القاضي الإداري
حامي النظام العام

(دراسة مقارنة)

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

د. علي يونس إسماعيل
أستاذ القانون الإداري المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية
جامعة دهوك- العراق
E-mail: ali.yunus@uod.ac

القاضي الإداري حامي النظام العام

(دراسة مقارنة)

د. علي يونس إسماعيل
أستاذ القانون الإداري المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية
جامعة دهوك – العراق

الملخص

يتلخص البحث في توضيح الدور الكبير الذي يمارسه القضاء الإداري في حماية النظام العام، لا سيما في مجالات رئيسية ثلاثة: المجال الأول حماية النظام العام في مرحلة نظر الدعوى الإدارية من خلال عمل القاضي الإداري على ربط أوجه لا مشرعية القرار الإداري بالنظام العام، ليتمكن من بسط رقابته على هذه العيوب ومراجعتها وفحصها وإن لم يذكرها الطاعن في عريضة دعواه. أما المجال الثاني فيتمثل في حماية النظام العام غايةً من غايات إجراءات الضبط الإداري، وذلك من خلال إيجاد نوع من التوازن بينه وبين ممارسة الحقوق والحريات، ولاسيما حينما تكون هناك ظروف خاصة ذات طبيعة معينة، وبشكل خاص المخاطر المتزايدة التي تحيق بالنظام العام نتيجة توسع المخاطر الإرهابية وانتشار جائحة كورونا. أما المجال الثالث والاخير فهو دور القضاء الإداري في الحفاظ على فكرة النظام العام في العقود الإدارية، وذلك من خلال تثبيت المبادئ التي تحكم المرافق العامة في ظل العقود الإدارية الحديثة، بالاضافة الى حظر اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية إلا بشكل استثنائي، والرقابة على قرار التحكيم حفاظاً على قواعد النظام العام العقدي. وذلك لمواجهة التهديدات الناتجة عن عمليات الخصخصة والتي باتت تهدد نظرية العقد الإداري.

الكلمات الدالة: القاضي الإداري، النظام العام، قبول الدعوى الإدارية، تفويض المرفق العام، التحكيم.

The Administrative Judge is Protector of Public Order

(Comparative Study)

Dr. Ali Younus Ismael
Assistant Professor
College of law and politics sciences
university of Duhok - Iraq

Abstract

This research explains the important role of administrative judge in protecting the notion of public order in three main aspects: firstly protecting the public order when he exams the administrative claim by testing the illegality of the administrative decisions through its compliance with public order, so the administrative judge can find its flaws even though they are not mentioned in the official plead by appellant. The second area is to protect public order as an end to administrative police procedures, by creating a balance between it and exercising fundamental rights and freedoms, especially when there is a special circumstance having a certain nature. Lastly utilizing the concept of public order by the judge in settling the principles that govern the public services according to the modern administrative contracts as new tools for administrating such entities, as well as forbidding arbitration in resolving disputes arising from internal administrative contracts in general and allowing that exceptionally in some contracts for the same goal.

Keywords: administrative judge, public order, acceptance of administrative claim, delegation of public service, arbitration.

المقدمة

للقضاء دور كبير ورائد في تحديد مفهوم النظام العام، وبيان حدوده، وذلك من خلال إعتماده اساساً في اتخاذ الكثير من الأحكام القضائية، التي مكنته من مشاركة المشرع في وضع حدود عامة للمصلحة العليا للمجتمع التي هي غاية القانون بشكل عام. وقد كان – ولا يزال– القاضي الإداري يمارس هذا الدور بخصوص النظام العام في القانون الإداري. لا سيما أن هذا القاضي هو نفسه الذي يعود له الفضل في ظهور ونشأة أحكام هذا القانون.

أهمية الدراسة

إذا كان للنظام العام دورٌ مهمٌ في جميع فروع القانون، فإن هذا الدور يتعاظم ليصبح أساسياً في القانون العام، ولا سيما القانون الإداري، إذ أن أغلب قواعده تتصل بالنظام العام وتهدف إلى حماية المصلحة العامة. وإذا كانت أغلب قواعد القانون الإداري من استنباط القاضي الإداريّ واجتهاده، فهذا يدل على أهمية دوره في حماية النظام العام وتعزيزه. وإذا كان هذا الدور بدا جلياً في شروط قبول الدعوى الإدارية وإجراءاتها، لا سيما فيما يتعلق بالمصلحة والمواعيد التي كان للقاضي الإداري دورٌ أساسيٌ في تعلّقها بالنظام العام، وعدم جواز الاتفاق على مخالفتها، ومن ثم تقنينها في القوانين المنظمة للقضاء الإداري وإجراءاته، وكذلك من خلال تثبيت دعائم النظام العام في العقود الإدارية، كسلطات الإدارة في مثل هذه العقود وإن لم ينص عليها العقد بشكل صريح؛ فلا ريب أن هذا الدور في حماية النظام سيكون أكثر أهمية وتعاظماً في الوقت الحاضر تماشياً مع التطور في القانون الإداري من جهة، وتطور رقابة القاضي الإداري من الجهة المقابلة.

إشكالية الدراسة

تكمن إشكالية الدراسة في عدم وضوح الرؤية بخصوص تطور مفهوم النظام العام في القانون الإداري، إذ أن مفهوم النظام العام بات الأكثر عرضة للمساس في ظل موجة التغييرات والتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في عصرنا هذا، والتي يمكن أن ينتج عنها مظهران متناقضان:

المظهر الأول: تغوّل الإدارة على الحقوق والحريات العامة بحجة حماية النظام العام

المظهر الثاني: تراجع المركز القانوني للإدارة كسلطة عامة أمام هذه التطورات، ومن ثم تراجع دور القانون الإداري ومبادئه لمصلحة القانون الخاص، وبشكل يقلل من مظاهر السيادة التي تظهر في شكل امتيازات السلطة العامة. وذلك نزولاً عند مقتضيات الخصخصة وتدخل القطاع الخاص

في تنفيذ مهمة من مهام المرفق العام. وفي ظل هذه الإشكالية يعمل القاضي الإداري على تحصين وتعزيز هذه المبادئ ودرء كل ما من شأنه النيل من أسس هذا القانون كلما وجد لذلك سبيلاً.

أسباب اختيار موضوع الدراسة

نظراً لأهمية هذا الدور المشار اليه أعلاه؛ اكتسب الموضوع ضرورة بيّنة للكتابة فيه، في محاولة لعرض الاتجاه القضائي الذي يتضمن في ثناياه تحديداً لفكرة مرنة لا زال المشرع والفقه على خلاف في وضع تعريف جامع مانع لها، فلم يمنع طبيعة النظام العام وصعوبة تعريفه القضاء الإداريّ من أن يبني عددا من أحكامه عليه، الأمر الذي يمثل تحديداً لمفهوم المصلحة العامة وصولاً إلى توفير حماية أكثر للحقوق والحريات العامة، وبالتالي تأكيدا لدور القضاء الإداري واعترافاً بمكانته في نظام الدولة القانونية.

نطاق الدراسة

ستقتصر الدراسة على بيان دور القاضي الإداري في حماية وتحديد النظام العام في ثلاثة مجالات من مجالات القانون الإداري، والتي نرى أنها الأكثر تأثراً بالتغيرات الحديثة في جميع نواحي الحياة. وهذه المجالات هي المنازعة الإدارية من خلال ربط أوجه لا مشروعية القرار الإداري بالنظام العام. أما المجال الثاني فهو الضبط الإداري، وذلك من خلال الدور الحديث للقاضي الإداري في الحد من اعتداء الإدارة على الحقوق والحريات العامة بحجة الحفاظ على النظام العام. وأخيراً حماية النظام العام في مجال العقود التي تبرمها الإدارة مع القطاع الخاص وأسلوب حل المنازعات الإدارية بالطرق غير القضائية.

منهجية الدراسة وهيكليتها

تطرقنا للموضوع على شكل دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والقانون المصري. وذلك من خلال مباحث ثلاثة؛ تضمن الأول فكرة النظام العام من خلال أوجه اللامشروعية المتعلقة بالقرار الإداري، أما المبحث الثاني فيتضمن دور القاضي الإداري في تحديد النظام العام من خلال الرّقابة على قرارات الضبط الإداري، أمّا المبحث الثالث والأخير فيتناول حماية فكرة النظام العام في مجال العقد الإداري. وقد سبقت هذه المباحث بمطلب تمهيدي بشأن مضمون فكرة النظام العام في القانون الإداري.

مطلبٌ تمهيدي

تحديد مضمون فكرة النظام العام في القانون الإداري

القانون الإداري واحدٌ من فروع القانون العام الداخلي، يظهر فيه دور النظام العام من نواحي عديدة، تعد مجالات تطبيق فكرة النظام العام، وأهمها الإجراءات الإدارية والضبط الإداري.

فالإجراء الإداري هو القواعد القانونية التي تحكم المنازعة الإدارية من حيث طرق رفعها والفصل فيها، تضاف إليها الإجراءات المتعلقة بالعمل الإداري قبل إثارة النزاع حوله، والتي تشمل خطوات نشوء التصرف الإداري وطريقة تنفيذه. والمصالح المرتبطة بالاجراء الإداري على – ما سبق شرحه– تلزم الاعتراف له بصفة النظام العام، لأنها – أي الإجراءات الإدارية– تُستقى من مصادر عدة أهما التشريع، كقانون مجلس شورى الدولة الذي ينص على بعض الإجراءات مثل التظلم، ويحدد اختصاص محاكم القضاء الإداري. أو قانون المرافعات المدنية التي أحال إليها القانون إجراءات رفع الدعوى، كما أن أحكام القضاء الإداري بدورها تمثل دوراً مهماً في إنشاء قواعد الإجراءات الإدارية.

ومن خلال استقراء هذه المصادر المختلفة للإجراء الإداري، يتبين أنَّ النظام العامّ الإجرائي قد يتعلق بداية بشروط قبول الدعوى، وتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، كما وقد يتعلق بأسباب الطعن، أو كما تسمى بأوجه لا مشروعية القرار الإداري. ثم قد يتجلى أخيراً داخل السلطة الإدارية، من حيث توزيع الاختصاص بين المستويات الوظيفية المختلفة، أو من حيث الإجراءات واجبة الاتباع في مجال إتخاذ القرارات الإدارية، وإبرام العقود الإدارية[١].

