د. يحيى محمود عبد الله محمد

معيار العقد الإداري في النظام القانوني الفرنسي "دارسة مقارنة "

عضو هيئة التدريس بقسم القانون العام
كلية القانون جامعة عمر المختار

المستخلص:

تناول هذا البحث معيار. العقد. الإداري. في. النظام. القانوني الفرنسي مقارنة بالنظامين القانونيين الليبي والمصري ، وانتهى إلى أن المعيار المميز للعقد الإداري عن العقود المدنية هو محل جدل وخلاف في الفقه والقضاء الفرنسي . فهناك من يقول بالمعيار العضوي أو الشكلي في تمييز العقد الإداري والذي يعتمد على وجود شخص اعتباري عام كطرف في العقد لإضفاء الإدارية عليه مهما كان موضوعه . بينما يقول البعض الآخر بالمعيار المادي أو الموضوعي في تمييز العقد الإداري والذي يعتمد على موضوع العقد ومدى اشتماله على بنود استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية بغض النظر تمتع الشخص الإداري كطرف في العقد بالشخصية الاعتبارية العامة . ولقد القي هذا الجدل الفقهي والقضائي في فرنسا بظلاله على الفقه والقضاء في كل من مصر وليبيا فيما يتعلق بالمعيار المميز للعقد الإداري . وقد انتهى هذا البحث إلى توصيه مفادها استبعاد إضفاء الصفة الإدارية للعقد عن أن تكون موضوعاً لمعيار عام مجرد ، وإنما هي أمر يتعلق بكل قضية على حده ، فالعقد الإداري يجد تكييفه حقاً من مضمون النشاط

الموكول إلية وتمتعه في أدائه بامتيازات السلطة العامة التي تمنح لغرض الوفاء باحتياجات المصلحة العامة .

Summary

This research dealt with the standard of the administrative contract in the French legal system compared to the Libyan and Egyptian legal systems, and concluded that the distinctive standard of the administrative contract from civil contracts is a subject of controversy and disagreement in the French jurisprudence and judiciary. There are those who say the organic or formal criterion in distinguishing the administrative contract, which depends on the presence of a public legal person as a party to the contract in order to give the administrative contract to it, whatever its subject. While others say the material or substantive criterion in distinguishing the administrative contract, which depends on the subject of the contract and the extent to which it includes exceptional, unfamiliar clauses in civil contracts regardless of whether the administrative person as a party to the contract enjoys a public legal personality. This jurisprudential and judicial controversy in France cast a shadow over jurisprudence and the judiciary in both Egypt and Libya with regard to the distinctive criterion of the administrative contract. This research concluded with a recommendation that the administrative character of the contract should be excluded from being the subject of an abstract general criterion, but rather it is a matter related to each case separately. Public interest.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

لم يحظ العقد الإداري بتعريف تشريعي ، حيث لم تهتم التشريعات بوضع معياراً مميزاً للعقد الإداري ، وذلك على الرغم من أن المشرع المصري قد نص في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أنه :"تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : أولاً ...، حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد آخر ". فهذا النص لا يعني تحديد العقود الإدارية وبنص القانون ، إذ أن ما أورده المشرع المصري في هذا النص يعد من قبيل الأمثلة للعقود الإدارية ، حيث اختتم قوله " أو بأي عقد إداري آخر "[1] . كذلك منح المشرع الليبي المحكمة العليا اختصاص النظر في المنازعات الإدارية بموجب قانون المحكمة العليا لعام 1953 ، الذي اعتمد نظام القضاء الموحد ،وكانت محكمة القضاء الإداري (المحكمة العليا) تنظر في القضايا الإدارية التي ترفع إليها وتكون لها ولاية نهائية في نظر مسائل محددة على سبيل الحصر ، وجاء نص المادة (24) من القانون المشار إليه ليقضي ـ دون تحديد لماهية العقد الإداري ـ باختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بعقود الامتياز وعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر من العقد إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك [2] .

وقد اهتم المشرع الفرنسي بتحديد نطاق تطبق تقنين العقود العامة بموجب مرسوم رقم 15 لسنة 2004 والصادر في 7 يناير 2004، وقضى في المادة الأولى منه بأن " العقود العامة هي العقود التي تُبرم بعوض a titre onéreux مع الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة من جانب

أشخاص القانون العام ، للوفاء باحتياجاتها في مجال الأشغال ، التوريدات أو الخدمات ... " [3] وهكذا تعددت المعايير لتحديد العقد الإداري ، حيث لا يوجد معيار قطعي في هذا الشأن . كما أن فكرة العقد تشكل دائماً في القانون الإداري جدلاً فقهياً بشأن تحديد سبب القوة الملزمة للعقد في

---

(1) الجريدة الرسمية ، العدد رقم 40 في 1972/10/5 ؛ د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، ط، 1965، ص 50- 51.

(2) وقد ورد ذات الحكم في المادة الرابعة من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري :"تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال والتوريد "، انظر: د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية طبعة 2003 ، ص75 و 92 .

(3) Code adm., Edition 2006 ,Dalloz ,p .2166, Cod des marches publics, 2004.

هذا القانون ، مقارنة بالتصرفات القانونية الأخرى. ذلك أن إنكار الفكرة العامة للعقد في مجال القانون العام ، إنما يقود إلى صعوبة تحديد العقد في كل من القانون العام والقانون الخاص ، ومع افتراض تماثل فكرة العقد في كل منهما ، فإن هذا التماثل لا يفيد وحدة تطبيق النظام القانوني ، فالعقد الإداري يخضع لقواعد خاصة والتي تتميز في مصدرها بعدم المساواة بين أطرافه ، مما حدا البعض إلى التساؤل عما إذا كانت العقود الإدارية تشكل حقا قانون أطرافها [4] . وفي المقابل هناك من الفقه الفرنسي من ذهب إلى إيضاح أن الشروط غير المألوفة في القانون المدني والتي تميز العقد الإداري ، إنما تدخل في المنطق التعاقدي ، في النظرية المدنية للعقود ، تأسيساً على أن اتفاق الإرادات هو الأسلوب الخاص لميلاد التزامات تعاقدية ، أيا كان النظام القانوني الذي يخضع له العقد ، خاصة أن القانون الخاص لا يجهل مبدأ توازن الالتزامات أو التعديل المنفرد [5] .

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية البحث في موضوع معيار العقد الإداري في القانون الفرنسي مقارنة بنظريه المصري والليبي من الناحية النظرية في تأصيل عناصر وجود العقد الإداري المستقر عليها في كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري والليبي ، ولا سيما وإنه القضاء الإداري الفرنسي يعتبر المصدر التاريخي الأول لكل من القضائيين الإداريين المصري والليبي . أما من الناحية العملية تكمن أهمية هذا البحث في توضيح أو بيان معيار العقد الإداري للعملين في مجال القانون والقضاء الإداريين لما لهذا البيان من أهمية في تحديد اختصاص القضاء الإداري وتطبيق قواعد القانون الإداري .

إشكالية الدراسة :

---

(4) Huilier,J.L., les contrats adm. Tiennent– ils lien de loi a l'administration? D
1953,Chron,881.

(5) Sin kondo,M.H., La notion de contrat adm. Acte unilatéral a caractère contractuel cu contrat civil de l'administration, RTD. Civ. 1993, p243 et 256.

