الجمهورية العربية السورية

منشورات جامعة دمشق

نظام التعليم المفتوح

برنامج الدراسات القانونية

العقود الإدارية

الدكتور خالد المحمد

أستاذ مساعد في قسم القانون العام

الدكتور محمد العموري

أستاذ مساعد في قسم القانون العام

1445هـ /2024م

جامعة دمشق

العقود الإدارية

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الجمهورية العربية السورية

منشورات جامعة دمشق

نظام التعليم المفتوح

برنامج الدراسات القانونية

العقود الإدارية

دكتور خالد المحمد

أستاذ مساعد في قسم القانون العام

دكتور محمد العموري

أستاذ مساعد في قسم القانون العام

يدرس لطلاب السنة الثانية برنامج الدراسات القانونية

1445هـ /2024م جامعة دمشق

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

فهرس محتويات الكتاب

التقسيم	الموضوع	الصفحة
المقدمة		9
الباب الأول	الجوانب القانونية التأصيلية للعقد الإداري	13
الفصل الأول	ماهية العقود الإدارية وتحديد مدلولها	17
المبحث الأول	مفهوم العقد الإداري	19
المطلب الأول	نشأة فكرة العقود الإدارية	20
المطلب الثاني	تعريف العقد الإداري وعناصره الرئيسة	24
المبحث الثاني	أركان العقد الإداري وسماته الرئيسة	31
المطلب الأول	أركان العقد الإداري	32
المطلب الثاني	سمات العقد الإداري	36
الفصل الثاني	معايير تمييز العقود الإدارية	45
المبحث الأول	تحديد العقود الإدارية	47
المطلب الأول	العقود الإدارية بتحديد القانون	48
المطلب الثاني	العقود الإدارية بطبيعتها	50
المبحث الثاني	معايير تمييز العقود الإدارية	53
المطلب الأول	أن تكون الإدارة طرفاً في العقد	54
المطلب الثاني	معيار اتصال العقد بنشاط مرفق عام	60

المطلب الثالث	أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة	62
الفصل الثالث	**أنواع العقود الإدارية وتقسيماتها المختلفة**	**69**
المبحث الأول	**العقود الإدارية الرئيسة**	**71**
المطلب الأول	عقد الامتياز	72
المطلب الثاني	عقد الأشغال العامة	78
المطلب الثالث	عقد التوريد	82
المبحث الثاني	**الصور الجديدة للعقود الإدارية**	**85**
المطلب الأول	العقود الإدارية ذات الطابع الدولي	86
المطلب الثاني	التنظيم المستحدث لعقود تفويض المرفق العام	106
المطلب الثالث	عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص	110
الفصل الرابع	**طرق وإجراءات ابرام العقود الادارية**	**115**
المبحث الأول	**عملية إختيار الإدارة للمتعاقد معها**	**117**
المطلب الأول	أسس اختيار المتعاقد مع الإدارة	117
المطلب الثاني	تكوين إرادة الإدارة التعاقدية	119
المبحث الثاني	**طرق اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة**	**133**
المطلب الأول	أساليب التعاقد القائمة على السلطة المقيّدة	134
المطلب الثاني	أساليب التعاقد القائمة على السلطة التقديرية	143

الباب الثاني	**الجوانب القانونية العملية للعقد الإداري**	**151**
الفصل الأول	**تنفيذ العقود الإدارية**	**155**
المبحث الأول	**حقوق والتزامات الإدارة**	**157**
المطلب الأول	حقوق الإدارة في تنفيذ العقد	**158**
المطلب الثاني	التزامات الإدارة	**161**
المبحث الثاني	**حقوق والتزامات المتعاقد**	**169**
المطلب الأول	حقوق المتعاقد في تنفيذ العقد	**170**
المطلب الثاني	التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد	**176**
الفصل الثاني	**آثار العقود الإدارية**	**179**
المبحث الأول	**امتيازات الإدارة العامة التعاقدية**	**181**
المطلب الأول	صلاحية طلب الأداء الشخصي للعقد	**183**
المطلب الثاني	سلطة الرقابة والتوجيه	**183**
المطلب الثالث	سلطة توقيع الجزاء	**186**
المطلب الرابع	صلاحيات التعديل من طرف واحد	**194**
المبحث الثاني	**ضمانات حماية مصلحة الطرف المتعاقد مع الإدارة**	**197**
المطلب الأول	حق الحصول على المقابل المالي	**198**
المطلب الثاني	الحق في إعادة التوازن المالي للعقد	**199**

الفصل الثالث	**نهاية العقود الإدارية**	**221**
المبحث الأول	**طرق انتهاء العقود الادارية**	**223**
المطلب الأول	النهاية الطبيعية للعقود الإدارية	**223**
المطلب الثاني	النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية	**225**
المبحث الثاني	**حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية وآثاره**	**237**
المطلب الأول	شروط إنهاء العقود الإدارية	**238**
المطلب الثاني	آثار إنهاء العقود الإدارية	**224**
الفصل الرابع	**تسوية النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية**	**249**
المبحث الأول	**التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية**	**251**
المطلب الأول	تسوية المنازعات أمام قاضي الإلغاء	**252**
المطلب الثاني	تسوية المنازعات العقدية أمام القضاء الكامل	**258**
المبحث الثاني	**التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية**	**263**
المطلب الأول	التحكيم في العقود الإدارية	**264**
المطلب الثاني	الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات العقدية	**272**
قائمة المراجع		**285**

المقدمة

احتلّت العقود الإدارية مكانة مهمة في تسيير المرافق العامة في الدولة، والوفاء باحتياجات المواطنين، سواء في العلاقة الناشئة عن عقود الإدارة مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة أو في العلاقات التعاقدية بين الهيئات العامة فيما بينها، بعد أن تأكّد أن إبرام الإدارة لعقودها في ظل القانون الخاص لا يكفي لتحقيق أهدافها التي تحققها العقود الإدارية، عندما تظهر الإدارة بوصفها سلطة عامة، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، تحقيقاً للمصلحة العامة، وعندها تخضع لنظام قانوني خاص هو نظام القضاء الإداري الذي يتميز بكونه قضاءً إنشائياً، لعب دوراً كبيراً في نشأة العقد الإداري، وفيما يعرفه حتى الآن من تطور.

ومع ذلك، فإن دور القاضي الإداري قد انحصر في السنوات الأخيرة أمام تزايد النصوص القانونية واللائحية بشكل كبير، وهذا ينطبق على العقود الإدارية، خصوصاً في مرحلة الإبرام، كما ينطبق على مجالات القانون الإداري الأخرى، ولاسيما أن هذه النصوص القانونية الصادرة على المستوى الوطني قد تضافرت مع التزايد الموازي في إبرام العقود الإدارية على المستوى الدولي.

وعلى الرغم من أهمية العقود الإدارية لممارسة الإدارة أنشطتها وإدارة مرافقها، فإن التغيرات التي اجتاحت العالم دفعت ببعض الدول إلى ضرورة التوقف قليلاً أمام نظرية العقود الإدارية، وإعادة النظر فيها، والتساؤل حول ماذا كانت ستعاد صياغتها لتتماشى مع التغيرات العالمية السريعة أو ستتكمش بسبب ظاهرة العولمة والخصخصة؟ أم سوف يتسع مجال تطبيقها لتشمل العقود الإدارية العابرة للحدود؟

ويؤكّد البعض أن هذه التغيرات المتسارعة في العلاقات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والإدارية قد تؤدي ربما إلى إضعاف نظرية العقود الإدارية أو انكماشها، إلا أنها لا تقضي عليها لأن الدولة وإدارتها هي المسؤولة عن تنظيم الحياة الاقتصادية.

وعلى الرغم من التغير الذي طرأ على طبيعة دور الدولة، إذ لم تعد الفاعل الرئيس الوحيد في صنع وتنفيذ السياسات العامة، نظرأ إلى التوسع نطاق مشاركة المواطنين ودورهم في عملية الحكم (Gouvernance) وتقلّص أدوار الدولة في الإنتاج والإدارة المباشرة لمرافقها العامة، ومنح القطاع

الخاص، ومؤسسات المجتمع المدني دوراً أكبر في عملية التنمية، إذ أصبح يقتصر دورها على وضع قواعد للقائمين بالعملية والقيام بدور الحكم بين المصالح الموجودة، في إطار ما يسمى حالياً الدولة المنظمة (L'Etat Régulateur)، والتي تحبذ أسلوب التعاقد القائم على التفاوض– لأنه يضمن الامتثال إلى القواعد التي تسنها على أسلوب الأمر الذي يتسم بالإكراه.

وعلى عكس الاعتقاد السائد بأن الخصخصة ستقلل من الحاجة إلى الدولة وإدارتها، فإن العقود الإدارية لا تزال أفضل وأنجح الأساليب في العمل الإداري، ولم تعد وسيلة داخلية لتلبية الخدمات العامة فحسب، بل تم تدويلها مع اتجاه النظام الدولي إلى العولمة وتحرير التجارة الدولية بين الدول، وحرية تداول رؤوس الأموال المختلفة – وأصبحت وسيلة اقتصادية تستعملها الدول في تطوير الاقتصاد سواء على المستوى الإقليمي (كما هو على مستوى الدول الأوربية) أو على المستوى العالمي، وأصبحت بذلك محلّ اهتمام الأمم المتحدة واتفاقيات التجارة العالمية التي دعت إلى تطوير إبرام العقود الإدارية.

ولهذا، فقد اهتم الفقه الإداري في كثير من الدول اهتماماً كبيراً بدراسة هذه العقود الإدارية، وتوافرت بالتالي مؤلفات قيّمة ومحترمة تناولتها من حيث نشأتها، ومعايير تمييزها، وكيفية إجراءات إبرامها، وأركانها، وشروط صحتها، وحقوق الطرفين المتعاقدين والتزاماتهم فيها، وإنهائها وانتهائها، وتفسير نصوصها، وغير ذلك من قواعد وأحكامها الشمولية العامة لنظرية العقود الإدارية.

ومع بالغ التقدير والاحترام لهذا الفقه الإداري الذي تعلمنا وما نزال نتعلم منه الكثير، إلا أنه قد تعمد لسبب رآه أو لغياب مجموعة من الأمور الجديدة والاجتهادية والدقيقة والحساسة والمهمة المتعلقة بالعقود الإدارية عنه، إغفال الحديث عن بعض المسائل التي سنتناولها في حينها، ولاسيما في ظل التطور الهائل الذي تعيشه الأجهزة الإدارية في الدولة المختلفة، والإيقاع السريع الذي يقطع الأنفاس أحياناً، والمتعلقة بتقدم ورقيّ النظريات العلمية والمسائل والإجراءات والموضوعات وعلى رأسها العقود الإدارية.

لقد سعى هذا الكتاب إلى بيان أوجه التجديد في نظرية العقد؛ كما وردت في القانون المدني الفرنسي المعدّل، مع مقارنتها بأحكام القانون السوري، سواء فيما يتعلق بالتصوّر العام لنظرية العقد الإداري، أو فيما يتعلق بالأحكام الجزئية المتعلقة بالعقد.

وأساس ذلك في تقديرنا الشخصي، أن البحث في العقود الإدارية ومعالجة أهم جوانبها المختلفة لا يكون للقضاة والمحامين ورجال القانون والدارسين فقط، وإنما يكون لكل شخص كائناً من كان موقعه في الدولة، ويهمه أن يفهم ويدرك أهم الأمور والأبعاد والإجراءات والموضوعات المتعلقة بالعقد الإداري، ولاسيما أن هذا العقد قد أصبح وسيلةً واسعة الطيف، وأداةً قانونية يكثر اللجوء إليها في الوقت الراهن، لأنها تحقق مصالح كبرى لأجهزة الدولة من جهة، وللمتعاقدين معها من جهة أخرى.

بناءً على ما تقدّم، فإننا بعون الله سنحمل مشقّة هذا البحث بكل أمانة وإخلاص، آملين في ظل التواضع العلمي والأدب الأكاديمي تقسيمه إلى بابين رئيسين يتمثلان فيما يأتي:

الباب الأول– نعرض فيه للجوانب القانونية التأصيلية للعقد الإداري.

الباب الثاني– نعرض فيه للجوانب القانونية العملية للعقد الإداري.

وقل رب زدني علما
Damascus University

الباب الأول

الجوانب القانونية التأصيلية للعقد الإداري

– الفصل الأول	ماهيّة العقد الإداري وتحديد مدلوله.
– الفصل الثاني	تمييز العقود الإدارية عمّا سواها من عقود.
– الفصل الثالث	أنواع العقود الإدارية وتقسيماتها المختلفة.
– الفصل الرابع	طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية.

Damascus University

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

تمهيد وتقسيم:

للعقد الإداري أهمية في حياة الدولة والمجتمع، فهو في الواقع يعدّ المحرك الأساسي لعملية التنمية والتطور في الخدمات التي تقدمها الإدارة، وهي تمارس أنشطتها المختلفة تحقيقاً للصالح العام.

والعقد الإداري هو اتفاق يكون بمقتضاه أحد طرفيه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام مثل الدولة، أو إحدى الهيئات التابعة لها، والطرف الآخر شخصاً من أشخاص القانون العام أو الخاص، ويهدف هذا الاتفاق إلى تنظيم أو تسيير مرفق عام بقصد تحقيق النفع العام.

ومن المسلّم به أنه لا تعد كل العقود التي تبرمها السلطة الإدارية عقوداً إدارية، وخاصةً أن الدولة قد تقوم بإبرام عقود مدنية أو تجارية، ولا تظهر فيها كسلطة عامة، ولكنها تظهر كفرد عادي، وبالتالي، يختلف العقد الإداري عن بقية العقود المبرمة من قبل الإدارة في أن العقد الإداري، تظهر فيه الإدارة كسلطة تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة.

صحيح أن العقد الإداري يلتقي مع العقد المدني في أن كلاً منهما يعبر عن توافق إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتّب على العقد، إلا أن العقد الإداري يتميّز عن العقد المدني في كثير من الجوانب، وهذا ما تولّى الفقه والقضاء الإداريين توضيحه وتحليله.

يتّضح لنا إذاً أن فكرة السلطة العامة تحتلّ مكاناً مهماً في نظرية العقود الإدارية، وبصفة خاصة في عقود امتياز المرافق العامة، وبالتالي ترتكز هذه النظرية في الأساس إلى هذه الفكرة، وتستمد منها قواعد وأحكام تختلف عن تلك القواعد والأحكام السائدة في القانون الخاص.

والملاحظ كذلك أن العقود الإدارية تتعدد وتتنوع موضوعاتها وتسمياتها، كما أنها تتباين فيما بينها تبعاً للالتزامات المترتبة عليها، فمنها ما يرتب التزامات متبادلة بين الطرفين، ومنها ما يرتب التزامات من جانب واحد. ثم إن بعض العقود فوري التنفيذ وبعضها الآخر مستمر، وهناك عقود إدارية مسماة ولها نظام قانوني خاص معروف مقدّماً، وهناك عقود غير مسماة تبرمها الإدارة على خلاف المألوف، كلما تطلبت ذلك مقتضيات تسيير المرافق العامة.

أمام هذا التعدد والتنوع والخصوصية للعقود الإدارية، سوف نحاول ألا نتوسع كثيراً في عرض الجوانب القانونية المتعلقة بهذه المسائل، وسنكتفي بإبراز أهمها، وأكثرها بساطةً، وأكثرها ضرورةً ونفعاً للطلاب الأعزاء، محاولين بقدر الإمكان، وبكل التواضع إبداء بعض ملاحظاتنا وآرائنا الخاصة ورؤيتنا العملية في مكانها المناسب.

بناءً على ما تقدم، سوف نقسم هذا الباب إلى أربعة فصول تتمثل في الآتي:

الفصل الأول– ماهيّة العقد الإداري وتحديد مدلوله.

الفصل الثاني– تمييز العقود الإدارية عمّا سواها من عقود.

الفصل الثالث– أنواع العقود الإدارية وتقسيماتها المختلفة.

الفصل الرابع– طرق واجراءات إبرام العقود الإدارية.

الفصل الأول

ماهيّة العقود الإدارية وتحديد مدلولها

تتفق العقود الإدارية في جوهرها وأركانها، فهي في كل الأحوال توافق إرادتين على ترتيب أثر قانوني معين، وأركانها هي الرضا والمحل والسبب. ويشترط لقيامها صحيحةً ومنتجةً لآثارها القانونية شروط صحة وسلامة الرضا من عيوب الغلط والتدليس والإكراه والغبن.

فالعقود الإدارية هي إحدى وسائل الإدارة في ممارسة نشاطها، وتمتاز بطبيعة قانونية خاصة، وبأحكام تختلف عن طبيعة الأعمال الإدارية الأخرى، كما تمتاز أيضاً بأحكام تختلف عن طبيعة العقود المدنية التي تخضع للقانون الخاص، ولاسيما فيما يتعلق بالمبادئ العامة والقواعد التي تحكم كلاً من العقدين، فالإدارة العامة تكون دائماً طرفاً في كل عقد إداري، وهي في إبرامها للعقد الإداري تعمل بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع الأفراد بمثلها.

والعقود التي تبرمها الإدارة ليست قاصرة على العقود الإدارية، وإنما تستطيع الإدارة أن تبرم مع الأفراد عقوداً تخضع لأحكام القانون الخاص، وتكون الإدارة فيها طرفاً عادياً لا يتمتع بسلطة أو امتياز.

وسوف نعرض في هذا الفصل لمفهوم العقد الإداري **(في مبحثٍ أول)** ثم نتطرّق إلى أركانه وأهم خصائصه **(في مبحثٍ ثانٍ)**، وفق الآتي:

وقل رب زدني علما
Damascus University

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري

مجال العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة متعدّد ومتنوع؛ فهناك عقود الأشغال العامة وعقود التوريد، وعقود الخدمات وعقود العمل، إلى غيرها من هذه العقود، غير أنه وكقاعدة عامة، يقسم الفقه الإداري هذه العقود في الوقت الحاضر إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بعقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص "Contrat de droit privé de l'administration " وهي العقود التي تبرمها الإدارة وفقاً لأحكام القانون الخاص، شأنها في ذلك شأن سائر الأفراد، ويرجع الاختصاص بحل المنازعات المتعلقة بها إلى لقضاء العادي؛ أما القسم الثاني من عقود الإدارة، فهي تخضع للقانون العام، ويطلق عليها اصطلاح العقود الإدارية" Contrats administratifs" ويعود الاختصاص في نظر المنازعات المتعلقة بها إلى القضاء الإداري[1].

إذاً ينتمي العقد الإداري، لكونه اتفاق إرادات من أجل إحداث آثار قانونية، إلى النظام العام للعقود المنصوص عليه أساساً في القانون المدني[2]. ومع ذلك، فإن هذا النوع من العقود يختلف عن عقود القانون الخاص، وهو خاص بالكيانات العامة، الذي يجب أن تسعى من خلاله إلى إشباع الحاجات وضمان المصلحة العامة[3].

وفي ظل هذا الكلام، لا تنتمي جميع العقود التي تبرمها الإدارة إلى القانون العام، فقد يكون قانوناً خاصاً، حينما تبرم الإدارة عقوداً يكون الهدف منها تلبية حاجة معينة للإدارة، كخدمة الهاتف أو الكهرباء أو استئجار مقر مؤقت.. [4]

وسنحاول في هذا المبحث الوقوف على مفهوم العقد الإداري من خلال استعراض نشأة العقد الإداري في مطلبٍ أول، ثم بيان تعريف العقد الإداري وعناصره الرئيسة في مطلب ثانٍ.

---

[1] د. محمد مصطفى حرارة،" أنواع العقود الإدارية "دراسة وصفية تحليلية"، الجامعة الإسلامية بغزّة، المركز الديمقراطي العربي 14، أغسطس 2020.ص16.

[2]Lichere (F.), Droit des contrats publics, Dalloz, 2 ed. 2014,p 23.

[3]Salama (M.N.M) ,La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 et le droit administratif Vers une théorie commune des contrats 2018.p.26.

[4]Poulet (N.), Leclerc (G.), Droit Administratif, 3 édition, Bréal, 2007, p.130.

المطلب الأول

نشأة فكرة العقود الإدارية

مرّ تحديد مفهوم نظرية العقود الإدارية وأسسها العامة بتطور استغرق حقبة طويلة من الزمن، إذ لم تظهر فكرة العقود الإدارية إلا في تاريخ متأخر لا يتجاوز مطلع القرن العشرين، وذلك عندما ظهر القضاء الإداري بوصفه قضاء" مستقلا" يختصّ بالفصل في المنازعات الإدارية من خلال مجلس الدولة الفرنسي، لذا فهي نظرية حديثة العهد.

ويعكس الواقع وجود نظريتين من المفترض أن تكونا متميزتين: النظرية المدنية للالتزامات التعاقدية التي يبنيها الفقه حول مبدأ استقلال الإرادات التعاقدية؛ ونظرية إدارية بالكاد يرسم معالمها الفقه، لكنها تريد قبل كل شيء أن تكون مستقلّة، بل وحتى مناقضة لنظيرتها الخاصة[5].

إذ يميل فقه القانون الإداري عموماً إلى وضع السلطات الاستثنائية للإدارة في مركز النظرية العامة للعقود الإدارية[6]. هذه النظرية التي يتفق هذا الفقه على أنها نظرية حديثة نسبياً، كونها منبثقة أساساً من قانون حديث النشأة، وهو القانون الإداري[7].

الفرع الأول – نشأة العقد الإداري في فرنسا:

لم تنشأ فكرة العقد الإداري في القانون الإداري الفرنسي إلا في زمنٍ متأخرٍ لا يتجاوز مطلع القرن الماضي، إذ كان معيار السلطة هو المعيار المتبع قضاءً وفقهاً في تحديد الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري، فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري، في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد تخضع للقضاء العادي.

---

[5]Torres, (J.)- Güechá,(C.) (2019),op.cit., pp. 139-151.

[6]Salama (M.N.M), 2018, op.cit.,p 26.

[7]BUCHER (C.-E.), L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Volume 102, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, p. 349.

القانون الإداري، وما يتفرع منه، مدين في كثير من نظرياته المستنبطة من المبادئ القانونية العامة والسوابق القضائية إلى قواعد القانون الخاص؛ إذ تحوّل الكثير من القواعد القانونية، ومنها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، من بيئة القانون الخاص إلى بيئة القانون العام.

نظرية العقد الإداري إذاً هي نظرية حديثة النشأة، شأنها في ذلك شأن بقيّة نظريات القانون الإداري، يعود الفضل في وجودها وتطورها إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي سعى إلى توسيع اختصاصاته بإضفاء الصفة الإدارية على الكثير من العقود. فمع مطلع القرن العشرين، كان حكم مجلس الدولة في قضية "تيريه Terrie" عام1903 الأساس الذي شيّدت عليه فكرة العقود الإدارية، وقد جاء فيه: «إن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية كانت أم محلية... فالعقود التي تُبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها، ويجب أن يختصّ القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات »[8].

وقد أخذت أحكام مجلس الدولة بعد هذا التاريخ تتوالى، ومعبرة عن ضرورة خضوع العقود الإدارية لنظام القانون العام وقواعده، بالاستناد إلى خصائص العقد الإداري وطبيعته، وهذا ما أدى إلى اتساع نطاق العقود الإدارية واتساع اختصاص القضاء الإداري بالنظر فيها.

ومع تعقد نشاط الإدارة ولجوئها إلى إبرام العقود الإدارية، بدأ المشرّع الفرنسي يحيل إلى القضاء الإداري اختصاصاً في نظر المنازعات الخاصة بهذه العقود، رغبةً منه في أن تخضع هذه العقود لمبادئ متميزة يراعي فيها مجلس الدولة الفرنسي ملاءمة العمل الاداري العام وظروفه، وهنا يمكن القول إننا أصبحنا أمام عقودٍ إدارية بتحديد القانون[9].

كذلك، خضع قانون العقود الفرنسي لتغييرات متفرقة عدّة[10]، تجلّت في الموجة الأخيرة من التشريعات المفوضة على جميع قوانين العقود الفرنسية تقريباً، ما أضاف عناصر جديدة إلى نظرية العقود الإدارية، فقد تم تفويض الحكومة من قبل المشرع لوضع المراسيم التي من شأنها "تحديث وتبسيط قانون العقود وتحسين قابليته للقراءة وتعزيز إمكانية الوصول إلى قانون الالتزامات وقانون الإثبات لضمان"اليقين القانوني" في إبرام العقود. وهكذا تم اعتماد المرسوم رقم (131) المؤرخ 10 فبراير 2016 لإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات. إلى جانب هذا المرسوم في القانون الخاص، كان القانون الإداري أيضاً موضوعاً للتشريع المفوّض. وعليه، فقد تم اعتماد

[8] د. صفاء السويلميين، "الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية"، دراسات علوم الشريعة والقانون، عام 2015، ص 181.
[9] د. عصام البرزنجي وآخرون، القانون الإداري، ط 1، مكتبة السنهوري، بغداد، عام 2015، ص 278.
[10] بدافع توحيد النصوص القانونية المطبقة على تعاقدات الهيئات العامة في فرنسا، وتنسيقها ضمن تقنين موحد، كانت هناك ثلاثة محاولات سابقة؛ الأولى عام 1997، والثانية عام 2004، والثالثة عام 2009، وكانت المحاولة الرابعة عام 2018 وقد نتج عنها ضم (30) نصاً قانونياً وفق نص قانوني واحد، وهو قانون الصفقات العمومية(CCP)، متاح على الرابط: -http://www.marche public.fr/Code-commande-publique-ccp.htm

المرسوم رقم (899) لسنة 2015 المؤرخ في 23 تموز 2015 بشأن المشتريات العمومية[11]، والمرسوم التنفيذي رقم (360) المؤرخ في 25 مارس 2016[12]، غير أنه تم تعديل وتتميم هذا المرسوم الأخير بموجب المرسوم رقم (516) المؤرخ في 10أبريل 2017 المتضمن أحكام مختلفة في مادة الطلبات العمومية[13]. علاوة على ذلك نظّم المشرع الفرنسي كيفية إبرام وتنفيذ عقود الامتياز بنصوص خاصة بموجب المرسوم رقم (65) المؤرخ في 29 يناير 2016[14]، والمرسوم التنفيذي رقم (86) المؤرخ في الأول من فبراير 2016[15]. والمرسوم رقم (1074) المؤرخ في 26 نوفمبر 2018 بشأن الجزء التشريعي من قانون العقود العامة، من دون نسيان المرسوم رقم (1341) المؤرخ في 23 أكتوبر 2015 المتعلق بمدونة العلاقة بين الجمهور والإدارة، والمرسوم رقم (562) المؤرخ في 19 أبريل 2017 المتعلق بممتلكات الهيئات العامة.

ومع مطلع هذا القرن تطوّر القانون العام للعقود الإدارية في فرنسا تدريجياً؛ أولاً، طوّر مفوضو الحكومة في فرنسا النظريات المطبّقة على العقود الإدارية، مثل: نظرية التوازن المالي، والظروف الطارئة، ... بعد ذلك، تم بناء النظرية العامة للعقود الإدارية في"مجموعة قواعد متماسكة، ومنظمة" لتحلّ محلّ النظرية العامة الناشئة عن القانون المدني فيما يخص العقود الإدارية، كما تم اتخاذ خطوات كبيرة باتجاه الاستقلالية، والتي سيتم مضاعفتها بحضور القاضي الإداري[16].

واستطاع القضاء الإداري أن يكيّف قواعد القانون الخاص بما يتناسب وطبيعة القانون العام من دون انقطاع للصلة الرابطة بين القانونين؛ فمبدأ سلطان الإرادة– الذي يحكم نظرية العقد في القانون الخاص، والذي يقوم على أساس الحريّة التعاقدية، والرضائية، والقوّة الملزمة للعقد، ونسبيّة أثر العقد– لم يعد العنصر الوحيد الذي يبنى عليه العقد، وإنما بدأ القانون يتدخل في تنظيم العقد،

[11] Ordonnance n° 2015-899, du 23 juillet 2015 ,relative aux marchés publics, JORF n°0169, du 24 juillet 2015, p 12602 texte n° 38. http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2015/7/23/2015-899/jo/texte

[12] Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, JORF n°0074, du 27 mars 2016, texte n° 28: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/3/25/2016-360/jo/texte

[13] Décret n° 2017-516, du 10 avril 2017, portant diverses dispositions en matière de commande publiqueJORFn°0087,du12avril2017,texten°9.https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/10/2017-516/jo/texte

[14] Ordonnance n° 2016-65, du 29 janvier 2016, relative aux contrats de concession, JORF n°0025, du 30 janvier 2016, texte n° 66. http://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/1/29/2016/jo/texte

[15] Décret n° 2016-86, du 1er février 2016, relatif aux contrats de concession, JORF n°0027 du 2 février 2016, texte n° 20. https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/2/1/2016 /jo/texte

[16] Salama (M.N.M), 2018. Op.cit.,p.27.

وأمسى للعقد جانبان[17]: **الأول**، اتفاقي يخضع لإرادة المتعاقدين الحرة؛ **والثاني**، تنظيمي تفرضه قواعد القانون العام، وخصوصاً إذا كان أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام، فبدأت قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تتعرض إلى التصدّع والضعف، نتيجة للانتقال من القانون الخاص إلى القانون العام.

وغالباً ما يتفاعل هذا الدور الريادي للقاضي الإداري مع الدعوة التي أطلقها فقه القانون الإداري، والتي أسهمت في ولادة نظرية عامة للعقد الإداري وترسيخها بموازاة الانتشار الذي ميّز قانون العقود الإدارية في فرنسا ليظهر بحلّة جديدة، وعصرية[18].

وبات من المؤكّد القول إن نظرية العقود الإدارية موجودة حتى من دون نصّ، وهدفها مزدوج، يضمن تحقيق الصالح العام وخضوع الإدارة إلى القانون، وتطورها التاريخي كان طويلاً، فأصبحت نظرية قضائية من النظام العام، استمدت جذورها وسبب وجودها من الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي. وقد أخذت هذه النظرية تشقّ طريقها في أحكام القضاء الفرنسي(وكذلك المصري والسوري) حتى تأكّدت بشكل واضح ونهائي، وأصبحت قائمة بذاتها، وجزءاً من موضوعات القانون الإداري[19].

الفرع الثاني– نشأة العقد الإداري في سورية ومصر:

بعد أن صدر القانون رقم (9) لسنة 1949 في مصر والقانون رقم(155) لعام 1959 في سورية، منح القضاء الإداري في هذين البلدين، سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة، وعقود التوريد الإدارية، التي تنشأ بين الحكومة والأفراد[20]. وقد توالت القوانين الناظمة لاختصاصات مجلس الدولة، إلى أن وصلت إلى القانون الحالي رقم (47) لسنة 1972 في مصر، والقانون رقم(32) لعام 2019 في سورية، وكلٍ منهما منح القضاء الإداري صلاحيات واسعة في نطاق منازعات العقود الإدارية، بحيث تختص محاكم مجلس الدولة في هذين البلدين

[17] د. محمد مصطفى حرارة أنواع العقود الإدارية، مرجع سابق، ص17.

[18] Bourdon(P.), Le contrat administratif illégal, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014.p.34.

[19] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، الجامعة الافتراضية السورية، عام 2021، ص13.

[20] د. صفاء محمود السويلميين، 2015، المرجع السابق، ص 181 .

الشقيقين دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة، أو التوريد أو بأي عقد آخر.

وفي سورية بقي نطام العقود الصادر بالقانون رقم /50/ لعام 2004 القانون الأبرز الذي ينظم كيفية إبرام العقود التي تبرمها الجهات العامة فيما يتعلق بالمشتريات العامة[21].

أمّا المشرع المصري فقد نظم إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، بموجب قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (182) لعام 2018 والمؤرخ في 3 أكتوبر 2018[22].

المطلب الثاني

تعريف العقد الإداري وعناصره الرئيسة

ارتبطت فكرة العقد الإداري بفكرة المصلحة العامة، وعدّت عقود إدارية تلك التي تنفّذ بهدف تحقيق المصلحة العامة. ومع الزمن أصبحت العقود الإدارية أداة استراتيجية ووسيلة تنفيذ السياسات الاقتصادية للحكومات، مما جعل مفهوم العقد الإداري دائم التطور.

لقد استلزمت المتغيرات العميقة التي عرفها المحيط الوطني والدولي في السنوات الأخيرة، إعادة تكييف المنظومة القانونية والتقنية المؤطرة للطلبات العمومية مع التطورات التي شهدها عالم الأعمال والالتزامات المتبادلة في إطار الاتفاقيات الدولية، إذ نظمت معظم التشريعات الأحكام التي تكفل للإدارة إبرام عقودها الإدارية، ابتداءً من مرحلة السعي للتعاقد إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد وانقضائه.

الفرع الأول- تعريف العقد الإداري:

بصدد تعريف العقد الإداري لابد من الإشارة بدايةً إلى أن الفقه والقضاء الإداريان نالا قصب السبق في تحديد مدلول العقد الإداري وبيان أهم عناصره وأركانه، في حين ابتعد المشرع عن تقديم

[21] إلى جانب هذا القانون يطبق دفتر الشروط العامة رقم (450) لعام 2004، والتعليمات التنفيذية الجديدة للعقود التي تبرمها الجهات العامة الصادرة بقرار رئاسة مجلس الوزراء لعام2019، والقانون رقم(8) لعام 2005 الناظم لعقود ومبايعات ومبيعات وزارة الدفاع.
[22] الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 39 مكرر(د) في 3 أكتوبر 2018 م، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم (692) لعام 2019.

تعريف جامعٍ ومانعٍ له، لأن الأمر يتعلق بنوع دائم التطور، فينبغي عدم إعاقته بنصّ تشريعي يصعب التقيد بأحكامه.

وبالرغم من أن مفهوم العقد الإداري لم يكن محدداً بالقانون، فإن غالبية التشريعات جعلت المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص القاضي الإداري منذ البداية، ما جعل القضاء الإداري يستند إليها في سحب اختصاصه إلى كثير من العقود الإدارية لطبيعتها، إذا تضمنت عنصراً من عناصر العقد الإداري.

ولمّا كان المشرع الذي جعل النظر في المنازعات التي تنشأ بمناسبة العقد الإداري من اختصاص القضاء الإداري، ولكن من دون أن يعرف العقد الإداري، فإن عبء تحديد مفهوم هذا العقد أصبح واقعاً على كاهل القضاء؛ هذا الأخير الذي طوّر مفهوم العقد الإداري وشاركه في هذه المهمة الشّاقة الفقه القانوني الذي تناول النصوص القانونية والأحكام القضائية بالبحث والدراسة، للوصول إلى رسم معالم واضحة لنظرية العقد الإداري، وبالتالي تقديم تعريف مناسب لهذا العقد يحظى بالقبول والتأييد.

أولاً- موقف المشرع من تعريف العقد الإداري:

لم يعرّف المشرع الفرنسي العقد الإداري، وإنما عرّف الصفقات العمومية في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية Code des Marchés Publics على أنها:" عقود تبرم بمقابل بين السلطات الإدارية المخوّلة بالتعاقد (المحددة في المادة 2) والمشغّلين الاقتصاديين العموميين أو الخواص، لتلبية حاجاتها في مجال الأشغال، والتوريدات، أو الخدمات"[23].

كما عرّف المشرع الفرنسيّ في المادة (1101) من المرسوم رقم (131-2016) المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات **العقد** بأنه: "اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر، يهدف إلى إنشاء الالتزامات، أو تعديلها، أو نقلها، أو إنهائها"[24].

[23]L'article 1 de Code des Marchés Publics« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services».

[24]قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، ترجمة د. محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2018، ص14.

أما المشرع المصري، فلم يورد تعريفاً للعقد في نصوص القانون المدني، إلا أن ذلك لم يمنعه من أن يورد تعريفاً له في مشروع تنقيح القانون المدنيّ المصريّ (المادة 122) مؤداه أن: "العقد اتفاق ما بين شخصين، أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها أو إنهائها"[25].

ولم يورد كذلك المشرع المصري تعريفاً للعقد الاداري في القانون رقم (182) لسنة 2018 المتعلّق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، وأشار المشرع المصري إلى مصطلح العقد الإداري في المادة العاشرة من القانون رقم (47) لسنة1972 الخاص بمجلس الدولة، والتي نصّت على اختصاصه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة، أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر.

وبدوره تجنّب المشرع في سورية وضع تعريف للعقد الإداري تاركاً مهمة ذلك إلى القضاء والفقه[26]، إذ اكتفى بجعل الاختصاص وفق المادة(10) من قانون مجلس الدولة رقم /32/لعام 2019 للقضاء الإداري بالفصل في منازعات العقود الإدارية[27].

ثانياً- موقف القضاء من تعريف العقد الإداري:

أ- موقف القضاء الفرنسي:

لم يستقر القضاء الإداري الفرنسي في البداية على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري؛ بحيث ينطلق تارةً في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام[28]، فيعرّف العقود الإدارية بأنها:" العقود التي تنظمها الإدارات العامة، والأجهزة العامة التابعة لها، بقصد تسيير المرافق العامة، وتأمين ديمومتها"؛ وينطلق تارةً أخرى من طبيعة الشروط التي تضعها الإدارات العامة بقصد تسيير المرافق العامة والتي تحدد قصد الإدارة بتنظيم العقود الإدارية. إلا أنه، ومنذ 1950، تبنى مبدأ الشروط غير المألوفة، وعلى ضوئه عرّف العقد الإداري بأنه: "العقد الذي تبرمه الإدارات العمومية مع

[25] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنيّ المصري، دون دار نشر، الجزء الثاني، ص 10.
[26] تجدر الإشارة إلى أن قانون العقود السوري رقم /51/ لعام 2004 عرّف العقد بأنه: "مجموعة الأحكام التي يرتبط بها كل من المتعهد والجهة العامة بما في ذلك دفتر الشروط العامة ودفاتر الشروط الخاصة والمواصفات وسائر الجداول والمصورات والوثائق المتعلقة بالعقد".
[27] تنص هذه المادة :"على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر".
[28] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم، مرجع سابق، ص 17.

الأجهزة التابعة لها، أو الأفراد، وتضمنه شروطاً غير مألوفة في العقد المدني، أو التجاري بتحديد حقوق المتعاقد معها والتزاماته ، وذلك لضمان تسيير المرافق العامة[29].

وقد تطرّق مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 10 يونيو 1988 إلى تعريف العقد الإداري، إذ قضى بأن:" موضوع العقد غير المتصل بتنفيذ مرفق عام والذي لا يحتوي على أي شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص لا يعدّ عقداً إدارياً، وإنما هو من عقود القانون الخاص، وبالتالي فإن القضاء الإداري غير مختص في نظر المنازعات المتعلّقة به"[30].

كما اجتهد مجلس الدولة الفرنسي لبناء نظرية مستقلّة للعقود الإدارية، والتأكيد على استقلالها، ووضع إطار عام للقواعد التي تحكمها مستقلة عن القواعد المطّبقة على عقود القانون الخاص، بغض النظر عن القواعد المشتركة التي تخضع لها جميع أنواع العقود[31].

ب – موقف القضائين المصري والسوري:

عرّفت المحكمة الإدارية العليا المصرية العقد الإداري في أكثر من مناسبة[32] بالقول:".. يعد العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً وكان إبرامه بشأن نشاط مرفق عام، ويتضمّن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ومتى اجتمعت هذه السمات في العقد الذي أبرمته الجهة الإدارية، كان الاختصاص بنظر المنازعات التي تثور بشأنه معقوداً لمحاكم القضاء الإداري وحدها ..."[33].

وكان لمحكمة القضاء الإداري السورية موقف مشابه في تعريف العقد الإداري، بقولها:"...العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد تسيير مرفق عام، وتنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، بحيث يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص... يقوم معيار العقد الإداري على ثلاثة أسس: 1–أن

---

[29]Long. (M), Weil. (P), Delvové. (P), Generois. (B), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13éd, Dalloz, Paris, 2001, P.521.

[30]C.E. 10 Juin 1988 , sté comptair délectricité franco-Belge C.Ville de paris , R.D.A. , 27 OA. Année , No 7 , Juillet 1988.p.3

[31]Guettier (C.) ,Droit des contrats administratifs , puf , 2éd , 2008, p.26 ets.

[32] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 576 لعام 11 قضائية، جلسة 1967/12/30، حكمها في الطعن رقم 1278 لعام 28 قضائية، جلسة 1984/2/11؛ حكمها في الطعن رقم 2184 لعام 29 قضائية، جلسة 1987/2/21.

[33] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في الطعن رقم (13837) لسنة 50 ق.ع ، جلسة 2008/4/15، الموسوعة الماسية في أحكام المحكمة الإدارية العليا في الأعوام 2008 و 2009 حتى مارس 2010، إعداد أ. وجدي شفيق، شركة ناس للطباعة والنشر، طبعة 2011، الكتاب الأول، ص 201 .

تكون الإدارة طرفاً في العقد؛2- أن يكون العقد ذا صلة بالمرفق العام؛ 3- أن تتبع وسائل القانون العام، بأن يتضمّن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.."[34].

ثالثاً- موقف الفقه من تعريف العقد الإداري:

يكاد يجمع الفقه الإداري الذي اطّلعنا عليه في كثير من الدول على مفهوم العقد الإداري الذي نحن بصدده في هذه الكتاب. ففي مفهوم شمولي عام، يرى جانب من هذا الفقه أن العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود في القانون الخاص لايتم إلا بتوافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث التزامات متقابلة بين أطرافه. فالرضى والتراضي أو ما يسمى بتوافق الإرادات يعدّ حداً أدنى بين أطرافه[35].

فقد عرّف بعض الفقه الفرنسي العقد الإداري بأنه:" العقد الذي يبرمه شخص معنوي بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نيّة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية، أوغير مألوفة في القانون الخاص"[36]. كذلك عرّفه جانب آخر من الفقه بأنه: "نتاج اتفاق إرادات، ويجب أن يكون هذا الاتفاق للإرادات واصفاً العقد بالصفة الإدارية أو الخاصة، وهذا يقودنا إلى النظر في الهوية التعاقدية، ثم الهوية الإدارية للعقد الإداري"[37]. ويعرّف كذلك بأنه: «العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام واطّراد، لتحقيق مصلحة عامة، ويرتكز على أساليب ووسائل القانون العام، وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص»[38].

كما عرّفه بعض الفقه المصري بأنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نيّة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"[39]. كما عرّفه آخرون بأنه:" العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن

---

[34] القرار رقم(353/ 3) لعام **2020**، سجلات الأحكام، مجلس الدولة السوري، حكم غير منشور.

[35] د. بشير جميل عبد الهادي، "العقد الإداري-الجوانب القانونية والإدارية والأدبية" الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الأردن،2015، ص25.

[36]De L'Aubadére (A.) , et al, Traité des contrats administratifs , T.1.L.G.D.J., Paris , 1983 , p.144; Lageat (C.) et Paillard (C.), Droit administratif general , Armand Colin , 2008 , P.108.

[37]Hoepffner Hélène, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2016, p35.

[38] د. بشار جميل عبد الهادي،"العقد الإداري- الجوانب القانونية والإدارية والأدبية: دراسة تحليلية وحلول مقترحة"، ط 1، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عام2015، ص 20- 21.

[39] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، عام 2008 ، ص 52.

تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إنشاء التزامات متقابلة، فهو ليس عملاً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية لأحدٍ من طرفيه"[40]. كما عرفه البعض بأنه:" هو الاتفاق المبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وبين أفراد، أو شركة خاصة، ويصطبغ بطابع السلطة العامة، ولأجل تحقيق احتياجات المرافق العامة" [41].

وفي الفقه السوري، يرى الدكتور عبدالله طلبة أن: "العقد لا يعدّ عقداً إدارياً، إلا إذا أبرمته الإدارة بهدف تيسير نشاط مرفق عام، مستخدمةً فيه وسائل القانون الإداري، وأساليبه"[42].

وفي ضوء ما تقدّم، فإننا نرى أن العقد الإداري هو العقد الذي يكون أحد أطرافه الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية بحسبانها سلطة عامة، ويهدف إلى تسيير مرفق عام بانتظام واطّراد لتحقيق مصلحة عامة، ويرتكز إلى أساليب ووسائل القانون العام، وما تتضمنه هذه الأساليب والوسائل من شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

الفرع الثاني- عناصر العقد الإداري:

بناءً على ما تم عرضه من تعريفات للعقد الإداري من الناحية التشريعية والقضائية والفقهية، فإن العقد لكي يكون عقداً إدارياً، ويخضع بالتالي لقواعد القانون الإداري، لابد من أن تتوافر فيه (جميع) العناصر الآتية:

أولاً- أن تكون الإدارة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية بحسبانها سلطة رسمية عامة أحد اطراف العقد. يستوي بعد ذلك أن يكون هذا الشخص المعنوي أو الجهاز الإداري مركزياً، كالوزارات وما يتبعها من وحدات، أو إدارات لا مركزية، سواء أكانت إقليمية كالمحافظات والبلديات، أم مرفقية كالمؤسسات الرسمية العامة في الدولة.

---

[40] د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة عام2013، ص 75.

[41] د. محمد رفعت عبد الوهاب ، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية العدد الثاني، عام2010، ص 479 .

[42] د. عبد الله طلبة "مبادئ القانون الإداري"، الجزء الثاني، منشورات جامعة حلب، دون سنة نشر، ص303.

ثانياً– أن يهدف هذا العقد إلى تسيير مرفق عام بانتظام واطّراد لتحقيق مصلحة عامة، سواء بتنظيم هذا المرفق، أو باستغلاله، أو بالمعاونة في تسييره عن طريق توريد مواد، أو أدوات، أو آلات، أو غير ذلك من الأمور التي تتسم بالطابع النفعي المتعلق بالصالح العام.

ثالثاً– أن يرتكز هذا العقد إلى أساليب القانون العام، وما تتضمنه هذه الأساليب من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود الخاص.

وفي إطار ما تقدم، فإن (العقد الإداري) بتعريفه وعناصره أو أركانه أو خصائصه التي ذكرناها يختلف تماماً عن (عقد القانون الخاص) وذلك في الأمور الأساسية الآتية:

1– أن أحد أطراف العقد الإداري يجب أن يكون الإدارة العامة ممثلة في أشخاصها المعنوية أو أجهزتها الإدارية. أما العقد في القانون الخاص، فإن طرفيه يكونان أفراداً طبيعيين، أو أشخاصاً معنويين.

2– أن إرادة سلطات أحد أطراف العقد الإداري، وهو الإدارة العامة، تسمو على إرادة الأطراف الأخرى المتعاقدة معها. أما العقد في القانون الخاص، فإن إرادة أطرافه تخضع في الغالب الأعم لمبدأ المساواة والتوازن في الحقوق والالتزامات.

3– أن الأهداف العامة الأساسية من وراء العقد الإداري هي تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم إشباع الحاجات العامة للمواطنين، وتحقيق الصالح العام، أما الأهداف من وراء العقد الخاص، فهي تحقيق مصالح شخصية، ومنافع للأطراف المتعاقدة.

4– تخضع المنازعات التي قد تثور في شأن العقد الإداري في كثير من الدول– لاسيما تلك التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج – للقضاء الإداري، أما المنازعات التي قد تثار في شأن عقد القانون الخاص، فتخضع للقضاء النظامي، أو العادي في الدولة.

والوقوف على حقيقة العقد الإداري لا تتأتى إلا بعد تحديد أركانه، وسماته التي تميزه عن غيره من التصرفات القانونية. وهذا ما سنتناوله في المبحث الآتي.

المبحث الثاني

أركان العقد الإداري وسماته الرئيسة

العقود التي تبرمها الإدارة، سواء كانت إدارية أم مدنية، وإن كانت تخضع لنظامين مختلفين، فان الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني تكون واحدة، كضرورة توافر أركان العقد من رضا، ومحل، وسبب؛ فالعقد الإداري كالعقد المدني يتضمّن توافق إرادتين على إنشاء التزامات وحقوق، وتوافق الإرادتين يقتضي وجود إيجاب صادر من أحد المتعاقدين يصادفه قبول من المتعاقد الآخر.

وبما أن الإدارة ليست شخصية عادية، كما هو حال سائر العقود التي درج الناس على التعامل بها، كان لزاماً أن تنفرد بسمات وخصائص تتوافق مع طبيعتها وأهدافها، وهذه السمات والخصائص لا تؤثر في كونها عقداً، بل غاية ذلك أنها تنظيمات وضعها المشرع لتراعي المصالح العامة، متوافقة مع "مبدأ المشروعية" عماد دولة القانون.

وسوف نتناول في هذا المبحث أركان العقد الإداري في مطلبٍ أول، ونتحدث عن سماته في مطلبٍ ثانٍ وفق الآتي:

المطلب الأول

أركان العقد الإداري

حسب ما ألمحنا في مستهلّ هذا الفصل، فإن نظرية العقود الإدارية نظرية حديثة النشأة. بيان ذلك أن العقود التي كانت تبرمها الإدارة لم تكن في تكييفها القانوني، وحسب السائد وقتها، إلا عقوداً بين متعاقدين، أركانها الإرادة (الرضا) والمحل والسبب، بالشروط والأوصاف ذاتها التي تشترط في العقود التي يتم إبرامها بين أفراد عاديين، وفي دائرة علاقات القانون الخاص[43].

أولاً– ركن الإرادة في العقد الإداري:

تشير الحرية التعاقدية إلى الإمكانية التي تُترك للأفراد بأنفسهم تحديد شروط عقودهم الخاصة، وكذلك تحديد الأشخاص الذين يرغبون في التعاقد معهم، فقد جاء في المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي أنه:" لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون. لا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام".

ويذهب الفقيه الفرنسي فالين "Waline" إلى القول إن: "**التراضي** العنصر الأساسي في العقد الإداري، وأنه لا يوجد عنصر يمكن أن يقوم مقامه، وهو المصدر المباشر لالتزامات الأطراف"[44]. والعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية اللازمة لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين، يكون أحدهما الدولة، أو أحد الأشخاص الإدارية.

ويعدّ الرضا جوهر الرابطة التعاقدية؛ فلا يكفي توافر رضا الإدارة، بل يجب أن يكون سليماً. ولسلامة الرضا الصادر من الإدارة يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

[43] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص21.

[44]Waline (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in Mélanges Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p. 631.

1- صدور رضا الإدارة من الجهة الإدارية المختصة بالتعاقد، وفقا للأوضاع المقررة قانوناً من حيث الشكل، والاختصاص[45].

2- أهلية المتعاقد باسم الإدارة ، فإذا كان التعاقد مع شخص من أشخاص القانون العام يجب أن يصدر قرار التعاقد من الممثل لهذا الشخص المعنوي، وفقاً للإجراءات المقررة في القوانين والأنظمة التي تحكم نشاط هذا الشخص المعنوي.

3- سلامة الرضا من العيوب، كالغلط، والتدليس، والإكراه[46].

ثانياً- ركن السبب في العقد الإداري:

أجمع الفقه على ضرورة توافر ركن السبب في العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني، وأن يكون دافع الإدارة في التعاقد تحقيق المصلحة العامة، وضمان استمرار سير المرافق العامة.

وإذا وجد الرضا كركن في العقد الإداري، وكان صحيحاً سالماً من العيوب، وانصبّ هذا العقد على محلٍ جائزٍ وممكن، فإنه لا يكفي لإتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع. والسبب، سواء أكان مباشراً أم غير مباشرٍ، يفترض وجوده في كل عقدٍ، إدارياً كان، أو مدنياً. وإذا خلا العقد منه عدّ باطلاً لتخلف ركن من أركان العقد.

والحقيقة أنه من النادر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة، كما يستبعد أن تتعاقد الإدارة من دون سبب، أو لسبب باطل، وذلك لأن الدوافع التي تحثّ الإدارة على التعاقد، تتمثّل دائماً بتحقيق المصلحة العامة، وفي ضرورات سير المرافق العامة[47].

وأحكام القضاء الاداري الخاصة بركن السبب في العقد الاداري قليلة، وأول حكم يشير بصراحة إلى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Michanx"؛ إذ طبّق مجلس الدولة

---

[45] لا يملك إبرام العقود بإسم الإدارة إلا أشخاص حددهم المشرع، ووفقاً للقواعد العامة، بحيث لا يجوز لغيرهم ممارسته، كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته، إلا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع. د. لؤي كريم عبد، "الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإدري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها"، مجلة ديالى، بغداد العدد 53، عام2011، ص 19.

[46] يسلك القضاء الاداري مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من هذه العيوب. ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في إبطال عقدٍ إداري بسبب الوقوع في الغلط، إذ تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية في حين إن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة، ولما كانت الإدارة طرفاً في العقد الاداري لم يعد من داعٍ للبحث عن إرادة ممثل الإدارة، وذلك لأن إجراءات إبرام العقد الإداري كفيلة للتأكد من وجود ممثل للإدارة ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب". مذكور لدى: د. ماهر صالح علاوي الجبوري" القانون الاداري"، ط1، جامعة الموصل، عام 1989، ص 14.

[47] د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مرجع سابق، ص 32.

الفرنسي قواعد القانون المدني بأحكامه المتعلقة بالسبب؛ فقضى ببطلان العقد لتخلف ركن السبب في هذه القضية[48].

هذا هو أيضاً موقف القضاء الإداري المصري، فقد أقرّ في قرارات عدّة بركن السبب في العقد الإداري وهي المصلحة العامة، وهذه المصلحة تختلف عن المصلحة في العقود المدنية، وهي في الأغلب مصلحة خاصة[49].

وبطلان السبب في العقود الادارية يمكن أن يتمسّك به الطرفان في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى وجدت في العقد سبباً غير مشروع، وذلك لمخالفته للنظام العام[50].

ولابد من الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي بموجب التعديل الأخير لقانون العقود قرر التخلّي عن المحل والسبب كركنين من أركان العقد، والإتيان بمفهوم جديد بدلاً منهما هو "**مضمون العقد**"[51].

وفيما يتعلق بتفسير العقد، قرّر المشرع الفرنسي في المادة (2/1188) من مرسوم تعديل قانون العقود أنه:" إذا تعذر الكشف عن النيّة المشتركة للمتعاقدين يتعيّن تفسير العقد وفقاً للمعنى الذي يعطيه له Une personne raisonnable حال وجوده في نفس الظروف"[52].

ثالثاً- ركن المحل في العقد الإداري:

يقصد بمحلّ العقد العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين؛ فيشترط فيه أن يكون موجوداً، وممكناً، وقابلاً للتعين، ومما يجوز التعامل به[53].

---

[48] CE, 29 janvier 1909, Cie des messageries maritimes et a.Une Cie de.
تتعلق هذ القضية بعقد تطوع أبرمه أحد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة، ولكنه جنّد في وحدة عسكرية غير مقاتلة، وعندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقرات ركن السبب رفض المجلس الدعوى، وعدّ إن إلحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة هو لاحق لإبرام العقد. مشار إليه لدى: د.علي قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج1، ط1، بيروت، 2011، ص324.

[49] د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج1، ط1، بيروت، 2011، ص324.

[50] د. لؤي كريم عبد، مرجع سابق، ص 25.

[51] المادتان (1162- 1171). قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، عام 2018، ص24.

[52] بالبحث عن المقصود بتعبير" الشخص المعقول" الذي ورد في هذا النص، يتبين لنا أن المقصود به هو الشخص العادي (وهو التعبير المألوف في القوانين العربية)، وذلك بحسب ما جاء في التقرير المرفق بمرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي. قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص24.

[53] أي يشترط بمحل العقد أن يكون معيناً تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه، أو إلى مكانه الخاص، أو بذكر الأوصاف المميزة له. كما يشترط في محل العقد أن يكون مما يجوز التعامل به، أي يكون مشروعاً. فاذا كان غير مشروع، فإن العقد يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام: سليمان الطماوي،"الأسس العامة للعقد الاداري"، ط4، دار الفكر العربي،القاهرة، 1984، ص27.

إذاً محل العقد هو الذي يحدده أطراف العقد، وأن الإدارة تعدله بإرادتها المنفردة، وذلك استناداً إلى الامتيازات التي تتمتّع بها في مواجهة المتعاقدين معها[54].

رابعاً- الشكل في العقد الإداري:

الأصل أن العقد لا ينعقد إلاّ باستيفاء الشكليّة التي نصّ عليها القانون، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. ويسري هذا الحكم على ما يطرأ على العقد من تعديل، إذ تخضع العقود الادارية للقواعد العامة في القانون المدني بهذا الصدد؛ فلو وهب شخص قطعة أرض إلى جهة ادارية معينة وجب اتباع الشكلية المقررة لعقود بيع العقار التي تتمثل في التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري.

يفهم من هذا أن العقد الإداري لا يشترط أن يكون مكتوباً، إلّا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ولاسيما أن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب ركون الإدارة دائماً إلى إثبات إجراءاتها وروابطها التعاقدية كتابة.

ومع ذلك، لا يشترط في الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد العقد الإداري شكلاً معيناً؛ إذ يجوز التعبير عن كل منهما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالته على التراضي[55].

عموماً نستطيع القول إن العقود الإدارية تأبى بحكم طبيعتها وذاتيتها ومحتواها إلّا أن تكون مكتوبة، حتى وإن لم ينصّ المشرّع على ذلك[56]، ولذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي عدّ العقود غير المكتوبة معيبة بسبب النقص في الكتابة[57]، أما الاستثناء على القاعدة فهي العقود الإدارية الشفوية، إذ أقرّ القضاء الإداري في مصر، وفرنسا[58]، وسورية فكرة العقود الإدارية الشفوية، أما النوع الآخر من العقود غير المكتوبة فهي (العقود الضمنية)، ومن صورها عقود تقديم المعونة.

---

[54] د. لؤي كريم عبد، مرجع سابق، ص 26.

[55] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، عام 2007، ص52.

[56] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص27.

[57] إذ جاء في حكمه الصادر بتاريخ (1931/1/16) في قضية (Bonniol) أن "عقد الامتياز لا يمكن أن يوجد قانوناً من حيث المبدأ من غير كتابة".

[58] في فرنسا أيضاً، يعدّ العقد المبرم بناءً على مذكرة أو فاتورة عقداً إدارياً شفوياً إذا كانت قيمة هذه العقود زهيدة، وذلك بالاعتماد على الكشف الذي يقدمه المقاول أو المورد وهي تعدّ استثناءً من عقود الشراء العام (الإشغال، التوريد، النقل، الخدمات) التي أوجبت التشريعات عموماً تحريرها كتابةً.

المطلب الثاني

سمات العقد الإداري

يتمتّع العقد الإداري بسمات عامة، كغيره من العقود. ومع ذلك فهو يختصّ بمواصفات عدّة أهمها أنه أداة معبرة عن حرية الإرادة واستقلالها في تقرير التزاماتها، كما يتّصف بالإلزامية اتجاه أطرافه، ما يعطيه القوة التنفيذية.

اولاً– السمات العامة للعقود الإدارية:

1– العقد الإداري عقد وليس مجرد اتفاق:

العقود العامة عقود تؤسس لاتفاق الإرادة بين طرفين، ولا يشمل ذلك على وجه الخصوص أي قرار انفرادي. أي يرتبط هذا العقد في جوهره بمبدأ الحرية التعاقدية– المستمدّة من استقلالية الإرادات– بأبعادها الثلاثة: حرية التعاقد أو عدم التعاقد، وحرية اختيار الطرف المتعاقد معه، وحرية تحديد شكل العقد ومضمونه[59].

وفي الواقع، من المألوف أن تقوم الإدارة بإشراك أطراف أخرى للقيام بأنشطة معينة لصالحها والاتفاق معهم ضمن بنود وشروط معينة على ذلك، بحيث يمكننا التشكيك في طبيعتها التعاقدية. ونؤيد ما ذهب إليه الفقيه "P. Delvolvé" الذي يميّز وفقاً لما إذا كانت هذه البنود تعبر عن مجرد نيّة للعمل المشترك، أو ما إذا كانت تحدد التزاماً عقدياً حقيقياً. وفي الحالة الثانية، يتم الاحتفاظ بالخصائص التعاقدية، لأن "الإرادة التي يعبر عنها باتفاق الطرفين وحدها التي يمكن أن تكون عقدًا حقيقياً"[60]. أو كما يسميه الدكتور عبد الله طلبة هو "عقد بالمعنى الفعلي"[61].

وعلى الرغم من هذا النقاش، يرى الفقه الفرنسي أن العقد الإداري موجود تقريباً في كل عمل تقوم به الإدارة[62]. ويبدو أن الإدارة العامة لم تعد قادرة في سبيل تأمين احتياجاتها على الاستغناء

[59]Salama (M.N.M) ,2018,op.cit.,.P.36.

[60]Delvové (P.), Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif, RFDA 2016, n° 18

[61] د.عبد الله طلبة "مبادئ القانون الإداري"الجزء الثاني، مرجع سابق، ص293.

[62]Gaudemet (Y.), Traité de droit administratif des biens, Tome 2, 15 éd, LGDJ, 2014. p. 619

عن استخدام الأداة التعاقدية"[63]. إذ تثار مسألة تحديد طبيعة الأعمال التي تقوم بها الإدارة في هذا الإطار، ولاسيما من جانب القضاء هل كل ماتبرمه الإدارة من اتفاقات تشكل عقوداً إدارية حقيقية؟ يحاول مجلس الدولة الفرنسي الإجابة على هذا التساؤل من خلال حكمه الصادر عن في 5 يوليو 2017 "[64]. في هذه القضية، يشير المجلس في الواقع إلى أن مركز "CCAS" المذكور في استدعاء الدعوى هو عبارة عن مؤسسة إدارية عامة تتولى مهمة تقديم خدمة عامة".. بحيث لا يمكن عد المستفيدين من خدمات المركز –على الرغم من وجود "اتفاق على تقديم خدمة الإقامة" لهم– في وضع تعاقدي معه. وبالتالي، يرى مجلس الدولة(بعد الطعن أمامه) أن العقد الموقع ليس في الحقيقة عقداً بالمعنى الفعلي... إن تغليف العمل بالشكل التعاقدي لا يكفي لنكون أمام عقد إداري "حقيقي"[65].

2– يقوم العقد الإداري على أساس الحريّة التعاقدية[66]:

يتمتع الشخص العام بحسبانه وحدة إدارية بالشخصية القانونية والأهلية، والإرادة، والذمّة المالية[67]، ما يجعل منه أهلاً لاكتساب الحقوق، وتحمّل الالتزامات، بما في ذلك إبرام التصرفات التعاقدية في حدود نطاقه القانوني واختصاصه. وبذلك يكون النظام القانوني للشخص العام هو الذي يرسم حدود ونطاق حريّته التعاقدية[68]. ولذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة كونها من قبيل المبادئ العامة، إذ جاء في أحد قراراته".. ما من مبدأ عام للقانون يمنع أو يحظر التعاقد.."[69].

---

[63]Richer (L.), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », AJDA 2003, p. 973.

[64]CE, 5 juill. 2017, n° 399977, A… ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 226, note G. Eckert ; AJDA 2017, p. 2418.

[65]" في الوقائع: وقعت السيدة "B"عقد رعاية مع CCAS وفقًا للمادة L. 311-4 من قانون الرعاية الاجتماعية، والتي تنص على أنه: في مثل هذه الحالة"يتم إبرام عقد الإقامة أو يتم إعداد وثيقة دعم فردية مع الشخص". ولذلك عدّ قضاة الدرجة الأولى وقضاة الاستئناف أن عقد الرعاية هذا يشكل أساس العلاقة بين السيدة"B"و المركز، وبالتالي فإن دعوى المسؤولية تقوم على أساس تعاقدي".

[66] حول الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، أنظر: BRECHON (M.) , Líberté contractuelle des personnes pupliques. A. J. O. A , 1998, P 649- 650.

[67] يمارس الشخص المعنوي نشاطه من خلال ممثليه من الأشخاص الطبيعيين. وحاول الفقه تكييف العلاقة بين الشخص المعنوي وممثليه من الأشخاص الطبيعيين بفكرة الوكالة تارة، وبفكرة النيابة القانونية تارة، وفكرة الجهاز أو الأداة تارةً أخرى، لمزيد من التفصيل، أنظر د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام 1999م، ص281.

[68] وهو بذلك يختلف عن الأشخاص الطبيعيين، إذ يكون الشخص الطبيعي أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بصفة عامة من دون تحديد أو تقييد، فهو حرّ في مباشرة كافة الأنشطة وفي كافة المجالات، غير مقيّد في سعيه بأهداف معينة ما دام لا يخالف النظام والآداب العامة..د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص279.

[69] د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص279.

ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي قد عدّ الحرية التعاقدية كنوع من التقدير والملاءمة الممنوح لهذا الشخص في معرض ممارسته لاختصاصه، وبذلك تكون الحرية المعطاة للأشخاص العامة عند إبرام عقودها بعيدة عن المعنى الدقيق والقانوني لمصطلح "الحرية" وأقرب إلى معنى حرية الإدارة في التعاقد، والتي تتعلق بالإمكانيات والاختصاصات الممنوحة للشخص العام في تقدير التعاقد، واختيار المتعاقد، وشروط التعاقد[70]؛ ذلك أن الحرية التعاقدية الإدارية محددة أبعادها ونطاقها من قبل المشرع، وتكون محددة ومحكومة بأهداف وغايات ومواضيع معينة. لذلك وصفت الحرية التعاقدية للأشخاص العامة بكونها غائية وموضوعية[71].

3- نسبيّة أثر العقد الإداري:

تنص المادة (1103) من القانون المدني الفرنسي على أن: "العقود المبرمة على وجه قانوني تكون هي بمنزلة القانون لمن أبرمها"[72]. هذا يعني أن العقد لا يمكن أن ينشئ أي التزامات لأطراف ثالثة. وهذا ما تم التعبير عنه في الفقرة الثانية من المادة (1199) التي تنص على أنه: "لا يجوز لأطراف ثالثة أن تطلب تنفيذ العقد ولا أن تجبر على تنفيذه ..".

كما أن واقع تجربة العقود الإدارية تظهر أن الأثر النسبي يجب أن يعاد النظر فيه بشكلٍ دائمٍ، ووضعه في منظوره الصحيح[73]. إذ إن طرفاً ثالثاً قد يتضرر من إبرام العقد، أو تنفيذه، أو إنهائه، خصوصاً عقود تفويض الخدمة العامة. لذلك في هذه الظروف، يجب على دولة القانون أن تقدم لمواطنيها- في هذه الحالة - حلولاً قانونية للسماح لهم بأن يطلبوا من القاضي إصلاح الضرر الذي أصابهم، إذا لزم الأمر[74].

يتّضح إذاً أن العقود الإدارية تنتج بطبيعتها آثاراً تجاه الغير، الأمر الذي دفع بعض الفقهاء للقول بعدم إمكانية خضوع العقود الإدارية إلى قاعدة نسبية آثار العقد بشكلٍ مطلق، ومنهم الدكتور "سليمان الطماوي" الذي يرى في معرض التعليق على هذا الموضوع أنه: "... لو تركنا الاعتبارات

---

[70] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص33.

[71] أنظر: د.علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص125.

[72]Amilhat (M.),La notion de contrat administratif et son régime : quelques évolutionsJournal du Droit Administratif (JDA), 2017 ; chronique contrats publics 02 ; Art. 191.

وعند اعتماد المرسوم الصادر في 10 شباط (فبراير) 2016، كان المشرع يعتزم وضع هذا المبدأ في المادة (1199) بفقرتها الأولى، التي تنص الآن على ما يأتي: "ينشئ العقد التزامات بين الطرفين فقط".

[73]Amilhat (M.)Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics ,thése l'Université de Lille,2019, P.22.

[74]Amilhat (m.), op.cit., 2017.

النظرية جانباً، لتبين لنا أن آثار العقود الإدارية من الناحية العملية تتعدى المتعاقدين إلى الغير، فتفرض على هذا الغير بعض الأعباء وتخوله بعض الحقوق والمزايا"[75].

ثانياً- السمات الخاصّة بالعقود الإدارية:

تتعدد هذه السمات، ويتمثل أبرزها في الآتي[76]:

1- عدم المساواة بين أطراف العقد:

تتميز العقود الإدارية بطابعٍ خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. ويترتّب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وحقّ تغيير شروطه وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنها أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، فضلاً على أن لها سلطة إنهاء العقد إذا قدّرت أن ذلك يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه "[77].

ومن هذا يبدو واضحاً أن كفتي المتعاقدين غير متكافئة، على خلاف الأمر في العقود المدنية، إذ يكون التعاقد ثمرة مناقشة حرّة بين الطرفين، على نحوٍ تنضبط فيه حقوق الطرفين والتزاماتهما. وعلّة ذلك تباين الأهداف عند كل من طرفي العقد الإداري..."[78].

نجم عن هذا التمايز الذي أوجده الفقه والقضاء الإداري والمستند لمقتضيات ضرورة استمرار سير المرافق العامة، وتحقيق الصالح العام وحماية الأموال العامة، الإخلال بالتوازن بين أطراف العقد. إذ إن هذه المقتضيات وإن كان من شأنها تحقيق الصالح العام، إلّا أن ذلك سيكون من شأنه المساس بمبادئ العدالة والمساواة بين أطراف العقد[79].

2- يقوم العقد الإداري على فكرة التوازن:

تشكّل مبادئ العدالة، وتوازن المصالح بين الأطراف المتعاقدة، والحفاظ على استمرار أداء المرفق العام، إلخ.. صيغاً متكررة في الممارسة، والتي تجسّد سمات القانون الإداري بشكل عام،

---

[75] د. الطماوي، المصدر السابق، ص673.
[76] للتوسع أكثر أنظر: د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.
[77] د. أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العلمية - الإمارات، عام 2016، ص 62.
[78] د. محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، عام 2006 ص248.
[79] د. مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دارالمطبوعات الجامعية، مصر، عام 2008، ص133.

وقانون العقود الإدارية على وجه الخصوص. وبالتالي، فإن القانون الإداري، قد اكتسب تدريجياً أدوات مختلفة لضمان التوازن المذكور، بحيث يكون من الممكن تنظيم قانون العقود الإدارية ونظريته العامة حول فكرة التوازن هذه. ويكون التوازن الضروري بين المصلحتين العامة والخاصة القاعدة، والتضحية بالأخيرة الاستثناء[80].

هذا يعني أن فكرة التوازن هي الأساس العام لنظريتي العقود الخاصّة والعامة "اللتين تدعيان أنهما متناقضتان". وكما حدد الفقه، فإن فكرة التوازن في القانون العام يُقصد بها أن تمنح حقوقاً متساوية للأطراف المتعاقدة، كما أنها تشير إلى "النظام الذي ينطبق على أنشطة السلطة التنفيذية(باستثناء أعمال الحكومة) من خلال تنفيذ السلطة العامة لعقودها، بغية الوصول إلى أهداف المرفق العام"[81].

إن هذا الطرح وإن كان له بعدٌ فلسفيٌ مستمدٌ من مبادئ العدالة والمساواة بين أطراف العقد، كون العدالة تمثل المرتكز الرئيس لقيام دولة القانون، إلا أن الواقع العملي والتطوّر الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للمجتمعات عموماً ألقى بظلاله على فكرة التوازن بين أطراف العقد، وأن هذا التطور أثبت من الناحية العملية أن أطراف العقد الإداري بل حتى أطراف العقد المدني غير متساوين، ذلك أن مفاعيل وآثار العقود لم تكن وليدة الإرادة الحرّة والعاقلة للمتعاقدين فحسب، بل في كثير من الأحيان كانت وليدة الإرادة الأقوى إذا صحّ التعبير[82].

3- يقوم العقد الإداري على أساس تباين المصالح:

تعدّ الغاية الأساسية من العقد الإداري تلبية احتياجات الإدارة؛ وسيكون من الخطأ تقييم الحياة التعاقدية الإدارية بشكل مجرد، من خلال التمييز بين: مصلحة عامة عليا، ومصالح خاصّة[83]. لقد كان النظام الإداري دائماً موضوع تحوّل في مفهوم المصلحة بسبب التغيير المستمر في الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، خصوصاً في العصر الرقمي الذي نعيشه الآن[84].

---

[80]Brechon (M.) , op.cit., P 649.

[81]Chapus(R.), Droit administratif général, T. 1, 15e éd., Montchrestien, p. 5

[82]Brechon(M.) op. cit.,p. 650.

[83]Plessix (B.), L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2003, p. 571. .

[84]Rivero(J.) « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in Mélanges J. Savatier, p. 823.

في الواقع، من المقبول الآن في القانون الإداري أن المصلحة العامة يمكن أن تتداخل مع مصالح خاصة، تتمثل بدرجة رئيسة في المنافسة وتحقيق الربح، وعوائد اقتصادية ومالية مختلفة[85]. وغالباً ما تجري الإدارة عقودها في ظل هذين النوعين من المصالح.

4- يبرم العقد الإداري لقاء مقابل:

تتحمّل الإدارة المتعاقدة دفع المقابل المالي. وقد يتمثل هذا المقابل بتسديد مبلغ مالي للمتعاقد وهو ما يمثل قيمة العقد، وقد يتمثل هذا المقابل بتخلّي الإدارة العامة عن الإيرادات الناجمة عن تنفيذ العقد. على سبيل المثال، من خلال الإذن الممنوح إلى المتعهد بالحصول على نسبة من عائدات الإعلانات الناجمة عن استخدام اللوحات الإعلانية المثبتة في الطرقات العامة، أو الإذن الممنوح إليه ببيع كميّة من الرمل والحصى المأخوذ من مجرى قام المتعاقد مع الإدارة بتنظيفه[86].

ومن ناحية أخرى، لا يعدّ ما تحصل عليه الإدارة المتعاقدة من خدمات يقدمها (المتعاقد معها) بدون مقابل، عقوداً إدارية"[87].

وتقرّر محكمة الاستئناف الإدارية في "ليون" أن: " تخلّي البلدية عن عائدات الإعلانات، حتى لو لم يتم ذكرها صراحة في الاتفاقية، يشكّل الثمن الذي تدفعه البلدية مقابل الخدمة التي تحصل عليها من الشركة المتعاقدة وبالتالي، فإن هذه الاتفاقية تشكّل عقداً إدارياً"[88].

5- يمكن إبرام العقود الإدارية مع أشخاص القانون العام أو الخاص:

لا يوجد في فرنسا، أو مصر، أو في سورية نصّ قانوني يمنع كياناً عاماً من إبرام عقد إداري مع شخص من أشخاص القانون العام، لذلك يقبل الفقه بإمكانية قيام الإدارة بإبرام عقد مع كيان عام آخر[89]، شرط ألا يؤدي هذا النوع من التعاقد إلى المساس بحريّة المنافسة ومبدأ المساواة في الوصول إلى العطاءات العامة.

---

[85]CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats du barreau de Paris, Lebon p. 272

[86]CE, 26 mars 2008, n ° 284412, Région de la Réunion, publié dans la collection Lebon.P 458.

[87]Brechon (M.) , op.cit., p.655.

[88]CAA Lyon, 2 février 2004, n ° 98LY01271, Michel Charmettan Construction. Mentionné dans les tableaux du groupe Lebon.

[89] يحدث ذلك عندما تنص القوانين والأنظمة على حصرية تأمين بعض الاحتياجات، وتقديم بعض الخدمات عن طريق جهات عامة أخرى حصراً، على سبيل المثال ما تقوم به المؤسسة العامة للتجارة الخارجية في سورية من عقود لاستيراد الأدوية والأسمدة والآليات

ومع بالغ الاحترام والتقدير لهذا الرأي، إلا أننا نحبّذ أن يبتعد الجهاز الإداري الرسمي في الدولة عن التعاقد مع جهاز إداري رسمي آخر بقدر الإمكان، لأن أهم عناصر العقد الإداري – كما قدمنا – تتمثّل في أن يرتكز إلى أساليب القانون العام وما تتضمنه هذه الأساليب من إجراءات وشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، مما يجعل الإدارة العامة أحياناً فوق السحاب والمتعاقد معها تحت التراب.

فكيف سيتم استخدام مثل هذه الأساليب بين الجهازين الإداريين الرسميين إذا أقدما على إبرام التعاقد بينهما؟ وكيف سيتم استعمال أحدهما لسلطاته الكبيرة والخطيرة التي تعطيها له خصائص العقد الإداري تجاه الآخر؟!.

إن مثل هذا العقد الإداري بين جهتين إداريتين رسميتين في الدولة سيخلق مشكلات كثيرة ومعقدة في التطبيق العملي والتنفيذ الفعلي له. ولهذا فالرأي عندنا أنه إذا كان من الضروري اللجوء إلى التعاقد في هذه الحالة التي تتحدث عنها، فلا بد من أن توضع نصوص وأحكام العقد الإداري بحكمة واتزان وتروٍ ونظرة مستقبلية متعمقة من ذوي الاختصاص الدقيق والخبرة الطويلة في الجهازين الإداريين الرسميين المقدمين على التعاقد، على نحوٍ تتلافى هذه النصوص والأحكام الكثير من الإشكاليات اللاحقة في التنفيذ.

6- خضوع المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري لاختصاص القاضي الإداري:

يتم التمييز في نظام القضاء المزدوج بين العقود التي يجريها الأفراد فيما بينهم وتخضع للمحاكم العادية والقانوني الخاص، والعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، بحسبانها صاحبة السلطة العامة، ويختصّ بها القضاء الإداري.

لقد انتقل الوضع في فرنسا من انعقاد الاختصاص بمنازعات العقود كلها للقضاء العادي، ولولاية القانون الخاص، إلى أوضاع جديدة، أخضع المشرع فيها عقوداً إدارية(العقود المسماة) بعينها لاختصاص القضاء الإداري[90].

والسيارات، وبعض المواد الغذائية لصالح الجهات العامة مقابل عمولات معينة، وما تقوم به الشركات العامة الإنشائية (بصفتها مقاولاً) من تنفيذ أعمال إنشائية لصالح الجهات العامة الأخرى.

[90] د. محمد الشافعي أبو راس،"العقود الإدارية"، بنها، مصر، ص 10 متاح على الموقع: .www.pdffactory.com

ومن هذا التطور يتّضح أن اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية لم يكن إلا نتيجة مباشرة لجهد قضائي بذله مجلس الدولة الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء الإداري في مصر وسورية، برغبة توسيع اختصاصه لتشمل المنازعات الإدارية كافة[91].

قرّرت محكمة التنازع الفرنسية في أحد أحكامها أنه:" يقع النزاع الناشئ عن أداء عقد الأشغال العامة بين المشاركين في أداء هذا العمل ضمن اختصاص القضاء الإداري، ما لم يتعلق النزاع بتنفيذ عقد قانون خاص"[92]. كما أن النزاع المتعلق بطلب التعويض عن الضرر الذي لحق المتعاقد مع الإدارة نتيجة الإنهاء المفاجئ لعلاقة عقدية سابقة عندما يكون الطرفان ملزمين بعقد إداري، يقع ضمن اختصاص المحكمة الإدارية[93].

في المقابل يقرر مجلس الدولة الفرنسي أن العقد الذي بموجبه تتنازل الإدارة العامة عن حقوقها في إصدار شهادات توفير الطاقة، التي تشكّل ملكية منقولة له طابع عقد القانون الخاص، ولا يمكن عدّه من قبيل العقود الإدارية، ويخضع النزاع بشأنه للقضاء العادي"[94].

[91] من الطبيعي أن يكون تحقيق هذا الهدف على خطوات، ومن ثم فإنه بديهياً يتطور الاختصاص بأحكام قضائية يصدرها مجلس الدولة كلما تعرض لحالة جديدة. ومن مجموع ما قرره المجلس في أحكامه التي نعنيها تشكّلت فكرة العقود الإدارية، وظهرت نظريتها، وتأسست قواعد الاختصاص في نظرها.

[92] TC,Société Fayat Bâtiment c/ Société Pro-Fond et autres , n° 4203, B. - 8 février 2020.

[93]TC, SNCF Réseau et SNCF c/ Société Entropia Conseil, n° 4201, B . - 8 février 2021.

[94]CE, 7ème - 2ème chambres réunies, 07/06/2018, 416664, Inédit au recueil Lebon.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثاني

معايير تمييز العقود الإدارية

تلجأ الإدارة العامة في ممارستها لنشاطها إلى طرق متعددة، وهي أعمال قد تكون من جانب واحد كالقرارات الإدارية، وقد تكون أعمالاً من جانبين كالعقود الإدارية.

وتنقسم عقود الإدارة العامة إلى قسمين، عقود تخضع لقواعد القانون الخاص، وعقود تخضع لقواعد القانون العام، وتعطى السلطة التقديرية للإدارة في اختيار نوع التعاقد الذي تراه ملائماً لتلبية احتياجاتها. كما أن العقود الإدارية تتنوع و تتعدد بتنوع وتعدد نشاطات الإدارة العامة، فلم يعد الأمر قاصرا على صور محددة حصراً للعقود الإدارية كما كان الأمر في السابق، إذ كانت العقود الإدارية تنحصر في عقود الأشغال والتوريد والامتياز، بل ظهرت عقودٌ أخرى في مجالات مختلفة نظمتها قوانين مختلفة.

وتشكّل عملية تمييز العقود الإدارية خطوة أساسيّة في تحديد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العقود. ومن المسلّم به كذلك أن الفقهاء اختلفوا في تمييز العقود الإدارية عن بقية العقود الأخرى، وظهرت معايير مختلفة في هدا الشأن.

تنقسم معايير تمييز العقود الإدارية إلى قسمين، القسم الأول، يطلق عليه "**معيار العقود الإدارية بتحديد القانون**"، والقسم الثاني، يطلق عليه "**معيار العقود الإدارية بطبيعتها**".

وتبعاً لذلك سنتناول في هذا الفصل دراسة تفصيلية متعمّقة بشأن معايير تمييز العقود الإدارية، وكذلك تقييم المعايير، وذلك وفقاً للترتيب الآتي: تحديد العقود الإدارية (المبحث الأول)، ومعايير تمييزها(المبحث الثاني).

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الأول

تحديد العقود الإدارية

تولي الإدارة أهمية متزايدة للتقنية التعاقدية، ويتطلب هذا الاتجاه التساؤل عن الخط الفاصل بين العقود الإدارية وعقود الإدارة الخاصّة بدقّة. تعتمد الإجابة على هذا التساؤل على كل من النظام القانوني للعقد، والقاضي المختص في المنازعات المتعلّقة بهذا العقد.

وإذا كانت العقود الإدارية قد خضعت للقضاء الإداري في فرنسا ومصر وسورية، فلا يعني ذلك أنّ كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري؛ فهناك من العقود ما يخضع للقضاء العادي، حينما تقتضي دواعي التعامل أن تكون الإدارة طرفاً في العقد كأي فرد من الأفراد العاديين، ومن ثم فإنّ المنازعات الناشئة عنه تفصل فيها المحاكم العادية.

إنّ وجود نوعين من العقود تبرمها الإدارة (عقود مدنية وعقود إدارية)، يُبرز مشكلة كيفية تمييز العقد الإداري عن العقد المدني، ومن ثم تحديد القضاء المختص، ولا سيما في البلدان التي يختص القضاء الإداري فيها بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

إزاء هذه الإشكالية حاول المشرع في بلدان القضاء المزدوج تحديد العقود الإدارية بنصوص قانونية، وقد أطلق الفقهاء على هذا الأمر تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون.

وفي هذا المبحث، سنقوم أولاً بدراسة تحديد العقود الإدارية بموجب النصوص القانونية، ثم نشرح ثانياً المعايير التي استقر عليه القضاء والفقه لتمييز العقود الإدارية.

ونرى– قبل الدخول في البحث في معايير تمييز العقود الإدارية– بيان المراد من "العقود الإدارية بتحديد القانون"، و"العقود الإدارية بطبيعتها".

وسيتم ذلك وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

العقود الإدارية بتحديد القانون

تعود جذور التحديد التشريعي لبعض العقود الإدارية إلى نهاية القرن الثامن عشر؛ ففي فرنسا صدرت مراسيم حددت بموجبها بعض أنواع العقود، وأخضعت لولاية قضائية خاصة[95]. بيد أن التحول الأساسي في نظرية العقود الإدارية كان في عام 1903، إذ قرر مفوّض الحكومة، وبالأخص في قضية "Terrier" أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق قومية كانت أو محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة، أو تصرفاً عادياً[96].

ويقصد بالعقود الإدارية بتحديد القانون تلك العقود التي نظم القانون أحكامها، ووضع لها نظاماً قانونياً محدداً، وجعل لها اسماً[97]. هذه العقود توصف بأنها إدارية، لأن القانون وصفها بهذه الصفة، ووضع أحكامها على هذا الأساس، مثل عقود التوريد العامة وعقود الامتيازات، وفقاً لقانون الصفقات العامة الفرنسي الذي دخل حيز التنفيذ في الأول من أبريل عام 2019[98]. ولأن القانون سمّاها وحدد أحكامها، فلا يجوز البحث في صفتها، فهي عقود إدارية بلا خلاف، ويتعيّن على القاضي الإداري احترام هذا الوصف القانوني لها[99]. وهذا ما عليه الحال في فرنسا ومصر وسورية.

ومن أمثلة العقود التي تدخّل المشرع الفرنسي صراحةً في تحديد وصفها القانوني، نذكر[100]:

– العقود المتعلقة بتنفيذ الأشغال العامة عقود إدارية في فرنسا بموجب قانون 28 Pluviôse للسنة الثامنة للثورة الفرنسية.

---

[95] بعد إنشاء مجلس الدولة الفرنسي لجأت الجهات القضائية إلى توسيع فكرة (الشغل العام) وصيغت بمقتضاها أحكامٌ خاصة وأدخلت مع عقد الأشغال العامة، وأضافت مراسيم أخرى بعض العقود مثل عقود بيع أملاك الدولة عام 1790، وعقود القرض العام1793: د.خلف الجبوري" النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة"، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عام 1999، ص103.

[96] Long (M.) , Weil (P.) ,Delvolve (P.), Generois(B.) les grands arrêts de la juris prindence administrative., Dalloz, Paris , 13 édition, 2001, P 512 et s.

[97] تنحصر فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون في أن المشرع هو الذي يكون مسؤولاً عن منح عقود معينة صفة العقود الإدارية، أي يتم تحديد طبيعة العقد الإداري بموجب القانون، هنا يأخذ المشرع على عاتقه مهمة النص على اختصاص القاضي الإداري بنظر نوع معين من العقود دون النظر لطبيعتها الذاتية.

[98] Güechá Torres, J. T. y Güechá Medina, C. N. (2019). La resiliation unilaterale du contrat administratif en france. Revista Verba Iuris, 14 (42). pp. 139-151.

[99] د. محمد الشافعي أبو راس،"العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص37.

[100] للتوسع أكثر أنظر: د.خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص50 وما بعدها.

– عقود إشغال الدومين العام في فرنسا عقود إدارية بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 17 يونيو 1938).

– كما ينصّ المرسوم رقم (65–2016) المؤرخ في 29 يناير 2016 بشأن عقود الامتياز على أن هذه العقود عقود إدارية.

– عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المحددة في المادة الأولى من المرسوم رقم (559) المؤرخ 17 يونيو 2004 والمادة (1–1414) من قانون الإدارة المحلية الفرنسي عقود إدارية بنصّ القانون[101].

