# المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية

**طبقاً لأحدث اتجاهات الفقه**

**والقضاء ين الفرنسي والمصري**

**إعداد**
**المستشار/ د. عاطف سعدى محمد على**
وكيل مجلس الدولة المصري
ورئيس هيئة المفوضين بالمحكمة
الإدارية لجامعة الدول العربية
جمهورية مصر العربية

# المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية

**مقدمة:**

تعتبر غاية إشباع الحاجات العامة للمواطنين من أسمى وظائف جهة الإدارة، لذلك كان لزاماً أن يضع المشرع تحت يد الإدارة من الأدوات ما يكفل تحقيق هذه الغاية، فالأداة الأولى التى تملكها جهة الإدارة لتحقيق هذه الغاية تتمثل فى القرارات الإدارية التى تصدرها بإرادتها المنفردة متى دعت الحاجة إلى استخدام هذه الوسيلة.

ثم تأتى وسيلة التعاقد من أفضل الوسائل التى تمكنها من تنفيذ مشروعاتها وتحقيق غاياتها.

وإذا ما سلكت الإدارة طريق التعاقد فإنها تختار – وفق سلطتها التقديرية – بين أحد أسلوبين:

**الأول: أسلوب القانون العام:**

حيث تبرم الإدارة عقودها بوصفها سلطة عامة، وتستعين فى ذلك بمظاهر وامتيازات هذه السلطة وتهدف من وراء هذه العقود إلى تنظيم مرفق عام أو تسييره. ويطلق على هذا النوع من العقود عقود القانون العام أو العقود الإدارية.

**الثاني: أسلوب القانون الخاص:**

وإذا ما أخذت الإدارة بهذا الأسلوب فإنها تتنازل عن امتيازات السلطة العامة وتحاكى الأفراد فى عقودهم، ويطلق على هذا النوع عقود الإدارة الخاصة.

وينبني على ذلك وجود نوعين من العقود التى تبرمها الإدارة وهما: عقود إدارية، وعقود الإدارة المدنية.

وقد تردد هذا المعنى فى العديد من أحكام مجلس الدولة المصري[1] حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن: "العقود التى تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها فى إدارة المرافق العامة وتسييرها، ليست سواء، فمنها ما يعد بطبيعتها عقوداً إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد فى عقودهم فتبرم عقوداً مدنيه تستعين فيها بوسائل القانون الخاص.

ويجد التمييز بين هذين النوعين من العقود أهميته[2] في تحديد القاضي المختص بالفصل فى

---

[1] يراجع فى ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 559 لسنة 11ق – جلسة 1968/3/24 مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى خمسة عشر عاماً 1965-1980، الجزء الثانى، ص33/18، وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 3125 لسنة 34ق، جلسة 1990/11/247 مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاماً – ص136، وحكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم 870 لسنة 5ق، جلسة 1956/12/9 – مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى – السنة 11- ص76.

[2] يراجع فى ذلك: مستشار جمال الدين جوده اللبان، المعيار المميز للعقد الإدارى، بحث منشور فى مجلة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثالث، يوليو، سبتمبر 1964، ص61.

المنازعات الناشئة عنهما، فالقاضى الإدارة هو صاحب الاختصاص بالفصل فى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية نزولاً على حكم الفقرة (11) من المادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة والتى تنص على أن: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة، والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر". فى حين يظل الاختصاص بنظر عقود الإدارة الخاصة من اختصاص القضاء العادى.

كما تتجلى أهمية التمييز بين نوعى العقود المشار إليهما فى تحديد القانون الواجب التطبيق على كل منهما حيث ينطبق القانون الإدارى على النوع الأول، بينما ينطبق القانون المدنى على النوع الثانى.

وتبدو الأهمية القصوى للتمييز بين نوعى العقود فى تحديد مضمون الحقوق والالتزامات المتولدة عن كلا النوعين [3] .

غير أن التمييز بين كلا النوعين من العقود أمر ليس سهلاً لاسيما فى الدول ذات القضاء المزدوج[4] حيث تكون مشكلة توزيع الاختصاص بين جهتى القضاء دائماً مطروحة، كما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وتحديد الالتزامات الناشئة عنه يظل مرهوناً بالتكييف القانونى الصحيح لهذا العقد.

**مدى الحاجة إلى معيار لتمييز العقود الإدارية:**

سبق أن ذكرنا أن الإدارة تبرم نوعين من العقود: عقود إدارية حيث تتمتع فيها الإدارة بمظاهر السلطة العامة وينعقد الاختصاص بشأنها لمجلس الدولة، وعقود خاصة تنزل بها الإدارة منزلة الأفراد ويختص بنظرها القضاء العادى.

وثمة اتجاه حديث فى الفقه الفرنسي[5] "يرى أن تقسيم عقود الإدارة إلى عقود قانون خاص وعقود قانون عام لا يستند إلى اختلاف فى طبيعة كلا النوعين، وإنما هو تقسيم مصطنع يجد أساسه في فكرة الاختصاص القضائي[6]، وقد كان الهدف الحقيقى من هذا التقسيم فيما مضى هو التخفيف من العبء الذي كان يلقى على عاتق مجلس الدولة الفرنسى".

ويستطرد هذا الرأي بأن ثمة صعوبات تواجه مسألة تحديد جهة الاختصاص فى حالة الإبقاء على تقسيم الإدارة الخاصة والإدارة العامة، وبالتالى عقود الإدارة الخاصة والعقود الإدارية. وتنحصر هذه الصعوبات فى أمرين[7]:

**الأول:** ويتمثل فى استحالة الاتفاق على معيار موحد لتمييز عقود الإدارة الخاصة عن

---

(3) Jéze, les Principes generaux du droit administratif, 1934, Paris Marcel Giard, Premiere Partie, p. 3.

(4) ويرى البعض من الفقه أن معيار العقد الإدارى يجد أهميته حتى فى الدول التى لا تعرف نظام الازدواج القضائى ولكنها تأخذ بمبدأ استقلال القانون الخاص عن القانون العام كالمغرب حيث يترتب على تحديد طبيعة العقد تحديد القانون الواجب التطبيق. يراجع فى ذلك ثورية لعيونى، معيار العقد الإدارى، رسالة دكتوراه، عين شمس، عام 1987، ص5.

(5) Jeon Lamarque, Les difficultés Présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit prive. A.J.d.A, 1961, (p. 121.)

(6) -Jacquelin, cour de droit administratif, 1997, p. 85 et suivantes

(7) لامارك، المرجع السابق، ص125.

العقود الإدارية بالإضافة إلى عدم إمكان تحديد جوهر ذلك المعيار.

**الثاني:** صعوبات تتصل بإجراءات النظام القضائى لعقود القانون الخاص من حيث تداخل الاختصاص بين المحاكم العادية وبين المحاكم الإدارية فيما يتعلق بالمسائل الأولية، وصعوبات أخرى تتعلق بفكرة الاختصاص بكل عناصر الموضوع حيث ظهرت مشكلة تحديد جهة القضاء المختصة بنظر دعاوى مسئولية الإدارة الناشئة عن تنفيذ عقود القانون الخاص فى مواجهة الغير.

وينتهي هذا الرأي إلى ضرورة توحيد جهة الاختصاص فى مجال عقود الإدارة (سواء كانت عق
ود خاصة أو عقود إدارية) وأن يختص القضاء الإدارى وحده لمقدرته ولما يحققه من ضمانات للمتقاضين وللتغلب على الصعوبات المتعلقة بمسألة توزيع الاختصاص بين جهتى القضاء، ومن ثم تنتفى الحاجة إلى البحث عن معيار لتمييز العقود الإدارية عن عقود الإدارة الخاصة.

وقد وجد هذا الرأى صدى له فى الفقه المصرى الحديث[8] حيث ذهب هذا الرأى إلى أنه مع التسليم بوجود فوارق جوهرية بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة وذلك فيما يتعلق بالنظام القانونى الذى يحكم كل نوع منهما وأن التمييز بينهما يبدو جوهرياً في نتائجه، إلا أنه يستند إلى اعتبارات تاريخية تحكمها فى المقام الأول سياسة قضائية تهيمن على توزيع الاختصاص بين القضاء الإدارى والقضاء العادى، ويتمثل جوهر هذه السياسة القضائية – فيما يتعلق بعقود الإدارة فى فرنسا – فى ملاحظة مجلس الدولة قد اتسع نتيجة اتباع ضابط معين بشكل ملحوظ يجاوز إمكانات المجلس فى الفصل فى الدعاوى المنظورة أمامه، لعبت السياسة القضائية دورها من خلال تبنى أحكام مجلس الدولة الفرنسى لضوابط تقيد من اختصاصه إلى حد ما وبالعكس.

ويقوم هذا الرأي على فكرة جوهرية مؤداها أن التفسير الوحيد والمقبول للتمييز بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة إنما يجد أساسه في اختلاف الوسيلة لا الغاية، فالصالح العام أو النفع العام هو دائماً هدف الإدارة وغايتها، والاختلاف يكمن فى وسيلة تحقيق هذه الغاية. فإذا كانت الوسيلة المستخدمة من وسائل القانون الخاص فإن عقود الإدارة تكون عقود خاصة تخضع لأحكام القانون الخاص، وإذا كانت الوسيلة من وسائل القانون العام كانت العقود إدارية، وأمام نظرية وحدة الهدف، فإنه من العسير وضع معيار حاسم للتمييز بين نوعى العقود. وينتهى هذا الرأى إلى أنه ليس ثمة ما يحول بين القضاء الإدارى سواء فى فرنسا أو فى مصر من التصدى للمنازعات المتعلقة بعقود الإدارة بنوعيها وذلك من وجهة النظر القانونية البحتة، إلا أن الأمر يرجع فى أوله وآخره إلى إمكانات القضاء الإدارى الفعلية والواقعية سواء فى فرنسا أو فى مصر.

**تقدير هذا الاتجاه:**

مع تقديرنا الكامل لهذا الاتجاه الذى جاء بمعالجة غير تقليدية لفكرة المعيار المميز للعقد الإدارى، وقد امتاز هذا الرأى بأنه قد تبنى حلاً بسيطاً وسهلاً لمشكلة البحث عن معيار لتمييز

---

[8] د. محمد سعيد حسين أمين، رسالته القيّمة بعنوان: الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد الإدارى، جامعة عين شمس، سنة 1984، ص106، وكذلك مؤلفه فى العقود الإدارية، طبعة 1999، دار الثقافة الجامعية، ص92.

العقد الإدارى، تلك المشكلة التى أجهدت القضاء فى فرنسا ومصر فى أكثر من اتجاه، وأجتهد الفقه أيضاً سواء فى فرنسا أو فى مصر فى تحليله العميق لاتجاهات القضاءين الفرنسى والمصرى عله يحد معياراً حاسماً لتمييز العقود الإدارية. وقد تصور هذا الرأى أن فى توحيد جهة الاختصاص بنظر نوعى العقود التى تبرمها الإدارة وجعله للقضاء الإدارى وحده ما يكفل لحل إشكالية البحث عن معيار لتمييز العقود الإدارية، وأنه فى ضوء هذا الحل لا حاجة للبحث عن مثل هذا المعيار.

ورغم ذلك، فإننا نرى أن هذا الاتجاه منتقد لأسباب عديدة:

**أولاً** : أن الركيزة الأولى التى أنطلق منها هذا الرأى وهى أن التفرقة بين عقود الإدارة الخاصة وعقودها الإدارية هى تفرقة مصطنعة تجد أساسها فى فكرة الاختصاص القضائى، فإن هذا التصور غير سليم، أية ذلك أن التفرقة بين عقود الإدارة الخاصة وعقودها الإدارية إنما هى تفرقة أملتها اعتبارات الحياة الإدارية ذاتها حيث تستطيع جهة الإدارة أن تختار – بمحض إرادتها – الوسيلة الفعالة لتحقيق أهدافها المتمثلة فى الصالح العام أو النفع العام، فإن هى أرادت التمتع بامتيازاتها وسلطاتها التي منحها إياها القانون العام أبرمت مع الأفراد من العقود ما يكفل لها التمتع بهذه الامتيازات والسلطات، وصار العقد – فى هذه الحالة – مبرماً بين طرفين غير متكافئين أحدهما يملك السلطة العامة والآخر لا يملك سوى الخضوع لهذه السلطة، أما إن هى أرادت النزول عن سلطاتها وامتيازاتها ونزلت منزلة الأفراد، فإنها تبرم عقداً خاصاً تهيمن عليه فكرة التكافؤ بين طرفيه فى الحقوق والالتزامات ولا تملك الإدارة حياله أكثر مما يملكه الفرد العادى.

إذن، فالتفرقة بين عقود الإدارة الخاصة وبين عقودها الإدارية ليست تفرقة مصطنعة كما تصورها الأستاذ " لامارك "، بل هي تفرقة أملتها اعتبارات الحياة الإدارية.

