

أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص»<sup>(١)</sup>.

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه، منهم الدكتور سليمان محمد الطماوي، الذي ذهب إلى أن العقد الإداري: «هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام»<sup>(٢)</sup>.

ويبدو أن الرأي الغالب سواء في مصر أم العراق قد أستقر على أن العقد يكتسب

صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي:

١ - أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً.

٢ - أن يتصل هذا العقد بمرفق عام.

٣ - أن تختار الإدارة وسائل القانون العام.

(١) الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٧/١٢/٣٠ القضية رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً ص ٩٩.

(٢) د. سليمان محمد طماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المصدر السابق - ص ٥٢.

## الفصل الثاني: المعيار المميز للعقد الإداري

مر تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الإدارة بإرادته، وفق ما يسمى في نظرية العقد الإداري بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة أخرى وضع فيها القضاء الإداري عدة معايير للتمييز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الإدارية. وفي هذا الفصل نبحت هاتين المرحلتين من مراحل تمييز العقود الإدارية.

### المبحث الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون

يلجأ المشرع في بعض الأحيان - وعندما يجد أن تطبيق نظام القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص - إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات ويطلق على هذه العقود، العقود الإدارية بتحديد القانون<sup>(١)</sup>.

وقد ظهر هذا التحديد أول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بأنها إدارية وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات سعيًا منها لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة، فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة. وقد تمثلت النصوص التي عقدت الاختصاص فيما تثيره من منازعات لمجلس

(١) ينظر في ذلك:

- د. عمر حلمي - معيار تمييز الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٢٧ وما بعدها.
- د. حلمي مجيد الحمدي - كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - كلية القانون جامعة بغداد - المجلد الخامس العدد الأول والثاني ١٩٨٦ ص ١٩٧.
- د. عزيز الشريف - المصدر السابق - ص ٤٧٥.

الأقاليم بموجب قانون (٢٨) بلفوز (السنة الثامنة للثورة)<sup>(١)</sup>.

وكذلك المرسوم الصادر في ١١/٦/١٨٠٦ المتعلق بعقود التوريد والقانون الصادر في ١٧/٧/١٧٩٠ و ١٧٩٣/٩/٢٦ المتعلق بعقود القروض العامة وعقود بيع أملاك الدولة والرسوم بقانون الصادر في ١٧/٦/١٩٣٠ عد كل عقد يتضمن شغلا لمال عام عقدا إدارياً في كل الحالات أيّاً كان شكله أو تسميته وسواء أبرمته الإدارة المركزية أم جهاز لا مركزي إقليمي أو مرفقي أو ملتزم لمرفق عام.

أما في مصر فقد حدد المشرع في المادة العاشرة من القانون (٧٤) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، العقود الإدارية التي يختص مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عنها بالنص: «تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر»، وقد افرد المشرع العراقي لبعض عقود الإدارة تشريعات خاصة مما يدل على كونها عقوداً إدارية، ومنها عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى المبرمة استناداً إلى أحكام قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٥ عقود بيع وإيجار أموال الدولة التي ينظم أحكامها القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦.

وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية لكثير من النقد لأسباب ترجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلائم مع التكييف الذي يضيفه عليها المشرع، وفي الحالات التي ينسجم فيها هذا التكييف مع طبيعة العقد ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفاً فقط.

لذلك نعتقد أن ترك تحديد العقود الإدارية للقضاء لا شك أقدر على كشف الطبيعة القانونية لها، خصوصاً إذا كان هذا القضاء إدارياً متخصصاً.

(١) د. عبد الفتاح حسن - المرفق العام في القضاء الإداري الفرنسي الحديث - بحث منشور في مجلة القضاء والقانون - السنة الأولى - العدد الثالث - الكويت - ص ١٣.

## المبحث الثاني: التمييز القضائي للعقود الإدارية

إزاء الانتقادات الموجهة لتحديد المشرع للعقود الإدارية وسعي القضاء نحو توسيع اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى لسد ما في التشريع من نقص - تكفل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل، وفي حالة توفرها يكون العقد إدارياً وبعكسه يبقى العقد ضمن دائرة القانون الخاص.