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري يرى أن الطبيعة القانونية للعقد يتمّ تحديدها في تاريخ إبرام العقد"[102]. هذا عندما يتحول المتعاقد العام في أثناء التنفيذ إلى شخص خاص، على سبيل المثال في حالة خصخصة منشأة صناعية وتجارية عامة، وينطبق هذا الأمر حتى في حالة تحوّل الشركة العامة المتعاقدة إلى شركة خاصّة[103].

ولقد قضت محكمة التنازع الفرنسية في أحد قراراتها بأنه: "ما لم يكن هناك نصّ تشريعي مخالف، فإن العقود المبرمة بين الأشخاص العاديين عقود تخضع إلى القانون الخاص، باستثناء الحالة التي يتصرّف فيها أحد الطرفين لحساب شخص عام، أو الذي يشكّل فيه ملحقاً لعقد من عقود القانون العام"[104].

كما استبعدت هذه المحكمة الطبيعة الإدارية لعقد الإيجار المبرم[105]، كعقد ثانوي ملحق بعقد التزام المرفق المبرم بين مؤسسة كهرباء فرنسا EDF والمنتجين المستقلين عنها[106]، والذي يتمتع

---

[101] الغرض من هذه العقود هو التفويض إلى طرف ثالث، اعتماداً على فترة محددة للقيام بالاستثمارات وفق شروط التمويل، وهي عقود مركبة تهدف إلى التمويل أو البناء أو التحويل أو الصيانة. وبالتالي فإن صيانة أو تشغيل أو إدارة أعمال أو المعدات أو السلع اللازمة للمرفق العام تخضع للقواعد العامة المطبقة على أي عقد إداري، ويقع التقاضي بشأنها ضمن اختصاص القاضي الإداري.

[102] TC, 16 octobre 2006, req no 3506, Caisse centrale de réassurance c. Mutuelle des architectes français : AJDA 2006, p. 2382.

[103] TC, 11 avril 2016, req no 4043, Société Fosmax Lng c/ Société TCM FR, Tecnimont et Saipem : Contrats-Marchés publ. 2016, 146.;TC, 4 juillet 2016, req no 4055, Société JSC Investissement et Société SODEC Commercialisation et Gestion c/ Société Aéroports de Paris.

[104] TC, 11 février 2019, Société T2S c/ Société Electricité de France (EDF), n° 4148, B.

[105] يتضمن التحكم في هذا التوازن عبر تجميع وحدات الإنتاج والاستهلاك ضمن محيط متوازن إذ "تكثر" عمليات الإنتاج والإستجرار. للمزيد أنظر: Güechá Torres, J. T. y Güechá Medina, C. N. (2019). Op.cit.,p.144.

[106] بينما كانت تتمتع EDF بوضع مؤسسة عامة، عدّت عقود المرفق المبرمة مع المنتجين المستقلين مكيّفة، بقرار مشهور من مجلس الدولة الفرنسي، كعقود إدارية، بسبب وجود شخص في العقد يحكمه القانون العام والنظام الإستثنائي للقانون العام الذي ميزها. CE, Sect., 19janvier 1973, n ° 82338, Société d'Exploitation Electrique de la Rivière Saint.

بطبيعته الإدارية استناداً إلى المادة (L.314-7) من قانون الطاقة الفرنسي. ومع تحوّل هذه المؤسسة EDF إلى شركة تجارية[107]، كيّفت محكمة التنازع ومجلس الدولة الفرنسي العقود الجديدة التي تبرمها هذه الشركة، كعقود تخضع للقانون الخاص[108].

مما تقدّم، تتّضح فائدة النصوص القانونية في تحديد العقود التي تبرمتها الإدارة، إذ تتيح للأطراف تحديد النظام القانوني المطبق على عقودهم، وتحديد القاضي المختص للاستماع إليهم في حالة حدوث نزاع. لقد جعلت هذه النصوص من الممكن إعادة بعض العقود (والتي كانت ضمن اختصاص القاضي العدلي) إلى حضن القضاء الإداري[109].

المطلب الثاني

العقود الإدارية بطبيعتها

تقوم نقطة التحوّل في نظرية العقود الإدارية على افتراض أن العقد يكون إدارياً بطبيعته وليس بتحديد القانون، مادام يتعلق بنشاط مرفق عام. من هنا نشأت فكرة البحث عن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، فالمشرع حينما ينص على عدّ عقد ما من العقود الإدارية، فإن ذلك النص لا يعني أنه أراد أن يحصر العقود المسماة المذكورة بالنص، وإنما أراد أن يذكر أمثلة لما يعد من العقود الإدارية[110].

وهذا في الحقيقة ما يفسّر الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي فيما بعد، بتوسيع فكرة الشُغل العام، وإدخال عقود جديدة في مجال القانون الإداري، استناداً إلى ذلك التوسع بالتفسير القضائي من باب القياس على نصّ قائم تارةً، ومن باب الابتداع العام تارةً أخرى.

---

[107] تعتزم الحكومة الفرنسية تأميم شركة كهرباء فرنسا "EDF" بالكامل، لضمان احتياطيات الطاقة في البلاد، وسط استمرار أزمة الإمدادات الروسية. إذ تخطط الحكومة لدفع 9.7 مليار يورو لشراء حصة 16% من الشركة، التي تمتلك فيها 84%.متاح على الموقع: https://www-lesechos-fr.translate.goog/industrie-services/energie- /letat-confirme-la-nationalisation

[108] TC, 13 décembre 2010, C3800, Sté Green Yellow; CE, 1er juillet 2010, n ° 333275, Société Bioénerg.

[109] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص54.

[110] Long (M.) et al., op.cit , P.73.et S.

من هنا كان للإدارة سلطة إبرام عقود لا تدخل تحت أي عقد من العقود المسماة، وهذه عقود إدارية متى استوفت شرائط العقود الإدارية، على النحو الذي شرحناه في الفصل السابق. ولقد أُطلق على هذه العقود تسمية **العقود الإدارية غير المسمّاة**، أو العقود الإدارية بطبيعتها.

اختلف الفقه والقضاء في تحديد العقد الإداري، غير أن الرأي الغالب فيهما يذهب إلى أنه العقد الذي يبرمه شخص إداري بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، وتنظيمه، وتظهر فيه نيّته باتباع أساليب القانون العام[111].

وقد ظهر اختلاف كبير بين الفقهاء حول كفاية أو عدم كفاية أحد هذه الضوابط ليكون معياراً مميزاً للعقد الإداري، إذ ذهب بعضهم إلى كفاية الضابط الأول، فعدوا جميع العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها عقوداً إدارية، وهؤلاء هم أنصار المعيار العضوي. ونادى بعضهم الآخر بضرورة توافر الضابطين الآخرين لإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود، وهؤلاء هم أنصار المعيار الموضوعي، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم حول كفاية أحد هذين الضابطين ليكون هو المعيار المميز، إذ قال فريق منهم بكفاية اتصال العقد بمرفق عام، ويرى الفريق الآخر كفاية تضمين العقد شروطا استثنائية لإضفاء الصفة الإدارية على العقد[112].

إذاً في ظل صمت النصوص، حدّدت السوابق القضائية معايير مختلفة لتكييف العقود، وهو ما سوف نتناوله مفصّلاً في المبحث الآتي.

[111] انظر: د. سليمان الطماوي، "الأسس العامة للعقد الإداري"، المرجع السابق، ص5.

[112] RICCI (C.J), Droit administratif général, 2e ed, Paris, Hachette, Supérieur, 2006, P 213.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الثاني

معايير تمييز العقود الإدارية

برزت في مجال تمييز العقود الإدارية نظريات ثلاث؛ **الأولى:** ترى أن معيار تمييز العقد الإداري هو هدف المرفق العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من خلال إبرام العقد؛ **والثانية:** ترى إضافة شرط آخر إلى معيار المرفق العام، وهو أن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام، وذلك بأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق أحكام القانون الخاص؛ **والثالثة:** ترى استبعاد فكرة معيار المرفق العام، والاكتفاء بمعيار الشروط الاستثنائية[113].

وتجدر الإشارة بدايةً إلى أنه في فرنسا لكي يتم تكييف العقد كعقد إداري، يجب استيفاء المعيار الأساسي(المعيار العضوي) والمعيار المادي بشكل تراكمي، إذ يجب أن يجمع العقد الإداري أولاً على الأقل شخصاً عاماً واحداً، ثم يجب أن يتضمن العقد إما شرطاً استثنائياً من القانون العام، أو أن يكون هدفه الأداء الفعلي للمرفق العام (المعيار المادي)[114]، بينما في مصر وسورية يجب استيفاء الشروط الثلاثة لتكييف العقد على أنه عقد إداري[115].

على العموم يتضمن المعيار المستقر للعقد الإداري شروطاً ثلاثة يجب توافرها جميعاً، إذا تخلف واحد منها لا يصبح العقد إدارياً. هذه الشروط الثلاثة هي على التوالي: أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً؛ وأن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام؛ وأخيراً أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وسنتناول بالتفصيل هذه الشروط الثلاثة التي تكوّن في مجموعها معيار تمييز العقد الإداري.

---

[113] Velley (S.), Droit administratif, 4e ed, Paris ,dalloze, 2003, P 84.

[114] Guettier (C.) , Droit Contrats administratifs , op.cit.,p.85.

[115] د. عبد الرؤوف بسيوني،" تطور معيار العقد الإداري في القضائين الفرنسي والمصري"، دون دار نشر، عام 2010 ، ص7.

المطلب الأول

أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

لا يكتسب العقد السمة الإدارية، إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل شخصاً من أشخاص القانون العام[116]، وهذا ما يسمى بالشرط المفترض(Condition Presumé) في العقود الإدارية، وهو شرط لازم لإضفاء الصفة الإدارية على العقد[117].

الفرع الأول- المبدأ العام في هذا المعيار:

لا بد لكي يوصف العقد بالطابع الإداري من أن يتحقق المعيار العضوي، وهو وجود الإدارة طرفاً في العقد[118].. وهو المبدأ العام. ويترتب على ذلك وجوب استبعاد عقود أشخاص القانون الخاص من نطاق العقود الإدارية، حتى ولو كان موضوعها متعلقاً بتنفيذ أشغال عامة أو مرفق عام، طالما أن صاحب العمل يتصرف لحسابه[119]. فلا يمكن أن يكون العقد إدارياً من حيث المبدأ، إلا أن يكون أحد أطرافه على الأقل شخصاً عاماً[120]. فالعقود المبرمة بين متعهد الأشغال العامة والمتعهدين من الباطن والغير لا تعدّ عقوداً إدارية، حتى ولو كان أحد أطرافها مكلفاً بمهمة تتعلق بمرفق عام، ولو احتوت كذلك على شروط غير مألوفة[121].

الفرع الثاني- استثناءات المبدأ:

ومع ذلك، فإن هذا المبدأ أصبح موضوعاً لعدد من التعديلات، إذ إن هناك حالات يعدّ فيها العقد المبرم بين شخصين عاديين عقداً إدارياً. ومن ناحية أخرى، ليس إبرام العقد بين شخصين عامين يجعلنا أمام عقد إداري بالضرورة. وسنشرح ذلك، وفق الآتي:

---

[116] د.عبد الرؤوف بسيوني، المرجع السابق، ص7؛ د. داوود عبد الرزاق الباز، عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة (تبرعات الأشخاص للدولة) دار الفكر الجامعي، طبعة عام 2006، ص 55.

[117] Lombard (m.) et autre , Droit administratif , Dalloz , 10 éd , 2013.p.272.

[118] د.عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار شتات للنشر والبرمجيات، عام 2008 ، ص 91.

[119] د.محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، دار النهضة العربية، عام 2012، ص 68.

[120] د.جورج فودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة د. منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، عام 2004، ص 294 .

[121] C.E., 26 sept . 1986 , exp . Herbelin A.J.D.A. 1986 , p 714. ; C.E., 5 Févier 1986 , société " Longue doc Roussillon Paysage "., R.D.P. 1986 , p.1720.

أولاً– العقود التي تبرمها الأفراد فيما بينها:

في حكمها الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 2009، قضت محكمة التنازع الفرنسية بأن "العقد المبرم بين شخصين عاديين هو عقد عادي يحكمه القانون الخاص، لأنهما تصرّفاً من أجل مصلحتهما الخاصة"[122].

ومع ذلك ميّزت السوابق القضائية بين ثلاث فرضيات قبلت فيها الخروج على المبدأ السابق:

أ– العقود التي تبرمها جمعيات "شفافة":

تكون الجمعية شفافة عندما يتم إحداثها من قبل أشخاص القانون العام في معرض مباشرتها الرقابة على المنظمات المعنية التابعة لها. وبمقتضى ما لهذه الجمعيات من سلطات ناجمة عن العقود المبرمة وتتعلق بتنفيذ خدمات عامة، لذلك تعد العقود التي تبرمها في هذا المجال عقوداً إدارية"[123].

ب– عقود تفويض المرفق العام:

في عقود تفويض المرفق العام على وجه التحديد عندما يتصرف المتعاقد الخاص نيابة عن شخص عام، عدّ القضاء أن موضوع العقد، أي طبيعة بعض الخدمات التي يقدمها شخص عادي، قد تجعل من الممكن اعتباره عقداً إدارياً في ضوء الطبيعة المتميزة للعقد، إذ يتم استيفاء المعيار العضوي بشكل غير مباشر[124].

فقد حددت محكمة التنازع الفرنسية هذه الفرضية في حكمها في قضية **(Peyrot)** الصادر في 8 تموز/يوليو 1963[125]. في هذه القضية، لاحظ القضاء أن إنشاء الطرق السريعة يعود بطبيعته إلى الدولة. ومع ذلك، يمكن التفويض بإنشائها للشركات الخاصة. وبما أن الشركة صاحبة الامتياز تتصرف نيابة عن الدولة، فإن العقود التي أبرمتها مع متعاقديها من الباطن، يمكن عدّها عقوداً إدارية، بحسبانها إنشاءات، إما توفرها الدولة أو الشركة صاحبة الامتياز. وهكذا، أتاح الحلّ المعتمد

[122]TC , 14/12/2009, C3716, Société d'HLM pour Paris ,Publié au recueil Lebon.
[123]CE, 21 mars 2007, req no 281796, Commune de Boulogne-Billancourt : Rec. p. 130 ; BJCP 2007, 230, ;CAA Nancy, 22 mars 2012, req no 11NC00238, Si Abdallah : LPA 22 avril 2013, p. 10.
[124]Pierre Teevin, «Droit administratif français,Partie IV,Chapitre 2, Chapitre 2, Revue générale du droit en ligne, 2013, n ° 4645: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4645
[125]Rec. p. 787 ; AJDA 1963, p. 463, chron. Gentot et Fourré ; D. 1963, jurispr. p. 543.

من المحكمة إخضاع هذا النوع من العقود لاختصاص القاضي الإداري وحده[126]، سواء تم إنشاء الطريق السريع مباشرة من قبل الدولة، أو تم التفويض بإنشائه[127].

ومع ذلك، كان القصد من هذه السوابق القضائية تطبيق مفهوم "**العمل الذي ينتمي بطبيعته إلى عقود الدولة**" بشكل محدود للغاية[128]. إذ أحدثت محكمة التنازع تحوّلاً في الاجتهاد القضائي بمناسبة صدور حكمها في قضية" ريسبال Rispal" الصادر في التاسع من مارس 2015 [129]. وبموجب هذا الحكم" لا يمكن عدّه شركة امتياز الطرق السريعة التي تبرم عقداً مع شخص خاص آخر لبناء أو تشغيل أو صيانة الطريق السريع، **في حالة عدم وجود شروط استثنائية محددة،** (على الرغم من أن المحكمة عدّتها قد تصرفت نيابة عن الدولة[130]).. وبالتالي" فإن النزاعات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد تدخل في اختصاص محاكم القضاء العادي".

ويمكن أن يكون التفويض صريحاً؛ وفي هذه الحالة، يعدّ المعيار الأساسي مستوفى، لأن الوكيل لا يمثّل إلا شخصاً اعتبارياً عاماً، وهو طرف في العقد[131].

وقد يكون التفويض ضمنيّاً؛ تم النظر في هذه الفرضية لأول مرة من قبل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 30مايو1975[132]، بإمكانية وجود تفويض ضمني في حالات معينة. في هذه القضية، رأى القضاء أن العقد الذي بموجبه كلّفت شركة(صاحبة الامتياز) شركة أخرى لتطوير منطقة ببناء طرق عامة تعبر هذه المنطقة كان ذا طابعٍ إداري، على أساس أنها "لم تتصرّف

---

[126] امتدّ الحل الذي بنته المحكمة ليشمل فرضيات أخرى مشابهة إلى حد ما، مثال: العقود التي يبرمها صاحب الامتياز للطريق السريع، حتى مع أشخاص عاديين آخرين، إذ يكون هدفها بناء الطريق الرئيس أو أعمال ملحقات الطريق السريع.. وهذا ينطبق على العقود التي يتمثل هدفها إنجاز الأعمال اللازمة لمعالجة مشكلة الضوضاء التي تسببها البنية التحتية للنقل البري، حتى لو كان هذا العمل يتم خارج حرم الطريق السريع(في مبنى خاص):

TC, 4 novembre 1996, requête numéro 02990, Espinosa Rec. p.553.

[127]Teevin(P.), Droit administratif français,Partie IV,Chapitre 2,op.cit. 2013, n ° 4645

[128]جمعية فنية مسؤولة عن اختيار الفنان الذي سيتعين عليه بناء عمل فني في مكان عام للبلدية لا يمكن عدّه يعمل باسم هذه البلدية وبالنيابة عنها: TC, 17 décembre 2001, requête numéro C3274, Hartmann et Association P.R.I.S.M.E, (Contrats Marchés publ. 2002, 66 ; RFDA 2002, p. 43.

[129]TC, 9 mars 2015, Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France, req no 3984: 2157.

[130] في ضوء عواقب هذا التراجع، قررت محكمة التنازع تقييد آثاره: من خلال تكييف العقود الموقعة قبل التاسع من مارس 2015- أي تاريخ قراءة حكم ريسبال- على أنها عقود إدارية؛ والعقود الموقعة بعد هذا التاريخ هي عقود تخضع للقانون الخاص.. وبالتالي، فإن هذا التحوّل الذي قامت به المحكمة لا يطبق إلا بالنسبة إلى المستقبل:

Thibierge (L.), « Les effets du contrat », AJ Contrat 2018. P.266.

[131] يتم تغطية هذه الفرضية بشكل خاص في المادة (3) من القانون رقم (704-85)المؤرخ 12 يوليو 1985 في فرنسا المتعلق بإدارة المشاريع العامة وعلاقتها بإدارة المشاريع الخاصة، والتي تنصّ على أنه:" في حدود البرنامج والظروف المالية المؤقتة، يمكن للسلطة الإدارية المتعاقدة أن تفوّض كل أو جزء من صلاحياتها إلى وكيل آخر".

[132]CE.,req no 86738 : Rec. p. 326 ; AJDA 1975, p. 345,chron. Franc et Boyon ; D. 1976, jurispr. p. 3,Moderne ; RDP 1976 :راجع أيضاً ... TC, 7 juillet 1975, req no 22013, Commune d'Agde Rec. p. 798.

لحسابها الخاص، ولا بصفتها صاحب امتياز، ولكن نيابة عن السلطات العامة التي كان من المقرر تسليم المسارات إليها".

كما أشار القضاء أيضاً (بصدد العقود المبرمة "نيابةً عن" كيان عام، كما هو الحال في الحكم القضائي في قضية (**Peyrot**) إلى أنه من الممكن الاستنتاج أن هذه العقود تعدّ عقوداً إدارية، مع وجود أدلة مختلفة مستمدة من العلاقات الوثيقة للغاية بين أحد طرفي العقد وشخص عام خارج هذا العقد[133].

وفي حكم آخر قرر مجلس الدولة الفرنسي أن: " العقد الذي منحته شركة "نيرسا Nersa" هو لبناء هيكل عام يسهم في تحقيق الأهداف نفسها التي ترمي إليها شركة كهرباء فرنسا Electricité de France EDF.. وفي ضوء هذه المؤشرات، يجب عدّ شركة "Nersa" على أنها تعمل نيابة عن شركة كهرباء فرنسا (وهي كيان عام)، ومنه، فإن العقد المتنازع عليه هو عقد إداري (عقد أشغال عامة) [134].

وفي الحكم الصادر في قضية "Société Bioenerg" بتاريخ الأول من يوليو2016، كان لمجلس الدولة الفرنسي رأي آخر بشأن العقود المبرمة بين شركة EDF، ومنتجي الكهرباء من القطاع الخاص. إذ انتهى المجلس إلى أن هذه العقود "تسهم في تقديم الخدمة العامة للكهرباء" ومع ذلك، "لا يمكن عدّ هذه العقود على أنها أبرمت نيابة عن كيان عام، وخصوصاً أن إنتاج الكهرباء لا يخصّ الدولة أو أي كيان عام آخر، لا بطبيعته ولا بحكم القانون، وهو خلافٌ لنشاط اقتصادي تقوم به الشركات الخاصة... بالتالي لا تمارس شركة EDF في هذا المجال أي مهمة نيابة عن كيان عام.. لذلك فإن العقد المتنازع عليه هو عقد قانون خاص"[135].

وفيما يتعلق بالأشغال العامة، قرر مجلس الدولة الفرسي في حكمه الصادر في الحادي عشر من مارس 2011، بخصوص مقاطعة "تولوز الكبرى"أن المطوّر الذي لا يقوم حصرياً بتنفيذ

---

[133]Waline (J.) , Droit administratif , Dalloz 24e éd , 2012 , p.452. .

[134] بادئ ذي بدء، تم تفويض تأسيس شركة نيرسا Nersa بمرسوم تطبيقاً لقانون ينص على إنشاء شركات تمارس في فرنسا نشاطًا ذا مصلحة **"أوروبية"** في مجال الكهرباء، ووفقًا لقانون 8 أبريل 1946 بشأن تأميم الكهرباء والغاز. بعد ذلك، يجب تشغيل محطات توليد الكهرباء وفقًا للشروط المنصوص عليها في قانون 8 أبريل 1946. وبالمثل، يخضع الموظفون الفرنسيون في **نيرسا** للوضع نفسه الذي يخضع له موظفو شركة الكهرباء الفرنسية. أخيراً، تمتلك شركة Electricité de France التي كانت في ذلك الوقت كيانًا عامًا 51 ٪ من الأسهم في نيرسا.

[135]CE, 1er juillet 2010, Société Bioenerg (req NO 333275) .

الأعمال وتقديم المعدات التي سيتم تسليمها إلى السلطة العامة عند الانتهاء أو الاستلام لا يمكن عدّه يتصرف نيابة عن الهيئة العامة"[136].

ثم أعيدت صياغة معايير التفويض بالمعنى التقييدي نفسه من قبل محكمة التنازع بمناسبة حكم Capbreton Commune الصادر في الحادي عشر من ديسمبر 2017 [137]. فقد جرى التأكيد على المبدأ القائل إن "صاحب اتفاق مبرم مع سلطة عامة لأداء عملية تطوير لا يمكن عدّه وكيلاً لهذه السلطة، إلا إذا كانت أحكام الاتفاقية التي تحدد مهمات الطرف المتعاقد" تؤكد صراحةً أنها "عقد تفويض تطلب بموجبه السلطة العامة من الطرف المتعاقد معها التصرف باسمها وبالنيابة عنها، ولا سيما لجهة إبرام العقود اللازمة لتنفيذ التزاماته"[138].

ج- النظرية التبعية:

يمكن اللجوء إلى النظرية التبعية، باتباع المبدأ الموجود في القانون المدني، والذي يجعل من الممكن تكييف العقود المبرمة بين أشخاص عاديين، كعقود إدارية.

اقتصرت هذه النظرية مدة طويلة على عقود التأمين التي تلزم أحياناً للعقود الإدارية[139]، وأدى استخدام هذه النظرية المحدود إلى قيام محكمة التنازع في قضية "Société Slibail énergie بإنكار الطبيعة الإدارية لعقد التمويل، لأنه "يقتصر على إنشاء صفقة تمويل بين شركتين تجاريتين")، وبالتالي لا يمكن عدّه ملحقاً لعقد تفويض المرفق العام"[140].

وفي حكم صادر في الثامن من يوليو عام 2013، أظهرت محكمة التنازع الفرنسية الرغبة في إعطاء مكان أكثر أهمية لنظرية التبعية. وتهدف الحيثية مبدئياً لهذا الحكم صراحة إلى هذا الافتراض بوصفه خروجاً محتملاً من متطلبات المعيار العضوي[141].

---

[136]CE.,requête numéro 330722 : BJCP 2011, p.222.

[137]T.C , 11/12/2017, C4103, Publié au recueil Lebon.

[138] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص63.

[139]CE Sect., 13 octobre 1972, SA de Banque Le Crédit du Nord : AJDA 1973, p. 213. ; CE, 22 mars 1974, Banque Alexandre de Saint-Phalle : Rec. p. 211; CE, 10 juillet 2013, req no 361122, Banque calédonienne d'investissement : Rec. tables, p. 698.

[140]T.C, 21 mars 2005, req no 3436, Société Slibail énergie c/ Ville Conflans-Sainte-Honorine : Rec. p. 653 ; AJDA 2005, p. 1186.

[141]8 juillet 2013 ,req no 3906, Société d'exploitation des énergies photovoltaïques : Contrats-Marchés publ. 2013, 241.

ثانياً– العقود المبرمة بين الهيئات العامة:

بالنسبة إلى هذه العقود، فإن الامتثال للمعيار العضوي واضح. والسؤال الذي يطرح نفسه بعد ذلك ما إذا كانت هذه العقود تخضع لوضع معين؟ بتعبير أدق، يتعلق الأمر بتحديد ما إذا كان وجود شخصين عامين في العقد كافياً لتكييف هذه العقود كعقود إدارية.

في حكمها الصادر في 21 مارس 1983، يبدو أن محكمة التنازع طرحت افتراضاً مفاده أن "العقد المبرم بين شخصين عموميين يكون مبدئياً ذا طابع إداري"[142].

ومع ذلك، فقد أظهرت السوابق القضائية اللاحقة أن هذا الافتراض ليس له قيمة قانونية. فكما هو الحال في جميع العقود الأخرى، فإن هذه العقود تكون ذات طبيعة إدارية فقط، إذا تم استيفاء المعيار المادي أيضاً، وبخلاف ذلك، سيتم تكييفها على أنها من عقود القانون الخاص[143].

كما قضت محكمة التنازع الفرنسية مؤخراً فيما يتعلق بالعقود التي أبرمتها المؤسسات الصناعية والتجارية العامة مع شخص خاص[144] " فما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإن العقد محل النزاع هو عقد قانوني خاص "باستثناء تلك التي تشتمل على شروط استثنائية من متطلبات القانون العام التي تنبع من طبيعتها كونها من صلاحيات السلطة العامة".

بناءً على ما سبق، يلعب العنصر العضوي دوراً رئيساً في تكييف العقد الإداري، إذ استقر القضاء الإداري وبعد مدة طويلة من التردد على أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، وينصبّ على الإدارة أو الاشتراك في إدارة مرفق عام، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة.

---

[142]TC.req no, 02256 : Rec. p. 537 ; AJDA 1983, p. 356.

[143]مثال ذلك عقد إيجار"أبرم بين مكتب إسكان عام ومكتب مساعدة اجتماعية، الأول أجر للثاني مجموعة من المباني مقابل أجر يحدد وفق تشريع الإسكان. وقد نصت الاتفاقية على أن يكون لمكتب المساعدة الاجتماعية "المسؤولية الكاملة عن جميع الخدمات المقدمة في الأماكن المؤجرة". لذلك، بالنظر إلى موضوع العقد فهو عقد قانون خاص، نشأ بين المكتبين لتنظيم علاقات القانون الخاص.

TC, 4 juillet 2016, Commune de Gélaucourt , req no 4057.

[144]TC, 7 avril 2014, Société d´édition de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet, req no 3949 ;. 2014, 49. ‘

المطلب الثاني

معيار اتصال العقد بنشاط مرفق عام

لا يكفي أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد ليتصف بالصيغة الإدارية، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بنشاط مرفق عام، سواء من حيث إنشاء ذلك المرفق، أو من حيث تنظيمه، أو تسييره.

ويقصد بالمرفق العام كل نشاط للإدارة تبتغي به تحقيق المصلحة العامة، وقد يقصد به الجهاز الذي يضطلع بهذا النشاط[145].

الفرع الأول- مضمون هذا المعيار:

ارتبطت فكرة المرفق العام بالعقد العام الإداري منذ بداية ظهور الأحكام الكبرى المكونة لنظرية العقد الإداري، انطلاقاً من حكم بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية عام 1873، والذي وضع الحجر الأساس لقواعد المسؤولية الإدارية، وجعل في الوقت نفسه الاختصاص للمحاكم الإدارية في كل نزاع يتعلّق بمرفق عام[146].

فمناط العقد الإداري إلى جانب كون الإدارة أحد أطرافه، أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره، بغية خدمة أغراضه وتحقيق أهدافه؛ فإذا انقطعت الصلة بين العقد والمرفق العام فقد صفته الإدارية، وكان عقداً من عقود القانون الخاص[147].

ومع ذلك، يجب التمييز بين العقود التي تهدف إلى الأداء الفعلي لنشاط المرفق العام، والعقود المبرمة لسد احتياجات المرفق العام[148]:

في **الفرضية الأولى**، يرتبط الطرف المتعاقد الخاص بأداء مهمات المرافق العامة، على نحوٍ يؤدي فيه مهمة المرفق العام بنفسه، فهو يسهم في تحقيق هدف المصلحة العامة.

---

[145] د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لعام 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2012، ص 17.

[146] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 60 .

[147] Waline (J.) , 2012 , op.cit.,p.453.

[148] Waline (J.) , 2012 ,op.cit., p.455.

وفي **الفرضية الثانية**، لا يوفر الشخص الخاص للمرفق العام إلا السلع، أو الأعمال، أو الخدمات اللازمة لتنفيذ المهمات التي ينهض بها.

يُطرح السؤال هنا حول ما إذا كان النشاط المعني هو نشاط مرفق عام أم لا، والذي يحدد هنا الطبيعة الإدارية أو الخاصة للعقد.

أتيحت لمجلس الدولة الفرنسي الفرصة لإعادة تطبيق معايير العقد الإداري التي تبناها في قضية (**APREI**) لتكييف عقد مبرم من قبل مؤسسة صحية لتقديم الخدمات للمرضى الذين لديهم اشتراكات تلفزيونية، واستخدام الهاتف والوصول إلى الإنترنت والخدمات المرتبطة بها[149]. ويذهب القضاء إلى أن العقد لا يتعلق بتقديم خدمة بسيطة، بل له تأثير في تكليف شخص خاص بمهمة ذات مصلحة عامة "تتعلق بنشاط الرعاية في المستشفى"فهو عقد إداري[150].

وهذا ما أكّدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية، إذ قضت قائلةً:" إنه لإن كان عقد الإيجار المشار إليه أحد طرفيه هيئة عامة وقد انطوى على بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقد الإيجار، إلا أنه يقيناً لا يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وإنما يستهدف العقد أساساً استغلال الهيئة المؤجرة لأملاكها شأنها شأن الأفراد المالكين لعقارات وانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعاً خاصاً"[151].

الفرع الثاني- صور اتصال العقد بالمرفق العام:

تأخذ صور اتصال العقد بالمرفق العام صوراً عدة، وتدور كلها حول إنشاء المرفق وتسيير نشاطه، وفق الآتي[152]:

1- العقود التي يعهد فيها للمتعاقد بمهمة تسيير المرافق العامة.

---

[149] CE, 7 mars 2014, req NO 372897, Centre hospitalier universitaire de Rouen :AJDA 2014, p. 1497.

[150] بالإضافة إلى ذلك، توضح العناصر الواردة في دفتر الشروط الإدارية والفنية أن الخدمة تتم تحت إشراف الهيئة العامة. ومن ثم، فإن السلطة المتعاقدة تعتزم تكليف الطرف المتعاقد الخاص "بمهمة خدمة عامة تتعلق بجميع الاتصالات الخارجية للمرضى".

[151] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم (3390) لسنة 27 ق.ع ، جلسة 1983/11/19، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول، بند 14، ص 96.

[152] د. السيد فتوح محمد هنداوي، "القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، عام 2016، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص 31.

2- العقود التي يكون موضوعها أو هدفها اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام؛ بمعنى أن يكون له دور في مهمة تسيير المرفق العام، من دون أن يصل الدور الذي يضطلع به المتعاقد إلى كل جوانب تسيير المرفق العام.

3- العقود التي يكون موضوعها تنفيذ المرفق العام، أي وسيلة هذا التنفيذ وضمان السهر على تنفيذ المرفق العام.

فقد يكون الهدف من إبرام العقد الإداري إنشاء مرفق عام، كما في عقود الأشغال العامة؛ وقد يأخذ اتصال العقد الإداري بالمرفق صورة تتمثل في الإسهام في إدارته، كما في عقود الامتياز؛ وقد يكون اتصال العقد الإداري بالمرفق من خلال دوره في تسيير المرفق العام، كما في عقود التوريد والتي يتعهد المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف معينة تحتاج إليها الإدارة في تسيير نشاط المرفق العام[153].

ومسألة تقدير صلة العقد بالمرفق مسألة موضوعية، يخضع تقديرها لقاضي العقد في كل حالة على حدة[154].

المطلب الثالث

تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص

يجب لعد العقد إدارياً أن تظهر نيّة الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام، حتى وإن لم يتصل العقد بمرفق عام، أي إنه إذا تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإن ذلك يكشف عن أن نيّة الإدارة قد اتجهت إلى اتباع وسائل القانون العام، ومن ثم فإن العقد يصبح إدارياً بغضّ النظر عن صلته بالمرفق العام.

يعدّ هذا الشرط المتمم والمكمل لمعيار تمييز العقد الإداري؛ فهذا المعيار يعدّ ثلاثي التكوين، فإضافة إلى الشرطين السابقين ينبغي كي يعدّ العقد إدارياً في نظر القضاء المصري والسوري اتجاه

[153] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص70.
[154] د. عبد العزيز خليفة، "الأسس العامة في العقود الإدارية"، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، عام 2008.ص380.

نيّة الإدارة إلى استخدام وسائل القانون العام. كما يجمع الفقه والقضاء على ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة، لكي يكتسب الصفة الإدارية[155].

وتعدّ أهم وسيلة يعتمد عليها القضاء في الكشف عن نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام لعدّ العقد إدارياً[156]وجود عناصر استثنائية، سواءٌ بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو الشروط المرتبطة بفكرة المرفق العام[157]، أو أن يكون العقد خاضعاً لنظام استثنائي في القانون الخاص[158].

ويخضع وجود الطبيعة الاستثنائية غير المألوفة لشروط العقد لتقدير القاضي، فإذا انتهى إلى أن العقد يتضمن شروطاً استثنائية، فإنه يعدّ عقداً إدارياً، أما إذا انتهى إلى خلوّه منها فإنه يكون عقداً مدنياً[159].

الفرع الأول- مضمون هذا المعيار:

قد يتضمن العقد شروطاً استثنائية بمنح الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد، كتلك التي تكفل للإدارة حق تعديل شروط العقد، وتوقيع جزاءات على المتعاقد. وقد تكون الشروط الاستثنائية بمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير. وقد لا يتضمن العقد شروطاً استثنائية، ولكنه يخضع إلى نظام قانوني استثنائي[160].

وفي حكمه الصادر في التاسع عشر من نوفمبر لعام 2010 يحدد مجلس الدولة الفرنسي العديد من البنود الإستثنائية[161]. ومن هذه البنود أن لدى المكتب الوطني لحماية الغابات (ONF) سلطة رقابة مباشرة على جميع الوثائق المحاسبية للمتعاقد؛ ويجوز للمكتب تنفيذ العمل على الطرق العامة

---

[155] د. رأفت فودة، "دروس في القانون الإداري"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1994، ص 28 .

[156] د. عبد العزيز ثابت، مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 33، العدد الأول، عام2013، ص 23 .

[157]Deviller (J.M.), Cours de droit administratif , Montchrestine 8e éd , 2003 .p.396.

[158]Waline(J.) , Droit administratif , op . cit ., p.457. ; Guettier (C.) , Droit des contrats administratif , op . cit ., p. 91.

[159] د. السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 34.

[160] استخلص الفقه فكرة النظام الاستثنائي من حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية" شركة الاستغلال الكهربائي لبحيرة سانت" الصادر في 1973/1/19؛ فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالطبيعة الإدارية للعقد على الرغم من خلوّه من الشروط الاستثنائية، واعتمد في ذلك على خضوع العقد لنظام قانوني استثنائي. د.علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ على تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 105 .

[161] تم التصريح لفرد خاص بإشغال قطعة أرض من الغابة من أجل إنشاء مركز للفروسية، قبل أن يعلن المكتب الوطني للغابات عن إنهاء العقد. CE, 19 novembre 2010, Office national des forets, req no 331837 (Contrats-Marchés publ. 2011, 36.

أو في المباني المجاورة. وفي هذه الحالة لن يكون للطرف الآخر حق المطالبة بأي تعويض أو تخفيض في الإيجار؛ ويجب أن يلتزم بالتعليمات التي قد تصدر له من قبل موظفي المكتب والمختصين بالبحث عن المخالفات والجرائم في الغابات والأراضي الخاضعة لنظام الغابات وتسجيلها. ومن هذه البنود أيضاً حق الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة، أو فرض رسوم، أو تنظيم حركة المرور، أو غلق طريق، أو التنفيذ المباشر، أو توقيع عقوبات على المتعاقد معها...[162].

بدورها قررت محكمة النقض المصرية مؤخراً أن "معيار التعرف على صفة المال العام هو التخصيص للمنفعة العامة، وهذا التخصيص لا يتوافر بالنسبة إلى العقارات التي تنشئها مجالس المدن لإسكان الموطنين ذلك أن هذه المبانى مخصصة لفئة معينة محددة من المواطنين بقصد تخفيف أزمة المساكن، ومن ثم تدخل في الملكية الخاصة لمجلس المدينة، كذلك فإن العلاقة بين المنتفعين بها ومجلس المدينة تقوم على أساس تعاقدي وهذا التعاقد لا يتم بمميزات وخصائص العقود الإدارية، إذ يتعين عد العقد إدارياً أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه أو يتميز بانتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمن من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص.."[163].

وفي حكم آخر للمحكمة نفسها قرّرت أن:" إعطاء العقود التى تبرمها جهة الإدارة وصفها القانوني الصحيح باعتبارها عقود إدارية أو مدنية إنما يتم على هدي ما تجري تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة في إبرامها، وكانت العقود التى تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية، إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها.."[164].

---

[162] Vedel (G.), Droit administratif, op.cit, P 207.

[163] وتتابع المحكمة ".. وهذه الخصائص لا تتوافر في العقود المحررة بين مجلس المدينة والمنتفعين بهذه المباني، أما الشروط غير المألوفة المنصوص عليها في هذه العقود فضلاً عن أنها لا تكفي وحدها لاعتبار العلاقة عقداً إدارياً مع تخلف الخاصتين الأخرتين المميزتين للعقود الإدارية آنفة الذكر، فإن تلك الشروط مألوفة مع نوع خاص من العقود المدنية وهي عقود الاذعان وقد نظمها القانون بنصوص تكفل دفع أضرارها عن الطرف الضعيف في التعاقد. ومن ثم فإن هذه العقود من قبيل عقود الإيجار التي يطبق في شأنها قواعد القانون الخاص، ولا يغير في هذا النظر ما وصفت به هذه العلاقة في العقود بأنها تراخيص إذ العبرة في هذا الشأن بحقيقة العلاقة، وفقاً للتكييف الصحيح.."محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1431 لسنة 69 قضائية- جلسة 2011/3/13.

[164] وتستطرد المحكمة حكمها بالقول"..لما كان ذلك، وكان البين من عقدي البيع موضوع التداعي والمؤرخين 11/ 8/ 1990، 30/ 1993/10 والمطلوب صحتهما ونفاذهما أنهما لم يتضمنا شروطاً استثنائية وغير مألوفة فى عقود القانون الخاص تكشف عن نية الإدارة فى اختيار وسائل القانون العام وهو ما يفقدهما ركناً جوهرياً من أركان العقد الإداري ويخرجهما عن دائرة العقود الإدارية ويكون القضاء العادي هو المختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقدين باعتبارها من العقود التي يحكمها القانون الخاص". الطعن رقم 18234 لسنة 76 قضائية الدوائر المدنية - جلسة 2015/6/13.

وكان لمحكمة القضاء الإداري السورية موقفٌ مشابهٌ في تعريف العقد الإداري(كما سبق أن أشرنا)، إذ قررت أن:"العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام وتنظيمه وتظهر فيه نيّة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام بحيث يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويقوم معيار العقد الإداري على ثلاث أسس: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد؛ وأن يكون العقد ذا صلة بالمرفق العام؛ وأن تتبع وسائل القانون العام، بأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.."[165].

فقد عدّت الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي أن الشروط غير المألوفة هي من الأمور التي يختصّ بها العقد الإداري، فإذا غابت عن العقد عدّ عقداً من عقود القانون الخاص، إذ إن تلك الشروط تتضمن شروطاً تتجاوز المألوف بين الأفراد[166]. وليس من الضروري أن يتضمن العقد أكثر من شرط استثنائي لكي يصبح عقداً إدارياً، فيكفي لإسباغ تلك الصفة على العقد أن يتوافر شرط استثنائي واحد[167].

ويرى بعض الفقه أن الشروط الاستثنائية قد لا تتضمن بالضرورة منح امتيازات للإدارة، بل قد تنطوي على وضع قيود عليها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك[168].

ومع ذلك، فإن مفهوم الشرط الاستثنائي في القانون الخاص آخذ في التطور. وهذا يرتبط بتطور مفهوم الالتزامات في القانون المدني الذي يقرّ اليوم أن مثل هذا الشرط يمكن النص عليه حتى في عقود القانون الخاص[169].

---

[165] القرار رقم(353/ 3) لسنة **2020**، سجلات الأحكام، مجلس الدولة السوري، حكم غير منشور.

[166] C.E. ler , Juill , 2010 , Société Bioenerg , RJEP , Janv 2011 , p.17 , Les grands arrest de la jurisprudence administratif , Dalloz , 18e éd , 2011 , p.147.

[167] د. السيد فتوح محمدهنداوي، مرجع سابق، ص 33.

[168] د. مصطفى عبد المقصود سليم، "معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة"، دارالنهضة العربية، القاهرة، عام 1995، ص104.

[169] TC,20 février 2008, Verrière c/Courly, req no 08-03623 : Contrats – Marchés publ., 2008,122; TC, 12 décembre 2011, req no 3824, Commune de Nouméa c/Société Lima :Rec. tables, p. 843.

الفرع الثاني– التعريف الجديد للشروط الاستثنائية:

تم استخدام فكرة "البنود الاستثنائية للقانون العام" من قبل مجلس الدولة الفرنسي في العديد من المناسبات بدءاً من قراره الصادر في الواحد والثلاثين من يوليو 1912 في قضية شركة Société des granites porphyroïdes des Vosges.[170]

ووفقاً لمجلس الدولة الفرنسي، فإن هذه البنود "لها تأثير على منح الأطراف حقوقاً أو فرض التزامات أجنبية بطبيعتها على تلك التي يحتمل أن يوافق عليها بحرية أي شخص في إطار القوانين المدنية والتجارية"[171]. وهي أيضاً "البنود التي تمنح السلطة العامة امتيازات استثنائية في القانون العام"[172]. كما تعرّف محكمة الاستئناف الإدارية في "Caen" الشرط الاستثناثي بأنه "بند قد يكون غير قانوني أو يستحيل إدراجه في عقد قانون خاص"[173].

وفي محاولة لتمييز مفهوم الشرط الاستثنائي عن الشروط الاستثنائية في القانون الخاص والتي بدأت ملامحها في الظهور مع تطور النظرية العامة للالتزامات، قامت محكمة التنازع الفرنسية بتغيير السوابق القضائية لديها، بفرض تعريف إيجابي لمعيار الشروط الاستثنائية.

هذا هو النهج الجديد الذي اختارته محكمة التنازع[174]، إذ تم تعريف الشروط الاستثنائية بأنها تلك التي، **لأغراض المصلحة العامة**، إما تمنح الشخص العام امتيازات أو مزايا استثنائية، أو تفرض التزامات أو قيوداً شديدة على "الطرف المتعاقد"[175].

وبالتالي، يلزم من الآن فصاعداً شرطين لتحقق "الشرط الاستثنائي" في القانون العام:

– يجب أن يُمارَس بالضرورة بهدف المصلحة العامة؛

---

[170] تتعلق هذه القضية بنزاع يتعلق بعقد بين مدينة "ليل" وهذه الشركة بشأن مبلغ سعر تسليم أحجار الرصف. ويرى مجلس الدولة أن هذا العقد "كان هدفه الوحيد تسليم الإمدادات وفقًا لقواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد". لذلك، فإن الخلافات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود، والتي لا تحتوي على أي بند استثنائي من القانون العام، تقع ضمن اختصاص القضاء العادي.." CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges ,Rec. p. 909.

[171] CE, Sect, 20 octobre 1950, Stein : Rec. p. 505

[172] CE, 21 janvier 1948, Société Penaroya : S. 1949, III, p. 6,

[173] CA Caen, 26 juin 2008, numéro 08/00826, Le Cleach c/ Commune de Ranes : 2008, 271

[174] Tribunal des Conflits, 13 octobre 2014, SA Axa IARD, requete numéro 3963

[175] Mélanges Waline, Le critère du contrat administratif en crise, p.848.

– يجب، إما أن يمنح "امتيازات أو مزايا مهمة للشخص العام"، أو يفرض" التزامات أو قيود صارمة على الطرف المتعاقد"[176].

وبذلك يكون انطواء العقد الإداري على شروط استثنائية معياراً حاسماً للتمييز بين ما تعقده الإدارة من عقود إدارية أو مدنية [177].

تم التذكير بهذا المعيار بوضوح شديد من قبل محكمة التنازع الفرنسية بمناسبة حكمها الصادر في السابع من أبريل 2014[178]، والذي جاء فيه: "..عندما تتمتع مؤسسة عامة بوضع المنشأة الصناعية والتجارية العامة وفق القانون، فإن العقود المبرمة لتأمين احتياجات أنشطتها تدخل في اختصاص القضاء العادي، ما لم تشتمل على شروط استثنائية، أو تندرج تحت نظام استثنائي من القانون العام، وكذلك تلك المتعلقة بأنشطتها المستمدة من طبيعتها الإدارية، كامتيازات للسلطة العامة".

وبموجب حكمها المؤرخ في الثاني من نوفمبر 2020،[179] أكدت محكمة التنازع على المفهوم الجديد للشرط الاستثنائي في القانون العام، بحيث يتعلّق هذا الشرط بتحقيق المصلحة العامة، ويُضفي طابعاً إدارياً على العقد.

والأكثر من ذلك، فقد حصل تطوّر كبير في طبيعة السلطة العامة، كأساس للقانون الإداري من خلال العقد الإداري بالذات أكثر من غيره من موضوعات القانون الإداري، إذ لم يعد النظر إليها أنها مجرد امتيازات ممنوحة للإدارة، وإنما هي في الوقت ذاته تعدّ قيوداً عليها، فهي سلطة منظمة وليست مطلقة.

نخلص من هذه الأحكام أن القضاء لم يستقر على معيارٍ واحدٍ للتمييز بين العقد الإداري وغيره من عقود القانون الخاص، وإنما استند في ذلك إلى عدد من العناصر أتينا على شرحها، فإذا توافرت كان العقد إدارياً، وإذا تخلفت كان العقد مدنياً.

---

[176] Teevin(P.),Droit administratif français,Partie IV,Chapitre 2,op.cit.

[177] د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 96 .

[178]Tribunal des Conflits, 7 avril 2014, Société d´édition de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet, requête numéro 3949.

[179]TC, 2 novembre 2020, Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP), n° 4196.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الثالث

أنواع العقود الإدارية وتقسيماتها المختلفة

يتّضح من التعاريف التي جرى عرضها في ما سبق أن العقد الإداري له مدلوله المحدد وعناصره الثابتة التي تميزه عن سائر العقود الأخرى. ولكن عندما نتحدث عن أنواعه (كما يسميها معظم الفقه الإداري) أو عن طوائفه، فإننا نعني بذلك النظر إليه من عدة زوايا مختلفة، وفقاً لطبيعة تنظيمه، وإجراءاته، وموضوعه، ومحتواه، والهدف الذي يرمي إليه.

ولكن خلوّ العقد من هذه الامتيازات الممنوحة للإدارة وغير المألوفة لا يعني حتماً وبالضرورة أن يكون العقد مدنياً، بل إن القضاء يعده إدارياً إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشره في تسيير المرفق العام، شرط أن يسير هذا المرفق وفقاً لقواعد القانون العام.

وفي هذا السياق، وعطفاً على المعايير السابقة للعقد الإداري، يرى فقهاء القانون الإداري أن المعايير التقليدية للعقد الإداري تشهد انقلاباً جذرياً، إذ صدرت قوانين جديدة فرنسية وأوروبية في موضوعات مختلفة مثل الصفقات العمومية، وانشاء عقود الشراكة مع القطاع الخاص، وبرزت مبادئ "ما فوق تشريعية" سوف تحدث بالضرورة انقلاباً في مفاهيم العقد الإداري التقليدية، خاصة مع ولادة ما يسمى اليوم بالعقود الإلكترونية التي تسهلها الثورة الهائلة الحالية في عالم الاتصالات.

ومن الأمور الجديرة بالرصد تنوع العقود الإدارية، وازدياد مجالاتها لتشمل – إلى جانب عقود المقاولات والتوريد والالتزام– عقوداً جديدة مثل: العقود المالية المتعلقة بالقرض والاقتراض، والعقود الاجتماعية، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية وعقود متعلقة بالمؤسسات التعليمية، وعقود التأمين...

وهذا التنوع دليل على اقتناع الإدارة – في عالمنا– بأن أسلوب القهر والأمر والعقاب الصادر بالإرادة المنفردة للإدارة، هو أسلوب غير ناجح غالباً في مجال الأنشطة الاقتصادية، وثبت أنه من الأفضل –لإتمام منجزات واستغلال الطاقات الفكرية– اللجوء إلى أسلوب المكافأة عن طريق عقد

اتفاق مع الأفراد والشركات تلتزم فيه بإنجاز عمل مقابل مكافأة تحفزها على العمل والابتكار والإتقان والإنجاز.

وبناءً عليه، فإننا نود بدايةً في هذا المجال أن نلقي نظرة سريعة على ثلاثة طوائف للعقد الإداري تمثل (الإطار الأشمل) للعقود الإدارية. هذا الإطار يتسع ليشمل أيضاً أنواعاً أو طوائف أخرى يتضمن كل منها عقداً إدارياً له إجراءاته، وتنظيمه، وموضوعه، وتفصيلاته الخاصة به.

وسيتم تناول ذلك وفق المبحثين الآتيين:

المبحث الأول– العقود الإدارية الرئيسة.

المبحث الثاني– الصور الجديدة للعقود الإدارية.

المبحث الأول

العقود الإدارية الرئيسة

خلصنا فيما سبق إلى أنه ليس كل عقد تبرمه جهة إدارية بعقد إداري حتماً؛ فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة، وهي في سبيل استغلال أموالها الخاصة إلى إبرام عقود بينها وبين بعض الأشخاص في ظل قواعد القانون الخاص، فيختص بها قاضي القانون الخاص ولا تعنى بأمرها مبادئ القانون الإداري. فالعقد الإداري هو عادة عقد تبرمه جهة عامة، ولكن هذا المعيار المرتبط بحضور الإدارة غير كافٍ، لذلك كان علينا فيما مضى من فصول تحديد العقود الإدارية بدقة، قبل بيان الأشكال الرئيسة للعقود التي تبرمها الإدارة.

يمكن إذاً للإدارة العامة إبرام صفقة واحدة أو أكثر لتحقيق هدف معين خاص بتسيير المرفق العام، أو الاستثمار في المشروعات التي تلبي من خلالها الحاجات العامة.

وفي هذا المبحث سنأخذ فكرة عن أهم العقود الإدارية، التي أشارت إليها التشريعات عموماً. وهذه العقود هي عقد الامتياز (**المطلب الأول**)، وعقد الأشغال العامة (**المطلب الثاني**)، وعقد التوريد العام (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول

عقد الامتياز

عقد الامتياز، هو أحد العقود ذات الأهمية الكبرى في خدمة البلاد وعمارها، من جهة، وإثراء المتعاقد الآخر من جهة أخرى، وتلجأ إليه الدولة عادة لخدمة مرافقها العامة، إذا لم تقم بذلك أصالةً لأي سبب كان. فالمبدأ العام هو أن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة، ولكن قد تتنازل عن نشاط معين أو بعض النشاطات لفرد عادي أو شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص، وتخوّلهم في الوقت نفسه استعمال بعض امتيازات السلطة العامة.

ولقد تنوّعت عقود الامتياز، وتفاوتت خطورتها تفاوت الدور الذي يمكن أن يؤديه المرفق موضع الامتياز. ويحظى هذا النوع من العقود بصفة العقد الإداري لعلاقته الوثيقة بالمرافق العامة. فكل دولة تعمل على إدارة المرافق العامة فيها، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة؛ نظراً إلى طبيعة الظروف المحيطة والموجودة فيها، سواء أكانت ظروفاً اقتصادية، أم سياسية، أم اجتماعية. كما أنه لابد من الأخذ بالحسبان المقتضيات المادية والإدارية والفنية ذات التأثير المباشر بأداء المرافق العامة، لذا كان التوجه للأخذ بطرق مختلفة لإدارة المرافق العامة التي تختلف من حقبة تاريخية إلى أخرى[180].

وينظر إلى عقد الامتياز على أنه من أهم العقود الإدارية، إلا أنه ظهر رأي آخر قال إنه عقد مدني، ورأي ثالث يتجه إلى أن عقد الامتياز عقد له طبيعة مركبة؛ لاحتوائه على شروط لائحية وتعاقدية[181].

وقد تناول الفقه والقضاء تعريف هذا العقد وبيان طبيعته، وما طرأ عليه من تطورات، لذلك سنقوم في هذا المطلب بدراسة عقد الامتياز من حيث ماهيته، وخصائصه، وأشكاله، وبيان الطبيعة القانونية له، وفق الآتي:

---

[180] د. جهاد الحرازين،"عقود الامتياز دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء"، ط1، مكتبة الوفاء القانونية بالاسكندرية، عام2013، ص 9.

[181] د. ابراهيم الشهاوي،"عقد امتياز المرفق العام B.O.T"، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، عام2003، ص 5.

الفرع الأول- ماهية عقد الامتياز:

لقد ارتبط ظهور عقد الامتياز بتطور وظائف الدولة، التي كانت حتى وقت قريب تمارس وظائف تقليدية من أمن، وعدل، ودفاع. واضطرّت إلى التدخل في ميادين شتى، اقتصادية، واجتماعية، وثقافية، وغيرها، في إطار ما يسمى بالمنافع الكبرى، كالكهرباء، والاتصالات، والنقل، والمحروقات، وغيرها من القطّاعات المستهدفة تحقيق المنفعة العامة للجمهور.

وينتمي عقد الامتياز إلى عقود ادارة المرافق العامة التي أطلق عليها المشرع الفرنسي في أواخر القرن العشرين تسمية موحدة وهي عقد تفويض المرافق العامة[182]. وقد تحددت طبيعته وفقاً لمقوماته الذاتية التي ميزته تماماً عن أي عقد إداري آخر، سواء لموضوعه، أو لاتصاله المباشر بالمرفق العام، أو لشروطه المتميزة. وقد استخدم هذا العقد في سورية والكثير من الدول لإقامة علاقة قانونية بين الدولة والمؤسسات العامة من جهة، والأفراد وشركات القطاع الخاص من جهة أخرى.

أولاً- تعريف عقد الامتياز:

تُعرِّف المادة (L. 1121-1) من مدونة العقود العامة الفرنسية عقود الامتياز بأنها[183]:" عقود مبرمة كتابياً، والتي بموجبها تعهد واحدة أو أكثر من سلطات الترخيص الخاضعة للمدونة بتنفيذ الأعمال أو إدارة الخدمة إلى واحد أو أكثر من المشغلين الاقتصاديين، الذي يتم تحويل المخاطر المرتبطة بتشغيل المشروع أو الخدمة إليهم، في مقابل الحق في تشغيل المشروع أو الخدمة موضوع العقد، مقابل الحصول على رسمٍ معين"[184].

---

[182] د. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الجسور للنشر و التوزيع، ط3، الجزائر ، 2015، ص 465.

[183] تم تحويل التوجيه الأوروبي EU/ 23/2014 إلى القانون الفرنسي بموجب المرسوم رقم (65-2016) المؤرخ 29 يناير2016، والمرسوم رقم (86-2016) المؤرخ 1 فبراير 2016 بشأن عقود الامتياز. تم بعد ذلك تدوين هذه النصوص ضمن مدونة العقود العامة في فرنسا، التي دخلت حيز التنفيذ في 1 أبريل 2019.

[184] يعترف قانون الاتحاد الأوروبي بفئتين فقط من العقود: عقود المشتريات العامة، التي تحكمها التوجيهات(EU / 24/2014 EU / 2014/25 و EC / 81/2009)، وعقود الامتياز، التي يحكمها التوجيه(EU/ 23/2014). ويقر التوجيه الأخير(الصادر عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 26 فبراير 2014) بشأن منح عقود الامتياز (الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي بتاريخ 28 مارس 2014) لأول مرة بخصوصية الامتيازات من خلال منحها بمرسوم. في الواقع، كانت امتيازات الأشغال حتى تاريخ صدور هذا التوجيه خاضعة للأحكام الأساسية للتوجيهات المتعلقة بالعقود العامة. https://www.legifrance.gouv.fr/

ويعرّف أيضاً بأنه: "عقد يتولى بموجبه أحد الأفراد أو الشركات وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مدة من الزمن مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية المنظمة لسير المرافق العامة، إضافة الى الشروط التي تضمنها الإدارة للعقد"[185].

كما عرّفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: " عقد تفوض بموجبه الإدارة إلى الملتزم تسيير مرفق عمومي يتولى استغلاله تحت رقابتها، ويتلقى المقابل من مستعملي المرفق"[186].

هناك إذاً معياران يسمحان بتمييز عقد الامتياز[187]:

1- الغرض منه: وهو إدارة وتصميم وتنفيذ وإنجاز أعمال لصالح المرفق العام، بأي وسيلة كانت، بموجب الشروط والمتطلبات التي تحددها سلطة الترخيص.

2- نقل مخاطر التشغيل إلى الملتزم(صاحب الامتياز): بموجب عقد الامتياز، يرتبط المقابل الذي يحصل عليه صاحب الامتياز بنتائج تشغيل المشروع أو الخدمة، وبالمخاطر التي يتعرض لها في أثناء تنفيذ التزاماته. ومعيار المخاطر هو عنصر جوهري في تحديد المقابل المالي الذي يتحصل عليه الملتزم[188].

وبناءً على ذلك، قرر مجلس الدولة الفرنسي، أن العقد الذي ينص على أن صاحب الامتياز سيلتزم مجاناً بتشغيل اللوحات الطرقية العائدة ملكيتها للبلدية وصيانتها، على أن يتقاضى أجراً من المعلنين في هذه اللوحات يشكّل عقد امتياز، لأن هذا الملتزم معرّض لمخاطر من المحتمل أن تؤثر على حجم وقيمة الطلب على هذه الخدمة من قبل المعلنين في الحدود الإدارية للبلدية، من دون وجود شرط في العقد ينص على تحمل البلدية جزءاً من الخسائر التي قد تنجم عن ذلك[189].

---

[185] د.محمود خلف الجبوري، "العقود الإدارية"، دار الثقافة، عمان، عام2010، ص 26. وعرّف بأنه "عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية وبعماله بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها المحلية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور عن طريق إدارة مرفق عام اقتصادي لمدة محدودة من الزمن مقابل رسوم يحصلها من المنتفعين بالمرفق، د. حمادة عبد الرزاق حمادة، "النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام"، دار الجامعة الجديدة، مصر، عام 2012، ص 96.

[186] Etien (R.) Droit administratif général ،sup foucher, Paris ,2007, P 43.

[187] Houser (M.), Donier (V.), Droin(N.), Le droit administratif aux concours ,Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2015 ,p.38.

[188] وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة (L.1211-1) من مدونة العقود العامة في فرنسا، فإن المخاطر المنقولة إلى صاحب الامتياز تعني تعرّضاً حقيقياً لتقلبات العقد، ويجب ألا تكون الخسارة المحتملة التي يتحملها صاحب الامتياز اسميّة بحتة، أو لا تكاد تذكر.وعقود الامتياز بالمعنى المقصود في الأمر رقم (65-2016) المؤرخ 29 يناير 2016 هي عقود إدارية، إذ يؤكد هذا المرسوم الصادر في فرنسا أن المعيار الحقيقي للتمييز بين العقود الإدارية وعقد الامتياز، هو نقل مخاطر التشغيل إلى الملتزم.

[189] كالامتياز المتعلق باستغلال وتشغيل شبكة التدفئة في منطقة واحدة أو أكثر في البلدية، أو حتى بلديتين متجاورتين، أو ربما في محيط أكبر، ومن ناحية أخرى، يتم تحديد مدة قصوى لهذا الإمتياز: CE 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes, No 416825, 416947

ثانياً- موضوع عقد الامتياز:

موضوع الامتياز هو: إما تنفيذ الأشغال، عندئذٍ يسمى (عقد امتياز الأشغال)[190]، أو إدارة مرفق عام، ويسمى (عقد امتياز الخدمة)[191]، وعند الاقتضاء، يشمل الموضوع كليهما معاً[192].

والهدف من عقود امتياز الأشغال إما تنفيذ الأعمال المدرجة في ملحق مرفق بصك المنح، أو تصميمها، أوتنفيذها، وفق الشروط والمتطلبات التي تحددها سلطة الترخيص؛ في حين يكون الغرض من عقود امتياز الخدمة إدارة خدمة عامة، وعندما يتم إبرامها من قبل سلطة محلية، فإنها تعدّ "عقود تفويض الخدمة العامة"، وفيها يكون صاحب الامتياز مسؤولاً عن القيام بعمل، أو تأمين السلع اللازمة للخدمة التي يقدمها المرفق[193].

ثالثاً- الأنشطة غير القابلة للتفويض:

الأصل أن المرافق العامة جميعها قابلة للتفويض، سواء كانت ذات طابع إداري، أو صناعي، أو تجاري. ولكن يستثنى من ذلك المرافق التي تكون خدماتها من بين تلك التي لا يمكن تقديمها بحكم طبيعتها أو بإرادة المشرع إلا من قبل السلطة العامة على النطاق المركزي أو النطاق اللامركزي[194]". وبالتالي، لا يمكن تفويض إدارة بعض أنشطة المرفق العام، مثل "أنشطة الدفاع الخارجي، والأمن الداخلي، والقضاء، وهي أنشطة متأصلة في اختصاصات الإدارة، وممارستها لسلطتها العامة"[195]، وكذلك الأنشطة والخدمات المتأصلة في اختصاصات الأشخاص العامة المحلية التي تجسد المعنى الحقيقي والعملي للامركزية الإدارية[196].

الفرع الثاني- شروط عقد الامتياز وخصائصه الذاتية:

إن الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز تفرض طابعاً شخصياً له، فشخصية الملتزم دائماً ما تكون موضوع اعتبار لدى جهة الإدارة المتعاقدة، وهو ما يطلق عليه الطابع الشخصي لعقد الامتياز،

---

[190] المادة L. 1121-2 من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

[191] المادة L 1121-3 من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

[192] المادة(L. 1121-4) من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

[193]Houser (M.), Donier (V.), Droin(N.), 2015 ,op.cit.,p.39.

[194] Houser (M.), Donier (V.), Droin(N.), 2015 ,op.cit.,p.39.

[195]CC, déc.2011-625 DC du 10 mars 2011 concernant l'orientation et la programmation pour la loi sur les performances de la sécurité intérieure, Cons.19.

[196] تنص المادة 1411-1 من قانون الإدارة المحلية الفرنسيعلى أنه: "لا يمكن تفويض بعض الخدمات العامة ويجب تقديمها مباشرة عن طريق الإدارة المباشرة".

فهذا الطابع يعطي للإدارة المتعاقدة قدراً كبيراً من الحرية في اختيار المتعاقد معها مراعاة لطبيعة مثل هذا النوع من العقود[197].

ومع ذلك إن عقد الامتياز ليس إلا طريقة استثنائية لتسيير المرفق العام، لذلك نجده يفرض على الإدارة المتعاقدة عند اللجوء إلى هذه الطريقة في إدارة وتسيير المرافق العامة التقيد ببعض الشروط. ولكن وقبل التعرض لشروط اللجوء إلى هذا النوع من العقود، لابد من بيان أهم خصائص هذا العقد، وفق الآتي:

أولاً- خصائص عقد الامتياز:

تنبثق خصائص أساسية عدة من التعريفات السابقة لعقد الامتياز، أهمها[198]:

1) عقد الامتياز ذو قيمة ويجب إبرامه كتابةً[199].

2) عقد الامتياز يبرم بين طرفين: شخص معنوي عام، وطرف آخر يكون من المشغلين الاقتصاديين.

3) أنه أسلوب استثنائي لإدارة المرافق العامة الاقتصادية، لذلك لابد من وجود رقابة قويّة وإشراف فعّال من الإدارة المتعاقدة مانحة الالتزام[200].

4) أنه من العقود محدودة المدة، وهي إذا كانت تتميز بطول مدتها عادة، إلا أنه ليس متصوراً أن يُمنح الالتزام إلى ما لا نهاية، لأنه استثناء من القاعدة التي تقضي بإدارة المرافق العامة من خلال الإدارات العامة نفسها[201].

---

197 د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص330.

198 د. محمد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، عام 2012، ص 565.

199 يُعرّف مفهوم الكتابة تعريفاً واسعاً للغاية في المادة (2) من قانون المشتريات العامة الفرنسي على أنه "أي مجموعة من الكلمات أو الأرقام يمكن قراءتها ونسخها ونقلها، بما في ذلك المعلومات المنقولة والمخزنة بالوسائل الإلكترونية".

200 ينص قانون 17 يونيو 2016 على أن هذا الاعتبار يمكن أن يتخذ شكلين: الحق في تشغيل الأعمال أو الخدمات موضوع العقد؛ و الحق في تشغيل الأعمال أو الخدمات موضوع العقد مع السعر.

201 وحتى 1 أبريل 2016، لم يكن هناك نص قانوني في فرنسا يحكم الخيار المتاح لأطراف عقد الامتياز لإجراء تغييرات في مدة العقد. ومع ذلك، على سبيل الاستثناء، فإن المادة (40) من القانون رقم 93-122 المؤرخ 29 يناير 1993 (المعروف باسم "قانون سابين 1")، والتي تم تدوينها في المادة L. 1411-2 من قانون الإدارة المحلية الفرنسي(CGCT)، نصّت على إمكانية تمديد مدة تفويضات الخدمة العامة في حالتين: من ناحية، عند تبرير ذلك بأسباب المصلحة العامة، لمدة أقصاها سنة واحدة؛ ومن ناحية أخرى، عندما يضطر الملتزم، من أجل الأداء السليم للخدمة العامة أو توسيع نطاقها الجغرافي وبناءً على طلب المانح، للقيام باستثمارات مادية غير منصوص عليها في العقد الأولي، مثل تعديل الاقتصاد العام للتفويض والذي لا يمكن إطفاءه إلا خلال مدة الاتفاقية المتبقية للتشغيل من خلال زيادة الأسعار بشكل واضح. ولذلك فإن تمديد فترة عقود الإمتياز هو الوحيد الذي تنظمه هذه النصوص. Liorens (F.)"Les avenants

ثانياً- شروط عقد الامتياز: يتضمن عقد الامتياز نوعين من الشروط[202]:

1- شروط تنظيمية (لائحية)، وهي الشروط المتعلقة بكيفية أداء الخدمة للمنتفعين، والتي تتيح للإدارة متابعة تأدية مضمون عقد الامتياز، كما لو أنها كانت تتولّى إدارة المرفق العام بنفسها. هذه الطائفة من الشروط يكون للإدارة حق تعديلها في أي وقت تشاء بإرادتها المنفردة، ومن دون توقف ذلك على قبول الطرف الآخر أو رضائه بذلك[203].

2 - شروط تعاقدية، وتسمى بـ "الشروط الضامنة لحقوق الملتزم"، وتتعلق هذه الطائفة من الشروط بحقوق الملتزم المالية، وتتماثل هذه الشروط مع شروط التعاقد في دائرة المعاملات المحكومة بقواعد ومبادئ القانون الخاص[204]، والقاعدة فيها أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم فإنه لا يجوز للإدارة العامة تعديل هذه الشروط ، إلا بالاتفاق مع الملتزم وبرضاه[205].

aux délégations de service public entre droit national et droit communautaire in Bien public, bien commun, mélanges en l'honneur d'E.FATOME, Dalloz,2011 p.269

[202] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص94.

[203] د.جهاد الحرازي، "الآثار المترتبة على عقد الامتياز" طبعة أولى، عام 2015، دار الفكر والقانون، عمان، الأردن، ص32.

[204] د.جهاد الحرازين، المرجع السابق، ص32.

[205] وأوضح مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك أن التعديلات التي يتم إجراؤها على عقد الامتياز لا يمكن أن تؤدي إلى:1- تعديل موضوع عقد الامتياز، 2- ولا تؤدي إلى تعديل جوهري في أحد عناصره الأساسية. حدد مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية أن حظر تعديل موضوع العقد يتعلق، على وجه الخصوص، بالتعديلات التي تهدف إلى تمديد مدة عقد الامتياز، وأشار، علاوة على ذلك، إلى أن مدة عقد الامتياز هي واحدة من عناصره الأساسية. CE sect. fin., 8 juin 2000, n° 364803 et CE avis, Section des travaux publics, 9 avril 2005, n° 371.234

المطلب الثاني

عقد الأشغال العامة

تجسّد مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة الكيان المادي لكل دولة، وكلما كثُرت هذه المشروعات وكانت أكثر كفاءة، زادت قدرة الدولة على تحقيق النمو والتقدم، وكانت أكثر استقراراً، وأفضل نمّواً.

ويحتلّ عقد الأشغال العامة Contrat de travaux publics مكانة بارزة ضمن العقود الإدارية، وذلك للدور المهم الذي يلعبه كإحدى وسائل الدولة في تحقيق الصالح العام وإشباع حاجات المواطنين على الوجه الأكمل. فالإدارة تحتاج إلى إجراء أعمال عديدة، تستهدف من ورائها تنظيم المرافق العامة، وتسييرها من أجل تحقيق المنفعة العامة، كصيانة مباني هذه المرافق، أو تنظيفها، أو إحداث منشآت جديدة. في مثل هذه الحالات وغيرها تعهد الإدارة بتنفيذها لأجهزة خارجية، بسبب عدم قدرة أجهزة الإدارة الفنية على القيام بها، مما يدفعها إلى التعاقد مع المتخصصين من أشخاص القانون الخاص للاضطلاع بمسؤوليات التنفيذ لحسابها، وذلك عن طريق ما يطلق عليه " عقد الاشغال العامة".

ويستلزم توضيح أهم جوانب عقد الأشغال العامة، أن نبدأ بالتعريف بهذا العقد، ثم نتعرض للملامح العامة المميزة له، وفق الآتي:

الفرع الأول- تعريف عقد الأشغال:

يعدّ عقد الاشغال العامة من أوائل العقود الإدارية ظهوراً في القانون الإداري، إذ بدأ ظهوره في فرنسا في القرن السادس عشر، وكثر استعماله في القرن التاسع عشر، نتيجة قيام الدولة بتنفيذ بعض المشروعات العمرانية الكبيرة، وقد ظهر عقد الأشغال العامة قبل ظهور عقد الامتياز ولذلك يقال أن عقد الأشغال العامة أصلاً له[206].

[206] د. أميمة فرج بكر علي، "عقد الأشغال العامة والأعمال المضافة إليه"، مجلة الدراسات القانونية العدد الخامس والخمسون– الجزء الثاني- مارس2022، ص 944.

يعود عقد الأشغال العامة في الأصل إلى عقد المقاولة المعروف في القانون المدني. واتباعاً لذلك الاصل، فإن عقد الأشغال العامة يخضع لقواعد القانون المدني فيما لم يرد شأنه نص خاص ينظمه. وبالرغم من هذا التقارب، إلا أن عقد الأشغال العامة يختلف كثيراً عن عقد المقاولة المدني، فهو يتميز بعناصره الأساسية التي تجعله عقداً إدارياً، سواء بطبيعته، أو بنصّ القانون، ولذلك فقد حاول الفقه والقضاء وضع تعريفٍ دقيقٍ لعقد الأشغال العامة.

وعلى الرغم من أهمية هذا العقد، إلا أن المشرع، سواء في فرنسا، أو في مصر، أو سورية لم يضع تعريفاً له، تاركاً هذه المهمة للفقه والقضاء، لذلك سوف نتناول في هذا الفرع محاولات الفقه، واجتهادات القضاء في وضع تعريف لهذا النوع من العقود.

تعددت التعريفات الفقهية والقضائية لعقد الأشغال العامة، ونذكر منها: إنه:" عقد مقاولة يبرم بين جهة الإدارة وبين إحدى المؤسسات أو الشركات الخاصة بغرض قيام هذه الأخيرة ببناء أو ترميم عقار، أو إقامة جسر أونفق، أو نحوها لحساب جهة الإدارة، لقاء مقابل مالي معين، وذلك بهدف تحقيق نفع عام[207]. وعرّف أيضاً بأنه:" عقد إداري يبرم بين شخص معنوي عام وأحد أشخاص القانون الخاص(المقاول أو المتعهد) بحيث يقوم الأخير ببناء عقار، أو صيانته، أو ترميمه لحساب الشخص المعنوي العام تحقيقاً للمصلحة العامة، مقابل ثمنٍ يحدد في العقد"[208].

كما عرّف مجلس الدولة الفرنسي هذا العقد في حكمه الصادر في قضية " Commune de Monségur" بتاريخ 1921/6/10 بأنه:" الأشغال التي تنفذ لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام[209].

وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: " عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب الشخص المعنوي العام، تحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمنٍ محددٍ"[210].

---

[207] د.عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، دراسة قانونية تحليلية تطبيقية وفقاً لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية،الطبعة الثانية، عام 2012، ص 27.

[208] د. نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، الآفاق المشرقة، الأردن، عام2012، ص 321.

[209] C E, du 10 juin 1921, 45681, publié au recueil Lebon.

[210] حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم (284) لسنة 8 قزع، جلسة 1956/12/23، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في خمسة عشر عاماً(1946-1961)، ص 2010. مشار إليه لدى: د. محمد أبو راس، مرجع سابق، ص41.

ومن الجدير ذكره أن عقد الأشغال العامة يتقاطع في مفهومه مع عقدين مهمين هما عقد تقديم المعونة وعقد التزام الأشغال[211].

الفرع الثاني- خصائص عقد الأشغال[212]:

بناءً على ما تقدّم من تعريفات الفقه والقضاء الإداريين، يتبيّن لنا أن هذه التعريفات جميعها لا اختلاف بينها من حيث المضمون، ولكن الاختلاف كان في صياغتها وألفاظها فقط، وأن جميعها تؤدي إلى معنى واحد هو أن عقد الأشغال العامة لابد من أن تتوافر فيه ثلاثة عناصر أساسيّة، وهي أن يرد العقد على عقار، وأن يتم لحساب شخص معنويّ عام، وأن يكون الهدف منه تحقيق نفع عام. ويتّضح لنا أن هذه التعريفات اهتمّت بذكر هذه العناصر الثلاث دون أن تتّسع لتشمل التطورات التي لحقت بها.

1- أن ينصبّ العقد على عقار:

محلّ عقد الأشغال العامة "القيام ببناء عقار، أو ترميمه، أو صيانته. بمعنى أنه من الضروري، أن ينصب الالتزام على "عقار"؛ فلو أبرمت الإدارة العامة عقداً لبناء منقول أو ترميمه أو صيانة، كان هذا العقد خارج دائرة عقود الأشغال العامة.

وبإعمال هذا العنصر، يعدّ من عقود الأشغال العامة، عقد بناء مدرسة، أو مستشفى، أوصيانة مبنى أو منشأة، لأن الالتزام بالبناء أو الترميم أو الصيانة ينصب على عقارات. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يجب أن يكون محلّ ذلك العقد الإداري عقاراً وليس منقولاً، فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات، ولو كانت من الأموال العامة لا يعدّ من قبيل عقود الأشغال العامة[213].

ويستوي أن تنصبّ الأشغال العامة على عقار بطبيعته، مثل بناء الجسور والمستشفيات والمطارات، أو عقاراً بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء. أما إذا كان موضوع العقد منقولات، فلا يمكن عدّه من عقود الأشغال العامة، مثل بناء قاعدة متحركة للطائرات[214].

---

[211] د. محمد الحسين، د. مهند نوح "القانون الإداري "، منشورات جامعة دمشق، بلا تاريخ نشر، ص 241.

[212] د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزّت محمد سعد الزعويلي،"سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة" المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، المجلد 2، العدد 2، 2/ 11/ 2020، ص9.

[213] د. بلال أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي، القاهرة، عام 2012، ص 465.

[214] د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن " العقود الإدارية "، منشورات جامعة حلب، بلا تاريخ نشر، ص 60.

٢- أن يكون العقد لصالح أحد أشخاص القانون العام:

لا يكفي أن ينصب الالتزام في العقد على عقار للقول إنه عقد إداري، وإنما يجب أيضاً أن يكون الالتزام لصالح أحد أشخاص القانون العام، ذلك أن أشخاص القانون العام هم المنوط بهم السهر على تحقيق الصالح العام، وهو الأمر المسوّغ لإخراج العقود الإدارية من دائرة الأحكام المنظمة للعقود في القانون الخاص، وإخضاعها لأحكام خاصة وخارجة عن المعتاد في دائرة القانون الخاص، هي قواعد القانون العام بصفة عامة، وقواعد القانون الإداري بصفة خاصة[215].

كما ارتبطت فكرة الأشغال العامة بالمرفق العام، فتعدّ أشغالاً عامة تلك التي تتم على عقارات متعلقة بأحد المرافق العامة. غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد عمل على الفصل بين الأموال العامة والأشغال العامة، والمرافق العامة والأشغال العامة، وانتهى إلى أنه ليس من الضروري أن تتم الأشغال على عقار يدخل في الأموال العامة، ولا أن يكون العقار مخصصاً لمرفق عام، بل يكفي أن يكون المقصود بالأشغال تحقيق النفع العام[216].

٣- أن يستهدف العقد تحقيق مصلحة عامة :

ذلك أن الفرض أن أشخاص القانون العام لا تسعى إلا لتحقيق الصالح العام، ولكن في الواقع بدأ مجلس الدولة الفرنسي يربط عقد الأشغال العامة بالمال العام، فالعقد يعد عقد أشغال إذا انصب الالتزام فيه على عقار يدخل في الدومين العام، أما إذا تعلق بعقار من عقارات الدومين الخاص، فلا يعدّ العقد عقد أشغال عامة، ثم تطور قضاء مجلس الدولة، إلى عدّ العقد عقداً من عقود الأشغال العامة إذا استهدف تحقيق مصلحة عامة، سواء انصب الالتزام على عقار من عقارات الدومين العام، أو عقاراً من عقارات الدومين الخاص[217].

---

[215] د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، مرجع سابق، ص9.
[216] د. عبدالله طلبة، د. نجم الأحمد "القانون الإداري"، منشورات جامعة دمشق، عام 2004، ص 371.
[217] د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، مرجع سابق، ص10.

المطلب الثالث

عقد التوريد العام

يشكّل عقد التوريد (**Contrat de fournitur**) أحد أهم أنواع العقود الإدارية التي تبرمها الدولة (هيئة عامة أو شخص عام) بهدف تجهيزها بمنقولات معينة في صلب العقد، لقاء ثمن معين مسبقاً[218].

ويعدّ هذا العقد من العقود المسماة في فرنسا وسورية ومصر[219]. فحتى تحصل الإدارة على السلع والبضائع التي تحتاج إليها، لابدّ لها من أن تبرم عقد توريد، والذي يحظى بأهمية كبيرة بالنسبة إلى الدولة، فالإدارة تحتاج إلى مواد غذائية أو أولية أو صناعية لتسيير مرافقها العامة، والمورد يسعى لتحقيق الربح ومصلحته الخاصة، إلا أنه وفي الوقت نفسه يكون مساعداً للإدارة، لهذا تفرض عليه الأخيرة التزامات لا نظير لها في القانون الخاص[220].

الفرع الأول– تعريف عقد التوريد:

اتفقت آراء الفقه على الإطار العام لمفهوم عقد التوريد، فهو عقد شراء منقولات لازمة لاستمرار أداء مرفق عام لخدماته، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن عقود التوريد هي:" عقود إدارية يتحمل فيها المورّدون – المتعهدون – المخاطر التي قد يتعرضون لها في أثناء تجهيز الإدارة، وأخطار ذلك التوريد مقابل مكافأة أو أجر، موضوعها حصول شخص إداري على أموال منقولة في ظروف مختلفة عن تلك الخاصة في القانون الخاص"[221].

ويعرّف عقد التوريد كذلك بأنه: "الالتزام الذي يقع على عاتق أحد الافراد يسمى– المورد– بتسليم أشياء معينة إلى شخص آخر– الإدارة– في مواعيد دورية منتظمة خلال فترة زمنية، وفقاً لما هو

---

[218] هذه الفكرة عرضتها محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 1952، إذ بينت أنه:" اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وبين فرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي، لازمة للمرفق العام مقابل ثمن معين" للمزيد أنظر: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، عام 1957، ص122.

[219] Richer (L.), Droit des contrats administratifs,op.cit., p. 619, n° 1373.

فقد عرفه قانون المشتريات الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم/25/ لعام 2006 بأنه:" العقد الذي يبرم مع الموردين بحيث يكون محل العقد شراء تجهيزات أو سلع، أو التأجير التمويلي، أو الإيجار البيعي للمنتجات أو المعدات (الأدوات)" التي تحتاجها الإدارة. كما وقد ورد النص عليه في قوانين مجلس الدولة المصري والسوري المتعاقبة، شأنه في ذلك شأن عقدي الالتزام والأشغال العامة.

[220] د. جابرناصر، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2005 ص199وما بعدها.

[221] Du Laubadére(A.) , contrats administratifs , 2éme edition , 1957 , p271 . n 212.

وارد في العقد". والتوريد بهذا المعنى يرد على أشياء مادية، سواء بقصد استهلاكها كما هو الحال بتوريد منقولات، أو غير مادية مثل توريد عمال إلى مصنع ما، أو قد يرد على توريد خدمات معينة، مثل توريد الكهرباء أو الغاز أو المياه للمنازل والمكاتب[222].

الفرع الثاني- خصائص عقد التوريد:

من خلال ما تقدّم يمكن القول إن عقد التوريد يتميز **بالخصائص الآتية[223]:**

1- عقد التوريد من العقود المسماة في نصّ القانون، وعلى الرغم من ذلك نحتاج أحياناً إلى المعيار القضائي لتمييزه عن عقود القانون الخاص. إذ نفت محكمة النقض المصرية عن عقد التوريد صفة العقد الإداري، وهو لا يكون كذلك، إلا إذا أبرم مع إحدى جهات الإدارة بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام، واحتوى على شروط غير مألوفة[224].

2- ينصب عقد التوريد على تجهيز الإدارة بمنقولات معينة في صلب العقد، كالبضائع، والسلع، والمواد الأساسية والضرورية، بصرف النظر عن ماهيتها. وهو بذلك يقف على النقيض من عقد الأشغال العامة الذي ينصب على القيام بأشغال عامة من بناء وترميم، وكذلك يفترق عن عقد النقل الذي ينصب على نقل المنقولات من دون التعهد بتوريدها إلى الإدارة [225].

3-عقد التوريد من العقود الملزمة للجانبين، فهو ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين[226].

---

[222] د. محمد السيد الفقي،"مبادئ القانون التجاري"، منشورات الحلبي، بيروت، عام 2002، ص 94 .

[223] د. محمد عبد الوهاب "النظرية العامة للقانون الإداري"، مرجع سابق، ص 596.

[224] واستطردت المحكمة: " كما أنه من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها، واستظهار قصد طرفيها مادام قضاؤها في هذا الشأن يقوم على أسباب سائغة ولها أصلها الثابت بالأوراق.".الطعن رقم ٩٤٥٨ لسنة ٨٣ قضائية - الدوائر التجارية - جلسة 2017/12/21.متاح على الموقع:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111368042&ja=112860

[225] د. عبد الغني بسيوني، " الوسيط في القانون الإداري"، مطابع السعدني، الإسكندرية، عام2007 ، ص 572 .

[226] د. أحمد شوقي محمد، "الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي"، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2006، ص 23.

4- يتميز عقد التوريد بأنه من عقود المدة[227]، ويشكل الزمن في هذا العقد عنصراً جوهرياً، إذ يلزم المورد بتوريد تجهيزات، أو بضائع، أو مواد بشكلٍ دوري[228]، بقصد تحقيق مصلحة متكررة للإدارة، ويتحدد بالتالي أداء المورد بناء على مدد زمنية للتكرار[229].

إذاً لعقد التوريد بعد بيان مفهومه خصائص محدّدة تحكمه في تحديد كونه عقداً إدارياً تعقده الإدارة مع غيرها لتأمين احتياجاتها من السلع والبضائع والأجهزة التي يتطلبها سير المرافق العامة. ومن ثم، فإن الهدف من إبرام هذه العقود استمرارية المرافق العامة.

وهكذا ننتهي من استعراض أشهر العقود التي تبرمها الإدارة وأهمها ، ونشير هنا إلى أن هناك أشكالاً أخرى قديمة[230]، وأخرى حديثةً للعقود الإدارية، فرضها إتساع نشاط الإدارة، وعبوره الحدود الوطنية، سوف نتناول الحديث منها بشيء من التفصيل في المبحث الثاني.

---

227 د. هدى عبد الله،" دروس في القانون المدني العقد"، ج2، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، عام 2008، ص 56.

228 يمكن التمثيل لعقود التوريد، بعقد توريد اللقاحات لوزارة الصحة، وعقد توريد القمح للمؤسسة العامة للحبوب، وعقد توريد الرز والسكّر لوزارة التجارة الداخلية وحماية المستهلك.

229 د. أحمد شوقي محمد، مرجع سابق، ص 30.

230 هناك عقوداً أخرى كثيرة تبرمها الإدارة، حسب الحاجة، وحسب تطور المجتمع، وهي لا تقع تحت حصر، نكتفي بتعدادها وهي: عقد النقل، وعقد التوظيف، وعقد تقديم المعاونة، وعقد شغل المال العام، وعقد القرض العام، إذ اتجه القضاء الفرنسي إلى عدم إضفاء وصف العقد الإداري على عقد القرض العام، سواء قروض الدولة، أو قروض الهيئات المحلية، إلا في الحالات التي تبث فيها لهذه العقود الطبيعية الإدارية، بحسب الخصائص المميزة للعقد الإداري. انظر: د. محمود عاطف البنا، "العقود الإدارية"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، عام 2005، ص 125.

