كلية الحقوق

قسم القانون العام

بحث لنشر فى المجلة العلمية كلية الحقوق جامعة المنصورة بعنوان

حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة

من الباحث

إبراهيم ثامر سعود السعيدي

إشراف

أ. د/ وليد محمد الشناوي

أستاذ القانون العام – عميد كلية الحقوق – جامعة المنصورة

١٤٤٣هـ – ٢٠٢٣م

المقدمة

أولاً: موضوع الدارسة

تقوم الإدارة بتنفيذ العديد من الأنشطة والواجبات المادية والقانونية لتحقيق المصلحة العامة. ومن بين الوسائل القانونية التي تستخدمها الإدارة ما يصدر بإرادتها المنفردة، مثل القرارات الإدارية واللوائح، أو الاتفاقيات المتفق عليها بين الإدارة والمتعاقد، وهي معروفة أيضاً باسم العقود الإدارية[١].

والعقد الإداري هو العقد الذي يتم توقيعه بين شخص معنوي عام بهدف تنظيم أو إدارة مرفق عام، باستخدام وسائل القانون العام[٢] أو وفقًا لرأي فقهي آخر يصفه بأنه عقد يتم توقيعه بواسطة شخص معنوي لإدارة وتسيير مرفق عام بهدف تحقيق المصلحة العامة، بمراعاة الأساليب المنصوص عليها في القانون العام، وهذا يعني أنه يشتمل على شروط غير معتادة التبعية في العقود التابعة للقانون الخاص[٣]. يُعتبر

---

(١) فقد نصت المادة رقم (٣) من القانون المصرى رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على أن يتم إنشاء إدارة للتعاقدات بالجهة الإدارية، أيا كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي وتشكل من عدد كاف من العناصر المؤهلة والمدربة وتتولى مباشرة الاختصاصات الآتية:- تخطيط الاحتياجات السنوية للجهة الإدارية أو اتخاذ الإجراءات اللازمة التعاقد عليها.

ونصت المادة (٨) من ذلك القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ على أن يتعين على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون مراعاة سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية المعلنة من مجلس الوزراء في تعاقداتها، ومراعاة اعتبارات الجودة والتكلفة، وتحقيق أفضل قيمة للمال العام على أساس كامل دورة الحياة لما يطرح ويجب تضمين متطلبات التعاقد المستدام شروط ومعايير التأهيل والتقييم ومؤشرات الأداء وغيرها.

لذلك نجد أن الإدارة كثيراً ما تلجأ لأداء ما هو مناط بها من واجبات إلى الأسلوب العقدي والذي بمقتضاه ينشأ المركز القانوني الجديد باتفاق إرادات ذوي الشأن.

(٢) د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروة الطبيعية في المملكة العربية السعودية، دار العلوم للطباعة والنشر، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٤، ص ١٩.

(٣) د. مصطفى محمود عفيفي، الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن، الكتاب الثاني، الطبعة الرابعة طنطا، ص ٣٥١.

العقد الإداري وسيلة قانونية هامة يستخدمها الإدارة لإدارة المرافق العامة وتنفيذ مشاريعها، ويخضع للقضاء الإدارى(٤).

ومن هنا، تلجأ الإدارة العامة إلى وسيلتين لأداء أعمالها الإدارية، سواء كان ذلك في تسيير المرافق العامة أو استغلال أموالها وتصريف شئونها اليومية. الوسيلة الأولى هي القرار الإداري، والذي يعتبر إفصاحاً عن إرادة الإدارة الفردية التي تلزم الأفراد بمقتضى القوانين واللوائح لتحقيق أثر قانوني معين، إذا كان ذلك قانونياً وممكناً بهدف تحقيق المصلحة العامة(٥).

إذا كانت القرارات الإدارية وسيلة قانونية ناجحة لأداء واجبات الإدارة المتعددة، فإنها تفتقر إلى تحقيق بعض الأهداف المرجوة منها. ولذا، تلجأ الإدارة إلى الاستعانة بخدمات الأفراد أو الأشخاص ذوي المعنوية الخاصة أو العامة، من خلال التوصل إلى اتفاق ودي معهم، وهذا هو العقد الإداري. فالإدارة تتفق مع الأفراد أو المؤسسات المختلفة، وبينهما تنشأ عقود تحدد حقوق والتزامات كل طرف. وتكون الإدارة العامة دائماً في حاجة إلى عقد العديد من هذه العقود لتسيير نشاطها وتحقيق المصلحة العامة. ولا تكون العقود التي تبرمها الإدارة دائماً عقوداً إدارية، بل تتنوع هذه العقود بناءً على طبيعتها القانونية. فبعضها يصنف ضمن عقود القانون الخاص، حيث تكون الإدارة في مستوى الأفراد العاديين وتشتري وتبيع وتؤجر كأي فرد آخر، ولا تظهر كسلطة عامة. وتخضع هذه العقود لأحكام القانون الخاص وتعامل كعقود مدنية يبرمها الأفراد بين بعضهم، وتخضع لاختصاص القضاء العادي.

---

(٤) كان الوضع في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة هو نظام القضاء الموحد وتختص المحاكم العادية بنظر جميع المنازعات، أ؛ د. أحمد منازع علي أحمد، ضوابط اختصاص القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة أسيوط، عام ٢٠٠١م، ص (٣٢٦)، وذلك بعد تطور النظام والاحتكام لنظام الإدارة القاضية الذي قد يشكك في نزاهة الإدارة ولا يحقق الضمانات الكافية.

– V.Jeanriveryo, Jean Waline, Le droit administrative. Dalloz, ed. 20. 2004.9.18

(٥) د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤،ص١٨٢ وما بعدها.

أولاً: أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في أن المسؤولية التي يتحدث عنها في إطار عقودها الخاضعة للقانون الخاص تقع خارج نطاق دراستنا هذه، حيث سنركز على حقوق الشركاء الذين يتعاقدون مع الإدارة من خلال المسؤولية التي يتحملها الإدارة نتيجة التزاماتها التعاقدية أثناء تنفيذ العقد وذلك في إطار عقودها الأخرى التي تظهر فيها نيتها االلتزام بأحكام القانون العام، حيث تظهر فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة تجاه الأفراد. إن العقود الإدارية تخضع لأحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري. وتعتبر العقود الإدارية أحد وسائل الإدارة الرئيسية في إدارة المرافق العامة، حيث تهيمن عليها فكرة المرفق العام وحاجتها لتلبية احتياجاتها وتأمين سيرها بانتظام واطراد. وهي الروابط التي تنشأ من العقد الإداري. وبالتالي، يجب أن ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة كشريك ومعاون للإدارة في إدارة المرفق العام. في معظم الأحيان، تبدو العقود الإدارية كنظام لمساهمة المتعاقدين في تشغيل المرافق العامة لتحقيق المصلحة العامة.

ونظراً لسيطرة فكرة المرافق العامة في العقود الإدارية ، تتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات واسعة لا يوجد لها مثيل في العقود الخاصة ، حيث يمكن للإدارة بمفردها تعديل بعض شروط العقد ولديها أيضاً سلطة التوجيه والرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، وسلطة فرض العقوبات على المتعاقد معها وغير ذلك. ومع ذلك ، لا يعني ذلك أن العقد الإداري غير ملزم للإدارة وللمتعاقد ، فالعقد الإداري ملزم لكلا الطرفين وفقًا لحدود العلاقات الإدارية. وإذا كان لدى الإدارة حق الإفراج عن بعض التزاماتها التعاقدية في بعض الحالات من أجل تحقيق المصلحة العامة ، فإنها ملزمة بتنفيذ التزامات العقد الإداري وفقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، وإذا قامت الإدارة بتجاوز التزاماتها التعاقدية التي تنص عليها العقود الإدارية المبرمة بينها وبين أحد المتعاقدين معها بغض النظر عما إذا كان هذا التجاوز ناتجًا عن خطأ أو لا ، فإن ذلك يعطي هذا المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به نتيجة لتجاوز الإدارة ، سواء كان ذلك الانتهاك ناتجًا عن خطأ أو بدون

خطأ يؤدي إلى تحمل المسؤولية التعاقدية. هذه المسؤولية – ومثلها في ذلك المسؤولية في القوانين العامة – تعتبر تجاوزاً قانونياً يتمثل في عدم إلحاق الضرر بالآخرين ، وهي تنقسم إلى المسؤولية التعاقدية تؤسس على خطأ عقدي يتمثل في عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه ، أو الإهمال في تنفيذ التزامات العقدية ، بالإضافة إلى المسؤولية التعاقدية بدون خطأ واعترف بها القضاء الإداري والتي ليس لها مثيل في القانون المدني.

وفي هذه الحالات، تقدم الإدارة يد العون والمساعدة للمتعاقد معها في حالة حدوث مثل هذه الظروف من خلال تعديل الأسعار أو تمديد مدة العقد أو إعفائه من غرامة التأخير، بالإضافة إلى تعويضه عن الخسائر المحتملة، باستخدام واحدة أو أكثر من هذه الوسائل حسب حاجة الحالة، وذلك لضمان استمرارية سير المرافق العامة بشكل مستمر ومتواصل، ولمصلحة المتعاقد. كما لها الحق في تعديل العقد في المسائل العادية، وهو حق مطلق للإدارة.

ونحن بحاجة إلى توضيح أن دراستنا ستركز فقط على استكشاف المسئولية التعاقدية للإدارة من خلال حقوق المتعاقد مع الجهة الإدارية. بالتالي، فإن المسئولية غير التعاقدية للإدارة، سواء كانت مسئولية إدارية في إطار قرارات الإدارة أو فيما يتعلق بالأعمال المادية للإدارة، ستكون خارج نطاق الدراسة.

