



جامعة دمشق

كلية الحقوق

آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إشراف الأستاذ الدكتور

محمد يوسف الحسين

إعداد

سوسن البيطار



جامعة دمشق

كلية الحقوق

آثار العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد

سوسن البيطار

لجنة الحكم لمناقشة رسالة الدكتوراه في الحقوق - قسم القانون العام :

أ.د. محمد الحسين الأستاذ في قسم القانون العام - جامعة دمشق عضواً مشرفاً

أ.د. محمد العبادي الأستاذ في قسم القانون العام - الجامعة الأردنية عضواً

د. محمد سعيد التحيلي الأستاذ المساعد في قسم القانون العام - جامعة البعث عضواً

د. فواز الصالح الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص - جامعة دمشق عضواً

د. نجم الأحمد الأستاذ المساعد في قسم القانون العام - جامعة دمشق عضواً

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

”وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا“

سورة النساء الآية "١١٣"

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

”وَلَوْ كُنَّا رَبُّكَ لَفَلَانِ سُبْحَانَكَ وَقَدْ عَلِمْنَا بِهَدْيِكَ نَهْيَ الْآفَرَبِ مِنْ قَدَرٍ عَدَدًا“

سورة الكهف الآية "٢٤"

شكر وتقدير

يقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم :

"إن مثل العلماء في الأرض كمثل النجوم يهتدى بها في ظلمات البر والبحر فإذا انطمست النجوم أوشك أن تضل الهداة".

فالحمد لله الذي أوضح سبل العلم لنا وأنارها بعلمائنا الأفاضل:

فإلى أستاذي الدكتور محمد الحسين الذي حُبب إليّ طريق العلم وأناره لي بروح الوالد وبكل تواضع رجال العلم ومنحني من وقته الكثير ومن علمه الغزير .

والى الأساتذة أعضاء لجنة التحكيم الذين تحملوا عناء قراءة الرسالة والاشتراك في الحكم عليها .

والى أعضاء الهيئة التدريسية في كلية الحقوق عامة وأساتذة القانون العام خاصة كل الشكر والتقدير والعرفان ، ولا يسعني إلا أن أقول لحضراتكم جزاكم الله عني كل الخير .

المقدمة

في زمن أضحت فيه العلاقات حتى الأسرية قائمة على المصالح الشخصية ، ظهر في دربي نور أمدني بالأمل والتفاؤل والعزيمة والتصميم .

فإلى من جسدت الأخلاق النبيلة والقيم الفاضلة ، أهدي ثمرة جهدي المتواضع .

علاالحسين

المقدمة

بعد أن تطور مفهوم الدولة في العصر الحديث وانتقلت الدولة في كل بقاع العالم من دولة الحراسة إلى دولة الخدمات والمرافق لم تعد مهمة الدولة مقتصرة على المهام التقليدية التي كانت تقوم بها في السابق كالدفاع والأمن والعدالة ، بل تعددت المهام وتشعبت وتكاثرت تبعاً لتطور حاجات الجماهير وتعددتها ، مما ألقى على عاتق الدولة عبئاً كبيراً يتمثل في المشاريع والمرافق العامة التي أخذت تنفذها لخدمة الجماهير وإشباع رغباتهم .

وأمام هذه الأعباء لم يعد القرار الإداري الوسيلة الوحيدة التي تلجأ إليها الإدارة للنهوض بالوظائف الملقاة على عاتقها ، بل أصبح لها سبيل آخر للقيام بمهامها - وهو سبيل الاتفاق الودي مع الأفراد - تلجأ إليه في حال قدرت أنه السبيل الأنجع لتحقيق الأهداف العامة ، فعندها لا يكون التصرف القانوني مجرد تعبير عن إرادة منفردة وإنما تلاقي إرادة الإدارة مع إرادة أخرى فينتج عن ذلك نوعان من العقود :

- عقود إدارة تخضع للقانون الخاص ، تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد في تعاقدتهم مستخدمة في ذلك وسائل القانون الخاص .
- عقود إدارة تخضع للقانون العام تبرمها الإدارة في سبيل إشباع حاجات مرافقها العامة المتزايدة مستخدمة في ذلك امتيازات السلطة العامة ، ويطلق عليها تسمية " العقود الإدارية " ، هذه العقود عرفها القضاء الإداري السوري على أنها :

" العقود التي يبرمها شخص عام بقصد تسيير مرفق عام وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك من خلال السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام ، أو بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص " (١) .

وبذلك نجد أن وصف العقد بأنه إداري لا يستقيم إلا إذا تحققت له ثلاثة عناصر وهي:

- ١- أن تكون الإدارة طرفاً فيه .
- ٢- أن يتصل العقد بتسيير مرفق عام .
- ٣- أن يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص .

ولما كانت الإدارة تستعين في تنفيذها للعقد الإداري بوسائل وأساليب السلطة العامة لذلك فإن هذه الطائفة من العقود خضعت لنظام قانوني مختلف ومغاير للنظام القانوني الذي ينظم ويحكم عقود الأفراد .

و الاختلاف بين نوعي عقود الإدارة السابقة يتجلى بصورة واضحة خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري من خلال الآثار التي ينتجها سواء بين طرفيه أو في مواجهة الغير ، وهذا النوع الأخير من الآثار سيكون محور الدراسة التي سأقدمها من خلال هذه الرسالة .

لن أقول إنني تناولت في أطروحتي هذا موضوعاً جديداً لم يتعرض له الفقه بالبحث والدراسة ، ذلك لأنه من حيث المبدأ قلماً يوجد موضوع لم يتصدى له باحث بشكل أو بآخر ببحث ودراسة وافية ، إلا أن الجدة في الموضوع تكمن في انتقاء العناصر

١- راجع حكم المحكمة الإدارية السورية العليا رقم /١٣/ في الطعن رقم /٥٠/ لعام ١٩٦٦مجموعة

المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٦٦ ص ١٠٧ .

التي تخدم الموضوع كذلك في الكيفية التي تقدم بها هذه العناصر، مع إبراز المستجدات التي يمكن أن تكون قد طرأت على الموضوع.

وقد حاولت في بحثي هذا مراعاة ذلك قدر الإمكان، فقامت بتدعيمه بعناصر جديدة لم يتطرق لها باحثو هذا الموضوع مسبقاً ، رأيت أن مناقشة موضوع آثار العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير لا تستقيم إلا بها ، كما حاولت إدراك الأمور المستجدة على هذا الموضوع معتمدة في ذلك على النصوص القانونية الحديثة ، كذلك الاجتهادات الحديثة سواء في فرنسا ومصر وسورية والتي دعمت بحثي بشكل كبير.

بداية رأيت من الأهمية أن أبدأ البحث بفصل تمهيدي أبين فيه مبدأ القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأفراد ومدى انطباق هذا المبدأ على العقود الإدارية ، مفرقة في ذلك بين الأطراف الملزمة بالعقد والغير الأجنبي عنه ، مقارنة في ذلك بين العقود المدنية والعقود الإدارية .

ثم قسمت بقية البحث إلى بابين قدمت في الأول دراسة تفصيلية للأسس العامة التي تحكم الآثار المتولدة عن العقد الإداري مؤكدة في الفصل الأول على استقلال المبادئ التي يخضع لها العقد الإداري في تنفيذه ، عن تلك التي يخضع لها العقد المدني ، في حين حاولت في الفصل الثاني استنباط الحل القانوني الملائم لتبرير امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير و تقديم نظرة جديدة غير مسبقة للأساس القانوني الذي يبرر هذا الامتداد .

وانتقلت في الباب الثاني إلى الجانب العملي من الرسالة فقامت بسرد بعض الصور التي تتجلى فيها آثار العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير ، وبينت من خلال هذا الباب أبرز الحقوق التي يمكن أن يكتسبها الغير من العقود الإدارية كذلك وضحت الالتزامات التي يمكن أن تنقل كاهله ومن ثم حاولت توضيح الوسائل والسبل القانونية

التي يتمتع بها الغير لضمان حقوقه تجاه الإدارة ، كذلك تجاه المتعاقد الذي منحه الإدارة العديد من المزايا والسلطات التي تخوله فرض التزامات تجاه الغير ، الأمر الذي يمكن أن يؤدي إلى تعدي هؤلاء المتعاقدين على حقوق الغير خصوصاً أننا بتنا في مرحلة ازدادت فيها شروط العقود الإدارية تعقيداً ورجحاناً لصالح المستثمرين المتعاقدين مع الإدارة الأمر الذي يعني استئثار هؤلاء المتعاقدين بالمزيد من المزايا والسلطات التي ستحولهم فرض المزيد من الالتزامات على عاتق الغير .

الفصل التمهيدي

قوة العقد الملزمة بالنسبة للأشخاص

يعد مبدأ الرضائية من المبادئ المسلم بها في نطاق العقود ، فلانعقاد أي عقد يكفي توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني ، إرادة توجب وأخرى تقبل .

ومتى نشأ العقد صحيحاً مستوفياً لشروطه وأركانه خلصت له قوته الملزمة ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به ، باعتبار أن الإرادة الحرة لطرفيه هي من أعطت هذا الاتفاق فعالية لإنتاج الأثر القانوني المنشود بمقتضى السلطان المخول لها، فالعقد يستمد قوته الملزمة من إرادة طرفيه الحرة فقط ودون اللجوء إلى أي سلطة أخرى ، لذلك فهو شريعة المتعاقدين.

هذه القاعدة قننت بموجب النصوص التشريعية وأصبحت من المبادئ الأولية المسلم بها في تشريع كل بلد. (١)

ومؤدى هذه القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدان - أو بعبارة أدق - ما يدخل في نطاق العقد يكون ملزماً للمتعاقدين كما لو أن القانون قد نص عليه، إلا أن العقد - كقانون خاص - يفترق عن القانون الصادر عن الدولة من حيث أن الأول ينحصر تطبيقه في

١ - راجع المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي كذلك المادة "١٤٨" من القانون المدني السوري.

الأصل بين طرفيه في حين أن الثاني يلزم كافة الأفراد . (١)

ولما كانت أشخاص العاقدين مصيرها إلى الزوال، ولما كانت أموالهم باقية بعد فنائهم تنتقل إلى غيرهم ، تعين القول بأن أثر العقد ينصرف من العاقد إلى خلفه العام كذلك خلفه الخاص وبشروط معينة، كما يتأثر دائنو العاقد بطريق غير مباشر بما يبرمه من عقود.

إذاً فقوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص لا تقتصر على عاقيه فقط بل تمتد لتشمل من يمثلانها من خلف عام أو خلف خاص، كذلك الدائنين .

أما ما عدا هؤلاء فيعدون من الغير بالنسبة إلى العقد، والأصل أنهم لا يتأثرون به إلا على سبيل الاستثناء .

هذه المبادئ تعد من المسلمات في مجال القانون المدني ، أما في نطاق القانون الإداري فإن صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام تحدد بالإدارة بأن تراعي اعتبارات خاصة في شخص المتعاقد معها سواء من ناحية الكفاءة الفنية أو المقدرة المالية أو الجنسية... الخ وتلعب الغاية التي تسعى إلى تحقيقها العقود الإدارية - النفع العام- دوراً كبيراً وواضحاً في تحديد الصفات الواجب توافرها في المتعاقد مع الإدارة لضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق الصالح العام على أكمل وجه .

