثناء توسيع إختصاص محكمة العدل العليا، حيث كانت ولايتها مقصورة على الإلغاء دون التعويض، فأصبح لها بموجب هذا القانون ولاية قضاء الإلغاء والتعويض حيث جاء في الفقرة (ب) من المادة (9) بأنه: (تختص المحكمة في طلبات التعويض عن القرارات والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة سواء رفعت إليها بصفة أصلية أو تبعية) وبذلك فإن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ما زالت ضمن إختصاص المحاكم العادية[2].

وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا السابقة في العديد من أحكامها بأن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تخرج إختصاصها فقد قضت في حكم لها بأنه: (إستقر الإجتهاد على أن المنازعة في صحة العقود ونفاذها وفسخها وانقضائها وإقالتها وإلغائها، وأي خلافات تقوم بشأنها هي من قبل المنازعات المدنية التي تدخل ضمن إختصاص المحاكم المدنية وتخرج عن إختصاص محكمة العدل العليا)[3].

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة الصادر في 1991/7/23، القضية رقم 91/135، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد6، السنة 41 ، سنة النشر 1993، ص 1113.

(2) الشوبكي، عمر محمد، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 195.

(3) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة الصادر في 1999/2/25، القضية رقم 89/410، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 6، سنة النشر 1999، ص 1740-1741.

إلاّ أن محكمة العدل العليا السابقة إستمرت في تطبيقها لنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ومنها في مجال العقود الإدارية، إذ تمسكت المحكمة بتطبيق هذه النظرية في العديد من أحكامها المختلفة الصادرة عنها في هذا المجال، فقد قبلت المحكمة الطعن المقدم لإلغاء القرار الإداري المتخذ من قبل الإدارة والقاضي بتحديد الإتفاقية الموقعة بين لجنة العطاءات في مؤسسة الملكية الأردنية وبين الشركة الأردنية الهولندية للصناعات الغذائية، إذ جاء في حكمها: (تحديد الإتفاقية لمدة سنة هو قرار إداري صادر عن سلطة إدارية ذات إختصاص وضمن الحدود والصلاحيات وهو بهذه الصفة يقبل الطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا مما يجعل الدفع بعدم الإختصاص غير وارد ومستوجب الرد)[1].

إلا أنه تم مؤخراً صدور قانون القضاء الإداري المرقم (27) لسنة 2014 والذي دخل حيز النفاذ بتاريخ 2014/10/16 بعد مرور ستين يوماً على نشره بالجريدة الرسمية، والذي نص على إنشاء قضاء إداري على درجتين يتكون من (المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا)، وبصدور هذا القانون ألغي قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992[2]

ولم يأتي هذا القانون بجديد فيما يخص المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية فلم تدخل في إختصاصه وظلت ضمن إختصاص المحاكم العادية، وبهذا الصدد يرى الباحث بأنه حبذا لو قام المشرع الأردني بتغيير تسمية المحكمة الإدارية بمحكمة القضاء الإداري وذلك للتمييز بينها وبين المحكمة الإدارية العليا وذلك للتشابه الحاصل بين التسميتين.

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة الصادر في 1999/6/27، القضية رقم 99/5، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 1 و2، سنة النشر 2000، ص 128.

(2) نص المادة (43) من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014: يلغى قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992.

الفرع الثاني: نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القضاء الإداري العراقي

لم يمر القضاء الإداري العراقي بذات مراحل التطور التي مر بها القضاء الإداري المصري والأردني في تطبيق هذه النظرية، وذلك لأن القضاء الإداري في العراق يعتبر حديث النشأة، كما أن هذا القضاء تم تحديد إختصاصه بموجب المادة (7/ ثانياً/د) من القانون رقم (106) لسنة 1989 حيث نصت على: (تختص بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي).

وهذا يعني أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تخرج عن إختصاصات المحكمة، هذا بالإضافة إلى الإستثناءات الواردة في المادة (7/ خامساً) من القانون المذكور والتي تم الإشارة إليها سابقاً والتي تخرج العديد من أنواع القرارات الإدارية من إختصاصها أيضاً.

وقد ذهب جانب من الفقه العراقي[1] إلى إمكانية نظر محكمة القضاء الإداري في العراق في الطعون الموجهة ضد العقود الإدارية، على أساس أن تلك المنازعات إنما تشكل بيئة خصبة لإنماء قواعد القانون الإداري في العراق.

إلاّ أن هذا الرأي قد واجه إعتراضات كثيرة لأن المشرع العراقي قد حصر إختصاص المحكمة بالنظر في الأوامر والقرارات الإدارية، ولا إجتهاد بعد ذلك في مورد النص، كما أن صياغة النص لا تسمح بإتباع التفسير الواسع بالشكل الذي يسمح للمحكمة بنظر منازعات العقود الإدارية[2].

وبالرغم من ذلك إلاّ أننا نجد أن القضاء الإداري العراقي قد ساير القضاء الفرنسي والمصري فيما يتعلق بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال. فقد طبقت محكمة القضاء الإداري في بداية تأسيسها

---

(1) الجبوري، محمود خلف،(1990). محكمة القضاء الإداري خطوة متقدمة على طريق العدالة. بحث منشور في جامعة بغداد، نقلاً عن الدليمي، حبيب، إبراهيم، (1994). الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ص40.

(2) الجبوري، ماهر صالح، حول القضاء الإداري في العراق في ضوء القانون رقم (106) لسنة 1989، مقال منشور في جريدة العراق بتاريخ 1990/1/13.

هذه النظرية، حيث ذهبت إلى إمكانية الطعن في القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري، بالرغم من عدم إختصاص المحكمة المذكورة بالنظر في منازعات العقود الإدارية، فقد قضت في حكم لها: (إلغاء قرار الإحالة الصادر عن فرع زراعة وري محافظة واسط لبطلان إجراءات المزايدة استناداً إلى قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 بناءً على الطعن بالإلغاء المقدم من الأغيار وذلك بإعتبار أن القرار قد شابه عيب في الشكل عند إصداره، وإعادة إجراءات الإعلان عن تأجيرها وفق القانون) [1].

ولكن حسم مجلس شورى الدولة الجدل المتعلق بشأن الموضوع من حيث إمكانية محكمة القضاء الإداري بالنظر في القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية في عدة أحكام له وكان آخرهاحكمه بالقضية رقم 2012/59 بناءً على طلبين مقدمين من وزارة التخطيط ووزارة التعليم العالي بخصوص إختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية حيث، قضى: (حيث أن إختصاصات محكمة القضاء الإداري محددة في الفقرة (د) من البند ثانياً من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة وليس من بينها المنازعات الناشئة عن العقود أو المنفصلة عنها، كما أن الفقرة (ج) من البند خامساً من المادة المذكورة آنفاً قضت بأن لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الإعتراض عليها أو الطعن فيها عليه يرى المجلس:

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، القضية رقم 121/ قضاء إداري/ 1990 في 1990/11/28، غير منشور.

لا تختص محكمة القضاء الإداري بالقرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة إستناداً إلى نصوص في العقد الإداري[1]

وفي عام 2004 صدر أمر سلطة الإئتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (87) لسنة 2004 والمنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد 3984 في 2004/6/19 الخاص بتعليمات وقواعد العقود الحكومية العامة والمتضمن إنشاء محكمة إدارية مختصة بالعقود الحكومية[2].

وعلى ضوء ذلك تشكلت هذه المحكمة فعلاً بموجب المادة (10/ثانياً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكوميةرقم (1) لسنة2008[3]، وباشرت المحكمة عملها منذ ذلك الحين، ومن خلال تتبع القرارات الصادرة عنها، يتبين بأنها قد طبقت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في العديد من أحكامها ومنها حكمها بإلغاء قرار إحالة مشروع تأهيل جزيرة بغداد السياحية (التكسية الحجرية وإقامة سياج خارجي) لشركة صقر الوادي للمقاولات لأن قرار الإحالة جاء مخالفاً للقانون ولتعليمات تنفيذ

---

(1) حكم مجلس شورى الدولة العراقي، القضية رقم 2012/59 الصادر في 2011/8/13، قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2012، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، 2012، ص115-116.

(2) نصت المادة (1/أ) من القسم الخاص بتسوية المنازعات الواردة في أمر سلطة الإئتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (87) لسنة 2004 على " إنشاء محكمة إدارية مختصة بالنظر في الإعتراضات المقدمة من قبل مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة الصادرة عن الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في أقليم.

(3) نصت المادة (10/ثانياً/ أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 على: تشكل في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بقرار من وزير التخطيط محكمة مختصة بالنظر في إعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاضي ينسبه مجلس القضاء الأعلى وعضوية ممثل عن وزارة التخطيط لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل عن كل من اتحاد المقاولين العراقيين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والإختصاص وللمحكمة مقرر بدرجة ملاحظ على الأقل

العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 مخالفة صريحة من النواحي القانونية والفنية مما يستوجب إلغاؤه وإعادة الإعلان مجدداً عن المناقصة[1].

وبعد الإطلاع على آلية عمل هذه المحكمة وطريقة إنشائها يرى الباحث بأن هناك العديد من العيوب قد شابت إنشاء هذه المحكمة ومنها مايلي:

1. من الملاحظ أن المحكمة قد تم إنشاؤها من قبل السلطة التنفيذية وبقرار صادر من وزير التخطيط والتعاوني الإنمائي وهذا يخالف سياقات تشكيل المحاكم النظامية في النظام القضائي العراقي حيث يتطلب ذلك صدور بيان من الجهة المختصة وهي مجلس القضاء الأعلى يتم فيه تحديد مهام المحكمة وإختصاصاتها.
2. لم تضم المحكمة عند تشكيلها بقرار من وزير التخطيط سوى قاضياً واحداً فقط منسب من مجلس القضاء الأعلى والأعضاء الآخرين هم مدير عام من وزارة التخطيط وممثل من إتحاد المقاولين وممثل من إتحاد الغرف التجارية، وهذا أيضاً يخالف آلية تشكيل المحاكم النظامية في النظام القضائي العراقي.
3. إن تشكيل المحكمة من أربعة أعضاء فيه مخالفة صريحة لما إستقر عليه النظام القضائي العراقي فيما يتعلق بعدد أعضائها فالأصل أن يكون العدد فردياً، وذلك بهدف تلافي الإشكاليات في حالة الإختلاف بالرأي.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق، رقم القرار 51/ إدارية تخطيط/2011 بتاريخ 2011/12/29، المشاهدي، خليل، (2013). التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة. الجزء الثاني، مكتبة صباح، بغداد، ص34-35.

4. تنظر المحكمة بالإعتراضات المقدمة من قبل مقدمي العطاءات ولحين إبرام العقد الإداري أما بالنسبة للمنازعات والإعتراضات المقدمة بعد ذلك يختص بنظرها القضاء العادي.

ولم يستمر عمل هذه المحكمة طويلاً، حيث تم إلغاؤها بالقرار رقم (18) لسنة 2013 قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (87) لسنة 2004 والمنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد 4283 في 2013/7/29 وإعادة النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلى القضاء العادي[1].

وبنفس التاريخ وفي نفس الجريدة صدر القرار رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة العراقي والمتضمن إنشاء قضاء إداري على درجتين: محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، كما حلت محكمة قضاء الموظفين محل مجلس الإنضباط العام[2].

وبناءً على ماورد بنص المادة (2) من القانون أعلاه تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين، والتنازع الحاص حول تعيين الإختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بن المحكمتين، ولم يأتي القرار بجديد فيما يخص المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية والتي بقيت من إختصاص القضاء العادي.

---

(1) نصت المادة (1) من القرار (18) لسنة 2013 على: تلغى المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب أمر سلطة الإئتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (87) لسنة 2004 وأية اشارة إليها في هذا الأمر والقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة.
نصت المادة (2): يتولى القضاء العادي النظر في المنازعات التي كانت تتولاها المحكمة الإدارية المؤسسة بموجب الأمر أعلاه.

(2) نصت المادة (2) من القرار رقم (17) لسنة 2013 على: يلغى نص المادة (2) من القانون ويحل محل ما يأتي:
أولاً: يتكون المجلس من الآتي:
أ- الهيئة العامة ب- هيئة الرئاسة ج- الهيئات المتخصصة د- المحكمة الإدارية العليا هـ- محكمة القضاء الإداري و- محكمة قضاء الموظفين

من خلال ما سبق يرى الباحث أن صدور القرار رقم (17) و(18) لسنة 2013 والمتضمن إلغاء المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية خطوة على الطريق الصحيح للعيوب التي شابت تشكيلها ومخالفتها سياقات تشكيل المحاكم النظامية في النظام القضائي العراقي، كما أن إنشاء قضاء إداري عراقي على درجتين متمثل بمحكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، يساهم في تعزيز دور القضاء الإداري،كما يأمل الباحث من المشرع العراقي إدخال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ضمن إختصاصها، وكذلك القرارات التي تم إستثنائها بموجب نص المادة (7/خامساً) المذكورة سابقاً لكي يتم تفعيل دور هذه المحكمة بالإتجاه الصحيح أسوة بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري.

بعد إستعراض نشأة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال يتبين للباحث بأن القضاء الإداري الفرنسي قد مر بمراحل تطور عديدة بخصوص تطبيق النظرية، حيث إعتنق نظرية الدعوى الموازية في البداية ورفض نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ثم أخذ يطبقها تدريجياً إلى أن إعتنقها بشكل واضح وصريح ورفض نظرية الدعوى الموازية، أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري والأردني والعراقي فيجد الباحث أن كل منهم قد طبق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وأخذ بها دون تردد، مسايرين في ذلك القضاء الإداري الفرنسي والذي سبقهم لفترة طويلة من الزمن، مما جعله مرجعاً لهم يسترشدون به في أحكامهم القضائية.

المبحث الثاني

مفهوم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال

تنقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى نوعين من القرارات، الأولى قرارات بسيطة وهي تلك القرارات التي تتمتع بكيان مستقل ولا تكون مرتبطة بعمل قانوني آخر كالقرار الصادر بتعيين موظف، والثانية قرارات مركبة أو مندمجة وهي تلك القرارات التي تتكون من مجموعة من العمليات القانونية والتي تتم على عدة مراحل كالقرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة، والذي يهمنا في هذه الدراسة هي القرارات المركبة وذلك لأن العقد الإداري يتكون من مجموعة من القرارات الإدارية التي تمهد لتكوينه، وعلى هذا الأساس سيتناول الباحث في هذا المبحث ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف القرار الإداري
- المطلب الثاني: خصائص القرار الإداري
- المطلب الثالث: تعريف القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

المطلب الأول

تعريف القرار الإداري

لتقديم أفضل الخدمات للجمهور وإشباع حاجاته المتزايدة والمستمرة، فإن السلطات الإدارية تقوم بكثير من الأعمال، سواء أكانت أعمال مادية أو أعمال قانونية[1] وتنقسم هذه الأخيرة إلى أعمال

(1)الأعمال المادية هي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة دون أن يقصد من ورائها إحداث آثار قانونية معينة كأعمال البناء وتبليط الطرق ولكنها قد ترتب أحياناً آثار قانونية بشكل غير مباشر، أما الأعمال القانونية فهي تلك الأعمال الإدارية التي تقوم بها الإدارة قاصدة من ورائها إحداث آثار قانونية معينة كإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة، عثمان، حسين، (1988). القانون الإداري، أعمال الإدارة العامة. دار الجامعية، بيروت، ص11.

صادرة بالإرادة المنفردة عن الإدارة، والأخرى تتم بالإتفاق بين الإدارة وطرف آخر أو جهة أخرى،[1] والمهم في هذا المطلب هو الأعمال الصادرة بالإرادة المنفردة والتي تسمى بالقرارات الإدارية.

لقد إختلف الفقهاء في تعريفاتهم للقرار الإداري، ونظروا إليه من جوانب مختلفة فعرفوه حسب الزاوية التي نظروا من خلالها إليه، فمنهم من اهتم بآثار القرار الإداري وطرائق تنفيذه فعرفه بأنه قرار تنفيذي، ومنهم من ركز إهتمامه على الجهة التي تصدر القرار وطريقة إتخاذه، ومن الملاحظ أن الإختلاف بين الفقهاء في تعريف القرار الإداري ليس خلافاً قاطعاً وإنما توجد نقاط إلتقاء يجمع عليها الفقه[2].

كما أن التشريعات في كل من فرنسا ومصر والأردن والعراق قد خلت من تعريف محدد للقرار الإداري، لذلك ستبحث الدراسة في تعريفات القرار الإداري على مستوى الفقه ثم على مستوى القضاء.

الفرع الأول: تعريف القرار الإداري فقهاً:

لقد أورد الفقه الفرنسي والعربي تعريفات كثيرة للقرار الإداري، فعرفه الفقيه فيدل(Vedel) بأنه:

(عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة ويكون من شأنه تعديل الأوضاع القانونية بما يفرضه من إلتزامات وما يمنحه من حقوق)[3].

وعرفه الفقيه دلفوفيه بأنه: (Delvolve)

(عمل قانوني صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة ويؤثر على النظام القانوني وحقوق الغير وإلتزامهم دون رضاهم) [4].

أما في الفقه العربي فقد عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه:

---

(1)حافظ، محمود محمد،(1985). القرار الإداري. الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص6.

(2)الجبوري، ماهر صالح،(1991).القرار الإداري. مطبعة الحكمة، بغداد، ص13.

(3) بدير، علي محمد وآخرون،(1993). مبادئ القانون الإداري. مطبعة جامعة بغداد، ص414.

(4) نقلاً عن: الحنيطي، مارينا هاشم،(2007). القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني. رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، ص7.

(إفصاح عن إرادة ملزمة بقصد إحداث أثر قانوني وذلك إما بإصدار قاعدة تنشئ أو تعدل أو تلغي حالة فردية أو تعديلها أو إلغائها لمصلحة فرد أو أفراد معينين أو ضدهم في حالة القرار الإداري الفردي)[1].

وهنالك العديد من التعريفات التي وردت بخصوص القرار الإداري[2] وبهذا الصدد يستنتج الباحث بأن جميع التعاريف السابقة متفقة على أن القرار الإداري يصدر من جانب واحد وبإرادته المنفردة ويحدث أثراً قانونياً.

الفرع الثاني: تعريف القرار الإداري قضاءً:

لقد تعددت التعريفات القضائية للقرار الإداري ولكنها تكاد تكون متشابهة، فمن الواضح أنها قد تأثرت بشكل كبير ببعضها.

حيث عرف مجلس الدولة الفرنسي القرار الإداري بأنه:

---

(1) الطماوي، سليمان، (1979).الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة. دار الفكر العربي، القاهرة، ص589

(2) ومن هذه التعريفات:

- (تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين)، جمال الدين، سامي، (2004).الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية. الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، ص117.
- (إفصاح عن إرادة منفردة، يصدر من سلطة إدارية، ويرتب آثاراً قانونية)، الحلو، ماجد راغب،(1982). القانون الإداري. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص460.
- (عمل قانوني تصدره جهة الإدارة العامة بإرادتها المنفردة بغية إحداث تغيير في الوضع القانوني بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم)، الجبوري، ماهر صالح. القرار الإداري. مرجع سابق، ص15.
- (عمل قانوني نهائي صادر عن الإرادة المنفردة والملزمة لجهة الإدارة العامة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة وبموجبها، بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء حق أو إلتزام قانوني معين، متى كان ممكناً أو جائزاً قانوناً وابتغاء تحقيق المصلحة العامة)، كنعان، نواف، (2010).القانون الإداري. الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ص237.

(إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة)[1]

وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر القرار الإداري بأنه: (إفصاح الإدارة المختصة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة) [2].

إلا أن التعريف الأخير للمحكمة الإدارية العليا في مصر قد إستهدفه الفقهاء بالنقد للأسباب التالية:

1. أن هذا التعريف لم يقتصر على تحديد المقصود بالقرار الإداري، وإنما تعدى ذلك إلى شروط صحة القرار وإمكانية تنفيذه علماً بأن القرار الإداري يوجد بغض النظر عن فقدانه لأحد شروط صحته، ولو كان تنفيذه غير ممكن [3].
2. هذا التعريف يقصر أثر القرار أو محله فقط على (إحداث أثر قانوني) حيث أنه من المعروف أن محل القرار الإداري ممكن أن يتسع إلى حد تعديل المراكز القانونية أو حتى إلغائها وليس فقط

---

(1) نقلاً عن: الطماوي، سليمان، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص597.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم 231 لسنة 8ق الصادر بتاريخ 1967/9/2 السنة 11، ص172

(3) مهنا، محمد فؤاد، (1985). القانون الإداري المصري والمقارن. الجزء الأول، مؤسسة شباب الجامعية للطباعة، القاهرة، ص537

مجرد إحداثها أو إنشائها [1]، وقد تداركت المحكمة الإدارية العليا هذا القصور فذكرت في الكثير من أحكامها أن محل القرار هو إحداث أثر قانوني معين، ومن المعلوم أن الأثر القانوني أكثر إتساعاً ومسايرة للقرار الإداري فمن الممكن أن يكون هذا الأثر هو إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين[2].

3. كما يؤخذ على هذا التعريف بأنه استعمل عبارة (الإفصاح عن الإرادة) والإفصاح لا ينطبق إلا على القرارات الإدارية الصريحة، وبالتالي تخرج من دائرة التعريف القرارات الضمنية[3] مع أنها تحوز نفس القيمة القانونية للقرارات الصريحة [4]، وهذا ما تداركته أيضاً المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها ومنها حكمها (إن الإعمال القانونية هي التي تقوم بها الجهة الإدارية في حدود اختصاصها وتصدر في صورة قرارات صريحة أو ضمنية تعبر عن إرادتها) [5].

بعد ما ورد من نقد لتعريف المحكمة الإدارية العليا في مصر للقرار الإداري يتفق الباحث مع الآراء في الفقرة (2) و(3) أما بالنسبة لما ورد في الفقرة (1) فيختلف الباحث مع هذا الرأي لأن شروط صحة القرار الإداري تعد عنصراً مهماً تدخل في ماهية القرار، فلا ضير من وضع تعريف جامع للقرار الإداري تدخل فيه شروط الصحة.

---

(1) عبد الوهاب، محمد رفعت،(2005). القضاء الإداري. الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ص21.

(2) المسلماني، محمد أحمد،(2014). ماهية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص29

(3) القرار الإداري الصريح: هو القرار الذي تعبر فيه الإدارة عن إرادتها بشكل واضح وصريح سواء بالقبول أو بالرفض.

القرار الإداري الضمني: هو القرار الذي يرتبه المشرع على سكوت الإدارة عن البت في طلبات الأفراد خلال فترة زمنية معينة بالرفض أو القبول.

انظر: القبيلات، حمدي، (2010). القانون الإداري الجزء الثاني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ص76 وما بعدها.

(4) بسيوني، عبد الغني،(2005). القانون الإداري. منشأة المعارف، الإسكندرية، ص464.

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن 647 لسنة 22 ق بتاريخ 1980/2/9، ص87.

أما بالنسبة لمحكمة العدل العليا الأردنية السابقة فقد عرفت القرار الإداري على أنه:

(إفصاح الإدارة أثناء ممارستها لوظيفتها عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد تحقيق أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً)[1].

أما في العراق فقد جاء تعريف القرار الإداري في حكم لمجلس شورى إقليم كوردستان حيث عرف القرار الإداري بأنه:

(إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بموجب القوانين والأنظمة غرضه إحداث أثر قانوني معين على شرط أن يكون هذا الإفصاح جائزاً وممكناً ومشتملاً على أركانه الأساسية وهي السبب والمحل والإختصاص والغاية والشكل وهدفه المصلحة العامة وأن فقدان أي ركن من أركانه الخمسة يصيبه بالبطلان وبالإنعدام)[2].

المطلب الثاني

خصائص القرار الإداري

من خلال التعريفات السابقة للقرار الإداري نستخلص خصائص القرار الإداري، ولغرض التوصل إلى فهم أفضل وتمييزه عن أعمال الإدارة الأخرى، سيتم شرح هذه الخصائص بإيجاز.

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، القرار رقم 99/512، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد التاسع والعاشر، سنة النشر 2000، ص3049.

(2) قرار مجلس شورى إقليم كوردستان، الهيئة العامة، صادر بتاريخ 2011/10/1، العدد 35، غير منشور.

أولاً: القرار الإداري عمل قانوني:

يمثل القرار الإداري أحد نوعي الأعمال القانونية للإدارة، وهي إما التي تصدر عن الإدارة كسلطة عامة بصفة عمدية بإرادتها المنفردة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة، وإما أن تكون الأعمال التي تصدرها الإدارة بالإشتراك مع طرف آخر وهي العقود الإدارية[1].

ويعد القرار الإداري إبتداءً تصرفاً قانونياً، بمعنى أن الإدارة تعبر عن إرادتها بقصد ترتيب أثر قانوني معين، وهذا يعنى أن يكون القرار الإداري قابلاً للتنفيذ دون حاجة إلى أي إجراء لاحق[2].

ويتميز القرار الإداري بأنه تصرف قانوني لأنه إفصاح جهة الإدارة المختصة قانوناً عن إرادتها الملزمة، لإحداث تغيير في الأوضاع القانونية القائمة إما بإنشاء مركز قانوني جديد كالقرار الخاص بتعيين موظف في وظيفة عامة أو بتعديل مركز قانوني قائم كالقرار الصادر بترفيع موظف عام أو إنهاء مركز قانوني قائم كالقرار الصادر بإلغاء إجازة أو قرار فصل موظف[3].

وعليه فإن القرار الإداري يجب أن يستند أو يرتكز على سند قانوني وفي حالة غياب السند القانوني يعد قراراً معدوماً، كما لو صدر قرار تعيين أحد الأفراد في وظيفة طبيب على الرغم من عدم حصوله على شهادة دراسية في الطب والتي يستلزمها القانون لممارسة مهنة الطب، فالقرار يعد معدوماً لعدم وجود سند قانوني له، وهذا يعني مخالفة المشروعية في القرار[4].

---

(1) أبو سمهدانة، عبد الناصر عبد الله،(2012). القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات القانونية. الطبعة الأولى، القاهرة، ص23.

(2)الطماوي، سليمان محمد، (2012). النظرية العامة للقرارات الإدارية. مراجعة وتنقيح محمود عاطف البنا، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص177.

(3) بدير، علي محمد وآخرون، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص415.

(4) الحلو، ماجد راغب. القانون الإداري. مرجع سابق، ص360.

ثانياً: القرار الإداري صادر عن سلطة إدارية وطنية:

من المستقر فقهاً وقضاءً أن القرار الإداري لا يصدر إلا عن سلطة إدارية عامة سواء كانت هذه السلطة مركزية كالوزارات والدوائر التابعة لها، أو سلطة لا مركزية كالمجالس المحلية، وبالتالي يجب أن يصدر القرار الإداري من جهة إدارية عامة، أي من السلطة التنفيذية بوصفها إحدى السلطات العامة الدستورية في الدولة، وذلك لكي يكون قراراً إدارياً قابلاً للإلغاء أمام القضاء الوطني،[1] ولكي يعد التصرف القانوني قراراً إدارياً لابد أن يصدر عن السلطة الإدارية ويكون مرتبطاً بالوظيفة الإدارية[2].

لذا لا يعد عملاً إدارياً ما يصدر عن السلطة الإدارية ولكن بغير الصفة الإدارية، فرجال الشرطة يباشرون وظيفتين، أحدهما إدارية وهي وظيفة الضبط الإداري، والأخرى قضائية وهي وظيفة الضبطية القضائية، وكذلك لا يعد عملاً إدارياً ما يصدر عن السلطة الإدارية متعلقاً بمسألة من مسائل القانون الخاص، أو بإدارة شخص معنوي خاص، ولا يعتبر قراراً إدارياً أيضاً الأعمال القانونية التي تصدر عن الأفراد والجمعيات والهيئات الخاصة[3].

والعبرة في تحديد ما إذا كان القرار صادراً من سلطة وطنية أم لا، هو بمصدر السلطة التي تستمد منها ولاية إصدار القرار، وليس بجنسية المرفق أو بجنسية أعضائه، فقد يكون المرفق منتمياً إلى دولة معينة أو إلى المنظمات الدولية إلا أن مصدر القرار داخله قد يكون مستنداً إلى سلطة

---

(1) جعفر، محمد أنس، (1987). الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري. دار النهضة العربية، القاهرة، ص320.

(2) الحلو، ماجد راغب. القانون الإداري. مرجع سابق، ص360.

(3) مهنا، محمد فؤاد. القانون الإداري المصري والمقارن. مرجع سابق، ص542.

وطنية، وقد يكون المرفق متمتعاً بجنسية دولة معينة إلا أن القرار بشأنه قد أتخذ إستناداً على سلطة أجنبية، كما هو الشأن في حالة إحتلال الأجنبي لجزء من الدولة أو إشرافه عليها[1].

وقد أثير هذا الموضوع أثناء ما كان قطاع غزة تحت إشراف الإدارة المصرية فقد فرق مجلس الدولة المصري بين القرارات التي يتخذها ممثلو مصر في قطاع غزة باعتبارهم موظفين مصريين يباشرون أعمال السلطات المصرية، وهذا النوع من القرارات يخضع كقاعدة لرقابة مجلس الدولة وبين القرارات التي يتخذها ممثلو مصر نتيجة لإشرافهم على إدارة هذه البلاد، باعتبارها جزءاً من السلطات الإدارية المحلية وهذا النوع لا يخضع لرقابة مجلس الدولة[2].

ثالثاً: أن يكون القرار الإداري نهائياً:

تعتبر نهائية القرار من الخصائص المميزة للقرار الإداري، فالعمل أو التصرف الذي يصدر من الإدارة مستوفياً للشروط يتعين أن يكون متخذاً صفة تنفيذية دون حاجة إلى تصديق سلطة أعلى.[3]

فعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر القرارات النهائية بأنها :-

(المقصود بالقرارات الإدارية النهائية أن يقصد مصدره الذي يملك إصداره تحقق أثره القانوني فوراً، ومباشرته بمجرد صدوره وألا يكون ثمة سلطة إدارية للتعقيب عليه، وإلا كان بمثابة إقتراح أو إبداء رأي لا يترتب عليه الأثر القانوني للقرار الإداري النهائي)[4].

كما جاء في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية السابقة في هذا الصدد:

---

(1) فتح الباب، ربيع أنور، (2002). القضاء الإداري. قضاء الإلغاء، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص82 .

(2) حكم محكمة القضاء الإداري الطعن رقم 4355 لسنة 7ق جلسة 1954/12/28، ج1، ص193.

(3) كنعان، نواف. القانون الإداري. الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص242.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم 234 لسنة 9 ق، السنة 12، بتاريخ 1966/11/20، ص26.

(إن القرار الإداري القابل للطعن أمام محكمة العدل العليا هو القرار النهائي التنفيذي الذي تفصح فيه الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أو إلغاء أو تغيير مركز قانوني)[1].

وقد إختلف فقهاء القانون العام على تسمية القرارات الإدارية بالنهائية فيرى جانب من الفقه أن إختيار كلمة "نهائي" للدلالة على القرارات الإدارية التي تقبل الطعن بالإلغاء غير موفق، وإقترح إستبداله بكلمة "تنفيذي" لأنه أوفى بالغرض، فالقرارات الإدارية تصبح قابلة للطعن بالإلغاء من لحظة صيرورتها قابلة للتنفيذ[2].

وفي حين رفض جانب آخر من الفقه هذه الفكرة لأنه ليس المقصود "بالنهائية" إستنفاذ كل جهة من الجهات لولايتها على حدة، بل المقصود إستكمال القرار للخصائص اللازمة لوجوده قانوناً، فالمناط هنا في تحديد ما يعتبر نهائياً من القرارات، هو بإنتهاء المرحلة التي يتولد عندها الأثر القانوني المعين، وإنه لا يتصور أن يكون القرار نهائياً بالنسبة لسلطة معينة، وليس نهائي بالنسبة لغيرها[3].

كما قال بعض الفقهاء[4] تأكيداً لرفض كلمة تنفيذي والإبقاء على كلمة نهائي، وذلك للإستقرار التشريعي والقضائي والفقهي، فقد درجت قوانين مجلس الدولة المتعاقبة وأحكام المجلس على إستخدام كلمة نهائي وإستخدامها بشكل متكرر في المؤلفات الفقهية كما يرى الرأي السابق بأنه لا توجد ضرورة

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 500 /600، بتاريخ 2007/1/17، من مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 2008، ص56.

(2) الطماوي، سليمان محمد، (1976). القضاء الإداري، قضاء الالغاء. الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ص458.

(3) فتح الباب، ربيع أنور، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء. مرجع سابق، ص92.

(4) بسيوني، عبد الغني. القانون الإداري. مرجع سابق، ص456-457

لإلغاء كلمة نهائي وإحلال كلمة تنفيذي محلها حتى لا يحدث إرتباك لا داعي له نتيجة لتغيير المصطلحات.

ويؤيد الباحث الإبقاء على كلمة نهائي وعدم إستبدالها بكلمة تنفيذي للإستقرار الواقع فقهاً وقانوناً وقضاءً على هذا المصطلح بالإضافة لتعارف الجميع على أن القرار الإداري النهائي هو القرار الذي لا يجوز المصادقة عليه من جانب سلطة إدارية أعلى من السلطة التي قامت بإصداره.

رابعاً: التعبير عن الإرادة المنفردة:

القرار الإداري لا يتكون إلا بإرادة السلطة الإدارية وحدها، فهو عمل قانوني يصدر من جانب واحد وهي الإدارة وهذا ما يمتاز به القرار الإداري عن العقد الإداري، فهو يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة في حين نجد أن العقد الإداري يكون ثمرة إلتقاء إرادة الإدارة بإرادة طرف أخر وهو المتعاقد معها.

ولايعنى صدور التصرف القانوني بالإرادة المنفردة للسلطة الإدارية وجوب صدوره من فرد أو عضو إداري واحد، إذ قد يشترك في إصدار العمل القانوني أكثر من عضو إداري أو هيئة إدارية وقد تكون متكونة من عدة أعضاء في السلطة الإدارية، والمهم في الأمر أن يكون هؤلاء الأعضاء أو الهيئات طرفاً واحداً في التصرف القانوني، ويستوي الأمر إذا ما أجمعت إرادة تلك الهيئات على إرادة التصرف القانوني أو صدور التصرفات بأغلبية تلك الإرادات طبقاً لما تتطلبه القواعد القانونية لإصدار القرار الإداري حتى يكون نهائياً قابلاً للتنفيذ[1].

ويجب أن يكون تعبير الإدارة عن إرادتها الذاتية وليست تنفيذاً لإرادة إدارة أو سلطة أخرى وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة في حكم لها في هذا المجال بقولها:

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص509

(إن وضع إشارة الحجز علي أرض المستدعي بناءً على قرار صادر عن المحكمة الكنسية لا يعتبر قراراً إدارياً لأنه تصرف يعبر عن إرادة أخرى ولا يستحدث بذاته أثراً وإنما يعتبر إجراءً تنفيذياً لقرار صدر عن جهة أخرى وهي المحكمة الكنسية، لأن القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً وكان الباعث عليه إبتغاء مصلحة عامة)[1].

خامساً: الأثر القانوني للقرار

القرار الإداري بطبيعته من الأعمال القانونية، ولكي يكون القرار إداريا يجب أن يرتب آثاراً قانونية، وذلك بإنشاءأو تعديلأو إلغاء مركز قانوني معين، فإذا لم يترتب على العمل الإداري أي أثر قانوني بحكم أن طبيعة العمل تقتضي ذلك، أو أن الجهة الإدارية لم تقصد أن ترتب أي أثر قانوني فإنه لا يعد قراراً إدارياً، وعليه تعتبر القرارات الصادرة من الإدارة بتعيين أو ترقية أو فصل موظفين عموميين قرارات إدارية، لأنها تهدف إلى إحداث تغيير في المركز القانوني لهؤلاء الموظفين[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أثر القرار الإداري قد يكون مجرد إتخاذ موقف إزاء الوضع القانوني القائم دون إحداث أي تعديل عليه بالإضافة أو بالحذف أو بالإنشاء الجديد للحقوق والإلتزامات، ومن أمثلة ذلك القرارات الإدارية السلبية[3]، كقرار رفض منح رخصة أو إجازة، وأن مثل هذه القرارات تحدث أثراً قانونياً من خلال رفض منح الحق الذي كان سيتمتع به المعنيون لو إتخذت الإدارة قراراً إيجابياً

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 84/132 بتاريخ 1984/1/10، العدد 4، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1985، ص50.