ثانياً: أهداف الدراسة:

تتمثل أهداف الدراسة في الإدراك الأساسي لدور المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري. يمثل المتعاقد الإدارة بوصفه مساعداً في إدارة المرفق العام محل بالعقد. فعلى المتعاقد الإدارة أن يبذل قصارى جهده لضمان الامتثال للتزاماته التعاقدية بهدف ضمان التشغيل السلس للمرفق العام الذي أبرم من أجله العقد.

وإذا كان تنفيذ العقد من قبل المتعاقد يتطلب منه تقديم جهود واهتمام غير عاديين، فإن ذلك لا يعني أنه يتعين التضحية بحقوقه المستحقة من العقد. فإذا تم ذلك، فسيؤدي إلى عدم رغبة الأفراد في التعاقد مع الإدارة، وبالتالي فإن الإدارة ستفقد وسيلة

فعالة لإدارة مرافقها. والمتعاقد مع الإدارة هو الطرف الضعيف في العقد، فهو شخص يسعى لتحقيق الربح بشكل عام أو المقابل المالي المحدد في العقد الذي يشكل أهم حقوقه. يجب أن تحترم الإدارة هذه الحقوق بناءً على مبدأ الرضائية كونه أساس فكرة العقد الإداري سواء في القانون الخاص أو القانون العام

ومع ذلك، إذا لم تحترم الإدارة حقوق المتعاقد معها وتتجاوز استخدام سلطاتها الممنوحة لها بموجب العقد الإداري، هل يوجد حل لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة؟ الإجابة تكمن في تطبيق نظام المسئولية التعاقدية للإدارة، حيث يعتبر النظام المسئولية التعاقدية الناشئة عن أخطاء الإدارة هي أحد أهم صورها.

كما تُعَد الحوادث الطارئة من أحد الأسباب التي تمنح الحق للمتعاقد أن يَطلُبَ التعويض، حيث ترتبط هذه النظرية بمبادئ العدل ولا تُعطي وزنًا كبيرًا لإرَادة الطرفين، خاصةً في الظروف الجديدة التي يكون فيها تنفيذ االلتزام ممكنًا وليس مُستحيلًا. فعلى العكس من ذلك، فإنه يؤدي إلى إرهاق المدين وتهديده بخسارة كبيرة خارجة عن المألوف، مثل ارتفاع أسعار السلع التي تعهد بتوريدها.

ثالثاً: مشكلة البحث:

يثير البحث أسئلة عديدة تتعلق بفهم صور وحالات تحقق مسئولية الإدارة التعاقدية الحالية. حيث يُعتبر المقابل المادي، أي حقوق المتعاقد في العقود الإدارية، من المواضيع المهمة لتنفيذ العقد الإداري بنجاح، إذ يسعى كل طرف في العقد لتعظيم هذه الحقوق للاستفادة القصوى منها، بينما يحاول الطرف الآخر تقليلها لتحقيق أكبر استفادة ممكنة أيضًا. وهناك مفهومٌ يتعلق بسلطات الإدارة في هذا السياق، والأساس القانوني لهذه السلطات، وكذلك حقوق والتزامات الطرفين المتبادلة التي يجب الوفاء بها. وبالنسبة لحقوق المتعاقد، فهي تؤثر على آثار العقود الإدارية والحقوق التي يمكن استمدادها من العقد أو القانون أو القضاء.

وتتمحور أهمية البحث في الإجابة على التساؤل التالي:

- ما هي الحقوق المنصوص عليها لكل من الإدارة والمتعاقد في العقد الإداري، وكيف يمكن الحفاظ على التوازن المالي ؟

ويتفرع من ذلك السؤال، الأسئلة التالية:-

١. ما دور فكرة التوازن المالي للعقد في تنفيذ العقد الإداري؟

٢. ما حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته؟

٣- ما آثار العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير؟

٤. ما هو تأثير الظروف الاقتصادية على العقود الإدارية (الجائحة)؟

٥- ما هو أثر تأثير القوة القاهرة ونظرية عمل الأمير؟

رابعا: منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي القانوني المقارن، حيث يتم تحليل النصوص القانونية وأحكام القضاء الإداري المتعلقة بالمسئولية التعاقدية للإدارة أثناء تنفيذ العقد. سيتم أيضاً استخدام المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتمد على الثبات والتحليل والاستنباط، بالاستعانة بآراء الفقهاء في هذا المجال وتفضيل الأقوى منها، واستنتاج النقائص في بعض الآراء، وباستخدام أحكام المحكمة الإدارية العليا القديمة والحديثة بقدر الإمكان.

المبحث التمهيدي

ماهية العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

قبل إبرام الجهات الإدارية لعقودها الإدارية، هناك عدة قيود تطبق عليها، تشمل هذه القيود الحصول على اعتمادات مالية والحصول على تصريح للتعاقد وقرار من مجالس الإدارة بشأن العقد. بعد إنهاء الإجراءات السابقة، تكون للهيئة الإدارية الحق في استكمال عملية التعاقد. المبدأ العام هو أن للإدارة سلطة تقديرية في توقيع عقودها واختيار المتعاقد ما لم يكن هناك تشريع يتطلب وجود إجراء محدد بشأن ذلك. (٦)

من هذا المنطلق، يتطلب تحديد طبيعة العقد الإداري فهم الجوانب المهمة لهذا العقد بحيث نكون قادرين على تحديده وتحديد طبيعته. وأهم هذه الجوانب هي الاشارة الى تعريفه ، وتوضيح تاريخ نشأته ، ومعرفة المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لاختلاف العقود الإدارية عن العقود المدنية ، وتوضيح سلطات الإدارة فيها.

وسيتم عرض ذلك الفصل التمهيدي على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري .

المبحث الثاني: معيار تمييز العقود الإدارية وتمييزها عن العقود المدنية وسلطات الإدارة فيها

---

(٦) عبد المجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقود الإدارية: دار الفكر العربي، دمشق، ١٩٧٥، ص ١١٢.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

تستخدم الإدارة العقد كطريقة من طرق ممارسة النشاط الإداري، وتلجأ إليه لتحقيق بعض أهدافها بجانب اتخاذ قرارات من جانب واحد. ومع ذلك، لماذا يلجأ الإدارة التي لديها السلطة والقدرة على اتخاذ القرارات إلى العقد؟ يتضمن العقد توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها. (٧)

ومع ذلك، فإن الواقع يظهر أن الإدارة غالباً ما تلجأ إلى التعاقد من أجل تحقيق بعض الأهداف التي تسعى إليها في سبيل المصلحة العامة. يقوم الإدارة بالتعاقد عندما ترغب في الحصول على أموال لتنفيذ أعمال محددة أو الحصول على بعض الخدمات أو لتنظيم وإدارة المرافق العامة. بالإضافة إلى ذلك، فإن أسلوب العقد وأسبابه يرتبطان بالقانون الخاص ومبدأ الحرية الاقتصادية في أي نظام. يتم تنفيذ العقد ومشاركة الأفراد في إدارة المرافق العامة وفقًا للمساحة وتحت الشروط والأعمال المتعلقة بالمرافق العامة.

سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في العقد الإداري.

---

(٧) طعيمة الجرف: القانون الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية القاهرة، ٢٠٠١، ص ٥٧.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإداري والشروط الواجب توفرها في العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

في كثير من المواقف، تقوم الإدارة باللجوء إلى العقود الإدارية للتعاقد مع الأفراد أو المؤسسات أو الهيئات وغيرها. يندرج ربط هذه العقود بالإدارة العامة أو المنشأة تحت قوانين وأحكام القانون الإداري. ولتوضيح نية الإدارة في اعتماد أسلوب القانون العام، تتضمن العقود الإدارية بنوداً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ويبدو من هذا التعريف أن العقد الإداري يتطلب توافر ثلاثة معايير:(٨)

المعيار الأول: أن يتم توقيع العقد من قبل أحد أشخاص القانون العام.

المعيار الثاني: تعلق العقد أو ارتباطه بالمرفق العام.

المعيار الثالث: أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير متوفرة في القانون الخاص.

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى مفهوم العقد الإداري من خلال فرعين. يتناول الفرع الأول مفهوم العقد من حيث اللغة والاصطلاح. أما الفرع الثاني فيتناول مفهوم العقد الإداري بشكل عام.

---

(٨) سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس ١٩٩١، ص ١٠٧.

الفرع الأول

مفهوم العقد

العقد: الجمع بين طرفي الشيء، ويستخدم هذا المصطلح في الأشياء الصلبة مثل عقد الحبال وعقد البناء، ثم يفترض معانٍ مثل: عقد البيع، والعهد، وغيرهما، فيقال: عقده، عقده وعقدنا وقسمه. قال تعالى (عقدت أيمانكم)[٩] وقرئ (عاقدت أيمانكم)[١٠]، ومنه قيل: لفلان عقيدة، وقيل للقلادة: عقد[١١]، وقال الخليل: "العقود: جماعة عقد البناء، وعقده تعقيدا أي جعل له عقودا، وعقدت الحبل عقدا ونحوه فانعقد، وعقد اليمين: أن يحلف يمينا لا لغو فيها ولا استثناء فيجب عليه الوفاء بها، وعقدة كل شيء: إبرامه، وعقدة النكاح: وجوبه، وعقدة البيع وجوبه[١٢].

أما اصطلاحا فقد عرفه الجرجاني في تعريفاته بأنه "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول"[١٣]، وعرفه آخرون بأنه "ارتباط إرادة بأخرى على وجه يترتب عليه التزام مشروع"[١٤].

فالعقد في القانون المدني هو اتفاق بين شخصين أو أكثر أو توافق إرادتين أو أكثر لإنتاج تأثير قانوني مثل إنشاء التزام، أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه [١٥].

---

(٩) سورة النساء: الآية ٣٣ وهي قراءة الكوفيين.

(١٠) وهي قراءة نافع وابن كثير وغيرهما.

(١١) الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، دار القلم، دمشق، ط١، ص٥٧٦-٥٧٧

(١٢) الخليل بن أحمد الفراهيدي: ترتيب كتاب العين، نشر انتشارات أسوة، مطبعة باقري، ط١، سنة ١٤١٤ه، قم، ص ١٢٤٥.