المبحث الثاني

الصور الجديدة للعقود الإدارية

أخذت الدول النامية عقب الإستقلال مباشرة مواقف رافضة للاستثمارات الأجنبية، بحسبان أنها شكلٌ من أشكال الهيمنة والإستغلال والمساس بالسيادة الاقتصادية، وخاصةً المتعلقة منها بالعقود البترولية التي تم إبرامها غداة المرحلة الإستعمارية التي بقي العديد منها ساري المفعول بعد الاستقلال.

غير أن هذه الدول تراجعت عن ذلك بعدما أصبح الاستثمار في الوقت الراهن من المسلمات الأساسية في عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهذا نتيجة التحولات السياسية والاقتصادية التي شهدتها الدول عموماًعقب الأزمات الاقتصادية، جراء انهيار سعر النفط في الأسواق الدولية، والتي ازدادت حدتها بسبب مشكلة المديونية، وندرة رؤوس الأموال الضرورية لتلبية حاجيات الدولة الاجتماعية والاقتصادية، ما جعل الدولة تحدث تحولات قانونية واقتصادية كبيرة، شملت تغيير النظام القانوني والاقتصادي ككل.

وقد شملت التحولات قطاعات اقتصادية كانت للدولة السلطة الاحتكارية فيها، بما فيها تفويض المرافق العامة، والاعتماد على الاستثمار الأجنبي، وهذا نتيجة عدم تحمل الدولة لتكلفة المشروعات التنموية، والتي كانت بدورها السبب وراء خلق آليات جديدة للتعاقد أدت إلى إخراج العقد الإداري بأشكاله التقليدية إلى المنظومة الدولية شريطة الاحتفاظ بالصفة الإدارية للدولة فيه.

إذاً تنوعت العقود الإدارية بتنوع نشاطات الإدارة العامة، فلم يعد الأمر قاصراً على صور محددة حصراً للعقود الإدارية، كما كان الأمر في السابق، فظهرت نماذج أخرى من العقود، سنتناولها وفق الآتي.

المطلب الأول

العقود الإدارية ذات الطابع الدولي

أسفر التحوّل الاقتصادي والقانوني الذي عرفته الدول عموماً في العقود القليلة الماضية عن تطوّر مستمر في العلاقات الاقتصادية الدولية، فلم تكن العقود الإدارية الدولية وليدة نظام قانوني أو اقتصادي حديث، إنما ذات بعد تاريخي يمتد إلى عقود طويلة من الزمن، وهذا نتيجة تدخل الدولة في الاقتصاد والذي شهد تطورات عدّة أثرت في النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، سواء بالسلب، أو الإيجاب.

الفرع الأول- مفهوم العقد الإداري الدولي:

لجأت الدولة، بعد اتساع نشاطها وتعقد المهمات الملقاة على عاتقها، إلى التعاقد مع أشخاص أجنبية طبيعية أو معنوية، وهو ما أصطلح على تسميته بإسم "العقود الإدارية الدولية"، والتي غالباً ما تتضمن شروطاً متميزة هي شرط التحكيم، وشرط الثبات التشريعي، وشرط عدم المساس بالعقد. هذه الشروط تؤثر في مركز جهة الإدارة، وتجعله أقرب الى مركز المتعاقد الأجنبي[231].

وعلى العموم، بدأ ظهور العقود الإدارية الدولية كآلية للدفع بعجلة التنمية الاقتصادية بشكل واضح مع الامتيازات البترولية، والتي تمنحها الدولة جراء إبرامها عقود شراكة مع شركات أجنبية خاصة[232].

أولاً- تعريف العقد الإداري الدولي:

يمكن تعريف العقد الإداري الدولي بأنه:" العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، مستخدماً وسائل القانون العام، وتتصل عناصره بأكثر من دولة واحدة، ويحكمه القانون الداخلي، بغض النظر عن الظروف المحيطة به، من حيث إنه تم إبرامه أو تنفيذه في دولة

[231] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص105.
[232] دوفان ليدية، "النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية"، رسالة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، عام2018، ص8.

أخرى". فالعقد الإداري الدولي عقد يستمد أغلب مقوماته من العقود الخاصة الدولية، وخصوصاً العقد التجاري الدولي، ولا يتميّز عنها إلا بوجود الإدارة طرفاً فيه، واستهداف المصلحة العامة[233].

ثانياً- شروط العقد الإداري الدولي:

لكي يكتسب العقد الدولي الصفة الإدارية، لا بد من توفره على ثلاثة شروط وهي:

1- ضرورة وجود الإدارة طرفاً في العقد؛

2- وأن يتصل بمرفق عام؛

3- وأن يتضمن شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص[234].

ويمتاز العقد الإداري الدولي بإمكانية تضمينه شروطاً تعطي امتيازات للمتعاقد الأجنبي في مواجهة الإدارة، بتضمينه شروطاً استثنائية، كالحق في فسخ العقد، إذا لم تقم الإدارة بسداد مستحقاتها(الدفع بعدم التنفيذ)، أو شرط عدم المساس بالعقد[235].

فالأساس أن تظهر دوليّة العقد في نقاط العقد المرتبطة بقوانين دول عدّة أو بالقانون الدولي، فلا تكفي جنسية الطرف الأجنبي المتعاقد مع الإدارة لإضفاء الصبغة الدولية للعقد الإداري، إذ إن تأثير جنسية الطرف الأجنبي في القانون الوطني، ومدى قدرتها على تعديله أو إلغائه، وإحلال قانون آخر مكانه، ومن ثم إخراج العقد من حدود القانون الوطني إلى الدولي، هو الهدف المرجو من تدويل العقد، وفقاً للمعيار القانوني[236].

فالصفة الدولية، لا تقوم على مجرد جنسية المتعاقد مع الإدارة، أو توافر عنصر أجنبي داخل العقد، سواء تعلق بمكان التنفيذ أو الإبرام؛ فقد تبرم الدولة عقداً إدارياً في سبيل تشييد مبنى في الخارج، أو تبرم عقد توظيف مع شخص أجنبي من دون أن تكون لهذه العقود الصفة الدولية، وهذا بسبب عدم تأثير العنصر الأجنبي في العقد الإداري، بحيث يعبر عن إرادة قانونية تظهر في إخراج

---

[233] دوفان ليدية، "النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية"، المرجع السابق، ص22.

[234] إذ تتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها، كسلطة تعديل العقد، والفسخ الانفرادي للعقد، بالإضافة إلى سلطة المراقبة والتوجيه.

[235] Audit (M.), Bollée (S.), Callé(P.), Droit du commerce international et des investissements étrangers, L G D J , 2014 , p. 197.

[236]Chatillon (S.) , le contrat international , 3 édition , Vuibert , Paris, 2007, p 5.

العقد من القواعد العامة للقانون الوطني إلى قواعد خاصة تتحكّم فيها إرادة الأطراف قد تكون في المقابل ذات بعد دولي[237].

وبالتالي، فإن اجتماع الصفة الإدارية والدولية في العقد، ستؤثر في التفاوت في المراكز القانونية لأطرافه، لأنها ستفرض نوعاً من التوازن عليهما، يجعل العقد أكثر مرونة، يلبي بذلك مصالح اقتصادية وطنية ودولية، بدلاً من احتفاظه بمبادئ تقليدية جامدة، قد كانت سابقاً سبباً من أسباب فشل هذا النوع من العقود[238].

الفرع الثاني– الأشكال الرئيسة للعقود الإدارية الدولية:

من أهم نماذج العقود الإدارية الدولية وأكثرها انتشاراً[239]:

أولاً– عقود الاستثمار الدولي:

ينشأ التبادل الاقتصادي الدولي بصفة رئيسة من خلال عمليات الاستثمار، وبالاستعانة بمستثمر أجنبي له مصلحة اقتصادية دائمة على إقليم دولة لا ينتمي إليها، وهو الجزء اللاحق في عملية التنمية الاقتصادية[240]. وبالتالي يشكل عقد الاستثمار الدولي التطبيق العملي الأهم للعقود الإدارية الدولية.

إنّ قيام العديد من المشروعات الاقتصادية بين الدول بعضها مع بعضها الآخر أدى إلى اتساع نطاق المعاملات التجارية الدولية، وعلى الخصوص ما يعرف بمعاملات الاستثمار التي تعد عقوداً دولية تتمتع بطبيعة خاصة، لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار. وهذه العقود الدولية يبرمها المستثمرون، سواء أكانوا هيئات استثمارية دولية، أم تلك التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي.

بدأت عقود الاستثمار الدولية بالظهور في بدايات القرن التاسع عشر متزامنة مع ظهور الثورة الصناعية والتكنولوجية في القارة الأوربية، وتحولت المشروعات الصغيرة الممولة من الأفراد والأسر

---

[237] د. مراد محمود المواجدة "التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي"، دار الثقافة للنشر، عمان، عام 2010، ص123.

[238] د. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، عام2010، ص 71؛ د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، ط 2، دار هومة، الجزائر، عام 2009، ص 192.

[239] للتوسع أكثر انظر: د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 108.

[240] دوفان ليدية، مرجع سابق، ص31.

إلى مشروعات كبيرة، إذ تمّ تزويد المدن بالكهرباء والغاز، وتبع ذلك دخول القطاع الخاص في ميدان البناء والتشييد وتمويل مشرعات البنى التحتية الأساسية للدولة، مع تحقيق قدر معقول من الربح[241].

وفي منتصف القرن التاسع عشر، ظهرت مشروعات التنمية بشكل كبير، وانتشرت المطارات وطرق المواصلات والكهرباء، وغيرها من الخدمات التي أدركت الحكومات أهميتها، فحرصت تلك الحكومات على أن تعهد بهذه المشروعات إلي المستثمرين، سواء لإنشائها أو صيانتها أو إدارتها، سعياً وراء رفع ثقل هذه المشروعات وأعباء إنشائها وإدارتها من على كاهلها[242].

أ- تعريف عقد الاستثمار:

في حال تعدد الآراء واختلاف المضامين حول عقود الاستثمار، والخلط بينها وبين العقود الدولية الأخرى، من دون التوصل إلى تعريف قانوني لها، فمعظم التعريفات التي قيلت حول عقود الاستثمار، اقتصادية أكثر منها قانونية[243]. ويرجع الفقهاء مشكلة تعريف عقود الاستثمار، إلى التشابك في الجوانب الاقتصادية، والسياسية، والقانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف[244].

ومن التعريفات التي قيلت حول عقد الاستثمار نذكر الآتي:" هي العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد"[245]، أو: "العقود المبرمة من قبل الدولة، أو الهيئات التابعة لها، مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار."[246] كما عرّفت عقود الاستثمار في أحكام التحكيم الدولية، من ذلك تعريف المحكّم"Cavin" في قضية "Sapphire" ضدّ شركة النفط الوطنية الإيرانية بأنه: "عقد شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام، وشركة تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، وهذا العقد لا ينصبّ على العمليات التجارية، إذ إنه يمنح الشركة الأجنبية الحق في استغلال

---

[241] د. ابراهيم القعود،" الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 7، عام2015، ص289.

[242] د. عصام احمد البهجي، عقد البوتB.O.T ، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، عام 2008، ص28.

[243] د. أزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، عام 2016، ص 27.

[244] د.هبة هزاع، عقود الاستثمار الأجنبي بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، عام 2016، ص63.

[245] د.هبة هزاع، المرجع نفسه، ص 64؛ أنظر أيضاً: عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، عام1993، ص10.

[246] د. أزاد شكور صالح، مرجع سابق، ص28.

الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام."[247]

بعد العرض المتقدّم، فإن عقد الاستثمار الدولي عقد يتم إبرامه باتفاق بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها وأطراف أجنبية عامة كانت أو خاصة، محله إنشاء المرافق العامة، أو صيانتها، أو إدارتها، أو توريد سلع أو خدمات أو تقنية حديثة لأحد هذه المرافق.

ب- الخصائص الرئيسة لعقود الاستثمار الدولي:

من خلال التعريفات السابقة يمكننا استخلاص خصائص عقود الاستثمار الدولية وفق الآتي[248]:

1- تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها طرفاً في هذا العقد.

2- يتعين أن يكون الطرف الثاني في العقد أجنبياً، دولة كانت أو أشخاصاً، طبيعيين كانوا أو معنويين. ولذلك لا تتمتع العقود التي تبرم بين الدولة والجهات والأشخاص الوطنية بالصفة الدولية، بل هي عقود إدارية داخلية.

3- محل العقد مرفق عام، سواء بمفهومه الشكلي "تبعية المرفق للإدارة ممثلة في الدولة أو أحد أجهزتها العامة"، أو بمفهومه العضوي وهو" تحقيق المصلحة العامة من وراء هذا المرفق".

4- الهدف من العقد إنشاء المرافق العامة، أو صيانتها، أو إدارتها، وكذلك توريد السلع والخدمات والتكنولوجيا الحديثة لهذه المرافق.

5- تخضع عقود الاستثمار الدولية في إبرامها لنظام التفاوض والاتفاق المباشر بين الدولة والمستثمر الأجنبي أيا كانت صفته، وذلك خروجاً عن القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية التي تتجلى في " نظام المناقصات والممارسات والتكليف المباشر".

---

[247] د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام 2006، ص13، انظر أيضاً: جابر فهمي عمران" الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2013، ص 384.

[248] د. ابراهيم محمد القعود، عام 2015، مرجع سابق، ص286-287.

ج-الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية:

إنّ حالة عدم التكافؤ في المراكز الإقتصادية بين الدولة كطرف في هذا النوع من العقود بإمكانياتها الإقتصادية والمعرفية المحدودة، وسعيها لجلب الاستثمارات الأجنبية للعمل في المشروعات الضخمة، إذ يتحتم عليها تقديم بعض التنازلات والحوافز للمستثمر الأجنبي وهو ما قامت به الدول في تشريعاتها[249]، وبين الطرف الثاني في العقود والمتمثل في الشركات الاقتصادية العملاقة، وما تملكه من قدرات على جميع الصعد تجعلها تتفوق على الدول.

هذا التفاوت أثار جدلاً كبيراً لدى الفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، إذ تم تكييف هذه الطبيعة إلى أربعة آراء مختلفة، سوف نتناولها وفق الآتي.

1- عقود الاستثمار الدولية عقود إدارية:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود الاستثمار تعد إدارية، وبالتالي تطبيق القانون الإداري عليها، وذلك حسب طبيعة النشاط الذي تقوم به الدولة أو أحد الأجهزة الحكومية التابعة لها؛ فالنشاطات قد تكون صناعية، أو زراعية، أو نفطية، أو تجارية...، إذ تقوم كل هذه النشاطات بناءً على قوانين الاستثمار، والتشريعات الوطنية، تحت إشراف الهيئات العامة للاستثمار.

واستند أصحاب هذا الرأي إلى أسباب عدّة لإعطاء قوة لرأيهم تجلّت في الآتي[250]:

- أحد طرفي العقد هو الحكومة، أو أي من الأجهزة التابعة لها.

- عقود الاستثمار الدولية عقود تنمية بالدرجة الأولى، تنصب في خدمة أحد المرافق العامة للدولة، وتستهدف الدولة من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة، وهذه أيضاً من الخصائص التي يتميز بها العقد الإداري. ولأن الهدف الأساسي من هذه العقود هو تحقيق منفعة عامة أو تسيير مرفق عام، وما دامت تقوم على أساس فكرة المصلحة العامة، فهذا يتركنا نصرف النظر عمّا تحققه عقود الاستثمار من ربح أم لا.

[249] د. أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص38-39.
[250] د. أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص40-41.

– المزايا التي يستفيد منها المستثمر في هذه العقود مزايا غير معتادة ومألوفة في مجال العقود بين الأفراد، كالإعفاء من الضرائب وتخفيض الجمارك، ومنح المستثمر أرضاً يقيم عليها مشروعه الاستثماري.

– تتمتع الدولة في هذا النوع من العقود بصفة السيادة، والتي هي أحد أهم مبادئ القانون الدولي المعاصر. وهذه الصفة تمنحها امتيازات عدة، من ذلك حقها في تأميم المشروع إذا استدعت المصلحة العامة ذلك، وهو ما يدعى بالشروط غير المألوفة[251]، وهي من خصائص العقد الإداري، كحق الدولة في الرقابة وزيارة موقع العمل، وطلب تنفيذ العقد وفقاً للشروط العقدية[252].

ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين تطبيق نظريات إعادة التوازن المالي للعقد، وذلك للمحافظة على مصالح طرفي العقد مدة سريانه. وهو ما أيدته أحكام التحكيم الدولي في قضية "BP" ضد ليبيا والتي أكدت على النظريات السابقة، الأمر الذي يؤدي الى اعتراف التحكيم الدولي بأن تلك العقود عقود إدارية[253].

ثانياً– عقود الاستثمار الدولية من عقود القانون الخاص.

إن الحجج التي اعتمدها أصحاب الاتجاه السابق، للقول إن عقود الاستثمار الدولية عقود إدارية، لا يمكن الجزم بصحتها من الناحية العملية:

– فصفة السيادة التي بنى عليها أصحاب هذا الاتجاه فكرة غير متوافرة في العديد من هذه العقود، إذ توجد شروط وبنود في عقود الاستثمار تتساوى فيها المراكز القانونية بين أطراف العقد، ومن ثم تنتفي فكرة السيادة ولا تعد أساساً يميز هذه العقود وعدّها عقوداً إدارية، بالإضافة إلى أن معظم أطراف عقد الاستثمار احتكاريون مما يعطيهم مراكز قوة في هذه العقود، الأمر الذي يحقق المساواة الاقتصادية بينهم وبين الدولة.

– أثبت الواقع العملي أن عقود الاستثمار الدولية، لا تتضمن شروطاً غير مألوفة كالعقود الإدارية، ذلك لأن الدولة المضيفة عادة ما تضع امتيازات وضمانات من شأنها العمل على جذب الاستثمار

[251] د. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، عام 2010، ص 37.
[252] د.عصام أحمد البهجي: الطبعة القانونية لعقود BOT ، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2014، ص92.
[253] د. محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOTK دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2006، ص،48.

الأجنبي، كشرط الثبات التشريعي. كما أن المستثمر الأجنبي اليوم، أضحى من يضع الشروط وليس الدولة المضيفة، ويرجع ذلك إلى أنه يمتلك مركزاً تفاوضياً أقوى من الدولة.

– كما أن كلّ المؤسسات التحكيمية تطبّق قانون إرادة الأطراف، وقد يكون قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر، خلافاً للعقد الإداري الذي يظلّ عقداً وطنياً يخضع فقط لقانون الدولة الطرف في النزاع. كما أن أحكام التحكيم، لم تعترف بما ذهب اليه الاتجاه السابق من بينها تحكيم "ليمكو" بين الشركة الأمريكية ليمكو والحكومة الليبية. إذ جاء في حكم المحكم "صبحي محمصاني" أن:" الفقه الحديث والقواعد العامة السائدة بخصوص عقود الامتياز البترولية، ترى في تكييف هذه العقود أنها من قبيل عقود القانون الخاص، استناداً إلى أن الأنشطة التي يقوم بها المستثمر المتعاقد لا تعد من أعمال المرفق العام، لأنها مشروعات لها طبيعة خاصة، ومنه فإنه يحكمها قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالعقود"[254].

– وبالرغم من المقتضيات السابق ذكرها يظهر لنا جليّاً أنّ هناك تقارباً كبيراً بين كل من العقد الإداري وعقود الاستثمار الدولية[255]، فهناك مجموعة من العوامل ترفض هذا التقارب، ومن ثم تؤدي إلى انهيار فرضية إطلاق الصفة الإدارية على عقود الاستثمار الدولية، من تلك العوامل موضوع العقد والقانون الذي يفترض تطبيقه عند حصول نزاع ما.

– كما أنّ القول بالطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار أمر يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار[256]، إذ من شأن لجوء الدول إلى الطبيعة الإدارية لعقود الإستثمار أن يبعد المستثمرين، وهدم العلاقات التعاقدية مع الطرف الأجنبي، وذلك لتجنب المخاطر التشريعية والقضائية التي يتعرضون لها[257]. وعليه، ينبغي على الدولة المستضيفة للاستثمار أن تبتعد عن أحكام القانون العام، وتلجأ إلى تطبيق أحكام القانون الخاص على عقود الاستثمار الدولية، وهذا كله يعود بالإيجاب على الزيادة في الاستثمارات الأجنبية والوطنية[258].

---

[254] د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص86.

[255] د. محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، عام2006 ص 22

[256] د. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبي، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، عام 2014، ص 36

[257] د. أزاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 43 وما يليها.

[258] د. حسان نوفل، المرجع السابق، ص 38

واستند أصحاب هذا الاتجاه لدعم وجهة نظرهم، الى أن عقود الاستثمار الدولية تتطلب وجود قدر كبير من المرونة، كي تستطيع الدولة الموازنة بين مصالحها ومصالح المستثمر الأجنبي المتعاقد معها. وهو ما ليس له وجود في نطاق تنفيذ العقد الإداري[259]. كما أن الدولة وإن كانت تستطيع ممارسة أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها، فإن نشاطها التعاقدي مع المستثمر الأجنبي لا يمكن أن يبنى، إلا على أساس المساواة القانونية بين الأطراف، ولا سيما أن المتعاقد مع الدولة غالباً ما يكون شركة دولية ذات قوّة اقتصادية كبيرة تتمتع بحماية دولية وسياسية تمنع بذلك تطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية[260].

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن الشروط الاستثنائية الموجودة في قانون الاستثمار إنما هي مقررة لمصلحة المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة وليس العكس، في حين أن الأصل أن تلك الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تضفي على العقد الصفة الإدارية ينبغي أن تكون مقررة لصالح جهة الإدارة وليس المتعاقد معها[261].

وعليه، يخلص هذا الرأي إلى أنّ عقود الاستثمار الدولية من عقود القانون الدولي الخاص، حتى وإن كان أحد طرفيها شخصاً من أشخاص القانون العام.

ثالثاً- عقود الاستثمار الدولية ذات طبيعة خاصة:

ذهب جانب من الفقه إلى القول إن عدّ عقد الاستثمار من قبيل عقود القانون الخاص، يتعارض مع ذاتية عقود الاستثمار، لأن هذه الأخيرة ترتبط بتحقيق المصلحة العامة ما يجعلها تحتوي على ملامح السلطة العامة[262]. كما أن شرط الثبات التشريعي، وشرط عدم المساس بالعقد، يثبت إدارية عقد الاستثمار، وليس انتماءه إلى القانون الخاص؛ فشرط الثبات التشريعي يعد اعترافاً غير مباشر من الطرف الأجنبي بأن للدولة سلطة يمكن استعمالها في أي وقت، إلا أن الطرف الأجنبي اتفق مع الدولة على عدم استعمال هذه السلطة[263].

---

[259] د. أحمد رشاد محمود سلام: عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام2004، ص194.

[260] د. حمادة عبد الرزاق حمادة: عقودBOT ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2013، ص59.

[261] المرجع نفسه، ص60-61.

[262] د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص83.

[263] د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 62، أيضاً: د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص117.

وفيما يتعلق بالطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، فإنها عقود قائمة بذاتها ولها خصوصيتها وبنيتها وآثارها القانونية المستقبلية، وهذا ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي[264]، إذ يرون تمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة وذلك لطبيعة الأطراف، وارتباطها بخطط التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة؛ فالطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، إذ تستمد خصوصيتها من موضوعها، وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة.

وعليه، فإن طبيعة هذه العقود ومحلها وموضوعها يهدف بشكلٍ أساسي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وهذا ما يكسبها بعداً عاماً يتمثل في الارتباط بالمجتمع. وإذا قيل إنّ عقد الاستثمار ينتمي إلى طائفة العقود ذات الطبيعة الخاصة، فهذا لا ينسينا أنّه يحتوي جانباً من عناصر العقود الإدارية وسماتها[265].

ويرى هذا الفقه أن عقود الاستثمار من العقود المختلطة أو ذات طبيعة خاصة، تجمع بين القانون العام والخاص[266]، فعقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل واحد منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، وأكثر عقود الاستثمار تكون الدولة المضيفة طرفاً فيها. ويعدّ عقد الاستثمار في هذه الحالة عقدا إدارياً، غير أنه قد يحدث ألاّ تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفاً في العقد، فيصبح عقد الاستثمار في هذه الحالة من عقود القانون الخاص[267].

لذا لا يمكن أن نكون أمام عقد استثمار يحسب بشكل خالص لأحد القانونين؛ فعقد الاستثمار يتطلب إجراءات سابقة على إبرامه، ولاحقة عليه، وأوضاعاً تتصل في الوقت نفسه بالقانونين، وتتداخل أحكامها لتنظيم العملية الاستثمارية؛ فتكون قواعد القانون العام حاضرة بمناسبة الحصول على إجازة الاستثمار من الهيئة الوطنية للاستثمار، كما هو الحال في سورية، وكذلك الحصول على الاعفاءات الضريبية والتسهيلات المالية؛ في المقابل تكون قواعد القانون الخاص حاضرة بمناسبة تداول الأسهم والسندات، وفتح فروع للشركات، والاقتراض، وتأجير الأراضي، فنجد الدولة إذا دخلت كطرف في المناسبات أعلاه فهي تتمتع بشخصية مزدوجة: فتظهر بوصفها صاحبة سلطة وسيادة بمناسبة الإجراءات والمتطلبات ذات الصلة بالقانون العام، في حين تنزل عن هذا

---

[264] د. هبة هزاع، المرجع السابق، ص 72.

[265] د. حسان نوفل، المرجع السابق، ص 39.

[266] تسهم في تكوين عقود الاستثمار جملة قواعد بعضها ينتمي إلى القانون الخاص ومنها القواعد المتعلقة بالتجارة والقروض والايجار والتأمين والشركات، وبعضها الآخر ينتمي إلى القانون العام، ومنها القواعد المتعلقة بالضرائب والبيئة والتحويل الخارجي للنقد.

[267] د. رمضان علي عبد الكريم: الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، عام 2009، ص110-111.

الوصف إذا كانت إزاء علاقة ذات صلة بقواعد القانون الخاص. ولا يمكن للدولة أن تأخذ وصفاً بسيطاً وواحداً، لأن الاستثمار متصل اتصالاً مزدوجاً ومركباً، فالدولة تأخذ الوصف المزدوج والمركب نفسه بالنسبة إلى طبيعة الاستثمار المركبة[268].

ولذلك يصطلح بعض الفقه على مثل هذه الاوضاع التي تختلط فيها الطبيعة العامة بالطبيعة الخاصة لبعض العلاقات القانونية مايسمى "المنطقة الرمادية" التي تفصل بين قواعد القانون العام، والقانون الخاص[269]. فإذا كانت خصوصية عقد الاستثمار ترجع إلى طبيعة أطرافه، فإن هذه الخصوصية تظهر أيضاً في إسهام عقود الاستثمار في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وهو ما يوجب الاعتراف لهذه العقود ببعض المبادئ العامة لتحقيق الهدف المنشود من إبرامها، بغض النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه. إذ إن الطبيعة الخاصة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، بل تستمد هذه الخصوصية من ارتباط موضوعها بخطط التنمية في الدولة المضيفة[270].

إن فكرة الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار، تلزمنا بتحديد العناصر الغالبة فيه، وفيما إذا كانت عناصر القانون العام أو القانون الخاص، وهذا الأمر يختلف من عقد إلى آخر[271].

وعلى الرغم من صعوبة تحديد غلبة عناصر القانون العام والخاص، فإن الطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار تبقى حقيقة لا يمكن إنكارها. وهو ما يوجب تطبيق القواعد القانونية الملائمة، سواء كانت مما يتعلق بالقانون الخاص أو العام، ولكن بمراعاة أن قواعد القانون الخاص هي القواعد الأساسية والأكثر تطبيقاً لتلاؤمها مع مرونة شروط العقد واحتياجات المشروع لبعض الامتيازات[272].

ونظراً إلى كون عقود الاستثمار دائماً ما ترتبط بتنفيذ خطط التنمية في الدولة المضيفة، فإنها تتصل بالمصلحة العامة في تلك الدولة. كما أنها توفر للدولة المضيفة مكنة النمو والتوظيف من

---

[268] د. بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص5.

[269] د. عبد المنعم زمزم – بعض أوجه الإثبات الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة -عام 2007- ص22-23.

[270] د. مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص83.

[271] تعد الطبيعة العقدية والتجارية للصفقة من أهم عناصر القانون الخاص، إذ تناقش بنودها من قبل الطرفين وتفرض من قبل أحدهما، بالإضافة إلى أنها تتضمن شروطاً في القانون الواجب التطبيق، وتسوية المنازعات عن طريق التحكيم، وهو ما لا نجده في العقود المبرمة بين طرفين متساويين في المراكز القانونية. في حين تعد أهم عناصر القانون العام في عقد الاستثمار، وجود الدولة في حد ذاتها، بالإضافة إلى منح المستثمر الأجنبي عدة امتيازات وتسهيلات استثنائية واشتراط المصادقة التشريعية على بعض العقود.

[272] د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص75.

خلال تدفق رؤوس الأموال، والاستفادة من الخبرات التكنولوجية والمعرفة، وملء فجوات الادخار، وتمثل أداة جديدة للتمويل، وتسهم في معالجة الاختلالات الاقتصادية، الأمر الذي جعل من عقود الاستثمار ذات طبيعة خاصة، لا تنتمي بصفة قاطعة إلى طائفة العقود الإدارية، كما لا تعدّ من قبيل العقود المدنية الخاصة، وذلك لاختلاف نظامها القانوني عن العقود المدنية، فأصبحت ذات طابع خاص لكنها تميل أكثر إلى استخدام أدوات القانون الخاص، وذلك لما فيها من مرونة تتطلبها مقتضيات الاستثمار الأجنبي[273].

لقد خلص الفقه القانوني إلى أن الطبيعة المختلطة لتلك العقود تجعل من البحث في طبيعتها القانونية مسألة نظرية بحتة يصعب معها الانتهاء إلى نتائج حاسمة لها. وعليه، تم استخلاص أمر مهم مفاده أنّ عقود الاستثمار الدولية عقود ذات طبيعة مختلطة تجمع بين خصائص القانونين العام والخاص[274].

ونحن نرى أن هذا الاتجاه الأخير الأقرب إلى الصواب، ذلك لأن عقود الاستثمار الدولية تنتمي غالبا إلى أكثر من فرع من فروع القانون، كأحكام القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. كما أن للقانون الدولي العام نصيب في تنظيم جوانب من عقود الاستثمار الأجنبي، خاصة القواعد المتعلقة بحماية المستثمر الأجنبي.

رابعاً – عقود الاستثمار من العقود التجارية الدولية.

العنصر الأجنبي في العقد يعطيه صفة الدولية، سواء أكان ذلك بسبب اختلاف جنسية أطرافه، أم إختلاف مكان إبرام العقد، أم مكان تنفيذه؛ فاتصال العناصر القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد من شأنه أن يجعل عقد الاستثمار من عقود التجارة الدولية، وهذا وفقاً للمعيار القانوني. أما بالنسبة إلى المعيار الاقتصادي، فإن عقود الاستثمار تعدّ كذلك من عقود التجارة الدولية، وذلك لتعلقها بمصالح التجارة الدولية[275].

وعليه، فإنّ عقد الاستثمار الذي يبرم بين طرفين ينتمي كلاهما إلى الدولة نفسها يعد داخلياً، أما إذا كان أحد أطراف العقد يحمل جنسية دولة أخرى، فيعدّ هذا العقد عقداً تجارياً دولياً أيّاً كان

[273] د. لورنا الديب، "انعكاس اتفاق تدابير الاستثمارعلى الدول النامية"، المنصورة، دار الفكرو القانون، عام 2017، ص19.
[274] د. أزاد شكور، المرجع السابق، ص 43 و ما يليها.
[275] د. حسان نوفل، المرجع السابق، ص 39.

المعيار الذي يأخذ به الفقه والقضاء في الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي، سواءٌ كان قانونياً، أو اقتصادياً، أو مزدوجاً. وعليه نستطيع القول إن عقود الاستثمار إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية فهي عقود استثمارية دولية، وبالتالي تكون قابلة للتحكيم التجاري الدولي[276].

وقد خلصنا فيما سبق إلى أنّ عقود الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة مختلطة تجمع بين خصائص القانونين العام والخاص، وهي إذا تعلقت بمصالح التجارة الدولية تصبح عقوداً استثمارية دولية، وهذا ما يذهب بنا إلى إدماج تلك العقود في مصطلح "عقود التجارة الدولية".

وقد حكمت لجنة التحكيم الدولية في "لاهاي" عند فصلها للنزاع المقام بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة "أرامكو" إلى أنه "وفقاً للقانون المطبق على عقد الامتياز البترولي وهو القانون السعودي، ووفقاً لكل قانون غربي، فإن عقد الامتياز البترولي، لا يعدّ ممارسة من الدولة لسيادتها؛ ومن ثم فهو ليس خاضعاً للقانون العام الإداري أو الدستوري، بل للقانون الخاص التجاري، لأنه ذو طابع تجاري تقوم به الدولة وفقاً للشرع الإسلامي"، فعقد الامتياز يبدو عقداً له طبيعة قانونية خاصة تميزه عن باقي العقود التي يكون فيها للدولة دورٌ معينٌ، وإن كان الأمر يتعلق بمرفق عام.."[277]

ثانياً- عقود البحث واستغلال البترول:

تعد عقود البترول من العقود الحديثة النشأة نسبياً، إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في المواد المدنية والتجارية، سواء في مجال المعاملات الداخلية، أوالمعاملات الدولية الخاصة. فهذه العقود التي تعد في منزلة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية، لم تظهر إلى حيز الوجود، إلا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته[278].

أدى تضارب المصالح في هذا النوع من العقود إلى تنوع أشكال عقود البترول، إذ كانت حتى منتصف القرن الماضي في شكل عقود الامتياز، ثم ظهرت أشكال أخرى يمكن حصرها في عقود المشاركة، وعقود المقاولة[279].

---

[276] د. هبة هزاع، المرجع السابق، ص 74.

[277] https://sadr.org/assets/uploads/ 1.pdf

[278] د. عبد الرحيم محمد سعيد" النظام القانوني لعقود البترول"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، عام 2007، ص2.

[279] د. عدلي محمدعبد الكريم" النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية"، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عام2011، ص37.

أ- عقد امتياز البترول:

تعد عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول، إذ ترجع نشأة هذا النوع من العقود إلى أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. وفحوى هذا النوع من العقود، أن تمنح الدولة المضيفة شركة أجنبية حقاً خالصاً، واستثمارياً وقاصراً عليها، في البحث والتنقيب عن المواد البترولية في إقليمها، واستخدام الناتج البترولي واستغلاله في مدة زمنية محددة[280]، في مقابل حصول هذه الدولة على مبالغ معينة[281].

ويعرّف بأنه:" عقد يبرم بين الدولة المنتجة للنفط وشركة نفط أجنبية تعطى بموجبه هذه الأخيرة حق استثمار النفط لحسابها الخاص مع حق التملك للنفط الذي تكتشفه، مقابل بعض الأموال التي يجب عليها دفعها للدولة"[282].

وتتمتع الشركات الأجنبية بمجموعة من المزايا الكبيرة؛ والسبب في ذلك التفاوت في القوة في المركز التعاقدي بين أطراف العقد[283]، فعقود الامتياز كلها كانت نتيجة المفاوضة والمساومة بين دول بعيدة عن النضج السياسي والوعي الاقتصادي وشركات أجنبية ذات خبرة واسعة في ميدان البترول، فهذه العقود تنص على إعفاء الشركات من جميع ضرائب الدخل والضرائب المباشرة وغير المباشرة، ومن دفع الرسوم الجمركية على المواد والمعدات التي تستوردها، كما لم يكن للدولة أي سلطة حقيقية في الرقابة على المشروع وتوجيهه ولم يكن لها أي مشاركة جوهرية في رأسمال الشركة[284].

وتعدّ عقود الامتياز النفطية من أقدم النماذج العقدية التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية[285]، فلقد أثبتت على المدى الطويل صمودها، واستمراريتها، وتطور نظامها القانوني بشكلٍ

---

[280] تتراوح هذه المدة بين (60) و (75) عاماً مع إمكانية تمديدها. وهذه المدة الطويلة كانت تجعل من صاحب الإمتياز ليس فقط حائزاً على الحق في استثمار الثروة البترولية ولكن تجعله عملياً مالكاً لها ،إذ إن الآبار البترولية ستنضب عند حلول الأجل المحدد في عقود الامتياز. د. سعدى محمد الخطيب، العقود البترولية وحق الشعوب في الموارد النفطية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، عام 2015، ص 60.

[281] د. محمد يونس الصائغ: أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، عام2010، ص199.

[282] د. كاوان إسماعيل إبراهيم، عقود التنقيب عن النفط وإنتاجه، دار الكتب القانونية، مصر، عام 2014، ص127.

[283] د.هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية (دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2014، ص 86.

[284] د. عاطف سليمان، النظام القانوني للبترول في البلاد العربية (القانون البترولي العربي)، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، بيروت، عام 2013، ص 31.

[285] د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، عقد الامتياز دراسة تأصيلية للعقود النفطية، مركزالملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية في الرياض، ص 9، متاح على الموقع: http://elibrary.mediu.edu.my/books/MAL06747.pdf

متسارعٍ على المستوى الدولي، لتصبح من أحد أهم أسباب الخلافات القانونية والاقتصادية، وحتى السياسية الدولية المعاصرة[286]. فصراع المصالح بين الدول المنتجة للبترول والشركات الاستثمارية في هذا المجال كان العامل الأساسي في تطور عقود البترول من شكلها التقليدي إلى شكلها الحالي[287].

ونظراً إلى المرجعية القانونية لعقود الامتياز البترولية التي تعدّ وليدة الحقبة الاستعمارية، تعد الوصاية الاستعمارية مرحلة مؤثرة سلباً في المنظومة القانونية للعقد في تلك المرحلة[288].

ب-عقود المشاركة النفطية:

تقوم هذه العقود على المشاركة في رأس المال والإدارة، والحصول على الربح بحسب نسبة الاسهام في رأس المال. وتتخذ إحدى الصور الثلاثة: فهي إما أن تبرم بين الدولة المنتجة والشركة الأجنبية، وإما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية، أو إحدى مؤسساتها الوطنية وبين الشركة الأجنبية من ناحية أخرى، وإما أن يبرم بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة المنتجة والشركة الأجنبية.

وتنص هذه العقود على أن يقوم طرفا العقد بتأسيس شركة في الدولة المنتجة، وتحمل هذه الشركة جنسية هذه الدولة، بحيث يشارك الطرف الوطني بحصة في رأس مال الشركة القائمة بالعمليات، وتكون ملكية البترول المنتج من حق كل من الشريكين الوطني والأجنبي، كل حسب حصته المتفق عليها، أما مصاريف التنقيب فيتحملها الطرف الأجنبي وحده[289].

---

[286] د. بسمان نواف الراشدي، "النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام2014، ص 69.

[287] شرعت بعض الدول في فرض ضريبة على الشركات الأجنبية تتمثل في 50 % من الأرباح، وتكون بذلك قد تقاسمت المداخيل معها. طُبِق هذا المبدأ للمرة الأولى في الشرق الأوسط في السعودية عام 1950 على إثر اتفاق بين الحكومة السعودية والشركة العربية الأميركية للبترول (ARAMCO). ولكن هذا النظام لا يعكس حقيقة مناصفة الأرباح، لأن الشركات تقسم الأرباح بعد دفع الضريبة للحكومات التابعة لها، وعادة تكون هذه الضرائب كبيرة جدا، كما أن اقتسام الأرباح لا يتم إلا مع تلك المتحصل عليها في عملية الإنتاج دون النقل والتسويق والتكرير لأنها تتم خارج إقليم الدولة المنتجة. د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2010، ص58.

[288] د. حفيظة السيد الحداد،"العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية- تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 2007، ص 175.

[289] تنص عقود المشاركة أيضاً، على التزام الشركة القائمة بالاستغلال، بإنشاء معمل أو أكثر، لتكرير البترول في إقليم الدولة المنتجة، انظر: د. أكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، دون سنة نشر، ص57.

وما يميز عقود المشاركة بالمقارنة مع عقود الامتياز أنها قصيرة المدّة، وتمكن الدول المنتجة من المشاركة في عملية استغلال ثرواتها النفطية، إذ لم تعد الشركات الأجنبية الكبرى الناشطة في مجال النفط، هي المهيمنة على صناعة النفط في جميع مراحله[290].

ج-عقود المقاولة:

تعد عقود المقاولة من أحدث الأشكال التعاقدية في مجال التنقيب عن البترول، بحيث تكون الشركة الأجنبية مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية المتعاقد معها، وتتولى الشركة الأجنبية القيام بأعمال البحث والتنقيب عن البترول وإنتاجه وتسويقه، وتتحمل وحدها النفقات اللازمة لأعمال البحث والتنقيب عن البترول، مع التزامها بإنفاق مبالغ معينة كحد أدنى بالكيفية المتفق عليها في العقد[291]. فإذا لم تسفر أعمال البحث والتنقيب عن اكتشاف البترول بكميات تجارية، فإن المبالغ التي أنفقتها تضيع عليها نهائياً، أما إذا اكتشف بكميات وفيرة تجارياً، فهذه المبالغ تعدّ قروضاً من دون فائدة، تسددها الشركة الوطنية خلال المدة المتفق عليها[292].

ثالثاً-عقود التعاون الصناعي:

تعدّ عقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة نسبياً، إذ ترجع نشأتها إلى أوائل الستينيات من القرن العشرين، وذلك إبّان التطور التكنولوجي الذي عرفه العالم، وحاجة الدول النامية لاستقطاب التكنولوجيا الحديثة، ومن صورها عقد نقل التكنولوجيا وعقود المساعدة الفنية[293].

أ-عقود نقل التكنولوجيا:

تعد عقود نقل التكنولوجيا من أهم عقود الدولة، والتي تسهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة إلى الدول المضيفة[294]. ويمكن تعريفها بأنها: "الأساليب والوسائل المستخدمة في عمليات الإنتاج، بما يحقق خفض نفقات إنتاج سلعة، أو خدمة جديدة، أو تحسين طريقة العمل، باستخدام أساليب

---

[290] د. سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة لم تذكر، دار النهضة العربية، القاهرة، عام2010، ص49.

[291] د. عبد الرحيم محمد سعيد، مرجع سابق، ص 141 ، انظر أيضاً، سراج حسين أبوزيد، مرجع سابق، ص7.

[292] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، مصر 2001، ص 22.

[293] د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 71.

[294] يرتكز موضوع عقود نقل التكنولوجيا في التزام المستثمر الأجنبي، بتزويد منشأة وطنية بالفنيين، لتشغيل الأجهزة والآلات المستعملة، في الإنتاج لتدريب العمالة الوطنية على تشغيلها، وإدارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة، وقد يكون للتشغيل والتدريب معاً. ولكن قد يتولى الطرف الأجنبي بنفسه عملية الإنتاج، والإدارة عوضاً عن أن تتولى المنشأة الوطنية ذلك بنفسها. غير أن هذا الوضع قليل الوقوع في الوقت الحالي. انظر: د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 41 ، أيضاً: د. حسان نوفل، مرجع سابق، ص49.

أفضل. وعلى ذلك تعدّ عنصراً أساسياً مع عناصر الإنتاج الأخرى[295]، هذا من الجانب الاقتصادي، أما من الناحية القانونية، فيمكن تعريف عقود نقل التكنولوجيا بأنها:" اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا، بأن ينقل مقابل تقديم معلومات فنية، إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة، لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات"[296]. ولا يعد بيع أو شراء تأجير السلع وبيع العلامات التجارية أو التراخيص لاستعمالها نقلا للتكنولوجيا، إلا إذا كان جزءاً من عقد نقل التكنولوجيا أو مرتبطاً به[297].

ب-عقود المساعدة الفنية:

يقصد بعقد المساعدة الفنية الاتفاق الذي يتعهد به مورد التكنولوجيا، بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية، بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية، والتي من شأنها أن تحقق الهدف الذي يرجوه مستورد التكنولوجيا من استيراد هذه التكنولوجيا.[298]

ويلتزم مورد التكنولوجيا في عقود المساعدة الفنية، بتوفير العمالة الفنية والخبراء، أو بتدريب العمالة الفنية، أو بتركيب الآلات، أو صيانتها، ويمكن أن يتم تضمين عقود المساعدة الفنية في العقد نفسه، كما قد تكون في عقد مستقل.[299]

ج-عقود تسليم المفتاح:

تبرم البلاد النامية هذا النوع من العقود بهدف تسريع وتيرة تصنيعها، بتأسيس بنية صناعية قبل التحكم في عملية الإنشاء الصناعي، إذ يتعهد المتعامل الأجنبي بتقديم مجمعات صناعية عاملة، وتأجيل الحصول على الثمن، حتى تتمكن تلك المنشآت ذاتها من توليد رأس المال[300].

وعادة ما تبدأ هذه العقود بدراسة الجدوى، مروراً بالإسهام التكنولوجي والمعرفة التقنية والمخططات والهندسة المدنية، ثم تسليم المصنع جاهزاً. وتسمى هذه العقود بـ"المفتاح في اليد"، لأن التزامات الشريك الأجنبي تنتهي بانتهاء بناء المصانع، أو المنشآت المعنية وإعدادها للعمل،

---

[295] د. عبد الباري أحمد عبد البارئ: النظام القانوني لعمليات البترول، دون ناشر، ط 1، ص50.
[296] د. عبد الخالق دحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار، دار الآفاق المغربية، عام 2015، ص115.
[297] د. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، عام2010، ص49.
[298] د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2006، ص13.
[299] د. مرتضى جمعة عاشور،"عقد الاستثمار التكنولوجي"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، عام 2010، ص 52.
[300] د. قادري عبد العزيز"الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري ضمان الاستثمار"، دار هومة، الجزائر،عام 2004، ص38.

كي يتكفل الشريك المحلي بعد ذلك، بتشغيلها وإدارتها في عملية الإنتاج. إلا أنه يحدث أن تمتد التزامات الشريك الأجنبي إلى ما بعد الإنجاز، عندما يكون البلد المضيف مفتقراً إلى الخبرات في بعض الميادين، إذ يقوم الشريك الأجنبي بتقديم خبراته في مختلف عمليات الإنتاج والإدارة، حتى تكتمل قدرات الشريك المحلي على الإنتاج وتشغيل المنشآت، وهي بذلك منظورة على أنها وسيلة لإرساء البنية الصناعية من دون التحكم في التكنولوجيا، وذلك في مرحلة أولية وانتقالية، قبل التمكن من التحكم في تلك التكنولوجيا[301].

غير أن هذا النوع من العقود لم يلبّ حاجات البلدان النامية، ما أدى إلى ظهور نوع آخر هو "عقد المفتاح في اليد الثقيل"؛ الذي يلتزم فيه الطرف الأجنبي بتقديم المساعدة التقنية والإسهام في تكوين اليد العاملة المحلية، غير أن الالتزام بالنتيجة يظل غائباً. ولم يؤدّ هذا النوع من العقود إلى نتائج أحسن بكثير من العقود السابقة، الأمر الذي أدى إلى ظهور عقود المنتوج في اليد؛ وهي عقود نشأت على الخصوص بهدف جعل الطرف الأجنبي يعمل على التمويل الفعلي للتكنولوجيا والمعرفة الصناعية، وتظهر في شكل عقد مركب، يضع على عاتق الشركة الأجنبية ثلاثة التزامات أساسية هي: تسليم المواد الملموسة، وتحويل التكنولوجيا، وضمان إنتاج خصوصي، وهي بخلاف عقود المفتاح في اليد تلزم بتكوين العمال المحليين مهنياً[302].

ويتم التسليم عبر ثلاثة مراحل[303]:

1-مرحلة التسليم المؤقت، ويتم النظر خلالها في القدرات النظرية للمصنع أو المنشآت على العمل.

2- مرحلة التسيير الأولي، وتكون تحت إشراف الشريك الأجنبي.

3- مرحلة نهاية التسيير، وتتحقق بعد تمكن العمال المحليين فعلاً من الإنتاج، ويتم الحكم على قدرتهم بعد تجارب يقومون بها.

إن ما يميز عقد تسليم المنتج عن عقد تسليم المفتاح، أن هذا الأخير من الممكن أن تتبعه عقود لتدريب العمال وتقديم المساعدة الفنية، عكس عقد تسليم الإنتاج الذي يبدو كعقد واحد متعدد الالتزامات. ويضمن تنوع التزامات مورد التكنولوجيا استمرارية تدفق المعلومات الفنية، بين كل من

[301] د. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص38.
[302] د. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص40.
[303] د. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص40-41.

مرحلة إبرام العقد ومرحلة تسليم الإنتاج، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تجنب عدم مواكبة التطور التكنولوجي، خاصة بسبب وجود التزام صريح بنقل القدرات التكنولوجية في تلك العقود، الأمر الذي يمكّن الطرف المحلي من التوصل إلى ما يمكن تسميته "بالاكتفاء التكنولوجي"، وهو ما لا نجده في عقود المفتاح في اليد[304].

وأهم ما يعاب على هذا النوع من العقود أنها باهظة التكلفة، كما يعاب عليها أنها تجعل البلد المتلقي مرتبطاً مدةً طويلة بالبلد المصدر للمنشآت. والنتيجة تكون وضعاً معاكساً لهدف التوصل إلى تنمية مستقلة. فالشركات الأجنبية التي تحوز التكنولوجيا، تعمل جاهدة لأجل التحكم والسيطرة على مراحل إنشاء المشروع كافةً، إذ تزعم أنها لن تتمكن من ضمان المنتج النهائي والتحكم فيه، إلا بشرط تحقيق السيطرة الكاملة لها على كل عناصر الإنتاج، والتحكم في اختيار الآلات والمدخلات اللازمة للحصول على المنتج[305].

هذه الوضعية أدت إلى ظهور نمط جديد من العقود هو"عقد السوق في اليد". ويتحمل فيه الطرف الأجنبي التسيير التجاري من فنيّات تسويق، وتسويق فعلي للمنتوجات. أي إنّ المزية هنا تكون بإضافة التعهد بحصول البلد المستقبل على عقود لشراء المنتوجات، حتى يتمكن الشريك الأجنبي من تصريف منتجاته لمدّة يحددها العقد.

وهذه الخاصية تمكّن البلد المضيف للاستثمار من سد العجز المتعلق بروح المبادرة في قطاع التجارة والتصدير. غير أن الملاحظ عدم العمل بهذه العقود، نظراً إلى تخوّف الطرف الأجنبي من أن يصبح الطرف المحلي منافساً له مستقبلاً[306].

رابعاً–عقود الأشغال العامة الدولية:

يعدّ هذا العقد من العقود الإدارية الدولية. ويعرف بأنه:" توافق إرادتين، جهة الإدارة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة، لحساب شخص معنوي عام، تحقيقاً لمصلحة عامة، على نحو معين ولقاء ثمن معين"[307].

---

[304] د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص192.

[305] د. صلاح الدين جمال الدين، "التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية"، دار الفكر الجامعي، مصر، عام2006، ص82.

[306] د. قادري عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 42-43.

[307] د. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 72.

فالدولة تلجأ إلى إبرام مثل هذا النوع من العقود، من أجل القيام بالمشروعات الضخمة، كالبنى التحتية من طرق ومطارات، وموانئ، وشبكات اتصالات ومواصلات، ومحطات الكهرباء، وغيرها من المشروعات التي لا تستطيع الدول النامية القيام بها، لأنها عالية التكلفة من جهة، وتتطلب درجة عالية من التخصص من جهة أخرى.

فعقود الأشغال العامة الدولية تتميز بأربعة عناصر أساسية: **أولها** يتمثل في المحل، والذي يجب أن يكون دائماً أعمالاً ترتبط بعقار. وتتمثل هذه الأعمال في البناء، أو الترميم أو الصيانة، و**ثانيهما**، المستفيد من هذا العمل، والذي يشترط فيه أن يكون شخصاً معنوياً عاماً، ولا يشترط فيه أن يكون مالكا للعقار محل التعاقد، **وثالثهما**، يتعلق بالمتعاقد مع الإدارة الذي يجب أن يكون مستثمراً أجنبياً، **وآخر** هذه العناصر الهدف المبتغى من وراء هذا التعاقد، والذي يجب أن يكون تحقيق النفع العام، وبذلك فاصطلاح عقود الأشغال العامة الدولية يطلق على المشروعات المتصلة بعقار كافةً، وتتم لحساب شخص عام وينفذها طرف أجنبي[308].

وتتخذ عقود الأشغال العامة الدولية عدة صور أهمها: عقود البناء والتشغيل والتحويل أو ما يطلق عليها عقود البوت Building Operate Transfer (BOT) . وهو ما سوف نفرد له مطلباً مستقلاً لأهميته، وفق الآتي.

[308] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2006، ص160-161.

المطلب الثاني

التنظيم المستحدث لعقود تفويض المرفق العام

تأخذ عقود التفويض على غرار عقد امتياز المرفق العام وعقد إيجار المرفق العام، صور أخرى وتنظيماً قانونياً مستحدثاً، وخاصةً عند ارتباط موضوعها بتكوين مشروع استثماري ناجح وفاعل داخل إقليم الدولة المتعاقدة، والمستأصلة من تنظيم عقد الامتياز، وخاصةً من ناحية التمويل. وفقاً لذلك، يقع على عاتق الدولة في أغلب الأحيان إنشاء العديد من المرافق العامة من محطات كهرباء وصرف وإنشاء الطرق والأنفاق والموانئ البحرية، وغيرها من صور المرافق العامة الضرورية لحياة المواطنين[309]. إلا أن تمويل هذه المشروعات تتطلب استثمارات ضخمة، ما جعل الدول تستقطب الاستثمارات الأجنبية لتمويلها من خلال إبرام عقود إدارية دولية.

الفرع الأول- مفهوم التعاقد بأسلوب البوتBOT :

يعتمد عقد البوت بالأساس على الامتياز الذي يعد أحد معاملات التجارة الدولية[310]. وبذلك يركّز أغلب المهتمين لتحديد طبيعة هذا العقد على ربطه بالمفهوم القانوني لعقود الامتياز، نظراً إلى غياب تعريف قانوني متفق ومجمع عليه، كما تسجل إشكاليّة القابلية لتملك المشروع الاستثماري تعارضاً فقهياً، ما يساعد في تأطير هذا العقد قانونياً[311].

ويقصد بعقود "البوت"BOT" تسليم الدولة للمستثمر الأجنبي صاحب رأس المال قطعة أرض، لإقامة أحد مشروعات البنية التحتية الأساسية، ويتحمل المستثمر الأجنبي أعباء أو تكاليف التشغيل كافة، ويكون من حقه الحصول على إيرادات تشغيل المشروع مدة زمنية محددة، يتم الاتفاق عليها في عقد البوت، وهي تختلف من مشروع إلى آخر[312]. وعند انتهاء المدة الزمنية المتفق عليها، يتم تسليم المشروع بكل ما فيه من أجهزة ومعدات وآلات إلى الدولة لتقوم بتشغيله لحسابها[313].

---

[309] د.عصام أحمد البهجي، عقود البوت - BOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2008، ص 5.

[310]Roger (N.), Build,Operate ,and Transfer (BOT) Projects « Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics » ,these de doctorat, université du Luxembourg , 2012, p.22.

[311] د.خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص112.

[312] د. عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص12.

[313] د.هاني صلاح شرف الدين،"التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، عام 2001، ص44.

كما عرّفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأنه:" شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح الدولة بموجبه لمجموعة من المستثمرين امتيازاً لبناء مشروع استثماري، وتشغيله، وإدارته، واستغلاله، لمدة معينة تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل، وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الدولة من دون أي تكلفة أو مقابل"[314]

فلا يعدّ مصطلح"البوت" مصطلحاً قانونياً، نظراً إلى غياب تعريف قانوني محدد في التشريعات الوطنية[315]. إلا أنه شهد، كمصطلح، شهرة واسعة في عالم العلاقات الاقتصادية، وهذا نظراً إلى دقة دلالات حروفه[316].

ويعدَّ التعاقد وفقاً لهذا الأسلوب في النظام القانوني الفرنسي[317]، من بين المظاهر الأساسية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في مجال تمويل إقامة المرافق العامة Partenariat Public Privé[318]، ما يفيد أن المشرع الفرنسي قد اعترف بالملكية المؤقتة للمشروع الاستثماري[319].

الفرع الثاني– الأشكال الرئيسة لعقود البوت:

تتخذ عقود البوت أشكالا عديدة من أهمها[320]:

---

[314] د. الياس ناصيف، عقد الـ B.O.T، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، عام2006، ص 83.

[315] يعود السبب في عدم وجود تعريف قانوني لهذا النوع من العقود إلى عدم وجود إجماع دولي يعطي تعريفاً لمفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص، نظراً إلى طبيعة القانون العرفية التي يتميز بها النظام الأنكلوسكسوني، وسيادة مبدأ حرية إرادة الأطراف المتعاقدة، مقابل الطبيعة المقننة للقانون في الأنظمة الفرنكوفونية.هذه الخصائص المتصادمة بين العائلتين القانونيتين صعّبت من مهمة تعريف هذا الأسلوب التعاقدي في جانبه القانوني، وخاصةً عندما لا نجد في الإنجليزية ما يقابل مفهوم المرفق العام، علماً أن التطبيق الفني والإقتصادي هو نفسه في كليتهما، ليتفق في النهاية على التخلي عن مصطلح المرفق العام على المستوى الأوروبي وتعويضه بمفهوم اقتصادي بديل أطلقت عليه تسمية "مرفق المصلحة الإقتصادية العامة service d'intérêt économique général".انظر: د.الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 93.

[316] إصطلاح B.O.T هو إختصار لثلاث كلمات إنجليزية « BUILD , OPERATE, TRANSFER »، والتي تعني ترجمتها إلى اللغة العربية البناء بمعنى بناء المشروع، التشغيل أو إدارة المشروع الذي تم بناؤه ونقل الملكية، والتي يقصد بها نقل الملكية ممن قام بإنشائه إلى الدولة صاحبة المرفق الأصلي بعد نهاية مدة العقد د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 81؛ د.عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 18

[317] يقابل مصطلح B.O.T باللغة الفرنسية مصطلح CET بما معناه« Construire , exploiter, transférer » انظر: د. الياس ناصيف، عقد الـ BOT، المرجع السابق، ص 82. وقد نظّم المشرع الفرنسي الإطار القانوني لهذه العقود بالمرسوم (2004 -559) المنظم لعقود الشراكة أو التي تسمى أيضاً بالعقود الشاملة، تسمح من خلالها الدولة أو أحد مؤسساتها العامة للمستثمرين، سواء أكانوا وطنيين أم أجانب لمدّة محددة بتمويل الاستثمارات أو استخدام ترتيبات تمويل ناجحة من أجل القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمارات بالمعدات و الموارد، وكذلك القيام بأعمال الصيانة والتشغيل والتسيير، هذا من دون الإشارة إلى حق إمتلاك المشروع الإستثماري بعد انتهاء مدة العقد عند تعريفه لهذا النوع من العقود. ordonnance n° 2004_559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; JORF , 19 juin 2004, texte 2/118.

[318] Roger (N.), Youmsi (T.), op.cit, p 85.

[319] هذا ما جاء به مناهضو فكرة امتلاك المستثمر الأجنبي للمشروع الاستثماري بصفة كليّة، والتي دعا إليها أنصار مصطلح "BOOT"، ما يظهر أن الدافع وراء المشرع الفرنسي عند منحه ملكية محددة بمدة العقد، هو دفع المستثمر الأجنبي إلى تحسين المرفق العام وحسن تنفيذ المشروع عن طريق التصرف كمالك أصلي من دون أي قيود تنجم عن تدخل الشخص المعنوي العام في التسيير، مع احتفاظ هذا الأخير بوظيفته التقليدية، وهي الرقابة على التنفيذ. Ibid, p 8.

[320] بالإضافة إلى هذه الصور توجد صور عديدة نذكر منها على سبيل المثال: عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيلDBFO .-عقود البناء ونقل الملكية والتشغيلBTO -عقود التجديد والتمليك والتشغيلROO - عقود البناء والتمويل ونقل الملكية.BFT- عقود التأجير

1- عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (BOT)

تأخذ هذه العقود صورة التصميم والتمويل والبناء والتشغيل والتملك، إذ يقع على المستثمر المخاطر التجارية للمشروع، ويكون مالكاً له طول مدة الترخيص التي تنتهي بنقل الملكية[321].

2- عقد البناء والتملك والتشغيل(BOOT)

في هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع أو المرفق على نفقتها، وتتملكه طوال المدة المتفقة عليها في العقد[322]، ثم تقوم باستغلاله تجارياً خلال مدة التعاقد، وفي نهاية هذه المدة تقوم شركة المشروع بإعادة المرفق أو المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة[323].

3- عقد البناء والتأجير والتحويل(BLT)

في هذا العقد تتفق الدولة مع المستثمر الأجنبي، على أن يقوم ببناء مشروع أو مرفق عام وتأجيره له خلال مدّة زمنية معينة، بحيث يحصل فيها المستثمر الأجنبي على إيرادات المشروع، مقابل أن يقدم للدولة بدل إيجار المشروع[324].

الفرع الثاني- الخلاف الفقهي حول ملكية المشروع الاستثماري موضوع عقد البوت:

يرجع انتشار عقد البوت إلى أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، فيما يسمى بعقود الامتياز في فرنسا. فلقد استخدمته هذه الأخيرة في مشروعات بناء السكك الحديدية والتزويد بمياه الشرب، ليختفي مع ظهور الامتياز البترولي في أواخر ثلاثينيات القرن العشرين، لتحصل تطورات مهمة في أواخر الثمانينات على صعيد تطبيق هذا النظام، كان أوله توقيع اتفاقية تنفيذ نفق" المانش" الرابط بين كل من فرنسا وبريطانيا، وذلك بين كل من الحكومة الفرنسية والبريطانية وشركة "Eurotunnel" من جهة ثانية[325].

والتدريب والتمويلLTT - عقود البناء والتأجير والتحويلBLT - عقود التحديث والتملك والتشغيل والتحويلMOOT - عقود الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية LBOT .انظر: د. حمادة عبد الرزاق حمادة، "عقود البوتBOT "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2013، ص 35-36.

[321] د. حسان نوفل، مرجع سابق، ص29.

[322] د. عصام أحمد بهجي، التحكيم في عقود البوتBOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2008، ص14.

[323] د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوتBOT ، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، عام 2008، ص15.

[324] د. حمد سلامة بدر، "العقود الإدارية وعقود البوتBOT" ، دار النهضة العربية، الإسكندرية، عام 2003، ص360.

[325] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 93.

يُثار الإختلاف عند بعض الفقه في طبيعة ملكية الشركة للمشروع من الأرض وما عليها من معدات[326]، إذ شهد اختلافاً حول ما إذا كان للمستثمر المتعاقد ملكية دائمة أو مؤقتة لأرض المشروع ومعداته. ويتجلّى هذا الخلاف في أن ملكية الشركة للمشروع من الأرض وما عليها من معدات قولٌ محاطٌ بالشكوك، لأن هذه الملكية عند استعمال الصياغة الأولى BOT غير مصرح بها، في حين أن عقود البوت تسمح بامتلاك المشروع طوال مدة العقد[327].

لذا فالمصطلح الأنسب هو BOOT لأنه النموذج الواضح للخصخصة الكاملة لمشروعات البنية التحتية تلتزم بموجبه شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية[328]، ومن ثم تنتقل إليها ملكية المنشأة بصفة نهائية، بحيث تكون لها السيطرة الفعلية والنهائية على تشغيل المرفق لصالح القطاع الخاص. غير أن هذا التوجه منتقد بدليل أن المصطلح غير دقيق، ولا يعبر عن واقع هذه العقود التي تعطي المستثمر حق الانتفاع بالمشروع، والذي يخوّله حيازة المشروع بغرض الاستغلال وليس التملك[329].

[326] د.عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 18.

[327] يعود هذا الخلاف الفقهي إلى ظهور تصنيف آخر لعقود البوت، وهذا عند زيادة حرف O إلى مصطلح BOT، والمستخلص من كلمة OWN التي تعني تمليك المشروع الذي تم إنشاؤه، ليصبح المصطلح BOOT ، انظر: د.عصام البهجي، المرجع نفسه، ص 18.

[328] د. جابر نصار، عقود الـ (BOT) والتطوير الحديث لعقد الالتزام- دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، عام 2002، ص 38.

[329] د. عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 18.

المطلب الثالث

عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص

تُعدّ مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة، وخصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى رأسها فرنسا[330].

الفرع الأول- تعريف عقود الشراكة:

حرصت جلّ الدول التي تناولت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتنظيم، على تضمين التشريعات الخاصة بهذا النوع من العقود تعريفاً محدداً له؛ فقد عرَّف المشرع السوري عقد التشاركية في المادة (1 فقرة 12) من قانون التشاركية رقم (5) لعام 2016 بأنه:" العقد المبرم بين الجهة العامة المتعاقدة والشريك الخاص والذي يحدد أحكام التشاركية وشروطها.

وفي مصر، عرَّف المشرع عقد المشاركة في المادة(1) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم (67) لسنة 2010 بأنه: "عقد تُبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع، وتعهد إليها بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة(2)"[331].

كما عرّف **القانون الفرنسي** الصادر في (28 تموز 2008) عقد التشاركية بأنه:" عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام، إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام، بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها

---

330 الأصل أن تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود، يرتكز إلى تحديد الطبيعة القانونية لها كونها من العقود الإدارية أم من العقود المدنية، وذلك على خلاف ما هو قائم في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا؛ إذ لا يُشكِّل التكييف القانوني لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص مسألة ذات أهمية لدى هذه الدول؛ إذ لا تقيم أفكار هذا النظام أية تفرقة بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين ونظيرتها التي تطبق على الإدارة. انظر: د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي،"الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية: عقود البوت(BOT) وعقود الشراكة(PPP)، دراسة مقارنة"، ط1، عام 2014، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن ، ص 29.

331 المادتان(2-1) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم(67) لعام 2010، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم (19)، مكرر الصادرة في 18 مايو 2010، السنة الثالثة والخمسون.

وصيانتها طوال مدة العقد، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال المدة التعاقدية[332] .

من جهةٍ أخرى، عرَّف جانب من الفقه عقود الشراكة بأنها: "انصراف إرادة كلٍّ من القطاعين العام والخاص على التعاون والتفاعل لتوظيف إمكانياتهما البشرية والمالية والتنظيمية والتكنولوجية والمعرفية، من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية، بغية مواكبة التطورات المعاصرة بطريقة فاعلة، وتحقيق وضع تنافسي أفضل"[333].

كما عرَّفها جانب آخر من الفقه بأنها:" تعاون رسمي بين كيانات القطاعين العام والخاص، من خلال تشكيل مشروع مشترك، بهدف تنفيذ خطة عمل محددة، لغايات تقديم خدمات أو تنفيذ نشاطات ينظر إليها من قبل العامة بحسبانها خدمات ونشاطات حكومية"[334].

وتعرّف أيضاً بأنها:" ترتيب تعاقدي طويل الأجل بين السلطة العامة وتحالف القطاع الخاص (Consortium) قائم على أساس التعاون، ويهدف إلى خلق آلية لتزويد الخدمات العامة على فترات طويلة، باستخدام أصول وخبرات وتمويل القطاع الخاص"[335].

الفرع الثاني- خصائص عقود الشراكة:

من أهم هذه الخصائص:

أ- تعدد الأطراف:

يوجد إلى جانب الجهة الحكومية الشريك الخاص، وشركة المشروع، والجهات الممولة للمشروع سواء أكانت محلية أم أجنبية، وشركات المقاولات التي تتولى تشييد المشروع، وشركات الإدارة التي تتولى تشغيل المشروع واستغلاله، وموردو المواد والمعدات اللازمة لكل ذلك[336].

---

[332] د. أحمد بوعشيق" عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب" ندوة" نحو أداء متميز في القطاع الحكومي" في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية، الرياض، عام2009، ص 3-4 .

[333] د. محمد عبد الخالق محمد الزعبي، "عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها"، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، الأردن- عمان، تشرين أول، عام 2010، ص 213.

[335] Christiana (D.), et al, Guidelines for Successful Public- Private Partnerships- an International Analysis from a Legal and Economic Perspective , European Union, August 2010, p 23.

[336] د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص 23 - 25.

ب- تعدد المراحل:

يُعد عقد الشراكة من العقود المركبة متعددة المراحل؛ بدءاً من مرحلة التصميم، مروراً بمرحلتي التشييد والتشغيل، وانتهاءً بنقل الملكية. كما أن تنفيذ عقود الشراكة يحتاج إلى إبرام عديد من العقود، ومنها الاتفاق الذي تُبرمه شركة المشروع مع الجهات الممولة، والاتفاقات التي تُبرمها شركة المشروع مع شركات المقاولات التي يُعهد إليها ببناء المشروع، والموردين الذين يزوِّدون المشروع بالمعدات والمواد اللازمة، وكثير من الاتفاقات الأخرى[337].

ج- تعدد المجالات:

يمكن تنفيذ صور مختلفة من المشروعات من خلال اتباع نظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص. فالمشرع السوري جعل جميع القطاعات الاقتصادية محلًّا لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص[338].

د- الاستناد إلى مبدأ تقاسم المخاطر:

يقوم هذا المبدأ على إيجاد آلية متكاملة للتوازن العقدي، تقوم على تنظيم المخاطر التي تم تحديدها وتحليلها مسبقاً وتدوينها في صورة بنود عقدية، ومعالجتها لغايات تجنبها أو التقليل من آثارها للحصول على أعلى درجة ممكنة من الاستقرار والثبات العقدي[339].

ومع نهاية الحديث عن خصائص عقود الشراكة، فإننا نرى أن هذه العقود تنتمي إلى طائفة العقود الإدارية، إذ إن موضوعها إنشاء مرفق عام وإدارته واستغلاله. والمتعمق في هذا النوع من العقود يجدها قد "خوّلت جهة الإدارة التدخل لتعديل بعض نواحيها التنظيمية بمحض إرادتها ومن

---

[337] د. كاميليا صلاح الدين،"الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في قانون الأونسيترال النموذجي والتشريعات العربية"، ندوة الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP)والتحكيم في منازعاتها، مصر، كانون أول، 2011، ص 140- 141.

[338] فضلًا عن تنفيذ مشروعات البنية التحتية كالمطارات، والطرق، والجسور، ومحطات توليد الكهرباء، وغيرها من مرافق البنية التحتية، يمكن اللجوء إلى الشراكة في تنفيذ مشروعات أخرى كبناء المجمعات الصناعية، والمراكز التجارية والخدمية، ومواقف السيارات، وغيرها من المشروعات التي لا تُشكِّل بالضرورة مرافق بنية أساسية.

[339] د. كاميليا صلاح الدين، المرجع السابق، ص 141- 142.

دون موافقة المتعاقد معها، وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، مع حفظ حق المتعاقد في التعويض إن كان له مقتضى"[340].

وفي الختام نستنتج أن أغلب الدراسات قد تناولت أنواع العقود الإدارية بشكل عام، وكان التركيز فيها بشكل أساسي على إظهار الدور السلطوي للإدارة، أي إظهار ما تتمتع به الإدارة العامة في مواجهة المتعاقد معها من سلطات وامتيازات، وذلك بغرض تأسيسها أو بغرض تبيان خصوصية وميزة العقود الإدارية عن العقود المدنية، والتي تتسم بالمساواة بين مصالح أطرافها.

ولهذه العقود بمختلف أنواعها وأشكالها إجراءات وطرق عديدة لإبرامها، لا تصلح لكل العقود الإدارية، وفق ما سنبينه في الفصل الآتي.

[340] د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT: حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، ط 1،عام 2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 55.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الفصل الرابع

طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية

سبقت الإشارة إلى أن العقود بصفة عامة- سواء أكانت إدارية أم مدنية- تكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، وأن أطراف العقد المدني تتمتع بحريّة كبيرة في التعبير عن إرادتها، وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى عقود الإدارة التي تبرم من قبل أشخاص القانون العام بقصد تسيير مرفق عام، وتستخدم الإدارة في ذلك أساليب السلطة العامة، تحقيقاً للمصلحة العامة.

ويقصد بإبرام العقد إقرار شروطه والتوقيع عليه، وهو ما يفيد إعلان الموافقة على التعاقد، كما يشترط لانعقاد العقد أن يكون التوقيع عليه ممَن تكون له سلطة التوقيع قانوناً[341].

والهدف الأساسي من تنظيم سلطات الدولة هو تحقيق الصالح العام، فإذا كانت العقود الخاصة تستهدف تحقيق الربح، فإن المصالح المتعاقدة والإدارة بصفة خاصة تسعى جاهدة لتحقيق الصالح العام، وهذا ما يجعل الإدارة غير حرّة في إبرام عقودها، إذ يقيّدها المشرع بإجراءات محددة وبأشكال معينة، وفي مواعيد واضحة، مما يدفعنا إلى التعرض لطرق وأشكال إبرام العقود الإدارية.

تشكّل مرحلة إبرام العقود الادارية المرحلة الأولى التي يمر بها العقد الإداري، ويمكن عرض ملامح هذه المرحلة عبر المبحثين الآتيين:

المبحث الأول- عملية اختيار الإدارة للمتعاقد معها.

المبحث الثاني- طرق اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة.

[341] التوقيع في العقود الإدارية يكون لصاحب الاختصاص، ويمكن أن يكون المدير أي مدير المؤسسة، أو أي شخص يمثّل الإدارة بصورة قانونية.

وقل رب زدني علما
Damascus University

المبحث الأول

عملية اختيار الإدارة للمتعاقد معها

حرصاً على تحقيق المصلحة العامة وحماية للمال العام، تلتزم الإدارة ببعض الضوابط والقيود التي تحدّ من حريتها في التعاقد واختيار المتعاقد معها؛ ومن أهم القيود التي تحدّ من حرية الإدارة التزامها باتباع الطرق والإجراءات التي رسمها لها المشرع لاختيار المتعاقد، واتباعها النصوص القانونية المنظمة لكيفية التعاقد.

وتكاد تكون الطرق المتبعة في اختيار المتعاقد مع الإدارة في كل من فرنسا ومصر وسورية واحدة أو تتشابه في اجراءاتها. ومع ذلك، فهي لا تصلح لكل العقود الإدارية، إذ تتبع في عقود الالتزام والأشغال والتوريد الطرق العامة لاختيار المتعاقد، كالمناقصة وغيرها من الطرق.

من جهة أخرى، فإن اختيار الإدارة للمتعاقد معها يجب أن يخضع للأسس والتقديرات التي يقوم عليها النظام القانوني للتعاقد وتكوين الإرادة التعاقدية، والتي سيتم شرحها وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

أسس اختيار المتعاقد مع الإدارة

تعد العقود الإدارية من أهم الوسائل القانونية التي تلجأ إليها الإدارة في القيام بنشاطها، ومن ثم فهي تمثل الركن الأساس في التقدم الاقتصادي والاجتماعي للدولة، لذا يعمد المشرع إلى وضع النظام القانوني لإبرام هذه العقود، بما يكفل تحقيق كل تلك الأهداف.

والقاعدة العامة بالنسبة إلى أشخاص القانون الخاص هي أن الشخص له مطلق الحرية في اختيار المتعاقد معه، أما بالنسبة إلى أشخاص القانون العام، فإن الأمر مختلف تماماً؛ فعلى الادارة أن تتبع طرقاً وإجراءات معينة في عملية التعاقد قد تكون محددة في القوانين أو الأنظمة.

ويتعيّن على الإدارة كونها أحد طرفي العقد الاداري– عند اختيار المتعاقد معها– أن تراعي في هذا الاختيار توافر مجموعة من المقتضيات الجوهرية في الشخص الذي تريد التعاقد معه، إضافةً إلى وجود مبادئ أساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للتعاقد[342].

الفرع الأول– المقتضيات الواردة على اختيار المتعاقد:

تقوم هذه المقتضيات على ضرورة كفالة حماية حقوق الأفراد وحرياتهم بتحقيق الضمانات اللازمة لذلك من أي تهديد من تعسف السلطات الإدارية المتعاقدة، وإساءة استعمال حريتها المطلقة في الاختيار المطلق للطرف المتعاقد معها. وسوف نعرض لهذه المقتضيات وفق الآتي:

أولاً– مقتضيات المصلحة العامة:

لا تكون الإدارة مطلقة الحرية في إجراء عملية التعاقد، على الرغم من أنها تهدف إلى تحقيق الصالح العام، ذلك أنه توجد ضوابط عدّة تقيدها، وتحدد لها الخطوات التي يجب أن تتبعها، والوسائل التي يتعين عليها استخدامها في عملية التعاقد. وترجع الحكمة في فرض هذه الضوابط إلى حماية الأموال العامة، والحرص على تحقيق الصالح العام، والمصلحة المالية للدولة، بتحقيق أكبر وفرٍ مالي ممكن للخزينة العامة في الدولة[343]. وبناءً على ذلك، يجب على الإدارة المتعاقدة أن تلتزم باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية.

ثانياً– مقتضيات المصلحة الفنية:

جوهر المقتضى الفني وجوب التركيز في مجال اختيار المتعاقد مع الإدارة، إذ تلتزم الإدارة بالتعاقد مع الأكفأ والأقدر فنياً، مع الأخذ في الحسبان المصلحة المالية للخزينة العامة. وهذا المقتضى يؤدي إلى منح الإدارة قدراً من الحرية في نطاق اختيار الطرف المتعاقد معها .

ثالثاً– المقتضى الشخصي:

تتداخل مقتضيات المصلحة الفنية مع"المقتضى الشخصي"، وهذا الأخير يؤدي إلى منح الإدارة قدراً من الحرية في نطاق اختيار الطرف المتعاقد معها.

---

[342] للتوسع أكثر انظر: د.خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص130.

[343] د. جابر نصار، "العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2000، ص 91.

والمقتضى الشخصي في العقد الإداري فكرة مرنة ترتبط بإرادة التعاقد، وتحديداً بإرادة الإدارة المتعاقدة التي قد تتجه إلى التركيز على المتعاقد معها، أو صفة من صفاته (كفايتة المالية أو مقدرته الفنية، أو حسن السمعة والأخلاق، أو الجنسية، فتجعلها أحياناً كثيرة عنصراً جوهرياً في العقد[344].

الفرع الثاني- المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للتعاقد:

تلتزم الإدارة في إبرامها للصفقات بمبادئ عامة حددها القانون وهي:

أ- مبدأ العلانية في إجراءات التعاقد(شفافية الإجراءات):

يجب احترام مبدأ العلانية وتطبيقه في جميع مراحل التعاقد. ويتطلب تحقيق هذا المبدأ الإعلان مقدماً عن تاريخ ومكان إجراء عملية المناقصات والمزايدات العامة، بطريقة تضمن وتكفل علم جميع أرباب المهنة بموضوع المناقصات والمزايدات العامة[345].

ب - مبدأ المنافسة العامة (حرية الوصول إلى الصفقات العمومية):

يعني هذا المبدأ إفساح المجال لجميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات والمزايدات العامة، والذين تتحقق فيهم شروط المناقصات والمزايدات العامة. ويساعد على تحقيق وقيام مبدأ المنافسة الحرة هذا مبدأ علانية المناقصات والمزايدات العامة.

جـ - مبدأ المساواة بين المتنافسين وتكافؤ الفرص:

يقصد بهذا المبدأ أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة على قدم المساواة قانوناً. إذ تخضع المراكز القانونية المتماثلة إلى معاملة قانونية واحدة، كما يتحقق بتقرير معاملة قانونية مختلفة متى كنا بصدد مراكز قانونية مختلفة، بالإضافة إلى إتاحة الفرص أمام المتنافسين على الصفقة التي

[344] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، عام 2004.ص90.
[345] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص90.

تجريها الإدارة[346]. ومثال تطبيق مبدأ المساواة أنه لا يجوز مثلاً قبول طلب وعروض بدون كفالة مصرفية (التأمينات الأولية) بينما يلزم الباقون بإرفاق طلباتهم بكفالة[347].

المطلب الثاني

تكوين إرادة الإدارة التعاقدية

يتعاظم دور الإرادة في النظرية العامة للعقد الإداري بوجه عام، ومن ثم إن مفهوم الرضائية في مجال العقود الإدارية أصبح يستقلّ بجملة من السمات والمحددات الخاصة تجعله يأخذ وضعاً قانونياً متميزاً، وعليه فإن العقد الإداري، وإن تلوّن بصبغة القانون العام لتعلقه بالمصلحة العامة وتسيير المرفق العام كسبب منشئ لوجوده، فإن ذلك لا يعني انحرافه عن الكيان القانوني للعقد، بحسبانه انعكاساً للعمل القانوني المبني على الإرادة المشتركة للمتعاقدين[348].

وعلى ذلك، تكون الإرادة الحرّة وحدها التي تملك إنشاء العقد وتحديد آثاره، فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض على المتعاقد ما يخالف إرادته، إذ تنص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي على أن" الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها".

وتتكوّن إرادة وأهلية التعاقد للسلطة الإدارية عموماً من ثلاثة عناصر هي: الإذن بالتعاقد، وعملية إبرام العقد، والتصديق عليه. وتعني هذه العناصر الثلاثة في مجموعها ركن الاختصاص في العقود الإدارية الذي يشبه، بل يقابل ركن الأهلية في عقود القانون الخاص؛ فلا يمكن لأي موظف عام أن يبرم عقوداً إدارية ما لم يكن مختصاً بذلك، بل يمارس الاختصاص بإبرام العقود الإدارية وتصديقها أشخاص محددون في القانون، ويعقدون العقود الإدارية باسم الإدارة ولحسابها[349].

---

[346] د. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، عام2014، ص 58.

[347] يحدد مجلس الدولة الفرنسي بقراره الصادر في 28 فبراير2020، شروط ونطاق الحق في التعويض الذي يستحقه مرشح ما لعقد إداري عن الضرر الناجم عن استبعاده غير النظامي من إجراءات فض العروض، ومنها وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطأ الناتج عن المخالفة والأضرار التي يتذرع بها مقدم الطاعن بسبب هذا الإستبعاد".. "وفي حالة عدم وجود أي فرصة لمقدم الطلب للفوز بالمناقصة، لا يحق له الحصول على أي تعويض. وبخلاف ذلك، يحق له من حيث المبدأ استرداد التكاليف التي تكبدها في تقديم عرضه". CE, 28 février 2020, Société Régal des Iles, n° 426162 ."..

[348] د. بهاء الدين مسعود خويرة،"دور الإرادة في مجال العقود الإدارية - قراءة منهجية فلسفية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإدارية والاقتصادية- المجلد الثاني، العدد 8 كانون الأول 2017.

[349] في سورية، نصت المادة /75/ من الدستور السوري لعام2012 على أن:" يتولى مجلس الشعب الاختصاصات الآتية:. 6- إقرار المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة أو الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية، وكذلك

لهذا فإن الإدارة ملزمة باحترام هذه الضوابط، وعدم الخروج عليها، ومن هذه الضوابط ما تلتزم بها وتحترمها قبل الشروع في إبرام العقد الإداري. وتتبلور أولى هذه الضوابط في توفير الاعتماد المالي اللازم لإبرام العقد، ومواجهة الأعباء المالية المترتبة على ذلك، ومراعاة الشكل الكتابي للعقد الإداري في معظم العقود الإدارية. وسوف نشرح هذه الضوابط وفق الآتي:

الفرع الأول- الاعتماد المالي والإذن بالتعاقد:

تعدّ الإدارة مقيّدة في تصرفاتها وتعاقداتها بتوافر الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء التي ينشئها العقد[350]، وهذا تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقتضي أنه لا يمكن القيام بإنفاق عام، إلا إذا وجد اعتماد مالي محدد صوتت عليه السلطة التشريعية، وأودعته في الموازنة، أو اعتمدته السلطة المحلية[351]. ولا تقتصر هذه القاعدة على العقود الإدارية فقط، وإنما تشمل كل أنشطة الإدارة التي تترتب عليها التزامات مالية، بما في ذلك عقودها الخاصة[352].

والاعتماد المالي ترخيص من السلطة التشريعية للجهة الإدارية في استخدام هذا الاعتماد في الغرض الذي خُصص له[353]. وعلى ذلك، فإن الاعتمادات المالية تعد موافقة ضمنية من جانب البرلمان على إبرام العقود التي تراها الإدارة ضرورية لسير المرفق العام، وهي تبرم بمحض إرادة الجهة الإدارية من دون أن يكون للسلطة التي رصدت الاعتماد المالي أي دور في إبرام هذه العقود، إذ يقتصر دورها على رصد الاعتمادات المالية[354].

ويعد توافر الاعتماد المالي شرطاً تمهيدياً، أو قيداً سابقاً للتعاقد، ومن دونه لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى إبرام العقد لتوفير احتياجاتها؛ إذ إن هذا الاعتماد هو الذي يهيئ لهذه الجهة تنفيذ العقد، وإعمال بنوده[355]. كما أنه ليس للإدارة أن تتجاوز حدود التخصيص المالي، أو أن تتجاوز

المعاهدات والاتفاقيات التي تُحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها، أو التي تتعلق بعقد القروض أو التي تخالف أحكام القوانين النافذة ويتطلب نفاذها إصدار تشريع جديد..". ونصت المادة/128/ من الدستور السوري على أنه:"يمارس مجلس الوزراء الاختصاصات الآتية:...6-عقد القروض ومنحها وفقاً لأحكام الدستور. 7-عقد الاتفاقيات والمعاهدات وفقاً لأحكام الدستور..". كما نصّت المادة /1/ من القانون رقم /13/ لعام 2018 (القاضي بتعديل القانون رقم /9/ تاريخ 2013/7/4 بخصوص صلاحية تصديق العقود على أن" 1- يتولى الوزير المختص صلاحية تصديق العقود التالية: أ- العقود المتعلقة بالإنفاق الاستثماري التي لا تتجاوز قيمتها /400/ مليون ليرة سورية. ب-العقود المتعلقة بالإنفاق الجاري التي لا تتجاوز قيمتها /150/ مليون ليرة سورية.

[350] د. حمد الشلماني"امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 2017، ص 128.

[351] د. سعاد الشرقاوي"العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1999، ص 68 .

[352] د. عمر حلمي" اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1993، ص 31.

[353] د. أحمد منصور"المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات"، المجلد الأول، بدون دار نشر، عام 1996، ص 149.

[354] د.عبد الفتاح أبو الليل" أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق"، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، عام 1993، ص 61.

[355] د. جابر نصار، مرجع سابق، ص 91.

صلاحياتها بالصرف، وإلا سوف تثقل ذمّة الدولة مالياً، وتخلق مشكلة تحديد المسؤولية الإدارية عن الصرف العشوائي، وغير المسوّغ [356].