وقد ظهرت هذه المعايير نتيجة لتطور قضائي طويل انتقلت فيه غلبة كل معيار على الآخر تباعاً.

وستتكلّم فيما يأتي عن المعايير التي اعتمدها القضاء والفقهاء الإداريان في تمييز العقود الإدارية.

أولاً: أن تكون الإدارة طرف في العقد: من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، وهذا الشرط تستلزمه المبادئ العامة للقانون الإداري الذي وجد ليحكم نشاط السلطات الإدارية أما العقود التي تبرم بين الأفراد أو أشخاص القانون الخاص الأخرى فإنّها تعد من عقود القانون الخاص ولو أبرمت لتحقيق المصلحة العامة. وأشخاص القانون العام تتمثل بالدولة والوزارات والمؤسسات الإدارية التابعة لها فضلاً عن الأشخاص العامة المحلية من محافظات ومدن وأحياء يضيف القانون عليها الشخصية المعنوية.

وفي هذا السبيل فقد استقر الرأي على استبعاد عقود القانون الخاص ولو حققت مصلحة عامة إلا في أحوال معينة بالقياس إلى العقود التي تبرم باسم الإدارة ولحسابها، وقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا ومصر إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد إدارية إذا ما ظهر أن أحد المتعاقدين قد تعاقد باسم الإدارة ولحسابها متى توفرت الشروط الأخرى من اتصال العقد بالمرفق العام وتضمينه شروطاً استثنائية. وقد طبقت محكمة التنازع هذا الاتجاه في حكم له بشأن عقد أبرمته إحدى شركات

الاقتصاد المختلط مع منشأة خاصة وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الاقتصاد المختلط التي كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقررتي (ماسي وانتوني) بالتعاقد مع منشأة خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال واعتبرت المحكمة في قرارها العقد إدارياً على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تصرف إلا باسم قررتي (ماسي وانتوني) ولحسابها<sup>(١)</sup>.

وقد سلكت محكمة القضاء الإداري في مصر النهج نفسه في حكمها الصادر في ٢٤/٤/١٩٥٦ الذي جاء فيه: «متى كان الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد تدخلت في أمر سلعة الشاي واتخذت من الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها إلى المستهلكين بالسعر المحدد وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة، ووضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها وعهدت بذلك» لجنة توزيع الشاي: «ثمَّ المعبئين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد، متى كان ثابتاً بما تقدم فإن ذلك في حقيقته يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ومن ثمَّ تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها اللجنة هي عقود إدارية»<sup>(٢)</sup>.

ولا يمكن اعتبار هذا القرار خروجاً على شرط أن تكون الإدارة أحد طرفي العقد، فإذا تعاقد طرف من العقد باسم الإدارة ولحسابها فإنه يعد نائباً عن الإدارة وتصرف آثار العقد إلى الجهة الإدارية، ولو أن محكمة القضاء الإداري لم تبين بصورة واضحة

(١) طبقت محكمة التنازع في هذا القرار أحكام الوكالة في القانون الخاص، ذلك ممَّا عرض هذا الحكم إلى الكثير من النقد، إذ أن أحكام الوكالة تقتضي أن يتصرف الوكيل باسم الموكل ولحسابه، أما في الحكم المذكور فقد ورد أن شركة Saegema قد تصرفت باسم قرية (ماسي وانتوني) ولحسابيهما.

2 T.C. 125 janvier – 1970 – Saegema J.C.P 1970/2/16229.

حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ٢٤/٤/١٩٥٦ مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري السنة العاشرة ص ٣٠٧.

هذه الفكرة.

ومن ثمَّ فإنَّ المعيار العضوي لا يكفي لوحده لتمييز العقد الإداري ففي الكثير من الأحيان تكون الإدارة طرف في هذا العقد إلا أنه يعد من عقود القانون الخاص بيدَّ أنَّ شرط وجودها طرفاً في العقد يبقى شرطاً أساساً لإضفاء الصفة الإدارية عليه إذا ما عزز بالشروط الأخرى التي يستلزمها القضاء كمعيار لتمييز العقد الإداري.

ومع ذلك فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على وصف العقود بين شخصين من أشخاص القانون العام عقوداً إدارية ما لم يثبت العكس.