(١٣) علي بن محمد الحسيني الجرجاني: التعريفات، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط١، سنة ٢٠٠٠، بيروت، ص١٥٥

(١٤) د علي أحمد مرعي؛ د. المرسي عبد العزيز: قطوف من العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مطبعة الإخوة الأشقاء، ط ١، سنة ١٩٩٥.

(١٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني منشأة المعارف بالإسكندرية، الجزء الأول "نظرية الالتزام بوجه عام، ٢٠٠٤، ص ١٧١ وما بعدها.

وقد نص القانون المدني المصري في المادة ٨٩ منه على أن "يتم إبرام العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون أعلاه من حيث: شروط معينة لإبرام العقد" . حيث يتكون العقد من ثلاث ركائز [١٦]هي الرضاء والمحل والسبب. والإرادة هنا تعني الإرادة التي تهدف إلى إحداث أثر قانوني معين.

فركن الرضاء أو التراضي يكمن في وجود إرادتين صحيحتين متوافقتين. أما ركن المحل فهو الشيء الذي يتعين على الطرفين المتعاقدين أن يقوموا به، سواءً بتحويل حق عيني أو بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن القيام بعمل معين. وأما ركن السبب فهو الهدف المباشر الذي يسعى الشخص الملتزم إلى تحقيقه من خلال التزامه.

والعقد الإداري على غرار العقد المدني من جهة تكوينه الأساسية، الحقيقة أنه لا يتجاوز أن يكون توافق إرادتي الإيجاب والقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تستند إلى التوافق بين طرفين، أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية [١٧].

(١٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع سابق، ص ص ٢١١، ٢١٢، ٥٠٢، ٥٥٤، ٥٥٥.

(١٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ ق.ع، تاريخ الجلسة ٤/٩/٢٠٠٤، مكتب فنى ٤٩، ص ٩٥٧.

الفرع الثاني

مفهوم العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري

اختلف القضاء والفقه في وضع تعريف محدد للعقد الإداري، فذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه "ذلك العقد الذي قد يبرمه ذلك الشخص المعنوي العام بغرض تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا أساسية غير مألوفة في عقود القانون الخاص" (١٨)

ومع ذلك، في هذا السياق وفي القانون المطبق على المرافق العامة، يتم التعامل معها بشكل مستقل عن القوانين التي تنظم العقود في القانون الخاص. بالنسبة للعقد الذي يتعلق بالمرفق العام ويشارك الجهة الإدارية فيه، يحتوي على شروط استثنائية غير موجودة في القانون الخاص. في هذه الحالة، يُطبق على العقد أحكام القانون الإداري العام وتنطبق على المصلحة العامة التي تمثل مصلحة الإدارة التي تدير المرفق الشروط الخاصة في العقد. بما أن الإدارة تُمثل المجتمع في إدارة المرفق العام، فإنه عندما يحتوي العقد على هذه الشروط، فإنه يُعتبر عقداً إدارياً يُطبق عليه أحكام القانون الإداري وليس أحكام القانون الخاص. (١٩)

بناءً على ذلك، فإن القوانين الخاصة التي تنظم العقود الإدارية يجب أن تُفسر بشكل خاص، وتأتي هذه التفسيرات استناداً إلى مفهوم "هيمنة المصلحة العامة" وتفوقها على المصلحة الخاصة، مع الاحترام الكامل للمصالح الخاصة الأساسية للأفراد. وبالتالي، يتعين على جهة الإدارة أن تدافع عن المصلحة العامة للجماعات.

بينما عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام وذلك بغرض القيام بإدارة مرفق عام أو بمناسبة القيام بتسييره وأن تظهر هنالك النية في الأخذ واتباع أسلوب القانون العام وذلك

---

(١٨) خليفة عبد الحميد مفتاح: إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧ الإسكندرية، ص٣٣

(١٩) ماجد الحلو: العقود الإدارية والتحكيم: مطبعة الدار الجامعية والطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٩٠.

بتضمين ذلك العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة أو معتادة في عقود القانون الخاص" (٢٠)

بناءً على التمييز بين العقد الإداري وغيره، يمكن تحديد السلطة المختصة من خلال هذا العقد، وبناءً عليه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، هل القانون الإداري أم القانون المدني هو الذي يجب تطبيقه، ولم تكن نظرية العقود الإدارية موجودة في فرنسا إلا في بداية القرن العشرين، عندما كان الذي يميز بين عمل السلطة وعمل الإدارة هو معيار السلطة العامة. (٢١)

وقد قررت المحكمة الدستورية العليا في مصر أنه: "يتعين لاعتبار العقد إداريا أن يكون أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص" . (٢٢)

وفي هذه التعاريف تظهر اتفاقية المحكمة في تحديد أركان العقد الإداري، على الرغم من اختلاف الألفاظ المستخدمة في تعريفه مقارنة بالعقود الأخرى. وقد تختلف آراء الفقهاء في تعريف العقد الإداري أيضاً، حيث أشار بعضهم إلى أنه "العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لتسيير مرفق عام أو لتنظيمه". ويظهر في هذا التعريف النية العادية للإدارة في اتباع أحكام القانون، ويتضمن العقد العديد من الشروط غير الاعتيادية أو شروطًا استثنائية غير مألوفة. بطبيعة الحال، يتمكن المتعاقد مع الإدارة من المشاركة مباشرة في إدارة المرفق العام(٢٣).

---

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

(٢١) عبد السلام المزوغى: النظرية العامة لعلم القانون، الكتاب الثالث، النظرية العامة في العقود، العقود المتصلة بثروة المجتمع، مكتبة دار الشباب الجامعي، الإسكندرية ١٩٩٣، ص٨٤)

(٢٢) انظر لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٥/١/١٩٩١ م في القضية رقم ١ لسنة ١٢ ق (تنازع)، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الرابع، رقم ٢٦، ص٥٣٦.

(٢٣) سليمان الطماوي: الأسس العامة في العقود الإدارية، ص٧٤

نستنتج من التعريفات السابقة أنه يوجد توافق بين الفقه والقضاء الإداري في تحديد العناصر المميزة للعقد الإداري. إذا كانت هذه العناصر موجودة في عقد معين، فإنه يعتبر عقدا إداريا. وتتمثل هذه العناصر في ما يلي:

١- أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا عاما.

كمبدأ عام لا يجوز أن يوصف عقد بالصفة الإدارية ما لم يكن أحد الأطراف شخصاً معنوياً على الأقل من أشخاص القانون العام. هذا شرط ضروري ولازم لتصنيف العقد كعقد إداري. وبالتالي، العقد الذي لا يحتوي على أي طرف بصفة شخص معنوي عام لا يعتبر إدارياً. كما أن وجود الإدارة كطرف في العقد لا يُصنف كعقد إداري إلا إذا توافرت باقي الشروط، وهي أن يكون العقد يتعلق بمرفق عام وأن يحتوي على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص

وفي ضوء هذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٧ مارس ١٩٦٤ بأنه "من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك لأن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة" .

ولكن مفهوم الإدارة هنا يشمل الدولة والأشخاص العامة الأخرى، مثل المحافظات والمراكز والمدن والقرى والأحياء، بالإضافة إلى الهيئات العامة التي يطلق عليها الأشخاص العامة المصلحية أو المرافق العامة الأخرى الجديدة التي اعترف لها القضاء بالصفة المعنوية العامة مثل المرافق العامة الاقتصادية والمهنية وغيرها.

ولكن يوجد استثناءات على هذا المبدأ منها أن يكون أحد أطراف العقد على الأقل أحد الأشخاص المعنوية العامة منها:

التعاقد بالوكالة عن الشخص العام: المبدأ العام أن العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص:

هو عقد مدني يخضع لأحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ عنه. لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً إذا كان كل طرف من الأطراف ممثلًا للقانون الخاص، ولكن يمكن تعديل العقد الذي تم توقيعه بين أشخاص من القانون الخاص ليُعتبر عقداً إدارياً في حالة قيام أحد الأطراف بالتعاقد كوكيل عن الأشخاص الممثلين للقانون العام، سواء كانت وكالة صريحة أم لا.

في مصر، سمحت محكمة النقض بتوقيع العقود عن طريق الوكالة، حيث نصت على أن الأصل هو أن يعبر المتعاقد نفسه عن إرادته في إبرام الصفقات، ولكن من الممكن أن يتم ذلك عن طريق التوكيل بحيث يوقع شخص نيابة عن الأصيل، وتنصرف آثار تلك الصفقات إليه. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الاستثناء في أحكامها. في الواقع، يُعتبر هذا الاستثناء استثناءً ظاهرياً وليس استثناءً حقيقياً.

– المتعاقد بحساب الشخص العام: يعتبر الاستثناء السابق استثناءً ظاهرياً في حقيقته، حيث ينص المبدأ العام على أن العقود التي تبرم بين الأفراد تعتبر عقوداً مدنية. وقد اعتبرت المحكمة أن التعاقد لحساب الشخص العام يعطي الشخص الصفة الإدارية، حيث يتعاقد شخص ما بالنيابة عن الشخص العام وبصفته الإدارية. وقد تمت تأييد هذا الاستثناء من قبل محكمة التنازع الفرنسية.

٢- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام.

من الملاحظ أن العقد الإداري ليس كافياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً؛ بل يجب أن يكون هناك ارتباط بمرفق عام، حيث يعبر المرفق العام عن أي مشروع يتم إنشاؤه أو إدارته بواسطة الدولة ويعمل بشكل منتظم ومستمر، ويستخدم سلطات الإدارة لتقديم خدمات عامة للجمهور بهدف تحقيق المنفعة العامة والصالح العام.