أما المجال الثاني لفكرة النظام العام في القانون الإداري فهو فكرة الضبط الإداري، إذ إنّ الضبط الإداري حسب معناه العام، ومن غير الخوض في أنواعه، هو مجموع الإجراءات والتدابير التي تدخل ضمن صلاحيات سلطة من سلطات الإدارة العامة وهدفها حماية النظام العام بعناصره[٢]، وهذا يبين أن الضبط الإداري يكمن في نشاط إحدى الهيئات الإدارية، ويتجسد هذا النشاط في التدخل التي تجريه تلك الهيئات بوساطة القرارات الإدارية التنظيمية منها والفردية، والتي تلزم الأفراد بالامتثال والخضوع لها، هذه القرارات قد تمثل في أحايين كثيرة قيوداً على الحقوق والحريات العامة، الأمرالذي يتطلب أن تكون هذه الإجراءات لها أساس قانوني، بان لا تصدر إلا بقانون أو بناءً على قانون لتعلقها بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً، إلّا أنّه وبالنظر لسعة الإجراءات الإدارية نظراً لسعة ومرونة وتطور النظام العام، فمن المستحيل أن تواكبه

(١) د. محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٦.

(٢) د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة دهوك، ٢٠١٠، ص٨٦.

التشريعات الدستورية والعادية، فلا بد هنا للإدارة أن تتصرف وتتدخل كلما استوجبت غاية الضبط الإداري التدخل والمعالجة.

إن ما تقدم أضفى على إجراءات الضبط الإداري خصيصتين هامتين، الأولى: أنّ غرض الضبط الإداري محدد بغرض واحد هو الحفاظ على النظام العام، فكل إجراء تتخذه سلطات الضبط الإداري لا بد وأن تتجه في هذا المسار، الثانية: إن إجراءات الضبط الإداري تتصف بصفة تقديرية، فلا بد أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في ممارسة الإجراءات الضبطية، فعندما تقدر أن عملاً ما سينتج عنه خطر لا يحمد عقباه، تعين عليها التدخل قبل وقوعه من أجل المحافظة على النظام العام، فمهمتها وقائية بالدرجة الأساس، كما وينبغي عليها التدخل بعد وقوع الاضطراب بإجرات محددة وحسب سلطتها التقديرية إذا لم يكن التشريع قد عالج مثل تلك الاضطرابات أو الاخطار التي حاقت بالنظام العام، ولم تتمكن الإدارة من الوقاية منهما بما توافر لديها من إجراءات.

وعليه يتضح أنّ فكرة النظام العام في القانون الإداري، وعلى خلاف مفهومه في القوانين الأخرى، تكون ذات حدّين، ففكرة النظام العام قد تظهر قيداً على سلطات الأفراد والإدارة على حد سواء، بينما تكون الفكرة سبباً لتوسع سلطات الضبط الإداري من جانب آخر، وبذلك تكون فكرة النظام العام أكثر مرونة ومطاطية في مجال القانون الإداري عنه في القوانين الأخرى، لا سيما القانون المدني، فكل قواعد القانون الإداري من النظام العام على خلاف القانون المدني، الذي تتعلق بعض قواعده بالنظام العام وبعضها الآخرلا تتعلق به[٣].

غير أن فكرة النظام العام وعلاقة القانون الإداري بها تظهر بشكل واضح في مجالات أخرى من مجالات القانون العام، لأن قواعد هذا القانون تنظم العلاقة بين السلطات العامة والأفراد، أو إنها تنظم الروابط والعلاقات بين السلطات العامة بعضها ببعض. وهذا التنظيم سواء بين الأفراد والسلطات أو بين السلطات نفسها، يُنظر فيه إلى المصلحة العامة، ولذا فإن قواعد القانون العام الداخلي يمكن اعتبار أكثرها- إن لم نقل جميعها- متعلقة بالنظام العام، فهي تلامس كيان الدولة السياسي والاجتماعيّ والاقتصاديّ، وطبقاً لذلك فإن النظام العام- وحسب ما تقدم- قد يعني القواعد التي يجب اتباعها من قبل الإدارة وهي تمارس نشاطها ووظيفتها، وبشكل أساسيّ في تقديم الخدمات العامة من خلال مرافقها العامة وأساليب إدارة هذه المرافق والمبادئ التي تحكمها، وعليه تكون فكرة النظام متضمنة كل ما يتعلق ويمس كيان الدولة، أو مصلحة أساسية من مصالحها، التي يلزم تحقيقها، لسيرها في الطريق الصحيح، يستوي في ذلك أن تكون تلك

(٣) محمد شريف اسماعيل عبد الحميد، سلطات الضبط الإداريّ في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، االقاهرة، ١٩٧٩، ص٧٢.

المصلحة سياسية أو اقتصادية أو مالية أو اجتماعية أو أخلاقيّة، وقد كان للقاضي الإداري دور جوهريّ في تحديد قواعد النظام العام في هذا المجال عندما وضع أهم نظريات القانون الإداري بشأن المرافق العامة والعقود الإدارية ومبادئها[٤].

المبحث الأول

النظام العام وأوجه اللّامشروعية في القرار الإداري

تعدّ أوجه لامشروعية القرار الإداري، أو كما تسمى بعيوب القرار الإداري، بمثابة الأسباب التي يعتمدها الطاعن أساساً لمهاجمة القرار والمطالبة بإلغائه، كما يعتدّ بها القضاء للحكم بإلغاء هذا القرار وبسط رقابته على المشروعية، وهي تقابل أركان القرار الإداري وترتبط بها، وهي عيب عدم الاختصاص، وعيب السبب، وعيب الشكل والإجراء، وعيب المحل، وأخيراً عيب الغاية. فما علاقة هذه العيوب بفكرة النظام العام؟ سنبحث الإجابة عن هذا السؤال في المطلبين أدناه:

المطلب الأول

النظام العام أساساً لتحديد أوجه اللاّمشروعية في القرار الإداري

بداية نشير الى أن أوجه اللّامشروعية في القرار الإداري هي من نتاج عمل القاضي الإداري الفرنسي، وقد عمل الفقه الإداري الفرنسي من بعده على تحديد هذه العيوب. واذا كان القاضي الإداري قد استقر اجتهاده على إلغاء القرار الإداري إذا ما شابه عيب منها، إلّا أنّ الفقه غير متوافق على تقسيم هذه العيوب. فالفقه التقليدي اتّفق على أوجه أربع لعدم مشروعية القرار الإداري، منكراً على السبب وجهاً من هذه الأوجه، ورادّاً العيب الذي يصيبه إما إلى مخالفة القانون اوأو إساءة استعمال السلطة[٥]. أما التقسيم الحديث فيتجه نحو الأخذ بعيب السبب عيباً مستقلاً ووجهاً خامساً من أوجه لامشروعية القرار متأثّرا بالتوجه القضائي في هذا المجال[٦].

أما التقسيم الآخر، وهو موضوع بحثنا هنا؛ فيعتمد على مدى تعلق هذه الأوجه بالنظام العام من عدمه، وإذا كان هذا التقسيم يعتمد أيضاً على العيوب الخمسة التي تقابل أركان القرار الإداري، إلا أنه يستند إلى مدى تعلق هذه العيوب بالنظام العام أساساً له. فعلى الرغم من كون الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري عن طريق دعوى الإلغاء، تتعلق بمبدأ المشروعية؛ وما يترتب على ذلك من كون دعوى الإلغاء ذات طبيعة موضوعية؛ إلا أن القاعدة العامة هي أن أوجه اللامشروعية لا تتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك أنّه ليس للقاضي الإداري أن يثير أي وجه من أوجه اللامشروعية من تلقاء نفسه، وإنما على الطاعن إثارة وجه اللّامشروعية الذي يريد التمسك به.

---

(٤) د. محمد عيد الغريب، النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧.

(5) Jean Rivero, Administrative Law et Droit Administratif, (L.G.D.J. Paris, 1986), P.183

(6)André De Laubadére, Droit Administratif, (Tome1, 9e Edition, L.G.D.J, Paris,1984), P.593.

ويرد استثناء واحد على هذه القاعدة، حيث يعد عيب عدم الاختصاص من النظام العام، ويكون وجه اللامشروعية المتصل به من النظام العام، ويحدث ذلك إذا كان الأمر متعلقاً بمخالفة قاعدة أساسية وجوهرية لنظام قانوني ما، حيث يكون هذا النظام القانوني مهدداً إذا ما تكرر حدوث هذه المخالفة[٧].

فيبدو هنا أنّ هذا التقسيم وضع عيب عدم الاختصاص وحده في خانة العيوب التي تتعلق بالنظام العام، حيث يكون للقاضي الإداري أن يثير هذا العيب من تلقاء نفسه وإن لم يذكره المدعي في عريضة دعواه، ويمكن أن يثار هذا العيب في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وعدم جواز الاتفاق على مخالفة قواعده.

أما العيوب الأربعة الأخرى فهي في خانة العيوب التي لا تتعلق بالنظام العام، فلا يكون للقاضي أن يتطرق لها إلا بناءً على طلب من المدعي، يرد في عريضة دعواه. وإذا كان هذا الاتّجاه مُعتمداً من القضاء، ومتّفقا عليه بين فقهاء القانون الإداري، إلا أن القاضي الإداري- كما سنرى- يميل في أحكامه الحديثة إلى عكس ذلك، ويحاول شيئاً فشيئاً أن يدخل جميع أوجه اللامشروعية ضمن النظام العام، ويتطرق لها، ويلغي القرار الإداري بناءً عليها، وان لم يتمسك بها المدعي.

وهذا اتّجاه محمود من القاضي الإداري، يعزز من دوره في الرقابة على المشروعية، وإلغاء القرار بالإستناد الى أي من العيوب التي تعتري القرار وإن لم يذكره الطاعن، وهذا تعبير جلي عن الدور الذي تقوم به هذه الرقابة في توسيع مفهوم المشروعية وإخضاع جميع أوجه اللامشروعية للنظام العام من أجل الحد من سلطة الإدارة وانتصاراً لسيادة القانون، ومما يساعد القاضي في هذه المهمة هو ان هو تحديد ما يمكن أن يتّصل بالنظام العام وما لا يتصل به ، لا يدخل ضمن نشاط المشرع الذي يفترض فيه الثبات، حيث إنّ قواعد النظام العامباعتبارها معبّرة عن ضرورة حماية المصلحة العليا للمجتمع؛ تتغير من وقت لآخر، كما أنّ الفقه لم يصل إلى صيغة مقبولة لتعريف النظام العام من جميع الوجوه[٨]. الأمر الذي أدى الى الإقرار بصعوبة ذلك أو إستحالته تقريباً، ذلك لأن فكرة النظام العام فكرة مرنة بطبيعتها، وغير قابلة للتحديد، لكل ذلك فان تحديد ما يعتبر متعلقاً بالنظام العام من عدمه، لا بد وأن يدخل في نشاط القاضي، الذي هو أعلم من غيره بمصلحة المجتمع، ورعاية هذه المصلحة في تطبيق القواعد القانونية المختلفة بالقدر الذي تتطلبه هذه المصلحة، ولعل حماية المشروعية في المجتمع من كافة النواحي تأتي ضمن أوليات

(٧) د.محمد محمد عبد اللطيف، ، قانون القضاء الاداري، دعوى الإلغاء، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص٢٠٩.