(2) عبد الوهاب، محمد رفعت، (2005).مبادئ وأحكام القانون الإداري. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص472.

(3) تعرف القرارات الإدارية السلبية بأنها" إمتناع الإدارة عن إصدار القرارات الواجب عليها إصدارها طبقاً للقانون. القبيلات، حمدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص77.

بالموافقة، فهي لا تحدث أي تعديل في الوضع القانوني القائم، ولكنها تعد قرارات إدارية لما تحمل من إرادة في تقرير إبقاء الوضع القانوني على ما هو عليه دون تغيير[1].

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه:

(يشترط في القرار الإداري الذي يقبل الطعن فيه بالإلغاء أن يحدث بذاته آثاراً قانونية تؤثر في المركز القانوني للطاعن، وذلك بإنشاء مركز قانوني جديد أو بتعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم بالفعل مادام أن هذا الأثر ممكناً وجائزاً قانوناً)[2].

وبناءً على ذلك لا تعد الأعمال التحضيرية والتمهيدية[3] والتقارير والتوصيات[4] التي تسبق إتخاذ القرار قرارات إدارية، كذلك الأعمال اللاحقة لصدور القرار من أجل تنفيذه أو تفسيره، إذ أن الأصل أن هذه الإعمال لا ترتب أثراً قانونياً، لأنها إما أن تكون بمثابة إجراءات تنفيذية لقرارات سابقة، كالنشرات التي يصدرها الوزير لموظفيه لشرح قواعد قرار لائحي جديد وبيان كيفية تنفيذه، أو أنها تكون بمثابة إجراءات تشير إلى قرارات مستقبلية.

---

(1) الجبوري، ماهر صالح، القرار الإداري، مرجع سابق، ص27.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، قرار رقم 514، لسنة 11ق بتاريخ 1967/12/23، ص232.

(3) تعرف الأعمال التحضيرية والتمهيدية على أنها "مجموعة من القرارات التي تتخذها الإدارة وتتضمن رغبات واستشارات وتحقيقات تمهيداً لإصدار قرار إداري وهذه الأعمال لا تولد آثاراً قانونية ولا يجوز الطعن فيها بالإلغاء، ومثالها الإقتراح بالترقية وكذلك الوعد بالنقل بعد فترة معينة" عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص472.

(4) استقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية السابقة على أن التوصية لا ترقى إلى مرتبة القرار الإداري النهائي التنفيذي الذي يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء وحيث أن ما صدر عن اللجنة الخاصة بالإعفاء من الرسوم الجامعية في جامعة مؤتة المشكلة بموجب القرار رقم 2000/280 بتاريخ 2000/2/23 والذي سماه المستدعي بالقرار الإداري وطعن فيه لا يعدو كونه توصية إلى رئيس جامعة مؤتة بعدم الموافقة على إعفاء ابنة المستدعي المسجلة في برنامج الماجستير من الرسوم الجامعية المترتبة عليها مما يوجب رد الدعوى شكلاً، حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 531/ 2004 بتاريخ 2005/1/31، العدد 4، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 2005، ص810.

وبهذا قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي بصفتها التمييزية بأنه[1]:

(إن القانون قد حدد إختصاصات محكمة القضاء الإداري، بالنظر في صحة القرارات والأوامر الإدارية التي تصدر عن دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي[2] وحيث أن الأمر المطعون به هو طلب يخضع لتقدير اللجنة المختصة قانوناً وهي لجنة إطفاء وتقدير الحقوق التصرفية في محافظة القادسية والتي سلطة قبول أو رفض الطلب حسب مقتضى الحال وفقاً لقانون توحيد أصناف أراضي الدولة، وحيث أن هذا الطلب لا يدخل ضمن مفهوم الأوامر والقرارات الإدارية بأنه لا يقرر أو ينشئ مركزاً قانونياً، وإنما القرار الذي يصدر نتيجة دراسة هذا الطلب سواء أكان بالقبول أو الرفض هو الذي يعد قراراً إدارياً يكون محلاً للطعن أمام القضاء أو الجهة المختصة قانوناً إذا توافرت الأسباب الموجبة للطعن).

من خلال ما سبق يستنتج الباحث بأن التعليمات والتوجيهات الصادرة من الرئيس الإداري يمكن أن تعد قرارات إدارية إذا أحدثت أثراً في الوضع القائم، سواء تحدد أثرها بالموظفين في المرفق العام أو حتى إذا إمتد أثرها إلى الأفراد العاديين، أما إذا لم تتضمن إحداث أي أثر بالمراكز القانونية وإقتصرت على إرشادات وتوجيهات لتنظيم العمل في المرفق العام فإنها لا تعد قرارات إدارية وإنما

---

(1) قرار مجلس شورى الدولة العراقي، الهيئة العامة، رقم 28/ إداري تمييز/ 1990، الصادر في 1990/11/11، غير منشور

(2) بالنسبة لمصطلح القطاع الإشتراكي فقد حل هذا المصطلح محل مصطلح القطاع العام أينما ورد في القوانين والأنظمة والتعليمات والبيانات والأوامر والمخاطبات الرسمية وذلك بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 373 في 1977/3/28 ويدخل ضمن مفهوم القطاع الإشتراكي: القطاع التعاوني وجميع النشاطات التي تتولى الدولة تمويلها وإدارتها، الجبوري، ماهر صالح، (2009). مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة. مكتبة السنهوري، بغداد، ص158.

تشكل أوامر عمل داخلية تدخل ضمن إختصاص الرئيس الإداري ويجب على المرؤوسين طاعتها والإلتزام بها.

المطلب الثالث

تعريف القرارات الإدارية القابلة للإنفصال

إن العملية القانونية المركبة في حقيقتها عبارة عن سلسلة متصلة من الحلقات، تمثل الحلقات فيها القرارات التمهيدية أو التحضيرية و المعاونة والتي تؤدي بالنتيجة إلى القرار النهائي فهذا الأخير لا يمكن إصداره إلا بعد إتخاذ عدة قرارات متتابعة وحتمية لتحقيق العملية، ومن هنا برزت نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال التي تهدف إلى إمكانية تحليل هذه العملية المركبة إلى عناصرها، ومن ثم إمكانية فصل القرارات الإدارية الداخلة في تكوينها للطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً.

فالقرار الإداري المندمج في هذه الحالة لا يشكل مجمل العملية المركبة بل يزاحمه في ذلك تصرفات أخرى قد تكون إدارية أو مادية خاضعة للقضاء أو غير خاضعة للقضاء العادي أو الإداري، المهم أنها عملية مركبة تحوي عدة تصرفات تختلف في طبيعتها القانونية مما يستنتج خضوعها لرقابة أكثر من نوع قضاء واحد بشقيه الإداري أو العادي، ومثال ذلك إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة والذي يتضمن عدة إجراءات من طبيعة مختلفة تبدأ بمذكرة بالمشروع المطلوب إعتباره من أعمال المنفعة العامة، ورسم بالتخطيط الإجمالي للمشروع ينشر في الجريدة الرسمية، ويعلق في أماكن حددها القانون ثم يصدر قرار جمهوري بتقرير صفة المنفعة العامة[1].

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال،(1976). القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. دار النهضة العربية، القاهرة، ص60-61.

وقد سمح القضاء الإداري الفرنسي بفصل القرارات المندمجة في العمليات المركبة وقبل الطعن فيها على إستقلال بهيئة قضاء إلغاء وبموجب دعوى إلغاء وبالتالي فقد أنشأ ما يعرف بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال، وهذه النظرية هي من إبتداع وإبتكار مجلس الدولة الفرنسي، كما هو الحال بالنسبة للغالبية العظمى لكل أفكار ونظريات وقواعد القانون الإداري[1].

ويرى جانب من الفقه أن القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لا تثور فقط في حالة العمليات المركبة التي تقوم بها الإدارات العامة العادية، كالمصالح والهيئات والأجهزة والإدارات والأقسام، وغيرها من الوحدات الداخلة ضمن التنظيم الإداري، أي الجهاز الذي يقوم بالاضطلاع بالعمل الإداري بالمعنى المعروف والمفهوم المتعارف عليه، أي إشباع حاجات الأفراد وتقديم الخدمات الإدارية العادية لهم، وتلبية طلباتهم الإدارية، سواء كانت هذه الأخيرة محلية أو مصلحية، وإنما تثور أيضاً بالنسبة للعمليات المركبة التي تقوم بها الأفرع الأخرى للسلطة التنفيذية، مثل رئاسة الجمهورية، بل وكذلك بالنسبة للعمليات المركبة التي تقوم بها السلطات العامة الأخرى، كالسلطة التشريعية والسلطة القضائية. [2]

الفرع الأول: التعريف الفقهي للقرارات الإدارية القابلة للإنفصال:

نظراً لحداثة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال نسبياً وكونها من إبتداع القضاء فإن تعريف الفقه لهذه القرارات يتسم بالندرة، وسنعرض فيما يلي أبرز هذه التعريفات:

حيث عرفها الفقيه الفرنسي دير لوبادير (De Laubadere) بأنها:

---

(1) الطماوي، سليمان محمد. النظرية العامة للقرارات الإدارية. مرجع سابق، ص419.

(2) ساري، جورجي شفيق، (2002). القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري. دار النهضة العربية، القاهرة، ص45-46.

(قرارات منفردة تدخل في عملية مركبة تقبل الطعن مباشرة، أي يمكن تقرير مشروعية إستقلالها عن أساسها ومصدرها)[1].

ويعرفها جانب من الفقه[2] بأنها:

(قرارات إدارية تكون جزءً من بنيان عملية قانونية تدخل في إختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة أو تخرج من إختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء إنفراداً)

ويرى جانب فقهي آخر بأنها:

(قرارات داخلة في عمل قانوني مركب ورغم ذلك يمكن تمييزها من العملية القانونية المتصلة بها، وفصلها عنها لأغراض رقابة القضاء الإداري على تلك القرارات)[3].

من خلال ما ورد في التعاريف السابقة للقرارات الإدارية القابلة للإنفصال تولد لدى الباحث تعريف مبسط لهذه القرارات بأنها:

(قرارات إدارية تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة، وتقبل الإنفصال عنها للطعن ضدها بالإلغاء إستقلالاً).

كما يود الباحث أن ينوه على أنه من خلال التعمق في دراسة نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، وجد أن هناك بعض الفقهاء ممن تناولوا هذه النظرية بالدراسة أطلقوا مسمى القرار المنفصل عليها والبعض الآخر أطلق عليها مسمى القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، ويؤيد الباحث إطلاق مسمى القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وذلك لأن مفهوم القرار القابل للإنفصال من خلال التسمية

---

(1) المسلماني، محمد أحمد، (2014). القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في العمليات القانونية المركبة. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص29.

(2) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. مرجع سابق، ص57.

(3) الجبوري، ماهر صالح، القرار الإداري. مرجع سابق، ص188.

يعنى أنه يساهم ويتداخل في تكوين عملية مركبة، بحيث أنه لم يكن ليصدر لولا وجود تلك العملية بعكس مفهوم القرار المنفصل والذي وإن كان من المتصور صدوره في ظل وجود عملية مركبة إلا أنه لم يساهم في تكوينها ولم يندمج فيها.

الفرع الثاني: التعريف القضائي للقرارات الإدارية القابلة للإنفصال:

يرجع الفضل في إبتكار نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال إلى القضاء الإداري الفرنسي وكان هدفه من ذلك في حينه بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة دون الإنتظار لإكتمال أو إنتهاء العملية ذاتها والطعن فيها كلياً، لأن هذا الإنتظار قد يترتب عليه آثار سلبية منها بطء العدالة، وتأخر الفصل في بعض القرارات، مما يؤدي إلى ضياع حقوق البعض دون مبرر لا داعي ولا سند له من القانون أو المنطق[1].

وعلى الرغم من أن النظرية إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري إلا أنه لم يحاول وضع تعريف محدد لها، ولكن يمكن إستخلاصه من واقع تطبيقات القضاء الفرنسي لنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، فقد طبق النظرية في مجالات متعددة فمثلاً أجاز الطعن بالإلغاء في القرارات اللائحية التنظيمية التي تفرض ضريبة أو رسم، واعتبرها قابلة للإنفصال عن عملية فرض الضريبة أو تحصيل الضريبة المالية، كما أجاز الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية التي يمكن فصلها عن العقود الإدارية، كقرارات إبرام العقود، وقرار إعتماد العقد، وقرار رفض فسخ العقد[2].

والقضاء المصري لم يكن أفضل حالاً من نظيره الفرنسي بشأن وضع تعريف محدد لنظرية القرارات القابلة للإنفصال، بيد أنه يمكن الوصول إلى تعريف لها من واقع التطبيقات القضائية لا سيما

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري. مرجع سابق، ص47.

(2) أحمد، عبد الله سيد، (2008). نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري، دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، ص28-29.

في مجال العقود الإدارية، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا[1] في حكمها الصادر بتاريخ 1973/4/5 بأن: (هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد وبالشروط العامة المقررة بالنسبة للطعن بالإلغاء، مثل القرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها بمقتضى سلطتها العامة في المرحلة التمهيدية من العملية حتى إبرام العقد...)، كما يمكن إستنباط تعريف القرارات القابلة للإنفصال من حكم محكمة القضاء الإداري[2] الصادر بتاريخ 1964/3/16 حيث قضت: (القرار الذي يسهم في تكوين العقد ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن العقد وينفرد عنه في طبيعته فيجوز الطعن فيه إستقلالاً).

وفي الأردن لم يشهد مفهوم هذه النظرية تطوراً ملحوظاً في القضاء الإداري كما هو الحال في فرنسا، حيث أخذت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة به دفعة واحدة بعد أن وجدت أن أحكام وقواعد هذه النظرية قد إستقرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري اللذان يشكلان مرجعاً مساعداً تسترشد به المحكمة في أغلب أحكامها[3].

فقد أصبح ظهور مفهوم القرارات القابلة للإنفصال مرتبطاً بإنشاء محكمة العدل العليا السابقة، حيث قضت في حكم لها بأنه: (من المتفق عليه أن القرار الإداري إذا كان مندمجاً في عملية مركبة فإن قواعد الإختصاص العادية تسمح لمحكمة العدل العليا أن تفصل القرار الإداري عن هذه العملية المركبة وإخضاعه لقضاء الإلغاء على أن تترك باقي العملية للجهة القضائية المختصة)[4].

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعنين رقم 320، 400 لسنة 17 ق، بتاريخ 1973/4/5، س20، ص37.

(2)حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 456 لسنة 5ق، بتاريخ 1964/3/16، س11، ص23.

(3) سويدات، وسيم، (1998). نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ص59.

(4) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 81/53، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1982، ص178.

أما بالنسبة للعراق فإن القضاء الإداري فيه حديث النشأة، حيث كان العراق يتبع سابقاً نظام القضاء الموحد حيث لم تكن توجد سوى جهة قضائية واحدة تختص بالفصل في سائر المنازعات، وبالرغم من إستحداث القضاء الإداري فيه بموجب القانون (106) لسنة 1989والذي أصبح نافذاً بتاريخ 1990/1/10 من خلال تشكيل محكمة القضاء الإداري والذي حدد القانون أعلاه إختصاصها في (النظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الإشتراكي...)[1]. دون أن يمتد إختصاصها للنظر في بقية أنواع المنازعات الإدارية ومنها المنازعات الحاصلة حول العقود الإدارية، فضلاً عن كثرة الإستثناءات الواردة في القانون والتي تخرج العديد من أنواع القرارات الإدارية من إختصاصها[2].

ولم يجد الباحث ما يشير إلى أن القضاء الإداري في العراق قد عرف القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ويرى الباحث هنا أنه من الضروري البحث عن وسيلة فعالة لتوسيع إختصاص القضاء الإداري العراقي من خلال تدخل تشريعي لكي تسمح له بالنظر في العديد من القرارات الإدارية التي لا تدخل في إختصاصه نتيجة نص المادة المحددة لإختصاصه ومنها القرارات الإدارية القابلة للإنفصال والداخلة في عملية قانونية مركبة.

---

(1) المادة (7/ثانيا/د) من القانون رقم 106 لسنة 1989، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979. منشور بجريدة الوقائع العراقية، العدد 3285 في 1989/12/11.

(2) ورد في المادة (7/خامساً) من القانون المذكور على أن (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي):

أ- أعمال السيادة، وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.

ب- القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية.

ج- القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها، أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها.

المبحث الثالث

معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال

تمهيد وتقسيم

تتخذ الإدارة العديد من القرارات الإدارية ضمن إطار العمليات الإدارية المركبة، وتضم هذه العمليات نوعين من القرارات، النوع الأول قرارات إدارية قابلة للإنفصال عن العمليات المركبة ذاتها التي تدخل فيها، والنوع الآخر قرارات إدارية غير قابلة للإنفصال عن تلك العمليات المركبة.

وتبرز أهمية التمييز بين هذين النوعين في الإختلاف في النظام القانوني الذي يخضع له كل من النوعين خصوصاً فيما يتعلق بنظام الطعن في كل منهما، حيث يمكن الطعن في القرارات الإدارية القابلة للإنفصال بشكل مستقل عن باقي العملية المركبة التي تدخل ضمن مكوناتها، دون الإنتظار إلى إنتهاء العملية المركبة، والعكس من ذلك لا يمكن الطعن في القرارات الإدارية الغير قابلة للإنفصال بشكل مستقل عن باقي العملية المركبة، حيث هنا يتطلب الإنتظار لحين إتمام العملية كلها، مما قد يؤثر على صحة العملية المركبة بأكملها[1]

ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم المبحث إلى المطالب الثلاث الآتية:

- المطلب الأول: معيار تمييز القرار الإداري عن العمل التشريعي والقضائي.
- المطلب الثاني: معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.
- المطلب الثالث: العمليات المركبة التي توجد بها القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص7

المطلب الأول

معيار تمييز القرار الإداري عن العمل التشريعي والقضائي

من المهم جداً التمييز بين القرارات الإدارية وغيرها من الأعمال الأخرى، سواء تلك التي تصدر من الإدارة ذاتها، أو التي تصدر عن السلطات العامة الأخرى غير الإدارية كأعمال السلطتين التشريعية والقضائية.

ولقد إبتكر الفقه معيارين لتمييز القرار الإداري وهما المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي.

الفرع الأول: المعيار الشكلي

ينظر هذا المعيار إلى مصدر القرار لا موضوعه أي الإستناد إلى الهيئة التي تصدر القرار والشكل والإجراءات المتبعة في إصداره، دون النظر إلى مصدر العمل أو موضوعه، فإذا كان مصدره الإدارة كان القرار إدارياً بغض النظر عن موضوعه ومحتواه، وعليه يكون القرار إدارياً إذا كان صادراً عن فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة بغض النظر عن موضوعه، ويكون القرار قضائياً إذا كان صادراً من السلطة القضائية، كما يكون القرار تشريعياً إذا كان صادراً من السلطة التشريعية، فالمعول عليه في هذا المعيار هو النظر لمصدر القرار بغض النظر عن موضوع القرار أو محتواه[1]

ويتميز هذا المعيار بالبساطة والوضوح لسهولة معرفة نوع العمل وكونه يشكل قراراً إدارياً من عدمه لمجرد معرفة الجهة التي أصدرته، ولكن هذا المعيار انتقد من الفقه لسببين[2]

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص30

(2) الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص51-52

السبب الأول: أنه سطحي وغير موضوعي حيث أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يؤخذ به بصفة مطلقة، بل إن السلطات في العصر الحديث تتداخل فيما بينها، بالإضافة إلى عدم وجود الفصل التام بين الوظائف والإختصاصات لدى السلطات المختلفة في الدولة، ومثال ذلك ما تصدره السلطة التشريعية إلى جانب القوانين وما تقوم به من أعمال برلمانية تجاه السلطة التنفيذية، حيث تصدر هذه السلطة أعمالاً إدارية من حيث طبيعتها كالقرارات التي يصدرها رئيس البرلمان بخصوص موظفيه والعقود التي يبرمها البرلمان مع الغير.

السبب الثاني: ويتمثل في إستحالة تطبيق هذا المعيار في الفترات التي تندمج أو تتركز فيها الوظيفتين التشريعية والتنفيذية في يد هيئة أو سلطة واحدة، وغالباً ما تكون الثانية، ومن ثم يصعب في مثل هذه الأحوال بل ويستحيل التمييز بين الأعمال الإدارية والتشريعية.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

يعتمد هذا المعيار على البحث في موضوع القرار ومضمونه فيعتبر العمل إدارياً متى كان كذلك في مضمونه ومحتواه دون النظر إلى الهيئة أو الجهة التي أصدرته وحتى لو كانت غير إدارية، ووفقاً لهذا المعيار تكون القرارات الإدارية هي الأعمال التي تتعلق بالأمور الإدارية والتنفيذية بغض النظر عن الهيئة أو السلطة التي أصدرتها، في حين تعتبر القرارات قضائية إذا كانت تنطوي على فصل في نزاع قائم بصرف النظر عن نوع أو طبيعة الجهة التي أصدرتها، وكذلك تعتبر القرارات تشريعية إذا تضمنت في محتواها مواد عامة مجردة أي مواد تشريعية، وهي القوانين أو الأعمال البرلمانية إياً كانت صفة السلطة التي أصدرتها[1]

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص31

ويتميز المعيار الموضوعي بتلافيه لأوجه النقد التي وجهت للمعيار الشكلي، حيث أن المعيار الموضوعي متفق مع طبيعة الأشياء، وما يترتب عليه من مفهوم دقيق لأعمال وتصرفات سلطات الدولة وذلك لتركيز هذا المعيار على موضوع القرار ومحتواه، وهو بذلك يبتعد عن السطحية التي وصف بها المعيار الشكلي، كما أن المعيار الموضوعي يمكن الإستناد إليه في الفترات والتي تتركز فيها السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد سلطة واحدة، ففي هذه الحالة يمكن تمييز العمل كونه إدارياً أو تشريعياً بالنظر إلى طبيعة العمل ومضمونه ومحتواه.[1]

وبالرغم من تلك المميزات إلا أن المعيار الموضوعي لم يسلم من النقد حيث يرى جانب من الفقه[2] أنه اصطدم بالإعتبارات التاريخية والسياسية والمبادئ القانونية التي قام عليها القانون الوضعي في فرنسا والدول التي أخذت عنها، ومن هذه المبادئ رقابة القضاء لأعمال الإدارة، ونظام القضاء المزدوج ومبدأ الفصل بين السلطات، كل هذه الإعتبارات والمبادئ تستلزم في نظر البعض الأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين مختلف أعمال سلطات الدولة التي قد تتشابه من حيث طبيعتها أو مضمونها.

وفي هذا الإطار يرى جانب آخر من الفقه[3] بضرورة إعتماد معيار مختلط من المعيارين السابقين للأخذ به لتمييز القرار الإداري لتلافي العيوب السابقة، وقد إشترط هذا الرأي توافر شرطين في القرار لإعتباره قراراً إدارياً:

---

(1) الشهاوي، عاطف محمد، (2007). القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري. أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ص52

(2) سليمان، محمد علي، الطعن بإلغاء القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص176.

(3) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص33

الشرط الأول: أن يصدر القرار من سلطة خولها القانون الإختصاص بإصدار القرارات الإدارية أي بصفتها الإدارية حتى ولو لم يكن هذا هو إختصاصها الأصلي المنوط بها قانوناً ودستوراً.

الشرط الثاني: أن يكون موضوع القرار إدارياً بطبيعته وتطبيقاً لذلك فالقرارات الصادرة من رئيس البرلمان وتتعلق بالموظفين الإداريين بالمجلس بشأن التعيين والنقل والتأديب والمرتبات والمكافآت الخاصة بهؤلاء الموظفين تعتبر قرارات إدارية بالرغم من عدم صدورها من جهة إدارية بحسب الأصل حيث أنها صدرت من جهة تشريعية أصلاً ولكن خولها القانون الإختصاص بإصدار قرارات إدارية بالإضافة إلى أن موضوع هذه القرارات إداري بحسب طبيعتها.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن محكمة القضاء الإداري في مصر قد أيدت هذا الرأي حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ 1954/12/13 على أنه (إن شراح القانون العام قد اختلفوا في وضع معايير للتفرقة بين القرار القضائي والقرار الإداري، فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي، بينما أن آخرين يرون أن يؤخذ بالمعيارين معاً، وقد إتجه القضاء في فرنسا ثم في مصر إلى هذا الرأي الأخير وأن الراجح هو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط) [1]

وهنا يؤيد الباحث الأخذ بالمعيار المختلط السالف الذكر وذلك لكونه يتلافى العيوب التي وجهت لكلا المعيارين السابقين كلاً على حدة

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، بتاريخ 1954/12/13، المجموعة س9، ص127

المطلب الثاني

معيار تمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال

إن صعوبة تحديد معيار لتمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لم يمنع الفقه من محاولة البحث عنه وإيجاد معيار محدد وواضح له، ونجد صدى ذلك في إستنتاجات مفوض الحكومة الفرنسية (M.lasry) إذ يقول :" إن الطابع المنفصل يستخلص في نهاية المطاف ويجب الإعتراف به من التقدير الذاتي لقاضي تجاوز السلطة"، وحسب مفوض الحكومة الفرنسية(Alain Baquet) فإن:" الإجتهاد القضائي لا يستخلص بوضوح كامل المعيار الذي يمكن بمقتضاه أن نعرف بصفة أكيدة القرار المنفصل".[1]

كما أن القضاء الإداري في فرنسا لم يضع لنفسه معياراً واضحاً لتمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، وفضل أن يتبع كعادته منهجاً مرده صالح المتقاضين، فهو يرفض فصل القرارات عن العملية العقدية أو يقبلها وفقاً لما يراه محققاً للعدالة. [2]

ولقد إستعان القضاء الإداري في فرنسا بمعيارين لتمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وهي: [3]

أولاً: المعيار الشكلي: ويتمثل في إنعدام الدعوى الموازية، أي عدم وجود طريق طعن قضائي يمكن من يريد الطعن بالقرار الإداري من الوصول إلى نفس النتائج وفي نفس الظروف التي يمكن

---

(1) بوطريكي، ميلود،(2005). القرارات الإدارية المنفصلة، دراسة مقارنة. إطروحة دكتوراة، المغرب، جامعة محمد الأول، ، ص22.

(2) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص39

(3) الجبوري، ماهر صالح، القرار الإداري، مرجع سابق، ص188

تحقيقها لو هاجم القرار أمام قاضي الإلغاء بدعوى تجاوز السلطة، فإن لم يتوفر مثل هذا الطريق المفضي إلى ذات نتائج دعوى الإلغاء أو التعويض أمام القضاء الإداري يكون القرار قابلاً للإنفصال ويمكن الطعن به أمام القضاء بدعوى الإلغاء أو التعويض، أما إذا كان بإمكان من يريد فصل القرار اللجوء إلى قضاء مختص كالقضاء العادي لحل النزاع وأن هذا السبيل يوصله إلى نفس النتائج وفي ظروف مماثلة لما تحققه له دعوى تجاوز السلطة فلا يعد القرار قابلاً للإنفصال.

إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذا المعيار في الوقت الحاضر بعد أن تقوض دور نظرية الدعوى الموازية وكما تم شرحه سابقاً.

ثانياً: المعيار الموضوعي: ويكون القرار قابلاً للإنفصال بموجب هذا المعيار بتحديد القاضي وبصرف النظر عن شخص الطاعن وموقعه من موضوع الخصومة، وبصرف النظر عما إذا كان هناك طريق قانوني آخر لحسم الخصومة أم لا، أي أن قابلية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال تعد من المسائل الموضوعية التي يترك تقديرها لقاضي الموضوع.

ويلاحظ في هذا الصدد أنه إذا ما تم الطعن بالقرار المتصل بالعملية المركبة، فإن لقاضي الموضوع أن يأخذ بنظر الاعتبار فيما إذا كان القرار المطعون فيه يشكل عنصراً مهماً من عناصر موضوع الدعوى المعروضة عليه، فإذا كان القرار يشكل عنصراً أساسياً في تلك الخصومة فلا يمكن فصل النظر فيه عن تلك الدعوى، أما إذا لم يحتل القرار سوى مكاناً ثانوياً أي أنه ليس الموضوع الأساسي في الدعوى فإن فصله عنها ممكن[1]

(1) الجبوري، ماهر صالح، القرار الإداري، مرجع سابق، ص190

وبهذا الصدد قيل بإمكانية وضع معيار عام بإفتراض أن كافة القرارات الإدارية الصادرة أثناء إبرام العقد الإداري، وحتى صيرورة ذلك العقد نهائياً، تعتبر من قبيل القرارات القابلة للإنفصال التي يمكن إخضاعها للطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً، ومتى ما أبرم العقد بصورة نهائية فإن كافة القرارات الصادرة بعد ذلك لا تقبل الإنفصال عن العقد الإداري ومن ثم لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء سواء قدم الطعن من قبل المتعاقد مع الإدارة أو من قبل الأغيار.[1]

كما يرى جانب آخر من الفقه العربي[2] أن معيار تمييز القرارات القابلة للإنفصال مركب من شقين: **الشق الأول:** يتمثل في مدى صلاحية القرار في حد ذاته بصرف النظر عن باقي العملية التي يدخل في تكوينها لترتيب آثار قانونية معينة.

أما الشق الثاني من المعيار: فيتمثل في تأثير فصل القرار على العملية ذاتها من حيث قيامها وبنيانها وإتمامها وتماسك أجزائها وكمال مراحلها وإجراءاتها، وترتيب آثارها وتحقيق الأهداف التي قامت من أجلها.

فإذا كان القرار صالحاً في حد ذاته لترتيب آثار قانونية معينة، بمفرده ودون التوقف على أجزاء أخرى من العملية ودون إنتظار لإكتمال العملية نفسها، وإذا كان فصل هذا القرار لا يؤدي إلى التأثير على أجزاء من العملية أو على العملية بأكملها، ولا يعوق إتمام باقي خطواتها ومراحلها، ولا يحول دون إستمرارها وتحقيق نتائجها الطبيعية، فإن القرار هنا يكون قراراً قابلاً للإنفصال.

---

(1) عبد الحميد، محمد طاهر، الإجراءات التي تسبق صدور القرار الإداري ومتى يجوز الطعن عليها إستقلالاً، بحث مقال منشور في مجلة مجلس الدولة المصري، س12، 1964، ص193

نقلاً عن الدليمي، حبيب ابراهيم، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص32

(2) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص50

أما إذا كان القرار غير صالح في حد ذاته وبمفرده لترتيب آثار قانونية ويرتبط في ذلك بأجزاء أخرى من العملية التي يدخل في تكوينها أو كان يتوقف ذلك على اتمام العملية كلها، وإذا كان فصل هذا القرار يؤثر على أجزاء أخرى من العملية أو على العملية بأكملها، بحيث تكون نتيجة هذا الفصل إعاقة إتمام باقي خطواتها أو مراحلها ويحول دون تحقيق النتائج المطلوبة، فإن القرار هنا يكون قراراً غير قابل للإنفصال.

ويؤيد الباحث الأخذ بالمعيار المركب المذكور آنفاً لتمييز القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لوضوحه وإمكانية تطبيقه بسهولة وكذلك للحد من الإجتهادات القضائية بخصوص الموضوع.

المطلب الثالث

العمليات القانونية المركبة التي توجد بها القرارات الإدارية القابلة للإنفصال

إن العمليات القانونية المركبة التي تمر بمراحل متعددة وتتضمن العديد من الإجراءات وتتخذ خلالها قرارات متعددة قبل صدور القرار النهائي فيها.

ومن هذه العمليات ما يصدر عن السلطة التنفيذية ومنها ما يصدر عن السلطة القضائية ومنها ما يصدر أيضاً عن السلطة التشريعية لذلك سوف يتم التمييز بين هذه العمليات من حيث السلطة التي تصدر عنها من خلال الفروع التالية:

- الفرع الأول: العمليات الصادرة عن السلطة التنفيذية بصفتها الإدارية والسياسية.
- الفرع الثاني: العمليات الصادرة عن السلطة القضائية.
- الفرع الثالث: العمليات الصادرة عن السلطة التشريعية.

الفرع الأول: العمليات الصادرة عن السلطة التنفيذية بصفتها الإدارية والسياسية.

من المعروف أن للسلطة التنفيذية صفتان: صفة إدارية وصفة سياسية، وتصدر عن هذه السلطة بتلك الصفتان عدة أعمال وعمليات بعضها بسيط، والآخر مركب يتضمن عدة قرارات وإجراءات، وهنا يمكن التمييز بين نوعين من العمليات المركبة الصادرة عن السلطة التنفيذية وكما يلي:

أولاً: عمليات الإدارة العادية[1]

يندرج تحت هذا العنوان العديد من العمليات المركبة التي سيتم تعدادها فيما يلي:

أ- العقود التي تبرمها الإدارة.

تتميز العقود الإدارية عن القرارات الإدارية في أنها عبارة عن تصرفات قانونية تصدر عن تلاقي إرادتي طرفين، وهي وسيلة قانونية هامة تستخدمها الإدارة للقيام ببعض مهامها، وهناك نوعين من العقود التي تبرمها الإدارة وهي عقود القانون الخاص وعقود القانون العام.

وعقود القانون الخاص هي التي تبرمها الإدارة وفق قواعد القانون الخاص سواء القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون العمل، وتتصرف الإدارة فيها كالأفراد العاديين، وتلجأ لإبرام هذه العقود فيما يتعلق بإستعمال أو إستغلال أو التصرف في الأموال المملوكة لها ملكية خاصة، أما بالنسبة لعقود القانون العام وهي ما يطلق عليها العقود الإدارية وهي العقود التي تبرمها الإدارة وفق قواعد القانون العام، وتلجأ إلى هذا النوع من العقود فيما يتعلق بالأموال العامة أو إدارة وإستغلال المرافق العامة، فكلا النوعين عبارة عن عمليات مركبة ويمران بإجراءات متعددة تتخذ خلالها العديد من القرارات، والنوع الثاني موضوع بحث دراستنا وسيتم شرحه بشكل مفصل في الفصل القادم.

---

(1) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري. مرجع سابق، ص61 وما بعدها

ب-العمليات الضريبية

وهي عمليات مركبة بطبيعتها تتخللها العديد من الإجراءات والخطوات مثل تحديد الخاضع للضريبة ومن ثم حصر مصادر الدخل، ثم بيان الدخل الخاضع للضريبة،ثم تحديد المبلغ المفروض على الخاضع لها، ثم تحصيل الضريبة، ويتخلل هذه العملية المركبة العديد من القرارات المتعلقة بها كقرارات الإعفاء أو قرارات توقيع الغرامات وغيرها، وكما يتضح فهى عملية مركبة تتضمن عدة إجراءات وتصدر فيها قرارات مرحلية لحين صدور القرار النهائي.

ج- العمليات المتعلقة بالوظائف العامة:

تتضمن الوظيفة العامة العديد من العمليات المركبة مثل التعيين في الوظائف العامة والترقية والتأديب وغيرها.

وهذه العمليات مركبة تتضمن العديد من المراحل والإجراءات والخطوات وتتخذ خلالها قرارات فرعية ومرحلية حتى صدور القرار النهائي فيها.

د- نزع الملكية للمنفعة العامة:

وهي عملية مركبة تمر بعدة مراحل وتتضمن العديد من القرارات فبداية يتم فيها تقرير المنفعة العامة، ثم إجراء نقل الملكية وهذا يمر بعدة مراحل، ثم مرحلة التعويض والتي تتضمن أيضاً عدة إجراءات وتتخذ خلالها العديد من القرارات لحين صدور القرار النهائي.