**ثانياً** : أما الركيزة الثانية التى استند إليها هذا الرأى والمتمثلة فى ضرورة إلغاء تقسيم الإدارة الخاصة والإدارة العامة وما يستتبع ذلك من ضرورة إلغاء التفرقة بين نوعى العقود والتى تبرمها الإدارة، فإن هذا القول لن يحل المشكلة بل سيؤدى إلى الدخول فى مشكلة أخرى مؤداها تحديد القانون الواجب التطبيق على تصرف الإدارة، وهل نطبق على العقد الذى تبرمه الإدارة قواعد القانون الإدارى أم أحكام القانون المدنى؟ مع الأخذ فى الاعتبار النتائج المترتبة على تطبيق هذا الرأى من وجود فوارق جوهرية بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة فيما يتعلق بالنظام القانونى الذى يحكم كل منهما.

**ثالثاً**: أن ما انتهى إليه هذا الرأى من أن عقد الاختصاص بنظر نوعى العقود التى تبرمها الإدارة للقضاء الإدارى سيغنى عن البحث عن معيار لتمييز العقد الإدارى هو حل لن يقضى على المشكلة، بل كل ما سيفعله هو نقل المشكلة إلى القضاء الإداري، إذ سيظل القاضى الإدارى مدفوعاً نحو إيجاد ضابط أو معيار للتمييز بين نوعى العقود التى تبرمها الإدارة، وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد محل النزاع،

حيث يختلف القانون الواجب التطبيق باختلاف نوع العقد مثار النزاع.

**رابعاً**: إن أهم ما يعيب هذا الرأى أنه قد نظر إلى مشكلة تمييز العقود الإدارية من زاوية توزيع الاختصاص القضائي بنظر نوعى عقود الإدارة، ولكن المشكلة تكمن فى تحديد القانون الواجب التطبيق، فليس المهم معرفة القاضي المختص بقدر ما يجب معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق من قِبل القاضي، حيث الاختلاف بين الالتزامات المتقابلة والحقوق فى العقود الإدارية عنها فى عقود الإدارة الخاصة، وكذلك عدم التكافؤ بين طرفي العقد الإداري وما يقابله من تكافؤ أطراف عقود الإدارة الخاصة، كل هذه الأمور يتوقف تطبيقها على الفصل فى مسألة أولية هى التكييف القانوني الصحيح للعقد مثار النزاع، وبديهي أن الوصول إلى هذا التكييف يستلزم وجود معيار يسترشد به القاضي الإداري عند الفصل فى المنازعة العقدية المطروحة أمامه. من أجل ذلك فليس هناك شك فى أن التمييز بين عقود الإدارة الخاصة والعقود الإدارية يخضع لاعتبارات واقعية تجعلنا دائماً فى حاجة إلى إيجاد معيار للتمييز بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة.

والحديث عن المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية يشير إلى الجهد الفعّال الذى بذله كل من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصرى فى سبيلهما للوصول إلى معيار لتمييز العقود الإدارية، وقد تتبع الفقه الفرنسي والمصري الأحكام الصادرة من كلا المجلسين بالنقد والتحليل علّه يحسم إشكالية معيار تمييز العقد الإداري، إلا أنه على الرغم من اختلاف الفقه الفرنسى والمصري حول عناصر هذا المعيار، فإنه باستقراء الأحكام القضائية الصادرة من القضاءين الفرنسي والمصري، يمكن القول بأن الأمر مستقر على أن العقد الإدارى هو: العقد الذى يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بما له من سلطة، بقصد إدارة مرفق عام أو تنظيمه أو تسييره، وأن تظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص[9].

---

(9) من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن يراجع في ذلك:

**1 - أحكام مجلس الدولة الفرنسي الآتية:**

-حكم مجلس الدولة فى 1912/7/31 فى قضية Soc. grantes des Vosges.

-حكم مجلس الدولة فى 1963/5/10 فى قضية Soc. cooperative agricole production.

-حكم مجلس الدولة فى 1977/5/20 فى قضية Soc. La Fayette.

-وهذه الأحكام مشار إليها فى: د. عبد المجيد فياض، العقد الإداري فى مجال التطبيق، المكتبة القانونية، 1983، ص24.

2 - **ومن أحكام محكمة التنازع الفرنسية:** حكمها الصادر فى 2000/2/14 فى قضية Société Rhoddons – غير منشور.

ومن أحكام القضاء المصري يراجع فى هذا الشأن:

**1 - أحكام محكمة القضاء الإداري:**

-حكمها فى الدعوى رقم 3480 لسنة 9ق، جلسة 1957/6/2، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة 11، ص493.

-حكمها فى الدعوى رقم 1184 لسنة 14ق، جلسة 1961/6/25، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، لسنة 15، ص269.

- حكمها فى الدعوى رقم 3109 لسنة 38ق – جلسة 1986/6/3 – مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبوالعينين - الوسيط فى اختصاصات مجلس الدولة – الجزء الثاني – مكتبة نادى مجلس الدولة – 2000ص 780.

**2 - ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا:**

-حكمها فى الطعن رقم 576 لسنة 11ق، جلسة 1967/12/30، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 13، ص359.

-حكمها فى الطعن رقم 559 لسنة 11ق، جلسة 1968/3/24، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 13، ص557.

وعلى ضوء ما تقدم فإن المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية يستلزم توافر ثلاثة عناصر تتمثل فى العناصر الآتية:-

**أولاً :** أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد.

**ثانياً :** اتصال العقد بالمرفق العام.

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

ونتعرض لدراسة المعيار القضائي المستقر عليه حالياً فى مطالب ثلاثة:

**المطلب الأول:** الإدارة طرف فى العقد.

**المطلب الثانى:** اتصال العقد بالمرفق العام.

**المطلب الثالث:** احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص.

## المطلب الأول
## الإدارة طرف فى العقد
## —

### أولاً: المقصود بالإدارة التى ينبغى أن تكون طرفاً فى العقد:

يمثل هذا العنصر الجانب العضوى فى المعيار المميز للعقد الإداري الذي يستند في المقام الأول على صفة المتعاقدين. فالعقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة، وبالتالى فإن العقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً [10].

ويقصد بالأشخاص المعنوية العامة فى هذا الصدد الأشخاص العامة الإقليمية وهى (الدولة – المحافظة – المدينة – المركز – القرية)، والأشخاص العامة المصلحية وهي الهيئات العامة.

ويجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة [11] ، فإن هي تعاقدت باعتبارها

---

–حكمها فى الطعن رقم 2271، لسنة 34ق، جلسة 1991/1/12 – مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ص799.
–حكمها فى الطعن رقم 5811 لسنة 42ق، جلسة 1998/11/24، مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ص811.
- حكمها فى الطعن رقم 4082 لسنة 41ق جلسة 1999/12/7، وحكمها فى الطعن رقم 4105 لسنة 43ق جلسة 2000/3/21، وحكمها فى الطعن رقم 4874 لسنة 45ق، جلسة 2002/3/13 – أحكام غير منشورة.
–حكم دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة فى الطعن رقم 154 لسنة 34ق، جلسة 1997/1/2 مشار إليه فى: د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ص810.

**3 - من أحكام المحكمة الدستورية العليا (المحكمة العليا):**
–حكمها فى الدعوى رقم 10 لسنة 4ق عليا، جلسة 1974/6/29، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ص11.

**4 - من أحكام محكمة النقض، أنظر:**
–حكمها الصادر بجلسة 1965/11/11، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 16، ص1049.
–حكمها الصادر بجلسة 1964/7/7، مجموعة أحكام محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 15، ص956.

---

[10] أنظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة 2005، بدون دار نشر، ص25 وما بعدها، حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 1386 لسنة 33ق عليا، جلسة 1994/1/18، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص46.

[11] إلحاق وصف السلطة العامة بلفظ الإدارة أمر واجب باعتبار أن تصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة هو الذى يميز عقودها الإدارية عن عقودها الخاصة حيث تتصرف حيال هذه الأخيرة دون الاستعانة بمظاهر السلطة العامة وتنزل منزلة الأفراد، يراجع فى ذلك: د.

ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يكون مدنياً [12].

وفى مصر حددت المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات الجهات الإدارية الخاضعة لأحكامه حيث تنص على أن "يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن تنظيم المناقصات والمزايدات وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإدارى للدولة من وزارات ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية.

والمستفاد من النص المتقدم أن الأشخاص المعنوية العامة هى التى يصدق عليها وصف الإدارة هي:

1 - وحدات الجهاز الإداري للدولة كالوزارات والمصالح الحكومية، والأجهزة التى لها موازنة خاصة كالجهاز المركزي للمحاسبات والجهاز المركزى للتنظيم والإدارة.

2 - الأشخاص الإقليمية: وهم وحدات الإدارة المحلية كالمحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى.

3 - الأشخاص المصلحية، كالهيئات العامة سواء كانت خدمية أو اقتصادية.

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

أما السلطة التنفيذية فهي تقوم بنوعين من الأعمال:

أ - أعمال متصلة بشئون الحكم كالأعمال المتعلقة بعلاقتها بالسلطتين التشريعية والقضائية وتلك التى تتعلق بالشئون الخارجية، وتسمى هذه الأعمال "أعمالاً حكومية" وتباشرها السلطة التنفيذية تحت مسمى " الحكومة ".

ب - أما الطائفة الأخرى من أعمال السلطة التنفيذية فهى تلك الأعمال التى تتصل بتسيير المرافق العامة والإنفاق عليها بغرض الإشباع المباشر للحاجات العامة للمواطنين[13]. وهى تمثل الجانب الإداري لنشاط السلطة التنفيذية، وحينما تمارس هذه الأعمال يطلق عليها لفظ "إدارة"، وتضحي العقود التي تبرمها هذه السلطة بتلك الصفة عقوداً إدارية إذا ما توافرت باقي العناصر اللازمة لتمييز العقود الإدارية، لذلك يميل جانب كبير[14] من الفقه فى مصر إلى

---

فتحى فكرى، محاضرات فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 1994، ص14.

[12] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية 2005، دار النهضة العربية، ص34.

[13] يراجع فى ذلك: د. صلاح يوسف عبد العليم، " أثر القضاء الإداري على النشاط الإدارى للدولة " ، رسالة، عين شمس، 1999، ص141.

[14] أنظر: د. ثروت بدوى، " النظرية العامة فى العقود الإدارية، ص58 ، د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية"، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربى، ص55، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص105، د. محمد سعيد حسين أمين، رسالة، المرجع السابق، ص32، مستشار/ جمال اللبان، المرجع السابق، ص65، د. محمود حلمى، العقد الإدارى، دار الفكر العربى طبعة 1977، ص12،

استعمال لفظ "الإدارة كطرف فى العقد فى حين يذهب جانب من الفقه[15] إلى استعمال لفظ " الشخص العام" كطرف فى العقد.

وفى إطار المفاضلة بين اللفظين نؤيد رأى غالبية الفقه الذي ذهب إلى استعمال لفظ الإدارة طرف فى العقد بدلاً من الشخص العام طرفاً فى العقد لأن لفظ الإدارة يمتاز بالدقة وأصدق فى الدلالة على تحديد صفة أحد طرفي العقد، فالسلطة التشريعية – كما سبق – شخص من أشخاص القانون العام لكنها لا تبرم عقوداً إلا عن طريق الجهاز الإداري الملحق بها وذات القول يصدق على السلطة القضائية وكذلك[16] السلطة التنفيذية فيما يتعلق بطائفة الأعمال التي تقوم بها تحت مسمى الإدارة.

وفيما يتعلق بالوضع فى فرنسا فمن المسلم به أن القضاء والفقه مستقران حالياً على أنه ليس هناك مشكلة بالنسبة لعقود الأشخاص العام الإقليمية أو المصلحية حيث تعتبر عقوداً إدارية طبقاً للمعيار القضائي، ولم يعد هناك بعد حكم Terrier تمييزاً بين عقود الدولة وعقود الهيئات المحلية، فقد أوضح مفوض الحكومة "روميو" فى تقريره فى قضية Terrier وجوب هجر الاختلاف فى المعاملة بين عقود الدولة وعقود الهيئات المحلية حيث قرر بأنه "فى اللحظة التى نكون فيها أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني[17] ".

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

ولكن قد يحدث أن تزول الصفة الإدارية عن أحد طرفي العقد فما أثر ذلك على الطبيعة الإدارية لهذا العقد؟

لقد أجابت محكمة القضاء الإداري في مصر على هذا التساؤل بمناسبة تحول المؤسسة العامة للأبنية العامة إلى شركة قطاع عام بمقتضى القرار الجمهوري رقم 4416 لسنة 1965 حيث أكدت المحكمة على ضرورة توافر الصفة الإدارية والعامة للشخص المعنوي العام وقت إبرام العقد، فإذا فقد الشخص العام صفته العامة فلا أثر لذلك على طبيعة العقد الذي يظل إدارياً ويختص بنظره القضاء الإداري وتطبق بشأنه قواعد القانون العام[18] .