(٨) ينظر في سرد الآراء الفقهية حول تعريف النظام:حسام الدين محمد مرسي مرعي، السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٣٤.

الحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة للمجتمع[٩].

المطلب الثاني

مبررات ربط أوجه اللّامشروعية بالنظام العام

يمكن تلمس بوادر ربط أوجه عدم مشروعية القرار الإداري بفكرة النظام العام في فكر القاضي الإداري الفرنسي منذ عام ١٩٥٠، إذ قرر مجلس الدولة الفرنسي في القرار الصادر في (١٧) شباط من السنة نفسها؛ بأن دعوى الإلغاء من النظام العام، وتقبل ضد قرارات الإدارة ومن غير وجود نص قانوني بذلك، طبقاً للمبادئ العامة للقانون، وضماناً وحماية لمبدأ المشروعية[١٠].

فإذا كانت دعوى الإلغاء تعد من النظام العام، فلا بد والحالة هذه أن تكون أسباب الطعن بدورها من النظام العام، بل عزز رأيه المتقدم في بعض الأحكام التي أثار فيها عيب الانحراف بالإجراءات من غير أن يدعيه الطاعن، وإستخدم في هذه الأحكام الصيغة التي يستخدمها عادة في حالة تعلق وجه الإلغاء الذي يستند له في حكمه بالنظام العام، حيث صرح المجلس في هذه الحالة بعبارة "من غير أن تكون هناك حاجة لبحث أوجه الطعن"، أما في الحالات التي لا يتعلق فيها وجه الإلغاء بالنظام العام فإن المجلس يستخدم عبارة "من غير أن يكون هناك حاجة لبحث الأوجه الأخرى للطعن"، ومن هنا أثار القاضي الإداري عيب الانحراف من تلقاء نفسه في الحالات التي يمثل فيها إغفالاً أو تجاهلاً لنطاق تطبيق النص القانوني، فيكون الانحراف بالإجراء وسيلة من وسائل النظام العام[١١].

أما في مصر، فقد بدأ القاضي بربط أوجه الطعن بالنظام العام في إحكام حديثة نسبياً، ومنها الحكم الذي صدر بمناسبة الطعن المقدم ضد تصدير الغاز الطبيعي لإسرائيل، فقد طعن المدعي في قرار بيع الغاز لإسرائيل، مدعياً أنّ سعر البيع هو سعر رمزي، ينعكس سلباً على مصلحته ومصلحة المواطنين المصريين، وهذا مخالف لأحكام الدستور والقانون، وبالتالي طالب بوقف تنفيذ القرار ومن ثم إلغائه لعيب مخالفة القانون، وذهبت المحكمة في حكمها إلى القول: "وإذ يتعارض تصرف الإدارة سالف الذكر مع اعتبارات الصالح العام..... كما أنه لا يستقيم مع ما تقضي به

(٩) للمزيد حول فكرة النظام العام ينظر: د.فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ص٥٣٩-٥٤٠، إذ يؤكد على أن الانتقادات التي وجهت إلى إعطاء مثل هذه السلطة للقاضي يخالف مبدأ الفصل بين السلطات، ويؤدي إلى تكوين معايير شخصية لفكرة النظام العام، مما يؤثر في حريّة الأفراد وفكرة القانون في ذاتها نتيجة تعسف القضاة، فلا أساس لها؛ لأنّ الضمانات التي يحظى بها اختيار القضاة تخفف من هذا التعسف، فضلاً عن أنّ المعايير التي يلجأ اليها القاضي في معرفة القواعد التي تتعلق بالنظام العام هي معايير موضوعية فلا يمكن اعتبار القاضي حراً حرية مطلقة في وضع مثل هذه المعايير.

(10) Bruno Kornprobst , La Notion de Partie et Le Recours Pour Excès de Pouvoir, (L.G.D.J, Paris, 1959), P.51

(١١) فؤاد محمد موسى عبد الكريم، نظرية الانحراف في استعمال الإجراء الإداريّ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، ١٩٩٥، ص٣١٢.

نصوص الدستور من حرمة الملكية العامة وإلزام كل مواطن بواجب حمايتها.... ومتى كان ما تقدم فإنّ جهة الإدارة بإصدارها القرار المطعون فيه الذي لا يمت للمصلحة العامة للمجتمع بصلة، ويهدر جزءاً مهماً من ثروة البلاد الطبيعية، التي وهبها الله للشعب تكون قد انحرفت بسلطتها وأساءت بشدة استعمالها،.....ومن حيث إنّه لما تقدم جميعه يكون القرار المطعون فيه قد ظهر – بحسب الظاهر- معدوماً لمخالفته أحكام الدستور والقانون، ....."[١٢]، فيكون القاضي قد أضاف إلى عيب مخالفة القانون التي دفع بها الطاعن، عيباً آخر من غير أن يتطرق له المدعي، ألا وهو عيب إساءة استعمال السلطة. بل وجعل القرار المعيب بهذ العيب منعدماً.

وإذا كان ظهور أوجه اللاّمشروعية المعروفة هي نتيجة جهد القاضي الإداري الفرنسي ومن ثم مساندة الفقه له، إذ لم يقم المشرع الفرنسي بتقنينها في القوانين التي تنظم عمل مجلس الدولة، فان المشرع في كل من مصر والعراق قد نص عليها في قوانين القضاء الإداري، وهذا بدوره يعين القاضي الإداري في اعتبارها متعلقة بالنظام العام، وذلك لورودها في قوانين القضاء الإداري، ومن إلقاء نظرة أولية على قانون مجلس الدولة المصري، المرقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، يلاحظ أن المشرع المصري نص عليها في المادة (١٠) ونصها: ((يشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية، أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل، أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقا أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة)).

المبحث الثاني

حماية النظام العام وممارسة الحقوق والحريات العامة

من المعروف أنّ غاية إجراءات الضبط الإداري هي الحفاظ على النظام العام بعناصره العامة، وهنا تظهر أهمية قصوى لدور القاضي الإداري في حماية النظام العام من هذه الإجراءات نفسها في فرضية تعسف الإدارة فيها أو إساءة استعمالها، يضاف لذلك أهميّة دور القاضي في تحديد عناصر النظام العام التي صارت تشمل إلى جانب العناصر التقليدية عناصر أخرى جديدة.

وإننا لا نرى أنه من الصحيح أن نقابل بين الحقوق والحريات العامة وبين ضرورات الحفاظ على النظام العام، وكأن الحفاظ على أحدهما يتطلب التضحية بالآخر، بل إنّ الحفاظ على النظام العام غرضه تعزيز وضمان ممارسة هذه الحقوق والحريات، فكلما حافظنا على نظام عام صحيح خالٍ من القلاقل، مورست الحقوق والحريات الأساسيّة بشكل أفضل. وهنا يبرز دور القاضي الإداري من ناحيتين:

أولاهما: رسم ملامح النظام العام من خلال إرشاد الإدارة إلى المسائل التي يمكن أن تهدد النظام العام وتلك التي لا تهدده. **وثانيهما:** حماية الحقوق والحريات في ظل الإجراءات الإدارية

(١٢) حكم محكمة القضاء الاداري في مصر، في الدعوى رقم ٣٣٤١٨، لسنة ٦٢ ق، بتاريخ ١٨/١/ ٢٠٠٨. غير منشور.

التي يفترض أنها تهدف إلى حماية النظام العام، ومهمة القاضي هنا في حماية هذه الحقوق والحريات هي في ذاتها حماية للنظام العام، لأن هذه الحقوق والحريات وكيفية ممارستها هي هي نتاج هذا النظام العام وأخلاقياته وآدابه. فالحفاظ عليها هو حفاظ على النظام العام نفسه.

وإذا كان مفهوم النظام العام غير محدد ويشوبه الغموض سواء أكان في استخدامها أساساً لجانب واسع وكبير من العمل الإداري، أم كان في مجال الضبط الإداري، أو حتى في اعتمادها أساساً للنشاط القضائي[١٣]، فذلك لم يمنع بعض الفقه من تقديم معنى خاص لهذه الفكرة في مجال الضبط الإداري؛ على أنها تعني أحياناً الترتيب المتناسق للحياة الاجتماعية وغيابات الاضطرابات التي تهدد كيان الجماعة وأمنها، وقد تعني القواعد التي يجب على الإدارة الالتزام بها وهي بصدد ممارسة وظيفتها، كما قد تعنيتلك القواعد القانونية التي تلزم الأشخاص، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها[١٤].

غير أن ما يهمنا هنا هو توسع القاضي الإداري في فرض رقابته على تصرفات الإدارة من أجل إيجاد نوع من التوازن بينها وبين الحقوق والحريات العامة في ظل التطورات التي يشهدها العالم في الآونة الأخيرة. إذ بات من الواجب أن يكون كل إنسان قادرًا على العيش والتصرف وممارسة حقوقه بحرية كاملة. ويجب أن يستند في تنظيم الحياة الاجتماعية، من الناحية النظرية، إلى الممارسة الحرة للعلاقات بين الأفراد ، ومع ذلك فإن هذه الحرية لا يمكن ممارستها بدون حدود. حفاظاً على النظام الاجتماعيّ وتناسقه، لذلك أخذ القضاء الإداري يعمل على هذه المهمة التي تؤدي في نهايتها إلى الحفاظ على نظام عام تمارس فيه الحقوق والحريات بشكل فعلي، الأمر الذي يمكن معه القول- وكما تصوره المحكمة الأوروبيّة لحقوق الإنسان- إن النظام العام بات عنصراً من عناصر الدفاع عن الحقوق والحريات العامة[١٥]. وسنستشهد هنا بموقف القاضي الإداري في رقابته على تدخل سلطات الضبط الإداري في تحديد نوع الملابس التي يمكن ارتداؤها في الأماكن العامة تحوطاً لبعض الظروف المحلية ذات الطبيعة الخاصة من جهة أولى، وتطور حق الإنسان في حفظ كرامته عنصراً للنظام العام من جهة ثانية. وهذا ما سنتناوله في المطلبين أدناه:

المطلب الأول
النظام العام وحرية ارتداء الملبس في الأماكن العامة

لتحقيق الرقابة القضائية هنا، لا يقف القاضي عند أوجه مشروعية القرار الضبطي وحسب، وإنما يعمد إلى إجراء توازن أو تناسب بين سبب التصرف الضبطي، وبين ما نتج عنه من أثر

(١٣) محمد شريف اسماعيل عبد الحميد، المصدر السابق، ص٥٧.