وضابط توافر الاعتماد المالي، وإن كانت تفرضه متطلبات المصلحة العامة، وعدم إرباك موازنة الدولة من خلال الإنفاق على مشروعات ليست ضرورية، أو ليس هناك حاجة ملحّة لتنفيذها، فإنه كذلك يتصل بمصلحة من يلتزم بالتعاقد مع الإدارة، والرغبة في حصوله على مستحقاته المالية التي نشأت نتيجة تنفيذه لعقود الإدارة، وأعمالها [357].

وهذا القيد ناتج عن مبدأ عام مؤداه عدم القيام بإنفاق عام إلا حين يوجد له اعتماد مالي صادقت عليه السلطة المختصة، وهي عادةً البرلمان[358]. ويجب أن يكون الاعتماد قد ورد في الموازنة العامة للدولة[359]، على أن يتم الصرف في حدود الاعتمادات المالية المقررة. ويحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية، كما يحظر التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل، وبموافقة السلطة المختصة"[360].

وفي سورية، وفقاً لنص المادة /20/ من القانون المالي الأساسي[361]، فإن النفقة يجب أن تعقد على الاعتمادات المخصصة لها في الموازنة، وفي حدودها، كما يجب وفق المادة/22/ من هذا القانون ألا يرتب عقد النفقة هذا التزامات على السنوات المالية المقبلة، ويجب أن تكتسي بتأشيرة المحاسب المختص المشعرة بتوافر الشروط المطلوبة قانوناً لعقدها، أما إذا وقع خلاف بين المحاسب وعاقد النفقة المختص(آمر الصرف) على التأشير، تعرض القضية على وزير المالية، وإذا استمر الخلاف يبت فيه الوزير المختص على مسؤوليته[362].

وفق هذا القانون، يتّم عقد النفقات العامة من قبل السلطة المختصة قانوناً، وفي حدود القوانين والأنظمة والاعتمادات المخصصة في الموازنة العامة للدولة[363]. وتتمّ تصفية النفقة وصرفها من

---

[356] د. كاظم السويدي، "الإذن المالي وأثره في إبرام العقد الإداري"، مجلة كلية التربية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد (42)، عام 2019، ص 1122.

[357] د. عبد العزيز عبد المنعم، مرجع سابق، ص 91.

[358] د. برهان زريق " نظرية البطلان في العقد الإداري"، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، عام2002، ص 25.

[359] د. طاهر الجنابي"علم المالية العامة والتشريع المالي"، بيروت، عام 2012، ص 102.

[360] د. كاظم السويدي"الإذن المالي وأثره في إبرام العقد الإداري"، مرجع سابق، ص 1122.

[361] الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /54/ لعام 2006 وتعديلاته.

[362] نصت هذه المادة أيضاً على أنه" يمتنع على رؤساء الجهات الإدارية الأمر بالارتباط أو الصرف إذا لم يكن للمبلغ المطلوب الارتباط به أو صرفه اعتماد مخصص أو تجاوزت قيمته الاعتماد المخصص للجهة الإدارية ".

[363] المادة /20/ من المرسوم التشريعي رقم /54/ لعام 2006 .

قبل السلطة المختصة قانوناً، وفي حدود الاعتمادات المتوافرة في الموازنة[364]. فقد بيّن النظام المحاسبي والمالي للجهات العامة ذات الطابع الإداري بموجب المادة /10/ الجهة المختصة بعقد النفقة على نحو محدد[365]. وتضمن المرسوم رقم /489/ لعام 2007 الخاص بالنظام المحاسبي والمالي للمؤسسات العامة والشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي الأحكام ذاتها [366].

والقاعدة أن الإدارة ليست ملزمة بالتعاقد أو الإنفاق إلى الحد الذي يستنفد الاعتماد، لأن الاعتماد مجرد ترخيص بالإنفاق، ولا إلزام على عائق الإدارة بإنفاق كل قيمة الاعتماد، طالما أنها تستهدف الصالح العام[367].

وبناءً على ما تقدم، يتبيّن أن الإدارة لا يجدر بها إبرام العقود الإدارية إلا إذا توافر لديها الاعتماد المالي اللازم لتغطية هذا الالتزام، وهذا هو الأصل العام، إلا أنه في حالات الضرورة يمكن اللجوء إلى إبرام عقود يكون تخصيصها غير كافٍ لتغطية حاجة العقد المالية، فتلجأ الإدارة إلى أسلوب المناقلة لتغطية ما في ذمتها من التزامات مالية[368]. ولا يؤيد البعض اعتماد الإدارة على أسلوب المناقلة، لأن مثل هذه الوسائل قد تؤثر سلباً في مرافق إدارية أخرى، ذلك أن التخطيط المسبق في إبرام العقود الإدارية، واتباع منهج كفاية الاعتماد المالي، هو السبيل الأنسب في إبرام العقد الإداري[369].

الفرع الثاني– مراعاة الشكل الكتابي للعقد الإداري:

تعد العقود الإدارية كصورة من صور النشاط الإداري أداة قانونية تعتمد عليها الإدارة في استخدام الاعتماد المالي، وإن كان المسلم به أن عقود الإدارة تخضع إلى قاعدة التحرر من الشكليات، ما

---

364 المادة /23/ من المرسوم التشريعي رقم /54/ لعام 2006 .

365 1- الوزير بالنسبة إلى نفقات وزارته والجهات التابعة له. 2- رئيس مجلس الشعب، ورئيس مجلس الوزراء، ووزير شؤون رئاسة الجمهورية، كل بالنسبة إلى نفقات جهته. 3- المحافظ بالنسبة إلى نفقات المحافظة بجميع إداراتها. 4- رؤساء البعثات الدبلوماسية في الخارج. 5- رؤساء البلديات بالنسبة إلى نفقاتها. 6- مديرو الهيئات والإدارات العامة ذات الاستقلال المالي. 7- كل من منحه القانون سلطة عقد النفقة، وذلك بالنسبة إلى جميع الجهات الأخرى المشمولة بأحكام هذا النظام .

366 راجع المواد /22-23-24/ من هذا المرسوم. وبدوره بيّن نظام العقود المصدق بالقانون رقم /51/ لعام 2004 أن آمر الصرف هو عاقد النفقة المحدد، وفق الأنظمة النافذة في الجهات العامة ذات الطابع الإداري، أو المدير العام للمؤسسة العامة، أو الشركة العامة، أو المنشأة العامة، حسب الحال. وتنص المادة /20/ من القانون المالي الأساسي النافذ أن النفقة يجب أن تعقد على الاعتمادات المخصصة لها في الموازنة، وفي حدودها. كما يجب ألا يرتب عقد النفقة هذا التزامات على السنوات المالية المقبلة.

367د. ابراهيم مشيمش ابراهيم: "الاعتمادات المالية وأثرها في المراكز القانونية للموظفين"، منشور في مجلة مجلس الدولة، السنوات الثامنة والتاسعة والعاشرة، مطابع مؤسسة أخبار اليوم، عام 1990، ص 148-149.

368 حمد الأحمد، "الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد الإداري-دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، عام2021، ص36.

369د. ليث خلف، د. يعرب حبيب: أثر القيود الموضوعية السابقة عبلى إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة في القانون العراقي، مرجع سابق، ص 256.

لم يشترط المشرّع إجراء شكل معين في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة، وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية[370].

وعرّف النظام المحاسبي والمالي للجهات العامة ذات الطابع الإداري في سورية عقد النفقة بأنه "الواقعة التي تُنشئ الالتزام في ذمة الجهة العامة ذات الطابع الإداري، ويشترط فيه: 1- أن يكون معقوداً من السلطة المختصة. 2- أن يكون مطابقاً من حيث شكله وموضوعه لحكم القوانين والأنظمة النافذة.." [371].

وبالمعنى ذاته قرّرت المحكمة الإدارية العليا السورية أن:" إبرام العقد الإداري يمر في واقعه العملي بمراحل متعددة تجري في فترات متلاحقة، فتسبق مولده طائفة من الإجراءات التمهيدية، والمقدمات الأصولية المعتادة التي تهيئ له وجوده القانوني" [372].

ويتبين من ذلك أن وجود الإذن المالي غير كافٍ لإلزام الإدارة، وإنما ينشأ هذا الالتزام متى تدخّلت الإدارة وعبّرت عن إرادتها من خلال استخدام الاعتماد المالي في تحقيق الغرض الذي رُصدت من أجله، كما أنه لا ينشأ حق للأفراد في ضرورة استعمال الإدارة لهذا الإذن المالي، ومن ثم إلزامها بإبرام العقد[373].

وتعدّ الكتابة الأسلوب الأكثر شيوعاً في التعبير عن إرادة المرفق العام عند التعاقد لتلبية متطلباته. وغالباً ما تمتد الصيغة المكتوبة في نطاق العقود الإدارية إلى ما وراء تحرير العقد ذاته لتصل إلى مجموعة من الوثائق المعقدة والمتشابكة التي تضطلع بتفصيل دقائق العقد الإداري القانونية والمالية. ومن المسلّم به أن عقود الإدارة تخضع إلى قاعدة التحرير من الشكليات. فإذا لم يشترط المشرع صراحة إجراءً شكلياً معيناً في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية[374].

ولكن مع ذلك يمكن أن ينص القانون صراحة على ضرورة الكتابة في إبرام العقود، ففي مصر وسورية مثلاً تشترط الصيغة المكتوبة في عقود الأشغال، والتوريدات، والخدمات، والدراسات[375]،

---

370 د. سليمان محمد الطماوي : "الأسس العامة للعقود الإدارية "، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، عام1984، ص 346.

371 المادة /9/من المرسوم رقم /488/ لعام 2007، المتضمن النظام المحاسبي والمالي للجهات العامة ذات الطابع الإداري في سورية.

372 حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، الطعن رقم /107/ لعام 1972، مذكور لدى صبحي سلوم، مرجع سابق، ص 179.

373 د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص139.

374 د. سليمان الطماوي: "الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 372 .

375 د. محمد العموري "العقود الإدارية"، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، عام 2018، ص 39.

وكذلك فإن بعض العقود تتطلب الكتابة بسبب طبيعتها، وإلا يمكن عدّها معيبة[376]. وأوضح مثال على ذلك عقد الالتزام، فهو من العقود التي لا تخضع– كقاعدة عامة–إلى المزايدات والمناقصات العامة، ومع ذلك فإنه من العسير تصور عقد الالتزام من دون وثيقة كتابية تحدد حقوق الملتزم وواجباته، وكيفية تصفية الامتياز[377].

وقد حصل جدل كبير في الفقه والقضاء حول ضرورة أن يكون العقد مكتوباً؛ إذ كان هناك رأي قديم في الفقه يعتمد على الشكليات لتمييز العقود الإدارية عمّا عداها من عقود الإدارة [378]، كما استقر الفقه والقضاء الفرنسي على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوباً هو شرط متعلق بصحة العقد، وليس خاصاً بطبيعته، وأنه إذا كانت العقود غير المكتوبة هي أصلاً من عقود القانون الخاص، إلا أن العقد الإداري قد يكون شفهياً في بعض الأحيان[379].

ومع ذلك، فإن المبدأ العام المتفق عليها فقهاً وقضاءً في فرنسا ومصر وسورية يتجسد في عدم إلزام الإدارة باستخدام الصيغة المكتوبة عند إبرامها لعقودها، إلا عندما يفرض القانون صراحة ذلك[380].

ويبلغ شرط الكتابة ذروته في فرنسا، إذ إن المادتين /45 و255/ من قانون عقود الشراء العام لا تشترطان تحرير الحقوق والالتزامات كتابة فحسب، بل تفرضان على الأطراف أن يضمّنوا عقدهم المكتوب بعض البنود، بحيث يترتب على إغفال أحدها بطلان العقد[381].

وسبق أن أشرنا أن المادة (L. 1121–1) من مدونة العقود العامة الفرنسية عرّفت عقود الامتياز بأنها عقود مبرمة كتابياً..". وعلى أي حال، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حكم بشكل صريح بأن مبدأ الصيغة المكتوبة يشكل التزاماً من النظام العام[382]. كما يذهب مجلس الدولة

---

376 د. محمد الحسين، د. مهند نوح، "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 127.

377 د. محمد العموري، "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 39.

378 من ذلك رأي الفقيه "هوريو" في تعليقه على حكم المجلس في قضية (Teries)، مجموعة سيري سنة 1903، القسم الأول، ص 25، مشار إليه لدى: د. سليمان الطماوي"الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 372 .

379Laurent (F.P.), Prcis de droit administratif, d. Montchrestien, Paris, 2001, p. 323, n°566.

380 أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بالآتي :"... إن العقود الإدارية تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، ما لم يشترط المشرّع صراحة إجراء شكليات معينة في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة جهة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية". فتوى رقم (504) في 1988/4/30 جلسة 1988/2/3، السنتان (42-41)، المبدأ (269) ص 736 كما أفتت الجمعية العمومية أن عدم وجود عقد مكتوب بين الطرفين لا ينال من قيام العقد، ووجوده يتحقق بتوافرالإيجاب والقبول، انظر: عليوه فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات وعقود الجهات العامة، مكتبة كوميت، عام1999، ص 221.

381 هذه البنود هي: الإشارة إلى أطراف العقد، وتحديد محل العقد، وتحديد الثمن، وأساليب حسابه، وبيان مدة التنفيذ،...

382C.E. 29-5-1982, Seprema, Rec. p 665.

الفرنسي إلى أنه: "لا يجوز للسلطة المتعاقدة توقيع العقد مع مرشّح لا يمتثل لأحد المتطلبات التي تفرضها لوائح فض العروض. وبالتالي، فالإدارة مطالبة برفض العروض غير المكتملة، أي تلك التي لا تحتوي على جميع المستندات أو المعلومات المطلوبة من الإدارة وفق إعلانها. ينطبق هذا الحكم على المعلومات التي تطلبها السلطة المتعاقدة، والتي تكون ضرورية لتعريف العطاءات وتوضيح مضمونها، لأنها مفيدة في تقييم جودة العطاءات المقدمة.."[383].

وعندما صدر الأمر رقم (2015/899) الخاص بالعقود الخاضعة إلى الأمر المؤرخ في 23 تموز عام 2015 نصّ في المادة /15/ منه على أن العقود التي تكون قيمتها التقديرية تساوي أو تزيد عن (25000) يورو يتم إبرامها كتابة[384].

وخارج نطاق عقود الشراء العام لا توجد نصوص توجب اللجوء إلى الصيغة المكتوبة عند إبرام الإدارة لعقودها، على الرغم من أن بعض العقود تتطلب الكتابة بسبب طبيعتها، ومحتواها ذاته، وفي مثل هذه الحالة، وحتى لو كانت الصيغة الكتابية غير واجبة بمقتضى النصوص القانونية، فإن القاضي يمكن أن يعدّها معيبة بسبب النقص في الكتابة[385].

وفي مصر، نصّت المادة /88/ من اللائحة التنفيذية رقم (692) لعام 2019 على شرط الكتابة بوضوح، عندما ألزمت الإدارة خلال مدة لا تتجاوز (15) يوماً من تاريخ سداد التأمين النهائي بتوقيع العقد، وتحرر العقود بين المتعاقد والجهة الإدارية متضمنة الضمانات اللازمة للتنفيذ كافة ، وذلك كلّه وفقاً للنماذج الصادرة عن الهيئة العامة للخدمات الحكومية، وبعد أن يتم تحرير العقد، فإن المادة /88/ ذاتها قد اشترطت ما يطلق عليه (شكلية تعدد الأصول)[386].

---

[383] CE 20 septembre 2019, Collectivité territoriale de la Corse, n°421075.

[384] https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2020/7/22/2020-893/jo/texte
تتمثل الغاية الأساسية من المرسوم في تبسيط إجراءات العقود العامة لتسهيل انتعاش الاقتصاد. من جهة، يرفع الحد الأدنى للاستغناء عن إجراءات منح عقود الأشغال العامة المبرمة قبل 10 يوليو 2021 إلى (70000) يورو. ومن جهة أخرى، يصرح المرسوم بصحة إبرام العقود العامة بالنسبة للمنتجات التي تم تسليمها قبل 10 ديسمبر 2020، دون إعلان عندما يلبي العقد حاجة أقل من (100000)يورو، ويتعلق بتوريد المواد الغذائية التي تعطل بيعها بسبب الأزمة الصحية الناجمة عن جائحة كوفيد19.

[385] بصدور القانون رقم (1075) تاريخ 2018/12/3 الخاص بالجزء التنظيمي من قانون المشتريات العامة في فرنسا لم يعدّل في هذه القيمة . ثم صدر المرسوم رقم (893) لعام 2020 المؤرخ في 22 يوليو 2020 برفع حد الإعفاء المؤقت من إجراءات عقود الأشغال العامة وتوريد المواد الغذائية إلى (70000) يورو. انظر:
Laubadére- Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, T1, op.cit. p 565.

[386] حيث أوجبت هذه المادة أن يحرر العقد من أصل، وأربع نسخ على الأقل، ويسلم الأصل إلى الإدارة المالية مرفقاً به المستندات كافة، ونسخة إلى إدارة التعاقدات لحفظها بملف العملية، ونسخة إلى المتعاقد، ونسخة إلى الإدارة الطالبة أو المستفيدة، ونسخة إلى الإدارة المشرفة على التنفيذ بحسب الأحوال. ومع ذلك تنصّ المادة 84 قانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة في مصر الصادر بالقانون رقم 182 لعام 2018 المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني على أنه "يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون اتخاذ إجراءات

وفي سورية، عرّفت المادة /11/ من قانون العقود رقم /50/ لعام2004 العقد بأنه:" مجموعة الأحكام التي يرتبط بها كل من المتعهد والجهة العامة بما في ذلك دفتر الشروط وغيره"، وأوجب هذا القانون استناد العقد إلى وثائق مكتوبة، كما أن البلاغات الصادرة عن رئاسة مجلس الوزراء تتشدد دائماً في مسألة وجوب كتابة العقد، ودقة صياغته، بما يؤدي إلى اصطباغ عباراته بالوضوح، وعدم اللبس والغموض، كما تتشدّد في ضرورة وضع العبارات والكلمات في أماكنها لتعطي مدلولها، وألا تكون سبباً لإثارة الخلافات في المستقبل[387].

ومن خلال الاستقراء للموقف التشريعي والقضائي في فرنسا ومصر وسورية نستطيع القول إنه إذا كان الأصل هو الرضائية الكاملة للعقد الإداري، وتحرره من قيود الصيغة والشكل، إلا أن التوسع في اشتراط شكليّة الكتابة من جانب المشرع في فرنسا ومصر وسورية، قلب القاعدة ليجعل الكتابة هي الأصل، ولتصبح ركناً لازماً لإبرامه، بحيث لا ينعقد إلا إذا انصبّ رضاء الطرفين في الصيغة أو الشكل الذي نص عليه القانون [388].

ومن دون شكّ، فإن بطلان العقد في حالة عدم اتباع الصيغة الكتابية يمتزج مع وجوده المادي[389]؛ بمعنى أن الكتابة أصبحت هنا ركناً من أركان العقد وليست شرطاً من شروط الصحة، وهذا ما يدفعنا إلى البحث في الحالات التي تكون فيها العقود الإدارية غير مكتوبة والتي تظهر في ثلاث حالات هي: العقد الشفهي، والعقد الضمني، والعقود قليلة القيمة التي تبرم بناء على فاتورة أو مذكرة، وأخيراً العقود الإلكترونية.

أولاً– العقود الشفهية:

من الممكن إبرام عقود إدارية شفهية خارج إطار الحالات التي يتطلب فيها المشرع الكتابة صراحة[390]، إذ أجازت المادة /34/ من دفتر الشروط العامة رقم(450) لعام2004 في سورية

التعاقد إلكترونياً، وفقًا لما يتم ميكنته من إجراءات من خلال منظومة موحدة ومنتظمة ومؤمنة إلكترونياً، على أن تتبع الإجراءات المميكنة حال اكتمالها وانتظامها".

[387] بلاغ رئاسة مجلس الوزراء في سورية رقم (75/ب– 12/1278) تاريخ 1978/6/10، مذكور لدى صبحي سلوم، " موسوعة العقود"، ج1، مكتبة النوري، دمشق،عام 2005، ص 218، والبلاغ رقم 104/ب – 15/5520 تاريخ 1984/11/29، مذكور لدى صبحي سلوم، المرجع نفسه، ص 221 .

[388] د. محمد حاج طالب: "دور المحررات العرفية المعدة مقدماً في الإثبات المدني"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، عام 1999، ص 9.

[389]Laurent (F.P.), Prcis de droit administratif,op.cit, p. 324, n°566.

[390]Laubadère(A.) et al ., Traité des contrats, T1, op.cit. p 569 .; Chapus (R.), Droit administratif, T1, Delta, paris, éd9, 1995, p 1046.

صراحة العقد الشفوي، عندما أفسحت المجال للإدارة أن تطلب من المتعهد القيام بأعمال لم تلحظ في العقد، وذلك في حالة السرعة، لأنه عند عدم وجود سرعة مسوّغة يجب أن تبرم ملحق عقد ولم يسمح لها النص بإبرام عقد شفوي.

وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي إمكانية إبرام عقود إدارية شفهية في مناسبات عدة نذكر منها: العقد المبرم مع الإدارة لأجل نقل مواد ولوازم معينة[391]، وعقد نقل بضائع بالشاحنات[392]، وعقد محلّه إتمام عقد سابق[393]، وعقد متعلق باستضافة رعايا أجانب ضمن مراكز استقبال تمهيداً لترحيلهم[394].

من جهتها خلصت المحكمة الإدارية العليا السورية إلى أن:"..عدم تنظيم عقد كتابي بين الطرفين لاينفي صفة العقد الإداري.."[395]. وقد استقر رأي مجلس الدولة السوري على أنه:" لا يجوز إبرام عقد عن علاقة قامت وانتهت، ولا يجوز أن يتم إبرام العقد من أجل إعطاء غطاء قانوني وإيجاد لصرف قيمة التوريدات، وخلص المجلس إلى أن عدم وجود عقد كتابي لا ينفي الواقع الفعلي للتوريد، وإنما يتحوّل الأمر إلى عقد فعلي"[396].

ويرى المجلس أيضاً أن:" قيام المتعهد ببعض الأعمال العقدية بناء على طلب شفوي ريثما يتم إجراء عقد ترميم يعدّ عقداً فعلياً يستحق بموجبه صرف استحقاقاته... من حيث إنه بالنسبة إلى المستلزمات التي قام المتعهد بتوريدها، فإن عدم وجود عقد كتابي بين الطرفين لا ينفي الواقع الفعلي للتوريد، وأن الإدارة قد قامت باستلامها واستخدامها فضلاً عن قيامها بصرف جزء من قيمتها للمتعهد، وهو ما ينطبق عليه مفهوم **العقد الفعلي**[397].

---

[391] C.E, 22-5-1932, Dame, Vve Chabaud, Rec. p 471

[392] C.E, 9-11-1942, sté diseltraction, Rec. p 471

[393] C.E, 22-3-1950, Territoire des St- pierre et Miquelon, Rec. p 177

[394] C.E, 20-4-1956, Epoux Bertin R.D.P, p471

[395] حكمها رقم(153/ع)،الطعن (72) لسنة 2003. في حين أن اجتهاد المحكمة في مواقف أخرى رأت أن التزامات الجهات العامة في الدولة لاتقوم إلا على أساس الكتابة. قرار المحكمة(354) الطعن (436) لعام 2001.

[396] رأي المجلس رقم /117/ لسنة 2014، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة 2016، المكتب الفني.

[397] الرأي رقم/20/ لسنة2015 في القضية رقم(32/ف) لسنة 2015 ،المجموعة الذهبية ذاتها، ص460: ".. ومن حيث إن المادة /1/ من القانون رقم/ 50/ لعام 2004 قد عرّفت العقد بأنه مجموعة الأحكام التي يرتبط بها كلّ من المتعهد والجهة العامة بما في ذلك دفتر الشروط العامة ودفاتر الشروط الخاصة والمواصفات وسائر الجداول والمصوّرات والوثائق المتعلقة بالعقد...ومن حيث إن المفاد من التعريف المذكور أن الغاية المتوخّاة من إبرام أي عقد هي تنظيم وتوضيح الحقوق والالتزامات المستقبلية بين الطرفين المتعاقدين خلال فترة التنفيذ المقبلة. وبحسب هذا المفهوم القانوني، فإنه لا يجوز تنظيم عقد عن علاقة قامت وانتهت. وعليه فإنه من غير الجائز قانوناً تنظيم عقد من أجل إعطاء غطاء قانوني للتوريدات التي قام المتعهد بتوريدها، وبالتالي استدراك الخطأ الذي ارتكبته الإدارة بهدف إيجاد آليّة لصرف قيمة هذه التوريدات.وفيما يتعلق بالتوريدات الأخرى التي لم يقم المتعهد بتوريدها فإذا ما كانت الإدارة بحاجة إلى هذه المستلزمات، فإنه يجوز قانوناً تنظيم عقد مع ذات المتعهد بشأن هذه المستلزمات بعد التقيّد بالأصول القانونية في هذا...".

وفي مصر، أقرّت محكمة القضاء الإداري إمكانية إبرام العقود الإدارية شفاهةً[398]. كما أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية" أن للإدارة أن تتحلّل من الشكل الكتابي للعقود.."[399].

ثانياً- العقود الضمنيّة:

قَبِل مجلس الدولة الفرنسي مفهوم العقد الضمني، لأن العقد الذي لا ينتج عن التعبير الصريح عن الإرادة إنما ينتج من سلوك أطراف العقد والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية التي تبرز إلى حيز الوجود القانوني رضاً مشتركاً تنتج عنه رابطة تعاقدية على النحو الذي يتطلبه القانون[400].

وتعد عقود تقديم المعونة مجالاً خصباً لتحقق فرضية العقد الضمني[401]، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مثلاً أن عملية إنقاص البترول من سفينة جانحة في البحر بغية إنقاذها، بناءً على طلب السلطات البحرية، لا يجب أن يعد مجرد عمل مادي، وإنما يجب أن يكيّف على أنه تنفيذ لعقد ضمني أبرم في مثل هذه الظروف[402].

ثالثاً- العقد المبني على الفاتورة:

القاعدة في فرنسا أن عقود الشراء العام (الأشغال- التوريدات- الخدمات- النقل) يجب أن تبرم بالصيغة الكتابية[403]، إلا أنه يوجد استثناء على هذه القاعدة يتمثل في إمكانية إبرام عقود شراء عام من دون اللجوء إلى الصيغة المكتوبة لتدوين الحقوق والالتزامات العائدة إلى الطرفين، إذا كانت هذه العقود زهيدة القيمة[404]. في هذه الحالات يحق للإدارة أن تتعاقد خارج نطاق الصيغة المكتوبة – بشكل شفهي- ومعتمدة فقط على الفاتورة التي يقدمها المورّد، أو المذكّرة (الكشف) الذي يبرزه المقاول[405].

---

[398] القضية (3480) لسنة (9)، مشار إليه لدى د. سيمان الطماوي "الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص373.

[399] حكمها في الطعن رقم 1004 لسنة 12ق، وحكمها في الطعن رقم 2289لسنة 30ق تاريخ1990/3/20، ص1421: مشار إليهما لدى: د. مصطفى كامل محمد علي"الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2006، ص195.

[400]Pouyaud(D.), La nullité des contrats administratif, op.cit. p 72

[401]C.E. 27-2-1982, Lavignelle, Rec, p 15.

[402]C.E. 4-4-1952, Sét naval des pétroles, Rec, p 21.

[403] د. محمد العموري:، "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 39.

[404]Laubadére- Venizia et Gaudemet, Manuel de droit administratif, op.cit, p247.

[405]Chapus (R.), Droit administratif, T1, op.cit. p 1046.

وعندما صدر المرسوم رقم (2015/899) في فرنسا (الخاص بالعقود الإدارية الخاضعة إلى الأمر المؤرخ في 7/23/عام 2015) نصّ في المادة /15/ منه على أن العقود الإدارية التي تستجيب لحاجة تقدر قيمتها التقديرية بـ (25000) يورو فأكثر، يتم إبرامها كتابة[406].

وقد أجازت المادة /3/ من القانون رقم /51/ لعام 2004 للإدارة تأمين احتياجاتها عن طريق "الشراء المباشر"[407] في حالات محددة بعد التثبت من جودة المواد، أو صلاحية الخدمات، واعتدال الأسعار[408]. ولضبط آلية التعاقد عن طريق المباشر أصدرت رئاسة مجلس الوزراء تعميماً ألزم الجهات العامة بالتقيد بالعديد من الضوابط في حالة اللجوء إلى الشراء المباشر[409].

رابعاً- إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية:

نتج عن شيوع استعمال التكنولوجيا الحديثة في إبرام التصرفات القانونية ظهور مجتمع بلا ورق[410]، ومن ثم أصبح تحرير العقود وتدوينها يتم من خلال وسائط الكترونية[411]. ولقد أخذ الفضاء الإلكتروني يغيّر مفاهيمنا ضمن النظام التعاقدي المعاصر تلك الخاصة بالإثبات، أو التوقيع، أو المسؤولية التعاقدية، أو تكوين العقد[412]، والتي تشهد على براغماتية أكبر في إجراء التصرفات القانونية، وزيادة التداخل بين قواعد القانونين العام والخاص[413].

أما العقد الإداري الإلكتروني، فهو لا يعدو أن يكون اتفاقاً يبرمه شخص معنوي عام بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتتجه فيه نيّة الإدارة إلى الأخذ بأحكام القانون العام.

---

[406] عندما صدر القانون رقم (1075) تاريخ 2018/12/3 الخاص بالجزء التنظيمي من قانون المشتريات العامة في فرنسا لم يعدل في هذه القيمة.

[407] حكمت محكمة تنازع الاختصاص في سورية بأن: "الشراء المباشر يعد عقداً إدارياً، ويعود الاختصاص للنظر بمنازعاته للقضاء الإداري". القراررقم /8/ تاريخ 2014/10/28، غير منشور.

[408] وبموجب الفقرة /أ/ من المادة /5/ من القانون نفسه فإن النفقة الناجمة عن الشراء المباشر تصرف بالاستناد إلى الفاتورة الصادرة عن الجهة التي قدمت الاحتياجات. أما في الحالة /ج/ من المادة /3/ فتوقّع الفاتورة من قبل لجنة الشراء المباشر المختصة، إشعاراً بأن الاحتياجات مطابقة للمواصفات المطلوبة، وأن الأسعار الواردة في الفاتورة معتدلة، وذلك بعد استكمال باقي الأوراق المثبتة المقررة.

[409] التعميم رقم (15/635) تاريخ 2019/10/13. وهو يؤكد على تعميم سابق رقم 15/890 تاريخ 2018/10/14. "

[410] Mazeaud (V. D.), Le nouvel ordre contractuel, Revue des contrats, oct. 2003,no 9. et no 20.

[411]- حوحو يمينة، عقد البيع الالكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر(1)، السنة الجامعية 2011-2012 ص 5.

[412] Le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie se réclame ainsi d'un plus grand pragmatisme. V. Rapport de présentation du 1er projet p. 2.

[413] عرّفت المادة الأولى من القانون قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم 3 لعام 2014 العقد الإلكتروني بأنه" اتفاق بين طرفين أو أكثر، يجري انعقاده أو تنفيذه كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية". كما عرّف قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري رقم (4) لعام 2009 في مادته الأولى المعاملات الإلكترونية بأنها: معاملات تنفذ بوسائل إلكترونية.

وهكذا تستند العقود الإدارية الإلكترونية إلى وسائل الكترونية وعن بعد، ومن دون تبادل مادي للأوراق. ويتحقق إثبات العقد الإداري الإلكتروني عن طريق المحررات الإلكترونية[414]، والتي يشترط فيها أمران: الأول هو الكتابة التي لا يوجد المحرر من دونها، والثاني هو التوقيع على ذلك لكي يعطي الكتابة حجية في الإثبات[415].

تأسيساً على ذلك، فإن المرسوم رقم (692-2002) الخاص بإبرام العقود الإدارية بوسائط إلكترونية في فرنسا، قد نصّ في المادة (10) على إلزام الإدارة بإعلام المرشحين بحفظ طلباتهم من أي فيروس معلوماتي، وذلك عن طريق وضعها في نظام حماية خاص. والصك الخاص الذي يحقق قيمة قانونية كاملة نتيجة توقيع الأطراف المتعاقدة عليه، تظل مصداقيته القانونية مرتبطة بتوقيع هذه الأطراف، التي تمنحه هذه القيمة كوثيقة قانونية[416]متعددة الأطراف[417].

---

[414] في إثبات العقد الإداري الإلكتروني، احتاط المشرّع الفرنسي لذلك عندما ألزم السلطات المتعاقدة حفظ المستندات الخاصة بإبرام العقد عن طريق ما يسمى "الأرشيف الإداري الإلكتروني"، كما ألزم المرشّحين حفظ دفتر الشروط، وكل المستندات الخاصة بالعقد، من أجل تقديمها إلى القضاء، وذلك بموجب المرسوم رقم (2002-692) الخاص بإبرام العقود الإدارية بالوسائط الإلكترونية، وكذلك المرسوم رقم (2001-846) الخاص بالمزايدات الإلكترونية.

[415]- إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، 2006، ص 13.

[416] DEVÈZE (V. J.), Vive l'article 1322 ! Commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil, op. cit. p. 531.

[417] وفقاً للمادة (1316-4) من القانون المدني الفرنسي: "يجب أن ينطوي الفعل الإلكتروني، على استخدام عملية موثوقة لتحديد هوية الأطراف لضمان صلتها بالقيمة الحقيقية التي تتمسك بها ". LUCAS (V.A.), DEVÈZE (J.), FRAYSSINET (J.), Droit de l'informatique et de l'Internet, Puf 2001, no 891 ; HOLLANDE (H.), LINANT DE BELLEFONDS (X.), Pratique du droit de l'informatique et de l'Internet, 6ème éd. Delmas 2008, p.246 .

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الثاني

طرق اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة

عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة –كما سبقت الإشارة– لها خصوصيتها؛ وتتمثل هذه الخصوصية في التضييق على الحرية التعاقدية؛ فالإدارة ملزمة باتباع طرق محددة في إبرام صفقاتها، بحيث يترتب على اتباعها لتلك الطرق استبعاد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، وذلك لضمان المساواة والحيدة التامة بين المتقدمين للتعاقد.

والأصل في اختيار أفضل المتعاقدين هو اتباع طريقة المناقصة أو المزايدة بحسب نوعية العملية التعاقدية وفحواها؛ فأسلوب المناقصة يتبّع بالنسبة إلى العقود التي ترتب أعباء مالية على الخزانة العامة، مثل عقود الأشغال العامة، أو التوريد، أو النقل...، في حين يتبع أسلوب المزايدة بالنسبة إلى العقود التي تدخل عائداً في الخزانة العامة، مثل بيع عقار أو منقول...[418].

ومن هذا المنطلق يتولّى المشرع عادةً وضع طرق التعاقد التي يجب على الإدارة أن تسلكها في سبيل إبرام عقودها، كما يضع الخطوط العامة لإجراءات وتفصيلات هذه الطرق، متوخّياً أن تجري عمليات التعاقد على النحو الذي يحقق مقاصدها.

على أّنه إذا نص القانون على وجوب اتباع أسلوب بعينه في التعاقد، فإن الإدارة يجب أن تلتزم به وإلا وقع تصرفها باطلاً، أما إذا لم يقيّدها القانون بشيء من ذلك، فلها الحرية في اختيار أسلوب التعاقد الملائم، وإذا كانت تضل مقيّدة في هذا الشأن بمقتضيات المصلحة العامة والمبادئ العامة التي تحكم نظام العقود الإدارية.

وتعدّ المناقصة أهم أسلوب لإتاحة الفرصة لقيام المنافسة بين الراغبين في التعاقد، وأهم وسيلة لتمكين الإدارة من الحصول على أفضل عطاء.

وسنشرح هذه الوسائل وفق المطلبين الآتيين:

[418] د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام2000، ص799.

المطلب الأول

أساليب التعاقد القائمة على السلطة المقيّدة

هي أساليب يتم رسمها من قبل المشرع لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري، وتقوم على مبادئ المنافسة المفتوحة والعلانية، والإسناد التلقائي على أقل سعر، وتنهض بعبء عملياتها سلطة مختصة هي لجنة المناقصات على أن تبقى نتائج الإرساء الذي توصلت إليه اللجنة المذكورة موقوفة على اعتماد، أو تصديق السلطة المختصة بإبرام العقد[419].

ولا غلوّ في القول إن المناقصات العامة تعد أهم الأساليب التي تلوذ إليها الإدارة في اختيار المتعاقد معها، بل إنها الشريعة العامة التي لا يصحّ للإدارة أن تحيد عنها، إلا على وفق أوضاع وشروط يضعها المشرع سلفاً؛ إذ حرصت أغلب التشريعات العربية والعالمية على اعتماد المناقصة العامة أصلاً عاماً في التعاقد الإداري.

وتوجب المناقصات العامة على الإدارة مجموعة من الإجراءات وسلسلة من القرارات تتخذها بإرادتها المنفردة، وإن من شأن تلك القرارات– كما هو الحال في القرارات الإدارية– أن تنشئ مراكز قانونية للمناقصين المتنافسين، أو تُحدث تغييراً في هذه المراكز. ومن هنا يكون لزاماً على الإدارة أن تتوخّى سبيل القواعد القانونية في نشاطها هذا، ومن ثم فإن قرارتها في هذا الإطار لا تنفكّ عن خضوعها للرقابة بأوجهها المختلفة بشكل ينسجم مع مفهومها وغاياتها.

الفرع الأول– تعريف المناقصة (والمزايدة) العامة[420]:

إذا كانت المناقصة وسيلة لتنفيذ أعمال الإدارة بأرخص الأسعار، فإنها تختلف في ذلك عن المزايدة التي يكون موضوعها التصرف في بعض ممتلكات الإدارة بأعلى الأسعار، وعلى الرغم

---

[419] Guibal (M.), Mémento des marches publics, Le moniteur, 2è edition, Paris, 1998, p 22.

[420] تمثل المناقصة الأصل العام الذي قرره المشرع في سورية للإدارة في اختيار المتعاقد معها عند قيامها ببعض الأعمال، بسبب أهميتها في اختيار المتعاقد مع الإدارة، وذلك بإفراده الفصل الثالث من القانون رقم(51) لعام2004 المتضمن القواعد التي تحكم المناقصة. كما تنص المادة (83) من قانون الصفقات العمومية الفرنسي على أن إبرام الصفقات العمومية يكون باتباع إجراء المناقصة أو طلب العروض أو بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في المادتين (103 و 104)، إذ نصت المادة (103) على أن: " التفاوض يكون بالتزام المكلف بإبرام الصفقات العمومية بالتفاوض مع المترشحين، على أن تمنح الصفقة لمترشح معين"، ونصت المادة (104)على أن: "الصفقات العمومية تبرم عن طريق اللجوء إلى المنافسة أو دون اللجوء إلى المنافسة، وحددت الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى المنافسة، والحالات التي لا يمكن اللجوء فيها إلى المنافسة"

من الاختلاف بينهما في المضمون إلا أن هدفهما واحد هو تحقيق المصلحة العامة، لذلك تسري عليهما أحكام واحدة عادةً[421].

أولاً- تعريف المناقصة:

تعني المناقصات العامة الإجراء الذي تلتزم الإدارة بمقتضاه باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أقل عطاء ممكن. ويكون ذلك عادةً إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة، كما هو الحال في عقود الأشغال العامة، أو القيام بالشراء أو التوريد أو النقل مثلاً[422].

ثانياً- تعريف المزايدة العامة:

تعني المزايدة العامة الطريقة والإجراء المقرر قانوناً، والذي تلتزم بمقتضاه الإدارة باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أعلى عطاء ممكن[423].

الفرع الثاني- مبادئ المناقصة الأساسية:

تلتزم الإدارة عموماً عند لجوئها إلى أسلوب المناقصة بالمبادئ الآتية:

أولاً- المساواة وحريّة المنافسة:

المقصود بالمساواة هنا معاملة جميع العارضين على قدم المساواة، بالنسبة إلى الشروط المطلوبة، والمواعيد والإجراءات المقررة، فلا يجوز إذن التفرقة بين المتناقصين من جانب الإدارة عن طريق محاباة أحدهم، أو إعفائه من بعض الشروط، في حين يتم التشديد في تطبيق الشروط على الآخرين.

ومبدأ المساواة الذي يحكم إجراءات المناقصة يتقيد بطبيعة المناقصة؛ فليس ثمة تعارض بين مبدأ المساواة وقصر الاشتراك في المناقصة على مقاولين محددين في مشروعات محددة، وهو ما

---

[421] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، " الأسس العامة للعقود الإدارية"، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، عام 2005، ص102.

[422] عرّف القانون الفرنسي المناقصة بأنها: "الإجراء الذي من خلاله يستطيع الشخص المعنوي العام اختيار العطاء الأفضل من الناحية الاقتصادية، دون اللجوء إلى المفاوضات على أساس المعايير الموضوعية والمعروفة من قبل المترشحين"، Article 33 du décret n°2001-210.

[423] د. سليمان الطماوي، "الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع السابق، ص 239.

يعرف بالمناقصة المحدودة أو المقيّدة، أو قصرها على الأشخاص والمشروعات المحلية داخل نطاق محافظة معينة، وذلك في حالة المناقصة المحلية[424].

وتعني المنافسة الحرة، فتح باب المنافسة أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، بحيث يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء مزية لأحدهم لم تعط لأقرانه. وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة يجب أن تكون واحدة للجميع[425].

ويقوم مبدأ المنافسة الحرة على أسس الحرية الاقتصادية، التي تفرض إبرام العقد الإداري عن طريق تفاعل قوى العقد بالمعنى الاقتصادي[426].

وكذلك يقوم مبدأ المنافسة الحرة على أسس دستورية تتعلق بالمساواة أمام القانون، والتي من مقتضاها التطابق والمماثلة بين مراكز المتنافسين عند إبرام العقد الإداري، ما دامت مراكزهم واحدة، وتنطبق عليهم الشروط القانونية للاشتراك في المنافسة[427]. وإضافةً إلى ذلك، فإن مبدأ المساواة في المنافسة يؤدي إلى احترام النزاهة والشفافية عند إبرام العقود بشكل واضح[428].

وعلى كل حال، وعلى الرغم من أن القوانين المقارنة في فرنسا ومصر، قد أقرّت بوضوح مبدأ المنافسة الحرة والمتساوية القائمة على أساس من الشفافية، إلا أن قانون العقود الموحد رقم 2004/51 في سورية قد جاء خالياً من نص واضح يقرر المنافسة الحرة والمساواة عند إبرام العقد الإداري، وهذا نقص تشريعي، حبذا لو يتمّ تفاديه[429].

وفي كل الأحوال يترتّب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم، حتى ولو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التي حددتها الإدارة. وحرمان

---

[424] انظر: د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 154-155.

[425] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، مرجع السابق، ص 141.
علماً أن مجلس الدولة الفرنسي قد ركز على هذا المبدأ في العديد من أحكامه، ومنذ زمن طويل، إذ جاء في أحد أحكامه على سبيل المثال: (.. إن قواعد المنافسة والمساواة بين العارضين هي جوهر المناقصة، وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة أن تمارس تمييزات قانونية، أو واقعية من شأنها أن تؤدي إلى تفضيل بعضهم دون بعضهم الآخر، وإلى إلغاء أعباء على بعضهم دون الآخر)، حكمه في قضية Bourgde تاريخ 1984/7/9م المجموعة، ص 314 .

[426]Brechon- Moulenes, Droit des marches publics, T, Moniteur, Paris, 1999, III,1091, p.2.

[427]Villiers, Dictionnaire de droit constitutionnel, A. colin, Paris, 2001, p.95.

[428]Brisson(.J.F), Les fondements juridiques du droit des marches publics, Inprimerie, le Moniteur national, Paris, 2004, p. 21.

[429] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 144 .

الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة قد يكون حرماناً جزائياً، وقد يكون حرماناً وقائياً الهدف منهما في كل الأحوال حماية المصلحة العامة[430].

ولقد أرست هذا المبدأ التشريعات في سورية المتعلقة بالصفقات العمومية، والتي تدعو إلى اشتراك جميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم الأمر، والذين تتوافر فيهم الشروط العامة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، واستبعدت في الوقت نفسه طائفة من الأشخاص من المشاركة في المناقصة الذين كتبت أسماؤهم في القائمة السوداء بسبب الغش، كالغش في مواد البناء وفي طريقة البناء، أو عدم تنفيذهم لالتزاماتهم في عقود سابقة أبرمت مع الإدارة[431].

ثانياً- الإعلان عن المناقصة:

إعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد، تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد، ونوع الخدمات المراد تقديمها، وشروطها[432].

وتؤدي العلانية إلى وضع المنافسة الحرّة موضع التطبيق العملي، لما تحققه من إثارة المنافسة ضمن مناخ المساواة والشفافية. فمن دون الإعلان لا يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة[433]، ومن ثم، فإن أي عيب في العلانية، يؤدي إلى بطلان العقد، وذلك بسبب خرق القواعد الأساسية المتعلقة بحرية المنافسة والمساواة فيها، وشفافية الإجراءات[434].

ولا تتحقّق العلانية من الناحية الموضوعية إلا عن طريق نشر حد أدنى من المعلومات حول العقد المراد إبرامه، وقد نصت الفقرة ب من المادة (10) من القانون 2004/51 على الحد الأدنى

---

[430] في الحرمان الجزائي يكون تقرير الإدارة حرمان شخص معيّن طبيعياً كان أو معنوياً من دخول المناقصات العامة التي تدعو إليها بمنزلة جزاءٍ يوقع على هذا الشخص؛ وهذا الحرمان الجزائي قد يكون منصوصاً عليه في القانون كعقوبة أصلية أو تبعية؛ كما قد يكون جزاء مقرراً على الشخص الطبيعي أو المعنوي لسبق ارتكابه أخطاء أو جرائم في تنفيذ عمليات سابقة تعاقد عليها مع الإدارة.

[431] تنص المادة (58) من القانون 2004/51 على أنه:" أ - يحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير المتعهد الذي يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة، ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.ب - يجوز لرئيس مجلس الوزراء أو للوزير إعادة النظر في القرارات المتخذة بموجب البند السابق بعد مرور سنة واحدة على الأقل".

[432] يكون الإعلان عن المناقصة الخارجية في سورية والخارج باللغتين العربية والإنجليزية، كما يطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بسورية أو قنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة. ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام الواسعة الانتشار وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد.إذ تنص المادة العاشرة من قانون 2004/51: أ- تنشر إعلانات المناقصة في نشرة الإعلانات الرسمية وفي صحيفة يومية، كما تلصق نسخ عن هذه الإعلانات في لوحة إعلانات الجهة العامة. وبالإضافة إلى ذلك يمكن عند الاقتضاء الإعلان عن المناقصة في الإذاعة والتلفزيون وسائر وسائل الإعلام الأخرى، كما يجوز تبليغ الجهات التي تهمها المناقصة وتبليغ البعثات والهيئات التجارية العربية السورية المعتمدة في الخارج والبعثات الأجنبية المعتمدة في سورية صوراً عن الإعلان المتعلق بالمناقصات الخارجية".

[433] Chapus (R.),Droit administratif, T1, op.cit. p. 1049.

[434] Barconnier (S.),Precis du droit des marches publics, Inprimerie national, le Moniteur, Paris, 2007, p.238.

من البيانات، التي يجب أن يتضمنها الإعلان عن المناقصة[435]. وقد حدد القانون ذاته وسائل معينة لنشر الإعلانات المتعلقة بالمناقصات[436].

ويجري العمل في سورية على عدم جواز اللجوء إلى تخفيض المدة لضرورة السرعة، إلا في حال وجود حالة ملحّة تدفع الإدارة إلى ذلك [437]. وقد حرص المشرع السوري، على مراعاة الدقة في حساب مدة تقديم العروض، فلا يدخل يوم الإعلان في حساب هذه المدة، كما لا يدخل يوم إجراء المناقصة [438].

ومن الملاحظ، أن القواعد التي تنص على ضرورة الإعلان السابق على المناقصة تعد من قبيل القواعد الآمرة، التي يؤدي الخلل فيها إلى وصم المناقصة باللامشروعية، فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلان مناقصة، لأن الإدارة لم تحترم قواعد العلانية، عادّاً أن المناقصة في هذه الحالة معيبة في ماهيتها ذاتها[439].

وعلى كل حال، لا يجوز التعديل في دفاتر الشروط والمخططات وسائر الوثائق التي تبنى عليها المناقصة، بعد إذاعة الإعلان عنها، مالم يعلن عنها مجدداً[440].

ومن الجدير بالملاحظة أن مبدأ علانية المناقصة، وإن كان يكفل مبدأ حرية المنافسة إلا أنه لا يعدّ إيجابا تتقدم به الإدارة إلى المتعاقدين معها، بل هو مجرد دعوة إلى التعاقد. ونظراً إلى أهمية الإعلان في المناقصة، فإن القوانين التي تنظمها تحرص دائماً على النص عليه صراحة، فلقد نص عليه المشرع الفرنسي في قانون العقود الإدارية، وتطلب ضرورة توافره سواء في عقود الدولة أو بالنسبة إلى العقود التي تبرمها وحدات الإدارة المحلية[441].

---

[435] "1- موضوع المناقصة. 2- مكان وزمان تقديم العروض، وجلسة المناقصة. 3- التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة. 4- الجهة التي يمكن شراء إضبارة المناقصة منها. 5- سعر الإضبارة. 6- مدة إنجاز العقد. 7- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً بعرضه ".

[436] وهي تتجلى وفقاً للفقرة أ من المادة (10) فيما يأتي: 1- النشر في الصحف. 2- النشر في نشرة إعلانات الدولة. 3- اللصق في لوحة إعلانات الإدارة المعنية. 4- النشر عن طريق التبليغ. 5- النشر عن طريق الإذاعة والتلفزيون وسائر وسائل الإعلام الأخرى . وقد حددت الفقرة /أ/ من المادة (9) من القانون 2004/51 مدة الإعلان، بحيث يعلن عن المناقصة قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً بالنسبة إلى المناقصات الداخلية، وخمسين يوماً بالنسبة إلى المناقصات الخارجية

[437] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 149.

[438] الفقرة (د)من المادة (9) من القانون 2004/51.

[439] C.E. 19-2-1988 commune de la Rép. De la Seint-Denis, R.M.P. 1989, 243. P. 15.

[440] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 150.

[441] Bonnard (R), La passation des marchés publics . revue de droit public et de la science politique n° 59 . P 159.

ثالثاً– إبرام العقد في إطار المنافسة:

يتم إبرام العقد في إطار المناقصة العامة بتقديم العرض بحسبانه يمثل إيجاب العارض، ومعبراً عن إرادته في التعاقد مع الإدارة وفقاً للشروط الموضوعة، ولا يكتمل إبرام العقد إلا بقيام الإدارة بإصدار قرار الإرساء على العرض الأفضل، وإصدار قرار توقيع العقد بحسبانهما الخطوتين، اللتين تمثلان قبول الإدارة.

وإضافةً إلى ما تقدم، فإن العرض يجب أن يكون مكتوباً، ولا يجوز أن يقدم شفاهاً بأي حال من الأحوال، وتحت طائلة الرفض، والبطلان المطلق[442]. وتقدم العروض بعد إعدادها من قبل العارضين عن طريق وسيلتين: إما بالإيداع المباشر لدى الجهة المعنية بالمناقصة، أو إرسالها بالبريد المضمون[443].

وتجدر الإشارة إلى أن إلغاء الطابع المادي للعقود العامة في فرنسا أصبح إلزامياً بدءاً من نفاذ المرسوم الصادر في 1 أكتوبر 2018 لغالبية العقود العامة. نتيجة لذلك، بعد هذا التاريخ أصبحت العروض الورقية غير مقبولة، وبالتالي تم رفضها بشكل عام[444].

كما تم في فرنسا، كجزء من إجراءات التعامل مع جائحة (covid–19) تعديل قواعد قانون الصفقات العامة بالمرسوم رقم (319– 2020) المؤرخ 25 مارس 2020. وينص هذا المرسوم على عدد معين من القواعد، ولا سيما فيما يتعلق بالمواعيد النهائية لاستلام الطلبات والعروض، وشروط المنافسة، ومدة العقود، ومقدار السلف، والتدابير الواجب اتخاذها في حالة وجود صعوبات مادية في تنفيذ العقد[445].

---

[442] د. محمد الحسين، د.مهند نوح، المرجع السابق، ص 177.

[443] الفقرة (أ) من المادة (19) من القانون 2004/51. "ويسجل كل عرض في ديوان الجهة الإدارية المعنية بالمناقصة، ويمنع على العارض الواحد أن يقم أكثر من عرض، وإذا تم ذلك، فيؤخذ العرض الأسبق بالتسجيل، إلا أنه يجوز للعارض أن يقدم أكثر من خيار ضمن العرض الواحد، إذا نص دفتر الشروط الخاصة على ذلك "الفقرتان ب و ج من القانون 2004/51.

[444] أصبح تقديم الطلبات والردود الإلكترونية للعقود العامة إلزامية بدءاً من 1 أكتوبر 2018 للعقود التي تتجاوز قيمتها (25000) يورو، وتم في 1 يناير 2020 رفع هذا الحد إلى (40.000) يورو. وتجدر الإشارة إلى أن إزالة الطابع المادي لإجراءات التعاقد، ليس إلزامياً بالنسبة إلى العقود المتعلقة بالخدمات الاجتماعية، مهما كانت قيمتها، وعقود المشتريات الدفاعية أو الأمنية وعقود الامتياز(وفق أحكام المادة (R. 2122-8) من قانون العقود العام) اعتباراً من 1 يناير 2020. وقد يكون التوقيع الإلكتروني للوثائق المرسلة إلكترونياً مع شهادة التوقيع الإلكتروني "المعتمدة" (eIDAS، RGS) مطلوباً أيضاً في هذه الحالة. ورد ذكر هذه الإجراءات في المواد (R.2132-11 R. 2122-1 12) من قانون العقود العام. بحيث يتم إرسال المظاريف عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية.

[445]Bréchon – Moulènes, Droit des marches, op.cit, III, 330,p 18.

وتقدم العروض ضمن التاريخ المحدد لها في الإعلان، ولا تفتح إلا العروض التي تصل إلى جهة الإدارة في الموعد المحدد لها، وهذا يعني أن المرشحين لا يمكن أن يودعوا عروضهم خارج نطاق مدة استلام العروض تلك، بل إذا ورد عرض متأخر، وقامت الإدارة بقبوله وفتحه، فإن ذلك من شأنه أن يجعل المناقصة غير مشروعة.

وقضت الفقرة (ب) من المادة (18) من القانون 2004/51، بوجوب رفض العرض إذا قدم بعد الوقت المحدد لتقديم العروض. ويلتزم المتعهد المرشح بالبقاء على إيجابه بعد تقديمه، وذلك طوال المدة المحددة لذلك، فلا يجوز له سحبه أو تعديله[446]. وقد استقر رأي الفقه، على أن المصدر القانوني لالتزام العارض بالبقاء على إيجابه، وعدم سحبه، أو تعديله، إنما يتمثل في إرادته المنفردة[447].

الفرع الثالث– قبول الإدارة في نطاق المناقصة العامة (الإرساء والتوقيع):

تقوم الإدارة بعد ورود العروض بالمفاضلة بينها في سبيل الوصول إلى العرض الأفضل، الذي يجب التعاقد مع صاحبه. ويطلق على هذه العملية تسمية"الإرساء"، وتتبع هذه الخطوة خطوة أخرى، وهي صدور قرار نهائي بالتعاقد، محله إبرام العقد وفقاً للمعطيات التي نتجت عن الإرساء، ويطلق على هذه الخطوة تسمية "الاعتماد". وسنعرض لهاتين المرحلتين، وفق الآتي:

أولاً– الإرساء:

تنهض بمهمات الإرساء سلطة إدارية تسمى لجنة المناقصة[448]، وهي مختصّة على العموم بإدارة إجراءات المناقصة عن طريق قرارات إدارية تصدرها، أو أعمال مادية تقوم بها[449]، وهي بذلك تملك سلطات عامة تقتضيها هذه المهمة[450].

وفي هذه المرحلة يتم تحديد العرض الأفضل، وإرساء المناقصة؛ لذلك تقوم لجنة المناقصات بتصنيف العروض المقبولة بترتيب أسعارها بدءاً من السعر الأدنى بعد تدقيق الأسعار الإفرادية،

---

446 حظرت الفقرة (ب) من المادة (19) من القانون 2004/51 استعادة العروض أو إكمالها أو تعديلها، بعد تسجيلها في ديوان الجهة الإدارية المعنية.

447Quancard (M.),op.cit. p .189.

448 طبقاً للقانون 2004/51، تشكل لجنة المناقصات في سورية بقرار من آمر الصرف، وذلك من ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم محاسب الإدارة، أو أحد العاملين تحت إشرافه، ولا يجوز أن يكون آمر الصرف رئيساً للجنة، كما يمكن عند تشكيل هذه اللجنة ذاتها الاستعانة بمندوبين عن الجهات العامة ذات الصلة، بمساعدة اللجنة في النهوض بأعبائها". المادة (12) من القانون 2004/51.

449 تقوم لجنة المناقصات بنوعين من الأعمال: 1- أعمال مادية: مثل فض المغلفات، الترقيم، قراءة العروض المقدمة، فرز العروض.. إلخ. 2- أعمال قانونية: وتتمثل في اتخاذ قرارات إدارية تسهم في إبرام العقد، وهذه القرارات نوعان: يتمثل النوع الأول في البت بكل الاعتراضات التي يمكن أن يثيرها المتنافسون على سير العمل ضمن جلسة اللجنة، ويتمثل النوع الثاني، وهو الأهم، في إصدار القرارات اللازمة لقبول العارضين، وقبول العروض، وإسناد المناقصة على العرض الأفضل.

450 د. عبد الإله الخاني، "القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً"، المجلد الرابع، دون دار نشر، دمشق، عام 1985، ص 208؛ د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 184.

والإجمالية، والتأكد من صحتها، ثم يعلن رئيس اللجنة بعد ذلك اسم المتعهد المرشح، الذي تقدم بالسعر الأدنى المقبول[451].

وقد يحدث أحياناً أن يتساوى أكثر من عرض في السعر الأدنى المقدم. في هذه الحالة يعالج الوضع، وفقاً لما نصت عليه المادة (20) من القانون2004/51، والتي تقضي في هذه الحالة بأن يتم إجراء مناقصة بين من تعادلت أسعارهم في الجلسة نفسها، وبطريقة الظرف المختوم، وتتم مراعاة هذا الإجراء حتى يتم الإرساء. وهذا يعني أنه إذا لم تتبع الإدارة الإجراءات المحددة في الفقرة ج المذكورة من المادة (20)، والمتمثلة في تنفيذ المناقصة الجديدة في جلسة المناقصة القديمة نفسها، وتقديم العروض بطريقة الظرف المختوم، فإن المناقصة تكون باطلة [452].

ولا يشترط أن يتم الإرساء على عرض واحد، إنما يمكن أن يتم الإرساء على عدة عروض، وذلك في حال تجزئة الأدوات؛ التي تحتاج إليها الإدارة إلى أجزاء مختلفة، وطرحها ضمن مناقصة واحدة لتجري المنافسة على كل جزء على حدة، ما ينتج عنه عدة حالات من الإرساء تقوم بها لجنة المناقصة في مجلس واحد، وهذا يعني بدوره إمكانية إبرام عقود عدة عن طريق مناقصة واحدة، لا مناقصات عدّة [453].

وقد أخذ المشرع السوري بالمنهج الذي تبنته العديد من التشريعات في هذا المجال[454]. ويعد إرساء المناقصة ذا طابع إلزامي[455]. ولكن على الرغم من ذلك، فهناك ظرف قانوني مهم يحول دون إرساء المناقصة، وهو يتمثل في حالة عدم تقديم عروض إلى الإدارة بعد الإعلان عنها، أو ورود عرض وحيد، ويكون العرض وحيداً إذا لم يتقدم سوى عارض واحد للمناقصة، أو كان العرض المقبول عرضاً واحداً [456].

ويجوز للإدارة أن تقبل العرض الوحيد إذا أعيد الإعلان عن المناقصة للمرة الثانية، وتقدم عرضاً وحيداً أيضاً، ويشترط في هذه الحالة لقبول العرض الوحيد أن لا تكون الإدارة قد غيّرت في

---

[451] الفقرة (ز)من المادة (20) من القانون 2004/51.

[452] د. محمد الحسين، د.مهند نوح، المرجع السابق، ص 193.

[453] Guibal (M.) Mémento. op.cit., p. 150.

[454] إذ نصت المادة (23) من 2004/51 على أنه:"... يحق للإدارة تجزئة مواد المناقصة بين العارضين حسبما تراه ملائماً، وبحيث تجري إحالة جزء على متعهد دون أن يحقف له الاعتراض شريطة أن ينص على ذلك في دفتر الشروط الخاصة".

[455] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 194.

[456] الفقرة د من البند 1 من المادة 20 من القانون 2004/51.

محتوى دفتر الشروط الفنية خصوصاً؛ لأن ذلك يعني أننا أصبحنا أمام مناقصة جديدة، مما يتحتم معه إعادة الإعلان مرة جديدة، لإمكانية الاخذ بالعرض الوحيد [457].

ويترتب على إرساء المناقصة نتائج مهمة، إذ يؤدي الإرساء إلى تحول مركز المتعهد؛ الذي رست عليه المناقصة من مركز المتنافس إلى مركز المتعاقد المؤقت. ويلتزم هذا المتعاقد المؤقت بالبقاء على إيجابه حتى صدور قرار اعتماد نتائج الإرساء، وتوقيع العقد من السلطة المختصة، في حين يتحلل بقية المتنافسين من عروضهم بقوة القانون. وإن إرساء المناقصة على أحد العارضين، لا يلزم الإدارة بالتعاقد مع مقدّم العرض المؤقت، ولكن يلزمها ألا تتعاقد مع غيره [458].

إذن عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة عملية صعبة ومعقدة تمرّ عبر مراحل عدة، بدءاً من مرحلة الدعوة إلى التعاقد عن طريق الإعلان عن المناقصة، إلى إرساء المناقصة، وكل هذا يحتاج إلى تجنيد موظفين مختصين لمتابعة كل هذه المراحل.

ثانياً- قرار اعتماد نتائج الإرساء وإبرام العقد:

يطلق على عملية تدخل السلطة المختصة باعتماد نتائج الإرساء تسمية "الاعتماد". وقرار إرساء المناقصة هو بمنزلة قرار إداري تلتزم بمقتضاه الإدارة بالتعاقد مع من أرسيت عليه المناقصة. ولا يشترط أن يكون هذا القرار صريحاً، بل يمكن أن يكون ضمنياً (وهذا هو الوضع الغالب)، وهذا يعني أن التوقيع المادي على العقد من جانب السلطة المختصة بذلك يسبقه دائماً قرار مفترض بإبرام هذا العقد ذاته.

وتتمتع السلطة المختصة بإصدار قرار إبرام العقد بسلطة تقديرية في قبول اعتماد نتائج الإرساء أو رفضها [459]، وذلك لأن المناقصة تهدف إلى إبرام عقد يتصل بدوره بتسيير مرفق عام، وإن مصلحة هذا المرفق لا يمكن أن تتحقق إذا كانت المناقصة عبارة عن سلسلة من العمليات المتتالية؛ التي يكون اختصاص الإدارة فيها مقيداً، ما يقتضي وجوب تمتع الإدارة بسلطة تقديرية نهائية تقرر استناداً إليها إبرام، أو عدم إبرام العقد [460].

---

[457] الفقرة و من البند 2 من المادة 20 من القانون 2004/51.

[458] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص 194.

[459] تبنّى المشرع السوري صراحة مبدأ السلطة التقديرية في إصدار قرار إبرام العقد، إذ نصت الفقرة (أ) من المادة (24) من القانون 2004/51، على وجوب تصديق محضر المناقصة من آمر الصرف، والذي يحق له إلغاء نتائج المناقصة لأسباب مسوّغة.

[460] Vedel (G.)et Delvolvé(P.),Droit administratif, P.U.F.Paris, 1993, p. 401.

المطلب الثاني

أساليب التعاقد القائمة على السلطة التقديرية

في الواقع تحتاج الإدارة في ممارساتها لإبرام مثل هذه العقود إلى قدر من الحرية والاختيار، فيجب أن لا تعامل الإدارة على أنها مجرد أداة صماء تقوم بتنفيذ القانون المنظم لهذا الطريق حرفياً من دون مراعاة الظروف المحيطة بالتنفيذ، وإنما يستلزم لتحقيق المصلحة العامة أن تكون للإدارة العامة سلطة تقديرية، بالقدر الكافي لمواجهة التحولات الكبرى التي يستهدفها عالم الإدارة العامة اليوم، حتى تكون متوافقة على الدوام مع الظروف المتغيرة والمتجددة ضماناً للحصول على المستلزمات والخدمات والأعمال اللازمة لتسيير مرافقها العامة، وانتقاء أفضل العروض شروطاً من الناحية الفنية والمالية، واختيار المتعاقد الذي يكون أهلاً للتعاقد بغية تحقيق أهدافها، وتوفير ماهو أفضل لها في الوقت الذي تراه مناسباً.

وعلى الرغم من إحاطة عملية إبرام العقود الإدارية وتنفيذها بالعديد من القيود الإجرائية والموضوعية، حتى يضمن عدم تعسف الإدارة المتعاقدة في استعمال سلطاتها وامتيازاتها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها، في غير الحالات التي تقتضيها متطلبات سير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، إلا أنه في الواقع لا ينبغي التسليم بانعدام السلطة التقديرية للإدارة، فهي توجد بشكل أو بآخر عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري، وأصبح منح الإدارة قسطاً من الحرية والمرونة في التصرف من أهم أساسيات العمل الإداري، وذلك بهدف تطوير نظام المرفق العام ومواءمة أساليبه وتعديل أنماط خدماته، حتى يكون متجاوباً باستمرار مع الحاجات العامة الهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة.

ومن أجل إضفاء صفة المشروعية على أعمالها التعاقدية، يتعين على الإدارة تكريس مبادئ حرية الوصول للطلبيات العمومية والشفافية والمساواة عند التعاقد، كما يجب عليها اتباع أساليب التعاقد الإداري ومراعاة القواعد والمعايير التي تمكنها من اختيار العرض الأفضل، غير أن التزام الإدارة بهذه الخطوات لا يجعل منها سلطة تنفيذ يحرمها من القدرة على التصرف بل إنها تتمتع عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري بهامش من السلطة التقديرية، تبعاً لخصوصيات كل عقد والظروف المحيطة به وفقاً لما يحقق مقتضيات المصلحة العامة، وذلك بداية من المرحلة

التحضيرية التي تدور حولها المفاوضات وتبادل وجهات النظر مع الطرف المتعاقد معها، إلى غاية التوصل إلى إبرام العقد.

وسوف نستعرض أساليب التعاقد التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار المتعاقد معها، وفق الآتي:

الفرع الأول- طلبات العروض:

يقوم هذا الأسلوب على تعدد معايير الإرساء مثل الجودة والسعر والجدارة الفنية والتكلفة الإجمالية لموضع الصفقة ونوع الخدمة المقدمة والمميزات التقنية المقدمة مع العرض وتاريخ وقت التسليم وجعلها كأصل عام في إبرام الصفقات العمومية.

وطلب العروض طريقة لإبرام العقد الإداري يستند إلى المنافسة والعلانية، ويعطي للإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية، لأن الإرساء يتم بناء على عدد من المعايير لا تخضع لحصر، على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر بدرجة رئيسة [461].

لقد أصبح طلب العروض هو الأسلوب المفضل عالميا في الوقت الحالي نظراً إلى ما يتصف به من مميزات إيجابية عن باقي الأساليب[462]. ومن ثم فإنه يترك قدرا كبيراً من الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها، مع الاحتفاظ بالمبادئ العامة التي تحكم المناقصات، كمبدأ المنافسة الحرة بين المتقدمين للتعاقد. ويسمح هذا الأسلوب للإدارة بأن تحصل على أفضل العروض المقدمة، وفي المقابل يحررها من مبدأ الآلية في اختيار المتعاقد الذي كان يقوم على أساس المناقصة.

وسوف نستعرض الموجبات القانونية لطلب العروض، ونتناول الإيجاب والقبول ضمن إجراء طلب العروض، وكيفية الإرساء ضمنه، وذلك على النحو الآتي:

أ- الموجبات القانونية لطلب العروض:

يقوم طلب العروض على العلانية والمنافسة، وهو ما أكدته المادة (28) من القانون السوري 2004/51، والتي قضت بأن يطبق على الشراء بطريق طلب العروض الأحكام المطبقة على

---

[461] Guibal (M.), Mémento. Op.cit. p 32.

[462] د. لنوي خرشي، "الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية"، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، عام 2018، ص148

الشراء بالمناقصة، ما عدا ما ورد فيه نص خاص، ومعنى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالعلانية والمنافسة الحرّة للمناقصة، تطبق بذاتها عند اللجوء إلى طلب العروض[463].

ب- تبادل الإيجاب والقبول وإبرام العقد ضمن إجراء طلب العروض:

يقدم الإيجاب في نطاق طلب العروض، كما هو الحال في المناقصة، ضمن إطار شكلي هو العرض، إلا أن العرض مختلف عما هو معروف بالنسبة إلى المناقصة، إذ يجب أن تقدم العروض ضمن ثلاثة مغلفات منفصلة، ويضمها مغلف خارجي كلي رابع[464].

وبعد الانتهاء من هذه الخطوة، تقوم لجنة المناقصات بفض المغلفات المحتوية على الأسعار، وتحال العروض المالية بعدئذ إلى اللجنة الفنية لتقوم بتفريغ الأسعار في جداول تمهيداً لمقارنتها في ضوء التقييم الفني الذي تم التوصل إليه بعد فض المغلفات الفنية[465]. وبعد ذلك ترفع اللجنة الفنية تقريراً إلى لجنة المناقصات التي تختار- بناءً على معطيات هذا التقرير- العرض الأكثر ملاءمة للإدارة[466].

جـ- مفهوم العرض الأكثر ملاءمة وإبرام العقد: يتم اختيار العرض الأكثر ملاءمة بالنسبة إلى الإدارة بناء على مجموعة من المعايير المحددة مسبقاً[467]، تسمى معايير الإسناد، والتي من شأنها أن تقود إلى الحصول على أفضل تلبية اقتصادية لحاجة الإدارة [468].

---

[463] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص295.

[464] يحتوي المغلف الأول على الأوراق الثبوتية، والثاني على العروض الفنية، والثالث على العرض المالي. ولهذا التقسيم أهمية ليس على المستوى الشكلي للعرض فحسب، إنما على مستوى توزيع الاختصاصات بين اللجان المكلفة باختيار العرض الأكثر ملاءمة للإدارة. المادة (30) من القانون 2004/51.

[465] تختص بعبء الاضطلاع بإجراءات طلب العروض في سورية لجنتان، الأولى هي لجنة المناقصات، والثانية اللجنة الفنية، حيث تجتمع الأولى في جلسة سرية، وتقوم بفض المغلف المحتوي على الأوراق الثبوتية، والتأمينات، وتستبعد العروض التي لا تستوفي الشروط، ومن ثم تحيل العروض التي تم قبولها إلى اللجنة الفنية: الفقرتان (أ و ب) من المادة (31) من قانون العقود 51 لعام2004.

[466] المادة/31/ من القانون 2004/51. مع ملاحظة أنه لا يجوز مطلقاً التغيير في التقدير الفني بعد فض المغلفات المحتوية على الأسعار، تحت طائلة المسؤولية القصوى.

[467] وقد فرضت الفقرة ج من المادة (31) من القانون 2004/51 على اللجنة الفنية أن تجري المقارنة بين العروض المختلفة على أساس الأسعار المعروضة، وكلفة الاستعمال، والقيمة الفنية، وضمانات الصنع، والضمانات المالية المقدمة من كل عارض، ومدة التنفيذ، وشروط الدفع، وغير ذلك.

[468] Lemaitre (M.F.).Les critères des choix des offres dans les marches poblics. R.M.P. 256. 1992. P 56.

[468] Tasciyan (D.), La négociation dans la passation des marchés publics et concessions، https://www.village-justice.com/articles/negociation-dans-passation-descontrats-commande publique,23110.htm

الفرع الثاني– الممارسة الحرة أو التفاوض:

من المستقر عليه في فقهاً أن الإدارة المتعاقدة تستقلّ مُسبقاً بوضع شروط التعاقد، إذ تظهر عند إبرامها للعقود الإدارية بمظهر السلطة العامة، التي تتبوأ مكانةً أعلى من مكانة الراغب في التعاقد معها، وما على الأخير إلا أن يقبل بكل الشروط أو يحجم عن إيجاب الدعوة التي تعلن عنها الإدارة. إلا أن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات، إذ تنعقد مجموعة من العقود الإدارية عن طريق التفاوض، وفقاً لتقنيات متقاربة مع الأحكام المقررة للتفاوض في العقود المدنية.

ففي معظم الأحيان عندما تكون العقود من الأهمية بمكان لدى الأطراف الراغبة في انشاء علاقات بينهم، يسبق هذا الاتفاق النهائي المنشئ لهذه العلاقات مفاوضات يمكن أن تستمر زمناً طويلاً بالنظر إلى موضوع العقد وطبيعة الالتزامات المتبادلة، وما يمكن أن يتضمنه من أمور فنية ومالية وقانونية، أو ما يستتبع تنفيذه من كل فريق تحقيقاً لأهدافه وتأميناً لحسن تنفيذه، كما يصدف أحياناً أن تكون صلاحية المفاوضين محدودة، يضطرّهم إلى الرجوع إلى صاحب المشروع الأصلي لعرض ما توصلوا إليه من نتائج وأخذ تعليماته أو موافقته.

ويقصد بالتفاوض "مناقشة أو تبادل الآراء بين أطراف عدة للتوصل إلى اتفاق. هذا يعني من الناحية النظرية تنازلات متبادلة بين الطرفين"[469]. وينبغي أن تهدف المفاوضات إلى رسم تصور مشترك لعناصره، حتى يأتي معبّراً عن إرادتيهما معاً، وليس إرادة أحدهما فقط"[470].

وتخضع وسيلة الممارسة الحرة أو" **الاتفاق المباشر**" في اختيار جهة الإدارة للطرف الراغب في التعاقد إدارياً معها لمبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، بخلاف طريقة المناقصات والمزايدات العامة التي تكون حرية الإدارة فيها مقيّدة في هذا المجال. فطريق **الممارسة الحرة عن طريق التراضي**، حسب تعبير المشرع السوري، هو أسلوب تتفق فيه الإدارة مباشرة مع المتعاقد معها من دون الالتجاء إلى طريقة ووسيلة المناقصات والمزايدات العامة، وذلك في العقود التي لا يمكن فيها تطبيق أسلوب المناقصات والمزايدات العامة، كما هو الحال في تعاقد الإدارة في عقود

[470] د. تشوار جيلالي، "التفاوض عند إبرام العقود الإدارية: القاعدة والاستثناءات- دراسة مقارنة لأحكام التفاوض عند إبرام العقود المدنية ومدى انطباقها على العقود الإدارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدرسات القانونية والسياسية، العدد 2، العام 2020، ص407.

عرض وتقديم الإسهام في مشروع عام، إذ لا يمكن إعمال وسيلة "المناقصات والمزايدات العامة" في مثل هذه العقود الإدارية.

والسمة المميزة لأسلوب التعاقد بالتراضي أنه ذو طابع استثنائي، فلا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات معينة حددها االقانون[471]. وقد أناط المشرع في سورية إمكانية تقدير الأحوال التي يجوز فيها اللجوء إلى أسلوب (التعاقد بالتراضي) بآمر الصرف(الوزير– المدير العام)[472]. وكذلك على الإدارة أن تسلك طريق التعاقد بالتراضي لظروف ملابسات تتعلق بتنفيذ العقد عندما يصادف تقديم المواد، أو إنجاز الخدمات، أو تنفيذ الأشغال بالأمانة صعوبات معينة [473].

وبذلك فإن الإدارة تملك مطلق الحرية عندما تلجأ إلى التنفيذ الذاتي، ويتمثل ذلك باللجوء إلى التعاقد بالتراضي، لتأمين توريدات، أو خدمات، أو أشغال تكميلية لازمة للأشغال الأصلية قيد التنفيذ من قبل الإدارة[474]. ويعد هذا القرار منطوياً على إذن ضمني باستخدام الأساليب القانونية كافة في سبيل تنفيذ الاشغال المطلوبة، ومن بين هذه الأساليب (التعاقد بالتراضي) لتأمين مشتريات ضرورية لحسن تنفيذ هذه الأشغال، أو لتأمين تنفيذ أشغال ثانوية لأعمال الأشغال الأساسية [475].

ومن غير اليسير الجمع بين مبدأ المنافسة ومبدأ التفاوض، ففي حين تقتضي المنافسة (concurrence) السماح لكل من تتوافر فيه الشروط بأن يقدم عرضاً للإدارة، يراعي فيه ما هو محدد في إعلان الدعوة للتعاقد، فيسعى لتوفير كل الشروط، ويقدم عرضه أملاً بأن يكون أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للحاجات المعلن عنها، فيتم بناء على ذلك قبوله أو قبول العرض الأولى منه في تحقيق تلك الغايات.

---

[471] رأي مجلس الدولة رقم (500) لعام 1975، وقرار دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا رقم (36) في الطعن (60) لعام 1970- مجموعة المبادئ لسنة 1970، ص 165.

[472] الفقرة (ب) من المادة (39) من القانون 2004/51.

[473]Moraud- Deviller(.J.), Cours de droit administratif des biens, Montchrestien, paris, 1999,p. 74.
وتنفيذ الاشغال بالأمانة هو أسلوب استثنائي جداً لتنفيذ الأشغال العامة، ويقوم على أساس نهوض الإدارة ذاتها، وعلى نفقتها ومسؤوليتها، وبما لها من إمكانات بشرية ومادية بعبء عمليات إنجاز الأشغال الضرورية.

[474] د. محمد الحسين، د.مهند نوح، المرجع السابق، ص 216.

[475] المادة (45) من القانون 2004/51.

أما التفاوض (négociation) فيقتضي أن يتم التعامل مع عارض أو عارضين محددين، وأن تناقش عروضهم على نحو محدد حتى تكون ملائمة لما تطلبه الإدارة المتعاقدة، فالطرفان يشتركان في التفاوض على العرض ودراسته من جميع الوجوه حتى يكون مقبولاً من كليهما[476].

إلى جانب أسلوب التعاقد بالتراضي، فإنه يوجد في سورية أسلوب آخر للتعاقد على أساس التفاوض و(التراضي)، وهو الشراء المباشر، والذي تقوم فيه الجهة الإدارية بموجبه بتأمين احتياجاتها عن طريق لجان الشراء لديها، والتي يتم تشكيلها بقرار من آمر الصرف. ويتم اللجوء إلى الشراء المباشر ضمن حالات حددها المشرع على سبيل الحصر حسب المادة (3) من قانون 2004/51[477]. كما يمكن تعديل هذا بقرار من مجلس الوزراء[478].

الفرع الثالث– التعاقد بأسلوب المسابقة:

يعتمد أسلوب المسابقة كغيره من الأساليب على مجموعة من الاجراءات تبدأ بدفتر الشروط الذي لابد من أن يشتمل على برنامج ونظام للمسابقة، وأن يشير إلى كيفية الانتقاء الأولي عند الاقتضاء، كما يمكّن الإدارة المتعاقدة من أن تحدد العدد الأقصى للمرشحين الذين تتم دعوتهم من خلال دفتر الشروط لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي.

ويتمّيز أسلوب المسابقة، إضافة إلى الانتقاء الأولي، بوجود عرض للخدمات يتم تقييمه من قبل لجنة للتحكيم التي تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين[479].

مما سبق نستنتج أن فكرة السلطة التقديرية للإدارة تشغل مكانة مهمة في النظام القانوني للعقود الإدارية في مراحلها كافة، سواء في أثناء تكوينها أو عند تنفيذها، نظراً إلى طبيعتها وارتباطها بالمصلحة العامة والمال العام؛ إذ لا تخضع العقود الإدارية لقوة الإلزام التي تتمتع بها عقود القانون الخاص، لذلك نجد أن الجهة الإدارية المتعاقدة في المرحلة التمهيدية لإبرام العقد الإداري مقيّدة

---

[476] Eudes(J.) & Lavigne (M.), Négociation des concessions et délégations : attention aux embûches: https://www.lagazettedescommunes.com/554380/negociation-desconcessions-et-delegations-attention-aux-embuches/

[477] وهي: إذا كانت الاحتياجات المطلوب تأمينها تستند إلى تعرفة رسمية؛ إذا كان تأمين الاحتياجات المطلوبة سيتم من إحدى الجهات العامة المنتجة لها أو المحصور بيعها، أو توزيعها، أو تقديم خدماتها؛ وإذا كانت قيمة النفقة الواحدة لا تتجاوز مئة ألف ليرة سورية، ولكل حالة على حدة، ويمكن عند الاقتضاء رفع هذا السقف إلى (300) ألف ليرة بموافقة الوزير. المادة (3) من القانون 2004/51.

[478] بالفعل صدر القراررقم 635 / 15 تاريخ 2019/10/13 عن مجلس الوزراء القاضي بتعديل السقوف الواردة في الفقرة (ج) من المادة /3/ من قانون 2004/51، والمتعلقة بالشراء المباشر بحيث تصبح /3/ ملايين ليرة بدلاً من مليون ليرة وخمسة ملايين بدلاً من مليوني ليرة. موقع رئاسة مجلس الوزراء: http://www.pministry.gov.sy/contents

[479] تحدد تشكيلة هذه اللجنة بقرار من المسؤول الإداري للجهة العامة أو الوزير أو معاونه أو حسب الحال.

بمجموعة من الشروط والإجراءات التي وضعها المشرع لتنظيم عملية التعاقد ضماناً لحماية مصالح المجتمع من احتمالات تعسف الإدارة[480].

إلا أن ذلك لا يجعل من الإدارة فقط سلطة تنفيذ يحرمها من أية قدرة على التصرف وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، بل إنها تتمتع عبر مختلف مراحل تكوين العقد الإداري بهامش من السلطة التقديرية، حتى تتمكن من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها على نحو سليم، بل إنها الوسيلة الفعّالة والناجعة لمواجهة الاحتياجات العامة، بمقتضاها تستطيع الإدارة اختيار أنسب الحلول وأفضل الأوقات لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عنه، وتتخذ القرارات اللازمة والملائمة له.

[480] في هذا الخصوص يتعين عليها الإعداد المالي والاقتصادي للعقد من خلال ضبط حاجاتها الفعلية، وتوافر الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة، وحصولها على الموافقات المسبقة من الجهات المختصة قبل الشروع في إبرام العقد، سواء كان الأمر يتعلق باستشارة جهات محددة أو هيئة من الهيئات أو الحصول منها على إذن بالتعاقد، وتقييدها بالمبادئ الأساسية للطلبات العمومية التي تهدف إلى حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وتكريس شفافية الإجراءات، والالتزام بإعداد دفاتر الشروط وإعلان الدعوة عن المنافسة، وكتابة العقد الإداري، وتحديد أسلوب التعاقد الملائم لإبرام العقد وإرساء المنافسة على أفضل عرض من الناحية الاقتصادية بناء على مجموعة من المعايير المحددة مسبقاً.

وقل رب زدني علما
Damascus University

الباب الثاني

الجوانب القانونية العملية للعقد الإداري

– الفصل الأول	تنفيذ العقود الإدارية.
– الفصل الثاني	آثار العقود الإدارية.
– الفصل الثالث	نهاية العقود الإدارية.
– الفصل الرابع	تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

تمهيد وتقسيم:

ناقشنا في الباب الأول الجوانب التأصيلية لمفهوم العقد الإداري، وبذلك نكون قد قسّمنا حياة العقد إلى مرحلتين أساسيتين: مرحلة تكوين العقد الإداري وإبرامه، ومرحلة تنفيذه؛ ففي المرحلة الأولى، تصاعدت أهمية تكوين وإبرام العقد الإداري بالتركيز على خصوصية هذا العقد وبيان أنواعه، ومعايير تمييزه عن غيره من عقود القانون الخاص، بحسبانه يتصل بتسيير المرفق العام، وبذلك تكون غايته الرئيسة تحقيق الصالح العام من خلال الحصول على أفضل العروض من حيث المزايا الاقتصادية، بإضافة عدة معايير أخرى إلى جانب السعر، كضرورة الأخذ بمتطلبات سير المرافق العامة، وحماية البيئة، والتنمية المستدامة، وتأمين الخدمات للمواطنين.

أما في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، ونظراً إلى الامتيازات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في متابعة تنفيذ العقد، من خلال الرقابة والتوجيه، وفرض الجزاءات التعاقدية المختلفة على المتعاقد معها وتعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، وفسخ العقد وإنهائه، أو إلغائه لدواعي المصلحة العامة، فإن هذا يؤدي إلى تعسّف الإدارة في استعمال سلطاتها في مواجهة المتعاقد معها أو في مواجهة متطلبات المرفق العام، مما يقتضي معه بيان الحدود التي ينبغي على السلطة المتعاقدة مراعاتها وعدم تجاوزها بذريعة ضمان استمرار وسير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، حتى لا تثقل كاهل المتعاقد معها وتهدر حقوقه، وحتى تكفل إبرام وتنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق أهدافها من جهة، وتُمكّن المتعامل المتعاقد من جهة أخرى من المحافظة على مصالحة المشروعة، ومساعدته في تنفيذ العقد طبقاً للشروط المنصوص عليها في العقد من دون تعسّف أو تجاوز منها.

وطالما كان الأمر كذلك، وحتى لا تتعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية، كان لابد من تقييدها بالمبادئ الأساسية التي فرضها المشرع حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام.

لأجل ذلك تولّى المشرع في كثير من الأنظمة إخضاع الإدارة في مجال إبرام العقود الإدارية إلى قيود لا مثيل لها في نطاق عقود القانون الخاص، من خلال إلزامها بجملة من القبود والإجراءات التي يتعين عليها مراعاتها في معرض تنفيذها لعقودها الإدارية، وذلك حفاظاً على استمرارية سير المرفق العام والمحافظة على المال العام.

إلا أن واقع الحال هو على خلاف ذلك بدرجة كبيرة، حسب ما تطالعنا به الأخبار كل يوم أو عبر ما يدور في أروقة المحاكم من شكاوى كثيرة من قبل المقاولين الذين لم يستطيعوا الحصول على مستحقاتهم المالية من الإدارة المتعاقدة، مما يضطّرهم إلى اللجوء إلى القضاء الإداري، وما يتطلبه ذلك من وقت وطول انتظار حتى يفصل القضاء في تلك المنازعات، وهو أمر يناقض ما تتميز به التجارة وعالم الأعمال من خاصية السرعة في التعاقد وفي التنفيذ، الأمر الذي دفعهم إلى اللجوء إلى وسائل أخرى لحلّ نزاعاتهم العقدية مع الإدارة.