غير أن المحكمة الإدارية العليا تسير عكس هذا الاتجاه ، ففى حكم حديث لها رتبت على زوال الصفة العامة عن الشخص العام وتحوله إلى شخص خاص.. رتبت على ذلك زوال الطبيعة الإدارية عن العقد الذى أبرمه الشخص العام قبل زوال صفته العامة، فقررت المحكمة "أنه وإن كان العقد محل النزاع الماثل

---

د. على عبد العزيز الفحام، " سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى، رسالة، عين شمس، 1975، ص5.
د. فتحى فكرى، المرجع السابق، ص13، د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل"، أساليب التعاقد الإدارى، رسالة، 1994، ص33.

(15) أنظر: محمد فؤاد عبد الباسط، " أعمال السلطة الإدارية "، دار الفكر الجامعى، بدون تاريخ نشر، ص286.

16 - - Pequignot, op.cit., p. 33.

17- C.E: 6 févr. 1903, Terrier, Rec. p. 94, concl, Romieu.

18 - حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم 287 لسنة 19ق، جلسة 1969/3/16، مجموعة أحكام القضاء الإدارى من سنة 1966 – 1969 ص609 وحكمها فى القضية رقم 884 لسنة 19ق، جلسة 1969/5/5 – نفس المجموعة – ص 611.

قد نشأ فى الأصل إدارياً وتوافرت له مقومات العقود الإدارية باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصاً من أشخاص القانون العام وهى مصلحة المناجم والمحاجر وأن هذا العقد كان متعلقاً بتسيير مرفق عام وهو مرفق المناجم والمحاجر، وأن هذا العقد لذلك تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص، إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت إقامة الدعوى هي شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهي من أشخاص القانون الخاص بلا خلاف فإن الشرط وقت رفع الدعوى يكون قد غدا مفتقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية... ومن ثم فإن المنازعة بشأنه لا تكون من المنازعات المتعلقة بعقد من العقود الإدارية، كما أنها لا تكون من المنازعات الإدارية بصفة عامة، وبالتالى لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بنظر هذه المنازعة وإنما يختص بنظرها القضاء العادي[19] .

وقد يحدث فرض عكسى مؤداه اكتساب أحد طرفي العقد الصفة الإدارية فما أثر ذلك على طبيعة العقود التى سبق وأن أبرمها هذا الشخص قبل اكتسابه الصفة الإدارية ؟؟

قررت محكمة القضاء الإداري[20] اعتبار العقد إدارياً بمجرد اكتساب أحد طرفيه الصفة الإدارية وكان ذلك بمناسبة عقد أبرمته شركة مساهمة مع شخص خاص ثم تحولت هذه الشركة إلى مؤسسة عامة، وبررت المحكمة هذا الاتجاه بأن من شأن تغير طبيعة الشخص المعنوى وتحوله إلى شخص عام أن يكون له تبعاً لذلك التمتع بكل السلطات والوسائل المخولة بحكم مسئوليته عن المرافق العامة وسيرها بانتظام واطراد ولا يمكن أن يتحلل هذا العقد الذى أصبح إدارياً نتيجة حلول الإدارة محل أحد طرفيه من وضعه الإداري إلا إذا أفصحت الإدارة عن رغبتها فى اتباع وسائل القانون الخاص فى تنفيذ العقد.

وقد انتقد الفقه – وبحق – هذا القضاء على سند من أن تحول الشخص الخاص إلى شخص عام ليس من آثاره تحول العقد الخاص إلى عقد إداري، كما أن تغير طرف العقد ليس هو الشرط الوحيد الذى يلعب دوراً فى إضفاء الطبيعة الإدارية على العقد، بل لابد من اتصال العقد بالمرفق العام وأن يستعين الشخص العام بأساليب القانون العام[21] .

ومن جانبنا نرى أن أهم ما يعيب هذا القضاء تجاهله لطبيعة العلاقة بين طرفي العقد. فالمتعاقد مع الشركة المساهمة وهى شخص خاص كان على قدم المساواة مع هذه الشركة وكان طرفا العقد متكافئين بافتراض أن العقد لم يكن يحوي شروطاً غير مألوفة كما لم يكن له صلة بالمرفق العام. أما إضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد لمجرد اكتساب أحد طرفيه الصفة

---

[19] - حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 1386، لسنة 33ق، جلسة 1994/1/18، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص43. وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن المحكمة فى هذا الحكم قد انتهت إلى عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر هذا النزاع إلا أنها تصدت للفصل فى هذا النزاع نزولاً على حكم المادة 110 من قانون المرافعات التى تلزم المحكمة المحال إليها الدعوى من جهة قضائية أخرى بالفصل فى النزاع وطبقت أحكام القانون المدنى على هذا النزاع.
- وفى ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 154 لسنة 34ق – جلسة 1997/1/2 – الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق – ص54.

[20]- حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم 675 لسنة 16ق، جلسة 1964/3/29، مجموعة أحكام القضاء الإدارى فى خمس سنوات من عام 1961 – 1966. ص315.

[21]- ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص141.

الإدارية أثر تحوله من شخص خاص إلى مؤسسة عامة، فمن شأن ذلك أن يجعل طرفي العقد غير متساويين بأن منح لهذه المؤسسة العامة حق استعمال وسائل القانون العام حالة كون هذا العقد كان قد أبرم فى ظل قواعد القانون الخاص التى تقوم على مبدأ المساواة بين طرفيه.

**ثانياً: الخلاف الفقهي حول بعض العقود التى تبرمها أشخاص عامة:**

ذكرنا فيما سبق أنه لكى يكون العقد إدارياً يتعين أن تكون الإدارة طرفاً فيه، غير أن القضاء الإداري كما يقرر وبحق أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي قد اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى سواء في فرنسا أو في مصر. ذلك أن الأفكار الاشتراكية والاقتصاد الموجه الذي ساد العالم عقب الحربين العالميتين قد أدى إلى ظهور منظمات جديدة لم تألفها النظم الحكومية من قبل، تشرف على كثير من نواحي النشاط الخاص أو المهني، وتتمتع بقدر كبير من السلطة العامة. ومن ثم فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى فى حكميه الشهيرين Monpeurt et Bouguen [22] إلى أن تلك المنظمات تعتبر في حكم أشخاص القانون العام.

وبهذا المسلك أخذ مجلس الدولة المصرى حيث قضت محكمة القضاء الإدارى باعتبار نقابة المحامين من أشخاص القانون العام[23]، وكذلك بطركخانة الأقباط الأرثوذكس والمجلس المحلي العام[24] ، والمجلس الصوفي الأعلى[25].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا باعتبار نقابة الأطباء شخص من أشخاص القانون العام [26].

وعلى الرغم من الاستقرار القضائى فى مصر على إضفاء الشخصية المعنوية العامة على النقابات المهنية، فإن الأمر على خلاف ذلك فى الفقه الفرنسى حيث يفضل الفقيه VEDEL اعتبار النقابات المهنية أشخاصاً خاصة تضطلع بإدارة مرفق عام[27] ، في حين ذهب الفقيه "أندريه دى لوبادير" إلى أن النظام القانوني للنقابات المهنية نظام مختلط Mixte حيث يطبق القانون العام على نشاط المرافق المهنية فى حين يطبق القانون الخاص على النظام الداخلى للمهنة وكذلك على بعض الاختصاصات أو الوظائف الاجتماعية الأجنبية عن المرفق العام أو النظام المهني للنقابة[28].

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية للعقود التى تبرمها النقابات المهنية، فقد ذهب البعض إلى أن مؤدى الاعتراف بالشخصية المعنوية العامة لتلك النقابات أن تكون العقود التى تبرمها إدارية إذا ما استوفت باقي الشروط[29] ، في حين ذهب

---

[22] -C.E 31 –7- 1942 – Monpeurt, rec,239
- C.E 2- 4- 1943 – bougent ,rec,p.86

[23]- حكم محكمة القضاء الإداري في 1950/12/26، مجموعة أحكام القضاء الإداري، السنة الخامسة، ص301.

[24]- حكم محكمة القضاء الإداري في 1954/4/6، مجموعة المكتب الفني، السنة 8، ص171.

[25]- حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم 421 لسنة 4ق، جلسة 1954/11/17، مجموعة المكتب الفنى، السنة التاسعة، ص31.

[26]- حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 1513 لسنة 17ق، جلسة 1983/6/11، مجموعة المكتب الفنى، السنة 27، ص790.

[27]- G. VEDEL, P.Delvolvé, Droit administratif, Tome I, edition 1990- p645.

[28] - André de Laubadére, Traité élémentaire de droit Administratif 1953- p577.

[29]- د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص56، د.أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، رسالة جامعة عين شمس، 1983،

البعض إلى أن العقود التى تبرمها النقابات لا تعد عقوداً إدارية حتى ولو تعلقت بأداء المرفق لمهمته واحتوت على شروط استثنائية غير مألوفة[30] .

**رأينا في الموضوع:**

في تصورنا أن النقابات العامة تتمتع بطبيعة مختلطة تأخذ من القانون العام امتيازات السلطة العامة بينما تستعين بقواعد القانون الخاص فى تسيير الشئون الداخلية للمهنة، ومن ثم فلا يمكن اعتبار العقود التى تبرمها تلك النقابات من قبيل العقود الإدارية حتى ولو توافرت فى شأنها باقي الشروط وذلك لانتفاء الشرط الأساسي في معيار تمييز العقد الإداري وهو كون أحد طرفيه من الأشخاص المعنوية العامة. ويتماشى هذا الرأى مع ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسى من اعتبار عقود النقابات أو المرافق المهنية التى تبرم مع الأشخاص الخاصة من قبيل العقود الخاصة حتى ولو احتوت على شروط استثنائية غير مألوفة أو أبرمت من أجل تنفيذ ذات المرفق العام[31] .

**ثالثاً: عدم وضوح الصفة الإدارية لبعض الأشخاص المعنوية:**

اعتنقت مصر– عقب ثورة يوليو1952 – الفلسفة الاشتراكية التى اتخذت من التأميم أسلوباً لتحقيق هذه الفلسفة.

والتأميم nationalisation هو أسلوب تنتقل بمقتضاه إلى الدولة ملكية المشروعات الفردية وتتولى الدولة إدارة هذه المشروعات.

وقد أثارت الطبيعة القانونية للمشروعات المؤممة والعقود التى تبرمها تلك المشروعات جدلاً كبيراً فى الفقه المصري، حيث اتبع المشرع المصري في إدارة المشروعات المؤممة أحد أسلوبين: إما أسلوب الهيئة العامة، أو أسلوب الشركة العامة.

أما الهيئة العامة فهي شخص من أشخاص القانون العام تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً ولها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات التجارية، ومن ثم فإنه يمكن لهذه الهيئات إبرام عقوداً إدارية.

أما الأسلوب الثاني في إدارة المشروعات المؤممة فهو احتفاظ هذه المشروعات بصورة الشركة المساهمة العامة التى تخضع فى مزاولة نشاطها للقانون الخاص فيما عدا الأحكام التى استثناها المشرع صراحة والتى لا تتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع، وقد أدى هذا الوضع إلى نشوب خلاف فى الفقه حول التكييف القانونى للشركات المساهمة وتكييف العقود التى تبرمها.

فذهب رأى في الفقه إلى تصنيف هذه الشركات ضمن أشخاص القانون العام[32] .

---

ص100، د. ثورية لعيونى، المرجع السابق، ص110.

[30]- د. محمد سعيد أمين، " فكرة المعيار الوظيفي فى تمييز القرار الإداري"، طبعة 2004، دار النهضة العربية، ص93، د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل، المرجع السابق، ص59.

[31]- C.E, 13 Déc, 1963, Syndicat des praticiens de L'Art dentaire du nord et mertin, Rec. 623.

[32]- د. محمد فؤاد مهنا، المشروع العام طبيعته والقانون الذى يحكمه، مجلة العلوم الإدارية السنة 13، العدد الأول أبريل سنة 1971، ص75، د. عزيزة الشريف، " نظرية التأميم وتجربته فى مصر"، رسالة، جامعة

والرأي الراجح في الفقه أن هذه الشركات لا تعدو أن تكون أحد أشخاص القانون الخاص[33] .

بيد أن – ودون الدخول فى عرض الحجج والأسانيد التى استند إليها كل فريق لتدعيم رأيه – المشرع قد حسم الخلاف الدائر فى الفقه حول طبيعة الشركات المساهمة العامة فقرر بمقتضى القانون رقم 97 لسنة 1983 فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته التمييز بين المؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها حيث نصت المادة الثانية من القانون المشار إليه على أن "تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام ....".

- وفيما يتعلق بالشركات العامة فقد نصت المادة (17) من ذات القانون على أن:

" شركات القطاع العام وحدة تقوم على تنفيذ مشروع اقتصادي وفقاً للسياسة العامة للدولة وخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية ويجب أن تتخذ شكل الشركة المساهمة ".

وقد تكفلت المادة الثانية من مواد إصدار القانون رقم 97 لسنة 1983 المشار إليه بتحديد القانون الواجب التطبيق على الشركات المساهمة حيث نصت على أن: " تسري على شركات القطاع العام فيما لم يرد به نص خاص فى هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه الأحكام التى تسري على شركات المساهمة التى تنشأ وفقاً لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادرة بالقانون رقم 159 لسنة 1981.