١- د سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- الجزء الثاني- دار صادر بيروت- لبنان الطبعة

الرابعة- ١٩٩٨- ص ٥٧

- انظر كذلك : د عبد الفتاح عبد الباقي- نظرية العقد والإرادة المنفردة- بلا دار نشر ١٩٨٤-

ص ٥٣.

ومن ثم فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول في العقود الإدارية سواء تعلق الأمر بإبرام العقد أو تنفيذه .

وإذا كانت شخصية المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري محلاً للاعتبار كما أسلفنا فإننا نجد من الضرورة بيان الأثر المترتب على وفاة المتعاقد أو إفلاسه و كذلك الأثر المترتب عن تنازله عن العقد سواء كلياً أو جزئياً .

وسنقوم بتوضيح الأفكار السابقة من خلال تحديد الأشخاص الذين يرتبطون بالعقد ويتأثرون بمفاعيله كقاعدة عامة ، نخلص منها إلى الاستثناء الذي يسمح بمد آثار العقد إلى الغير سواء نتجت هذه الآثار عن عقد إداري أم مدني .

المبحث الأول

المتعاقدان والغير بالنسبة للعقد

إذا قلنا إن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة المتعاقدين فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب بل المقصود هما وخلفهما العام والخاص .

فالمتعاقدان إذا تراضيا على التعاقد واتجهت إرادتهما إلى الالتزام بما سيترتب عليه ، انصرف أثر العقد إليهما ، كذلك إلى خلفهما عاماً كان أو خاصاً ، ذلك لأن العقد لا ينفع ولا يضر غير عاقيه وخلفائهم ، فالغير لا يتحمل التزاماً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، كما أن الدائنين الشخصيين يتأثرون بالعقد فلا يعدون من الغير ، إذ ينصرف أثر العقد إليهم .

ومعنى الغير لا يمكن تحديده بطريق الحصر ، بل يتم تحديده من خلال اللجوء إلى طريق الاستبعاد فنقول إن الغير هو الذي لم يكن طرفاً في العقد لا أصالة ولا نيابة ، ولا هو بالخلف العام أو الخاص ولا دائناً أيضاً . الفقهاء لم يتوصلوا إلى هذه النتيجة إلا بعد جولات من الجدل ، سنقوم ببحثها ومناقشتها من خلال :

المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف والدائنين .

المطلب الثاني : مفهوم الغير بالنسبة إلى العقد.

المطلب الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف والدائنين

سبق وذكرنا أن آثار العقد تبقى محصورة بعاقديه ، فهو من صنعهما وهما بالتالي من يتأثر به ، وهذا يعد أمراً بديهياً ذلك لأن العاقدين عندما اتجهت إرادتهما إلى الارتباط بالعقد قد قبل كل منهما أن تنشأ في ذمته آثار هذا العقد من حقوق والتزامات وهذا الأثر يحدث بقوة القانون بمجرد انعقاد العقد حيث يصبح كل من الطرفين دائناً أو مديناً بما اشترطه أو تعهد به .

والأصل أن يقف أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص عند طرفيه اللذين قاما بإبرامه ، ذلك لأن العقد ملزم لطرفيه فقط ، فلا يمتد إلى سواهما ومن ثم لا يتصور أن يتحمل غيرهما أو يتأثر بآثار هذا العقد ، إلا أن طبيعة الحياة وتشابك العلاقات البشرية ، سمحت لهذا الأثر بأن يتعدى العاقدين إلى من يخلفونهم في حقوقهم ، فالإنسان إلى زوال ولا بد من وجود من يخلفه في الحقوق التي يتركها بعد موته ، وعندها يتأثر الخلف بالعقود التي سبق وأبرمها السلف ، بل إن حقوق الشخص قد تنتقل منه إلى غيره أثناء حياته فيتأثر الشخص الذي انتقل إليه الحق بالعقود التي سبق وأبرمها ناقل هذا الحق ، كذلك فإنه من المقرر أن الدائنين يلحقون بالخلف العام.

وسنتكلم تباعاً عن كيفية انصراف آثار العقد إلى الخلف العام والخاص والدائنين من خلال التفصيل الآتي :

أولاً : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام .

ثانياً : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص .

ثالثاً : أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين .

أولاً : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام :

سبق وأشرنا إلى أن أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، يشمل المتعاقدين وخلفهما و دائنيهما .

أما المتعاقدان فأمريهما واضح، إذ يلتزم كل عاقد بعقده، سواء عقده بنفسه أم عقده بطريق النيابة وذلك لأن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل لا إلى النائب(١) ، أما خلف المتعاقدين فهما إما خلف عام أو خلف خاص.

فالخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها كالوارث الوحيد، أو في حصة منها كالوارث مع غيره ، والموصى له بحصة في التركة .

والقاعدة أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام فتنتقل إليه الحقوق الناشئة عن العقد(٢).

وليست الحقوق الناشئة من العقد هي وحدها التي تنتقل إلى الخلف بل تنتقل إليه أيضاً الالتزامات التي أنشأها العقد مع اختلاف في ذلك بين القانون الفرنسي و القانونين السوري والمصري .

١- أ.د. محمد وحيد الدين سوار - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - منشورات جامعة دمشق -

الطبعة الثامنة - دمشق - ١٩٩٦ - ص ٢٥٣ .

٢- أ.د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ٧٢٢ .

ففي القانون الفرنسي :

يعتبر الوارث مكملاً شخصية المورث ويحل محله في ذمته المالية بكل ما يتعلق بها من حقوق والتزامات مهما بلغت، ويلتزم الوارث بها في ماله الخاص كما لو كانت هذه الالتزامات ديوناً خاصة به نشأت مباشرة في ذمته، وذلك أن المورث يعتبر أنه لم يتعاقد لحساب نفسه فحسب، بل كان في ذلك ممثلاً ورثته أيضاً فطبيعي أن تلتزم ورثته من بعده بما التزم به . (١)

أما في القانون المصري والسوري :

فإن قاعدة الميراث الأساسية التي قيدت انصراف أثر العقد إلى الخلف العام تقضي بأنه : " لا تركة إلا بعد سداد الديون" (٢) ومقتضى هذه القاعدة أن لا يسأل الوارث شخصياً عن التزامات المورث على نحو مطلق ، بل يسأل في حدود التركة فقط ، فإذا كانت أموالها كافية لوفاء الديون وفاض منها شيء بعد ذلك انتقل إلى الورثة ، وإن لم تكن كافية لم يكن لدائني المورث الرجوع على الورثة فيما بقي لهم من ديون ، ذلك لأن أموال المورث وديونه تنتقل إلى الوارث بمجرد الوفاة فيصبح مالكا للأموال ومديناً بالديون إلا أن مسؤوليته عن هذه الديون ليست مسؤولية شخصية تمتد إلى كافة أمواله الموروثة وغير الموروثة ، وإنما هي مسؤولية عينية محددة فقط فيما تلقاه عن مورثه من أموال .

١- د . سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٥٧٣ .

٢- المادة /١٤٥/ من القانون المدني المصري .

- كذلك المادة /١٤٦/ من القانون المدني السوري .

وبناء على ذلك لا يعتبر العاقد ممثلاً ورثته فيما يبرمه من عقود ولا يلزم بعقوده إلا نفسه وتركته من بعده . أما ورثته فلا يلزمهم بشيء . (١)

غير أن الوارث باعتباره صاحب الحق في صافي حقوق التركة يتأثر بالالتزامات الناشئة عن عقود مورثه بالقدر الذي تنقص به هذه الالتزامات صافي موجودات التركة . (٢)

إذاً فيمكننا القول بأن الأثر السالب للعقد ينصرف إلى الخلف العام بطريق غير مباشر في حدود الأموال التي يتركها السلف .
وإن كانت القاعدة هي انصراف أثر العقد إلى الخلف العام إلا أن المشرع السوري ألقى بعضاً من الاستثناءات (٣) على هذه القاعدة ، الأمر الذي أدى إلى الحيلولة دون انصراف أثر العقود التي يبرمها السلف إلى خلفه العام .
وتتمثل هذه الاستثناءات بـ :

١- **العقد** : إذا اتفق المتعاقدان على اقتصار آثار العقد عليهما وعدم امتدادها إلى ورثة أحدهما، كما لو اتفقا في عقد الإيجار على أن الإجارة تنتهي بموت المستأجر .

١- د. أحمد الحجي الكردي- الأحوال الشخصية- منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٨ - الطبعة السادسة- ص ٢٤٦.

- انظر أيضاً ٢٠٠٠ د. محمد وحيد الدين سوار - الحقوق المدنية الأصلية - مطبعة الراوي- دمشق - الطبعة الثامنة - ٢٠٠٠ - ص ٧١٦.

٢- د. محمد محمود عبد الله- المدخل إلى علم القانون- الطبعة السابعة- منشورات جامعة دمشق- ١٩٩٧- ص ٣٠٦.

٣- المادة ١٤٦/ من القانون المدني السوري.

٢- إذا كانت ديون التركة تزيد عن حقوقها: فالوارث هنا لا يلتزم إلا في حدود ما آل

إليه من حقوق التركة . (١)

٣- طبيعة التعامل : إذا كانت طبيعة الأثر المترتب على العقد- حقاً كان أو التزاماً-

لا تجيز انتقاله إلى ورثة العاقد كأن يكون الأثر مرتباً مدى الحياة، أو أن يكون التزاماً، روعيت فيه شخصية المدين أو صفة من صفاته - كالعقود المبرمة مع

أصحاب المهن الحرة .(٢)

٤- نص القانون : وقد ينص القانون على عدم انتقال آثار بعض العقود إلى الورثة

نظراً لاتصال الالتزامات الناشئة منها بشخص العاقد، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها :

- عقد الوكالة(م ٦٨٠) مدني سوري، عقد المزارعة (٥٩٣) مدني سوري وعقد

الشركة الذي ينقضي بموت أحد الشركاء (١/٤٩٦) مدني سوري وأيضاً حق

الانتفاع الذي ينقضي بموت المنتفع (١/٩٥٤) مدني سوري (٣)

بالإضافة إلى الاستثناءات السابقة ، هناك حالات يخول فيها الشارع الوارث حقوقاً

تكفل حمايته من تصرفات المورث الضارة، ويتبدى ذلك في حالتين :

أ- الوصية فيما يجاوز الثلث :

إذ يعد عندها الورثة من الغير فلا تنفذ في حقهم تصرفات المورث إلا إذا

أقروها(٤).فالقانون يبيح للمورث التصرف في جميع أمواله حال حياته حتى لو

أضر هذا التصرف بالورثة، أما إذا تصرف في ماله لما بعد الموت

١- د. السيد محمد السيد عمران- الأسس العامة في القانون- منشورات الحلبي- لبنان-٢٠٠٢-

الطبعة الأولى ص ٢٤٢.

٢- أ. د. وحيد الدين سوار- النظرية العامة للالتزام- المرجع السابق- ص ٢٨١.

٣- أ. د. عبد الرحمن الصابوني- المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي- الجزء الثاني- الطبعة

السادسة- منشورات جامعة دمشق ١٩٩٦- ص ٦٨.

- انظر أيضاً : د. سليمان مرقس- المرجع السابق- ص ٥٧٦.

٤- المادة (٢/٢٣٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري .

بطريق الوصية فالقانون والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية المطبقة دائماً في هذه المسألة- يتقدم لحماية الوارث، ويقيد من تصرفات المورث، فلا يبيح له التصرف في ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث بعد طرح الديون من التركة وعلى ذلك يمتنع على المورث أن يمس في تصرفاته ثلثي صافي التركة والذي يعد حقاً خاصاً للورثة استمدوه من الشارع ، ولذا فهم بالنسبة لتصرفات المورث في هذا القدر يعدون من الغير فلا تنفذ في حقهم هذه التصرفات إلا إذا أقروها .(١)

ب- التبرعات التي تصدر من المورث في مرض الموت: (٢)

مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الموت ويعقبه الموت فعلاً، وقد ألحق المشرع بالوصية التبرعات التي تقع في مرض الموت فلا تنفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث ، وفيما يجاوز الثلث يعد الورثة بالنسبة إليه من الغير وبالتالي لا تنفذ في حقهم إلا إذا أجازوها (٣).

وصفة الخلف العام ليست حكراً على الأشخاص الطبيعية بل إن الأشخاص المعنوية- ولا سيما الشركات والنقابات - تملك ذمة مالية أيضاً تنتقل عند حلها إلى شخص معنوي آخر تكون له صفة الخلف الكلي أو بصفة كلية ، و على هذا النحو يكون الأمر بشكل خاص في حالة امتصاص شركة لشركة أخرى أو اندماجها أو تأميمها(٤)

١- أ. د. وحيد الدين سوار- المرجع السابق- النظرية العامة للالتزام- ص ٢٨٢.

٢- د. مصطفى سعيد الخن- الكافي الوافي في أحوال الفقه الإسلامي- دار الرسالة- بيروت لبنان- الطبعة الأولى- ٢٠٠٠- ص ٧٧ .

٣- المادة (٣/٨٧٧) من القانون المدني .

- انظر في نفس المعنى د. عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع السابق- ص ٥٧٥.

٤- جاك غستان- كريستوف جامان- مارك بيو- المرجع السابق ص ٤٤٢.

إذاً فالقاعدة في عقود القانون الخاص أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام فتنتقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.

والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هل تلاقي هذه القاعدة تطبيقاً لها في مجال العقود الإدارية ؟

قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص أنه في حال وفاة المتعاقد مع الإدارة يتعين الرجوع إلى شروط العقد ودفاتر الشروط فهي تحرص عادة على بيان الأحكام الواجبة الاتباع في هذه الحالة (١).

و هي لا تلتزم حلاً موحداً في ذلك ، فالحل - كما سنلاحظ - يختلف من عقد لآخر ، ذلك لأن الاعتبار الشخصي - كعنصر جوهري يتعلق بإبرام العقد وتنفيذه - لا يشكل هدفاً بحد ذاته بقدر ما يكون وسيلة تضمن بها الإدارة تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق الصالح العام .

ففي عقود الامتياز تنص دفاتر الشروط عادة على أن أي تغيير في شخص الملتزم لا يتم إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة ، هذا يعني أن العقد - في حال توفي المتعاقد - لا يفسخ بقوة القانون بل يؤول الالتزام إلى الورثة ، والإدارة لا تملك الرفض إلا في حال عدم توفر الكفاءة الفنية اللازمة للاستمرار في التنفيذ في ورثة المتعاقد . (٢)

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢١/٤/١٩٥٠ في قضية " Nuncie " كذلك حكمه في قضية " Ville d'Alger " تاريخ ١٥/١١/١٩٣٧ .

2- Laubadere. A -Traité théorique et pratique des contrats administratifs ,T2 , paris éd,1956,p 117.

بالمقابل نجد أن شخصية المتعاقد وكفاءته الفنية في عقود الأشغال العامة تكون محلاً للاعتبار لدرجة كبيرة ، الأمر الذي يبرر انفساخ العقد بقوة القانون في حال وفاته ودون

تعويض إلا إذا رأت الإدارة قبول العروض المقدمة من ورثة المقاول من أجل الاستمرار في تنفيذ الأشغال وكان في ذلك مصلحة محققة للمرفق.(١)

بينما يتضاءل الاهتمام بالاعتبار الشخصي للمتعاقد في عقود التوريد مقارنة بالعقود الأخرى ذلك لأن طبيعة عقود التوريد لا تتنافى مع إمكانية الاستمرار في التنفيذ بعد وفاة المورد بواسطة ورثته طالما أنهم أبدوا استعدادهم للاستمرار بالتنفيذ وكانوا يتمتعون بكفاءة مورثهم.(٢)

لكن في كثير من الأحيان تغفل شروط العقد كذلك دفاتر الشروط عن بيان الإجراءات الواجب إتباعها في حال وفاة المتعاقد، الأستاذ "A,De,DeLaubadere" يقرر في هذا الشأن أن وفاة المتعاقد يترتب عليه التزام ورثته بالاستمرار في التنفيذ طالما أن الإدارة لم تستخدم الرخصة المخولة لها في هذه الحالة بفسخ العقد.(٣)

عالج مجلس الدولة الفرنسي أيضاً الحالة التي يكون فيها المتعاقد شخصاً اعتبارياً - كما في حال انحلال الشركة المتعاقدة - وقضى في هذا الخصوص بفسخ العقد لأن الشركة شخص معنوي لا ورثة له ، لكنه أكد على أن العقد لا ينتهي إلا بعد تمام إجراءات الحل نهائياً ، حيث تظل الشركة قائمة قانوناً في فترة التصفية وبالتالي يترتب عليها التزاماً بالاستمرار بالتنفيذ خلال هذه الفترة.(٤)

١- المادة ٣٧ من دفتر الشروط العامة لعقود الأشغال العامة الفرنسي عام ١٩٧٢.

٢- المادة ٦٢ من دفتر الشروط العامة لعقود التوريد الفرنسي عام ١٩٧١.

3- Laubadere. A -op,cit,p118.

٤- راجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Touchevieux" تاريخ ١٩/١١/١٩٣٦

كذلك الحكم في قضية "Nussbaumer" تاريخ ١٠/٥/١٩٤٠/

و في مصر جعل المشرع من وفاة المتعاقد سبباً يجيز للإدارة فسخ عقودها مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد ، مع إمكانية السماح للورثة بالاستمرار

في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً توافق عليه السلطة المختصة وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد(١).

أما المشرع السوري فقد اعتبر العقد مفسوخاً حكماً في حال وفاة المتعاقد متى كانت مؤهلاته الشخصية موضع اعتبار، فإن لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ العقد ويمكن للجهة العامة الاستمرار في تنفيذه مع ورثة المتعاقد إذا رأت فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل (٢).

إذاً فموت المتعاقد لا ينهي العقد بقوة القانون إلا إذا كانت شخصيته موضع اعتبار في العقد سواء تعلق الأمر في إبرامه أم تنفيذه، وبالتالي يمكن أن تنتقل آثار العقد الإداري إلى الخلف العام إذا لم تكن شخصية المتعاقد المورث كذلك ، ورأت الإدارة في هذا الاستمرار مصلحة محققة للمرفق العام .

١- راجع المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

٢- المادة رقم ٥٩ من القانون السوري رقم ٥١/الخاص بنظام العقود للجهات العامة والصادر

بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ تنص على :

" يعتبر العقد مفسوخاً حكماً في الحالات التالية :

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 ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى . "

ثانياً : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص :

الخلف الخاص هو من تلقى عن غيره حقاً معيناً بالذات سواء كان هذا الحق عينياً أم شخصياً، وهو لا يعتبر خلفاً خاصاً للسلف إلا فيما يتعلق بالحق المعين الذي تلقاه عنه وطالما أنه لا يستند في ذلك الحق إلى سبب آخر غير سبب التلقي المذكور .

أما فيما عدا ذلك من حقوقه أو من حقوق سلفه، فلا يعد خلفاً لذلك السلف وإنما يكون من الغير بالنسبة إليه .

وتثبت صفة الخلف الخاص للشخص وقت تلقيه الحق المعين عن السلف في مال بأكمله أو في جزء منه .(١)

وعلى ذلك يمكن القول :

إن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص تفترض توافر الشروط التالية :

١- أن يوجد شخص تلقى حقاً معيناً عن آخر، فيسمى الأول خلفاً خاصاً والثاني سلفاً .

٢- أن يوجد عقد صادر من السلف في شأن يتصل بالحق المعين الذي انتقل إلى الخلف بحيث يعتبر من مستلزمات هذا الحق .

٣- أن يكون هذا العقد سابقاً على انتقال الحق إلى الخلف .

فإذا توافرت هذه الشروط جاز التساؤل عما إذا كان عقد السلف ينصرف أثره إلى الخلف أم لا ينصرف . (٢)

١- د سليمان مرقس- المرجع السابق- ص ٥٨٠ وما بعدها .

٢- د السنهوري- المرجع السابق ص ٦٠٣ .

وتقتضي طبيعة الاستخلاف أن يكون انتقال الحق من السلف إلى الخلف بالحالة التي كان عليها في يد الأول ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان السلف قد تلقى الحق مقروناً بوصف كأجل أو معرضاً للطعن فيه ، فإن الحق ينتقل إلى الخلف مثقلاً بهذه الأوصاف ولا يكون ذلك من قبيل انصراف أثر عقد السلف إلى الخلف، وإنما تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأنه: " لا يجوز للشخص أن يدلي إلى غيره بأكثر مما يملك" إلا أن هذه القاعدة الأخيرة لا تطبق في حال وجدت تكاليف عينية مقررة على الحق الذي انتقل إلى الخلف الخاص ، إذ لا يجوز للسلف أن ينقل إلى الخلف الخاص حقاً خالصاً في حين كان هذا الحق مثقلاً بتكليف عيني كارتفاق أو رهن، فيكون انتقالها إلى الخلف الخاص في هذه الحالة نتيجة مزية التمتع التي يتمتع بها صاحب هذه الحقوق العينية التبعية ، وبصرف النظر عن انصراف أثر العقد الذي أنشأها إلى الخلف الخاص.(١)

ومسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص تثير أيضاً تساؤلاً هاماً حول إمكانية انتقال الحقوق الشخصية والالتزامات التي تنشأ عن عقد أبرمه السلف وتتصل بالحق الذي نقله إلى الخلف الخاص .

في القانون الفرنسي لم يرد نص في هذا الشأن. لذا اعتبر الفقه : الأصل أن الحقوق الشخصية والالتزامات التي تنشأ من عقد السلف لا تتعداه إلى الخلف الخاص ، كما إذا تعاقد مالك مع مقاول على بناء أرض ثم باعها إلى آخر فالمشتري لا ينصرف إليه أثر عقد المقاولة (٢).