إن البحث في موضوع العقود الإدارية يقتضي منا الحديث عن القضاء المختصّ بالفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ويكتسي الأمر أهمية قصوى– على الأقل– بالنسبة إلى الدول التي تأخذ بازدواجية النظام القضائي، ومن ثم استعراض أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات العقدية.

لأجل ذلك، عمدنا إلى تقسيم هذا الباب إلى الفصول الأربع الآتية:

الفصل الأول - تنفيذ العقود الإدارية.

الفصل الثاني– آثار العقود الإدارية.

الفصل الثالث– نهاية العقود الإدارية.

الفصل الرابع– تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

الفصل الأول

تنفيذ العقود الإدارية

تعدّ مرحلة تنفيذ الالتزامات من أدقّ المراحل التي يمر بها العقد الإداري، خصوصاً أن العقد الإداري يوجد حيث توجد المصلحة العامة. ويختص العقد بعدة مواصفات عدة أهمها أنه أداة معبرة عن حرية الارادة واستقلالها في تقرير التزامها، كما يتصف بالإلزامية اتجاه أطرافه، ما يعطيه القوة التنفيذية.

ولعلَّ اهتمام مختلف التشريعات بإدخال إصلاحات على الأحكام المتعلقة بإبرام العقود الإدارية وتنفيذها، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتقنية التي شهدها ويشهدها العالم منذ أكثر من قرن من الزمان، وما صاحبها من تحول في أنماط التعامل وآلياته، بسبب ظهور العقود الكبيرة المركبة ذات القيمة المالية الهائلة والتي يحتاج تنفيذها إلى سنوات عديدة، وتحفُّها المخاطر من كل جانب، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع الكبرى والمطارات والموانئ والسدود وطرق المواصلات، فمثل هذه العقود تحتاج إلى مفاوضات مكثّفة طويلة المدى، ما يتعين معها تمتع الإدارة بامتيازات وسلطات استثنائية لا نظير لها في القانون الخاص لتمكينها من إدارة وتنظيم المرافق العامة بشكل اقتصادي فعّال، تحقيقاً لمقتضيات الصالح العام، وما يترتب عن ذلك من صون المال العام وإنفاقه في الأوجه المخصصة له، بهدف ترشيد النفقات العمومية، والحد من إهدار المال العام دون فائدة.

وبما أن الإدارة غير قادرة على إشباع الاحتياجات العامة بمفردها؛ فهي مضطرّة إلى التعاقد مع الغير، أو الاشتراك معهم لتوفير هذه الحاجات، شريطة أن تبقى المسؤول الأول والأخير عن تحقيق المصلحة العامة. وهذا يتطلب الاعتراف للإدارة بممارسة جملة من الحقوق تتمثل في امتيازات السلطة العامة، وهي وسائل قانونية تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، من شأنها أن تجعل ذلك العقد محققاً للغرض الذي أبرم من أجله، ولها أن تمارسها كلها، أو على إنفراد، وعلى نحو مستقل أو بصورة مجتمعة، ما لم تكن هناك عقبات مادية في إمكانية الجمع[481].

[481] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص173.

وهذه الامتيازات والسلطات الاستثنائية التي تتمتّع الإدارة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ويسودها مبدأ التنفيذ المباشر وتغليب فكرة المرونة على قاعدة القوة الملزمة للعقد، وأولوية المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها، وبذلك تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذه المرحلة للتصرف وفقاً لما تراه مناسباً، حسب الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، والتي تسوّغها مقتضيات المصلحة العامة، وهذا ما يظهر خاصة في العقود الرئيسة التي تبرمها الإدارة، ولاسيما عقود امتياز المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد.

إذاً تملك الإدارة المتعاقدة سلطات وامتيازات في مواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية من خلال ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد، وتوقيع الجزاءات التعاقدية المختلفة على المتعاقد معها، أو في مواجهة متطلبات المرفق العام التي تقتضي أحياناً تعديل بنود العقد حتى يكون متجاوباً باستمرار مع الحاجات العامة، أو فسخه بسبب الإخلال الجسيم من المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، كما قد تضطر الإدارة المتعاقدة أحياناً إلى إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وحتى بدون خطأ من المتعاقد متى قدّرت أن تنفيذ العقد أصبح غير ملائم، وغير متكيّف مع احتياجات المرفق العام، وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

وعلى هذا النحو، يمكن تقسيم منهجية فكرة تنفيذ العقد الإداري إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول– حقوق الإدارة والتزاماتها.

المبحث الثاني– حقوق المتعاقد والتزاماته.

المبحث الأول

حقوق الإدارة والتزاماتها

نظراً إلى ازدياد احتياجات الإدارة وتفاقم أعبائها، وتعقُّد الظروف التي نعيش فيها نتيجة التحولات الكبرى التي يعرفها العالم اليوم، والتي مسّت مختلف الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، المحكومة بمنطق العولمة القائم على الاقتصاد الحر وتشجيع المنافسة الحرة، يتعيّن على الإدارة البحث عن أفضل الأساليب الفنية والقانونية لمواجهة التحديات والرهانات الجديدة والمتعددة، وتطوير وسائل وأدوات العمل الإداري قصد توفير الجوّ المناسب لاستقطاب رؤوس الأموال والاستثمارات الكبرى التي من شأنها إنجاز المشروعات العملاقة التي تحقق التنمية المستدامة في كافة المجالات، عن طريق توفير ضمانات حقيقية للمتعاملين المتعاقدين، قصد تشجيعهم على ربط علاقات تعاقدية مع الإدارة.

هذا الأمر يستلزم من الإدارة العامة إيلاء أهمية خاصة لإعداد شروط إبرام وتنفيذ العقد حتى تتجنب إهدار اعتماداتها المالية وتعطيل أعمالها، ودخولها في منازعات مع المتعاقد معها قد تستمر مدداً طويلة من الزمن.

ولما كان موضوع العقد الإداري والغرض منه هو تحقيق النفع العام على عكس التعاقد في ظل القانون الخاص، فإن القانون الإداري لا يساوي بين السلطة الإدارية والمتعاقد معها في مجال الحقوق والواجبات، وإنما يمنح السلطة الإدارية حقوقاً وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، في المقابل يفرض عليها عدد من الالتزامات.

وسيتم عرض هذه الحقوق والالتزامات وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

حقوق الإدارة في تنفيذ العقد

يعدّ العقد المرتكز الأساسي لتنظيم العلاقات المالية بين الأفراد، ومتى انعقد صحيحاً، بأن توافرت أركانه وشروط انعقاده، أضفى القانون على موجبات طرفيه الصفة القانونية، وأصبح حقيقة قانونية، وخلصت له قوته الملزمة. فالإلزامية أو القوة الملزمة هي الأساس الذي يبنى عليه الوفاء بالعقد واحترامه والالتزام بمضمونه.

ويترتب على خصوصيّة العقد الإداري وارتباطه بالمصلحة العامة منح الإدارة جملة من الحقوق والامتيازات، بما فيها سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، وبما يتراءى لها أنها أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، وسلطة إنهاء العقد إذا قدّرت أن هذا الانهاء يقتضيه الصالح العام أيضاً، وهي حقوق أتينا آنفاً على شرحها مفصلاً. وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه[482].

وسيتم التركيز على حقوق الإدارة وامتيازاتها المتصلة بتنفيذ العقد وفق الآتي:

الفرع الأول – التعديل في مقدار التزامات المتعاقد:

تستطيع الإدارة تعديل كميات العقد زيادةً أو نقصاناً من دون أن يؤدي ذلك إلى تعديل طبيعة الالتزامات، فقد نصت المادة (62) من القانون رقم /51/ لعام 2004 على أنه: "يجوز لآمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز (30%) لكل بند أو مادة من التعهد على حدة، وذلك بالشروط والأسعار نفسها الواردة في العقد، ومن دون حاجة إلى عقد جديد"[483].

وتذهب محكمة الاستئناف الإدارية في باريس إلى أنه: "على الرغم من أن المتعاقد مع الإدارة وافق على تنفيذ عمل إضافي مطلوب منه شفوياً، إلا أنه لا يجوز للإدارة منح المتعاقد تعويضاً

[482] د. أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العلمية - الإمارات، عام 2016، ص 62.
[483] "..على ألا تتجاوز مجموع الزيادة أو النقصان 25% من القيمة الإجمالية للعقد. ويعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار الزيادة؛ وذلك من أجل الزيادة فقط".

أقل من ذلك الذي كان يمكن أن يطالب به الأخير بناءً على أمر مكتوب... ومن الضروري أن يكون العمل الذي قام به مفيداً.."[484].

الفرع الثاني – التعديل في طرق التنفيذ ووسائله المنصوص عليها:

يحق للإدارة عندما تكتشف وجود أخطاء في طريقة التنفيذ، أو في حال ظهور واكتشاف طرق حديثة أكثر فاعلية وجدوى اقتصادية في التنفيذ أن تستخدم حقّها في تعديل البنود العقدية، وبما يتناسب مع ضرورات المصلحة العامة، شريطة أن تلحظ هذه التعديلات في الكشوف المصروفة للمتعهد، أو أن تعوضه عن الأضرار التي لحقت به من جراء تعديلها لهذه البنود[485].

فقد ذهبت محكمة "نانسي" الإدارية في فرنسا إلى أنه:" يمكن للجهة العامة تعديل تنفيذ العقد بالاتفاق مع الشركة، على أن تتكوّن الصيغة النهائية لهذه الاتفاق من تفاصيل مكتوبة، مرفقة بالعرض الأولي..، وحيث قام مدير المركز الاستشفائي بزيادة الخدمات المراد تقديمها والسعر من دون الحصول على موافقة الشركة، الأمر الذي يجعل هذا التعديل من جانب واحد يكشف عن عدم وجود اتفاق، لذا ترى المحكمة أن هذا العقد أصبح باطلاً..."[486].

الفرع الثالث – التعديل في مدة التنفيذ:

يحق للإدارة، عندما تجد ضرورة للإسراع في التنفيذ، أن تقوم بتقصير مدة التنفيذ أو مدّ أجل التنفيذ عندما تتطلب المصلحة العامة منها ذلك (نقص في الاعتمادات المالية، عدم الحاجة إلى الخدمة)، أو تطلب من المورد مثلاً تسليم الكميات بمواعيد محددة تكون مناسبة للإدارة، ولا تلحق ضرراً بالمتعهد، ولها أخيراً الحق في وقف الأعمال كلياً (وقف التوريدات مثلاً) وفسخ العقد انفرادياً، عندما لا تجد مصلحة عامة في إكمال الأعمال التعاقدية. وتتحمل الإدارة التبعة المالية عن جميع الأضرار التي تلحق بالمتعاقد من جراء استخدامها هذا الحق[487].

كما إن تخلّف المتعاقد عن تنفيذ إلتزاماته، يعطى الإدارة الحق في سحب العمل منه، وتضع العمل تحت إدارتها المباشرة، وتنفيذ العمل على حسابه وتحت مسؤوليته لضمان تنفيذ العمل

---

[484]CAA de Paris, 4, 03/07/2007, 04PA02056, Inédit au recueil Lebon https://www.legifrance.gouv.fr/

[485] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص175.

[486]CAA de Nancy, 3, du 26 janvier 2006, 02NC00635, inédit au recueil Lebon.

[487] قرار محكمة القضاء الإداري السوري رقم /185/، القضية (254) لعام 1971- مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لعام 1971.

ولحرص الإدارة على استمرار وانتظام سير المرفق العام[488]. وتلجأ الإدارة إلى التنفيذ بصورة مباشرة في حالات الضرورة والاستعجال، وفي وقت يصعب البحث عن متعاقد آخر يوكل إليه تنفيذ الأشغال العامة على حساب المتعاقد الأول[489].

ومن الممكن للإدارة أن تدفع للمتعاقد معها مكافآت الإنجاز المبكر في شكل بنود تحفيزية مدرجة في العقد لغرض تحسين جودة العمل، وتقصير المهل الزمنية للتنفيذ[490].

الفرع الرابع- الاحتفاظ بالتأمينات النهائية والتوقيفات:

الغرض من التأمينات النهائية ضمان التنفيذ الصحيح والسليم للبنود المتفق عليها وفق دفتر الشروط. وتعرّفها محكمة القضاء الإداري السورية بأنها:".. ضمانة يقدمها المتعهد للإدارة المتعاقدة لحسن تنفيذ التعهد واقتطاع غرامات التأخير وجميع التعويضات الناشئة عن العطل والضرر الذي يصيب الإدارة من جراء إخلال المتعهد بالتزاماته العقدية،.."[491].

أما التوقيفات فهي مبلغ (حده الأقصى5٪ في سورية) يتم خصمه من الدفعات والكشوفات المقدمة المدفوعة لصاحب العقد، لتغطية أي حجوزات تم إجراؤها في أثناء قبول التوريدات أو الخدمات أو الأعمال أو استلامها، وكذلك تلك التي قد تنشأ في أثناء فترة الضمان[492].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري السورية في قرارها رقم (3/29) لعام2019 بقولها:" يتبين بالعودة إلى المادة /6/ من العقد أنها نصّت على أن تصرف مستحقات الفريق الثاني بموجب

---

488 د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة، المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، المجلد 2، العدد 2، 2/ 11/ 2020، ص 8.

489 د. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، مرجع سابق، عام 2014، ص 170.

490Guettier(C.) 2011,op.cit., p. 74.

491 القرار رقم (44/م/ 3) لعام 2020. جاء في حيثيات هذا القرار"..وباعتبار إن المتعهد(المؤسسة الفنية الدولية للخدمات الهندسية) قد تقدم بهذه التأمينات إلى الإدارة المتعاقدة بموجب كفالة مصرفية صادرة عن الجهة الطاعنة(بنك بيمو السعودي الفرنسي) فإن الجهة الطاعنة أضحت بموجب هذه الكفالة ملتزمة تجاه الإدارة المتعاقدة بتسديد قيمتها في حال ترتب لها أية مستحقات لدى المتعهد ناشئة عن العقد العائدة له هذه الكفالة، ولا يحق للمصرف مصدر هذه الكفالة أن يتذرع بأية حجة للامتناع عن تنفيذ الكفالة لأن صيغتها تلزمه بالسداد وليس له مناقشة تنفيذ العقد والخلافات الدائرة بين الطرفين المتعاقدين، لأن مجال ذلك هو العلاقة بين طرفي العقد الإدارة والمتعهد وان هذه العلاقة ليس من شانها أن تمس حقوق المصرف تجاه الطرف المكفول، وبالتالي فإن إبقاء الحجز الاحتياطي قائماً له ما يؤيده وفي ضوء ما يسفر عنه النزاع من نتيجة.."، الحكم غير منشور.

492 يتم سدادها في فرنسا للمتعاقد خلال مدة شهر على الأكثر بعد انتهاء مدة الضمان أنظر المواد (R. 2191-32) إلى (R. 2191-35) من قانون الصفقات العامة الفرنسي.

كشوف شهرية تدفع نهاية كل شهر تتضمن توقيفات ضمان تصرف مرة واحدة بعد انتهاء الأعمال إذ يتم تنظيم محضر استلام بهذه الأعمال وكشف نهائي.."[493]

المطلب الثاني

التزامات الإدارة

تتنوع التزامات الإدارة المتعلقة بالتنفيذ، وتختلف بحسب نوع العقد الإداري، إلا أنه يمكن تقسيمها إلى: التزامات ذات **طبيعة عامة**، والتزامات ذات **طبيعة مالية**، والتزامات ذات **طبيعة فنيّة**، وإخلال الادارة بأي منها يشكل خطأ تعاقدياً يوجب مسؤوليتها، ويعطي للمتعاقد معها الحق بالتعويض عما أصابه من ضرر. وسيتم عرض هذه الالتزامات وفق الآتي:

الفرع الأول- التزامات الإدارة ذات الطبيعة العامة:

تتطابق هذه الالتزامات في جميع العقود الإدارية، وتقسم إلى الأنواع الآتية[494]:

أولاً- الالتزام بموضوع العقد:

وهذا يعني عدم فرض التزامات جديدة خارج موضوع العقد تؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد، بل يجب أن يكون هذا التعديل ضمن الحدود الطبيعية والمعقولة.

ثانياً- احترام الشروط العقدية:

يجب على الإدارة التنفيذ السليم والصحيح للعقد الإداري، على سبيل المثال تسهيل مهمة المتعاقد الملتزم في عقود الالتزام بعملية استثمار المرفق العام عن طريق ضمان حقه في عدم وجود منافسين له، وفي عقود الأشغال العامة تلتزم الإدارة بالسماح للمتعهد بأن يحقق كل الأعمال الضرورية من

[493] جاء في حيثيات الحكم " إن المتعهد لم يوقع على الكشف النهائي للعقد بتحفظ أو بدون تحفظ على أنه قد قبض كافة مستحقاته الواردة بالكشف النهائي المؤرخ في 2014/8/12 كما قبض توقيفاته منذ تاريخ 2015/11/7 في حين لم يبادر لإقامة هذه الدعوى على بتاريخ 2017/1/5 وبذلك فإن إقامة الدعوى الماثلة لا تعتبر بمثابة تحفظ على الكشف النهائي نظراً لورودها بعد مضي سنوات على تنظيم الكشف النهائي وقبضه كافة مستحقاته الواردة فيه وتصفية العقد. ولذلك وعملاً بالاجتهاد المستقر لدى القضاء الإداري بأن وسيلة المتعهد للمطالبة بفروقات الأسعار هي التحفظ على الكشف النهائي، فإن الدعوى الماثلة تكون جديرة بالرفض موضوعاً"، الحكم غير منشور.

[494] للتوسع أكثر، انظر: د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص178 وما بعدها.

أجل تنفيذه من خلال تسليمه الرخص الإدارية والموافقات والتسهيلات اللازمة التي تسمح له استخدام مكان الأعمال[495]، والطرق العامة، وجميع الأشياء الضرورية للتنفيذ السليم للعقد[496].

إضافةً إلى ما سبق، يجب على الإدارة تنفيذ التزاماتها المحددة في العقد على نحو كامل، فلا تستطيع رفض تسلّم بعض المباني المنفذة من قبل المتعهد بحسب المواصفات العقدية. وفي حال الضرورة يحق للإدارة القيام بتعديل الرابطة التعاقدية أو إنهائها، وفقاً للشروط القانونية المطلوبة؛ شريطة التزامها بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء فعلها[497].

ثالثاً- التزام السلطة المتعاقدة باحترام الموعد النهائي للدفع الإجمالي:

يجب على الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لكي يحصل المتعاقد معها على كامل مستحقاته في المواعيد المتفق عليها دون تأخير[498].

رابعاً- احترام مدة العقد:

تلتزم الإدارة باحترام المهل المحددة لتنفيذ العقد الإداري؛ لأن عنصر الزمن هو من الأهمية بالنسبة إلى المتعاقد، كما هو بالنسبة إلى الإدارة؛ لكون المتعاقد يأخذه في الحسبان عند إقدامه على التعاقد مع الإدارة. لذا لا يمكن للإدارة تعديل هذه المدة، إلا ضمن حدود متطلبات سير المرفق العام، وكل إهمال أو مخالفة من قبلها يوجب المسؤولية[499].

---

[495] يتعلق أهمها بإجراءات التخليص الجمركي، وإجازات الاستيراد، وفتح الاعتمادات، وتخصيص المبالغ اللازمة لذلك والتي تكون بالعملة الأجنبية، ...

[496] نصت الفقرة (ب) من المادة (65) من قانون العقود رقم /51/ لعام 2004 على أنه:"تعتبر جميع التبليغات والمراسلات والإخطارات والإنذارات التي ترسل من الجهة العامة إلى المتعهد صحيحة متى سلمت إليه شخصياً أو لوكيله او لممثله القانوني أو متى أرسلت إلى موطنه المختار، أو لوكيله أو لممثله القانوني بالبريد المسجل. ويعتبر المتعهد مبلغ حكماً هذه المراسلات والإخطارات والإنذارات"

[497] Bouhier (V.), Riccardi (D.), L'exécution des contrats administratifs,Le Moniteur 2018,p. 208.

[498] يُخضع المرسوم الصادر في 29 مارس 2013 المتعلق بفرض الجزاء على التأخير في الدفع، جميع عقود المشتريات العامة في فرنسا لنظام قانوني واحد لدفع المبالغ المستحقة، وهو يشدّد العقوبات في حالة التأخر في السداد، من خلال إنشاء تعويض مقطوع يمنح للمتعاقد بقيمة(40) يورو عن كل يوم تأخير، بالإضافة إلى فائدة التخلف عن السداد. بحيث يمنح هذا المرسوم المتعاقد أو المقاول من الباطن عند تجاوز الإدارة فترة الثلاثين يومًا لسداد التزاماته الحق في الحصول على فائدة التأخير، من اليوم التالي لانتهاء هذه الفترة. (المادة R2191-35) . Id.,p.209.

[499] Bouhier (V.), Riccardi (D.), 2018, op.cit.,p. 209.

الفرع الثاني– التزامات الإدارة ذات الطبيعة المالية:

يعدّ التزام الإدارة بأداء المقابل المـــالي مـن أهـم حقـوق المتعاقد مع الإدارة، لأن هذا المقابل يمثل دافعه الرئيس على التعاقد[500]. فالمتعاقد مع الإدارة غالباً ما يســـعى إلى الربح من وراء تعاقده، يعدّ هذا أمراً طبيعياً ومشـروعاً، ولا يمكن إنكاره، وتتنوع صـور التزامات الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة المالية، وسوف نختار من هذه الصور أكثرها شيوعاً وفق الآتي:

أولاً– التزام الإدارة بالسعر المتفق عليه في العقد:

يعد المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد الباعث على التعاقد أو الغاية التي يسعى للحصول عليـها[501]. ومن ثم، فإن هذا المقابل يجب أن يكون وليد إرادتين هما إرادة المتعاقد وإرادة الإدارة، فلا تنفرد بتحديده جهة الإدارة وحدها[502]. ترتيباً على ذلك، لا يمكن للإدارة عند ممارســـتها أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه في العقد، إلا بموافقة الطرف الآخر[503].

وتأكيداً لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصـــرية إلى أن:" الشـــروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصـــفة عامة هي شـــروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر.."[504].

وفي حكمه الصادر في 27 مارس 2020[505]، قرّر مجلس الدولة الفرنسي أنه".. عندما يصل مقدار الخدمات المؤداة إلى المبلغ المنصوص عليه في العقد، فإن استمرار أداء الخدمات يخضع لسلطة الإدارة المتعاقدة، أو إذا نصّ العقد على ذلك. وبالتالي، لا يمكن لمزود الخدمة أن يفرض على الإدارة أداء المقابل لقاء خدمات غير مدرجة في العقد أو في قائمة الأسعار، دون الحصول

---

[500] يأخذ المقابل المالي صوراً مختلفة حسب طبيعة العقد، ففي عقد الأشغال العامة وعقود التوريد والنقل يسمى ثمناً، وفي عقد الامتياز يسمى رسماً، وفي عقود التوظيف يسمى مرتباً. انظر:د. سليمان الطماوي"الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص471.

[501] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة "المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص75. وكذلك د. جابر جاد نصار"العقود الإدارية"، مرجع سابق، عام 2005، ص299.

[502] د. محمود خلف الجبوري" العقود الإدارية"، مرجع سابق، 2010، ص203.

[503]د. زكريا المصري"أسس الإدارة العامة- التنظيم الإداري (الإدارة)- النشاط الإداري- دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص637.

[504] حكمها في الطعن رقم (2519 والصادر في 8/31/ 1993) أشار إليه د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة "مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية)"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام2010، ص100-101. وكذلك حكمها بتاريخ (1968/4/27) أشار إليه د. حمدي علي عمر،"المسؤولية التعاقدية للإدارة- دراسة مقارنة"، المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثامن، عام1996، ص204.

[505]CE 27 mars 2020, Société Geomat, n° 426955.

عندما تم إنهاء العقد مع شركة خدمات خبراء مساحة كجزء من مشروع توحيد البلديات، رفضت إدارة(لوار أتلانتيك) مشروع الفاتورة النهائية للشركة مزود الخدمة والذي تضمن مبلغاً إضافياً يمثل قيمة الخدمات المقدمة، بالإضافة إلى تلك المتفق عليها بموجب في العقد. متاح على الموقع: https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/view/lettre-daj/13819

على موافقتها أولاً. وحتى لو لم يأخذ المرسوم رقم (360–2016) وقانون الصفقات العامة بهذا الحكم، تظلّ هذه القاعدة سارية، ما لم تنص العقود المبرمة على خلاف ذلك.."[506].

ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد ما يحول قانوناً من الاتفاق على تعديل المقابل المالي، إذا تلاقت إرادة الجهة الإدارية مع إرادة المتعاقد على هذا التعديل؛ ففي هذه الحالة يكون السعر الجديد ملزماً لطرفيه[507].

لكن هذا الأصل يرد عليه استثناءان، وهما[508]:

الأول: يتعلق بعقود الامتياز، إذ تعدّ الشروط المتعلقة بتحديد الرسوم في عقود الامتياز من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية، وعليه تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة، ومن دون حاجة إلى رضاء المتعاقد معها.

الثاني: ويتصل بالعقود التي تؤدي وظيفة الأعمال الضبطية، إذ إن هذه العقود لا يتولد عنها مراكز شخصية فحسب، وإنما تسند إلى المتعاقد مراكز نظامية، وكذلك الحال في عقود التوظيف فهي أداة للالتحاق بالوظيفة، ومركز الموظف القانوني، هو لائحي تحكمه قوانين ولوائح الخدمة المدنية بما فيها حقوقه والتزاماته، ومن ثم يمكن أن تعدل الإدارة بالزيادة أو النقص فيها.

ثانياً–التزام الإدارة بالوفاء بالمبالغ المالية المستحقة:

لا يقع على الإدارة المتعاقدة فقط الالتزام بأداء المقابل المالي للعقد، بل يجب عليها أيضاً عدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام عن المواعيد المقررة في العقد، فلا شكّ في أن احترام الإدارة لهذه المواعيد يؤدي إلى تشجيع الأفراد على التعاقد مع الإدارة، وإن الأثر المترتب على تأخر الإدارة في الوفاء بالتزامها بأداء المقابل المالي للمتعاقد معها يشكل خطأ من جانبها، يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية، ويعطي للمتعاقد معها الحق في اقتضاء التعويض القانوني، من دون حاجة منه لإثبات أن هناك ضرراً قد أصابه من جراء ذلك التأخير[509].

ففي فرنسا طبّق القاضي الإداري قواعد القانون المدني الفرنسي على مسؤولية الإدارة التعاقدية الناتجة عن التأخر في أدائها للمقابل المالي التي تقضي أنه:" إذا لحق الدائن ضرر من تأخر مدينه بسوء نيّة وكان هذا الضرر مستقل عن هذا التأخير يجوز له طلب التعويض فضلاً عن

---

[506] أكد مجلس الدولة في هذا الحكم أن مقدم الخدمة لا يحق له الحصول على تعويض عن تكلفة الخدمات الإضافية الضرورية، وفقاً لنصوص العقد، ولاسيما أن الإدارة (دائرة لوار أتلانتيك) قد أبلغت الشركة القائمة عن طريق البريد برغبتها في عدم الدفع مقابل أي خدمة إضافية من دون أمر صريح منها، ناهيك أن الشركة لم تثبت أنها بدأت في أداء هذه الخدمات قبل كتاب الإدارة..

[507] الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، وانتهت الجمعية العمومية إلى أحقية شركة المقاولين العرب في تقاضي الزيادة المتفق عليها مع جامعة المنصورة". الفتوى الصادرة في القضية رقم (368/2/47 في 1987/10/28)، أشار إليها د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص204-205.

[508] د. نصرت منصور نابلسي، العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، عام 2010، ص501.

[509] د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، ط1، عام 2002، ص313.

الفوائد التأخيرية عن الدين"[510] ؛ إذ قضـــى مجلس الدولة الفرنســـي في أحد أحكامه بأن: " مجرد التأخر البســـيط للإدارة في دفع المبالغ المســـتحقة عليها، ينشـــئ على عاتقها الالتزام بالتعويض تحت بند فوائد التأخير"[511].

أما في مصر وسورية، فإن القواعد المطبقة هي قواعد القانون المدني والتي تشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون هناك خطأ من جانب المدين يتمثل في تأخره في الوفاء بالمقابل المالي، فمجرد التأخّر المذكور يعدّ هو الخطأ، هذا فضـلاً عن أن المشـرع المصـري لم يشـترط لاستحقاق الفوائد المذكورة أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحقه من ذلك التأخير[512].

ثالثاً– التزام الإدارة بمراعاة تقلّبات الأسعار:

قد تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري زيادة في الأسـعار المحددة في العقد؛ ففي هذه الحالة إذا تضمن العقد شرطاً يقضي بزيادة الأسعار، في حالة زيادة أسعار المواد التي تسهم في تنفيذ هذا العقد، يجب الالتزام بهذا الشـرط، فلا تسـتطيع الإدارة المتعاقدة التحلّل منه، وذلك لأن امتناعها عن تطبيقه يعد إخلالاً من جانبها يؤدي إلى قيام مســـؤوليتها التعاقدية[513]، إذ اتجه القضـــاء الإداري الفرنســـي إلى أنه في حالة وجود شـــرط في العقد أو في الوثائق الملحقة به يمنح للملتزم في أن يعدل من الرســوم المقررة عند توافر ظروف اســتثنائية غير متوقعة[514]، فإن رفض الجهة الإدارية مانحة الالتزام دون سند شرعي يعد خطأ تعاقدياً من جانبها يولد مسؤوليتها التعاقدية"[515].

وفي المقابل، إذا خلا العقد الإداري بالتزام المرافق العامة من هذا الشرط، فإنه لا يجوز للملتزم أن يطالب الإدارة بالتعويض عن فروق الأسعار بناء على مسؤوليتها التعاقدية. إذ قضـى مجلس الدولة الفرنسي بأن:" البلدية لا يمكن أن تعترض على شكل التعاقد لإدراج شرط إعادة النظر في السعر، إذ يعدّ الملتزم بذلك قد قصّر في عدم النص على ذلك الشرط في العقد"[516].

---

[510] المادة (1153) من القانون المدني الفرنسي. Gaudemet (Y.), «Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire», RDP 2010, p. 313.

[511] CE, 18 novembre 1949, 91864, publié au recueil Lebon: https://www.legifrance.gouv.fr/

[512] تنص المادة (226) من القانون المدني المصري على أنه:" إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزما بأن يدفع للدائن ، على سبيل التعويض عن التأخر، فوائد قدرها (4%) في المسائل المدنية و(5%) في المسائل التجارية ..."وتنص المادة (228) من هذا القانون على أنه: "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير". في المقابل تنص المادة 158 من القانون المدني السوري رقم /84/ للعام 1949 على الآتي: 1- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين، إن كان له مقتضى. 2- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الإلتزام في جملته."
2- ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى االإلتزام في جملته.

[513] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،"مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية"، مرجع سابق، ص104-105.

[514] Richer (L.),Lichère (F.), Droit des contrats administratifs, LGDJ, 10eéd. 2016, p. 281.

[515] وفقاً لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن" الشركة الملتزمة لها الحق في إعادة النظر في قائمة الأسعار، وإن رفض مدينة (Toulon)طلب الشركة ليس له ما يبرره، ومن شأن هذا الرفض تقرير مسؤولية المدينة التعاقد. CE, Section, du 25 janvier 1935, 27610, publié au recueil Lebon.

[516] Conseil d'Etat, 8 SS, du 6 décembre 1967, 70626, publié au recueil Lebon

وفي مصر يشترط لثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في فروق الأسعار أن يتضمن العقد نصاً صريحاً بمحاسبة المتعاقد عن الزيادة في الأسعار، فإذا لم يوجد مثل هذا الشرط، فلا يكون للمتعاقد مع الإدارة حق المطالبة في فروق أسعار مواد البناء التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، وذلك لأن المتعاقد قَبلَ التعاقد بدون اشتراط الحصول على هذه الفروق"[517].

تطبيقاً لذلك، قضت محكمة القضاء الإداري في القاهرة بأنه:" ولئن كان تاريخ الإعلان عن المناقصة هو 2002/5/7، حيث أصدرت الشركة المدعية خطاب إلى الجهة الإدارية يفيد بمد الارتباط بالعرض المقدم منها حتى نهاية شباط 2003، حيث صدر أمر التوريد في2003/2/5، ومن ثم فإن التعاقد يكون قد أبرم قبل تاريخ **2003/1/29** المحدد بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1864 لعام 2003 المعدل بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 229 لعام 2004، وتراخى التنفيذ كاملاً إلى ما بعد تاريخ 2003/1/29، الأمر الذي ينهض للشركة المدعية حقاً في صرف نسبة 10% من قيمة الأعمال الواردة بالعقد، وذلك طبقاً لأحكام قرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه، وأحقيتها في الفوائد القانونية طبقاً لحكم المادة (226) من القانون المدني [518].

وهو ما أكّدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها:" وعن طلب الشركة تعويضها عما أصابها من أضرار عن القرارات الصادرة فيما أطلق عليه " تعويم الجنيه المصري" باعتبارها تمثل ظرفاً طارئاً، فإنه لما كان الظرف الطارئ في الحالة الماثلة هو تحرير سعر الصرف وما صاحبه من ارتفاع في الأسعار، والذي تقرر بموجب قراري رئيس مجلس الوزراء (المشار إليهما) قد قررا نطاق سريانهما بالأعمال التي كان متعاقداً عليها قبل 2003/1/29، وكانت العملية محل التداعي قد تم تقديم عروضها بتاريخ 2003/2/2 – أي بعد التاريخ المشار إليه– ومن ثم يخرج هذا العقد عن نطاق تطبيق قراري مجلس الوزراء المشار إليهما [519].

هذا ما تم تقنينه في في مصر بموجب قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الحالي رقم /182/ لعام 2018 [520].

---

[517] هذا ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها، إذ ذهبت إلى "عدم أحقية المتعاقد مع الإدارة في فروق الأسعار، الناجمة عن زيادة أسعار الجمالون، لأنه لم يحتفظ في عطائه المقدم لجهة الإدارة باستحقاقه لهذه الزيادة..حكمها في الطعنين رقمي (425،373 بتاريخ 1999/3/2) أشار إليه د. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص328.

[518] حكمها الصادر في الدعوى رقم (37957) لعام 59ق، جلسة 2012/5/22 مشار إليه لدى : د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل تحرير سعر صرف الجنيه المصري- دراسة في ضوء القانون رقم 84 لسنة 2017 وأحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2 لعام2018، ص 287. متاح على الموقع: https://lsej.journals.ekb.eg/article_92849.html

[519] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (19584) لعام 59 ق.ع، والطعن رقم (19266) لعام 59 ق.ع، جلسة 2017/9/27، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" المرجع السابق، ص 287.

[520] تنص المادة /47/ منه على أنه: "في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة الإدارية في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبنى على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال، بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد... وبمراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ، ويكون هذا التعديل ملزماً لطرفي التعاقد، ويتعين تضمين العقد مضمون ذلك".

كما نصّت المادة (63) من قانون 2004/51 في سورية على أنه: "مع مراعاة أحكام المادتين (49-53) من هذا القانون، إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على 15% من قيمتها بموجب التعهد يتحمل المتعهد (15%) من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة"[521].

من جهتها قرّرت المحكمة الإدارية العليا السورية إلزام جهة الإدارة المدعى عليها أن تدفع للجهة المدعية تعويضاً عن الزيادات الطارئة على أسعار الموادة الأولية وأجور اليد العاملة الداخلة في تنفيذ العقد وملاحقه.. وتعويضاً لها عن إطالة أمد المشروع بسبب من الإدارة"[522].

رابعاً- التزام الإدارة برد التأمينات النهائية:

تلتزم الإدارة بالإفراج عن التأمين النهائي فور إتمام التنفيذ أو انتهاء مدة الضمان حسب الاتفاق، ومن دون طلب المتعاقد، فإذا أخلّت الإدارة بتنفيذ التزامها، من دون مسوّغ مشروع ولتعارض ذلك مع ما يوجبه تنفيذ العقود الإدارية من توافر لمبدأ حسن النية، فإن ذلك يشكل خطأ من جانبها يثير مسؤوليتها التعاقدية[523].

الفرع الثالث- التزامات الإدارة ذات الطبيعة الفنية:

يمكن تعداد صور الإلتزامات الذي قد تتحملها الإدارة عند تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية، على النحو الآتي:

أولاً- التزام الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم:

تعد عملية وضع تصميمات الأعمال وإعداد المقاسات من أولى التزامات الإدارة التي يجب عليها القيام بمراعاتها عند تنفيذ العقد الإداري، كما تلتزم بمراجعة تصميمات الأعمال ومقاييساتها، ومطابقتها للدراسات السابقة التي قامت الإدارة بإجرائها وطبقا للأصول الفنية، حتى ولو لم تكن هي التي قامت بإعداد هذه التصاميم والمقاييسات[524].

---

[521] تنصّ المادة (64) من هذا القانون:على أنه:"إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط في الأسعار، فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد وفقاً لأحكام المادة السابقة".

[522] القرار رقم (480/ع/5) لعام 2020م لـ2020/11/10، سجلات أحكام مجلس الدولة السوري، غير منشور.

[523] د. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق، ص336.

[524]Brenet (F.), Recherches sur l'évolution du contrat administratif, Thèse, Poitiers, 2002; « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes », AJDA 2003, p.919.

ويجب أن تكون هذه التصاميم جاهزة قبل تسليم الموقع، وأن تكون صحيحة ودقيقة. فإذا ظهر فيها عيوب بعد التنفيذ، ونسبت هذه العيوب إلى خطأ الإدارة في وضع التصاميم، فإن هذه الأخطاء تؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة[525].

ثانياً- التزام الإدارة بتنفيذ التزاماتها خلال المدة المتفق عليها:

تلتزم الإدارة في عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز بتسليم من يتعاقد معها موقع العمل في الميعاد المتفق عليه في العقد، أو خلال مدة زمنية مناسبة. أما في عقد التوريد، فإنه يجب قيام الإدارة المتعاقدة بتسليم المواد موضوع التعاقد، وفي المكان المتفق عليه في العقد، كما يجب على الإدارة أن تقدم كل التسهيلات اللازمة التي نص عليها العقد لتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزامه بصورة كاملة وفي المواعيد المحددة[526].

وتأسيساً على ما تقدم، فإن المتعاقد مع الإدارة لا يعد متأخراً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا من تاريخ إخطاره بتنفيذ التزاماته، فالقاعدة أنه لا يجوز للمتعاقد أن يطيل مدة التنفيذ. وفي المقابل، يجب على الإدارة ألا تتراخى في تنفيذ ما التزمت به تجاه المتعاقد معها بصدد الأمور والمسائل الفنية[527].

[525] Eckert (G.), Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, CMP, 2010, étude 9.

[526] د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، عام 1992، ص210. وكذلك د. حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص343.

[527] هذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن" عدم قيام جهة الإدارة المذكورة بتسليم مواقع العمل إليه طيلة عام بأكمله هو مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالاً جسيماً بواجبها بعدم تمكينه من العمل، مما يبرر معه فسخ العقد المبرم بينهما وتعويضه عما أصابه من أضرار". حكمها في الطعن رقم (11455، 11705 والصادرفي 2007/3/5)، أشار إليه د.خالد عبد الفتاح محمد"الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، عام 2009، ص 65-70.

المبحث الثاني

حقوق المتعاقد والتزاماته

يرتبط العقد الإداري بتنظيم المرفق العام وتسييره من أجل تحقيق المصلحة العامة؛ وهذا يعني أن التزامات المتعاقد لا تحدد بموجب النصوص التعاقدية فحسب، بل تتحدد كذلك بموجب القوانين واللوائح التنظيمية التي تحكم سير المرافق العامة، والتي يسهم المتعاقد في تسييرها بصورة مباشرة أو غير مباشرة. كما تتحدد بموجب والأوامر الإداريـــة الصـادرة عن الإدارة خـــلال تنـفيذ العـقد[528].

وتشير الظروف التي يتم بموجبها تنفيذ العقود الإدارية إلى وجود خلل قويّ بين الأطراف، لصالح الإدارة. ومع ذلك، فإن هذا الخلل يقابله جزئياً الاعتراف بعدد من الضمانات للمتعاقد مع الإدارة، ذلك أن العقد الإداري شأنه شأن بقية العقود؛ لأنه ينشئ التزامات متبادلة بين أطرافه فإن مبدأ عدم المساواة بين طرفي العقد يعدّ في مجال العقود الإدارية أمراً مسلّماً به، بل إن عدم المساواة هو المزية الأساسية التي تميز العقد الإداري عن العقود الأخرى. ومن ناحية أخرى، فإن الإدارة لا تهدف من وراء إبرام العقد الإداري إلى تحقيق ربح مالي، وإنما تقصد مصلحة عامة وتسيير مرفق عام لسد حاجة المواطنين[529].

فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية تحقيق توازنٍ بين الالتزامات والأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين والحقوق والمزايا التي يتمتع بها. وسيجري عرض هذه الحقوق والالتزامات وفق المطلبين الآتيين:

[528] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص193.
[529] د.علي محمد بدير وآخرون،"مبادئ وأحكام القانون الإداري"، مكتبة السنهوري، بغداد، عام 2012، ص 507.

المطلب الأول

حقوق المتعاقد في تنفيذ العقد

بسبب هيمنة فكرة المرافق العامة على العقد الإداري يصعب عملياً التوفيق بين مصلحتين غير متكافئتين يحكمهما عقد واحد، وهي المصلحة العامة التي تسعى الإدارة المتعاقدة إلى تحقيقها، بهدف ضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واطراد، بما تملكه من امتيازات السلطة العامة عن طريق تدخلها لضمان التنفيذ الجيد للعقد، والمصلحة الخاصة للمتعاقد، وهي مصلحة مشروعة أيضاً لكون دافعه لإبرام العقد هو حصوله على الربح، مما يتعين إذاً إيجاد توازن من الناحية الحقوقية بينهما بما لا يهدر أحدهما المصلحة الأخرى، لذلك تم الاعتراف في مقابل ممارسة الإدارة المتعاقدة لامتيازاتها في أثناء تنفيذ العقد، بمجموعة من الحقوق للمتعاقد في مواجهة إخلال الإدارة المتعاقدة أو تعسفها في تنفيذ بنود العقد.

وتتمثل أهم هذه الحقوق في الآتي:

الفرع الأول– التنفيذ بحسن نيّة من طرف الإدارة المتعاقدة:

يسوّغ حماية القانون للعقد الإداري تحقيقه لمقتضيات سير المرفق العام، إضافة إلى فائدته الاقتصادية والاجتماعية، فيحرص على توفير عدالته تجاه أطرافه، وأحياناً تجاه الغير، لأن الأصل نسبيّته، أي سريان مفعوله فقط بين أطرافه، من دون أن يتعداهم إلى أشخاص آخرين، إلا في بعض الحالات التي نص عليها القانون[530]. وعلى كل طرف في العقد أن ينفذ التزاماته تنفيذاً كاملاً وبحسن نيّة، فقد نصّت المادة (1104) من قانون العقود الفرنسي على أنه:" يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، ويعد هذا الالتزام من النظام العام"[531].

إن عدّ "حسن النية" مبدءاً قانونياً عاماً يعطيه أهمية نظرية وعلمية وحتى عملية، كونها تشكّل مصدراً خصباً لإنشاء القواعد القانونية التي تقرر الحقوق والالتزامات، وخصوصاً ما يتعلق منها بحماية المستهلك والتعاقد الإلكتروني وعقود التجارة الدولية، وغيرها من العقود التي تستوجب تشديد الحماية– للمتعاقد الضعيف وحسن النية[532].

---

[530] د. محمد عبدالله فلاح، "مبادئ القانون الإداري"، دراسة مقارنة، طبعة عام2011، ص 242.

[531] قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، عام 2018، ص29.

[532] د. يحيى أحمد بني طه، "مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود"، ديوان المظالم الأردني، عمان الأردن، عام2016، ص 10.

كما يتجلّى بوضوح أن النظرية التقليدية للالتزامات العقدية تعد العقد ملكاً للأطراف قائماً بإرادتهما من دون حاجة إلى اعتراف القانون به، إلا أن الحماية القانونية للعقد لا ترتب أثرها إلا إذ تمّ إبرامه بالطريقة السليمة والصحيحة، وغير مشوب بعيوب الإرادة، ومطابقاً للقانون ليضمن حمايته، وتتعدد مظاهر تدخل القانون لرسم حدود سلطة الأطراف في العقد، ولعل أبرزها التزام هذه الأطراف بمبدأ حسن النية. ويتفرع عن هذا الحق:

1- وجوب قيام الإدارة بمدّ يد العون له لمساعدته على التنفيذ:

هناك حالات يتأكد فيها وجوب الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقود الإدارية انطلاقاً من طبيعتها أو موضوعها؛ فمثلاً في عقد الأشغال العامة، يجب على المتعهد أن يبادر إلى إخطار الإدارة بكل واقعة توجب تدخلاً من قبلها، كأن تطرأ ظروف معينة(كالأمطار، والزلازل،..) تعيق التنفيذ وتلحق ضرراً بموقع العمل، أو تتكشف عيوب في التنفيذ، الأمر الذي يستدعي التدخل السريع وتضافر الجهود بين طرفي العقد لمواجهة هذه الظروف[533].

إذاً يفرض مبدأ حسن النيّة على المتعاقدين فيما بينهم التعاون والتنسيق المستمر بغاية تنفيذ العقد، وضمان الحماية الكافية لأطرافه من إضرار بعضهم ببعضهم الآخر. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها صدر في (2007/1/6)[534].

2- حق المتعاقد في الحصول على سلفة:

السلفة هي قيام الإدارة المتعاقدة بدفع جزء من مبلغ العقد إلى المتعاقد معها قبل أن يبدأ بتقديم خدماته وتنفيذ التزاماته. والغرض منها هو تسهيل تنفيذ العقود وضمان المساواة في الوصول إلى التعاقد بين الشركات التي لديها سيولة نقدية كافية، وتلك التي لا تملك هذه السيولة (مثل الشركات الصغيرة والمتوسطة). غالباً ما تعمد هذه الشركات، إضافة إلى الحصول على سلفة نقدية، إلى التنفيذ المرحلي مقابل صرف كشوف شهرية للكميات العقدية المنفذة.

---

[533] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، "تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيم"، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة عام 2009، ص 221.

[534] جاء في حكمها: "..إن تنفيذ العقود أياً كان نوعها يجب أن يقوم على أساس من حسن النيّة بين أطرافه وإذا كان ذلك أمراً بين الأطراف فإنه يكون أوجب حينما تكون الإدارة طرفاً في التعاقد إذ يجب عليها أن تكون مثلاً في احترام التزاماتها العقدية واحترام القواعد القانونية التي تحكم نشاطها ويؤكد مصداقية الإدارة والنزول على متطلبات الأحكام القانونية المنظمة لتعاملاتها مع الغير."حكمها في الطعن (13808) لعام (51 ق)، جلسة 2007/1/6، أشار إليه د. خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص202.

وذهبت محكمة القضاء الإداري السوري إلى أن:".. مبدأي حسن النيّة في تنفيذ العقود الإدارية وتعاون المتعهد مع الإدارة في تسيير المرفق العام يحولان دون الغلوّ في تفسير بند الحفريات على نحو يؤدي إلى إرهاق المتعهد بنفقات باهظة ناجمة عن صعوبات مادية غير متوقعة اعترضته أثناء التنفيذ،.."[535].

3- مراعاة الإدارة لظروف المتعاقد معها ورغبته الحقيقية في متابعة التنفيذ:

يملك المتعاقد حقاً أصيلاً في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية معه، ولاسيما أن المتعاقد معها غايته الأساسية تحقيق الربح وليس تحقيق المنفعة العامة، وهي أقصى ما تطمح اليه الإدارة من غايات. لذلك فإن أي زيادة في أعباء المتعاقد نتيجة استعمال الإدارة لسلطتها في تعديل العقد أو أي ظروف تطرأ خلال تنفيذه ترتّب حقاً أساسياً للمتعاقد في تغطية تلك الأعباء على نحو يعيد التوازن المالي للعقد، وهذا ما تعبر عنه فكرة "التوازن الشريف" بين حقوق المتعاقد والتزاماته، وهي فكرة ملازمة لحق التعديل إعمالاً لقواعد العدالة، ويعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه متابعة التنفيذ على النحو المتفق عليه[536].

الفرع الثاني- ضرورة إعذار المتعاقد قبل فرض الجزاءات عليه:

يجب قبل توقيع الجزاء أن تتأكد الإدارة من أن المتعاقد معها قد أخلّ بالتزاماته العقدية، ولم يراع المواصفات والأصول الفنية، وأن تقوم بإعذاره وتنبيهه للقيام بأعماله بصورة تتفق وشروط العقد، وعليه إصلاح الأعمال المعيبة، إذا كان ممكناً، خلال مدة معينة[537].

ونظراً إلى جسامة جزاء الفسخ كونه من أقصى الجزاءات أثراً في المتعاقد مع الإدارة، وما يترتب عليه من إنهاء للرابطة التعاقدية بين طرفي االعقد، فإن العديد من التشريعات العالمية تفرض على جهة الإدارة المتعاقدة قبل إقدامها على ذلك، توجيه إخطارات للمتعاقد معها بخصوص المخالفات

[535] القرار رقم (2/1041) لعام2014 في القضية ذات الرقم2/1078 لعام 2014، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة السوري، ط1، عام2017، المكتب الفني، ص135.

[536] د. نصري منصور نابلسي،"العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2012، ص 901.

[537] د. مريم محمد أحمد، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحقانية القاهرة، عام 2016، ص 227.

التي وقع فيها، وإمهاله مدة زمنية معينة لإصلاح ما تم الوقوع فيه من أخطاء، إلا في حالة إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء[538].

ويجب أن يكشف الإنذار عن اتجاه نيّة الإدارة إلى إعمال التنفيذ على حساب المتعاقد، فلا يكفي أن تردد الإدارة في هذا الشأن التزاماته العقدية، بل يجب أن يكشف الإنذار بعبارات قاطعة لا تحتمل اللبس عن اتجاه نيتها لإعمال هذا الجزاء في حالة عدم تداركه لخطأه[539].

إذاً الغاية من الإعذار تنبيه المتعاقد إلى أنه متأخر في تنفيذ التزامه تأخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار، ودعوته لتنفيذ التزامه مع وضعه أمام المساءلة القانونية في حال امتناعه عن ذلك[540]. وإذا كانت النصوص القانونية تبين شروط الإعذار، فإن القواعد العامة تكفّلت بتحديد الشكل الذي ينبغي أن يكون عليه، ومن ثمّ يجب أن يتضمن الإعذار المخالفات المنسوبة للمتعاقد[541]، وما تنوي الإدارة اتخاذه عند عدم استجابته، والأعمال التي يجب القيام بها.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن إعفاء الإدارة من ضرورة إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء عليه، في الحالات الآتية[542]:

1- إذا نُصّ في العقد أو كرّاسة الشروط نصّاً صريحاً على إعفاء الإدارة من الإعذار. فإذا نُصّ في العقد على أن وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة سوف يطبق بقوة القانون على المقاول إذا أخل بالتزاماته، فإن مثل هذا النص لا يعفي الإدارة من الإعذار، وذلك لأن تطبيق سحب العمل من المقاول من دون إخطار المقاول ليس ضرورياً، بالإضافة إلى أنه في الواقع وفي الغالب الأعم أن تخلف المقاول أو عجزه عن التنفيذ لا يوقف فجأة سير المرفق العام.

---

[538] د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي،،سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة، المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، المجلد 2، العدد 2، لعام 2020، ص 14.

[539] د. أيمن فتحي محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا، الطبعة الثالثة، عام2017، ص 156.

[540] د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، عام 2020، مرجع سابق، ص 14.

[541] للمزيد من التفصيل: د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإداري، دار الفكر الجامعي، عام2014، ص 143.

[542] للمزيد من التفصيل: د. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة إبرام تنفيذ انتهاء- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام2017، ص 205، وأيضاً: د. محمد سامح عبد الله عبد الرحمن، سحب العمل من المقاول في عقود الاشغال العامة- دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، عام 2016، ص 348 وما بعدها.

2- إذا كانت ظروف التنفيذ تفيد بعدم جدوى الإعذار، كما لو قام المتعاقد طواعية بالاعلان صراحة عن عدم نيتّه تنفيذ العقد، أو عدم مقدرته على تنفيذها، وهو تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني، وكذلك إذا وقع من المقاول أخطاء فنية لا يمكن تداركها او إصلاحها.

3- إذا كانت الظروف تضفي على العقد طابع الاستعجال، كما هو الحال في عقود التوريد التي تبرم في زمن الحرب بشأن المهمات العسكرية.

4- إذا أعفى المشرع جهة الإدارة من صراحةً من واجب الإعذار.

5- إذا كان تنفيذ العقد يتضمن مدة محددة وانتهت تلك المدة، فلا حاجة لإعذار المقاول.

الفرع الثالث- حق المتعاقد في الدفع بعدم التنفيذ:

الأصل في العقد الإداري أن ينفذ، والامتناع عن تنفيذه لا يعدّ مشروعاً على أي حال. وعلى الرغم من صحّة هذا القول إلا أنه ليس مطلقاً، فامتناع أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه طبقاً لما جاء في العقد قد يعدّ مشروعاً، وخصوصاً جهة الإدارة المتعاقدة تحت مسوّغات المصلحة العامة. ولكن هل للمتعاقد معها الحق في ذلك والامتناع عن التنفيذ؟

لقد أطلق على هذا الامتناع منذ القدم تسمية "الدفع بعدم التنفيذ"، كما يطلق عليه تسمية "الامتناع المشروع عن الوفاء". والفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي أنه "إذا أردت أن تأخذ مالك فعليك أن تفي بما عليك"، فهو وسيلة دفاعية يقررها القانون للمتعاقد الذي يكون في الوقت نفسه دائناً ومديناً للمتعاقد الآخر، ويخوّله بمقتضاها أن يمتنع عن الوفاء بما عليه لغريمه، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له. وهو لا يؤدي إلى حلّ الرابطة العقدية نهائياً، كما في حالة الفسخ مثلاً، ولكنه يضعفها فقط بصفة مؤقتة، فهو يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد على أحد طرفيه دون أن يزيلها...هذا الأمر مستقرّ عليه في عقود القانون الخاص[543].

ولم تتضمن نصوص القوانين المدنية في فرنسا ومصر وسورية أي تعريف للدفع بعدم التنفيذ، ولم ينص المشرع الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ صراحة، إلا بعد صدور المرسوم رقم (131)

[543] تنص المادة المادة (162) من القانون المدني السوري رقم /84/ للعام 1949على أنه"في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

الصادرفي 10فبراير 2016[544]، المتعلّق بإصلاح قانون العقود والنظام العام لإثبات الالتزامات الذي تضمن في الفرع الأول من القسم الخامس منه المعنون بـ"الدفع بعدم التنفيذ" مادتين هما: المادة (1219) وتنص على أنه: "يحق لأحد الطرفين أن يرفض تنفيذ التزامه على الرغم من كونه مستحقاً، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، وإذا كان عدم التنفيذ هذا جسيماً بما فيه الكفاية"، والمادة (1220) التي كرّس بموجبها مفهوم "**الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي**"[545].

ووضع المشرع الفرنسي بموجب هذا المرسوم الجديد تنظيماً مكتملاً **للشرط الفسخ الصريح** (المادتين 1124و1125) وكرس إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة، أو عن طريق الإخطار (المادة 1126)، ونصّ على جواز طلب الفسخ من القضاء في جميع الحالات(المادة 1127)، وحدّد تفصيلاً سلطة القاضي إزاء طلب الفسخ(المادة 1128)[546].

وبهذا الاتجاه أخذت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه:".. وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ضماناً لحسن سير المرافق العامة، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها.."[547].

والحقيقة أننا نرى أن الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها على جواز الدفع بعدم التنفيذ من قبله وتنظيم ذلك في شروط العقد لا يعدّ خروجاً عن الأصل العام، ولكنه يعدّ تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وخصوصاً في حالة الالتزامات ذات الطبيعة التبادلية؛ فالتزام المتعاقد بالمباشرة في تنفيذ عقد الأشغال العامة يتوقف على التزام الإدارة بتسليم موقع العمل خالياً من الشواغل خلال المدة المتفق عليها، وإن إخلال الإدارة بهذا الالتزام لا يخوّلها حق فرض الغرامات التأخيرية أو مطالبة المتعاقد بالتنفيذ.

---

[544] منشورفي الجريدة الرسمية رقم (0035) بتاريخ 10 فبراير 2016.

[545] كما نصت المادة (1127) من الأمر نفسه على أنه :"يحق للطرف الذي لم ينفذ التعهد حياله، أو أنه قد نفذ بشكل ناقص أن:- يرفض تنفيذ التزامه أو يعلق تنفيذه؛- يسعى إلى التنفيذ الجبري للالتزام؛- يطلب تخفيض الثمن؛- يطلب فسخ العقد؛- يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عدم التنفيذ. ويجوز الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز إضافة التعويض إليها دائماً".

[546] تنصّ هذه المادة على أنه: "يحق لأحد الأطراف أن يعلق تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد الآخر سوف لن ينفذ التزامه عند استحقاقه، وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون جسيمة بما فيه الكفاية بالنسبة إليه، ويجب أن يتم الإخطار بهذا التعليق في أقرب فرصة". قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمة د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، عام 2018، ص17.

[547] صدر في (1971/12/18)، أشار إليه طالب طاهر التكمه جي، المصدر السابق، ص189.

المطلب الثاني

التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد

تتعدد وتتنوع الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة، ويمكن ترتيبها وتصنيفها بأساليب وطرق كثيرة، ويمكن اختصارها على الشكل الآتي:

الفرع الأول – الالتزام الشخصي بتنفيذ العقد الإداري:

يعدّ هذا المبدأ من المبادئ الرئيسة للقانون العام، وذلك لصلة العقد الإداري بالمرفق العام، وهذا يشير إلى أهمية الشخص المتعاقد عند اختياره من قبل الإدارة لكونها تأخذ في الحسبان إمكاناته المادية والتقنية. وتختلف شدّته من عقد إلى آخر، إذ يطبق وبشدّة في عقد التزام المرافق العامة للخصوصية التي تتميز بها هذه العقود؛ من تقديم خدمات للمنتفعين مباشرةً، وتعقد لمدة طويلة من الزمن، وبحاجة إلى إمكانات مادية وتقنية عالية[548].

بيد أن هذا المبدأ يعرف استثناءات عدّة في حالات معينة وفق الآتي:

أولاً– التعاقد من الباطن:

يشكّل التعاقد من الباطن استثناءً من المبدأ العام للأداء الشخصي للعقود العامة، يتيح للمتعاقدين مع الإدارة أن يعهدوا إلى شركة أو أكثر بتنفيذ جزء من العقد المبرم معهم، والذي لا يمكنهم أو لا يرغبون في تنفيذه بأنفسهم[549]. ويجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يبرم عقداً مع الغير بغية تنفيذ جزءٍ من التزاماته التعاقدية (التعاقد من الباطن)، عندما يجد نفسه غير قادر على تنفيذ التزاماته التعاقدية، إضافةً إلى أنه يستطيع أن يُحلّ مكانه شخصاً آخر من أجل تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية الملقاة على عاتقه في العقد الأساسي (التنازل عن العقد) [550].

---

[548] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص202.

[549]Teevin (P.), Droit administratif français,Partie IV,Chapitre 2, Chapitre 2, Revue générale du droit en ligne, 2013, n ° 4645: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4645

[550] د. يونس اسماعيل حسن كه ردي "أحكام الفسخ في العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2015، ص 168.

وهذا يعني أن المتعاقد من الباطن لا يستطيع الاحتجاج أمام الإدارة بأيّ حقوق[551]، ويبقى المتعاقد الأساسي المسؤول الأول والأخير عن جميع الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد الثانوي، إضافةً إلى أن أي نزاع يحصل بين المتعاقد الأساسي والمتعاقد الثانوي يخضع لرقابة القضاء العادي لكونها منازعات بين أفراد[552].

ثانياً- التنازل عن العقد:

يكون ذلك عندما يقوم المتعاقد الأصلي بإحلال الغير في تنفيذ التزاماته التعاقدية وعلى نحو كلّي، شريطة الحصول على الموافقة المسبّقة من قبل الإدارة. ويكون المتنازل له قد حلّ محل المتعاقد الأساسي في جميع حقوقه والتزاماته، ويصبح المتعاقد الأصلي في حلّ من جميع التزاماته، إلا إذا نصّت الموافقة على خلاف ذلك[553].

ثالثاً. زوال المتعاقد:

يمكن أن يحصل من خلال وفاة المتعاقد إذا كان فرداً عادياً[554]، أو بالإفلاس[555] والتصفية القضائية إذا كان شخصاً اعتبارياً.

الفرع الثاني – التزام المتعاقد باحترام مدة تنفيذ العقد:

أصبح من الثابت فقهاً وقضاءً أن العقد الإداري يحدد المدة التي يجب على المتعاقد أن ينفذ التزاماته التعاقدية خلالها، ولهذه المدة أهمية كبرى لطرفي العقد معاً. والتزام المتعاقد بتنفيذ جميع التزاماته العقدية من دون إهمال لهذا الشرط ناجم عن كونه قد وافق على العقد بمحض إرادته بعد أن أخذ في الحسبان إمكاناته المادية والفنية اللازمة للتنفيذ ضمن المدة المحددة في العقد، علماً

---

[551] مع ذلك نصّ قانون الصفقات العامة الفرنسي على حق المقاول من الباطن في الحصول على سلفة مالية مقابل تنفيذ بنود العقد. وبقراره المؤرخ في 4 مارس 2020، حدّد مجلس الدولة الفرنسي المبادئ التي تحكم عملية حصول المتعاقد(من الباطن) على دفعات(سلف) مقدمة للتنفيذ، و"تعدّ السلف بطبيعتها مجرد تسهيلات مالية، وبالتالي فهي قابلة للسداد بطبيعتها". CE 4 mars 2020, Société Savima, n° 423443 https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/view/lettre-daj/13819

[552] د. عبد الحليم مجدوب "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم"- مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد17، المجلد3، أيلول سبتمبر2019، المركز الديمقراطي، برلين، ألمانيا، ص197. كما نصت الفقرة /أ/ من المادة (59) من القانون /51/ 2004 على أنه: "يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في حالة وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته محل اعتبار في التعاقد، إلا إذا رأت الإدارة أن ورثة المتعهد تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ولا يترتب تعويض على الفسخ في هذه الحالة لأي من المتعاقدين، وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى".

[553] د. عبد الحليم مجدوب، مرجع سابق، ص198.

[554] د. نصري منصور نابلسي، "العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2010، ص 100.

[555] طبقت المادة (59) من القانون /51/ لعام 2004 في سورية على المتعاقد المعسر أو المفلس الحكم نفسه الذي طبقته على وفاة المتعاقد والتي تم ذكر مضمونها سابقاً.

أن النصوص التعاقدية المتعلقة بالمدة لا تعدّ المصدر الوحيد، فهناك نصوص خارجة عن العقد (تشريعية أو تنظيمية) يمكن أن تحدد مدة تنفيذ الأعمال المكلف بها المتعاقد، وعلى المتعاقد في هذه الحالة الالتزام باحترامها تحت طائلة فرض الجزاءات المناسبة إذا لم يكن من مانع قانوني يسوّغ عدم تنفيذ العقد ضمن المهلة المحددة[556].

الفرع الثالث – التزام المتعاقد بتنفيذ نصوص العقد والوثائق المرفقة به:

يجب على المتعاقد الملتزم التقيّد بالتنفيذ السليم والكامل لعقد الامتياز، من خلال احترام البنود التعاقدية والقوانين والأنظمة التي كانت موجودة وقت إبرام العقد أو الصادرة خلال التنفيذ؛ إضافةً إلى احترام القواعد العامة التي تحكم إدارة المرفق العام. ويلتزم المتعاقد في عقود الأشغال العامة والتوريد بالتنفيذ السليم للعقد من خلال احترامه للمواصفات الفنية المتعلقة بالأشغال والتوريدات. ويمكن ملاحظة ذلك من خلال تطابق الأعمال مع البنود التعاقدية، واحترام نوعية المواد أو جودتها، والالتزام باحترام القواعد الفنية، إضافةً إلى احترام الأوامر الإدارية الموجهة إليه من قبل الإدارة، حتى لو لم تكن مدرجة في العقد.

هذه هي أهم الحقوق التي تتمتع بها الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام، إضافةً إلى أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد خلال تنفيذ العقد الإداري. وسنكمل حديثنا في الفصل الآتي عن هذه الحقوق والالتزامات، بعرض الآثار التي تترتب على العقود الإدارية.

[556] كاتفاق الأطراف المتعاقدة على تمديد المهلة، أو في حالة القوة القاهرة، أو بفعل نظرية فعل الأمير؛ لأن هذه النقاط يمكن أن تسوّغ للمتعاقد التأخير في تنفيذ الالتزامات العقدية، وتضمن له الحق في إعفائه من العقوبة وإطالة المدة.

الفصل الثاني

آثار العقود الإدارية

تبرز أهمية العقود الإدارية باعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حدّ سواء، ذلك إن البرامج والمخططات الاستثمارية التي تضعها السلطات المختصّة إنما يقع تنفيذها على الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق العقود الإدارية.

لأجل ذلك نرى أن مسألة تنفيذ العقود الإدارية والآثار الناجمة عن ذلك التنفيذ تشغل مكانة مهمّة في دراسة العقود الإدارية. وإذا كانت أغلب الدراسات قد تناولت هذه المسألة بشكل عام وكان التركيز فيها بشكل أساسي على إظهار الدور السلطوي للإدارة، أي إظهار ما تتمتع به الإدارة العامة في مواجهة المتعاقد معها من سلطات وامتيازات، وذلك بغرض تبيان خصوصية وميزة العقد الإداري عن العقود المدنية، غير أنه ومما لاشك فيه أن المتعاقد مع الإدارة يؤدي دوراً جوهرياً وأساسياً في تنفيذ العقد، وبالتالي دوراً مهماً في استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ما يجعله يقوم بدور المعاون للإدارة العامة.

هذا يتطلب من المتعاقد مع الإدارة الوفاء بالتزاماته التعاقدية والالتزامات التي يفرضها عليه ضمان حسن استمرار سير المرافق العامة بانتظام، من خلال بذل عناية فائقة وحرص شديد، والعمل بأقصى جهد قد يفوق الالتزام العادي المتعارف عليه في الوفاء بالالتزامات التعاقدية في العقود المدنية.

ومع هذا الحرص المطلوب في سلوك المتعاقد مع الإدارة، فإنه يجب عدم التفريط في حقوقه، وإلا لما وجدت الإدارة من يتعاقد معها، وبالتالي من يعاونها في تسيير مرافقها، لذا فإن العقد ذاته تنجم عنه آثار مهمة، وتؤطره أحكام تتكفل بحماية مصالح المتعاقد مع الإدارة، خصوصاً الباعث على التعاقد والمتمثل في الجانب المادي، أي المقابل المالي الذي يتحصل عليه مقابل التزاماته المتعددة.

وإذا كانت العقود تتفق في جوهرها وأركانها، إلا أن الأحكام والقواعد التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف اختلافاً كثيراً، وخاصةً فيما يتعلق بتكوين العقد وتحديد آثاره، إذ تملك الإدارة من السلطات ما يمكنها من إجبار المتعاقد معها على الالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية بالزيادة أو النقصان. ولما كانت التزامات المتعاقد مع الإدارة تتسم بطابع المرونة، فينبغي أيضاً إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد، نظراً إلى الترابط بين التزامات المتعاقد وحقوقه.

وبما أن محور كلامنا في هذا الفصل محصور فقط في آثار العقد الإداري، فسنقوم في المبحثين الآتيين بتناول هذه الآثار، معتمدين في ذلك بدرجة أساسية على أحكام القضاء الإداري، وآراء الفقهاء والمؤلفين الذين حاولوا تناول هذا الموضوع بالدراسة والشرح.

المبحث الأول: إمتيازات الإدارة العامة التعاقدية.

المبحث الثاني: ضمانات حماية مصلحة الطرف المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول

امتيازات الإدارة العامة التعاقدية

يخضع العقد الإداري لقواعد القانون الإداري، التي تجعل من الإدارة المتعاقدة الطرف الأقوى في العقد، وبذلك تختلف عن قواعد القانون الخاص التي تخضع لها العقود الخاصة للأفراد، من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين؛ فالإدارة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، بغية إشباع حاجات الأفراد الضرورية، وتغليباً للمصلحة العامة[557]. ذلك أن غاية العقد الإداري في الواقع هي ضمان السير الحسن للمرفق العام[558]، كما أن المبادئ العامة التي تنظم هذا الأخير، ولاسيما مبدأ استمرار وانتظام سيره دون توقف، يعدّ من المبادئ الجوهرية التي ترمي إلى ضمان تحقيق المصلحة العامة، ويجب أن تكون لها الأولوية لحظة ظهور العواقب الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

ولهذا الغرض يمنح القانون الإداري للإدارة المتعاقدة امتيازات واسعة للإشراف على تنفيذ العقد أو تعديل شروطه، كما يخوّلها القانون سلطات توقيع جزاءات تعاقدية تمكنها من إرغام المتعاقد المقصّر على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، عن طريق حلول الادارة محل الملتزم المقصّر، أو باحلال غيرها محله، مستهدفة حسن سير المرافق العامة[559]. وقد تصل هذه الالتزامات إلى إنهاء العقد، ولكن كل ذلك يجب أن يكون في حدود تحقيق المصلحة العامة [560].

فهذه الامتيازات تمثل إحدى مظاهر السلطة العامة التي تحدد طبيعة العقود الإدارية. وقبل الخوض في هذه الامتيازات، فإنه يجب مراعاة الصفات المشتركة التي تجمع بينها وهي[561]:

---

[557] د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، عام 2011، ص 140.

[558] د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، عام2003، ص 163.

[559] هي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء بالتزاماته العقدية. للمزيد من التفصيل: د. مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، عام 2018، ص 240.

[560] Arjoub (M.), La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse du doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II , 2016, p 478.

[561] د. مجدي مدحت النهري، "مبادئ القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة"، جامعة الجزيرة، دبي، عام 2011، ص 300-301.

1- هذه السلطات والحقوق مقررة للمصلحة العامة التي تمثلها جهة الإدارة، ما دام العقد اكتسب صفة العقد الإداري.

2- هذه السلطات والامتيازات مقررة لجهة الإدارة في مختلف العقود الإدارية، مع مراعاة طبيعة كل سلطة في هذه العقود وحدودها.

3- طالما أساس السلطات الاستثنائية مقرر لتحقيق المصلحة العامة، لا يجوز للإدارة التنازل عنها. وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه "..إذا كان بإمكان الإدارة العامة أن تتعهد عن طريق اتفاق رضائي مع المتعاقد معها، بأن لا تمارس سلطتها في إصدار قرار واجب النفاذ ضد الطرف المتعاقد المخلّ بالتزاماته، إلا بعد القيام بإجراءات مفاوضات الحل الودّي، ولكن لا يمكنها التنازل تعاقدياً أيضاً عن هذه الصلاحية أو عن سلطتها في إحالة النزاع إلى القاضي الإداري لاسترداد المبلغ المتنازع عليه.."[562].

4- لا تعني هذه السلطات أن الإدارة في حلٍّ من أمرها وهي تمارسها، فهي تخضع في جوانب عديدة منها لرقابة القضاء للتأكد من استعمالها وفق المنهج الذي يحقق الصالح العام، من دون تعسف أو إضرار بالمتعاقدين معها.

إذاً تعدّ المصلحة العامة من اختصاص الإدارة وحدها، والمحرك الأساسي لنشاطها وسبب وجودها، وسر امتيازاتها، إذ إن المشرع لا يعترف للإدارة بامتيازات السلطة العامة، إلا من أجل تلبية وإشباع الحاجيات العامة للمواطنين، عن طريق المرافق العامة[563]. هذه الأخيرة يجب أن تسير بصفة مستمرة ومنتظمة. وتتمتع الإدارة بهذه الامتيازات؛ حتى ولو لم ينص عليها في العقد فهي من النظام العام، ولا يمكنها التنازل عنها، ذلك أنها تشكل أهم تطبيقات الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية[564].

وسنشرح هذه الامتيازات وفق الآتي:

[562] CE 20 septembre 2019, Société Valéor, nos 419381 et 421064.

[563] د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الاولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، عام 2011، ص338.

[564] د. محمد الصغير بعلي، "العقود الإدارية"، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، عام 2005، ص 73.

المطلب الأول

صلاحية طلب الأداء الشخصي للعقد

يُطلب من المتعاقد مع الإدارة، وعلى وجه الخصوص في العقد الإداري، أداء التزاماته شخصياً. ومع ذلك، هناك استثناء لهذا المبدأ، كما مرّ معنا، وهو أن الطرف المتعاقد مع الإدارة مخوّل في الواقع بالتعاقد من الباطن على أجزاء معينة من العقد، شرط أن تأذن به الإدارة صراحة. وبشكل أكثر تحديداً، يجب أن توافق الإدارة على شخص المتعاقد من الباطن، وكذلك شروط الدفع الخاصة به[565].

في هذه الحالة، يتم إنشاء علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعهد من الباطن، ليبقى بذلك المتعاقد مسؤولاً عن أي خطأ أو تقصير ناجم عن المقاول الفرعي أو وكلائه أومستخدميه أو عماله.

المطلب الثاني

سلطة الرقابة والتوجيه

تتمتع الإدارة بحق الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري، ولها حق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لذلك.

أولاً– مضمون هذه السلطة وأساسها القانوني:

يقصد بهذه السلطة الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، والتي من شأنها أن تجعل ذلك العقد محققاً للغرض الذي أبرم من أجله، إذ يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد حسب شروطه ومواصفاته الفنية والمالية، ومتفقاً مع الغرض المنشود منه[566].

ولا يشترط أن يكون هذا الحق منصوصاً عليه في العقد، إذ إنه مقرر للإدارة من دون حاجة إلى نص عليه؛ فهذا الحق متعلق بالنظام العام، وهو حق ثابت استناداً إلى المبادئ التي تحكم المرافق العامة. كما أن هذا الحق مقرر للإدارة في جميع العقود الإدارية[567]، فلا يجوز للإدارة

---

[565] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص216.

[566] د. موسى مصطفى شحادة، العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، عام 2015، ص 15.

[567] د. محمد علي خلايلة، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عام2015 ، ص305.

التنازل عنه؛ بمعنى أنه إذا تنازلت الإدارة في العقد عن حقها في الرقابة والتوجيه كان الشرط باطلاً. ولقد جاء ارتباط هذا الحق بالنظام العام، لأن محل العقد الإداري يتعلق بالصالح العام الذي يستهدفه هذا العقد[568].

ويمكن للإدارة أن تتحقق في أي وقت من أن المتعاقد معها يتصرف وفقاً لشروط العقد، ومن ثم يمكنها أن تطالبه بتزويدها بكل المعلومات التي تمكنها من إجراء عمليات الفحص هذه[569]، وقد تطلب منه شفاهةً أو كتابةً اتخاذ إجراءات معينة لأداء الالتزامات المتفق عليها.

ولا جدال في أحقية الإدارة في الرقابة والإشراف، وفقاً **للمفهوم الضيق** لهذه السلطة، إذ إن هذه السلطة مرادفة لما هو موجود في القانون الخاص؛ فالإدارة هنا تشرف على ماجاء في بنود عقودها، للتأكد من أنها تتم وفق الاشتراطات التي تم الاتفاق عليها. كما أنه لا جدال في أحقية الإدارة في ممارسة هذه السلطة، وفق **المفهوم الواسع**، عندما يتم النص على هذه السلطة في العقد الإداري أو في التشريع المنظم له. ومن ثم يستند حق الرقابة والتوجيه إلى العقد نفسه أو للتشريع، ويكون أساسه القانوني[570].

ومهما يكن من أمر، فإن سلطة الإشراف والتوجيه والرقابة ليست مطلقة، لأن إطلاقها يؤدي إلى تعسف جهة الإدارة ومبالغتها في إصدار التعليمات والأوامر، بما قد يضرّ بالمتعاقد معها، خاصة من الناحية المالية.

كما أن حقّ الإدارة في الرقابة والتوجيه يختلف في مداه من عقد إداري إلى آخر؛ فهو أكثر اتساعاً في عقود الأشغال العامة بالنظر إلى طبيعتها الخاصة، ولكون تنفيذها يستغرق مدة زمنية طويلة تكلّف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، ثم إنها تحتاج إلى متابعة مستمرة ومتواصلة[571]، تفادياً لأي خروج عمّا تم التعاقد بشأنه من جانب المتعاقد؛ وفي عقد الامتياز، تتخذ سلطة الإشراف والتوجيه شكلاً مميزاً، فالإدارة تراقب نشاط المرفق المسيّر بطريق الامتياز، للتأكد مما إذا كان

---

568 د. محمد الشافعي أبو راس، "العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 91.

569 يرتبط حق الإدارة في التوجيه والتدخل في طريقة تنفيذ العقود بمدى علاقة العقد الإداري بالمرفق العام والذي ينبغي أن يتم تسييره بانتظام واطراد، إذ أنه أساس هذه السلطة الممنوحة للإدارة، ومن ثم فإنها مقررة لجهة الإدارة، ولو لم ينص عليها العقد أو التشريعات المنظمة. انظر: د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، عام2010، ص 75.

570 د. موسى مصطفى شحادة، مرجع سابق، ص 160.

571 يفرض عقد الأشغال بطبيعته تدخل ممثل الإدارة للإشراف على التنفيذ، فيكون بمنزلة المدير الحقيقي للعمل والمشرف العام عليه.

الملتزم يعمل وفقاً للشروط الواردة في العقد. وإن بدرت منه مخالفة لأحد البنود العقدية، تتخذ الإجراءات القانونية قبله، كأن يتعلق الأمر بإخلاله مثلاّ بالرسوم المتفق عليها، وتجاوزه للحد المتفق عليه، أو يتعلق الأمر بتمييزه بين المنتفعين من خدمات المرفق، وهكذا[572]؛ أما سلطة الإشراف والتوجيه في عقود التوريد فتفرض أن تتخذ بمظهر أقل شدة، لأن الأمر يتعلق بمواد أو منقولات يلزم المتعاقد بأن يضعها تحت تصرف الإدارة، ومن حق الإدارة، رفض استلامها إذا كانت لا تنطبق عليها المواصفات المتفق عليها في العقد[573].

ثانياً- محددات هذه السلطة:

تعني سلطة الإدارة في الرقابة كمبدأ عام عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ، فلا يجوز للإدارة التنازل عن سلطتها في ذلك، لأنها تتعلق بالنظام العام، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، إلا أن هذه السلطة قد تحدّها قيود، تتمثل في الآتي[574]:

1- أن يكون الهدف من الرقابة هو تحقيق المصلحة العامة؛ فتراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة وهي بلوغ المصلحة العامة، ويؤدي إلى جنوح المتعاقد لما يخالف شروط التعاقد، كما أن إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ، ودفع المتعاقد ليتخذ سبيل التقاضي.

2- أن يكون دافع المصلحة العامة موضوعياً، من خلال توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو انحرافها في استعمال السلطة، إذ إن الإدارة ملزمة ببيان السبب بدقة من أجل المصلحة العامة التي يستند إليها قرار إنهاء عقدها؛ فمجرد ذكر سبب للمصلحة العامة من دون تسويغ للظروف التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ هذا القرار لن يكون كافياً[575].

3- لا يجوز أن تؤدي سلطة الإدارة في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام، وإلا انقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى استغلال مباشر.

---

[572]Teevin(P.), «Droit administratif français,Partie IV,Chapitre 2, Chapitre 2, Revue générale du droit en ligne, 2013, n ° 4645: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4645

[573]Diallo(A.). La résiliation pour motif d'intérêt général d'un contrat administratif. Droit. 2019. dumas-02313967,p.11.

[574] د. مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، عام 2008، ص 133.

[575]CE, 25 janv. 2019, req. n°424846, Sté Uniparc Cannes.

المطلب الثالث

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تملك الإدارة فرض عقوبات على المتعاقد معها في حالة عدم امتثاله لشروط العقد أو التعليمات الواردة إليه منها. وهي تستمد سلطتها في هذا الشأن إما من نصوص العقد نفسه(العقوبة التعاقدية)[576]، وإما من السلطة الممنوحة لها للحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطّراد[577].

وقد استخلص الفقهاء أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إنما توجد بذاتها مستقلة عن النصوص التعاقدية، أي إنها توجد ولو لم ينص العقد على أي منها. فإذا نص على بعضها وأغفل بعضها الآخر، فإن الإدارة من حقها توقيع جزاءات عن المخالفات التي لم ينص عليها العقد، إذ إنه من الطبيعي أن تملك الإدارة من السلطات والامتيازات ما تفوق به قدرة المتعاقد مع الإدارة، منها ما يتخذ شكل سلطة تعديل العقد الإداري من جانب واحد، أو قد تتخذ صورة سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه، أو قد تصل إلى سلطة فرض الجزاءات التي تملكها الإدارة، مع الإشارة إلى أن النظام الجزائي الخاص بالعقود الإدارية يخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام الجزائي في عقود القانون الخاص، ولا سيما أن جلّ العقوبات التي تفرض على المتعاقد في عقود القانون الخاص عقوبات مالية لا تتعدى التعويض أو الغرامة[578].

واعترف مجلس الدولة الفرنسي في قرار الصادر في6 مايو1985 بأن:" الإدارة، بحكم الامتيازات المقررة لها، يمكنها أن تفرض بنفسها عقوبة على المتعاقد المتعثر.. إن الأمر يتعلق "بسلطات الإكراه المتأصلة في أي عقد تم إبرامه لتنفيذ الخدمة العامة"[579]. وأشار مؤخراً إلى أن تنفيذ بنود

---

576 العقوبة التعاقدية، كما يوحي اسمها، عقوبة يتكبدها المتعاقد مع الإدارة في حالة عدم أداء الالتزامات الواردة في عقد إداري بما يضمن قيام هذا المتعاقد بالوفاء بالتزاماته. وغالبًا ما يتم تحديد العقوبة من خلال العقد أو قاضي العقد في حال إحالة النزاع إليه.

577 هذه السلطات مقررة لجهة الإدارة لتحقيق الصالح العام ولو لم يرد بها نص صريح في العقد، فهذه السلطات قد تكون مستمدة من مصادر عدة، هي: العقد نفسه، ودفتر الشروط العامة، ودفتر الشروط الخاصة، والقوانين واللوائح المنظمة للعقد الإداري، والقصد المشترك للمتعاقدين، والإرادة المنفردة للإدارة لغايات تحقيق المصلحة العامة، والمبادئ العامة المتعلقة بالمرافق العامة، وأي وثائق ومستندات متعلقة بالعقد الإداري، كوثائق المناقصة مثلاً، أنظرفي ذلك: د.موسى مصطفى شحادة، المرجع السابق، ص 151؛ د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشاة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، عام 2007، ص120.

578 د. سحر جبار يعقوب،"الجزاءات الإدارية في عقد التوريد- دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، عام 2020، ص7.

579CE.,requête numéro 44130 : RDP 1985 p.1706

العقد المتعلقة بفرض الجزاءات في حالة تقصير المقاول "ناتج عن تطبيق القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية"[580].

ومع ذلك، لا يمكن فرض هذه العقوبات بشكل اعتباطي، بل يتعين ألا تتعسّف الإدارة في ذلك[581]، كما أن عليها توجيه إشعار رسمي مسبق إلى المتعاقد معها. وبشكل أكثر تحديداً، يتعين على الإدارة احترام حقوق الدفاع لهذا المتعاقد، وإخطاره بدقة بالانتهاكات التي تتهمه بها[582].

وتتعدد أنواع هذه العقوبات[583]، وهي إما أن تكون جزاءات مؤقتة ذات طابع مالي، كالتعويض وغرامة التأخير ومصادرة التأمين **(الفرع الأول)**، أو ذات طابع إكراهي، كسحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد**(الفرع الثاني)**، كما يمكن للإدارة المتعاقدة حل الرابطة العقدية عن طريق االفسخ **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول- الجزاءات المالية:

هي عبارة عن مبلغ من المال يحق للإدارة أن تطالب به المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، سواءٌ نتيجة امتناعه عن تنفيذ التزاماته كاملة، أو نتيجة تأخره في تنفيذها، أو تنفيذها بصورة غير مرضية تماماً، أو أنه أحلّ غيره محله من دون موافقة الإدارة[584].

ويمكننا الإشارة إلى أهم أنواع هذه الجزاءات على النحو الآتي:

أولاً- التعويضات المالية:

التعويض بعكس الغرامات المالية؛ فهو لا يستحق، إلا إذا ثبت الضرر، كما هو الشأن في القانون الخاص. ويقدر التعويض وفقاً لجسامة الضرر الذي تحملته الإدارة، مع الأخذ في الحسبان طبعاً ما تكون الإدارة قد أسهمت في حصوله بنسبة معينة، بحيث يقع على عاتقها هذا الجزء من

[580]CE, 14 février 2017, requête numéro 405157, Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand port maritime de Bordeaux : Contrats-Marchés publ. 2017, 99 et 100.

[581] د. سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص7.

[582] د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص221.

[583] للمزيد أنظر: د. عماد صوالحية، "الجزاءات الإدارية العامة"، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، عام 2014، ص 76.

[584] د. ابراهيم محمد علي، "آثار العقود الإدارية"، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام2003، ص 65.

المسؤولية، نتيجة الخطأ الذي تسببت به[585]. وللإدارة أيضاً، ومن باب أولى، استصدار قرار مسبق بالتعويض من القضاء لتنفي عنها أي مسؤولية لاحقة.

ثانياً- الغرامات التأخيرية:

هي المبالغ الإجمالية من المال التي تقدرها الإدارة مقدماً، وتتضمنها نصوص العقد، وتفرض على الطرف الآخر(المتعاقد) كجزاء إذا تراخى أو تأخر في التنفيذ.

ثالثاً- مصادرة مبلغ التأمين:

يعرّف التأمين على أنه:"ضمان لجهة الإدارة، تتوقّى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره". فتستحوذ الإدارة المتعاقدة على هذا الضمان بحكم سلطتها في التنفيذ المباشر من دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي، ومن دون حاجة إلى إثبات الضرر الذي لحق بها، والذي يسوّغ هذه العقوبة[586].

وهو ما عبّرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها".. التأمين هو مبلغ تأخذه مقدماً الجهة الإدارية من المتعاقد معها، تضمن به ملاءة المتعاقد مع جهة الإدارة عند مواجهته بالمسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد الإداري"[587]

الفرع الثاني- الجزاءات الضاغطة:

هي جزاءات مؤقتة يقصد بها إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد بصورة صحيحة، وفق الشروط والمواصفات. وبالتالي فهي لا تنهي العقد، وإنما تؤدي

---

[585] د. محمد حسن مرعي ألجبوري، "سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، عام 2014، ص9.