(١٤) د. محمد محمد بدران، المصدر السابق، ص٣.

(15) Jean-Marc Sauvé, l'Ordre public - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, disponible sur: https://www.conseil-etat.fr /actualites/dis cours-et-interventions/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation#_ftnref11. 2/8/2020 تاريخ الزيارة

قانوني، وموقف القاضي هنا أساسه الرغبة الأكيدة في تحقيق ضمانات حقيقيّة وفعالة لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد خرق الإدارة لها، تحت ذريعة الحفاظ على النظام العام، فهنا القاضي يعمل على تقييد عمل الإدارة بما يتلاءم مع متطلبات النظام العام وحمايته[١٦].

وبعيداً عن العناصر التقليدية للنظام العام وما أصابها من تطور، ودور القاضي الإداري في ترسيخ هذه الفكرة من خلال هذه التطورات[١٧]، سنركّز هنا على دور القاضي الإداري الفرنسي في حماية النظام العام من جهة، والتوفيق بينه وبين الحريات الأساسية التي لا غنى عنها من جهة أخرى، وذلك من خلال الرقابة التي مارسها على قرارات الضبط الإداري بشأن تحديد أنواع الملابس التي يمكن ارتداؤها في الأماكن العامة[١٨]،

أولاً- تحديد نوع الملابس بسبب المخاطر الإرهابية: ونأتي بقضية البوركيني لسنة ٢٠١٦ مثالاً على موقف القاضي الفرنسي من هذه المسألة[١٩]. هذه القضية التي نالت صدى واسعاً وجدالاً قانونياً وسياسياً في داخل فرنسا وخارجها، ونظراً لأهميتها فلا نجد بداً من إيراد حيثياتها وقوفاً على أهمية الدور الذي مارسه القاضي الإداري في هذا المقام. وتتلخص وقائعها في أن عدداً من رؤوساء البلديات (ما يقارب الثلاثين بلدية)، والتي لها شواطئ بحرية، اتّخذوا أوامر بحظر لبس البوركيني (burkini) على شواطئها خلال موسم الاصطياف، والبوركيني هي ملابس سباحة

(١٦) منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداريّ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨١، ص٣٥٠.

(١٧) بشأن التطورات الحديثة في مجال العناصر التقليدية للنظام العام ينظر:

- د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ٩٣.

- د.أنور أحمد أرسلان، وجيز القانون الدستوريّ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٨٦ .

- حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٦٨٥ق، السنة الثانية، في ١١/٥/ ١٩٥٠، مجموعة أحكام محكمة القضاء الاداري، السنة الرابعة، ص٧٦١. كذلك حكم محكمة القضاء الإداريّ، الطعن رقم ٥٥٦٩، سنة ٣٧ ق، تاريخ الجلسة ١٥/١/ ١٩٨٦.

(١٨) وهذا لا يعني إلغاء الدور الكبير الذي يمارسه للقاضي الإداري المصري في هذا الإطار، إذ يعود للقاضي الإداري المصري الفضل في إرساء أسس الرقابة على ملاءمة قرارات الضبط الإداري، وحرص منذ بدايات ميلاد ولايته في نظر المنازعات الإدارية، على إخضاع ملاءمة قرارات الضبط الإداري لهذة الولاية، ومن المجمع عليه أنّه كان ولا يزال حامي الحقوق والحريات العامة، وبلغ في ممارسة رقابة الملاءمة على القرارات الماسة بهذه الحقوق والحريات، وهي في الأغلب قرارات ضبطية، مبلغاً كبيراً، وأرسى بذلك مبادئ لا تقل أهمية عن دور القاضي الإداري الفرنسي. ويمكن أن نتلمس مدى تطور دور القاضي الإداري المصري في حماية النظام العام من خلال إمكانيته في إلغاء قرار الإدارة السلبي بعدم التدخل إذا كانت هناك خطورة تداهم النظام العام، حيث إنّ سلطة الإدارة في تقدير ما إذا كانت هذه الخطورة تكفي لتدخلها من عدمه تخضع لرقابة القاضي الإداري. للمزيد ينظر: د.خالد سيد محمد محمود حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٥٥٥. كذلك حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ١٦٨١، لسنة ٣٦ ق، بتاريخ ١٧/١/ ٢٠٠١، مجموعة المكتب الفني لمجلس الدولة، السنة ٤٦، ص٤٢١ ونصه: إذا كانت الأجهزة المعنية تترخص في تقدير الخطورة الناشئة عن الحالة الواقعية،التي يصح لها ان تتدخل، لمواجهتها بإلغاء الترخيص أو وقف النشاط المرخص به كلياً أو جزئياً، فانه ينفي تواجد ثمة وقائع محددة من شأنها ان تنبئ في التقدير المنطقي السليم للأمور بأنّه ثمة خطر يهدد النظام العام، وأنّ الاحتياط له يقتضي التدخل من هذه الأجهزة بالإجراء الّذي أناط القانون بها القيام به.

(19) Conseil d'État, Juge des référés, 26/08/2016, 402742, Ligue des droits de l'homme et autres - Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France. Publié au recueil Lebon.

مصممة للنساء المسلمات، حيث تغطي كامل الجسم عدا الوجه واليدين والقدمين، وتسميتها مركبة ومؤلفة من المقطع الأول من كلمة البرقع (burqa) والمقطع الأخير من كلمة بيكيني(bikini).

ومن هذه الأوامر، الأمر الصادر من عمدة مدينة (Villeneuve-Loubet) بتاريخ ٥ آب ٢٠١٦، والذي كان الطعن به أساساً لاتّخاذ مجلس الدولة موقفاً من النقاشات بشأن الموضوع. إذ تحظر المادة (٣, ٤) من الأمر على كل شخص لا يرتدي ملابس مناسبة تحترم أخلاق العلمانية ومبادءها، وقواعد النظافة والسلامة العامة، والتي تلائم المجال البحري العام، السباحة على جميع المناطق الشاطئية للمدينة، للفترة من ١٥ حزيران ولغاية ١٥ أيلول. وعلى الرغم من أن الأمر لم يذكر عبارة البوركيني بشكل صريح، إلا أنه كان المقصود بهذا الأمر، وطبق على النساء اللاتي أردن ارتداءه.

فتقدم عدد من الأشخاص الطبيعية والمعنوية وجمعية حقوق الإنسان واتّحاد الدفاع عن حقوق الإنسان بدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الإدارية في مدينة (Nice)، طالبوا فيها بوقف تنفيذ القرار الصادر من العمدة، مستندين إلى نص المادة (L. 521 -2) من تقنين الإجراءات الإدارية، والتي تنص على أنه يمكن لقاضي الأمور المستعجلة، عند النظر في طلب بهذا المعنى الذي يسوّغه الاستعجال، أن يأمر باتّخاذ أي تدبير ضروري لحماية الحرية الأساسية التي ينتهكها شخص معنوي عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص مسؤول عن إدارة مهمة مرفق عام أثناء ممارسة أي منهما لسلطاته، إنتهاكاً خطيراً وغير مشروع بشكل جسيم. ويعلن عنها القاضي في مدة أمدها ثمان وأربعون ساعة. وبتاريخ ٢٢ آب أصدر القاضي قراره برفض طلب وقف تنفيذ المادة (٣, ٤) من قرار الحظر، معللاً حكمه بالتداعيات الخطيرة على النظام العام التي قد تنشأ من لبس البوركيني على الشواطئ لا سيما بعد الاعتداء الإرهابي في مدينة نيس، ويترتب على ذلك أن حظر ارتداء الملابس المسمّاة "بوركيني" على شواطئ فيلنوف- لوبيه هو ، في هذه الحالة ، ضروري ، وملائم ومتناسب مع الهدف المنشود من حيث حماية الأمن والنظام العام. فتقدم المدعون بالطعن إستئنافاً أمام قاضي الأمور المستعجلة في مجلس الدولة، والذي أصدر قراره بتاريخ ٢٦ آب والذي تضمن إلغاء القرار الصادر من قاضي محكمة نيس برفض طلب وقف التنفيذ، ومن ثم قرر وقف تنفيذ المادة (٣, ٤) من قرار العمدة. وقد سبّب المجلس قراره هذا بأنه إذا كان العمدة مكلفاً بصيانة النظام العام في البلدية ، فيجب عليه - وهو ينجز مهامه - التوفيق بينها وبين احترام الحريات التي تكفلها القوانين. ويترتب على ذلك أن الإجراء الضبطي للعمدة من أجل تنظيم الوصول إلى الشاطئ وممارسة السباحة ينبغي ملاءمته وضرورته وتناسبه في ضوء احتياجات النظام العام فحسب وليس من شأن رئيس البلدية الاعتماد على اعتبارات أخرى. ويجب أن تكون القيود التي يفرضها على الحريات مسوغة من خلال مخاطر ثابتة يمكن أن تنتهك

النظام العام. ومن ثم فلا يبدو من وقائع الحال أن مخاطر الإخلال بالنظام العام قد نتجت على شواطئ بلدية فيلنوف- لوبيه عن نوع الملبس الذي ارتداه بعض الأشخاص المعينين للسباحة. وباختصار، فإن حظر إرتداء البوركيني ليس مشروعاً على إطلاقه ولا غير مشروع على الإطلاق. ومن ثم يجب تقييم شرعيته على أساس كل حالة بشكل منفرد. فإذا نشأ عن ارتداء البوركيني مخاطر مؤكدة للنظام العام، يمكن اعتبار حظره مشروعاً. وبخلاف ذلك فلا يعد قرار حظره مشروعاً إذا لم ينشأ عنه إخلالٌ بالنظام العام.