ثانياً: العمليات المركبة التي تقوم بها السلطة التنفيذية بصفتها السياسية:[1]

تنقسم هذه العمليات إلى نوعين: العمليات الإنتخابية وأعمال السيادة وكما سيتم توضيحه فيما يلي:

---

(1) المسلماني، محمد أحمد، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في العمليات القانونية المركبة، مرجع سابق، ص131 وما بعدها

أ. العمليات الإنتخابية:

إن العمليات الإنتخابية صورة واضحة للعمليات المركبة فهي تتضمن مجموعة من الإجراءات والتصرفات القانونية وتصدر خلالها عدة قرارات لتنظيم عملية الترشيح والإقتراع، وتتميز هذه العمليات بمراحلها المتعددة لحين صدور القرار النهائي وإعلان النتيجة، وهناك أنواع عديدة من هذه الإنتخابات مثل إنتخابات النقابات وإنتخابات المجالس المحلية، وإنتخابات الجمعيات، والأندية الرياضية، وإنتخابات المجالس النيابية(البرلمان)، وإنتخابات رئاسة الجمهورية.

ب. أعمال السيادة: [1]

تتضمن هذه العمليات عدة إجراءات ومراحل متعددة وتصدر خلالها عدة قرارات ويرى جانب من الفقه أن مناط نظرية أعمال السيادة هو التفرقة داخل أعمال السلطة التنفيذية بين ما يصدر عنها بصفتها سلطة حكم وبين مايصدر عنها بصفتها سلطة إدارة[2].

وأهم هذه الأعمال ما ينظم علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية مثل إقتراح القوانين والإعتراض عليها، وإصدارها ونشرها، والأعمال في مجال العلاقات الدولية والدبلوماسية أثناء السلم أو الحرب مثل تعيين السفراء، وتوقيع المعاهدات الدولية وإعلان حالة الحرب أو حالة الطوارئ، ومعاهدات الصلح والهدنة وإنهاء الحرب، وكذلك إجراءات الأمن الداخلي غير العادية للحفاظ على سلامة الدولة ومؤسساتها[3] .

---

(1) ولم يوضع لأعمال السيادة تعريف واضح ومحدد، لكن يطلق على هذا المصطلح عادة بأنه طائفة من الأعمال أو الإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية بصفتها سلطة عليا وهذه الأعمال لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء العادي أو الإداري، أحمد، عبدالله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص212 وما بعدها.

(2)عبد الباسط، محمد فؤاد، (2012). القرار الإداري. دار النهضة العربية، القاهرة، ص135.

(3) الشهاوي، عاطف محمد، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص118 وما بعدها.

الفرع الثاني: العمليات الصادرة عن السلطة القضائية:

تتمتع هذه السلطة بالإستقلال التام في القيام بوظائفها ومهامها، ويعتبر مرفق القضاء من أهم المرافق العامة في الدولة، وله صفتان رئيستان هما: مرفق إداري وسلطة قضائية، فعمل السلطة القضائية لا يقتصر فقط على الفصل في المنازعات وإصدار الأحكام في الخصومات، حيث يتضمن عملها العديد من الأعمال، بعضه له الصفة القضائية والآخر ليست له هذه الصفة، مثل القرارات المتعلقة بالإختصاصات الإدارية للقضاة والعمليات المتعلقة بإعداد وتجهيز دور المحاكم وما يستلزم ذلك من إبرام عقود أو إصدار قرارات ذات صبغة إدارية وقرارات تعيين القضاة والجهاز المعاون لهم، فهى عمليات مركبة تحتوي على عدة إجراءات وتتخللها قرارات لحين صدور القرار النهائي[1]

الفرع الثالث: العمليات الصادرة عن السلطة التشريعية:

إن الأعمال التي تصدر من البرلمان هي بطبيعتها عمليات مركبة، وتنتمي إلى أنماط متعددة، فهناك الأعمال التي تندرج تحت الإختصاص الرئيسي للبرلمان وهي الأعمال التشريعية أي سن القوانين المنظمة لأنشطة وحركة الأشخاص والهيئات والمنظمات والأجهزة المختلفة في المجتمع، وهناك من الأعمال ما يختص بممارسة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وهناك من الأعمال ذات الطبيعة البرلمانية، وهناك قرارات في جوهرها قرارات إدارية محضة، مثال ذلك القرارات التي تصدر عن رئيس البرلمان فيما يتعلق بالموظفين الإداريين فيه، والقرارات التي تتعلق بالبرلمان كمرفق من مرافق الدولة، مثل أعمال البناء والترميم والصيانة وغيرها من القرارات ذات الطبيعة الإدارية وهي عمليات مركبة تتضمن العديد من الإجراءات وتصدر خلالها قرارات متعددة لحين صدور القرار النهائي[2].

---

(1) احمد، عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص250-251.

(2) ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص75.

الفصل الثالث

تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم:

يعتبر العقد الإداري جزءاً أساسياً من أجزاء التنظيم الإقتصادي والإجتماعي للدول إلى جانب القرار الإداري في عصرنا هذا، كما يعد وسيلة التعاقد الطبيعية للإدارة في سبيل تحقيق أغراضها والقيام بمشاريعها، إذ أن الإدارة قد تلجأ في سبيل تسيير المرافق العامة وإدارة مشاريعها وأموالها إلى إبرام العقود الإدارية، حيث تقوم تلك العقود على التفاهم والإتفاق مع الإدارة مما يجعلها الأداة الوحيدة التي ترتب أفضل النتائج المرجوة لقيامها على مبدأ الرضا ولكونها تحقق الأهداف بسرعة، وهذا ما تسعى إليه الدول وذلك لإرتباط خططها العامة بأوقات محددة.

والعقود التي تبرمها الإدارة تنقسم إلى نوعين رئيسيين: العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة، وفقاً لأساليب القانون العام، وتخضع لإختصاص القضاء الإداري، والعقود المدنية التي تخضع لإختصاص القضاء العادي، ولا يختلف العقد الإداري عن أي عقد آخر، إذا أنه لا يعدو أن يكون إتفاق إرادتين هما طرفا العقد لتحقيق غرض معين تنتج عنه آثار قانونية، ولكنه يختلف عن غيره من العقود الأخرى بما يتميز به من سلطة للإدارة، إذ تملك الإدارة سلطة تعديله أثناء التنفيذ إما بزيادة الإلتزام أو بإنقاصه وذلك بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة إرادة المتعاقد وهي شروط إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[1]

---

(1) الجبوري، ماهر صالح، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص222

- **تعريف العقد فقهاً وقضاءً:**

فالعقد لغة: هو الربط والتوثيق مادياً كان أو معنوياً[1]، والعقد هو نقيض الحل ثم أستعمل في أنواع العقود من البيوع وغيرها[2].

أما العقد في الإصطلاح القانوني (فهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إلغاؤه) [3]

وفيما يخص التعريف القضائي للعقد الإداري فقد عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه:

(العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص) [4]

وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز في العراق تعريف العقد الإداري بأنه (تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة، ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على أسلوب القانون العام، وتخضع فيه لحكم القوانين والأنظمة) [5]

---

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، ج6، ص5.

نقلاً عن: البدري، أحمد عبد الحميد، (2013). قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، دار عدنان، بغداد، ص58.

(2) الفيروز أبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، لبنان، 2008، باب الدال، فصل العين، ص316.

نقلاً عن: قبع، لمياء هاشم، (2013). إختلال التوازن المالي في العقد الإداري. دار الكتب القانونية، القاهرة، ص11.

(3) السنهوري، عبد الرزاق،(1982). نظرية العقد. الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ، ص52.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن 567، بتاريخ 1967/12/30، لسنة 11ق، ص99.

(5) حكم محكمة التمييز في العراق في القضية رقم 2566/ح/1966 في 1966/6/28 ، غير منشور.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي للعقد الإداري فقد تشابهت التعريفات في مضمونها بشكل واضح، فعرفه جانب من الفقه بأنه:

(هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، وأن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام) [1]

في حين يرى جانب آخر من الفقه العقد الإداري على أنه:

(إتفاق يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد، سواء بتمتع الإدارة بإمتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات إستثنائية في مواجهة الغير) [2]

ومن خلال التعريفات القضائية والفقهية التي سبق ذكرها للعقد الإداري، فإنه لا يكون العقد إدارياً إلا إذا إنطوى على عناصر ثلاثة تكاملية فيما بينها، وأول تلك العناصر أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وثانيها أن تتبع الإدارة بشأنه أسلوب القانون العام، وثالثها أن يتصل العقد بمرفق عام.

*** العنصر الأول: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد الإداري**

من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، وهذا الشرط يحتمه كون أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية لا نشاط الأفراد، أما العقود الأخرى التي

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، (1984). الأسس العامة للعقود الإدارية. دار الفكر العربي، القاهرة، ص52.

(2) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2009). الأسس العامة للعقود الإدارية. الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص16

تبرم بين الأفراد، فإنها لا تعد عقوداً إدارية حتى ولو كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة ذات نفع أو كان يستهدف غرضاً من أغراض النفع العام. [1]

وذلك لأن الإدارة قد تدخل في التعاقد كما لو كانت فرداً عادياً من الأفراد، كأن ترتبط الإدارة بعقود مدنية، كإرتباطها بعقد مع أحد الأفراد أو الشركات لبيع منتجاتها كمرافق عامة صناعية أو تجارية أو لشراء بعض مستلزماتها، ولذلك فإن هذا الشرط غير كافٍ لتحديد العقد الإداري، وإنما يلزم توافر غيره من العناصر الأخرى للعقد الإداري إلى جانبه وإلا كان العقد خاصاً بالرغم من دخول الإدارة طرفاً فيه. [2]

*** العنصر الثاني: إتباع أسلوب القانون العام في العقد الإداري (الشروط الإستثنائية)**

لا يعد العقد إدارياً إلا إذا ظهر أن الإدارة قد إستعملت إمتيازاتها وسلطاتها العامة وإرادة الإدارة في إختيار أساليب القانون العام، وتظهر تلك الإرادة بأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فميزة العقد الإداري أن طرفيه ليسا متساويين في مركزيهما على خلاف عقود القانون الخاص القائمة على حرية التعاقد وتساوي الإرادات، فعقود القانون الخاص إذا تضمنت شروطاً غير مألوفة فإنها بذلك تكون غير مشروعة لمخالفتها النظام العام. [3]

كما يرى جانب من الفقه أن المعيار المميز للعقد الإداري في الوقت الحاضر هو أن يتضمن شروطاً إستثنائية سواء أعتبرت تلك الشروط نظراً لإتسامها بطابع السلطة العامة أو لأنها شروط غير

---

(1) راضي، مازن ليلو،(2010). العقود الإدارية. منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أربيل، ص41.

(2) كنعان، نواف، القانون الإداري. الكتاب الثاني، مرجع سابق ص319.

(3) الجبوري، ماهر صالح، مبادئ القانون الإداري. مرجع سابق، ص225-226.

مألوفة في عقود القانون الخاص، وتكشف عنه نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام والخضوع لمبادئه وأحكامه، وما تتضمنه من عناصر السلطة العامة وإمتيازاتها[1].

والشروط الإستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص تتمثل بصفة عامة في أنها الشروط التي تقرر لمصلحة الإدارة، ومنها الإستقلال بوضع شروط العقد أو تعديله أو وقف تنفيذه أو إلغائه بإرادتها المنفردة، في أي وقت دون إنذار أو تعويض، ورقابة تنفيذ الإلتزامات وفرض التوجيهات اللازمة وزيادة أو خفض أسعار الخدمات التي نص عليها في العقد، وتوقيع الغرامة عند الإخلال بأي شرط من شروط التعاقد، وللإدارة حق تنفيذ العقد بنفسها، أو بواسطة الغير على حساب المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته، وفي المقابل يمنح المتعاقد شروطاً لمصلحته قد تتمثل في تحصيل رسوم من المنتفعين أو التمتع بحقوق إحتكار، أوالإستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة، بيد أن هذه الإمتيازات لا تمنح للمتعاقد إلا بالقدر الضروري لتنفيذ العقد[2]

*** العنصر الثالث: اتصال العقد بنشاط مرفق عام**

يتعين لإكتساب العقد الصفة الإدارية، أن يتصل بأحد المرافق العامة، فلا يعتبر بذلك العقد إدارياً إذا لم يتصل بنشاط مرفق عام، وتعبر فكرة المرفق العام بصفة عامة عن نشاط أو مشروع تضطلع به السلطات العامة بقصد تحقيق الصالح العام، فالسلطات العامة هي التي تنشئ المرفق العام وتتولى إدارته مباشرة، أو تعهد لأفراد أو هيئات خاصة بإدارته تحت إشرافها ورقابتها، والعبرة في

---

(1) منصور، شاب توما، (1971). مبادئ القانون الإداري. الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ص424.

(2) حمادة، محمد أنور، (2003). قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص20.

إعتبار النشاط الذي يتصل بالمصلحة العامة مرفقاً عاماً هي بتقدير الدولة أنه يدخل في إختصاصاتها، أي إرادتها في أن تتولى أمره بإعتباره مرفقاً عاماً وبإعتبارها القوامة على المرافق العامة[1]

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر المرفق العام بأنه:

(كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار، وتستعين في إنشائه وتسييره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة) [2]

وفي الأردن عرفت محكمة العدل العليا السابقة المرفق العام بأنه:

(حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغاً يقتضى تدخل الحكومة لكي توفرها للأفراد بإستخدام وسائل القانون العام، سواء أكان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أم لا، أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة يهدف المشرع إلى إدارتها من الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها لا فارق بين أن تكون تلك الخدمة تتعلق بنشاطات تجارية أو صناعية أو خلافها) [3]

وكذلك عرفت محكمة التمييز في العراق المرفق العام في قرار لها بالآتي:

---

(1) البنا، محمود عاطف، (2007).العقود الإدارية. دار الفكر العربي، القاهرة، ص42.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، بتاريخ 1957/6/2، مجموعة السنة السادسة، ص534.

(3)حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم 69/30،مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1969، ص321

(إن مصلحة البريد والبرق والتلفون تعد مرفقاً من المرافق العامة، والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه أو تشرف على إدارته، ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام، وليس المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح) [1]

بناءً على ما سبق يستنتج الباحث بأن الإدارة عندما تقدم على إبرام العقود فإنها لا تسلك مسلكاً واحداً، بل تتنوع وسائلها في ذلك بما يحقق مآربها، فأحياناً تلجأ الإدارة إلى إبرام عقود مع أطراف أخرى متخلية عن إمتيازات سلطتها العامة، فيصبح التصرف عقداً مدنياً ويختص بنظر المنازعات الناجمة عنه القانون الخاص، وأحيانا أخرى ترى الإدارة ضرورة إبراز مظاهر وإمتيازات السلطة العامة في تعاقداتها مع الغير فيصبح تصرفها عقداً إدارياً، ويختص بنظر المنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري.

إن العقود الإدارية هي عبارة عن عملية مركبة تمر بمراحل وخطوات وإجراءات متعددة، وتتخذ خلالها العديد من القرارات الإدارية، منها ما يسبق مرحلة عملية إبرام العقد وهي عبارة عن القرارات الممهدة لإبرام العقد الإداري، ومنها ما يصدر أثناء عملية إبرام العقد وهي معاصرة لعملية إبرام العقد، وقرارات أخرى تصدر في مرحلة لاحقة لعملية إبرام العقد وهي مرحلة تنفيذ العقد الإداري، وأغلب تلك القرارات الإدارية يمكن فصلها عن عملية التعاقد الإدارية والطعن فيها بالإلغاء استقلالاً أمام القضاء الإداري.

وللبحث بشكل مفصل عن تطبيقات النظرية في مجال العقود الإدارية سيتم تقسيم الفصل إلى ثلاثة مباحث:

---

(1) حكم محكمة التمييز في العراق، رقم 326/صلحيه/1968، في 1968/4/20، غير منشور

- المبحث الأول: تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في المرحلة السابقة لإبرام العقد.
- المبحث الثاني: تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد.
- المبحث الثالث: تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة تنفيذ العقد.

المبحث الأول

تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال

في المرحلة السابقة لإبرام العقد الإداري

تتنوع القرارات الإدارية المتصلة بالعقود الإدارية والقابلة للإنفصال عنها، فمنها القرارات التي تصدر في مراحل سابقة على عملية إبرام العقد، والتي تتخذها الإدارة كقرارات ممهدة لإبرام العقود الإدارية، والتي تعرف لدى الفقه " بالقرارات المدعمة للعقد"[1].

وهي تلك الإجراءات التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة في المراحل التمهيدية للتعاقد قبل إبرام العقد، ومثال ذلك طرح العمل في مناقصة ما، وهي إجراءات إدارية نهائية تنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالإجراءات الإدارية النهائية من إلغاء أو وقف تنفيذ [2].

على إعتبار أن تلك القرارات تمهد لإبرام العقد، ومثل هذه القرارات تعد من قبيل القرارات الإدارية القابلة للإنفصال بالشكل الذي يسمح بالطعن ضدها بدعوى الإلغاء إستقلالاً عن العقد الإداري.

ولما يتمتع به أسلوب المناقصة والمزايدة من أهمية خاصة عند إبرام الإدارة لعقودها، لهذا سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين:

- المطلب الأول: القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في المناقصات والمزايدات.
- المطلب الثاني: القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في غير المناقصات والمزايدات.

---

(1)حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص103.

(2)الجبوري، محمود خلف، (2010). العقود الادارية. مرجع سابق، ص103.

المطلب الأول

القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في المناقصات والمزايدات

لا تملك الإدارة حرية واسعة عند التعاقد مثلما هو الحال في إبرام الأفراد لعقودهم، إذ فرض المشرع العديد من القيود والإجراءات التي لا بد أن تلتزم الإدارة باتباعها حفاظاً على المصلحة العامة، لذلك نجد أن المشرع قد بين الأساليب التي يجب على الإدارة أن تتبعها حينما تريد أن تبرم عقداً ما[1].

والمناقصة أو المزايدة هي طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة بإختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواءً من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أداؤها، والمناقصة عكس المزايدة، فالأولى تستهدف إختيار من يتقدم بأقل عطاء، ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كالأشغال العامة مثلاً، وأما الثانية فترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء، وذلك عندما تريد الإدارة أن تبيع أو تؤجر شيئاً من أملاكها[2]

وتصدر خلال المناقصات والمزايدات العديد من القرارات الإدارية المتصلة تبدأ بمرحلة الإعلان عن المناقصة أو المزايدة، وإستلام العطاءات وتدقيقها وفحصها، وإرساء المناقصة أو المزايدة، ثم مرحلة إبرام العقد الاداري وأخيراً التصديق عليه من قبل الجهة الإدارية المختصة.

وفي بداية الأمر أبى مجلس الدولة الفرنسي فصل القرارات الإدارية الخاصة بالمناقصات والمزايدات الصادرة قبل إبرام العقد الاداري، والطعن عليها بالإلغاء إستقلالاً، وكان مرد ذلك أن القوانين واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات قد وضعت لصالح الإدارة وليس لمصلحة المتعاقدين معها،

---

(1) راضي، مازن ليلو،(2010). النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية. مركز أبحاث القانون المقارن، أربيل، ص177.

(2) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية. مرجع سابق، ص239.

ومن ثم فإنه لا يمكن الإحتجاج بها في دعوى تقام من غير الإدارة ضد قرارات تتعلق بمناقصة أو مزايدة، ولكن بعد ذلك جنح قضاء مجلس الدولة الفرنسي عن مذهبه السالف، معتبراً أن القوانين واللوائح إنما وضعت للصالح العام وليس لصالح الإدارة وحدها، وبذلك أجاز لكل ذي مصلحة الطعن بالإلغاء على قرارات المناقصات والمزايدات لعدم المشروعية إعمالاً لنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال[1]

ويعتبر الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية مارتن (Martin) الذي تم شرحه سابقاً أصل هذه النظرية حيث تبلورت فيه النظرية نهائياً ووضحت معالمها ومن الجدير بالذكر أنه من القرارات الممهدة للعقد الاداري.

ثم بعد ذلك لقيت هذه النظرية قبولاً لدى قضاء مجلس الدولة المصري، لا سيما في مجال منازعات العقود الإدارية وأخذ بفصل القرارات التي تمهد لإبرام العقد عن العملية العقدية ذاتها، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بذلك في حكمها بأنه: (ومن حيث أنه ينبغي التمييز في مقام التكييف القانوني بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإجراء هذا العقد أو تهيئ لمولده، ذلك أنه بغض النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإنه من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الاداري ومقوماته، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتنفصل عنه، ومن ثم

(1) الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الاداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق،ص70.

يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً، ويكون الإختصاص والحال معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها) [1].

وفي الأردن إستقر إجتهاد محكمة العدل العليا السابقة على إعتبار القرارات الممهدة لإبرام العقد قرارات إدارية منفصلة عن العملية العقدية، حيث قضت في حكم لها بأنه: (فيما يتعلق بالسبب الأول الذي أثاره المستدعي ضدهما أن عملية الإلتزام تتم في مرحلتين، أولهما أعمال تمهيدية، وثانيهما إبرام العقد، والأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات المقدمة فيها ثم المفاضلة بين العطاءات وإرساءالمناقصة، كل ذلك يتم بقرارات إدارية يتخذها المجلس البلدي للإفصاح فيها عن إرادته هو وحده دون غيره، وأن كل ما يتخذ من قرارات في هذا الشأن يعتبر من القرارات الإدارية التي تخضع من حيث الإختصاص لمحكمة العدل العليا) [2].

أما في العراق فقد حكمت بهذا الشأن المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة حيث قضت بإلغاء الإحالة الصادرة من محافظة بغداد لشركة المآب للتجارة العامة والمقاولات والخاصة بتشغيل معملي إسفلت النهروان والمحمودية، وإعادة الإعلان مجدداً وذلك لأن الإحالة جاءت غير صحيحة وغير قانونية لمخالفتها تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة رقم(1) لسنة 2008. [3]

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ 1975/4/25 ، القضيتين 320،456، السنة 20 ص359.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية، القرار المرقم 60/16، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1960، ص313، وبالمعنى نفسه انظر عدل عليا اردنية السابقة، القرار المرقم 99/610 مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 2000،ص3083.

(3)حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق، قضية رقم 3/ إداري تخطيط /2012 بتاريخ 2012/5/2، المشاهدي، خليل، (2013).التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية. الجزء الثاني ، مكتبة صباح، بغداد، ص66.

وستتناول الدراسة فيما يلي أهم القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في المرحلة السابقة لإبرام العقد الإداري.

أولاً:القرارات الصادرة من الإدارة المتعلقة بالإجراءات الشكلية:-

تعد مرحلة الإجراءات الشكلية التي يمر فيها العقد الإداري مجالاً خصباً لتطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، وكان هذا واضحاً في باكورة أحكام مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص هذه النظرية في حكمه الصادر في قضية مارتن(Martin) عام 1905 سالفة الذكر، حيث قبل فيه الطعن ضد القرار الإداري بالتصريح بمنح إمتياز لإحدى شركات الترام بسبب عيب في الإجراءات الشكلية، ومنذ ذلك التاريخ إستقر إجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على قبول الطعن بالقرارات الإدارية التي تسهم في تكوين العقد، كالقرارات الصادرة بالترخيص أو بالموافقة على إجراء التعاقد [1].

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر نفس منحى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامها حيث قضت أن الإجراءات الشكلية التي تمهد بها الإدارة لإبرام العقد، والإجراءات الأخرى كوضع شروط المناقصة أو المزايدة وكافة القرارات الأخرى المتصلة بالعقد هي قرارات إدارية قابلة للإنفصال عن العقد وهي بمثابة قانون العقد فلم توضع لمصلحة أحد من المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء تركها، وإنما كان وضعها للمصلحة العامة ومن ثم أجاز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة.[2]

---

(1)الحنيطي، مارينا، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية. مرجع سابق، ص110.

(2) المحكمة الادارية العليا في مصر، الطعن رقم 236 لسنة 22ق، بتاريخ 1985/4/9 ص2314.

وفي الأردن إستقر القضاء الإداري فيه على أن القواعد والإجراءات التي تحكم إبرام العقود الإدارية لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية، وضعت لمصلحة الإدارة بحيث يمكنها أن تتحلل منها متى قررت أن الصالح العام يقتضي ذلك، بل على العكس فهي تعتبر قواعد وضعت لمصلحة الإدارة والأفراد على السواء، بحيث يترتب على مخالفة الإدارة لها في الإجراءات التي تتخذها الطعن فيها بدعوى الإلغاء وبهذا أخذت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة فقد قضت في حكم لها: (إن القواعد العامة في نظام اللوازم والتعهدات في الجامعة الأردنية رقم(80) لسنة 1978 تعتبر إختصاص الإدارة في المناقصة إختصاصاً مقيداً يجري على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء، وبقصد كفالة إحترام مبدأ المساواة بين المناقصين،.... وإن قيامها بالإجراءات سالفة الذكر خلافاً للأحكام الواردة في الفقرة(ج) من المادة(18) من نظام اللوازم والتعهدات في الجامعة، يجعل قرار الإحالة مستنداً الى إجراءات غير قانونية مما يتعين إلغاؤه). [1]

وفي العراق سايرت محكمة القضاء الإداري فيه القضاء الإداري الفرنسي والمصري والأردني بتطبيق النظرية في القرارات والإجراءات الشكلية السابقة للتعاقد فقد قضت في حكمها(إن عدم مراعاة القواعد القانونية الخاصة بعملية المزايدة، والتي ورد عليها النص في قانون بيع وإيجار أموال الدول رقم(32) لسنة 1986 يؤدي الى مخالفة الإدارة للإجراءات القانونية الواجبة الإتباع من قبلها، ومن ثم

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 86/42، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1987، ص1477.

فقد كان القرار الإداري الصادر بإرساء المزايدة مشوباً بعيب الشكل عند إصداره من الجهة المختصة والذي يوجب إلغاء ذلك القرار) [1]

ثانياً: القرارات المتعلقة بالمدد القانونية التي حددتها الأنظمة لتقديم العطاءات:

إن تحديد مدة زمنية كافية لإستلام العطاءات من قبل اللجنة المختصة بذلك، إنما هدفه إعطاء الوقت الكافي لكل من يرغب في التقديم للمناقصة أو المزايدة، ولذا كان لزاماً على كل مناقص أن يودع عطاءه قبل إنتهاء الموعد المحدد لذلك، وإلا يؤدي ذلك إلى إهمال عطائه وعدم النظر فيه، وهذا يعني سقوط حقه في الإشتراك بالمزايدة أو المناقصة.

وهذا ما أخذ به القضاء الاداري المصري فيما يخص إستبعاد بعض العطاءات المقدمة في عملية تعاقدية وذلك لورودها بعد الميعاد أي بعد إنتهاء المدة المحددة لذلك، وأن القرار المتخذ بإستبعاد العطاء هنا يخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن ضده بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة[2].

كما إستقر إجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية السابقة على ذلك حيث قضت في أحد أحكامها(أن المنع الوارد في الفقرة (ح) من المادة السادسة من نظام اللوازم رقم 106 لسنة 1974 بعدم قبول العروض التي ترد متأخرة إنما هو لفرض عدم جواز قبول العرض المتأخر أو مقارنته بالعروض الأخرى المقدمة ضمن المدة وإحالة العطاء على صاحب العرض المتأخر) [3]

---

(1) حكم محكمة القضاء الاداري في العراق، القضية رقم 121/ قضاء اداري/ 1990/11/28 غير منشور.

(2) حكم محكمة القضاء الاداري في مصر بتاريخ 1957/4/21، قضية رقم 2946 لسنة 7ق مجموعة القضاء الاداري السنة 11، ص369.

(3) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 74/7، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1974، ص808.

كما أخذت بذلك المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية في العراق ومثال ذلك حكمها فيما يتعلق بإستبعاد العطاء المقدم من قبل شركة سما بغداد للمقاولات العامة المحدودة لمناقصة مشروع تنفيذ شبكة مجاري مياه ثقيلة ومياه أمطار لبناية محافظة ميسان الجديدة وذلك بسبب عدم تقديم العطاء والوثائق المطلوبة كالتأمينات اللازمة وبراءة الذمة في المدة القانونية المحددة لذلك [1].

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي كان على خلاف ذلك حيث قضى في حكمه الصادر في قضية شركات منشآت فرنسا بالسماح للإدارة بأن تجيز إستلام المستندات المتأخرة إذا ثبت أن التأخير يرجع إلى سبب خارج عن إرادة صاحب العطاء بإعتبار تلك المخالفة لا تفيد صاحبها بأي نفع مادي ولا تمس الأصول التي تكفل حياد عملية المناقصة. [2]

وبهذا الصدد يتفق الباحث مع ما أخذ به القضاء الإداري المصري والأردني والعراقي فيما يخص الإلتزام بالمدد القانونية المحددة في المناقصات والمزايدات، لأن هذه المدد وضعت بعناية لكي تحترم ويتم الإلتزام بها، كما أن فتح المجال للتأويلات والتفسيرات بخصوص هذه الجزئية قد تؤدي إلى الإلتفاف على القانون وإرتكاب مخالفات صريحة وذلك لأهمية موضوع طرح المناقصات والمزايدات لدى الإدارة.

ثالثاً: القرارات الخاصة بالحرمان والإستبعاد من المناقصة أو المزايدة:

قد تعمد الجهة الإدارية أحياناً إلى حرمان بعض الأشخاص من المتعهدين أو المقاولين من التقدم للمناقصة أو المزايدة وذلك لأسباب عدة، وهذه القرارات يجوز الطعن فيها بالإلغاء متى ما أسس

---

(1) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة المرقم 26/ إدارية تخطيط/2010 ، بتاريخ 2011/1/5، المشاهدي، خليل، (2013). التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة. الجزء الأول، مكتبة صباح، بغداد، ص11.

(2) نقلاً عن: الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق،ص310

الطعن على أسباب تتعلق بعدم المشروعية، والحرمان نوعان فهو إما حرمان جزائي يقع على الشخص لإرتكابه أخطاء جسيمة أو بسبب التنفيذ المعيب في مناقصة أو مزايدة سابقة، وإما أن يكون حرمان وقائي عندما تتوفر معلومات كافية لدى الإدارة بأن المتقدم للمناقصة أو المزايدة غير جدير بذلك، أي ليست لديه القدرة على الوفاء بإلتزاماته وتتخذ الإدارة قرارها في هذه الحالة لحماية المصلحة العامة، والحرمان بنوعيه الجزائي والوقائي يعتبر إجراءً شخصياً، ينصب على شخص معين بالذات طبيعياً كان أم معنوياً[1].

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يعتبر قرارات الحرمان من الأعمال التقديرية أو من أعمال السلطة الإدارية التي لا يجوز للقضاء أن يعقب عليها أياً كانت الظروف التي يصدر بمناسبتها قرار الحرمان، ولكنه عدل عن هذا الإتجاه بحكمه الصادر عام 1905 في قضية لسبيناس (Lespinasse) حيث قضى بإلغاء قرار حرمان أحد الموردين من التقدم لمناقصات وزارة الحربية لأن القرار استند إلى بواعث أجنبية عن إمكانات وقدرات المقاول[2].

وقد إستقر القضاء الإداري المصري على أن قرارات الحرمان من المناقصة أو المزايدة تخضع لرقابته وقبل الطعن فيها بالإلغاء متى صدرت مخالفة للصالح العام، ومثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر بتاريخ 1953/12/19 والذي أيدت فيه القرار الصادر بحرمان شخص من الإشتراك في المناقصة بسبب تنفيذ سيئ لمشروع سابق، كما أن قدرته الفنية والمالية محل شك كبير[3].

---

(1) عياد، أحمد عثمان، (1973). مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. دار النهضة العربية، القاهرة، ص152 وما بعدها.

(2)C.E, 4.5.1905, Lespinasse, Rec.p. 757

نقلا عن الدليمي، حبيب إبراهيم، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري. مرجع سابق، ص77

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 1857 لسنة 6ق، ص171.

كما أخذت بذلك محكمة العدل العليا الأردنية السابقة ومنها حكمها: (يعتبر قرار أمين عام سلطة المياه برفض تزويد المستدعية بنسخة من العطاء الذي دعى إليه المناقصون لتقديم عروضهم قراراً صادراً عن سلطة إدارية، أوضحت فيه عن إرادتها الملزمة بعدم بيع نسخة من أوراق العطاء للمستدعية، مما حرمها من تقديم عرضها كمقاول،...وقد قبلت الطعن فيه بالإلغاء بسبب إنحراف السلطة) [1].

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في العراق إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بحرمان بعض الأشخاص من الدخول في مزايدة علنية، على أساس قيامهم بإستغلال الحضور في المزايدة، والتأثير على نزاهة المزايدة بإستخدام الضغوط المنافية للنظام وقواعد القانون وإبتزاز عدد من المزايدين، وحيث لم يثبت للمحكمة ذلك، وهو السبب الموجب لمنعهم من مزاولة هذا العمل، وحيث أن المحكمة تجد أن من حق المواطن ممارسة العمل التجاري بكل السبل القانونية المتاحة والمشروعة، لذا فإن الإدارة تعتبر متعسفة في قرارها، ويكون أمرها مشوباً بعيب التعسف، الأمر الذي يوجب إلغاءه[2].

أما فيما يخص القرارات الخاصة بالإستبعاد فهي إجراءات إدارية توجه إلى العطاء بذاته ويطبق على حالة معينة بالذات، أي أنه إجراء موضوعي يلحق عطاءً معيناً وليس شخصاً من الأشخاص، وقد يكون سببه عدم إستيفاء العطاء أو مقدمه لشروط المناقصة أو الأوضاع التي نصت

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية السابقة، القرار 91/135، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1993، ص1113

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، القضية رقم 81/ قضاء إداري/1991 بتاريخ 1991/12/31 ،غير منشور.

عليها القوانين والأنظمة ومثال ذلك عدم إرفاق التأمينات الأولية مع العطاء، وهذه القرارات تعد من قبيل القرارات القابلة للإنفصال التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً[1].

وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرار الصادر بإستبعاد أحد العطاءات من المناقصة لوجود نزاع قضائي بين الإدارة وصاحب العطاء بالشكل الذي يجعل من قرار الإستبعاد مشوباً بعيب إنحراف السلطة[2].

أما القضاء الإداري المصري فقد قبل دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الخاصة بإستبعاد بعض العطاءات، لأن هذه القرارات تخضع لرقابته من حيث مشروعيتها، ومنها حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1969/3/8 والذي أيدت فيه إستبعاد العطاء المقدم لأنه لم يكن مصحوباً بالتأمينات القانونية[3].

وفي الأردن قضت محكمة العدل العليا السابقة في حكم لها بقبول الطعن المقدم من قبل مقدم العطاء للطعن بإلغاء قرار الإستبعاد لمخالفة عرض المناقص لشروط العطاء بسبب عدم إرفاقه كفالة مالية مع عرضه[4].

وقد أخذت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق نفس المنحى بصدد القرارات الصادرة بإستبعاد العطاءات، حيث قضت بأن الطعن المقدم من قبل شركة النداء العامة

---

(1)عياد، أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص161.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Rouveroux) بتاريخ 1911/7/28، نقلاً عن ساري، جورجي شفيق، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإدراي، مرجع سابق، ص89.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية 252، لسنة 14 ق، ص437.

(4) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 71/47، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1972، ص117.

بخصوص إستبعاد عطائها لعدم إرفاق التأمينات الأولية معه لاسند له من حكم القانون وواجب الرد لمخالفة العطاء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008[1].

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها الإدارية ومنها قرارات الحرمان أو الإستبعاد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ولكنها إذا سببت قراراتها متبرعة فيجب أن تكون تلك الأسباب سليمة من ناحية الواقع والقانون، وللقضاء سلطة الرقابة على هذه الأسباب، وبهذا قضت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة: (لا تلزم الإدارة بتسبيب قراراتها إلا إذا نص القانون صراحة على وجوب هذا التسبيب، ومع ذلك فيقتضى أن يقوم القرار على سبب يبرره في الواقع والقانون)[2].

