

public المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وإن هذا الظرف يكفي بذاته في دمج العقد محل البحث بصفة العقد الإداري؛ وأنه يترتب على ذلك دون حاجة لبحث ما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطاً غير مألوفة في القواعد العامة»^(١).

وبعد هذا الحكم بعشرين يوماً أصدر مجلس الدولة قراراً آخر يؤكد هذا المبدأ في قضية Gondrand.

ودرجت محكمة التنازع على ذلك ففي قضية Houend في ١٢/٦/١٩٧٨ وفي قراراتين اعتبرت المحكمة عمل موظفه في مدرسة للفتيات تقوم بمراقبة نوم الفتيات (النهوض والنوم) اشتراكاً بصورة مباشرة في تنفيذ خدمة عامة تخص التعليم وكذلك اعتبرت عمل زوجها وهو عامل مكلف بصيانة بعض الأجهزة وتعليم الطلاب استعمالها. وفي المجال نفسه اطردت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار الفنانين الذين يعملون في المسرح البلدي كالمغنيين أو الراقصات أو العازفين، مشتركين في تنفيذ المرفق العام وهو ما قضت به محكمة التنازع في ١٧/١/١٩٧٩ في قضية Dme le Cachey et autres^(٢)، وقد وجد هذا الاتجاه تطبيقاً له في قضاء محكمة القضاء الإداري المصري فورد في قرارها في ٢٧/١/١٩٦٣: «قاعدة ضرورة اطراد سير المرافق العامة تتطلب أن تطبق على الأشخاص الذين يساهمون في تسيير قواعد معينة لا يجب تعليق تطبيقها على وجود أو تخلف شروط غير مألوفة في العقد المبرم بين الشخص المعنوي العام وبين الأفراد المعاونين له، خصوصاً إذا توافرت للمرفق أهمية خاصة أو بلغت معاونة الفرد المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة فإن معيار العقد الإداري يكون حينئذ معياراً منفرداً قائماً بذاته لا ضرورةً لبحث شروطه من ناحية ما إذا كانت تتضمن استثناءات غير مألوفة في القانون

(١) أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي - المصدر السابق - ص ٥٠٤.

2 Rene - Chapus - droit administrative general op - cit P. 501.

الخاص»^(١).

وفي الاتجاه نفسه تقريباً برزت أحكام تعد اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصورة دائمة *participation du Concontrant a lexecution du service public*. كافيًا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون الحاجة للبحث عما يحتويه من شروط استثنائية غير مألوفة. وقد أيد جانب في الفقه هذا الاتجاه فذهب *pequignot* إلى القول إن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصفة دائمة يجعل العقد إداريًا في جميع الأحوال دون اللجوء إلى البحث فيما إذا كان العقد يحتوي على شروط غير مألوفة أم لا، وقد طبق (بكينو) هذه الفكرة في عقود إجارة الأشخاص والخدمات وعقود الامتياز^(٢).

وعلى هذا فإنَّ العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بصورة مباشرة بتنفيذ المرفق نفسه أو يتضمن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصفة دائمة يعد إداريًا دون الحاجة إلى أي شروط أخرى.

وقد عد أنصار فكرة المرفق ذاته إن أحكام مجلس الدولة المؤيدة لاتجاههم قد أدت إلى استبعاد الرأي القائل بصلاحيّة الشروط غير المألوفة لتكون معيارًا وحيدًا لتمييز العقد الإداري، وإن هذه الفكرة أعادت الأهمية لنظرية المرفق العام.

فذهب *Lamarque* إلى إن المعيار المأخوذ من موضوع العقد - ويقصد معيار تنفيذ المرفق ذاته - يبدو أكثر إيجابية. وإن اعتبار العقد إداريًا إذا احتوى على شروط غير مألوفة لا يضيفي إلى العقد إلا عنصرًا إضافيًا^(٣).

في حين ذهب *prosper* إلى القول أن معيار العقد الإداري أصبح بصدور

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ٢٧/١/١٩٦٣ - المجموعة في خمس سنوات رقم ٤٨، ص ١٦٤.

2 G. Pequignot - Theorie general du contrat administratif 1945 No. 161.

3 Jean Lamarque. Le declin du crite de ladaus Exorbitanat - Melanges offerts amaecel waline 1974 P. 489.

حكم (بيرتان) في أزمة بددت الاستقرار والتوازن الذي استمر لفترة طويلة في ظل المعيار المزدوج^(١).