١- د. زهدي يكن- المرجع السابق - ص ٥٣ وما بعدها .

٢- أ.د. السنهوري- المرجع السابق- ص ٦٠٩ الهامش.

غير أن القضاء وقف أمام حالات بدا له فيها أنه من العدالة أن تتصرف الالتزامات والحقوق الشخصية الناشئة عن عقد السلف إلى خلفه الخاص ، كحالة بيع متجر كان بائعه قد حصل على تعهد من شخص آخر بعدم المنافسة، فالعدالة هنا تقتضي أن يفيد المشتري من هذا التعهد .

كذلك الحال في عقد بيع أرض تعهد مالكيها لجاره بعدم البناء عليها إلا في حدود معينة، فعلى المشتري التقيد بهذه الالتزامات إزاء الجار وذلك لاعتبار العدالة (١).

أمام كثرة هذه الحالات في الحياة العملية ، وجد الفقه العربي نفسه مدفوعاً لاستنباط معيار تعرف بموجبه الحالات التي تستلزم فيها العدالة أن ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص وتلك التي لا تستدعي ذلك . وقد وفق الأستاذ الدكتور السنهاوري بعد استقراء أحكام المحاكم (٢) وتحليلها إلى استنباط المعيار الآتي : "حيث تكون الحقوق التي ولدها العقد من مكملات الشيء الذي انتقل إلى الخلف، وحيث تكون الالتزامات التي أنشأها العقد من محددات هذا الشيء، فإن الحقوق والالتزامات تنتقل إلى الخلف و إلا فإنها لا تنتقل" (٣)

وفيما بعد سمح المشرع بانتقال الحقوق والالتزامات الشخصية التي يولدها العقد من السلف إلى الخلف لكنه اشترط تحقق الأمور التالية :

١- أن يصدر من السلف عقد متعلق بمال معين انتقل إلى الخلف الخاص.

٢- أن يكون هذا العقد سابقاً على انتقال ذلك المال إلى الخلف الخاص .

٣- أن تكون الحقوق أو الالتزامات الناشئة عن هذا العقد من مستلزمات ذلك المال.

١- راجع حكم محكمة النقض الفرنسية رقم ٢٢٧٩٩ تاريخ ١١/٣/١٩٩٦ على موقع المحكمة .

<http://www.courdecassation.fr>

٢- من هذه الأحكام حكم محكمة النقض المصرية رقم ١٨٧ السنة ١٩٩٠ ق تاريخ ١١/٢٢/

١٩٥١ مذكور على الموقع الإلكتروني : <http://www.mohamoon-ju.com>

٣- أ.د. السنهاوري- المرجع السابق- ص ٦٠٧.

٤- أن يعلم الخلف الخاص وقت تلقيه ذلك المال بوجود العقد السابق وما ترتب

عليه في ذمة السلف من التزامات أو حقوق . (١)

هذا ما استقر عليه الفقه و القضاء والتشريع في مجال عقود القانون الخاص.

أما في نطاق العقود الإدارية فإن المتعاقد يلتزم بتنفيذ العقد شخصياً ومن ثم يمتنع عليه أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو بعض منها إلا بموافقة الإدارة مقدماً.

لكن قد يحدث خلال تنفيذ العقد أن تتعرض كفاءة المتعاقد الفنية أو قدرته المالية لخلل ما ، فيبيدي المتعاقد استعداده ورغبته لإجراء تنازل عن التزاماته وحقوقه الناشئة عن هذا العقد إلى متعاقد آخر يتمتع بكفاءة أكثر سواء من الناحية الفنية أو المالية مع مراعاة الشروط الأخرى التي تتطلبها الإدارة ، فهنا لا يوجد ما يمنع الإدارة من الموافقة على هذا التنازل إذا كان يحقق منفعة للمرفق العام والمصلحة العامة .

و لكي ينتج هذا التنازل آثاره القانونية يجب أن يحصل على موافقة مسبقة من قبل

١- المادة (١٤٧) من القانون المدني السوري تنص على :

"إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه "

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي انتقد تعبير المشرع عن هذه الحقوق والالتزامات التي تنصرف إلى الخلف الخاص بأنها يجب أن تكون من مستلزمات الشيء حيث وجد أنها عبارة بعيدة كل البعد عن التوفيق، إذ أن معناها الحرفي هو الأمور التي يتحتم تواجدها حتى يؤدي الشيء الغاية المقصودة منه، وليس هذا هو المقصود في الخلافة الخاصة بطبيعة الحال، وإنما المقصود منها هو لزوم اتصال الحقوق والالتزامات بالشيء الذي يحصل الاستخلاف فيه اتصالاً مباشراً بحيث يمكن اعتبار الأولى من توابعه الخاصة والثانية من محدثاته .

- راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع السابق- ص ٥٨٠.

الإدارة(١) ، عندها يحل المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في جميع حقوقه والتزاماته ويكون المتعاقد الأصلي في حل من مسؤوليته تجاه الإدارة إلا إذا نص على خلاف ذلك (٢).

هذا التنازل قد لا يكون كلياً بل جزئياً ، حيث يبرم المتعاقد الأصلي عقداً مع متعاقد ثانوي يتعهد بموجبه إلى هذا الأخير بتنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية وهذا النوع من التنازل بحاجة أيضاً إلى موافقة مسبقة من الإدارة لكي يكون ذا أثر (٣).

١- راجع المادة ١١٢ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٩٧٥ تاريخ ٨/١/٢٠٠٦.

- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤٨ في الطعن رقم ٧٢ لعام ١٩٧٢ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٢ ص. ٢٢٤.

- وهذا الحكم تبنته حرفياً اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري في رأي لها راجع رأي الجنة رقم ٤٤ تاريخ ١٣/٤/٢٠٠٢ آراء غير منشورة .

- راجع أيضاً قرار مجلس إدارة مؤسسة المياه في اللاذقية رقم ٩ تاريخ ٣٠/١٢/١٩٩٩ الذي ينص على قبول التنازل عن عقدين هما العقد رقم ٤٥ لعام ١٩٩٨ والعقد رقم ٣ لعام ١٩٩٩ العائدين لمدير مؤسسة المياه السابق بصفته متعهداً لمعظم مشاريع المؤسسة إلى متعهد آخر .مذكور على الموقع الالكتروني لمجلة أبيض وأسود تاريخ ٢٣/٥/٢٠٠٩ العدد ١٤٠ على الموقع الالكتروني: www.awaonline.net/index.php?action

٢- راجع المادة ١١٣ من المرسوم الفرنسي ٢٠٠٦/٩٧٥ والتي تقرر بقاء مسؤولية المتعاقد تجاه الإدارة ولو حظي التنازل بموافقتها.

- راجع كذلك المادة ٣٠ من المرسوم السوري رقم ٤٥٠ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود . راجع أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١١٠ في الطعن رقم ١٢٦ لعام ١٩٧٣ . ١٩٧٢ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٢ ص ٢٢٧.

٣- وضعت المادة ١١٤ من المرسوم الفرنسي ٩٧٥ / ٢٠٠٦ شروط التعاقد من الباطن يمكن تفصيلها كما يلي :

(١) في حال قدم الطلب مع العرض إلى الإدارة مباشرة على المتعاقد أن يوضح فيه :

- طبيعة الخدمات من الباطن .

- اسم وعنوان المتعاقد من الباطن المقترح.

بموجب هذا التنازل ينقل المتعاقد الأصلي حقوقه المالية الخاصة بالأعمال التي تعاقد بشأنها من الباطن إلى المتعاقد الثانوي وبذلك يملك هذا الأخير الحق بمطالبة الإدارة بها مباشرة(١).

بينما يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ هذه الأعمال تجاه الإدارة بسبب انتفاء أية علاقة تعاقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن(٢) .

نظم المشرع المصري كذلك المشرع السوري أحكام التنازل عن العقد سواء كلياً أم جزئياً ، إلا أن أحكامهما جاءت قاصرة عن إعطاء حقوقاً مماثلة لتلك التي منحها المشرع الفرنسي للمتعاقد من الباطن(٣).

-
- الحد الأقصى للمبلغ الذي سيدفع للمتعاقد من الباطن.
 - شروط الدفع المقترحة ومعالجة حالة تغير الأسعار.
 - الكفاءة الفنية والمالية للمتعاقد .

(٢) إذا قدم الطلب بعد تقديم العرض يرسل المتعاقد هذه البيانات إلى الإدارة بالبريد مع إشعار بالوصول .

- ١- راجع المادة ١١٧ من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠٦/٩٧٥ المتضمن قانون المشتريات العامة الفرنسي ، والتي تقرر حق المتعاقد من الباطن في السداد المباشر. راجع أيضاً المادة الرابعة من قانون التعاقد من الباطن الفرنسي رقم ١٩٧٥/١٣٣٤ .
- ٢- راجع المادة ١١٣ من المرسوم الفرنسي ٢٠٠٦/٩٧٥ .
- راجع كذلك المادة ٢/٦٢٧ من القانون المدني السوري.
- ٣- فالمتعاقد الثانوي مثلاً لم يحظ بحق السداد المباشر الذي منحه إياه المشرع الفرنسي . راجع المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ١٩٩٨/٨٩ .
- راجع كذلك في القانون السوري المادة ٣٠ من المرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ والتي تقرر الأحكام عينها .

لذا نلتزم من المشرع السوري الأخذ بالأحكام التي قررها المشرع الفرنسي ومنها حق المتعاقد من الباطن في السداد المباشر والذي يعد من أهم الضمانات التي يمكن توفيرها للمتعاقد من الباطن ، خصوصاً أن محكمة النقض الفرنسية ألزمت المتعاقد الأصلي بتقديم كفالة مصرفية تغطي المبالغ التي ستترتب للمتعاقد من الباطن في ذمة المتعاقد الأصلي وهي تعادل قيمة الأعمال التي سيقوم بتنفيذها.(١) ناهيك على أن تطبيق هذه الأحكام أيضاً سيوفر الكثير من وقت وجهد القضاء في الفصل بين المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاقد الأصلي و المتعاقد من الباطن.

ثالثاً : أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين :

من المسلم به قانوناً أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه (٢)، وظاهر هذا النص أن للدائنين حق ضمان عام على أموال مدينهم، وما دامت أموال المدين تعد الضمان العام للدائنين، كان طبيعياً أن يتأثر الدائن بالعقود التي يبرمها مدينه وذلك بطريق غير مباشر، لأن كل تصرف يبرمه المدين إذا زاد في مجموع أمواله، زاد به الضمان العام لدائنه، وإذا نقص من مجموعها، نقص به ذلك الضمان.

والأصل أن للمدين حرية التصرف في ماله على النحو الذي يشاء حتى لو أنقص من الضمان العام لدائنيه .

١- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٤/٤/٢٠٠٣ مشار إليه على موقع أنيل وكالة الإعلام الوطنية

الفرنسية: www.anil.org/fr/analyses-et

٢- المادة ١/٢٣٥ من القانون المدني السوري .