مما سبق يستنتج الباحث أن القرارات الإدارية التي تصدرها الجهة الإدارية المختصة بحرمان بعض الأشخاص، أو إستبعاد بعض العطاءات يجب أن تكون مشروعة وفق المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المناقصات والمزايدات العامة، وإن أي خلل في ذلك يؤدي إلى إمكانية الطعن فيها بالإلغاء مما يترتب عليه إلغائها بسبب تعسف أو إنحراف السلطة.

رابعاً: القرارات الصادرة من لجنة فتح المظاريف:

بعد الإعلان عن المناقصة أو المزايدة، وتقديم العطاءات وإستلامها من قبل الجهة المختصة بذلك، فإن المرحلة اللاحقة لتلك الإجراءات هي مرحلة فتح المظاريف، ويتم ذلك عن طريق لجنة مشكلة خصيصاً لهذا الغرض، ويراعى في تشكيلها الجوانب القانونية والإدارية والفنية والمالية[3].

---

(1) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق بتاريخ 2011/10/5، رقم القرار 37/ إدارية تخطيط/ 2011، المشاهدي، خليل، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة. الجزء الأول، مرجع سابق، ص85.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 80/57، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر، 1981، ص1240.

(3) حمادة، محمد أنور، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية. مرجع سابق، ص44.

لذلك فإنه إذا ما صدر القرار الخاص بتشكيل اللجنة مخالفاً لما أوجبه القانون، فإنه لا يوجد ما يمنع من الطعن ضده بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري بإعتباره قراراً إدارياً قابلاً للإنفصال[1].

وتقوم لجنة فتح المظاريف بفتح الصندوق الذي يحتوي على مظاريف العطاءات، وفحص تلك العطاءات والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها، كما تقوم بإستبعاد العطاءات التي لم تستوفي الشروط المطلوبة، وبعد ذلك يكلف موظف بمراجعة العطاءات وإعداد كشوف بها[2].

وإذا كان الاصل أن دور هذه اللجنة هو دور إعدادي تتمتع فيه بإختصاص مقيد يقتصر على فحص العطاءات وتقديمها إلى لجنة تحليل وتدقيق العطاءات، إلا أنها تتمتع أحياناً بإختصاص نهائي تصدر خلاله العديد من القرارات الإدارية النهائية والتي تعد من قبيل القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، والتي يجوز الطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً أمام القضاء الإداري، وتلك القرارات تتمثل في إستبعاد أي عطاء لا يكون مستوفياً للشروط المطلوبة، كإستبعاد عرض المناقص لمخالفته شروط العطاء لعدم إرفاقه التأمين الخاص للدخول في العطاء، أو وجود شطب أو إضافة أو إلغاء في العطاء المقدم وأية مخالفة للإجراءات الشكلية المطلوبة[3].

وفي هذا الصدد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن في القرارات الصادرة من لجنة فتح العطاءات والخاصة بإستبعاد بعض العطاءات لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون فيها، وذلك لمراقبة شرعيتها[4].

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. مرجع سابق، ص104.

(2) الحلو، ماجد راغب. القانون الإداري. مرجع سابق، ص259.

(3) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص261.

(4)حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص111

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقبول الطعن بدعوى الإلغاء في القرار الصادر من لجنة فتح المظاريف والخاص بإستبعاد أحد المتقدمين للمناقصة لعدم إستيفائه للشروط المقررة، لإن مثل هذا القرار من شأنه أن يؤثر في المركز القانوني لصاحب العطاء المستبعد[1].

وبهذا الصدد قضت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة في أحد أحكامها بأنه: (يتضح من نص الفقرة (ب) من المادة السادسة من نظام مقاولات الأشغال العامة رقم (107) لسنة 1973، أنه يترتب على المقاول أن يرفق الكفالة بالعرض الذي يتقدم به وإن تخلف عن ذلك، تمتنع اللجنة عن النظر فيه تنفيذاً لهذا النص، ولا يرد القول أن الشكلية المقررة لمصلحة الإدارة لا تبيح للأفراد الإحتجاج بها توخياً لإلغاء القرارات الإدارية، إذ لا يجوز للجنة أن تخالف هذا النص) [2].

وفي العراق قضت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة برد الطعن المقدم من قبل شركة الرباط الكبير للمقاولات العامة المحدودة بخصوص قرار إستبعاد عطائها لمناقصة مشروع مجاري قضاء بلد في محافظة صلاح الدين رقم (4) لسنة2011 بسبب عدم إرفاق الشركة براءة ذمة نافذة مع العطاء وجاء في قرارها أن قرار اللجنة بإستبعاد العطاء صحيح ولا يوجد سبب يقدح في صحته لعدم مخالفته تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة (2008) [3].

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم 288، بتاريخ 1959/5/9، لسنة 4ق، ص1252.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 77/70، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1978، ص41.

(3) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق، رقم القرار 44/ إدارية تخطيط/2011، في 2011/11/30، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية، المشاهدي، خليل، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص10.

خامساً: القرارات الصادرة من لجنة البت في العطاءات:

بعد إنتهاء لجنة فتح المظاريف وفحص العطاءات من عملها المحدد، فإن عليها إحالة العطاءات ومرفقاتها إلى لجنة تدقيق وتحليل العطاءات (لجنة البت في العطاءات) بموجب محضر مفصل بذلك[1].

وتشكل اللجنة بقرار من السلطة المختصة، وتعتبر القرارات الإدارية المتخذة من قبلها بصفة نهائية قرارات إدارية قابلة للإنفصال بالشكل الذي يسمح بالطعن فيها بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، إذا ما شابها عيب من العيوب التي تجيز تقديم ذلك الطعن[2].

وتقوم هذه اللجنة بإتخاذ ما يلزم من الإجراءات لإختيار أفضل المناقصين وفقاً لأحكام القانون، حيث تبدأ عملها بالتأكد من مطابقة كشوف العطاءات وفحص العينات والفئات ومقارنتها مع بعضها وتقديم توصياتها بالعطاء المناسب[3].

كما أن إختصاصها في هذا الشأن مقيد تجري فيه على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء، بقصد كفالة إحترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعاً، وقرار لجنة البت بإرساءالمناقصة ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل إنه ليس إلا إجراءً تمهيدياً في عملية التعاقد الإداري المركبة[4].

وإن أهم قرار تصدره هذه اللجنة هو قرار إرساءالمناقصة على صاحب أفضل عطاء مقدم من حيث الشروط وكونه أقل سعراً من العطاءات الأخرى، وهذا القرار يعد من قبيل القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد، ويسمح الطعن فيه بالإلغاء إذا ما صدر بصورة غير مشروعة[5].

---

(1) الجبوري، محمود خلف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص60.

(2) خليل، أشرف محمد،(2010). نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص102.

(3) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية. مرجع سابق، ص310

(4) الحلو، ماجد راغب، القانون الإداري. مرجع سابق، ص260

(5) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة. مرجع سابق، ص112

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بإلغاء القرار الصادر من لجنة البت في العطاءات والخاص بإرساءالمناقصة متى ما صدر مخالفاً للقانون[1].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بإعتبار قرارات لجنة البت في العطاءات من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، الأمر الذي يمنح صاحب العطاء المرفوض الحق في الطعن بإلغاء قرارها المتضمن رفض عطائه[2].

وفي العراق قضت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة بإلغاء قرار الإحالة الصادر من لجنة تحليل العطاءات في محافظة ميسان والخاص بإحالة مناقصة مشروع إنشاء مجمع سكني إلى شركة المولى وشركة الرمح للمقاولات لأن قرار الإحالة المطعون فيه واجب الإلغاء لما فيه من العيوب والأخطاء القانونية والفنية وإعادة الإعلان عن المناقصة المذكورة مجدداً[3].

أما فيما يخص القضاء الإداري الأردني فيجب هنا التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان قرار لجنة البت في العطاءات خاضعاً لتصديق جهة إدارية أعلى، ففي هذه الحالة لا يعدو قرارها إلا أن يكون إجراءً تمهيدياً في العملية التعاقدية المركبة، ولا يعد قرار الإحالة الصادر من اللجنة المذكورة قراراً إدارياً نهائياً يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء ، وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية السابقة بأنه : (إعادة طرح العطاء ثانية لإمتناع الوزير عن المصادقة

---

(1)الزبيدي، شاكر،(2007). القرارات الإدارية القابلة للإنفصال. رسالة ماجستير، جامعة النهرين، بغداد، ص32.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 3448، لسنة 13 ق، بتاريخ 1993/1/31، ص325

(3) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة، رقم القرار 5/إدارية تخطيط/2012 في 2012/12/29 المشاهدي، خليل: التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص48-49

على قرار إحالة العطاء هو إجراء طبيعي، ولا يعتبر قرار الإحالة نهائياً إلا إذا إقترن بمصادقة الوزير عملاً بالمادة (18/ب) من نظام اللوازم رقم (32) لسنة 1993[1].

الحالة الثانية: يعتبر فيها قرار الإحالة الصادر عن لجنة البت في العطاءات قراراً إدارياً نهائياً، يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء إذا منح القانون اللجنة سلطة إحالة العطاء بإعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل، وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا السابقة في حكم لها بأنه: (يعتبر قرار لجنة العطاءات الخاصة بالخطوط الجوية الملكية الأردنية المتضمن إحالة العطاء موضوع الدعوى، قراراً إدارياً تتوافر فيه خصائص القرارات الإدارية ومن شأنه التأثير على مركز المستدعية،...)[2].

مما سبق يستنتج الباحث أن القضاء الإداري الفرنسي قد طبق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال بشكل واضح في المرحلة السابقة لإبرام العقد في المناقصات والمزايدات وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري والأردني والعراقي.

المطلب الثاني

القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في غير المناقصات والمزايدات

بالرغم من أن أغلب العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة تكون عن طريق المناقصات او المزايدات، إلا أن هذا لا يعني أنها الطريقة الوحيدة لإبرام تلك العقود، وإن كانت هي أفضل الطرق في ذلك، إذ قد تتبع الإدارة طرقاً أخرى عند إبرام عقودها لتجنب مشاكل عديدة منها بطء عملية التعاقد

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 95/398، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1997، ص673.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 95/365، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر1997، ص1015

الإداري عن طريق المزايدات والمناقصات، أو عندما ينصب موضوع العقد على مواد تحتكرها إحدى الشركات، أو عندما يكون رأس المال اللازم للتنفيذ لا يملكه إلا مقاول واحد[1].

وهذا يعني أن أهمية العقد المبرم أو نوعية العمل المراد القيام به أو الإستعجال في القيام بذلك العمل هي التي تدفع الإدارة إلى إتباع طرق أخرى كالتعاقد بطريق الإتفاق المباشر أو التعاقد بطريق الممارسة[2].

وعادة ما تتخذ الإدارة عند اتباع تلك الطرق العديد من القرارات الإدارية، والتي تعد من قبيل القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري، بالشكل الذي يسمح بالطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

إن التعاقد بطريقة الممارسة أو الإتفاق المباشر يكون بقرار من السلطة المختصة التي تصدر قراراً بتشكيل اللجنة برئاسة أحد المسؤولين وعضوية عناصر ذات كفاءة فنية ومالية وقانونية، وقرار

---

(1) الجبوري، محمود، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص84.

(2) الممارسة أو المفاوضة والتلزيم: هي طريقة من طرق تنفيذ الأشغال الحكومية يتم بمقتضاها دعوة عدد من المقاولين أو الموردين لتقديم عروضهم في مشروع معين ومفاوضتهم علناً في جلسة واحدة وإختيار أفضل العروض من بينها.
الإتفاق أو الشراء المباشر: وهي طريقة أخرى من طرق تنفيذ الأشغال الحكومية تقوم من خلالها الإدارة بإختيار المتعاقد معها مباشرة دون مفاوضات.
وتستخدم تلك الطريقتين من قبل الإدارة في حالات إستثنائية نصت عليها القوانين والأنظمة وفرضت العديد من القيود لتطبيقها ولمزيد من التفاصيل أنظر البنا، عاطف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص152-165، خليفه، عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص168-183.، القبيلات، حمدي، (2010). القانون الإداري. الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ص131-134، كنعان، نواف، القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص344-346.

تشكيل اللجنة يعد أيضاً من قبيل القرارات القابلة للإنفصال عن عملية التعاقد الإداري، ويجوز الطعن فيه بالإلغاء عند صدوره بصورة غير مشروعة[1].

حيث تبدأ عملية إبرام العقد الإداري من خلال إتباع الطرق الآنفة الذكر بالمشاورات التي تجريها الهيئات الإدارية حول موضوع العقد، وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي طعون الإلغاء ضد المشاورات الدائرة داخل الهيئات الإدارية العامة، لأنها تعد من قبيل القرارات الإدارية السابقة لعملية التعاقد الإداري، ومن ذلك قبول مجلس الدولة الفرنسي لطعون الإلغاء ضد مشاورات المجلس العام والمتعلقة بامتياز خطوط الحافلات الكهربائية[2].

ولقد سار القضاء الإداري المصري على ذات المسلك السابق والمستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث حكمت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: (الإتفاق بطريق مباشر يعد قراراً إدارياً من حيث كونه إذناً بالتعاقد، والقرار الصادر بإبرام العقد من غير شك يعد قراراً إدارياً، وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساءالمناقصة من حيث إنفصاله عن العملية التعاقدية، ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً، لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة) [3].

ومن خلال البحث في الموضوع لم يجد الباحث ما يشير إلى أن القضاء الإداري الأردني والعراقي قد تطرقا للقرارات الإدارية الصادرة في غير المناقصات والمزايدات، ومن وجهة نظر الباحث

---

(1) الحلو، ماجد راغب، القانون الإداري، مرجع سابق، ص87.

(2) الزبيدي، شاكر، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، مرجع سابق، ص65.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 329 لسنة 14 ق، بتاريخ 1963/4/21، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في (5) سنوات 1961-1966، ص188

فإن هذا لا يمنع من القول بإمكانية قبول المحاكم المختصة لدعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ضمن إجراءات إبرام العقد الإداري بطريقة الممارسة أو الإتفاق المباشر، قياساً على قبول المحكمة لدعاوي الإلغاء ضد القرارات الصادرة قبل إبرام العقد في المناقصات أو المزايدات، شرط ألا تكون تلك التصرفات من الأعمال التحضيرية أو كإجراءات داخلية للإدارة.

في ضوء ما تقدم يرى الباحث أن المرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري تعد مجالاً خصباً لإعمال نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، لكن يجب في هذا المقام مراعاة التفرقة بين مجرد الأعمال التحضيرية وبين القرارات الإدارية، فالإدارة خلال هذه المرحلة تقوم بتصرفات عديدة لا ترقى إلى مرتبة القرار الإداري، ومثال ذلك الآراء الإستشارية التي تسبق تحرير العقد، كما تقوم الإدارة في ذات المرحلة بعدة تصرفات قانونية أخرى تحمل مقومات القرار الإداري، أي أنه يجب النظر إلى كل تصرف تقوم به الإدارة على حدة، فإذا كان صادراً عنها ومعبراً عن إرادتها المنفردة ومن شأنه إحداث أثر قانوني معين، ففي هذه الحالة يعد قراراً إدارياً يقبل الطعن عليه بالإلغاء بسبب عدم المشروعية إعمالاً لنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال.

المبحث الثاني

تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد:

لا يعد قرار لجنة البت في العطاءات القرار الأخير أو الخطوة النهائية في عملية التعاقد الإداري، فهو لا يعدو كونه إجراءً تمهيدياً ينتهي به عمل تلك اللجنة بتحديد أصلح العطاءات عن طريق إختيار المناقص الذي تقدم بأقل سعر ثم يتبعه إجراء لاحق يتمثل في إعتماد السلطة المختصة لذلك الإختيار، فهى التي تملك دون غيرها إبرام العقد نهائياً ويعد قرارها في هذا الشأن هو القبول النهائي للعقد[1].

وبهذا الصدد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر بأنه:" ومن حيث أنه على هدى ما تقدم لا يمكن القول بإعتبار قرار لجنة البت بإرساءالمناقصة أو المزايدة بمثابة القبول في العقود، ويؤدي ذلك إلى إتمام التعاقد مع صاحب العطاء الذي إختارته اللجنة، إذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساءالمناقصة من قبل الجهة الإدارية المختصة وإبرام العقد الإداري،....والقول بخلاف ذلك بأن قرار لجنة البت هو بمثابة القبول في العقود هو قول لا يتفق مع نصوص القانون) [2].

لذا فإن الخطوة التالية بعد إرساءالمناقصة أو المزايدة هي المصادقة من قبل الجهة الإدارية المختصة، ومن ثم إبرام العقد الإداري، وهذا يعني أن الجهة المختصة إما أن تعمد إلى التصديق على

---

(1) جعفر، محمد أنس. العقود الإدارية. مرجع سابق، ص144

(2) نقلاً عن: الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص305.

القرار الصادر بالإحالة الأولية وبالتالي إبرام العقد الإداري، أو ترفض التصديق عليه وبالتالي رفض إبرام العقد الإداري.

ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: القرار الصادر بإبرام العقد في المناقصات والمزايدات.
- المطلب الثاني: القرار الصادر برفض إبرام العقد في المناقصات والمزايدات.
- المطلب الثالث: القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد في غير المناقصات والمزايدات.

المطلب الأول

القرار الصادر بإبرام العقد في المناقصات والمزايدات

كان القضاء الإدراي الفرنسي ولفترة طويلة يأخذ بنظرية عدم فصل القرارات التمهيدية عن العقد، ولكن في بداية القرن العشرين قام بتحديد إختصاصات قاضي الإلغاء لتشمل القرار الصادر بإبرام العقد، وبناءً عليه فإن إعتماد قرار إرساءالمناقصة هو الإفصاح عن إرادة الإدارة في إبرام العقد، وبالتالي هو الذي ينشئ الرابطة التعاقدية بتلاقي رضا الجهة المختصة بإبرام العقد مع رضا المناقص الذي أعلنه عند تقديم عطائه[1].

وتتمتع الإدارة بصلاحية تقديرية بالمصادقة على قرار إرساءالمناقصة وبالتالي إبرام العقد أو رفضه، وقد إعترف مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحق ليوازن به مبدأ آلية إرساءالمناقصة، فإذا كانت

(1) الحنيطي، مارينا، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص122.

الإدارة ملزمة بالتعاقد مع من رست عليه المناقصة، فإنها تملك أن لا تتعاقد إطلاقاً، حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك[1].

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في العديد من أحكامه حيث قبل الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري الصادر بإبرام العقد من قبل الجهة الإدارية المختصة بسبب عدم المشروعية[2].

ولقد سار القضاء الإداري المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي في هذه المسألة في العديد من الأحكام القضائية حيث حكمت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: (طلب المدعي إلغاء قرار صدر من مصلحة الأملاك بإعتماد رسو مزاد على المدعى عليهما، بناءً على أن هذا القرار قد خالف القاعدة التنظيمية التي قررها مجلس الوزراء،....فإن طلبه والحالة هذه يكون متعلقاً بإلغاء قرار إداري صادر عن جانب واحد هو جهة الإدارة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح، محدثاً أثره القانوني في الجانب الإداري من تلك العملية المركبة، وبهذه المثابة تختص محكمة القضاء الإداري بنظره) [3].

كما أخذت محكمة العدل العليا السابقة الأردنية بذلك حيث قبلت الطعن بالإلغاء ضد قرارات إبرام العقد الإداري إستقلالاً عن العقد ذاته، ومنها قبول الطعن بالإلغاء المقدم من قبل المستدعي

---

(1)الطماوي، سليمان، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973، ص326

(2)C. E, 17– octobre, 1980, Gaillard, Rex, p.378.

نقلاً عن: الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص90.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 143 لسنة 1 ق، بتاريخ 1947/11/25، مجموعة أحكام القضاء الإداري، س1، ص237.

بالقرار الصادر عن مجلس الأوقاف المتضمن إعتماد إحالة عطاء إنشاء مبنى لوزارة الأوقاف في جبل عمان على شركة الإعمار[1].

كما قضت في حكم لها بأنه: (إن نظام اللوازم يوجب تصديق قرارات لجنة العطاءات من قبل الوزير المختص حتى تصبح نافذة، ولا يوجد نص يوجب على الوزير تصديق قرار لجنة العطاءات في أية حالة من الحالات حتى ولو أحالت اللجنة العطاء على مقدم أرخص الأسعار، لأن موافقة الوزير هي مرحلة من مراحل الإحالة، ومعلوم أن حرية التعاقد منوطة بتوافق إرادتي المتعاقدين فإن لم يقبل أحدهما أثناء التفاوض إبرام العقد، فإنه لا يلزم على التعاقد مع من لا يريد التعاقد معه إعمالاً لحرية التعاقد) [2].

أما في العراق فقد أكدت محكمة التمييز على مبدأ المصادقة على الإحالة حيث قضت في حكم لها بأنه: (المزايدة التي تجريها الجهات الحكومية لا تكون نهائية ما لم يصادق على الإحالة رئيس الدائرة المختصة) [3].

كما قضت بذلك محكمة القضاء الإداري في العراق في حكم لها بأنه: (المصادقة على إحالة العطاء تعود لسلطة الوزير التقديرية رغم توافر الشروط المطلوبة للإشتراك في المناقصة، ورسوها على المدعية مما لا يصح معه إلزام المدعى عليه بالمصادقة) [4].

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة بتاريخ 1993/11/9، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1994، ص95.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 82/6، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1982، ص956.

(3) حكم محكمة التمييز في العراق، رقم القضية 1104/ إدارية ثانية/ 1982، غير منشور.

(4) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، رقم القضية 22/ إداري/1993، بتاريخ 1993/7/25، غير منشور.

وبهذا قضت المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق حيث قبلت النظر بالطعن المقدم من قبل شركة سارية الجنوب بخصوص إبرام العقد لمناقصة تطوير مستودع الدورة النفطي مع شركة أخرى وقضت المحكمة برد الطعن لمراعاة إبرام العقد التطبيق السليم لأحكام قانون العقود العامة الحكومية رقم (87) لسنة 2004 وتعليمات تنفيذه رقم (1) لسنة 2008[1].

وإذا كان الأصل في أن إعتماد المناقصة أو المزايدة والمصادقة عليه تتم بقرار إداري صريح يصدر من الجهة المختصة بذلك، إلا أن هذا لا يمنع من إتمام عملية التصديق بصورة ضمنية دون أن يتطلب الأمر إصدار مثل ذلك القرار، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه ومنها حكمه الصادر عام 1952 والذي ورد فيه أن (الإعتماد الضمني الذي قد يستخلص من قرار المجلس البلدي لا يمكن أن ينصرف إلى عقد إلتزام، إذا كانت المناقشة قد انصبت على مجرد عقد إداري.....) [2].

وهذا يعني أنه لا يوجد ما يمنع من إفتراض أن الإدارة قد أصدرت قرارا إدارياً ضمنياً بالتصديق على الإحالة الأولية، ويتم ذلك في حالات معينة منها أن يطلب ممن رست عليه المناقصة أن يقدم التأمينات النهائية، أو القيام ببعض الإجراءات اللازمة لتنفيذ العقد[3].

بناءً على ذلك فقد ألزمت المادة (18) من نظام الاشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986 في الأردن لجنة البت في العطاءات بإرسال تنسيباتها للجهات المختصة بالتصديق خلال سبعة أيام من

---

(1) حكم المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق، رقم القرار 46/ إدارية تخطيط/ 2011 بتاريخ 2011/12/14، المشاهدي، خليل، التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص15-16.

(2) عياد، أحمد عثمان. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. مرجع سابق، ص173.

(3) الجبوري، محمود خلف، العقود الإدارية، مرجع سابق،ص88.

تاريخ صدورها، وعلى الجهات المختصة إصدار قرارها بشأن العطاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وروده اليها، وإذا لم تصدر تلك الجهات قرارها بالتصديق أو رفض التصديق خلال تلك المدة، أعتبر قرار لجنة البت في العطاءات مصدقاً[1].

إلا أن العقد في جميع الأحوال لا يعتبر لازماً في القضاء الأردني إلا إذا وقع عليه الطرفان، والذي يتم تنظيمه بعد صدور القرار بإحالة العطاء[2].

ومع ذلك فقد عارض جانب من الفقه إمكانية حصول التصديق الضمني للإحالة الأولية على أساس أن قرار إبرام العقد لابد أن يصدر بصورة صريحة على إعتبار أنه منشئ للرابطة التعاقدية بين الطرفين[3].

ويتفق الباحث مع ما أخذ به المشرع الفرنسي والتشريعات الأخرى بخصوص إمكانية حصول التصديق الضمني لأن ذلك يتفق مع المبادئ العامة المستقرة في هذا الخصوص، حيث أن الأصل أن تصدر القرارات الإدارية بصورة صحيحة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من إصدارها بصورة ضمنية، سواء صدرت تلك القرارات في المرحلة السابقة لإبرام العقد أو في المرحلة المعاصرة له.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1911 قد ميز بين العقد نفسه أي تبادل التعبير عن إرادة الإدارة وإرادة الطرف الآخر وبين القرار الإداري الضمني أو الإفتراضي الذي يسبق هذا الإبرام، حيث علق الفقيه هوريو على حكم مجلس الدولة آنذاك بقوله:(عندما يبرم العمدة

---

(1) المادة (18) من نظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد 3439 بتاريخ 1986/12/1.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 62/40، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1962، ص841.

(3) عياد، أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص174.

عقد قانون خاص، فإن الأمور تسير كما لو كان قد إتخذ قراراً مسبقاً يعلن بواسطته على الكافة عن أنه سيقوم بإبرام العقد،.....، وهذا القرار الإداري الضمني يسبق العقد ويقبل الإنفصال عنه) [1].

وقد أخذ بذلك القضاء الإداري المصري، وهذا المنهاج في تحليل عملية إبرام العقد يتسم بكثير من الدقة والصعوبة، حيث يتم التفرقة بين القرار الذي بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد وبين العقد نفسه، مع أنه في الحقيقة لا يوجد سوى عمل قانوني واحد، حيث لا يرى في العقد عملاً تبادلياً يتم بإتفاق إرادتين متطابقتين، وإنما يحلل إبرام العقد إلى إعلانين متوازيين صادرين عن إرادتين منفردتين، وإنه بالتالي يمكن توجيه الطعن بالإلغاء ضد أحدهما وهو الإعلان الصادر عن إرادة الإدارة[2].

المطلب الثاني

القرار الصادر برفض إبرام العقد في المناقصات والمزايدات.

إذا كان التوقيع على العقد الإداري بصورة عامة يستلزم إصدار قرار إداري سواء صدر الأخير بصورة صريحة أو ضمنية، فإن رفض التوقيع على ذلك العقد يتطلب أيضاً صدور قرار إداري بذلك، والذي يمكن أن يصدر بشكل صريح أو ضمني أيضاً، ويعد هذا القرار من القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري، إذ لا يوجد ما يمنع من الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري[3].

والقاعدة العامة تنص على أن للإدارة حرية التقدير فيما يتعلق بإبرام العقد من عدمه، كما أن لها أن تتخير الزمان والظرف المناسب لذلك، إلا أنه أحياناً قد تكون الإدارة ملزمة بإبرام عقد من العقود

---

(1) سويدات، وسيم، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص70.

(2) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص105-106.

(3) الطبطبائي، عادل، (1987). الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الحادية عشر، العدد الثالث، ص29.

ولكنها تمتنع عن ذلك، وتجري التفرقة في هذا الصدد بين مجرد الترخيص الذي يصدر من مجلس محلي مثلاً للجهاز التنفيذي التابع له بإبرام العقد، وبين القرار الذي يصدره المجلس بالإبرام، ففي الحالة الأولى يكون للجهاز التنفيذي حرية التقدير في إبرام العقد من عدمه، أما في الحالة الثانية عندما يصدر قرار بإبرام العقد من قبل المجلس المحلي فإن الإمتناع عن تنفيذ هذا القرار يكون قراراً سلبياً غير مشروع ويجوز الطعن فيه بالإلغاء [1].

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري فيما يتعلق بالقرارات الصادرة برفض إبرام التعاقد حيث جاء في حكم له: (أنه قبل الطعن بالإلغاء ضد قرار العمدة برفض إبرام العقد خلافاً لما إستقر عليه المجلس البلدي في مداولاته مقرراً أن رفض طلب السيد (Tondut) من العمدة بمنحه إمتيازاً جديداً بتوزيع المياه رغم قرار المجلس البلدي، فيكون مقبولاً أن يرفع الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة ضد القرار الضمني الذي رفض فيه العمدة إجابته لطلبه) [2].

كما قبلت محكمة القضاء الإداري في مصر الطعن بالإلغاء ضد القرارات الصادرة برفض إبرام العقد على أساس أنها مستقلة عن عملية التعاقد ذاتها[3]، وفي حكم آخر لها قبلت المحكمة الطعن بإلغاء قرار مصلحة الأملاك بعدم إبرام عقد البيع الصادر إلى المدعي لأن الدعوى تنصب على قرار

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص106.

(2)C.E, 6– Mai, 1931, Tondut, Rec, p. 478.

نقلاً عن: سويدات، وسيم، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص72.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، قضية رقم 155 لسنة 12ق، بتاريخ 1962/5/27، مجموعة السنوات الخمس، مرجع سابق، ص89.

إداري، مما يجوز للأفراد الطعن فيه أمام المحكمة، حيث أن الطعن يتعلق بمشروعية القرار الصادر من مصلحة الأملاك بالعدول عن قرار بيع الأرض للمدعي وهو بلا شك قرار إداري[1].

ولقد إستقر قضاء محكمة العدل العليا الأردنية السابقة على أن القرار الصادر برفض إبرام العقد الإداري يعد قراراً إدارياً قابلاً للإنفصال عن العقد الإداري، وبالتالي يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء، حيث قبلت المحكمة الطعن بالإلغاء الموجه من قبل المستدعي ضد قرار رفض إبرام عقد إشراف على مكتبة جامعة اليرموك معه وإبرامه مع شخص آخر[2].

وفي العراق عمدت محكمة القضاء الإداري إلى إلغاء القرار الإداري الصادر من الجهة المختصة بإبرام العقد والمتضمن رفض الإدارة التصديق على قرار الإرساء للمزايدة التي تمت لغرض بيع إحدى الدور العائدة لها، بعد ما تبين للمحكمة أن القرار الإداري الصادر بالرفض قد صدر نتيجة خطأ في تطبيق أحكام القانون، والذي يعد سبباً من أسباب الطعن أمام محكمة القضاء الإداري[3].

وأخيراً تجدر الإشارة هنا إلى أن الجهة المختصة بإبرام العقد لا تستطيع تصحيح أو تعديل نتيجة المناقصة التي تمت وفقاً للقانون، إذا أن مثل هذه السلطة تتعارض مع المبادئ الأساسية لنظرية المناقصات العامة وعلى الأخص مبدأ آلية الإرساء، فلكي يكون القبول صحيحاً يجب أن يتطابق مع الإيجاب مطابقة تامة دون أي نقص أو تعديل[4].

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 361 لسنة 15 ق، بتاريخ 1962/7/3، مجموعة السنوات الخمس، مرجع سابق، ص109.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم (98/453)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، بتاريخ 1999/3/25، العدد 9، 10 السنة 47، لسنة 1999، ص2943.

(3)حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، القضية رقم 73/ قضاء إداري/ 1991، بتاريخ 1991/6/8، غير منشور.

(4) عبد الباسط، محمد فؤاد، القرار الإداري، مرجع سابق، ص354

هذا بالإضافة إلى أن تعديل نتيجة المناقصة قد يؤدي إلى إرسائها على مناقص آخر يكون في ذلك الوقت قد تحلل من إلتزامه بعطائه وذلك بمقتضى قرار الإرساء ذاته[1].

المطلب الثالث

القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد في غير المناقصات والمزايدات

لقد قبل القضاء الإداري طعون الإلغاء ضد القرارات الإدارية المعاصرة لعملية إبرام العقد الإداري في غير المناقصات والمزايدات، متبعاً في ذلك مسلكاً مشابهاً لما هو عليه الحال في المناقصات والمزايدات.

وفيما يخص القرارات الصادرة بإبرام العقد في غير المناقصات والمزايدات، فقد طور قضاء مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال فيما يتعلق بهذه الجزئية، وذلك بقبوله طعون الإلغاء ضد القرار الإداري الصادر بإبرام العقد بطريقة التعاقد المباشر من قبل الجهة الإدارية المختصة بذلك، بإعتبار أن ذلك القرار إنما يمثل قراراً إدارياً قابلاً للإنفصال عن العقد نفسه[2].

كما أخذ بذلك القضاء الإداري المصري وذلك في حكم محكمة القضاء الإداري والذي تم ذكره بشكل مفصل سابقاً والذي نص على أن القرارات الصادرة بإبرام العقد عن طريق التعاقد المباشر تقبل الإنفصال عن العقد نفسه بإعتبارها قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهةالإدارة[3]، قياساً على

---

(1)C.E. 27.2./1885, Laqnoile, rec. p. 235.

نقلاً عن: الحنيطي، مارينا، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص138.

(2)Delaubadere et Delvolve, Op. Cit, P. 1041.

نقلاً عن: الدليمي، حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للأفنصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص93.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 329، لسنة 14ق، بتاريخ 1963/4/21، مجموعة السنوات الخمس، مرجع سابق، ص188.

أساس أن القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً بقصد إحداث أثر قانوني معين[1].

أما بالنسبة للقرارات الصادرة برفض إبرام العقد في غير المناقصات والمزايدات، فقد قبل قضاء مجلس الدولة الفرنسي دعاوي الإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة برفض التوقيع على العقد، ومن ذلك حكمه بإلغاء القرار الإداري الصادر من أحد المجالس البلدية برفض إبرام عقد بيع الطاعن قطعة صغيرة من الأراضي العامة[2].

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى إلغاء القرار الإداري المتضمن عدم الموافقة على إبرام عقد البيع مع المدعي، لأن الدعوى تنصب على قرار إداري مما يجوز للأفراد الطعن فيه أمام المحكمة بسبب عدم المشروعية[3].

ويعتبر من قبيل القرارات الإدارية الصادرة برفض إبرام العقد هنا عدم إتباع الإدارة لما يلزمها به القانون من وجوب إتباع إسلوب معين عند التعاقد، كالقرار الصادر برفض التعاقد بأسلوب الممارسة أو الإتفاق المباشر والإلتجاء إلى أسلوب المزايدة أو المناقصة[4].

وتبعاً لذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري في العراق في حكم لها: (بإلغاء القرار الإداري الصادر برفض التعاقد مع المدعي مباشرة وبالأسعار السائدة، دون إجراء مزايدة بهذا المجال طالما أن

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية، 734 لسنة 7 ق، س10، ص135.

(2)De Lauhadere et Delvlve, Op. Cit, p,1042.

نقلاً عن: الدليمي حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص94.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 323 لسنة 12 ق، مجموعة السنوات الخمس، مرجع سابق، ص109.

(4) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص108.

القانون قد أوجب بذلك أحكام آمرة لا تجوز مخالفتها، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون ومشوباً بعيب موجب للطعن فيه) [1].

مما سبق يتضح للباحث بأن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد طبق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال على القرارات الصادرة في مرحلة إبرام العقد، وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري والأردني والعراقي من خلال الأحكام القضائية التي تم ذكرها آنفاً.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، القضية رقم 32/ قضاء إداري/ 1991، بتاريخ 1991/10/23، غير منشور.

المبحث الثالث

تطبيقات نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مرحلة تنفيذ العقد

إذا كانت القاعدة العامة في المرحلة السابقة لإبرام العقد ومرحلة إبرام العقد هي قبول فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العقد، فإن القاعدة العامة في مرحلة تنفيذ العقد هي عدم جواز إنفصال القرارات التي تصدر عن الإدارة أثناء تنفيذ العقد، ومن ثم عدم جواز الطعن عليها بالبطلان أو الإلغاء إستقلالاً عن العقد ذاته، فالعملية بكاملها وما يلحقها تدخل في إختصاص قاضي العقد وحده دون مشاركة من قاضي الإلغاء [1].