كما أيد هذا القضاء جانب من الفقهاء في مصر ومنهم الدكتور عبد الفتاح حسن الذي قال: «لذلك لا غرو أن يكون حكم مجلس الدولة الذي صدر في ٢٠/٤/١٩٥٦ م. يقصد حكم بيرتان - من أحكام المبادئ أعاد الحياة لقضاء قديم، وإعادة شاباً يعمل في مجالات أكثر اتساعاً...»^(٢).

إلا أن ذلك لا يعني إجماع من القضاء والفقهاء حول اعتماد هذا المبدأ معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري فما زالت نظرية الشروط الاستثنائية تتمتع بأهمية كبيرة في هذا المجال وتحظى بتأييد جانب كبير من الفقهاء.

ثالثاً: إتباع أسلوب القانون العام: L'emploi du procede de Droit public: بعد تراجع نظرية المرفق العام أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتمييز العقد الإداري دعا طائفة من الفقهاء إلى ضرورة إبراز دور السلطة العامة في تمييز العقد الإداري، من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص. تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه^(٣).

وقد برز هذا الاتجاه أولاً في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrier عام ١٩٠٣ ثم ما لبث أن توالى أحكام مجلس الدولة في الاتجاه نفسه فصدر في عام ١٩١٢ م حكم المجلس في قضية (شركة الجرانيت) إذ وضع مفوض الدولة Leon blum مبدأ عاماً يتعلق بمعيار التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص، فبين في تقريره: «إذا تعلق الأمر

1 prosper - weil - le - Criters du contrat administrative en cris - melarges offerts amarcel waline. 1974 p. 831.

(٢) د. عبد الفتاح حسن - المرفق العام في القضاء الإداري الفرنسي الحديث - مجلة القضاء والقانون - الكويت السنة الأولى العدد الثالث - ص ١٧.

(٣) د. ثروت بدوي - المدر السابق، ص ٧٦.

بعقد يجب البحث ليس عن الغاية من إبرامه، ولكن ما هو العقد بذات طبيعته، ولا يكفي لكي يختص القاضي الإداري وجوب استعمال التوريد وهو محل العقد عقب تمامه لمرفق عام؛ فيجب أن يكون هذا العقد بذاته وبطبيعته الخاصة أما من العقود التي لا يستطيع أن يعقدها إلا شخص عام أو أن يكون بشكله وتكوينه عقداً إدارياً، فما يجب بحثه هو طبيعة العقد ذاته استقلالاً عن الشخص الذي عقده والغاية التي أبرم من أجلها»^(١).

وعلى ذلك لم يعد اتصال العقد بالمرفق العام كافياً لكي يكتسب الصفة الإدارية، إنَّما يلزم أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام، والوسيلة في ذلك هي تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ولأهمية هذه الشروط، أصبحت علامة مميزة يمكن الاسترشاد بها في تقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الفرد العادي، وتخضع العقد لنظام قانوني هو نظام القانون العام.

ولا شك أن فكرة الشروط الاستثنائية تتطلب الكثير من البحث لما ثار حولها من جدل في فقه القانون الإداري وأحكام القضاء التي لم توضح بصورة قاطعة مضمون هذه الشروط.

يكتب الأستاذ pequignot عن فكرة الشروط الاستثنائية فيقول: «أنها تبدو صعبة التحديد في أحكام القضاء الإداري، وأنه من الصعب أن نجد في أحكام القضاء الإداري تحديداً للشروط التي يعدها هذا القضاء غير عادية»^(٢).

في حين عد Vedel معيار الشروط الاستثنائية المعيار الحقيقي للعقد الإداري وهو الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام.

إذ كتب في هذا الصدد: «الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة

(١) أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – المصدر السابق، ص ١٤٢.

2 pequignot: theorie general du contrat Administratif – op – cit – p. 130 – 131.

الإدارية على العقد فمضمون العقد هو الذي يبين الشروط الخارجة عن القانون الخاص، ونية الإدارة في تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة، ومعرفة التصرف الذي تتخذه الإدارة في ظل نظام السلطة العامة لا يتحقق إلا من طريق واحد هو الاختيار الذي قررته الإدارة بموافقة المتعاقد وذلك ما يكشف عن وجود الشروط الاستثنائية أو غيابها^(١).