إلا أن الدائنين أصحاب تأمين عيني، أو رهن عقاري، أو حيازي، مثلاً ينبغي أن يعتبروا بالنسبة إلى مال مدينهم الذي يتناوله التأمين، خلفاء بصفة خاصة لهذا المدين ذلك لأنهم يملكون حقاً عينياً تابعاً لدينهم ، فهم يتمتعون بحق التتبع والتقدم اللذين يعبران بشكل محسوس عن حجية حقهم العيني تجاه الجميع ويحق لهم غالباً إذا لم يكونوا حائزين الشيء الذي يشكل تأمينهم ، حجز هذا الشيء بعد تتبعه بين يدي الغير تتبعاً مادياً أو قانونياً (١) .

كذلك فإن الرهن أو التأمين العيني يعطي الدائن الحق في استيفاء دينه بالتقدم من ثمن المال المرهون ، وبذلك يعصم الدائن المرتهن من مزاحمة بقية الدائنين (٢) .

هذا بالنسبة للدائنين المرتهنين، أما بالنسبة للدائنين العاديين فلا يستطيعون أن يحجزوا سوى الأموال الداخلة في موجودات ذمة المدين المالية باعتبارها مسؤولة عن الديون . وبالتالي يتنافس جميع الدائنين الذين يملكون السلطة عينها في الحجز على الأموال التي يحوزها المدين دون أفضلية فيما بينهم.

هذا وبإمكان الدائن العادي ممارسة عدة دعاوى لحماية حقه في الضمان العام خوله إياها المشرع لحمايته من تصرفات مدينه الضارة به منها :

١- يجوز للدائن إذا ما أعسر المدين أن يطلب من المحكمة شهر إعساره ، ومتى سجل الطلب لا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص

١- جاك غستان- كريستوف جامان- مارك بيو- المرجع السابق ص ٤٤٤ .

٢- أ- محمد وحيد الدين سوار- الحقوق العينية التبعية- منشورات جامعة دمشق- الطبعة الثانية

١٩٩٨ ص ١٣٣ .

- انظر كذلك د. عبد المنعم فرج الصده- مصادر الالتزام- دار النهضة العربية للطباعة والنشر-

بيروت لبنان- الطبعة الأولى - ١٩٧١ ص ٣٦٤ .

من حقوقه أو يزيد في التزاماته فيصبح الدائن عندئذٍ من الغير تجاه تصرفات المدين المعسر. (١)

٢- إذا أبرم المدين عقداً سورياً جاز للدائن حسن النية الطعن فيه بدعوى الصورية (كما لو كان التصرف بيعاً فإن الشيء المبيع بالنسبة للدائن يبقى ضمن أموال مدينه الداخلة في الضمان العام) . (٢)

٣- إذا أبرم المدين تصرفاً غير صوري يضر بدائنه جاز للدائن أن يطلب عدم نفاذ التصرف بحقه وهذه الدعوى هي الدعوى البولصية. (٣)

٤- في حال توانى المدين عن المطالبة في حق له ، سمح القانون للدائن أن يطالب بهذا الحق باسم مدينه وهذه هي الدعوى غير المباشرة . (٤)

-
- ١- راجع المواد / ٢٥١ - ٢٥٧ / من القانون المدني السوري .
- راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية رقم ٢٩٤ تاريخ ١٩٩٢/١٢/٢ على الموقع الالكتروني للمحكمة : <http://www.courdecassation.fr>
- ٢- المادة / ٢٤٥ / مدني سوري .
- ٣- راجع المادة ١١٦٧ مدني فرنسي
- حددت المادتان / ٢٣٩ - ٢٣٨ / مدني سوري الشروط المتوجب توفرها لعدم نفاذ تصرف المدين بحق الدائن وهي أن يكون الدين مستحق الأداء وأن يكون قد صدر من المدين تصرفاً ضاراً به بأن أنقص من حقوقه أو زاد في التزاماته وترتب عليه إفسار المدين أو زاد في إفساره، وإذا كان تصرف المدين بعوض أن يكون منطوياً على غش من الدائن وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش الدين إذا كان على علم بأن المدين معسر أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينعقد في حق الدائن ولو كان من صدر له التصرف حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً . حكم محكمة النقض المدنية السورية قرار ١٨٦ أساس ٦٦ تاريخ ٢٠٠٤ منشور في مجلة القضاء والقانون المقارن عدد تجريبي ٢٠٠٥ ص ٦٠.

٤- راجع المادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي و كذلك المادة ٢٣٦ من القانون المدني سوري.

وبقي أن نذكر أن أهم المواد التي حمت الدائن من تصرفات مدينه الضارة هي المادة /٢٥٧/ مدني سوري. حيث يمكن لنص هذه المادة أن يعطي حكم الدعوى البولصية ويحققه بقوة القانون دون الحاجة لاستعمال هذه الدعوى أو استصدار حكم بعدم النفاذ(١) .

فضلاً على أن شروط انطباقه أخف من شروط استعمال الدعوى البولصية بالإضافة إلى أن العمل أظهر عدم كفاية الدعاوى الأخرى في حماية حقوق الدائنين.

أخيراً : نشير إلى رأي لبعض الشارحين القدامى اعتبروا فيه الدائن من الخلف العام لتأثره بتصرفات مدينه (٢).

إلى أننا نعتقد أن وجوه الاختلاف بين الفريقين أكثر وأهم من وجه الشبه :

فالخلف العام تنتقل إليه ديون المورث و يلتزم بها شخصياً، أما الدائن فلا يلتزم بشيء من ديون مدينه فيكون بذلك في مركز أفضل من الخلف العام ، بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية (٣) والقانون المدني السوري ، وقانون الأحوال الشخصية

١- المادة /٢٥٧/ تنص على "متى سجل استدعاء دعوى الإعسار ، فلا يسري في حق الدائنين أي

تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقه أي وفاء يقوم به المدين" .

٢- إلا أن بعض الفقهاء اعتبروا الدائن من الغير مطلقاً، وذلك لأن آثار العقود التي يجريها مدينه

لا تنتقل إليه وإن كانت حقوقه تتأثر بما تحدثه هذه العقود من زيادة أو نقص في ذمة مدينه التي يكون له عليها حق ضمان عام. انظر د. هشام القاسم- محاضرات في القانون المدني-

مصادر الالتزام- منشورات جامعة دمشق- الطبعة العاشرة- ١٩٩٨- ص ٦٦.

- راجع كذلك أ.د. سليمان مرقس- المرجع السابق- ٥٩٥.

٣- وذلك بقوله تعالى : "من بعد وصية توصون به أو دين" آية ١٢ من سورة النساء .

أكدوا صراحة على تقدم الدائنين على الورثة في استيفاء حقوقهم من أعيان التركة(١).

فلذلك كله لا يمكن اعتبار الدائنين خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً بل إن الدائنين بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مدينهم في موقف متميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص حيث أن حقوقهم ثابتة ومصانة ولا تترتب عليهم أية التزامات .

وبالمضي إلى العقود الإدارية سنجد أن المشرع الفرنسي قد وضع الدائن في موضع الخلف العام ، حيث سمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد في حالة إفلاس المفاوض ، إذا رأت الإدارة أن هناك أسباباً تستدعي هذا الاستمرار وكان في ذلك مصلحة محققة للمرفق العام جراء قبول عرضه (٢).

في حين نجد أن المشرعين السوري والمصري قد حسما أي نزاع يتعلق بهذه الحالة ونصا صراحة على أن العقد يفسخ بقوة القانون في حال إفلاس المتعاقد (٣) وبذلك يكون المشرع السوري قد التزم الموقف الحذر في مثل هذه الحالة ، إلا أننا نرى أن رأي المشرع الفرنسي كان أقرب للصواب ، ذلك لأن استمرار الدائن المؤهل في تنفيذ العقد يتفق مع مقتضيات المصلحة العامة التي تتطلب استمرارية عمل المرافق العامة وعدم توقفها .

- انظر كذلك أ.د. مصطفى البغا- صحيح البخاري- كتاب الجنائز - دار العلوم الإنسانية- الطبعة الثانية- ١٩٩٣- ص ١٩٨٢ .

١- المادة /٨٥٩/ والمادة /٢/٨٦٠/ مدني سوري. والمادة /٢٦٢/ أحوال شخصية سوري .

٢- المادة ٣٧ من دفتر الشروط العامة الخاص بعقود الأشغال العامة الفرنسي لعام ١٩٧٢.

٣- راجع المادة ٧٦ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ المصري .

- وفي التشريع السوري راجع المادة ٥٩ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

المطلب الثاني

مفهوم الغير بالنسبة إلى العقد.

وفق المبدأ النسبي للعقود وجدنا أن العقود لا تلزم إلا عاقيها ، وهذا قادنا بالضرورة للتفريق بين المتعاقدين والغير ، وصولاً لتحديد الغير في كل من نطاق العقود المدنية والعقود الإدارية .

أولاً- تحديد الغير في نطاق العقود المدنية :

حسب التفريق التقليدي نجد أن عبارة "المتعاقدين" مقصورة فقط على الأشخاص الذين قاموا بإبرام العقد ، سواء بأنفسهم أو عن طريق من يمثلهم ، وبذلك يكون الغير الأشخاص الموجودين خارج هذه الدائرة الصغيرة .(١)

إلا أنه - وفقاً للتصنيف التقليدي السابق- قد تتغير فئة الأشخاص المعنيين بكلمة "غير" حسب استعمالها (٢)، فقد يعتبر القانون- تحت هذا التعبير-" غيراً" جميع الأشخاص عدا المتعاقدين ، وتارة أخرى يخرج من دائرة الغير المتعاقدان وخلفائهم.

١- زهدي يكن- القانون الإداري- المكتبة العصرية- بيروت - لبنان- ١٩٥٥ - ص ٥٥.

٢- انظر في تحديد معنى الغير : كولان وكابيتان - الطبعة العاشرة - أ ٣ بند ١٧٩ وعندهم الغير الأجنبي تماماً عن العقد، بينما ريبير وبولانجية- الجزء الثاني من وجيز بلا نيول الطبعة الرابعة بند ٥٤٧ الغير هو الأجنبي عن العقد وكذلك الخلف العام والخاص في غير الحالات التي يتأثر فيها الخلف بتصرفات سلفه المتعلقة بالديون التي انتقلت من السلف إلى الخلف " مشار إليه لدى أ د السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الأول- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت - لبنان- الطبعة الثالثة - ١٩٩٨ ص ٦١٥.

السيد Chestin رفض هذا التصنيف التقليدي وبين أن صفة الغير يجب أن تنسب إلى جميع الأشخاص غير المرتبطين بالعقد والذين يتحملون فقط حجيته أو يستفيدون منه وبذلك يغدو الفرقاء هم المقيدون بآثار العقد الملزمة شرط التفريق بين الفرقاء المتعاقدين و الفرقاء المقيدين .

وأكد أنه لا يمكن أن يكون ثمة عقد وفرقاء مقيدون بهذه الصفة بآثاره الملزمة إلا بمقدار ما يكون الرباط موضوع إعلان صريح للإرادة .