وعلى ذلك تتميز مرحلة إبرام العقد بكثرة القرارات القابلة للإنفصال عنها، بينما ترتبط القرارات الصادرة في المرحلة التنفيذية له في غالبيتها العظمى للعقد ولا تقبل الإنفصال عنه[2].

وعليه فإن القرارات الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد والإجراءات التي تتخذها الجهة الإدارية تخرج عن مجال قاضي الإلغاء ، حيث تمثل المجال الأصيل لإختصاص قاضي العقد، ومن أمثلة ذلك قرارات فسخ العقد التي تتخذها الإدارة من جانبها، وتلك المتعلقة بالأسعار والتعريفة أو المتعلقة بتعديل العقد أو تلك التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وبوجه عام كافة القرارات التي تهدف إلى حث المتعاقد على التنفيذ أو تهدف بها الإدارة إلى تعديل العقد أو إنهائه بالطريقة المنفردة[3].

---

(1) حشيش، عبد الحميد، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص37.

(2) فهمي، مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص313.

(3) السناري، محمد عبد العال،(1994). التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة. القاهرة، دار النهضة العربية، ص55 وما بعدها.

وعلة ذلك أن الغير في مرحلة إبرام العقد يعتبر ذا صفة في الطعن بالإلغاء بحكم أنه يطمح في التعاقد مع الإدارة وقد فاته ذلك، بينما يفقد هذه الصفة ويعتبر أجنبياً ليس له في مواجهة العقد قوة في الإلزام لإقتصار آثار العقود على عاقديها عملاً بقاعدة نسبية آثار العقد، فأطراف العقد هم أصحاب المصلحة في الطعن بالقرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ والتي تخالف في معظمها الشروط التعاقدية، والتي لا يمكن أن يبني عليها الطعن بالإلغاء ، وهذا ما إستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي سواء في أحكامه الحديثة أو القديمة على السواء[1].

إذا فالقاعدة المستقرة هنا هي عدم جواز فصل القرارات الإدارية الصادرة أثناء تنفيذ العقد الإداري لأنها تعتبر جزءً لا يتجزأ من العملية التعاقدية، وبالتالي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء إستقلالاً عن العقد ذاته[2]، ولكن قد ترد بعض الإستثناءات على هذه القاعدة العامة، فقد سمح كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري للمتعاقد مع الإدارة وللغير بالطعن في بعض الحالات.

وبناءً عليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول: القاعدة العامة عدم قابلية القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للإنفصال.
- المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة عدم قابلية القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للإنفصال.

---

(1) الحنيطي، مارينا، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص150.

(2) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص57.

المطلب الأول

القاعدة العامة عدم قابلية القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للإنفصال.

بناءً على ما سبق فالقاعدة العامة تعني عدم جواز إنفصال القرارات الصادرة عن الجهة الإدارية في مرحلة تنفيذ العقد، وبالتالي عدم جواز الطعن ضدها بالإلغاء إستقلالاً عن العملية التعاقدية، ولتفصيل أوضح سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول مضمون القاعدة العامة والفرع الثاني مبررات القاعدة العامة.

الفرع الأول:مضمون القاعدة العامة

لقد إستقرت أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم قبول طعون الإلغاء ضد القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد الإداري، حيث يتبع القضاء الإداري في هذه المرحلة المنهاج التركيبي بحيث ينظر للعملية العقدية كوحدة واحدة بالشكل الذي لا يسمح فيه بفصل القرارات الإدارية عنها، وبالتالي فإن كافة المنازعات التي تثار في هذه المرحلة تنظر من قبل قاضي العقد والذي يمارس بدوره رقابة قضائية على كافة القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد الإداري[1].

ولقد أكد القضاء الإداري الفرنسي على القاعدة السابقة في العديد من أحكامه، حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المتعلقة بالأسعار أو الرسوم أو المبالغ المستحقة للمقاول أو المتعلقة بالجزاءات المفروضة عليه عند إخلاله بشروط العقد[2].

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص38.

(2)C.E. 8, Mai, 1961.Societe immobilieve de Coueron. P. 1146.

نقلاً عن: الطبطبائي، عادل، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص32.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم آخر بأنه: (حيث أن النزاع الذي يدور حول تنفيذ العقود المبرمة بين المديرية وأحد الأفراد، فإنه يخضع بناءً على ذلك لإختصاص قاضي العقد)[1].

وما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي إعتنقه كذلك القضاء الإداري المصري، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بأنه: (كل ما يصدر عن الإدارة إستناداً إلى أحكام العقود التى تبرمها أو إجراءات تنفيذها، يخرج عن نطاق دعوى الإلغاء لتدخل في ولاية القضاء الكامل، وذلك لأن دعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة قواعد المشروعية بينما الإلتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي إلتزامات شخصية، وقرار فسخ العقد يقوم على إخلال المتعاقد بإلتزاماته التعاقدية ولا يعتبر من القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة بإعتبارها سلطة عامة، والتي تقبل الإنفصال عن العقد ومن ثم مخاصمتها بدعوى الإلغاء) [2].

كما قضت في حكم آخر لها بأنه: (إن القرارات التي تصدرها جهة الإدارة المتعاقدة لتنفيذ أحكام العقد، مثل القرار الصادر بتوقيع جزاء معين من الجزاءات التعاقدية كفسخ العقد، لا تعتبر تلك القرارات طبقاً لما يجري به قضاء هذه المحكمة من قرارات إدارية تدخل المنازعة بشأنها في نطاق قضاء الإلغاء ، بل هي إجراءات تعاقدية لا تخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً، وإنما تكون محلاً للطعن على أساس إستدعاء ولاية القضاء الكامل) [3].

---

(1)C.E.5- Junvier 1944, Saintard, p.3.

نقلاً عن: السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص58.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1994/3/22، رقم الطعن 1654 لسنة 36ق، ص147.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 2004/3/23، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من 2002-2004، الجزء الأول، ص846.

وقد أخذت بذلك محكمة العدل العليا السابقة في الأردن فجاء بحكم لها بأنه: (أما المرحلة الأخرى وهي المرحلة التنفيذية فتستقل بها الإجراءات، ويصبح أي نزاع في هذه المرحلة محكوماً بالعقد الذي يعقب المرحلة الأولى، وما يلحقه من قواعد قانونية ومبادئ إدارية وتكون المنازعة في هذه المرحلة في حقيقتها منازعة حقوقية حول تفسير العقد وحقوق أطرافه ومدى الإلتزام بشروطه، وحيث أن النزاع بين طرفي الطعن هو نزاع حول تنفيذ العقد المنبثق عن قرار الإحالة موضوع الدعوى، والمتمثل بأمر الشراء ومدى الإلتزام بشروطه وبمواصفات التوريد، حيث تدعي المستدعية بأن المواد التي وردتها مطابقة لشروط ومواصفات العطاء، في حين ينازع المستدعي ضدهم بذلك فيكون بالتالي النزاع في حقيقته نزاع مدني ينصب على مرحلة من مراحل تنفيذ العقد ويخرج من إختصاص محكمة العدل العليا ويدخل في إختصاص القضاء العادي) [1].

وفيما يخص القضاء الإداري العراقي فقد واكب ما هو مستقر في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والأردني بخصوص الموضوع، إذ رفضت محكمة القضاء الإداري في العراق قبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري الصادر في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، وعمدت إلى إحالة الدعوى إلى قاضي العقد (المحاكم المدنية) على إعتبار أن ذلك يدخل ضمن إختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن العقد بعد إبرامه[2].

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 99/610، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 2000، ص3083.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، رقم القضية 99/ قضاء إداري/ 1990، بتاريخ 1990/11/14، غير منشور.

الفرع الثاني: مبررات القاعدة العامة

لقد إجتهد فقهاء القانون في تبرير القاعدة العامة الآنفة الذكر وكانت آراؤهم كما يلي:

1. يرى الفقيه الفرنسي دي لوبادير أن القرارات الإدارية الصادرة من جهة الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد يصعب فصلها عن العقود المرتبطة بها، لأن العملية التعاقدية في مرحلة تنفيذ العقد تعتبر وحدة متماسكة لا يمكن تجزئتها بأي حال من الأحوال[1].
2. يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي بأن كافة القرارات الصادرة أثناء تنفيذ العقد الإداري، إنما تتخذ من الجهة الإدارية بصفتها جهة متعاقدة وإستناداً لسلطتها المستمدة من العقد نفسه، وكما هو معروف فإن القرارات الصادرة في هذه الحالة لا تعتبر مخالفة لمبدأ المشروعية إذا ما صدرت بشكل مناقض لنصوص العقد المبرم بين الطرفين، ومن ثم لا يجوز أن يطعن فيها بدعوى الإلغاء[2].
3. إن المبدأ المستقر في القانون الخاص، وهو أنه إذا توافر لشخص الحق في تحريك دعوى المسئولية العقدية ودعوى المسئولية غير العقدية فإن الأولى تجب الثانية ويلزم على الشخص سلوك طريق الدعوى العقدية[3].
4. إن الدفع بطريق الطعن المقابل أو الموازي والذي فقد صولجانه في مرحلة إنعقاد العقد، يعود مرة أخرى ليسترد مكانته في مرحلة التنفيذ، إذ أن للمتعاقد مع الإدارة حق الطعن بدعوى القضاء

---

(1) الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص110.

(2) الدليمي، حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص100.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، (2007). الوسيط في شرح القانون المدني. القاهرة، مؤسسة الأمل للطباعة والنشر، ص758.

الشامل أمام قاضي العقد بالنسبة للقرارات الإدارية الصادرة أثناء تنفيذ العقد، والتي تعد دعوى موازية تقف حائلاً ضد قبول دعوى الإلغاء ضد تلك القرارات[1].

بناءً على ما سبق يؤيد الباحث المبررات السالف ذكرها جميعاً والتي تبرر الأخذ بهذه القاعدة، حيث يمكن الإستناد اليها جميعاً في تبرير رفض قبول الطعن بالإلغاء على القرارات الصادرة عن الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، لأن كل مبرر منها يقدم جزءً من الحقيقة.

ولكن يرد على هذه القاعدة العامة قيد وحيد يتمثل في الطعون بالإلغاء المقدمة ضد القرارات التي تصدرها الإدارة بإعتبارها سلطة عامة وطنية وليس بإعتبارها جهة متعاقدة.

فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن القرارات الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري لا تقبل الإنفصال عنه، بالشكل الذي يسمح بالطعن فيها بالإلغاء ، إلا أن هناك قيد يرد على ذلك، ويرجع هذا القيد إلى أنه ليس كل قرار يصدر عن الإدارة بعد الإبرام النهائي للعقد ويؤثر في تنفيذه يكون من القرارات المتعلقة بالتنفيذ، إذ يعد من هذا القبيل فقط القرارات التي تتخذ تنفيذاً لنصوص العقد وفي إطاره، أي التي تتخذها الإدارة بصفتها شخصاً متعاقداً، أما غير ذلك من القرارات التي تتخذها الإدارة بناءً على سلطتها الخارجة عن العقد كسلطة عامة تخولها القوانين واللوائح حق إتخاذ قرارات وإجراءات معينة فتقبل الإنفصال عن العقد الإداري والطعن فيها بالإلغاء، ولقد سطر مجلس الدولة الفرنسي أول أحكامه بهذا الخصوص عام 1907 في قضية (Grandes) حيث فرق مفوض الدولة (Tradieu) بين القرارات التي تصدرها الإدارة بصفتها أحد أطراف العقد والتي لا تقبل الطعن عليها بالإلغاء، وتلك

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص39.

التـي اتخـذتها الإدارة إسـتناداً للقـوانين والأنظمـة بصـفتها سـلطة عامـة والتـي يمكـن أن يطعـن فيهـا بالإلغاء[1].

كما أخذت بذلك محكمة القضاء الإداري في مصر، حيث جاء في حكم لها بأنه: (إن طلب الإلغاء وبالتالي طلب وقف التنفيذ لا يرد إلا على القرار الإداري الذي تصدره جهة الإدارة مفصحة فيه عن إرادتها الملزمة إستناداً إلى السلطة التي خولتها إياها القوانين واللوائح، أما إذا كان الإجراء صادراً من جهة الإدارة إستناداً إلى نصوص العقد أو تنفيذاً له فإنه لا يعد قراراً إدارياً يرد عليه طلب الإلغاء أو وقف تنفيذه) [2].

وسارت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة على نفس النهج وأخذت بهذه التفرقة أيضاً، حيث قضت في أحد أحكامها: (إن صلاحية محكمة العدل العليا تنحصر بالنظر في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة إستناداً إلى سلطتها العامة المستمدة من القوانين والأنظمة، أما القرارات التي تصدرها تنفيذاً لشروط التعاقد، فإنها تدخل في نطاق العقود، وتكون محلاً للطعن أمام القضاء العادي)[3].

ولم يعثر الباحث على أي حكم للقضاء الإداري العراقي يدل على أخذه بالتفرقة بين القرارات المتخذه من قبل الإدارة بصفتها جهة متعاقدة أو بصفتها سلطة عامة، حيث أن كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بعد إبرامها تقع ضمن إختصاص القضاء العادي.

---

(1) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص219.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 166 لسنة 3ق، بتاريخ 1960/10/20، السنة13، ص87.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 78/22، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 2 سنة النشر 1979، ص149.

ومما هو جدير بالإضافة هنا أن القرارات الصادرة إستناداً للقوانين والأنظمة أي بصفتها سلطة عامة والتي تقبل الإنفصال عن العقد، يمكن الطعن فيها بالإلغاء سواء قدم الطعن من قبل الغير أو من قبل المتعاقد مع الإدارة، لأن الطعن المقدم بهذا الصدد إنما يعد من طعون الأفراد العادية، إذ أن تقديم الطعن من قبل المتعاقد في هذه الحالة لا يكون بصفته طرفاً في العقد، بل بصفته طرفاً عادياً تضرر من قرار إداري وقد عمد إلى الطعن فيه بالإلغاء ، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن إلغاء ذلك القرار يمكن أن يحدث أثراً بالنسبة لعقده مع الإدارة[1].

المطلب الثاني

الإستثناءات الواردة على قاعدة عدم قابلية القرارات الإدارية الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري للإنفصال

إذا كانت القاعدة العامة هي أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، إلا أن كلاً من مجلسي الدولة الفرنسي والمصري قد أجازا إستثناءً من القاعدة المشار إليها– للمتعاقد مع الإدارة وللغير– الطعن بالإلغاء في بعض القرارات الصادرة من الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، حيث يرد على القاعدة العامة المستقرة برفض قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من جهة الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد بعض الإستثناءات التي تلطف من حدة النظرية وتضعها في نطاقها السليم الذي حددته أحكام مجلسي الدولة الفرنسي والمصري[2].

ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

---

(1) وصفي، مصطفى كامل، (1978). أصول وإجراءات القضاء الإداري. عالم الكتب، القاهرة ، ص16.

(2) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص59.

- الفرع الأول: الإستثناءات الخاصة بغير المتعاقدين مع الإدارة
- الفرع الثاني: الإستثناءات الخاصة بالمتعاقدين مع الإدارة

الفرع الأول: الإستثناءات الخاصة بغير المتعاقدين مع الإدارة

لم يكن مجلس الدولة الفرنسي حتى عام 1964 يفرق بين طعون الإلغاء المقدمة من المتعاقدين وتلك المقدمة من الغير في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، وقد إستقرت أحكامه حتى هذا العام على رفض الطعون بالإلغاء المقدمة من الغير ضد القرارات الصادرة من الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد وذلك دون مغايره بين صفة الغير وصفة المتعاقدين[1].

ومن أحكامه في هذا الصدد الحكم الصادر عام 1952 والذي رفض بموجبه مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء المقدم من الغرفة النقابية (من الغير) ضد قرار متعلق بتنفيذ عقد مبرم بين الإدارة وأحد أعضائها حيث جاء فيه: (إن هذا القرار ليس قابلاً للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة حتى من جانب الغرفة النقابية) [2]، وبسبب إصطدام هذا المسلك مع مبادئ العدالة والإنصاف فيما يتعلق بوضع الغير، فقد اضطر مجلس الدولة الفرنسي إلى العدول عن الإتجاه السابق وذلك لأن الغير بعكس المتعاقد الذي يملك دعوى القضاء الكامل، فالغير لا يملك هذه الدعوى لأنه ليس طرفاً في العقد

---

(1) الشهاوي، عاطف محمد، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص342.

(2)C.E. 24- oct, 1952. Chamber syndicate de pindustrie de la bonneterie du sud- ouset et du Midi de la France, p. 465.

نقلاً عن: الحاجي، طه محمد، الطن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص113.

وبحرمانه أيضاً من قبول دعوى الإلغاء المقدمة منه يكون بذلك قد فقد وسائل الحماية القضائية لحقوقه التي قد تتأثر بالقرار المطعون في شرعيته[1].

وقد حصل هذا التحول في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر عام 1964، والذي قبل فيه المجلس الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر أثناء تنفيذ العقد والمقدم من قبل الغير عن العقد، كونه قد مس مصالحهم المالية وقرر المجلس في ذات الحكم وبصورة عامة: (أنه من الآن فصاعداً سوف يقبل من الغير أن يطعن أمام قاضي الإلغاء في جميع قرارات الإدارة سواء المتعلقة بإبرام العقد أو بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيتها، على أساس أن هذه القرارات تعتبر قرارات منفصلة عن العقد بالنسبة للغير[2].

وقد جاءت أحكام القضاء الإداري المصري مسايرة لما هو مستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إذ عمدت المحكمة الإدارية العليا فيه إلى قبول الطعن بالإلغاء المقدم من الغير (شركة القاهرة للنقل والسياحة) على إعتبارها من غير أطراف العقد ضد قرار صدر في مرحلة تنفيذ العقد[3].

وهناك أيضا إستثناءات أخرى على القاعدة العامة والخاصة بطعون الإلغاء المقدمة من غير المتعاقدين مع الإدارة، والتي سيتم تناولها بشكل مفصل تباعاً.

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص52.

(2)C.E. 24-Avril, 1964. Toulouse, Jurisprudence, p. 665.

نقلاً عن الدليمي، حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص102.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن 444 لسنة 7 ق، السنة 11، بتاريخ 1966/3/26، ص565.

أولاً: الطعون المقدمة من المنتفعين ضد القرارات المتعلقة بعقود إمتياز المرافق العامة:

عقد إمتياز المرافق العامة هو عقد إداري تعهد الإدارة بموجبه إلى أحد أشخاص القانون الخاص– فرداً كان أم شركة– على إدارة وتنظيم مرفق من المرافق العامة على نفقته ومسئوليته مدة محددة من الزمن لقاء رسم أو ثمن يتلقاه من المنتفعين مقابل ما يؤديه لهم من خدمات[1].

ولقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإمتياز، إلا أن الرأي الراجح[2] هو أنه عمل قانوني مركب يحتوي على نوعين من النصوص المحددة لعلاقة حامل الإمتياز مع الإدارة وهما:

- النصوص التعاقدية: وهي النصوص التي تتعلق بالحقوق والإلتزامات المتبادلة بين حامل الإمتياز ومانح الإمتياز، وتولد مركزاً ذاتياً لطرفيه، فهى غير ذات صلة بالغير ولا يمكن الإحتجاج بها في مواجهتهم إعمالاً لنسبية آثار العقد، وتتصل هذه النصوص بالجوانب المالية، ومدة الإمتياز وغيرها....
- النصوص التنظيمية: هي النصوص التي تتعلق بتنظيم المرفق وقواعد سيره وعلاقته بالجمهور والعاملين فيه، إذ أن هذه النصوص لا يقتصر أثرها على حامل الإمتياز فقط، بل تشمل المنتفعين من خدمات المرفق كذلك.

ومما لا شك فيه أن المنتفعين بالخدمات التي يؤديها المرفق العام، وإن كانوا من الغير بالنسبة لعقد إمتياز المرفق العام، إلا أن لهم مصلحة في أداء المرفق العام للخدمات المنوطة به بصفة منتظمة وعلى نحو يتفق مع ما نصت عليه وثيقة الإمتياز من ناحية ويتفق مع القانون من ناحية أخرى[3].

---

(1) الفياض، ابراهيم طه، (1988). القانون الإداري، نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن. مكتبة الفلاح، الكويت، ص185.

(2) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص108.

(3) البنا، محمود عاطف، (1992). الوسيط في القانون الإداري. دار الفكر العربي، القاهرة، ص523.

ويقوم المنتفعون بالطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بالتنفيذ إستقلالاً عن عقد الإمتياز في إحدى الحالتين الآتيتين[1]:

- الحالة الأولى: عندما تصدر الإدارة قراراً يتبين للمنتفع مخالفته للشروط اللائحية الواردة في وثيقة الإمتياز أو لأي قاعدة قانونية تمس حقوقه.
- الحالة الثانية: إذا خالف حامل الإمتياز في علاقته بالمنتفعين الشروط الواردة في وثيقة الإمتياز، فيلجأ المنتفعون إلى الإدارة مانحة الإمتياز طالبين منها التدخل لإجبار حامل الإمتياز على عدم مخالفة شروط الإمتياز، فإذا امتنعت الإدارة في هذه الحالة عن التدخل فإنها تكون قد أصدرت قراراً سلبياً بالرفض يجيز القضاء للمنتفعين الطعن فيه بالإلغاء.

وقد أصدر القضاء الإداري الفرنسي العديد من الأحكام التي أكدت المبادئ السابقة، ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي عام 1906، الذي قبل فيه الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري الصادر برفض الإدارة التدخل لإجبار حامل الإمتياز على إعادة خط النقل السابق والذي كان يمر بمنطقة المنتفعين مقدمي الطعن، وذلك لتضرر مصالحهم من صدور القرار السلبي بالرفض[2].

ولم يتطرق القضاء الإداري المصري إلى تطبيقات الموضوع بأحكام مباشرة، إلا أن جانباً من الفقه المصري يرى بإمكانية الأخذ بالأحكام السابقة في مصر، على الرغم من عدم تطرق القضاء لها، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيقها بإعتبارها تشكل تطبيقاً للمبادئ العامة بالنسبة لما يمكن أن يرد

---

(1) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص67-68.

(2)C. E. 21-dec. 1906, syndicate des proprietaires et contribuables du quartier croix de Egueytivole, p.59.

نقلاً عن: الشهاوي، عاطف محمد، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص358.

على القاعدة العامة من الإستثناءات بخصوص إمكانية فصل القرارات الإدارية الصادرة أثناء تنفيذ عقد الإمتياز، ومن ثم جواز الطعن عليها بالإلغاء من قبل المنتفعين من خدمات ذلك المرفق[1].

وقد سايرت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة مسلك مجلس الدولة الفرنسي حيث قبلت الطعن بالإلغاء المقدم من قبل المنتفعين ضد القرارات الصادرة عن الإدارة لمخالفتها الشروط التنظيمية بإعتبارها قرارات قابلة للإنفصال[2].

ومما هو جدير بالذكر أن أحكام القضاء الإداري العراقي قد جاءت خالية من هذا الإستثناء، والسبب في ذلك يعود إلى إخراج كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري كما تم شرحه سابقاً.

ثانياً: الطعون المقدمة من عمال حامل الإمتياز ضد القرارات المتعلقة بعقود إمتياز المرافق العامة:

يرتبط عمال حامل الإمتياز معه بعقد من عقود العمل الفردية ويخضع هذا العقد لقانون العمل ومن ثم يختص بنظر المنازعات المتعلقة به القضاء العادي، ولما كانت الإدارة تحرص على أن تتضمن وثيقة الإمتياز بعض النصوص المتعلقة بأوضاع العاملين وحقوقهم والمفروض أن هذه النصوص ذات طبيعة تنظيمية في مواجهة العاملين، ويتعين على حامل الإمتياز إحترامها في علاقته بعماله[3].

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص202.

(2) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 65/51، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر1965، ص1411.

(3) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص68.

ولذلك أباح القضاء الإداري في فرنسا الطعن بالإلغاء لمصلحة عمال حامل الإمتياز على القرارات الإيجابية أو السلبية التي تصدر عن الإدارة والمخالفة للنصوص التنظيمية التي تتضمنها وثيقة الإمتياز، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أجاز قبول الطعن بالإلغاء لنقابات العمال فحسب، دون أن يجيز ذلك إلى العمال أنفسهم على إعتبار أن من حقهم الطعن أمام قاضي العقد[1].

أما القضاء الإداري المصري فقد اختلف مع مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، وسلك مسلكاً موفقاً وأكثر تفهماً للطبيعة اللائحية لنصوص وثيقة الإمتياز الخاصة بأوضاع عمال حامل الإمتياز[2]، حيث قبلت محكمة القضاء الإداري في مصر قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر عن الإدارة وتخالف الشروط التنظيمية المتعلقة بهم والواردة في وثيقة الإمتياز من قبل العمال أنفسهم[3].

ويؤيد الباحث ما أخذ به القضاء الإداري المصري لإعتباره تطوراً ملحوظاً في هذا الصدد، كما لم يجد الباحث ما يشير إلى سلوك القضاء الأردني والعراقي مسلك مجلسي الدولة الفرنسي والمصري في هذا المجال.

الفرع الثاني: الإستثناءات الخاصة بالمتعاقدين مع الإدارة

بعد إتفاق الفقه والقضاء الإداري على عدم إعتبار الطعن ضد القرارات الإدارية الصادرة عن جهة الإدارة بإعتبارها سلطة عامة وليس كطرف متعاقد من ضمن الإستثناءات على القاعدة العامة،

---

(1) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص69.
(2) الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص123.
(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 37 لسنة 11ق، بتاريخ 1963/3/31، س3، ص402.

وإنما اعتبر كقيد على القاعدة للمتعاقدين وللغير أيضاً، فلم يبقى في هذا المجال سوى إستثناء واحد فيما يتعلق بطعون المتعاقدين وهذا الإستثناء هو عقد التوظيف أو الإستخدام العام[1].

فالأصل أن الإدارة عندما تستعين بالأفراد في تسييرها للمرافق العامة فإنها تتبع عادة طريق التعيين بقرارات إدارية فردية، لكنها قد تلجأ في حالات معينة إلى السبيل التعاقدي[2] وذلك للإستفادة من خدمات المتعاقدين معها لمدة مؤقتة[3].

وتحدد علاقة المتعاقد مع الإدارة في هذا السياق بنوعين من النصوص[4]:

1. نصوص تعاقدية: وهي النصوص التي يتضمنها العقد المبرم بين الطرفين والمحددة لبعض المواضيع الهامة ومن بينها مدة العقد أو الراتب أو نوعية العمل....الخ
2. نصوص تنظيمية: وهي النصوص التي تسري على علاقة الطرفين المتعاقدين وإن لم يتضمنها العقد المبرم بينهما، حيث ينظر للمتعاقد مع الإدارة عند تطبيق هذه النصوص موظفاً يسري عليه ما يسري على بقية الموظفين من قواعد عامة، رغم العقد المبرم مع الجهة الإدارية.

---

(1) الشهاوي، عاطف محمد، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص354.

(2) ويعرف العقد هنا بين الإدارة والمتعاقد معها على أنه: (إتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد، يتولى بمقتضاه هذا الأخير– تحت إشرافها– أمر وظيفة عامة بأعباء معينة، فيحصل منها على عدد من الحقوق أهمها الراتب، مقابل إلتزامه بأعباء هذه الوظيفة ومقتضياتها، وهذا العقد يتصف عادة بالصفة الإدارية) الحلو، ماجد راغب. القانون الإداري. مرجع سابق، ص528.

(3) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص150.

(4) الدليمي، حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدراية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص110.

ينبني على ذلك أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة إستناداً إلى النصوص التعاقدية تكون من إختصاص قاضي العقد، أما الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدرها الإدارة بناءً على سلطتها المستمدة من النصوص التنظيمية أو اللائحية فتكون من إختصاص قاضي الإلغاء[1].

وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي حيث أصدر العديد من الأحكام التي قبلت فيها طعون الإلغاء في القرارات الإدارية الصادرة بشكل مخالف للنصوص التنظيمية لعقد التوظيف بين الطرفين، كالقرارات المتعلقة بتعديل العقد أو إنهائه، وكافة القرارات الأخرى المتعلقة بحياة المتعاقد الوظيفية[2].

كما سار القضاء الإداري المصري على نفس المسلك السابق، حيث قبلت محكمة القضاء الإداري دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري الصادر بفصل عامل يرتبط مع الإدارة بعقد إداري حيث جاء فيه: (إن القرار الصادر بفصل المدعي يحمل كل مقومات القرار الإداري، إذ أفصحت بموجبه الوزارة عن إرادتها الملزمة في إنهاء علاقة المدعي بالوظفية)[3].

وقد أخذت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة بنفس النهج، حيث جاء في حكم لها: (إنهاء خدمة الموظف المرتبط بعقد يجب أن يتم بقرار إداري صادر عن السلطة المختصة، وتختص محكمة العدل العليا بنظر طلب إلغائه)[4].

ولم يجد الباحث ما يشير إلى أن القضاء الإداري العراقي قد أخذ بهذا الإستثناء عن القاعدة العامة المستقرة، وبهذا الصدد يستنتج الباحث بأن القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة بصفتها جهة

---

(1) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص63.

(2) الطبطبائي، عادل، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص34

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 2105 لسنة 4ق، بتاريخ 1952/1/24، السنة 6، ص773.

(4) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار (79/17)، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1979، ص1170.

متعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد لا يمكن فصلها عن العملية العقدية والطعن ضدها بالإلغاء إستقلالاً، لأنها منازعات عقدية تدخل ضمن الإختصاص الطبيعي لقاضي العقد، فالقضاء يطبق في هذه المرحلة المنهج التركيبي القائم على وحدة العملية العقدية، أما القرارات التي تصدر عن جهة الإدارة بصفتها سلطة عامة فيجوز الطعن فيها بالإلغاء سواء قدم الطعن من قبل المتعاقد أو من الغير، وهذا ما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي وتبعه في ذلك القضائيين الإداريين المصري والأردني أما بالنسبة للقضاء الإداري العراقي فإن إختصاصه المحدد بموجب القانون رقم (106) لسنة 89 جعل النظر بالمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بعد إبرام العقد من إختصاص القضاء العادي.

الفصل الرابع

أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال وأثر الحكم بالإلغاء على العملية التعاقدية

تمهيد وتقسيم:

يفترض في القرارات الإدارية القابلة للإنفصال أن تصدر بصورة مشروعة وغير معيبة بأي عيب من العيوب التي تجيز الطعن فيها بالإلغاء، لذلك فإنه إذا ما صدر القرار الإداري القابل للإنفصال وقد شابه عيب عدم الإختصاص أو الشكل أو المحل أو السبب أو الغاية، فإنه لا يوجد ما يمنع من الطعن فيه بالإلغاء بشكل مستقل عن العقد الإداري وقد يصدر القرار الإداري القابل للإنفصال بصورة مشروعة، إلا أنه يكون متصلاً بعقد إداري غير مشروع، وهنا تنصب عدم المشروعية على العقد الإداري، كما قد يصدر القرار الإداري بصورة مخالفة لنصوص وشروط العقد.

ودعوى الإلغاء تستهدف إلغاء القرار الإداري المعيب، ومن ثم ينحصر عمل قاضي الإلغاء في إلغاء القرار الإداري المعيب إذا ثبت له عدم مشروعيته فحسب، فليس له أن يعدل القرار المعيب أو أن يستبدله بقرار جديد، لأن ذلك يتنافى مع مبدأ فصل السلطات[1].

وهنا يثور التساؤل حول أثر الحكم الصادر بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية على العملية التعاقدية، وهل يترتب على إلغاء القرار القابل للإنفصال – الذي ساهم في تكوين العملية العقدية– بطلان العقد، أم أن الحكم الصادر بالإلغاء في عقود الإدارة له قواعد خاصة به[2].

وفي الواقع إذا كان منطق الأمور يقتضي القول بأن إلغاء القرارات القابلة للإنفصال من شأنه أن يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج إعمالاً للقاعدة الأصولية التي تقرر بأن ما بني على

---

(1)محمود، رأفت دسوقي، (2012). فكرة التحول في القرارات الإدارية. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص394.

(2)السناري، محمد، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص70

باطل فهو باطل، إلا أن مجلسي الدولة الفرنسي والمصري إستقرا على أن إلغاء القرارات القابلة للإنفصال لا يمكن أن تؤدي إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليماً ونافذاً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء أمام قاضي العقد سواء أكان العقد خاصاً أم إدارياً، وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه[1].

وستتناول الدراسة في هذا الفصل أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال وآثار الحكم الصادر بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية على العملية التعاقدية، سواء رفعت الدعوى أمام قاضي العقد أو عند عدم رفعها أمام قاضي العقد، وعليه سيتم تقسيم الفصل إلى المباحث الثلاث الآتية:

- المبحث الأول: أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية.
- المبحث الثاني: صفة الطاعن بالإلغاء.
- المبحث الثالث: أثر الحكم بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال على العملية التعاقدية.

(1)الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص229.

المبحث الأول

أسباب قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال

إن الطعن بالإلغاء ضد قرار تم فصله عن العملية العقدية، شأنه في ذلك شأن سائر الطعون بالإلغاء فهو قضاء مشروعية، أي أنه يجب أن يبنى على الأسباب التي يقررها القانون لطعون الإلغاء، فلا بد أن يشوب هذا القرار عيب من العيوب المتعلقة بالإختصاص أو الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة، فإذا ما شاب القرار الإداري أحد هذه العيوب أو بعضها اعتبر القرار مخالفاً للمشروعية[1].

ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الثلاث الآتية

- المطلب الأول: عدم مشروعية القرار القابل للإنفصال.
- المطلب الثاني: عدم مشروعية العقد الإداري.
- المطلب الثالث: مخالفة القرار الإداري لمضمون العقد (الشروط التعاقدية).

المطلب الأول

عدم مشروعية القرار القابل للإنفصال

إن العيوب التي قررها القانون للطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري القابل للإنفصال عن العملية العقدية هي عيب الإختصاص وعيب الشكل وعيب مخالفة القانون وعيب السبب وعيب إساءة استعمال السلطة، وكل منها يرتبط بمشروعية كل ركن من أركان القرار المطعون فيه، فعلى سبيل المثال عيب

---

(1)الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص180.

السبب يرتبط بالحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتثيره، وعيب الشكل مرده إلى ما يجب إتباعه من شكل وإجراءات معينة لإفصاح الإدارة عن إرادتها، وعيب الإختصاص يرتبط بالهيئة أو الشخص المكلف بمباشرة عمل من الأعمال، وعيب مخالفة القانون يلحق أساساً بمحل القرار الإداري لمخالفته القواعد القانونية الموضوعية، وعيب إساءة استعمال السلطة يرتبط بالغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار، وهكذا إذا ما شاب القرار الإداري القابل للإنفصال أحد هذه العيوب أو بعضها أعتبر القرار مخالفاً للشرعية[1].

أولاً: عيب عدم الإختصاص

يفترض أن يصدر القرار الإداري من الجهة الإدارية المختصة بإصداره، والإختصاص هو القدرة على ممارسة عمل معين، وذلك أن القواعد الخاصة بعنصر الإختصاص توجب ضرورة إصدار ذلك من تلك الجهة، إذ تمنح هذه القواعد لتلك الجهة صلاحية إصدار ذلك القرار، ويعرف عيب عدم الإختصاص بأنه: (عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين، لأن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر)[2].

وعليه إذا صدر القرار وقد شابه عيب عدم الإختصاص فلا يوجد ما يمنع من الطعن ضده بالإلغاء، لأنه بهذه المثابة يعتبر عيب عدم الإختصاص من العيوب الجوهرية التي تشوب القرار الإداري[3].

---

(1) ليلة، محمد كامل، (1984). الرقابة على أعمال الإدارة. دار النهضة العربية، القاهرة، ص114- وما بعدها.

(2) الطماوي، سليمان، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص619.

(3) فهمي، مصطفى أبو زيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص683.

وتنقسم صور عيب عدم الإختصاص إلى ثلاثة صور وهي[1]:

1. **عدم إختصاص موضوعي:** ويقصد به أن قرار في موضوع معين من إختصاص موظف أو هيئة غير التي قامت بإصداره، ويتحقق ذلك عندما يكون الأثر الذي يترتب على قرار ما لا يختص مصدر القرار بترتيبه قانوناً لكون المشرع جعل مناط إصداره من إختصاص جهة إدارية أخرى، ومثال ذلك تجاوز الموظف على إختصاص موظف آخر، وقد يكون عيب عدم الإختصاص جسيماً ويطلق عليه إغتصاب السلطة وفي هذه الحالة يعتبر القرار منعدماً.
2. **عدم إختصاص مكاني:** لا خلاف على أن القواعد القانونية كثيراً ما تحدد لرجل الإدارة دائرة مكانية يمارس فيها إختصاصه الممنوح له بحيث لا يجوز أن يتجاوز إختصاصه هذا النطاق الإقليمي المعين، ويتحقق هذا العيب عندما يصدر أحد موظفي السلطة الإدارية قرارا يتجاوز به الدائرة أو النطاق الإقليمي المحدد له ممارسة إختصاصاته، ومثال ذلك إتخاذ مجلس بلدي قراراً يدخل في إختصاص مجلس بلدي آخر.
3. **عدم إختصاص زماني:** من الأمور المسلم بها أن مزاولة الإختصاص الممنوح لأعضاء السلطة الإدارية محدد بأجل معين ينتهي بإنتهاء هذا الأجل، إذ لا يتصور أن يكون لرجال السلطة الإدارية إختصاص مؤبد غير محدد بزمن معين، فإذا أصدر الموظف قرارات إدارية معينة بعد إنتهاء علاقته الوظيفية بالإحالة على المعاش لبلوغ السن القانوني أو لإستقالته، فإنه يعد متجاوزاً إختصاصاته، وقراره معيب بعيب عدم الإختصاص الزماني.

---

(1)حافظ، محمود محمد، (1993). القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن. دار النهضة العربية، القاهرة، ص631 وما بعدها.

ولقد إستقرت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على إلغاء القرارات الإدارية ومنها تلك القابلة للإنفصال والمشوبة بعيب عدم الإختصاص، ومن ذلك حكم المجلس بإلغاء القرار الإداري الصادر بالتوقيع على العقد من الجهة الإدارية التي لها حق مناقشة موضوع العقد فقط، دون أن يمتد إختصاصها إلى التوقيع على العقد، ومن ثم فقد كان قرارها مشوباً بعيب عدم الإختصاص[1].

ثانياً: عيب الشكل

لا يكفي لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً من قبل الجهة المختصة بإصداره، بل لا بد من اتخاذ الإجراءات والشروط الشكلية المطلوبة عند إصداره[2].

حيث يتعين على السلطة الإدارية المختصة أن تصدر أعمالها القانونية وفقاً للإجراءات والشروط الشكلية المقررة، ويقصد بعيب الشكل هو : (عدم إلتزام جهة الإدارة بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب إتباعها في إصدار القرارات الإدارية)[3].

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي العديد من طعون الإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال والمشوبة بعيب الشكل، ومن ذلك حكم المجلس في قضية مارتن (Martin) الشهيرة والتي تم شرحها بشكل مفصل سابقاً، والذي ألغى فيه المجلس القرار الصادر من المجلس البلدي والخاص بإبرام عقد لعدم مراعاة ما أوجبه القانون من شروط شكلية تتمثل في تقديم تقرير عن الموضوع يجب أن يوزع على الأعضاء قبل الجلسة بمدة معينة.

---

(1) نقلاً عن: الطبطبائي، عادل، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص28.

(2)بدير، علي محمد وآخرون، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص428.

(3)Jeze, les forms en droit administratf, R.D.P, 1922, p.403

نقلاً عن الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص145.

كما عمدت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بإلغاء المناقصة كونه قد صدر مخالفاً لما أوجبه القانون والمتمثل في ضرورة أخذ رأي لجنة البت في العطاءات قبل إصدار القرار، وهو ما يجعل القرار مشوباً بعيب الشكل[1].

وبذلك أخذت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة حيث ألغت القرار الإداري الصادر بإستبعاد بعض العطاءات من المناقصة لصدوره بشكل مخالف للقانون المنظم للمناقصات والمزايدات[2].

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في العراق إلى أن عدم مراعاة القواعد القانونية بعملية المزايدة التي ورد عليها النص في قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986، يؤدي إلى مخالفة الإدارة للإجراءات القانونية الواجبة الإتباع من قبلها، ومن ثم كان القرار الإداري الصادر بإرساء المزايدة مشوباً بعيب الشكل عند إصداره من الجهة المختصة، والذي يوجب إلغاء ذلك القرار[3].

وبالرغم من أن الهدف في تقرير القواعد الشكلية هو حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، غير أن شدة التمسك بالشكليات وترتيب البطلان كجزاء للقرار الإداري الذي أغفلت الإدارة في إصداره بسبب شكلية من الشكليات كبيرة كانت أم صغيرة، من شأنه أن يؤدي إلى بطء

---

(1)حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 1632 لسنة 1ق، بتاريخ 1957/4/28، ص11، ص389.

(2)حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 53/26، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 9، سنة النشر 1971، ص374.

(3)حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، رقم القضية 121/ قضاء إداري/ 1990، بتاريخ 1990/11/28، غير منشور.

الإدارة وجمودها في سير العمل الإداري، مما يؤدي إلى الإضرار بالصالح العام والخاص على حد سواء[1].

وتطبيقاً لذلك فقد فرق مجلس الدولة الفرنسي بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية عند الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المشوب بعيب الشكل[2].

وهنا يؤيد الباحث التفرقة بين الشكليات الجوهرية والثانوية عند الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المعيب بعيب الشكل لما في ذلك من خدمة للصالح العام من خلال تسريع الإجراءات في عملية التعاقد الإداري.

ثالثاً: عيب المحل (مخالفة القانون)

يتعين أن يكون محل القرار الإداري موافقاً للقانون، والمقصود بذلك هو الموافقة لمجموعة القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مدونة أو غير مدونة، وذلك تبعاً لمبدأ تدرجها، وهذا يعني ضرورة موافقة محل القرار الإداري للنصوص الدستورية والتشريعات العادية التي تقررها السلطة التشريعية وكذلك التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية، كما ينبغي مراعاة ضرورة موافقة محل القرار للقواعد القانونية غير المدونة المتمثلة في العرف والمبادئ القانونية العامة، وذلك كله تبعاً لمبدأ تدرج هذه القواعد القانونية[3].

---

(1)الشهاوي، عاطف محمد، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص352.

(2)أحمد، عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص224.

(3)الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص154.

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن عدم موافقة مجلس ديوان المديرية على القرار الإداري الصادر من المجلس البلدي بالتصديق على إبرام العقد، يؤدي إلى عدم مشروعية ذلك القرار لكونه قد شابه عيب مخالفة القانون، والذي يوجب إلغاءه من قبل المجلس[1].

وفي نفس الصدد ألغت محكمة القضاء الإداري في العراق القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية برفض تمليك الدار موضوع الدعوى على من رست عليه المزايدة (المدعي)ى لكونه قد صدر مخالفاً لما أوجبه القانون، وبالتالي فقد شابه عيب مخالفة القانون[2].

رابعاً: عيب الغاية (إساءة استعمال السلطة)

إذا كان على كل عضو من أعضاء السلطة الإدارية ألا يمارس عملاً قانونياً إلا إذا كان يملك هذا الحق طبقاً لما تقضي به قواعد الإختصاص، وإذا كان يجب أن يصدر العمل القانوني وفقاً للإجراءات والشروط الشكلية المقررة، وأن يوافق محله القانون، فإنه يجب أيضاً أن يسعى مصدر القرار إلى تحقيق الصالح العام والهدف الذي حدده له القانون، فإذا جانب مصدر القرار الصالح العام أو خالف الهدف الذي حدده القانون، كان القرار معيباً من ناحية الغاية وأصبح بالتالي مشوباً بعيب إساءة إستعمال أو إنحراف السلطة[3].

وقد ألغت المحكمة الإدارية العليا في مصر القرار الإداري الصادر بإرساء مناقصة توريد على شركة الاعلانات المصرية ورفضها لعطاء المدعي، وذلك لتعسف الإدارة في إصدار ذلك القرار[4].

---

(1)نقلاً عن: حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص22.

(2)حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، رقم القضية 64/ قضاء إداري/ 1992 بتاريخ 1992/7/4، غير منشور.

(3)الحلو، ماجد راغب، (2004). العقود الإدارية والتحكيم. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص406.

(4)حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم القضية 161 لسنة 9ق، بتاريخ 1967/3/18، س12، ص769.

كما عمدت محكمة القضاء الإداري في العراق إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بحرمان بعض الأشخاص من الدخول في مزايدة علنية خاصة بدائرة المدعى عليه، وذلك لكون القرار الصادر بالحرمان قد شابه عيب التعسف بإستعمال السلطة[1].

خامساً: عيب السبب

يجب أن يقوم القرار الإداري على حالة واقعية قانونية صحيحة، تسبق إصدار القرار الإداري، وتحمل الإدارة على التدخل وتدفعها إلى إصدار القرار وهذا هو السبب في القرار الإداري وتتحقق عدم مشروعية القرار الإداري بالنسبة لعيب السبب إذا كانت الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني[2].

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها: (إن القرار الإداري سواء كان لازماً تسبيبه كإجراء شكلي أم لم يكن هذا التسبيب لازماً، يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقاً وحقاً أي في الواقع وفي القانون، وذلك كركن من أركان إنعقاده بإعتبار القرار تصرفاً قانونياً، ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سببه)[3].

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بذكر أسباب القرار الإداري، إلا أنها متى ما عمدت إلى بيان تلك الاسباب فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري، إذ يفترض أن إصدار الإدارة لقراراتها الإدارية قائم

---

(1)حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، رقم القضية 81/قضاء إداري/1991، بتاريخ 1991/12/31، غير منشور.

(2)الحلو، ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص401.

(3)حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم القضية 58 لسنة 4ق، بتاريخ 1958/7/12، السنة 3، ص1729.

على أسباب صحيحة من حيث الواقع والقانون، أما إذا أوجب القانون ضرورة تسبيب تلك القرارات ولم تقم الإدارة بذلك، فإن قرارها يكون مشوباً بعيب الشكل في هذه الحالة[1].

والسبب ركن من أركان القرار الإداري وهو عبارة عن العناصر القانونية والواقعية التي يستند إليها القرار الإداري، وهو بهذا المعنى يختلف عن التسبيب إختلافاً كبيراً، فغياب السبب يجعل القرار منعدماً لأنه كأصل عام يجب أن يستند كل قرار إداري إلى أسباب صحيحة وموجودة، أما التسبيب فهو إجراء شكلي لا يرقى لمرتبة ركن في القرار الإداري، فإذا كان التسبيب واجب قانونياً أو إلتزاماً فرضه المشرع فإن مخالفته تعيب القرار الإداري بعيب الشكل[2].

مما سبق يستنتج الباحث أن القاضي الإداري حينما يراقب مشروعية القرار الإداري فهو يراقب أسباب إتخاذه وموافقته للقانون والواقع والجهة المختصة التي قامت بإصداره من حيث إختصاصها بإصداره من عدمه، وإتباع الإجراءات والشروط الشكلية التي نص عليها القانون في إصداره، فإذا صدر القرار وقد شابه أي عيب من العيوب السابقة جاز الطعن ضده بالإلغاء.

المطلب الثاني

عدم مشروعية العقد الإداري

قد يصدر القرار الإداري القابل للإنفصال وقد إستكمل كافة شروط صحته، إلا أن المشكلة تكمن عندما يتصل هذا القرار بعقد غير مشروع، كأن تصدر الجهة الإدارية المختصة قراراً بإبرام عقد إداري ولكنه يتضمن شرطاً مخالفاً للنظام العام أو القانون، فالقاضي هنا يبحث مدى مشروعية العملية

---

(1) بدير، علي محمد وآخرون، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص229.

(2) محمد، أشرف عبد الفتاح، (2007). تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء. منشأة المعارف، الإسكندرية، ص98

ذاتها لتقدير سلامة القرار موضوع الطعن، ويرى الإتجاه الغالب في الفقة أن لقاضي الإلغاء الحق في فحص سلامة العملية التعاقدية للتحقق من مشروعية القرار الإداري، لأن من صميم ولاية قاضي الإلغاء التحقق من شروط صحة القرار الإداري، ومن بين هذه الشروط السبب وهي الظروف الواقعية أو القانونية التي تحدث قبل إصدار القرار وتؤدي إلى إصداره[1].

كما أن أحكام القضاء الإداري قد إستقرت على قبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المتصل بعقد غير مشروع، بغض النظر عن مشروعية ذلك القرار، ذلك أن عدم مشروعية العقد الإداري تسمح بقبول الطعن بالإلغاء بما إتصل به من قرارات إدارية، وذلك لإنعكاس آثار عدم مشروعية العقد على القرار الإداري المتصل به بالشكل الذي يجعل منه قراراً غير مشروع[2].

وهذا ما أكده الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي، والذي قضى فيه بإلغاء قرار المجلس البلدي المتضمن إبرام عقد إلتزام بتوزيع الطاقة الكهربائية، إستناداً إلى أن العقد يتضمن شرط إحتكار والذي يخالف نصوص القانون الصادر عام 1906، وقد بني الطعن هنا على عدم مشروعية العقد الإداري[3].

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص23.

(2)الجبوري، محمود خلف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص103.

(3)C.E. 12.7.1918, Sieur Lefebvre, op. Cit. p.378.

نقلاً عن: الحنيطي، مارينا، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص146.

ولقد علق الفقيه (ألبيير رافائيل) على الحكم السابق بقوله (إن السلطة المختصة بإبرام العقد أو تلك التي تعتمده بعد إبرامه تعتبر متبنية للعقد ذاته وما تضمنه من شروط، فإذا كانت هذه الشروط أو بعضها باطلاً، امتد البطلان إلى القرارات الصادرة من هذه السلطة أو تلك)[1].

وقد جاءت أحكام القضاء الإداري المصري مسايرة لمسلك مجلس الدولة الفرنسي، فقد قبلت المحكمة الإدارية العليا فيه الطعن المقدم بإلغاء القرار الإداري الصادر بالإستيلاء على عدة سيارات مملوكة لإحدى الشركات، تنفيذاً للقانون الصادر بإسقاط إلتزام ترخيص النقل عن مؤسسة (أبو رجيلة)، حيث أن فحص القرار يتطلب البحث في ملكية الشركة الطاعنة للسيارات[2].

كما سارت على نفس النهج السابق محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، حيث قبلت الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري الصادر عن مجلس بلدية الحصن المتضمن تلزيم شراء ضاغطة للنفايات من نوع نيسان وعشر حاويات....الخ، وجاء في قرار المحكمة الآتي: (أنه بالرجوع للمادة (1/42/ك) من قانون البلديات رقم29 لسنة 1955 نجد أنها تنص على أنه إذا أراد أي مجلس بلدي عقد مقاولة لأجل القيام بأية أشغال أو أعمال أو لتقديم أية مواد تزيد عن المبلغ المقرر وهو مائة دينار، فيجب أن يطرح ذلك في مناقصة، وبما أن الحالات التي يجيزها قانون البلديات هي ما رود في حكم المادة (42) من القانون والتي تنص على أن المقاولات واللوازم أو أية غاية أخرى ضرورية لتمكين البلدية من القيام بواجباتها التي تزيد على مبلغ مائة دينار يحب أن تطرح في مناقصة، وفق أحكام النظام المدرج في الذيل الثالث من قانون البلديات مع التقيد بالمبالغ المحددة نتيجة المناقصة وهي الحصول على

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص24.

(2)حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم 444لسنة 7ق، بتاريخ 1966/3/26. السنة11، ص595.

موافقة المتصرف أو الوزير لإقرار المقاولة الواردة في بنود المادة المذكورة، وحيث أن القرارين المطعون فيهما المتضمنان شراء سيارة ضاغطة للنفايات وعشر حاويات بمبلغ إجمالي مقدراه (22250) دينار، وهو مبلغ يزيد عن مائة دينار دون إجراء مناقصة كما توجب المادة (42) من قانون البلديات وأحكام النظام المدرج في الذيل الثالث منه والمادة (26) من نظام اللوازم والعطاءات والمقاولات للبلديات رقم (5/3) مما يعني إلغاءهما لمخالفة القانون)[1].

وعليه يرى الباحث من خلال الحكم المذكور أعلاه بأن محكمة العدل العليا الأردنية السابقة قبلت الطعن المقدم ضد القرارين الإداريين مدار البحث كونهما قابلين للإنفصال عن العملية العقدية، وأن الطعن قد بني على مخالفة العملية العقدية لنصوص قانون البلديات ونظام اللوازم والعطاءات، وبالتالي حكمت بإلغاء هذين القرارين.

كما يود الباحث أن ينوه هنا إلى أن أحكام القضاء الإداري العراقي جاءت خالية من الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية بسبب عدم مشروعية العقد الإداري، وذلك لنفس الأسباب المذكورة سابقاً، حيث أن العقد الإداري متى ما أبرم بين طرفيه، فإن كافة المنازعات المتعلقة به تخرج من إختصاص محكمة القضاء الإداري وتدخل في إختصاص القضاء العادي (المحاكم المدنية في العراق).

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، القضية رقم 83/22، بتاريخ 1983/10/15، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 7، سنة النشر 1983، ص1383.

المطلب الثالث

مخالفة القرار الإداري لمضمون العقد الإداري (الشروط التعاقدية)

تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بعد إبرام العقد الإداري، إلى اتخاذ العديد من القرارات الإدارية في مرحلة تنفيذ العقد، إلا أن بعض تلك القرارات قد تصدر بصورة مخالفة لما تم الإتفاق عليه بين الطرفين والذي تضمنه العقد المبرم بينهما، ومخالفة القرار الإداري القابل للإنفصال عن العقد الإداري للشروط التعاقدية الواردة في العقد نفسه لا تعد مخالفة للمشروعية، وبالتالي لا يقبل الطعن بإلغاء القرار الإداري إذا كان سبب الإلغاء يستند إلى مخالفة القرار لنص عقدي[1].

ويذهب الرأي الغالب في الفقه الإداري الفرنسي والمصري [2] إلى أن مخالفة القرار الإداري لمضمون العقد لا يمكن أن تعد مخالفة للمشروعية، ومن ثم لا يمكن إخضاع ذلك القرار للطعن عليه بالإلغاء وذلك لسببين:

1. الطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء:

إن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية تقوم على مخاصمة القرار الإداري المعيب لغرض إبطاله والحيلولة دون تحقيق آثاره قبل الكافة، وذلك كجزاء على مخالفة ذلك القرار لمبدأ المشروعية، أي لمخالفته لقاعدة قانونية عامة ومجردة تولد حقوقاً عامة وليس مركزاً ذاتياً أو شخصياً، أما العقود فإنها تولد مراكز شخصية تقتصر آثارها على إنشاء حقوق وإلتزامات تسري في مواجهة أشخاص محددين هم

---

(1)حلمي، عمر، (1993). طبيعة إختصاص القضاء الإداري لمنازعات العقود الإدارية. دار النهضة العربية، القاهرة، ص15.

(2)الطبطبائي، عادل، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص11.

أطـراف العقـد الإداري، وبالتـالي لا يمكـن إعتبـار مخالفـة الإدارة لإلتزاماتهـا التعاقديـة مخالفـة لمبـدأ المشروعية على إعتبار أن إلتزامات الطرفين الناشئة عن العقد هي إلتزامات شخصية تستنفذ بالتنفيذ.

2. وجود الدعوى الموازية:

لا يمكن أن تقبل دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المخالفة للشروط التعاقدية على أساس وجود الدعوى الموازية أمام الطاعن والمتمثلة بدعوى القضاء الشامل أمام قاضي العقد، والتي يمكن رفعها ضد العقد نفسه لا ضد القرار، إضافة لذلك فإن قواعد الإختصاص والتي هي من النظام العام توجب إحترام الصلاحيات الممنوحة لقاضي العقد في نظر المنازعات المتعلقة بالعقود، ومن ثم فإنه لا يجوز لقاضي الإلغاء أن يتفحص نصوص العقد من أجل معرفة كون القرارات المتصلة به مخالفة له أم لا، إذ يعد ذلك من إختصاص قاضي العقد[1].

وعليه لا يملك قاضي الإلغاء النظر في الدعاوي التي توجه ضد القرارات الصادرة والمخالفة لشروط العقد لأنها لا تعتبر قرارات إدارية بل مجرد إجراءات تعاقدية، ومن ثم لا تخضع للأحكام العامة الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية قضائياً من حيث إجراءات التقاضي ومدده، بل تكون المنازعة المثارة بشأنها منازعة تتصل بالعقد بأكمله، فهى منازعة حقوقية لا يمكن الفصل فيها استقلالاً عن العقد، وإنما يعود تقدير سلامة التصرف موضوع المنازعة أو تقرير عدم مشروعيته إلى القضاء الكامل (قاضي العقد)[2].

ويؤيد الباحث الرأي الغالب في الفقه الفرنسي والمصري بصدد الموضوع وذلك للحجج المنطقية التي إستند إليها، حيث أن مخالفة القرار الإداري للمشروعية يفترض أن تستند إلى مخالفة لقاعدة

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص18.

(2)الطماوي، سليمان، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص296-298.

قانونية عامة، وهذا ما لا يتوفر في المخالفة لشروط العقد الإداري والمفروض في هذه الحالة اللجوء إلى قاضي العقد.

وقد جاءت أحكام القضاء الإداري مسايرة لما قال به أغلبية الفقه، حيث جاء في حكم لمجلس الدولة الفرنسي والذي رفض فيه إلغاء القرار الإداري المخالف لنصوص العقد المبرم بين الطرفين[1].

كما أخذت بذلك محكمة القضاء الإداري في مصر، حيث رفضت قبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري الصادر بفسخ عقد إشتراك تليفون، لأنه ليس من إختصاص المحكمة النظر بصحة القرارات الإدارية المخالفة لنصوص العقد[2].

وسار القضاء الإداري الأردني على نفس النهج حيث قضت محكمة العدل العليا الأردنية السابقة بعدم قبول الطعن المقدم بإلغاء القرار الإداري وذلك لمخالفته الشروط التعاقدية[3].

أما فيما يخص القضاء الإداري العراقي، فقد إستقرت أحكامه على المبادئ المذكورة آنفاً من عدم قبول دعاوي الإلغاء ضد القرارات الإدارية المخالفة للنصوص العقدية، على أساس أن هذه القرارات إنما تصدر بعد إبرام العقد الإداري، ومن ثم فإنها تخرج عن إختصاص محكمة القضاء الإداري وتدخل في إختصاص المحاكم المدنية، وفي هذا رفضت محكمة القضاء الإداري قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري الصادر بشكل مخالف للعقد المبرم بين الطرفين على أساس أن ذلك يدخل أصلاً ضمن إختصاص قاضي العقد[4].

---

(1)نقلاً عن: الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص184.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، قضية رقم 247 لسنة 5ق، بتاريخ 1952/4/15 السنة6، ص506.

(3)حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم 97/270، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر، 1997، ص690.

(4)حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، القضية رقم 99/ قضاء إداري/ 1990 في 1990/11/14 غير منشور.

المبحث الثاني

صفة الطاعن بالإلغاء

من القواعد المقررة قانوناً أن العقد سواءً كان مدنياً أو إداريا، فإنه لا ينشئ أي حق ولا يرتب أي إلتزام إلا بين طرفيه فقط، وهو ما يعرف بنسبية آثار العقد المعروفة في القانون المدني[1].

وينبني على ذلك بأن كافة المنازعات المتعلقة بالعقد والناشئة بين أطرافه، يكون النظر فيها من إختصاص قاضي العقد، وهذا يعني أن الغير الذين هم ليسوا بأطراف في العقد لا يملكون حق التقاضي أمام قاضي العقد، لذلك فإنه إذا ما تضررت مصالح هؤلاء عند إبرام العقد الإداري نتيجة ما يصدر عن الجهة الإدارية من قرارات إدارية، فليس لهم سوى الطعن بالإلغاء ضد تلك القرارات المتصلة بالعقد الإداري والتي تقبل الإنفصال عنه، أما المتعاقد مع الإدارة فإن له حق رفع دعوى القضاء الشامل أمام قاضي العقد، كما أن هناك حالات تسمح له برفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإدراي للطعن فيما يصدر عن الإدارة من قرارات إدارية يمكن أن ترتب آثارها على العقد المبرم بينه وبين الإدارة[2].

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: الطعن المقدم من قبل الغير
- المطلب الثاني:الطعن المقدم من قبل المتعاقد مع الإدارة.
- المطلب الثالث: مدى قابلية العقد للإنفصال.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص540.

(2) الدليمي، حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص45.

المطلب الأول

الطعن المقدم من قبل الغير

إن المبدأ المسلم به في نطاق العقود الإدارية هو أن آثار العقد تقتصر بصفة أساسية على الإدارة والمتعاقد معها، فلا تؤثر العقود في حقوق الغير، ولا تثقل كاهلهم بإلتزامات، وأن إمتداد آثار العقد إلى الغير هو إستثناء إختلفت مذاهب الفقه في تبريره[1].

وتؤدي القاعدة السابقة إلى أن غير المتعاقدين لا يستطيعون إستخدام دعوى العقد، أي الإلتجاء إلى القضاء الكامل، لذلك فإن المجال الطبيعي لإستخدام نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال يتمثل في طعون الغير أمام قاضي الإلغاء [2].

ويقصد بالغير في هذا المجال الخارجين عن العقد وهم كل من عدا أطراف العقد، ولهم مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري الصادر من جهة الإدارة والمتصل بالعملية التعاقدية التي تقوم بها الإدارة[3].

وقد إستقرت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على قبول طعون الإلغاء المقدمة من الأغيار ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال أثناء مرحلة إبرام العقد الإداري وكان ذلك في باكورة أحكامها في هذا المجال في قضية مارتن (Martin) السالفة الذكر عام 1905.

---

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص244.

(2) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص5.

(3) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص52.

كما استقر القضاء الإداري المصري على قبول طعون الإلغاء المقدمة من الأغيار موضوع البحث، فقد قبلت محكمة القضاء الإداري فيه طعن الإلغاء المقدم من الغير ضد القرار الإداري القابل للإنفصال عن العقد الإداري[1].

وفيما يتعلق بالقضاء الإداري الأردني فقد قبلت محكمة العدل العليا السابقة فيه الطعن بالإلغاء المقدم من الغير بالقرار الصادر من مجلس الأوقاف عام 1969، المتضمن إحالة عطاء إنشاء مبنى لوزارة الأوقاف في جبل عمان على شركة الإعمار[2].

وفيما يخص القضاء الإداري في العراق فقد أخذت محكمة القضاء الإداري فيه بقبول الطعون المقدمة من الغير حيث قامت بإلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المزايدة بناءً على الطعن بالإلغاء المقدم من الأغيار وذلك لكون القرار قد شابه عيب في الشكل عند إصداره[3].

ويرجع قبول مجلسي الدولة الفرنسي والمصري للطعن بالإلغاء المقدم من الغير ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد الإداري، وذلك لأن حرمان الغير من الإلتجاء إلى دعوى تجاوز السلطة فيه إنكار للعدالة، نظراً لعدم وجود سبيل آخر لهذا الغير يستطيع عن طريقه الدفاع عن حقوقه التي أدى العقد إلى المساس بها، فهو لا يستطيع قانوناً الطعن بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد لكونه من غير أطراف العقد[4].

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 670 لسنة 2ق، بتاريخ 1950/6/6 س4، ص864.

(2)حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 69/50، بتاريخ 1969/9/24، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1969، ص636.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، القضية رقم 121/ قضاء إداري/ 1990، بتاريخ 1990/11/28، غير منشور.

(4) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص53.

المطلب الثاني

الطعن المقدم من قبل المتعاقد مع الإدارة

إذا كان الأصل أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري إنما يقدم من الغير الذين ليس لهم سوى هذا الطريق، بخلاف الحال بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة الذي يملك الحق في رفع دعوى العقد أمام قاضي العقد، إلا أن القضاء الإداري قد أجاز للمتعاقد أن يرفع دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء ضد قرارات الجهة الإدارية المتعاقدة والصادرة في مرحلة إبرام العقد الإداري، وهذا الأمر أدى إلى معارضة بعض الفقه على ما إستقرت عليه أحكام القضاء من قبول دعوى الإلغاء التي ترفع من قبل المتعاقد مع الإدارة[1].

وعلى الرغم من أن المتعاقدين لديهم فرصة للطعن ضد القرارات القابلة للإنفصال أمام قاضي العقد، إلا أن غالبية الفقه في فرنسا ومصر يرون أن المتعاقد له حق الإلتجاء إلى دعوى الإلغاء للطعن في كافة القرارات التمهيدية والمصاحبة لإبرام العقد، سواء كانت تلك القرارات متعلقة بعقد من العقود الخاصة للإدارة، أو بعقد من العقود الإدارية، وسواء تعلقت هذه القرارات بالمناقصات والمزايدات أو كانت غير متعلقة بها[2].

إلا أن بعض الفقه يرى خلاف ذلك ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

---

(1) الدليمي، حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص53

(2) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص540

- الفرع الأول: موقف الفقه من طعن المتعاقد مع الإدارة
- الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من طعن المتعاقد مع الإدارة

الفرع الأول: موقف الفقه من طعن المتعاقد مع الإدارة

يتجه رأي في الفقه الإداري الفرنسي إلى أن المتعاقد له حق الإلتجاء إلى دعوى الإلغاء بالنسبة لكافة القرارات التمهيدية أو المصاحبة لإبرام العقد، ويؤيد الرأي الغالب وجهة نظره بأن فكرة القرارات القابلة للإنفصال قد نشأت في الأحكام الثلاثة الأولى الصادرة في مطلع القرن الحالي والخاصة بقضايا بلديات (Gorre, villers- sur: Mer, Messe)، وكان الطاعن فيها هي البلديات المتعاقدة ضد قرارات سلطة الوصاية، وأنه منذ هذه اللحظة إستقر هذا الفقه بالنسبة لكافة العقود الخاضعة للقانون العام وكذلك الخاضعة للقانون الخاص على حد سواء[1].

كما يميل الفقيه الفرنسي أندريه دي لوبادير إلى ذات الرأي السابق ودليله في ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي قد قبل الطعن بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال عن العقد الإداري المقدم من المتعاقد[2].

إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي يرى بأن المتعاقد في هذه الحالة ليس له سوى اللجوء إلى قاضي العقد، ليحسم بمقتضى سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد، وعليه فإن

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، ص7.

(2) نقلاً عن الطماوي، سليمان محمد، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص591.

المتعاقد إذا لجأ إلى قاضي الإلغاء للطعن بمشروعية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، فإن دعواه في هذه الحالة سترد لوجود طريق الطعن المقابل أو الموازي[1].

أما بالنسبة للفقه الإداري المصري فقد إختلف الفقهاء في هذا المجال كما هو الحال في الفقه الفرنسي فمنهم من يرى[2] أنه ليس من مصلحة المتعاقد أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء في هذا الشأن، لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة له من قضاء الإلغاء ، لأنه إذا حصل على حكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد لكي يرتب له النتيجة التي تترتب على الحكم بالإلغاء ، ومن ثم فإنه يكون من الأفضل له ان يلجأ إلى قاضي العقد مباشرة.

كما يرى جانب آخر من الفقه المصري بأنه يحق للمتعاقد اللجوء إلى قضاء الإلغاء ، شرط أن ينبني طعنه على أساس أن القرار القابل للإنفصال قد خالف قواعد قانونية قائمة، فهنا يسمح للمتعاقد بالدفاع عن مبدأ المشروعية وحدها دون أن يستند إلى أي حق ذاتي إتخذه من العقد[3].

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من طعن المتعاقد مع الإدارة

لغرض البحث عن موقف القضاء الإداري بخصوص الموضوع، يتطلب الأمر بيان ما إستقرت عليه أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر والأردن والعراق وهو ما سيتم تفصيله تباعاً.

لقد إستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد والمقدمة من قبل المتعاقدين مع الإدارة سواء كانت متعلقة بعقد من العقود

---

(1) سويدات، وسيم، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص12.

(2)الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص191

(3) فهمي، مصطفى أبو زيد، قضاء الإلغاء ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص516.

الإدارية أو المدنية التي تبرمها الإدارة، وسواء تعلقت هذه القرارات بالمناقصات والمزايدات، أو تعلقت بطرق أخرى في إبرام العقد[1].

وساير القضاء الإداري في مصر، ما هو متبع في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بطعون الإلغاء المقدمة من قبل المتعاقد مع الإدارة، حيث جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري بأنه: (القرار الصادر من مصلحة الشؤون القروية برسو عطاء مناقصة ردم البرك في بعض القرى دون البعض الآخر على المدعين، قرار إداري نهائي مما تختص المحكمة بنظر طلب إلغائه وطلب التعويض عنه)[2].

وهنا يؤيد الباحث الرأي القائل في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي وكذلك في مصر بخصوص قبول الطعن بالإلغاء المقدم من قبل المتعاقد مع الإدارة، للتخلص من آثار القرار الإداري المعيب بعدم المشروعية.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري الأردني، فقد تبنت محكمة العليا السابقة الموقف الرافض لقبول الطعن بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال المقدم من المتعاقد مع الإدارة، فجاء في حكم لها بأنه: (رد الدعوى التي أقامها المستدعي للطعن بإلغاء الإجراء الإداري المتخذ من قبل مدير الأمن العام القاضي برفض دفع الرسوم الجامعية عن المبعوث شكلاً، لأن القرار الإداري الذي يقبل الطعن

(1) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص53.
(2) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 203 لسنة 4ق، بتاريخ 1951/3/6، س5، ص690.

بالإلغاء هو القرار الذي يصدر عن الإدارة بموجب سلطتها العامة، ويكون الخلاف بين المبعوث والإدارة حول تفسير بنود العقد يرجع النظر فيه إلى المحاكم المدنية)[1].

أما فيما يخص القضاء الإداري العراقي، فإن القاعدة المستقرة في أحكامه تقوم على أن العقد الإداري متى ما أبرم بين طرفيه فإن كافة المنازعات المتعلقة به سواء ما تعلق فيها بالعقد نفسه أو بما يصدر بعد ذلك من قرارات إدارية فإنها لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري، وهذا يعني أن المتعاقد إذا ما أراد الطعن ضد أي قرار إداري يتصل بالعقد المبرم سابقاً، فليس له سوى رفع دعوى القضاء الشامل أمام قاضي العقد، والمتمثل بالمحاكم المدنية في العراق[2].

وسارت على نفس النهج المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية السابقة في العراق والمشكلة بموجب المادة (10/ثانياً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008، حيث تنظر المحكمة بالطعون المقدمة بالإلغاء ولحين إبرام العقد الإداري، أما ما يصدر بعد ذلك من قرارات إدارية فإن الطعون المقدمة ضدها يختص بنظرها القضاء العادي، وبعد إلغاء تلك المحكمة بموجب القرار رقم (18) لسنة 2013 المذكور سابقاً، وصدور القرار رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة والمتضمن إنشاء قضاء إداري على درجتين، وكذلك صدور قانون القضاء الإداري الأردني المرقم (27) لسنة 2014 والذي نص أيضاً على تشكيل قضاء إداري على درجتين، يأمل الباحث من المشرعين الأردني والعراقي إدخال المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ضمن إختصاص القضاء الإداري، والأخذ بما إستقر عليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري في قبول الطعن

---

(1) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، رقم القرار 98/530، بتاريخ 1999/5/9، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة 47، سنة النشر 1999، ص2964-2967.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في العراق، رقم القضية 18/ قضاء إداري/ 1991، بتاريخ 1991/10/23، غير منشور.