هناك مدلولان للمرفق العام؛ الأول عضوي أو شكلي، وهو عبارة عن مشروع أو منظمة أو هيئة تنشئها الإدارة لتلبية الاحتياجات العامة، والثاني موضوعي وهو

النشاط الذي تقوم به الإدارة لتلبية احتياجات الجمهور العام وتعتبر أغلبية الفقهاء أن المعنيين متداخلان.

وبهذا، يتضح أن ارتباط العقد بالمرفق العام يشمل العقود التي يتعهد فيها المتعاقد بمهمة تسيير المرفق العام، مثل عقد التزام المرافق العامة حيث تكلف جهة الإدارة بعض الأفراد أو الشركات بإدارة المرفق العام. والثاني هو العقد الذي يكون أساساً لتنفيذ المرفق العام نفسه.

٣- أن يتضمن العقد شروطًا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص.

حتى يُعتبر العقد عقدًا إداريًا، يجب أن يتضمن الاستعانة بأساليب القانون العام. يُطلق عليها أيضًا اسم الشروط الاستثنائية ولم يوضح المشرع تعريفًا واضحًا لها. ومع ذلك، حاول الفقهاء والقضاة وضع تعريف للشروط الاستثنائية. على سبيل المثال، نُصفها كونها "تلك الشروط التي لا تنص عليها عادةً في القانون الخاص" بحسب محكمة النقض الفرنسية ومحكمة التنازع ومجلس الدولة. ووفقًا لنفس المحكمة، تعتبر الشروط الاستثنائية "الشروط التي تفرض التزامات لا توجد بطبيعتها في عقود القانون الخاص". بعض الأمثلة على الشروط الاستثنائية هي:

١. الشروط التي تتعلق بامتيازات السلطة العامة: وهذا يعني أن جهة الإدارة قد تتمتع ببعض الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها، مثل سلطة تعديل العقد أو تنفيذه المباشر، أو اتخاذ إجراءات تفرضها بسبب التعاقد.
٢. الإحالة إلى دفاتر الشروط تتم عندما يتم توقيع عقد من قبل المسؤولين ولا تتضمن هذا العقد أي شروط استثنائية. في هذه الحالة، يعتبر العقد عقدًا إداريًا بمجرد الإحالة إلى دفاتر الشروط. يُعتبر العقد عقدًا إداريًا إذا كانت دفاتر الشروط تحتوي على شروط استثنائية.
٣. ينص العقد على إقرار الاختصاص القضائي لجهة القضاء الإداري إذا كان العقد مدنيا ووافق كل طرف على ذلك.

لا يمكن اعتبار هذا القرار نوعاً من الخروج على شرط أو الشروط التي تكون الإدارة فيها طرفا في العقد. إذا كان أحد الأطراف يعقد العقد باسم الإدارة ولحسابها، فإنه لم يعد ينوب عن الإدارة، وتتم معالجة آثار العقد من قبل الهيئة الإدارية بدون مشاركة الإدارة. لم توضح المحكمة هذا المفهوم بشكل واضح. وبالتالي، فالمعيار الموضوعي وحده غير كافٍ لتعزيز العقد الإداري. في كثير من الحالات، تكون الإدارة طرفًا في هذا العقد، ولكنه يعتبر عقدًا من عقود القانون الخاص. ومع ذلك، لا يزال اشتراط أن تكون الإدارة أحد طرفي العقد شرطًا أساسيًا ليحصل على طابع إداري إذا تم تعزيزه بالشروط الأخرى المطلوبة من قبل القضاء كمعيار لتمييز العقد الإداري. (٢٤)

استقر القضاء الإداري الفرنسي على تعريف العقود التي يمكن أن تتم بين طرفين من أشخاص القانون العام على أنها عقود إدارية ما لم يتم إثبات العكس، ومن بين هذا القرار قرار محكمة التنازع عام ١٩٣٨ [٢٥].

(٢٤) حلمي الحمدي: كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بغداد، المجلد الخامس، العدد الأول والثاني، ١٩٨٦، ٢٥١.

[٢٥] وذلك في حكم u. a. p وحكم مجلس الدولة في ٨-١-١٩٨٨ الذي اعتبر الاتفاقات التي تتم بين حاكم إحدى المقاطعات بشأن تحديد توزيع المرافق العامة بين الدول والمحليات من قبيل العقود الإدارية.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توفرها في العقد الإداري

يلاحظ أن المشرع اتخذ العديد والمتنوع من الحالات في تعريف العقود الإدارية، **منها:**

١، العقود التي تتضمن عملا للدومين العام: طبقاً للمرسوم الصادر في ١٧ يونيو ١٩٣٨، تندرج جميع العقود التي تحتوي على أعمال للدومين العام تحت اختصاص مجالس الأقاليم التي تحولت فيما بعد إلى المحاكم الإدارية في عام ١٩٥٣.

٢-عقود الأشغال العامة: وهو ما يجعل الخلافات التي تنشأ بشأن الأشغال العامة من اختصاص المجالس المحلية التي تحولت الآن إلى محاكم إدارية، وكان للقضاء دور هام في تحديد إطار الأشغال العامة والمسموح به، مما أدى إلى توسيع نطاق العقود التي تندرج في هذا القطاع، وإدخال أي علاقة حتى ولو كانت بسيطة للأشغال العامة ضمن إطارها(٢٦)

٣- عقد بيع عقارات الدولة: وقد نص القانون الفرنسي رقم (٢٨) للسنة الثامنة على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بهذا العقد(٢٧)

٤- عقد التوريدات: نص مرسوم ١١ يونيو ١٨٠٦ في المادة ١٤ من هذا المرسوم تقرر (أن عقود التوريدات التي تبرمها الدولة تدخل في اختصاص القضاء الإداري)(٢٨).

٥- حالة عقود القرض العام: رأى الكثير من الفقه الفرنسي أن القروض العامة للدولة هي عقود إدارية تحكمها القوانين المحددة مثل قانون ١٧ يوليو ١٧٩٠ وقانون ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣. وعلى العكس من ذلك، عندما يبرم الأفراد العامون غير الحكومة (مثل الوحدات المحلية) عقود قروض، يعتبر الفقه أنها عقود مدنية

---

(٢٦) عبد الله حنفي، العقود الإدارية: الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٤.

(٢٧) عبد الله حنفي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص، ٢١-٢٢.

(٢٨) د. شريف خاطر: مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤، ص ٥٢٦.

تخضع للقانون الخاص. ومنذ عام ١٩٧٧، بدأ الفقيه (Jeze) يعارض هذا الاتجاه وقرر أن النصوص التشريعية المذكورة لا يمكن فهمها بطريقة تجعل عقود القروض التي تبرمها الدولة إدارية وتلك التي تبرمها وحدات غير الدولة مدنية. وقبل القضاء هذا الاتجاه الجديد وأصبح أي عقد قروض يتم تنفيذه من قبل الحكومة لا يعتبر بالضرورة عقداً إدارياً ويخضع للقوانين العامة، وإنما قد يكون عقداً مدنياً.(٢٩)

٦ **عقود إيجار الصيد المتعلقة بالدومين العام:** حيث نص قانون ٢٩ يونيو ١٩٨٤ المتعلقة بالمياه العذبة والمصادر السمكية على أن عقود الصيد المتعلقة بالدومين العام عقود خاصة.

٧ عقود هيئة البريد وشركة التليفونات الفرنسية مع عملائها: حيث نص القانون ٢ يوليو ١٩٩٠ الخاص بمرفق البريد والاتصالات على أن تعاملات هذه الشركات مع عملائها أو مع الموردين يحكمها القانون الخاص وتختص بها المحاكم العادية(٣٠)

٨ – عقد تقديم المعاونة: عقود المزارعة ذات الرسوم القروية: حيث نص القانون الصادر في ١٧ مايو ١٨٠٩ على أن العقود الإيجارية التي تبرمها البلديات تعد عقود خاصة تخضع للقانون المدني(٣١) العقود الخاصة بمرفق خدمة إطعام الجنود: ورد المرسوم الصادر في ٢٢ أبريل ١٩٠٥ والمرسوم الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٣٠ نص **كل منهما على عقود التغذية المشتركة لفرق الجنود.**

في التشريع الكويتي، تتطلب الإجراءات التي يجب أخذها بعين الاعتبار من قبل الإدارة، حيث يجبر المشرع الإدارة على التشاور مع سلطة محددة قبل اتخاذ قرار إداري في مسألة معينة، ومن أمثلة ذلك عندما تقوم إدارة ما في الكويت بالموافقة على توقيع عقد يزيد قيمته عن ٧٥ ألف دينار، يجب عليها أن تستفسر من إدارة

---

(٢٩) عبد الله حنفي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٣٠) د. شريف خاطر: مبادئ القانون الإداري مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٣١) عبد الله حنفي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص، ٢٤.

الفتوى والتشريع. كما يلزم اللجنة المركزية للمناقصات بمقدمة عروضها للجهة الحكومية المطالبة بالعرض للدراسة وإبداء الرأي رغم عدم التزامها برأي الجهة الحكومية، ويؤدي عدم اتباع هذه الإجراءات إلى إلغاء القرارات الإدارية. [٣٢]

(٣٢) بكر القباني: القانون الإداري الكويتي، الطبعة الثانية ٢٠٠١، مطبوعات جامعة الكويت، ٢٢٦.

المبحث الثاني

معيار تمييز العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم:

إن ما يميز العقد الإداري عن غيره من العقود هو قيامه على توافر عدة عناصر تجعله يرتقي إلى مستوى العقد الإداري، وهذه العناصر سيتناولها الباحث في هذا المطلب من خلال فروع ثلاثة كما يلي:

المطلب الأول: أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام.

المطلب الثاني: أن يتعلق العقد بإدارة أو تنظيم مرفق عام.

المطلب الثالث: أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة

المطلب الأول

أن يكون طرف من أطراف العقد شخصا من

أشخاص القانون العام

المبدأ العام والمستقر عليه في الفقه هو أن يكون أحد طرفي العقد الإداري شخصا من أشخاص القانون العام، فإذا لم يكن أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام فلا نكون بصدد عقد إداري بأي شكل من الأشكال(٣٣)، وعلى ذلك يخرج من طائفة العقود الإدارية الاتفاقيات المبرمة بين الأفراد العاديين أو بين أشخاص القانون الخاص والتي لا تكون الإدارة طرفا فيها، حتى في حال كان موضوع العقد يرتبط بأداء خدمة عامة. وقد أشارت المحكمة الإدارية المصرية العليا إلى ذلك بقولها "إن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، وذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة" (٣٤)، واستثناء من هذا المبدأ العام يكون العقد إداريا إذا كان أحد أطرافه شخصا معنويا خاصا تعاقد باسم الإدارة ولمصلحتها، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر (٣٥) في حكمها السابق حيث عقبت بقولها "إلا أنه من المقرر أنه متى تبين أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها، فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري" (٣٦).

---

(٣٣) محمد عبد العال السناري: مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١١.

(٣٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسة ٧/٣/١٩٦٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في عشر سنوات ص ١٠٤٢

(٣٥) مفتاح خليفة عبد الحميد. إنهاء العقد الإداري، ص٣٨

(٣٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسة ٧/٣/١٩٦٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في عشر سنوات ص١٠٤٢.

ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى نفس المعنى في حكمها الصادر في ٣١ مارس عام ١٩٦٢ حيث قضت "بأن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا **عاما ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص فإذا** تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص بنظره القضاء الإداري حسب ولايته المحدودة" .

من خلال الأحكام القضائية المختلفة وتعريفاتها التي ذكرت في حكمها، يتضح أن العقد الإداري يجب أن يحتوي على الثلاثة معايير المسبقة وهي أن يتم إبرام العقد من قبل شخص من القانون العام، وأن يتعلق العقد بمؤسسة عامة، وأن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

في فرنسا، أقرت السلطة القضائية بطبيعة العقود الإدارية المعينة التي ليس لها ارتباط بشخص من القانون العام، في الحالات التالية:

بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام للعلاقة بالمصنفات بطبيعتها التي تخص الدولة، وفي هذه الحالة يكون العقد مبرماً بين شخصين من القانون الخاص، ويمكن اعتباره عقداً إدارياً وذلك بسبب طبيعته والأعمال التي يتعامل معها وتتبع الدولة. على الرغم من أنه في الأساس يجب أن يكون عقداً قانونياً خاصاً، ولكن محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية اعتبرته عقداً إدارياً بناءً على وجود مهمة تتعلق بأعمال تابعة للدولة. وفي حكم بيروت Peyrot الشهير قضت بأن عقود الأشغال التي وقعتها شركة مختلطة مسؤولة عن بناء وتشغيل الطرق السريعة تعتبر عقودا إدارية وتم توقيعها نيابة عن الدولة. يجمع علماء الفقه تقريباً على أن هذا الموقف لا يعتمد على الوكالة أو التفويض بل يعتمد على طبيعة العقد وموضوعه وهو بناء الطرق الوطنية. وأصحاب الرخصة أو الامتياز – الذين يتصرفون على مسؤوليتهم ويتحملون مخاطر تصرفاتهم – لا يُعتبرون ممثلين للدولة، ولكن عقود الأشغال التي يوقعونها تخضع لقواعد العقود الإدارية كأنها تم توقيعها بواسطة الدولة، على الأقل فيما يتعلق بالنظام القضائي المعني ونظام التنفيذ. وهذا الفهم القضائي محصور في إطار أعمال الطرق

فقط، حيث تم تطبيقه على عقد لإقامة وصيانة أحد أنفاق الطرق أو جسر، ويُستثنى من ذلك العقود التي لا تتعلق بأعمال الطرق وهي تختلف عن هذا الاستدلال القضائي.

والمعنى الذي ينتج عن ذلك هو أن شركات امتياز الطرق تتعاقد مع المقاولين لصالح الحكومة دون أن تمثلها، بمعنى أن إبرام هذا الاتفاق يمكن أن يتم بواسطة الحكومة ويمكن أن يتم لصالحها فقط.

ومعنى ذلك أن شركات امتياز الطرق تتعاقد مع المقاولين لحساب الدولة دون أن تكون ممثلة لها، أي أن هذا التصرف الذي يبرمه أحد طرفي العقد يمكن أن يتم باسم الحساب الدولة ويمكن أن يتم لحسابها فقط.

وهذا الاستثناء لا يمتد إلى كل نوع من تلك الأنواع المتعلقة بالأشغال العامة والذي يتصل من قريب أو بعيد بتلك الأشغال هي بطبيعتها تخص من جانبها الدولة، فقد رفضت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية الاعتراف بالصفة الإدارية لبعض العقود المتصلة بمثل هذه الأشغال(٣٧).

٢- عقود إشغال المال العام

إذا تضمن العقد أعمالًا مالية عامة وتم توقيعه بين صاحب الامتياز وشخص من القانون الخاص، فإنه يُعتبر عقداً إدارياً وفقًا لقانون ١٧ يونيو ١٩٣٨، وذلك وفقا لمرسوم قانون ١٧ يونيه عام ١٩٣٨ الذي تم تقنينه بالنسبة للدولة في المادة ٤٨ من تقنين المال، وقد فسر القضاء ذلك على أنه يتعلق بصاحب امتياز مرافق عامة بصفة عامة، وليس مجرد صاحب امتياز طرق.

٣- التفويض الصريح أو الضمني:

(٣٧) ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط٢٠١٢، ص١٨- ٢٠

أما الاستثناء الثالث يعتمد على الإذن أو التمثيل القانوني الذي يتم تكليف المندوب أو المفوض به، الذي يمتلك صلاحية اتخاذ القرارات، فإن المندوب أو الوكيل يعهد إليه مهمة التصرف باسمه في إبرام بعض العقود. وعلى الرغم من أن العقد يتم توقيعه بين شخصين من القانون الخاص من ناحية المظهر، إلا أن أحد هؤلاء الأشخاص يمثل الإدارة بشكل قانوني ويعمل باسمها ولحسابها. وبالتالي، تُعتَبَرُ الإدارة إحدى الأطراف في العقد بوصفها الطرف الذي تتبعه آثار العقد. ولذلك، أقرّ مجلس الدولة الفرنسي تشابه عقود الإدارة لفترة طويلة مع هذه العقود(٣٨).

المطلب الثاني

أن يتعلق العقد بإدارة أو تنظيم مرفق عام

كان من الواضح من البداية أن وجود الإدارة كأحد أطراف العقد لا يكفي لاعتباره عقدا إداريًا، ولابد أن يكون موضوع العقد مرتبطًا بالمؤسسة العامة كان واضحا من السابق أن وجود الإدارة كطرف في العقد لا يكفي للقول إنه عقد إداري، بل أن موضوع العقد يجب أن يكون مرتبطا بالمنشأة العامة(٣٩) وهو ما أكدته أحكام محاكم مجلس الدولة، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه "تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة" (٤٠).

وللمرفق العام معنيان؛ عضوي وآخر شكلي وفق التفصيل الآتي:

---

(٣٨) ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٢٠-٢١

(٣٩) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٣، ص١٤.

(٤٠) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصدر في الدعوى رقم ٨٧٠ لسنة ٥ق بجلسة و/ ١٢/١٩٥٦، مجموعة أحكام السنة الحادية عشرة، ص ٧٦.

١- المعنى العضوي: حيث يقصد بالمرفق العام الجهة أو المنظمة التي تقوم بتلبية الاحتياجات العامة التي ترى الدولة أنها ضرورية لتنفيذها بنفسها، وتحت إشرافها ومسئوليتها.

٢- المعنى الموضوعي: يقصد به النشاط العام الذي يقوم به الشخص الاعتباري، بما يعني انصرافه إلى أي نشاط يتم من قِبل الدولة أو تشرف عليه، بحيث يكون هدفه هو تحقيق المصلحة العامة. (٤١)

لذلك اختلف أنصار كل من المدلولين في تعريف المرفق، فذهب أنصار المدلول الموضوعي إلى تعريف المرفق العام بأنه (أي مشروع يهدف إلى تلبية احتياجات الجمهور بشكل عام وتعجز المشاريع الفردية عن تحقيقه، فيتم إدارته بواسطة الإدارة العامة وتديره بنفسها مباشرة أو يتم تكليف أفراد بإدارته تحت رقابتها).(٤٢)

بينما اتجه أنصار المدلول الشكلي في تعريف المرافق العامة إلى أنها (الجهات والمشاريع التي تعمل بشكل مستمر ومنتظم تحت إشراف الدولة أو أي جهة إدارية أخرى، سواء كانت إشرافًا مباشرًا أو على مستوى إدارتها الأعلى، بهدف تلبية احتياجات الجمهور وتقديم الخدمات العامة).

وقد ذهب جماعة قليلة من الفقهاء إلى الجمع بين هذين المدلولين ومن هؤلاء الدكتور أحمد سلامة بدر حيث قال: "على الرغم من انقسام الفقه إلى الاتجاهين السابقين في تعريف المرفق العام، فإن قلة من الفقه ونحن معهم نعتمد أخذ المعنيتين الشكلية والموضوعية معًا. ويمكن بالتالي تعريف المرفق العام كما ذكر الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف بأنه "كل نشاط يقوم به الإدارة بنفسها أو يقوم به فرد عادي تحت توجيه الإدارة ورقابتها وإشرافها لتلبية احتياجات الجمهور بشكل عام"(٤٣). وهذا الرأي هو الأكثر ملاءمة في رأي الباحث حيث يجمع بين المدلولين الشكلي والموضوعي معا.

---

(٤١) مفتاح خليفة عبد الحميد. إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٠-٢١

(٤٢) بدر، أحمد سلامة، العقود الإدارية وعقد البوت، مرجع سابق، ص ١.