وانطلاقاً من هذه المقترحات رأى أن الفرقاء هم الأشخاص المقيدون بالتزامات العقد وكانوا كذلك بموجب إبداء فعلي للإرادة .

هذه المقترحات تعرضت للنقد من قبل السيد (Aubert) :

- فهو يعارض التوسع المبالغ فيه لفئة الغير، ويرى أن منطق المفهوم التقليدي يفرض الاعتبار التالي :

كل الأشخاص الذين هم ليسوا فرقاء يكونون غيراً بالتأكيد ، بحيث لا تكون الفئات الهجينة المزعومة إلا تنوع خاص للغير في الواقع .(١)

و يلاحظ السيد (Aubert) أن الإرادة المعتمدة للتفريق بين الفرقاء والغير تأخذ معنى ومدى مختلفين حسب الحالات، مما يضر دون جدال باستخدامها، فالخلف العام مثلاً يصبح مقيداً بعقد يمكن أن يكون جاهلاً له ويمكن ألا يكون قد ارتضاه ضمناً .(٢)

- وأخيراً يرى أن الآثار الناشئة عن العقد ليست وحدها قابلة للنقل وإنما كذلك الأوضاع العقدية نفسها، فصفة الفريق يمكن أن يكون مصيرها إلى زوال

١- جاك غستان- كريستوف جامان- المطول في القانون المدني- مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة

منصور القاضي- المؤسسة الجامعية للدراسات- بيروت لبنان- الطبعة الأولى- ٢٠٠١ ص ٤٥٣ .

٢- المرجع نفسه - ص ٤٥١ .

فحالة الخلف العام تبين أن التعارض بين الفرقاء والغير في زمن تكوين العقد منذور لإعادة النظر فيه على صعيد تنفيذ العقد ، فوضع الفرقاء والغير تطوري بعد إبرام العقد فيمكن أن يطرأ عليه ما يغيره أثناء التنفيذ فيتعدل من كل إلى كل خلال حياة العقد.

وبالنتيجة يصل السيد (Aubert) إلى أن :
التصنيف بين الفرقاء والغير لا يمكن أن يكون منطقياً إلا كمجموع منقسم: كل شخص ليس فريقاً في آونة محددة هو غير بالضرورة (١).

أمام هذه الانتقادات حاول السيد (Chestin) أن ينهج نهجاً جديداً ، مستمراً في معارضته للتصنيف التقليدي فتوصل إلى أن :

"الفرقاء هم الأشخاص الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بفعل التمثيل - الاتفاقي أو القانوني - والذين انضموا إليه عندما يسمح القانون بذلك ، أو الذين جرى استبدالهم بالفرقاء المتعاقدين بنقل وضعهم العقدي الذي يجيزه القانون أو يفرضه ، والمرتبطون إيجابياً أو سلبياً بآثاره الملزمة ويمتلكون الامتيازات الخاصة بهذا الوصف ، أي إمكانية تعديل العقد أو وضع نهاية له بإجراء عقدي ، وبتوافق الإرادات ، وجميع الأشخاص الآخرون هم من الغير الذي يستطيع أن يتمسك ببعض الحقوق أو يتحمل بعض الالتزامات كاستثناء لمبدأ الأثر النسبي ، لكن لا يمكن وصفه بفريق لأنه ليس في وضع مشابه لوضع الفرقاء، ولا يملك أي امتياز خاص بهذه الصفة".(٢)

١ - جاك غستان - كريستوف جامان - مارك بيو - المرجع السابق - ص ٤٥٣ .

٢ - المرجع نفسه - ص ٤٧٣ .

من هذه الآراء التي قدمها الفقهاء نستطيع أن نستخلص المعيار الذي نفرق به بين المتعاقدين والغير : فالغير هو كل شخص لا يكون مرتبطاً بالعقد عند الإبرام أو بآثاره عند التنفيذ ولا يملك حق التصرف فيه تعديلاً أو إنهاء .

ثانياً - تحديد الغير في العقود الإدارية :

سبق وبيننا أن الغير بالنسبة للعقود المدنية هو من ليس طرفاً في الرابطة القانونية ولا يرتبط بآثارها ولا يملك حق التصرف فيها ، لكن هل يمكن تحديد معنى الغير في العقود الإدارية بنفس الطريقة المتبعة في العقود المدنية؟

سنجد أن الغير في العقود الإدارية يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو جهة إدارية . ففي حال كان الغير شخصاً طبيعياً فلا صعوبة تذكر في تحديده إذ تكفي القواعد الواردة في القانون المدني لذلك ، إلا أن الصعوبة تكمن في تحديد الغير عندما يكون جهة إدارية .^(١)

كان القضاء التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي يعتبر أن جميع المرافق العامة عدا المرافق المتعاقدة من الغير ، وذلك بصرف النظر عن تمتع تلك المرافق بالشخصية المعنوية.

إلا أنه بعد ظهور فكرة التنظيم الإداري و ضرورة التنسيق بين الأعمال الحكومية ضمن سيادة الدولة، هجر مجلس الدولة الفرنسي موقفه السابق وأصبح لا يعتبر جهة

١- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - جامعة عين شمس القاهرة - الطبعة

إدارية معينة من قبل الغير بالنسبة إلى عقد أبرمته جهة إدارية أخرى ، إلا إذا كانت كل منهما تابعة لشخص معنوي مستقل .

فالوزارات لا تعد (غيراً) بالنسبة إلى الدولة إذ لا تتمتع كل وزارة بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة ، في حين تعد المحافظات والأقضية والنواحي (غيراً) بالنسبة إلى الدولة وللأشخاص المعنوية الأخرى(١).

وعلى النقيض من ذلك نجد أن القضاء الإداري السوري يعتبر كل هذه الشخصيات الإدارية كلاً وبحكم الشخص الواحد ، ذلك لأن الشخصية الاعتبارية كوحدة لا يملكها إلا الدولة وهي تهبها إلى مختلف الهيئات والمؤسسات والوحدات الإدارية على اختلاف فعاليتها (٢).

وأمثلة الغير في القضاء الإداري متعددة ففي عقود الأشغال مثلاً ، يعد من الغير - إلى جانب المقاولين من الباطن وعمالهم وعمال المقاول الرئيسي - المهندس الاستشاري والبنوك المقرضة و الضامنة وشركات التأمين . ويمكن أن يكون الغير من سكان العقارات المجاورة(٣) وذلك لما قد يسببه تنفيذ

1- Laubadere .A- Delvolve .p et Moderne .F. Traite des contrats administratif, L.G.D.J, Paris, T 1 - 1983 - P759.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٥٢ لعام ١٩٧٧ ص ٢٦٥ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٧ ص ٢٦٥.

- وعلى ذلك استقر القضاء الإداري المصري. راجع بشأن ذلك فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري الصادرة بتاريخ ١٠/٢٨/١٩٦٤. مشار إليها لدى د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٤٦.

٣- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦/٢/٢٠٠٣ في قضية "courson". مذكور على الموقع الإلكتروني www.aboulo.com.

- راجع كذلك د. محمد عبد المجيد إسماعيل -عقود الأشغال الدولية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - بني سويف ٢٠٠٠ - ص ٢٩٢ .

المشروع من أضرار بالنسبة إليهم .

و يمكن أن يكون الغير في مجال عقد الالتزام المنتفعين بخدمات المرفق العام وذلك بالنسبة للعقد المبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم ، والذي يعرف على أنه عقد مبرم بين الملتزم و جهة الإدارة بغرض إدارة مرفق عام يقدم خدماته لجمهور المنتفعين ، ومقتضى ذلك أن يقوم الملتزم بتقديم هذه الخدمات للمنتفعين وفقاً لشروط عقد الالتزام متى توفرت فيهم شروط استحقاقهم لهذه الخدمات .

ومن هنا يتضح لنا أن آثار عقد الالتزام أو بمعنى أدق بعضها تتعدى طرفيه (الإدارة والملتزم) إلى غيرهما فيرتب عقد الالتزام حقوقاً لغير طرفيه وهم المنتفعون من خدمات المرفق العام وكذلك عمال المرفق العام موضوع عقد الالتزام.(١)

١- د. حسن محمد الخيمي - آثار عقد التزام المرافق العامة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ٢٠٠١ -

المبحث الثاني

الأثر النسبي للعقد واستثناءاته

رأينا سابقاً أن العقد متى نشأ صحيحاً ومستوفياً لأركانه، تثبت له قوة ملزمة توجب على طرفيه تنفيذ ما فرضه عليهم من التزامات ، هذه القوة لا تلزم من حيث المبدأ إلا المتعاقدين ، ذلك لأن الأصل في العقود نسبية آثارها، إذ تكون عاجزة عن إفادة الغير أو الإضرار به لسبب بسيط هو أن العقد تم على يد عاقلين فلا شأن لغيرهما به.

لكن سنجد من خلال دراستنا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً بل قد ترد عليه استثناءات تسمح بانفتاحه على الغير فيتأثرون بآثاره بشكل أو بآخر ، و هذه الاستثناءات تبرر باعتبارها قد ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل .

لذلك فإن دراسة نسبية العقد تتطلب منا بداية أن نتناوله كمبدأ عام نخلص منه إلى الاستثناءات التي يمكن أن ترد عليه فتكسر من انغلاق العقد على عاقيه لتسمح بمد آثاره إلى الغير وهذا ما سنبحثه من خلال :

المطلب الأول : الأثر النسبي للعقد.

المطلب الثاني : استثناءات المبدأ .

المطلب الأول

الأثر النسبي للعقد

يشكل المفعول النسبي للعقد مع الحرية التعاقدية والقوة الملزمة الثلاثية المنطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فمبدأ سلطان الإرادة يحصر آثار العقد بعاقديه حيث لا يستطيع الفرد أن يلزم بعقده إلا نفسه. ومن ثم فإن العقد لا ينتج آثاراً في مواجهة الغير ، بمعنى أن الغير لا يمكنه أن يلتزم بعقد لم يكن طرفاً فيه كما لا يمكنه مبدئياً أن يفيد منه .

استنتج العديد من الفقهاء هذا المبدأ فالفقيه C.Marty يقول :

(يستنتج هذا المبدأ "مبدأ نسبية العقد" بصورة طبيعية من تحليل العقد، وبما أن العقد يستمد قوته من إرادة طرفيه، فمن الطبيعي ألا ينتج مفعول ملزم إلا تجاههما. وهذه المفاعيل لن تطول أشخاصاً آخرين - افتراضياً- لم يكونوا أرادوها) (١)

وبذلك نجد أن مبدأ نسبية العقود ينسجم إلى حد كبير مع مبدأ سلطان الإرادة فالشخص يلتزم بعقده لأنه أراد ذلك وبالقدر الذي أراده ومن ثم يشرع لنفسه قانوناً (أي العقد) يلتزم بتنفيذه دون غيره مادام أنه وضعه وارتضاه لنفسه . هذا المبدأ روعي بشكل واضح في القانون الروماني وخاصة في العقود الرومانية ويمكن

1- C. Martyer .p. praynaud . obligations. Part 1-1988.p.260.