[586] أوجبت الفقرة (ج) من المادة(24) من القانون 2004/51 على المتعهد المرشح توقيع العقد خلال المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة على ألا تتجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه الإحالة عليه، وفي حال عدم حضوره أو امتناعه عن توقيع العقد وفقاً لأحكام دفتر الشروط الخاصة وعرضه المقبول تصادر التأمينات المقدمة، ويحق للجهة العامة مطالبته بتعويض عن العطل ولضرر عند الاقتضاء. وأكدت على ذلك الفقرة (ط) من المادة (31) والفقرة (د) من المادة (59) من هذا القانون. حيث تنص المادة (2/22) من القانون رقم (182) لعام 2018 بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على أنه " إذا انسحب مقدم العطاء من العملية قبل الميعاد المحدد لجلسة فتح المظاريف الفنية يصبح التأمين المؤقت المؤدى حقاً لجهة الإدارية دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر ... ".

[587] الطعن رقم 9485 لسنة 83 قضائية - الدوائر التجارية - جلسة 2017/12/21. متاح على الموقع: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111368042&ja=141456

إلى حلول الإدارة أو الغير مؤقتاً محل المتعاقد المقصر أو العاجز عن التنفيذ. وقد عبّر المشرع السوري عن هذه الجزاءات بالتدابير القسرية في المواد (58-55) من قانون 2004/51.

وتتخذ وسائل الضغط ثلاث صور هي:

أولاً- وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز:

يتعلّق هذا الجزاء بعقد امتياز المرفق العام؛ ويتم ذلك بأن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة، بموجب قرار صادر عنها إذا تبين لها أن الملتزم قد ارتكب مخالفات جسمية لبنود العقد، وصار المرفق تبعاً لذلك مهدداً بالتوقف الكلي أو الجزئي[588].

وهذا الإجراء قد تفرضه الإدارة جراء التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، لأسباب لا دخل لإرادة الملتزم بها، كما لو كان التوقف راجعاً إلى قوة قاهرة، وهذا لضمان استمرار سير المرفق؛ ففي هذه الحالة لا يتحمل المتعاقد المخاطر المالية التي تترتب على إدارة المرفق؛ أما في حالة فرض الحراسة جزاءً لتقصير المتعاقد، فإن المشروع يدار على حسابه وتحت مسؤوليته[589].

ثانياً- سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة:

يترك المشرع عادةً وضع تعريفات للفقه والقضاء، ومن ثَم لم يرد في التشريعات السورية أو المصرية تعريف يوضّح مفهوم سحب العمل، على الرغم من الإشارة إليه في النصوص التشريعية[590]. في حين عرَّف بعض الفقه سحب العمل بأنه قيام الإدارة بتنفيذ العمل بنفسها أو بوساطة متعاقد جديد في حالة إخلال المتعاقد الأصلي وتقصيره في تنفيذ إلتزاماته. ولا يؤدي هذا الجزاء إلى إنهاء العقد بالنسبة إلى المتعاقد المقصّر، لأنه يظل مسؤولاً أمام جهة الإدارة، والعملية تتم على حسابه ومسؤوليته[591].

---

588 سعيد عبد الرزاق باخبيرة، "سلطة الإدارية الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، عام 2007 -2008، ص227.

589 سعيد عبد الرزاق باخبيرة، المرجع السابق، ص227.

590 نصّت المادة (54) من قانون العقود2004/51 على الحالات التي يحق فيه للإدارة سحب تنفيذ التعهد من المتعاقد معها والتنفيذ على حسابه، وأعطت لآمر الصرف حق الرجوع عن هذا الإجراء، إذا قدم المتعهد الضمانات الكافية لحسن تنفيذ التعهد وكان في ذلك مصلحة للجهة العامة ما لم يكن أمر المباشرة بالتنفيذ قد أعطي للمتعهد الجديد.

591 د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة، عام2020، مرجع سابق ص9.

كما عرّفه جانب آخر من الفقه بأنه:" وسيلة ضغط واجراء قهري، بمقتضاه تحلّ الإدارة بنفسها أو عن طريق مقاول آخر تعهد بذلك محل المقاول المتخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، لتنفيذ الأشغال على حساب ومسؤولية هذا الأخير[592].

يمكن للإدارة إذاً أن تجبر المتعاقد معها على تنفيذ العقد الذي امتنع عن تنفيذه، أو لم يقم تنفيذه على الوجه المطلوب، أن تسحب منه العمل وتحلّ محلّه في إدارته أو تعهد به إلى غيره؛ إذاً الجزاء في هذه الحالة، على الرغم من طابعه المالي، له هدف إكراهي، يتمثل في الضغط على المتعاقد حتى ينفذ ما التزم به، أو يؤديه بشكل ملائم، ولذا يعدّه الفقه من الجزاءات الضاغطة[593].

ثالثاً- التنفيذ على حساب المتعاقد في عقد التوريد:

يتعلّق هذا الجزاء الضاغط بعقد التوريد، إذ يخلّ المورد بالتزاماته المنصوص عليه في عقد التوريد، ومن ثم يشترط لإعمال هذا الجزاء[594]:

1- تأخر المورّد في توريد الكميات المتفق عليها أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد.

2- إعذار المورّد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد.

لذا لم يأخذ الفقه والقضاء بالتفسير الحرفي للنصوص التعاقدية، واستوجبا أن يكون الخطأ المسوّغ لتوقيع جزاء سحب العمل إخلالاً أو تقصيراً ذا جسامة كافية لالتزام ذي أهمية معينة[595].

بل ذهب القضاء الإداري في مصر في أحكامه الحديثة إلى أبعد من التحقق من جسامة الخطأ إلى مدى تناسب الجزاء الموقع مع جسامة الخطأ المرتكب من قبل المتعاقد مع الإدارة. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها قائلةً:".. وإن كان لجهة الإدارة سلطة توقيع الجزاءات العقدية على المتعاقد معها إذا ما تقاعس عن تنفيذ التزاماته، فإن للقضاء الاداري

---

592 د. عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تعرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماته التعاقدية، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 21 عام 2018، ص81.. وأيضاً: هو جزاء بمقتضاه تحل الإدارة بنفسها محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته أو تعهد بالعمل إلى مقاول أخر، وذلك لكفالة تنفيذ الأشغال على حسابه وعلى مسؤولية المقاول المقصر، وذلك حرصًا على دوام سير المرفق وانتظامه. د.سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة- دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، عام 2016، ص 98.

593 د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة، عام 2020، مرجع سابق، ص9.

594 للتوسع أكثر انظر: د. خالد المحمد، د. عيد قريطم،" العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص225.

595 د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 154.

بسط رقابته عليها في استعمالها لهذه السلطة، ولا تقف هذه الرقابة عند حدّ التأكد من مدى مشروعية الجزاء، وإنما تمتد في بعض الأحوال إلى مراقبة مدى ملاءمته للتقصير المنسوب إلى المتعاقد معها"[596].

وبدورها قرّرت محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها أن:" مبادئ العدالة وقواعد الإنصاف تقضي بوقف غرامة التأخير مع المتعهد الذي سحبت الأعمال منه ونفذت على حسابه، بدءاً من تاريخ سحب الأعمال منه لا من تاريخ التعاقد مع المتعهد الجديد؛ إذ ليس من الإنصاف في شيء مساءلة المتعهد عن المدة التي يستغرقها البحث عن متعهد آخر، تلك المدة التي تطول أو تقصر حسب مشيئة الإدارة ورغبتها أو استعدادها لإنهاء المشروع"[597].

ويسلّم الفقهاء بحق الإدارة المتعاقدة في توقيع الجزاءات بصفة عامة، ووضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة بصفة خاصة على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته بإراتها المنفردة، ومن دون حاجة إلى اللجوء مسبقاً إلى القضاء، وحتى من دون الاستناد إلى نصوص العقد[598]، وذلك إعمالاً لأهم امتيازات الإدارة، ألا وهو امتياز التنفيذ المباشر[599].

من خلال ما سبق، يتضح أن أي إخلال من المتعاقد مع الإدارة بأي شرط من الشروط التعاقدية يتصف بالجسامة، يُعدّ سبباً لسحب العمل من المقاول، وتنفيذه على حسابه ومسؤوليته، ويتم السحب بقرار يصدر من السلطة المختصة بعد خضوعه لرقابة قاضي العقد[600]. علماً أن قاضي العقد يملك سلطة تقديرية واسعة لتحديد مدى خطورة الخطأ، وكذلك مدى صحة إجراء الإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة.

الفرع الثالث– الجزاءات التي تسمح للإدارة بإنهاء عقودها:

يمكن للإدارة أيضاً إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها، كعقوبة قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز، والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد. وفي هذه الحالة لا يستحقّ المتعاقد أي تعويض. ومع ذلك، لا يمكن للإدارة استخدام هذا السلطة، إلا في حالة حدوث

596 الطعن رقم 6140 لعام 52 ق.ع، بجلسة 24 / 3 / 2015، الموقع الالكتروني للمحكمة.
597 القرار رقم(445/ 3) لعام 2020، سجلات الأحكام،مكتبة مجلس الدولة السوري، غير منشور
598 د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، "سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة-دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 147.
599 د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف،د.عزت محمد سعد الزعويلي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة، عام 2020، مرجع سابق، ص11.
600 د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 215.

خطأ جسيم معين ارتكبه المتعاقد، كالتأخير في تنفيذ العمل، بشكل كاف لتسويغ مصادرة حقوق صاحب الامتياز[601].

وإذا بدا أن الإنهاء كان غير متناسب مع خطأ المتعاقد، فقد يُطلب من الإدارة دفع تعويضات[602]. ومع ذلك، قد يتم تخفيض التعويض المفروض على الإدارة، إذا بلغ تقصير المتعهد حدّاً معيناً في ضوء التقصير المنسوب إلى الإدارة[603].

ومع ذلك، يقرر القضاء الإداري أنه:"إذا كان المسوّغ لقرار إنهاء العقد الإداري هو سبب المصلحة العامة، فإن "المخالفات التي يتم الاستناد إليها في الدعوى للنيل من هذا القرار (عدم امتثال الإدارة لفترة الإشعار) لا تبرر حرمان الإدارة من أساس هذا الحق"[604].

ومع ذلك، تطوّرت قواعد التقاضي التعاقدي، في اتجاه أكثر ملاءمة للحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة، من خلال تبني مبدأ اللجوء إلى القاضي الإداري للاعتراض على قرار الإنهاء. فقد قبل مجلس الدولة في حكمه المعروف باسم"**Béziers II**" بإمكانية المتعاقد الاعتراض على قرار الإنهاء أمام قاضي العقد الذي قد يقرر استئناف العلاقة التعاقدية، إذا لزم الأمر عن طريق فرض تعويض على الإدارة[605]. وبالمثل، أقرّ مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية أن يعلّق قاضي الأمور المستعجلة، تطبيقاً للمادة (L.521-1) من تقنين العدالة الإدارية، تنفيذ قرار إنهاء تفويض الخدمة العامة، ريثما يتم البت في أساس النزاع[606].

أخيراً، تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري رأى تقليدياً أن الطرف المتعاقد ليس له سلطة إنهاء العقد من جانب واحد[607]. ووفقاً لذلك، إذا توقف المتعاقد عن أداء عقده، يكون قد ارتكب

---

[601]CE, 12 mars 1999, requête numéro 176694, SA Méribel 92 (Rec. p. 61 ; BJCP 1999, p. 444, concl. Bergeal ; RD imm. 1999, p. 244 ; Dr. adm. 1999, 190.

[602]CE, 10 février 2016, req no 387769, Société Signacité : Contrats – Marchés publ. 2016, 98.

[603]CE, 17 mars 2004, req no 24341, Ville d'Aix-en-Provence : Contrats-Marchés publ. 2004, 150 ; Collectivités-Intercommunalité 2004, 167.

[604]CAA de Nantes 8 fev. 2019, req. n°17NT01251 société des Crématoriums de France c/ commune d'Angers.

[605]CE.,21-3-2011,req no 304806 : Rec. p. 117 ; AJDA 2011, p. 670.

[606]CE, 17 juin 2015, Commune d'Aix-en-Provence : AJDA 2015, p. 2127 ; RFDA 2015, p. 930.

[607]CE, 15 janvier 1986, Société l´habitat moderne, requête numéro 37321.

خطأ قد يؤدي إلى نشوء مسؤوليته. وبالتالي، إذا رأى أنه يجب إنهاء العقد، فعليه تقديم طلب إلى الإدارة بذلك، ويمكن بعد ذلك الطعن في قرار الرفض أمام القضاء الكامل[608].

ومع ذلك، وافق مجلس الدولة الفرنسي مؤخّراً على شرعيّة البنود التي قد تسمح للطرف المتعاقد مع هيئة عامة بإنهاء بعض العقود الإدارية من جانب واحد في حالة فشل الإدارة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية[609]. في حين أن هذا الاتجاه الجديد للقضاء الفرنسي مفيد للمتعاقد مع الإدارة، إلا أنه محدود للغاية، لا سيما بالنظر إلى مقتضيات المصلحة العامة.

لقد كانت المصلحة العامة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أساس وحدود سلطة الإنهاء هذه، "بحيث لا يجوز إنهاء العقد المبرم، إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك."[610] وهذا يتنازع بدرجة ما مع خصوصية المصلحة العامة والتي لا يمكن تحديدها بسهولة، والتي تعطي كذلك للإدارة هامشاً معيناً في التقدير. ومع ذلك، يجب ألا يستخدم هذا التقدير بطريقة تعسفيّة[611].

وعلى الرغم من أن هذه السلطة لها الآن قيمة تشريعية، إلا أنها لا تزال خاضعة للاجتهادات القضائية. وبحسبان أن المصلحة العامة تجسّد جوهر العقد الإداري، يجب على السلطة المتعاقدة، في أي وقت، أن تكون قادرة على إنهاء هذا العقد من جانب واحد لتلبية المصلحة العامة من دون التقيّد بإرادة المتعاقد معها[612].

هذه السلطة مقررة في العقود الإدارية بشكلٍ حصري للسلطة الإدارية المتعاقدة في هذا النوع من العقود، فلا يجوز للمتعاقد الخاص التذرع بأي سبب للمصلحة العامة ضد الإدارة للتهرب من

[608]CE, 7 octobre 1988, requête numéro 68729, OPHLM du Havre.
[609]CE, 8 octobre 2014, Société Grenke location, requête numéro 370644 : Rec. p. 302.
[610]Richer (L.) et Lichère(F.), Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2016, p. 250., n°470.
[611] Gabriel (E.), Résiliation pour motif impérieux d'intérêt général ? , Contrats et Marchés publics, 2019, p. 8.
[612]Ngampio (O.B.), Urbain, Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs , 2015, p. 4.

التزاماته التعاقدية[613]، وهي موجودة في تفويض الخدمة العامة[614]، في عقود الامتياز[615]، وفي العقود العامة[616]، واتفاقات الدومين العام[617].

وعلى الرغم من أنه لا يمكن استبعاد صلاحية الإنهاء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بموجب العقد، يجوز للأطراف توفير بند للتفاوض من أجل فتح حوار حول تنفيذ هذه الصلاحية**[618]**.

المطلب الرابع

صلاحيات تعديل العقد من طرف واحد

تمتلك الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة من دون حاجة إلى رضا المتعاقد معها، وهي تمثل خروجاً على المبدأ الأساسي في القانون الخاص الذي يقضي بعدم المساس بالقوة الملزمة للعقد، وعدم جواز تعديله إلا بناءً على اتفاق طرفيه، عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[619].

ويجد حق تعديل العقد سنده وأساسه في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد، وقابليته للتعديل والتغيير، وهو ينبثق من المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية [620]؛ إذ من غير المعقول تقييد الإدارة بعقود لا تتجاوب مع احتياجات المرافق العامة. وتظهر سلطة التعديل في عدة أوجه منها:[621]

---

[613]Gaudemet (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP, 2010, p. 313.

[614]Devillers (P.), « Résiliation de délégations de service public et biens de retour : nouvelles précisions », Contrats et Marchés publics, 2015, p. 182.

[615]CE, ass. 2 fev. 1987, req. n° 81131, Soc. TV6.

[616]Erstein (L.)« Le terme du contrat trouble le contentieux de la résiliation, note sous : CE, 27 févr. 2019, n° 414114, Département de la Seine-Saint-Denis », JCP A, 2019.

[617]CAA de DOUAI, 5 avril 2018, req. n° 16DA00899, req. n° M. D…A.

[618]Lehoux (F.), « L'interdiction des libéralités, une limite à l'aménagement contractuel de la résiliation pour motif d'intérêt général », Contrats Publics, 2017, p. 5.

[619] د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي،"جقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، عام2014، ص 453.

[620] Jean-David Dreyfus, in l'exécution des contrats « les pouvoirs de contrôle de l'administration en France (sous la direction de GérardMarcou et autres) IRJS Edition, Paris 2007, Tome 21, p 235 à 243.

[621] د. حمدي القبيلات، "القانون الإداري، الجزء الثاني(القرارات الإدارية- العقود الإدارية- الأموال العامة – الوظيفة العامة)"، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، عام 2010، ص 146.

1- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد، تعديلاً كميّاً بالزيادة أو النقصان، أو نوعياً بدون زيادة أو نقصان في الكميات، كلما اقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه.

2- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ لمواجهة الظروف المستجدة، كظهور مادة جديدة مثلاً تستعمل في الأشغال موضوع العقد، أو اكتشاف طريقة علمية جديدة، ووسائل حديثة أكثر تطوراً أو اقل ضرراً من تلك التي كانت مستعملة إلى غير ذلك.

3- التعديل في مدة التنفيذ، وهي أكثر صور التعديل ممارسة من قبل الإدارة، كتقصير أو تمديد مدة التنفيذ، أو وقف التنفيذ بسبب الظروف المالية، أو عدم كفاية الميزانية.

علاوةً على ذلك، لا يمكن أن تطال هذه السلطة جميع عناصر العقد، ولا سيما تلك التي تتعلق بالبنود المالية، والتي لا يمكن تعديلها إلا باتفاق الطرفين،[622]، ومن ثمّ يمكن للسلطة المفوّضة أن تعدل من جانب واحد البنود المالية للعقد عندما يرفض المفوّض التوقيع على التعديل الذي تم وضعه تطبيقاً لشرط من شروط العقد[623].

ويتولّى القاضي الإداري بحث المسؤولية العقدية للدولة فيما يتعلق بالمتعاقد الذي أبرم معه عقد لتحديث وصلات السكك الحديدية، ثم تعديل التزاماتها من جانب واحد. وعليه، فإن الدولة يجب عليها تعويض المتعاقد عن نفقات الدراسات المنفذة تطبيقاً للعقد[624].

كما يجب أن تحرص السلطة المتعاقدة على تقديم مسوّغ مقنع للتعديل. ومن ثم، في حالة تعديل بنود العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، لا يمكن استبعاد التعويض عن خسارة الأرباح من خلال التذرع بالأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد معها[625].

وفي مقابل الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، هناك ضمانات تسعى لحماية حقوق المتعاقد معها، سنقوم بتسليط الضوء عليها في المبحث الآتي.

[622]Hoepffner (H.), Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2016, p. 432.
[623]Hoepffner (H.), La modification des contrats : D. 2016, p. 279.
[624]CE, 21 décembre 2007, requête numéro 293260, Région du Limousin (AJDA 2008, p.481.
[625]CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, req no 316534: Rec. tables, p. 739 ; RJEP 2010, 17.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الثاني

ضمانات حماية مصلحة الطرف المتعاقد مع الإدارة

إذا كان المشرع قد خوّل الإدارة المتعاقدة سلطات وامتيازات قوية في مواجهة المتعاقد معها، لأنها تسعى دائماً إلى تسيير المرافق العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة، من خلال التأثير المباشر على تنفيذ العقد الإداري، فإنه لابد من أن يكون لهذا المتعاقد بعض الضمانات لمواجهة تلك السلطات الخطيرة التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة، حتى يطمئن على حقوقه المعترف له بها والمستمدة من العقد. ويتعين على الإدارة المتعاقدة احترام تلك الحقوق، انطلاقاً من مبدأ الرضائية بوصفها جوهر فكرة العقد. ومن ثم فإن أي إخلال بالتزاماتها التعاقدية يعطي الحق للمتعاقد معها في طلب التعويض عما سببه هذا الإخلال من ضرر ألحق بحقوقه.

علاوةً على إلزام المشرع للإدارة المتعاقدة في أثناء تنفيذ العقد الإداري بضرورة مراعاتها للحقوق المقررة لصالح المتعاقد معها، بحسبان أن ذلك يساعد على دوام سير المرافق العامة، فإن العقد الإداري نفسه يعترف بمجموعة من الحقوق لهذا المتعاقد نظير ما قام بتنفيذه من التزامات؛ وهي ذات طبيعة مالية، فمن حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية المحددة قانوناً(**المطلب الأول**)؛ كما يعترف الفقه والقضاء بضمان التوازن المالي للعقد لتمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، إذا طرأت ظروف مفاجئة في أثناء تنفيذ العقد(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

حق الحصول على المقابل المالي

يترتب على العقود الإدارية دفع مقابل مالي للمتعاقد مع الإدارة، وهو بطبيعة الحال يختلف من عقد إلى آخر، على أنه في عقد تفويض المرفق العام يأخذ شكل الرسم أو الربح[626]. ومن ثم، لكي يتم تكييف العقد كعقد تفويض للمرفق العام، لا بد من أن يكون الجزء المتغيّر من الأجر مرتفعاً بما يكفي لعدّه مرتبطاً بشكل كبير بنتائج عمليات استغلال المرفق "[627].

هذا العنصر المحدد لعقد تفويض الخدمة العامة كان موضع تساؤل من قبل السوابق القضائية لمجلس الدولة الفرنسي[628]، والتي انتهى بها الأمر إلى تفضيل معيار "**تحمل مخاطر الاستغلال**". بمعنى آخر، يجب أن يكون الملتزم، بالإضافة إلى الربح الذي يحققه قادراً أيضاً على مواجهة مخاطر تشغيل المرفق، وتحمّل العجز المحتمل[629].

ولأهمية المقابل المالي، فقد استقرّت أحكام القضاء الإداري على تحصينه، وعدم جواز المساس به من قبل الطرفين، إذ استقرّت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحكامها على أن:" الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي هي شروط من تعاقد به، وتحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر"[630].

---

[626]عقود التزام المرافق العامة، وفقًا للتعريف الوارد في المادة (3) من قانون MURCEF رقم 1168 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001، عقود"يسند بموجبها شخص اعتباري يحكمه القانون العام إدارة مرفق عام يكون مسؤولاً عنها لمندوب عام أو خاص، ترتبط أجره بشكل كبير بنتائج العملية من الخدمة ".

[627]CE, 30 juin 1999, requête numéro 198147, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest et seine-et-marnais (Rec. p. 299 ; AJDA 1999 p. 714,; RFDA 1999), p. 1134.

[628] تم تبني هذا المعيار بشكل صريح من قبل مجلس الدولة في حكمه الصادر في **7** نوفمبر **2008**، وحكمه الصادر أيضاً في5 يناير2009، وحكمه في 19 نوفمبر2010. في هذه القضية الأخيرة، فإن العقد المتعلق بخدمة النقل المدرسي مكيّف ليكون في منزلة عقد تفويض للخدمة العامة، فقط لأن المقاول المشترك قد تحمل "جزءًا كبيراً من مخاطر التشغيل:

CE, 7 novembre 2008 ,requête numéro 291794 : Rec. tables, p. 805 ; AJDA 2009, p. 2454; CE, 5 juin 2009, req no 298641, Société Avenance enseignement santé :Contrats Marchés publ...

[629] كان هذا انسجاماً مع التمييز الذي حددته محكمة العدل الأوروبية بين عقود المشتريات العامة وعقود الامتياز:

CJCE, 13 octobre 2005, affaire numéro C-458/03, Parking Brixen Gmbh : AJDA 2005, p. 1983. – CJCE, 18 juillet 2007, affaire numéro C-382/05, Commission c. Italie. – CJCE, 10 septembre 2009, affaire numéro C- 206/08, Wasser Gotha : Contrats-Marchés publ. 2009, 329:

يشير التوجيه الجديد بشأن منح عقود الامتيازفي فرنسا (PE and Cons. UE 2014/23) في مادته الخامسة " إلى أن "حصة المخاطرة المحولة إلى صاحب الامتياز تعني تعرضاً حقيقياً لتقلبات العقد، بحيث لا يجب أن تكون الخسارة المحتملة التي يتحملها اسمية بحتة أو قليلة الأهمية": Hoepffner (H.), La modification des contrats : D. 2016, p. 280 .

[630]حكمها في الطعن رقم(1120)لعام 59 ق.ع، والطعن رقم (19266) لعام 59 ق.ع بجلسة 2017/9/27، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل تحرير سعر صرف الجنيه المصري، مرجع سابق، ص 284.

المطلب الثاني

الحق في إعادة التوازن المالي للعقد

من المسلّم به أن المتعاقد في العقد الإداري إذا كان يسهم في تنظيم أو تسيير أو خدمة مرفق عام، إلا أن هدفه أو هاجسه الأساسي هو تحقيق مصالح ومنافع شخصية، يأتي على رأسها الربح أو المقابل المادي الذي سيحصل عليه مقابل هذه المساهمة[631]. فهذا المقابل يعدّ من أهم حقوق المتعاقد في العقود الإدارية، وقد أحاطه القضاء الإداري بسياج من الحماية بحيث يخرج عن نطاق سلطة الإدارة أو حقها في تعديل هذه العقود.

وإذا كان المقابل المالي للمتعاقد يخرج عن نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، فإن اكتمال هذه الحماية يقتضي أن يظلّ هذا المقابل ثابتاً ومتوازناً حتى تمام تنفيذ العقد، ذلك إن كل طرف من أطراف العقد يحدد التزاماته وقت التعاقد، فالمتعاقد يحدد المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كناتج لما يقدمه للإدارة ويحقق به التوازن المالي لعقده [632]. إلا أنه قد تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد بعض المخاطر الطبيعية أو الإدارية أو الاقتصادية التي قد تخلّ بهذا التوازن، أو تقلب ظروف العقد المالية، كما هو الحال بشأن صدور قرار حكومي بتحرير سعر صرف العملة الوطنية، وهو الأمر الذي يقتضي تحقيقاً لمقتضيات العدالة من ناحية، وكفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد من ناحية أخرى، إعادة التوازن المالي للعقد.

وقد ظهرت فكرة التوازن المالي" La notion d'equilibre financier" للعقد الإداري لأوّل مرّة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 11مارس1910 في قضية "الشركة الفرنسية للتراموي Cie Française des Tramveys Prestations". والتوازن المقصود– كما جاء في تقرير مفوّض الدولة "ليون بلوم" بشأن هذه القضية– هو التوازن الشريف"

---

631 بالإضافة إلى المقابل النقدي الذي يحصل عليه المتعاقد بصفة أصلية قد يكون هناك مزايا مالية أخرى، كالتزام الإدارة بإقراض المتعاقد مبالغ معينة، أو ضمانة لدى البنوك للحصول على هذا القرض أو الإعفاء من الضرائب أو الجمارك وغيرها من المزايا التي ينبغي على الجهة الإدارية أن تقدمها لتشجيع المتعاقدين، ولاسيما في عقود الاستثمارات الأجنبية، راجع: د. رجب محمد السيد أحمد، "العقود الإدارية وطرق حسم منازعاتها- دراسة في ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي، مكتبة الشقري بالرياض، الطبعة 1، عام 2018، ص 91-92.

632 حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (49/11120) ق ع، والطعن رقم (49/12400) ق ع جلسة 2017/1/24، وحكمها في الطعنين رقم (19584) لعام 59 ق.ع والطعن رقم (19266) لعام 59 ق.ع بجلسة 2017/9/27، مشار إليها لدى : د. رجب محمد السيد أحمد، مرجع سابق، ص 285.

L'équivalence Honnête des Prestations" بين الالتزامات المفروضة على الملتزم، والحقوق أو المزايا المقررة له [633].

يعدّ الحق في إعادة التوازن المالي للعقد بالإضافة من أهم الحقوق المسلّم بها للمتعاقد في مجال العقود الإدارية، ويعد امتداداً طبيعياً لحقه في المقابل المالي.

وقد ابتدع القضاء الإداري الفرنسي في هذا المضمار ثلاث نظريات شهيرة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة اختلاله، سواء بفعل الإدارة أو خارج عن إرادة المتعاقدين، تتمثل في نظرية فعل الأمير، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول- اختلال التوازن بفعل الإدارة المتعاقدة أو لضرورات العمل:

أولاً- اختلال التوازن بفعل الإدارة:

يحقّ للمتعاقد في حالة قيام الإدارة بممارسة صلاحية تعديل العقد أو فسخه من جانب واحد، الحصول على تعويض كامل عن النفقات الجديدة التي يتحملها، بغية استعادة التوازن المالي للعقد، حتى لو كان اختلال العقد ذا طبيعة ثانوية فقط.

ثانياً- تنفيذ أعمال لا غنى عنها (ضرورات العمل):

يمكن للمتعاقد في بعض الأحيان تنفيذ أعمال غير مخطط لها مسبقاً، ولكنها "ضرورية للتنفيذ السليم للأعمال المدرجة في بنود العقد"[634]. في هذه الحالة، يتم الدفع للمتعاقد وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد. ومن ناحية أخرى، فإن العمل المنفّذ الذي يكون ببساطة "مفيدًا" للأداء السليم للعقد لن يتّم التعويض عنه في حالة عدم وجود أمر من الإدارة بتنفيذه.

وبهذا الشأن ترى محكمة القضاء الإداري السورية أنه:".. ومن حيث إن المادة /15/ من العقد قضت أنه لا يحق للمتعهد تنفيذ أعمال إضافية غير واردة في الكشف، فإن الأعمال المنفذة من

[633] C.E 11 mars 1910 Cité Générale Française des Tramways, D. 1912, III, p. 49.
[634] CE Sect., 17 octobre 1975, req no 93704, Commune de Canari : Rec. p. 516 , AJDA 1975, p. 562; CE, 20 décembre 2017, req no 401747, Communauté d'agglomération du Grand Troyes : Contrats-Marchés pub. 2018, 33, obs. Ubaud-Bergeron.

دون تكليف خطي تعدّ تبرعاً منه... ومن حيث إنه لم يتم الطلب من المدعي خطياً من قبل الإدارة، فإن طلب المدعي بصرف قيمة هذه الأعمال يستوجب الرفض موضوعاً.."[635].

الفرع الثاني – اختلال التوازن لظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين:

يتم ذلك في حال ارتفعت أعباء المتعاقد المالية على نحو يخلّ بهذا التوازن، سواء كان ذلك بسبب عمل أو قرار صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة أو إحدى السلطات العامة في الدولة، وهذا ما اصطلح على تسميته بـ "فعل الأمير"، أو بسبب ظروف أو حوادث استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين، وهذا ما يعبر عنه بـ "نظرية الظروف الطارئة"، كما قد يختلّ التوازن المالي نتيجة بعض "الصعوبات المادية" التي تصادف المتعاقد في أثناء تنفيذه لالتزاماته، ولم تكن متوقعة حين التقدم بالعرض. وسوف نقوم بشرح هذه الحالات وفق الآتي:

أولاً– نظرية فعل الأمير Le fait du prince[636]:

يقصد بهذه النظرية كل عمل مشروع يصدر من إحدى السلطات العامة، يترتب عليه صعوبة في تنفيذ التزامات المتعاقد، ويلزم جهة الإدارة بتعويضه لإعادة التوازن المالي للعقد[637]. ويذهب مجلس الدولة السوري في معنى نظرية فعل الأمير إلى أنها".. من النظريات المعروفة في نطاق العقود الإدارية، ويقصد بها: "كل تدبير أو تصرف تتخذه الإدارة من شأنه أن يزيد من الأعباء المادية للمتعاقد معها أو في الالتزامات التي ينص عنها العقد، وقد تصدر هذه التصرفات من الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من جهات إدارية أخرى، وقد تتخذ شكل قرار فردي أو شكل قاعدة قانونية عامة تؤثر على العقد تأثيراً مباشراً أو غير مباشر، كالقرار المتضمن زيادة أسعار المواد المحصورة بالقطاع العام، الأمر الذي يبرر للمتعاقد الاعتراض عليها والمطالبة بالتعويض المالي الكامل نتيجة زيادة الأعباء الملقاة على كاهله"[638].

---

[635]" القرار رقم (3/76) لعام 2019.. الحكم غير منشور.

[636] تعددت تعريفات "فعل الأمير" على الساحتين الفقهية والقضائية ولكن تدور كلها حول معنى واحد، وهو أن هذا العمل يقصد به كل إجراء مشروع تتخذه السلطات العامة (التشريعية أو التنفيذية أو القضائية) ولم يكن متوقعاً عند التعاقد، ويترتب عليه إحداث خلل في التوازن المالي للعقد الأمر الذي يؤدي لزيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو الالتزامات التي ينص عليها العقد. في الساحة الفقهية راجع د/سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة عام 1975، دار الفكر العربي، ص619. د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (89) لعام 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية عام 2003، دار النهضة العربية، القاهرة، ص218.

[637] د. عبد الله طلبة، د.نجم الأحمد، "القانون الإداري"، منشورات جامعة دمشق، عام 2004، ص400.

[638] الرأي رقم (89) لعام 2015 في القضية رقم(92) لعام 2015، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة 2016، المكتب الفني، ص471.

وتغطي نظرية فعل الأمير نفسها فرضيتين مختلفتين يمكن شرحهما وفق الآتي[639]:

أ- تدخل جهة عامة غير الجهة الطرف في العقد:

مثال ذلك ما قرره قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Ville d'Elbeuf"[640]. في هذه القضية، لم تكن الزيادة في تكاليف وأعباء صاحب امتياز خدمات الكهرباء العامة، ناتجة عن إجراءات البلدية الملتزمة بالاتفاق، ولكن نتيجة صدور مرسوم يزيد أسعار الطاقة بشكل كبير[641].

والمبدأ العام أن "فعل الأمير" الخارج عن تدخل الأطراف المتعاقدة لا يؤدي إلى الحق في إعادة التوازن المالي للعقد ما لم يكن هذا الاختلال في التوازن يشكّل اضطراباً حقيقياً في اقتصاديات العقد، ما يجعل من المستحيل تقريباً على الطرف المتعاقد مع الإدارة أداء التزاماته. في هذه الفرضية، سيتم تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية للسماح باستمرار العقد، وقد يحصل الطرف المتعاقد من خلالها على تعويض[642].

ب- تدخل الجهة المتعاقدة العامة التي تعمل بصفة طرف في العقد:

يمكن توضيح هذه الحالة من خلال قرار مجلس الدولة الصادر في قضية جمعية Association "le Relais Culturel"[643]. في هذه القضية، كان العقد المبرم بين هذه الجمعية ومدينة "Aix-en-Provence" محل خلاف. بموجب مداولات مجلس المدينة تم إلغاء الإعانة التي تُدفع للجمعية، هذا ما جعل الأخيرة غير قادرة بعد ذلك على الاستمرار في تقديم خدماتها، الأمر الذي عدّه مجلس الدولة الفرنسي تطبيقاً لنظرية فعل الأمير.

ويمكن التمييز بين حالتين:

---

[639]Lehoux (F.), 2017, op.cit, p.23.

[640]Rec. p.359 ; D. 1950, p. 60, note Blaevoet ; S. 1950, III, p.61.

[641]التعويض عن فروق الأسعارفي سورية هو تعويض قانوني، وفق أحكام المادة /63/ من قانون العقود رقم /51/ 2004.

[642]Hoepffner (H.), La modification des contrats : D. 2016, p. 280.

[643]CE,Req no 51534 : RDSS 1985, n° 4, p. 537.- V. également CE, 21 décembre 2007, req no 293260, req no 293261, req no 293262, requête numéro 293263, Région Limousin : JCPA 2008, 205.

الحالة الأولى: إذا كان التدبير الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة يؤثر في قدرة المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته، فسيتعين علىها دفع تعويض للمتعاقد، كما في الحالات التي تستخدم فيها الإدارة سلطة التعديل من جانب واحد. بتعبير أدق، سيتم إصلاح الضرر بأكمله، مهما كانت أهميته.

الحالة الثانية: إذا كان التدبير الذي اتخذته الإدارة لا يؤثر في المتعاقد معها، وكان ذا طبيعة عامة، فإن التعويض عن الضرر مستبعد من حيث المبدأ[644]. ومع ذلك، على سبيل الاستثناء، يحصل المتعاقد على تعويض إذا كان الإجراء المتخذ يؤثر في عنصر أساسي في العقد[645].

وبالتالي، لن يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة، إلا في الحالات التي يُقصد فيها دفعه للاستمرار في أداء خدماته[646]. هذا هو الحال، على سبيل المثال، في حالة تم فيها فرض تخفيضات كبيرة في التعريفات، أو ارتفاع كبير في الأسعار، أو من خلال التوقيع على اتفاقية تجارية دولية[647]، وكما هو الحال أيضاً في ظل الظروف الحالية في سورية، وما شهدته من ارتفاع غير مسبوق للأسعار منذ سنوات عدّة وحتى الآن، ما يعرض للخطر استمرار العقد.

وفي هذا الشأن تذهب محكمة القضاء الإداري السورية في القرار رقم(3/657) لعام 2020 إلى أن "..التعويض عن ارتفاع الأسعار هو من آثار مشاركة الإدارة للمتعهد والتعاون معه على تسيير المرفق العام، وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والحيلولة دون تعرض المتعهد لخسارة كبيرة، وهذا كله في حال أن تنفيذ العقد تم بالشكل الأمثل والمطلوب..."[648].

---

644 بالنسبة إلى مجلس الدولة الفرنسي، فإن التغييرات التنظيمية التي أجرتها الدولة في شروط منح عقود أعمال توفير الطاقة، وفي شروط منح القروض، وكذلك في المزايا الضريبية والمالية الممنوحة للأفراد في هذا المجال، لا تشكل فعل أمير، ومن شأنها أن تعفي الطرف الإداري من التزامه بدفع التعويض للمتعاقد الآخر. CAA Paris, 25 mai 1993, req no 91PA00863, Société Renoveco (Rec. p. 874 ; Dr. adm. 1993, 446.

645 هذا هو الحل الذي تبناه مجلس الدولة في حكم Compagnie marseillaise de navigation بتاريخ 20 مايو 1904. Rec. p. 425 ; D. 1906, III, p. 17, concl. Teissier. تتعلق هذه القضية بعقد أبرم بين الدولة وشركة شحن تعهدت بتقديم خدماتها بأسعار مخفضة، أو حتى بالمجان في بعض الحالات. يشكل التأسيس بمرسوم في الموانئ هنا فعل من أفعال الأمير قابلة للتعويض.

646 ما يدلل على ذلك أن أحكام المادة /33/ من دفتر الشروط العامة في سورية الصادر بالمرسوم رقم /450/ لعام 2004 التي لم تجز استحقاق المتعهد للتعويض المنصوص عليه في المادة /63/ من نظام العقود في حال تقصيره أو مخالفته في تنفيذ أي من التزاماته المترتبة عليه .

647CE Sect., 22 décembre 1961, SNCF : Rec. p. 738

648".. ومن حيث إنه لجهة مطالبة الجهة المدعية بالتعويض عن زيادة سعر الجهاز وملحقاته نتيجة ارتفاع أسعار العملات الأجنبية، فإن عدم قيامها بتوريد الجهاز وفق المواصفات المتفق عليها عقدياً يحول دون إمكانية تعويضها عن ارتفاع الأسعار في حال حصوله، بحسبان أن التعويض يكون في حالة توافرت أركانه ومقوماته القانونية والواقعية السليمة، والتي من أولها أن يكون الجهاز المورد مطابقاً للمواصفات الفنية المطلوبة، وأن يكون قد تم استلامه استلاماً نهائياً.. ومن حيث إنه وفي ضوء ما سلف بيانه، تغدو كل من الدعوى الأصلية والادعاء المتقابل جديرين بالقبول موضوعاً في شطر منهما في حين تنالهما أسباب الرفض في الشطر الأخر، دون المساس بأحقية الإدارة في التنفيذ على حساب المتعهد وملاحقته بفروق التنفيذ واستعادة قيمة العقد المصروفة للمتعهد ومراجعة القضاء بهذا الصدد إن كان لذلك مقتضى قانوني، وغني عن البيان في هذا المقام إذا ما عمدت الإدارة مستقبلاً على التنفيذ على حساب الجهة المدعية (المدعى عليها بالتقابل)وتقاضت قيمة فروق التنفيذ فإنه يكون من حق الأخيرة استعادة الجهاز (موضوع العقد محل الدعوى) القرار رقم (94/ 3) لعام 2020م سجلات الأحكام، مكتبة مجلس الدولة،غير منشور.

وهكذا يبدو أن القضاء الإداري السوري قد حسم موقفه بتبنى هذه النظرية، ولا سيما في مجال زيادة أسعار المواد المحصورة بالقطاع العام، سواء أكانت الجهة المعنية من القطاع العام أم من القطاع الخاص. وقد تتالت الاجتهادات القضائية على أن زيادة أسعار المواد المحصورة بالقطاع العام غير خاضعة للنسبة التي يتحملها المتعهد الذي يحق له تقاضي كامل هذه الزيادة.

ثانياً- نظرية الظروف الطارئة(عدم القدرة على التنبّؤ) Théorie de l'mprévision :

أ- ظهور النظرية:

كان لمجلس الدولة الفرنسي فضل السبق في ابتداع نظرية الظروف الطارئة وتطبيقها، ولاسيما خلال الحرب العالمية الأولى، وما أعقبها من تغييرات في الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ عقود التزامات المرافق العامة. وأولى تطبيقاتها القضائية وأشهرها في هذا المضمار هو حكمه الصادر في 30 مارس 1916 بشأن قضية إنارة مدينة بوردو[649]، والتي أقامها الملتزم بتوريد الغاز لهذه المدينة على إثر اندلاع الحرب العالمية الأولى التي أدت إلى ارتفاع أسعار الفحم ثلاثة أضعاف[650]. ومن ثم أشار الحكم إلى أنه إذا طرأت بعد التعاقد ظروف لم تكن في الحسبان وغير متوقعة، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم تؤدي إلى إخلال توازن العقد إخلالاً جسيماً، فيحق للملتزم أن يطالب الجهة الإدارية بتعويضه ولو جزئياً في الخسارة الزائدة والتي تفوق الحد المعقول.

وقد أسهم هذا الحكم في فتح الطريق أمام نظرية الظروف الطارئة لتطبق على كافة العقود الإدارية، وليس عقود الالتزام فحسب، كما امتدت لتغطية كافة الظروف الطارئة، إذ لم تعد ترتبط فقط بالظروف الاقتصادية، ولكن يمكن تطبيقها في حالة الظروف الطبيعية، كالفيضانات والزلازل، أو الظروف السياسية، أو تلك الناتجة عن عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة[651].

[649]CE,du 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux (Rec. p.125.

[650] بعد أن كان سعره عند إبرام العقد (23 فرنكاً)ارتفع بعد الإبرام في عام 1916 إلى أكثر من (73 فرنكاً) وهذا الارتفاع جعل الشركة غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها.

[651]Llorens (F.), Soler-Couteaux (P.), La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ?, Contrats-Marchés publ. 2018, repère 3.

ويلاحظ أن المشرع السوري قد تبنّى نظرية الظروف الطارئة بشكل واضح في الفقرة (د) من المادة (53) من القانون رقم 2004/51[652]. في حين ثبّتت المادة (63) من هذا القانون حالة خاصة من الظروف الطارئة، وهي المتعلقة بارتفاع الأسعار؛ التي تدخل في تنفيذ التعهد"[653].

ومن ثم يمكننا القول إن تطبيقات فروقات الأسعار في سورية هي فرع من فروع تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، بحسبان أن النصّ القانوني الرئيس الناظم لهذه النظرية هو نص الفقرة /د/ من المادة /53/ من نظام العقود الإدارية رقم (51) لعام 2004، بينما نجد أن المادة /63/ تتعلّق حصراً بزيادة الأسعار .

تنفيذاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري السورية بأنه:".. من المبادئ المستقرة في منح المتعهد التعويض عن فروقات أسعار مواد العقد وفق أحكام المادة (63) من نظام عقود للجهات العامة الصادر بالقانون /51/ لعام 2004..."[654].

ويقوم الاجتهاد الذي استقر عليه القضاء الإداري في هذا الصدد على أن الزيادة الطارئة على الأسعار تكون مرهقة إذا جاوزت نسبة الـ 15% من القيمة الإجمالية للتعهد، يصبح من حق المتعهد المطالبة بالتعويض عن هذه الزيادة بما يجاوز هذا الحد الذي يتحمله، وذلك إسهاماً من الإدارة في تحمل عبء الزيادة المرهقة التي تؤدي إلى خسارته الفادحة[655]، إذ إن المشرع حينما يمنح المتعهد تعويضاً عن ارتفاع أسعار المواد الداخلة في تنفيذ تعاقده بموجب المادة سالفة الذكر، إنما يكون ذلك وفقاً لعدة شروط وردت في رأي اللجنة المختصة الصادر بتاريخ 2017/8/17، وهي:" 1- أن تكون الزيادة في الأسعار طارئة لا تدخل في علم المتعهد. 2- أن تكون الزيادة قد حدثت أثناء

---

652 تنص هذه الفقرة على ما يأتي: "إذا طرأت ظروف، أو حوادث استثنائية عامة؛ لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد، وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً؛ بحيث يهدد بخسارة فادحة، كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل".

653نصت هذه المادة على ما يلي"... إذا طرأ بعد تقديم العرض، وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار، أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على(15%) من قيمتها بموجب التعهد، يتحمل المتعاقد (15%) من هذه الزيادة، وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة: د. محمد الحسن، د. مهند نوح، " القانون الإداري"، مرجع سابق، ص369.

654 تضيف المحكمة في هذا الشأن:".. أقر اجتهاد القضاء الاداري مبدأ التعويض عن زيادات الأسعار الطارئة في تنفيذ الالتزام متى كانت الزيادة من الضخامة بحيث تجاوز النسبة التي يتحملها المتعهد، وقد حددت هذه النسبة بـ(15%) من قيمة التعهد المنصوص عليها من المادة (63) المذكورة، فإذا جاوزت الزيادة الطارئة على الأسعار النسبة المتقدمة كانت مرهقة وأصبح من حق المتعهد المطالبة بالتعويض عن هذه الزيادة بما يجاوز الحد الذي يتحمله، وذلك إسهاماً من الإدارة في تحمل عبء الزيادة المرهقة التي تؤدي إلى خسارة فادحة، وإن ارتفاع سعر صرف الليرة السورية مقابل العملات الأجنبية خلال فترة تنفيذ العقد عما كانت عليه قبل تقديم العرض إنما يعدّ من العوامل التي تؤثر على التوازن المالي للعقد ويهدد المتعهد بخسائر فادحة، لذلك فإن زيادة الأسعار للسبب المذكور إنما ينعكس على قيمة المواد المتعاقد عليها ويحمل المتعهد أعباء فروقات الاسعار، وإن هذه الزيادة تدخل ضمن مفهوم التعويض المنصوص عليه في المادة المذكورة، وعليه فإنه يغدو من حق المدعي تقاضي مبلغ (22.190.241) ل.س تعويضاً له عن الزيادات الطارئة على أسعار المواد المتعاقد عليها موضوع العقد محل الدعوى..." القرار رقم(584/ 3) لعام 2020، جلسة 5/ 2020/11، سجلات الأحكام، مكتبة مجلس الدولة السوري، حكم غير منشور.

655 حكم محكمة القضاء الإداري السورية، القرار رقم (4/1050) الصادر بتاريخ 2017/11/2م، سبق الإشارة إليه.

مدة التنفيذ وبعد تقديم العرض. 3- أن تكون نسبة الزيادة تزيد على 15% من قيمة المواد. 4- أن تكون من شأن هذه الزيادة إلحاق الضرر بالمتعهد فيكون تعويضه بعدها لجبر هذا الضرر. 5- أن يتحمل المتعهد 15% من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة[656].

وفي المقابل، إذا حصل وفر جراء انخفاض أسعار المواد العقدية، فإن قواعد العدالة تقتضي تنزيل الوفر الحاصل لصالح الإدارة، بحسب المقتضى القانوني للمادة /64/ من القانون رقم (51) لعام 2004 [657]، والقول بغير ذلك إنما يشكل إثراءً للمتعهد بلا سبب على حساب الإدارة، ذلك لأن فكرة التعويض عن فروق الأسعار إنما تتعلق بالأضرار الفعلية والحقيقية، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة فيما يتعلق بكافة أنواع العقود الإدارية[658].

وهذا ما استقر عليه أيضاً قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر إذ يقول:" يستلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختلّ معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً[659].

ولغاية الآن لم تلق نظرية الظروف الطارئة مكانها في القضاء المدني الفرنسي[660]، على الرغم من التعديل الذي أجراه المشرع على القانون المدني الفرنسي[661]، وذلك بمقتضى مرسوم١٠ فبراير٢٠١٦[662]، الذي تم بموجبه الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود المدنية، إذ استحدثها

---

656 رأي اللجنة المختصة رقم (83) لعام 2017م، القضية رقم (122) لعام 2017م، الصادر بتاريخ 2017/8/17، مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة – الجزء الثاني- لعام 2020م، ص324.

657 تنص هذه المادة على أنه: "إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط في الأسعار، فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد وفقاً لأحكام المادة السابقة".

658 حكم محكمة الإدارية العليا السورية، رقم(540/ع/1) الصادر بتاريخ 2016/7/22م. سبقت الإشارة إليه.

659 حكمها في الطعنين رقم (21262) لعام 62 ق عليا ورقم (22571) لعام 62 ق عليا، بجلسة 23 يناير 2018، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص300.

660 انظر حول الإدخال الأخير لنظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص: Mekki (M.), «Réforme des contrats et des obligations: l'imprévision», JCP N, n°3, Janvier 2017, act. 155; Stoffel-Munck (Ph.), «La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision», AJCA, Juin 2015, p. 262.

661 Rowan (S.), The New French Law of Contract, International and Comparative Law Quarterly, V. 66, issue 4, October 2017, pp 805-831, https://www.cambridge.org/; Smits (J.) and Calomme(C.), The Reform of the French Law of Obligations: Les Jeux Sont Faits, Maastricht Journal of European and Comparative Law, v.23, nº 6, 2016, pp. 1040-1050: Barbier (H.), Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016, RTD civ., 2016, p. 247.

662 تضمن هذا المرسوم الكثير من التجديدات والتعديلات في المفاهيم المستقرة، تشريعًيا على الأقل، منذ قانون نابليون ١٨٠٤، وعد هذا التعديل نافذا بدءاً من أول أكتوبر٢٠١٦، وتم وقد تم التصديق على هذا المرسوم مؤخّراً بمقتضى القانون رقم 287-2018 الصادر

المشرع الفرنسي، وقدمها بنص جديد هو نص المادة (1195)، وهو أول نصّ يكرّس هذه النظرية في إطار القانون المدني الفرنسي، محاولاً إيجاد نوع من التوازن بين العدالة التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وبذلك تكون هذه المادة قد أنهت مرحلة طويلة من تاريخ القانون المدني رفض خلالها المشرع الأخذ بنظرية الظروف الطارئة[663].

أما في القضاء الإداري الفرنسي، فنجد أن النظرية شغلت مكاناً مهماً، واعتنقها هذا القضاء وطبقها في أحكامه، هدفه في ذلك ضمان سير المرافق العامة بالدولة، التي ترتبط، مرة أخرى، بمفهوم المصلحة العامة. ومن ثم، عندما تتزعزع الظروف الاقتصادية لتنفيذ عقد إداري ويتهدّد هذا التنفيذ، يجب أن يتلقّى المتعاقد مساعدة مالية تسمح له بمواصلة هذا التنفيذ. إذ يقرّ مجلس الدولة الفرنسي من حيث المبدأ أن التباين في أسعار المواد الخام من مخاطر العقد التي يتحمّل المتعاقد مع الإدارة عبئها[664].

ومنذ ذلك التاريخ أصبح القضاء الإداري يقبل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، كسبب لمراجعة العقود الإدارية؛ إذ يعدّ الفقه الفرنسي أن حكم مجلس الدولة الشهير في دعوى "غاز بوردو" هو دستور نظرية الظروف الطارئة[665].

في الواقع، كما يرى هذا الفقه، كان الهدف من الطريقة التي تم بها إنشاء نظرية الظروف الطارئة في فرنسا مساعدة الطرف المتعاقد مع الإدارة على مواصلة تنفيذ العقد على الرغم من وقوع حدث غير متوقع، خارجي وذي طبيعة استثنائية، بالسماح له بالحصول على تعويض التكاليف التعاقدية الإضافية التي تظهر في أثناء تنفيذ العقد[666].

في 20أبريل 2018: V. Pellier (J-D), L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée !, D. act. 30 avril 2018.

[663] د. منى أبو بكر الصديق محمد حسان،"الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - جامعة الإسكندرية، عام 2020، ص12.

[664] Llorens (F.), Soler-Couteaux (P.), 2018,op.cit., repère 3.

[665] Barbosa(L.C.F.),La théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public , Mémoire de Droit public ,BANQUE DES MEMOIRES,2019,p.8.

[666] Clouzot (L.), La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude : RFDA 2010, p.937.

من الواضح أن هذا هو نتيجة الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية في قضية "Canal de Craponne" الصادر في 6 مارس 1876، والصادر بموجب المادة 1134 من القانون المدني، والذي يمكننا أن نقرأ فيه أنه: "لا يخصّ المحاكم بأي حال من الأحوال، مهما كان قرارها قد يبدو لها عادلاً، تعديل البنود تلك التي تم قبولها بحرية من قبل الأطراف المتعاقدة." والسبب في تبني القضاء الإداري لنظرية الظروف الطارئة يرجع إلى عدم تقيد هذا القضاء الإداري بالنصوص التشريعية الجامدة، كما هو الحال في القضاء المدني.

ب- شروط إعمال النظرية وآثار تطبيقها:

أوجب اجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر بتاريخ 2013/7/29 لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية: 1- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة التعاقدين. 2- أن يكون الظرف الطارئ مما لا يمكن توقعه عادة، ولم يكن في نيّة المتعاقدين المشتركة حين توقيع العقد. 3- أن تنقلب اقتصاديات العقد ويترتب على تنفيذه خسارة تجاوز في فداحتها حد الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد في أثناء التنفيذ، وأن التعويض الذي يستحقه المتعاقد لا يشمل إلا جزءاً من الأضرار المدعى بها.[667]

وبموجب هذا الحكم القضائي يمكن استنتاج مجمل شروط نظرية الظروف الطارئة، وتتمثل هذه الشروط في[668]:

1- وجود ظرف طارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه:

أي لم يكن بالإمكان توقعه من المتعاقد مع الإدارة. ويبدأ عدم توقع الظرف الطارئ من تاريخ تقديم المتعاقد للعطاء أو العرض، إذ تقول المحكمة الإدارية المصرية في حكمها المؤرخ في 24 يناير 2017 إنه: ".. يجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المتعاقد، بل من جانب أشدّ الناس يقظةً وبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي، فلا يكتفي فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً، كما يجب أن يكون الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإن أمكن دفعه، حتى ولو استحال توقعه، لم يكن ثمّة قوة قاهرة أو حادث فجائي.." [669].

وتطبيقاً لذلك، نجد أن محكمة القضاء الإداري السورية في أحد أحكامها رفضت طلب المتعاقد (المدعي) بتنزيل بدلات الاستثمار الملتزم بسدادها للإدارة، كونه أقدم على إبرام العقد منذ فترة قصيرة في ظل الظروف الراهنة المتوقعة بالنسبة إليه والتي لا تخفى على أحد، ولاسيما أن وقوع المقهى- محلّ العقد- في مدينة دمشق التي تتأثر بالأحداث الجارية في البلاد، فلا مجال للاستفادة من نظرية الظروف الطارئة ، إذ لا وجود هنا لظرف طارئ غير متوقع[670].

---

667 حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (1/403/ع) لعام 2013 في الطعن رقم(5003)، الصادر بتاريخ 2013/7/29. غير منشور.

668 للمزيد حول شروط تطبيق النظرية، انظر: د. محمد الحسن، د. مهند نوح، " القانون الإداري"، مرجع سابق، ص 365.

669 حكمها في الطعن رقم (49/11120) ق ع، والطعن رقم (49/12400) ق عليا بجلسة 2017/1/24، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص318.

670 حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم (2/1082) لعام 2014، في القضية ذات الرقم (1/2969) لعام 2017، غير منشور.

كما نجد أن القضاء الإداري وفي تطبيق آخر قد عدّ أنه من الأمور المتوقعة هلاك الإطارات المطاطية للآليات المستخدمة للقيام بأعمال المشروع موضوع العقد[671].

2- أن يكون الظرف الطارئ مستقلاً عن إرادة الطرفين:

أي لا يكون لإرادة المتعاقدين دخل في حدوث هذا الظرف، وهذا يكون نتيجة منطقية لمتطلب عدم إمكانية توقع الحادث أو دفعه بعد وقوعه.

3- أن لا يؤدي الظرف الطارئ إلى استحالة التنفيذ:

يميّز هذا الشرط ما بين القوة القاهرة والظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً[672]. فإذا وصل الأمر إلى هذا الحدّ تطبّق نظرية القوة القاهرة ويعفى المتعاقد من متابعة التنفيذ. بهذا الأمر قضت به محكمة القضاء الإداري السورية في حكمها رقم (2/311) لعام 2020[673].

بدورها قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن:" ارتفاع أسعار الزئبق لا يعد قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، ولكنه يعدّ ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتبت عليه زيادة في أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حدّ الإخلال بتوازن العقد إخلالاً

---

671 حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (1/48) لعام 2017 في القضية رقم (1/2871) لعام 2017، غير منشور.

672 أظهرت المحكمة الإدارية العليا المصرية التمييز بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، وذلك بقولها إن:" الظرف الطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم، ولكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة، دون أن يبلغ به حد الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء، فالقوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعته كاملة، أما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته. فقد استقرت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 22 مايو 2018 على أن "ارتفاع الأسعار لا يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولكنه يعدّ ظرفاً طارئاً لم يكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك له دفعاً، ومن شأنه أن يُنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، وهو ما يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، ومن ثم كان لزاماً على جهة الإدارة مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيبه من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقود الإدارية واستمرار سير المرفق العام". حكمها في الطعن رقم (22041) لعام 60 ق ع ، بجلسة 22 / 5 / 2018، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص318.

673 قضت المحكمة في هذا الحكم بأنه:"..ومن حيث انه لم يعد خافياً على أحد بأن الأحداث الأمنية المؤسفة التي مرت بها البلاد قد أثرت على سير تنفيذ التعهدات والمشاريع الخاصة بالدولة نظراً للصعوبات والمعوقات التي رافقت تنفيذ تلك المشاريع وهو ما دفع إلى إصدار الكتب والتعاميم عن رئاسة مجلس الوزراء بهذا الخصوص... ومن حيث إن تلك الظروف حالت دون تنفيذ أعمال العقد المذكور، وجعلت الجهة المدعية أمام استحالة مطلقة حالت دون قيامها بتنفيذ أعمال العقد محل التعهد، وبما أن توقفها عن تنفيذ تلك الأعمال ناجمة عن أسباب لايد لها فيها فانه تنطبق على حالتها أحكام الفقرة /ج/ من المادة (35) من القانون/51/ لعام 2004 المتضمنة على أنه يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك بسبب غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة عن إرادته، ولا تنطبق عليها أحكام المادة /60/ من ذات القانون طالما أن التوقف لفترة جاوزت السنة لم يكن بسبب أو طلب من جهة الإدارة المدعى عليها، وإنما لأسباب وظروف خارجة عن إرادة الطرفين، ولا يغيّر من الأمر شيء تحسن الأوضاع الأمنية من عدمه لأنه من غير المقبول بعد مرور ردح طويل من الزمن على توقف المتعهد عن العمل تغيرت خلاله معطيات وظروف التعاقد وما رافقه من ارتفاع حاد بالأسعار أن يبقى ملزماً بمتابعة أعمال العقد، ولاسيما أن الإدارة لم تتخذ أي إجراء تجاه الجهة المدعية طوال تلك الفترة.."القرار رقم (311/ 2) لعام 2020م، جلسة 2020/7/21، سجلات الأحكام، مجلس الدولة .

جسيماً.."[674]. وفي حكم للمحكمة نفسها بتاريخ 26 سبتمبر 2017 قررت أن:" تحرير سعر صرف الجنيه المصري مقابل العملات الأجنبية بمقتضى قرار سيادي من الدولة بعد تقديم الشركة لعطائها يعدّ من الظروف الطارئة التي لم تكن متوقعة من جانبها، مما يتعين معه تعويضها عن ذلك"[675].

4- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد.

أي إحداث اختلال في التوازن المالي للعقد بأن يلحق بالمتعاقد ضرراً على قدر كبير من الجسامة مما يصيبه بخسائر فادحة، الأمر الذي يجعل تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مرهقاً إلى حدٍ كبير، وليس مستحيلاً[676]. وبالتالي فلا يعدّ هذا الشرط محققاً إذا كان الضرر الذي أحاق بالمتعاقد ضرراً عادياً أو معقولاً، أو فقد أرباحه كلها أو بعضها، فنظرية الظروف الطارئة لا تستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل.[677]

فيترتب إذاً على تنفيذ العقد بالرغم من هذا الظرف خسارة تتجاوز في فداحتها حدّ الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد في أثناء التنفيذ[678].

وبالتالي فإن مسألة انقلاب اقتصاديات العقد أو الإرهاق المادي الجسيم في حالة توافر الحادث الطارئ أو الاستثنائي لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا من المستخلصات النهائية، وعند عمل الحساب النهائي، وهو ما لا يكون إلا بعد إنجاز جميع الأعمال[679].

---

[674] حكمها في الطعن رقم (2150) لعام 6 ق ع ، بجلسة 9 / 6 / 1962.

[675] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (23547) لسنة 56 ق.ع، بجلسة 26 سبتمبر 2017، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص318..

[676] تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظروف الطارئة يجب أن يدخل في الحساب جميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته ومنها كامل قيمته ومدته، فيفحص في مجموعة كوحدة دون الوقوف على أحد عناصره فقد يكون في العناصر الأخرى ما يجزى ويعوض. هذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحكامها الصادرة بشأن نظرية الظروف الطارئة، على سبيل المثال حكمها في الطعن رقم (9332) لعام 55ق. عليا، بجلسة 2017/12/26، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص318.

[677]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقم (801/549) لعام 35 القضائية، جلسة 4 أبريل عام 1993، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثامنة والثلاثون- الجزء الثاني (من أول مارس عام 1993 إلى آخر سبتمبر عام 1993)، ص 888، والطعن رقم (23547) لعام 56 ق.ع بجلسة 2017/9/26، سبقت الإشارة إليه.

[678] رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم 137، لعام 2013، في القضية رقم (150/ف) لعام 2013، غير منشور.

[679]هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: " يمكن تحديد التعويض بعد إنجاز جميع الأعمال، ويمكن طلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة- وهو ما خلت منه الحالة الماثلة إذ لم تقم الشركة الطاعنة بالوفاء بكامل التزاماتها العقدية بإنجاز الأعمال المتعاقد عليها وبالتالي عمل الحساب الختامي لها ومن ثم الوقوف على ما إذا كانت تلك الظروف قد ادت إلى انقلاب اقتصاديات العقد رأساً على عقب وهو ما يمثل المدخل لبحث مدى أحقية الشركة في التعويض من عدمه. حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقمي (19584) لعام 59 ق.ع والطعن رقم (19266) لعام 59 ق.ع بجلسة 2017/9/27، سبقت الإشارة إليه.

وفي نهاية الأمر فإن فكرة الإرهاق المادي للمتعاقد هي فكرة نسبيّة تقدر في كل حالة وفقاً لظروف كل عقد على حدة، كما أنها ترتبط بالعقد الإداري ذاته وليس بالمتعاقد، فلا دخل للاعتبار الشخصي في تقديرها[680].

وفي هذا الصدد يمكننا طرح السؤال الآتي: هل يحرم المتعاقد من التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا تضمن العقد الإداري شرطاً صريحاً بعدم جواز تطبيق هذه النظرية؟

الجواب: قطعاً لا، لكون هذه النظرية من متعلقات النظام العام، ناهيك عن أن تضمين العقد لمثل هذا الشرط يعد مصادرة لحقوق المتعهد المستقبلية، وهذا مخالف لقواعد العدالة والإنصاف[681]. كما تصدّت المحكمة الإدارية العليا السورية لهذه الإشكالية، وفقاً لما استقر عليه اجتهادها، وقرّرت أن:" مثل هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام ولأحكام المادة /148/ من القانون المدني، فلا يجوز للإدارة أن تثري على حساب المتعاقد الذي يلتزم بتنفيذ مشاريعها، عن طريق وضع نصوص تستهدف حرمانه من التعويض حين يختل التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة أو نتيجة لارتفاع الأسعار"[682]. كما أكدت محكمة القضاء الإداري هذا الاجتهاد بقولها:" إن تضمين العقد نصّاً يفيد بتحمل المتعهد لزيادة أسعار الي قد تطرأ على تنفيذ العقد لا يحول دون تقاضيه الزيادة المرهقة التي تفوق النسبة التي يتحملها بموجب نظام العقود الموحد"[683].

5- يجب أن يكون للظرف الطارئ طابع مؤقت[684].

وعلى كل حال، فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تنتهي مع انتهاء الظروف، إذ يعود كل من الطرفين إلى تنفيذ التزاماته العقدية كما تم الاتفاق عليها، أما إذا ثبت أن المتعاقد لا يمكن الاستمرار

---

680 هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها" إن معيار الإرهاق هو معيار موضوعي متروك لتقدير محكمة الموضوع التي يقع عليها عبء التحري فيما إذا كان الحادث الطارئ قد أخلّ بالتوازن المالي للعقد بين الطرفين بصرف النظر عن ظروف المتعاقد الخاصة أو الشخصية المنبتة الصلة عن موضوع العقد لأن مجال تطبيق النظرية ينحصر بالالتزام التعاقدي المجرد، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أوجه النشاط الذي يمارسه المتعاقد ذات الصلة بالالتزام الاصلي ومدى تأثير هذا الظرف الطارئ على ذلك الالتزام، وأن يدخل ذلك في حسابات الربح والخسارة التي قد تلحق بالمتعاقد دون أن يمتد ذلك إلى ما حققه المتعاقد من أرباح سابقة سواء كانت ناتجة عن تعاقده مع الإدارة أو مع جهة أخرى". حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقم (19584) لعام 59 ق.ع والطعن رقم (19266) لعام 59 ق.ع بجلسة 2017/9/27، سبقت الإشارة إليه.

681 حسام خدام الجامع،" السياسة القضائية لنظرية التعويض العادل في العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، عام 2021، ص234.

682 حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم 35(35/ع/1) لعام2014في الطعن ذي الرقم (231) لعام 2013، غير منشور.

683 راجع حكم المحكمة القضاء الإداري السورية، رقم (1/1288) لعام 2014، في الطعن ذي الرقم (1/2523) لعام 2014، غير منشور.

684CE Sect., 5 novembre 1982, req no 19413, Société Propétrol : Rec. p. 381 ; AJDA 1983, p.259.

في تنفيذ التزاماته العقدية؛ إلا بمعاونة دائمة من الإدارة، أي إذا ثبت استحالة الظرف الطارئ؛ فلا مناص من طلب فسخ العقد بناءً على نظرية القوة القاهرة [685].

بالإضافة إلى ذلك، فإن المتعاقد لا يستحق التعويض عن الظروف الطارئة التي تقع بعد انقضاء مدة تنفيذ العقد. ولكن الإشكالية التي يمكن أن تثار في هذا الصدد حالة حدوث الظرف أو الحادث الطارئ بعد امتداد مدة التنفيذ.

هنا ينبغي التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول، إذا كان سبب الامتداد ناتجاص عن تأخر المتعاقد أو تراخيه في تنفيذ التزاماته:

في هذه الحالة لا يحق له الاستفادة من التعويض إذا حدث ظرف أو حادث طارئ بعد مدة تنفيذ العقد، لأن من شروط نظرية الظروف الطارئة – كما عرضنا سلفاً– ألا يكون هناك تأخير من المتعاقد في تنفيذ التزاماته بشكل يجعلها تمتد لمعاصرة الظروف أو الحادث الطارئ[686].

الأمر الثاني، إذا كان امتداد مدة تنفيذ العقد لسبب يرجع إلى جهة الإدارة:

في هذه الحالة يحق للمتعاقد التعويض عن الظرف الطارئ الذي يحدث في أثناء فترة العقد. كما يسري هذا الحكم في حالة لو تقدّم المتعاقد بطلب أجلٍ إضافيٍ لاستكمال تنفيذ التزاماته ووافقت الجهة الإدارية. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها " إذا كانت الوزارة قد وافقت على مد المدة المحددة في العقد للتنفيذ، ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي سبق أن وافقت عليه الوزارة فحكمه حكم المدة المحددة في العقد". وتؤكد المحكمة ذاتها أنه".. يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد على حساب المتعاقد، حيث إن لجوء الجهة الإدارية لتنفيذ العقد على حساب المتعاقد لا يؤدي إلى انتهاء الرابطة العقدية، حيث

---

[685] د. سليمان الطماوي، "الأسس العامة للعقود"، االمرجع السابق، ص 703 وما بعدها، وفي الفقه الفرنسي:
Richer (L.),Droit des contrats administratifs.L.G.D.J,Paris,2004,p.259.

[686] تطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه:" ولما كانت مدة التعاقد تنتهي في 1973/12/31 ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد ونهاية مدة التنفيذ المتفق عليها على نحو يتهدد المدعى عليه بخسارة فادحة ويخل باقتصاديات العقد معه ويجعل تنفيذ التزاماته مرهقاً له، وكان المعروف لدى الكافة أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر عام 1973 إلا بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها – لذلك فإنه يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر عام 1973 لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى عليه بخسائر فادحة وتوجب على الحكومة تعويضه عنها ...".

يستمر العقد منتجاً لآثاره– مع اعتبار المتعاقد مسؤولاً عن عملية الشراء أمام الإدارة وتحمله غرامة التاخير والمصاريف الإدارية التي تتكبدها في عملية الشراء.."[687].

فالتنفيذ على حساب المتعاقد في مجال العقود الإدارية هو من قبيل التنفيذ العيني، شرّعه المشرع كوسيلة للضغط على المقاول المقصر، لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد، بمقتضاه تقوم الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته المالية بتنفيذ العقد دون أن تلجأ في ذلك إلى القضاء، ولا يعدّ التنفيذ على الحساب عقوبة عقدية توقعها جهة الإدارة على المتعاقد المقصر في التنفيذ، لكنه إجراء تستهدف به الإدارة حسن سير المرفق العام[688].

وإذا ما توافرت شروط هذه النظرية، فإن هناك نتيجتين تترتبان على وجود الظرف الطارئ:

النتيجة الأولى، وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية:

أسلفنا القول إن الظرف الطارئ لا يترتب عليه استحالة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولكن يجعلها أكثر إرهاقاً ومشقة للمتعاقد، وهذا ما جعل القضاء الإداري في أحكامه الصادرة بشأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يحرص على إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد وعدم التوقف، وذلك حفاظاً على دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وما عليه إلا أن يلجأ إلى الجهة الإدارية المتعاقدة للحصول على إعادة التوازن المالي لعقده عن الاضرار التي أصابته نتيجة الظرف الطارئ، وفي حالة رفضها، أو منحته تعويض غير مناسبٍ لحجم الأضرار، يجب عليه الاستمرار في التنفيذ، مع اللجوء إلى القضاء الإداري لإعادة هذا التوازن.

ويتّضح من ذلك أن تقدير توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أمر يستقلّ بتقديره قاضي العقد، ومن ثم فإنه ينبغي على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته إلى حين الفصل في موضوع الدعوى، وفي حالة الامتناع عن التنفيذ بحجة الظرف الطارئ، فإن ذلك يعدّ بمنزلة خطأٍعقديٍ[689]،

---

687 حكمها في الطعن(2150) لسنة 6 ق، جلسة 9 يونيو 1962، مشار إليه لدى: د. رجب محمد السيد أحمد،" حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص 313.

688 حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين رقم/19584/ لسنة 59 ق.ع ورقم /19266/ لسنة 59 ق.ع بجلسة الأربعاء الموافق 2017/9/27، مشار إليه لدى. د. رجب محمد السيد أحمد، مرجع سابق، ص 313.

689 إذ جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن " الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أياً كان السبب في ذلك، يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمده أو إهماله، أو فعله دون عمد أو إهمال، حكمها في جلسة /30/ من نوفمبر عام 2010 الطعن رقم (22367) لسنة 53 القضائية عليا، سبقت الإشارة إليه، وحكمها في الطعن رقم(54221) جلسة 2018/4/10 طعناً في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري- الدائرة الثامنة – عقود- بجلسة 2011/11/30 في الدعويين رقمي (17727) و(30443) لسنة 58 ق، غير منشور.

يوقعه تحت المساءلة القانونية، التي تخوّل للإدارة توقيع الجزاءات عليه، بما فيها سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه[690].

كما أن امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته قد يفقده حقه في المطالبة في إعادة التوازن المالي لعقده، لكون تطبيق نظرية الظروف الطارئة مرهون – كما قلنا – باستمراره في تنفيذ الالتزامات التعاقدية وعدم التوقف بإرادته المنفردة.

فلا يستحق المتعاقد مع الإدارة الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة والحصول على التعويض في حال توقفه عن تنفيذ التزاماته ؛ فالارتفاع الطارئ على أسعار المواد العقدية مثلاً، لا يسمح للمتعاقد إطلاقاً التوقف عن تنفيذ التزاماته، ولا يحرّره منه طالما أنه مازال ممكناً، وإن كان مرهقاً[691]. كما أنه لا يمكن للمتعهد التحلّل من التزامه العقدي بحجة الظروف الحالية أو الزيادات بالأسعار، طالما أن قانون العقود النافذ قد أعطاه الحق بالمطالبة بالتعويض[692].

في حين نجد أن مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر يتبع سياسة مرنة، تتلخص وفق مسلكين؛ فقد يحكم بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة إذا قدّر صعوبة الظروف التي تعرّض لها المتعاقد المتوقف، مع حسم غرامات التأخير في حال توجبها عليه من مبلغ التعويض المستحق له، أي إجراء التقاص بين ما له وما عليه في هذه الحالة؛ أو قد يرفض المجلس التعويض نهائياً في حال توقف المتعهد عن الاستمرار في التنفيذ، توقفاً لا مسوّغ له في ذلك[693].

وفي مقابل التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ، فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري على عدم جواز الحجز على الكشوف الشهرية المستحقة للمتعهد، لغايات ترتبط بتامين السيولة النقدية للمتعهد بغية تنفيذ الأعمال العقدية والاستمرار في هذا التنفيذ، بيد أنه من الجائز إلقاء الحجز الاحتياطي على استحقاقات المتعهد التي تترتب له بموجب الكشف النهائي[694].

---

690 حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقم (19584) لسنة 59 ق.ع والطعن رقم (19266) لسنة 59 ق.ع بجلسة 2017/9/27، غير منشور.

691 د. سليمان محمد الطماوي، "الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 689.

692 رأي اللجنة المختصة رقم (25) لعام2014، في القضية رقم (40/ف) لعام 2014، الصادر بتاريخ 2014/2/25، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام 2016، مجلس الدولة، المكتب الفني، ص 424.

693 حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 13 نوفمبر، عام 1953، أشار إليه: د. سليمان محمد الطماوي، "الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص 663.

694 رأي اللجنة المختصة رقم (121) لعام 2019م، القضية رقم (155) لعام 2019م، الصادر، المجموعة الذهبية الحديثة، الجزء الثاني، لعام 2020م، مجلس الدولة، المكتب الفني، ص 382.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المتعاقد يلتزم بالاستمرار في تنفيذ التزاماته عند مواجهة أي ظرف طارئ، فإنه يكون من حقه طلب تمديد العقد مع الإعفاء من غرامة التأخير، إذا ترتب على هذا الظرف تأخير في تنفيذ العقد[695].

النتيجة الثانية، حق المتعاقد في الحصول على التعويض:

إذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري والتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من ذلك، فإنه يستحق التعويض من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة، والتعويض وفقاً لهذه النظرية يكون جزئياً ومؤقتاً، بحيث لا يغطي إلا جزءاً من الخسارة الجسيمة التي لحقت به، فلا شأن له بالأرباح التي يمكن أن تكون تأثرت أو لم يعد لها وجود جراء هذا الظرف، وذلك تطبيقاً للأحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة، والتي تختلف عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، بحيث يكون فيهما التعويض كاملاً يغطي ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

وقد أكّد القضاء الإداري على أن التعويض الذي تدفعه الجهة الإدارية وفقاً لهذه النظرية لا يكون إلا تعويضاً جزئياً عن" الخسارة المحققة التي لحقت بالمتعاقد"[696]. ونتيجة لذلك، لا يسوغ للمتعاقد المطالبة بالتعويض لمجرد أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه نتيجة ظروف أدت إلى زيادة الأسعار، بل ينبغي لاستنهاض مقتضيات تطبيق تلك النظرية أن تكون الخسارة واضحة مميزة، وفقاً لظروف غير متوقعة على النحو المتقدم.

كما أن التعويض، وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، يكون مؤقتاً؛ بمعنى أن الجهة الإدارية تلتزم بمشاركة المتعاقد في الخسارة طوال مدة وجود الظرف الطارئ، حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته التعاقدية والخروج من الأزمة، على أن تتوقف المساعدة بمجرد زوال الظرف الطارئ[697]. وفي حالة

---

[695] هذا ما قننه المشرع المصري، في القانون رقم 182 لعام 2018 بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الحالي حيث تنص المادة 48 على أنه: " إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادته. وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ، لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر ...".

[696] راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (9332) لسنة 55 ق. عليا، جلسة 2017/12/26، غير منشور. وحكمها في الطعنين رقمي (1223) و (1224) لسنة 27 القضائية، جلسة 18ديسمبر1984، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثلاثون، الجزء الأول (من أول أكتوبر عام 1984 إلى آخر فبراير عام 1985) – ص 250. وحكمها في الطعن رقم (801/549) لسنة 35– الجزء الثاني(من أول مارس عام 1993 إلى آخر سبتمبر عام 1993)، ص 888 .

[697] د. محمد جمال جبريل، "العقود الإدارية- آثار العقد "، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، عام 2002، ص346.

استمرار هذا الظرف، فإنه ينبغي على الطرفين إعادة النظر في شروط العقد وتنفيذه على أسس جديدة، لإعادة الحياة إليه مرة أخرى. وفي حالة عدم التوصل لاتفاق في هذا الشأن، فإنه لأي من الطرفين أن يطلب من القاضي فسخ العقد[698]. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في القضية الشهيرة المتعلقة بترام مدينة "Cherbourg"، إذ قرّر أن وجود عجز خطير يقلب اقتصاديات العقد يحوّل الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة، الأمر الذي يقتضي فسخ العقد[699].

أخيراً، تجدر الإشارة إلى أنه في الممارسة العملية، أدت نظرية الظروف الطارئة إلى إدخال بنود المراجعة (إعادة التفاوض) في العقود التي تسمح بالتكيّف مع التغيرات في الوضع الاقتصادي والمالي، والتي تتجنّب بشكل عام الاضطرار إلى اللجوء إلى هذه النظرية.

والأمثلة على ذلك كثيرة، نذكر منها:

– في حالة وجود حدث خارج عن إرادة الأطراف، لم يكن متوقعاً وقت إبرام عقد العقد، إذ يحق للملتزم أن يعيد التفاوض مع الإدارة، كما يمكنه المطالبة بتعويض يمثل جزءاً من الرسوم التعاقدية الإضافية التي تحمّلها من خلال أداء الخدمات التي كان مسؤولاً عنها[700].

– إذا لم تستطع الشركة المدعية إثبات أن الزيادة المفاجئة في أسعار المنتجات البترولية لم يكن متوقعاً، يمكنها التفاوض مع الإدارة، ذلك أن سعر البترول يخضع بانتظام لتغيرات قويّة لذا، الأمر الذي يجعل الشركة على علم بحالة سوق المنتجات البترولية، ومن ثم ليس لها الادعاء أن مثل هذه الاختلافات في أسعار المنتجات المستخدمة كانت غير متوقعة[701].

---

[698] Eygasier(J.) ,Pareydt(C.H.) , Exécution des marches publics de travaux,éd Lamy, France 2010, p.263.

[699] تتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة الملتزمة بنقل ركاب هذه المدينة واجهت عجزاً مالياً كبيراً بسبب عزوف الركاب عن استخدام الترام لشيوع وسائل النقل الحديثة. وفي محاولة لإعادة التوازن المالي للعقد، تم الاتفاق بين الشركة والمدينة على رفع تسعيرة تذكرة ركوب الترام. وفي السنة الأخيرة فوّضت الجهة الإدارية (المدينة) الشركة في تحديد السعر، إلا أن كل هذه المحاولات لم تفلح، إذ ظلّت الشركة في احتياج إلى المعاونة الدائمة من قبل الإدارة .C E, du 9 décembre 1932, publié au recueil Lebon متاح عى الموقع: https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636689/

[700] CAA Bordeaux, 3 mai 2011, req no 10BX01996, Société Gagne (Contrats- Marchés publ. 2011, 207.

[701] CAA Nancy, 27 janvier 2011, req no 10NC00154, Société EUROVIA Champagne Ardenne (Contrats-Marchés publ. 2011, 145.

ثالثاً- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة Théorie des sujétions imprévues:

تم تطوير هذه النظرية من قبل القضاء الإداري الفرنسي في مجال الأشغال العامة[702]، بما يسمح للمقاول الذي يصطدم بعقبات طبيعية استثنائية غير متوقعة في المواصفات بالحصول على تعويض. يستفيد من هذا الحق أيضاً المتعاقد من الباطن[703].

ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية مع منتصف القرن التاسع عشر تقريباً في حكمه الصادر بتاريخ 18 مارس لعام 1869[704]. وبتعبير أدق، حدّد مجلس الدولة الفرنسي أن الصعوبات غير المتوقعة هي:"صعوبات مادية صودفت أثناء أداء العقد، ذات طبيعة استثنائية، لا يمكن توقعها أثناء إبرام العقد، وسببها خارجي عن إرادة الطرفين المتعاقدين"[705].

أ- مضمون النظرية:

تتلخص هذه النظرية في استحقاق المتعاقد للتعويض الكامل؛ إذا ما صادف في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية"Les difficultés materielles" ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بأي من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً وليس مستحيلاً.

وغالباً ما تنشأ الصعوبات التي يحتمل أن تثير تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة بمسائل مرتبطة بتكوين باطن الأرض: الصخور الصلبة، وجيوب الرمال، والجداول المائية التي لا يمكن اكتشاف وجودها في أثناء سبرها، كما يمكن أن تنجم أيضاً عن الأمطار الغزيرة غير المتوقعة التي أعاقت نشاط موقع البناء[706].

من ناحية أخرى، لا يغطي التعويض الذي يمكن أن يحصل عليه في الحالات الطارئة العادية، ولا هامش الربح الذي فاته[707].

---

[702] تطبق هذه النظرية غالباً في مجال عقود الأشغال العامة؛ إلا أن بعض الفقه يرى أن هذا المجال هو مجال تطبيقها الوحيد: Hoepffner (H.), La modification des contrats , D. 2016, p. 280.

[703] CAA Lyon, 15 mai 2008, requête numéro 07LY02701, Société entreprise Martoia.

[704] مشار إليه لدى: Delaubadere (A.) , Traité élémentaire de Droit Administratif , 5 éd. Paris1970. P 314

[705] CE,30 juillet 2003, Commune de Lens, req no 223445 : Rec. p. 862 ,AJDA 2003, p. 1727.

[706] CE, 13 mai 1987, requête numéro 35374, Société Citra-France; RDP 1988, p. 1426.

[707] CE, 7ème et 2ème SSR, 7 novembre 2008, Société Guintoli et al., requête numéro 290699.

ب- شروط تطبيق النظرية:

تتمثل شروط تطبيق هذه النظرية في أن تكون الصعوبات[708]:

1- مادية وغير عادية.

2- طارئة، أي غير متوقعة من قبل المتعاقد.

3- من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين.

4- كما يشترط أن يترتب على التنفيذ نفقات كبيرة، وتزيد من أعباء المتعاقد مع الإدارة.

ج- آثار تطبيق النظرية:

يترتب على تطبيق هذه النظرية نتيجتين مهمتين تتمثلان في الآتي[709]:

1- استمرار المتعاقد بالتنفيذ، على الرغم من حدوث هذا الصعوبات المادية غير المتوقعة.

2- حق المتعاقد في الحصول على تعويض لكامل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات[710].

وبخصوص الصعوبات المادية، أكّد القضاء الإداري على التعويض الكامل بقوله:" عند تنفيذ العقود الإدارية، وخاصة عقود الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة، وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحمّلها، لأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، بحسبان ذلك يعبر عن النيّة المشتركة الطرفين.

---

[708] د. رجب محمد السيد الكحلاوي منازعات إنهاء العقد الإداري في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، المجلد 39، العدد 39، أكتوبر 2022، الصفحة 1821-1915.

[709] د. رجب محمد السيد الكحلاوي،"العقود الإدارية وطرق حسم منازعاتها، دراسة في ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي"، مكتبة الشقري بالرياض، الطبعة الأولى، عام 2018، ص90.

[710] يقدر هذا التعويض على أساس مبدأ التعويض الكامل، وفقاً لما توصل القضاء الإداري الفرنسي، وفي ذلك تلتقي نظرية الظروف المادية غير المتوقعة مع نظرية فعل الأمير، وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة.

والتعويض هنا لا يتمثّل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة إلى المتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها بدفع مبلغ إضافي له وفق الأسعار المتفق عليها.."[711].

مما سبق، يتّضح أن الامتيازات الاستثنائية التي أتينا على شرحها والممنوحة للإدارة في العقد الإداري، أداة أساسية وفعّالة لتحقيق الغرض الذي منحت على أساسه هذه السلطات وهو تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن لها تأثيرا بارزاً لا يمكن إغفاله أو التقليل من شأنه، بمواجهة حقوق متنامية في التطور للمتعاقد معها تعمل هي الأخرى لإعادة التوازن المالي للعقد.

كما ظهر الدور البارز للقضاء الإداري في هذا المضمار، إذ استقرّت أحكامه على أن ما يطرأ من ظروف وعقبات استثنائية وطارئة لم تكن في حسبان المتعاقدين عند إبرام العقد، ولا يملكان له دفعاً، الأمر الذي يقضي– تحقيقاً لمقتضيات العدالة وكفالة تنفيذ العقد واستمرار سير المرفق العام– من هذين الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، ومن ثم كان لزاماً على جهة الإدارة مشاركة المتعاقد معها في تحمّل جزء من الخسارة التي حاقت به طوال مدة قيام هذا الظرف.