بالإلغاء المقدم من قبل المتعاقد مع الإدارة، لكونهما المرجع الذي يسترشد بهما القضائيين الإداريين الأردني والعراقي في أغلب أحكامهما.

المطلب الثالث

مدى قابلية العقد نفسه للإنفصال

إن واقعة إبرام العقد هي النقطة الأخيرة التي تتم بها عملية التعاقد الإدارية فتكتمل بذلك الحلقة التعاقدية وتتولد من خلالها الإلتزامات والحقوق التي رتبها العقد على أطرافه، وهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية فصل العقد ذاته عن العملية التعاقدية والطعن فيه بالإلغاء ؟

ستتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: موقف الفقه
- الفرع الثاني: موقف القضاء

الفرع الأول: موقف الفقه

يذهب الرأي الغالب في الفقه الإداري الفرنسي والمصري إلى أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء على العقد الإداري ذاته للمبررات الآتية:

1. يرى الفقيه أندريه دي لوبادير[1](Delaubadere) أنه لا يمكن فصل العقد عن العملية التعاقدية والطعن فيه بالإلغاء ويبرر ذلك بفكرة الإرادة المنفردة لجهة الإدارة وأن مجال دعوى الإلغاء هو الأعمال القانونية الصادرة تعبيراً عن تلك الإرادة بينما العقد يقوم على تلاقي إرادة أخرى مع إرادة الإدارة ومن ثم لا يقبل الطعن عليه بالإلغاء .

(1)حشيش، عبد الحميد، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص113

2. ذهب الفقيهان أوبي ودراجو[1](Auby et Drago) إلى أن العقد نفسه ليس عملاً قانونياً قابلاً للإنفصال، ولا يتصور فصله عن العملية التعاقدية ومن ثم فلا يسوغ الطعن عليه بالإلغاء .
3. يذهب غالبية الفقه المصري[2] إلى أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري ذاته، وذلك لأن العمل القانوني الذي يصلح موضوعاً للطعن بالإلغاء لابد وأن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، وأهمها أن يكون العمل قراراً نهائياً واجب التنفيذ بالطريق الإداري دون حاجة إلى تدخل سلطة أخرى، وأن يكون العمل صادراً عن سلطة عامة إدارية وأن يتضمن الإعلان عن إرادة منفردة وهي إرادة الإدارة، وأن يتجه إلى إحداث أثر قانوني، وهذه الشروط جميعها تتوافر فقط في القرار الإداري، أما العقد الإداري فهو عمل تبادلي ليس عملاً صادراً عن إرادة واحدة، كما أنه غير واجب التنفيذ بالطريق الإداري في معظم الأحوال فلابد وأن يتدخل الطرف الآخر مع الإدارة لتنفيذه.

إلا إن هناك جانباً آخر[3] من الفقه الفرنسي يقف موقف الرافض والمعارض لهذه المبررات ويذهب إلى عدم وجود ثمة تعارض بين الطعن بالإلغاء والعقد وأن المبررات السابقة لا تستند إلى أسس موضوعية أو مادية على إعتبار أن دعوى الإلغاء من الناحية الموضوعية دعوى عينية تنصب على بيان مدى مخالفة القانون، كما تقع بمناسبة قرار إداري يتم عند إبرام الإدارة لعقد من العقود، والمخالفة التي تطرح على القاضي في الحالتين واحدة وهي بيان مدى مخالفة الإدارة للقانون سواء أتخذت هذه

---

(1)الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص101

(2)أنظر: الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص208

أنظر: حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص114

أنظر: جعفر، محمد أنس، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص220.

(3) الشهاوي، عاطف محمد، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص329.

المخالفة صورة عمل أحادي أو تصرف ثنائي، ومن ثم فإن عقود الإدارة لا تستعصي على دعوى الإلغاء بالنظر إليها في ذاتها.

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري:

منذ صدور حكم مجلس الدولة في قضية (Levieux) عام 1899، إستقر القضاء الإداري في فرنسا وبصراحة على عدم قبول دعوى الإلغاء ضد عقود الإدارة، لأن العقود عبارة عن إتفاق بين إرادتين ليست ذات طبيعة تجعلها صالحة بالطعن عليها بالإلغاء لتجاوز السلطة[1].

إلا أن المشرع الفرنسي قد تدخل حديثاً فأجاز توجيه دعوى الإلغاء إلى العقد في حالات محددة وسايره مجلس الدولة الفرنسي في ذلك[2].

حيث صدر في فرنسا القانون رقم 213 لسنة 1982 والمعدل بالقانون رقم 623 لسنة 1982 بشأن حقوق وحريات الهيئات المحلية، والذي أجاز لممثل الدولة الطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقود التي تبرمها الهيئات المحلية، كما أجاز له أيضاً الطعن بالإلغاء ضد العقود نفسها التي تبرمها الهيئات المحلية، ويعد هذا المسلك خروجاً على القاعدة المستقرة في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والتي تقضي بعدم جواز الطعن بالإلغاء ضد عقود الإدارة، كما أن الطعن يجب أن يتم عن طريق ممثل الدولة، وقد حدد المشرع الفرنسي أنواع معينة من العقود التي تبرمها الهيئات المحلية وهي عقود الإمتياز، وعقود إيجار المرافق العامة المحلية،وعقود القروض وعقود الأشغال، وقد

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، ص113.

(2) أحمد، عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص321.

أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الإتجاه الجديد وقبل بحكمه الصادر بتاريخ 1985/3/8 الطعن بالإلغاء على العقد نفسه[1].

وقد إعتنق مجلس الدولة الفرنسي ذات المنهج الذي خطه المشرع وقبل الطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، كما قبل في قرارات حديثة نسبياً الطعن المقدم من المنتفعين بخدمات المرفق العام المتعاقد بعقد إمتياز، وإن كان الطعن في هذه الحالة منصباً على الشروط اللائحية في العقد دون الشروط التعاقدية، وقبل أيضاً الطعن المقدم من الغير في عقود توظيف العاملين غير المثبتين، كما قبل طعناً إنصب على شروط تعاقدية في عقد إمتياز بين الإدارة وإحدى شركات الإلتزام بإنشاء او إدارة أحد الطرق السريعة[2].

وهذا الإتجاه من المشرع الفرنسي ومجلس الدولة يعد تطوراً جذرياً في شأن الطعن بالإلغاء ضد عقود الإدارة، ولكن يؤخذ عليه أن يتم فقط عن طريق ممثل الدولة، أما المتعاقد مع الإدارة أو الغير فلا يجوز أن يطعن بنفسه بالإلغاء، وإنما يقوم بتقديم طلب لممثل الدولة بذلك مبنياً أن هذا العقد قد أضر بحقوقه، ولممثل الدولة في هذه الحالة الطعن فعلاً بالإلغاء من عدمه حسب تقديره الشخصي لمشروعية أو عدم مشروعية العقد المطلوب الطعن فيه[3].

---

(1) نقلاً عن: السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص97-101.

(2)De lisieux, R. D. A, 1999, Conel, Z. H. p. 188.

نقلاً عن: الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص99.

(3) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص107.

وبالنسبة للقضاء الإداري المصري فقد صدر حكم فريد من نوعه من محكمة القضاء الإداري، حيث قبلت فيه الطعن المقدم أمام دائرة الإلغاء الخماسية بفسخ أحد العقود[1].

إلا أن القاعدة المستقرة في القضاء الإداري المصري قديماً وحديثاُ هي عدم فصل العقد عن العملية التعاقدية، بالتالي خروجه عن نطاق دعوى الإلغاء، حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في معرض التفرقة بين العقد الإداري الغير خاضع لدعوى الإلغاء وبين القرار الإداري الذي يعد موضوعاً لدعوى الإلغاء بقولها: (ومن حيث أنه إذا كان القرار الإداري هو عمل قانوني يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، فإن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفيه)[2].

وفيما يتعلق بالقضاء الإداري الأردني، فقد إستقر قضاء محكمة العدل العليا السابقة فيه على أن العقد الإداري لا يقبل الإنفصال عن العملية العقدية، وبالتالي لا يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء، حيث جاء في حكم لها بأنه: (الدعوى التي تنصب على الطعن في القرار من ناحيته التعاقدية لا من ناحيته الإدارية لا تدخل في إختصاص محكمة العدل العليا بل يعود النظر فيها إلى المحاكم العادية)[3].

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 190 لسنة 7ق، بتاريخ 1954/3/8، س8، ص880.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، القضية رقم 1059 لسنة 7ق، بتاريخ 1963/5/25، ص1352.

(3) حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، بتاريخ 1980/10/28، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر، 1980، ص602.

أما بالنسبة للقضاء الإداري العراقي، فإن القاعدة المستقرة فيه كما قلنا سابقاً أن العقد متى ما أبرم بين طرفيه، فإن الإختصاص بالنظر في المنازعات الناشئة هو القضاء العادي (المحاكم المدنية).

وهنا يؤيد الباحث التطور الحديث للمشرع الفرنسي بشأن المسلك الجديد بخصوص قبول الطعن ضد عقود الإدارة التي تبرمها الهيئات المحلية على الرغم من محدوديته، ونتمنى من المشرع المصري والأردني والعراقي أن يحذو حذو المشرع الفرنسي في هذا المجال بإعتباره المرجع الذي يسترشدون في أغلب أحكامهم القضائية ويرتد إليه السبق في خلق الغالبية من نظريات القانون الإداري.

المبحث الثالث

أثر الحكم بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال على العملية التعاقدية

إن العملية العقدية التي تضطلع بها الإدارة وتقوم بالإشراف عليها، تستلزم قيامها بإتخاذ مجموعة من الأعمال القانونية والمادية اللازمة لتحقيقها، وهنا نود أن نبين نوع من التناقض الموجود بين الأخذ بالمنهاج التركيبي القائم على وحده العملية العقدية، وإتباع المنهج التحليلي القائم على نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال[1].

فبعض الأعمال القانونية المكونة للعملية العقدية تتمتع بنوع من الإستقلال عن البعض الآخر، ومثال ذلك قرار المجلس المحلي القاضي بالترخيص بإبرام العقد، ليس له رابطة مباشرة بقرار السلطة المختصة بالتصديق على العقد، وهنا تبرز إمكانية فصل قرار ما عن العملية العقدية والطعن ضده بالإلغاء استقلالاً أمام قاضي الإلغاء، ومن جانب آخر فإن جميع الأعمال القانونية في العملية العقدية مرتبطة ببعضها برباط وثيق وتتجه جميعها لتحقيق الهدف النهائي للعملية، وهي سلسلة ذات حلقات يسند بعضها بعضاً، ومن ثم فإن فقدان أي عنصر من عناصر هذه العملية، سيؤدي إلى سقوط العناصر الأخرى المترتبة عليه، وبالتالي سقوط العملية في مجموعها[2].

إن هذا التعارض بين وحدة العملية العقدية، وإمكانية فصل القرارات المرتبطة بها يثير الكثير من الإشكالات بالنسبة لآثار حكم الإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال على العملية التعاقدية، كما أن أثر إلغاء القرارات القابلة للإنفصال تختلف بين حالة إصدار الحكم من قبل قاضي الإلغاء،

---

(1) جمال الدين، سامي، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص164

(2) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص26

وبين أن يلجأ فيها أحد طرفي العلاقة العقدية إلى قاضي العقد للعمل على بطلان العقد الإداري إستناداً لحكم الإلغاء

ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: أثر الحكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال إذا لم ترفع الدعوى أمام قاضي العقد.
- المطلب الثاني: أثر الحكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال عند رفع الدعوى أمام قاضي العقد.

المطلب الأول

أثر الحكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال إذا لم ترفع الدعوى أمام قاضي العقد

إن الطعن بالإلغاء ضد القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري أمام قاضي الإلغاء قد يقدم من الغير الذين هم ليسوا طرفاً في العقد، كما قد يقدم الطعن من قبل المتعاقد مع الإدارة، وربما لا تثار أية صعوبات إذا ما تم إستصدار حكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال قبل إبرام العقد بصفة نهائية أيا كانت صفة مقدم الطعن إذ أنه يتعين على الإدارة في هذه الحالة إحترام حجية حكم الإلغاء في مواجهة الكافة وترتيب أثره بعدم الاقدام على إبرام العقد[1].

إلا أن هذا الفرض نادر الحدوث، لأنه عادة يتم إبرام العقد الإداري قبل صدور حكم قاضي الإلغاء بسبب بطء إجراءات التقاضي، وفي هذه الحالة تثار العديد من الإشكالات حول أثر الحكم على العملية العقدية ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم المطلب إلى فرعين:

---

(1) أحمد، عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص370.

- الفرع الأول: صدور الحكم الخاص بإلغاء القرار القابل للإنفصال قبل إبرام الإدارة للعقد بصورة نهائية.
- الفرع الثاني: صدور الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال بعد إبرام العقد بصورة نهائية.

الفرع الأول: صدور الحكم الخاص بإلغاء القرار القابل للإنفصال قبل إبرام الإدارة للعقد بصورة نهائية

إن صدور الحكم بإلغاء أحد القرارات التمهيدية قبل قيام الإدارة بالإبرام النهائي للعقد أي قبل إتمام العملية القانونية لا يثير أية مشكلة حيث لا تستطيع الإدارة أن تسير قدماً في إجراءات التعاقد، وإلا تكون قد خالفت قوة الشيء المقضي فيه لحكم الإلغاء، حيث أن ما قضي به نهائياً لا يجوز طرحه للمناقشة من جديد بطريق مباشر أو غير مباشر[1].

كما إن إبرام العقد الإداري يستلزم تبادل تعبير صادر عن إرادتين متطابقتين، إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، وإفصاح الإدارة عن إرادتها يتم بإتخاذ مجموعة من الإجراءات، وعليه فإن إبطال أحد هذه الإجراءات يؤدي إلى إبطال الإيجاب الصادر عن الإدارة، وبالتالي فإن قبول الطرف الآخر لن يتلاقى مع إيجاب سليم وقائم صادر من الإدارة، وبالتالي لا ينعقد العقد، وإلا تكون الإدارة قد خالفت الحجية المطلقة لحكم الإلغاء[2].

---

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص27.

(2) حلمي، عمر، طبيعة إختصاص القضاي الإداري بمنازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص22.

ويستوي في هذا الشأن أن يكون الطعن بالإلغاء قد قدم ممن سيصبح طرفاً في العقد أو من الغير، وهذا هو مفهوم الحجية المطلقة لحكم الإلغاء، حيث ينتج الحكم أثره ليس فقط في مواجهة أطراف الدعوى بل أيضاً في مواجهة الكافة[1].

كما أنه يمكن الوصول إلى نفس النتيجة وذلك بإستصدار حكم بوقف تنفيذ القرار القابل للإنفصال شرط أن يسبق الحكم الصادر بوقف التنفيذ إنعقاد العقد بصورة نهائية، وهنا لا تستطيع الإدارة أيضاً أن تسير في إجراءات التعاقد حتى نهايتها[2].

إلا أن هذا الفرض نادر الحدوث من الناحية الواقعية، حيث أنه عادة ما يتم إبرام العقد قبل صدور الحكم بالإلغاء أو وقف التنفيذ، وذلك بسبب بطء إجراءات التقاضي، ولذلك يصدر الحكم بالإلغاء أو وقف التنفيذ غالباً بعد إبرام العقد[3].

الفرع الثاني: صدور الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال بعد إبرام العقد بصورة نهائية

إن هذا الفرض هو الأكثر حدوثاً في الواقع العملي، وقد أثيرت حوله العديد من الآراء والإنتقادات، خاصة بعد أن إستقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن الحكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال عن العقد لا أثر له على العقد ذاته، بل يظل العقد قائماً وسارياً طالما لم يطلب أحد أطرافه إبطاله أمام قاضي العقد[4].

---

(1) السناري، محمد عبد العال. التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة. مرجع سابق، ص75.

(2) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص185.

(3) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص27.

(4) السناري، محمد، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص76.

ولبيان موقف كل من الفقه والقضاء الإداري من أثر الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال على العملية التعاقدية سيتم تقسيم هذا الفرع إلى الآتي:

- أولاً: موقف القضاء
- ثانيا: موقف الفقه.

أولاً: موقف القضاء

إن المستقر قضاءً في فرنسا ومصر والأردن أن الطعن بالإلغاء موجه إلى القرار الإداري القابل للإنفصال عن العملية التعاقدية في ذاته، وأن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري لا يتناول سوى هذا القرار، أما بالنسبة للعقد الذي يبنى عليه هذا القرار فيظل قائماً منتجاً لآثاره القانونية حتى يحكم قاضي العقد بإبطاله بناءً على طلب أحد أطرافه، فليس لقاضي الإلغاء أن يستخلص النتائج حتى المباشرة منها لحكم الإلغاء[1].

ولمزيد من التوضيح سيتم شرح ما إستقر عليه القضاء الإداري الفرنسي والمصري والأردني والعراقي تباعاً بصدد الموضوع.

1- موقف القضاء الإداري الفرنسي

لقد إستقرت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على أن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال لا يمكن أن يؤثر مباشرة على العقد الإداري، بحيث لا يترتب على إلغاء القرار الإداري بطلان العقد ما لم يتم الطعن ضد هذا الأخير أمام قاضي العقد، ومن ثم فإن الإلغاء يقتصر على القرار وحده، والحكم الرئيسي لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو حكمه في قضية (Martin)

(1) شطناوي، علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص448.

المذكورة آنفاً، حيث أوضح ذلك مفوضي الدولة (روميو) في تقريره المقدم إلى مستشاري المجلس والذي جاء فيه: (إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة قيمة نظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين لقاضي الموضوع بطلب فسخ العقد) [1].

كما ترددت هذه الفكرة في تقرير مفوض الدولة الفرنسي (كاهن سلفادور) في الحكم الصادر بتاريخ 1926/11/19 والذي جاء فيه: (إذا كان العقد قد نفذ، فإنه لا يمكن المساس به مباشرة نتيجة إلغاء القرارات المرتبطة به، إذ يقدر قاضي الإلغاء سلامة هذه القرارات دون أن يكون له حق تقييم العقد في ذاته بمقتضى قاضي العقد، إذا عرض الأمر عليه بواسطة الأطراف ذوي الشأن، لتقدير نتائج هذا الإلغاء على صحة العقد ذاته) [2].

ونتيجة الإنتقادات الفقهية المتعددة بصدد الموضوع والتي تقوم على أساس أن الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال يؤدي ضمناً إلى بطلان العقد، كشفت بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي إتجاهاً جديداً صوب التحلل من منهجه التقليدي آنف الذكر [3].

وقد تمثل الإتجاه الجديد لمجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر عام 1946، حيث أحال القضاء العادي على القضاء الإداري تفسير كراسة الشروط الملحقة بعقد الإلتزام، وإذ ثبت للمجلس سبق صدور حكم من القضاء الإداري بإلغاء قرار التصديق على عقد الإلتزام لصدوره من جهة غير

---

(1) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص187

(2)حشيش، عبدالحميد، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص28.

(3) الشهاوي، عاطف، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص365.

مختصـة، لـذلك إعتبـر المجلـس أن طلـب التفسـير غيـر ذي موضـوع لأن عقـد الإلتـزام لا يكتمـل إلا بتصديق صحيح،ويكشف هذا الحكم عن إتجاه مجلس الدولة بأن إلغاء القرار القابل للإنفصال يؤدي من تلقاء نفسه إلى فصل الرابطة العقدية دون حاجة إلى إستصدار حكم بذلك من قاضي العقد[1].

كمـا قضـى مجلـس الدولـة الفرنسـي بتـاريخ 1982/7/7 بـأن القـرار الصـادر بإختيـار أحـد المقاولين لبنـاء مدرسـة دون الإلتزام بباقي إجراءات الممارسـة بينـه وبين من لهم حق الإشتراك فيها، يؤدي إلى بطلان القرار الصادر في هذا الشأن، ومن ثم بطلان العقد الذي أبرم مع المقاول بناءً على ذلك القرار، وهنا إعتبر المجلس أن بطلان العقد قد جاء نتيجة حتمية لبطلان القرار، لذلك فإن على الطاعن بالإلغاء أن يطلب صراحة من قاضي الإلغاء، إضافة إلى الحكم بإلغاء القرار الصادر بالتوقيع على العقد، إبطال العقد الإداري كذلك في آن واحد[2].

وقـد تبلـور إتجـاه مجلـس الدولـة فـي هـذا الصـدد بـالحكمين الصـادرين فـي عـام 1993 و1994،[3] إذا كشفا عن عدول المجلس عن منهجه السابق مع قبول ترتيب الأثر المباشر لحكم إلغاء القرار القابل للإنفصال على العقد في حالتين:

* الأولى: أن يكون سبب إلغاء القرار المنفصل عيباً في القرار ذاته، وكان هذا القرار مرتبطاً بالعقد إرتباطاً مباشراً، فيكون ذلك مبرراً لبطلان العقد.

---

(1)C.E.1-Mail, 1946, Societe Lenergie industrielle,rec,p .66.

نقلاً عن الدليمي، حبيب، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، مرجع سابق، ص121.

(2) نقلاً عن" الطبطبائي، عادل، الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سابق، ص46.

(3)S.C.E. 7- octobre- 1994, ep, lopez. Rec, p. 430, Concl Schwartz. A.J. 1994, p.867.

نقلاً عن: أحمد، عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص374.

* الثانية، أن يكون بسبب إلغاء القرار الطعين عدم مشروعية العقد ذاته أو عيب في شروطه، وهو البطلان الذي أفصح عنه ونطق به الحكم الصادر بإلغاء القرار .

وتأكيداً لهذا الإتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي صدر القانون رقم (8) من فبراير لسنة 1995 والذي مقتضاه : (لمحاكم مجلس الدولة والمحاكم الإدارية سلطة إصدار أوامر للإدارة لإتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم، كما لها أن تحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية جزاء تاخيرها أو تقاعسها عن تنفيذ حكم الإلغاء بغية إحترامها لحجية أحكام القضاء وسرعة تنفيذها) [1].

وبالقانون الأخير يكون المشرع الإداري الفرنسي قد إعترف بتأثير حكم إلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال على العقد المرتبط به، وفتح بالتالي للغير عن هذا العقد طريقاً كان منغلقاً قبله بسبب نسبية آثار العقد، وبمقتضى هذ الطريق يمكن للغير طلب فسخ العقد من جهة الإدارة وفي حالة رفضها يستطيع أن يلجأ الغير إلى دعوى الإلغاء ضد قرار الرفض الضمني أو الصريح الصادر منها، أو يمكن بموجب هذا الطريق الجديد اللجوء إلى القاضي الإداري وتقديم طلب فرض غرامة تهديدية على جهة الإدارة لحثها على إتخاذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى الحكم الصادر له، وعلى جهة الإدارة رفع الأمر لقاضي العقد الذي سيرتب النتائج الطبيعية لإلغاء القرار القابل للإنفصال، وإعمال الأثر المنطقي لهذا الإلغاء على العقد فيقوم بإبطاله[2].

---

(1) R. CHAPUS, droit du contentieux administratif, p. 607.

نقلاً عن: المسلماني، محمد أحمد، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في العمليات القانونية المركبة، مرجع سابق، ص355.

(2) الشهاوي، عاطف، القرارات الإدراية القابلة للإنفصال في قضاء مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص367.

وفي حكم حديث وجه مجلس الدولة الفرنسي أمراً إلى إحدى المؤسسات العامة بإتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل إلغاء عقد من العقود الإدارية التي أبرمتها المؤسسة، وذلك في حكمه الصادر بتاريخ 1999/3/26 في قضية شركة (هيرتز فرانس)، حيث أبرم مدير مطار باريس عقداً مع الشركة المذكورة لتأجير السيارات للمسافرين القادمين إلى فرنسا، وذلك بموجب تفويض صادر له من مجلس إدارة المطار يخوله سلطة إبرام هذا العقد لمدة سبعة سنوات، ولكن إحدى الشركات التي كانت متقدمة للتعاقد، طعنت بإلغاء القرار القابل للإنفصال عن العقد لإستناده إلى تفويض باطل، ولأن الأنظمة التي يخضع لها المطار بإعتباره من المؤسسات العامة، لا تتضمن أي نص صريح يجيز هذا التفويض، قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المطعون فيه، كما وجه أمراً إلى مدير مطار باريس بإتخاذ الإجراء اللازم من أجل إلغاء العقد موضوع الدعوى، وذلك إما عن طريق التسوية الودية مع الشركة المتعاقدة، وإما عن طريق رفع دعوى ببطلان العقد أمام المحكمة المختصة[1].

2- موقف القضاء الإداري المصري

لقد جاءت أحكام القضاء الإداري المصري مسايرة للإتجاه السابق المستقر لدى مجلس الدولة الفرنسي بعدم ترتيب الحكم الصادر بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لأية آثار مباشرة على العقد الإداري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها: (ومن حيث أنه لا يقدح بما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجدٍ ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، وذلك لأن مناط الإختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن

---

(1) المجلة الفرنسية للقانون الإداري (FRDA)، 1999، ص977.

نقلاً عن: العصار، يسري، (2000). مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دراسة مقارنة. دار النهضة العربية، القاهرة، ص296، وما بعدها.

يكون محلاً للطعن بالإلغاء أم لا، فحيثما يمكن فصل هذا القرار عن العملية المركبة فإن طلب إلغائه يكون والحالة من إختصاص محكمة القضاء الإداري، على أن وجه المصلحة في الطعن ظاهر إذا لوحظ أن حكم الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية أو الإدارية، كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن مدنياً لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا بأطراف في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغاء القرار الإداري إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم) [1].

واستمر القضاء الإداري في مصر على هذا النهج، إلا أن هناك فتوى لقسم الرأي بمجلس الدولة المصري المجتمع بتاريخ 1952/12/23، والذي أخذ فيها بالإتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي، والذي يرى أن إلغاء القرار القابل للإنفصال عن العقد يترتب عليه إلغاء العقد مباشرة، دون ضرورة اللجوء لقاضي العقد لتقرير ذلك طبقاً للمسلك التقليدي لمجلس الدولة في فرنسا ومصر، حيث جاء بهذه الفتوى: (وبما أنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادراً عن سلطة إدارية لها الحق في إصداره، ويعتبر الإخلال بذلك موجباً لبطلان التصرف، وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم لشئون الوقود، ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة) [2].

إلا أن القضاء الإداري المصري قد إستقر بعد ذلك على المسلك التقليدي حيث جاء في حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا بأنه: (هذا النزاع لا يمتد إلى العقد ذاته الذي يظل قائماً ومنتجاً لآثاره

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم القضية 1753 لسنة 1ق، بتاريخ 1947/11/25، السنة 2، ص91

(2) فتوى قسم الرأي مجتمعاً برقم 684، بتاريخ 1952/12/23، نقلاً عن: الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص189.

إلى أن تفصل المحكمة المختصة في النزاع المتعلق به، وهو ما يستلزم بالضرورة تحديد طبيعة هذا العقد للوقوف على الجهة القضائية المختصة بنظره، وما إذا كان عقداً إدارياً تختص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عنه، أو أنه من عقود القانون الخاص التي تخضع لولاية القضاء العادي، ولا شأن لمحاكم مجلس الدولة بالمنازعات الناشئة عنه)[1].

3- موقف القضاء الإداري الأردني

لقد سلك القضاء الإداري الأردني ذات المسلك التقليدي الذي إتبعه القضاء الإداري الفرنسي والمصري، المتضمن عدم ترتيب الحكم الصادر بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لأية آثار مباشرة ضد العقد الإداري.

فقد جاء في أحد أحكام محكمة العدل العليا الأردنية السابقة بأنه:

(إن كل ما يتخذ من قرارات في هذا الصدد يعتبر من القرارات الإدارية التي تخضع من حيث الإختصاص لمحكمة العدل العليا، في صدور من مثل هذه القرارات مخالفاً للقوانين أو الأنظمة، أو مشوباً بإساءة استعمال السلطة حق إلغاءه، دون أن يكون لهذا الإلغاء مساس بذات العقد الذي تم على أساسها، بل يظل العقد قائماً بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعات المتعلقة به) [2].

ولم يجد الباحث أي حكم للقضاء الإداري الأردني يدل على اتباعه للإتجاه الحديث الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي والذي تم شرحه آنفاً.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم الطعن 1630 لسنة 44ق، بتاريخ 2004/1/17، ص76.

(2) حكم محكمة العدل العليا الاردنية السابقة، رقم القضية 60/254، بتاريخ 1960/5/16، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة النشر 1960، العدد2، ص313.

4- موقف القضاء الإداري العراقي

من خلال البحث لم يجد الباحث أية أحكام للقضاء الإداري العراقي بصدد سلوكه المسلك التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي والمصري، أو تأثره بالإتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي، حيث أن محكمة القضاء الإداري فيه ليس من إختصاصاتها النظر بصحة القرارات الإدارية القابلة للإنفصال بعد إبرام العقد الإداري، وذلك لأن كافة المنازعات المتعلقة بالعقد بعد إبرامه تكون من إختصاص القضاء العادي.

هذا بالإضافة إلى أن المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية والمشكلة بموجب المادة(10/ثانياً/أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة2008، والتي تم إلغاؤها عام 2013 كما تم شرحه سابقاً ليس من إختصاصها النظر بالقرارات الإدارية القابلة للإنفصال بعد إبرام العقد الإداري، لنفس الأسباب المذكورة آنفاً، فأحكام المحكمة إقتصرت على إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال والمشوبة بعيب عدم المشروعية قبل إبرام عملية التعاقد الإداري وهي القرارات التمهيدية السابقة لإبرام العقد.

ثانياً: موقف الفقه

لقد إختلف الفقهاء في فرنسا ومصر بشأن قاعدة إستمرار العقد الإداري رغم الحكم بإلغاء القرارات القابلة للإنفصال في مرحلة إبرام العقد وعدم تأثره بها، حيث عارض غالبية الفقهاء هذه القاعدة بشدة بينما أيدها بعض الفقهاء، أي أن غالبية الفقه الفرنسي والمصري كانوا في الإتجاه المعارض للمسلك التقليدي الذي سبق شرحه في أحكام القضاء وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي:

1- الفقه المعارض للإتجاه الغالب في أحكام القضاء

رغم إستقرار العمل بالقاعدة السابقة، إلا أن هنالك العديد من فقهاء القضاء الإداري الفرنسي والمصري الذين وجهوا سهام نقدهم لتلك القاعدة وعلى النحو الآتي:

- إنتقد الفقيه الفرنسي بيكينو (Piquignot) القاعدة السابقة إذا يرى عدم منطقية قضاء مجلس الدولة الفرنسي في عدم ترتيبه آثاراً مباشرة على العقد الإداري عند الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال عنه، وترك العقد منتجاً لآثاره في المستقبل رغم عدم مشروعية بعض القرارات التي أسهمت في تكوين ذلك العقد، لذلك فهو يقترح أن يتم إحالة الأمر بعد صدور حكم الإلغاء إلى الجهة الإدارية المتعاقدة لتعمل حكم القانون، أي أن تقوم بإلغاء العقد، كما يتبع عادة في منازعات الوظيفة العامة[1].
- يرى الفقيه الفرنسي فيل (weil) أن هذا الإتجاه ليس له ما يبرره سواء من الناحية العملية أو النظرية، فمن الناحية العملية لا يعد القانون مجرد رأي فقهي يقتصر على جوانب نظرية، بل هو واقع تطبيقي وعملي، وعليه يلاحظ بأن العمل بالقاعدة السابقة يؤدي إلى تعقيد إجراءات التقاضي أمام قاضي الإلغاء، وأمام قاضي العقد فيما بعد، أما من الناحية النظرية فإن الهدف مما يوجبه القانون عند قيامه بالعديد من الإجراءات الإدارية عند التعاقد هو ضمان شرعية العقد وقانونيته، وعليه لا يمكن قبول إبقاء العقد بعد ثبوت عدم شرعية ما أحيط به من القرارات[2].

---

(1) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص191.

(2) جبرة، عبد المنعم عبد العظيم، (1971). آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري. دار الفكر العربي، القاهرة، ص393.

- يرى الفقيه الفرنسي كراسليك (Krassilchik) أن عدم ترتيب أي أثر على إلغاء القرار القابل للإنفصال يتضمن مخالفة صارخة لحجية الأمر المقضي فيه، فكيف يتسنى الإبقاء على العقد مع ما يتضمنه من عدم المشروعية، ومع أن أحد العناصر التي قام عليها أصبح معدوماً بمقتضى حكم الإلغاء[1].
- يذهب الفقيه الفرنسي فلام (Flamme) إلى القول بأن القاعدة السابقة ناقصة في بنائها الفكري والقانوني، لأنه ليس من قبيل المنطق القانوني أن يظل العقد قائماً ونافذاً على الرغم من إلغاء القرارات التي بني عليها العقد الإداري[2].
- إنتقد الفقيهان الفرنسيان دي لوبادير ودلفوفيه (Delaubadere et Delvolve) موقف قضاء مجلس الدولة الفرنسي بالإبقاء على العقد نافذاً ومنتجاً لآثاره في المستقبل رغم ما يتضمنه من عدم المشروعية، مما حدا بهم إلى طرح فكرة إستخدام آليه الغرامات التهديدية لإجبار الإدارة على اللجوء إلى قاضي العقد، والتي استجاب لها المشرع الفرنسي بإصداره قانون 1995/2/8 كما تم شرحه آنفاً[3].
- يرى الدكتور سليمان الطماوي أن موقف القضاء الفرنسي والمصري من هذه المسألة يتضمن تناقضاً واضحاً، فالقرار القابل للإنفصال الذي يحكم بإلغائه هو مرحلة من مراحل العملية المركبة، ويترتب على سلامته سلامة العملية كلها، وبالتالي فإن إبطال هذا القرار يؤدي إلى إبطال ما

---

(1) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص83.

(2) نوح، مهند مختار، (2005). الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ص261.

(3) أبوالعينين، محمد ماهر، (2004). العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات. الكتاب الأول، الطبعة الاولى، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ص133.

يترتب عليه، والحقيقة أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يرجع إلى أسباب تاريخية مقصورة على فرنسا، حيث كان سببها قاعدة عدم قبول دعوى الإلغاء إذا وجد طريق طعن مقابل، فلما بدأ المجلس يتخلى عنها فعل ذلك تدريجياً فألغى القرار الذي كان أساساً للعقد دون أن يتصدى للعقد، ولذلك فإن هذا القضاء يمثل مرحلة إنتقال ولا محل للتقيد به في مصر[1].

- كما إنتقد الدكتور عبد الحميد حشيش[2] الإتجاه الذي استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر وإقترح حلولاً بديلة، ويقوم هذا الإقتراح على الأخذ بأحد بديلين هما:

الأول: أن يفسح لغير أطراف العقد بأن يطلبوا بإبطاله أمام قاضيه الطبيعي، وذلك بعد أن يحصلوا على حكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال من قاضي الإلغاء.

الثاني: الإكتفاء بالإلتجاء إلى قاضي الإلغاء، وأن يسمح له بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار بما في ذلك بطلان العقد نفسه، إلا أنه في الحالات التي يؤدي فيها إلغاء القرار إلى المساس بالعقد كله فإنه يتعين إختصام طرفي العقد، فضلاً عن الإدارة مصدرة القرار، وذلك حتى يدافع كل صاحب مصلحة عن حقوقه.

- ويرى الدكتور عبد المنعم جبرة أنه لا يوجد مبرر منطقي يفرض هذه النتيجة الشاذه، فضلاً عن إلتزام أصحاب الشان بضرورة الإلتجاء إلى القضاء مرة أخرى لتقرير أمر مؤكد وواضح، فيه الكثير من العنت ولا يتفق وضرورة تيسير العدالة[3].

---

(1) الطماوي، سليمان، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص374.

(2) حشيش، عبد الحميد، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص34

(3) جبرة، عبد المنعم عبد العظيم، آثار حكم الإلغاء، مرجع سابق، ص394

2- الفقه المؤيد للإتجاه الغالب في أحكام القضاء.