ثانيًا- تحديد نوع الملبس بسبب مخاطر انتشار الأمراض المعدية: ومن جانب آخر، وبخصوص الحفاظ على النظام العام في عنصر الصحة العامة، ذهب القاضي الإداري في المحكمة الإدارية في ستراسبورغ – بصفته قاضي الاستعجال- إلى لعب دور أساسي في الحفاظ على النظام العام من أجل توفير الجو الملائم للممارسة الحقيقية للحقوق والحريات العامة، ولا سيما في ظل انتشار المرض المعروف ب (جائحة كورونا) أو (كوفيد ١٩). ومن أهم قراراته في هذا المجال هو القرار الذي قضى بموجبه أن ارتداء القناع الواقي من تفشي الأمراض المعدية لا ينتهك حق الإنسان وحريته في التنقل. غير أنه ذهب أبعد من ذلك، وقرر- مستنداً للدراسات الطبية التي أجريت- أنّ قرار ارتداء القناع الواقي في الأماكن العامة المفتوحة، وخلال ساعات محددة من النهار هو قرار مشروع، غير أنه لن يكون ذا فائدة بذاته إذا لم يقترن باحترام ترك مسافة معينة بين الأشخاص. وفي ظل هذه الظروف، فإن قرار الضّبط الإداري العام الذي صدر من رئيس البلدية بالاستناد إلى قرارات الضبط الإداري الخاص المتخذة من الدولة بإلزام ارتداء الأقنعة الواقية من تفشي عدوى (كوفيد ١٩) في الأماكن المفتوحة في مركز المدينة غير مبرر لأي سبب ضروري يتعلق بالظروف المحلية الخاصة بالمدينة، ومع ذلك؛ فإنّه لم يوقف تنفيذ قرار رئيس البلدية، مسبباً حكمه بالقول إذا كان مقدمو الطلبات احتجّوا بأن هذا القرار ينتهك بشكل خطير وبشكل مباشر حريتهم في التنقل، فإنهم لم يوضحوا كيف أن مجرد الارتداء الإلزامي للقناع من الساعة ١٠ صباحًا حتى الساعة ٨ مساءً لا يسمح لهم بالتحرّك بحرية في المنطقة الجغرافية المحددة. وبالتالي ، ومن غير الحاجة إلى بحث توافر شرط الاستعجال، لا يمكن إلا رفض الطلب بوقف تنفيذ القرار الإداري[٢٠].

وبموجب قرار ثان، وبعد ثلاثة أيّام من تاريخ قرار قاضي الاستعجال أعلاه، قام القاضي نفسه بالنظر في الطعن المقدم ضد القرار نفسه الصادر من رئيس البلدية نفسه. مسبباً موقفه الجديد هذا بأن طلبات المدعين تتضمن هذه المرة دفوعاً تتعلق بمساس القرار بحرية أخرى، ينتهكها قرار

(20) Tribunal administratif de Strasbourg, Ord, 23 mai 2020, n°2003056 ;disponible sur: https:// www.documentcloud.org/documents/6923466-TA-port-du-masque-Strasbo- urg.html#document/ -p6. تاريخ الزيارة 3/8/2020

الارتداء الإلزامي للأقنعة بشكل مباشر. وهذه الحرية – وفقًا لما ذهب إليه القاضي– هي الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية. والأسباب الّتي ذكرتها الإدارة والمتصلة بحماية المصلحة العامة غير مبررة للقرار، وبالتالي يتوافر شرط الاستعجال الذي يقتضي إصدار الأمر بوقف تنفيذ قرار الارتداء الإلزامي بموجب المادة (L. 521-2) من تقنين الإجراءات الإدارية [٢١].

أما موقف قاضي الاستعجال في مجلس الدولة فلم يختلف عن موقف سابقيه، مؤكّدا أن وجود ظروف محلية ذات طبيعة خاصة هي فقط تبرر قرارات رؤساء البلديات بفرض لبس الأقنعة في الأماكن العامة، لذلك أوضح بأن الظروف التي يستشهد بها رئيس بلدية (Sceaux)، فيما يتعلق بالتركيبة السكانية لبلديته وتركيز متاجرها الأساسية في مساحة صغيرة ، لا تشكل أسبابًا مقنعة تتعلق بالظروف المحلية التي يمكن أن تبرر فرض ارتداء قناع في الأماكن العامة في البلدية ، فضلاً عن أن سلطات الدولة لم تصدر مثل هذا الإجراء على المستوى الوطني، وعليه صادق على قرار قاضي الاستعجال في المحكمة الإدارية، ورفض الطعن التمييزي المقدم من رئيس البلدية بإلغاء قرار المحكمة المذكورة بوقف تنفيذ القرار الإداري[٢٢].

المطلب الثاني

احترام كرامة الإنسان عنصراً للنظام العام

بات حق الإنسان في العيش الرغيد بعيداً عن كل المنغصات، وبعيداً عن كل ما يقلل من شأن إنسانيته، من أهم الحقوق الأساسية له، لذلك عمل القضاء الإداري في أحكامه الحديثة على الربط بين الحفاظ على كرامة الإنسان وبين النظام العام، ليصبح الأول عنصراً مكملاً لعناصر الثاني. فمن الأحكام المهمة في هذا المجال، والذي يمكن عده باكورة أحكام مجلس الدولة بخصوص هذا العنصر؛ هو حكم مجلس الدولة الفرنسي بشأن قرار إداري بحظر عرض مسرحي، تلخصت وقائعه في أن عمدتي مدينة (Commune De Morsang-Sur-Orge) ومدينة (Aix- En- Provence) أصدرا قراراً بمنع عرض مسرحي يسمى (Lancer De Nains)، إذ يستخدم العرض شخصية معوقة بدنياً (قزم) كقذيفة، وسبب المنع أو الحظر في العرض من اعتداء على الكرامة الانسانية، على الرغم من اتّخاذ الإجراءات اللاّزمة لضمان سلامة الشخص المعني، وإقدامه بكامل حريته للقيام بهذا العرض، فحكم المجلس بمشروعية القرارين الصادرين من العمديين[٢٣].

(21) Tribunal Administratif de Strasbourg, Ord, 25 mai 2020, N°2003058, disponible sur: http://strasbourg.tribunal-administratif.fr/content/download/171091/1705849/ve rsion/1/file/00 - 3058-1.pdf تاريخ آخرزيارة 4/8/2020

(22) Conseil d'état, Ord, 17 avril 2020, N° 440057, commune de Sceaux , disponible sur:https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisio ns-importantes/conseil-d-etat-17-avril-2020-port-d-un-masque-de-prote-ction-co-mmune-de-de-sceaux. 4/8/2020 تاريخ آخر زيارة

(23) Conseil d'état, Ass 27 octobre 1995, N° 136727, publié au recueil Lebon.

وفي حكم أحدث أكد مجلس الدولة على مشروعية قرار المحافظ بمنع توزيع حساء لحم الخنزير على المشردين كونهم من المسلمين، إذ يضع في اعتباره أن القرار المطعون فيه يأخذ في الاعتبار مخاطر ردود الفعل على ما يُنظر إليه على أنه ظاهرة يحتمل أن تقوض كرامة الأشخاص المشمولين بالمساعدة المقترحة من جمعية (Solidarité des français) ومن ثم تتسبب في اضطرابات للنظام العام[٢٤].

الأمر الذي دفع بعض الفقهاء إلى الذهاب أبعد من الوقوف على الآداب العامة عنصراً رابعاً وحسب[٢٥]، وزادوا على ذلك احترام الكرامة الإنسانيّة ركناً جديداً للنظام العام، مستندين في ذلك- فضلاً عن هذين الحكمين- إلى حكم آخر صدر من محكمة العدل الأوربية عام ٢٠٠٤، أجاز فيه القرار الصادر من عمدة مدينة (Bonn) في ألمانيا بحظر التصريح بخصوص لعبةٍ مطوّرة تتضمن مشاهدَ لإطلاق النار ولقتل الأفراد، وقد استندت المحكمة في هذا الحكم إلى المبدأ نفسه في احترام الكرامة الإنسانية، ومسوغةً حكمها في أن حماية النظام العام في عدم الاعتداء على كرامة الإنسان تبرر تقييد حرية تقديم الخدمات في الدول الأعضاء، فيكون القاضي الاداري قد زاد بذلك احترام الكرامة الإنسانية (le respect de la dignité de la personne humaine) عنصراً من عناصر النظام العام[٢٦].

ولم يقف مجلس الدولة عند هذين الحكمين المذكورين آنفاً، بل أكد على موقفه هذا في قضية أخرى نالت قدراً واسعاً من الشهرة، وهي قضية (Dieudonné). وتضمنت عرضًا بعنوان "الجدار" يحتوي على ملاحظات معادية للسامية وتحرض على الكراهية العرقية. وبموجب الأمر الذي أصدره وزير الداخلية بحظر عرض المسرحية، أصدر المحافظ قراراً بحظر عرضها، ولما طعن بقرار المحافظ أمام قاضي الأمور المستعجلة في المحكمة الإدارية في (Nantes)، أصدر القاضي أمراً بوقف قرار المحافظ، مسبباً قراره بأن اضطرابات النظام العام التي يحتمل أن يكون سببها العرض غير كافية لتبرير قرار حظر العرض . ولما طعن بقرار قاضي الأمور المستعجلة تمييزاً أمام مجلس الدولة، أقرّ مجلس الدولة الحظر على العرض فيما يتعلق "بالمخاطر الكبيرة التي تسبب مرة أخرى انتهاكات خطيرة لاحترام القيم والمبادئ، بما في ذلك كرامة الإنسان،

(٢٤) قرار مجلس الدولة ذي الرقم ((٣٠٠٣١١ بتاريخ ٢٠٠٧/١/٥ متوافر على الموقع الرسمي لمجلس الدولة:
www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/Interdiction-pour-quelques-jours-des-rassemb lements-pour-la-soupe-au-cochon.12/6/2020 تاريخ اخر زيارة

(25) voir: Jacqueline MORAND- DEVILLER, cours de droit administratif, (5 édition, Montchre- stien, Paris, 1997), P.575; et: Gille LEBRETON, Administratif Général, (4édition, DALLOZ, 2007), P187.

(26) CJCE 14 octobre 2004, disponible sur: http://curia.europa.eu/fr/actu/ communiques /cp04/ aff/cp 040082fr.pdf. 1/6/2020 تاريخ آخر زيارة

المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن والتقليد الجمهوري". وبذلك اعترف المجلس للمحافظ باختصاصه في أن يمضي في حظر العرض بسبب محتوياته التي تقوّض كرامة الإنسان؛ وإلغاء قرار وقف التنفيذ الصادر من قاضي المحكمة الإدارية في (نانت) بسبب خطأ جسيم في التقييم عندما وجد أن اضطرابات النظام العام التي يحتمل أن يكون سببها العرض غير كافية لتبرير الإجراء المتخذ(٢٧).

المبحث الثالث

حماية النظام العام في العقود الإدارية

يتصل أو يرتبط النظام العام في العقد الإداري - بصفته صورة من صور النظام العام الإقتصادي- بعدد من المظاهر أو الحالات في هذه العقود، ويمكن تلخيص هذه المظاهر التي يرتبط بها النظام العام العقدي في:

١- النظام الاقتصاديّ في العقد،

٢- امتيازات وسلطات الإدارة في العقد،

٣- الحقوق المالية للمتعاقدين،

٤- ضمان سير واستمرار عمل المرفق العام،

ويمكن لنا أن نضيف صورة خامسة، تقع في مركز وسط بين النظام العام للدولة وسيادتها وبين النظام العام في العقد الإداري، وهي صورة اختصاص القضاء الوطني في نظر المنازعات التي تنشأ عن العقد.

ولا يخفى على أحد التطورات التي حدثت في مجال العقود الإدارية في الآونة الاخيرة، هذه تطورات أثّرت بشكل كبير في خصائص العقد الإداري، أدّت الى الحد من امتيازات ومظاهر السلطة العامة، وإلى اختلال في خصائص العقود الإدارية التقليدية، وذلك من خلال تضمينها شروطاً لا تتفق وفكرة الامتيازات والشروط الاستثنائية التي تميزت بها العقود الإدارية من أجل علوية الصالح العام على المصلحة الخاصة، ومن أهم هذه الشروط المستحدثة شرط الثبات التشريعي والثبات العقدي وشرط التحكيم، وما يستتبعها من وجود شرط للقانون الواجب التطبيق على العقد خلافاً للقانون الوطني بشكل يتنافى مع الإطار العام للنظرية الموضوعية للعقد الإداري، حتى صارت هذه العقود تجمع بين خصائص العقد الإداري من جهة وخصائص العقد المدني من جهة أخرى(٢٨)، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف في مفهوم النظام العام الواجب مراعاته في مرحلة

(27) Conseil d'Etat, Juge des référés, 09/01/2014, 374508, Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, Publié au recueil Lebon.

(٢٨) د.محمد عبد المجيد إسماعيل، تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة في عقود الدولة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

إبرام مثل هذه العقود عنه في مرحلة نظر النزاع من الجهة المختصة بنظر المنازعات العقدية إذا ما أثير مثل هذا النزاع[٢٩].

ولم يقف القاضي الإداري موقف المتفرج إزاء هذه التطورات، وإنّما أبرز- وكما هو ديدنه منذ نشأته – أهميّة وضرورة سريان قواعد القانون الإداري على العقود المستحدثة طرقاً لإدارة المرفق العام، الأمر الذي يؤكد أنّ ما حدث وما يحدث من تطورات اقتصادية تمس دور الدولة في التدخل أو عدم التدخل لا تؤثر سلباً في قواعد هذا القانون وسريانها على ما يستجد من أمور، إنما ذلك يظهر ويؤكد أصالة هذا القانون وصلاحيته- بل وضرورته- ليحكم وينظم الوقائع والمنازعات التي تثار بصدد هذا الموضوع، نصرة للقانون والنظام العام وحماية للمصلحة العامة. وإذا كان المشرّع الفرنسي، وبشكل أقل المشرع المصري قد تدخلا من خلال إصدار التشريعات اللازمة لمواجهة هذه التطورات، إلا أن بعض أوجه القصور لا تزال قائمة وتحد من النظام العام في العقود الإدارية، الأمر الذي لم يجد معه القاضي الإداري بُداً للتدخل وحماية النظام العام في العقود الإدارية، وهنا سنقتصر على تناول موقف القاضي الإداري في مواجهة مسألتين لا يزال التقصير التشريعي واضحاً بصددهما بحسب رأينا، وهما مسألة ضمان مبدأ سير المرفق العام في ظل موجة خصخصة المرافق العامة، والتي من أهم صورها عقود تفويض المرفق العام، والمسألة الثانية ذات ارتباط بالأولى، وهي التحكيم طريقاً لحل المنازعات في العقود الإدارية:

المطلب الأول
النظام العام في عقود تفويض المرفق العام

لعلنا هنا لا يهمنا تعريف هذا النوع من العقود بقدر اهتمامنا بكيفية وأسلوب حماية النظام العام فيها، إلا أن ذلك لا يعفينا من ضرورة تعريفها بشكل مختصر، انقياداً لضرورة البحث وإتماماً للمعلومة، وعليه سنكتفي بإيراد تعريف تشريعي لهذه العقود على اعتبارها اسلوباً من الأساليب الحديثة نسبياً في إدارة المرفق العام، فقد تصدى التشريع الفرنسي في القانون المرقم ١١٦٨- ٢٠٠١ الصادر في ١١ كانون الأوّل ٢٠٠١ في المادة الثالثة لتعريف هذا النوع من العقود بانه" عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) - وسواء أكان عامّا أم خاصّا- تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متحصلة بصورة جوهرية بنتائج إستثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلفاً ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق"[٣٠]. أما الأمر التشريعي المرقم (٢٠١٨-١٠٧٤) والصادر بتاريخ ٢٠١٨/١١/٢٦ فقد عرف تفويض المرفق العام

الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٧٠.

(٢٩) د. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإداريّة الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٠٧.

(30) Martine Lombard et Gille Dumont, Droit Administratif, (8e Edition, Dalloz, Paris, 2009), P.276.

بأنه: التزام خدمات عامة لغرض خدمة مرفق عام، تبرمه وحدات إدارية إقليمية، أو مؤسسة عامة محلية ، أو إحدى مجموعاتها ، أو عدد من هؤلاء الأشخاص المعنوية[٣١].

وبهذا يكون عقد التفويض هو أحد طرق إدارة المرفق العام واستثماره، تلجأ إليه الإدارة في مباشرة نشاطها المتعلق بإشباع الحاجات العامة من خلال مرافقها العامة، حيث تتم تحويل إدارته بصورة كلية أو جزئية غالباً الى القطاع الخاص عن طريق إبرام عقد يتضمن نظام الإمتياز أو أي نظام حديث آخر، وتكون العائدات التي يحصل عليها المفوض له نتيجة استثماره للمرفق، مع إمكانية إلزامه ببناء منشآت ضرورية لعمل المرفق، واكتساب الأموال اللّازمة لإدارته[٣٢]. والسؤال هنا هل أن تفويض المرفق العام، وقيام شخص خاص بتحقيقه وتنفيذه يأتي على فكرة المرفق العام وأهمّ المبادئ المرتبطة به، على اعتبار أنّ الشخص المكلف يلجأ لقواعد القانون الخاص في علاقته مع المنتفعين؟

لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي عن هذا التساؤل في رأي له بتاريخ ٢٨/ أيلول من عام١٩٩٥ معتبراً أنّ المبادئ الأساسيّة التي تسود المرفق العام تمثل قيوداً على الشخص المكلف بتحقيق المرفق العام، بل إنّها تمثل إحدى الشروط الدالة على وجود هذا النوع من العقود، وعليه فإنّ نشاطه يمثل نشاطاً مرفقياً نظراً لوجود التزامات مرفقية يتحملها من جهة، وتمتعه بامتيازات السلطة العامة من جهة أخرى[٣٣].

وإذا كانت أهم المبادئ الكلاسيكية التي تحكم المرفق العام هي مبدأ استمرارية المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق للتطور والتعديل ومبدأ المساواة؛ فإنّ المبدأ الأوّل هو أكثرها تعلقاً بالنظام العام. ونظراً لهذه الخصيصة المتمثلة بإتصال هذا المبدأ بالمصلحة العامة، فقد اهتمّ به القضاء الإداري بقدر أكبر من المبدأين الآخرين، فنشاط المرفق العام لا بد أن يستمر بصورة مطردة من غير أي توقف طالما أن المصلحة العامة لا تسوغ هذا التوقف، وسواء أكان الظرف عادياً أم استثنائياً، ولعل أبلغ تعبير عن هذا الاتجاه يتمثل في ضرورة أن يلتزم الشخص المكلف بادارة واستثمار المرفق باتخاذ كل ما يلزم لمواجهة الاضرابات التي قد تهدد أو تعيق هذا المبدأ، وذلك على الرغم من أن الاضراب حق دستوري. وللمنتفع الحق في رفع دعوى ضد المكلف أمام القاضي الإداري من اجل إلغاء تصرفه المخالف للمبدأ المذكور، والمطالبة بالتعويض عن الضرر إذا قصّر في اتخاذ الحد الأدنى من التدابير اللازمة لسير المرفقباستمرار واطّراد[٣٤].

(٣١) جرى تقنين هذا التعريف في المادة (L.1121-3) من تقنين العقود العامة الفرنسي (Code de la commande publique).

(٣٢) ومن أهم صور عقود تفويض المرفق العام إضافة الى نظام الامتياز؛ إيجار المرفق العام، ومشاطرة الإستغلال، وعقود الإدارة؛ للمزيد ينظر: د.أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، ، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص١٠١.

(٣٣) د. وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٧٦.

(٣٤) للمزيد بشأن القيمة الدستورية لهذا المبدأ؛ ينظر: أ.د. مازن ليلو راضي و د. علي يونس اسماعيل، لتطور الحديث في المبادئ

ودور القاضي الإداري دور لا يخفى عندما أراد من منطلق الحفاظ على النظام العام والمصلحة العامة، أن يعطي لمبدأ الاستمرارية قيمة تعلو قيمة المبدأ القانوني، وذلك عندما وفق بينه وبين حق الإضراب وأعطاهما ذات القيمة الدستورية حفاظاً على النظام العام من التهديد[٣٥]. ومن ثم جاء المجلس الدستوري الفرنسي ليعلن صراحة عن رغبة القاضي الإداري هذه، عندما اعتبر أنّ لحقّ الإضراب ذات القيمة الدستورية ليس من شأنه ان يشكل عائقاً لسلطة المشرع في إقرار قانون يضع حدوداً ضرورية بهدف تأمين استمرارية المرفق العام، كما وضع شروطاً لممارسة حق الإضراب هي عدم جواز التعسف تحت طائلة العقاب والمحافظة على نشاط المرفق وتأمينه بحدّه الأدنى وذلك تحت لواء النظام العام[٣٦].