- مشار إليه لدى جاك غستان- كريستوف جاما- مارك بيو- المرجع السابق- ص ٤٢٣ - ٤٢٤

- انظر كذلك د . عبد العزيز فهمي- مدونة جوستينيان - عالم الكتب- القاهرة- ١٩٤٦- المبدأ ١١٣.

الاستدلال على ذلك من خلال :

أولاً : شخصية العقود الرومانية :

حيث كانت طبيعة الرباط الملزم الشخصي معتمدة إلى حد كبير إلى درجة أن مبدأ عدم قابلية حوالة الالتزامات بين الأحياء كان معتمداً ولم يكن من الممكن التخلي عنه، ذلك لأن العقود كانت تبرم بين أشخاص يعرفون بعضهم جيداً . وكان لصفات الفريقين وزناً كبيراً وحاسماً في انعقاد العقد.

وقد أظهرت قوانين الألواح الاثني عشر مدى قوة الرباط الذي كان يخضع له المدين لدرجة أنه يكون مسؤولاً عن التنفيذ بجسده في حال لم يقيم بالتزاماته ولم يتدخل شخص ثالث كفيل لأخذ مكانه بتنفيذ هذه الالتزامات . حيث يكون للدائن عندها أن يقبض على الشخص المدين ويسجنه لمدة ستين يوماً ويعرضه يومياً في منتدى روما (الفوروم) ليتقدم أحدهم وفي بدينه، و إلا فإن الدائن في نهاية الأيام الستين مخير بين قتل المدين أو بيعه لخارج روما كرقيق، أما إذا تعدد الدائنون ولاحقوا المدين جميعاً فتقرر قانون الألواح الاثني عشر عندها بتقطيع جثة المدين واقتسامها بين الدائنين^(١)

ثانياً : شكلية العقود الرومانية :

العقود الرومانية كانت عقوداً شكلية محاطة بأوضاع معينة من حركات وإشارات وعبارات لا يتم العقد، ولا ينتج آثاره، بدونها .

١- د. محمد شفيق الجراح- الحقوق الرومانية- منشورات جامعة دمشق- الطبعة الخامسة- ١٩٩٧

وقد بين الأستاذ جيفار ذلك بقوله :

" ففي قواعد الحقوق القديمة وفي روما وفي عهدها القديم لم يكن للإرادة وحدها أي نتيجة حقوقية، ولا يمكن لحق ما أن يتكون وأن ينتج آثاره ما لم يلبس أثواباً من المراسم التشكيلية، ولئن كان الأصل في الحقوق الحديثة هو استقلال الإرادة فإن الأصل في الحقوق الرومانية المراسم والأشكال" (١)

إذاً فاتفق إرادتين بعيداً عن الشكلية لم يكن يصلح لإنشاء عقد ولا لتوليد التزام، فلم يكن مهماً أن يلتزم المدين أو يتعهد خطياً فمادام أنه لم يجر الشكليات المفروضة عليه ويتبادل الحركات والألفاظ مع المتعاقد الآخر فإن العقد الروماني لا يمكن أن ينعقد أو ينتج آثاراً وبالتالي فإن الأشخاص الذين أدوا هذه الشكليات يلتزمون وحدهم بالعقد و يتأثرون بآثاره دون غيرهم(٢).

حب الشكلية هذا كان يحرك العالم الروماني بأسره ذلك لأن طبيعتهم كانت تنفر من الأفكار المجردة فكانوا يحاولون أن يرسموا لكل نواحي النشاط الإنساني أشكالاً محددة.(٣)

ومع نهاية القرن الثاني عشر بدأت الإرادة في الظهور ، وبدأ أثرها يقوى في تكوين

1- A.E.Giffard- précis- de- Droit Romain. Paris- 1933.p.14.-15.

٢- د. جاك الحكيم- العقود الشائعة- عقد البيع- منشورات جامعة دمشق- ١٩٩٩ ص ١٢.

٣- ومن الجدير بالذكر أن العقود الرومانية كانت تبرم بأساليب ومراسيم معقدة فكانت تحصل ضمن احتفال رمزي أمام شهود الشعب البالغين وكان يتم تبادل الألفاظ وفقاً لصيغ محددة لا يجوز لكلا الطرفين الحياد عنها ، وغالباً ما كان يوجد الميزان الذي كان يرمز للعدالة والذي كان يستخدم لوزن قطعتي (الآيس و السيسترس) العملتان المتداولتان في روما آنذاك ، راجع د. محمد شفيق الجراح- المرجع السابق - ص ٣٢٥.

العقد بتأثير العوامل التالية (١) :

١- القانون الكنسي : هذا القانون الذي أوجب اقتران الوعد باليمين وعد كل من يحنث باليمين وينقض وعده آثماً عند الله .

ولم يأت القرن الثاني عشر حتى كانت القاعدة المقررة في كل كنيسة تقضي بأن كل اتفاق يكون ملزماً دون تقيد بالشكلية .

٢- العوامل الاقتصادية : حيث أدى النشاط التجاري إلى ازدياد حركة التعامل وزوال ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال .

٣- العوامل السياسية : فقد أدى بسط نفوذ الدولة وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد إلى حماية مبدأ الإرادة وحماية العقود التي تتم بمجرد التراضي كل هذه العوامل أدت إلى تحرر الممارسة العقدية ، و مع بداية القرن الثالث عشر شهد القانون الروماني نهضة كبيرة وعبرت العلاقات العقدية عن انطلاقة جديدة وذلك على صعيدين مزدوجين :

فقد تحررت الممارسة العرفية من اعتراضات الاختصاصيين في القانون الروماني لكي يتم قبول التمثيل والانتقال الإرثي والديون، كما أصبحت حوالة الحق بين الأحياء مقبولة في الفترة عينها ، مع التحفظ الوحيد وهو تبليغ المدين المحال عليه . وعندها تمكن الفقه من صياغة مبدأ نسبية آثار العقد ولكن بمفهوم إرادي للعمل القانوني ، وهذا ما رمى إليه الفقيه Domat بقوله : " وبما أن الاتفاقيات تتكون عن طريق الرضا فلا أحد يستطيع أن يجعلها تسري على شخص آخر إذا لم يتلق

١- د. محمد عبد الله- التصرف المجرد- منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٨ ص ١٨.

السلطة منه. ويمكن أيضاً إحداث الضرر بدرجة أقل في اتفاقيات لأشخاص ثالثين" (١)

بعض الفقهاء ارتكزوا على هذا الرأي للقول بأن مبدأ الرضائية في العقود لم يكن إطلاقاً من صنع الرومان ، وإنما هو من وحي الفقيه الفرنسي دوما(٢)، إلا أن الدكتور شفيق الجراح لا يستبعد أن يكون هذا قد تم بتأثير من فقه الشريعة الإسلامية عندما اتصلت به فرنسا عن طريق فقهاءنا في أسبانيا (٣)

وكمرحلة أخيرة تم تكريس هذا المبدأ بموجب النصوص التشريعية فقد نص القانون المدني الفرنسي على أن : " ليس للاتفاقات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين ، وهي لا تضر الغير على الإطلاق، ولا تقيده إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ١١٢١".(٤)

كذلك تبني القانون المدني السوري " مبدأ نسبية العقود" بنص مطابق للنص المصري جاء فيه : "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"(٥)

وهذا المبدأ ليس مطلقاً كما أسلفنا ، بل قد ترد عليه عدة استثناءات بحاجة لتفصيل نعرضها في المطلب الثاني .

١- جاك غستان- كريستوف جاما- مارك بيو- المرجع السابق- ص ٤٢٦

٢- راجع رأي الفقيه " فيلي" مشار إليه لدى د. شفيق الجراح- المرجع السابق ص ٣٥٠.

٣- د. شفيق الجراح- المرجع السابق ص ٣٥١.

٤- المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي .

٥- المادة ١٥٣ من القانون المدني السوري .

- راجع كذلك المادة ١٥٢ من القانون المدني المصري .

المطلب الثاني

استثناءات مبدأ الأثر النسبي للعقد

بينما أن الغير هو الذي لم يكن طرفاً في العقد وليس خلفاً عاماً أو خاصاً ولا دائناً للمتعاقد ، فهو الطرف الأجنبي تماماً عن العقد .

ووجدنا أن مبدأ "نسبية آثار العقود" الذي يحكم آثار العقود يقضي ألا تتصرف هذه الآثار إلى الغير وألا تسري في حقه .

إلا أننا سنجد أن هذا المبدأ ليس مطلقاً ، فمشرع القانون المدني ألقى عليه بعض الاستثناءات التي أدت إلى انفتاح العقد على الغير مما سمح لآثار هذا العقد بأن تمتد لتطول الغير مستجيباً في ذلك للضرورات العملية.

وإذا كان هذا هو الحال في القانون المدني ، فالسؤال الذي يطرح في هذا المقام :

هل يجد هذا المبدأ مع استثناءاته تطبيقاً له في مجال العقود الإدارية ؟

الإجابة عن هذا السؤال تتطلب منا بداية بيان الاستثناءات التي أوردها المشرع المدني على هذا المبدأ والتي سمحت بامتداد آثار العقد إلى غير عاقيه ، مع توضيح إمكانية تطبيق هذا المبدأ مع استثناءاته في مجال العقود الإدارية وذلك من خلال:

أولاً : الاستثناءات القانونية .

ثانياً : الاستثناءات العقدية .

ثالثاً : مدى إمكانية تطبيق الأثر النسبي للعقد في مجال العقود الإدارية .

أولاً الاستثناءات القانونية :

إن قاعدة نسبية آثار العقود ليست مطلقة دائماً، فقد تتصرف آثار عقد ما إلى أجنبي عنه استثناء، وذلك لدواعي العدالة أو لاستقرار التعامل .

فبعض الحالات التي يتأثر فيها الشخص بعقد أبرمه غيره ولم يكن طرفاً فيه قد تكون قانونية أوجدها المشرع من خلال النص عليها نذكر منها :

١- الأشخاص الذين انضموا إلى اتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوي:

حيث يصبح هؤلاء الأشخاص فرقاء في العقد ومن ثم تسري عليهم آثاره ، سواء من ناحية الحقوق أو الالتزامات. ومن صور ذلك .

أ- الصلح مع التاجر المفلس (١) :

وهو اتفاق بين التاجر المفلس وجماعة دائنيه يطلق عليه " الصلح الواقعي من الإفلاس " وبمقتضاه يستمر التاجر في إدارة أعماله ويظل له التصرف في أمواله مقابل التعهد بالوفاء الجزئي ، ومتى تم الصلح فإن أثر العقد ينصرف إلى جميع الدائنين ، ولانعقاده لا بد من توافر أغلبية مزدوجة :

أغلبية عددية: عدد الدائنين .

أغلبية قيمة: وهي أن يكون هؤلاء الدائنون حائزين على ثلثي الديون.

١- المادة ٥٠٩ وما يليها من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧.

كذلك لا بد من مصادقة المحكمة المختصة عليه .

يعد هذا العقد الجماعي استثناء من قاعدة نسبية آثار العقود ، لكنه استثناء ضروري إذا شئنا أن ننهي حالة الإفلاس ، ذلك لأن هذا العقد ينتج آثاراً تلزم أشخاصاً لم يكونوا فرقاء في العقد .

