

بسم الله الرحمن الرحيم

٢٠٢٠/١٩/٢٥	رقم التبليغ: ٢٢٦٨
٢٠٢٠/١٩/٢٥	بتاريخ:
٦٣٥/١/٥٤	ملف رقم:

مجلس الدولة
مركز الدراسات والبحوث
القانونية والتشريحية


 جمهورية مصر العربية
 مجلس الدولة
 رئيس الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع
 المستشار النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

السيد الأستاذ المستشار/ نائب رئيس مجلس الدولة

رئيس اللجنة الثالثة لقسم الفتوى

تحية طيبة، وبعد،

فقد اطلعنا على كتابكم رقم (١٢٨٣) المؤرخ ٢٥/١٠/٢٠٢٠م، بشأن طلب الإفادة بالرأى القانوني في مدى جواز قيام اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة بمراجعة مشروع العقد المزمع إبرامه بين مصلحة الميكانيكا والكهرباء والشركة المصرية لنقل الكهرباء لتوريد الطاقة الكهربائية.

وحاصل الوقائع- حسبما يبين من الأوراق- أن الإدارة العامة للعقود بمصلحة الميكانيكا والكهرباء بوزارة الموارد المائية والري أبدت بعض الملاحظات على نموذج العقد النمطى لتوريد التيار الكهربائى الصادر من جهاز تنظيم الكهرباء وحماية المستهلك، فورد إلى المصلحة خطاب رئيس مجلس إدارة الشركة المصرية لنقل الكهرباء المؤرخ ٩/٨/٢٠٢٠ متضمناً الرد على تلك الملاحظات بأن تلك العقود النموذجية تم وضعها وفقاً لأحكام اللائحة التجارية الخاصة بالشركة، وأنه تم إقرارها من قبل جهاز تنظيم مرفق الكهرباء، وأن الشركة من ضمن الشركات غير المخاطبة بأحكام القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ الخاص بالتعاقدات الحكومية، وتعد عقودها ضمن عقود الإذعان التي لا يتساوى أطرافها في الحقوق والالتزامات، إلا أنه متى كانت الجهة الإدارية ممثلة في مصلحة الميكانيكا والكهرباء بوزارة الموارد المائية والري أحد أطراف التعاقد، وكان العقد يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فإنه إعمالاً لحكم المادة (٥٨) من قانون مجلس



تابع الفتوى ملف رقم: ٦٣٥/١/٥٤

(٢)

الدولة، ارتأت الإدارة العامة للشئون القانونية مخاطبة إدارة الفتوى لمراجعة نموذج العقد، وبناء عليه ارتأت إدارة الفتوى المختصة بعد إعدادها تقريرًا بالملاحظات التي تبنت لها عند مراجعة العقد عرض الموضوع على هيئة اللجنة الثالثة من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة، والتي قررت بجلستها المعقودة في ٢٠٢٠/١٠/١٤ إحالته إلى الجمعية العمومية للإفادة بالرأى القانونى فى ضوء ما أثير من الشركة من أن عقودها ضمن عقود الإذعان التي لا يتساوى أطرافها في الحقوق والالتزامات.

ونفيد أن الموضوع عرض على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٨ من نوفمبر سنة ٢٠٢٠ الموافق ١٣ من ربيع الآخر سنة ١٤٤٢ هـ، فتبين لها أن المادة (١٩٠) من الدستور تنص على أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية التي تحال إليه، ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفًا فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى". وأن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أن: "يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة... وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأى في المسائل التي يطلب الرأى فيها من الجهات المبيّنة في الفقرة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية. ولا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة"، وأن المادة (٦١) من القانون ذاته تنص على أنه: "الرئيس إدارة الفتوى أن يُحيل إلى اللجنة المختصة ما يرى إحالته إليها لأهميته من المسائل التي ترد إليه لإبداء الرأى فيها، وعليه أن يُحيل إلى اللجنة المسائل الآتية: (أ) كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة. (ب) عقود التوريد والأشغال العامة، وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حيازا أو التزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمة على خمسين ألف جنيه. (ج) ... (د) ...".