وهكذا نكون قد انتهينا من الحديث عن الآثار القانونية التي تترتب على العقود الإدارية، وامتيازات الإدارة تجاه المتعاقد معها، وحقوق والتزامات كلا الطرفين، وتسوية المنازعات العقدية.

وكأي تصرف قانوني لابد وأن تكون للعقد نهاية ينقضي بها، وتنتهي بها حياته في الساحة القانونية. وهذا وماسوف نبينه في الفصل الآتي من هذا المؤلف.

[711] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بجلسة 1957/1/20 في الدعوى رقم (7892) لسنة 8 ق، مجموعة أحكام السنة 11، ص 152.

وقل رب زدني علما
Damascus University

الفصل الثالث

نهاية العقود الإدارية

للعقد، كأي تصرف قانوني، حياة يؤتي آثاره خلالها، حسب ماتقرره المبادئ العامة التي تحكم العقود العامة، ويكون منطقياً أن تكون للعقد نهاية، تنتهي بها حياة العقد، ويفقد أي أثر أو تأثير بين أطرافه، إذ يحمل العقد الإداري التزامات متبادلة بين الطرفين.

إذاً فالعقد الإداري مآله للزوال، كغيره من الأعمال القانونية أو المادية الأخرى. وهذا الزوال قد يتحقق بتدخل من السلطات العامة بإنهاء العقد أو من دون تدخل منها، وهو ما يعرف بانتهاء العقد.

والوضع الغالب في العقود الإدارية هي أنها عقود فورية؛ إذ ينقضي عقد الأشغال العامة بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن؛ كذلك ينتهي في عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة.

وتنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية بتنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزماتها، كما تنتهي بنهاية مدتها الزمنية، حينما يكون العنصر الزمني فيها محل اعتبار، وقد تكون الإدارة المتعاقدة بموجب ما تملكه من امتيازات السلطة العامة صاحبة الأمر في إنهاء العقد الإداري، بأن تضع حداً نهائياً للعقد الإداري، وتفكّ الرابطة التعاقدية لضرورات المصلحة العامة، وقد يكون للقانون والقضاء كلمة الفصل في إنتهاء العقد الإداري.

وهو ما سنبينه في الفصل الأخير من هذا المؤلف، عبر المبحثين الآتيين:

المبحث الأول– طرق انتهاء العقود الإدارية.

المبحث الثاني – حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية وآثار ذلك.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الأول

طرق انتهاء العقود الإدارية

لا تنتهي العقود الإدارية بنهاية موحدة، وإنما تتنوع نهايات العقود الإدارية؛ فقد ينتهي العقد أو ينقضي نهاية طبيعية وذلك بعد إتمام تنفيذه، أو بانتهاء المدة المحددة له، شأنه في ذلك شأن العقود عامة، وهذا هو الأصل العام، أي ترتيب جميع آثاره ووفاء الطرفين بالالتزامات العقدية الواقعة عليهما؛ وقد ينتهي نهاية غير طبيعية، كأن تتدخل الإدارة بوصفها صاحبة سلطة وامتياز، وتقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وهو ما يسمى بالإنهاء الإداري، كما هو الحال بالنسبة إلى الفسخ الاتفاقي، باتفاق رضائي يوقع بين المتعاقدين يقضي بفسخ العقد وإنهائه قبل تمامه، والفسخ بقوة القانون (بفعل قوة قاهرة تجعل من تنفيذه أمراً مستحيلاً أو بهلاك محله)، والفسخ القضائي.

وسوف سنتناول في هذا المبحث كلاً من هاتين الطريقتين لانتهاء العقود الإدارية في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

النهاية الطبيعية للعقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية بالطرق الطبيعية لانتهاء العقود، إما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها **تنفيذاً كاملاً**، أو بانقضاء مدتها متى كان العقد محدد المدة، مثلما هو الحال في عقود الالتزام. وهذه هي القاعدة بالنسبة للعقود فورية التنفيذ. وسوف نبين ذلك وفق الآتي:

الفرع الأول- انتهاء العقد بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه:

ينتهي العقد نهاية طبيعية بعد تمام تنفيذ موضوعه؛ فاذا ما قام المتعاقد بتنفيذ العمل المنوط به في عقد الأشغال العامة، وإذا ما قام المتعهد بتسليم البضاعة التي تعهد بتوريدها في عقد التوريد، ففي هذه الحالات وعندما تقوم الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية، يكون العقد قد انقضى انقضاء عادياً،

وذلك لاستنفاذ موضوعه الذي عقد من أجله[712]. ومتى كان العقد محدد المدة، فإنه ينتهي بانتهاء المدة المحددة له، حتى لو لم يتم انتهاء جميع الأعمال التي يفترض أن يقوم بها المتعاقد مع الإدارة، بمعنى أن إرادة الأطراف هنا تعطي الأولوية للوقت لا لحجم الأعمال ومقدارها[713].

وبموجب القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، يجوز دائماً للإدارة، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، إنهاء العقد من جانب واحد، مع مراعاة حقوق الطرف المتعاقد معه في التعويض. وفي حالة كان العقد مشوباً بمخالفة كبيرة، يمكن لقاضي العقد أن يعلن الإلغاء أو الإنهاء. ويجوز للشخص العام، رهناً بشرط الولاء في العلاقات التعاقدية، إنهاء العقد من جانب واحد من دون حاجة إلى إحالة الأمر إلى القاضي.

بعد هذا الإنهاء الذي تقرره الإدارة من جانب واحد، يجوز للطرف المتعاقد أن يطالب، على أساس شبه تعاقدي، للمدة اللاحقة للتاريخ الفعلي للإنهاء، بسداد قيمة النفقات التي تحملها، والتي كانت مفيدة للإدارة. وإذا كانت المخالفة في العقد ناتجة عن خطأ الإدارة، يجوز للطرف المتعاقد، بالإضافة إلى ذلك، رهناً بتقاسم المسؤوليات الناشئة عن تنفيذ الالتزامات، المطالبة بالتعويض عن الضرر المنسوب إلى خطأ الإدارة. ويعود للقاضي تقييم ما إذا كان الضرر المزعوم مؤكداً، وما إذا كانت هناك علاقة سببية مباشرة بين خطأ الإدارة وهذا الضرر"[714].

وفي الواقع، ولأسباب تتعلق باليقين القانوني فيما يتعلق بالقوة الملزمة للعقد، يؤكد مجلس الدولة الفرنسي في حكم دائرة "Seine-Saint-Denis" أنه: "باستثناء الحالة التي يصدر فيها قرار الإنهاء من القاضي، فإن إنهاء العقد الإداري [...] قد يكون نتيجة لقرار صريح تتخذه الجهة العامة المتعاقدة. ويقر المجلس في هذا الحكم بأنه "في حالة عدم وجود قرار رسمي بإنهاء العقد يتخذه الشخص العام المتعاقد، يجب عدّ العقد منتهياً ضمنياً عندما، تدل نيّة الشخص العام من خلال سلوكه أنه أنهى بشكل لا لبس فيه العلاقة التعاقدية"[715].

---

[712] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، "مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية- القرارات والعقود الادارية"، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2007، ص 231.

[713] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 232.

[714] CE., N° 430864 - 2020-07-10.

[715] CE 27 févr. 2019, Département 93, req. n° 414114: https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2019/03/ce_27_fevrier_2019_dpt_93_req._414114.pdf.

الفرع الثاني– انقضاء العقد بانتهاء المدة المحددة لتنفيذه باتفاق الطرفين:

إذا حدّدت الأطراف مدة زمنية معينة لتنفيذ العقد وحلّ ذلك الأجل، فإن ذلك الأجل يكون في منزلة نهاية طبيعية لذلك العقد وانقضاء له[716]، فيضع ذلك حدّاً لآثار العقد بالنسبة إلى المستقبل، فلا تنشأ منه بعد انتهاء مدته التزامات جديدة. وهنا يمكن تصور ذلك في الحالتين الآتيتين:

أ– حالة الموافقة على تجديد الالتزام صراحةً أو ضمناً: ولا صعوبة في حالة التجديد الصريح، أما في حالة التجديد الضمني، فقد سلّم مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضا الإدارة الضمني في استمرار المتعاقد بالتنفيذ على الرغم من انقضاء المدة، لا يسقط حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي لذلك[717].

ب– كما أن تنفيذ العقد يبقى مستمراً إذا ما استمر ملتزم المرفق العام بحسن نية بأداء الخدمة المنوطة بذلك المرفق من جانبه، وثبوت فائدة ذلك الاستمرار، فحينئذ يكون تعويض المتعاقد على أساس العقد أيضاً[718].

المطلب الثاني

النهاية غير الطبيعية للعقود الإدارية

بالإضافة إلى الانقضاء العادي للعقد الإداري، من الجائز أن ينقضي العقد نهاية غير طبيعية قبل أوانه في حالات معينة. ولزوال العقد الاداري ثلاث صور: الانقضاء(وقد شرحنا مدلوله)، والانحلال، والإبطال.

وسنقوم بشرح الانحلال والإبطال وفق الآتي:

[716] د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، عام 2010، ص 227.
[717] د. عبد المجيد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء، التشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2003، ص 128.
[718] علي خطار شطناوي،"موسوعة القضاء الإداري"، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، عام 2004، ص 729.

الفرع الأول- انحلال العقد الإداري:

يقصد بالانحلال زوال العلاقة القانونيّة الموجودة بين الطرفين قبل انقضاء العقد، بلْ وحتّى قبل البدء في تنفيذه، وقد يقع الانحلال في العقد الصحيح قبل أنْ ينتهي تنفيذه[719]. ويأخذ الأشكال الآتية: الفسخ الاتفاقي، والفسخ بقوة القانون، والفسخ بالإرادة المنفردة، والفسخ القضائي.

وسوف يتم بيان هذه الأشكال وفق الآتي:

أولاً- الفسخ باتفاق الطرفين:

يدعى أيضاً "**الفسخ الإرادي**"[720] أو"**التقايل**"، أي التحلّل من الرابطة العقديّة بالإرادة الصحيحة المشتركة بين الأطراف التي هي أساس مصدر العقد[721]. وبذلك يعدّ "الفسخ الإرادي" اتفاقاً جديداً، وليس له أثر رجعي، بشرط عدم المساس بحقوق الآخرين. على أنّه يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك، أي يجوز لهم الاتفاق على أنْ يكون لاتفاقهما الجديد أثرٌ رجعيٌ[722].

والإنهاء الاتفاقي إذاً أمرٌ جائز ومشروع؛ فالعقد كما بدأ باتفاق طرفيه، فإنه لا مانع من أن ينتهي قبل ميعاده باتفاق طرفيه، ويقتضي ذلك أن تعبّر الإدارة عن رغبتها في ذلك بصورة صريحة، وأن يكون لديها أو لدى المتعاقد من الأسباب ما يسوّغ ذلك[723].

وقد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوباً بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه، إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك، وبموجب الحرية التعاقدية المتاحة للأطراف، يجوز النص في العقد على استبعاد أي تعويض، أو منح تعويض أقل من مبلغ الضرر[724]، أو الاتفاق على تعويض مرتفع، بشرط ألا يكون مبالغاً به، وألا يؤدي إلى ثني الإدارة عن ممارسة حقها في الإنهاء.

---

[719] د. عمر الخولي، "الوجيز في العقود الإدارية"، ط 1، مكتبة فهد الوطنية للنشر والتوزيع، عام2012، ص 128.

[720] الفسخ: وهو إنهاء العقد بجميع آثاره، أي بأثر رجعي، و"الفسخ" جزاءٌ يتم فرضه عند عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، ويتمّ ذلك في العقود التي تكون ملزمة للطرفين، إذا أخلّ أحد الطرفين بالتزاماته، جاز للآخر إمّا طلب التنفيذ العيني، أو الفسخ مع طلب التعويض.

[721] د. محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار محمود للنشروالتوزيع، القاهرة، عام 2016، ص 245.

[722] د. سمير عبد السيّد تناغو، مصادر الالتزام، ط 1، مكتبة الوفاء القانونيّة، الإسكندريّة، عام 2009، ص 187.

[723] د. سالم المطوع،" العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية"، مركز مدار المسلم، الرياض، الطبعة الثالثة، عام ٢٠٢٠، ص 430.

[724]CE, 10 décembre 1982, Loiselot, n° 22856 ; CE, 19 décembre 2012, société AB Trans, n° 350341.

وفي حال صمت العقد عن ذلك، عادة ما يتم التفاوض على مبلغ التعويض بين الطرفين عند إبرام الصفقة[725]، إذ يجب أن يغطي هذا التعويض جميع الأضرار التي لحقت بصاحب العقد، بشرط أن يكون بالإمكان تسويغ مقدارها، وألّا يؤدي ذلك إلى إثراء لا داعي له[726]، وأن يأخذ في الحسبان النفقات المتكبّدة، بالإضافة إلى الربح الفائت.

ثانياً- الفسخ بقوة القانون:

عموماًهناك حالتان تسوّغان هذا الإنهاء التلقائي للعقد:

أ- القوة القاهرة:

تضع القوة القاهرة المتعاقد في استحالة مطلقة لمواصلة تنفيذ العقد، لأسباب خارجة عن إرادته وعقبات لا يمكن التغلب عليها. ويجوز النص في العقد على مقدار التعويض جراء تحقق هذه الحالة. وفي حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، يختلف التعويض المحتمل للضرر الذي تم تكبّده المتعاقد حسب طبيعة الإنهاء، ومن ثم لا يمكن تعويض هذا المتعاقد إلا عن الخسائر التي تكبدها، والتي تُعزى إلى الحدث الذي يشكّل قوة قاهرة، مع استبعاد أي تعويض آخر[727].

ب- زوال صاحب العقد:

تتحقق هذه الحالة في حالة وفاة، أو إفلاسه، أو عجزه المدني[728]، كما ينقضي العقد بقوة القانون في حالات معينة تطبيقاً للقواعد العامة، ومنها:

1- هلاك محل العقد:

ينقضي العقد بقوة القانون في حالة هلاك محله. إلا أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بسبب خارج عن إرادة الطرفين، وما إذا كان الهلاك بسبب راجع للإدارة؛ ففي الحالة الأولى، ينقضي العقد من دون أن يتحمّل أي من الطرفين تعويضاً بسبب الإنهاء؛ أما في الحالة الثانية، فإن الإدارة تعوّض المتعاقد عن هذا الإنهاء الذي تسببت فيه للعقد، إلا إذا كان هلاك محل التعاقد

---

[725] CE, 4 mai 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, n° 334280.

[726] نظراً إلى أن هذا تدبير مؤقت، لا يمكن حل الخلاف حول مبلغ التعويض إلا عن طريق حكم أو التسوية الاتفاقية. والمقابل لهذا الحق هو التعويض الكامل للمتعاقد معها، شرط ألا يرتكب أي خطأ.

[727] CE, 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire, Rec. p. 28.

[728] إن الإنهاء التلقائي الناجم عن اختفاء صاحب العقد لا يعطيه حق الحصول على أي تعويض.

تنفيذاً لإجراء عام، كهدم بناء آيل للسقوط كان المتعاقد ملتزماً بصيانته. وهنا نطبق نظرية فعل الأمير، إذا توافرت شروطها التي ذكرناها آنفاً.

2- إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد:

ويتم الاتفاق على أن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة تحققها، فينقضي العقد بدءاً من هذا التاريخ.

3- إذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح، فعندئذ يتم انفساخ العقد من تاريخ تحققها[729].

ثالثاً- الفسخ القضائي:

اعتمد القضاة بشكل خاص على فكرة حسن النيّة لمراجعة تشكيل العقد، أو تنفيذه، أو في وقت إنهائه. هذه الفكرة ليست الوحيدة التي استطاع القاضي إيجادها لإعادة التوازن بين الامتيازات غير المتكافئة الممنوحة للطرفين. علاوة على ذلك، قد يكون مبنياً على قواعد العدالة والإنصاف. هنا تنشأ مسألة العدالة التعاقدية؛ هل يجب أن نحافظ على العقد وشروطه، على الرغم من أنها تبدو غير عادلة؟ أو على العكس من ذلك، السماح لسلطة خارجية (القاضي) بالتدخل في العقد وإعادة التوازن لاقتصادياته؟ ولكن قبل كل شيء إلى أي مدى تسمح القوة الملزمة للعقد للقضاة بهذا التدخل؟

أ- الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة force majeure :

تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته، إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل له فيه، ولم يكن في وسعه توقعه. ويتبين من أنه إذا ما تحققت القوة القاهرة، فإن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه، ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ. وإذا التجأ المتعاقد إلى

[729] نصّت المادة (59) من قانون العقود رقم 2004/51 على مايأتي:" يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية: أ- وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الجهة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ... وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى. ب- إفلاس المتعهد. ج- التصفية القضائية، إلا أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعهد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك..".

القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، فإن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه[730].

"وفي هذه الفترة من الأزمة الصحية الكبرى التي سببها "فيروس كوفيد19" التي دفعت الدولة، كما يقول الفقه الفرنسي، إلى اتخاذ إجراءات استثنائية عدّة لمكافحة وباء"الفيروس"، ولا سيما تقييد السفر والعمل خارج المنزل، بمرسوم صادر في 16 مارس 2020[731]. من المحتمل أن تواجه الإدارة والمقاولين المتعاقدين معها صعوبات كبيرة في تنفيذ عقودهم الإدارية، وبغض النظر عن هذه الصعوبات، وبحكم القوة الملزمة للعقود الإدارية، يظل المتعاقدون مع الإدارة ملزمين بأداء الالتزامات المفروضة عليهم، باستثناء التعرض للعقوبات المنصوص عليها في الأحكام التعاقدية، (ولا سيما العقوبات المالية، والعقوبات القسرية والعقوبات الحازمة المنصوص عليها بشكل عام). وقد يصل الأمر بهم إلى حد التوقف عن أداء التزاماتهم التعاقدية من دون التعرض لهذه العقوبات إذا كانوا ضحايا لقوة قاهرة أو فعل الأمير[732]. وعلى القاضي بناءً على خبرته وبمقتضى الصلاحيات الممنوحة له أن يراجع التزام أطراف العقد وتحديد مسؤوليتهم التعاقدية، لإصلاح الضرر الناجم عن انتهاكاتهم[733].

ومع ذلك، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي، معزّزاً رأيه ببعض أحكام مجلس الدولة، إلى أنه يتعيّن على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة، في حين تستطيع الإدارة إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة، ويكون الفسخ هنا فسخاً إدارياً.[734]

وفي سورية نصّت المادة(53) من قانون العقود رقم2004/51 على الآتي:" أ- لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو للجهات العامة الأخرى. ب- يعفى المتعهد

[730]Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.) et al., Les grands arrêtsde la jurisprudence administrative, 22eédition, Dalloz, 2019, p. 180.

[731]Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

[732]Levain (L.) et al, Evaluer et atténuer les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Coronavirus sur les contrats administratifs en cours d'exécution, 24 mars 2020 https://rmt.fr/wp-content/ACTU2020/PUBLIC/Flash info-Covid-19 contrats administratifs-VDEF-2403.1%29.pdf.

[733]Guiomard (P.),La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, Dalloz actualité, 2020.

[734]Bourdon (P.), Le contrat administratif illégal, Dalloz,."Nouvelle bibliothèque de Thèses",2014",t 131.

من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها، وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة.."[735].

ب- الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية:

الفسخ في هذه الحالة يكون بحكم قضائي بناءً على طلب الإدارة أو المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين، ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ، إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوباً بالتعسف[736].

أما بالنسبة إلى المتعاقد، فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد، إذا أخلّت الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسمياً. وآثار الفسخ القضائي ترتد إلى يوم رفع الدعوى[737].

ج- الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد:

تملك الإدارة كما بينا في الفصول السابقة سلطة تغيير شروط العقد، وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام. ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض. وإذا وجد المتعاقد أن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية، وتسبّب في قلب اقتصاديات العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع المطالبة بالتعويض[738].

رابعاً- الفسخ عن طريق الإدارة:

تملك الإدارة في بعض الحالات التي ينص عليها في العقد، أو في دفاتر الشروط العامة، أو لائحة العقود الإدارية أن تفسخ عقودها الإدارية (الفسخ بالإرادة المنفردة)، من دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ويعدّ هذا النوع من الفسخ للعقد الاداري من أخطر الامتيازات التي منحت

---

[735] "..ج- يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته. د- إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل".

[736]Villain(A.). L'immixtion du juge dans les contrats. Droit. 2013. dumas-00870586,p.32.

[737]Guettier (C.), agrégé des facultés de droit, est professeur à l'Université du ... Il est auteur du Droit des contrats administratifs, coll. "Thémis", 2e éd. 2008.

[738]Delpech X., « interdépendance contractuelle : mise en échec de le clause de divisibilité » Dalloz actualité, 2013, n°22.

للادارة. وبغضّ النظر عمّا إذا كانت نتيجة خطأ ارتكبه المتعاقد (الإنهاء الجزائي)، أو بدون وقوع أي خطاء من المتعاقد (الإنهاء للمصلحة العامة):

أ- الإنهاء الجزائي:

وهو جزاء توقعه الإدارة على المتعاقد عند الإخلال بالتزاماته التعاقدية[739]. ويُجمع غالبية فقهاء القانون الإداري على أن جزاء الفسخ في العقود الإدارية يعد من النظام العام، وباستطاعة الإدارة ممارسته حتى مع عدم وجود نص يخولها ذلك[740].

وهناك نوعان من الإنهاء بسبب الخطأ:

1- الإنهاء البسيط:

في هذه الحالة تتحمل الإدارة عواقب هذا الإنهاء. لذلك سيتعين عليه في نهاية المطاف إبرام عقد جديد، وفقًا لأحكام القانون. ويتم إعفاء المقاول من التزاماته التعاقدية، ولا يمكنه الحصول على تعويض.

2- الإنهاء حسب التكلفة والمخاطرة:

يفرض هذا الإنهاء على المتعاقد المتعثر تكلفة إضافية ناتجة عن منح عقد بديل لإكمال الخدمات التي يغطيها العقد، كما تم تعيين شرطين لكي يكون العقد البديل قابلاً للتنفيذ بحق صاحب العقد الأولي: أولاً أن يتعلق بالخدمات المتبقية التي تم تحديدها في العقد الأولي، وثانياً أن يتم إخطار المقاول المتعثر بقرار إبرام عقد جديد، لممارسة حقه في مراقبة الخدمات التي يؤديها المتعاقد الجديد، من أجل حماية مصالحه وتحديد مطالبه اللاحقة بالتعويض.

ب- الإنهاء للمصلحة العامة:

وهو قيام الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة بوضع نهاية للعقد الإداري، ليس جزاء لإخلال المتعاقد بأي من التزاماته التعاقدية الموجبة لذلك، وإنماً تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة، ففي هذه السلطة

---

739 د. سالم المطوع،" العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية"، مركز مدار المسلم، الرياض، الطبعة الثالثة، عام ٢٠٢٠، ص423.

740 د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د.حمد محمد الشلماني، "انقضاء العقود الإدارية- دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، عام 2013، ص157.

تقوم الجهة الإدارية بإنهاء العقد الإداري وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة التي هي مقتضى وجود العقد الإداري[741].

وبمجرد أن يتلقّى قاضي العقد مسبقًا طلباً للطعن في مشروعية قرار الإنهاء[742]، يجوز له، بالنظر في عدم قانونية قرار الإنهاء، إلغاء هذا القرار والأمر باستئناف العلاقات التعاقدية، أو إلزام الإدارة بمنح تعويض[743].

ويقر القضاء الإداري في فرنسا، خلافاً لموقفه التقليدي، بإمكانية قيام المتعاقد بإنهاء العقد بمبادرته الخاصة من دون موافقة للإدارة[744]. هذا الاعتراف أصبح مؤطراً قانوناً وقضاءً وبشكل صارم[745]، إذ يجب على المتعاقد تنفيذ العقد، حتى لو لم تكن الإدارة ملزمة بذلك[746].

وعلى الرغم من هذا الإستثناء، فإنه لا يمكن أن يكون معادلاً لسلطة الإنهاء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة المعترف بها للإدارة، وهو يخضع لشروط محددة[747]:

1- لا يمكن الإنهاء المعترف به للمتعاقد الخاص، إلا في العقود الإدارية التي لا يكون هدفها الأداء الفعلي لخدمة عامة[748].

2- يتطلب الأمر بنداً صريحاً في العقد ينص على إمكانية إنهائه إذا لم تحترم الإدارة التزاماتها التعاقدية.

3- ألا يجعل الإدارة في وضع لا يسمح لها بمعارضة فسخ العقد حفاظاً على المصلحة العامة. ولذلك، فإن المتعاقد يكون في وضع غير متكافئ مع الإدارة؛ بخلاف الشخص العام الذي يكون طرفاً في عقد إداري مع شخص أو أكثر من الطبيعة نفسها[749].

---

[741] د. حمدي العجمي،"المرجع في العقود الإدارية"، معهد الإدارة العامة، الرياض، عام 2018، ص411.

[742]CE, 15 novembre 2012, Hospices civils de Beaune, n° 356832 ; CE, 4 juillet 2014, Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole, n° 374032.

[743]CE Ass., 21 mars 2011, Commune de Béziers, n° 304806.

[744]CE, 7 oct. 1988, req. n° 59729, Office public d'habitation à loyer modéré de la ville du Havre.

[745]CE, 8 oct. 2014, req. n° 370644, Société Grenke Location, Lebon p. 302.

[746]Güechá Torres, J. T. y Güechá Medina, C. N. (2019). La resiliation unilaterale du contrat administratif en france. Revista Verba Iuris, 14 (42). pp. 139-151.

[747]CE, 19 juillet 2016, req. n°399178, Sté Schaerer Mayfiel France.

[748]CAA de Nancy, 6 juin 2019, req. n°18NC01174, Sté Grenke Location.

[749]Güechá Torres, J. T. y Güechá Medina, C. N. (2019),op.cit.,p.141.

الفرع الثاني– بطلان العقد الإداري وانعدام أثره:

يحظى البطلان بمفهوم عميق ومتميز في القانون الإداري عن القانون المدني، إذ إن مفهوم الشروط اللازمة لمشروعية العقد الإداري هو مفهوم واسع وفضفاض، ويرجع ذلك إلى تعدد الاختصاص، وما تملكه الإدارة من سلطة التأثير في مستقبل العقد بإرادتها المنفردة، ولعلّ ذلك ماعمّق فكرة البطلان في نطاق العقد الإداري، ويقصد ببطلان العقد الإداري عموماً الجزاء المترتب على مخالفة شرط من شروط مشروعية العقد الإداري.

إن القول بندرة وقوع الإدارة في عيب يؤدي إلى بطلان عقودها الإدارية، كونها تتبع إجراءات نصت عليها القوانين والأنظمة، لا يعني أن الإدارة لا يمكن أن تبرم عقداً يشوبه عيب يؤدي إلى بطلانه. فالإدارة مهما بلغ حرصها قد تهفو وتخالف القانون في التعاقد، وبالتالي يبطل عقدها، فنكون هنا وكما في القانون الخاص أمام واقعة يبني عليها القاضي حكمه بالبطلان.

ولكن في القانون المدني سعت التشريعات إلى إيجاد وسائل قانونية تتمكن من خلالها من معالجة حالات البطلان والحد من آثارها السلبية متى كان ذلك ممكناً، ومن هذه الوسائل القانونية فكرة "تحوّل العقد الباطل". إن أساس فكرة تحوّل التصرف القانوني وجد في القانون الروماني قديماً، أما حديثاً، تعدّ نظرية تحوّل العقد من النظريات التي صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر، وقد وجد الأساس القانوني التشريعي لهذه الفكرة لأول مرة في المادة (140) من القانون المدني الألماني الصادر عام 1896[750]، وعنه أخذ العديد من القوانين بنظام التحوّل[751].

ويعرّف"التحوّل" بأنه:" عملية قانونية تتمّ من قبل القضاء وتهدف إلى إيجاد عقد جديد صحيح توافرت أركانه أو عناصره في العقد الباطل ذاته، دون أن تنطوي على أي تغيير في هذه العناصر، مستنيراً في ذلك بالإرادة الافتراضية للمتعاقدين"[752].

فجوهر التحوّل في القانون المدني هو بطلان التصرف، إذ يخلف البطلان واقعة عقدية يستنبت منها القاضي عقداً آخر لصيقاً بهذ الواقعة عند توافر شروطها، فما الضير إذن لو ظهر للقضاء

---

[750] تنص المادة (140) من القانون المدني الألماني على أنه: "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كان يعلمان بالبطلان".

[751] منها القانون المدني الإيطالي الصادر عام 1942، والقانون المدني المجري، كما أخذ القانون المدني المصري لعام 1948بنظام التحوّل في المادة (144)، كذلك القانون المدني السوري الصادر عام 1949 في المادة (145) منه، وغيرها من القوانين العربية الأخرى. أنظر د. رأفت دسوقي،"فكرة التحول في القرارات الإدارية"، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2011، ص 49.

[752] د. علي كاظم الشباني، "تحوّل العقد في نطاق القانون المدني"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2015، ص 79.

الإداري مخالفة الإدارة لقانون التعاقد وبطلان عقدها أن يقضي بتحويله إلى عقد آخر يحافظ من خلاله على المصلحة العامة نفسها التي تم التذرع بها من دون هدر حقوق الطرف المتعاقد؟[753]. لكن هناك من يرى أن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لغرض تسيير المرافق العامة متوسّلة بوسائل القانون العام لا يمكن أن تنطبق عليها فكرة التحوّل إلى تصرف آخر صحيح[754].

وقد اتجهت غالبية الفقه المدني في فرنسا إلى التفرقة بناءً على معيار جسامة العيب الذي يصيب العقد بين نوعين من البطلان، هما البطلان النسبي، والبطلان المطلق، بينما اتجه بعض الفقه إلى وجود نوع ثالث من البطلان هو الانعدام[755].

وإذا كان معيار درجة جسامة العيب يعكس طبيعة البطلان[756]، وما إذا كان يقتصر على مجرد المرض، يخلّ بكفاءة أحد أركان العقد أو يتّخذ مبلغاً من الجسامة على نحوٍ يؤدي إلى العصف بأحد أركانه، فإن التطور قد عكس لنا استناد الفقه إلى معيار آخر جديد هو معيار طبيعة المصلحة محلّ الحماية؛ فإذا كانت مصلحة خاصة، ترتّب على مخالفة القواعد التي تحميها البطلان النسبي؛ وإذا كانت تلك القواعد تنصب على حماية مصلحة عامة، ترتّب على مخالفتها صيرورة العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً[757].

ومن المعروف أن إنهاء الرابطة التعاقدية، يكون له أثر رجعي، إذ يفترض أن العقد لم يبرم على الإطلاق، فيكون مجرداً من كل أثر قانوني، بمعنى أن تعود الأمور إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. وفي حالة إلغاء العقد، يمكن لنظرية "الإثراء بلا سبب" أن تلعب دوراً مهمّاً في هذا الصدد، متى تم تنفيذ العقد الذي تقرر بطلانه، إذ يخوّل المتعاقد مع الإدارة الحق في طلب قيمة الأعمال التي قام بها المتعاقد مع الإدارة خارج نطاق العقد، وخصوصاً إذا ما عادت بالفائدة والنفع على الإدارة[758].

---

753 علي مخلف حماد، "فكرة تحوّل عقود الإدارة"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2019، ص692.

754 للمزيد انظر د. رأفت دسوقي، مرجع سابق، ص 171.

755 د. محمد سامر،"نظرية البطلان في العقود الإدارية"، مركز الدراسات العربية، الجيزة، مصر، عام ٢٠١٨، ص122.

756 الغالبية من الفقه شبهت العقد بالجسم، إذا ما أصابه المرض، فإن ذلك يقابل إصابة شرط من شروط مشروعية العقد بالعيب أو الخلل، وهو ما يجعله مشوباً بالبطلان النسبي الذي يستلزم دعوى قضائية لمن تقرر البطلان لمصلحته. ويحمى هذا النوع إما بالإقرار أو الإجازة أو بالتقادم.أما إذا كان ما أصاب الجسم هو الوفاة، فإن ذلك يقابل ولادة العقد ميتاً، إذ تتلاشى شروط تكوينه وتزول كينونته، وهو ما يعرف بالبطلان المطلق الذي لا يستلزم وجود دعوى قضائية بل يقع بقوة القانون، ويكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يحمى بالإجازة. انظر: د. محمد سامر،"نظرية البطلان في العقود الإدارية"، المرجع، ص122.

757 د. عبد العزيز خليفة،" الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سابق، ص341.

758 د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص157.

إذاً يترتب على بطلان العقد الإداري– بصفة عامة– زوال هذا العقد، وإلغاء ما رتّبه من آثار، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد؛ إذ إن العقد الذي وَلَّد تلك الآثار يعدّ كأن لم يكن، إضافة إلى ما يولده البطلان من آثار مالية، فقد ينشئ لأحد طرفي العقد حقاً في اقتضاء تعويض من الطرف الآخر؛ تأسيساً على المسؤولية التقصيرية، أو الإثراء بلا سبب على حسب الحال[759].

فالمحكمة عندما تقضي بإلغاء العقد الإداري يعد كأن لم يكن، فإذا ما اكتشف البطلان قبل تنفيذ العقد أصبح التنفيذ غير ذي موضوع، أما إذا كان العقد قد نفذ فإنه يجب رد ما سبق تنفيذه، ويكون الاسترداد أساسه دفع غير المستحق، والالتزام بالرد نتيجة طبيعية للبطلان، ولا تحتاج إلى نصّ لتقريرها[760].

من خلال ما تقدم يمكننا التمييز بين إنهاء العقد الإداري والبطلان، وذلك من خلال الأوجه الآتية:

١– إن البطلان لا يكون إلا بموجب حكم قضائي، بخلاف إنهاء العقد الإداري فقد يكون بموجب قرار إداري، أو بموجب اتفاق بين طرفي العقد، أو بموجب حكم قضائي.

2– إن مناط الإنهاء مغاير لمناط البطلان، وذلك مرده إلى أن مناط الأول أمر خارج عن التصرف القانوني ذاته الذي انعقد صحيحاً، بينما مناط الثاني أمر داخلي في صميم التصرف ذاته، وشتان ما بين الأمرين.

3– إن البطلان نظام يؤدي إلى زوال العقد، أي إنه يرد على عقد نشأ بشكل غير سليم قانونياً، وبالتالي لا تترتب عليه آثار؛ لأن العقد يعدّ كأن لم يكن، بخلاف إنهاء العقد الإداري فهو يرد على عقد صحيح مكتمل الشروط والأركان، منتجٍ لآثاره، لكن عقب سريان العقد تطرأ حالات تفضي إلى إنهائه قبل أوانه، ناهيك عن أن الإنهاء ذاته تترتب عليه مجموعة من الآثار[761].

وعلى نحوٍ متّصل، أورد المشرع الفرنسي تعبير "انعدام الأثر La Caducité " في المادتين (1186 و 1187) من قانون العقود الفرنسي. وهذا الجزاء أورده المشرع الفرنسي بعد تناوله

---

759 د. عبد العزيز خليفة،" الأسس العامة للعقود الإدارية"، المرجع السابق، ص342.

760 د. غالب بن مبارك بن سالم الهمامي،"منازعات إنها العقد الإداري في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، عدد 39، أكتبر 2022م- 1444ه، ص1846.

761 انظر: د. محمد سامر،"نظرية البطلان في العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص123.

البطلان كجزاء للإخلال بشروط تكوين العقد. وانعدام الأثر جزاء يطال عقداً نشأ على نحو صحيح، ولكنه فقد بعد ذلك عنصراً أساسياً من عناصره، فهو إذن ليس ببطلان، وهو أيضاً ليس بفسخ للعقد، رغم أنه ينهي العقد (المادة 1187) إذ لا ينسب لأحد المتعاقدين أي خطأ في تنفيذ العقد؛ لذا فضّل المشرع الفرنسي استخدام تعبير" انعدام أثر العقد" للدلالة على هذا الجزاء[762].

[762] قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، مرجع سابق، ص24.

المبحث الثاني

حدود سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية وآثار ذلك

تعدّ الإدارة عنصراً أساسياً في الدولة، وبعبارة أدق هي بمنزلة أداة لتجسيد أهدافها السياسية، الاقتصادية والاجتماعية عن طريق ما تتخذه من أعمال مادية وتصرفات قانونية قصد تحقيق الصالح العام.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف، كان لزاماً على الدولة إسناد امتيازات السلطة العامة للإدارة، غير أن هذا لا يعطيها حق السمو على القانون، بل يستوجب خضوعها إلى الرقابة القضائية، وفي ذلك تجسيدٌ لمبدأ المشروعية ودولة القانون، وحماية لحقوق وحريات المواطنين تجاه الإدارة، والمبدأ السابق الذكر يقترن بمبدأ آخر يتمثل في احترام أحكام القضاء وضرورة تنفيذها.

وتتمتع الإدارة بامتياز مهم في عقودها الإدارية هو قدرتها على إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً، انطلاقاً من تمتعها بحق استعمال أساليب القانون العام في وظائفها، الأمر الذي يعطي لها الحق في فسخ العقد، حتى وإن لم يصدر خطأ من جانب المتعاقد.

وسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة سلطة أصلية توجد حتى وإن لم ينص عليها في العقد أو في ملحقاته. وهذه السلطة تسري على العقود الإدارية كافة، غير إنها ليست سلطة مطلقة تمارسها الإدارة متى تشاء، بل يرد عليها بعض القيود والضوابط.

وعلى ضوء ذلك سنتناول في هذا المبحث شروط ممارسة سلطة إنهاء العقد الإداري في مطلبٍ أول، وآثار هذا الإنهاء في مطلبٍ ثانٍ.

المطلب الأول

شروط إنهاء العقود الإدارية

تختلف هذه الشروط بين حالة عدم ارتكاب المتعاقد لخطأ يستوجب الإنهاء، وحالة ارتكابه لخطأ جسيم يوجب الإنهاء بكل ما يترتب على هذا التفريق من اختلافات:

الفرع الأول- حالة خطأ المتعاقد:

لا بدّ قبل مباشرة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري في حالة خطأ المتعاقد أن تتوفر شروط معينة نستعرضها وفق الآتي:

أ- عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية:

يعدّ عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية خطأ جسيماً يسوّغ مسؤوليته التعاقدية، ومن ثم يوجب على الإدارة توقيع جزاء الفسخ. ويتفق الفقه والقضاء الإداريين، على أنه يجب أن يكون الخطأ المرتكب على درجة معينة من الخطورة والجسامة[763]، حتى يكون مسوّغاً مقنعاً تستند إليه الإدارة لتقرر جزاء الفسخ[764]. ومن الأمثلة على الأخطاء الجسيمة، رفض المقاول في عقد الاشغال العامة تنفيذ الأوامر والتعليمات الصادرة له من قبل الإدارة، أو تركه الأشغال التي التزم بانجازها، أو عدم التزامه بالمواعيد المقررة لانهاء العمل، أو يتوقف عن التنفيذ من دون إذن الإدارة، أو أن يكون تنفيذه يخالف ما تم الاتفاق عليه من حيث طريقة التنفيذ أو الوسائل والمواد المستخدمة في ذلك.

ب- قيام الإدارة بتنبيه المتعاقد وإعذاره:

يعدّ الإخطار بشكل عام الإجراء الذي يكون الغرض منه، إبلاغ المتعاقد من قبل الإدارة بانحلال العقد الإداري بالإرادة الفردية للإدارة لدواعي المصلحة العامّة[765].

---

[763] د. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 722؛ د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، ط 3، مطبعة جامعة دهوك، عام2008، ص 314.

[764] د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 261؛ د.عبد المجيد فياض، "نظرية الجزاءات في العقد الاداري"، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، عام 1975، ص 171.

[765] د. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2016، ص 184.

ج- عدم تدارك المتعاقد لتقصيره:

يراد بذلك أن يمتنع المتعاقد من إزالة الإخلال وتدارك التقصير المسجل عليه في الأجل المحدد بالإعذار[766]. فإذا تحققت هذه الشروط جاز للإدارة أن تفسخ العقد من جانب واحد ومن دون الحاجة الى اللجوء إلى القضاء، ويتخذ الفسخ بقرار اداري[767].

الفرع الثاني- حالة عدم وجود خطأ من المتعاقد:

تعد سلطة الإدارة في إنهاء العقد الاداري بإرادتها المنفردة من دون خطأ المتعاقد معها من أهم الخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية. ويمكن إعمال هذه السلطة في كل أنواع العقود الإدارية، كجزء من خصائص هذا العقد وإنهاؤه من دون موافقة الطرف المتعاقد[768].

غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، تلجأ إليها الإدارة متى شاءت، بل هي سلطة تقديرية ترد عليها بعض القيود التي يجب مراعاتها عند اتخاذ قرار الإنهاء. وتتمثل هذه القيود في:

أولاً- أن يكون قرار الإدارة مشروعاً:

يجب أن يستوفي قرار الإنهاء مثله مثل أي قرار إداري آخر أركانه الشكلية والموضوعية لكي يكون قراراً مشروعاً[769]، وخاصة لسبب القرار الإداري الذي يتحدد من خلاله مدى ملاءمة قرار الإدارة بإنهاء الأوضاع القائمة لتحقيق الصالح العام[770].

ثانياً- أن يكون إنهاء العقد لاعتبارات المصلحة العامة:

أجمع الفقه والقضاء على أن الإدارة لا يمكنها إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة إلا عند قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة[771]، ومن ثم فإنه يمكن للإدارة أن تفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى وإن لم يخطأ المتعاقد معها، وهذا مراعاة لمبدأ الملاءمة والتكييف، والذي

---

[766] د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 1995، ص 265.

[767] د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص 175.

[768] Richer(L.) et Lichére(F.), Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2016, p.250., n°470.

[769] تتعلق صحة قرار الإنهاء أساساً بصحة القرار وشرعيته من الناحية الخارجة، الاختصاص والشكل والاجراء، ومن الناحية الداخلية السبب وهو الدافع لاتخاذ القرار والمحل إلى جانب ركن الغاية خاصة بما يتعلق بركن الغاية والسبب.

[770] د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص 169.

[771] Richer(L.) et Lichére (F.),2016,op.cit., p.250., n°470.

يعطي الإدارة سلطة تقديرية واسعة في وضع حدّ للرابطة العقدية لما تقتضيه المصلحة العامة، وتلتزم الإدارة المعنية بتسويغ موقفها عند ممارسة الرقابة من قبل الجهات المخوّلة قانوناً[772].

وسنبين أهم الحالات التي تتوافر فيها المصلحة العامة، وكذلك شروط التذرع بهذه المصلحة لاتخاذ قرار الإنهاء، وفق الآتي:

أ- أهم الحالات التي تتوافر فيها المصلحة العامّة لإنهاء العقد الإداري :

من خلال ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، سواء في فرنسا، أو مصر، أو سورية، يمكن القول إنّ الإدارة قادرة على إنهاء العقد من جانبها، كلّما توافرت حالة من الحالات الآتية:

1- زوال أسباب إبرام العقد الإداري المراد إلغاؤه:

إذا ما استجدّت الظروف وأصبح العقد المبرم غير ذي فائدة للمرفق العام، أو صار لا يحقّق المنفعة العامّة المطلوبة منه[773]، أو إذا ما كانت الخدمة العامّة التي من أجلها أبرم العقد قد ألغيت، أو تمّ نقلها، أي عند زوال السبب الذي تم إبرام العقد من أجله[774].

2- انتفاء المصلحة العامّة بزوال احتياجات المرفق العام إليها:

مثال ذلك إنهاء عقد أشغال لإصلاح وتحسين منشأت لتوصيل المياه النظيفة في إحدى المدن نتيجة ربط توصيل هذه المياه بمشروع آخر، وبذلك ليس من المصلحة العامّة الاستمرار في الأعمال الواجب تأديّتها بمقتضى العقد المبرم، لذا تقرّر إنهاءه للصالح العام[775].

3- تغيّر الظروف الاقتصاديّة:

يقرّ الفقه بحقّ الإدارة في حلّ العقود الإداريّة التي تزيد عن احتياجاتها أو متطلباتها، وذلك لتقليل العبء عن الخزانة العامّة للدولة وحمايتها، وذلك بسبب تغيّر في الظروف الاقتصاديّة. ويقصد بالظروف الاقتصاديّة أن تحدث بعد إبرام العقد، وخلال تنفيذه، ظروف اقتصاديّة عامّة

---

772 د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص157.

773 يقصد بـ "المنفعة العامّة": مصلحة المرافق العامّة، والتجاوب مع حاجاته ومقوماته، وما يُصلح من شأنه، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإداريّة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، عام 2016، ص 173.

774 د. ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامّة في إنهاء العقد الاداري، دار الكتب القانونيّة، القاهرة، عام 2015، ص 431.

775 د. ذنون سليمان يونس العبادي، المرجع السابق، ص 431.

غير متوقّعة، من شأنها أن تزيد من تكاليف عملية تنفيذ العقد على الطرفين ولا سيما الإدارة[776]. كما هو الحال عليه في سورية.

4- إعادة تنظيم أو تعديل المرفق العام موضوع العقد بما يتلاءم مع التطورات العلميّة:

تتكوّن المرافق العامّة من عناصر بشريّة ومعدات ومنشأت وأدوات. وهذه العناصر يجب أن تتلاءم مع جميع التطوّرات الجديدة التي تنوي القيام بها، ومثاله كذلك إنهاء عقود توريد الفحم المرافق لنقل للسكك الحديديّة، لإحلال القطارات التي تعمل بمحركات الديزل بدلاً من القطارات التي تعمل على الفحم[777].

5- انحلال العقد الإداري لأسباب تعود إلى طريقة إدارة المرفق أو أسباب فنية أو مالية :

تتخذ هذه الصورة من صور الانحلال ثلاثة صور فرعية نابعة منه، وهي كالآتي:

- **استرداد الالتزام قبل إنتهاء المدّة المتفق عليها من قبل الإدارة** بقصد تغييرها من نظام تفويض إدارة المرفق إلى نظام الإدارة المباشر، أو لاتباع المتعاقد أسلوباً مختلفاً عن الأسلوب التي تريده السلطة أو الجهة الاداريّة، أو لتطوير الوسائل المستعملة في تسيير المرفق العام[778].

- **انحلال العقد الإداري لأسباب ذات طابع فني بحت:** أي أن تنهي الإدارة عقودها لأسباب ذات طبيعة فنيّة خالصة، ما دامت هذه الأسباب من شأنها تعريض التنفيذ الجيد للالتزامات المنصوص عليها في العقد للخطر، وترى الإدارة أنّه ينبغي عد هذا السبب كنوع من أسباب الإنهاء للمصلحة العامّة[779].

- **انحلال العقد بسبب التوسع في حجم نشاط المرفق العام فيما يتجاوز الامكانات الماليّة:** ومثالها إنهاء امتياز مرفق النقل، من أجل توسيع نطاق شبكة النقل، حتّى يتم بناء خطوط جديدة، وإنهاء تفويض المرفق المتعلق بتوريد الغاز، أو المياه، أو الكهرباء من أجل توسيع حدود أنشطته[780].

---

[776] د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، مرجع سابق، ص157.
[777] د. ذنون سليمان يونس العبادي، مرجع سابق، ص 431.
[778] توركان علي، "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية"، رسالة ماجستير، جامعة بابل، عام 2006، ص 109.
[779] توركان إبراهيم علي، المرجع نفسه، ص 108.
[780] توركان إبراهيم علي، المرجع نفسه، ص 110.

ب- شروط التذرع بالمصلحة العامة لإتخاذ قرار الإنهاء:

لقد أعاد مجلس الدولة الفرنسي التأكيد على امتياز الإنهاء من جانب واحد، عندما ذكره كواحد من القواعد المطبقة على العقود الإدارية[781].

ويحدد مجلس الدولة كجزء من قراره الصادر في 10 يوليو/تموز 2020؛ من جهة، الشروط التي يمكن بموجبها للهيئة العامة أن تشرع في إنهاء العقد من جانب واحد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بسبب عدم مشروعيته[782]، ومن ناحية أخرى، التعويض الذي يمكن للطرف المتعاقد مع الإدارة المطالبة به في مثل هذه الحالة.

بناءً عليه، يشترط مجلس الدولة الفرنسي لكي تتخذ الإدارة قرار الإنهاء من جانب واحد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة تحقق الشروط الآتية:

1- يجب أن تبلغ المخالفة للشروط العقدية حدّاً معيناً من الخطورة، لأن المخالفات الجديّة هي فقط التي يمكن أن تسوّغ قرار الإنهاء.

2- الامتثال لمبدأ الولاء في العلاقات التعاقدية. نعلم أنه منذ اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي المعروف باسم "**بيزيرز** Béziers 1"[783]، فإن قاضي العقد ملزم من حيث المبدأ بتطبيق بنود العقد، مع مراعاة مقتضيات الولاء التعاقدي والعدالة في العلاقات التعاقدية.

والأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب القرارات الصادرة منها، ومن بين تلك القرارات قرار إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة للمصلحة العامة، وبذلك تكون رقابة القاضي في حالة ألغي العقد من دون وقوع خطأ من المتعاقد، تتمحور فقط حول الأسباب الداعية إليه، أي من دون أن يتطرّق إلى مدى ملاءمة قرار الانحلال[784].

ويجوز للقاضي الإداري النظر والبحث في السبب الخفي الذي دفع الإدارة لاتخاذ قرارها بحلّ الرابطة العقدية، ولكن بناءً على طلب الطرف المتعاقد مع الإدارة، فإذا ما توصل القاضي إلى أن

---

[781]Güechá Torres,(J. T.) Güechá Medina (C.N.) (2019) op.cit.,. p.143.

[782]CE, 10 juillet 2020, Société Comptoir négoce équipements, n° 430864, Publié au Lebon, https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000023494579&fastReqId=152989362&fastPos=1

[783]CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, N ° 304802.

[784] د. ماهر محمد علوان الجميلي، فسخ العقد بالارادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، عام 2019، ص 158.

الإنهاء قد قام على أسباب غير سليمة، فإن قرار الإدارة بالإنهاء يكون غير مشروع، وذلك بسبب انحراف الإدارة بالسلطة، ويجب عليها التعويض[785].

وتمشياً مع السوابق القضائية، يحدّد مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك حقوق الطرف الآخر في التعويض: "بعد هذا الإنهاء الذي تقرره الهيئة العامة من جانب واحد لهذا السبب، يمكن للطرف المتعاقد أن يطالب، على أساس شبه تعاقدي، عن الفترة التي تلي التاريخ الفعلي للإنهاء، بسداد نفقاته التي كانت مفيدة للإدارة، وإذا كانت المخالفة في العقد ناتجة عن خطأ من الإدارة، يجوز للطرف المتعاقد، بالإضافة إلى ذلك، رهناً بتقاسم المسؤوليات الناشئة عن أخطائه، المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن خطأ الإدارة، ويعود للقاضي تقييم ما إذا كان الضرر المزعوم مؤكّداً، وما إذا كانت هناك علاقة سببية مباشرة بين خطأ الإدارة والضرر"[786].

وفي هذا الصدد، أعطت التشريعات في وفرنسا[787] وسورية[788] ومصر[789] الحقّ للإدارة بممارسة سلطتها بالإنهاء الانفرادي للعقود الإداريّة. وهذا يعني أنّه يجوز إبرام العقود للمصلحة العامّة، ومن ثم إذا ما انتفت المصلحة العامّة يجوز للإدارة إنهاء العقد الاداري في أيّ وقت، طالما أنّ المصلحة العامّة المنشودة منه تستلزم ذلك".

يتبيّن، ممّا تقدّم، أنّه إذا ما تغيرت الظروف أو الأسباب التي تمّ إبرام العقد من أجلها، أو في وقتها، بحيث ليس من المصلحة العامة الاستمرار في تنفيذ هذا العقد، فعندئذ يكون لطرف الإدارة الحق في إنهاء العقد. وفي المطلب الآتي سوف نبين آثار إنهاء العقد الإداري، أو انتهائه.

---

[785] د. عبدالمنعم الضوّي، سلطة القاضي في تكوين وتنفيذ العقد الاداري، مكتبة الوفاء القانونيّة، الإسكندريّة، عام2018، ص 246.

[786] CE, Sect., 10 avril 2008, Division Decaux et Alpes-Maritimes, N ° 244950 284439 248607.

[787] إذ سمح القانون الصادر في 1919/4/12 للإدارة باستردادها لبعض المرافق العامّة الممنوحة من قبلها، وبأسلوب عقد الالتزام في أحوال معيّنة، وكذلك تمّ صدور قوانين وتشريعات حديثة منها قانون الأشغال العامّة لعام 1971 الذي نصّ على أنّه "بمقدور السلطة الإداريّة المجتصة، إصدار قرار، ودون إعذار مسبق بفسخ العقد، سواء بسبب تقرير إنشاء نظام الإدارة المباشرة، أو لابرام عقد جديد، أو بسبب فسخ العقد بعد توقيع عقد مماثل، أو حتّى بدون توقيع عقد جديد، وذلك مع مراعاة أداء المبالغ المستحقّة للمقاول في الأحوال كافّة، ودون إلحاق أي أضرار بحقوقه التعاقديّة".

[788] في سورية نصّت المادة(60) من قانون العقود رقم (51) لعام2004 على أنه" أ- يحق لآمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناء على مقتضيات المصلحة العامة، كما يحق له الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً...ب- إذا جاوزت فترة وقف التنفيذ سنة كاملة كان من حق المتعهد فسخ التعهد إذا طلب ذلك. ج - يترتب على الفسخ أو وقف التنفيذ وفقاً لأحكام هذه المادة حق المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلاً، ويقرر هذا التعويض من قبل القضاء".

[789] في مصر نصّت المادة (64) من قانون تنظيم التعاقدات رقم 182 لعام 2018 على أنّه "يجوز في الحالات الطارئة، أو في الحالات العاجلة، أو لدواعي المصلحة العامّة أنْ يتمّ التعاقد على شراء أو استئجار العقارات بطريق الاتفاق المباشر".

المطلب الثاني

آثار إنهاء العقود الإدارية

مما تقدّم يتّضح أن صلاحية الإنهاء لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة هي أحد مكونات القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية[790]. وهذه الصلاحية موجودة في جميع العقود بما فيها عقود تفويض الخدمة العامة[791]، وعقود الامتياز[792]، وعقود الأشغال[793]، وفي عقود إشغال الأموال المملوكة للدولة[794].

الفرع الأول- آثار ممارسة سلطة الإنهاء لدواعي المصلحة العامة :

يترتّب على ممارسة الإدارة لامتياز إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من دون خطأ من المتعاقد نتائج مهمة جداً، أهمها تعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً، كما يختلف مصير الالتزامات والأدوات المستخدمة في التنفيذ حسب نوع كل عقد[795].

أولاً- حق المتعاقد في التعويض نتيجة إنهاء عقده ودون خطأ منه:

للمتعاقد في هذه الحالة الحق في التعويض فقط نتيجة استخدام الإدارة لهذا الامتياز، شرط أن يثبت أنه أصابه ضرر من هذا الإنهاء[796]. وقد يكون التعويض اتفاقياً وقانونياً عندما يرد نص صريح في العقد أو القوانين أو اللوائح يبيّن كيفية استحقاق المتعاقد مع الإدارة لهذا التعويض.

وقد يكون التعويض قضائياً، شرط أن يثبت خطأ الإدارة أو تجازوها لأحد بنود العقود. وأياً كان نوع الخطأ المرتكب، يقضي القاضي الإداري بالتعويض الذي يغطي كامل الضرر الذي وقع على المتضرر[797].

---

[790]Eckert (G.), «Résiliation pour motif impérieux d'intérêt général ?», Contrats et Marchés publics, 2019,p.8.

[791]Devillers (P.), Résiliation de délégations de service public et biens de retour : nouvelles précisions , Contrats et Marchés publics, 2015. p. 182.

[792]CE, ass. 2 fev. 1987, req. n° 81131, Soc. TV6.

[793]Erstein (L.),Le terme du contrat trouble le contentieux de la résiliation, note sous : CE, 27 févr. 2019, n° 414114, Département de la Seine-Saint-Denis , JCP A, 2019.

[794]CAA de DOUAI, 5 avril 2018, req. n° 16DA00899, req. n° M. D…A.

[795] د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2002، ص 209.

[796] د. نصرت منصور، "العقود الإدارية - دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2010، ص 24.

[797] د. نصرت منصور، المرجع السابق، ص 25.

ثانياً- قابلية الاعتراض على قرار الإنهاء:

يكون هذا القرار الإدارة بالإنهاء قابلاً للاعتراض عليه مباشرة من الطرف المتعاقد معها[798]. فلا يجوز للأخير التذرع بأي سبب للمصلحة العامة ضد الإدارة للتهرب من التزاماته التعاقدية، شرط أن لا يتوقف عن أداء العقد.

هذا التفاوت خاص بجميع العقود الإدارية، وتسوّغه أسبقية المصلحة العامة على المصالح الخاصة[799].

ثالثاً- إمكانية المتعاقد طلب استئناف العلاقة العقدية:

على الرغم من أن إنهاء العقد من جانب واحد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة لا يحق تقليدياً للمتعاقد الذي له فقط المطالبة تعويض، فقد تم إعادة النظر بهذا التقليد ورفع الحصانة القضائية عن هذا القرار[800]. فمنذ عام 2011 اعترف القاضي الإداري في فرنسا للمتعاقد بإمكانية رفع دعوى لاستئناف العلاقات التعاقدية إذا رأى أن إنهاء الإدارة من جانب واحد للعقد لا أساس له.

رابعاً- الآثار المترتبة على الاسترداد في عقد الالتزام[801] :

يترتب على الاسترداد انهاء عقد الالتزام عودة المرفق العام محل الالتزام للجهة مانحة الالتزام قبل انقضاء المدة المحددة في عقد الالتزام. وبذلك يتحرر الملتزم من التزاماته بإدارة المرفق العام محل الالتزام، ويرفع يده من التاريخ الذي يصبح فيه القرار الاسترداد نافذاً[802].

ويجب أن يكون الاسترداد شاملاً للمرفق محل الالتزام ككل، فليس من العدل أن يحرم الملتزم من جزء من الالتزام الذي قد يكون أكثر راحةً له، ويترك الجزء الأكثر تكلفة وعبئاً عليه[803].

---

[798]Ngampio(O.B.) Urbain, Urbain,«Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », 2015. p. 4.

[799]Gaudemet (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », RDP, 2010. p. 313.

[800]CE, 21 mars 2011,Commune de Béziers, req. n°304806.

[801] فكرة استرداد المرفق موضوع عقد الالتزام هي تطبيق لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت.

[802] د. أحمد محمود جمعة، مرجع سابق، ص 211.

[803] د. نصرت منصور، مرجع سابق، ص 526.

الفرع الثاني– أثر ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الجزائي للعقد الإداري :

يترتب على سلطة الإدارة في فسخ العقد جزائياً جملة من الآثار، وهي على النحو الآتي:

أولاً– الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي لعقد الاشغال العامة:

تختلف هذه الآثار في قوتها حسب نوع الفسخ الذي تستهدفه الإدارة؛ فالأخيرة صاحبة الأشغال قد تقرر الفسخ الجزائي للعقد عندما يرتكب المقاول خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته، وبذلك فهي لا تحمّله الآثار المالية المترتبة على هذا الفسخ، مثل طرح الأشغال العامة التي لم تنفذ في مزايدة جديدة وبالشروط نفسها على المسؤولية المقاول المقصر[804].

ثانياً– الآثار المترتبة على جزاء إسقاط عقد الالتزام:

يترتب على قرار الإدارة بإنهاء عقد الالتزام جملة من الآثار، أهمها[805]: إنهاء العلاقة التعاقدية، واستبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق؛ كما يتحمل وحده الأعباء المالية من أجل استمرار تشغيل المرفق. ويفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة عند التعاقد؛ ولا تلتزم الجهة مانحة الالتزام بحقوق دائني الملتزم، إلا إذا نص على ذلك في العقد أو في القانون. ويمكن إقامة مزايدة جديدة على مسؤولية الملتزم المستبعد من أجل اختيار ملتزم جديد لتأمين العمل بالمرفق العام، في حال رغبت الإدارة في ذلك.

وعلى الرغم من ذلك تمكّنت التطوّرات في السوابق القضائية من وضع إلغاء العقد الإداري في منظور جديد، وذلك لصالح حلول أخرى أقل ضرراً للعلاقات التعاقدية، مثل التسوية أو توزيع الأعباء بين الطرفين بشكل أكثر عدالةً. ومع ذلك، فإن فرضية إلغاء العقد تبقى قائمة؛ وبالنسبة إلى الأطراف، فإن هذا يعني معرفة أسباب قرار الإلغاء والعواقب الناجمة عنه[806].

ففي حكم لمجلس الدولة الفرنسي صدر مؤخراً[807]، يعدّ التسويغ الذي قدمه مجلس الدولة لإلغاء الامتياز فرصة له لإعادة النظر في عواقب آثار مثل هذا القرار. ويوفر هذا القرار معلومات مفيدة

---

[804] د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 203.

[805] د. سحر جبار يعقوب،"الجزاءات الإدارية في عقد التوريد– دراسة مقارنة"، ط1، عام 2020، دار الفكر العربي، ص 213.

[806] CE, ass, 16/07/2007, 291545, Tropic travaux signalalisations"Publié au recueil Lebon.

[807] C.E., 15 mars 2019, n ° 413584 publié dans le Groupe Libon.

في هذا الصدد[808]. إذ قرر المجلس في هذا الحكم ما يأتي:".. يعود الأمر لقاضي العقد عندما يكتشف وجود عيوب تؤثر على صحة العقد، بعد أن يأخذ في الحسبان طبيعة هذه العيوب، إما أن يقرر أن استمرار تنفيذ العقد أمر ممكن، أو دعوة الأطراف إلى اتخاذ تدابير التسوية خلال فترة يحددها.... وفي حالة وجود مخالفات لا يمكن تغطيتها بإجراءات تسوية، والتي لا تسمح بمواصلة تنفيذ العقد، فإن الأمر متروك له لإعلان هذا الإنهاء، إذا لزم الأمر، بأثر مؤجل، بعد التحقق من أن قراره لن يضر بشكل غير ملائم بالمصلحة العامة..." [809].

وفي المثل، فقد اعترفت السوابق القضائية أن مثل هذه المخالفات تشكّل عيباً خطيراً، وتنتهك مبدأ المساواة في إجراءات التعاقد[810]، ولا سيما امتثال السلطات العامة لشروط الاستشارة التي حددتها بنفسها[811]، وقد أدرك القاضي الإداري في هذه السوابق خطورة هذه العيوب، لكنه على الرغم من ذلك رأى أن المصلحة العامة كانت ترجح الاستمرار في العقد.

ولا غَرْوَ أن العديد من العقود الإدارية المبرمة بين الإدارة والمتعاقد معها قد يكون مآلها إلى الإنهاء؛ مما قد يفضي إلى نشوء منازعات تستلزم النظر فيها وتسويتها. وقد تتعلق هذه المنازعات بإنهاء العقد الإداري ذاته، وقد تتعلق هذه المنازعات بالآثار المترتبة عليه[812].

وفي الفصل الأخير، نسلّط الضوء على الوسائل القضائية، وكذلك طرق التسوية غير القضائية لحلّ النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية.

---

[808] أطلقت بلدية "سان تروبيه" دعوة عامة للتعاقد نُشرت في 23 ديسمبر 2010، إجراءً للتشاور بهدف منح عقد امتياز تطوير لإعادة الهيكلة العمرانية لثلاثة قطاعات تقع في وسط المدينة. وبعد مفاوضات مع أربعة مرشحين، تم قبول العرض المقدم من كوفمان وبرود بروفانس. تم تفويض رئيس بلدية سان تروبيه بالتوقيع على اتفاقية الامتياز. وقامت شركة شبه العامة المحدودة للاقتصاد المختلط (SAGEM)، المرشح المخلوع، بالطعن أمام محكمة تولون الإدارية في 6 أكتوبر 2011 بطلب لإلغاء هذه الاتفاقية، والتي رفضتها هذه المحكمة بحكم صادر في 17 يوليو 2013. رفضت محكمة الاستئناف الإدارية في مرسيليا استئناف شركة"SAGEM" ضد هذا الحكم بحكم صادر في 27 أكتوبر 2014. مجلس الدولة ، الذي حكم في الدعوى، بموجب قرار بتاريخ 12 نوفمبر 2015 ، ألغى هذا الحكم وأحال القضية إلى محكمة الاستئناف الإدارية في ليون والتي رفضت الاستئناف، وقدّمت شركة SAGEM استئنافًا لنقض الحكم الصادر في 22 يونيو 2017 والذي رفضت محكمة ليون بموجبه استئنافها، ورأى قضاة الاستئناف" أنه على الرغم من خطورة المخالفات المذكورة، فإن الضرر المفرط بالمصلحة العامة الذي قد ينجم عن إلغاء الامتياز يحول دون النطق به"، وبالنظر إلى أن أسباب القضاة في هذه النقطة لم تكن كافية، ألغى مجلس الدولة حكم الاستئناف وقرر الفصل في القضية من حيث الموضوع.

[809] "سواء في حالة إنهاء العقد، أو إذا كان العقد يحتوي على محتوى غير قانوني، أو إذا تأثر بعيب الموافقة أو أي عيب آخر يشكل بحدّ ذاته خطورة معينة، يجب على القاضي إثارتها تلقائياً، واتخاذ قرار بالإلغاء الكلي أو الجزئي لهذه المخالفة. كما يجوز له أن يؤيد، بما في ذلك عندما تدعو الأطراف إلى اتخاذ تدابير تسوية، المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن التعدي على الحقوق المتضررة".

[810] CAA Bordeaux, 12 juin 2018, n ° 16BX00656.

[811] CAA Paris, 11 février 2014, n ° 13PA03152.

[812] د. كمال العطراوي،"دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة"، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر- بسكرة، الجزائر، عام 2018، ص3.

وقل رب زدني علما
Damascus University

الفصل الرابع

تسوية النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية

انتهينا فيما سبق إلى أن ممارسة الإدارة لأي من سلطاتها وامتيازاتها لا يعني التضحية بحقوق المتعاقد معها، أو أن العقد الإداري ملزم للمتعاقد وغير ملزم للإدارة، بل إن العقد ملزم للطرفين معاً، وفي الحدود التي تتفق مع طبيعة الروابط الإدارية، ووفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقود.

تظلّ إذاً سلطات الإدارة محكومة بقيود وضوابط معينة مع تأمين رقابة قضائية على قراراتها، تضمن عدم خروجها عن قواعد المشروعية، بحيث تمثل بوجه عام توازناً بين حق الإدارة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وحق المتعاقد في معاملة عقديّة عادلة.

ويخضع التقاضي بشأن العقود الإدارية لقواعد تختلف عن تلك القواعد الخاصة بدعوى إلغاء القرارات الإدارية، إذ تمّت إعادة تشكيل التقاضي التعاقدي بالكامل عبر البحث عن التوازن بين مبدأ "المشروعية" ومسألة "اليقين القانوني" من جهة، والتوازن الاقتصادي بين المتعاقدين من جهة أخرى.

بالإضافة إلى ذلك، غدت وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات بصورة عامة لغة العصر الحديث في عالم القانون، إذ تميل الكفّة اليوم في المجتمعات المتطورة لصالح هذه الوسائل البديلة لحسم المنازعات على اختلاف أنواعها ومنها منازعات العقود الإدارية، على حساب الوسائل القضائية التقليدية التي تراجعت لتحتلّ المرتبة الثانية في هذا الإطار.

وسيتم عرض ذلك وفق المبحثين الآتيين:

المبحث الأول- التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية.

المبحث الثاني- التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية.

وقل رب زدني علما
Damascus University

المبحث الأول
التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية

تملك الإدارة العديد من الامتيازات التي سبق شرحها، بما فيها سلطة إنهاء العقد وتعديله، وسلطة إيقاع العقوبات بنفسها من خلال قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة من دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، بينما لا يملك المتعاقد معها هذه المزايا، فلايستطيع فرض الجزاء بنفسه على الإدارة المتعاقدة، إنما له اللجوء إلى القضاء إذا تعرضت مصالحه للتهديد عن طريق استصدار قرار قضائي بفرض الجزاء أو التدبير على الإدارة، وصولاً إلى تحقيق التوازن المالي بين الطرفين، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، وعلى مدى العقود القليلة الماضية، تطوّرت قواعد التقاضي والسوابق القضائية بشأن منازعات العقود الإدارية بشكل كبير، فأضحى وجود رقابة للقضاء الإداري على سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية بمنزلة ضمانة للمتعاقدين ودافع لهم للإقبال على التعاقد مع الإدارة، من دون خوف من ضياع حقوقهم بسبب تعسّفها في استعمال سلطاتها العقدية.

لهذا كان التركيز في هذا المبحث على الوسائل القانونية التي يمتلكها القاضي الإداري في مجال العقود الإدارية، التي من خلالها تكون حماية للمتعاقد مع الإدارة.

فالقاضي الإداري هنا ليس في موضع مدافعٍ على حقوق المتعاقد المشروعة لكونه طرفاً ضعيفاً في العقد، وهو ليس كذلك بخصمٍ للإدارة التي تتمتع بسلطات واسعة في هذا المجال وهي سلطات مشروعة كذلك، وإنما دوره يكمن في إيجاد التوازن بين مصلحة المتعاقد التي يحميها القانون، وهي الحصول على المقابل المالي نظير ما قام به من عمل محلّ العقد، والمصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة.

تنشأ هذه المنازعات بين السلطة الإدارية من خلال ممارستها لأعمالها الإدارية والأفراد، منها ما يتعلق بالقرارات الإدارية للتأكد من مشروعيتها من خلال دعوى الإلغاء، ومنها ما يتعلق بالعقود الإدارية، ويتم ذلك من خلال دعوى القضاء الكامل.

ولكن هذا الكلام لا يؤخذ على إطلاقه فيما يتعلق بمنازعات العقود الإدارية، فهناك منازعات متصلة بالعقد الإداري، ومع ذلك ينظرها القضاء من خلال دعوى الإلغاء استناداً إلى استحداث مجلس الدولة الفرنسي لنظرية جديدة أطلق عليها نظرية الأعمال الإدارية المنفصلة، ومضمون هذه النظرية وبإيجاز، أنه إذا كانت عملية التعاقد مركّبة تشتمل على إجراءات وقرارات متعددة، و أمكن

فصل أحد هذه القرارات، فإنه يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء من دون أن يؤثر ذلك في مشروعية العقد[813].

بناء على ذلك، فإن منازعات العقود الإدارية قد تكون من اختصاص القضاء الكامل تارةً، وقد تكون من اختصاص قضاء الإلغاء تارةً أخرى.

ولغرض الوقوف على تسوية المنازعات العقدية قضائياً، سوف نقسّم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين.

المطلب الأول
تسوية المنازعات أمام قاضي الإلغاء

تعدّ دعوى تجاوز حدود السلطة، أو ما تسمى"دعوى الإلغاء"[814] من أهم ضمانات المتعاقد مع الإدارة، والتي يستطيع أن يقيمها للطعن في القرارات القابلة للفصل عن العقد الإداري، أو رفع دعوى تجاوز حدود السلطة مباشرة ضد العقد نفسه، والتي يمارس فيها القاضي اختصاصاً مقيّداً بولاية الإلغاء[815]، كما سنبينه وفق الآتي:

الفرع الأول – الطعن في القرارات المنفصلة عن العقد:

القاعدة العامة أنه لا يجوز الطعن بالإلغاء في عقدٍ إداريٍ، إذا كانت الدعوى تتعلق بشروط العقد ذاته، إذ يتم بالطعن فيها أمام قاضي العقد، إلا أن القضاء الإداري عموماً وللتلطيف من حدّة هذه القاعدة أخذ بفكرة (الأعمال الإدارية المنفصلة)؛ ومقتضى ذلك أنه إذا اشتمل العمل القانوني على قرارات عدّة، أي كان ذا طبيعة مركبة[816]، وأمكن فصل أحد هذه القرارات عنه من دون أن يؤثر في مشروعية العقد، فإنه يجوز الطعن في هذا القرار منفصلاً بدعوى الإلغاء[817]. ومن صور

---

[813] د. رمزي هيلات،" منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء- دارسة مقارنة"، مجلة القانونية، العدد 3، عام 2018، ص 355.

[814] تُعرّف دعوى الإلغاء بأنها:" دعوى قضائية يطلب الطاعن بمقتضاها من القضاء الإداري مراقبة مشروعية قرار إداري والحكم بإلغائه إذا تبين أنَّه غير مشروع". أنظر: د.علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، دارالثقافة، عمان، عام2004، ص276.

[815] يتركز مفهوم "مبدأ المشروعية" على خضوع الإدارة في كافة تصرفاتها وقراراتها ونشاطها لحكم القانون. وللإطلاع على مفهوم المشروعية بمعناه الواسع والضيق ومصادر المشروعية، أنظر: د. محمد علي جواد، القضاء الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، ط2، القاهرة، عام 2010، ص35 وما بعدها؛ وحول مفهوم مبدأ المشروعية ومصادره وضماناته والنظريات الموازية له، أنظر: د.علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق، ص25 وما بعدها.

[816] في هذا النوع من القضاء يكون للقاضي فحص مشروعية القرار الإداري، فيحكم بإلغائه إذا تبين عدم مشروعيته ومخالفته للقانون، من دون أن تمتدّ صلاحياته إلى تقرير حق للمدعي أو تعديل القرار المطعون فيه. أنظر د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مركز أبحاث القانون المقارن، أربيل، ط1، عام 2010، ص22 وما بعدها.

[817] د. طارق فتح الله خضر، مرجع سابق، ص37.

القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والتي يجوز الطعن فيها بالإلغاء (قرارات لجنة البت بالعروض، وقرار الإدارة بالعدول عن التعاقد)[818].

ولكن سرعان ما بدأ مجلس الدولة الفرنسي بالتضييق من فكرة الطعن في القرارات المنفصلة عن العقد، وفق ماسنبينه في الآتي:

أولاً- مفهوم الطعن في القرارات المنفصلة عن العقد:

تُصدر الإدارة وهي في معرض إبرامها عقداً إدارياً مجموعة من القرارات ذات الطبيعة التمهيدية تسبق إبرام العقد، أو التي تكون لاحقة لإبرامه، وتسهم في تنفيذه، أو إنهاء هذا التنفيذ لا تدخل في الرابطة التعاقدية، ويمكن فصلها والطعن فيها بالإلغاء لفحص مشروعيتها[819].

كما حدّدت المحكمة الإدارية العليا المصرية مفهوم القرارات المنفصلة عن العقد الإداري بالقول:".. ينبغي التمييز في مقام التمييز بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهّد بها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده، فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، له خصائص القرار الإداري ومقوماته.. ومثل هذه القرارات، وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً.."[820].

وفي سورية، عدّت محكمة القضاء الإداري قرار الإدارة بفشل المناقصة والتعاقد مع إحدى الشركات بالتراضي من القرارات القابلة للانفصال عن العقد[821]. وفي السياق نفسه، قرّر مجلس الدولة السوري قبول الطعن بإلغاء القرارات الصادرة في معرض إجراءات المناقصة أو التعاقد[822].

---

[818] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص35.

[819] Conseil d´Etat, 9ème et 10ème SSR, 27 octobre 2015, Arrou, req no 386595 : JCP A 2016, 2247.
وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن القرار الإداري الذي يشكل فعلًا منفصلاً عن عقد القانون الخاص المبرم من قبل سلطة عامة يمكن أن يكون دائماً موضوع للطعن لتجاوز السلطة.

[820] واستطردت المحكمة قائلة ".. إن القرار الذي تصدره الإدارة بشطب أسم المتعهد من عداد الموردين المحليين إذا استعمل الغش في تنفيذ التزاماته العقدية يعتبر من القرارات الإدارية النهائية التي تصدر بعد إنتهاء العقد الإداري وتنطبق عليه كافة الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد المقررة قانوناً للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية النهائية وتنظر الطعن فيه محاكم مجلس الدولة في إطار ولايتها الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية...".حكمها بالطعن(724) لسنة(24/ ق) جلسة (16/ 1/ 1982)، أشار إليه د.ماهر أبو العينين، المفصّل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى عام (2005)، ج3، مجلس الدولة قاضي القانون العام، بدون سنة نشر، ص20 وص21.

[821] محكمة القضاء الإداري السورية القرار رقم 223 القضية 246 لعام 1971، مجموعة المبادئ لعام 1971 ص 233، مشار إليه لدى: ابراهيم الحسن، "قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية"- رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، عام 2012، ص 24-25.

[822] من ذلك أن المحكمة الإدارية العليا السورية قضت بتصديق قرار محكمة القضاء الإداري بإلغاء قرار الإدارة الذي يحرم المتعهد من دخول جميع مناقصاتها بسبب رفضه التوقيع على مشروع عقد يخالف العرض الذي كان قد تقدم به". المحكمة الإدارية العليا السورية قرار رقم (87) لعام 1970، مجموعة المبادئ االقانونية التي أرستها المحكمة الإدارية العليا لعام 1970، ص 169.

ثانياً– أثر إلغاء القرار الإداري المنفصل في العقد الإداري:

إذا كان القرار الإداري القابل للفصل غير قانوني، وجب إلغاؤه. ولكن هذا الإلغاء لا يستلزم إلغاء العقد نفسه، كما يرى جانب من الفقه الفرنسي[823]، والذي يظل في منزلة قانون للأطراف المتعاقدة. كما حدّد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 21 فبراير 2011 أن:" إلغاء القرار المنفصل عن العقد لا يعني بالضرورة بطلان العقد المذكور...الأمر متروك **للقاضي** ، بعد أن يأخذ في الحسبان طبيعة عدم المشروعية المرتكبة، إما لتقرير أن استمرار تنفيذ العقد ممكناً، أو إصدار أمر للإدارة بإنهاء العقد، أو دعوة الأطراف إلى حل النزاع التعاقدي اتفاقياً.." [824].

والطعن بالإلغاء في هذه القرارات يمكن تصوره في مرحلة إبرام العقد وفي مرحلة تنفيذه. وسوف نبيّن ذلك وفق الآتي:

أ– الطعن بالإلغاء في مرحلة تكوين العقد:

يجوز الطعن في عدم قانونية إجراء إبرام فئات معينة من العقود في إطار إجراء موجز (دعوى مستعجلة) قبل التعاقد.

وبهدف الطعن بالمخالفات المتعلقة بإجراءات الدعاية المسبقة والمناقصات التنافسية وفضّ العروض، لا سيما في مجال العقود الإدارية[825]، أتاح المشرع الفرنسي وفق المادة1-551 L من تقنين العدالة الإدارية الفرنسيCJA تقديم طعن مستعجلٍ أمام قاضي الإجراءات المستعجلة قبل إبرام العقد[826]. ومع ذلك، فإن لقاضي الإجراءات المستعجلة السلطة التقديرية التي تسمح له بعدم قبول هذا الطعن المستعجل، "إذا رأى، مع مراعاة جميع المصالح المعرضة للضرر، وخاصة المصلحة العامة، أن العواقب السلبية لوقف إبرام العقد يمكن أن تفوق الفوائد المتحققة"[827].

---

[823] يمكن أن تتكون الأفعال القابلة للفصل المشار إليها هنا، على سبيل المثال، من مداولات من قبل مجلس المدينة الذي يأذن لرئيس البلدية بالدخول في عقد، أو قرار وزير أو محافظ بالموافقة على العقد. وبشكل أكثر عمومية، كان "يعد فعلًا قابلاً للفصل، أي فعل تقرر به السلطة الإدارية أو ترفض الدخول في العقد أو الموافقة عليه". Long (M.), et al., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz 13 éd. 2001, p.94.

[824]CE, 12 janvier 2011, req no 338551, Manoukian : AJDA 2011, p. 665.

[825] تم هذا وفقًا للتوجيهات الصادرة (التوجيهات 665/86 بتاريخ 21 ديسمبر 1989 و 13/92 بتاريخ 25 فبراير 1992، والمعدلة بموجب التوجيه 66/2007 / EC بتاريخ 11 ديسمبر 2007).

[826]Tifine (P.),'Droit administratif français –Quatrième Partie Chapitre 2:Les contrats administratifs ':Revue générale du droit on line, 2013, numéro 4645 www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4645

[827]Pouyaud (D.), 2015, op.cit.,p. 727.

والحال كذلك، يعدّ "ملخص ما قبل التعاقد" غير مقبول عندما يتم تقديمه بعد توقيع العقد[828]. وإذا تم توقيع العقد بعد الإحالة إلى قاضي الإجراءات المستعجلة، يمكن للقاضي فقط تقرير أنه لم تعد هناك حاجة للحكم بالدعوى، لأن الطعن المستعجل فقد موضوعه[829].

ب- الطعن بالإلغاء في مرحلة تنفيذ العقد:

بعد إبرام العقد، يتاح لبعض الأطراف الثالثة الطعن ضد تجاهل القواعد المتعلقة بتكوين العقد في إطار إجراء "**ملخص تعاقدي**" أو في إطار الطعن **في صحة العقد** نفسه.

في هذا الشأن لابد من الإشارة إلى أن الفقه اختلف حول خضوع العقود الإدارية لقاعدة نسبية أثر العقد التي تخضع لها العقود في نظام القانون الخاص؛ فالفقيه دي لوبادير، يرى خضوع العقود الإدارية لهذه القاعدة المقررة في القانون الخاص؛ أما الفقيه بكينو، فيرى أن العقود الإدارية تخرج على هذه القاعدة؛ في حين يرى الدكتور سليمان الطماوي أن آثار العقود الإدارية من الناحية العملية تتعدى المتعاقدين إلى الغير، فتفرض عليه بعض الأعباء التي تكون نتيجة لتفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة[830].

فإذا خالفت الإدارة القانون وترتّب على ذلك ضرر أصاب الغير، فمن حقه مقاضاة الإدارة من خلال طلب إبطال القرارات الإدارية المنفصلة والتعويض عنها، كما لو استبعدت عطاء أحد الأفراد بدون وجه حق أو أرست المناقصة على غير صاحب العطاء الأول تعسّفاً. ولا يستمد الغير حقه في الطعن بالإبطال من العقد ذاته، ولكن من النظام القانوني الذي وضعه المشرع للعقود الإدارية[831].

ومن أبرز صور امتداد آثار العقود الإدارية إلى غير المتعاقدين، حقوق المستفيدين في مواجهة ملتزمي المرافق العامة، فالمستفيدون هم الذين تنطبق عليهم صفة الغير، ويحق لهم أن يطلبوا من

---

[828]CE Sect., 3 novembre 1995, req no 157304, Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, Société Stentofon-Communications : Rec. p. 394.
وفي ضوء"السباق مع التوقيع"، أدخل المرسوم رقم (2009-515) المؤرخ 7 مايو 2009 في تقنين العدالة الإدارية الفرنسي المادة L (1-551 التي تنص الآن على أنه "لا يمكن توقيع العقد بعد الإحالة إلى المحكمة الإدارية، وحتى إخطار الجهة المتعاقدة بالحكم القضائي الصادر عن هذه المحكمة ".

[829]CE, 28 mai 2003, requête numéro 251719, Société PK7-Certinomis : Rec. p. 916.

[830] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 5- 2005 ، مرجع سابق، ص200.

[831] د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص200.

الإدارة تصويب الوضع المخالف لقائمة الشروط الملحقة بالعقد، وإذا امتنعت الإدارة عن ذلك كان لهم الحق في الطعن في قرارها السلبي عن طريق دعوى الإلغاء[832].

الفرع الثاني- رفع دعوى الإلغاء ضد العقد نفسه:

حتى وقت قريب، لم يكن هناك إمكانية لقبول دعوى تجاوز السلطة مباشرة ضد العقد، ولكن هناك استثناءات لذلك حددتها التشريعات والسوابق القضائية في فرنسا[833]:

أ-المشرع الفرنسي يسمح بقبول دعوى الإلغاء ضد عقود الإدارة :

ظهر ذلك جلياً في القانون الصادر في 2 مارس 1982، المعدّل بالقانون الصادر في 22 يوليو1982 والمتعلق بحقوق وحريات الوحدات المحلية، إذ سمح لممثل السلطة المركزية بالطعن بالإلغاء مباشرة في العقود التي تبرمها الإدارة المحلية، وذلك بشروط معينة وفي حالات محددة تتلخص في الآتي:

1- العقود التي تعرض لزوماً على ممثل السلطة المركزية، إذ خوّله القانون المذكور في المواد (3 و 46 و 69) برفع دعوى تجاوز السلطة ضد هذه العقود، والتي ذكرها حصراً في المادة(2) من هذا القانون، وذلك خلال شهرين من إحالتها إن وجدها غير مشروعة .

2- العقود الأخرى التي لا يجب عرضها على ممثل السلطة المركزية، فإنه يملك إحالتها إلى المحكمة الإدارية، إذا طلب منه شخص طبيعي أو معنوي أصيب بضرر من جراء هذه العقود خلال شهرين من علمه بالعقد، ولكن لممثل السلطة المركزية هنا سلطة تقديرية- على عكس الحالة الأولى[834]؛ ولا يشكّل رفض المحافظ إحالة العقد إلى المحكمة قراراً منفصلاً قابلاً للطعن به لتجاوز السلطة[835].

---

[832] ذلك بحسبان أن المنتفع في عقد الامتياز لا يستطيع الطعن بإلغاء القرار الذي يصدره الملتزم، لأنه من شروط الطعن بالقرار الإداري صدوره عن سلطة إدارية والملتزم يفتقد لهذا الشرط، لذلك يستطيع المنتفع إلغاء القرار بشكل غير مباشر بأن يطلب من الجهة الإدارية مانحة الالتزام إجبار الملتزم على احترام الشروط التنظيمية المنصوص عليها في عقد الالتزام، فإن امتنعت عن الرد على الطلب أو رفضت عن إجابته، اعتبر قرارها بالرفض أو الامتناع قراراً إدارياً، وبإمكان المنتفع اللجوء إلى القضاء للطعن عليه بالإلغاء: د. رمزي هيلات،" منازعات العقد الإداري بين القضاء الكامل وقضاء الإلغاء" ، 2018، مرجع سابق، ص 355.

[833] Pouyaud (D.), 2015,op.cit., p. 728.

[834] د. جمال عباس عثمان، "النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة"، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، عام 2007، ص 163-164.

[835] CE, Assemblée, du 2 février 1987, 81131 82432 82437 82443, publié au recueil Lebon.

ب- اللجوء إلى دعوى تجاوز السلطة بخصوص البنود التنظيمية للعقود:

أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية **Cayzeele**، أن دعوى تجاوز السلطة مقبولة من المنتفعين ضد البنود التنظيمية لعقد تفويض إدارة المرفق، وخصوصاً عقود الالتزام[836].