(٤٣) المرجع نفسه ص ١٦

أما صور ارتباط العقد بالمنشأة العامة ليست محددة ولا مانع م

ن وجود صور أخرى لعلاقة العقد بالمرافق العامة، ولكن صور ارتباط العقد بالمنشأة العامة يمكن تلخيصها في النماذج التالية:

١- عقود يكون الهدف منها أن يكون المتعاقد شريكًا في إدارة نفس المرفق العام، ومثال على ذلك هو عقود تراخيص أو امتياز المرافق العامة.

٢- عقود تهدف إلى مشاركة المتعاقد في إدارة المرفق العام، ومثال ذلك عقود التوريد.

٣- عقود تتعهد الجهة قبل الفرد بتقديم سلعة أو خدمة محددة وذلك وفقًا لعقد موقع بينهما. ومثال على ذلك هو العقود التي توقع مع المستفيدين من خدمات المرافق العامة جهة قبل الفرد بتقديم سلعة أو خدمة معينة بموجب عقد مبرم بينهما، ومثال ذلك العقود المبرمة مع المنتفعين بخدمات المرافق العامة. (٤٤)

وقد ظهرت ثلاث نظريات تنادي بكفاية اتصال العقد بالمرفق العام ليصبح عقدا إداريا وهي:

١- نظرية الهدف الحال والمباشر: تقوم هذه النظرية على قاعدتين، أولاهما: العقد الإداري يكون معمولاً به فقط إذا كان هناك هدف مرتبط بمرفق عام حال ومباشر. بمعنى آخر، يجب تحقيق هدف مباشر متعلق بأحد أهداف المرفق العام بطريقة مباشرة.

وثانيتهما: أن العقود التي لا تحقق هدف مرفق عام بشكل مباشر تكون مدنية أو تجارية، حتى لو كانت تهدف إلى تحقيق هدف مرفق عام بشكل غير مباشر وغير مباشر.

٢- نظرية مشاركة المقاول أو المتعاقد في إدارة المرافق العامة:

---

(٤٤) مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢

بتاريخ ٢٠-٤-١٩٥٦ أصدر مجلس الدولة الفرنسي، قرارا هاما بإحياء نظرية الملحق العام، ويقتصر محتواه على أن العقد الذي يكلف المقاول بتنفيذ المرفق العام يُعتبر إداريًا، بدون النظر في طبيعة العقد الإداري أو الظروف غير العادية. هذا القرار يأتي بعد الحكم المعروف باسم حكم الزوجين بيرتان(٤٥). والذي تم الإشارة إليه إليه مسبقاً.

المطلب الثالث

تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة

إذا لم يتعلق العقد بتنفيذ مهمة لمرفق عام، يمكن أن يعتبر عقداً إداريًّا إذا تضمن شرطًا استثنائيًّا غير معتاد في عقود القانون الخاص، حتى لو لم يكن العقد مرتبطًا بمرفق عام. على سبيل المثال، يمكن للإدارة أن تشترط لنفسها بعض الامتيازات التي تمس مبدأ المساواة بين الطرفين المتعاقدين وتعزز سلطتها، مما يشير إلى استخدام أساليب السلطة العامة ووسائل القانون العام للسيطرة على الشخص المتعاقد معها.

ويعتبر تضمين العقد بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص أمرا اختياريا من قبل الإدارة. إذا كانت ترغب في ذلك، يمكنها إدراج بعض

---

(٤٥) تتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين بيرتان "Epoux Bertin إنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعاية الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيدا إلى ترحيلهم إلى بلادهم وفي تاريخ ٢٤-١١-١٩٤٤ أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان "بيرتان" يلتزم هذان الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم. ادعى الزوجان عام ١٩٤٥ أن المقابل المستحق لها قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الأغنية التي قدمت اللاجئين بأمر المركز وطلبا صرف المقابل لهذه الزيادة، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع. فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة. دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستندة أن العقد لم يتضمن شروط استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقدة إدارية. إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع وحكم "إن محل هذا العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته l'exécution même du service public المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وإن هذا الظرف يكفي بذاته في دمغ العقد محل البحث بصفة العقد الإداري؛ وأنه يترتب على ذلك دون حاجة لبحث ما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطا غير مألوفة في القواعد العامة.

هذه الشروط في عقودها لمنحها الخصائص الإدارية. وإذا كانت ترغب في ذلك، يمكنها الامتناع وترك عقودها تخضع لأحكام القانون الخاص.

تم العثور على هذا الشرط في أحكام مجلس الدولة الفرنسي لسنوات عديدة، حيث قرر المجلس في حكم جرانيت دي فوسج عام ١٩١٢م أن هذا الأمر يتعلق بعقد قانوني خاص لأنه لا يحتوي على شروط غير مقبولة في عقود هذا القانون، ويُفهم من هذا النص أن وجود شروط استثنائية لا يحدث عادة في عقود القانون الخاص. ما يجعل العقد الذي تبرمه الإدارة يتميز بالصفة الإدارية(٤٦).

وصور الشروط الاستثنائية متنوعة، وسنقدم الآن توضيحاً لبعض الأمثلة المختلفة لهذه الشروط.:

١- الشروط التي تتعلق بامتيازات السلطة العامة:

وهي الشروط المنطبعة بطابع السلطة العامة ومنها:

أ- فيما يتعلق بالامتيازات الخاصة بالسلطة العامة التي يتم منحها للإدارة لمواجهة المتعاقد معها، مثل اتخاذ القرارات التنفيذية وفرض العقوبات على المتعاقد، بالإضافة إلى سلطة إلغاء العقد الإداري.

ب- بالنسبة للشروط التي تمنح المتعاقدين مع الإدارة سلطات وامتيازات في التعامل مع الآخرين، مثل الحق في جمع الرسوم، والحق في استحداث منشآت لإدارة المرفق الضرورية، والحق في الاستفادة من الاتفاقيات على النطاق العام، وأخيراً الحق في الاستيلاء الجبري.

١- الشروط غير المألوفة في عقود الأفراد

هي نادرة الوجود في عقود الأفراد لعدم اتفاقها مع المبادئ القانونية التي تنظم عقود الأفراد ومن أمثلتها:

أ. الشروط التي لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء نظريات القانون العام:

---

(٤٦) د ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٦، ٣٧

تستمد هذه الفكرة من القانون العام، وتوجد أمثلة تطبيقية على ذلك مثل تطبيق نظرية الظروف الطارئة وتطبيق نظرية التوازن المالي للعقد

ب. الشروط المرتبطة بالمصلحة العامة

لا يمكن أن نفهم هذا إلا من خلال إلقاء النظرة على المصلحة العامة مثل الشروط المتعلقة بعقود امتياز مسرح.

ج- الإحالة إلى دفاتر الشروط

وثائق تحدد شروطًا مسبقة من قبل جهة الإدارة وتشكل جزءًا لا يتجزأ من العقد الإداري عند الرجوع إليها.

د- شرط جعل الاختصاص للقضاء الإداري

يساعد هذا الشرط في تحديد طبيعة العقد، ولا يؤثر في تغيير جهة الاختصاص القضائي، حيث يُعتبر تحديد جهة الاختصاص القضائي من الأمور المتعلقة بالنظام العام(٤٧).

الشروط الاستثنائية تختلف عن شروط عقود الإذعان:

عقود الإذعان هي عقود معروفة في القانون الخاص، تتضمن شروطًا غير عادلة يفرضها أحد الأطراف على الأخرى، وتتعارض مع مبدأ المساواة المعمول به في جميع علاقات القانون الخاص. وبالتالي، يمكن القول أن الظروف الاستثنائية هي نوع من شروط الإذعان في القانون الخاص.

أما الواقع هو عكس ذلك، ومن جانب آخر، نحن نتذكر أن العقد الذي يتضمن شروط الإذعان يظل عقداً مدنياً يتم تنظيمه بواسطة قواعد القانون الخاص. وبالنسبة للعقد الإداري، إذا لم يتوفر فيه شروط استثنائية، فإن طبيعته القانونية تتغير عند انتهاء الصفة الإدارية، مما يجعله عقداً مدنياً. يتم التعامل مع نزاعاته في المحاكم العادية وتخضع لاختصاص القانون الخاص.

---

(٤٧) د مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٤٣-٤٥.

من جهة أخرى، خصص القانون المدني قواعد منظمة للعقود التي تخضع للإذعان، مما يتيح للقاضي تعديل شروط الإذعان أو إلغاءها تماماً. بالإضافة إلى ذلك، فإن القاضي ملزم بتفسير شروط المقبولية وينبغي أن يفسرها لصالح الطرف المراقب. وهو يقوم بتعديل أو إلغاء هذه الشروط، لأنه إذا فعل ذلك، فإنه سيؤدي إلى إزالة الشروط الاستثنائية من العقد وسيصبح العقد خالياً من هذه الشروط. وهذا سيؤدي إلى فقدان العقد لعنصره الإداري وسيتحول إلى عقد مدني مع جميع التداعيات المترتبة على ذلك، ونتيجة هذا ستختفي جميع العقود الإدارية. (٤٨)

(٤٨) محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية بدون ذكر دار النشر، ص ٣٣-٣٤.

الخاتمة

في هذه الدراسة، قمنا بمناقشة جانب هام من جوانب وجود سلطة الإدارة في العقد الإداري. ومن الطبيعي أن يحقق العقد الإداري توازناً بين الأعبـــاء التي يتحملها الشخص الذي يتعاقد مع الإدارة والفوائد التي يجنيها. فالعقد يعتبر نظاماً يتطلب توازناً بين مصالح الطرفين، لذا إذا تدخلت الإدارة وأخلت بهذا التوازن، يجب استعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه في وقت التعاقد الأصلي. يتم تضمين هذا الحق في دفاتر الشروط، ولكن يمكن اعتبار هذا الحق مستمراً بالنسبة للشخص المتعاقد حتى إذا لم يكن قد نص عليه صراحة .