(٦٣٥/١/٥٤)

تابع الفتوى ملف رقم: ٦٣٥/١/٥٤

(٣)

وأن المادة الأولى من القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة تنص على أن: "يُعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، وتسرى أحكامه على الجهات التي تضمها الموازنة العامة للدولة ووحدات الجهاز الإداري للدولة- من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، وما يتبع هذه الجهات من وحدات ذات طابع خاص... وذلك كله فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو بتنظيمها أو في لوائحها الصادرة بناءً على تلك القوانين أو القرارات"، وأن المادة (٧٤) من القانون تنص على أنه: "مع مراعاة حكم المادة (٦٣) من هذا القانون، يجوز بموافقة السلطة المختصة التعاقد بالاتفاق المباشر مع أي من مقدمي الخدمات الأساسية الذي تمتلك الدولة فيه حصة حاكمة تسمح لها بتعيين أغلبية أعضاء مجلس إدارته أو التحكم على أي نحو في القرارات الصادرة من مجلس إدارته أو من الجمعية العامة له على تقديم الخدمات الأساسية ومن ذلك الكهرباء، والمياه، والغاز، وغيرها من الخدمات الأساسية اللازمة لتسيير المرفق العام ذات الطبيعة المماثلة والمحددة أسعارها من الدولة، وفي هذه الحالة يُستثنى مقدمو الخدمات الأساسية من تقديم خطاب ضمان الدفعة المقدمة ومن أداء التأمين بنوعيه، ويكتفي بما يقدم منهم من تعهدات أو ضمانات تقررها السلطة المختصة، وللسلطة المختصة التفويض في أي من الاختصاصات المنصوص عليها في هذه المادة".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم- وحسبما استقر عليه إفتاؤها- أن المشرع في قانون مجلس الدولة المشار إليه عهد إلى مجلس الدولة مراجعة العقود التي تبرمها أو تجيزها وزارات الدولة وهيئاتها ومصالحها إذا بلغت نصاباً معيناً، حيث حظر عليها أن تبرم عقداً أو تقبل تحكيمياً أو صلحاً فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وأوجب المشرع في هذا القانون على هذه الإدارة لدى ممارستها هذا الاختصاص أن تُحيل إلى لجنة الفتوى المختصة من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة مشروع كل عقد التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد، أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة، أو كانت قيمته، وكذلك مشروعات عقود التوريد والأشغال العامة، وكل عقد يرتب حقوقاً، أو التزامات مالية للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمة العقد على خمسين ألف جنيه، ومؤدى ذلك ولزامه التزام الهيئة المشار إليها بعرض مشروعات هذه العقود قبل إبرامها على إدارة الفتوى، ومما لا ريب فيه أن المشرع لم يفرض ذلك عبئاً، وإنما أراد به أن يُجنب

(٢١٦٦٣)

تابع الفتوى ملف رقم: ٦٣٥/١/٥٤ -

(٤)

الجهة الإدارية مسبقاً مواطن الخطأ وتبصرتها بمواطن الزلل، وأن يتهيأ لها مقدماً من أسباب السلامة ما تترك به المصلحة العامة في إبرام تلك العقود، وهذه المراجعة التي تُجرىها إدارة الفتوى أو اللجنة المختصة بمجلس الدولة لا تقف عند حدود مشروع العقد، وإنما تمتد لتشمل الإجراءات التي سبقتها وجميع ما يعد جزءاً منه للوقوف على مدى مطابقتها لحكم القانون، ومدى تأثيرها في صحة العقد إن كان لذلك وجه، بحسبان أن عقود الإدارة - إدارية أكانت أم مدنية - تخضع في إبرامها لضوابط وقواعد تحدد من يمتلكون إبرامها وطرق وإجراءات ذلك، وكل ذلك موكل أمره إلى جهة الفتوى المنوط بها ولاية مراجعة العقد، وأن هذه المراجعة لا تضيء على إجراءات وبنود العقد - حال إبرامه قبل مراجعته - الشرعية والصحة إذا كانت قد فقدتها، ولا تطهره من المخالفات التي شابته إبرامه وبنوده أو تجيزها، وإنما تكشف عنها وتضعها تحت بصر الجهة الإدارية لما يستوجب ذلك منها من إعادة النظر في العقد بالتحلل منه كله أو بعضه في ضوء ما أسفرت عنه هذه المراجعة.