انظر أيضا :د. فهيد مرزوق فهد العنزي ، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة في دولة الكويت ، دار النهضة العربية ، ط 2008 ، ص72 وما بعدها .

في غياب النصوص التشريعية المعرفة للعقد الإداري في النظام القانوني الفرنسي ونظيريه المصري والليبي ، وترك الاجتهاد القضائي لوضع معيار للعقد الإداري ، فما هو المعيار القضائي للعقد الإداري الخاضع كأصل عام للاختصاص القضاء الإداري لتطبيق قواعد القانون الإداري في النظام القانوني الفرنسي ، وأثره على القضاء الإداري في النظامين القانونيين المصري والليبي .

منهجية الدراسة :

سوف يعتمد الباحث على المنهج التحليلي المقارن وذلك لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية ذات العلاقة بموضوع البحث وفق الخطة الآتية : المبحث الأول نتناول فيه المعيار العضوي للعقد الإداري ويقسم إلى ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول موقف الفقه من أهمية المعيار العضوي للعقد الإداري ، ومطلب ثاني نتناول فيه مسالة الوكالة في أبرام العقود الإدارية ، ومطلب ثالث نتطرق فيه إلى العقود فيما بين أشخاص القانون العام . ومبحث ثاني المعيار المادي للعقد الإداري ويقسم إلى ثلاثة مطالب ، الأول معيار العقد الإداري أمام القضاء الفرنسي ، ومطلب ثاني نتناول فيه معيار العقد الإداري أمام القضاء المصري ، والمطلب الثالث نخصصه لمعيار العقد الإداري أمام القضاء الإداري الليبي .

المبحث الأول: المعيار العضوي للعقد الإداري

تمهيد وتقسيم :

تجدر الإشارة في المقام الأول إلى أنه يوجد عدد من القواعد المشتركة لكافة عقود الأشخاص المعنوية العامة ، سواء عقود القانون الخاص ، أو عقود القانون العام . فالقواعد الخاصة باختصاصات السلطات الإدارية ، وحظر التحكيم أو التعاقد في بعض المجالات ترتبط على سبيل المثال بصفة قاصرة بوجود الشخص المعنوي العام ، دون أن يعتمد تطبيقها على طبيعة العقد. في حين أن غالبية القواعد التي تنطبق على العقد الإداري تعد ـ على نحو ما تقدم ـ ذا صلة وثيقة بالطابع الإداري وباختصاص القضاء الإداري . تأصيل ذلك أن النظام القانوني للعقد الإداري يرتبط بالطبيعة الإدارية له . ومن ثم يمكن القول بأن فكرة عقود القانون العام تبدأ من شرط مفترض مفاده أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً . الأمر الذي يثير من ناحية مسألة الوكالة في إبرام العقود الإدارية ، ووجود هذه العقود بين أشخاص القانون العام من ناحية أخرى ، وهو ما يشكل مفردات هذا المبحث وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

موقف الفقه من أهمية المعيار العضوي للعقد الإداري

يعد المعيار العضوي باستقراء الفقه وأحكام القضاء شرطاً مفترضاً ، مبدأ للعقد الإداري [6] . ومن ثم يعد إضفاء الطابع الإداري للعقد بنص القانون أو تطبيقاً لنظرية الوكالة في مجال العقود الإدارية ، استثناء يرد على هذا المبدأ ، بما مؤداه أن العقد بين أشخاص القانون الخاص لا يمكن اعتباره ـ ما لم يوجد استثناء ـ عقداً إدارياً حتى لو كان العقد مبرماً من جانب شركات الدولة ، شركات الاقتصاد المختلط ، أو الأشخاص الخاصة التي تدير خدمة عامة [7] . وهذا ما أكده مجلس

الدولة الفرنسي بمناسبة العقود التي تبرمها النقابات المهنية (الطبية) مع صناديق التأمين الاجتماعي وذلك قبل تدخل المشرع الفرنسي في هذا الشأن ، وعلى الرغم من مناداة مفوض الحكومة بهجر هذا الحل التقليدي وإقرار الطابع الإداري للعقود المبرمة بين أشخاص القانون

---

(6) وهو ما يستفاد من جموع الفقه الإداري في تعريفه للعقد الإداري " العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ..." أنظر على سبيل المثال :د. توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، ص 758؛ د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، 1991 ، ص 59 ؛ د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ص5 ؛ د. حمدي عمر ، العقد الإداري وأحكام إبرامه ، ط 2004 ، ص 20.

(7) Lebreton, G., Droit adm. General, Dalloz ,édition ,2011 , p .280.

الخاص طالما أن إحداهما يتصرف بغرض تنفيذ خدمة عامة عهدت إليه ، وذلك بمناسبة حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في 3 مارس 1969 في قضية Société interlait [8].

وقد اقترح مفوض الحكومة Kahn نقل حكم Magnier والذي بمقتضاه سلم مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية أن يمنح للشخص المعنوي الخاص المكلف بخدمة عامة ، سلطة اتخاذ قرارات إدارية [9]. إلى المجال التعاقدي [10]. غير أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتابع هذا الاقتراح ، وهو ما يجد تأييده ـ بصفة أساسية ـ في واقع أنه يلزم لإضفاء الصفة الإدارية على التصرفات المنفردة وعلى ضوء حكم Magnier توافر شرطين مجتمعين : أن يتجه التصرف إلى تنفيذ خدمة عامة إدارية (مقارنة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية) وأن يتضمن امتيازات السلطة العامة ، الأمر الذي لا يمكن اجتماعه في المجال التعاقدي ، ذلك أنه يوجد في المجال التعاقدي احد المبادئ الرئيسية والذي يقف ـ على ضوء أحكام القضاء ـ على التناوب أو الاختيار alternatif بين هذين الشرطين لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد على غرار ما سنراه . لذلك خلص مفوض الحكومة Kahn إلى الوقوف على الشرط الأول لحكم Magnier : تنفيذ خدمة عامة إدارية ، ومن ثم لا يتعلق الأمر حقيقة بانتقال قضاء Magnier إلى المجال التعاقدي [11].

ولم يغفل القضاء الإداري المصري فرضية توافر المعيار العضوي لاكتساب الطابع الإداري للعقد ، حيث أوضحت المحكمة الإدارية العليا هذا المعنى بقولها : "ومن البديهي أن العقد

---

(8) **C.E. 13 déc.1963, syndicat des praticiens, AJDA 1964, 43; C.E.18-10-1974 Conf .nat. des auxiliaires médiaux , Lebon , 495 ;T . confl .1969 , Concl . Kahn , AJDA, 1969 , 307.**

انظر أيضاً : Lebret on, G ., Droit adm. General, op. cit ., p.281.

(9) **C.E. sect.13 .1.1961, Magnier, RDP. 1961, p.155; Concl .Fournier; T.confl. 15.1.1968 Epoux Epoux Barbier.**

(10) **Le breton, G.. Droit adm. Op . cit ., p. 281.**

(11) **Le breton, G., ibid.**

الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية . ذلك أن قواعد القانون إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة ..." [12].

وحري بالإشارة أن لائحة العقود الإدارية في ليبيا رقم (563) لسنة 2007 [13]. عرفت العقد الإداري بقولها :" يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة (الجهات والوحدات الإدارية) بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطويره أو في تسير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد ، متى كان ذلك العقد يشمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ويستهدف تحقيق المصلحة العامة ".