والمستفاد مما تقدم أن المشرع وقد نص على اعتبار هيئات القطاع العام ضمن الأشخاص العامة فإن العقود التى تبرمها هذه الهيئات مع الأشخاص الخاصة يمكن أن تكون عقودًا إدارية إذا ما استوفت باقي العناصر المميزة للعقد الإداري، بينما تعتبر شركات المساهمة العامة ضمن أشخاص القانون الخاص ولا يمكن إضفاء الصفة الإدارية[34] . على العقود التي تبرمها.

**رابعا: الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها شركات قطاع الأعمال العام:**

صدر القانون رقم 203 لسنة 1991 بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام وحدد في المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون الأشخاص المعنوية الخاضعة لأحكامه حيث نصت على أن: " يعمل في شأن قطاع الأعمال العام

القاهرة، عام 1976، ص315، د. مصطفى كمال وصفى، "التكييف القانوني للمشروعات العامة"، مجلة العلوم الإدارية، العدد الثالث، عام 1976.

[33]- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص61 وما بعدها، د. على الفحام، المرجع السابق، ص11، ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص120، د. عمر حلمى، "معيار تمييز العقد الإداري"، دار النهضة العربية، عام 1993، ص76، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص102، د. أميرة صدقي، "النظام القانوني للمشروع العام ودرجة أصالته"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 1971، ص101.

[34]-عكس ذلك: د. عبد الفتاح أبو الليل، المرجع السابق، ص52.

بأحكام القانون المرافق ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها ".

وقد حسم المشرع – بنص صريح – الطبيعة القانونية لشركات قطاع الأعمال العام بالنص في المادة 2/1 من القانون رقم 203 لسنة 1991 سالف الذكر على أن تأخذ الشركات القابضة شكل الشركة المساهمة، وتعتبر من أشخاص القانون الخاص.

كما تنص المادة الأولى من مواد إصدار القانون المذكور على أن: "يعمل في شأن قطاع الأعمال العام بأحكام القانون المرافق، ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون، وتتخذ هذه الشركات بنوعيها شكل الشركات المساهمة ويسري عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم ذات المسئولية المحدودة الصادرة بالقانون رقم 159 لسنة 1981.

وعلى ضوء ما تقدم فإن العقود التي تبرمها شركات قطاع الأعمال العام (القابضة –التابعة) تعد من عقود القانون الخاص ولا تدخل ضمن العقود الإدارية.

**المطلب الثاني**
**اتصال العقد بالمرفق العام**
**—**

**تمهيد وتقسيم:**

تولى المشرع الفرنسي – قديمًا – تحديد اختصاص القضاء الإداري الفرنسي بنظر منازعات عقود الإدارة، وهو ما عرف بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون.

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي التحايل على النصوص القانونية المحددة لاختصاصه بغية التوسع في الاختصاص بنظر عقود الإدارة. ثم ما لبث أن جاء بمعيار جديد للاختصاص القضائي بنظر عقود الإدارة، فلم يعد هذا الاختصاص يستند على النصوص التشريعية، كما لم يعد يستند إلى التفرقة بين أعمال السلطة وبين أعمال الإدارة العادية، بل صار اعتبارًا من الثامن من فبراير عام 1873 – بصدور الحكم في قضية BLANCO[35] – يقيم اختصاصه على أساس فكرة المرفق العام Le Service Public.

ورغم ما تعرضت له فكرة المرفق العام من هجوم شديد من جانب أنصار فكرة السلطة العامة إلى الحد الذى أطلق عليه "أزمة المرفق العام"[36]، إلا أن فكرة المرفق العام تطورت وتبلورت إلى أن أصبحت أساس القانون الإداري، ومازالت تؤدى دورها الهام في تمييز العقود الإدارية. ودليل ذلك أن الضابط المستمد من اتصال العقد بالمرفق العام على نحو معين مازال كافيًا في فرنسا لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة، كما أن مجرد اتصال العقد بالمرفق العام على أي صورة من الصور في مصر يضفي على عقود الإدارة الصفة الإدارية متى احتوت هذه العقود على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

---

([35]) أنظر فى تفاصيل الحكم الصادر فى قضية "بلانكو" والتعليق عليه: "مارسون لون" و"بروسبيرفى" -أحكام المبادئ فى القضاء الإداري الفرنسي – ترجمة د. أحمد يسري، منشأة المعارف، طبعة 1991، ص19.

([36]) أنظر فى تفاصيل أزمة المرفق العام: د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة 1988، ص88، مستشار محمد حامد الجمل، نظرة جديدة للمرافق العامة، بحث منشور بمجلسة مصر المعاصرة، العددين 350، 351 السنة 63 ص723.

**مفهوم المرفق العام في مجال العقود الإدارية:**

للمرفق العام معنيان:

**الأول : عضوي :**

ويقصد به المنظمة أو الجهاز الإداري القائم بالنشاط الذي يهدف إلى المصلحة العامة، والذي يكون طرفًا في العقد.

وهو بهذا المعنى لا يخرج عن الضابط الأول فى تمييز العقد الإداري وهو اشتراط أن تكون الإدارة طرفًا فى العقد، ويُعد تعبير المرفق العام – وفق هذا المعنى – مرادفًا لكلمة إدارة[37].

**الثاني: موضوعي:**

ويقصد به كل نشاط يهدف إلى إشباع حاجات عامة وتقوم به السلطات العامة[38] أو تحت إشرافها في إطار نظام قانوني متميز[39].

وعلى الرغم من أن فكرة المرفق العام هي فى الأصل قضائية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يشأ – عن قصد- إعطاء أي تعريف للمرفق العام لرغبته في عدم اتخاذ موقف حاسم فى هذا الشأن حتى تصبح أمامه المرونة الكافية لإمكان ابتكار الحلول المختلفة مستقبلاً.

غير أن الفقه[40] استخلص من أحكام القضاء الفرنسي أنه في بداية نشأة نظرية المرفق العام كان يتبنى المعنى العضوي للمرفق العام ثم استقر بعد ذلك على المعنى الموضوعي[41].

أما مجلس الدولة المصري فقد تبنى المعنى الموضوعي للمرفق العام، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن "المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة في الدولة، والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشرع من المشروعات ذات النفع العام أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة"[42].

ومن خلال هذا الموقف يكون القضاء الإداري – سواء في فرنسا أو في مصر – قد فضل المعنى الموضوعي للمرفق العام، أخذًا في ذلك بالمفهوم الواسع للمرفق العام، حيث يستعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة مهمة مرفق عام "Mission de Service Public" تأكيدًا لموقفه السابق[43].

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

وجدير بالتنويه أن دراسة المعيار المميز للعقد الإداري ليس بهدف في ذاته وإنما هي وسيلة لبيان الحكمة من تمييز العقد الإداري، وهو ما يقتضى الوقوف على الاتجاهات الرئيسية للفقه

---

(37) أنظر د.أحمد عثمان عياد،المرجع السابق، ص10.
(38) L.Duguit: Droit Constitutionnel T.I. 1928 – p. 61.
(39) د. ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص155.
(40) د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص24.
(41) د. ثروت بدوى، المرجع السابق ص62، د. محمد عبد الواحد الجميلى، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، طبعة 1997، ص94.
(42) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 3480 لسنة 9ق، جلسة 1957/6/2 المجموعة – السنة 11- ص493، وحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1958/4/12 المجموعة السنة 3، ص1103، وحكمها الصادر في 1961/5/20 المجموعة، السنة 6، ص1154، وحكمها الصادر في 1962/3/31 – المجموعة – السنة 7، ص527.
(43) د. ثورية لعيوني، القانون الإداري المغربي، المرجع السابق، ص203.

والقضاء والتطورات التي لحقت بفكرة المرفق العام في صدد علاقتها بالعقد الإداري، وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة:

**الفرع الأول**: نشأة فكرة المرفق العام وتطورها.

**الفرع الثاني**: درجة اتصال العقد بالمرفق العام.

**الفرع الثالث**: مدى فاعلية فكرة المرفق العام كضابط موضوعي لتمييز العقد الإداري.

## الفرع الأول
## نشأة فكرة المرفق العام وتطورها

يرجع الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في ظهور فكرة المرفق العام في مجال القانون الإداري بصفة عامة، وفى مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، وقد حذا مجلس الدولة المصري حذو نظيره الفرنسي في الأخذ بفكرة المرفق العام.

بيد أنه ولئن كان هناك تشكيك حول مدى ودرجة صلة العقد بالمرفق العام في فرنسا، إلا أن الوضع في مصر مستقر إلى حد بعيد بحيث صارت صياغة أحكام مجلس الدولة المصري من الدقة بمكان بما يجعل هذا الوضع بمنأى عن أي شك في ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من صور الاتصال.

ونبين فيما يلي نشأة الفكرة وتطورها في فرنسا ثم نبين الوضع في مصر.

### 1- نشأة فكرة المرفق العام وتطورها في فرنسا:

ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام في مجال العقود الإدارية من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "تيريه" Terrier [44] الصادر في السادس من فبراير عام 1903 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 تنفيذ أو سوء تنفيذ - 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 الآتي:

أ – التحول في تحديد اختصاص مجلس الدولة بنظر العقود الإدارية، إذ بعدما كان المشرع هو الذي يتولى تحديد الاختصاص بنظر العقود الإدارية، أصبح ذلك مرهونًا بالنظر إلى طبيعة العقد ذاته، ومدى ارتباطه بتنظيم أو تسيير مرفق عام، وعلى هذا الأساس شُيدت فكرة العقود الإدارية بطبيعتها، فإذا كان العقد متصلاً بتسيير أو تنظيم مرفق عام فإنه يكون إداريًا 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 الأمر بمصالح قومية أو محلية فلا يمكن اعتبار إدارة هذه المصالح محكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني". وبذلك يكون هذا الحكم قد أدخل عقود الجماعات المحلية نهائيًا 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 فى الرابع من مارس عام 1910 في قضية تيرون

---

([44])C.E 6 Feve 1903 – Terrier, Rec 94, Concl. Romieu.
وأنظر في التعليق على هذا الحكم: مارسولون وبروسبيروفى، المرجع السابق ص72.

Theorond [45] والذي قرر بأن المساهمة في المرفق العام تؤدى بذاتها ومهما كانت شروط العقد إلى اختصاص القضاء الإداري[46].

غير أن ارتباط العقد بالمرفق العام كمناط اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بنظر منازعات عقود الإدارة لم يتمتع طويلاً بموقع الريادة، إذ سرعان ما تطور القضاء الفرنسي وتحول تحولاً آخر بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي قضية شركة الجرانيت[47] بتاريخ 1912/7/31 معلنًا عدم كفاية اتصال العقد بالمرفق العام لاعتباره عقدًا إداريًا بل يتعين احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وقد أوضح المفوض "بلوم" في تقريره أن العقود المبرمة لصالح مرفق عام يمكن أن تكون إدارية أو عقود مدنية.

غير أنه وبحلول عام 1956 حدث تطور هام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يمثل منعطفًا جديدًا بشأن المعيار القضائي لتمييز العقود

الإدارية، وذلك بصدور الحكم في قضية الزوجان بارتان EPOUX BERTIN في 1956/4/20 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 يكفى بذاته في دمغ العقد محل البحث بصفة العقد الإداري حتى ولو لم يتضمن شروطًا غير مألوفة في القانون الخاص[48].

وليس هذا هو الحكم الوحيد الذي قضى بهذا المبدأ، بل لقد أصدر المجلس في نفس اليوم حكمًا يتضمن المبدأ ذاته، وهو الحكم الصادر في قضية جريموارد Grimonard والذي قضى بأن: "الأعمال موضوع العقد – وهى إعادة زراعة الغابات الفرنسية – تعتبر من الأشغال العامة. فإن هذا العقد مهما تكن طبيعة الشروط التي يتضمنها يعتبر بسبب موضوعه بالذات من العقود الإدارية[49].

ونتلمس من هذين الحكمين عودة الضابط الموضوعي المستمد من المرفق العام إلى مكان الصدارة وصيرورته معيارًا كافيًا 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'execution Meme 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

---

([45]) C.E. Therond 4/Mars/1910-R Rec. p. 193 Concl. Richat

([46]) وقد جاء فى أسباب حكم تيرون: أن مدينة مونبليه بتعاملها فى هذه الظروف مع السيد تيرون إنما تصرفت بالنظر إلى صحة وطمأنينة السكان وبذلك يكون هدفها تحقيق مرفق عام، وبهذا تكون الصعوبات التى يمكن أن تنشأ من عدم تنفيذ مرفق عام أو سوء تنفيذه من اختصاص مجلس الدولة إذا لم يوجد نص يمنح الاختصاص لجهة أخرى. راجع فى ذلك د.أحمد يسرى، المرجع السابق، ص121.

([47]) C.E. 31/7/1912, Societe DES Granites Porphyraids des vosges, Rec, p. 909 Concl. Blum.

([48]) C.E. 20/4/1956, Epoux Bertin, Rec. p. 167, Concl. Long.

وأنظر فى التعليق على هذا الحكم:

- Jacqueline Maround, op. cit., p. 396.

مارسولون وبرسبيرفى – د. أحمد يسرى، المرجع السابق ص508.

([49]) C.E. 20/4/1956, Grimonard, R.D.P 1957, p. 1958. note Waline.

عقدًا إداريًا[50]. وكذلك العقد المبرم بين إحدى المدارس وحارس لها[51].

وسيرًا في ذات الاتجاه رفضت محكمة التنازع الفرنسية إضفاء الصفة الإدارية على العقد المبرم بين كهرباء فرنسا E.D.F وشركة لتوريد محولات لمركز كهربائي لأن العقد لا يهدف إلى اشتراك الشركة المتعاقدة في تنفيذ المرفق العام[52].

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 غير مألوفة في القانون الخاص.

ويتجه التطور الحديث في القضاء الفرنسي إلى تبنى مفهوم واسع لمدى مشاركة المتعاقد في المرفق العام مؤداه أن علاقة العقد بالمرفق العام على نحو معين سواء فيما يتعلق بتسيير المرفق أو بتنفيذ تمثل معيارًا كافيًا بذاته لإعطاء العقد الطابع الإداري.

وقد ساهم هذا المفهوم في تحديد المركز القانوني للمتعاونين مع الإدارة في عقود التوظف، حيث قضى مجلس الدولة في قضية Selbonne باعتبار الطاهيات والخدم في مقصف المدارس الخاصة بالولادة موظفون عموميون على اعتبار أنهم مساهمون في مهمة مرفق عام[53]. كما قضت محكمة التنازع في قضية Bungener بأن العقد المبرم بين موظفي إدارة المنازل وبين مستشفى عام لإلقاء دروس في اللغة الفرنسية والحساب إداريًا لانطوائه على مساهمة من جانبهم في تنفيذ مرفق عام واعتبرت هؤلاء الموظفين من قبيل الموظفين العموميين[54] .

ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد، بل اعتمدت محكمة التنازع حاليًا – وفى تطور جديد – مفهوم أكثر اتساعًا لشرط مشاركة المتعاقد في مهمة المرفق العام حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ 2000/2/14 في قضية Verdier باعتبار الموظفين غير النظاميين الذين يعملون لحساب جماعة مصلحة عامة تدير مرفق عام إداري من قبيل الموظفين العموميين [55].

---

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

([51]) 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.

([52]) T.C. 17/4/2000, Credit Lyonnais d'electricte de France. C.E. 27/2/1987 – Selbonne.

([53]) T.C. 29/6/1987 – Bungener

([54]) مشار إليهما – جاكلين – المرجع السابق – ص397.

([55]) ويمكن استخلاص هذا المبدأ من مدونات حكم محكمة التنازع حيث قررت:

Les personnels non Statutaires travaillont Pour le Compte d'une Persornne publique Gasront un Service Public a Caractere administratif Sont Soumis. Dans Leurs Rapports Avec cette Personne et Quel cue Soit Leur Emploi, a un Regime de Droit Public. Tel est Le Cas Des Personnes Non Statutaires Travaillont Pour le compte d'un Groupement d'intetet Public Gerant un Service administratife Peux Connaitre des Litiges Opposant un agent d'un Tel Gropement d'interet Public a Celui –ci, T.C., Groupement d'interet Public "Habitat et interventions Sociales Pour Les mal – Loges et Sans Abris" Mme Verdier T.C. 3170, 14/2/2000.

غير منشور.

وعلى ذلك لم يقتصر المفهوم الواسع لشرط مشاركة المتعاقد في مهمة المرفق العام على مجرد الاشتراك – على نحو معين – في مرفق عام إداري، بل امتد هذا المفهوم ليشمل مشاركة الموظف غير النظامي في جماعة مصلحة عامة تدير مرفق عام إداري، ويضحى العقد المبرم بين الموظف المذكور وبين هذه الجماعة عقدًا إداريًا وينبني على ذلك اكتساب هذا الموظف لصفة الموظف العام. ولا شك أن من شأن هذا التوسع الذي اعتمدته محكمة التنازع في مفهوم المشاركة في تنفيذ المرفق العام اتساع دائرة العقود الإدارية في فرنسا.

غير أنه ولما كان الاشتراك أو المساهمة في تنفيذ مهمة مرفق عام من الأمور الموضوعية التي يتعين على قاضى الموضوع بحثها من خلال ظروف وملابسات النزاع المطروح عليه ، وهو ما يستلزم بطبيعة الحال مرور فترة زمنية –ليست قليلة – يباشر خلالها الموظف عمله لدى المرفق العام، فقد ثار التساؤل في فرنسا عن الوضع بالنسبة للموظفين المبتدئين الذين لم يتبين بعد ما إذا كان عملهم يعد مساهمة أو مشاركة في تنفيذ مرفق عام من عدمه ؟

لقد أثير هذا التساؤل بشأن نزاع الأرملة Mazerand [56] والتي كانت قد تعاقدت مع مرفق عام لتقوم بأعمال نظافة وصيانة هذا المرفق عام

1942، وكان العقد من عقود القانون الخاص، وفى أثناء نظر النزاع أمام القضاء العادي تم ترقيتها عام 1952 إلى وظيفة مشرفة أطفال فأصبحت بذلك مشتركة في تنفيذ مرفق عام هو مرفق التربية وأصبح العقد إدارياً يدخل في اختصاص القاضي الإداري.

وبعرض الأمر على محكمة التنازع لحسم هذا النزاع جاءت بحلول على قدر كبير من الأهمية يمكن إيجازها في المبادئ الآتية:

1 - أن عقود التوظف التي تبرمها المرافق العامة الإدارية هي دائمًا عقود إدارية وأن أطرافها من الموظفين يخضعون للقانون العام مهما كانت وظائفهم[57].

2 - أن الفترة الحاسمة التي تحدد طبيعة النزاع وتحديد القاضي المختص هي تلك الفترة التي تسبق النزاع مباشرة. فالقاضي لا يرجع إلا إلى الوظائف التي يمارسها الموظف خلال تلك الفترة[58].

نخلص مما تقدم إلى أن القضاء الإداري الفرنسي قد تبنى المعيار التبادلي لتمييز العقد الإداري ابتداء من عام 1956 – تاريخ صدور حكم الزوجين " بارتان" – وأصبح اتصال العقد بالمرفق العام على نحو وثيق يكفي بذاته لإضفاء الطابع الإداري على العقد دون النظر لاحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه.

**2- الوضع في مصر:**

إذا كانت مصر قد عرفت نظام القضاء المزدوج اعتبارًا من عام 1946 بموجب القانون

---

([56])Jacqueline op. cit., p. 398
- T.C. 25/11/1963 . ste “veuve Mazerand”

([57]) – T.C. 25/3/1996, prefet de Rhom et autres/ Conseil de Prud homes de Lyon (Berkani) p. 535.
- T.C. 26/11/1990 “demoiselle Salliete”.

([58]) – T.C. 26/11/1990 “demoiselle Salliete”.

أنظر في التعليق على هذه الأحكام – جاكلين – الإشارة السابقة.

رقم 112 لسنة 1946 بإنشاء مجلس الدولة، إلا أن المشرع لم يشأ النص على اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية إلا عام 1949 بصدور القانون رقم 9 لسنة 1949.

وفيما يتعلق بظهور فكرة المرفق العام – في مجال العقود الإدارية – في أحكام القضاء الإداري المصري، فقد أخذ هذا القضاء 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 العام"[59].

وفى حكم أكثر تفصيلاً قضت بأن: الأحكام جرت على أن المرفق العام هو المعيار المميز للعقد الإداري، ذلك أن قاعدة ضرورة إطراد سير المرفق تتطلب فى الحقيقة أن تطبق على الأشخاص الذين يساهمون فى تسييره قواعد معينة لا يجب تعليق تطبيقها على وجود أو تخلف شروط غير مألوفة فى العقد المبرم بين الإدارة وبين الأفراد المعاونين له خاصة إذا توافرت للمرفق العام أهمية خاصة أو بلغت معاونة الفرد

المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة فإن معيار العقد الإداري يكون حينئذ معيارًا مفردًا قائمًا بذاته لا ضرورة لبحث ما إذا كان يتضمن شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[60].

غير أن مجلس الدولة قد تأثر – على ما يبدو – بالأزمة التي تعرضت لها فكرة المرفق العام، وصار المعيار المستمد من ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام غير كاف بذاته لتمييز العقد الإداري، حيث استلزم القضاء بالإضافة إلى هذا الشرط ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وقد عبرت محكمة القضاء الإداري [61] عن هذا المعنى – وأيدتها في ذلك المحكمة الإدارية العليا[62] – بقولها : " إن اتصال العقد الذي تبرمه

---

([59]) حكمها الصادر بجلسة 1951/12/26، مجموعة المكتب الفني، السنة السادسة، ص214، وحكمها الصادر فى الدعوى رقم 870 لسنة 5ق، جلسة 1956/12/9، مجموعة المكتب الفني، لسنة 11، ص76 وحكمها الصادر في الدعوى رقم 222 لسنة 10ق، جلسة 1956/12/16 مجموعة المكتب الفني لسنة 11، ص88.

([60]) حكمها الصادر في الدعوى رقم 4314 لسنة 9قن جلسة 1963/1/27، مجموعة المبادئ فى خمس سنوات من 1961: 1966، ص164.

([61]) يراجع في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 870 لسنة 5ق، جلسة 1956/12/9، مجموعة أحكام القضاء الإداري، لسنة 11، ص50، وبذات المعنى حكمها في الدعوى رقم 56 لسنة 2ق، جلسة 1960/10/6، مجموعة السنة 15، ص5، وحكمها في الدعوى رقم 1894 لسنة 10ق، جلسة 1957/3/10 وفى هذا الحكم تبرر المحكمة هذا الاتجاه بقولها: "إن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريًا فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتبارًا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بالمرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام.

([62]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 62 لسنة 2ق، جلسة 1961/5/13، مجموعة المكتب الفني، السنة السادسة، ص1012، وفى ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 889 لسنة 6ق، جلسة 1962/3/31، مجموعة السنة السابعة، ص527، وحكمها في الطعن رقم 559 لسنة 11ق، جلسة 1968/3/24، مجموعة السنة 13، ص557، وحكمها في الطعن رقم 4082 لسنة 41ق جلسة 1999/12/7 سبقت الإشارة إليه، وحكمها في

الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطًا لازمًا لكي يصبح العقد إداريًا فإنه لا يكفي بذاته لكي يضفي على العقد تلك الصفة ".

وتعتمد محكمة القضاء الإداري –صراحة– معيارًا لتمييز العقد الإداري حيث قضت بأن: " المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل هو من جهة الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطًا استثنائية غير مألوفة – ومن جهة أخرى موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق أم استخدام المرفق ذاته "[63].

والمستفاد من أحكام القضاء المصري[64] – عمومًا – أن الوضع في مصر يشهد استقرارًا واضحًا في شأن معيار تمييز العقد الإداري على أساس موضوعي يرتكز على عنصرين لا يغني توافر أحدهما عن الآخر وهما:

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

ب- أن تأخذ الإدارة بأسلوب القانون العام بتضمين العقد شروطًا استثنائية غير مألوفة.

## الفرع الثاني
## درجة اتصال العقد بالمرفق العام
## —

استطاع الحكم الصادر فى قضية الزوجين "Epox Bertin " التأكيد على أن اتصال العقد بالمرفق العام على نحو معين كاف بذاته لدمغ العقد بالطابع الإداري، ومن المبادئ الهامة المستخلصة من هذا الحكم أن مجرد المشاركة أو المعاونة البسيطة للمتعاقد مع المرفق العام غير كافية، بل يتعين أن تكون هذه المشاركة أو المعاونة على قدر كبير من المتانة تصل إلى حد المشاركة المباشرة في تنفيذ المرفق للمهام الموكولة إليه[65].

---

الطعن رقم 4105 لسنة 43ق جلسة 2000/3/21 سبقت الإشارة إليه.

([63]) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 1894 لسنة 10ق، جلسة 1957/3/10، سبق الإشارة إليه. وحكمها في الدعوى رقم 3109 لسنة 38ق جلسة 1986/6/2 غير منشور.

([64]) أنظر على سبيل المثال لا الحصر:

- من أحكام محكمة القضاء الإداري: "حكمها في الدعوى رقم 222 لسنة 10ق، جلسة 1956/12/13، مجموعة المكتب الفني لسنة 11، ص87، وحكمها في الدعوى رقم 3480 لسنة 9قن جلسة 1957/6/2، وحكمها في الدعوى رقم 1184 لسنة 14ق، جلسة 1961/6/25، مجموعة السنة 15، ص269.
- ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا: "حكمها في الطعن رقم 576 لسنة 11ق، جلسة 1967/12/30، مجموعة السنة 13، ص557، وحكمها في الطعن رقم 3703 لسنة 33قن جلسة 1993/2/9، الموسوعة الإدارية الحديثة، د. نعيم عطية وعبد المنعم بيومي، الجزء 49، ص37، وحكمها في الطعن رقم 1386 لسنة 33ق جلسة 1994/1/18، الموسوعة، والمرجع السابق، ص48.
- ومن أحكام دائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة: حكمها في الطعن رقم 154 لسنة 34ق، جلسة 1997/1/12، الموسوعة، المرجع السابق، ص54.
- ومن أحكام المحكمة العليا (دستورية): حكمها في الدعوى رقم 8 لسنة 5ق – تنازع – جلسة 1975/4/5 مجموعة أحكام المحكمة العليا ، ص143، وحكمها في الدعوى رقم 7 لسنة 1ق، جلسة 1980/1/19 مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ص244.
- ومن أحكام محكمة النقض: حكمها ف الطعن رقم1297 لسنة 48ق جلسة 1979/11/8.

([65]) Jacquline. Op. cit., p. 401.

وتختلف درجة اتصال العقد بالمرفق العام في فرنسا عنها في مصر، وذلك نظرًا لاختلاف الوظيفة التي يؤيدها المعيار المستمد من المرفق العام في فرنسا عنه في مصر، إذ بينما يستلزم الوضع في فرنسا أن تكون صلة العقد بالمرفق العام ذات قوة ومتانة تصل إلى حد المشاركة فى تنفيذ المرفق ذاته، فإن القضاء المصري – على نحو ما سلف بيانه – يكتفي باتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من صور الاتصال.

غير أن تحديد درجة اتصال العقد بالمرفق العام وبيان مدى قوتها للقول بكفاية المعيار المستمد من المرفق العام لإضفاء الطابع الإداري على العقد ليس أمرًا سهلاً، ومكمن الصعوبة يتمثل في وضع معيار محدد لعلاقات غير محددة، إذ ليس في الإمكان تحديد إطار ثابت لحالات اتصال العقد بالمرفق العام[66].

وتخفيفًا من حدة هذه الصعوبات استخلص الفقه الفرنسي[67] – من أحكام القضاء – ثلاثة نماذج لاتصال العقد بالمرفق العام، حيث يكفي كل واحد منها لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون النظر لاحتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة من عدمه، وعلى ذلك يكون العقد إداريًا إذ كان موضوعه يتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور الآتية:

**1- إذا كان من شأنه أن يعهد للمتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق العام.**

L’execution Meme du Service Public

ومثال ذلك عقود التزام المرفق العام، كما يدخل حكم الزوجين " برتان " ضمن هذه الصورة.

**2- إذا كان من شأنه إشراك المتعاقد مباشرة فى تنفيذ المرفق العام.**

Co Contratant directement a L'execution du service public.

حيث يقتصر دور المتعاقد على المشاركة فى 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.**

L’une des modalites de L’execution meme du service public par L’administration.

ومثال ذلك حكم "جريموراد" المشار إليه سلفًا.

وجدير بالذكر أن النماذج الثلاثة آنفة البيان لا تعدو أن تكون سوى تعبيرًا عن درجات المعاونة من جانب المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرافق العامة الذي من أجله أبرم العقد الإداري[68]. وعلى ذلك يكون منطقيًا ترك أمر تقدير مدى توافر هذه المعاونة من جانب المتعاقد، وتقدير درجة هذه المعاونة لقاضى العقد باعتبار أن تقدير هذه الأمور

---

وفى ذات المعنى: د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص11 وما بعدها، د. ثورية لعيوني، الرسالة، المرجع السابق، ص194، د. على محمد علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة، عين شمس، 1991، ص100.

([66]) J.Georgel, “Contrats administratifs par nature, J.C.A., Fase. 502, 1971

([67]) – R.CHAPUS. droit administratif general. Tl ed 1995, p. 500

- Richer. Droit contrats amdinistratifs, ed 1995, p. 88.

([68]) د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، طبعة 1999، ص54.

من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقديره في كل حالة على حده[69].

أما في مصر فقد أدى عدم اعتماد القضاء المصري على معيار المرفق العام بمفرده كمعيار لتمييز العقد الإداري – بأن استلزم إلى جواره ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية – أدى ذلك إلى الاكتفاء باتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور، ويترتب على ذلك أن مجرد المساهمة البسيطة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام تكفى بذاتها لتحقق شرط اتصال المرفق العام.

وقد أوردت محكمة القضاء الإداري صورًا 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 مشتركًا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية[70].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا – في حكم حديث لها – أن محاكم مجلس الدولة تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود التوريد، ولما كان النزاع الماثل يتعلق بعقد توريد أغذية للطلبة مبرم بين الجمعية الطاعنة وجامعة الأزهر بقصد تسيير مرفق التعليم، ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص الولائي في غير محله[71].

وخلاصة ما تقدم أن درجة اتصال العقد بالمرفق العام تختلف باختلاف الوظيفة التي يؤديها ضابط اتصال المرفق العام في تمييز العقد الإداري، فبينما يؤدى هذا الضابط وظيفته في فرنسا على نحو تبادلي أو تخييرى Alternatif يستلزم ذلك أن تكون درجة اتصال العقد بالمرفق العام قوية ومتينة بما يسمح بكفاية معيار اتصال العقد بالمرفق العام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي أبرم من أجله، في حين أن أداء هذا المعيار لوظيفته في مصر على نحو تكاملي Cumulatif أو جزئي جعل درجة اتصال العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور وإن كانت ضرورية إلا أنها ليست كافية إذ يستلزم إلى جانب ذلك إتباع الإدارة لأساليب القانون العام بتضمين العقد شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويترتب على ذلك أن انقطاع هذه الصلة – في مصر – يؤدى إلى اعتبار العقد من عقود القانون الخاص حتى ولو تضمن شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[72]. في حين أن انقطاع صلة العقد بالمرفق العام في فرنسا لا تؤدى إلى انتفاء الطابع الإداري عن العقد فيما لو احتوى على شروط استثنائية غير مألوفة[73].

---

([69]) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص74، د. ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص194. د. على محمد على عبد المولى، المرجع السابق، ص101.

([70]) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 3480 لسنة 9ق، جلسة 1957/6/2، سبق الإشارة إليه.

([71]) حكمها في الطعن رقم 314 لسنة 46ق جلسة 2005/2/1 – لم ينشر بعد.

([72]) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 1235 لسنة 13ق، جلسة 1960/3/22، مجموعة المكتب الفني السنة 14، ص256، وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 559 لسنة 11ق، جلسة 1968/2/24، سبق الإشارة إليه.

([73]) C.E. 15 Juin 1990-Lemeumier, R.D. p. 1992, p. 1519.
حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي عقود الدومين الخاص من العقود الإدارية لمجرد احتوائها على بنود غير مألوفة فى القانون الخاص ورغم عدم اتصالها بالمرفق العام.

**الفرع الثالث**
**مدى فاعلية فكرة المرفق العام**
**كضابط موضوعي لتمييز العقد الإداري**

رغم الهجوم الشديد الذي تعرضت له فكرة المرفق العام، إلا أنها مازالت تؤدى دورها كأساس للعديد من نظريات القانون الإداري، وفى مقدمتها نظرية العقود الإدارية، بل أن الأصالة الذاتية التي تتمتع بها هذه النظرية ترجع في المقام الأول إلى فكرة المرفق العام [74]، كما أن حتمية اتصال العقد بالمرفق العام هي التي تبرر القواعد الاستثنائية التي يتميز بها النظام القانوني للعقود الإدارية.

وتربط محكمة القضاء الإداري في مصر بين فكرة المرفق العام ومعيار تمييز العقد الإداري

بقولها: " إن الغاية من التمييز بين العقد الإداري والعقد المدني هو رعاية المصلحة العامة وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، فإذا دعت الحاجة إلى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين فإنه يجب أن يتجه الرأي أول ما يتجه إلى أن هذه النية ليست إلا تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق " [75].

وللدلالة على مدى فاعلية فكرة المرفق العام كضابط موضوعي لتمييز العقد الإداري يكفى الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي مازال يعتمد هذا الضابط كمعيار كاف بذاته لتمييز العقد الإداري متى كان اتصاله بالمرفق العام قويًا ومباشرًا على النحو الذي حاول الفقه الفرنسي صياغته في صورة نظريات[76] متعددة منها على سبيل المثال نظرية الهدف الحال المباشر، ونظرية الأوضاع الخاصة بالتسيير، فهي كلها نظريات تتضمن معنى التعبير عن درجات المعاونة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام.

ومع تطور فكرة المرفق العام بحيث أصبحت لا تقتصر فقط على المرافق الإدارية، بل تضم إلى جوارها المرافق الاقتصادية والمهنية، ومع خضوع هذه المرافق لقدر مشترك من القواعد التي يطلق عليها النظام القانوني للمرافق العامة[77]، صارت فكرة المرفق العام معيارًا فعالاً في تمييز العقد الإداري.

وتشير أحكام القضاء الإداري الفرنسي[78] إلى علاقة العقد بالمرفق العام، كما تحرص محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية في مصر على الإشارة إلى فكرة المرفق العام باعتبارها تمثل أحد الضوابط الثلاثة في معيار تميز العقد الإداري.

**المطلب الثالث**
**احتواء العقد على شروط استثنائية**
**وغير مألوفة في القانون الخاص**

**تمهيد وتقسيم:**

---

([74]) أنظر: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص36.

([75]) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 983 لسنة 9 ق، جلسة 1957/6/30 سبقت الإشارة إليه.

([76]) لمزيد من التفاصيل حول هذه النظريات: مستشار جمال جودة اللبان، المرجع السابق ص96، د.ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص172، د.عمر حلمي فهمي، المرجع السابق ص128، د.أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص28 وما بعدها.

([77]) يراجع: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص66.

([78]) راجع فى عرض لهذه الأحكام: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص55.

حينما تلجأ الإدارة إلى أسلوب التعاقد الإداري، فإن هذا يعنى تمسكها بامتيازاتها 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 شروطًا استثنائية للدلالة على تمسكها بامتيازاتها، وسلطاتها، أو شروط غير مألوفة في القانون الخاص للدلالة على عدم محاكاة الأفراد في عقودهم.

ويُعد المعيار المستمد من فكرة الشروط الاستثنائية وغير المألوفة هو العنصر الثالث الذي يؤكد مجلس الدولة المصري – على ما سنرى – على ضرورة وجوده إلى جانب العنصرين السابقين لتمييز العقد الإداري، في حين يكتفي مجلس الدولة الفرنسي باحتواء العقد

على شروط استثنائية، أو اتصال العقد بالمرفق العام على نحو معين في حالة خلو العقد من مثل هذه الشروط.

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 دائمًا عبء البحث عن نية الإدارة والكشف عن إتباعها أساليب القانون العام من عدمه، وهو ما يعنى أن هذا العنصر عنصر مادي يعتمد على ماديات العقد من خلال فحص بنوده ونصوصه.

وتُعد فكرة الشروط الاستثنائية فكرة قضائية من إبداعات مجلس الدولة الفرنسي، ويمثل الحكم الصادر بتاريخ 31 يوليو 1912 في قضية "الجرانيت"[79]. أول ظهور حقيقي لهذه الفكرة حيث قرر مجلس الدولة بإخضاع المنازعة بين الشركة المتعاقدة والإدارة لاختصاص المحاكم القضائية استنادًا إلى العقد كان موضوعه توريد أحجار الجرانيت وفقًا لنفس القواعد والشروط التي تحكم العقود بين الأفراد العاديين.

ورغم 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 – تخرج عن موضوع البحث، لذلك نجد من الأجدر الاقتصار فى دراسة هذا المعيار على بيان ماهية الشروط الاستثنائية وبيان صورها، ثم تحديد الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية، وأخيرًا بيان القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية، وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة:

الفرع الأول: ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة وبيان صورها.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية.

الفرع الثالث: القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية.

## الفرع الأول
## ماهية الشروط الاستثنائية
## وغير المألوفة وبيان صورها

---

([79]) لمزيد من التفاصيل: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص134، ومارسلون وبرسبيروفي – د. أحمد يسرى، المرجع السابق، ص508، جاكلين، المرجع السابق ص396.

ثمة حقيقة ينبغي الإشارة إليها ابتداء مؤداها أن إطلاق وصف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص في مجال العقود الإدارية لا يكون صحيحًا 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[80].

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 أصل والآخر استثناء له.

وعلى 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 فى 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[81].

**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 حلاً ثابتًا في شأن تحديد ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة[82].

**الثالث:** الخلاف الدائر بين فقهاء القانون العام – سواء في فرنسا أو فى 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 مؤيدي المرفق العام أو مؤيدي نظرية السلطة العامة.