وضع مجلس الدولة الفرنسي إذاً حدّاً للخلاف بين مواقف المحاكم حول التمييز بين "البنود التنظيمية للعقد القابلة بطبيعتها للفصل عن كامل العقد" والشروط التعاقدية[837]، إذ تظلّ طعون الإلغاء الموجهة ضد الشروط التعاقدية[838](التي ليست ذات طبيعة تنظيمية) خارج نطاق اللجوء إلى دعوى تجاوز السلطة[839].

ج- حق الرجوع بدعوى تجاوز السلطة في عقود تعيين الموظفين غير المثبتين:

تتعلق هذه الفرضية بعقود تعيين الموظفين غير المثبتين التي لا تتضمن بنوداً تنظيمية، ولكن لها تأثير تنظيمي في وضع المتعاقد الخاص، إذ تعهد له بمركز لائحي أكثر منه تعاقدي[840]. لذا فهم ملزمون بالقواعد التنظيمية والتشغيلية للوظيفة، والتي لها طبيعة تنظيمية[841]. ومن ثم، فإن دعوى تجاوز السلطة مقبولة من الغير ضد هذه العقود[842].

---

[836]CE,ass.,10 juill.1996,req.no 138536,Cayzeele,Lebon,p.274.
في هذه القضية، تم رفع دعوى تجاوز السلطة ضد بنود عقد تتعلق بجمع النفايات المنزلية والتخلص منها التي تلزم مستخدمي الخدمة بالحصول على حاويات. والفكرة هي أن هذه البنود، التي تتعلق بتنظيم وتشغيل المرفق العام، لا تحدد فقط العلاقة بين الإدارة والمقاول المشارك، وإنما تحدد أيضا الالتزامات والحقوق تجاه (المستفيدين من خدمات المرفق العام) وهي ذات طابع تنظيمي.

[837]CE, 8 avril 2009,Association Alcaly et a. (requête numéro 209604 : JCPA 2009, 2215.

[838] تجدر الإشارة إلى أن جميع الشروط بين المتعاقدين ذات طبيعة تعاقدية، لأن الإخلال بها يثير المسؤولية التعاقدية، كما أن جواز التعديل من جانب السلطة العامة ليس بسبب الطبيعة التنظيمية، وإنما بسبب مبدأ استمرار أداء المرافق العامة مع تعويض الطرف الثاني عن الاضرار التي تلحق به من جراء ذلك ضمن شروط معينة: د. طارق النحاس، "التطورات القضائية بخصوص طعن الغير في العقد الإداري"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد1، السنة الخامسة، مارس2017، ص30.

[839]CE, 14 mars 1997, req.no 119055, Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne : RFDA 1997, p. 349.- CE, 31 mars 2014,req.no 360904, Union syndicale du Charvet et al, JCPA 2014, 3655.

[840] هذه العقود مختلطة مع رجحان الشروط التنظيمية، أما الشروط التعاقدية الفعلية فهي غير موجودة إلا نادراً، وفق الفقه الفرنسي.
Melleray (F.), Le recours des tiers contre un contrat de recrutement d›agentpublic, AJDA, 2015, p.990.

[841]Pierre Tifine, ' Droit administratif français 2013,op.cit., www.revuegeneraledudroit.eu/?p=4645
في الواقع، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للروابط التي تنشأ بين الإدارة وموظفيها غير الدائمين، فإن العقود التي يتم بموجبها تعيين هؤلاء هي من بين الأفعال التي يمكن طلب إلغائها من القاضي الإداري من قبل الفريق الثالث، إذ إن وضع هؤلاء الموظفين لا يختلف كثيراً عن وضع موظفي الخدمة المدنية.

[842]CE,30 octobre 1998, Ville de Lisieux (req.no 149663 : Rec. p.375 JCP G 1999, II, 10445. Conseil d´Etat, 2 février 2015, Commune d´Aix-en-Provence, req no 373520.

وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن عضو المجلس البلدي له مصلحة في طلب إلغاء العقد الذي أبرمه العمدة لتوظيف عامل من دون الاكتراث بصلاحيات المجلس البلدي[843].

المطلب الثاني

تسوية المنازعات العقدية أمام القضاء الكامل

يختصّ قاضي العقد بالنظر في المنازعات كافة المتولدة عن القرارات المتخذة من جانب الإدارة المتعاقدة، استناداً إلى نصوص العقد الإداري موضوع النزاع، إذ تعدّ هذه المنازعات من قبيل المنازعات التي تدخل ضمن نطاق اختصاص قاضي العقد الذي يتمتع في مجال نظرها وإصدار الأحكام فيها بولاية القضاء الكامل.

ويتّضح من استعراض الأحكام القضائية لمجلس الدولة الفرنسي أنه اتجه إلى جعل قاضي القضاء الكامل هو المختص في منازعات العقد الإداري، ما أدى إلى تقلّص مساحة اختصاص قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية[844]. وفي سورية، تختصّ محكمة القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية بصريح نص المادة (1/14) من قانون مجلس الدولة رقم (32) لسنة2019. وبذلك فإن المحكمة المذكورة تتمتع بولاية القضاء الكامل في هذه المنازعات[845].

وسوف نبين في الآتي الطعون المتاحة لأطراف العقد والغير في ولاية لقضاء الكامل:

الفرع الأول– الطعون المتاحة لأطراف العقد في ولاية القضاء الكامل:

في الأصل، كان يجوز للأطراف المتعاقدة أن تطلب من القاضي إعلان بطلان العقد أو بطلان جزء منه، يمكنهم أيضاً رفع مثل هذه الطعون في نزاع يتعلق بتنفيذ العقد، من أجل إقناع القاضي باستبعاد تطبيقه[846].

---

[843]CE, Sect., 30 oct. 1998, Lebon p. 375.; CE, 02-02-2015, Aix-en Provence, n° 373520, AJDA 2015 p.990.

[844] د. طارق النحاس، مرجع سابق، ص30.

[845] تنص هذه المادة على أنه:" تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل الآتية:1- الطلبات والمنازعات المنصوص عليها في المواد(8 و 9 و 11) من هذا القانون..". وتنص المادة (10)أيضاً على أنه :" 1- يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر، وكذلك العقود التي تبرمها النقابات المهنية والمنظمات الشعبية إذا كانت تلك العقود مبرمة وفقا لأحكام أنظمة عقود الجهات العامة..".

[846]CE, 4 mai 1990, req no 17707, Compagnie industrielle maritime : Rec. p. 113 ; RFDA 1990, p. 591.;CE, 1er juillet 2009, req no 306756, Compagnie des transports de la Roche-sur-Yon : Contrats Marchés publ. 2009, 287.

وبصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Commune de Béziers"[847]، تم التركيز على مبدأ "شرط الولاء التعاقدي". إذ يجب على القاضي الإداري التحقق دائماً مما إذا كان الطرفان قد أثارا بإخلاص العيوب التي تسوّغ إبطال العقد، ويبقى فقط حالتان يجب فيهما إثارة البطلان تلقائياً من قبل القاضي وهما: 1- الطبيعة غير القانونية لمحتوى العقد؛ 2- وجود عيب خطير يطال الشروط التي بموجبها تمت موافقة الطرفين على التعاقد.

تتنوع صور الدعاوى التي يستطيع المتعاقد مع الإدارة إقامتها أمام قاضي العقد، وذلك تبعاً للهدف الذي يبتغيه رافع الدعوى. وهذا ما سنوجز بيانه في النقاط الآتية:

أولاً- دعوى بطلان العقد:

توجه هذه الدعوى نحو عيب يصيب العقد في أركانه وشروطه، والبطلان جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون في تكوينه، فينهار العقد تبعاً لذلك، ويعدّ كأنه لم يقم أصلاً[848].

ثانياً- دعوى التعويض والحصول على المستحقات أو المبالغ المالية:

للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عن أخطاء الإدارة، إلا أن عبء إثبات الضرر الذي لحقه يقع على عاتقه[849]. وهذا التعويض لا يستحق تلقائياً بمجرد فسخ العقد، وإنما يتعين على المتعاقد اللجوء إلى قاضي العقد للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به. ويجب أن يكون مقدار التعويض مكافئاً لمقدار الضرر، ولا يؤدي إلى إثراء المتعاقد على حساب الإدارة[850].

كما يستهدف المتعاقد مع الإدارة في هذه الدعوى الحصول على مستحقاته المالية المترتبة بموجب العقد، والتي هي في صورة ثمن أو أجر أو تعويض عن أضرار لحقت به، أو التأمينات النهائية المحجوزة لدى الإدارة على الرغم من انتهاء تنفيذ العقد.

ثالثاً- دعوى إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة إخلالاً بالتزاماتها التعاقدية:

ينصبّ طلب المتعاقد في هذه الدعوى على إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على خلاف التزاماتها الواردة في شروط العقد، ومثال ذلك القرارات الصادرة بمصادرة التأمينات، وسحب العمل، وفرض الغرامات التأخيرية، وغيرها من القرارات الصادرة تنفيذاً للعقد.

---

[847] CE, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers,Publié au recueil Lebon, dit « Béziers I».

[848] د. عبد الفتاح عبد الباقي، " نظرية العقد والإرادة المنفردة"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1984، ص465.

[849] ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول:".. إن الفصل في طلب التعويض يتطلب البحث عن مدى توافر أركان التعويض في طلب الشركة الطاعنة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية.." حكمها في الطعن رقم (8675)، لسنة 48 ق، ع جلسة (2007/4/10)، أشار إليه المستشار الدكتور خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص191.

[850] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،"المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص158، كذلك أنظر نفس المؤلف، "تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً"، مرجع سابق، ص219 وما بعدها.

رابعاً- دعوى فسخ العقد:

إذا كان المتعاقد لا يملك سلطة إنهاء العقد، فإن له أن يلجأ إلى قاضي العقد طلباً للفسخ[851]. فمبادئ العدالة تقضي ألا يجبر المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ العقد مع وجود إخلال جسيم من جانب الإدارة في تنفيذ التزاماتها عملاً بالمبدأ المعروف (لا تكليف بمستحيل)[852].

الفرع الثاني- طعون الغير في صحة العقد:

تقليدياً، بمجرد توقيع العقد، كان الطعن أمام قاضي العقد متاحاً فقط للأطراف المتعاقدة. هذا الأمر جرى الخروج عليه تدريجياً، أولاً من قبل القاضي الإداري، الذي اعترف بوجود إمكانية للطعن في صحة العقد أو بعض شروطه الذي تم فتحه تدريجياً في ولاية القضاء الكامل، ثم من قبل المشرع الفرنسي الذي أنشأ إجراءً جديداً هو(ملخص العقد):

أولاً- حق الطعن في صحة العقد من قبل فئة معينة:

بموجب قراره الصادر بتاريخ 16 يوليو 2007"، أضاف مجلس الدولة الفرنسي حجراً جديداً إلى هيكل التقاضي بشأن العقد الإداري، عندما أتاح للمنافسين الذين تم استبعاد عروضهم في أثناء إبرام العقد" الطعن في صحة العقد الإداري أمام القضاء الكامل[853]. وفي هذا القضاء يتمتع القاضي الإداري بمجموعة واسعة من الصلاحيات، بدءاً من إلغاء العقد، أو تقليل مدته، أو الحكم بغرامة مالية من دون المساس بالعقد.[854]

ثانياً- الطعن المقدم من أي متضرر من العقد:

في مرحلة متقدمة، قام مجلس الدولة الفرنسي بموجب حكمه الصادر في 4 أبريل 2014، في قضية"Tarn-et-Garonne" بتمديد نطاق الطعن في صحة العقد ليشمل أي شخص حتى ولو

---

[851] د.عبد الفتاح عبد الباقي، "نظرية العقد"، مرجع سابق، ص465، وقد حاول جانب من الفقه التمييز بين الفسخ والتفاسخ والتقايل لمزيد من التفصيل أنظر د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة فى القانون المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1988، ص111.

[852] انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص155.

[853]CE, ass., 16 juillet 2007,Sté Tropic travaux signalisation, req. no 291545, AJDA obs. de Montecler.

[854]Dacosta (B.), De Martin à Bonhomme, le nouveau recours des tiers contre le contrat administratif, RFDA 2014 p.425.

لم يكن مرشحاً للتعاقد، متى لحقه ضرر من تنفيذ العقد[855]. ومنذ تاريخ صدور هذا الحكم(2014/4/4) فإن اللجوء إلى هذا الطعن مفتوح أمام "أي طرف معرضة مصلحته للضرر بطريقة مباشرة ومحددة بما فيه الكفاية، من خلال توقيع هذا العقد أو تنفيذ بنوده"[856].

وهكذا، فإن التحديات المرتبطة بأداء الخدمات العامة، والطبيعة الفنية للعقود الإدارية، تضفي على النزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذها بعض الخصوصية والتفرد.

[855] Sigoer (M.) McDonald (E.) Hinder et J-B. Colin ,Exécution des montages contractuels complexes, Éditions Le Moniteur, février 2015.

[856] Sigoer (M.) McDonald (E.) Hinder et J-B. Colin ,op.cit., février 2015.

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المبحث الثاني

التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية

لا ريب في أن العقود الإدارية تعدّ أهم وأبرز الوسائل التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق أهدافها المنشودة المتمثلة في زيادة التنمية وتحقيق المصلحة العامة، وهي في سبيل الوصول إلى تحقيق هذه الغاية كثيراً ما تلجأ إلى الاستعانة بالشركات الأجنبية المتخصصة، وإذ إن الكيانات التجارية تفضّل التسوية غير القضائية لمنازعاتها وتحبذ عرضها على أشخاص محايدة بدلاً من عرضها على المحاكم الوطنية، لاعتقادها بنجاعة التسوية غير القضائية، ولثقتها بحيادية تلك الأشخاص القائمة بها، إضافةً إلى ما يتميز به هذا الأسلوب من استقلالية وموضوعية وسرعة في حسم المنازعات الإدارية[857].

لهذه الأسباب وغيرها أصبح لزاماً على المشرعين العمل على مواكبة هذه التطورات على صعيد الميدان التشريعي، والعمل على استحداث وسائل بديلة لفضّ المنازعات، ومن بينها المنازعات الإدارية.

وتعرّف التسوية غير القضائية بأنها:" مجموعة من الوسائل أو الآليات التي يلجأ إليها أطراف النزاع عند نشوء خلاف بينهم بغية التوصل لتسوية ذلك النزاع دون رفع الدعوى أمام المحاكم". وتعرف كذلك بأنها "الوسائل التي يلجأ لها الأطراف بينهم اتفاقاً أو جبراً ،عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء نزاع، بغية التوصل لتسوية ذلك النزاع أكثر سرعة وأقل كلفة"[858].

وسوف نسلط الضوء في هذا المبحث على أسلوب التحكيم الذي يعد الطريق البديل التقليدي، ونختم بالحديث عن الطرق المستحدثة، والمتمثلة في: التوفيق، والوساطة، والمفاوضة، والصلح، التسوية غير القضائية من قبل المهندس الاستشاري.

---

[857] د. صباح رمضان ياسين،"التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد (5)، مارس 2017، ص5. متاح على الموقع: https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/457/2/1/71536

[858] د. أزاد شكور صالح "الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وعلاقتها بالقضاء"، مجلة رسالة القضاء، العراق، العدد 1، عام 2013، ص50؛ د. سامي الطوخي، "الوسائل البديلة لفض المنازعات وأبعاد أزمة العدالة"، مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، عام 2012، ص2.

المطلب الأول
التحكيم في العقود الإدارية

بالنظر إلى الخصائص التي يتميّز بها العقد الإداري وتوجهه لتحقيق المصلحة العامة، جعل الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري. لكن مع التطورات التي عرفتها ظروف التجارة والاستثمار سواء الداخلي أو الدولي، وحاجة الدول النامية إلى رؤوس الأموال، ظهرت الحاجة إلى وجود ضمانات قانونية تعمل على تشجيع الاستثمارات الأجنبية، ومن بين هذه الضمانات وجود طرق بديلة لحل المنازعات، ومن بين هذه الطرق "التحكيم" الذي يعد الطريق البديل أو الوسيلة الأكثر ملاءمة لحل منازعات العقود الإدارية.

كما عنى المجتمع الدولي بمسألة تنظيم التحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية، إذ اهتمّت الدول بالتصديق على اتفاقيات دولية في شأن التحكيم لعلّ أهمها "اتفاقية نيويورك" لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ثم "اتفاقية واشنطن" لسنة 1965 بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[859].

وسوف نبيّن المقصود بالتحكيم، ونحدّد الأشكال الرئيسة له، وفق الآتي:

الفرع الأول- تعريف التحكيم:

يعد التحكيم آلية لتسوية النزاعات، ويبنى على أساس اتفاق يعهد بموجبه إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادي، مهمة الفصل في هذه النزاعات، هؤلاء الأشخاص يطلق عليهم تسمية "المحكمين".

وكانت هذه الفكرة معروفة في الحضارة الفرعونية وحضارات بلاد الرافدين[860]. على سبيل المثال، تدلّ الدراسات التاريخية أن الحضارة البابلية عرفت هذه الفكرة، ويبدو ذلك من خلال المعاهدة

---

[859] د. محمد رافع، "اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية"، مقال منشور في مجلة المحاكم المغربية، عدد 117 نوفمبر 2017، ص40.

[860] تطورت فكرة التسوية غير القضائية في أوربا خلال القرون الوسطى لعوامل اجتماعية، تمثلت في الدور الذي اضطلعت به الكنيسة الكاثوليكية والبابا في الدعوة إلى تبني التسوية غير القضائية لحسم المنازعات بين المسيحين، إضافة إلى اللجوء إلى هذه الفكرة لحسم الخلافات بين البارونات والملوك في المجتمع الإقطاعي وبالأخص في الخلافات التي تنشأ بصدد الملكية. لكن بظهور الدول الحديثة انحصر دور هذه الفكرة في أوربا نتيجة تمسكها المفرط بفكرة السيادة، حيث كانت تجد فيها مساساً بسيادتها، إلا انه في منتصف القرن الثامن عشر استعادت فكرة التسوية غير القضائية عافيتها من جديد ولقيت رعاية معتبرة من جانب الدول. د. صباح رمضان ياسين،"التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص13.

المبرمة بين مدينتي (أوما و لاجاش) العراقيتين حوالي 3100 ق.م، إذ أشارت هذه المعاهدة إلى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثار فيما بينها. وقد عرف المجتمع العربي هذه الفكرة قبل الإسلام إذ كانت القبائل تتجه إلى اختيار رئيس القبيلة أو شيخاً من شيوخها المشهود له بالحيدة والأمانة ليقوم بالتحكيم بين القبائل المتنازعة في الأمور التجارية أو الاجتماعية[861]. وبعد مجيء الإسلام أصبحت فكرة التسوية غير القضائية للمنازعات من آليات تحقيق العدالة. وقد وردت نصوص شرعيّة بصدد ذلك، منها قوله تعالى « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدون في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما»[862]. وغيرها الكثير من الآيات القرآنية التي تدعو إليها.

أولاً- التعريف التشريعي للتحكيم:

عرّف المشرع الفرنسي اتفاق التحكيم في المادة (1442) من قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر في 13 يناير 2011 بأنه: "الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أطراف العقد على حل المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم". وعرّف مشارطة التحكيم في المادة (1447) من القانون نفسه بأنها: " عقد يتفق بمقتضاه أطراف النزاع على إحالة هذا النزاع إلى المحكّم أو عدة محكمين لكي يتولوا الفصل فيه"[863].

وفي مصر، عرّفت المادة (10) من القانون رقم (27) لعام 1994 اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية "[864].

وفي سورية، عرّفت المادة الأولى من قانون التحكيم السوري رقم (4) لعام 2008 التحكيم بأنه:" أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك". وعرفت المادة ذاتها اتفاق التحكيم بأنه:" اتفاق

---

[861] د. صباح رمضان ياسين،"التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية"، مرجع سابق، ص13.

[862] سورة النساء، الآية 65 .

[863] عبد الحميد الأحدب، ترجمة نصوص تقنين المرافعات المدنية الفرنسي المتعلقة بالتحكيم "موسوعة التحكيم"، دار المعارف، عام 1998، ص 443.

[864] القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية.

طرفي النزاع على اللجوء للتحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

وأبقت المادة الثانية من هذا القانون التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة (66) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم (51) تاريخ 2004/12/9[865].

ويتم التحكيم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة السوري رقم /32/ لعام 2019، إذ تولّت المواد(15-14-10)[866] منه تنظيم آلية التحكيم واللجوء إليه في حسم النزاعات. إذ نصت المادة (10) من هذا القانون على أنه:"..2- يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الناشئة عنها"[867].

في الإطار ذاته، سمح القانون رقم /5/ لعام 2016 حول التشاركية بين القطاعين العام والخاص للجهة العامة المتعاقدة والشريك الخاص حلّ منازعاتهم عن طريق التحكيم الداخلي أو الخارجي[868]. وعندما صدر قانون الاستثمار الجديد في سورية رقم (18) لعام 2021 أفرد الفصل الحادي عشر للحديث عن تسوية منازعات الاستثمار[869].

ثانياً- التعريف القضائي للتحكيم:

على الرغم من قيام المشرع الفرنسي بتنظيم استثناءات محددة في القانون لحظر اللجوء إلى التحكيم لأشخاص القانون العام لتسوية المنازعات العقدية، إلا أن القضاء الإداري لم يستقر على تعريف محدد وواضح للتحكيم. ومع ذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي في قراره في قضية" Sueur et al المؤرخ 29 أكتوبر 2004، بأنه:".. نظراً لتعقد المنازعات العقدية وصعوبة الفصل فيها بما

---

865 تم تبني آلية التحكيم في مجال العقود الإدارية بموجب المادة (66) من القانون (51) لعام 2004، والتي جاء فيها أن" أ- القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في أي نزاع ينشأ عن العقد.ب- يجوز أن ينص في دفاتر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري ... ج- يمكن أن ينص في العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكمية خاصة، خلافاً لأحكام البندين (أ - ب) السابقين...".

866 تنص المادة (14) تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل الآتية:..4- الطلبات المستعجلة المتعلقة بقضايا التحكيم لدى مجلس الدولة وطلبات تفسير أحكام المحكمين وتصحيح ما يقع فيها من أخطاء مادية وإكساء حكم المحكمين صيغة النفاذ والمنازعات الناشئة بخصوص تسمية المحكمين أوعزلهم أو اعتزالهم أو ردهم. 5- دعوى بطلان حكم التحكيم ويعد قرار المحكمة برد دعوى البطلان إكساء لقرار التحكيم صيغة النفاذ".

867 يجيز قانون تشجيع الإستثمار رقم 8 لسنة 2007 في مادته السابعة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تشأ في ميدان الاستثمار. ويذهب المشرع في المادة (33) من قانون الاستثمار الجديد رقم(18) لعام 2021 إلى تبني الموقف ذاته.

868 نصت المادة (78) من هذا القانون الخاصة بحل النزاعات بين الجهة العامة المتعاقدة والشريك الخاص،... 2- إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل ودي خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبلغ الطرف الآخر إشعاراً خطياً بطلب التسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق الآتية: أ- القضاء الإداري السوري. ب- التحكيم الداخلي. ج- التحكيم الخارجي..."

869 نصت المادة (33) منه على ما يأتي:" تتم تسوية المنازعات الاستثمارية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون، وفق الطرق الآتية: أ- الطرق الودية (التوفيق والوساطة). ب- التحكيم. ج- القضاء المختص".

يرضي جميع الأطراف، مما يجعل من الضروري وضع طرائق مناسبة لتسوية النزاعات، بحيث تظهر الحاجة إلى إثبات أن التحكيم يمكن أن يتكيّف مع الطبيعة الخاصة للمهام الموكلة إلى الأشخاص العموميين والطبيعة القانونية للعقود العامة، ولاسيما أن مرسوم يونيو 27 لعام 2004 الذي أنشأ التحكيم كان قادراً على الانتقاص من المبدأ العام للقانون الذي يحظر اللجوء إلى التحكيم للأشخاص الخاضعين للقانون العام.."[870].

وفي قرار آخر صدر في9 نوفمبر2016، تناول المجلس إجراءات وشروط الطعن في قرار التحكيم أمام المحاكم الإدارية، وجاء فيه:".. عندما يكون للمحكمة الإدارية الاختصاص للنظر في طعن ضد قرار تحكيم صادر في فرنسا في نزاع ينشأ عن تنفيذ أو خرق عقد تم تنفيذه على الأراضي الفرنسية ولكنه ينطوي على مصالح التجارة الدولية، يكون مجلس الدولة مختصاً بالنظر في ذلك الطعن تطبيقاً للمادة L.321-2 من قانون القضاء الإداري.. الأمر متروك لمجلس الدولة، ضمان شرعية اتفاق التحكيم، أو إجراء وساطة..." [871].

كما قرّر مجلس الدولة السوري أن:"..التحكيم أسلوب اتفاقي قانوني لحلّ النزاع بدلاً من القضاء، وهو طريق للتقاضي يتسم بالسرعة في البتّ بالنزاعات المعروضة عليه..."[872].

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية، فقد عرّفت التحكيم بأنه:" اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".[873]

ثالثاً- التعريف الفقهي للتحكيم:

يُعرّف التحكيم بأنه "نظام للقضاء الخاص تستبعد فيه نزاعات معينة من دائرة الاختصاص القضائي، ويعهد بها إلى أشخاص يتم اختيارهم للفصل فيها"[874]. أو هو"تقنية ترمي إلى حلّ قضية أو مسألة تتعلق بروابط بين طرفين بوساطة محكم أو محكمين، يستمدون سلطاتهم من اتفاقية خاصة ويحكمون على أساسها، دون أن يكونوا متولين القيام بهذه المهمة من قبل دولة ما"[875].

---

[870] CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 29 octobre 2004, 269814, publié au recueil Lebon.

[871] CE, 9 novembre 2016 N° 388806 Publié au recueil Lebon

[872] الرأي رقم (95) لعام 2013 في القضية رقم (115/ف) لعام 2013، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة لعام 2016، المكتب الفني، ص411.

[873] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1994/1/18 في الطعن رقم (886) لسنة (30) ق.ع.

[874] Robert (J.) L' arbitrage, droit interne et droit international prive, 5 ed, paris, dalloz, 1983, p. 3

[875] د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، ط 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، عام 2009، ص 38.

ويمكن تعريف التحكيم عموماً بأنه: "المؤسسة التي من خلالها يقوم طرف ثالث بتسوية النزاع بين طرفين أو أكثر من خلال ممارسة المهمة القضائية الموكلة إليه من قبلهم"[876].

وأياً كان التعريف الذي يطلق على التحكيم، فإن أساسه إرادة طرفي النزاع؛ فهما من يتفقا عليه، وهما من يختاران هيئة التحكيم، عدد أعضائها، مكان التحكيم، وإجراءاته، والقانون الواجب التطبيق. لكن ذلك كله لا يغني عن وجوب تدخل المشرع ابتداءً للنص على إمكانية فضّ النزاع من خلال التحكيم، والمشرع هو من يحدد الموضوعات التي يجوز فيها التحكيم، وهو الذي يبين كيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها[877].

الفرع الثاني- صور الاتفاق على التحكيم وأشكاله الرئيسة:

التحكيم عبارة عن نظام أو طريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات سواء كانت تلك المنازعات مدنية أم تجارية أو دولية، عقدية أم غير عقدية، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، يعتمد أساساً على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على النظام القضائي للدولة التي يقيمون بها[878].

أولاً- صور الاتفاق على التحكيم:

يأخذ اتفاق التحكيم صوراً عدة، وهو عادة يتخذ إحدى صورتين، شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم. والفرق الجوهري بين الصورتين يكون في التوقيت أو اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم، فإذا كان الاتفاق سابقاً على النزاع نكون بصدد شرط تحكيم، أما إذا كان الاتفاق بشأن نزاع قائم بالفعل، فنكون بصدد مشارطة تحكيم. فموضوع شرط التحكيم هو المنازعات التي يحتمل نشوؤها في المستقبل، في حين يتمثل موضوع مشارطة التحكيم في المنازعات القائمة فعلاً، بما يعني أن الاتفاق عليها يعد معاصراً إن لم يكن لاحقا لحدوث النزاع.

---

[876] Jarrosson (C.) La notion d'arbitrage, L.G.D.J., Paris 1987, p. 372, n° 785;Poudret(J.F.) et Besson(S.), Droit comparé de l'arbitrage international, éd., Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J Schulthess, 2002, p.3, n° 3.

[877] د. نجم الأحمد، "التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية "، عام 2018، بدون دار نشر، ص25.

[878] د.محمد الحبيب، "القضاء والتحكيم أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية؟ دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، عام 2016، المطبعة غير مذكورة، ص32.

بالإضافة إلى تلك الصورتين، أبرز العمل صورة إضافية تسمى "اتفاق التحكيم بالإحالة"، وفيما سيأتي تفصيلاً للأمر.

أ- شرط التحكيم:

يرد هذا الشرط كبند من بنود العقد المبرم بين الطرفين. وقد يرد في ورقة ملحقة تنص على التجائهم إلى التحكيم، من دون القضاء بشأن ما قد ينشب مستقبلاً حول العقد المبرم بينهما من منازعات، وقد يحيل العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في عدّ هذا الشرط جزءاً من العقد[879].

وشرط التحكيم لا يرد في العقد المبرم بين الطرفين، وإنما يكتفي الطرفان في هذا العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم. فتعدّ الإحالة اتفاقاً على التحكيم، طالما كانت واضحة في عدّ شرط التحكيم الوارد في هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي المبرم بين الطرفين.

إذاً شرط التحكيم هو اتفاق بمقتضاه يتفق على عرض ما ينشأ بينهم من منازعات على محكم أو أكثر يختارونه للحكم فيها بدلاً من المحكمة المختصة[880].

وبالتالي فان أهم ما يميز اتفاق التحكيم أنه يرد على منازعات محتملة لم تنشا بعد، ومن ثم فلا يمكن تحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم. وإذا ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي فانه يستقل عن هذا العقد، وبالتالي من المتصور أن يبطل العقد الأصلي ويظل الشرط صحيحاً، وكذلك قد يصح العقد الأصلي ويبطل الشرط الوارد فيه، وهذا المبدأ يسمى "مبدأ استقلالية شرط التحكيم"، وقد كرست معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم صراحة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[881].

ب- مشارطة التحكيم:

هي اتفاق على اللجوء إلى التحكيم يبرم بصورة مستقلة عن العقد الأصلي. وقد تبرم هذه المشارطة قبل قيام النزاع، أو بعده. وتكون مشارطة التحكيم تفصيلية، إذ تحتوي على موضوع

---

879 د. خالد فلاح عواد العنتري :التحكيم في العقود الإدارية في الكويت، عام 2010، دار النهضة العربية، القاهرة، ص5.

880 د. أشرف عبد العالي الرفاعي، "اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية"، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام 2003، ص 22.

881 د أحمد شرف الدين، "المرشد إلى قواعد التحكيم"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2017، ص37.

النزاع وتسمية المحكمين، وغير ذلك من المعلومات التي قد لا تتوافر في حال أبرمت المشارطة قبل إثارة النزاع[882].

وقد يتم هذا الاتفاق بعد وقوع النزاع، ويسمى الاتفاق في هذه الحالة بمشارطة التحكيم، فالاتفاق على التحكيم السابق على حدوث أي نزاع يسمى بشرط التحكيم، فإن كان لاحقاً عليه سمّي بمشارطة التحكيم. ويجوز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم، ولو بعد عرض موضوع النزاع على القضاء طالما أنه لم يصدر حكم نهائي[883].

ويكمن الفرق إذاً بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم في الوقت الذي يبرم فيه كل منهما، إذ يبرم شرط التحكيم قبل إثارة النزاع ويكون ضمن العقد، أما مشارطة التحكيم يمكن أن تحرر قبل إثارة النزاع أو بعد نشوبه[884].

ج- التحكيم بالإحالة:

بالإضافة إلى صورتي اتفاق التحكيم المشار إليهما يمكن أن يتخذ هذا الاتفاق صورة ثالثة وهي اتفاق التحكيم بالإحالة، وهي الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم غير مدرج بنصّ في بنود العقد الأصلي، ولكنه يتضمن بنداً ينص على الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، تلك الوثيقة قد تكون عقداً نموذجياً (كعقود الفيديك FIDIC)، أو عقد آخر متصل بهذا العقد، أو لائحة مركز تحكيم محدد، أو وفقاً لشروط عامة في اتفاقية معينة.

وقد نصّت أغلب التشريعات العربية على اتفاق التحكيم بالإحالة، إذ نصّت عليها المادة (3/10) من قانون التحكيم المصري بقولها:"ويعد اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"[885].

---

[882] د. جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 39.

[883]ROBERT (J.), 1983,op.cit., p. 3.

[884] د. بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير 2006 العدد الأول للسنة الثامنة و الأربعون.

[885] كذلك نصت عليه القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 2018 مادة (3/5) بقولها:"يجوز الاتفاق على التحكيم من خلال الإحالة التي ترد في عقد أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد". كما ذهبت محكمة تمييز دبي إلى أنه "يعد اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى الوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة وصريحة في اعتماد هذا الشرط، ولا يتحقق أثر الإحالة إلا إذا تضمنت تخصيصا لشرط التحكيم الذي تضمنته الوثيقة المحال إليها، فإذا كانت الإحالة إلى الوثيقة المذكورة مجرد إحالة عامة لنصوص هذه الوثيقة دون تخصيص لشرط التحكيم المذكور تخصيصاً يفيد على الطرفين بوروده في الوثيقة فإن الإحالة لا تمتد إليه ولا يكون التحكيم متفقاً عليه بين أطراف العقد". تمييز دبي رقم الطعن 174 لسنة 2005، طعن تجاري جلسة – 2005/12/19.

ويجب أن تكون الوثيقة المحال إليها معلومة ومعروفة للطرف الذي يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم، أو أن تكون الوثيقة معلومة في نطاق واسع في وسط النشاط الاقتصادي، الذي ينتمي إليه الطرفان، على نحوٍ لا يمكن معه الادعاء بعدم معرفتها. وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "إذا حدثت إحالة بين طرفين إلى شروط عامة في وثيقة تتضمن شرط تحكيم، وكان الطرف الذي يحتج عليه بشرط التحكيم عالماً بهذه الشروط، فإن سكوته يعني موافقته علي هذا الشرط"[886].

ثانياً- الأشكال الرئيسة للتحكيم:

يكون التحكيم على أشكال مختلفة، يتمثل أهمها وفق الآتي:

أ- إذ إن هناك تحكيماً داخلياً وتحكيماً دولياً؛ التحكيم الداخلي هو التحكيم الناشئ عن العقود التجارية أو المدنية أو الإدارية الداخلية، والتحكيم الدولي هو التحكيم الناشئ عن هذه العقود إذا ما اتّصفت بالصفة الدولية.

ب- وهناك تحكيم اختياري، وهو التحكيم الذي تلجأ إليه الأطراف المتنازعة طوعاً وبإرادتها الحرّة، وهو الأصل في التحكيم، وتحكيم إجباري، إذا لم تكن لأطرافه حرية في اللجوء إليه، وذلك لوجود نصّ قانوني يجبرهم على اتباع التحكيم، ويحصل ذلك عادة في التحكيم الداخلي[887].

ج- وهناك أيضا التحكيم بالقانون، أي أن يفصل المحكّم في النزاع على هدي من أحكام القانون الذي يحكم موضوع العقد؛ فيبحث المحكم عن حكم وقائع النزاع في مصادر القانون الواجب التطبيق، أي إن الطرفين يخولان المحكّم صلاحية حسم النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة، حتى لو كان في ذلك الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع في الأصل، والذي يقوم القضاء المختص بتطبيقه في حالة عرض القضية عليه، بشرط عدم مخالفة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام الدولي أو الداخلي[888].

---

886 نقض مدني فرنسي11 أكتوبر 1989، مشار إليه لدى د. فتحي والي، "التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً"، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2014، بند 55، ص 110.

887 د.محمد حسين منصور ، "العقود الدولية "، دارالجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، عام 2007، ص 478.

888 د. صباح رمضان ياسين،"التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية"، عام 2017، مرجع سابق، ص7.

المطلب الثاني

الوسائل الاحتياطية لحل المنازعات العقدية

إلى جانب إمكانية حسم المنازعات العقدية بوساطة التحكيم، يمكن للأطراف المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل أخرى لاتقل أهمية عن التحكيم، ويكون من شأنها أيضاً حل النزاع العقدي أو تجنّب حدوثه، وسوف نشرح هذه الوسائل وفق الآتي:

الفرع الأول- تسوية المنازعات العقدية عن طريق التوفيق والمفاوضة:

للتوفيق والمفاوضة هدف واحد وهو حلّ النزاع بين أطراف العقد، ولكن لكل منهما طبيعته الخاصة، نبينها وفق الآتي:

أولاً- التسوية عن طريق التوفيق:

يعد التوفيق إحدى آليات التسوية غير القضائية للنزاعات بصورة عامة سواء في إطار القانون العام أو القانون الخاص، إذ يتم اللجوء إليه قبل عرض موضوع النزاع على القضاء. وهو يكون في صورة اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهم بطريقة وديّة، والتقريب بين وجهات النظر المتنازعة، ومحاولة حسم النزاع بينها من خلال دراسة وتقييم أسباب الخلاف، بغية التوصل إلى حلّ تصالحي للنزاع أو تسوية وديّة له، إذ إن الموفّق لا يفصل في النزاع، وإنما يعمل على تقديم المقترحات للأطراف المتنازعة[889].

أ- تعريف التوفيق وتحديد مدلوله:

عرض فقهاء القانون تعريفات عدّة للتوفيق، منها ما لا تفرق بينه وبين الوساطة بحسبان أن التوفيق في حقيقته وساطة[890]، إذ يُعرّف بأنه:" عملية مرنة يقوم فيها طرف ثالث محايد ومدرب

---

[889] د.منصور السعيد، تسوية المنازعات في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، بحث ضمن مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية - الأبعاد القانونية، جامعة الكويت، عام 2017، ص 617 .

[890] عرفته المادة 1/ 3 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عام 2002 بأنه « أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين (موفق) مساعدتهما في سعيهما إلى الوصول إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض تسوية النزاع على الطرفين. د. صباح رمضان ياسين،"التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية"، عام 2017، مرجع سابق، ص 17.

جيداً بتيسير التفاوض بين طرفي النزاع على وجه معين"[891]. ويعرّف أيضاً بأنه:" نظام تقوم بمقتضاه هيئة أو فرد يتم اختياره من قبل طرفي المنازعة بمهمة دراسة موضوع الخلاف والتشاور المستمر بينهما، والتعرف على مختلف وجهات النظر، واقتراح أفضل الحلول لتسوية الخلاف، بما يكفل استمرار التعامل بينهما، ثم يعرض عليهم هذه الحلول ليأخذوا بها أو يرفضوها"[892].

وتستند طبيعة أي طريقة وديّة، مثل التوفيق والوساطة التقليدية أو القضائية، إلى الالتزام الطوعي بهذه العملية، وحرية التفاوض وإبرام اتفاق بشأن موضوع النزاع لوضع حد نهائي له[893].

وتحدد المادة (1530) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (CPC) رقم (2012–66) المؤرخ 20 يناير 2012 المتعلق بالتسوية الوديّة للمنازعات، تعريفاً مشتركاً للتوفيق والوساطة التقليدية: "أي عملية منظمة، يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق، خارج أي إجراء قانوني بهدف التوصل إلى حل وديّ لنزاعاتهم، بمساعدة طرف ثالث يتم اختياره من قبل هؤلاء الذين ينجزون مهمتهم بحيادية وكفاءة واجتهاد"[894].

وهناك من يذهب إلى القول إن للتوفيق معنيين، **الأول واسع**، يقصد به آلية وديّة يتم بمقتضاه تسوية النزاع عن طريق مساعي طرف ثالث، أما المعنى **الثاني** فيقصد به إحالة النزاع إلى لجنة معينة تقوم بتقديم اقتراحاتها للتسوية، بحيث لا تكون هذه المقترحات ملزمة، إلا إذا وافق عليها الطرفان. وبهذا فإن المعنى الأول يشمل الوساطة، في حين أن الثاني يمكن أن يطلق عليه التوفيق بالمعنى الدقيق[895].

كما أن هناك اختلافاً بين كل من التوفيق والتحكيم؛ فالتوصية التي يرتبها الموفق لا تكون ملزمة لطرفي النزاع، على عكس التحكيم الذي يكون ملزماً لهما، أي إن الصفة الإلزامية هي التي تميّز التحكيم عن التوفيق والوساطة اللذين لا يتمتعان بالقوة الإلزامية. بمعنى أن آراء الموفق والوسيط

---

[891] د. جابر نصار، "التوفيق في بعض منازعات الدولة"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد73، عام 2003، ص 148.

[892] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2004، ص 56.

[893] Courtau(C.), « La recherche d'un accord équitable en matière de conciliation : entre liberté, équité et droit », le 23 mai 2018.

[894] Audrerie(A.), « Médiation et conciliation : quelle distinction en matière juridique ? », Mémoire Master 2 Droit du travail et de l'emploi 2015, Université Toulouse 1 Capitole, page 9.

[895] د. صباح رمضان ياسين، خديجة مرابط، التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية"، مجلـــة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد5 مارس 2017، ص18.

ليست ملزمة للأطراف، وإنما هي مقترحات يبحثوا فيها لبيان ملاءمتها من عدمه، فإن رفضوا تقبلها فإن لهم الحق في العودة مرة أخرى إلى القضاء ليحكم في النزاع[896].

ب- أهمية التوفيق لحل المنازعات العقدية:

أصبحت آلية التوفيق بحسبانها تسوية غير قضائية لفض النزاعات تكتسب أهمية متزايدة في الوقت الحاضر، وأخذ دورها يتعاظم، إذ يذهب الكثير من الدول والمنظمات إلى تبني هذه الآلية غير القضائية لفض مختلف المنازعات، وبخاصة في المنازعات التجارية ومنازعات عقود الاستثمار الدولية وفي المشروعات الإنشائية؛ فعلى سبيل المثال، أقره المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن وغرفة التجارة الدولية ومنظمة التجارة العالمية، كما لجأت إليه هونغ كونغ والصين وبعض الدول الإفريقية وبنغلادش وبريطانيا وبعض دول أمريكا الجنوبية[897].

ثانياً- التسوية بأسلوب التفاوض:

التفاوض بحسبانه ظاهرة اجتماعية، ليس وليد اليوم، فقد مورس منذ القدم في جميع المجالات، إلا أن أهميته لم تكن بالشكل التي هي عليها الآن، فقد زادت كثيراً في القرنين الماضي والحالي، نتيجة للتطور الحاصل في جميع المجالات، وخاصة في مجال إبرام العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، التي صار التفاوض عليها ذا أهمية لا تقل عن أهمية تنفيذها، بحسبان أن التفاوض الجيّد يضمن التنفيذ الناجح لها، وهو ما نجده منطبقاً على عقود التجارة الدولية[898].

هذا وتلعب المفاوضات دوراً وقائياً، سواء تم إبرام العقد أو لم يبرم، من خلال الإسهام بشكل كبير في خفض احتمال وقوع نزاع بين الأطراف المتعاقدة طيلة مدة سريان العقد، فمن خلال التفاوض يعرف كل طرف حقوقه والتزاماته، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات، والطريقة المثلى لتسوية النزاع بين الطرفين، وربما تحديد القانون الواجب التطبيق عليه[899]. كما تعد المفاوضات مرجعاً مهماً في تفسير العقد خلال مرحلة التنفيذ إذا ما نشأ نزاع حول شرط من

---

[896] د. عاطف محمد عبد اللطيف،"امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات – دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، عام2009، ص 686.

[897] د. صباح رمضان ياسين، أ. مرابط خديجة، المرجع السابق، ص18.

[898] El sehly (M.), La période précontractuelle : Étude comparée des régimes français et égyptien, thèse pour obtenir le doctorat en droit, Université de Toulouse, 2018, p 09.

[899] د. وافية بوعش،"عن اختلال التوازن في عقد ترخيص استغلال العلامة التجارية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 10، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، عام 2018، ص 392.

شروطه، وذلك بالرجوع إلى ما تتضمنه من دراسات ومناقشات يمكن الاستناد إليها للفصل في النزاع[900].

أ- تعريف التفاوض:

يمكن تعريف التفاوض بأنه حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين بهدف الوصول إلى اتفاق بين المتفاوضين بما يحقق مصلحة كل منهم[901].

وتأتي عملية التفاوض في مراحل عدة، ومن هذه المراحل: مرحلة إبرام العقد، فينصب التفاوض على بنود العقد ذاته وضمانات حسن التنفيذ، وقد تكون المفاوضات في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وفي أثناء تنفيذه، وذلك إذا ما ثار نزاع حول آلية التنفيذ[902].

أما بالنسبة إلى لمفاوض فقد يكون التفاوض عن طريق شخص واحد، أو عن طريق فريق كامل كي يساعد كل منهما الآخر في إيجاد آلية وحلول لفض النزاع الناشئ. ويشكل وجود فريق كامل من المفاوضين ضمانة لإيجاد الحلول المناسبة. كما يتعيّن أن يمتلك كل فريق من فريقي التفاوض الرغبة الصادقة في الوصول إلى حل النزاع وتسويته[903].

وإذا كان التفاوض في السابق يتم بالالتقاء والتواصل الشخصي المباشر بين الراغبين في التعاقد، فإنه يتم الآن أيضاً باستعمال وسائل التواصل الإلكتروني والتقنيات الحديثة، وقد يتم إبرام عقد أولي بين الطرفين يهدف إلى تنظيم التفاوض بشأن عقد أو عقود أخرى مستقبلية[904].

---

900 بوناح عبدالنور،"التفاوض على عقود التجارة الدولية مبدأ حرية التفاوض وحسن النية"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، المجلد 7، العدد 2، عام 2022، ص 184.

901 د. ابراهيم حبش" التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية"، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، عام2002، ص 468.

902 د. وضاح محمود الحمود، "عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T)- حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها"، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، عام 2010، ص267.

903 د. وضاح الحمود، المرجع السابق، ص 267.

904 وعود كاتب الأنباري، "المفاوضات العقدية عبر الأنترنت"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، المجلد الأول، العدد الثاني، عام2009، ص201.

ب-خصائص عملية التفاوض ومتطلباتها:

ولكون المفاوضات ذات أثر مهم في حل النزاعات وإيجاد الحلول السلمية، فإننا سوف نقوم بذكر أهم هذه الخصائص، وهي:

1- تهدف عملية التفاوض إلى فضّ النزاع وإيجاد الحلول للخلافات أو الوصول إلى اتفاق حول القضية التي يدور حولها التفاوض، ولكن بقاء عملية التفاوض مرهون ببقاء المصالح المشتركة بين أطراف النزاع الذي يجري حوله التفاوض.

2- لا تقف الآثار التي تترتب على عملية التفاوض عند إبرام العقد أو إتمام الاتفاق بين الطرفين فقط، وإنما تمتد إلى المستقبل، فلا تقف على معالجة مشكلات الحاضر، وإنما تمتد إلى المستقبل[905].

3- لكي يستطيع المفاوض إتمام عملية التفاوض بنجاح، يجب عليه أن يمتلك مهارات معرفية شاملة، مثل المعرفة القانونية والاقتصادية والسياسية والسلوكية والإدارية وغيرها[906].

4- المنطلق الرئيس للتفاوض وجود نزاع، وهذا النزاع يولّد نوعاً من تعارض المصالح بين الأطراف، ولذلك يظهر التفاوض.

وإذا ما انتهت عملية التفاوض، فإننا نكون أمام احتمالين هما:

- انتهاء المفاوضات بنجاح والوصول إلى الحل النهائي للنزاع المعروض، ومن ثم لا تكون هناك حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم. وهنا تعود العلاقة بين الطرفين إلى سابق عهدها، إلا أنه يتعين على الطرفين إثبات هذا الحل في محرر، وذلك منعاً للمنازعات حوله في المستقبل، فيكون هذا المحرر حجة على الطرفين.

[905] د. عبد الرحمن ادريس،"التفاوض مهارات واستراتيجيات"، الدار الجامعية، الإسكندرية، عام2001، ص 40.
[906] د. شوقي ناجي جواد، عباس غالي أبو القحف، "التفاوض مهارة واستراتيجية"، بغداد، عام1991، ص 33.

– إخفاق الطرفين في الوصول إلى تسوية للنزاع بطريق التفاوض. وهنا يجب على الطرفين أو أحدهما اللجوء إلى الوسائل الأخرى لفض النزاع الناشئ، ومن هذه الأساليب التحكيم أو الوساطة أو اللجوء إلى القضاء، وذلك وفق لما تختاره إرادة الطرفين في العقد[907].

الفرع الثاني– التسوية عن طريق الصلح والوساطة:

ظهرت الوسائل البديلة بعد أن تفاقمت ظواهر مختلفة تتعلق بعملية التقاضي، ومن أهم هذه الظواهر اكتظاظ المحاكم بالدعاوى، وما نجم عنها من بطء لإجراءات التقاضي الذي أصبح ظاهرة عالمية، مع ما يؤدي إليه ذلك من خسارة في القيم الاقتصادية التي تكون محلاً للنزاع.

وعلى ذلك تعددت الوسائل البديلة التي تتسم بالسرعة في حل المنازعات، فضلاً عن بساطة الإجراءات، وفي النهاية فإنها تخفف الضغط عن المحاكم، وتؤدي إلى تفرغها لبحث القضايا الكبيرة، وقد يكون من قبيل هذه الوسائل الصلح، والوساطة، نظراً إلى سهولة اللجوء إليهما، ولانخفاض نفقاتهما، وفاعليتهما في إنهاء المنازعات العقدية.

أولاً– التسوية عن طريق الصلح:

لا يخفى ما للصلح من أهمية في حل المنازعات العقدية في مراحلها الأولى والوصول إلى تسوية وديّة بين الأطراف، وذلك بتنازل كل طرف على وجه التبادل عن حقه.

أ– تعريف الصلح:

الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين برضاهما، وهو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته [908].

نستطيع القول إن الصلح هو عقد من عقود التراضي الملزمة لجانبين وبمقتضاها يتمّ حلّ النزاع وديّاً بين الطرفينن سواء أبرم بوساطة طرفي الخصوم المتصالحين أو من ينوب عنهما، فإن المُصالح يكون على بيّنة من أمره بشأن الحق الذي سيتنازل عنه أو بعضه إذا كان الصلح بغير مقابل، وما سيعود عليه من الحق إذا كان الصلح بمقابل. ويجوز اللجوء إلى الصلح، كوسيلة

[907] د. وضاح الحمود، مرجع سابق، ص 277-278.
[908] المادة (2044) من القانون المدني الفرنسي.

لإنهاء النزاع بين المتنازعين، سواء كانت المنازعة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة أو بين الأشخاص المعنوية العامة، وسواء كانت المنازعة مدنية أو تجارية أو إدارية[909].

وهكذا، فإن الصلح لا يخرج عن كونه تسوية وديّة للنزاع تتضمن تنازلات متبادلة، أو التقريب فيما بينهم، ووفقاً لما تقضي به المادة (2044) من القانون المدني الفرنسي، يضع نهاية لنزاع قائم أو يتوقى نزاعاً قد يحدث في المستقبل[910].

وقد انتقل هذا التعريف من التقنين المدني الفرنسي إلى أروقة فقه القانون الإداري في فرنسا، خصوصاً بعد أن صارت الأشخاص الاعتبارية العامة تقوم باللجوء إلى عقد الصلح في سبيل إنهاء منازعاتها مع الغير، وهو ما طرح بدوره إشكاليات على غاية من الأهمية، ولا سيما تلك المتعلقة ببيان الماهية القانونية للصلح، وتمييزه عن غيره من المفاهيم الإجرائية المُنهية للمنازعات الإدارية، والمتمثلة في التنازل والترك والتحكيم.

كما حظي الصلح بأهمية كبيرة في القوانين المدنية المقارنة[911]، لما يحققه من غاية مهمة وهي الوقاية من الخصومة وإنهائها. ويقوم بالصلح كل من ذوي الخبرة في الأمور القانونية، وفي المسائل السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، خاصة من قبل القضاة أو رجال القانون[912].

ب- شروط الصلح:

1- أن يتم الصلح بعقد مكتوب[913].

2- أن يستند الصلح إلى رضى أطراف النزاع.

---

[909] د. يسري محمد العصار "التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية والغير العقدية"، دارالنهضة العربية، القاهرة، عام 2001،ص42.

[910] L'article2044 dispose que : «La transaction est contrat par lequel Les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naitre .Ce contrat doit être rédigé par écrit».

[911] ورد تعريف الصلح في القانون المدني المصري في المادة (549) بأنه:"عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته". أما المشرع العراقي فقد عرفه في المادة (698) من القانون المدني بأنه:" عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي". كما عرف المشرع السوري الصلح في المادة (517) من القانون المدني بأنه:" عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به أنواعاً محتملة، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

[912] د. محمد حكيم حسين الحكيم، "النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2002، ص53.

[913] وفقاً للمادة (2044) المذكورة من القانون المدني الفرنسي.

3- قيام الصلح على فكرة التنازلات المتبادلة، أي وجود تنازلات من قبل الطرفين وبشكل صريح[914]، إذ يتخلّى الأطراف عن جزء مما يدركون أنه حقوق لهم، في سبيل تحقيق رغبتهم بإنهاء النزاع[915]، ولكن لا يقتصر الأمر على ذلك، فيمكن أن يكتسي التنازل صيغة التزام جديد يمكن أن يضعه أحد الاطراف على عاتقه. وفي هذه الحالة نكون أمام ما يسمى بالصلح المركب Transaction complexe [916] والذي لا يتشكّل من تنازل بسيط يتعلق بالمطالبات المتعلقة بأساس النزاع فحسب[917]، وهو ما يعني أنه لا يشترط أن يكون التبادل في التنازل متعلقاً بالعلاقة القانونية التي أثارت النزاع محل الصلح[918].

أما بالنسبة إلى عقود الصلح الإدارية، فإن اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، لم يعبر صراحة عن ضرورة وجود تنازلات متبادلة في هذا النمط من العقود، وهو الأمر الذي دفع جانباً من الفقه إلى القول إنه لا يشترط وجود تنازلات متبادلة في نطاق الصلح الإداري، لأن القضاء الإداري لم يتطلب من الإدارة عند إبرام عقد الصلح الإقدام على مثل هذه التنازلات. وبالأحرى لا يوجد قرار واضح من مجلس الدولة الفرنسي يتطلب وجود تضحية حقيقية وقابلة للتقدير من جانب طرفي الصلح، على غرار ما تطلبته محكمة النقض الفرنسية[919]، إلا أن ذلك يظلّ اتجاه الأقليّة في الفقه الفرنسي، إذ يرى معظم فقهاء القانون الإداري أن التنازلات المتبادلة هي شرط لوجود عقد الصلح الإداري قانوناً، على أساس أن الصلح سواء أكان إدارياً أم مدنياً يتضمن في جوهره مثل هذه التنازلات[920].

---

[914] فقد تدخل المشرع الفرنسي مؤخراً، وعدّل نص المادة (2044) المذكورة، وأضاف فكرة التنازلات المتبادلة إلى الصلح كشرط جوهري فيه. وقد تم هذا التعديل على القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم 2016-1547 تاريخ 2016/11/18، والذي أطلق عليه قانون تحديث عدالة القرن الواحد والعشرين.

[915]Mayer (L.), La transaction, un contrat special? RTDC, 2014, P.526.

[916]Mayer(L.), Ibid, p. 526.

[917] هذا ما أخذت به بعض القوانين المدنية الأوربية، مثل المادة (1965) من القانون المدني الإيطالي التي تنص على أنه: " يمكن للتنازلات المتبادلة أن تنتج أو تعدل أو تنهي علاقات قانونية، ولو كانت مختلفة عن تلك التي كانت محلاً للنزاع (C.) Jarrosson 1987, p. 373, n° 785

[918]Noury (A.), Les modes altematives au règlement par les juridictions ètatiques des litiges intéressant l'administration? J.C.P.A, n°30-34, 25 Juillet 2005, n°10, p. 1289.

[919]Chavrier(G.), op.cit., p.554. Chatelier (L.G.), Transaction, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2010, (derniére mise à jour. Mars 2014), n °28.

[920] Richer (L.),Droit des contrats administratifs,L.G.D.J, Paris,2014, p.283.; Dreyfus (J.D.), Transaction et commande publique:les frontiers avec le délit de favoritisme, AJ. Collectivités Terntoriales 2012 , p.243.;Dacosta (B.), L'homologation d'une transaction en cassation, RFDA, 2008 p. 958.

وقد قطع مجلس الدولة الفرنسي دابر الشكّ حول هذا الأمر، حين قرر بطلان عقد صلح أبرمته إحدى البلديات مع أحد متعاقديها، بسبب الخلل في تحديد التنازلات المتبادلة في مداولة المجلس البلدي على الصلح، وكذلك الخلل في تحديد هذه التنازلات ضمن محرر العقد ذاته[921].

كما تأكّد هذا الأمر في إطار الممارسة الإدارية في فرنسا، إذ تطلّب المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 1995/2/6 التنازلات المتبادلة بشكل واضح في إطار عقود الصلح الإدارية[922]، وكذلك حال المنشور الدوري الصادر عن الوزير الأول في فرنسا بتاريخ 2009/10/12، المتعلق بتشجيع الصلح في مجال منازعات العقود الإدارية خصوصاً[923].

وإذا كانت التنازلات المتبادلة شرطاً لقيام الصلح الإداري، فإن خصوصيات القانون الإداري طبعت مفهوم التنازلات المتبادلة بطابعها، إذ تقوم هذه التنازلات على مبدأ مهمٍ يعد أحد المبادئ العامة للقانون[924]، وهو أنه لايجوز للإدارة أن تدفع مبلغاً غير واجب عليها دفعه بمقتضى الصلح[925].

ثانياً- الوساطة لتسوية المنازعات العقدية:

منذ صدور القانون 18 نوفمبر 2016[926]، والمرسوم الصادر في 18أبريل 2017[927]، أصبح تقنين العدالة الإدارية الفرنسي يتضمن فصلاً جديداً يتعلق بالوساطة،[928]والذي ينصّ بشكل أساسي على أحكام المرسوم الصادر في16 نوفمبر 2011المتعلق بالوساطة المدنية والتجارية[929].

---

[921]C.E, 11-9-2006, Commune de Théoule – sur - Mer , réq. n °255273.

[922]Chavrier G., op.cit., p. 548.

[923]Linditch (F.), Une nouvelle circulaire pour encourager le recours à la transaction en matière de commande publique, J.C.P.A, n°42,12 Octobre 2009, p.2235.
إذ أشار هذا المنشور الأخير صراحة إلى مشتملات عقد الصلح الإداري في إطار منازعات العقود الإدارية، وكانت التنازلات المتبادلة بين الأطراف من أهم هذه المشتملات.

[924]Noury (A.), op.cit, p. p. 1289,

[925]Dreyfus (J.D), op,cit., p.488.;Yolka ph. Traité de droit administratif, Les modes altematifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz , Paris, 2011, T2, p.603; Salvage (F.), Le caractère obligatoire d'une dépense née d'une transaction, RFDA,2013, p.1292.

[926] القانون رقم (1547) لسنة 2016 المؤرخ في 18 نوفمبر 2016 بشأن تحديث العدالة في القرن الحادي والعشرين.

[927] المرسوم رقم (2017-566) المؤرخ في 18 أبريل 2017 بشأن الوساطة في المنازعات التي تقع ضمن اختصاص القاضي الإداري.

[928] الفصل الثالث من العنوان الأول من الكتاب الثاني من تقنين العدالة الإدارية.

[929] الأمر رقم (2011-1540) المؤرخ 16 نوفمبر 2011 بشأن نقل التوجيه الأوروبي (EC / 52/2008) المؤرخ 21 مايو 2008 بشأن بعض جوانب الوساطة في المسائل المدنية والتجارية.

كما تم إدخال طريقة التسوية عن طريق الوساطة الآن بموجب أحكام المواد الجديدة(L.2197-1 إلى L.2197-4) في قانون الصفقات العامة الفرنسي، بموجب المرسوم رقم (1074) لسنة 2018، والذي ينص صراحة على هذه الإمكانية جنباً إلى جنب مع الإحالة إلى اللجنة الاستشارية للتسوية الودية للمنازعات وإجراءات التحكيم[930].

أ- تعريف الوساطة:

الوساطة إجراء خارج نطاق القضاء ينطوي أيضاً على إسهام طرف ثالث في حل النزاع، ويكون لديه خبرة ومعرفة تقنية ملائمة يستمع من خلالهما دون تحيّز إلى وجهات نظر الطرفين في النزاع، ويرشدهما إلى سبيل للتخفيف من حدة النزاع، ويعزز الاتصال بغية التوصل إلى اتفاق. ويتمتع هذا الطرف الثالث بصلاحية اقتراح حلول للنزاع[931].

وهكذا، يقدم الوسيط حلاً واحداً أو أكثر للنزاع، ويكون للطرفين حرية القبول أو الرفض. وإذا قرّر الطرفان قبول حلّ معيّن، فإنّ ذلك الحل سيُعد اتفاقاً. ويقتصر دور الوسيط على إصدار وثيقة صلح بإجراءات مبسطة، كما أن سلطة الشخص الذي يملك سلطة الوساطة تكون محدودة بحيث لا تخوله الحق في حسم النزاع. إذ تقتضي بطبيعتها التنازل المتبادل من الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع للتقارب مابين وجهات نظرهم والتوفيق في مواقفهم بتنسيق من الوسيط المسؤول عن هذه المهمة.

الوساطة هي أي عملية يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق من أجل حل ودي لنزاعاتهم، بمساعدة طرف ثالث[932].

ويجب أن تكون لدى هذا الطرف الثالث المحايد والمستقل والنزيه الخبرة والمعرفة بالقانون، بما يمكّنه من فهم قضايا الأطراف بشكل أفضل، ويسمح له بتحليل متعدد الأبعاد للنزاع الذي أتاحته عملية الوساطة، ووضع تصور لحل شامل يركز على الحفاظ على العلاقة بين الشركاء، ويمنع ظهور صراعات جديدة[933].

---

930 التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي عن النشاط القضائي والاستشاري للمحاكم الإدارية في 2015.ص226.

931 "الآليات البديلة لتسوية المنازعات"، اللجنة الاستشارية المعنية بالإنفاذ، الدورة التاسعة، جنيف، من 3 إلى 5 مارس 2014.

932 المادة L.213-1 من تقنين العدالة الإدارية الفرنسي.

933Emmanuelle(E.),"Une médiation porteuse de solutions face aux modifications des contrats publics en cours" 2019, Source : www.eurojuris.fr.

ب- المبادئ التي تقوم عليها الوساطة:

هناك مجموعة من المبادئ يجب الأخذ بها لكي تكون الوساطة إيجابية ومثمرة وهي:

1- فصل الفرقاء عن موضوع النزاع: يأخذ الإنسان بطبيعته المواقف ويتحيز لها، ويتعنت لرأيه ويعدّ أي نقد موجهاً له شخصياً، لذلك يسمى الوسيط دوماً بالتركيز على موضوع النزاع ويفك الارتباط كلما اتخذ هذا النزاع الطابع الشخصي[934].

2- التركيز على مصالح الفرقاء في النزاع وليس على مواقفهم: لأن المواقف مستمدة من المصالح ومن الصعب التوصل إلى نتائج مرضية في الوساطة بحصر المواقف التي تتصف بالجمود بينما المصالح مرنة وقابلة للمساومة [935].

3- نجاح الحل بتعدد خياراته: يجب أن يطرح طرف النزاع خيارات عدة لحل النزاع، ولذلك يجب على الوسيط التواصل مع أطراف النزاع لطرح أكثر عدد ممكن من الخيارات لإيجاد الحل.

ج- شروط الوساطة:

يلزم في الوساطة توافر الشرطين الآتيين[936]:

1- يشترط في اتفاق الوساطة الكتابة، إما بعقد رسمي أو عرفي، وإما بمحضر يحرر أمام المحكمة. وتعد الإحالة في عقد ما إلى وثيقة تتضمن شرط الوساطة في منزلة اتفاق وساطة.

2- يشترط في عقد الوساطة إحتواؤه على مجموعة من البيانات تخص: تحديد موضوع النزاع، وتعيين الوسيط، أو النص على طريقة تعيينه.

الفرع الثالث- تسوية منازعات العقود الإدارية من قبل المهندس الاستشاري:

يلعب المهندس الاستشاري أدواراً مهمة في العقود، وخاصة فيما يتعلق بعقود الإنشاءات الدولية، منها إدارته للمشروع وتصميمه وتنفيذه، والقيام بعمليات الإنشاءات المستعجلة، وإبرام العقود من الباطن، كلما تطلب العمل ذلك[937]. وبسبب أهمية الدور الذي يلعبه المهندس الاستشاري في العمل،

---

934 د. محمد صلاح السيد، "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1993، ص 44.
935 د. وضاح الحمود، "حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم"، مرجع سابق، ص 267.
936 "الآليات البديلة لتسوية المنازعات" اللجنة الاستشارية المعنية بالإنفاذ، الدورة التاسعة، جنيف، مارس 2014.
937 د. أحمد حسان الغندور، "التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات"، دار النهضة العربية، مصر، عام 1988، ص 475.

تضمنت الطبعة الرابعة من عقد الفيديك FIDIC (الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين) لعام 1987 في المادة (67) من الشروط العقدية التي أعطت المهندس الاستشاري للمشروع- قبل أن يتم استبدال السلطة صانعة القرار- في المادة (20) من ذلك النموذج في طبعته الأخيرة لعام 1999- بسلطة المهندس هذه، وهي سلطة خاصة تمكنه من القدرة على إصدار القرارات المحايدة خلال مدة تنفيذ المشروع. وقد ألزمت هذه المادة الأطراف المتنازعة في العقد الدولي للإنشاءات اللجوء إلى المهندس الاستشاري في المرحلة الأولى للنزاع الذي قد يثار بصدد تفسير العقد أو تنفيذه، حتى لو تعلّق موضوع النزاع بمسائل قانونية بحتة دون المسائل الفنية ليفصل في النزاع ويفرض قراره على الطرفين المتنازعين[938].

مما تقدم يتضح أنه ليس هنالك أي موانع قانونية أو دستورية تحول دون لجوء جهة الإدارة والمتعاقدين معها إلى التحكيم والوساطة والتوفيق والتفاوض وحتى الصلح، كطريق بديل لحل منازعات العقود الإدارية. بحيث أضحت الوسائل البديلة لحل المنازعات تعرف اهتماماً متزايداً على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، لما توفره هذه الوسائل من مرونة وسرعة في البت، وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد حلول لمنازعاتهم، هذا فضلاً عن قلة كلفتها.

ولكن إذا كان تبني آليات التسوية غير القضائية للفصل في منازعات العقود الإدارية وبالأخص التحكيم لا يثير الكثير من المشكلات القانونية في نطاق عقود القانون الخاص، فإن الأمر ليس على الشاكلة نفسها بالنسبة إلى عقود القانون العام. فالعقود الإدارية كما هو معروف تتمتع بخصائص ذاتية تميزها من غيرها من العقود الأخرى، وتخضع بصفة أساسية لأحكام القانون الإداري، ويتولى القضاء الإداري سلطة حسم النزاعات الناشئة عن تنفيذها. وبهذا فإن إعمال آلية التحكيم من شأنها أن تؤثر بشكل سلبي في طبيعة هذه العقود وخصائصها الذاتية، وبخاصة إذا استبعدت أحكام القانون الإداري، وطبقت بشأنها أحكام القانون الخاص، إضافة إلى الاعتداء على الاختصاص الأصيل للقضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن تلك العقود[939].

---

[938] د. مازن ليلو راضي،"تسوية منازعات العقود الإدارية بالوسائل البديلة عن القضاء"، مجلة جامعة دهوك، العدد 1،المجلد 18، عام 2015، ص 34.

[939] وليد محمد عباس يوسف، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق جامعة عين شمس، عام 2008 ص 110.

إن تبني آليات التسوية غير القضائية في منازعات العقود الإدارية لا يؤثر في طبيعة النظام القانوني لهذه العقود إذا اتفق أطراف النزاع على تسويته وفقاً لأحكام القانون الإداري، ذلك إنها في هذه الحالة تخضع للقانون العام الذي يعطي للإدارة سلطات خاصة لا يتمتع بها الطرف الآخر للنزاع. إلا أن الأمر يختلف في حال اتفقت الأطراف المتنازعة على إخضاع النزاع لنظام قانوني آخر لا يعترف للإدارة بسلطات وامتيازات خاصة تجاه الطرف الآخر للنزاع؛ ففي هذه الحالة، يؤثر اللجوء إلى التسوية غير القضائية، وبخاصة التحكيم بشكل مباشر في طبيعة النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، إذ يعمل ذلك على وضع الإدارة في مركزٍ مساوٍ لمركز الطرف الآخر، وهو ما يعرض المصلحة العامة للخطر[940].

[940] د.عبد العزيز عبد المنعم، "التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2005، ص 267.

المراجع والمصادر

أولاً- باللغة العربية:

أ- المؤلفات العامة والمؤلفات المتخصصة:

1- د. إبراهيم حبش، "التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة"، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، عام 2002.
2- د. إبراهيم الشهاوي،"عقد امتياز المرفق العام B.O.T"، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، عام 2003.
3- د. ابراهيم محمد علي،"آثار العقود الإدارية"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2003.
4- د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، "الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية: عقود البوت(BOT) وعقود الشراكة(PPP)، دراسة تحليلية مقارنة"، ط1، دار ومكتبة حامد للنشر والتوزيع، عمان، عام 2014 .
5- د. أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العلمية، الإمارات، عام 2016.
6- أحمد منصور"المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات"، المجلد الأول، بدون دار نشر، عام 1996.
7- د. أحمد شوقي محمد،"الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي"، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام 2006.
8- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2004.
9- د. أشرف عبد العالي الرفاعي،"اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية"، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2003.

10- د. أيمن فتحي محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية دراسة لنظرية العقد الإداري وتطورها في مصر وفرنسا، الطبعة الثالثة، عام 2017.
11- د. برهان زريق" نظرية البطلان في العقد الإداري"، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، عام 2002.
12- د. بسمان نواف الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام2014.
13- د. بشار جميل عبد الهادي،"العقد الإداري- الجوانب القانونية والإدارية والأدبية: دراسة تحليلية وحلول مقترحة"، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، عام 2015.

14- د. بلال أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية، دار الفكر العربي، القاهرة، عام 2012.
15- د. جابر نصار، عقود الـ (BOT) والتطوير الحديث لعقد الالتزام- دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام2002.
16- د. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2009.

17- د. جمال عباس عثمان، "النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة"، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، عام2007.

18- د. جهاد الحرازين، "الآثار المترتبة على عقد الامتياز" طبعة أولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، عام 2015.
19- د. حمد الشلماني"امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام 2017.
20- د. خالد عبد الفتاح محمد"الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، عام 2009.
21- د. خالد فلاح عواد العنتري،"التحكيم في العقود الإدارية في الكويت"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2010.
22- د. خالد المحمد، د. عيد قريطم، "العقود الإدارية"، الجامعة الافتراضية السورية، عام 2021... (مرجع رئيس للكتاب).
23- د. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة إبرام تنفيذ انتهاء- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام2017.
24- د. داوود عبد الرزاق الباز، عقد المعاونة في تسيير المرافق العامة (تبرعات الأشخاص للدولة) دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام 2006.
25- د. ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامّة في إنهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونيّة، القاهرة، عام2015.
26- د. رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1994.
27- د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، عام 1999.
28- د. زكريا المصري"أسس الإدارة العامة- التنظيم الإداري (الإدارة)النشاط الإداري- دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، عام 2007 .
29- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة- دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية العربية للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة، عام 2016.
30- د. سحر جبار يعقوب، "الجزاءات الإدارية في عقد التوريد- دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، عام 2020.
31- د. سمير عبد السيّد تناغو، مصادر الالتزام، ط1، مكتبة الوفاء القانونيّة، الإسكندريّة، عام 2009.
32- د. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2010.
33- د. سعدى محمد الخطيب، العقود البترولية وحق الشعوب في الموارد النفطية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، عام 2015.
34- د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن " العقود الإدارية "، منشورات جامعة حلب، بلا تاريخ نشر.
35- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، عام 2008.
36- د. السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية- دراسة مقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، عام2016.
37- د. صفاء محمود السويلميين، الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية، دراسات علوم الشريعة والقانون، عام 2015.

38- د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2010.
39- د. طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2008.
40- د. عاطف سليمان، النظام القانوني للبترول في البلاد العربية (القانون البترولي العربي)، المؤسسة العربية للدراسات والنشر،الطبعة الأولى، بيروت، عام 2013.
41- د. عاطف محمد عبد اللطيف،"امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات –دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2009.
42- د. عبد الله طلبة "مبادئ القانون الإداري"، منشورات جامعة حلب، دون عام نشر.

43- د. عبدالله طلبة، د. نجم الأحمد "القانون الإداري"، منشورات جامعة دمشق، عام 2004.
44- د. عبد الرؤوف بسيوني، تطور معيار العقد الإداري في القضاءين الفرنسي والمصري، دون دار نشر، عام 2010.
45- عبد الإله الخاني، "القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً"، المجلد الرابع، لا يوجد دار نشر، دمشق، عام 1985.
46- د. عبد الحميد مفتاح خليفة، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام 2018.

47- د. عبد المنعم الضوّي، سلطة القاضي في تكوين وتنفيذ العقد الإداري، ط 1، مكتبة الوفاء القانونيّة، الإسكندريّة، عام 2018.
48- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، "تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيم"، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2009.
49- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، عام 2008.
50- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، عام 2008.
51- د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت- BOT، دار الجامعة الجديدة، مصر، عام 2008.
52- د. عصام البرزنجي، " القانون الاداري"، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، عام 2015.

53- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2011.

54- د. علي خطار شطناوي،"موسوعة القضاء الإداري"،ج1، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام 2004.
55- د. عمر الخولي،"الوجيز في العقود الإدارية"، ط1، مكتبة فهد الوطنية للنشر والتوزيع، الرياض، عام 2012.
56- د. عماد صوالحية، "الجزاءات الإدارية العامة"، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، عام 2014.
57- د. علي محمد بدير،"مبادئ القانون الإداري"، مكتبة السنهوري، بغداد، عام 2012.
58- د. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2014.
59- د. كاوان إسماعيل إبراهيم، عقود التنقيب عن النفط وإنتاجه، دارالكتب القانونية، مصر، عام 2014.

60- د. ليث خلف، د. يعرب حبيب" أثر القيود الموضوعية السابقة على إبرام العقد الإداري على عمل سلطة الإدارة المتعاقدة"، دراسات علوم الشريعة والقانون، عام 2018.
61- د. مازن ليلو راضي، النظريةّ العامّة للقرارات والعقود الإداريّة، ط1، مطبعة شهاب، العراق، عام 2010.
62- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل، الأردن، ط1، عام 2011.
63- د. ماهر أبو العينين، المفصّل في شرح اختصاص مجلس الدولة وفقاً للأحكام والفتاوى حتى عام (2005)، ج3، مجلس الدولة قاضي القانون العام، بدون سنة نشر.

64- د. ماهر محمد علوان الجميلي، "فسخ العقد بالإرادة المنفردة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، عام 2019.
65- د. محمد مصطفى حرارة أنواع العقود الإدارية "دراسة وصفية تحليلية"، الجامعة الإسلامية بغزة، المركز الديمقراطي العربي 14 أغسطس 2020.
66- د. محمد الشافعي أبو راس،"العقود الإدارية"، بنها، مصر، دون عام نشر.
67- د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني العقد الإداري، دار النهضة العربية، عام 2012.
68- د. محمد الحسين، د. مهند نوح "القانون الإداري "، منشورات جامعة دمشق، بلا تاريخ نشر.
69- د. محمد حسن قاسم، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2016.
70- د. محمد حسن مرعي ألجبوري، "سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2014.
71- د. محمد عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، عام 2012.
72- د. محمد عبدالله فلاح، "مبادئ القانون الإداري"، دراسة مقارنة، عام 2011.
73- د. محمد عزمي البكري، عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، عام 2016.
74- د. محمد سامح عبد الله عبد الرحمن، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة- دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، عام 2016.
75- د. محمد الفقي، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2002.
76- د. مريم محمد أحمد، "سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الحقانية، القاهرة، عام 2016 .
77- د. محمد علي خلايلة، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عام 2015.
78- د. محمد العموري"العقود الإدارية"، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، عام 2018.

79- د. محمود الجبوري"العقود الإدارية"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام2010.
80- د. مراد محمود المواجدة" التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة"، دارالثقافة للنشر، عمان، عام 2010.
81- د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د.حمد محمد الشلماني، "انقضاء العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، عام 2013.
82- د. موسى مصطفى شحادة، العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الشارقة، عام 2015.
83- د. نجم الأحمد، "التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية"، عام 2018، بدون دار نشر.
84- د. نصرت منصور، "العقود الإدارية"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، عام 2010.

85- د. نواف كنعان، الوجيز في القانون الإداري الأردني، الآفاق المشرقة، عمان،عام 2012.
86- د. هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2014.
87- د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام 2014.
88- د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT: حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عام 2010 .
89- د. يونس إسماعيل حسن كه ردي "أحكام الفسخ في العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2015.

ب- رسائل الدكتوراه:

1- إبراهيم الحسن، "قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية"، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، عام 2012.

2- حسام خدّام الجامع،" السياسة القضائية لنظرية التعويض العادل في العقود الإدارية- دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، عام 2021.

3- حمد الأحمد، "الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد الإداري- دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، عام2021.

4- حوحو يمينة، عقد البيع الالكتروني(دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر(1) كلية الحقوق، السنة الجامعية عام 2011-2012.
5- دوفان ليدية، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح- ورفلة، عام 2018.
6- عبد الفتاح أبو الليل" أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، عام 1993.
7- علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ على تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام 1991.

8- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، الجزائر، عام 2010.
9- محمد حاج طالب:"دور المحررات العرفية المعدة مقدماً في الإثبات المدني"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، عام 1999.
10- وليد محمد عباس:"التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، عام 2010.

ج- رسائل الماجستير:

1- إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2005- 2006.
2- توركان ابراهيم علي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري والرقابة القضائية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، عام 2006.

د- المجلات، والدوريات، والمؤتمرات:

1- إبراهيم مشيمش ابراهيم: "الاعتمادات المالية وأثرها في المراكز القانونية للموظفين"، مجلة مجلس الدولة، السنوات الثامنة والتاسعة والعاشرة، مطابع مؤسسة أخبار اليوم، عام 1990.
2- أحمد بوعشيق" عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص"، ندوة" نحو أداء متميز في القطاع الحكومي" في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية، الرياض، عام2009.
3- د. أزاد شكور صالح "الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وعلاقتها بالقضاء"، مجلة رسالة القضاء، العراق، العدد 1، عام 2013.
4- د. بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير 2006.

5- د. جابر نصار، "التوفيق في بعض منازعات الدولة"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد 73، عام2003.
6- د. حكيم عبد الرحيم محمد ناصوف، د.عزت محمد سعد الزعويلي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال العامة، المجلة الدولية للقانون والدراسات السياسية، المجلد 2، العدد 2، 2/ 11/ 2020:https://al-kindipublisher.com/index.php/ijlps ISSN: 2709-0914

7- د. سامي الطوخي، "الوسائل البديلة لفض المنازعات وأبعاد أزمة العدالة"، مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، عام 2012.
8- د. صباح رمضان ياسين، مرابط خديجة، "التسوية غير القضائية لمنازعات العقود الإدارية"، مجلـــة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد5 مارس 2017 .

9- د. طارق النحاس، "التطورات القضائية بخصوص طعن الغير في العقد الإداري"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد1، السنة الخامسة، مارس2017 .

10- د. عبد الحليم مجدوب "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم"- مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد17، المركز الديمقراطي، برلين، ألمانيا، سبتمبر2019.
11- د. عبد الحليم مجدوب، سحب العمل كجزاء إداري تعرضه الإدارة ضد المتعاقدين المخلين بالتزاماته التعاقدية، بحث منشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 21/ 2018.
12- د. عبد العزيز السيد الخوري ثابت، مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 33، العدد الأول، مارس 1989.
13- د. كاظم السويدي"الإذن المالي وأثره في إبرام العقد الإداري"، مجلة كلية التربية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد (42)، عام 2019.
14- د. لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجبتها، مجلة ديالى، العدد 53، عام 2011 .

15- د. محمد عبد الخالق محمد الزعبي" عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص بين النظرية والتطبيق والتحكيم في منازعاتها، ندوة عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص والتحكيم في منازعاتها، الأردن- عمان، تشرين أول، 2010.

ثانياً - باللغة الأجنبية:

1-Diallo (A.K.), La résiliation pour motif d'intérêt général d'un contrat administratif, MÉMOIRE, UNIVERSITÉ DE REIMS, 2019.
2-Amilhat (M.)Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics ,thése l'Université de Lille,2019.
3-Du Laubadére(A.) , contrats administratifs , tome1 ,2éd, L,G,D,J, 1983.
4-Audit (M.), Sylvain Bollée, Pierre Callé, droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ , France, 2014. 5-Barbosa(L.C.F.),La théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public , Mémoire de Droit public ,BANQUE DES MEMOIRES,2019.
7-Bouhier (V.), Riccardi (D.), L'exécution des contrats administratifs,Le Moniteur 2018.
8-Brenet (F.), Recherches sur l'évolution du contrat administratif, Thèse, Poitiers, AJDA 2003.
9-Brisson(.J.F), Les fondements juridiques du droit des marches publics, Inprimerie, le Moniteur national, Paris, 2004.
11-Chapus(R.), Droit administratif général, T. 1, 15 éd., Montchrestien.
12-Chatillon (S.) , le contrat international , 3 éd, Vuibert , Paris, 2007.
13-Clouzot (L.), Ludivine. La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude. RFDA, 2010.
14-Courtau(C.), « La recherche d'un accord équitable en matière de conciliation : entre liberté, équité et droit », le 23 mai 2018.
15-Dreyfus (J.D.), Transaction et commande publique:les frontiers avec le délit de favoritisme, AJ. Collectivités Terntoriales 2012.
16-Delpech (X.), « interdépendance contractuelle : mise en échec de le clause de divisibilité » Dalloz actualité, 2013.
17-Devillers (P.), Résiliation de délégations de service public et biens de retour : nouvelles précisions , Contrats et Marchés publics, 2015.
18-Delvové (P.), Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif, RFDA 2016.
19-Eckert (G.), «Résiliation pour motif impérieux d'intérêt général », Contrats et Marchés publics, 2019.
20-Emmanuelle(E.),"Une médiation porteuse de solutions face aux modifications des contrats publics en cours" 2019.
21-Gabriel(E.), « Résiliation pour motif impérieux d'intérêt général ? », Contrats et Marchés publics, 2019.
22-Gaudemet (Y.),Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire, RDP, 2010.
23-Guiomard(P.),La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, Dalloz actualité, 2020.

24-Güechá Torres (J.T.) y Güechá Medina (C. N.). La resiliation unilaterale du contrat administratif en france. Revista Verba Iuris, 14 (42) (2019).
25-Guettier(C.) Droit des contrats administratifs,3 éd., Thémis-droit PUF, Paris, 2011.
26-Hoepffner (H.), Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2016.
27-Laurent (F.P.), Prcis de droit administratif, d. Montchrestien, Paris, 2001.
28-Lemaitre (M.F.).Les critères des choix des offres dans les marches poblics. R.M.P., 1992.
29-Lichere (F.), Droit des contrats publics, Dalloz, 2 ed. 2014.
30-Liorens (F.)"Les avenants aux délégations de service public entre droit national et droit communautaire in Bien public, bien commun, mélanges en l'honneur d'E.FATOME, Dalloz,2011.
31-Lombard (M.) et autre , Droit administratif , Dalloz , 10 éd , 2013.
32-Long. (M), Weil. (P), Delvové. (P), Generois. (B), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 13éd, Dalloz, Paris, 2001.
33-Lehoux (F.),L'interdiction des libéralités, une limite à l'aménagement contractuel de la résiliation pour motif d'intérêt general,Contrats Publics, 2017.
34-Levain (L.), et al, Evaluer et atténuer les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Coronavirus sur les contrats administratifs en cours d'exécution, 24 mars 2020 https://rmt.fr/wp-content/ACTU2020/PUBLIC/Flash info-Covid-19 contrats administratifs-VDEF-2403.1%29.pdf.
35-Mayer(L.) La transaction, un contrat special? RTDC, 2014.
36- Llorens (F.),Soler-Couteaux (P.),La théorie administrative de l'imprévision est-elle dépassée ?, Contrats-Marchés publ. 2018.
37-Long (M.), Weil (P.), Braibant (G.) et al., Les grands arrêtsde la jurisprudence administrative, 22édition, Dalloz, 2019.
38 -Melleray (F.), Le recours des tiers contre un contrat de recrutement d›agentpublic AJDA 2015.
39-Ménéménis (A.), Contentieux des contrats , AJDA 2011.
40-Noguellou (R.), « L'exécution des contrats de concession », AJDA, 2016.
41-Noury (A.), Les modes altematives au règlement par les juridictions ètatiques des litiges intéressant l'administration? J.C.P.A, 25 Juillet 2005.
42-Ngampio(O.B.),«Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », Urbain, 2015.
43-Teevin(P.), Droit administratif français, Partie IV,Chapitre 2, Chapitre 2, Revue générale du droit en ligne, 2013, n ° 4645.

44-Plessix (B.), L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Paris : Éd. Panthéon-Assas,LGDJ, 2003.

45-Poudret (J.F.) et Besson(S.), Droit comparé de l'arbitrage international, éd., Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J Schulthess, 2002.
46-Pouyaud (D.), Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats , RFDA 2015.

47-Richer (L.), Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2016.

48-Robert (J.) L' arbitrage, droit interne et droit international prive, 5 ed, paris, dalloz, 1983.
49-Salama (M.N.M) ,La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 et le droit administratif Vers une théorie commune des contrats,2018.
50-Salvage (F.), Le caractère obligatoire d'une dépense née d'une transaction, RFDA,2013.

51-Thibierge (L.), « Les effets du contrat », AJ Contrat 2018.

52-Torres, (J.) y Güechá,(C.). La resiliation unilaterale du contrat administratif en france. Revista, (2019).

53-Vedel (G.)et Delvolvé(P.),Droit administratif, P.U.F.Paris, 1993.
54-Villiers, Dictionnaire de droit constitutionnel, A. colin, Paris, 2001.
55-Waline (J.) , Droit administratif , Dalloz 24e éd , 2012.

56-Yolka(P.), Traité de droit administratif, Les modes altematifs de règlement des litiges administratifs, Dalloz , Paris, 2011.

.....

اللجنة العلمية:

أ.د. يوسف شباط.

أ.د. سعيد نحيلي.

أ.د. نجم الأحمد.

المدقق اللغوي:

أ. د. حسن الأحمد

حقوق الطبع والترجمة والنشر

محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات