الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في العقود الإدارية

ماهيتها – قيمتها القانونية

دراسة تحليلية مقارنة

المستشار الدكتور/ عاطف سعدي محمد علي
نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القضاء الإداري

مقدمة:

أولًا: عرض المشكلة:

تبرم جهة الإدارة طائفتين من العقود( ) الطائفة الأولى عقود مدنية contrats civilsتخضع للقانون الخاص، والطائفة الثانية: عقود الإدارية Contrats Administratifs تخضع لأحكام القانون العام، ومن الصعوبة بمكان التمييز بين كلا النوعين من العقود حيث يترتب على تحديد طبيعة العقد نتائج هامة أخصها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وتحديد الالتزامات الناشئة عنه، وتحديد القاضي المختص بنظر النزاع الناشئ عن هذا العقد.

وتعد مشكلة إيجاد معيار لتمييز العقد الإداري عن العقد المدني من المشكلات التي أجهدت القضاء والفقه سواء في فرنسا أو في مصر، إلى أن استقر الأمر على ضرورة توافر ثلاثة عناصر لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، والعنصر الأول من هذه العناصر وهو العنصر العضوي ويقصد به أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد، أما العنصر الثاني فهو عنصر موضوعي ويقصد به اتصال العقد بالمرفق العام، في حين يتمثل العنصر الثالث وهو عنصر مادي في احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وقد يتصور البعض أن مشكلة معيار تمييز العقد الإداري قد انتهت عند هذا الحد، إلا أنه بمطالعة أحكام القضاء نجد أن الخلاف ما زال قائمًا، والحق أن موطن الخلاف بين أحكام القضاء ينصب على التكييف القانوني للعناصر المكونة لمعيار التمييز، لاسيما فيما يتعلق بمدى توافر أي من العنصرين الثاني (العنصر الموضوعي) أو الثالث (العنصر المادي).

ولا شك أن الاختلاف في التكييف القانوني لأي من العنصرين سالفي الذكر سيلقي بظلاله على تحديد الاختصاص القضائي بنظر العقد والقانون الواجب التطبيق عليه وكذلك حدود الحقوق والالتزامات الناشئة عنه.

ومكمن الصعوبة في – اعتقادي – يبدو في وضع معيار محدد لعلاقات غير محددة، إذ ليس في الإمكان تحديد إطار ثابت لحالات اتصال العقد بالمرفق العام، كما إنه ليس من السهولة تكييف أحد شروط العقد وخلع وصف «الاستثنائي» عليه بحسبان أن ما كان استثنائيًا بالأمس صار– مع تعقد الحياة الإدارية – مألوفاً اليوم وغير استثنائي.

وفي محاولة لتضييق الخلاف والاختلاف بشأن عناصر معيار تمييز العقد الإداري أتناول بالبحث والدراسة العنصر الثالث من عناصر معيار التمييز ألا وهو العنصر المادي المتمثل في الشروط الاستثنائية غيرالمألوفة في القانون الخاص لتحديد ماهيتها وصورها ثم بيان قيمتها القانونية بهدف بيان الوظيفة التي يؤديها هذا العنصر داخل المعيار المميز للعقد الإداري.

ثانياً: منهج البحث:

١- **منهج مقارن:** حيث سيتم طرح جوانب البحث ضمن إطار النظام القانوني السائد في كل من فرنسا ومصر، فكلا النظامين يسير على النظام القانوني اللاتيني مع اختلاف في التفاصيل التي تفرضها ظروف البيئة المختلفة التي تسود في الدولتين محل المقارنة، إذ تشكل فرنسا المصدر التاريخي للقانون الإداري العربي، أما مصر فهي تمثل المدرسة القانونية العربية التي أخذت على عاتقها عبء وضع نظريات القانون الإداري في إطار ظروف وأفكار ومفاهيم المجتمع العربي.

٢- **منهج تحليلي - تأصيلي:** ومن خلاله سيقوم الباحث بالغوص في جزئيات المشكلة موضوع البحث، ثم ترتيبها في نسق فكرى قانوني واحد **بهدف إيجاد** الحلول المختلفة للحقائق القانونية الجزئية محل البحث.

ثالثاَ: خطة البحث:

تنقسم خطة الدراسة إلى فصل تمهيدي ثم فصلين:

الفصل التمهيدي: ماهية العقد الإداري.

المبحث الأول: تعريف العقد الإداري.

المبحث الثاني: المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري.

المطلب الأول: العناصر المميزة للعقد الإداري.

المطلب الثاني: الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري.

الفصل الأول: الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الأول: ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

المطلب الأول: الاتجاهات القضائية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني: صور الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

الفصل الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الأول: الأساس القانوني للاستناد للشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة.

المطلب الأول: الوضع في فرنسا.

المطلب الثاني: الوضع في مصر.

المبحث الثالث: التصور الحقيقي للقيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة.

أولاً: انعدام دور الشروط الاستثنائية في بعض العقود.

ثانياً: انكماش دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام.

ثالثاً: اتساع دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية غير المتصلة بالمرفق العام في فرنسا.

- **الخاتمة والتوصيات.**

الفصل التمهيدي: ماهية العقد الإداري

المبحث الأول: تعريف العقد الإداري

سبق أن ذكرنا أن جهة الإدارة تبرم طائفتين من العقود:

الطائفة الأولى عقود مدنية contrast civilsتخضع للقانون الخاص، وفيها تتخلى الإدارة عن سلطاتها وتنزل منزلة الأفراد في تصرفاتهم، ويختص القضاء المدني بالفصل في المنازعات الناشئة عنها.

أما الطائفة الثانية: فتتمثل في العقود الإدارية ContratsAdministratifs وتخضع لأحكام القانون العام، وتتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي ليس لها نظير في القانون الخاص كما لا تسرى عليها قاعدة المساواة بين المتعاقدين في مجال القانون الخاص، بل تتمتع الإدارة فيها بمركز أفضل من المتعاقد معها، على أساس أن الإدارة هي المسئولة عن إدارة المرافق العامة وتسييرها.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المعنى حيث قضت بأن: « العقود التي يبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها، ليست سواءً، فمنها ما يعد بطبيعته عقودا إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد في عقود فتبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص [1].

وقد استقر القضاء[٢] في كل من فرنسا ومصر على أن العقد الإداري هو **العقد الذي يبرمه شخص معنوي من**

---

١ يراجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق – جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاما ١٩٦٥ – ١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ١٨٢٣، وفي ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٣٤ ق، جلسة ٢٤ / ١١ / ١٩٩٠ مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاما – ص ١٣٦.

٢ من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن يراجع في ذلك:

١ – أحكام مجلس الدولة الفرنسي الآتية:

- حكم مجلس الدولة في ٣١ / ٧ / ١٩١٢ في قضية Soc. Grantes des Vosges
- حكم مجلس الدولة في ١٠ / ٥ / ١٩٦٣ في قضية Soc. coope'rativeagricole de. production
- حكم مجلس الدولة في ٢٠ / ٥ / ١٩٧٧ في قضية Soc.La Fayette

وهذه الأحكام مشار إليها في: د. عبد المجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، ١٩٨٣، ص ٢٤.

٢ – ومن أحكام محكمة التنازع الفرنسية: حكمها الصادر في ١٤ / ٢ / ٢٠٠٠ في قضية Socie'te' Rhoddons - غير منشور.

- ومن أحكام القضاء المصري يراجع في هذا الشأن:

١ – أحكام محكمة القضاء الإداري:

حكمها في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ٢ / ٦ / ١٩٥٧، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة ١١، ص ٤٩٣، حكمها في الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ٢٥ / ٦ / ١٩٦١، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، لسنة ١٥، ص ٢٦٩..

- ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا:

حكمها في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٦٧، مجموعة من أحكام المحكمة الإدارية العليا،ا لسنة ١٣، ص ٣٥٩، حكمها في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق. جلسة ٢٤ / ٣ / ١٩٦٨، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ١٣ ص ٥٥٧، حكمها في الطعن رقم ٤٠٨٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٧، وحكمها في الطعن رقم ٤١٠٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١، وحكمها في الطعن رقم ٤٨٧٤ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢٠٠٢/٣/١٣، حكم دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢.

– من أحكام المحكمة الدستورية العليا (المحكمة العليا):

أشخاص القانون العام بما له من سلطه، بقصد إدارة مرفق عام أو تنظيمه أو تسييره. وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ويجد التمييز بين هذين النوعين من العقود أهميته – وبصفة خاصة في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج – في تحديد القاضي المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عنهما وفى تحديد القانون الواجب التطبيق على كل منهما، وفي تحديد مضمون الحقوق والالتزامات المتولدة عن كلا النوعين[1]. ويرى جانب من الفقه أن معيار تمييز العقد الإداري يجد أهمية حتى في الدول التي لا تعرف نظام الازدواج القضائي ولكنها تأخذ بمبدأ استقلال القانون الخاص عن القانون العام كالمغرب؛ حيث يترتب على تحديد طبيعة العقد تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

المبحث الثاني: المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري

يرتكز المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية عن العقود الخاصة التي تبرمها جهة الإدارة على ثلاثة عناصر هي:

أولا: عنصر عضوي: أن تكون الإدارة طرفًا في العقد.

ثانياً: عنصر موضوعي: اتصال العقد بالمرفق العام.

ثالثاً: عنصر مادي: اتجاه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام بأن تضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص.

ونلقي الضوء على كل عنصر من هذه العناصر بهدف بيان الدور الذي يلعبه كل منهم في تمييز العقد الإداري. وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: العناصر المميزة للعقد الإداري.

المطلب الثاني: الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري.

حكمها في الدعوى رقم ١٠ لسنة ٤ق عليا. جلسة ١٩٧٤/٦/١٩، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص ١١١.

١ من أحكام محكمة النقض، انظر:

حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٥/١١/١١، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ١٦، ص ١٠٤٩، حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة ١٥، ص ٩٥٦.

1 Je’sze, Jes Princes generaux du droit administraif , 1934 , Paris , Marcel Giard , Premiere Partie , p.3

٢ راجع في ذلك ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، رسالة دكتوراه، عين شمس، عام ١٩٨٧، صـ ٥.

المطلب الأول: العناصر المميزة للعقد الإداري

أولا: الإدارة طرف في العقد:

يمثل هذا العنصر الجانب العضوي في المعيار المميز للعقد الإداري الذي يستند في المقام الأول على صفة المتعاقدين. فالعقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخصًا من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً[1].

ويجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة[2] فإن هي تعاقدت باعتبارها ممثلا لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنياً [3]. وفي مصر حددت المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات الجهات الإدارية الخاضعة لأحكامه حيث تنص على أن « يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات،وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية.

وقد أحسن المشرِّع صنعا حينما استعمل لفظ وحدات الجهاز الإداري للدولة حيث يدخل ضمن مدلول هذا الاصطلاح الجهاز الإداري للسلطة القضائية والجهاز الإداري للسلطة التشريعية، فإذا كانت وظيفة السلطة القضائية إصدار أحكام قضائية وبعض القرارات الولائية، في حين تقتصر وظيفة السلطة التشريعية على سن التشريعات، فإن الأجهزة الإدارية لهاتين السلطتين تستطيع أن تبرم عقوداً إدارية.

وفيما يتعلق بالوضع في فرنسا، فإنه ليس هناك مشكلة بالنسبة لعقود الأشخاص العامة الإقليمية حيث تعتبر عقودها إدارية طبقاً للمعيار القضائي، ولم يعد هناك بعد حكم Terrier تمييزاً بين عقود الدولة وعقود الهيئات المحلية، فقد أوضح مفوض الحكومة « روميو» في تقريره في قضية Terrier وجوب هجر الاختلاف في المعاملة بين عقود الدولة وعقود الهيئات الإقليمية حيث قرر بأنه «في اللحظة التي نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلَّق الأمر بمصالح قومية أو محلية، فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بالقانون المدني[4]».

وخلاصة ما تقدم أن العقود التي تبرمها جهة إدارية من الجهات سالفة الذكر تضحى عقوداً إدارية إذا ما توافرت باقي عناصر المعيار القضائي.

---

١ انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ٢٠٠٥ بدون دار نشر، ص ٢٥ وما بعدها، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق عليا، جلسة ١٨ / ١ / ١٩٩٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، صـ ٤٦.

٢ إلحاق وصف السلطة العامة بلفظ الإدارة أمر واجب باعتبار أن تصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة هوالذي يميز عقودها الخاصة حيث تتصرف حيال هذه الأخيرة دون الاستعانة بمظاهر السلطة العامة وتنزل منزلة الأفراد، يراجع في ذلك: د. فتحي فكرى، محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٤، صـ١٤.

٣ د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥ دار النهضة العربية، صـ ٣٤.

4 C.E:6 fe’vr. 1903, Terrier, Rec.p.94, conel, Romieu.

ثانياً: اتصال العقد بالمرفق العام:

للمرفق العام في مجال العقود الإدارية معنيان:

الأول: عضـوي: ويقصـد بـه المنظمـة أو الجهـاز الإداري القائـم بالنشـاط الـذي يهـدف إلـى المصلحـة العامـة، والـذي يكـون طرفـاً في العقـد.

وهـو بهـذا المعنـى لا يخـرج عـن الضابـط الأول في تمييـز العقـد الإداري وهـو اشـتراط أن تكـون الإدارة طرفـاً في العقـد، ويعـد تعبيـر المرفـق العـام – وفـق هـذا المعنـى – مرادفـاً لكلمـة إدارة[1].

الثاني: موضوعي:

ويقصـد بـه كل نشـاط يهـدف إلـى إشـباع حاجـات عامـة وتقـوم بـه السـلطات العامـة أو تحـت إشـرافها في إطـار نظـام قانونـي متميـز [2].

وعلـى الرغـم مـن أن فكـرة المرفـق العـام هـي في الأصـل قضائيـة، إلا أن مجلـس الدولـة الفرنسـي لـم يشـأ – عـن قصـد – إعطـاء أي تعريـفٍ للمرفـق العـام لرغبتـه في عـدم اتخـاذ موقـف حاسـم في هـذا الشـأن حتـى تصبـح أمامـه المرونـة الكافيـة لإمكان ابتـكار الحلـول المختلفـة مسـتقبلا، غيـر أن الفقـه[3] اسـتخلص مـن أحـكام القضـاء الفرنسـي أنـه في بدايـة نشـأة نظريـة المرفـق العـام كان يتبنـى المعنـى العضـوي للمرفـق ثـم اسـتقر بعـد ذلـك علـى المعنـى الموضوعـي[4].

أمـا مجلـس الدولـة المصـري فقـد تبنـى المعنـى الموضوعـي للمرفـق العـام، فقـد ذهبـت محكمـة القضـاء الإداري إلـى أن « المرفـق العـام هـو كل مشـروع تنشـئه الدولـة أو تشـرف علـى إدارتـه ويعمـل بانتظـام واسـتمرار ويسـتعين بسـلطات الإدارة لتزويـد الجمهـور بالحاجـات العامـة في الدولـة، والصفـات المميـزة للمرفـق العـام هـي أن يكـون المشـروع مـن المشـروعات ذات النفـع العـام أي أن يكـون غرضـه سـد حاجـات عامـة مشـتركة أو تقـديم خدمـات عامـة[5] « .

ومـن خـلال هـذا الموقـف يكـون القضـاء الإداري – سـواء في فرنسـا أو في مصـر – قـد فضـل المعنـى الموضوعـي

---

١ انظر د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة ,جامعة عين شمس، ١٩٨٣، صـ ١٠.

٢ د. ثورية لعيوني، القانون الإداري المغربي ، دار النشر الجسور بالمغرب – ١٩٩٩.- صـ ١٥٥.

٣ د. على عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد، رسالة، عين شمس، ١٩٧٥، صـ ٢٤.

٤ د. ثـروت بـدوى، النظريـة العامـة في العقـود الإداريـة، مكتبـة القاهـرة الحديثـة طبعـة ١٩٦٣ ، ص ٦٢- و د. محمـد عبـد الواحـد الجميـلى، ماهيـة العقـد الإداري في ضـوء أحـكام القضـاء الفرنسـي والمـصري، دار النهضـة العربيـة، طبعـة ١٩٩٧، صـ ٩٤.

٥ حكـم محكمـة القضـاء الإداري في الدعـوى رقـم ٣٤٨٠ لسـنة ٩ ق، جلسـة ٢ / ٦ / ١٩٥٧ المجموعـة – السـنة ١١ – ص ٤٩٣، وحكـم المحكمـة الإداريـة العليـا الصـادر في ١٢ / ٤ / ١٩٦١ المجموعـة، السـنة ٦، ص ١١٥٤، وحكمهـا الصـادر في ٢١ / ٢ / ١٩٦٢ – المجموعـة – السـنة ٧، صـ ٥٢٧.

للمرفق العام، آخذاً في ذلك بالمفهوم الواسع للمرفق العام، حيث يستعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة «مهمة مرفق عام "Mission de Service Public – تأكيداً لموقفه السابق [1].

وعلى ضوء ما تقدم يتعين الأخذ بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام بأوسع معانيه حتى يمكن الاستفادة من فكرة المرفق العام في مجال العقود الإدارية.

درجة اتصال العقد بالمرفق العام:

إن تحديد درجة اتصال العقد بالمرفق العام ليس أمر سهل، و يبدو مكمن الصعوبة في تحديد إطار ثابت لحالات اتصال العقد بالمرفق العام [2].

وتخفيفاً من حدة هذه الصعوبات استخلص الفقه الفرنسي [3] من أحكام القضاء – ثلاثة نماذج لاتصال العقد بالمرفق العام، حيث يكفى كل واحد منها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون النظر لاحتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه، وعلى ذلك يكون العقد إدارياً إذا كان موضوعه يتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور الآتية:

1. **إذا كان من شأنه أن يعهد للمتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق العام.**Le'xecutionMe'me du Service Public. ومثال ذلك عقود التزام المرفق العام، كما يدخل حكم الزوجين برتان ضمن هذه الصورة.

2. **إذا كان من شانه إشراك المتعاقد مباشرة في تنفيذ المرفق العام.**'Co ContratantdirecetementaLe xecution du service public. حيث يقتصر دور المتعاقد على المشاركة في تنفيذ المرفق دون أن تصل هذه المشاركة إلى حد اضطلاعه وحده بكل جوانب تنفيذ المرفق العام ومثال ذلك عقود التوظف، وعقود التوريد، وعقود النقل، وعقود إيجار الخدمات.

3. **إذا كان يمثل وسيلة تنفيذ المرفق العام نفسه بواسطة الإدارة.**

وجدير بالذكر أن النماذج الثلاثة أنفة البيان لا تعدو أن تكون سوى تعبيراً عن درجات المعاونة من جانب المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام الذي من أجله أبرم العقد الإداري [4] وعلى ذلك يكون منطقياً ترك أمر تقدير مدى توافر هذه المعاونة من جانب المتعاقد، وتقدير درجة هذه المعاونة لقاضى العقد، باعتبار أن تقدير هذه الأمور من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقديره في كل حالة على حده [5].

١ د. ثورية لعيوني، القانون الإداري المغربي، المرجع السابق، صـ ٢٠٢.

2 J.Georgel, « Contrats adnminisetratifs par nature, J.C.A., Fase. 502, 1971.

3 R.CHAPUS. droit administratif ge'ne'ral. TI ed 1995, p ,500.

٤ د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، طبعة ١٩٩٩، صـ ٥٤.

٥ د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤, ص ٧٤- د. ثورية لعيوني، القانون الإداري المغربي، المرجع

وقد أو ردت محكمة القضاء الإداري[1] صوراً عديدة لاتصال العقد بالمرفق العام وساوت بين جميع الصور من حيث الأثر في تمييز العقد الإداري؛ حيث قررت بأن: « المعيار الذي يميز العقود الإدارية.... هو موضوع العقد نفسه، متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام، أم باستغلاله أم تسييره، أم المعاونة أو المساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته.

ثالثاً: اتجاه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام بأن تضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص:

حينما تلجأ الإدارة إلى أسلوب التعاقد الإداري، فإن هذا يعنى تمسكهابامتيازاتها وسلطاتها تجاه المتعاقد معها، وهو ما يعنى في ذات الوقت ابتعادها عن محاكاة الأفراد في عقودهم. وتعبر الإدارة عن إرادتها في هذا المجال بإتباع أسلوب القانون العام عن طريق تضمين عقودها الإدارية شروطاً استثنائية للدلالة على تمسكها بامتيازاتها، وسلطاتها، أو شروط غير مألوفة في القانون الخاص للدلالة على عدم محاكاة الأفراد في عقودهم.

وإذا كان اتصال العقد بالمرفق العام أمر خارجي عن العقد يستخلصه قاضى النزاع من خلال الظروف والملابسات المحيطة، فإن المعيار المستمد من الشروط الاستثنائية يتم استخلاصه من فحوى بنود العقد ونصوصه، إذ يقع على القاضي دائماً عبء البحث عن نية الإدارة والكشف عن إتباعها أساليب القانون العام من عدمه، وهو ما يعنى أن هذا العنصر عنصرا مادياً يعتمد على ماديات العقد من خلال فحص بنوده ونصوصه.

وتعد فكرة الشروط الاستثنائية فكرة قضائية من إبداعات مجلس الدولة الفرنسي، وتمثل الحكم الصادر بتاريخ ٣١ يوليو١٩١٢ في قضية « الجرانيت «[2] أول ظهور حقيقي لهذه الفكرة حيث قرر مجلس الدولة بإخضاع المنازعة بين الشركة المتعاقدة والإدارة لاختصاص المحاكم القضائية استناداً إلى أن العقد كان موضوعه توريد أحجار الجرانيت وفقا لنفس القواعد والشروط التي تحكم العقود بين الأفراد العاديين.

على أن ثمة حقيقة ينبغي الإشارة إليها مؤداها أن إطلاق وصف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون في مجال العقود الإدارية لا يكون صحيحاً إلا حال قياسها بالشروط المألوفة في عقود القانون الخاص، فهي استثنائية وغير مألوفة من وجهة نظر القانون الخاص، أما من وجهة نظر القانون العام، فهي شروط عادية ومألوفة في العقود الإدارية لأنها تتفق مع طبيعتها ونظامها[3].

السابق، صـ١٩٤.

١ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، سبق الإشارة إليه.

٢ لمزيد من التفاصيل: Jacquelin , cour de droit admanistratif , p٣٩٦.١٩٩٧- د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٣٤، ومارسولون وبرسبيرفى - د. أحمد يسرى، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، طبعة ١٩٩١، منشاة دار المعارف صـ ٥٠٨.

٣ يراجع: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، ص ٦١٨ حيث قررت المحكمة: وأصبح ما يتميز به العقد الإدارة تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث لونظر إليها من نفس الزاوية التي ينظر بها هذا القانون إلى شروط العقد فكانت شروطاً جائرة لا يؤخذ بها. وهو ما لا يمكن التسليم به لأن مقتضاه إهدار العقود الإدارية كلها عن طريق إهدار الطابع الذي يميزها عن عقود القانون الخاص، وهو الشروط الاستثنائية - غير المألوفة - وأن إطلاق هذا الوصف على تلك الشروط لا يكون صحيحاً إلا عن طريق قياسها بالشروط العادية في عقود القانون الخاص، أما إذا نظر إلى العقود الإدارية نظرة مستقلة بذاتها من حيث طبيعتها ونظامها**القانوني، فإنه يكون من التجوز وصف تلك الشروط بأنها استثنائية أو غير مألوفة وأن واقع الأمر أنها هي الشروط المألوفة بالفعل في العقود

ويؤدى هذا النظر إلى الحفاظ على الأصالة الذاتية للقانون الإداري، باعتبار أنه لم يكن قط استثناء من أصل عام هو القانون الخاص، بل لكل من القانونين – الإداري والخاص – ذاتيته المستقلة بما لا يسمح بأن يكون أحدهما أصلاً والآخر استثناءً له.

وعلى الرغم من إجماع الفقه والقضاء – سواء في فرنسا أو في مصر – على فكرة الشروط الاستثنائية كضابط مادي لتمييز العقد الإداري، إلا أن الوظيفة التي يؤديها كلًا من الضابط الموضوعي المستمد من فكرة المرفق العام، والضابط المادي المستمد من فكرة الشروط الاستثنائية داخل المعيار المميز للعقد الإداري تختلف في فرنسا عن تلك الوظيفة التي يؤديها كلا الضابطين في مصر، ونتعرف في المطلب التالي على الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري في كلٍ من فرنسا ومصر.

المطلب الثاني: الحدود الوظيفية للعنصرين الموضوعي والمادي لتمييز العقد الإداري

يثور التساؤل عن الدور الذي يؤديه كلا الضابطين الموضوعي والمادي داخل المعيار المميز للعقد الإداري، وبمعنى آخر هل يكفي اتصال العقد بالمرفق العام لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة؟ أم أن احتواء العقد على شرط استثنائي غير مألوف في القانون الخاص يكفى لإضفاء الصفة الإدارية عليه ؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل التفرقة بين الوضع في فرنسا وبين الوضع في مصر.

- **الوضع في فرنسا:**

ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام في مجال العقود الإدارية من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية « تيريه « Terrier "» [1] الصادر في السادس من فبراير عام ١٩٠٣ حيث أكد المفوض « روميو» في هذا الحكم على أن « كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعناها الحقيقي عامة أو محلية يكون عملية إدارية هي من اختصاص القضاء الإداري.. فكل الدعاوى بين الأشخاص العامة والغير أو بين هذه الأشخاص العامة نفسها، مؤسسة على تنفيذ مرفق عام أو عدم تنفيذه أو سوء تنفيذه هي من اختصاص القضاء الإداري».

والتأمل في هذا الحكم يسمح باستخلاص مبادئ هامة تعد بمثابة التحول في اتجاهات مجلس الدولة الفرنسي، وتتمثل هذه المبادئ في الأتي:

أ – التحول في تحديد اختصاص مجلس الدولة بنظر العقود الإدارية، إذ بعدما كان المشرع هو الذي يتولى تحديد الاختصاص بنظر العقود الإدارية، أصبح ذلك مرهوناً بالنظر إلى طبيعة العقد ذاته، ومدى ارتباطه بتنظيم أو تسيير مرفق عام، وعلى هذا الأساس شيدت فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، فإذا كان موضوع العقد

الإدارية، بل هي الشروط العادية فيها لأنها متفقة مع طبيعتها ونظامها.

1 C.E 6 Feve 1903 – Terrier. Rec. 94 Concel.Romieu-

وانظر في التعليق على هذا الحكم: مارسولون وبروسيرفى، المرجع السابق، صـ٧٢.

تسيير أو تنظيم مرفق عام فإنه يكون إدارياً بطبيعته ويخضع لاختصاص القضاء الإداري.

ب – بموجب هذا الحكم دخلت العقود الإدارية التي تبرمها الأقاليم ضمن العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، وقد أشار المفوض « روميو» إلى هذا المعنى بقوله « في اللحظة التي نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني « . وبذلك يكون هذا الحكم قد أدخل عقود الجماعات المحلية نهائياً في القانون الإداري، وتخضع لاختصاص مجلس الدولة بالتبعية.

وقد توالت بعد ذلك الأحكام التي تستخدم فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، ومن أهم هذه الأحكام حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في الرابع من مارس عام ١٩١٠ في قضية تيرون Theorond[1] والذي قرر بأن المساهمة في المرفق العام تؤدى بذاتها ومهما كانت شروط العقد إلى اختصاص القضاء الإداري [2]. غير أن ارتباط العقد بالمرفق العام كمناط اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بنظر منازعات عقود الإدارة لم يتمتع طويلا بموقع الريادة، إذ سرعان ما تطور القضاء الفرنسي وتحول تحولا أخر بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الجرانيت [3] بتاريخ٣١ / ٧ / ١٩١٢

معلنا عدم كفاية اتصال العقد بالمرفق العام لاعتباره عقداً إدارياً، بل يتعين احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، وقد أو ضح المفوض « بلوم « في تقريره أن العقود المبرمة لصالح مرفق عام يمكن أن تكون إدارية أو عقود مدنية.

غير أنه وبحلول عام ١٩٥٦ حدث تطور هام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يمثل منعطفاً جديداً بشأن المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية، وذلك بصدور الحكم في قضية الزوجان بارتان EPOUX BERTIN في ٢٠ / ٤ / ١٩٥٦ والذي قرر أنه متى كان محل العقد قد عهد إلى أصحاب الشأن تنفيذ المرفق العام ذاته المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وأن هذا الظرف يكفي بذاته في دمغ العقد محل البحث بصفة العقد الإداري حتى لو لم يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص[4].

---

1 C.E.,The'rond 4/Mars/1910 – Rec. p. 193 Concl. Richat.

٢ وقد جاء في أسباب حكم تيرون: أن مدينة مونيليه بتعاملها في هذه الظروف مع السيد تيرون، إنما تصرفت بالنظر إلى صحة وطمأنينة السكان وبذلك يكون هدفها تحقيق مرفق عام، وبهذا تكون الصعوبات التي يمكن أن تنشأ من عدم تنفيذ مرفق عام أو سوء تنفيذه من اختصاص مجلس الدولة إذا لم يوجد نص يمنح الاختصاص لجهة أخرى, راجع في ذلك د. أحمد يسرى، المرجع السابق، صـ ١٢١.

3 C.E. 31/7/1912 ,Socie'te' DES Granites Porphyraids des vosges, Res, p. 909 Concl. Blum.

4 C.E. 20/4/1956 , EpouxBertin , Rec.p. 167, Concl, Long

وانظر في التعليق على هذا الحكم:

- Jacqueline Maround, op. cit., p. 396
- مارسون وبروسيبرفى – د. أحمد يسرى، المرجع السابق صـ ٥٠٨.

وليس هذا هو الحكم الوحيد الذي قضى بهذا المبدأ، بل لقد أصدر المجلس في نفس اليوم حكماً يتضمن المبدأ ذاته، وهو الحكم الصادر في قضية جريموارد Grimonard والذي قضى بان: « الأعمال موضوع العقد – وهي إعادة زراعة الغابات الفرنسية – تعتبر من الأشغال العامة فإن هذا العقد مهما تكون طبيعة الشروط التي يتضمنها يعتبر بسبب موضوعه بالذات من العقود الإدارية [1].

ونتلمس من هذين الحكمين عودة الضابط الموضوعي المستمد من المرفق العام إلى مكان الصدارة وصيرورته معياراً كافياً بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي تبرمه الإدارة، وأن تكون علاقة العقد بالمرفق العام علاقة وثيقة متينة, كأن يعهد إلى المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ ذاته للمرفق العام L'executionMe'me du Service Public

وقد توالت أحكام القضاء الفرنسي على تأكيد هذا الاتجاه من ذلك على سبيل المثال – لا الحصر – ما قضى به مجلس الدولة باعتبار العقد المبرم بين أحد مكاتب الإسكان المعتدل H.L.M. وبين حارس هذا المكتب والمكلف بحراسة ومراقبة مجموعة من العمارات عقداً إدارياً[2]. وكذلك العقد المبرم بين إحدى المدارس وحارس لها [3].

وسيراً في ذلك الاتجاه رفضت محكمة التنازع الفرنسية إضفاء الصفة الإدارية على العقد المبرم بين كهرباء فرنسا E.D.F وشركة لتوريد محولات لمركز كهربائي لان العقد لا يهدف إلى اشتراك الشركة المتعاقدة في تنفيذ المرفق العام [4].

وعلى ضوء ما تقدم صار معيار تمييز العقد الإداري في فرنسا يستلزم وجود أحد ضابطين إلى جانب الضابط العضوي، أي أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي تبرمه جهة الإدارة إما لأنها تعهد فيه إلى المتعاقد معها بالتنفيذ ذاته للمرفق العام وإما لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص. وهو ما يطلق عليه وصف المعيار التبادلي الذي تتبادل فيه وظائف الضابطين الموضوعي والمادي على نحو يغني توافر أحدهما عن الآخر لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.

الوضع في مصر:

أخذ القضاء الإداري منذ البداية بفكرة المرفق العام كأساس موضوعي لتمييز العقد الإداري، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن « العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق

1 ((C.E. 20/4/1956, Grimonard, R.D.P 1957 , p. 1958. note Waline.

2 ()C.E. 20/3/1959, Lauthier, Rec: p. 198, Concl, Bernard.

3 () C.E. 5/4/1991, Ecole Sue. De Commerce d'Amiens, Rec.p.250.
C.E. 7/6/1991 , Troquet, R.D.P. 1992, P.255.

4 () T.C. 17 / 2/ 2000 , Credit Lyonnais d'ielectricte de Franse.

العـام « [1]. غيـر أن مجلـس الدولـة قـد تأثـر – علـى مـا يبـدو – بالأزمـة التـي تعرضـت لهـا فكـرة المرفـق العـام، وصـار المعيـار المسـتمد مـن ضـرورة اتصـال العقـد بالمرفـق العـام غيـر كاف بذاتـه لتمييـز العقـد الإداري، حيـث اسـتلزم القضـاء بالإضافـة إلـى هـذا الشـرط ضـرورة احتـواء العقـد علـى شـروط اسـتثنائية وغيـر مألوفـة في القانـون الخـاص.

وقـد عبـرت محكمـة القضـاء الإداري [2] عـن هـذا المعنـى – وأيدتهـا في ذلـك المحكمـة الإداريـة العليـا [3] – بقولهـا: « إن اتصـال العقـد الـذي تبرمـه الإدارة بالمرفـق العـام إذا كان شـرطاً لازمـاً لكـي يصبـح العقـد إداريـاً فإنـه لا يكفـى بذاتـه لكـي يضفـى علـى العقـد تلـك الصفـة « .

وتعتمـد محكمـة القضـاء الإداري – صراحـة – معيـاراً لتمييـز العقـد الإداري حيـث قضـت بـأن: « المعيـار المميـز للعقـود الإداريـة عمـا عداهـا مـن عقـود الأفـراد وعقـود القانـون الخـاص التـي تبرمهـا الإدارة ليـس هـو صفـة المتعاقـد بـل هـو مـن جهـة الأخـذ بأسـلوب القانـون العـام وأحكامـه بتضمـين العقـد شـروطاً اسـتثنائية غيـر مألوفـة،ومـن جهـة أخـرى موضـوع العقـد نفسـه متـى اتصـل بالمرفـق العـام علـى أيـة صـورة مـن الصـور سـواء أكانـت مـن حيـث تنظيـم المرفـق أم اسـتخدام المرفـق ذاتـه[4]».

والمسـتفاد مـن أحـكام القضـاء المصـري عمومـاً أن الوضـع في مصريشـهد اسـتقراراً واضحـاً في شـأن معيـار تمييـز العقـد الإداري علـى أسـاس موضوعـي يرتكـز علـى عنصريـن لا يغنـى توافـر أحدهمـا عـن الآخـر وهمـا:

أ – ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور.

ب – أن تأخذ الإدارة بأسلوب القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة.

وعلـى ضـوء مـا تقـدم فـإن الوضـع في مصـر مسـتقر علـى أن معيـار تمييـز العقـد الإداري يسـتلزم توافـر ضابطيـن إلـى جانـب الضابـط العضـوي، أي أن العقـد الإداري هـو ذلـك العقـد الـذي تبرمـه جهـة الإدارة ويتصـل بالمرفـق العـام علـى أيـة صـورة مـن الصـور، ويحتـوي علـى شـروط اسـتثنائية غيـر مألوفـة في القانـون الخـاص. وهـو مـا يطلـق عليـه وصـف المعيـار التكاملـي الـذي تتكامـل فيـه وظائـف الضابطيـن الموضوعـي والمـادي علـى نحـولا يغنـي توافـر أحدهمـا عـن الآخـر لإضفـاء الصفـة الإداريـة علـى العقـد.

١ حكمهـا الصـادر بجلسـة ٢٦ / ١٢ /١٩٥١، مجموعـة المكتـب الفنـي، السـنة السادسـة ، صـ ٢١٤، وحكمهـا الصـادر في الدعـوى رقـم ٨٧٠ لسـنة ٥ ق، جلسـة ٩ / ١٢ / ١٩٥٦، مجموعـة المكتـب الفنـي، السـنة ١١، صـ ٧٦ .

٢ يراجـع في ذلـك حكـم محكمـة القضـاء الإداري في الدعـوى رقـم ٨٧٠ لسـنة ٥ ق، جلسـة ١٩٥٦/١٢/٩، مجموعـة أحـكام القضـاء الإداري، لسـنة ١١، ص ٥٠. وبـذات المعنـى حكمهـا في الدعـوى رقـم ٥٦ لسـنة ٢ ق، جلسـة ١٩٦٠/١٠/٦، مجموعـة السـنة ١٥، ص ٥، وحكمهـا في الدعـوى رقـم ١٨٩٤ لسـنة ١٠ ق، جلسـة ١٩٥٧/٣/١٠ وفي هـذا الحكـم تـبرر المحكمـة هـذا الاتجـاه بقولهـا: « إن علاقـة العقـد بالمرفـق العـام إذا كانـت ضروريـة لـكي يعتـبر العقـد إداريـا فإنهـا ليسـت مـع ذلـك كافيـة لمنحـه تلـك الصفـة، اعتبـاراً بـأن قواعـد القانـون العـام ليسـت ذات علاقـة حتميـة بالمرفـق العـام، إذ أنـه مـع اتصـال العقـد بالمرفـق العـام فـإن الإدارة قـد لا تلجـأ في إبرامـه إلـى أسـلوب القانـون العـام.

٣ حكـم المحكمـة الإداريـة العليـا في الطعـن رقـم ٦٢ لسـنة ٢ ق، جلسـة ١٩٦١/٥/١٣، مجموعـة المكتـب الفنـي، السـنة السادسـة، ص ١٠١٢، وفي ذات المعنـى حكمهـا في الطعـن رقـم ٨٨٩ لسـنة ٦ق، جلسـة ١٩٦٢/٣/٣١، مجموعـة السـنة السـابعة، ص ٥٢٧، وحكمهـا في الطعـن رقـم ٥٥٩ لسـنة ١١ق، جلسـة ١٩٦٨/٣/٢٤، مجموعـة السـنة ١٣، ص ٥٥٧. وحكمهـا في الطعـن رقـم ٤٠٨٢ لسـنة ٤١ ق جلسـة ١٩٩٩/١٢/٧ سـبقت الإشـارة إليـه وحكمهـا في الطعـن رقـم ٤١٠٥ لسـنة ٤٣ ق جلسـة ٢٠٠٠/٣/٢١ سـبقت الإشـارة إليـه.

٤ حكـم محكمـة القضـاء الإداري في الدعـوى رقـم ١٨٩٤ لسـنة ١٠ ق، جلسـة ١٩٥٧/٣/١٠، سـبق الإشـارة إليه.وحكمهـا في الدعـوى رقـم ٣١٠٩ لسـنة ٣٨ ق جلسـة ١٩٨٦/٦/٢ – غـير منشـور.

الفصل الأول: الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص

رغم أن فكرة الشروط الاستثنائية من إبداعات مجلس الدولة الفرنسي إلا أنه لم يشأ وضع نظرية متماسكة واضحة المعالم، ومرد ذلك إلى تباين أحكام المجلس واختلافها، مما أدى إلى مناقشات مستفيضة من جانب الفقه – سواء في فرنسا أو في مصر – في تحديد الإطار العام لهذه الفكرة، ونتناول فيما يلي بيان ماهية الشروط الاستثنائية ثم بيان صورها، وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة

المبحث الثاني: صور الشروط الاستثنائية غير المألوفة.

المبحث الأول: ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة

على الرغم من إجماع الفقه والقضاء – سواء في فرنسا أو في مصر – على فكرة الشروط الاستثنائية كضابط – تخييري في فرنسا وتكاملي في مصر – لتمييز العقد الإداري، إلا أن هذا الإجماع لم يصل إلى حد الاتفاق على تعريف محدد للشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، ومرد هذا الاختلاف حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية يرجع إلى ثلاثة أمور:

الأول: التزام مجلس الدولة الفرنسي خطة الاختصار الشديد في صياغة أحكامه، حيث يكتفي بالإعلان عن اشتمال العقد على شروط غير مألوفة دون شرح لهذه الشروط [1].

الثاني: تباين أحكام القضاء واختلافها، وعدم صدور حكم من محكمة عليا مثل محكمة التنازع في فرنسا أو المحكمة الدستورية العليا في مصر يمكن أن يستمد منها حلا ثابتا في شأن تحديد ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة [2].

الثالث: الخلاف الدائر بين فقهاء القانون العام- سواء في فرنسا أو في مصر – حول أساس القانون الإداري هل هو المرفق العام أم السلطة العامة، وقد انعكس هذا الخلاف بدوره على تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية بحسب الفلسفة التي يعتنقها أنصار المرفق العام أو أنصار نظرية السلطة العامة.

وإزاء الصعوبات المشار إليها فإنه من الممكن من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه أن نتلمس تحديداً لمفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الاتجاهات القضائية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص
المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

---

١ د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٧٩. ويستشهد في ذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Renarayeبتاريخ ١٩٤٨/١/٢١.

٢ قرب من ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، طبعة١٩٩٩- ص ٨١.

المطلب الأول: الاتجاهات القضائية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص

من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي عرفت الشروط الاستثنائية حكمه الصادر في قضية Stien حيث عرّفها بأنها: « تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقًا أو تحمله بالتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القوانين المدنية والتجارية[1]».

وعرفتها محكمة التنازع بأنها الشروط التي تختلف بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن ينص عليها في عقد مماثل في القانون الخاص[2].

كما اتجهت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى ربط الشروط الاستثنائية بفكرة السلطة العامة ومن ذلك حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٩٤٨/١/٢١ في قضيةSoeiete' Minie'rertMetallurgique وحكمة الصادر بتاريخ ١٩٥٢/٤/٢ في قضية Compagnie de L'union وبتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٥٣ في قضية Ramon ، وقد تردد في هذه الأحكام تعريف للشروط الاستثنائية بأنها: الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقاً غير مألوفة في القانون الخاص [3].

وخلاصة القول أن اتجاهات القضاء الفرنسي في شأن تحديد ماهية الشروط الاستثنائية يمكن حصرها في اتجاهين:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن الشروط الاستثنائية غير المألوفة هي تلك الشروط التي لا يجوز اشتراطها إلا من قبل أشخاص تتمتع بالسلطة العامة.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى أن تلك الشروط هي كل ما لم تجر العادة على اشتراطه في عقود القانون الخاص.

أما في مصر، فقد عرفتها المحكمة الإدارية العليا بأنها تلك الشروط التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد [4].

1 C.E, 20/10/1950, Rec,p.505 «Clauses ayant paur objet de con fe'rer aux parties des dnoit ou de mettne a' leur charge des obligations etranrers par leur nature aceux qui sont suceptibles d'e'tre librement consentis par quiconque dans le cadre de'lais civiles et commerciales.

2 T.C. 19/6/1952, ste des combustibles et carburants nationaux, R.D.P., P,628 «des clauses diffe'rentes par leur nayure de celles que peuvent e'treirscrires dans un contrat analogue de droit prique peuvent e'treirscrites dans un contrat analogue de droit prive'.

3 لمزيد من التفاصيل انظر: Marcel Waline –note de jurisprudence – les clauses exorbitontes du droit commun.R.D.P, p.1175.

٤ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٢٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤ الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، ج ٣٥، صـ ٢٨٤.

كما عرفتها محكمة النقض بأنها تلك الشروط التي تقرر امتيازات للإدارة غريبة على القانون الخاص وتخرج عن المألوف وتكشف عن نية المتعاقدين في اختيار وسائل القانون العام[1].

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص.

لم يكن الفقه بمعزل عن الخلاف حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، ويمكن رد الاتجاهات الفقهية في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية:

أ – الاتجاه الأول:

ويرى أن الشرط غير المألوف هو الشرط الذي لا يوجد عادة في عقود القانون الخاص، سواء لأنه يعتبر إذا أدرج فيها باطلا لمخالفته للنظام العام، أو لأن السلطة الإدارية نصت عليه في العقد إعمالا لمقتضيات الصالح العام التي تعتبر غريبة علىأشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم [2].

وفى ذات الاتجاه يقرر البعض أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يتصور أن تدرج في عقود الأفراد باعتبارها مخالفة للنظام العام [3].

وفى رأينا أن أهم ما يعيب هذا الاتجاه في شقه الأول أنه جاء استناداً إلى ظاهر عبارة الألفاظ وحملا لها على الاصطلاح اللغوي ذلك أن الشروط غير المألوفة قد وصفت بهذا الوصف لأنها نادراً ما ترد في عقود القانون الخاص، كما يعيب هذا الرأي النظر إلى الشروط التي ترد في العقود الإدارية من زاوية المقارنة بينها وبين تلك الشروط التي ترد في عقود القانون الخاص، في حين أنه في مقام تحديد الشروط غير المألوفة ينبغي الوقوف على ماهيتها من خلال الوظيفة التي تؤديها تلك الشروط داخل العقد الإداري ذاته ووفق طبيعته الذاتية التي يتمتع بها.

ولا أدل على ذلك من أن القضاء الفرنسي قد اختلف حول طبيعة الشرط الذي يمنح الإدارة سلطة فسخ

---

١ مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة ١٦، صـ ١٠٤٨.

2 ()Waline (M) Pre'cis Droit administratif, Editions Montchrestien 1969, p. 572 « il me semble que les clauses' cxorbitont du droit commun et celle que l'on ne troveoas normalement dons le contrat de droit prive', soit parce qu'elly serait nulle comme**contraire l'orde public, soit encore parce qu'elle a e'teinse'ree' dans le contrat par l'oatorite' administrative en fonction de pre'occupation d'intre'ts public qui sont e'trange'res aux personnes de droit prive's lorsque celles-ci contractent cntre elles «.

3 J.Rivero ,» Droit administratif , Dalloz, 1987 , p.143 et 144 « Sontcertainomentde'rogatoines les clauses excedant la liberte' controctuelle, et des lors insuceptibles de Figurer dons un contrat entre particuliers, comme contraires à l'ordne public.

العقد بالإدارة المنفردة، إذ بينما قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار أن السلطة التقديرية في فسخ العقد PauvoirDiserionnaire de Resiliation شرطاً استثنائياً[1]، نجد أن محكمة التنازع رفضت إضفاء هذا الوصف الذي يقضى بفسخ العقد تلقائياً حال إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية [2]، مما يعني جواز الاتفاق على هذا الشرط في عقود الإفراد.

ب – الاتجاه الثاني:

ويذهب إلى أن الشروط المألوفة هي تلك التي يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في ظل القوانين المدنية والتجارية [3].

وفيما يبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر بالتعريف الذي أورده حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Stien[4].

ويمتاز هذا التعريف بنظرته إلى الشروط غير المألوفة من زاوية طبيعتها الذاتية التي تتمتع بها، ومدى تأثيرها على إرادة المتعاقدين من حيث الخضوع لهذه الشروط وعدم مناقشتها عند التعاقد في مجال عقود الإدارة بالمغايرة لمبدأ سلطان الإرادة في مجال تعاقدات الأفراد.

غير أن أهم ما يعيب هذا الرأي – في رأينا – هو عدم اتفاق القضاء على ماهية الحقوق والالتزامات التي تكون غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون الخاص.

جـ - الاتجاه الثالث:

ونادى به الفقيه «دى لوباديـر»؛ حيث يرى أن الشرط غير المألوف هو الذي يحمل في طياته الطابع الإداري حيث يدرج في العقد من أجل تحقيق الأهداف التي يقصد إليها القانون العام، ويمكن معرفة طبيعة العقد وما إذا كانت شروطه تحمل الطابع الإداري بالرجوع إلى الاعتبارات التي وضعت من أجلها هذه الشروط، ويصبح الشرط غير مألوف إذا كان أساسه اعتبارات الصالح العام التي لا يمكن أنتوجد في العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص [5].

ويمتاز هذا الرأي بالواقعية من حيث نظرته للشروط غير المألوفة من خلال وظيفتها في التعبير عن غاية الإدارة

1 Cos – Civil 20/11/1973 ste maison du livre francaisbul, civ n., 316 J.C.p. 73.

2 ()T.C. 15/6/1970, DE COMBLONCHIEN, r.p.,P. 889.

3 ()Vedel, Droitadmininstratif, 1980, p. 327.

وكذلك مقالته الهامة بعنوان:

Remarque sur lo notion de claus exorbitant « Melonges « Mestre, 1956, p. 527.

٤ سبقت الإشارة إليه.

5 Delaubade’re: Traite The’arique et pratique des contrats administratif, t. 1, Paris, 1956, No. 66 , p. 88.

في تحقيق الصالح العام، وارتباط هذه الشروط بمبادئ القانون العام وعدم مشروعيتها في عقود الأفراد [1].

وفى مصر، ثار الخلاف في الفقه حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، فقد ذهب البعض إلى أن الشرط الاستثنائي الحقيقي هو الذي يتسم بطابع السلطة العامة، ومستحيل التحقق في عقود الأفراد، لأنه يستمد وجوده من وجود السلطة العامة كطرف في العقد [2].

ويفرق هذا الرأي بين نوعى الشروط الاستثنائية والشروط غير المألوفة، على أساس أن الشروط الاستثنائية التي تنطوي على عنصر السلطة تحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد، بينما الشروط غير المألوفة لا تحدد الطبيعة الإدارية للعقد إلا بطريق غير مباشر لأنها تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أساليب القانون العام، فإذا وجد ما يدل على عكس ذلك فقدت الشروط غير المألوفة كل أثر في تحديد طبيعة العقد. وذهب رأي آخر إلى أن الشروط غير المألوفة هي شروط لو وضعت في عقد مدني لقضى ببطلانه، ولكنها لا يجب أن تكون دائمًا كذلك، بل يمكن أن تتمثل في شروط لا يعتاد الإنسان أن يراها كثيراً في عقود القانون الخاص [3].

والرأي الغالب في الفقه المصري يميل إلى التحفظ بشأن إعطاء تعريف محدد للشروط الاستثنائية، ويرى إمكانية ردها إلى أفكار رئيسية – دون الادعاء بوضع قائمة شاملة لها – كالشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة، ومن الشروط غير المألوفة ما يخول المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، والإحالة إلى دفاتر الشروط ، والشروط التي تؤدى إلى اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام [4].

ومن جانبنا نرى أن الشروط الاستثنائية «**هي تلك الشروط التي تنبئ عن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة، وإعمال قواعد القانون العام، وذلك من أجل تحقيق هدف العقد الإداري وهو الصالح العام وتغليبه على مصلحة الأفراد.**

ويسمح هذا التعريف باستظهار نية الإدارة إذا ما سلكت طريق العقد الإداري حيث تعبر عن هذه النية باستعمالها امتيازات السلطة العامة التي لا يملكها الأفراد، ومن ثم استحالة ظهور هذه الشروط في عقود الأفراد،» إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه « . كما أن في إعمال قواعد القانون العام ما يسمح من ناحية بالكشف عن نية الإدارة في تطبيق أحكام القانون العام وعلى رأسها أحكام النظام القانوني للمرافق العامة، والأحكام العامة للعقود الإدارية، ومن ناحية أخرى فإن في رغبة الإدارة تطبيق أحكام القانون العام ما يشير إلى ابتعادها عن محاكاة الأفراد في عقودهم، ومن ناحية ثالثة استحالة ظهور الشروط التي تنطوي على إعمال أحكام القانون العام في عقود الأفراد، إذ ليس لهم في تطبيقها أدنى مصلحة، باعتباره قانون الإدارة الذي خلق من أجلها، وهى وحدها التي تطبق أحكامه.

---

١ انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، مرجع سابق، صـ ٧٩ وما بعدها.

٢ انظر: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٥٤، وفى ذات الاتجاه، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، صـ ٥٧.

٣ د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، ١٩٧٩، بدون دار نشر، صـ١٣٣.

٤ د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، صـ ٨٢ وما بعدها- د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، صـ ٣٦- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية فى العقود الإدارية ، بدون دار نشر ، ١٩٩٧، صـ ٤٩، د. عبد المجيد فياض، - العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، ١٩٨٣،، صـ ٣٢ وما بعدها، د. عمر حلمي فهمي و.د. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية – معيار تمييزها وأنواعها، دار الثقافة الجامعية عام ١٩٩٥،صـ ٥٤.

كما يسمح هذا التعريف ببيان الدور الوظيفي للشروط الاستثنائية باعتبار أن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة في مجال العقود الإدارية ليس هدفا في ذاته، بل وسيلة لتحقيق هدف العقد الإداري وهو الصالح العام، فالقانون حينما أناط بالإدارة مهمة تحقيق الصالح العام، وضع بين أيديها الأدوات التي من خلالها تستطيع تحقيق الصالح العام، ويعد العقد الإداري من أهم أدوات الإدارة ووسائلها لتحقيق الصالح العام.

بالإضافة إلى ما تقدم فإن الشروط التي من شأنها تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد تلعب دوراً هاما في مجال العقد الإداري لاسيما في إطار السلطة التقديرية للقاضي، فالأصل في عقود الأفراد أن مصالح طرفي العقد متساوية،وإن كانت غير ذلك يستطيع القاضي المدني إنقاص التزامات الطرف المغبون، أما في مجال العقد الإداري فالأصل أن مصالح الطرفين غير متساوية، ولا يملك القاضي الإداري أية سلطة تقديرية في إنقاص التزامات المتعاقد مع الإدارة،على اعتبار أن تحقيق الصالح العام هو الأجدر بالرعاية.

وثمة تحفظ يتعين الإحاطة به، مؤداه أن هذا التعريف ليس جامعاً مانعاً؛ إذ ليس من السهل – كما سبق أن ذكرنا – وضع إطار محدد لعلاقات غير محددة، ويبقى التطور القضائي – سواء في مصر أو فرنسا – كفيلا بإدخال المزيد من الأفكار التي تعين على تعريف أكثر شمولًا لفكرة الشروط الاستثنائية.

وتجدر الإشارة إلى أن التعريف الذي انتهينا إليه يمكن الاستدلال عليه من فحوى أحكام مجلس الدولة المصري واستظهار قناعته بالطابع الوظيفي لفكرة الشروط الاستثنائية حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن[1]: شروط العقد الموضوعة هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وهذا القانون – وهو دستور العقود الإدارية – يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخلَّ بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت حسب مقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري.

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا [2] على المفهوم الوظيفي للشروط الاستثنائية بقولها: «إن الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرام العقد الإداري وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله بتضمينه شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص... وذلك تحقيقاً للنفع العام».

١ حكمها في الدعوى رقم ٩٨٣ ق، جلسة ٦٠١٩٥٧/٣٠، مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، ص ٦٠٧.

٢ حكمها في الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٩٥/١/٨، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء ٤٩، طبعة ٢٠٠٠، ص ٥٥، وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق، جلسة١٩٦٣/٥/٢٥، وحكمها في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ٢٤ / ١٩٦٨/٣، الموسوعة الإدارية الحديثة ، المرجع السابق، الجزء ١٨، الطبعة الأولى، ص ٦٨١ وما بعدها.

المبحث الثاني: صور الشروط الاستثنائية وغير المألوفة

على الرغم من تعدد أحكام القضاء – سواء في فرنسا أو مصر –التي تعرضت للشروط الاستثنائية إلا أنه – وبحق – لا يمكن استخلاص نظرية متماسكة تربط بين عناصر الشرط الاستثنائي وتحدد مقوماته، حيث اكتفت غالبية الأحكام بالإشارة إلى احتواء العقد على شروط استثنائية دون أن تحدد تلك الشروط، كما أن الأحكام القليلة التي تعين الشروط الاستثنائية التي استندت إليها للقضاء بوجود عقد إداري لا تبين الأساس الذي اعتمدته لوصف تلك الشروط بالاستثنائية، كما أنها في الغالب الأعم تنظر إلى مجموع نصوص العقد وتحكم باعتباره متضمناً لشروط استثنائية دون أن تفصل بين النصوص العادية والنصوص الاستثنائية.[1]

غير أنه من الممكن – من خلال أحكام القضاء – إبراز صور من الشروط التي اعتبرها القضاء استثنائية وغير مألوفة، وتندرج هذه الشروط ضمن طائفة من الطوائف الثلاثة الآتية:

الطائفة الأولى: الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

Clauses se rattachant aux prerogatives de pujssance publique :

حيث ترد هذه الشروط مشتملة على عنصر أو امتياز من امتيازات السلطة العامة، وهي على هذا النحو مستحيلة التحقق في عقود الأفراد لعدم تمتعهم بتلك السلطة، وبالتالي فإن النص أو البند الوارد في العقد والذي يشير إلى استعمال الإدارة إلى احد امتيازات السلطة العامة ينبئ عن رغبة الإدارة في الدخول إلى دائرة العقد الإداري، وابتعادها عن دائرة عقودها الخاصة، والعكس صحيح، وقد ذهب بعض الفقه – وبحق – إلى أن هذا النوع من الشروط يحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد.[2]

وتأتى الشروط المرتبطة بالسلطة العامة إما بالنص على منح الإدارة سلطات قبل المتعاقد معها، أو بمنح هذا المتعاقد سلطات قبل الغير. وذلك على التفصيل الآتي:

أ- الشروط التي تضمن امتيازات للإدارة قبل المتعاقد معها:

أهم ما يميز هذه الشروط هو إهدارها لأحد المبادئ المقدسة في القانون الخاص، ألا وهو مبدأ المساواة بين المتعاقدين، فإذا استعملت الإدارة حقها الأصيل في إملاء شروطها على المتعاقد، فليس له من سبيل إلا أن يقبلها أو يرفضها، وأنه إذا قبلها أصبح في مركز تعاقدي شكلا، وتنظيمي موضوعاً (٣).

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط التي تمنح الإدارة سلطات في مواجهة المتعاقد معها قد تظهر في الخطوات التمهيدية للتعاقد، مثال ذلك ما تتضمنه كراسة الشروط من التزام المتقدم بعطائه بمجرد تقديمه، ولا يستطيع العدول عنه إلا بعد البت في المناقصة أو المزايدة، أما التزام الإدارة فلا يبدأ إلا من تاريخ اعتماد السلطة المختصة لقرار لجنة البت، وقد لا تلتزم أطلاقا.[4]

١ لمزيد من التفاصيل انظر د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٤٤.
٢ د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٥٤.
٣ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ سبقت الإشارة إليه.
٤ د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق، صـ ١٣٣.

كما قد تظهر هذه الشروط في البنود المتعلقة بتنفيذ العقد، وأهم مثال لهذه الشروط تلك التي تتضمن سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر، باعتبار أنها الوحيدة التي تملك هذه السلطة، ويعد النص عليها هو الشرط الاستثنائي النموذجي. حيث تستطيع الإدارة بموجب هذه السلطة أن تفرض التزامات على المتعاقد، وتلزمه بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء. و يبدو ذلك جلياً في سلطة الإدارة في الرقابة Pouvoir de Control على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وحقها في تعديل التزاماته بالزيادة أو النقص، وكذلك حقها في توقع الجزاءات عليه عند إخلاله بالتزاماته، وكذلك حقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

ب - الشروط التي تمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير:

بموجب هذه الشروط يتلقى المتعاقد مع الإدارة تفويضا من جانبها بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير [1].وتعد هذه الشروط من الشروط المستحيلة في عقود الأفراد فيما بينهم لعدم امتلاكهم امتيازات السلطة العامة.

ومن أمثلة هذه الشروط ما يرد في عقد الالتزام من شروط تمنح الملتزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام، أو حق ممارسة بعض سلطات البوليس قبل المنتفعين، أو حق نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق [2]. كذلك في عقود الأشغال العامة فإن ثمة شروط تمنح المقاول حق شغل العقارات الخاصة مؤقتاً رغم إرادة أصحابها، أو سلطة الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات [3].

وهذه الشروط رغم كونها استثنائية فإن ثمة تحفظ ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام، وهو أنها لا تؤثر في صفة العقد المبرم بين الملتزم والمنتفع باعتباره من روابط القانون الخاص[4].

وفى تصورنا أنه إذا ما قررت جهة الإدارة منح المتعاقد معها سلطات وامتيازات في مواجهة الغير، فإنه غالبا ما يكون هذا المتعاقد قد تولى بنفسه إدارة المرفق العام أو إنشائه، حيث نكون أمام أحد صور اتصال العقد بالمرفق العام التي تكفى بذاتها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد – على الأقل في فرنسا في ظل المعيار التبادلي – دون حاجة للبحث عما إذا كان العقد ينطوي على شرط استثنائي من شأنه منح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير، فيما يعد تولى المتعاقد بنفسه إدارة المرفق شرطاً استثنائياً بذاته في ظل المعيار التكاملي في مصر.

---

١ والمقصود بالغير في مجال العقود الإدارية « الأفراد المتعاقدين مع المرفق العام أو غيرهم ممن يمسهم العقد، أو الجهة الإدارية التي تتبع شخص معنوي مستقل عن الجهة التي أبرمت العقد «. لمزيد من التفاصيل راجع: د. إبراهيم محمد عبد الحليم، أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير، دراسة مقارنة، رسالة، عين شمس، ١٩٩٤، ص ٢٦٥ وما بعدها.

٢ د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٩٤ , د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص ٨٢.

٣ د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق ص ١٣٧.

٤ لمزيد من التفاصيل: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية عام ٢٠٠٥، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها

الطائفة الثانية: الشروط غير المألوفة في عقود الأفراد:

وهذه الطائفة من الشروط تبدو غير مألوفة في عقود الأفراد، إما لأنها تحمل طابع القانون العام، وإما لكونها مستوحاة من اعتبارات الصالح العام.

١ – الشروط التي تحمل طابع القانون العام:

تبدو هذه الشروط غير مألوفة في عقود الأفراد؛ لأنها تستوحي من القانون العام نظرياته وأهدافه، بحيث لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء هذه النظريات وتلك الأهداف.

من هذه الشروط – مثلا – تلك التي تعتمد على قاعدة من قواعد النظرية العامة للعقود الإدارية، فالشروط المتعلقة بسلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها حال إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية يمكن ردها إلى مبدأ سير المرفق بانتظام واطراد، والشروط التي تنظم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري يمكن تفسيرها على ضوء قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل [1]، كما أن الشروط التي تخول المتعاقد الحق في التعويض عن الأضرار التي تصل إلى حد قلب اقتصاديات العقديمكن تفسيرها على ضوء نظرية التوازن المالي للعقد، كذلك الشروط المتعلقة بتغير الثمن وفقاً لقواعد معينة في حالة تقلب الأسعارنتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة – يمكن تفسيرها على ضوء نظرية الظروف الطارئة [2].

٢ – الشروط المستوحاة من اعتبارات الصالح العام:

حيث لا تهدف الشروط الواردة في العقود الخاصة إلى تحقيق الصالح العام في حين تضطلع العقود الإدارية – من خلال شروطها – إلى تحقيق الصالح العام، ومن ثم تبدوالشروط التي لا يمكن تفسيرها في عقود الإدارة إلا استناداً إلى اعتبارات الصالح العام غير مألوفة في العقود الخاصة.

ومن قبيل هذه الشروط في فرنسا الشروط المدرجة في وثائق التأمين البحري في زمن الحرب والتي تُخْضِع دفع جزء من التعويض في حالة ضياع أو فقد السفينة لشروط شراء سفينة أخرى وهو ما يطلق علية شرط الاستبدال، فهذا الشرط لا يمكن تفسيره إلا على أساس تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على اتزان الأسطول الفرنسي [3].

الطائفة الثالثة: خضوع العقد لنظام قانوني استثنائي:

تطورت فكرة الشروط الاستثنائية تطوراً هامًا، مؤداه أن الشروط الاستثنائية لا تقتصر فقط على تلك الشروط التي يمكن استنتاجها بتحليل نصوص العقد وبنوده، ولكن هناك نوع من الشروط تفرض على العقد،

١ د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة ١٩٩٩، ص ٧٠، سبقت الإشارة إليه.

٢ د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ١٥٢.

٣ يراجع في ذلك: د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق، ص ١٣٨.

فيبحث عنها القاضي بعيداً عن نصوص العقد وبنوده، ولكن من خلال النظام القانوني الاستثنائي الذي يخضع له العقد، فإذا كان الأصل هو أن يكون النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد نتيجة لطبيعته الذاتية، لكن قد يحدث أن يكون هذا النظام محددًا سلفاً، فيكون إدارياً أو مدنياً بالنظر إلى طبيعة النظام القانوني الذي يحكمه فإذا كان العقد خاضعا لنظام القانون العام بناء على نص قانوني، فإن هذا النص يعطى العقد الصفة الإدارية ويغدو إدارياً تبعاً لذلك.

وقد أرسى هذا التطور حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية شركة بحيرة Sont[1] بصدد عقود توريد الكهرباء E.D.F بواسطة موردين مستقلين غير خاضعين للتأمين... حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي بوجود عنصرين يتمتعان بالطابع الاستثنائي في العقد وهما:

أ. الطابع الإجباري لإبرام هذا النوع من العقود، فالموردون المستقلون وE.D,F ملزمون بإبرام هذه العقود.

ب. الرجوع إلى الوزير المختص بنظر أي نزاع ينشأ بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد.

وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى نتيجة مؤداها إضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود؛ لخضوعها لنظام استثنائي حتى لو انتفت الصلة المباشرة لهذه العقود بالمرفق العام، أو لم تتضمن شروطاً استثنائية من القانون الخاص.

وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً من جانب بعض الفقه الفرنسي [2] وصل إلى حد المناداة باعتباره معيارا مستقلاً بذاته، ومعياراً ثالثا إلى جوار معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة، حيث يرى R.Chapus أن هذا المعيار يساعد على التعرف على الطابع الإداري للعقد دون حاجة إلى اللجوء إلى أحدالمعيارين الآخرين. ويؤكد على أن الأمر يتعلق بحل قضائي جديد un Salutionjurisprudentiellnavelle يعد قلباً للأوضاع، لأن المفروض أن النظام القانوني الذي يخضع له العقد هو نتيجة لتكييفه وتحديد طبيعته، أما فكرة النظام الاستثنائي فهي تحدد النظام أولًا ثم على أساسه يتم وصف العقد.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن مجرد الإشارة إلى قانون المناقصات والمزايدات أو مدونة العقود الإدارية في فرنسا لا يضفى الطابع الإداري على العقدما لم يكن العقد يحمل في طياته خصائص العقد الإداري من خلال مظاهر النظام غير المألوف في عقود القانون الخاص، كاحتوائه على شروط استثنائية أو اتصاله بالمرفق العام.

يؤكد ذلك ما قررته محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ٢٠٠٠/٢/١٤من أن خضوع العقد لقانون الصفقات العامة لا يمكن أن يعطيه هو وحده طابع العقد الإداري، في حين أنه لا يشترك المتعاقد في تنفيذ المرفق العام ولا يتضمن أي شرط استثنائي من القانون الخاص[3].

1 C.E. 19 Janu 1973, Soe d'e'xploitaione'lectrique de Rivie're du sont, Res.p.48.

2 ()R.Chapus, op. cit.,p: 743،Vedel , Remarquessur la nature de elausexausexarbitonte, op;eit.p.527.

3 () T.C.3138-14/2/2000 ste' commune des Baie- Mahaut et socie'teRhoddloms.

ونتصور من جانبنا أن مجلس الدولة المصري قد اعتنق فكرة النظام غير المألوف من خلال تطلب ثلاثة شروط مجتمعة لإضفاء الطابع الإداري على العقد (وجود الإدارة – المرفق العام – الشروط الاستثنائية)، على أساس أن فكرة المرفق العام تعد أحد مظاهر النظام غير المألوف في عقود القانون الخاص؛ حيث قضت محكمة القضاء الإداري[1] بأنه «ليس حتما أن تكون الشروط الاستثنائية غير مألوفة مضمنة في العقد عند إبرامه، بل قد يفرضها القانون سلفاً قبل إتمام العقد ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإنشاء المرفق».

وقد أيّدت المحكمة الإدارية العليا [2] هذا النظر بقولها « ... وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح « .

الفصل الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

يثور السؤال عن الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية، وبمعنى أخر لماذا يؤدى وجود الشروط الاستثنائية في العقد إلى إضفاء الصفة الإدارية عليه؟

وقد انعكس الخلاف الدائر في الفقه بين أنصار اتجاه السلطة العامة وبين أنصار اتجاه المرفق العام على تحديد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإداري.

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول:الأساس القانوني للاستناد للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

غير منشور.

ويتعلق موضوع هذه القضية بعقد سمسرة مبرم بين مقاطعة وشركة خاصة موضوعة العثور لهذه المقاطعة على أفضل شروط للحصول على قرض لتمويل تجهيزات عامة، وكان العقد خاضعاً لقانون الصفقات العامة، وقد قررت المحكمة:

Lacirconstonceau’un contrat de courtage conclu entre une commnne et nue soncie’teprive’e, don’t l’objet est de trouver

pour cette commune, les condition d’emprunts les plus avantagevse pour le financement d’equipements publics, ait e’te soumis au code des marche’spublcs ne saurait lui confe’rer a’ elle seule le caracte’re de contrat administratif, alors qu’il n’ade fait pas participer la personne privie’ecocontractane – a’ l’exe’cution du service public et ne comporte aucune clause exorbitonts du droit commun.

١ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢ مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، ص ٤٩٣.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/٣/٢٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٣، ص ٥٥٧.

وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: الأساس القانوني للاستناد للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

يكمن الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية في أساسين: الأول شخصي، والثاني موضوعي.

١ - الأساس الشخصي:FondementSubjectif

ويتمثل هذا الأساس في حرية المتعاقدين في اختيار أساليب التعاقد، فهما بالخيار بين اتباع أساليب القانون العام، وبين اتباع أساليب القانون الخاص، فإذا احتوى عقدهما على شروط استثنائية كان ذلك دليلاً على اختيارهما أساليب القانون العام ورغبتهما في إبرام عقداً إدارياً، فيما يعد خلو العقد من أية شروط استثنائية دليلاً على اختيارهما أساليب القانون الخاص ورغبتهما في إبرام عقداً مدنياً.

وتتحدد قيمة هذا الأساس في التعرف على اتجاه إرادة المتعاقدين ورغبتهما في إبرام عقداً إدارياً من عدمه.

٢ - الأساس الموضوعي: FondementObjectif

ويستند الأساس الموضوعي إلى الطبيعة الخاصة للشرط الاستثنائي، ودوره في إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يحتويه وبطريقة مباشرة، ويترتب على ذلك أن احتواء العقد على نصوص استثنائية تنطوي على امتياز من امتيازات السلطة العامة تكون كفيلة بذاتها في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، حتى لو أراد المتعاقدان إبرام عقد مدني؛ لأن إرادتيهما لا يمكن أن تغير من طبيعة العقد الذي يستمدها من شروطه الذاتية.

وفى هذا الإطار يختلف دور الشروط الاستثنائية التي تتسم بطابع السلطة العامة عن الشروط غير المألوفة وهى ممكنة وجائزة في عقود القانون الخاص ولكنها قليلة الاستعمال، إذ بينما ينبئ الشرط الاستثنائي على قرينة قاطعة – لا تقبل إثبات العكس – على الصفة الإدارية للعقد الذي يحتويه، فإن الشرط غير المألوف ينبئ عن وجود قرينة بسيطة على اتجاه إرادة المتعاقدين نحو اتباع أساليب القانون العام، ولكنها قرينة تسقط بمجرد إثبات ما يخالفها [1].

١ د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٤١.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص

يرى أنصار السلطة العامة أن معيار الشروط الاستثنائيةوغير المألوفة في القانون الخاص هو المعيار الحاسم والقاطع في تمييز العقود الإدارية[1]،ويستند هذا الرأي إلى حجج جوهرية تتلخص في الأتي:

1) إن السلطة العامة هي الطابع المميز للقانون الإداري والأساس الذي تقوم عليه أصوله وقواعده، أو هي أساس ومعيار القانون الإداري، وأن معيار الشروط الاستثنائية هو مجرد تطبيق للسلطة العامة في مجال العقود الإدارية.

2) أن معيار المرفق العام يكون متحققًا دومًا في كافة العقود التي تبرمها جهة الإدارة سواء في عقودها الإدارية أو في عقودها الخاصة، ولم يعد ذا أثر حقيقي في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، ومن ثم يتعين البحث عن نية الإدارة في الأخذ بأساليب القانون العام في العقد بتضمينه شروطا استثنائية.

3) أن معيار المرفق العام أصبح من المرونة والاتساع بحيث يمكن أن يدخل في مدلوله كل نشاط إداري يستهدف المصلحة العامة.

كما يستند هذا الرأي إلى العديد من الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا عن كل من مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع، وبالنسبة لمجلس الدولة الفرنسيحكمهفي قضية الجرانيت [2] وحكمة الصادر بتاريخ ١٩٣٠/١٢/١٢ في قضية Stedesmoteurscnom –et–Rho’pme والذي قضى بأن « العقد الذي تعهدت بمقتضاه شركة معينة قبل الحكومة الفرنسية بتوريد طائرات لدولة أجنبية وفقًا للشروط والأوضاع المحددة في دفاتر الشروط الخاصة بوزارة الحربية والطيران الفرنسية يعتبر عقدًا إداريًا نظراً لما يتضمنه من شروط استثنائية مستمدة من دفاتر الشروط.[3]

وكذلك حكم محكمة التنازع الصادر بتاريخ ١٩٤٦/٧/٦ في قضية ste des etablissementsfrigorifiques Lyonnais والذي قضى بأنه « وإن كان العقد المبرم بين الشركة والإدارة لا يؤدي إلى اشتراك الشركة في تنظيم المرفق العام ولا في تسييره فإن المادة العاشرة منه قد أخضعت تنفيذ العقد للشروط الواردة في دفتر الشروط العامة التي تخضع لها عقود وزارة الحربية، وهذه الإحالة إلى شروط تخرج عن المألوف في القانون الخاص تطبع العقد بالصفة الإدارية.[4]

---

1 Vedel:op.cit,p.527,R.Cgapus, Responsabilite’ publique et Re-sponsobilite’ Prive,the’se Paris 1957, p. 109.

حيث تمنى أن يكون معيار الشروط الاستثنائية هو معيار العقد الإداري.

(د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص ٤٤،د. مصطفى أبوزيد فهمي، الوجيز في القانون الإداري، طبعة ١٩٥٧، ص ٤٧،د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٩٣ مع ملاحظة أن سيادته قد انتهى إلى أن كل من معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية يصلح بذاته معياراً لتمييز العقد الإداري).

٢ انظر على سبيل المثال: حكم مجلس الدولة الفرنسي جرانيت فوساج، سبقت الإشارة إليه.

٣ مجموعة سيري، صـ ١١٧.

٤ المجموعة صـ ٣٢٩.

وفي مصر ذهبت المحكمة الإدارية العليا [1] إلى أنه يشترط في العقد الذي يختص بالفصل في المنازعات الناشئة عنه القضاء الإداري بمجلس الدولة أن تكون الإدارة طرفًا في العقد، وأن يتضمن شروطًا غير مألوفة في القانون الخاص. وبذلك تكون قد اعتمدت معيار الشروط الاستثنائية معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري.

ويذهب أنصار اتجاه المرفق العام إلى أن معيار الشروط الاستثنائية أصبح معياراً ثانوياً في تحديد ذاتية العقد الإداري، وأن أثر هذا المعيار يقتصر فقط على إضفاء الصفة الإدارية على عقود الدومين الخاص [٢]. كما ذهب البعض إلى حد إنكار أية قيمة قانونية لمعيار الشروط الاستثنائية، ويرى البعض أن المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع المصري هو معيار المرفق العام [٣].

ونرى أن كلا الرأيين يحملان قدراً من المغالاة في تعظيم أو إهدار قيمة الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإداري، على أنه وبغض النظر عن أسانيد وحجج كل منهما في الدفاع عن الاتجاه الذي يتبناه فإن تحديد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية وبيان دوره في تمييز العقد الإداري يقتضى التفرقة بين الوضع في فرنسا وبين الوضع في مصر، ويقتضي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الوضع في فرنسا

المطلب الثاني: الوضع في مصر

المطلب الأول: الوضع في فرنسا

حيث تبدو القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية في الحالات الآتية:

أ – إضفاء الصفة الإدارية على العقد عند غياب أو عدم وضوح فكرة المرفق العام في العقد، ويتحقق هذا الدور في مجال العقود المتعلقة بالدومين الخاص، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي يقضى بعدم اختصاصه بنظر هذه العقود حتى ولو تضمنت شروطاً استثنائية [4]. ثم اعترف – في تطور لاحق – بإمكان اكتساب هذه العقود للصفة الإدارية في حالة تضمنها شروطاً استثنائية[5].

١ حكمها في الطعن رقم ١١٩٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٩، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٠، ص٩٤٤، وفي ذات المعنى: حكمها في الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، الموسوعة، جـ ١٨، ص ٦٧٣، وحكمها في الطعن رقم ٣١٢٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، الموسوعة، الجزء ٣٥، طبعة ١٩٩٤، ص ٢٨٥.

2 Lamarque «A.»: Les difficulte’spresentes et les perspectives d’avenix de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit prive’, A.J.d.A. 1961, p. 500.

وراجع أيضا: د. وليم سليمان قلادة، اتجاهات حديثة في المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، عام ١٩٥٦، ص ٥٠٤.

٣ راجع: مستشار جمال الدين جودة اللبان، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثامنة ، العدد الثالث ، يوليو – سبتمبر ١٩٦٤، صـ١٤٣.

4 C.E., 26janv. 1951, ste anonyme minie’re, rec.p49.

5 C.E.15 juin 1990, le munier, R.D.p.1992, p.1519.

ب – إضفاء الصفة الإدارية على بعض عقود المرافق الاقتصادية حيث تدار هذه المرافق بأسلوب القانون الخاص، والعقود التي تبرمها عقود خاصة إلا أن مجلس الدولة اعترف بالصفة الإدارية لعقود هذه المرافق إذا تضمنت ما يفيد خضوعها لنظام قانوني استثنائي غير مألوف.

وعلى ذلك يمكن القول بأن احتواء العقد – في الحالتين المشار إليهما – على الشروط الاستثنائية التي تتسم بطابع السلطة العامة هي التي تحدد بنفسها ومباشرة الطبيعة الإدارية للعقد، دون النظر لوصف العقد بأنه عقد مدني،لأن هذا الوصف لا يغير من طبيعته الإدارية التي يستمدها من شروطه الذاتية.

وبعبارة أخرى، تتحدد القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية في كفاية هذا المعيار لإضفاء الصفة الإدارية على العقد حال غموض أو عدم وضوح صلة العقد بالمرفق العام لاسيما في العقود المتعلقة بالدومين الخاص، وكذلك عقود المرافق الاقتصادية نظراً لكونها تدار بأسلوب القانون الخاص. وبالتالي يصبح معيار الشروط الاستثنائية بمثابة معيار تبادلي يسير جنب إلى جنب بجوار المعيار المستمد من المرفق العام بحيث يكون توافر أحدهما كاف بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة.

المطلب الثاني: الوضع في مصر

يشهد الوضع في مصر – قضاءً[1] وفقهًا [2]– استقرارًا بشأن المساواة بين القيمة القانونية لمعيار الشروط والاستثنائية وبين القيمة القانونية لمعيار المرفق العام ، إذ يتعين للقول بتمتع العقد بالصفة الإدارية اتصاله بالمرفق العام على أية صورة من صور الاتصال، بالإضافة إلى احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة، على نحو يبدو معه معيار تمييز العقد الإداري معيارًا تكامليًا، حيث قضت محكمة القضاء الإداري[3] بأن المعيار الذي يميز العقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد... موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا – دائرة توحيد المبادئ[4] – بأن «يعتبر العقد إداريًا إذا كان أحد طرفيه

وفي ذات المعنى حكم محكمة التنازع:

T.C.22 nov, 1965, colmette, rec., p. 81

سبقت الإشارة إليه.

١ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١١٨٤ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مجموعة المكتب الفني، ١ لسنة ١٥، ص ١٩٩.
حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، مجموعة المكتب الفني،السنة السابعة، ص ٥٤، وحكمها في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠، مجموعة السنة ١٣، ص ٤٨، وحكمها في الطعن رقم ٢٥٣ لسنة٣١ ق، جلسة ١٩٩٦/٤/١٦، غير منشور، وحكمها في الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤، غير منشور.، حكمها في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٧/١/٢ غير منشور.حكم محكمة النقض جلسة ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٥، ص ٩٥٦.

٢ انظر: د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص ٢٤٣،د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص ٢٩١، د. ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص ٢٤٨، د. محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق، ص ١٥٠.

٣ حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، سبقت الإشارة إليه.

٤ حكمها في الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق – جلسة ١٩٩٧/١/٢ – مجموعة المبادئ التي قررتها الدائرة المشكلة طبقًا للمادة ٥٤ مكرر من قانون مجلس الدولة منذ إنشائها وحتى نهاية سبتمبر سنة ٢٠١١ – صـ 334.

شخصًا معنويًا عامًا، ومتصلاً نشاطه بمرفق عام، ومتضمنًا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ما تبرمه الإدارة من عقود لا تعد بذاتها عقودًا إدارية، فمنها ما تعد إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، ومنها ما تنزل فيه منزلة الأفراد في تعاقدهم، فتبرم عقودًا تستعين فيها بوسائل القانون الخاص – إذا فقد العقد شرطًا من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري صار العقد من عقود القانون الخاص.

وفيما يتعلق بعقود المرافق الاقتصادية وعقود الدومين الخاص فإن الوضع في مصر يحتاج إلى التفصيلات المغايرة عن الوضع في فرنسا.

عقود المرافق الاقتصادية:

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بالصفة الإدارية لعقود المرافق الاقتصادية التي تدار بأسلوب القانون الخاص إذا تضمنت ما يفيد خضوعها لنظام قانوني استثنائي غير مألوف – على نحو ما سلف بيانه – فإن الأمر على خلاف ذلك في مصر حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن « العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص، إذ فضلاً عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ومع الأسس التجارية التي تسير عليها فإنه يتعين لاعتبار العقد إداريًا أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفًا فيه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصاله بمرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه المقومات والخصائص لا تتوافر في العقود التي تحكم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بها.[1]

عقود الدومين الخاص (أملاك الدولة الخاصة):

سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بإمكان اكتساب عقود الدومين الخاص للصفة الإدارية في حالة تضمنها شروطاً استثنائية، وقد انتهجت المحكمة الدستورية العليا نهج مجلس الدولة الفرنسي؛ حيث رفضت إضفاء الصفة الإدارية على عقود بيع أملاك الدولة الخاصة لخلوها من الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، حيث قضت في حكم حديث لها بأن « المقرر قانوناً أن العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، وإنما مرد الأمر في تكييفها القانوني إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون العام، ومقتضى ذلك أن المنازعة بشأن قبول جهة الإدارة بيع العقارين إلى المدعى عليه – غير المقترن بشروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص والتي تدل على انتهاجها وسائل القانون العام – تعد من قبيل المنازعات التي تدور حول بيع أملاك الدولة الخاصة والتي تختص جهة القضاء العادي بنظرها بحسبانها صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات المتعلقة بالملكية، ومن ثم يكون الحكم الصادر من جهة القضاء العادي– دون الحكم الصادر من جهة القضاء الإداري – هو الأحق بالاعتداد به في مجال التنفيذ »[2].

١ إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٤٠٣ بتاريخ ١٩٩٠/٤/١١ جلسة ١٩٩٠/٣/٢١ – ملف رقم ١٣٩/٢/٧ – مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية منذ نشأتها عام ١٩٤٦ وحتى عام ٢٠٠٥ في شأن العقود – الجزء الأول – ص٥٣.

٢ (حكمها الصادر بجلسة ٢١٠٨/٦/٢ في الدعوى رقم ٣ لسنة ٣٩ قضائية " تنازع" - منشور في الجريدةالرسمية – العدد ٢٢ مكرر (ط) بتاريخ

موقف مجلس الدولة من عقود الدومين الخاص (أملاك الدولة الخاصة):

خلافا لما انتهى إليه قضاء المحكمة الدستورية العليا باعتبار المنازعة بشأن قبول جهة الإدارة بيع أملاكها الخاصة منازعة مدنية يختص القضاء العادي بنظرها، فأن قضاء المحكمة الإدارية العليا [1] تمسك باختصاص مجلس الدولة بنظر هذا النوع من المنازعات استنادًا إلى أن بيع أملاك الدولة الخاصة وفقاً لقواعد حددها القانون وما يسبقه من إجراءات ممهدة له خاضعًا لأحكام القانون العام، وينعقد الاختصاص بشأنه لأحكام القانون العام وشيدت المحكمة قضائها على أسباب حاصلها إنه ولئن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن صدور القرار من جهة إدارية لا يخلع عليه في كل الأحوال وبحكم اللزوم وصف القرار الإداري، وإنما لابد لتحقق وصف القرار الإداري أن يكون كذلك بحكم موضوعه، فإذا دار القرار حول مسألة من مسائل القانون الخاص أو تعلق بإدارة شخص معنوي خاص فإنه يخرج من عداد القرارات الإدارية أيًا كان مصدره، ومهما كان موقعه في مدارج السلم الإداري، إلا أنه وفيما يتعلق بالتصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة فإن مجال إعمال القضاء المشار إليه يرتهن بالحالات التي لا تكون فيها جهة الإدارة مقيدة بضوابط وإجراءات نص عليها القانون في شأن جواز التصرف، وأن تصرفها خلاف هذه القواعد أو امتناعها عن التصرف إنما يشكل- بحسب التكييف القانوني السليم – قرارًا إداريًا يمكن الطعن عليه أمام القضاء الإداري بطلب وقف تنفيذه أو إلغائه.

والحق أن قضاء المحكمة الإدارية العليا سالف البيان يتضمن تبعيضًا غير مبرر للمنازعات بشأن أملاك الدولة الخاصة، إذ دائماً ما تختلط هذه المنازعات بالنزاع على الملكية الذي ينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء العادي، كما أن القول باختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر هذه المنازعة بمقولة أن الأمر يتعلق بقرار إداري يدخل في اختصاصها لن يتضمن فصلًا في كامل المنازعة برمتها، إذ يظل صاحب الشأن مدفوعًا إلى اللجوء إلى القضاء العادي للفصل في أمر تعاقده مع جهة الإدارة، وتقنين أوضاعه بشأن شراء وتملك العقار المملوك للدولة ملكية خاصة.

المبحث الثالث: التصور الحقيقي للقيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة

يستلزم أي بناء فني قانوني ضرورة تحديد النتيجة المطلوبة أو لا، ثم إيجاد المبدأ الملائم لتحقيق النتيجة السابق تحديدها، ولا ينبغي على الباحث في سبيله لتشييد هذا البناء الانسياق وراء التجريد الفلسفي والنظري، بل يتعين عليه أن يتخذ من الواقع العملي أداه مثلى في سبيل تحقيق هدفه.

وعلى ضوء ذلك وفي مقام استظهار القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة، وبيان وظيفتها داخل المعيار المميز للعقد الإداري، فلا نرى موجبًا للانسياق وراء البحث النظري حول الخلاف الدائر بين مناصري فكرة المرفق العام وبين مناصري فكرة السلطة العامة، أو البحث عن أي من الفكرتين يصلح بذاته أن يكون أساسًا للقانون الإداري، بل نرى أنه من الأوفق استقراء الواقع العملي واستنباط الحلول اللازمة لبيان القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة، وإلى أي مدى تصلح كعنصر من عناصر تمييز العقد الإداري من خلال التصور الحقيقي لتلك الشروط.

(٢٠١٨/٦/٦).

١ حكمها في الطعن رقم٥٦٥٠ لسنة ٤٩ ق – جلسة ٢٠١٧/٤/١٨- غير منشور.

وباستقراء الواقع العملي يمكن استنباط وظيفة الشروط الاستثنائية داخل معيار تمييز العقد الإداري، بحيث يمكن القول بأن تلك الوظيفة قد تنعدم أحيانًا، وقد تتكمش أحيانًا أخرى، وقد تتسع في حالة ثالثة، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: انعدام دور الشروط الاستثنائية في بعض العقود:

ينعدم دور الشروط الاستثنائية غير المألوفة في بعض أنواع العقود، ومن ذلك العقود الإدارية بطبيعتها، والعقود التي لا تتصل بالمرفق العام.

(أ) العقود الإدارية بطبيعتها:

تبرم جهة الإدارة عقودًا إدارية بطبيعتها، ومثال ذلك عقد امتياز المرافق العامة [1] وعقد الأشغال العامة[2] ومرد تمتع هذه العقود بالطبيعة الإدارية – دون حاجة إلى معيار لتمييزها – كونها تتفق مع مقتضيات المرفق العام الذي أبرمت لخدمته، من ناحية، ومن ناحية ثانية، تنطوي على شروط تتصل بتنظيم المرفق وتسييره مثل الشروط اللائحية في عقد امتياز المرافق العامة، ومن ناحية ثالثة، اختلاف المركز القانوني لكل من جهة الإدارة والمتعاقد معها سواء على مستوى التباين بين المصلحة العامة والمصالح الفردية أو على مستوى الامتيازات التي تتمتع بها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها كما هو الحال في عقد الأشغال العامة.

وبناء على ما تقدم، فإنه متى كان الأمر متعلق بعقد من العقود الإدارية بطبيعتها، فإن الطبيعة الذاتية لتلك العقود وبحكم اتصالها الوثيق بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره أو تنفيذه، فلا حاجة للبحث عن الشروط الاستثنائية غير المألوفة ضمن نصوص العقد وبنوده، وبالتالي تنعدم القيمة القانونية لتلك الشروط في أداء وظيفتها في تمييز العقد الإداري بطبيعته.

(ب) العقود غير المتصلة بالمرفق العام في مصر:

حينما يفتقد العقد صلته بالمرفق العام فإنه لا يمكن أن يكون عقدًا إداريًا، حتى لو تضمن شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المعني حيث قضت بأن:» المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري الذي تبرمه أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطًا غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم فإنه وبمراعاة أن العقد مثار المنازعة لا يتعلق بإدارة مرفق عام أو بقصد تسييره لتعلقه ببيع أحدى الوحدات السكنية التي تقيمها الإدارة للأفراد، وبالتالي فإن هذا العقد يخضع لأحكام القانون

١ عقد امتياز المرافق العامة هو: عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، تبرمه جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق مع فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن على أن يتعهد الملتزم بتأدية الخدمات للمنتفعين من المرفق مقابل رسوم وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسئوليته. يراجع في ذلك: د/ عمر حلمي فهمي،د/ محمد سعيد حسين أمين – مبادئ القانون الإداري – بدون دار نشر –بدون تاريخ نشر – صـ ٣٧٤.

٢ عقد الأشغال العامة هو اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد. لمزيد من التفاصيل: د/ هارون عبد العزيز الجمل – النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس – صـ ٤٥.

الخاص وإن تضمن هذا العقد بعض الشروط الاستثنائية؛ ذلك لأن هذا العقد يقينًا لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه.[1]

ثانيًا: انكماش دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام:

إذا كان العقد الذي تبرمه جهة الإدارة وثيق الصلة بالمرفق العام، فإن دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري يبدو دورًا ثانويًا، فالوضع في فرنسا – على ما سلف بيانه – يجعل من الاتصال الوثيق للعقد بالمرفق العام أمر كاف بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد. مع مراعاة ضرورة أن تكون صلة العقد بالمرفق العام من القوة والمتانة [2] Un lien suffisamment fort بما يكفي لأن يكون هذا الضابط كفيلا بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، دون النظر لاحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه [3].

وتفسير ذلك يجد سنده من زاويتين: **الأولى**: أنه يستحيل أن يلجأ الأفراد فيما بينهم إلى إبرام عقد يكون موضوعه تسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تنفيذ مهمته، **والثانية**: أن اتصال العقد بالمرفق العام هو في حد ذاته شرطًا استثنائيًا غير مألوف في عقود الأفراد، ومن ثم فإن مجرد توافر الصلة الوثيقة بين المرفق العام وبين العقد يجعل منه عقداً إدارياً، ويضحى احتواء العقد على شرط استثنائي غير مألوف أمر ثانوي، وبالتالي ينكمش دور الشروط الاستثنائية في إضفاء الصفة الإدارية على العقد تاركًا مجالًا أكثر اتساعًا لعنصر اتصال العقد بالمرفق العام لأداء وظيفته ودوره في تمييز العقد.

ثالثاً: اتساع دور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية غير المتصلة بالمرفق العام:

يبدو دورالشروط الاستثنائية غير المألوفة أكثر اتساعًا في حالتين أحداهما في فرنسا والثانية في مصر حيث تؤدى تلك الشروط دورها الحاسم في تمييز العقد وإضفاء الصفة الإدارية عليه.

– **ففي فرنسا** حيث معيار تمييز العقد الإداري معيار تبادلي –على ما سلف القول– فإنه وعند غياب أو عدم وضوح فكرة المرفق العام في العقد تبرز وظيفة الشروط الاستثنائية وتلعب دورها في إضفاء الصفة الإدارية على العقد متى احتوى على شرط أو أكثر من هذه الشروط، ومثال ذلك العقود المتعلقة بالدومين الخاص.

أما في مصر، حيث معيار التمييز معياراً تكامليًا، فيكفي اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، بمعنى أن اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور لا يكفي بذاته لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وإنما ينبغي توافر شرط أو أكثر من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، كما أن توافر الشرط

١ حكمها في الطعن رقم ٥٨١١ لسنة ٤٢ ق – جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ – مشار إليه د/ محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤.

2 C.E.14-11-1958, Union meunie’re de La Gironde, Rec. p.554.

3 Richer, op. cit.,p.9.

الاستثنائي دون اتصال العقد بالمرفق العام لا يضفي على العقد الصفة الإدارية، ويعني ذلك ضرورة توافر كلا المعيارين معًا بحيث لا يغني توافر أحدهما عن الآخر، وبذلك تبدو هنا القيمة القانونية الحقيقية للشروط الاستثنائية في إضفاء الصفة الإدارية على العقد.

على أنه ينبغي التنويه إلى أمرين على قدر كبير من الأهمية: أو**لهما**: يتعلق بمدى أو قوة الشروط الاستثنائية كمعيار في تمييز العقد، إذ يقف هذا المعيار وعلى درجة متساوية مع اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور، فكلاهما يتساوى مع الأخر في درجة تأثيره في تمييز العقد وصبغه بالصبغة الإدارية.

وثانيهما: يتعلق بالحكمة من إدراج الشروط الاستثنائية في العقد حيث تتمثل تلك الحكمة في تعبير الإدارة عن تمسكها باستعمال وسائل القانون العام مع المتعاقد معها مما يتيح لها التمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها، غير أن التمتع بتلك الامتيازات ليس هدف في ذاته، بل هو مجرد وسيلة تمكن الإدارة من تحقيق الصالح العام الذي هو أسمى غاياتها، ويعني ذلك أن تمسك جهة الإدارة بأساليب القانون العام في العقد هو وقوف على الوسيلة دون الغاية، فهو مجرد وسيلة تتمثل في إدراج الشرط الاستثنائي في العقد لتحقيق غاية أسمى وهي الصالح العام المتمثل في تحقيق المرفق العام لأهدافه وأغراضه في خدمة المجتمع.

خلاصة القول أن تحقيق الصالح العام هو الشغل الشاغل لجهة الإدارة، بل هو سر وجودها، ولبلوغ هذا الهدف تقوم الإدارة على إنشاء وتنظيم وتسيير المرافق العامة، ويأتي العقد الإداري كوسيلة مثالية تعين الإدارة على بلوغ هذا الهدف.

وتحت مظلة الصالح العام، أمكن خلق وتبرير القواعد الضابطة للمرفق العام، وما يترتب على تطبيق هذه القواعد من أثار، ولنضرب مثالا على ذلك أن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد – وهى أحد القواعد الضابط للمرفق العام – هي التي سمحت لجهة الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ العقد وذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء، وهى التي تبرر لجهة الإدارة الشراء على حساب المورد المقصر في عقود التوريد، أو التنفيذ على حساب المقاول المقصر في عقود الأشغال العامة، كما أن قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل هي التي منحت للإدارة وبإرادتها المنفردة سلطة تعديل عقودها الإدارية بالزيادة أو النقصان في حدود ووفق ضوابط معينة.

ومن خلال الصالح العام أيضاً أمكن تبرير عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري، وذلك من خلال تباين واختلاف المصالح بين طرفي العقد الإداري، فالمتعاقد مع الإدارة يبغى المصلحة الفردية أو لا، في حين تبغي الإدارة تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري مرده دائماً الصالح العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه.

كما أن تزويد الإدارة بامتيازات السلطة العامة والنص عليها في العقد الإداري باعتبارها شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ليس هدفا في ذاته، بل من أجل إمداد الإدارة بالوسائل التي تعينها على تحقيق الصالح العام، وبدون هذه الامتيازات ستواجه الإدارة صعوبات كثيرة في ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري.

وفي النهاية أرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في بيان واستظهار الدور الوظيفي الذي يلعبه المعيار المستمد من الشروط الاستثنائية، فإن أصبت فهذا بعون من الله تعالى وتوفيقه، وإن أخطأت فمن نفسي، فهذا البحث عمل بشري يقبل الخطأ والصواب والنقص، فالكمال لله وحده جل شأنه.

الخاتمة والتوصيات:

مازالت الدراسات التي تتناول العقود الإدارية قليلة نسبيًا مقارنة بما يثيره هذا النوع من العقود من مشكلات لعل أبرزها مشكلة تمييز تلك العقود عن العقود الخاصة التي تبرمها جهة الإدارة ، وقد تناولت – بالدراسة – في الفصل التمهيدي من هذا البحث عنصر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص باعتباره العنصر المادي من عناصر تمييز العقد الإداري ، ومن خلال تحديد ماهية العقد الإداري وتتبع أحكام القضاء أمكن الوقوف على المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، وخلصت الدراسة إلى استظهار الدور الوظيفي الذي يلعبه كل عنصر من عناصر هذا المعيار،وتبين من الدراسة المقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري اختلاف الدور الذي يقوم به عنصر اتصال العقد بالمرفق العام وعنصر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص في كل من فرنسا ومصر ، فالوضع في فرنسا مستقر على أنه يكفي اتصال العقد بالمرفق العام اتصالاً وثيقًا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أو احتوائه عل شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، أي أن توافر أحد العنصرين كاف بذاته لاكتساب العقد الصفة الإدارية ، بينما الوضع في مصر مستقر على ضرورة توافر العنصرين معاً ، على نحو لا يغني وجود أحدهما عن الأخر.

وتناولت بالدراسة في الفصل الأول بيان ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص وبيان صورها سواء على مستوى الاتجاهات القضائية أو على مستوى النظريات الفقهية ، في محاولة لوضع أطار عام لهذه الشروط والصور التي يمكن أن ترد عليها في العقد،وذلك بقصد تسهيل مهمة الكشف عن فحوى هذه الشروط ضمن بنود العقد والقضاء على مشكلة اختلاف التكييف القانوني لها وما إذا كان شرط من الشروط يعد استثنائيًا من عدمه بالنظر إلى الآثار المترتبة على هذا التكييف أو ذاك .

وقد خصصت الفصل الثاني لبيان القيمة القانونية للشروط الاستثنائية غير المألوفة من خلال بحث الأساس القانوني لتلك الشروط ، وبيان قيمتها في مصر وفرنسا ، وقد ساعد المنهج التحليلي الذي اتبعه الباحث في الوقوف على التصور الحقيقي للقيمة القانونية للشروط الاستثنائية حيث خلصت الدراسة إلى أن مجال عمل هذه الشروط يجد حدوده في العقود التي لا تتصل اتصالاً وثيقًا بالمرفق العام في فرنسا ، بينما ينكمش دورها في العقود ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام في فرنسا ، في حين ينعدم دور هذه الشروط تمامًا في العقود الإدارية بطبيعتها وفي العقود غير المتصلة بالمرفق العام في مصر.

التوصيات :

يوصى الباحث أولاً: بإعادة النظر في قضاء المحكمة الإدارية العليا بشأن تمسكها بالاختصاص بنظر منازعات الدولة الخاصة لمخالفة هذا القضاء لمعيار تمييز العقد الإداري، إذ لا ريب أن العقود التي تبرمها الدولة بشأن بيع أملاكها الخاصة لا تتصل بالمرفق العام من قريب أو من بعيد ، واحتواء تلك العقود على شروط استثنائية غير مألوفة لا يشفع في التمسك بهذا الاختصاص في ظل المعيار التكاملي لتمييز العقد الإداري، كما لا يشفع في ذلك الاستناد إلى فكرة القرارات السابقة على التعاقد واعتبارها من القرارات المنفصلة التي تقبل الطعن عليها بالإلغاء ، لما في ذلك من تبعيض وتجزئة للمنازعة على نحو يضر بصاحب الشأن.

ثانيًا : إذا ما أرادت جهة الإدارة التمسك بأساليب القانون العام عند إبرام العقد ، فإن عليها أن تعلن عن رغبتها بالتمسك بتلك الأساليب والإعلان عنها ضمن بنود العقد موضحة الشرط أو الشروط الاستثنائية التي تعبر عن تمسكها بامتيازاتها حتى لا يترك أمر تكييف هذه الشروط على نحو يثير الاختلاف حول طبيعتها .

المراجع:

- د . أحمد عثمان عياد:

مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، جامعة القاهرة، ١٩٧٣.

- د. أحمد يسرى عبده:

أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة دار المعارف، ١٩٩١.

- د . ثروت بدوى :

مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨.

- د . ثورية لعيونى:

1- القانون الإداري المغربي – دار النشر الجسور بالمغرب – ١٩٩٩.

2- معيار تمييز العقد الإداري، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.

- جابر جاد نصار:

العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

- المستشار/ جمال الدين جودة اللبان:

المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثامنة ، العدد الثالث ، يوليو – سبتمبر ١٩٦٤.

- د. عبد المجيد فياض :

العقد الإداري في مجال التطبيق ، المكتبة القانونية ، ١٩٨٣.

- د. عصمت عبد الله الشيخ :

مبادئ أساسية في العقود الإدارية ، بدون دار نشر ، ١٩٩٧.

- د . على عبد العزيز الفحام:

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٧٥.

– د. عمر حلمي فهمي :

1- معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

2- أثار العقود الإدارية ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩١.

- د . عمر حلمي ود .عادل عبد الرحمن خليل:

العقود الإدارية، معيار تمييزها وأنواعها، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٥.

- د . سليمان الطماوي:

النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي، ١٩٧٦

- د . مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، ١٩٧٩.

– د . محمد سعيد حسين أمين :

1- العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩.

2- العقود الإدارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٥.

- د . محمد عبد الواحد الجميلى:

ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.

المراجع الفرنسية:

- **Je'ze «G.»:** Les principes ge'ne'raux du droit Administratif,

Marcel Giard, Paris, 1934.

- **Georgel «J.»:** contrats Administratifs par nature, J.C.A. fasc 1971 ,502.

- **Chapus»R.:**

1- Droit contentieux Administratif, 1995, Paris.

2- Responsabilite' publique et responsabilite' prive, Paris, 1957.

- **Rich «L.» :** Droit des contrats Administratifs, Dalloz, Paris, 1995.

- **Jacquelin**: cour de droit admanistratif , 1997.

- **Waline «M.»:**

1- Pre'cis de droit administratife 1969, Paris.

2- note de jurisprunce, les clauses exorbitontes du droit commun, R.D.P, 1969.

- **Rivero «J**.»: Droit Administratif, Dalloz, par is 1987.

- **Vedel»G.»:**

1- Droit Administratif, edition 1990 Paris, Avec la collaboration de Delvolve'.

2- remarque sur «La nature de clause exorbitant»Melongs Mestre 1956.

- **Laubade're»A.D**.»:

1- Traite' theorique et praique des contrats Administratif, Paris, 1956.

2- Les difficulte'spresentes et les perspectives d'avenix de la distinction entre les

3- contrats administratifs et les contrats de drout prive', A.J.d.A. 1961