المطلب الثاني
النظام العام وحظر التحكيم طريقاً لحل المنازعات العقدية

يبرز بشكل لا يدع مجالاً للشك حرص القضاء الإداري في الحفاظ على النظام العام في ظل الاهتمام باللجوء الى التحكيم طريقاً لحل المنازعات العقدية، وذلك على اعتبار أنّ التحكيم من أهم البنود التي ينظمها عقود الاستثمار في الوقت الراهن، حيث يشترطها المتعاقد المستثمر مع الادارة محلياً كان أم دولياً للدخول في شراكة تعاقدية مع الدولة، وذلك للمنافع والضمانات التي يوفرها له التحكيم، لعل أهمّها سرعة حل النزاع وإحاطته بالسرية اللازمة، بالإضافة إلى تخطي المخاطر السياسية والأمنية والاقتصاديّة التي تشهدها بعض الدول التي تلجأ إلى هذا النوع من التعاقد في إدارة مرافقها العامة، كذلك يساعد التحكيم في تخطي مسألة أخرى ذات أهمية كبيرة؛ ألا وهي مسألة الافتقار إلى ضمانات قانونية تتمثل بأطر تشريعية ترعى الإستثمار.

غير أن هذا لا يعني غض الطرف عن المساوئ أو المخاطر التي تنتج عن التحكيم طريقاً لفض منازعات العقود الإدارية، إذ أن التحكيم ينظر إلى موضوع المنازعة نظرة مجردة من دون الأخذ باعتبارات سير المرفق العام والمصلحة العامة. وهذا بخلاف القاضي الإداري الذي هاجسه الأول ضمان مبدأ سير االمرفق العام بانتظام واطّراد، هذا المبدأ الذي حاز – ومنذ وقت بعيد- قيمة دستورية، وقنن مادة في بعض الدساتير، كالدستور المغربي لسنة (٢٠١١)، بل إنّ التحكيم يساوي بين الإدارة العامة المكلفة بإدارة المرفق أو الإشراف عليه وبين المتعاقد معها، كما أن التحكيم يحد

الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٩، العددC٢، ٢٠١٧، ص٩.

(35) Marie Courrègesm, le principe de continuité du service public. contribution à l'étude du droit de grève, RDLF 2015, thèse n°05. disponible sur: http://www. revuedlf.com/theses/le-principe-de-continuite-du-service-public-contribution-a-letude-du-droit-de-greve/ 2020 /5/7 تاريخ آخر زيارة .

(36) conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, continuité de service, public de radio et télévision, disponible sur: https://www.legifrance.gouv.fr/ 6/6/2020 تاريخ آخر زيارة

من سيادة الدولة من خلال تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة[٣٧].

ويمكن تلمس موقف القاضي الإداري -لا سيما في فرنسا - المعارض لمسألة اللّجوء إلى التحكيم طريقاً لحل منازعات العقد منذ أمدٍ بعيد، وكان من أهم الحجج التي أوردها مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال هو مخالفته للنظام العام الداخلي، وذلك بسبب ضعف العدالة التي يوفرها التحكيم، وانعكاس نتائجه على فكرة الصالح العام التي تضطلع الدولة بكافة مؤسساتها بتحقيقها. ومن ناحية أخرى فإن اللجوء إلى التحكيم يعتبر مساساً وتعدياً على اختصاص السلطة القضائية، لا سيما أنّ قواعد الاختصاص بالنسبة للقضاء الإداري مرتبطة بالنظام العام، إذ أنّ هناك اعتبارات مستمدة من النظام العام لا تسمح بخضوع الدولة إلا للقضاء المنشأ وفقاً للقوانين، فاختصاص القضاء العادي والإداري على حد سواء هو من النظام العام بالنسبة للدولة، واستبعاد هذا القضاء من خلال اللجوء الى التحكيم هو بمثابة خصخصة في حل المنازعات الإدارية[٣٨].

وموقف مجلس الدولة الفرنسي هنا ليس بجديد بل يعود بجذوره الى عام ١٩٤٨ في رأيه حول قانون تنظيم واستثمار القطاع النفطي (SAHARI)، حيث رأى المجلس ضرورة إلغاء المادة المتعلقة بجواز لجوء الشخص المعنوي العام إلى التحكيم في النزاع بين الشخص المعنوي وأصحاب الامتيازات النفطية، لأن الإختصاص في هذا المجال يعود للقضاء الإداري، وأكد موقفه هذا في آرائه اللاحقة؛ ومنها ما ذهب إليه من رفضٍ لإدارج بند التحكيم في العقد المزمع إبرامه بين الشركة الأمريكية (Walt Disney) وبلدية (Val De Marne) سنة ١٩٨٦؛ والمعروفة بقضية (Eurodisneyland)، على اعتبار أنّه يتعلق بالنظام القانوني الفرنسي، وهو يعد هنا مخالفاً للنظام العام، وقد استند مجلس الدولة في رأيه هذا إلى أنّ المبادئ العامة للقانون الفرنسي تمنع لجوء الشخص المعنوي العام إلى التحكيم في أي نوع من المنازعات أكانت ادارية أم مدنية أم تجارية، ولا يجوز تخطي أو مخالفة قواعد اختصاص القضاء الوطني إلا بنص تشريعي أو باتّفاق دولي، على أساس أنّ اختصاص القضاء الإداري في نظر المنازعات العقدية ذات قيمة تشريعية لا يجوز الخروج عنه إلا بتشريع عادي آخر ينقل سلطة النظر فيهاإلى جهة أُخرى[٣٩]. وأخيرا فلا مجال لمصالح التجارة الدولية في العقد الذي يكون الشخص المعنوي العام طرفاً فيه، لأن العقد

(٣٧) ينظر: أستاذنا د. ماهر صالح علاوي الجبوري، تحولات القانون الإداري في ظل العولمة، دار وائل للنشر، ط١، عمان، ٢٠١٩، ص٢٥٢-٢٥٤ .

(٣٨) د. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإداريّة ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص١١١وبعدها.

(٣٩) هذا ما أكّده المجلس الدستوري في قرار له بتاريخ (٢٣) كانون الثاني عام ١٩٨٧؛ اعترف فيه بالقيمة الدستورية لاختصاص القضاء الاداري في نظر المنازعات المتعلقة بالقرارات الادارية اثناء ممارستها لامتيازات السلطة العامة، وبذلك تكون منازعات القضاء الكامل حسب رأي الفقه ومنها منازعات العقود الإداريّة ذات قيمة تشريعية، ينظر:
– Martine Lombard et autre, Op. Cit, p.284 :

والحالة هذه يكون مرتبطاً بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي[٤٠].

وإذا كان الواضح مما تقدم أن القضاء الإداري الفرنسي اعتمد في رفضه اللجوء الى التحكيم مجرد وجود الشخص المعنوي العام طرفاً في النزاع، وهو بذلك يستند إلى معيار شكلي أو عضوي، إلا أنّه عمل على تبني المعيار المادي من جهة أخرى، وذلك حرصاً منه على موقفه هذا الرافض للخروج على قواعد النظام العام[٤١]، ويتبين ذلك من الموقف الذي تبناه في قضية شركة (A.R.E.A) التي تدور وقائعها في إبرام الشركة المذكورة صاحبة الامتياز في إنشاء واستغلال مشروع للطرق السريعة والممنوح من الدولة، عقداً مع شركة خاصة للقيام بجزء من التزاماتها التعاقدية هذه، مع إدراج بند تحكيمي فيه، وعندما أثير النزاع أمام مجلس الدولة قضى ببطلان البند التحكيمي لأن الشركة الأصليّة الخاصة المتعاقدة تعمل باسم الدولة، وبهذا يكون المجلس قد أخذ بنظرية الوكالة الضمنية في العمل الإداري[٤٢].

هذا الموقف الصلب من القضاء الإداري الفرنسي دفع المشرع إلى إصدار قوانين للتخفيف من مبدأ الحظر، مثالها القانون الصادر في ١٩ آب عام ١٩٨٦ الذي سمح بموجبه للدولة وللأقاليم والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبيّة، أي في العقود الدولية دون العقود الداخلية، ووضع شروطاً محددة لهذا السماح ولتطبيق نصوص هذا القانون وهي تتلخص في أن يكون العقد دولياً، ويكتسب العقد هذه الصفة إذا كان مبرماً مع شركة أجنبيّة. وأن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي. وأخيرا أن تصدر موافقة من مجلس الوزراء على تضمين العقد شرط التحكيم[٤٣].

وأمام هذا التدخل التشريعي، لم يكن للمجلس سوى أن يعمل على تحديد موقفه من الرقابة على الحكم أو القرار التحكيمي الذي سيتخذ بشأن النزاع في العقد الإداري الدولي. إذ اكد المجلس في حكم حديث له أن رقابته على الحكم الصادر في مسألة التحكيم الدولى محدودة ولا تشمل سوى بعض العناصر. وعلى وجه الخصوص، يتحقق مجلس الدولة فقط من أن القرار التحكيمي الصادر

---

(٤٠) للمزيد ينظر: د. وليد حيدر جابر، المصدر السابق، ص٦٢٦.

(٤١) د. وليد محمد عباس، المصدر السابق، ص١٤١.

(42) Conseil d'État, 3Mars 1989. Société de autoroute de la région Rhone-Alpe : Disponible sur: https://www .legifrance.gouv.fr22/7/2020 تاريخ اخر زيارة

(٤٣) وهذا يؤدي إلى القول إنّ موقف القاضي يسمح فقط باللجوء الى التحكيم في العقود الدولية دون الداخلية، إلا في حالات استثنائية تستوجب تدخل المشرع بنصوص قانونية تبيح اللجوء إلى التحكيم، أو تحدد عقوداً محددة وعلى سبيل الاستثناء يجوز تضمينها شرط التحكيم كما في عقود الشراكة الذي يعتبر من العقود الإدارية بنص القانون، والذي تم المصادقة عليه بواسطة المادة (٧٨) من القانون الصادر بتاريخ (٩) كانون الاول عام ٢٠٠٩، ينظر:

– Martine LOMBARD et autre, Op. Cit, P. 279.