وبما ان سلطة الادارة ترجع الى مقتضيات سير المرافـــق العامـــة فمن المهم أن تتوفر ضوابط معينة لاستخدام سلطة الإدارة بغية تعديل العقد الإداري وفقط بناءً على احتياجات تشغيل المرفق العام وهي على الوجه التالي :

أ- من الممكن أن تحدث ظروف مختلفة بعد توقيع العقد الإداري تتطلب تعديلاً حتى لو كانت هذه الظروف ناتجة عن خطأ في تقديرات الإدارة. وبناءً على ذلك، لا يحق للإدارة تعديل العقد الإداري بمفردها، بل يجب أن تكون هناك أسباب محددة تبرر هذا التعديل. وبالتأكيد، السبب الرئيسي للإدارة لاستخدام سلطتها في اتخاذ القرارات الإدارية وتعديل العقود الإدارية هو السبب، وعندما تستخدم الإدارة هذه السلطة بدون وجود سبب مشروع، يعتبر ذلك تدخلاً غير مشروع يمنح المتعاقد حق الاعتراض على هذا الإجراء أمام القضاء والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته.

ب- يتعين على الإدارة احترام القواعد العامة للشرعية في هذا التعديل من حيث الاختصاص والشكل. يعني ذلك أن قرار التعديل يجب أن يصدر من الجهة الإدارية المختصة وفقًا لما ينظمه القانون. كما يجب أيضًا أن يتم تنفيذ هذا التدخل بالشكل المحدد من قبل القانون للتعبير عن الإرادة.

ج- ينبغي على الإدارة أن تتقيد الادارة بالتعديلات فتمتنع عن تجاوز الإجراءات التعديلية المحددة، وأن تحترم حقوق المتعاقدين ولا تفرض عليهم تعديلات تثقل عليهم بحيث يشعرون بأنهم عقود إدارية جديدة. يجب على الإدارة تقييم قدرات المتعاقدين المالية والتقنية، وإلا فلن تجد متعاقدين في المستقبل، وهذا قد يتسبب في أعباء مالية كبيرة على حساب المصلحة العامة.

د- يفترض أن لا تنتهك الإدارة حقوق المتعاقد عندما يطلب تعويضاً كمقابـــل لسلطة الادارة، حيث يتم في بعض الأحيان التعديل من جانب الإدارة دون وجود أي خطأ منها أو من المتعاقد. وهكذا نصل إلى نهاية هذا التقييم الذي يمكن للإدارة من مواجهة المتعاقد واحترام حقوقه تجاه التغييرات المطلوبة. وقد أثار هذا جدلًا في ميدان الفقه وتباعدت الآراء بين المؤيدين والمعارضين له.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا لمجموعة من النتائج، وارتأينا تقديم بعض الاقتراحات نوجزها فيما يلي:

أولا- النتائج –

١-مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" هو مبدأ قانوني يتميز بالثبات النسبي. يعكس هذا المبدأ اتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة التي أدت إلى تكوين العقد وجعله سارياً، ويحمي العقد من التعديل أو الإلغاء إلا بموافقة الطرفين. يمنع التدخل في العقد من قبل القاضي أو أي طرف آخر. على الرغم من قوته الثابتة نسبياً، إلا أنه بدأ يتأثر بالتطورات التي تشهدها المجتمعات الحديثة. سيؤثر هذا التأثير بالتأكيد على القواعد القانونية التي تعكس صورة المجتمع. تم تجاوز هذا المبدأ من خلال وجود استثناءات وسماح القوانين بتدخل القاضي في تعديل العقد في حالات معينة تنص عليها القوانين.

٢-تؤثر العوامل الطبيعية والاقتصادية والإدارية بطريقة سلبية على العنوان الإداري. ومع ذلك، يجب توفير بعض الشروط والأحكام المحددة لاستغلال فوائد هذه العوامل في نظريات حفظ التوازن المالي. تهدف هذه النظريات أيضاً إلى

التعامل مع حالات استثنائية نادرة لتخفيف التأثيرات السلبية للظروف والتحديات والإجراءات التي يمكن أن يواجهها الشخص المتعاقد، من خلال تقليل الخسائر الناجمة عنها دون الحاجة إلى تحديد أرباح وهمية غير حقيقية.

٣-الأخذ بنظريات حفظ التوازن المالي بصورة عامة ونظرية الصعوبات المادية على وجه التحديد لا يقتصر ذلك على الأسس التعاقدية والقانونية فقط، بل يمتد أيضاً إلى تطبيق مبادئ العدالة وحسن النية بشكل صحيح في تنفيذ العقود الإدارية والشعور بالمسؤولية الكاملة تجاه المتعاملين مع الدولة والمستفيدين من الخدمات.

٤-من المتوقع أن يشهد المستقبل العديد من التدابير التي تدعم المقاولين المتأثرين بالظروف غير المتوقعة والإجراءات المفاجئة، بفضل وجود القوانين التنظيمية المستندة إلى مبادئ شرعية ومتوافقة مع نظريات التوازن المالي، إلى جانب المعرفة الواسعة بالأحكام القضائية والاطلاع على آراء الفقهاء والقضاة الإداريين المعاصرين حول هذه النظريات وأهدافها. وهذه التدابير تصب في صالح المقاولين الذين لا يمكنهم السيطرة على هذه الصعوبات أو الإجراءات المفاجئة.

٥-يمكن أن يتم تفسير اضطراب التوازن المالي في العقد بسبب إرادة أحد الأطراف وتسلطه الزائد أو عن طريق إدراج شرط تعسفي في العقد بسبب القوة الاقتصادية لإحدى الأطراف. يمكن أن يكون هذا الاختلال مسؤولا عن كل من المتعاقدين عندما يتفقون على شروط تحتوي على قيمة تعويض يجب أن يتلقاها الدائن إذا خالف المدين التزاماته العقدية. وأخيراً، يُمكن أن يُرجع اضطراب التوازن المالي للعقد إلى ظروف طارئة تسببت في صعوبة المدين وتهديد تنفيذه لالتزامه بخسارة فادحة، وهذا السبب لا يعتمد على إرادة الأطراف في العقد. يجب تحقيق التوازن المالي في العقد لتحقيق العدالة، وعلى الرغم من ذلك، فإن القوانين الحديثة أهملت القوة القانونية للعقد في سبيل تحقيق المساواة واستعادة التوازن المالي في العقد.

٦- لم يتم دراسة فكرة وجود أخطاء في مسئولية الإدارة التعاقدية بشكل منتظم. كما أن العقد الإداري ينتج عنه التزامات متعددة على الإدارة المتعاقدة. إذا قامت الإدارة بتجاوز أي من هذه التزامات، فإنها تتحمل مسؤوليتها التعاقدية. الإدارة تتعهد بتعويض المتعاقد عن أي أضرار يتعرض لها بسبب تجاوزها التزاماتها التعاقدية أو التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية.

٧-من خلال مراجعتنا لموضوع البحث حول الظروف الطارئة وتأثيرها على العقود الإدارية في الأنظمة الكويتية والمصرية، ننتهي إلى استنتاج بأن هذه الظروف تتكرر وتتعدد في الوقت الحاضر، وتؤثر بشدة على الجوانب الاقتصادية والمالية للعقود الإدارية، مثل انتشار وباء كورونا، حيث تهدد بتعطيل تنفيذ المشاريع الاقتصادية والوطنية، مما يؤثر على استقرار المرافق العامة بشكل منتظم ومتواصل. وتعتبر الظروف الطارئة أحداثًا غير متوقعة تحدث أثناء تنفيذ العقود الإدارية، مما يؤدي إلى تغيير في اقتصاديات العقد ويجعل تنفيذ التزاماته صعبًا، على الرغم من أن تحقيق ذلك ليس محالًا، وتتطلب هذه الظروف إعادة النظر في التوازن المالي للعقود الإدارية. وتعتبر هذه النظرية من النظريات القديمة التي تم التعرف عليها في النظام الكنسي، ثم النظام الإسلامي، وبعد ذلك ظهرت بوضوح بقرار المجلس الفرنسي في قضية غاز بوردو عام ١٩١٦م، كما اعتمده المجمع الفقهي الإسلامي عام ١٤١١هـ كأساس لاستعادة التوازن المالي للعقود الإدارية.

٨-تشمل الظروف الاستثنائية مجموعة واسعة ومتنوعة من المواقف وتطبيقات أكثر من نظريتي الصعوبات المالية وعمل الأمير، حيث تشمل جميع الأسباب التي تؤدي إلى تغير أو تأثير في الاقتصادات العقدية.

٩-نظرًا لصعوبة التوصل إلى اتفاق واضح بشأن تحديد معيار الخسارة الكبيرة، قد يتحمل المتعاقد المسؤولية عن جميع الأضرار الناتجة عن الظروف الطارئة في حال عدم تمكنه من إثباتها أمام القضاء. ونتيجة لذلك، تفشل النظرية في

تحقيق هدفها في توفير المساعدة للمتعاقد، مما يؤثر بشكل سلبي على استدامة واستمرارية المرافق العامة بدعوى غير مبررة بأن الخسائر غير كبيرة.

١٠- تتحمل الإدارة المسؤولية التعاقدية عند خرقها التزاماتها التعاقدية التقنية وأيضاً عند مسؤوليتها التعاقدية في تعويض المتعاقد عن الضرر الذي يعانيه. لذا، يجب على الإدارة عدم إساءة استخدام سلطاتها بنية سيئة لتعمد إيذاء المتعاقد.