غير أن المشرع الليبي فضل منذ بداية إنشاء القضاء الإداري الليبي ، أي منذ عام 1953 أن يخص المحاكم المدنية وحدها بمسألة الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، حيث لم يُمنح القضاء الإداري إلا اختصاصات محددة تقتصر على ثلاثة عقود وهي : عقد الأشغال العامة ، عقد التوريد ، وعقد التزام المرافق العامة . في حين أنه ينبغي أن يؤول أمر تحديد الطبيعة الإدارية للعقد ـ على غرار المشرع الفرنسي والمصري ـ للقضاء الإداري ، لا سيما إذا كان هذا القضاء إدارياً متخصصاً [14].

---

(12) الطعن رقم 1558 لسنة 7ق.ع، جلسة 1964/2/7 ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة التاسعة ، ص 763، وحكمها الصادر في الطعن رقم 1386 لسنة 33ق ق.ع جلسة 1994/1/18، المجموعة الإدارية الحديثة ، ج 49، من عام 1993 إلى 1997، الدار العربية للموسوعات 1999ـ 2000، ص43.

ويقصد بالأشخاص المعنوية العامة : الأشخاص العامة الإقليمية (الدولة ـ المحافظة ـ المدينة ـ القرية)، والأشخاص العامة المصلحية كالهيئات العامة والنقابات المهنية. انظر : د. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ،ة 2011 ، دار النهضة العربية ، ص 9.

(13) المادة (3) من قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (563) لسنة 2007 بإصدار لائحة العقود الإدارية . وقد أوردت جميع لوائح العقود الإدارية السابقة نصاً مماثلاً لهذا النص . انظر : د. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ،ة منشورات المكتبة الجامعية ، ط 2010، ص102.

(14) د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري الليبي ، مرجع سابق ذكره ، ص97؛ د. خليفة سالم الجهمي ، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي ، دار مكتبة الفضيل للنشر والتوزيع ، بنغازي ، 2009، ص95 ؛ د. صبيح بشير مسكوني ، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية ، منشورات جامعة بنغازي ، 1984، ص 222.

ويبـدو ذلك جلياً من قضاء المحكمة العليا في ليبيا التي لم تتقيد بالتعداد الذي أورده المشرع للعقود الإدارية ، بل اتجهت إلى مد اختصاصها ليشمل عقوداً أخرى عن طريق القياس على عقود الأشغال العامة والتوريد وعقود الالتزام وتفسيرها تفسيراً واسعاً . فقضت في حكمها الصادر في 1970/4/5 بأنه " يتعين على المحكمة ـ بادئ ذي بدء ـ أن تعرف ما إذا كان العقد موضوع النزاع من الأشغال العامة . وهو ـ كما عرفه الفقه والقضاء ـ عقد مقاولة بين أشخاص القانون العام وفرد أو شركة مقتضاه يتعهد المقاول بعمل منى أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام ، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد . ولما كان هذا التعريف والتكييف لعقد الأشغال العامة قد ألحق به العلاقات الأخرى التي تتفق مع فكرة الأشغال العامة بمعناها الفني ، فقد توسع الفقه والقضاء في إضفاء هذه الصفة على العقود التي تعقدها الإدارة مع الهيئات الهندسية التي تقدم خبراتها واستشاراتها بقصد رقابة الأعمال وتوجيهها أثناء التنفيذ ، وإن كانت أمثال هذه العقود تندرج أصلاً في عقود إيجارة الخدمات . ولما كان ذلك وكان العقد المبرم بين الطرفين ـ وهو معنون بعقد توظيف خبير ـ يهدف إلى تقديم الخبرات والاستشارات الفنية مع مراقبة تنفيذ المشروع ، فهو طبقاً لهذا النظر يترجح إدخاله في عداد عقود الأشغال العامة التي يختص بالفصل فيها محكمة القضاء الإداري " [15].

وحري بالإشارة إن لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 السابق الإشارة إليها، قد حددت عدداً من العقود الإدارية متى توافرت بشأنها الشروط التي وضعتها لإضفاء الطابع الإداري للعقد والتي تجمع خصائص كل من المعيار العضوي والمادي وعلى النحو الذي جاء في هذه اللائحة ، وتدور هذه العقود حول : عقود مقاولات الأشغال العامة ، عقود التوريد والتركيب ، عقود الصيانة والتشغيل للمشروعات والمرافق العامة ، عقود الإدارة بمختلف أنواعها للمرافق العامة والمنشآت الصناعية أو السياحية وغيرها ، عقود بيع الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها ، عقود استخدام المكاتب الاستشارية وعقود تنفيذ المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة [16].

---

(15) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري 17/1 ق جلسة 1970/4/5 ، مجموعة عمرو المفهرسة ، ص320.

(16) د. محمد عبدالله الحراري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، مرجع سابق ذكره ، ص 103.

المطلب الثاني

مسألة الوكالة في إبرام العقود الإدارية

يكون العقد إدارياً ـ على الرغم من إبرامه بين أشخاص القانون الخاص وذلك عندما يتصرف إحداهما باعتباره وكيلاً عن الشخص المعنوي العام [17]. والواقع أن تطبيق نظرية الوكالة في القانون العام لا يشكل استثناءاً حقيقياً على المعيار العضوي ، بقدر ما يعد نمطا لتطبيق هذا المعيار [18]. حيث يعتبر الشخص المعنوي طرفاً في العقد المبرم عن طريق وكيله وإعمالاً لمبدأ النيابية [19].وباعتبار أن كلا من الوكالة والنيابة يمثلان وجهاً مختلفاً لعلاقة قانونية واحدة فتمثل الوكالة الوجه الداخلي للعلاقة بين الطرفين الموكل والوكيل وتمثل النيابة الوجه الخارجي لتلك العلاقة ، أو صفة هذين الطرفين إزاء الغير [20]. يضاف إلى ذلك أن هذا الشرط لا يكفي وحده لإضفاء الطابع الإداري للعقد ، بالنظر إلى إنه يعد شرطاً مفترضا أو بديهيا . فالقاضي الإداري يبحث في المقام الأول عما إذا كان العقد المبرم "لحساب " الشخص المعنوي العام يتضمن أدلة يفترض معها أنه يوجد وكالة ، أو إذا كانت الأعمال موضوع العقد تنتمي إلى طائفة الأشغال التي تؤول بطبيعتها للدولة . ففي حكم peryrot أقرت محكمة التنازع الفرنسية الطابع الإداري

---

(17) De Laubadere , A. Venezia, C. Cl. Et Gaudemet, y., Traite de droit adm . Trait de droit adm . Tome 11.10ed . 1995,L.G.D.J., no .671.

انظر أيضا: د. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، مرجع سابق ذكره ، ص37.

(18) Lichere, F. L'évolution du critère organique du contrat adm.
RFDA.2002,p.1341

انظر أيضا: د. فهد مرزوق فهد العنزي ، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة ..، مرجع سابق ذكره، ص41.

(19) Lichere, F., Article précité, p.1341; Schultz p., Elements du droit des marches pubtcs,
L.G.D.J.1966,p.35.

(20) د. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، مرجع سابق ذكره ، ص35، د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 1971، ص104وما بعدها .

لعقود شركات الاقتصاد المختلط والتي تعد من أشخاص القانون الخاص ، تأسيساً على أن هذه الشركات صاحبة الامتياز قد تصرفت لحساب الدولة وأن تشييد الطرق يدخل بطبيعته في أنشطة الدولة ، وأن النظام القانوني له ينبغي أن يتعلق بالقانون العام سواء تكفلت بهذا التشييد الإدارة ذاتها ،أو شركة ذات مساهمة عامة في أغلبيتها [21]. لذلك أحال مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 14 نوفمبر 2014 ذات المسألة إلى محكمة التنازع : معرفة إذا كانت العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص تعد مع ذلك عقوداً إدارية بالنظر إلى موضوعها (تنظيم مرور السيارات ذات الحمولة الثقيلة في جزء من الطريق العام) وحدة رقابة الدولة ، وبالتالي انعقاد الاختصاص بشأنها للقاضي الإداري [22]. كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه : "... من المقرر متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها ، فإن هذا التعاقد يكسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت قيه العناصر الأخرى ... ومن حيث إنه متى كان الثابت أن شركة " شل " في العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة ومتى كان لا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وأنه قد ابتغت فيهما وسائل القانون العام ، متى كان الأمر كذلك فإن العقدين المشار إليهما بناءً على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية " [23].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أضفى بموجب قانون 2001 بشأن التدابير العاجلة للإصلاح ذات الطابع الاقتصادي والمالي ، الصفة الإدارية على العقود التي تُبرم تطبيقاً لقانون العقود العامة ، بما مفاده رغبته في توحيد الاختصاص لصالح القاضي الإداري للمنازعات العقدية [24].

---

(21) T.Confl.8juill. 1963, Entreprise peyrot,D.1963,534Concl. Lasry.

انظر أيضاً د. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، مرجع سابق ذكره ، ص، 38.

(22) C.E.14 nov.2014, no. 534557,sociétés des Autoroutes du sud de la France,
RFDA.2015.1.46.

(23) الطعن رقم 1558 لسنة 7 ق.ع 1964/3/7 ، مجموعة أحكام القضاء الإداري في خمس سنوات من عام 1961- 1966 ، ص 315.

(24) Moderne, F., Faut- il vraiment administrativer l'ensemble des marches publics?
AJDA.2001.p.707.

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي أشار صراحة وبصفة عمومية في قانون العقود العامة إلى إمكانية إبرامها عن طريق وكالة تعطيها الأشخاص العامة [25]. بما مؤداه إمكانية التعاقد بالوكالة فيما بين أشخاص القانون العام ، أو فيما بين أشخاص القانون العام والخاص . وقد أجاز المشرع المصري الإنابة بين الجهات الإدارية بعضها البعض في عمليات العقود الإدارية ، فوفقاً للمادة (38) من القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات" يجوز للجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر ، كما يجوز أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقاً للقواعد المعمول بها في الجهة طالبة التعاقد ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها".

المطلب الثالث

العقود فيما بين أشخاص القانون العام

لقد أجاز قانون العقود العامة الفرنسي إبرام العقود العامة (عقد الأشغال ،التوريد أو الخدمات) فيما بين الأشخاص المعنوية العامة وذلك في المادة الأولى من مرسوم 7 يناير 2004 بشأن قانون العقود العامة والسابق الإشارة إلية . وقد رأى جانب من الفقه ضرورة إضفاء الطابع الإداري على مثل هذه العقود ، تأسيساً على توافر الشروط الأساسية لإضفاء هذه الصفة ، تأصل ذلك إننا لسنا بحاجة إلى التركيز على المعيار العضوي ، حتى مع عدم كفايته لإضفاء الطابع الإداري .كما أن موضوع العقد يحقق الصفة الإدارية وذلك في الحالات التي تتعلق فيها بنود العقد بتنظيم وتسيير المرفق العام الإداري ، ولا سيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار مبدأ عدم تجزئة البنود العقدية في مجال تكييف العقد ، فواقع مساهمة الشخص المعنوي العام مالياً أو فنياً مع غيره من الهيئات العامة الأخرى ، يشكل نمطاً للتعاون الذي يعكس دون منازع المعيار المستمد من موضوع المرفق العام [26]. لذلك هناك من رأى افتراض الطابع الإداري للعقود التي تُبرم بين أشخاص القانون العام ، مع جواز إثبات عكس هذه القرينة ، لا سيما مع حكم محكمة التنازع الفرنسية والذي قضى بأن "يأخذ العقد المبرم بين أشخاص القانون العام ـ من حيث المبدأ ـ الطابع الإداري

(25) Décret duy 7 janv. 2004, Article 2; Cod adm . Dalloz éd 2006.

(26) De Laubadere,A., Moderne, F. et Delvolve, p., Traite des contrats adm . L.G.D.J. Edition 1983 , no. 401.

... باستثناء الحالة التي ينشئ فيها العقد ـ بالنظر إلى موضوعه ـ علاقات القانون الخاص "[27]). ومن ثم يعلو المعيار المادي المستند إلى الشروط الاستثنائية التي تخرج عن القانون الخاص ـ على نحو ما سنراه ـ في تكييف العقد الإداري بصفة عامة ، حيث لا يوجد ما يمنع قانوناً من أن يبرم أشخاص القانون العام عقوداً تتعلق بالقانون الخاص شأنهم في ذلك شأن الأشخاص الطبيعية [28].

(27) Lebetoulle Concl. Sous arrêt U.A.P. rendu par le tribunal des conflits el 21 mars 1983, AJDA. 1983, p.356; "Un contrat entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère adm…Sauf dans le cas ou en égard a son objet , il ne fait naitre entra les parties que des relations du droit prive "

(28) د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية 1998- 1999 ،ص203. ؛ د. عبدالفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق ، 1994، ص41.؛ د. فهد مرزوق فهد العنزي ، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة ، مرجع سابق ذكره ، ص 48.

المبحث الثاني

المعيار المادي للعقد الإداري

تمهيد وتقسيم :

يستفاد ـ على هدي ما تقدم ـ أن الذي يميز عقود الشخص المعنوي العام بين تلك التي تتعلق بالقانون الخاص والعقود التي تتعلق بالقانون الإداري ، إنما يكمن في المعيار المادي أو الموضوعي للعقد . ومن ثم يعد هذا المعيار قضائياً ، حيث يستفاد من أحكام القضاء وتطوره ، مما أعطى مجالاً لتفسير فقهي ، واقتراحات من جانب مفوضي الحكومة . فبصدد حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في 18 أكتوبر 2014 اقترح مفوض الحكومة Desporte البحث عن " العناصر الموضوعية التي تجيز التعرف على البنود التي تعطي مجالاً لحقوق وتفرض امتيازات والتي تجيز التعرف على البنود التي تعطي مجالاً لحقوق وتفرض امتيازات والتي تكشف بطبيعتها عن وجود علاقة القانون العام " [29]. وذلك من واقع أنه لا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية للعقد توافر المعيار العضوي، إنما يلزم علاوة على ذلك أن يحترم العقد أحد المعايير المستفادة من القانون (العقود بنص القانون مع ضرورة أن يتوافر في مثل هذه الحالات المعيار العضوي) فالعقد الذي يتعلق بتنفيذ أشغال عامة يعد من عقود القانون الخاص إذا كان طرفيه من أشخاص القانون الخاص [30]. أو ضرورة أن يحترم العقد المعايير الموضوعية : معيار المرفق العام أو معيار البند الخارج ، أو غير المألوف عن أحكام القانون المدني والذي يطلق عليه تسمية Clause exorbitante . وقد خضعت هذه المعايير لتطور لا سيما على هدي أحكام القضاء الإداري الفرنسي ، مما ينبغي تناوله في إطار منظومة تجمع هذا القضاء مع مثيله المصري والليبي وذلك عبر المطالب التالية :

---

(29) Marin, J., Dune définition a lautrr; nouvelles et anciennes anciennes difficultés a identifier les clause revelant un contrat adm . RFDA. Janvier-Fevrier 2015, 131.

(30) Lebrcton G., Droit adm. General ,op cit.,p.287;T. Cofl.17.1.1972, SNCF , AJDA. 1972 , 353.

المطلب الأول

معيار العقد الإداري أمام القضاء الفرنسي

لقد سادت أحكام القضاء الإداري الفرنسي قبل عام 1910، فكرة أن العقد يكون إدارياً عندما لا تبرمه الإدارة وفقاً لذات الشروط التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم [31].

بما مفاده أن فكرة الإدارة العامة والشرط غير المألوف في النظرية المدنية للعقود, وجدت جذورها مع هذا القضاء الإداري السابق على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1910 ,حيث هجر مجلس الدولة الفرنسي معيار الإدارة العامة لصالح معيار المرفق العام ,وأصبح العقد بالتالي إداريا عندما " يستهدف كفالة مرفق عام "[32]. ثم عاد مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1912 مع تقرير مفوض الحكومة Leon Blum إلى معيار الإدارة العامة ,لكي يشكل بكل وضوح فكرة العقد الإداري:العقد الذي يتضمن بنودا غير مألوفة في القواعد العامة لنظرية العقود في القانون المدني[33].وقد ظل هذا المعيار سائدا في الفترة (من 1912 -1956) دون منازعة ,حيث لم يعد يستخدم معيار المرفق العام إلا في مجال عقود النقل البحري وعقود إيجار الخدمات[34].

بيد أنه مع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1956, غدا للعقد إلا دارى معيارين على قدم المساواة , ينوب كل منهما عن الأخر معيار المرفق العام ومعيار الإدارة العامة أو الشرط غير المألوف ,وهو ما أشارت إليه بصفة خاصة محكمة التنازع الفرنسية ,مما يقتضى تناوله عبر النقاط التالية:

---

(31) C.E 6-2-1930, Terrier, Concl. Romieu, Lebon,p. 94
Lebreton,G.,op.cit.,P.287.

(32) C.E. 4-3-1910 Thérond,GaJA; Lebreton,G. ibid.

(33) C.E.31-7-1012,soc.Des granits,Lebreton,G.ibid.

(34) C.E.sect.20-4-1956,Epoux Bertin:T.confl.15-11-2004.SA L0xia Bail, AJDA2005,285.

أولا:معيار المرفق العام

تشير التعريفات الفقهية للمرفق العام [35]. إلى انه يجمع عنصرين أساسين لابد من توافرهما :عنصر عضوي يتمثل في السلطة أو الهيئة التي تمارس النشاط , وعنصر موضوعي ,ويعنى الخدمة أو تحت مسئوليتها [36]. فإذا تضمن المشروع هذين العنصرين تحققت له صفة المرافق العام وخضع لنظام قانوني خاص وهو نظام القانون الإداري[37]. وهكذا خلص الفقيه Waline إلى أن العقد يكون إداريا إذا شكل التنفيذ ذاته لمرفق عام من جانب الإدارة, أو عندما يدور محله حول منح الأشخاص الخاصة التنفيذ ذاته لهذا المرفق [38]. ففي حكمه الصادر عام 1956 في قضية ExpYoux Bertin وضع مجلس الدولة الفرنسي المبدأ إذا بمقتضاه أن العقد الذي يكلف فردا بأن يكفل تغذية رعايا سوفيت يجتمعون في مركز إيواء منظم على إثر الحرب يعد عقداً إدارياً حيث يعني بتنفيذ هذا المرفق [39].

ثانياً : البنود غير المألوفة في العقود المدنية

تقوم فكرة البند غير المألوف عن النظرية المدنية للعقود ،على التمييز بين الإدارة الخاصة والإدارة العامة لأشخاص القانون العام . ومن ثم فإنها تتسم بالغموض وعدم التحديد ، بحيث يؤول تقدير هذا البند على ضوء ظروف كل قضية على حده ، بما مؤداه تقدير هذا البند سواء أمام القاضي الإداري ، أو القاضي العادي ، أو أمام محكمة التنازع في حالة حدوث خلاف بين

---

(35) فقد عرفه بعض الفقهاء على أنه "كل مشروع يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام وتعجز المشروعات الفردية على تحقيقه على وجهه مرض ، فتتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى أفراد يديرونه تحت رقابتها : انظر د. توفيق شحاته ،مبادئ القانون الإداري ،الجزء الأول ،دار النشر للجامعات المصرية 1954-1955، ط1، ص384. انظر في نفس المعنى :د. محمد كامل ليله ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ،1968، ص59. "

(36) د.جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، دون ذكر تاريخ النشر ، ص35.

(37) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1996، ص41.

(38) Waline, J., Droit adm op. cit., p 457.

(39) C.E.20 avr. 1956, Epoux Bertin, D . 1956, 433. Note De Laubadere.انظر أيضاً : د. وليد محمد عباس ، مرجع سابق ذكره ، ص59

اختصاص كل منهما [40]. لذلك هناك من الفقه من وجد إمكانية التنازل عن تعريف هذا البند [41]. فمحكمة النقض في حكم لها اعتبرت أن " البند التعاقدي الذي يمنح للشخص المعنوي العام الحق في الفسخ المنفرد تلقائياً دون حاجة إلى إنذار سابق ، في حالة إخلال المتعاقد لالتزاماته ، لا يعتبر بنداً غير مألوف " [42]. في حين أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر في العديد من أحكامه أن هذا البند غير مألوف في النظرية العامة للعقود [43].

وفي حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي والذي يمكن اعتباره بمثابة حكم منفرد ، حيث وضع تعريفاً عاماً للبند غير المألوف في مجال العقود الإدارية ، في حين أن كثيراً من البنود غير المألوفة يمكن أن تظهر أيضاً في إطار القوانين المدنية والتجارية ، تأصيل ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر البند غير المألوف هو " ذلك البند الذي يدور محله حول إعطاء الأطراف حقوقاً أو تحملهم بالتزامات أجنبية بطبيعتها عن تلك التي يمكن ارتضائها بحرية في إطار القوانين المدنية والتجارية " [44]. ولعل الأكثر توافقاً مع الحلول القضائية في هذا الشأن والتي تعبر في ذات الوقت عن أن الأمر يتعلق بمسألة تقدير ذاتية تختلف من حالة إلى أخرى هو التعريف الذي صاغته محكمة التنازع الفرنسية بقولها " أن يكون الوضع المتبادل بين المتعاقدين ، ليس هو

---

(40) **Richer, L., Droit des contrats adm L.G.D.J. éd 2006 ,p.93.**

(41) **Chapus,R ., Droit adm . General, Montchrestien, 13, édition 1999, no Tom 1. .729**

(42) **Cass. 1 civ . 24 mars 1987, Bull. no .110 , cite par, Richer, L., Droit des contrats adm ., op., p. 94.**

(43) **C.E. Ass. 26 Fev. 1965, RDP. 1965, 506.**

وقد سارت محكمة التنازع على هذا النهج في حكمها الصادر في 16 يناير 1967 في قضية Soc Du Verloronne. نوفبر 1975 في قضية Leclert ، المجموعة ص800، انظر أيضا Richer. L ., op. cit.,p.94

(44) **C.E.20 octobre 1950. Stein, Recc.505;"Clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre a leur – charge des obligations étrangères par leur nature a ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par qui conque dans le cadre des lois civiles et commerciales "**

الوضع الناتج عادة عن الاتفاق المبرم وفقاً لأحكام القانون المدني " [45]. ففكرة "العادية " normalité هي التي تشكل أساس الحلول القضائية : بحيث يمكن القول بأن البند الخارج هو ذلك البند الذي لا يوجد عادة في عقود القانون الخاص [46].

وهكذا يقف معيار البند غير المألوف والذي يُعد مناوباً لمعيار المرفق العام ذلك المعيار الذي يجد تحليله - على نحو ما تقدم - في مساهمة أو معاونة الإدارة في تنفيذ مرفق عام ، على مضمونه وليس على سياق العقد ، فهو البند الذي يغير المجرى العادي للقضاء ، أو يتعلق بالرقابة أو بالضريبة . لذا فإنه يتسم بطبيعته بالتعدد، استناداً إلى إنه يعبر - حقا- عن عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة ، وذلك كحالة البند على سبيل المثال الذي يجيز للإدارة مراقبة النتائج المالية أو المستندات الحسابية [47]. أو التعريفية أو العمال وساعات العمل [48].

لذلك هناك من نظر إلى هذا البند في السبعينات على إنه معيار ثانوي أو احتياطي لمعيار المرفق العام [49]. بيد أن أحكام القضاء لا تستبعد هذا المعيار ، والذي يجسد - حقا - ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة ، تلك التي تميز عقود الإدارة المدنية عن عقودها الإدارية . وحري بالإشارة أن محكمة التنازع الفرنسية لم تغفل حديثاً الإشارة إلى البند غير المألوف في القواعد العامة للعقود المدنية ، ولكنها أخذت في الاعتبار وجود أو غياب هدف "المصلحة العامة " المعروف لدى الفقه وأحكام القضاء ، مما يجيز تفسير الحلول القائمة . ولكن هذا المظهر يكتفي

---

(45) **T. confi.19 juin1952,soc. Des combustibles, Rec . 628.**

(46) **Richer, L., Droit des contrats adm. Op. cit. p.96; Lebreton G., Droit adm général, op.cit .,**
p.292.

(47) **Lebreton, G.,op. cit., p.292.**

(48) **C.E.19-11-2010,ONF, RFDA. 2011, p.187; T. Cofl. 7-7-1980, RDP.1981.474**

(49) **Lamaïque ,J.,Mélange Waline 1974 , cite par, Lebreton, G., op. cit., p.293**

بتغيير وجه المشكلة ،حيث لم يعط عناصر تكييف العقد نقطة انطلاق والتي بمقتضاها تكون العلاقة بين البند والمصلحة العامة مباشرة بصورة كافية [50].

وحري بالإشارة إلى أن هناك العديد من الفقهاء من يستخدمون المصلحة العامة لإدخال بعض البنود غير المألوفة ولكن بصورة احتياطية بجانب امتيازات السلطة العامة ، والامتيازات المنفردة للإدارة . فالفقيه Georges Pequignot أثار فكرة المصلحة العامة منذ عام 1945، لتقدير مجموعة ثالثة من البنود بعد امتيازات السلطة العامة والتصرفات المنفردة للإدارة في العد الإداري ، وأن هذه البنود الأخرى ينبغي تفسيرها " بالإحالة إلى فكرة المصلحة العامة " [51]. حيت نظر إلى أن كل عقد تبرمه الإدارة يدخل في إطار المصلحة العامة ، ولكنه أضاف على الفور بأن هناك من البنود ما يمكن تفسيرها دون الإحالة إلى المصلحة العامة ، وأشار بصفة خاصة إلى تلك التي تتعلق بالجزاءات العقدية ، أو بالمواعيد أو بالرقابة [52]. وقد عبر الفقيه De Laubadere بعد ذلك عن ذات الفكرة، حيث يوجد لديه أيضاً بجانب البنود التي تعبر عن ممارسة امتيازات السلطة العامة ، أو المستحيلة في إطار القانون الخاص ، بنود أخري يمكن أن يُعتد بها طالما إنها تجد فرضها فحسب في الوفاء بامتيازات المصلحة العامة ، وأعطى مثالاً نموذجياً في هذا الشأن يتمثل في البند الذي يفرض تعويض التأمين لاكتساب مال عام [53].

وهناك من نظر إلى المصلحة العامة على إنها بمثابة عامل لاستبعاد بعض البنود ، تأسياً على أن هدف المصلحة العامة يعد- وعما يبدو لنا - ضرورياً لتصرفات الإدارة ، وحتى يوجد بند غير مألوف ، حيث ينبغي أن يكون الوفاء بالمصلحة العامة له صفة "الأولوية" Prioritaire ، لذلك يؤول لهذا المنطق للمصلحة العامة تفسير الحلول التي رفضت إقرار البند غير المألوف لامتياز السلطة العامة . وبتعبير آخر يقوم هذا المنطق للمصلحة العامة ، على تعريف البند غير

---

(50) **Martin, J., Dune définition a l autre: nouvelles et anciennes difficultés a identifier. Les clauses relevant un contrat adm. RFDA.2015, 1.2.3.**

(51) **G. Pequignot ,théorie générale du contrat adm. Ed. Pedone, 1945.P.172.**

(52) **G. . Pequignot, ibid.**

(53) **De Laubadere, A., Traite théorique et pratique des contrats adm. L.G.D.J. Toime 1.1956, P.101.**

المألوف على إنه البند "الذي يجيز بالأولوية الوفاء بالمصلحة العامة " [54]. وفي ذات الاتجاه خلص مفوض الحكومة في تقريره بمناسبة قرار محكمة التنازع الصادر عام 2014 إلى أن ضرورة المصلحة العامة تتضمنها أحكام القضاء [55]. وهو ما يسفر في النهاية عن دقة تحديد سبب المصلحة العامة أو المرفق العام .

المطلب الثاني

معيار العقد الإداري أمام القضاء الإداري المصري

لقد استقرت أحكام القضاء الإداري المصري على أن " العقد وأن كان أحد طرفية جهة إدارية " إلا أنه لا يتسم بسمات العقود الإدارية ، فهو لا يتصل بتسيير المرفق العام ولا يعدو أن يكون مجرد عقد بيع مال مملوك للدولة ملكاً خاصاً تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقا لأحكام القانون المدني [56]. وبعبارة أخرى انطلق القضاء الإداري المصري لإضفاء الصفة الإدارية على العقد ، من ضرورة أن يكون موضوعه متصلاً بمرفق عام ، سواء كان من حيث تنظيمه أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة في ذلك أو عن طريق استخدام المرفق العام ذاته [57].

وهكذا أكد الفقه الإداري المصري أن الأصالة الذاتية التي تتمتع بها العقود الإدارية ، ترجع في المقام الأول إلى فكرة المرفق العام [58]. وإنما تشكل بهذه المثابة المعيار الكافي لتمييز

---

(54) Tardait, C., La clause exorbitante et la réalisation de lintert général, a propos de l'arrêt du tribunal des conflits du juillet 1999, AJDA, 2000,P.115.

(55) RFDA, 2015, RFDAm 2014, 1072.

(56) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 599 لسنة 11 ق.ع، جلسة 1968/5/24 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر 1995، طبعة المكتب الفني لمجلس الدولة ، ص119.

(57) محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 322 لسنة 10 ق، جلسة 1956/12/13 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاما (1946-1961) الجزء الثاني مؤسسة أخبار اليوم 1970، ص 1853.

(58) د. محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس 1983،ص 46.

عقود الإدارة الإدارية عن عقودها المدنية [59]. وقد تعددت تعريفات الفقه للمرفق العام : المشروع الذي تقوم جهة الإدارة بتنظيمه وتسييره بنفسها أو يكون خاضعاً لرقابتها ويهدف إلى تحقيق نفع عام [60]. أو كل مشروع يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام ، وتعجز المشروعات الفردية على تحقيقه على وجه مرض ، فتتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى أفراد يديرونه تحت رقابتها [61]. ومن ثم إذا تضمن المشروع العنصر العضوي والعنصر المادي والذي يتمثل في الخدمة أو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة والتي تقدر السلطة العامة ضرورة إشباعها بنفسها أو تحت مسئوليتها ، تحققت له صفة المرفق العام وخضع لنظام قانوني خاص وهو نظام القانون الإداري [62].

والواقع إنه نتيجة لتطور الحياة الإدارية سواء مع اتساع دائرة النشاط الاقتصادي والاجتماعي في مختلف الدول ، أو تعظيم دور الفرد وطنيين كانوا أو أجانب في مهمة إدارة المرفق العامة تحت رقابة وإشراف الدولة بقصد تزويد الجمهور بالحاجات العامة ، ساد الأخذ بعين الاعتبار - على نحو ما تقدم - بالنسبة للقضاء الإداري الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية - المفهوم الموضوعي للمرفق العام منظوراً إليه من زاوية نشاط أو مهمة مرفق عام ، حيث حصل في واقع الأمر تطوراً في مفهوم المرفق العام [63]. حيث تضاءل العنصر العضوي في تحديد المرفق العام أي النظر إلى الهيئة أو المنظمة التي تدخل في التنظيم الإداري للدولة وتضطلع بنشاط غايته تحقيق النفع العام [64]. وهذا ما جرى عليه في واقعة القضاء الإداري المصري ، سواء من جانب محكمة القضاء الإداري أو من جانب المحكمة الإدارية العليا والتي أكدت أن المرفق العام هو كل مشروع

---

(59) د. ثورية لعيوني ، معيار العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ، 1987، ص 156.

(60) د. محمد كامل ليلة ، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول ، دار النهضة العربية 1968- 1969، ص59.

(61) د. توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1954-1955، ص384-385.

(62) د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، دون ذكر تاريخ النشر ، ص35؛ د. ماجد راغب الحلو ، القانون لإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1996، ص41.

(63) د. محمد فؤاد مهنا ، الوجيز في القانون الإداري ، المرافق العامة ، 1961، ص32.

(64) د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، أصول القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، 1966،ص190، وما بعدها

تنشئة الدولة أو تشرف على إدارته لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح بل خدمة للصالح والنفع العام [65].

كذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 9من مايو 1998 بأن

" تحديد مفهوم المرفق العام أصلاً بالنظر إلى طبيعتة الأعمال التي يتولاها ، سواء أكان

الانتفاع بها حقاً للمواطنين في مجموعهم أم كان مقصوراً على بعضهم . ويفترض وجود هذا المرفق عدداً من العناصر أرجحها أن الأعمال التي ينهض بها ينبغي أن تتصل جميعها - من جهة غايتها - بالمصلحة العامة ، وأن يكون إشباعها مكفولاً أصلاً من خلال وسائل القانون العام ومقتضياً تدخلاً من أحد أشخاص هذا القانون سواء قام عليها ابتداءً أو عهد بها إلى غيره " [66].

وقد أخذ القضاء الإداري المصري - على خلاف القضاء الإداري الفرنسي - بمفهوم واسع لمعيار المرفق العام ،حيث يمكن أن يتصل العقد بأي صورة من صور المرفق العام : تنظيم المرفق أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة في ذلك ، مما مفاده أن فكرة الشروط غير المألوفة تعد ضابطا تكميلياً للمعيار الموضوعي القائم على المرفق العام [67]. وهي تعني أيضاً في قضاء المحكمة الإدارية العليا تميز جهة الإدارة المتعاقدة وامتيازات غير متعارف علها عند التعاقد بين الأفراد [68].

المطلب الثالث

معيار العقد الإداري أمام القضاء الإداري الليبي

---

(65) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3703 لسنة 37 ق.ع، جلسة 1993/2/9، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج 35، طبعة 1994-1995، ص280، كذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في القضية رقم 1298 لسنة 13 ق، جلسة 1963/1/6، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمس سنوات ، ص137 وحكمها الصادر في القضية رقم 3480 لسنة 9 ق، جلسة 1957/6/3

(66) القضية رقم 41 لسنة 19 ق" دستورية " جلسة 1998/5/9، ج 8 دستورية ، ص 1302.

(67) د. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ،مرجع سابق ذكره ،ص 69. ويستفاد هذا الاتجاه من أحكام القضاء الإداري والسابق الإشارة إليها .

(68) الطعن رقم 3124لسنة 34 ق .ع ، جلسة 1990/11/24 الموسوعة الإدارية الحديثة ، طبعة 1994-1995، ج35 ص 284.

ليس للقضاء الإداري في ليبيا ولاية شاملة على جميع المنازعات الإدارية ومن ثم فلا ضرورة للبحث عن معيار - كما هو الحال في فرنسا ومصر - لتحديد تطبيق قواعد القانون الإداري . يضاف إلى ذلك أن دوائر القضاء الإداري ملحقة بالقضاء العادي ، بما مؤداه أنه لا يوجد هيئتين قضائيتين يثار بينهما نزاع من حيث الاختصاص ، وأن أحكام القضاء الإداري في ليبيا تخضع للطعن عليها أمام المحكمة العليا باعتبارها المرجع القضائي الأعلى الوحيد في ليبيا [69].

غير أن المحكمة العليا في ليبيا لم تتردد في تحديد المعيار المميز للعقد الإداري والذي

يقتضي لديها أن يجمع عنصرين : الأول اتصاله بمرفق عام والثاني أخذه بأسلوب القانون العام من خلال احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة. فقد نفت المحكمة العليا الصفة الإدارية عن عقد أبرمته الإدارة يتعلق بتوريد عدد من إشارات المرور المعدنية لعدم اشتمال العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص . وقد جاء في حيثيات حكمها "... أن اختصاص القضاء الإداري ولائياً بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطة أن يكون هذا العقد وفقا لمقصود المشرع ... إداريا بمعنى أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاما ومتعلقا بمرفق عام ومحتوياً على شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاصة ، أو متضمنا بما يفيد أن نية الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام . فإن فقد إحدى هذه الخصائص الثلاثة التي تتميز بها العقود الإدارية فإنه لا يكون عقد توريد إداري ويخرج النزاع بشأنه عن اختصاص القضاء الإداري " [70].

(69) د. محمد عبدالله الفلاح ، نظام القضاء الإداري الليبي ، دراسة نظرية وتطبيقية ، مطابع بنغازي ،2005 ،ص59 ، د.صبيح مسكوني ، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية ، منشورات جامعة بنغازي ، كلية الحقوق ، طبعة 1974، ص 132.

(70) حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري 27/16 ق الجلسة 1983/11/13 . م.ع. السنة الحادية والعشرون ، العدد الأول ، أكتوبر 1983 ،ص 26-27 .

الخاتمة

لقد انتهى هذا البحث الموسوم بمعيار العقد الإداري في النظام القانوني الفرنسي مقارنة بنظيريه المصري والليبي إلى عدد من النتائج والتوصيات نوردها عبر الآتي :

أولاً النتائج :

- يُعد المعيار العضوي الذي يعتمد على وجود شخص اعتباري عام كطرف غي العقد شرطاً مفترضاً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وهذا ما استقر علية القضاء الإداري الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري وكذلك الليبي .
- أن إضفاء الطابع الإداري على العقد بنص القانون أو تطبيق لنظرية الوكالة في مجال العقود الإدارية يعد استثناء يرد على المعيار العضوي . بما مؤداه أن العقد بين أشخاص القانون الخاص لا يمكن اعتباره . ما لم يوجد استثناء عقداً إدارياً حتى لو كان العقد مبرماً من جانب شركات الدولة . شركات الاقتصاد المختلط أو الأشخاص الخاصة التي تدير خدمه عامة .
- بالإضافة إلى المعيار العضوي الذي يعتمد على وجود شخص اعتباري عام في العقد لإضفاء الصفة الإدارية علية يشترط القضاء الإداري الفرنسي ويتبعه في ذلك نظريه المصري والليبي أن يتضمن العقد بنود غير مألوفة في عقود القانون الخاص . وتمثل هذه البنود غير المألوفة المعيار المادي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد . بما مؤداه أن المعيارين العضوي والمادي مكملين لبعضهم البعض لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.
- على الرغم من تأثر النظامين القانونيين المصري والليبي بالنظام القانوني الفرنسي بما يتعلق بمعيار العقد الإداري إلا أن المشرع والقضاء الإداري الليبي قد اعتمد على هذا المعيار فيما يتعلق بثلاث عقود فقط وهي عقد الأشغال العامة وعقود التوريد وعقد التزام المرافق العامة .

ثانياً التوصيات :

- بما أن الواقع أننا إذا أخذنا بعين الاعتبار ماهية القرار الإداري في إنه قد يصدر عن الشخص المعنوي الخاص استناداً إلى منحه مُقومات الشخص المعنوي العام . امتيازات السلطة العامة لامكن القول قياساً على الصفة الإدارية لتصرفات الشخص المعنوي العام المنفردة . بأن العقد الإداري يجد تكييفه حقاً من مضمون النشاط الموكول إليه وتمتعه في أدائه بامتيازات السلطة العامة تلك التي تمنح - أصالة - لغرض الوفاء باحتياجات المصلحة العامة . ومن ثم فأننا نوصي باستبعاد مسألة إضفاء الصفة الإدارية للعقد عن أن شكل موضوع لمعيار عام مجرد . وإنما تعلق بالأحرى بكل قضية على حدة.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

1/ د. توفيق شحاته ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار النشر للجامعات المصرية ، 1954-1955.

2/ د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري ، أصول القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، 1966.

3/ د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، دون ذكر تاريخ النشر .

4/ د. حمدي عمر ، العقد الإداري وأحكام إبرامه ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، 2004 .

5/ د. خليفة سالم الجهمي ، أحكام ومبادئ القضاء الإداري الليبي ، دار مكتبة الفضيل للنشر والتوزيع ، بنغازي ، 2009.

6/ د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، ط، 1965.

7/د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية 1998- 1999.

8/د. صبيح بشير مسكوني ، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية ، منشورات جامعة بنغازي .

9/ د. فهيد مرزوق فهد العنزي ، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة في دولة الكويت ، دار النهضة العربية ، ط 2008 .

10/ د. مازن ليلو راضي ، الوجيز في القضاء الإداري الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية طبعة 2003.

11/ د. محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ،ة منشورات المكتبة الجامعية ، ط 2010.

12/ د. محمد عبدالله الفلاح ، نظام القضاء الإداري الليبي ، دراسة نظرية وتطبيقية ، مطابع بنغازي ،2005 .

13/ د. ماجد راغب الحلو ، القانون لإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1996 .

14/ د. محمد كامل ليلة ، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول ، دار النهضة العربية 1968-1969.

15/ د. محمد فؤاد مهنا ، الوجيز في القانون الإداري ، المرافق العامة ، 1961.

16/ د. وليد محمد عباس ، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، 2011 ، دار النهضة العربية .

ثانياً : الرسائل العلمية

1/ د. عبد الفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق ، 1994.

2/ د. محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس 1983 .

3/ د. ثورية لعيوني ، معيار العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ، 1987.

ثالثاً : التشريعات ومجموعة الأحكام

1/ القانون رقم (88) لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري الليبي .

2/ القرار رقم (563) لسنة 2007 بإصدار لائحة العقود الإدارية .

3/ قانون مجلس الدولة المصري (47) لسنة 1972.

مجموعة الأحكام :

1/ مجلة المحكمة العليا الليبية تصدر عن المكتب الفني مجموعة عمر عمرو المفهرسة .

2/ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا تصدر عن المكتب الفني .

3/ مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري تصدر عن المكتب الفني .

رابعاً : المراجع باللغة الانجليزية

1/ Huilier,J.L., les contrats adm. Tiennent– ils lien de loi a l'administration? D

1953,Chron,881

.

2/ Sin kondo,M.H., La notion de contrat adm. Acte unilatéral a caractère contractuel cu contrat civil de l'administration, RTD. Civ. 1993.

3/ Lebreton, G., Droit adm. General, Dalloz ,édition ,2011.

/4 **De Laubadere , A. Venezia, C. Cl. Et Gaudemet, y., Traite de droit adm . Trait de droit adm . Tome 11.10ed . 1995,L.G.D.J., no .671.**

/5 **Lichere, F. L'évolution du critère organique du contrat adm. . RFDA.2002**

/6 **Lichere, F., Article précité, p.1341; Schultz p., Elements du droit des marches pubtcs, L.G.D.J.1966,**

/7 De Laubadere,A., Moderne, F. et Delvolve, p., Traite des contrats adm . L.G.D.J. Edition 1983.

/8 Marin, J., Dune définition a lautrr; nouvelles et anciennes anciennes difficultés a identifier les clause revelant un contrat adm . RFDA. Janvier- Fevrier 2015.

/9 **Waline, J., Droit adm DP.**

/10 **Richer, L., Droit des contrats adm L.G.D.J. éd .**

/11 **Chapus,R ., Droit adm . General, Montchrestien, Tom 1. 2006**

13, édition 1999.

/12 **De Laubadere, A., Traite théorique et pratique des contrats adm. L.G.D.J. Toime 1.1956 .**