لا ينتهك قاعدة النظام العام. ومن ثم فإن خطأ المحكمين في تطبيق قواعد القانون الخاص على عقد إداري يخضع لقواعد القانون العام لا يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي بأكمله، فلا يمكن أن يلغى القرار التحكيمي إلا إذا تجاهلت قاعدة من قواعد النظام العام، ومن هذه القواعد تلك التي تتمثل في حق السلطة الإدارية المتعاقدة في تنفيذ الالتزام بنفسها، وعلى نفقة المتعاقد معها، إذا أخل الأخير بالتزاماته العقدية في عقد الأشغال العامة[٤٤].

وبخصوص موقف مجلس الدولة المصري، ونتيجة لعدم وضوح الموقف التشريعي بشأن إجازة التحكيم في العقود الإدارية من عدمه، فقد تضاربت أحكامه لا سيما مع تزايد اتّجاه الإدارة إلى تضمين العقود الإدارية شرط التحكيم طريقاً لتسوية المنازعة العقدية. وبرز موقف مجلس الدولة من خلال تدخله بجلسة ١٨ كانون الأوّل ١٩٩٦ وأصدار الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في المجلس بفتوى خلصت فيها بعدم جواز التحكيم في منازعة العقد الإداري، إذ أكدت بأنه "..... إذا كان شرط التحكيم في العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهليّة إلّا باكتمال وصياً .... فإنه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا بإكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية هنا بعمل تشريعي يجيز التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة...." . وكان موقف مجلس الدولة المصري هذا سبباً لأن تدخل المشرع وأجاز التحكيم في العقود الإدارية، ويصدر الضوابط والشروط التي يتطلبها خضوع العقود الإدارية للتحكيم بالقانون المرقم (٩) لسنة ١٩٩٧. يضاف لهذه الشروط ما ورد في نص المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري المرقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بضرورة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع عند إبرام عقد إداري يتضمن شرط التحكيم إذا كانت قيمته تتجاوز (٥٠٠٠) جنيه[٤٥].

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

- يهدف القاضي الإداري إلى الحفاظ على النظام العام من خلال دعوى الغاء القرارات الإدارية، وعليه يتجه هذا القضاء نحو ربط كل أوجه اللامشروعية بفكرة النظام العام، على اعتبار ان الدعوى نفسها من النظام العام.
- صحيح أن إجراءات الضبط الإداري تهدف إلى حماية النظام العام بعناصره الرئيسية، إلا أنّ القضاء الإداري بات يمارس دورَ رقابة فاعلة على هذه الإجراءات تنسجم مع الحفاظ على النظام العام في ظل التطورات الحديثة التي تحوق المجتمع، ولا سيما مسألة الأعمال الإرهابية

(44) Conseil d'État, Assemblée, 09/11/2016, 388806, Publié au recueil Lebon.

(٤٥) للمزيد ينظر: د.جابر جاد نصار، المصدر السابق، ص ٢٤٥ .

ومخاطر جائحة فايروس كورونا. هاتان المسألتان اللتان دفعتا الإدارة إلى فرض أنواع معينة من الملبس، بشكل أثر في الحرية الفردية للمواطنين.

- باتت كرامة الإنسان وحقه في العيش الرغيد من أهم مقومات الحياة العصرية، وحقاً أساسياً يتطلب بيئة سليمة للعيش. ولذلك عمل القضاء الإداري على حماية هذا الحق كونه بات يمثل عنصراً من عناصر النظام العام.
- لما عمدت السلطة العامة إلى الاستعانة بالقطاع الخاص في إدارة مرافقها العامة. من أجل تقديم خدماتها بالشكل الذي يوفر أكبر قدر من الجودة مقابل أسعار تنافسية، تدخل القاضي الإداري مرة أخرى من أجل تدعيم وتعزيز أهم مبدأ من المبادئ التي تحكم عمل المرفق، وهو مبدأ انتظام سير المرفق العام. وفرض على الشخص الذي يدير مرفقاً الالتزام بحماية للنظام. ولا سيما في عقود تفويض المرفق العام.
- يلعب القضاء الإداري دوراً رائداً في الحفاظ على سيادة الدولة وتطبيق قوانينها في المنازعات العقدية، وبشكل خاص في العقود الإدارية المتعلقة بإدارة المرفق العام وتنفيذه. وإذا كان التشريع الفرنسي قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية الدولية؛ فإن القاضي الإداري ظل يراقب احترام تطبيق قواعد النظام العامّ العقدي فيها.

ثانياً: التوصيات

- العمل على ربط أوجه لا مشروعية القرار الإداري بالنظام العام، والعمل على إيرادها بشكل واضح وصريح في القوانين المنظمة للقضاء الإداري.
- العمل على تحديد وتثبيت العناصر الحديثة للنظام العام هدفاً لإجراءات الضبط الإداري، وإلزام الإدارة من خلال التشريعات على التدخل وحمايتها كلما تطلب الأمر ذلك.
- اصدار التشريعات التي تنظم الاختصاص في نظر منازعات العقود الإدارية سواء من خلال ادخالها في اختصاص القضاء الإداري بشكل صريح، أو تنظيم إجراءات اللجوء إلى التحكيم وبشكل لا يتعارض مع النظام العام الداخلي.

المصادر

أولاً- المصادر الأساسية

١- قانون مجلس الدولة المصري المرقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

٢- تقنين العقود العامة الفرنسي (Code de la commande publique).

٣- تقنين الإجراءات الإدارية الفرنسي (code de justice administrative).

ثانياً- الكتب

أ- الكتب:

- أنور أحمد أرسلان، وجيز القانون الإداريّ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٥.
- حسام الدين محمد مرسي مرعي، السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٥،
- خالد سيد محمد محمود حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- فؤاد محمد موسى عبد الكريم، نظرية الانحراف في استعمال الإجراء الإداريّ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، ١٩٩٥.
- مازن ليلو راضي، القانون الاداري، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة دهوك، العراق، ٢٠١٠.
- ماهر صالح علاوي الجبوري، تحولات القانون الإداريّ في ظل العولمة، طار وائل للنشر، ط١، عمان، ٢٠١٩.
- محمد شريف إسماعيل عبد الحميد، سلطات الضبط الإداريّ في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، االقاهرة، ١٩٧٩.
- محمد عبد المجيد إسماعيل، تأملات في العقود الدولية وأثر العولمة على عقود الدولة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- د. محمد عيد الغريب، النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام ودورها في مجال الضبط الإداريّ، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٢.

- منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداريّ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨١.
- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإداريّة الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨.
- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإداريّة ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- -محمد محمد عبد اللطيف، ، قانون القضاء الإداريّ، دعوى الإلغاء، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

ب- الكتب الفرنسية

- André De LAUBADÉRE, Droit Administratif, Tome1, (9e édition, L.G.D.J, Paris, 1984).
- Bruno KORNPROBST, (La Notion de Partie et Le Recours Pour Excès de Pouvoir, L.G.D.J, Paris, 1959).
- Gille LEBRETON, Droit administratif général, (4édition, DALLOZ, 2007).
- Jacqueline MORAND- DEVILLER, cours de droit administratif, (5e édition, Montchrestien, Paris, 1997).
- Jean RIVERO, Administrative Law et Droit Administratif, (L.G.D.J. Paris, 1986).
- Martine LOMBARD et Gille DUMONT, Droit Administratif, (8e édition, Dalloz, Paris, 2009).

ثالثاً- البحوث والمقالات:

١- أ.د. مازن ليلو راضي و د. علي يونس إسماعيل، لتطور الحديث في المبادئ الحاكمة للمرفق العام في فرنسا وقيمتها القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٩، العددC٢، ٢٠١٧، ص١-٢٢.

2- Marie COURRÈGESM, le principe de continuité du service public. contribution à l'étude du droit de grève, RDLF 2015, thèse n°05.

رابعاً- أحكام القضاء الإداري المصري:

- حكم محكمة القضاء الاداري في مصر، في الدعوى رقم ٣٣٤١٨، لسنة ٦٢ ق، بتاريخ ١٨/١/ ٢٠٠٨. غير منشور.
- حكم محكمة القضاء الإداريّ، الطعن رقم ٥٥٦٩، سنة ٣٧ ق، تاريخ الجلسة ١٥/١/ ١٩٨٦. مجموعة المكتب الفني لمجلس الدولة، السنة ٤٥.
- حكم محكمة القضاء الإداريّ رقم ٦٨٥ق، السنة الثانية، في ١١/٥/ ١٩٥٠،مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداريّ، السنة الرابعة، ص٧٦١.
- حكم المحكمة الإداريّة العليا، الطعن رقم ١٦٨١، لسنة ٣٦ ق، بتاريخ ١٧/١/ ٢٠٠١، مجموعة المكتب الفني لمجلس الدولة، السنة ٤٦.

خامساً- المواقع الإلكترونية:

- https://www.conseil-etat.fr /actualites/discours-et-interventions/l-ordre-publ ic-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation#_ftnref11. 2/8/2020 تاريخ الزيارة .
- https:// www.documentcloud.org/documents/6923466-TA-port-du-masque-Strasbo- urg.html#document/ -p6. 3/8/2020 تاريخ الزيارة
- http://strasbourg.tribunal-administratif.fr/content/download/171091/1705849/version/1/file/00- 3058-1.pdf تاريخ آخر زيارة 4/8/2020
- www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiques/Interdiction-pour-quelques-jours-des-rassemb lements-pour-la-soupe-au-cochon. تاريخ آخر زيارة 12/6/2020
- https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-17-avril-2020-port-d-un-masque-de-prote-ction-co-mmune-de-de-sceaux. 4/8/2020 تاريخ آخر زيارة
- http://curia.europa.eu/fr/actu/ communiques /cp04/ aff/cp 040082fr.pdf. تاريخ آخر زيارة 1/6/2020
- http://www.revuedlf.com/theses/le-principe-de-continuite-du-service-public-contribution-a-letude-du-droit-de-greve/ 2020 /5/7 تاريخ آخر زيارة.
- : https://www.legifrance.gouv.fr/ 6/6/2020 تاريخ آخر زيارة
- : https://www .legifrance.gouv.fr22/7/2020 تاريخ اخر زيارة