ومن ذلك قرار محكمة التنازع عام ١٩٣٨ في حكم U.A.P وحكم مجلس الدولة في ١٩٨٨/١/٨ الذي اعتبر فيها الاتفاقات بين حاكم إحدى المقاطعات بشأن تحديد توزيع المرافق العامة بين الدول والمحليات من قبيل العقود الإدارية<sup>(١)</sup>.

ثانياً: اتصال العقد بنشاط مرفق عام: Le Rattachement Aune activite Deservice Public: لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة أحد الأطراف إنما يجب البحث فيما إذا كان العقد متعلقاً بمرفق عام على وجه من الوجوه.

وبعد أن كان القضاء في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي للمرفق تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين - ثمَّ استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي - فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو التعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهاتها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام.

تطور فكرة المرفق العام: ظهرت فكرة المرفق العام وتبلورت ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر فأصبحت الفكرة الأساسية، التي اعتمدها أحكام مجلس الدولة الفرنسية ومحكمة التنازع في تقرير معيار الاختصاص القضاء الإداري ومن حكم Rotschild

(١) إشارة إليه د. عمر حلمي - معيار العقد الإداري - المصدر السابق - ص ٤٠.

الصادر في ١٨٥٥/٩/٦ و Dekeister عام ١٨٦١ و Blanco بتاريخ ١٨٧٣/٢/٨. وعزز هذا الاتجاه وضع العميد Duguít لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير في نظريات القانون الإداري التي باتت تقوم على اعتبار المرفق العام ومقتضيات سيره، المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المؤلف في قواعد القانون الخاص<sup>(١)</sup>. والدولة في هذا الاتجاه تسعى نحو تحقيق هدف معين هو حسن أداء المرافق العامة، وتستعمل في هذا السبيل وسائل القانون العام، لأن المرفق العام أصبح يمثل الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري الذي أصبح يسمى (قانون المرافق العامة) ويتحدد نطاق تطبيقه على أساسها.

وعلى هذا الأساس فإنَّ العقود الإدارية لا تكتسب صفتها هذه إلا إذا اتصلت بنشاط مرفق من المرافق العامة، فأصبحت هذه النظرية معياراً مميزاً للعقد الإداري عن عقود القانون الخاص.

ونتيجة لتطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي نهضت عليها فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والمرافق المهنية المختلفة، لم تعد نظرية المرافق العامة تحظى بأهميتها السابقة ممَّا عرضها للنقد الشديد.

حتَّى ذهب البعض إلى القول أن مفهوم المرفق وأهميته بالنسبة للقانون الإداري قد أصبحت ثانوية، في حين أعتبر آخرون ما حصل تطوراً في مفهوم المرفق العام<sup>(٢)</sup>. ومع ما أصاب هذه النظرية من نقد بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري تؤكد ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية عليه.

(١) د. محمد المدني - القانون الليبي - ١٩٦٤ - ١٩٦٥ - دار النهضة العربية - ص ٤٢٥.

(٢) د. محمد فؤاد مهنا - الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة - ١٩٨١ - ص ٣٢.

غير أن من الفقهاء من ذهب إلى أن فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإداري لم تعد كافية أو صالحة للتطبيق<sup>(١)</sup>.

مما جعل من الضروري أن يحدد هذا المعيار بإضافة عنصر جديد يتمثل باستعمال أساليب القانون العام، بعد أن تبين ما في فكرة المرفق العام من سعة وعدم اقتصار على المرافق الإدارية وشموله للمرافق الاقتصادية والتجارية وتجلي ذلك بظهور المعيار المزدوج الذي يجمع بين فكرتي المرفق العام واستخدم وسائل القانون العام.

ففي عام ١٩٥٣ أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه في قضية (Terrir) الذي كان يمثل مع تقريره مفوض الدولة (Romieu) نقطة تحول في قرارات مجلس الدولة، فقد تعرض مفوض الدولة في تقريره إلى النظرية الإدارية الخاصة بوصفها معياراً لتوزيع الاختصاص بين القضائين المدني والإداري وورد في تقريره: « وتتم هذه التفرقة بين ما اقترح تسميته بالإدارة العامة Gest - Publ والإدارة الخاصة Gest - Privee أما على أساس طبيعة المرفق محل النظر وأما على أساس التصرف الذي يتعين تقديره فقد يكون المرفق مع أهميته لشخص لعام لا يتعلق إلا بالإدارة دومينه خاص، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص العام يتصرف كشخص خاص، كمالك في أوضاع القواعد العامة. ومن جهة أخرى قد يحدث أن الإدارة وأن تصرف لا كشخص خاص ولكن كشخص عام لمصلحة مرفق عام بالمعنى الحقيقي لا تتمسك بالإفادة من مركزها كشخص عام وتضع نفسها باختيارها في نفس أوضاع الفرد سواء بإبرام أحد عقود القواعد العامة ذي طابع حدده التقنيين المدني بوضوح» استتجار عقار مثلاً لتقر فيه مكاتب إدارة ما: « لا يفترض بذاته تطبيق أية قاعدة خاصة بتسيير المرافق العامة»<sup>(٢)</sup>.

1 Badaoui (Saroit) – Le fait du prince dans les contrats administits these, Paris 1955 P. 94 – 95.

(٢) أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – المصدر السابق – ص ٧٤.

ومن هذا التاريخ اتجهت آراء الفقه في الأغلب إلى رأي مفاده أن الإدارة إذا ما اتبعت أساليب القانون العام فإن عقودها تنطبع بالطابع الإداري أما إذا كانت أساليبها متشابهة لأساليب الأفراد في القانون الخاص فتكون عقودها مدنية أو تجارية.

وأخذت قرارات مجلس الدولة الفرنسية تتوالى مؤكدة الاتجاه ذاته ومن ذلك حكم المجلس في ١٩١٢/٧/٣١ في قضية شركة الجرانيت ورد: «ومن حيث إن العقد المبرم بين المدينة والشركة خلا من أي أشغال تنفذها الشركة وكان محله الوحيد التوريد عند التسليم حسب قواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد، وإنه بهذا يثير الطلب منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها»<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا الأساس برزت فكرة المعيار المزدوج في فرنسا التي تعد عقدا إدارياً إذا كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل العقد بمرفق عام واتجهت نية الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام.

ومُنذ ذلك الوقت برز مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تخرج عن المألوف في قواعد القانون المدني معياراً رئيسياً ينهض إلى جانب معيار المرفق العام للتعبير عن نية الإدارة في اتباع أسلوب القانون العام.

فلا يكفي وفق هذه النظرية اتصال العقد بمرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد مثلما لا يكفي تضمن العقد لشروط استثنائية لاعتباره عقداً إدارياً<sup>(٢)</sup>.

وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يصبح العقد إدارياً ليس كافية لمنحة تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست علاقة حتمية بالمرفق إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك

(١) أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ١٤١.

2 Rivero (jean) - Précis de droit administratif, 4ine edition, Dalloz, 1970 P. 106 - 107.

إلى أسلوب القانون الخاص<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من التأييد الكبير الذي حظيت به فكرة المعيار المزدوج حاول أنصار نظرية المرفق العام إحياء نظريتهم والاكتفاء بها معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري واستبعاد وسائل القانون العام ممثلة في الشروط الاستثنائية عن طريق أساليب عدة لعل من أهمها نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام.

نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام: بتاريخ ٢٠/٤/١٩٥٦ إصدار مجلس الدولة الفرنسي قرار مهما عد إحياء لنظرية المرفق العام، ينحصر مضمونه على أن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته يعد إدارياً دون البحث في صفة العقد الإداري أو تضمينه شروطاً غير مألوفة.

وتتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين بيرتان (Epoux Bertin) إنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعايا الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيداً إلى ترحيلهم إلى بلادهم وفي تاريخ ٢٤/١١/١٩٤٤ أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان (بيرتان) يلتزم هذان الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئيين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم.

أدعى الزوجان عام ١٩٤٥ أن المقابل المستحق لها قد زاد مقدارة نتيجة لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز وطلبوا صرف المقابل لهذه الزيادة، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع. فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة. دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستنده أن العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً.

إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع وحكم: ((إن محل هذا العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته lexécution memme du service

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢/٦/١٩٥٧ المجموعة السنة ١١ رقم ٣١٦ - ص ٤٩٣.