## أولاً: تحديد ماهية الشروط الاستثنائية وغير المألوفة:

([80]) يراجع: حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 983 لسنة 9ق، جلسة 1975/6/30، مجموعة المكتب الفني، السنة 11، ص618 حيث قررت المحكمة: وأصبح ما يتميز به العقد الإداري تضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث لو نظر إليها من نفس الزاوية التي ينظر بها هذا القانون إلى شروط العقد فكانت شروطًا 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 صحيحًا إلا عن طريق قياسها بالشروط العادية في عقود القانون الخاص، أما إذا نظر إلى العقود الإدارية نظرة مستقلة بذاتها من حيث طبيعتها نظامها القانوني، فإنه يكون من التجوز وصف تلك الشروط بأنها استثنائية أو غير مألوفة وأن واقع الأمر أنها هي الشروط المألوفة بالفعل في العقود الإدارية، بل هي الشروط العادية فيها لأنها متفقة مع طبيعتها ونظامها.

([81]) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص79. ويستشهد في ذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Rcnaraye بتاريخ 1948/1/21.

([82]) قرب من ذلك: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص81.

إزاء الصعوبات المشار إليها فإنه من الممكن من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه أن نتلمس تحديدًا لمفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة.

**1- الاتجاهات القضائية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة:**

من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي عرفت الشروط الاستثنائية حكمه الصادر في قضية Stien حيث عرفها 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"[83].

وعرفتها محكمة التنازع بأنها الشروط التي تختلف بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن ينص عليها في عقد مماثل في القانون الخاص[84].

كما اتجهت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى ربط الشروط الاستثنائية بفكرة السلطة العامة ومن ذلك حكم مجلس الدولة بتاريخ 1948/1/21 فى قضية Societe Miniere et Merallurgique وحكمه الصادر بتاريخ 1952/4/2 في قضية Compagnie de L'union وبتاريخ 6 نوفمبر 1953 في قضية Ramon، وقد تردد في هذه الأحكام تعريف للشروط الاستثنائية بأنها: الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقًا غير مألوفة في القانون الخاص[85].

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[86].

---

([83]) C.E. 20/10/1950, Redc. P. 505 "Clauses ayant paur objet de con – Ferer aux paties des droits ou de mettre a leur charge des obligotions etrangers par peurnature aceux qui sont suceptibles d'etre librement Consentis par quiconque dans le cabre delais civiles et commerciales.

([84]) T.C. 19/6/1952, ste des Combustibles et carburants nationaux, R.D.P., p. 628 'des clauses differentes par leur nature de celles que peuvent etre irscrites dans un contrat analogue de droit prive'.

([85]) لمزيد من التفاصيل أنظر:
Marcel Waline – Note de Jurisprudence – les Clauses exorbitontes du droit commun. R.D.P. 1965m, p. 1175.

([86]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2124 لسنة 34ق جلسة 1990/11/24 الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء 35، ص284.

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[87].

**2- الاتجاهات الفقهية في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية:**

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 باطلاً لمخالفته للنظام العام، أو لأن السلطة الإدارية نصت عليه في العقد إعمالاً لمقتضيات الصالح العام التي تعتبر غريبة على أشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم[88].

وفى ذات الاتجاه يقرر البعض أن الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يتصور أن تدرج في عقود الأفراد باعتبارها مخالفة للنظام العام[89].

وفى رأينا أن أهم ما يُعيب هذا الاتجاه في شقه الأول أنه جاء استنادًا إلى ظاهر عبارة الألفاظ وحملاً لها على الاصطلاح اللغوي ذلك أن الشروط غير المألوفة قد وصفت بهذا الوصف لأنها نادرًا ما ترد في عقود القانون الخاص، كما يُعيب 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 العقد بالإرادة المنفردة، إذ بينما قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار أن السلطة التقديرية في فسخ العقد – Pouvoir Discri onnaire de Resiliation شرطًا استثنائيًا[90]، نجد أن محكمة التنازع رفضت إضفاء هذا الوصف الذي يقضى بفسخ العقد تلقائيًا

---

([87]) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة 16، ص1048.

([88]) Waline (M.) Precis Droit administrative, Editions Montchrestien 1969, p. 572 “il me semble que les clauses cxorbitont du droit commun et celle que L,on ne trouve pas normalement dons le contrat de droit prive, soit parce quelly serait nulle comme contraire l’ordre public, soit encore parce qu elle a ete inseree lans le con- trat par l’oatorite administrative en function de preoccupation d’interets public qui sont etrangeres aux personnes de droit prives lorsque celles ci contractent cntre elles”.

([89]) J.Rivero, “Droit administrative, Dalloz, 1987, p. 143 et 144 “Sont Certainement Derogatoires les clauses excedant la liberte controctuelle, et des lors insuceptibles de Figurer dons un contrat entre particuliers, comme contraires a l’ordre public.

([90]) Cos-Civil 20/11/1973 ste maison du livre francais bul. Civ. I n.316. J.C.P. 37.

حال إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية [91]. مما يعنى جواز الاتفاق على هذا الشرط في عقود الأفراد.

**ب- الاتجاه الثاني:**

ويذهب إلى أن الشروط غير المألوفة هي تلك التي يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقا أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في ظل القوانين المدنية والتجارية[92].

وفيما يبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر بالتعريف الذي أورده حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Stien [93].

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 يُعيب 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.

**ج - الاتجاه الثالث:**

ونادى به الفقيه " دى لوبادير" حيث يرى أن الشرط غير المألوف هو الذي يحمل في طياته الطابع الإداري وهو يدرج في العقد من أجل تحقيق الأهداف التي يقصد إليها القانون العام في مجموعه، ويمكن معرفة طبيعة العقد وما إذا كانت شروطه تحمل الطابع الإداري من الرجوع إلى الاعتبارات التي وضعت من أجلها هذه الشروط، ويصبح الشرط غير مألوف إذا كان أساسه اعتبارات الصالح العام التي لا يمكن أن توجد في العلاقات التعاقدية بين أشخاص القانون الخاص[94].

ويمتاز هذا الرأي بالواقعية من حيث نظرته للشروط غير المألوفة من خلال وظيفتها فى التعبير عن غاية الإدارة فى تحقيق الصالح العام، وارتباط هذه الشروط بمبادئ القانون العام وعدم مشروعيتها فى عقود الأفراد [95].

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 فى عقود الأفراد، لأنه يستمد وجوده من وجود السلطة العامة كطرف في العقد[96].

---

([91]) T.C. 15/6/1970, de comblonchien, R.P., p. 889.

([92])Vedel, Droit administratif, 1980, p.327

وكذلك مقالته الهامة بعنوان: Rematque sur la notion de claus exorbitant “Melongs’ Mestre, 1956, p. 527.

([93]) سبقت الإشارة إليه.

([94]) Delaudere: Traite theatique et pratique des Contrats administrat – if, t. 1, paris, 1956, No. 66, p. 88.

([95]) أنظر: د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، معيار تمييزها، دار الثقافة الجامعية، 1999، ص79 وما بعدها.

([96]) أنظر: د. ثروت بدوى، المرجع السابق، ص154، وفى ذات الاتجاه، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص57.

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 فى إتباع أساليب القانون العام، فإذا وجد ما يدل على عكس ذلك فقدت الشروط غير المألوفة كل أثر في تحديد طبيعة العقد.

وذهب رأى آخر إلى أن الشروط غير المألوفة هي شروط لو وضعت فى عقد مدني لقضى ببطلانه، ولكنها لا يجب أن تكون دائمًا كذلك بل يمكن أن تتمثل في شروط لا يعتاد الإنسان أن يراها كثيرًا في عقود القانون الخاص[97].

والرأي الغالب في الفقه المصري يميل إلى التحفظ بشأن إعطاء تعريف محدد للشروط الاستثنائية، ويرى إمكانية ردها إلى أفكار رئيسية – دون الإدعاء 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[98].

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 يُشير 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.

كما يسمح هذا التعريف ببيان الدور الوظيفي للشروط الاستثنائية باعتبار أن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة في مجال العقود الإدارية ليس هدفًا في ذاته، بل وسيلة لتحقيق هدف العقد الإداري وهو الصالح العام، فالقانون حينما ناط 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 دورًا هامًا في مجال العقد الإداري لاسيما في

---

([97]) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، 1979، بدون نشر، ص133.

([98]) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص82 وما بعدها، د. على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص36، د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص32 وما بعدها، د. عمر حلمي فهمي ود. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية – معيار تمييزها وأنواعها، دار الثقافة الجامعية عام 1995، ص54، د. على محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص122.

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 جامعًا مانعًا، إذ ليس من السهل – كما سبق أن ذكرنا – وضع إطار محدد لعلاقات غير محددة، ويبقى التطور القضائي – سواء في مصر أو فرنسا – كفيلاً بإدخال المزيد من الأفكار التي تعين على تعريف أكثر شمولاً 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[99]: شروط العقد الموضوعة هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعًا لقانونها، وهذا القانون – وهو دستور العقود الإدارية – يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل 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[100] على المفهوم الوظيفي للشروط الاستثنائية بقولها: إن الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرام العقد الإداري وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله بتضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص... وذلك تحقيقًا للنفع العام.

**ثانيًا: صور الشروط الاستثنائية وغير المألوفة:**

على الرغم من تعدد أحكام القضاء – سواء في فرنسا أو في 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 متضمنًا لشروط استثنائية دون أن تفصل بين النصوص العادية والنصوص الاستثنائية[101].

غير أنه من الممكن – من خلال أحكام القضاء – إبراز صور من الشروط التي اعتبرها القضاء استثنائية وغير مألوفة، وتندرج

---

([99]) حكمها في الدعوى رقم 983 لسنة 9ق، جلسة 1957/6/30، مجموعة المكتب الفني، السنة 11، ص607.

([100]) حكمها في الطعن رقم 1383 لسنة 35ق جلسة 1995/1/8، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء 49، طبعة 2000، ص55، وفى ذات المعنى حكمها في الطعن رقم 1059 لسنة 7ق، جلسة 1963/5/25، وحكمها في الطعن رقم 559 لسنة 11ق، جلسة 1968/3/24، الموسوعة الإدارية الحديثة، المرجع السابق، الجزء 18، الطبعة الأولى، ص681 وما بعدها.

([101]) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص144.

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، وهى على هذا النحو مستحيلة التحقيق في عقود الأفراد لعدم تمتعهم بتلك السلطة، وبالتالي فإن النص أو البند الوارد في العقد والذي يشير إلى استعمال الإدارة إلى أحد امتيازات السلطة العامة ينبئ عن رغبة الإدارة في الدخول إلى دائرة العقد الإداري، وابتعادها عن دائرة عقودها الخاصة، والعكس صحيح.

وعلى ذلك فقد ذهب بعض الفقه – وبحق – إلى أن هذا النوع من الشروط يحدد مباشرة الطبيعة الإدارية للعقد[102].

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

**أ- الشروط التي تتضمن 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 شكلاً، وتنظيمي موضوعًا[103].

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط التي تمنح الإدارة سلطات في مواجهة المتعاقد معها قد تظهر في الخطوات التمهيدية للتعاقد، ومثال 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 إطلاقًا[104].

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، ويُعد النص عليها هو الشرط الاستثنائي النموذجي، حيث تستطيع الإدارة بموجب هذه السلطة أن تفرض التزامات على المتعاقد وتلزمه بتنفيذها بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ويبدو ذلك جليًا فى سلطة الإدارة في الرقابة Pouvoir de Controle على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وحقها في تعديل التزاماته بالزيادة أو النقص، وكذلك حقها في توقيع الجزاءات عليه عند إخلاله بالتزاماته، وكذلك حقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة[105].

---

([102]) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص154.

([103]) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 983 لسنة 9 ق جلسة 1957/6/30 سبقت الإشارة إليه.

([104]) د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص133.

([105]) مع ملاحظة أن شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة محل خلاف في القضاء الفرنسي.

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

بموجب هذه الشروط يتلقى المتعاقد مع الإدارة تفويضًا من جانبها بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير[106].

وتعد هذه الشروط من الشروط المستحيلة في عقود الأفراد فيما بينهم لعدم امتلاكهم امتيازات السلطة العامة.

ومن أمثلة هذه الشروط ما يرد فى 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[107].

كذلك في عقود الأشغال العامة فإن ثمة شروط تمنح المقاول حق شغل العقارات الخاصة مؤقتًا رغم إرادة أصحابها، أو سلطة الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات[108].

وهذه الشروط رغم كونها استثنائية فإن ثمة تحفظ ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام وهو أنها لا تؤثر فى صفة العقد المبرم بين الملتزم والمنتفع باعتباره من روابط القانون الخاص[109]. وتطبيقًا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن عقد اشتراك التليفون موضوع النزاع أبرم بين الهيئة الطاعنة والمطعون ضده للإفادة من خدمات المرفق الذي تشرف عليه وبغرض تحقيق منفعة خاصة للمشترك تتمثل في توصيل خط التليفون، وليس لهذا العقد صلة بتسيير المرفق أو تنظيمه بغية تحقيق احتياجاته ومن ثم فإن العقد يندرج في نطاق روابط القانون الخاص وتنتفي عنه مقومات العقد الإداري[110].

وفى تصورنا أنه إذا ما قررت جهة الإدارة منح المتعاقد معها سلطات وامتيازات في مواجهة الغير، فإنه غالبًا 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 شرطًا استثنائيًا بذاته في ظل المعيار التكاملي في مصر.

**الطائفة الثانية: الشروط غير المألوفة في عقود الأفراد:**

وهذه الطائفة من الشروط تبدو غير مألوفة فى عقود الأفراد، إما لأنها تحمل طابع القانون

---

([106]) 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، 1994، ص265 وما بعدها.

([107]) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص94، د.أحمد عثمان عياد، المرجع السابق ص82.

([108]) د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق ص137.

([109]) لمزيد من التفاصيل: د.محمد سعيد حسين أمين العقود الإدارية عام 2005، المرجع السابق، ص41 وما بعدها.

([110]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 5187 لسنة 43ق. جلسة 1999/12/28 غير منشور.

العام، وإما لكونها مستوحاة من اعتبارات الصالح العام.

**1- الشروط التي تحمل طابع القانون العام:**

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

من هذه الشروط –مثلاً – 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 وإطراد ، كذلك الشروط التي تنظم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري يمكن تفسيرها على ضوء قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتبديل[111]. كما أن الشرط التي تخول المتعاقد الحق في التعويض عن الأضرار التي تصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد يمكن تفسيرها على ضوء نظرية التوازن المالي للعقد، كذلك فإن الشروط المتعلقة بتغير الثمن وفقًا لقواعد معينة فى حالة تقلب الأسعار Voriation de Prix نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة – يمكن تفسيرها على ضوء نظرية الظروف الطارئة[112].

**2- 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 تبدو الشروط التي لا يمكن تفسيرها في عقود الإدارة إلا استنادًا 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 تخضع دفع جزء من التعويض في حالة ضياع أو فقد السفينة لشروط شراء سفينة أخرى وهو ما يطلق عليه شرط الاستبدال، فهذا الشرط لا يمن تفسيره إلا على أساس تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على اتزان الأسطول الفرنسي[113].

**الطائفة الثالثة: خضوع العقد لنظام قانوني استثنائي:**

تطورت فكرة الشروط الاستثنائية تطورًا هامًا، مؤداه أن الشروط الاستثنائية لا تقتصر فقط على تلك الشروط التي يمكن استنتاجها بتحليل نصوص العقد وبنوده، لكن هناك نوع من الشروط تفرض على العقد، فيبحث عنها القاضي بعيدًا 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 محدد سلفًا، فيكون العقد إداريًا أو مدنيًا بالنظر إلى طبيعة النظام القانوني الذي يحكمه، فإذا كان العقد خاضعًا لنظام القانون العام بناء على نص قانوني، فإن هذا النص يعطى العقد الصفة الإدارية ويغدو إداريًا تبعًا لذلك.

وقد أرسى هذا التطور حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية شركة بحيرة Sont

---

([111]) د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، طبعة 1999، ص70، سبقت الإشارة إليه.

([112]) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص152.

([113]) يراجع في ذلك: د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص138.

[114]. 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 ولو انتفت الصلة المباشرة لهذه العقود بالمرفق العام، أو لم تتضمن شروطًا استثنائية من القانون الخاص.

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 غير المألوفة) على أساس أن فكرة المرفق العام تعد أحد مظاهر النظام غير المألوف في عقود القانون الخاص، حيث قضت محكمة القضاء الإداري[115]. بأنه: "ليس حتمًا أن تكون الشروط الاستثنائية غير المألوفة مضمنة في العقد

عند إبرامه، بل قد يفرضها القانون سلفًا قبل إتمام العقد ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإنشاء المرفق".

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا[116]. 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".

وقد لاقى هذه الاتجاه تأييدًا من جانب بعض الفقه الفرنسي[117] وصل إلى حد المناداة باعتباره معيارًا مستقلاً بذاته، ومعيارًا ثالثًا إلى جوار معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية غير المألوفة، حيث يرى R.Chapus أن هذا المعيار يُساعد على التعرف على الطابع الإداري للعقد دون حاجة للجوء إلى أحد المعيارين الآخرين، ويؤكد على أن الأمر يتعلق بحل قضائي جديد une Solution jurisprudentiell nouvelle يُعد قلبًا للأوضاع، لأن المفروض أن النظام القانوني الذي يخضع له العقد هو نتيجة لتكييفه وتحديد طبيعته، أما فكرة النظام الاستثنائي فهي تحدد النظام أولاً 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 العقد ما لم يكن العقد يحمل في طياته خصائص العقد الإداري من خلال مظاهر النظام

---

([114]) C.E 19 Janu 1973, Soc D'exploitation electrique de Riviere du sont, Rec. p.48.

([115]) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 3480 لسنة 9ق، جلسة 1975/6/2، مجموعة المكتب الفني، السنة 11، ص493.

([116]) حكم المحكم الإدارية العليا في الطعن رقم 559 لسنة 11ق، جلسة 1968/3/24، مجموعة المكتب الفني، السنة 13، ص557.

([117])
R.Chapus, op. cit., p. 743
Vedel, Remarques sur la nature de claus exarbitonte, op. cit., p. 527.

غير المألوف في عقود القانون الخاص كاحتوائه على شروط غير مألوفة أو اتصاله بالمرفق العام.

يؤكد ذلك ما قررته محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 2000/2/14 من أن خضوع العقد لقانون الصفقات العامة لا يمكن أن يعطيه هو وحده طابع العقد الإداري في حين أنه لا يشرك المتعاقد فى تنفيذ المرفق العام ولا يتضمن أي شرط استثنائي من القانون الخاص[118].

**الفرع الثاني**
**الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية**
**—**

يثور التساؤل عن الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية، وبمعنى آخر لماذا يؤدى وجود الشروط الاستثنائية في العقد إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يتضمنها ؟

نرى أن الأساس القانوني للاستناد لفكرة الشروط الاستثنائية يكمن فى أساسين، الأول شخصي، والثاني موضوعي.

### 1- الأساس الشخصى Frondement Subjectif:

ويتمثل هذا الأساس فى حرية المتعاقدين في اختيار أساليب التعاقد، فهما بالخيار بين إتباع أساليب القانون العام، وبين إتباع أساليب القانون الخاص، فإذا احتوى عقدهما على شروط استثنائية كان ذلك دليلاً على اختيارهما أساليب القانون العام ورغبتهما في إبرام عقد إداري. فيما يعد خلو العقد من أية شروط استثنائية دليلاً عن اختيارهما أساليب القانون الخاص ورغبتهما في إبرام عقد مدني.

وتتحدد قيمة هذا الأساس في التعرف على اتجاه إرادة المتعاقدين ورغبتهما في إبرام عقد إداري من عدمه.

### 2- الأساس الموضوعى: Frondement Objectif:

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

---

[118] T.C. 3138 – 14/2/2000 ste commune des Baie – Mahaut et societe Rhoddloms.

غير منشور.

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

La circonstonce au'un contrat de courtage conclu entre une commune et une societe privee, don't l'objet est de trouver, pour cette commune,les conditions d'emprunts les plus avantagevse pour le financement d'equipements publics, ait ete soumis au code des marches publics ne saurait Lui conferer a elle seule le caractere de contrat administrative, alors qu'il n'ade fait pas participer la personne priviee contractante – a l'execution du service public et ne comporte aucune clause exorbitonts du droit commun.

السلطة العامة تكون كفيلة بذاتها في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، حتى ولو 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 فى عقود القانون الخاص ولكنها قليلة الاستعمال، إذ بينما ينبئ الشرط الاستثنائي عن 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 إتباع أساليب القانون العام، ولكنها قرينة تسقط بمجرد إثبات ما يخالفها[119].

**الفرع الثالث**
**القيمة القانونية لمعيار**
**الشروط الاستثنائية**

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، حيث يرى أنصار السلطة العامة أن معيار الشروط الاستثنائية هو المعيار الحاسم والقاطع في تمييز العقود الإدارية، أما معيار المرفق العام فلم يعد ذا أثر حقيقي في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد[120].

ويأتي هذا الرأي استنادًا إلى العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن كل من مجلس الدولة الفرنسي[121]، والمصري[122]، والتي اعتمدت معيار الشروط الاستثنائية معيارًا وحيدًا لتمييز العقد الإداري.

ويذهب أنصار اتجاه المرفق العام إلى أن معيار الشروط الاستثنائية أصبح معيارًا ثانويا فى تحديد ذاتية العقد الإداري، وأن أثر هذه المعيار يقتصر فقط على إضفاء الصفة الإدارية على عقود الدومين الخاص[123] كما ذهب البعض إلى حد إنكار أية قيمة قانونية لمعيار الشروط الاستثنائية، ويرى أن المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع المصري هو معيار المرفق العام[124].

---

([119]) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص41.

([120]) Vedel: op. cit., p. 527, R.Chapus, Responsabilite publique Re – Sponsobilite Prive these Paris 1957, p.109.
حيث تمنى أن يكون معيار الشروط الاستثنائية هو معيار العقد الإدارى.

د.ثروت بدوى، المرجع السابق، ص44، د.مصطفى أبو زيد فهمى، الوجيز فى القانون الإدارى، طبعة 1957، ص47. د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص93 مع ملاحظة أن سيادته قد انتهى إلى أن كل من معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية يصلح بذاته معيارًا لتمييز العقد الإداري.

([121]) أنظر على سبيل المثال: حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية جرانيت فوساج، سبقت الإشارة إليه، وأيضًا حكمه الصادر بتاريخ 1930/12/12 في قضية Stedesmoteurscnom -et- Rhopme – المجموعة، ص117.

([122]) من أحكام مجلس الدولة المصري: حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 1889 لسنة 6ق، جلسة1962/3/31، الموسوعة، ج18، ص673، وحكمها فى الطعن رقم 1195 لسنة 28ق جلسة 1985/4/9، مجموعة المكتب الفني، السنة 30، ص944، حكمها في الطعن رقم 3124 لسنة 34ق، جلسة 1990/11/24، الموسوعة الجزء 35، طبعة 1994، ص285.

([123]) Jeon lamarque, op. cit., p. 500
راجع أيضًا: د. وليم سليمان قلادة، اتجاهات حديثة فى المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، عام 1956، ص504 .

([124]) راجع: مستشار جمال الدين جودة اللبان، المرجع السابق، ص143.

ونرى أن كلا الرأيين يحملان قدرًا 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 فى تمييز العقد الإداري يقتضى التفرقة بين الوضع في فرنسا وبين الوضع فى مصر.

**1- الوضع فى فرنسا:**

حيث تبدو القيمة الحقيقية لمعيار الشروط الاستثنائية فى 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 شروطًا استثنائية[125]. ثم اعترف – في تطور لاحق – بإمكان اكتساب هذه العقود للصفة الإدارية فى حالة تضمنها شروطًا استثنائية[126].

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[127].

**2- الوضع في مصر:**

يميل الرأي الغالب في الفقه المصري إلى المساواة بين القيمة القانونية لمعيار الشروط الاستثنائية وبين القيمة القانونية لمعيار المرفق العام[128]، وذلك استنادًا إلى الاتجاه المستقر عليه في القضاء المصري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري[129]. بأن المعيار الذي يميز العقود

---

([125]) C.E., 26 janv. 1951, ste anonyme miniere, rec. p. 49

([126]) C.E., 26 janv. 1990, le munier, R.D. p. 1992,. p. 1519

وفى ذات المعنى حكم محكمة التنازع:

T.C. 22 nov, 1965, colmette, rec, p. 819.

([127]) C.E., 19 janv 1973. سبقت الإشارة إليه.

([128]) أنظر د.على عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص243، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص291، د. ثورية لعيوني، المرجع السابق، ص248، د. محمد عبد الواحد الجميلي، المرجع السابق، ص150.

([129]) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 3480 لسنة 9ق، جلسة 1975/6/2 سبقت الإشارة إليه، وحكمها في الدعوى رقم 1184 لسنة 14ق، جلسة 1961/6/25، مجموعة المكتب

الإدارية عما عداها من عقود الأفراد..... موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركًا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية.

وفى ذات الاتجاه استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا [130]، ودائرة توحيد المبادئ بمجلس الدولة[131]، وكذلك محكمة النقض المصرية[132].

---

الفني،
1 لسنة 15، ص199.

([130]) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1889 لسنة 6قن جلسة 1962/3/31، مجموعة المكتب الفني، السنة السابعة، ص54، وحكمها في الطعن رقم 576 لسنة 11ق، جلسة 1967/12/30، مجموعة السنة 13، ص48، وحكمها في الطعن رقم 253 لسنة 31ق، جلسة 1996/4/16، غير منشور، وحكمها في الطعن رقم 5811 لسنة 42ق. جلسة 1998/1/24، غير منشور.

([131]) حكمها في الطعن رقم 154 لسنة 34ق. جلسة 1997/1/2 غير منشور.

([132]) نقض جلسة 1964/7/7، مجموعة المكتب الفني، السنة 15، ص956.