وخلصت الجمعية مما تقدم إلى أن المشرع بموجب المادة الأولى من مواد القانون رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة قرر سريان أحكامه على الجهات التي تضمها الموازنة العامة للدولة و وحدات الجهاز الإداري للدولة - من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة - ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، وما يتبع هذه الجهات من وحدات ذات طابع خاص، وأجاز لهذه الجهات - بعد موافقة السلطة المختصة - التعاقد بالاتفاق المباشر مع أي من مقدمي الخدمات الأساسية الذي تمتلك الدولة فيه حصة حاكمية تسمح لها بتعيين أغلبية أعضاء مجلس إدارته أو التحكم على أي نحو في القرارات الصادرة من مجلس إدارته أو من الجمعية العامة له، على تقديم الخدمات الأساسية، ومن ذلك الكهرباء، والمياه، والغاز، وغيرها من الخدمات الأساسية اللازمة لتسيير المرفق العام ذات الطبيعة المماثلة والمحددة أسعارها من الدولة، كما أن المشرع في قانون مجلس الدولة المشار إليه قد حظر على الوزارات والهيئات العامة ومصالح الدولة أن تبرم عقوداً ترتب حقوقاً أو التزامات مالية للدولة، أو عليها، دون العرض على جهة الإفتاء والمراجعة بمجلس الدولة، سواء أكانت إدارة الفتوى المختصة أم لجان قسم الفتوى، ومؤدى ذلك أن العقود التي تكون الجهات الإدارية المشار إليها طرفاً فيها، وأياً كانت طبيعتها، سواء أكانت عقوداً إدارية أم مدنية، فيتعين عرضها ومراجعتها من جهة الإفتاء والمراجعة بمجلس الدولة، وهذه المراجعة لا تكون على بنود العقد فحسب، وإنما تمتد لتشمل الإجراءات الأساسية على التعاقد.

ولما كان ماتقدم، وكان الثابت من الأوراق أن مصلحة الميكانيكا والكهرباء بوزارة الموارد المائية والري ترغب في التعاقد مع الشركة المصرية لنقل الكهرباء لتوريد الطاقة الكهربائية للمصلحة، وطلبت مراجعة نموذج العقد المرسل إليها

تابع الفتوى ملف رقم: ٦٣٥/١/٥٤

(٥)

من الشركة، ولما كان المشرع في قانون مجلس الدولة قد حظر على الوزارات والهيئات العامة ومصالح الدولة أن تبرم عقوداً ترتب حقوقاً أو التزامات مالية للدولة، أو عليها، دون العرض على إدارة الفتوى أو اللجنة المختصة بمجلس الدولة، سواء أكانت هذه العقود إدارية أم مدنية، وإذ كان نموذج العقد المطلوب الرأى بشأن مراجعته أحد أطرافه مصلحة الميكانيكا والكهرباء، ومن ثم فإنه يتعين على اللجنة الثالثة من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة مراجعة هذا العقد المراجعة القانونية الواجبة، سواء الإجراءات السابقة عليه من موافقة السلطة المختصة وتوافر الاعتماد المالى، أو نصوص مشروع العقد ذاته، وذلك لكشف ما يمكن أن يلحق بالإجراءات السابقة عليه من العوار أو الخلل قبل إبرامه، الأمر الذي يقتضي قيام اللجنة الثالثة بمراجعة نموذج العقد المائل.

بذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى:

أولاً: وجوب مراجعة اللجنة الثالثة من لجان قسم الفتوى لنموذج العقد فى الحالة المعروضة.
ثانياً: إعادة العقد إلى اللجنة المشار إليها لتجرى فيه شئونها، واتخاذ ما تراه مناسباً فى ضوء هذا الإفتاء، وذلك على النحو المبين بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

رئيس
الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع
المستشار/
يسرى هاشم سليمان الشيخ
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