١١- عند حدوث ظرف طارئ، يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد ويجب أن تعاون الإدارة المتعاقد وتعوضه جزئيًا عن ذلك. بعد ذلك ، يناقش تأثير انتهاء الظرف الطارئ على العقد الإداري حيث أنه بمجرد انتهاء الظرف الطارئ لا يجوز تعويض المتعاقد بعد ذلك

ثانيا – التوصيات –

١- في حالة الضرورة للنظر في فكرة التوازن المالي للعقد، ينبغي ذلك أن يتم وفقًا للتشريع وفي حدود الحالات المحددة قانونًا، لأن الأصل هو عدم تعديل العقد إلا بموافقة الطرفين وفقًا لإرادتهما، ووفقًا إذا كان ولابد من الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد فيجب أن يكون ذلك في إطار القانون، ووفقا لحالات محصورة قانونا، لأن الأصل هو عدم تعديل العقد إلا بناء على توافق إرادتي المتعاقدين على ذلك، تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

٢-يتطلب الضرورة للتدخل الحكومي لمنع التمييز التنافسي واستغلال النفوذ لحماية الأسواق والحفاظ على توازن عوامل التنمية.

٣-حصر مجال تدخل القاضي في العقد وتحديد حدود هذا التدخل بتفصيل ذلك في المواد القانونية، وتحديد وسائل إعادة التوازن المالي للعقد قانونا، وليس مجرد ترك ذلك للفقه.

١. في فترات الإدارة، يحق للعامل المتعاقد إعادة توازن المالية للعقد في حالة حدوث ظروف طارئة، بشرط توفر شروط تطبيق هذه النظرية. وإذا لم يتم تحقيق أي من هذه الشروط، سيتم استبعادها من التطبيق.

٢. يقتضي ضمان الوفاء بالالتزامات وضرورة المحافظة على الوضع المالي للمؤسسات الاقتصادية وخدمة المرافق العامة وتحقيق المصلحة بكل أنواعها العمل على تطبيق نظريات حفظ التوازن المالي. يجب التركيز على إعداد لوائح شاملة وواضحة لتنفيذ نظريات تحقيق التوازن المالي في جميع القوانين، وذلك وفقًا لأحكام الشرع الحنيف. لا ينبغي ترك هذه القضية للتقديرات التي قد تتفاوت بسبب عوامل متعددة.

٤-لا يجوز للنظام أن يسمح بالاتفاق بين الجهة الإدارية والمتعاقد على وجود بند في العقد الإداري يمنع المقاول من المطالبة بالتعويض في حالة حدوث ظروف طارئة. هذا التصرف يتعارض مع أحكام النظام العام ويضر بالمصلحة العامة. ويعتبر أي اتفاق يخالف ذلك باطلاً" .

٥- :إنه لا يجوز للمتعاقد التوقف عن تنفيذ العقد حال حدوث الظرف الطارئ وإنما يجب عليه الاستمرار في التنفيذ إلا إذا تحول تنفيذ العقد إلى استحالة مطلقة أو حدثت قوة قاهرة تحول دون استمرار التنفيذ، وفي هذه الحالة يمكن اللجوء إما إلى توقف تنفيذ العقد لحين زوال هذه الظروف ـــــ القوة القاهرة ـــــ أو فسخ العقد لهذا السبب.

٦-العمل على وضع تقنين شامل وواضح لنظريات حفظ التوازن المالي في كل القوانين بما يتماشى مع أحكام الشرع الحنيف. وعدم ترك الأمر للتقديرات التي تختلف وفقاً لعوامل متعددة.

٧-إنه لا يجوز نظاماً الاتفاق بين الجهة الإدارية والمتعاقد حال إبرام العقد الإداري على تضمين العقد بنداً يحول دون احقيه المقاول في المطالبة بالتعويض عند حدوث الظرف الطارئ، لمخالفة ذلك لأحكام النظام العام والأضرار بالصالح العام، ويقع باطلاً كل ما يخالف ذلك.

٨-تقتضى دواعي العدالة والوجدان السليم أن يلجأ القضاء إلى الإمهال وعدم الاستعجال في تطبيق نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري كل ما كان ذلك ممكناً.

٩- اعتماد الأساس المزدوج الذي يتبنى ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد فضلاً عن تحقيق قواعد العدالة لتأسيس التعويض بهدف إعادة التوازن للعقود الإدارية في كل القوانين.

١٠- الاتفاق على وضع معايير دقيقة وموحدة لتحديد شرط الخسارة الجسيمة بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة

١١- ضرورة مراعاة سلوك المتعاقد وما بذله من مجهودات للتغلب على ما واجهه من ظرف طارئ وصعوبات مادية أو عمل أمير ومدى تعاون الإدارة ومساعدتها للمتعاقد في تخطي تلك الصعوبات كمقتضيات للتعويض في العقود الإدارية

١٢- في حين تتساوى مصالح الأطراف في العقد المدني ويكون التوازن بينهما، يكون هناك عدم تكافؤ في عقود الإدارة حيث يتغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. ونتيجة لهذه الفكرة الأساسية التي تتجاوز بأحكام العقود الإدارية، يعترف القضاء الإداري الفرنسي والمصري ببعض السلطات الاستثنائية غير المألوفة في مواجهة المتعاقدين لضمان تنفيذ العقد الإداري.

١٣- بالمقابل، يحق للمتعاقد دائماً رفع دعوى قضائية ضد الإدارة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه نتيجة ممارسة الإدارة لصلاحياتها، إذا تبين أن ذلك يخدم المصلحة العامة، ويعتمد ذلك على أساس أن إعطاء الأولوية لاحتياجات المنشأة العامة على مصلحة المتعاقد مع الإدارة، لا يعني التضحية بتلك المصالح بحيث يتحمل المتعاقد الوحيد كافة

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

١- سورة آل عمران: الآية ١٨٧

٢- سورة النساء: الآية ٣٣ وهي قراءة الكوفيين.

ثانياً: المعاجم:

١- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، ٢٤٨/٦، ط ٢ (بيروت: دار الفكر).

٢- ابن قداسة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ٤/٣، الطبعة الأولى (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥ هـ).

٣- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، ٤٧٧/١١، ١٦ مجلداً، الطبعة الأولى (دار صدر ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م). / ٤٧٧.

٤- ابن منظور، لسان العرب، ١٣/٨٢ - ٨٣، السورة. الرازي، محمد بن أبي بكر: مختار الصحيح، ص العدد ٨٧ طبعة (حماية: دار الفكر ١٩٨١/١٤٠١ م).

٥- ابن نجم، زين بن إبراهيم. بكر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٧٧/٥ ط (بيروت: دار المعرفة).

٦- أبو جيب، السعدي: المعجم الفقهي، اللغة والاتفاقية، المجلد ٥٢ العدد الأول (دار الفكر ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢م).

ثالثاً: الكتب:

١. أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، الطبعة الأولى،٢٠١٦

٢. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٣

٣. أحمد منصور: العقود الإدارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩

٤. أسعد دياب، القانون المدني العقود المسماة (بيع – أيجار – مقاولة)، ط٢، مكتبة زين الحقوقية، ٢٠١٢

٥. ألبرت سرحان، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠١٠

٦. أمين زين الدين، المسئولية الإدارة التعاقدية وغير التعاقدية دراسة مقارنة، ٢٠١١، ريم للنشر والتوزيع

٧. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة ٢٠٠٩

٨. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار نشر الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥

٩. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مع شرح لقانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، ١٩٨١ م.

١٠. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفق القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣

١١. د. إبراهيم محمد علي؛ د. جمال عثمان جبريل، عقود ادارية (بدون ناشر)، ١٩٩٦

١٢. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٣

١٣. د. أحمد محمود سعد، الفوائد المؤجلة، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦

١٤. د. أحمد نجيب الهلالي؛ د. حامد زكي، شرح القانون المدني في عقود البيع والتحويل والمقايضة، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، سنة ١٩٤٠ م

١٥. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار نشر الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥

١٦. البذور. حسن درويش عبد العال السلطات المفوضة للإدارة، لجنة البيان،

١٧. بكر القباني: القانون الإداري الكويتي، الطبعة الثانية ٢٠٠١، مطبوعات جامعة الكويت

١٨. د. بكر القباني، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة، القرارات والعقود، دار النهضة العربية بالقاهرة؛ د. ن.

١٩. بشار جميل عبد الهادي: العقد الإداري الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٥

٢٠. بكر القباني: القانون الإداري الكويتي، الطبعة الثانية ٢٠٠١، مطبوعات جامعة الكويت

٢١. بكر القباني، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة وقراراتها وعقودها، دار النهضة العربية بالقاهرة، د. ت

٢٢. بن شعبان علي، "آثار عقد الأشغال العامة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة قسنطينة ٢٠١١-٢٠١٢

٢٣. بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية وجسور للنشر والتوزيع، الجزائر عام ٢٠٠٧

٢٤. جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠١٥

٢٥. جورج جودل بايارد لاغولفييه، ترجمة: منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠١

٢٦. حسين درويش، مندوب الصلاحيات الإدارية في العقد الإداري، المكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٦١

٢٧. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٥

٢٨. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لامتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢

٢٩. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لامتياز الخدمة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢.

٣٠. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار الكتاب المصري، القاهرة، ٢٠٠١

المراجع الأجنبية:

1- Antoine, A. , l'intuitus personae, Rfda, 2011

2- B. RAHAL, La concession de service public en droit algérien, IDARA, V 4, N 1, 1994

3- Braibant Guy: Le droit administratif Français,3°édition,PFN,Dalloz, Paris, 1992

4- Bruere. J.ch. le consensualisme et, contrats Administratifs. R. ، D.P. 1996

5- De Laubadère, A. CIDVE Venezia -J. et Gaudemet y, Traité de droit ADM L. G. D. G èd 1995.

6- Guibal. M ،memento des marches publics ،moniteur، Paris، 1998

7- Pouyaud. D. La Nullite des coutvats Administratifs L. G.D.I.1991.

8- Jeanriveryo, Jean Waline, Le droit administrative. Dalloz, ed. 20. 2004.

9- Lay(M) wail: G. A. JA: 12 edition; Dalloz Paris; 1999

10- Martine Lombard et Gilles - Dumont, et Sirinelli, Jean,Droit Administratif, 10e édition, Dalloz, 2013