تقدير نظرية الشروط الاستثنائية: لم تسلم نظرية الشروط الاستثنائية معياراً وحيثاً للعقد الإداري، من النقد وفي هذا المجال ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن معيار الشرط غير المؤلف آثار صعوبات كبيرة ساعد عليها القضاء الإداري في عجزه عن تعريف الشرط غير المؤلف واتساع مفهومه ليشمل أنواع عديدة من الشروط من قبيل الشروط المانحة للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها كحق الإدارة بالرقابة والتوجيه، فهي وإن كانت من الشروط غير المؤلفه فإنها لا تعد مجهولة في عقود الأفراد العاديين وهي ليست حكراً على عقود القانون العام. إذ من الممكن أن تتضمنها عقود الإذعان والعقود المبرمة بين الشركات متفاوتة القدرة والاتساع مما يتيح لأحد الأطراف أن يملي شروط أحادية الجانب من حيث الأسعار وظروف الدفع.

ومن هؤلاء الأساتذة Lamarque الذي يضيف بالقول: «أن الدور الذي نسب إلى الشرط غير المؤلف دوراً مصطنعاً مجرد من كل قيمة منطقية جوهرية»^(٢).

بيد أن هذه الانتقادات لم تقض نهائياً على معيار الشروط غير المؤلفه إنما جعل لها دوراً ثانوياً فهو يتمتع بأهمية، خصوصاً عندما لا يكون العقد إدارياً في مضمونه باتصاله بالمرفق العام، إذ يتم البحث عن الشروط غير المؤلفه في حالة عدم القدرة على حسم ما إذا كان العقد يتضمن مشاركة في تنفيذ المرفق ذاته وهو ما عرف بالمعيار المتناوب.

وبالاتجاه نفسه يذهب Chapus إلى أنه يجب أن لا يعتقد إن معيار البند أو الشروط

1 Vedel – (G): La noion de clause exorbitante, Melanges Mestre. Op. CITP. 545.

2 Jean Lamarque – OP. cit. 489 ets.

المخالفة دائماً معيار مساعد، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائماً معياراً مبدأً، ففي كثير من الحالات يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المألوف، فهذا يمكن أن يكون أكثر تناسباً من غيره ويجب أن لا ننسى أن معيار الشرط غير المألوف يستطيع هو بمفرده إعطاء صفة إدارية لكل عقد^(١). إلا أن المعيار المتناوب هو الآخر لم يسلم من النقد إذا قاد تطبيقه في القضاء الإداري الفرنسي إلى نتائج غير مقبولة في بعض الأحيان، من ذلك قرار محكمة النزاع في ١٩٦٣/١١/٢٥ في قضية Vve Mazerand (مدام مازران) وهي مستخدمة في مدرسة عام ١٩٤٢ وحتّى عام ١٩٤٦ من أجل تنظيف الأبنية ومسئولة عن الإنارة وصيانة آلات التدفئة ثمّ قامت بعد ذلك بتنظيم حضانة للأطفال في المدرسة ومُنذ عام ١٩٤٦ إلى ١٩٥٢ كان عليها أن تخدم في هذه الحضانة فحكمت محكمة النزاع أن العقد الذي يربطها بالبلدة هو من اختصاص القانون الخاص بين ١٩٤٢ و ١٩٤٦ ولكنه إداري من ١٩٤٦ إلى ١٩٥٢.

مِمّا توجب على السيدة (مازران) أن تقيم دعويين واحدة أمام المحاكم العادية والأخرى أمام القضاء الإداري. وهذا قضاء غريب تكرر في أحكام أخرى منها قرار محكمة النزاع في ١٩٩٠/١١/٢٦ في قضية Mlle Salliege استخدمت فيها السيدة من قبل المستشفى ابتداء لمساعدة المرضى أثناء تنقلهم (مشاركة مباشرة في الخدمة الطبية) وكذلك في أعمال غسل الملابس (غياب المشاركة المباشرة) وقد تم تكليفها بهذه الأعمال الأخيرة بعد ذلك فأصبحت شخص من أشخاص القانون الخاص، وبما أنه قد تم تسريحها من الخدمة وهي تملك الصفة الأخيرة فإن النزاع يعد من اختصاص المحاكم العادية^(٢).
إزاء ذلك لا نعتقد بصلاحية المعيار المتناوب ليكون معياراً كافياً لتمييز العقد الإداري ولا نرى مانعاً من أن يشتمل معيار التمييز المبادئ الثلاثة التي توصل إليها القضاء الإداري

1 Rean – Chapus – Droit Administratif General – OP. CitP. 505.

2 Rene – Chapus – OP. Cit – P. 505.

في سنوات تطوره التي استغرقت عقوداً من الزمن، وهذا المعيار التخييري يوكل به قاضي الموضوع إذ يتفحص العقد ويطبق كل مبدأ من هذه المبادئ فإذا ما تحقق من توافر أحدها فيه كان العقد إدارياً دون الحاجة للبحث في توافرها معاً، وإن هذه المبادئ متساوية في أهميتها فليس هناك مبدأ رئيسي وآخر مساعد وهذه المبادئ هي:

المبدأ الأول: الاشتراك المباشر في تنفيذ المرفق العام ذاته: ويقوم هذا المبدأ على أساس اعتبار العقد الذي يتضمن تنفيذ المتعاقد للمرفق العام ذاته عقداً إدارياً دون الحاجة لوجود الشروط غير المألوفة. وقد ظهر هذا المعيار بحكم بيرتان ١٩٥٦ وحقق نجاحاً كبيراً من خلال شموله أغلب الموظفين في الإدارات العامة واعتبار عقود توظيفهم إدارية.

وفي هذا السبيل عد مجلس الدولة الفرنسي العديد من العقود إدارية لأن موضوعها هو تنفيذ مرفق عام ففي قرار مجلس الدولة في قضية Soc - Codiam في ١٩٩٤/٦/٨ عد العقد إدارياً عندما أبرمته مستشفى مع شركة أجهزة التلفاز لتأجير أجهزة إلى المرضى. باعتبار أن خدمة الاستشفاء تعني بالإضافة للعناية الطبية تحسين ظروف الإقامة للمرضى كذلك عدت محكمة التنازع في قرار حديث لها في ١٩٩٥/١/١٦ في قضية Cie nat, EDF, du Rhoc, EDF العقد إدارياً لأنه يسمح بأن تستخدم شركة الكهرباء الفرنسية الطاقة المنتجة من الشركة الوطنية لمنطقة (الرون) باعتبار أن هذا العقد يتضمن تسيقاً لوظائف الشركتين المتعلقة بالمرفق العام^(١).

وهذا المبدأ في الحقيقة يتسم بسهولة التطبيق إذ تكفي الإشارة إلى طبيعة المهمة التي كان يمارسها المتعاقد مع الإدارة لمعرفة العقد فيما إذا كان إدارياً من عدمه، بالإضافة إلى أنه عد أغلب عقود التوظيف في الإدارات العامة عقوداً إدارية ومن ذلك عقود الأطباء والمهندسين والأساتذة والعاملين في المسارح العامة.

غير أنه مع حسنة شموله جميع الموظفين بمظلة القانون العام فإن القول به سيؤدي

1 Rene - Chapus - op. citP. 499.

في النهاية إلى عدم الحاجة إلى البحث في مدى ارتباط مبدأ المشاركة في تنفيذ المرفق في العقد الإداري لأن جل عقود الوظيفة العامة ستعد إدارية من حيث الموضوع حتماً. المبدأ الثاني: الشروط غير المألوفة: إن عدم تنفيذ المتعاقد للمرفق ذاته لا يجعل من العقد من عقود القانون الخاص حتماً، إذ يتوجب على القاضي أن يبحث فيما إذا كان العقد محتوياً على شروط غير مألوفة من عدمه.

ففي هذه الحالة يستعيد مبدأ الشروط غير المألوفة أهميته، يذهب الأستاذ Chapus إلى القول أن كل عقد يتم الإفصاح عنه يعود للقانون الخاص ولا يعترف به كعقد إلا تبعاً للتأكد بأنه ليس إدارياً لا في موضوعه ولا من ناحية شروطه^(١).

المبدأ الثالث: العقود الإدارية تبعاً لأنظمتها: مُنذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Riviere du Sant عام ١٩٧٣ برز الاتجاه الذي يعد العقد إدارياً ليس من خلال ما يحويه من شروط غير مألوفة ولا من خلال تنفيذ المتعاقد للمرفق العام ذاته وإنما لقيام العقد على نظام قانوني غير مألوف، وقد أثار هذا المبدأ عند ظهوره بعض الارتباك بخروجه عن الاستقرار النسبي في ظل المعيار المتناوب.

ونعتقد إن هذا المبدأ يمثل قاعدة ثالثة يمكن الاعتماد عليها في وضع حل لمعضلة التمييز بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص ويؤكد ذلك اعتماده من القضاء الإداري الفرنسي في الكثير من الأحكام.

ومع ذلك وباستثناء بعض قرارات محكمة النزاع التي لم تعد العقود خاضعة لنظام قانوني استثنائي مثال ذلك قرارها في ١١/١٠/١٩٩٣ في قضية Soc – Central siderurgique de richemont فَإِنَّهُ لا يمكننا أن ننفي كون أن مبدأ النظام القانوني غير المألوف قد أصبح ركناً أو مبدأ مهماً في تمييز العقد الإداري في الوقت الحاضر.

1 Rene – chapus – op. cit p. 504.

المبحث الثالث: التعريف بأهم أنواع العقود الإدارية

تبرم الإدارة أنواعاً مختلفة من العقود الإدارية، منها عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة ونص عليها في القانون المدني ومنها ما ورد عليه النص في الشروط العامة الخاصة بإبرام العقود الإدارية، ومنها ما ترك تحديده للقضاء الإداري.

وفي هذا المبحث سنتناول ثلاثة من أهم العقود الإدارية التي أشارت إليها اغلب

التشريعات العربية، وهي:

- ١ - عقد الالتزام أو الامتياز.
- ٢ - عقد الأشغال العامة.
- ٣ - عقد التوريد.
- ٤ - عقد البوت.

المطلب الأول: عقد الالتزام أو الامتياز

يعد عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية، لأنه يمنح فرد أو شركة الحق بإدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة.

عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: «... إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح»^(١).

وقد ثار بشأن طبيعة عقد الالتزام خلاف فقهي كبير، إذ ذهب فريق من الفقهاء (الألمان) إلى القول أنه عمل من جانب واحد هو الإدارة. وعلى ذلك فإن آثاره لا تنشأ

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٥/٣/١٩٥٦ المجموعة ص ١٠ ص ٢٥٩.

عن عقد وإثماً عن أمر انفرادي تصدر السلطة بإرادتها المنفردة، وتملك تعديله أو إلغائه. ولم يصادف هذا الرأي القبول لأنه ينفي دور الملتزم في تحديد شروط الالتزام ودور إرادته في إبرامه^(١).

وانقسم الفقه الفرنسي إلى اتجاهين ذهب الأول نحو اعتبار عقد الالتزام من عقود القانون الخاص، متجاهلاً خصائصه المميزة من حيث منحه الملتزم سلطات من طبيعة خاصة من قبيل سلطة في فرض أعباء مالية على المتنفعين بالمرفق وسلطة في شغل الدومين العام وما إلى ذلك من امتيازات أخرى ويوفرها له نظام القانون العام.

أما الاتجاه الثاني ويتزعمه الفقيه Duguit فيعتبر الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشتمل على نوعين من النصوص الأول منها يتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره، وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق. أما النوع الثاني من النصوص فيسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ومنها ما يتعلق بتحديد مدة الالتزام والالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا تتعدى ذلك لتشمل أسلوب الخدمات للمتنفعين.

وقد لاقى هذا الرأي ترحيباً في القضاء الإداري في فرنسا ومصر إذ أن المسلم به فقها وقضاء إن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية. الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم. والمسلم به إن التعريف أو خطوط السير وما يتعلق بهما، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة.

وقد سعى المشرع العراقي نحو تنظيم أحكام عقد التزام المرافق العامة ليكفل حسن

(١) د. عزيزة شريف - دراسات في نظرية العقد الإداري - موسوعة القضاء والفقه - الجزء ٥٣ - ١٩٨٠ - ص ٧٦.