يؤيد بعض الفقهاء الإتجاه الغالب في أحكام القضاء فيما ذهب إليه من الإبقاء على العقد وإستمراريته بالرغم من إلغاء القرار القابل للإنفصال المرتبط به، أي عدم ترتيب القرار لأي أثر مباشر على العقد.

- حيث يرى الفقيه الفرنسي ريفيرو (Rivero) أنه يجب أن لا يكون لإلغاء القرار القابل للإنفصال أي أثر على العقد ذاته، حيث يبقى العقد قائماً إلى أن يتم إلغائه بمعرفة قاضي العقد بناءً على طلب أحد أطرافه، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى زعزعة إستقرار المعاملات من جهة، وإهدار قواعد الإختصاص من جهة أخرى، حيث يترتب عليه إعتداء قاضي الإلغاء على إختصاص قاضي العقد[1].
- كما يذهب الفقيه الفرنسي فالين (Waline) إلى أنه إذا كان قاضي الإلغاء صاحب إختصاص شامل بالنسبة للقرارات الإدارية، فإن مرجع ذلك أنه يواجه هذه القرارات مجردة عن العمليات القانونية المرتبطة بها، فتشمل ولاية الحكم على هذه القرارات من الزاوية الموضوعية، إلا أن هذا القاضي لا يختص ببحث ما يتعلق بهذه القرارات من مراكز شخصية حقوقية، وأن السماح لقاضي الإلغاء بتجاوز نطاق ولايته الطبيعية في رقابة الشرعية يؤدي إلى عدوان على ميدان قاضي العقد[2].

مما سبق يتضح بشكل جلي للباحث إلى أن غالبية الفقه الفرنسي والمصري قد إمتعض وبشدة من قاعدة عدم ترتيب أثر مباشر للحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال على العقد، من خلال الإنتقادات

---

(1) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص83.

(2)أحمد، عبدالله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص377.

الفقهية التي تم ذكرها آنفاً لأحكام القضاء الإداري التي تم شرحها سابقاً، لأن هذا الإتجاه غير منطقي من ناحية ويخالف من ناحية أخرى القاعدة الأصولية التي تقضي بأن ما بني على باطل فهو باطل، كما أنه لا يتفق مع المصلحة العامة التي تقضي بتيسير إجراءات التقاضي وسرعة الفصل في المنازعات القضائية، وهذا ما دعا المشرع الفرنسي إلى تغيير منهجه التقليدي، وسلوكه إتجاهاً حديثاً بصدور القانون رقم 8 فبراير لسنة 1995، والذي إعترف فيه بتأثير حكم إلغاء القرار الإداري على العقد المرتبط به، والأحكام القضائية التي تلت هذا القانون.

وهنا يؤيد الباحث الإتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي بصدد الموضوع، كما يأمل من القضاء الإداري المصري والأردني والعراقي الأخذ به لما فيه من تحقيق للعدالة، كما يؤيد الباحث الرأيين البديلين للدكتور عبد الحميد حشيش والذي تم ذكرهما بشكل مفصل سابقاً وذلك لمنطقيتهما ولكي تصبح نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال ذات نفع وفائدة.

المطلب الثاني

أثر الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال في حالة رفع الدعوى أمام قاضي العقد

يقتصر الطعن أمام قاضي العقد على طرفي العلاقة التعاقدية فقط، دون أن يشمل حق الطعن للغير، ومن ثم قد يلجأ أحد أطراف العقد إلى قاضي العقد مطالباً بإبطاله مستنداً في ذلك إلى الحكم الصادر في دعوى الإلغاء[1].

كما أن الآثار القانونية المترتبة على إلغاء القرار الإداري بوجه عام، هو إعدامه منذ صدوره وإعتباره كأن لم يكن، ومقتضى ذلك زوال كل ما انبنى عليه من أعمال قانونية سواء تمثلت هذه

(1) حشيش، عبد الحميد كمال، القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، مرجع سابق، ص21

الأعمال في صورة قرارات إدارية صدرت مستندة إلى القرار الملغي، أو في صورة عملية قانونية مركبة أسهم القرار الملغي في تكوينها، تطبيقاً للمبدأ الذي يقضي بأن كل ما يُبنى على الباطل يبطل[1].

ورغم إختلاف الموضوع في دعوى الإلغاء عنه في المنازعة العقدية وما قد يحدث من إختلاف الخصوم في الدعويين، يلتزم قاضي العقد بإحترام وإعمال حجية حكم الإلغاء، ويعد ذلك من المظاهر الهامة للحجية المطلقة لأحكام الإلغاء، فقاضي العقد يلتزم – بصفة عامة– بعدم مناقشة شرعية القرار المحكوم بإلغائه، وبألا يصدر في قضائه ما يتعارض مع حكم الإلغاء[2].

وبالنسبة لأطراف العقد يجوز لهم– إذا كان ذلك ممكناً– أن يعدلوا الأوضاع القانونية للعقد المبرم سابقاً وفقاً لما يقضي به حكم الإلغاء، كما يمكنهم فسخ العقد القديم، وإبرام عقد جديد مكانه، تتوافر فيه كافة الموجبات القانونية التي أفتقدت سابقاً، وقاضي العقد مطالب بترتيب أثر إلغاء القرار القابل للإنفصال من خلال تقيده بالقوة المطلقة لحجية الأمر المقضي فيه، وبالتالي فإنه يلتزم قانوناً بإبطال العقد الذي يكون أحد شروط مشروعيته منعدماً سواء كان العقد إدارياً أو مدنياً[3].

وقد أكدت ذلك محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 2002/5/6 بأنه : (عند إلغاء القرار القابل للإنفصال عن العقد للقاضي أن يقرر إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل) [4].

أما بالنسبة للغير، فإذا حصل الغير على إلغاء قرار قابل للإنفصال عن العقد، فإن هذا الإلغاء معرض لأن يبقى بلا أثر، لأنه لأجل سحب نتائج الإلغاء على الوجود القانوني للعقد، لابد من دخول

---

(1) الطماوي، سليمان، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص354.

(2) جبرة، عبد المنعم عبد العظيم، آثار حكم الإلغاء، مرجع سابق، ص252.

(3)Delaubadere et delovolve, Traite des contracts, op, cit, p. 1051.

نقلاً عن الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص2008

(4) حكم كافة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 2002/5/6.

نقلاً عن: أحمد، عبد الله سيد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، مرجع سابق، ص382.

محكمة قاضي العقد، وهذا الأخير لا يمكن أن يطرق بابه إلا المتعاقدون عملاً بقاعدة نسبية آثار العقود، وهذا يعني أن الغير عن العقد سيتوقف مصيره على إنتظار النوايا الحسنة للمتعاقدين، فإذا إمتنع أطراف العقد عن إثارة دعوى البطلان أمام قاضي العقد، فإن هذا العقد يبقى مستمراً لأن مشروعيته لم تطرح أمام القاضي المختص بتقرير بطلانه مما يبقي أثر الإلغاء نظرياً بحتاً[1].

وهذه النتيجة المفاجئة ليست إلا إنعكاساً للفلسفة التي قامت عليها نظرية القرارات القابلة للإنفصال، والمتمثلة بالتوفيق بين الحقوق المكتسبة الناجمة عن العقد وحق الغير في التقاضي، وتجسيد مبدأ المشروعية من جهة أخرى، وهذا التوجه الذي يشبه إنكار العدالة إلى حد كبير كان مثار إنتقاد الفقه منذ زمن طويل كما تم توضيحه بشكل مفصل آنفاً، وأول إنتقاد كان تقرير المفوض روميو في قضية مارتن (Martin) الشهيرة، والتي تبلورت فيها نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال والذي قال فيه: (إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي العقد يطالب بفسخ العقد، ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث في نفوسكم التردد، فأنتم تعلمون تماماً بأن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغي، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية، فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الإحترام لحكمكم، أما ذا صمم الطرفان على الإحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائماً أثر هام يتركز في أنه أعلن حكم القانون ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة، وإنه نور الرأي العام بحيث يمنع في المستقبل العودة إلى

---

(1) حلمي، عمر، طبيعة إختصاص القضاء الإداري في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص273.

هـذه التصـرفات الخاطئـة وهنـا يتفـق بصـفة قاطعـة مـع تقاليـد قضـائكم المسـتنير ومسـتلزمات الديمقراطية)[1].

وأمام هذه الإنتقادات، بدأ مجلس الدولة الفرنسي يتغيير موقفه كما تم توضيحه آنفاً وذلك بإصدار أحكام تقضي بأن إلغاء القرار القابل للإنفصال يترتب عليه مباشرة إلغاء العقد، كما أصدر قانون رقم 8 من فبراير لسنة 1995 المتضمن الغرامات التهديدية للإدارة وجاء بناءً على مقترح من الفقه الفرنسي، وهذا يمثل اتجاهاً جديداً للمشرع الفرنسي يأمل الباحث من المشرع المصري والأردني والعراقي أن يحذوا حذوه لما فيه من تحقيق للعدالة.

وبصفة عامة يترتب على الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال أمام قاضي العقد النتائج التالية:

أولاً: يتمتع حكم الإلغاء بحجية مطلقة أمام قاضي العقد، ومن ثم يمكن أن يطلب أحد طرفي العقد الحكم ببطلان العقد بناءً على الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال الذي بني عليه العقد، سواء كان العقد مدنياً أم إدارياً[2].

ثانياً: لا يعتبر العقد باطلاً لمجرد صدور حكم الإلغاء، بل لابد أن يقضي بذلك قاضي العقد، فهو صاحب الإختصاص المطلق في الحكم بإبطال العقد سواء كان العقد مدنياً أو إدارياً[3].

---

(1) تقرير المفوض روميو في قضية مارتن عام 1905.

نقلاً عن: الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص211-212.

(2)Delaubadere et Delovlve, Traite des contracts, op, cit,p. 1051.

نقلاً عن: الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري، مرجع سابق، ص208.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1944/5/16 في قضية Detroye.

نقلاً عن: السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص73.

ثالثاً: إذا كان الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال عن العقد قد إستند إلى عيب شاب القرار في ذاته، فإن دور قاضي العقد ينحصر في بيان أثر ذلك العيب على العملية العقدية، ومن ثم لا يملك قاضي العقد في هذه الحالة أن يقرر صحة هذا القرار وإنما يبحث فحسب في مدى تأثير بطلان القرار على صحة العقد نفسه[1].

رابعاً: إذا كان الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال قد إستند على عدم مشروعية العقد المتمثلة في مخالفة الشروط التعاقدية للقانون، فإن الإلغاء يحتم هنا إبطال العقد، وإن ما قرره قاضي الإلغاء في هذا الصدد يلزم قاضي العقد، ولا يسمح له بالقضاء بصحة العقد أو خلوه من العيوب التي أثبتها قاضي الإلغاء[2].

خامساً: إن بطلان القرار القابل للإنفصال يقتصر أثره على الإجراءات التالية له التي بنيت عليه، ولا يمتد هذا الأثر إلى الإجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة في ذاتها، فصدور حكم بإلغاء القرار الإداري القاضي بالتصديق على العقد بسبب صدوره من جهة غير مختصة بإصداره، أو بسبب صدوره دون إتباع الإجراءات الشكلية التي أوجبها القانون فإن حكم الإلغاء في هذه الحالة لا يؤدي إلى بطلان القرار الإداري الصادر بالترخيص أو قرار إبرام العقد نفسه[3].

---

(1) ملاحظات مفوض الحكومة Pochard في قضية Cluinternationalعام 1993.

نقلاً عن: نوح، مهند مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص189.

(2)Delaubadere et Delovlve, Traite des contracts, op, cit,p. 1053.

نقلاً عن: الحاجي، طه محمد، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق والعقد الإداري، مرجع سابق، ص209.

(3) جبرة، عبد المنعم عبد العظيم، آثار حكم الإلغاء، مرجع ساق، ص203.

سادساً: يكون للحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال عن العقد إعتباره عند تقدير قيمة التعويض المستحق لمن أصابه ضرر من جراء القرار الملغي، وذلك في حالة إستحالة إعمال آثار حكم الإلغاء بسبب إتمام تنفيذ العقد[1].

بناءً على ما تقدم يستنتج الباحث أن مصير العقد الإداري بعد صدور الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال عنه طبقاً لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري المذكورة آنفاً، يكون في إحدى ثلاث حالات وهي:

- **الحالة الأولى:** صدور حكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال قبل إبرام العقد بصفة نهائية.

وهنا لا توجد ثمة مشكلة حيث أن الإدارة يجب عليها في هذه الحالة إحترام الحجية المطلقة لحكم الإلغاء، ولا يجوز لها أن تسير في إجراءات التعاقد حتى نهايتها وإلا تكون قد خالفت قوة الشيء المقضي فيه، سواء قدم الطعن ممن سيصبح طرفاً في العقد أو الغير، وهذه الحالة تكاد تكون نظرية بحتة بسبب بطء إجراءات التقاضي.

- **الحالة الثانية:** صدور الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال بعد إبرام العقد بصفة نهائية وقيام أحد المتعاقدين بالتمسك بإلغاء القرار أمام قاضي العقد عند طلبه بطلان العقد ترتيباً على إلغاء القرار.

وفي هذه الحالة لا توجد مشكلة أيضاً حيث ستتحقق مصلحة الغير الذي قد يكون قد حصل على حكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال، ولكنه عجز عن الإستفادة من ذلك أمام قاضي العقد لكونه ليس طرفاً في العقد طبقاً لقاعدة نسبية آثار العقد، كما تتحقق مصلحة المتعاقد الذي يستطيع الإستفادة من

---

(1) السناري، محمد عبد العال، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص74.

حكم إلغاء القرار حتى ولو لم يكن طرفاً في دعوى الإلغاء، وذلك تطبيقاً للحجية المطلقة لحكم الإلغاء، حيث ينتج أثر الحكم بالإلغاء ليس في مواجهة أطراف العقد فقط ولكن في مواجهة الكافة، ومن ثم يقوم بالطعن على العقد لابطاله متى كانت مصلحته تقتضي ذلك، ولتحقيق ذلك لابد من قيام دعوى العقد من قبل أحد المتعاقدين أمام قاضي العقد، ولقاضي العقد في هذه الحالة الإختصاص المطلق في الحكم بإبطال العقد، بعد قيامه بتقدير مدى تأثير الحكم بإلغاء القرار على العملية التعاقدية، أو أن العقد أساساً مخالف للشرعية والقانون.

- **الحالة الثالثة:** صدور حكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال عن العقد بعد إبرام العقد دون تقديم طلب من أحد أطراف العقد بإبطاله أمام قاضي العقد.

وهذه الحالة هي التي أثارت مشاكل عديدة إزاء استقرار أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم تقرير بطلان العقد ترتيباً على الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال عن العقد، وهذا ما أثار موجة شديدة من الإنتقادات الفقهية بصدد الموضوع، وبالتالي أدى ذلك إلى تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه، وأخذه اتجاهاً حديثاً كما تم شرحه مفصل آنفاً.

الفصل الخامس

الخاتمة

بعد انتهاء هذه الدراسة والتى تضمنت البحث الموضوعي لمضمون نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وتطبيقاتها في مجال العقود الإدارية، وأثر الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال على العملية التعاقدية، وذلك من خلال دراسة مقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري والأردني والعراقي، فقد توصلت الدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

أولا: لم تكن نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وليدة إبداع فكري لفقهاء القانون، بل كانت من إبتكار القضاء الإداري الفرنسي والذي يرجع إليه الفضل في إبتداع أغلب نظريات القانون الإداري، حيث تحول من مرحلة إعتناقه لنظرية الدعوى الموازية والذي أخذ فيها بالمنهاج التركيبي الذي يرى بأن العملية الإدارية المركبة وحدة واحدة لا تقبل التجزئة، وبالتالي لا يمكن الطعن بالإلغاء ضد القرارات المساهمة في تكوينها إستقلالاً، ثم توجه بعد ذلك بشكل تدريجي إلى مرحلة إعتناق نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال والقائمة على إمكانية تحليل العملية الإدارية المركبة، وفصل القرارات الإدارية المتداخلة في تكوينها، ومن ثم الطعن ضدها بالإلغاء إستقلالاً، أي التحول من المنهج التركيبي إلى المنهج التحليلي وهذا ما سار عليه القضاء الإداري في كل من مصر والعراق والأردن.

ثانياً: إن القرارات الإدارية القابلة للإنفصال لا تتواجد فقط في العمليات القانونية المركبة التي تصدر عن السلطة التنفيذية، بل منها ما يتواجد أيضاً في العمليات القانونية المركبة التي تصدر عن السلطتين التشريعية والقضائية والتي تتصرف فيهما تلك السلطتين بصفتهما جهة إدارة.

ثالثاً: تعد المرحلة السابقة لإبرام العقد الإداري مجالاً خصباً لإعمال نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال وقد طبقها القضاء الإداري الفرنسي في هذه المرحلة، وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري والأردني والعراقي، ولكن يجب التمييز هنا بين الأعمال التحضيرية والتمهيدية وبين القرارات الإدارية، فالإدارة تتخذ خلال هذه المرحلة العديد من الإجراءات والتصرفات، منها ما لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري والبعض الآخر يحمل مقومات القرار الإداري، فالعبرة هنا في التصرف الذي تقوم به الإدارة، فإذا كان صادراً عنها معبراً عن إرادتها المنفردة ويقصد إحداث أثر قانوني، فهذا يعد قراراً إدارياً يقبل الطعن ضده بالإلغاء إستقلالاً إذا شابه عيب عدم المشروعية.

رابعاً: بعد أن تخلى القضاء الإداري الفرنسي عن المنهج التركيبي القائم على أن العملية العقدية وحدة واحدة لا تقبل التجزئة، إعمالاً لنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، يعود مرة أخرى للتمسك به في مرحلة تنفيذ العقد، وذلك من خلال عدم قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة خلال هذه المرحلة، بإعتبارها منازعات عقدية تكون من اختصاص قاضي العقد، وهذا ما أخذ به القضاء الإداري المصري والأردني والعراقي، إلا أنه يرد هنا قيد على هذه القاعدة العامة حيث قبل القضاء الإداري الفرنسي والمصري الطعن بالإلغاء ضد القرارات

الإدارية الصادرة عن الإدارة بصفتها سلطة عامة تخولها القوانين والأنظمة حق إتخاذها، مع الأخذ ببعض الإستثناءات الخاصة بالمتعاقدين مع الإدارة أو الغير في تلك المرحلة.

خامساً: إستقرت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على قبول دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المتصل بعقد غير مشروع، كما تبعه في ذلك القضائيين الإداريين المصري والأردني، كما إستقرت آراء الفقه وأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن مخالفة القرار الإداري لمضمون العقد الإداري (الشروط التعاقدية) لا تعد مخالفة للمشروعية، وبالتالي لا يمكن قبول الطعن بالإلغاء ضد ذلك القرار، لأن مخالفة الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية لا تعتبر مخالفة لقاعدة قانونية عامة تولد حقوقاً عامة، بل هي إلتزامات شخصية، كما أنها من ضمن إختصاص قاضي العقد كونها إجراءات تعاقدية، وقد أخذ بذلك القضائيين الإداريين الأردني والعراقي.

سادساً:إستقر القضاء الإداري الفرنسي على قبول الطعن المقدم من الغير ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، وذلك لعدم إمكانية قيام الغير الالتجاء إلى قاضي العقد بسبب إقتصار ذلك على أطراف العقد تطبيقاً لمبدأ نسبية آثار العقد وتبعه في ذلك القضاء الإداري في كل من مصر والعراق والأردن، كما إن الطعن بالإلغاء المقدم من قبل المتعاقد مع الإدارة كان موضع خلاف بين الفقه والقضاء، حيث إختلفت آراء الفقه الفرنسي والمصري على قبول الطعن المقدم بالإلغاء من قبل المتعاقد مع الإدارة بين مؤيد ومعارض، أما بالنسبة لأحكام القضاء فقد إستقرت أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على قبول طعون الإلغاء المقدمة من قبل المتعاقد مع الإدارة، فيما لم يأخذ بذلك القضائين الإداريين الأردني والعراقي.

سابعاً: إن المستقر فقهاً وقضاءً في الأنظمة المقارنة عدم جواز الطعن بالإلغاء على العقد الإداري بذاته، إلا أن المشرع الفرنسي قد تدخل حديثاً وسلك مسلكاً جديداً فأجاز توجيه دعوى الإلغاء إلى العقد في حالات محددة، وتبعه في ذلك مجلس الدولة الفرنسي وقبل بالطعن المقدم ضد عقود الإدارة في قرارات حديثة نسبياً دون أن يسلك هذا المسلك القضاء الإداري المصري والعراقي والأردني.

ثامناً: إن صدور الحكم بإلغاء القرار الإداري القابل للإنفصال قبل إبرام العقد لا يؤدي إلى اية مشكلة، حيث يجب على الإدارة هنا التوقف عن السير في إجراءات التعاقد وإلا تكون قد خالفت الحجية المطلقة لحكم الإلغاء، وكذلك فيما يخص صدور الحكم بالإلغاء بعد إبرام العقد وقيام أحد المتعاقدين بالتمسك بإلغاء القرار أمام قاضي العقد عند طلبه بطلان العقد ترتيباً على إلغاء القرار، حيث يقوم قاضي العقد بإبطال العقد بعد تقدير مدى تأثير الحكم بإلغاء القرار على العملية التعاقدية، أو أن العقد كان أساساً مخالفاً للقانون، إلا أن صدور حكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال بعد إبرام العقد ولكن دون تقديم طلب من أحد أطراف العقد بإبطاله أمام قاضي العقد أثار موجه إنتقادات فقهية فيما يخص أحكام القضاء بصدد الموضوع، وبالتالي أدى ذلك إلى تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه وسلوكه إتجاهاً حديثاً بخصوص ترتيب الأثر المباشر لحكم الإلغاء على العقد.

ثانياً: التوصيات

أولاً: بالنظر لصدور قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014، والذي نص على إنشاء قضاء إداري على درجتين يتكون من المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا، والذي يعد

تطوراً ملحوظاً للمشرع الأردني، وهنا يوصي الباحث المشرع الأردني بإدخال كافة المنازعات الإدارية ضمن إختصاص المحكمة الإدارية، وذلك أسوة بالقضائيين الإداريين الفرنسي والمصري.

ثانياً: بعد صدور القرار رقم (18) لسنة 2013 قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف رقم (87) لسنة 2004، والذي تضمن إلغاء المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية، هذا بالإضافة إلى صدور القرار رقم (17) لسنة 2013 قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979، والذي نص على إنشاء قضاء إداري على درجتين يتكون من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، حيث يوصي الباحث هنا المشرع العراقي بإدخال كافة المنازعات الإدارية ضمن إختصاص محكمة القضاء الإداري، وكذلك إدخال القرارات الإدارية التي تم إستثناؤها بموجب نص المادة (7/خامساً) من القانون رقم (106) لسنة 1989 ضمن إختصاص محكمة القضاء الإداري، وذلك للمساهمة في تعزيز دور القضاء الإداري في العراق.

ثالثاً: يوصي الباحث بأن يسلك القضاء الإداري العراقي مسلك القضاء الإداري الفرنسي والمصري والأردني بخصوص قبول الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد بإعتبارها سلطة عامة وطنية بمقتضى القوانين واللوائح.

رابعاً: يوصي الباحث بأن يسلك القضائين الإداريين العراقي والأردني مسلك القضائين الإداريين الفرنسي والمصري بخصوص الإستثناءات الخاصة بالطعون المقدمة من قبل المتعاقدين مع الإدارة أو من الغير في مرحلة تنفيذ العقد.

خامساً: يوصي الباحث المشرع المصري والعراقي والأردني بالسماح لقاضي الإلغاء بترتيب كافة النتائج المنطقية المبنية على إلغاء القرار القابل للإنفصال بما في ذلك بطلان العقد، أسوةً بالإتجاه الجديد للمشرع الفرنسي بصدد الموضوع.

سادساً: يوصي الباحث القضاء الإداري المصري والعراقي والأردني بإستصدار قانون يفرض غرامة تهديدية على الإدارة عند تقاعسها عن تنفيذ حكم الإلغاء إسوة بالقضاء الإداري الفرنسي.

سابعاً: يوصي الباحث السماح لغير أطراف العملية التعاقدية بتقديم طلب إبطال العقد الإداري أمام قاضي العقد، وذلك إستناداً للحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإنفصال، إذا كان القرار قد مس حقوقهم.

ثامناً: يوصي الباحث بأن يسلك القضاء الإداري المصري والعراقي والأردني المسلك الحديث للقضاء الإداري الفرنسي في قبول الطعون بالإلغاء ضد العقد الإداري بذاته.

ثالثاً: قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1. أبو العينين، محمد ماهر، (2004). **العقود الإدارية وقوانين والمناقصات والمزايدات**، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة.
2. أبو سمهدانة، عبد الناصر عبد الله، (2012). **القرار الإداري بين النظرية والتطبيق**، المركز القومي للإصدرات القانونية، القاهرة، الطبعة الاولى.
3. البدري، أحمد عبد الحميد، (2013). **قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية**. دار عدنان، بغداد.
4. بدير، علي محمد وآخرون، (1993). **مبادئ القانون الإداري**. مطبعة جامعة بغداد.
5. بسيونين عبد الغني، (2005). **القانون الإداري**، منشأة المعارف، الإسكندرية.
6. البنا، محمود عاطف، (1992). **الوسيط في القانون الإداري**، دار الفكر العربي، القاهرة.
7. البنا، محمود عاطف، (2007). **العقود الإدارية**. دار الفكر العربي، القاهرة.
8. جبرة، عبد المنعم عبد العظيم، (1971). **آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري**، دار الفكر العربي، القاهرة.
9. الجبوري، ماهر صالح، (1991). **القرار الإداري**، مطبعة الحكمة، بغداد.
10. الجبوري، ماهر صالح، (2009). **مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة**، مكتبة السنهوري، بغداد.
11. الجبوري، محمود خلف، (2010). **العقود الادارية**. دار الثقافة، عمان.

12. جعفر، محمد أنس، (1987). **الوسيط في القانون العام القضاء الإداري**، دار النهضة العربية.

13. جعفر، محمد أنس،(2000). **العقود الإدارية**. دار النهضة العربية، القاهرة.

14. جمال الدين، سامي، (2004). **الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية**، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الإسكندرية.

15. حافظ، محمود محمد، (1985). **القرار الإداري**، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة.

16. حافظ، محمود محمد، (1993). **القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن**. دار النهضة العربية، القاهرة.

17. حشيش،عبدالحميد كمال، (1976)، **القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة**، دار النهضة العربية، القاهرة.

18. حلمي، عمر، (1993). **طبيعة إختصاص القضاء الإداري لمنازعات العقود الإدارية**. دار النهضة العربية، القاهرة.

19. الحلو، ماجد راغب، (1982). **القانون الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

20. الحلو، ماجد راغبب، (2004). العقود الإدارية والتحكيم. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

21. حمادة، محمد أنور، (2003). **قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الادارية**. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

22. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (2009). **الأسس العامة للعقود الادارية**. الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.

23. خليل، اشرف محمد،(2010). **نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقود الإدارية**. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

24. راضي، مازن ليلو،(2010). **العقود الإدارية**. منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أربيل.

25. راضي، مازن ليلو،(2010). **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية**. مركز ابحاث القانون، آربيل.

26. ساري، جورجي شفيق،(2002). **القرارات القابلة للانفصال في القانون الاداري**. دار النهضة العربية، القاهرة.

27. سلامة، وهيب عياد، (1992)، **الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة.

28. السناري، محمد عبد العال، (1994).**التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة**. دار النهضة العربية، القاهرة.

29. السنهوري، عبد الرازق،(1982). **نظرية العقد**. الجزء الاول، دار الفكر العربي، القاهرة.

30. السنهوري، عبد الرزاق، (2007). **الوسيط في شرح القانون المدني**. القاهرة، مؤسسة الأمل للطباعة والنشر.

31. شطناوي، علي خطار، (2011). **موسوعة القضاء الاداري**. الجزء الأول، دار الثقافة.

32. الشوبكي، عمر محمد،(2010). **القضاء الاداري، دراسة مقارنة**. الجزء الاول، دار الثقافة، عمان.

33. الطماوي، سليمان محمد، (1979). **الوجيز في القانون الإداري**، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة.

34. الطماوي، سليمان محمد، (2012). **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، مراجعة وتنقيح محمود عاطف البنا، الطبعة السابعة، درا الفكر العربي، القاهرة.

35. الطماوي، سليمان محمد،(1976). **القضاء الإداري**. الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة.

36. الطماوي، سليمان محمد،(1984). **الأسس العامة العقود الادارية**. دار الفكر العربي، القاهرة.

37. الطماوي، سليمان،(1973). **مبادئ القانون الإداري**. الكتاب الثالث، دار الفكر العربي، القاهرة.

38. عبد الباسط، محمد فؤاد، (2012). **القرار الاداري**. دار النهضة العربية، القاهرة.

39. عبد الوهاب، محمد رفعت، (2005). **القضاء الإداري**، الكتاب الثاني، منشورت الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت.

40. عبد الوهاب، محمد رفعت، (2005). **مبادئ وأحكام القانون الإداري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

41. عثمان، حسين، (1988). **القانون الإداري أعمال الإدارة العامة**، دار الجامعية، بيروت.

42. العصار، يسري، (2000). **مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دراسة مقارنة**. دار النهضة العربية، القاهرة.

43. عياد، أحمد عثمان، (1973). **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**. دار النهضة العربية، القاهرة.

44. فتح الباب، ربيع أنور، (2002). **القضاء الإداري، قضاء الإلغاء**، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة.

45. فهمي، مصطفى أبو زيد، (1979). **القضاء الاداري ومجلس الدولة.** الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية.

46. الفياض، إبراهيم طه، (1988). **القانون الإداري، نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن،** مكتبة الفلاح، الكويت.

47. قبع، لمياء هاشم، (2013). **اختلال التوازن المالي في العقد الاداري.** دار الكتب القانونية، القاهرة.

48. القبيلات، حمدي،(2010). **القانون الإداري.** الجزء الثاني، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، عمان.

49. كنعان، نواف، (2010). **القانون الإداري،** الكتاب الثاني، دار الثقافة الطبعة الأولى، عمان.

50. كنعان، نواف، (2012). **القضاء الاداري الأردني.** الطبعة الرابعة، الآفاق المشرقة ناشرون، عمان.

51. ليله، محمد كامل، (1984)، **الرقابة على أعمال الإدارة،** دار النهضة العربية، القاهرة.

52. محمد، أشرف عبد الفتاح، (2007). **تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء.** منشأة المعارف، الإسكندرية.

53. محمود، رأفت دسوقي، (2012). **فكرة التحول في القرارات الإدارية،** دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

54. المسلماني، محمد احمد، (2014). **القرارات الادارية القابلة للإنفصال في العمليات القانونية المركبة.** دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

55. المسلماني، محمد أحمد، (2014). **ماهية القرارات الإدارية**. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

56. المشاهدي، خليل،(2013). **التطبيق القضائي لمناقصات العقود الحكومية العامة**. الجزء الأول والثاني، مكتبة صباح بغداد.

57. منصور، شاب توما، (1971). **مبادئ القانون الإداري**. الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد.

58. مهنا، محمد فؤاد، (1985)، **القانون الإداري المصري والمقارن**، الجزء الاول، مؤسسة شباب الجامعية للطباعة، القاهرة.

59. نده، حنا ابراهيم، (1972). **القضاء الاداري في الأردن**. جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان.

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

61. وصفي، مصطفى كامل، (1978). **أصول وإجراءات القضاءالإداري**. عالم الكتب، القاهرة.

ثانياً: الرسائل الجامعية

62. أحمد، عبد الله سيد، (2008). **نظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري. دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراة(غير منشورة)، جامعة أسيوط، مصر.

63. بوطريكي، ميلود، (2005). **القرارات الإدارية المنفصلة**، رسالة ماجستير(غير منشورة)، جامعة محمد الأول، المغرب.

64. الحاجي، طه محمد، (2010).**الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المنفصل في نطاق العقد الإداري**. رسالة ماجستير(غير منشورة)، جامعة القاهرة، مصر.

65. الحنيطي، مارينا هاشم، (2007). **القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والأردني**، رسالة ماجستير (غير منشورة)، جامعة عمان العربية، عمان.

66. الدليمي، حبيب إبراهيم، (1994). **الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال العقد الإداري، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير(غير منشورة)، جامعة بغداد.

67. الزبيدي، شاكر، (2007). **القرارات الإدارية القابلة للإنفصال**، رسالة ماجستير(غير منشورة)، جامعة النهرين، بغداد.

68. سليمان، محمد علي، (2000). **الطعن بإلغاء القرار الإداري**، أطروحة دكتوراه (غير منشورة)، جامعة القاهرة.

69. سويدات، وسيم، (1998). **نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقود الإدارية. دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير(غير منشورة)، جامعة آل البيت، عمان.

70. الشهاوي، عاطف محمد، (2007). **القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري**، أطروحة دكتوراه(غير منشورة)، جامعة عين شمس، القاهرة.

ثالثاً: البحوث والمجلات:

71. جاسم، رشا عبد الرزاق، (2011). الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، الجامعة المستنصرية، بغداد.

72. الجبوري، ماهر صالح، حول القضاء الإداري في العراق في ضوء القانون 106 لسنة 1989، مقال منشور في **جريدة العراق** بتاريخ 1990/1/13.

73. الجبوري، محمود خلف، (1990). محكمة القضاء الإداري خطوة متقدمة على طريق العدالة، بحث منشور في جامعة بغداد.

74. جمعة، محمد سمير، (2011). مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في النظامين الفرنسي والمصري، بحث منشور في **مجلة البحوث القانونية والإقتصادية**، مصر.

75. الطبطبائي، عادل، (1987). الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، السنة السنة لحادية عشرة العدد العدد الثالث، 107.

76. مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

رابعاً: القرارات القضائية

77. قرارات المحكمة الإدارية العليا في مصر.

78. قرارات محكمة القضاء الإداري في مصر.

79. قرارات محكمة التمييز الأردنية.

80. قرارات محكمة العدل العليا الأردنية السابقة.

81. قرارات محكمة التمييز العراقية.

82. قرارات مجلس شورى الدولة العراقي.

83. قرارات مجلس شورى إقليم كوردستان.

84. قرارات محكمة القضاء الإداري العراقية.

85. قرارات مجلس قيادة الثورة العراقي (المنحل).

86. قرارات المحكمة الإدارية المختصة بالعقود الحكومية العراقية السابقة.

خامساً: التشريعات والأنظمة والتعليمات

87. قانون مجلس الدولة المصري رقم (112) لسنة 1946.

88. قانون مجلس الدولة المصري رقم (9) لسنة 1949.

89. قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.

90. قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (71) لسنة 1951.

91. قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (26) لسنة 1952.

92. دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة 1952.

93. قانون محكمة العدل العليا الأردنية المؤقت رقم (11) لسنة 1989.

94. قانون محكمة العدل العليا الأردنية الدائم رقم (12) لسنة 1992.

95. قانون القضاء الإداري الأردني رقم (27) لسنة 2014.

96. قانون البلديات الأردني رقم (29) لسنة 1955.

97. قانون القضاء الإداري في العراق رقم (106) لسنة 1989، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979.

98. قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقرار رقم (17) لسنة 2013.

99. قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم (32) لسنة 1986.

100. أمر سلطة الإئتلاف المؤقتة (المنحلة) في العراق رقم (87) لسنة 2004.

101. قانون التعديل الأول لأمر سلطة الائتلاف في العراق رقم (87) لسنة 2004 المعدل بالقرار رقم (18) لسنة 2013.

102. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008.

103. نظام اللوازم والتعهدات في الجامعة الأردنية رقم (80) لسنة 1978.

104. نظام اللوازم الأردني رقم (106) لسنة 1974.

105. نظام مقاولات الأشغال العامة الأردني رقم (107) لسنة 1973.

106. نظام نظام اللوازم الأردني رقم (32) لسنة 1993.

107. نظام الأشغال الحكومية الأردني رقم (71) لسنة 1986