وسر هذا الاستثناء هو أن جماعة الدائنين تصبح وكأنها تجمع صغير: جمعية الصلح المؤلفة من الدائنين برلمانهم، والصلح قانون يقترحه المفلس ليطبق على هذا المجتمع والقاضي يصادق على هذا القانون ليصبح نافذاً .

والصلح مع التاجر المفلس يسري على جميع الدائنين حتى من لم يوافق منهم عليه أو لم يشترك فيه.(١)

ب - عقد العمل الجماعي :

اتفاقيات العمل الجماعية ما هي إلا عقود مفتوحة يمكن الانضمام إليها بعد إبرامها ويغدو المنضمون فرقاء في الاتفاقية الجماعية فيتحملون آثارها الإيجابية والسلبية وبإمكانهم على الأخص المقاضاة في شأنها عبر الأجهزة التمثيلية التي ينص عليها القانون.(٢)

١- د. مصطفى كمال طه- علي البارودي- القانون التجاري- منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان- ٢٠٠١ - ص ٤٤٦ وما بعدها .

٢- راجع المادتين ٩٤/ ٩٥ من قانون العمل الموحد السوري .

ج- الأشخاص المنضمين إلى شخص معنوي : (١)

كالأشخاص الذين يكتسبون أسهماً في شركة مساهمة، فمثل هؤلاء يصبحون فرقاء في العقد الذي كون هذا الشخص المعنوي ، وبإمكانهم عبر أجهزة الشخص المعنوي التمثيلية، ممارسة امتيازاتهم كفرقاء في العقد .

٢- حق الغير في إقامة الدعاوى المباشرة :

أعطى المشرع الغير أحياناً الحق في إقامة دعوى مباشرة في شأن عقد لم يكن طرفاً فيه. حيث يحق للدائن أن يرفع هذه الدعوى ضد مدينه وتصبح بمثابة امتياز للدائن على الدين الذي في ذمة مدين المدين، فيتيسر للدائن أن يأمن بها من مزاحمة غيره من الدائنين الذين لم تقرر لهم هذه الدعوى، لذلك فإن هذه الدعوى لا تقرر إلا بمقتضى نص خاص(٢) وعلى سبيل المثال لا الحصر نذكر من تطبيقات هذه الدعوى:

أ- في عقد المقاولة :

أعطى القانون للمقاولين الثانويين وعمالهم الحق في إقامة دعوى مباشرة على رب العمل بما لا يتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى (٣).

١- راجع المادة ٩١ من قانون الشركات السوري رقم ٣/ الصادر في ١٣/٣/ ٢٠٠٨ منشور في الجريدة

الرسمية تاريخ ١/٤/٢٠٠٨ .

٢- د مصطفى عبد الجواد - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - دار الكتب القانونية - مصر -

٢٠٠٥ - ص - ٥١٦ .

٣- راجع المادة ١٢ من القانون الفرنسي رقم ١٣٣٤/١٩٧٥ .

- راجع كذلك المادة ١/٦٢٨ مدني سوري.

ب- في عقد التأمين(١) :

سمح المشرع للمصاب في حادث سير أو ورثته بالادعاء مباشرة على شركة التأمين(٢).

هذا وإن كان للدعوى المباشرة موضوع وحيد هو إنشاء منفعة لصالح من يستفيد منها بالسماح له بالتمسك ببعض المفاعيل الملزمة للعقد إلا أنها لا تجعل منه فريقاً في هذا العقد على عكس ما أخذ به بعض الفقهاء .

وبتعبير آخر :

إن هدف الدعوى المباشرة هو تصحيح - وذلك لاعتبارات العدالة - مبدأ نسبية العقد عن طريق السماح لحائزها حتى خارج رضاه بالتمسك ببعض مفاعيل العقد الملزمة إلا أن موضوع هذه الدعوى ليس من شأنه أن يجعل منه فريقاً في العقد ذلك لأنه لا يملك التصرف به من نحو تعديله أو وضع نهاية له .

٣- إعمالاً لنظرية المظهر المخادع يحمي المضرور :

تطبيقاً للمبدأ الذي يقرر أن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون ، فإن استقرار التعامل قد

١- راجع في القانون السوري المادة/٦/ من قرار مجلس الوزراء رقم ١٩١٥ لعام ٢٠٠٨ والتي أعطى بموجبها المضرور حقاً مباشراً تجاه شركة التأمين .

٢- المادة ١٤/ج من قرار مجلس الوزراء رقم ١٩١٥ لعام ٢٠٠٨ بينت أن شركة التأمين تلتزم بالتعويضات التي تترتب نتيجة المسؤولية المدنية التي تقع على عاتق مالك المركبة أو حائزها أو سائقها بسبب الوفاة والأضرار الجسدية الأخرى.

- راجع في الموضوع د. إبراهيم عساف- المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية الناتجة عن استعمال السيارة- مطابع فتي العرب - الطبعة الأولى - ١٩٥٩ .

يقضي بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه (١) .

ومثال ذلك : الوارث الظاهر وهو الذي تستقر أموال التركة أو جزء منها في ذمته ثم يظهر فيما بعد مانع من موانع الإرث ، أو يظهر من هو أقرب للمورث منه فيحجبه عن الإرث ، وتسري تصرفات الوارث الظاهر التي يجريها في أموال التركة في مواجهة

الوارث الحقيقي طالما كان المتصرف إليه حسن النية يعتقد أنه يتعامل مع الوارث الحقيقي .

كذلك الحال بالنسبة للوكيل الظاهر (٢) وهو الذي يبرم التصرف باسم شخص آخر مع انصراف آثار العقد لحساب ومصلحة هذا الأخير دون أن تكون هناك وكالة قائمة بين الأصل والوكيل، و للاحتماج على الموكل بالتصرف الذي عقده الوكيل الظاهر لا بد أن يدعم حسن نية الغير مظهر خارجي منسوب إلى الموكل يكون له الدور الكبير في دفع الغير إلى الوهم الذي وقع فيه ، فعندئذ يكون الغير أولى بالرعاية من الموكل لأنه لم يرتكب خطأ ، بالإضافة إلى أنه خدع بالمظهر الخارجي الذي اتخذته الموكل ، لذلك فالقانون يضيف حمايته على الغير دون الموكل.

وإن كان انصراف أثر العقد إلى الغير في الأحوال المذكورة سابقاً غير مقصود، وإنما مبني على اعتبارات قانونية أقرها المشرع بنصوص خاصة لا دخل للإرادة فيها ، إلا أننا نجد بالمقابل حالة تتدخل فيها إرادة المتعاقدين فيجعل أثر العقد ينصرف إلى الغير وهذا ما سنبحثه فيما يلي .

١- عبد الباسط جميعي - نظرية الأوضاع الظاهرة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٥٥ ص - ٥٢٦.

٢- د مجدي عز الدين يوسف - الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي - رسالة دكتوراه - بلا دار نشر عام ١٩٩٣ - ص ٣٤ وما بعدها .

- راجع كذلك فتيحة قرة - أحكام الوضع الظاهر - منشأة دار المعارف - الإسكندرية - بلا تاريخ - ص ٤١.

ثانياً : الاستثناءات الاتفاقية :

يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على انصراف أثر عقدهما إلى الغير ليكسبه الحق في تلقي ما يحمله العقد من نتائج. هذا ما أكدت عليه المادة /١٥٣/ من القانون المدني السوري

حينما نصت على أن : " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً "

وفي الواقع إن هذا النص يقر قاعدتين هما :

- العقد لا يضر الغير .
- العقد لا يفيد الغير .

١- العقد لا يضر الغير :

الأصل أن العقد لا يضر الغير فالغير لا يمكن أن يلتزم بعقد لم يبرمه ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات مثال ذلك : عقود الإدارة التي يبرمها أغلبية الشركاء فيما يتعلق بإدارة المال الشائع ، تسري في مواجهة بقية الشركاء الأقلية التي لم تشترك فيها وقد لا توافق عليها ، شرط أن تكون هذه الأعمال التي يقوم بها أغلبية الشركاء من قبيل أعمال الإدارة المعتادة التي لا ترمي إلى تغيير أساسي أو تعديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع (١).

١- هذا ما نصت عليه المادة ٧٨٣ من القانون المدني السوري :

" ١- ما يستقر عليه رأي غالبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة. فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

٢- وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاملاً أو كان خاصاً .

٣- و إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم .

- راجع في الموضوع د . عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص ٥٨٥ .

وهناك نوع شائع من التعاقد يوحي مظهره بأنه يتضمن استثناء من قاعدة "العقود لا تضر الغير" ، إلا أنه في الحقيقة مجرد تطبيق لها وهو " التعهد عن الغير ". (١)

والتعهد عن الغير عقد ملزم لجانب واحد هو المتعهد الذي يلتزم بجعل الغير "المتعهد عنه" يقبل الأمر المتعهد به فالتعهد عن الغير ينطوي على إيجاب موجه من المتعهد له ، فإذا قبل الغير هذا الإيجاب انبرم عقد جديد بينهما يختلف عن العقد السابق .

فثمة عقدان إذاً: عقد فوري وعقد احتمالي وهما يختلفان من ثلاثة وجوه :

١- من حيث الأطراف : نجد أن أطراف العقد الفوري هما المتعهد والمتعهد له، بينما أطرف العقد الاحتمالي هما المتعهد له والغير .

٢- من حيث الالتزامات : العقد الفوري ينشئ التزاماً على المتعهد بحمل الغير على قبول التزام معين بينما العقد الاحتمالي ينشئ التزاماً في ذمة الغير، قد يكون محله إعطاء "نقل ملكية" أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

٣- ومن حيث وقت تمام العقد : العقد الأول يتم بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول بين المتعهد والمتعهد له ، بينما العقد الجديد ينعقد وقت صدور القبول من الغير، إلا إذا تبين ،صراحة أو ضمناً أن الغير أراد أن يكون لقبوله أثر مستند يرجع إلى وقت صدور التعهد (٢)

هذا ويشترط في التعهد عن الغير ثلاثة شروط هي :

أ - أن يتعاقد المتعهد عن الغير باسمه الشخصي لا باسم الغير الذي يتعهد عنه .

١- راجع المادة ١٥٤ من القانون المدني السوري .

٢- د. وحيد الدين سوار- النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق ص ٢٩٦.

ب- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه ، فإن كان يقصد إلزام الغير المتعهد عنه بقبول التعهد كان عقده باطلاً ذلك لأن القانون لا يجيز أن يلزم إنسان غيره بدون إرادته .

ج- يفترض التعهد عن الغير التزام المتعهد بحمل الغير المتعهد عنه على قبول التزام معين وهذا الالتزام قد يكون محله قياماً بعمل أو امتناعاً عن عمل . أما التزام المتعهد عن الغير فمحله دوماً عمل هو حمل الغير على التعاقد .(١)

وفي الواقع إن التعهد عن الغير كثير الوقوع في الحياة العملية وخاصة في الحالات التي يتعذر فيها الحصول على رضا ذي الشأن في أمر معين مثال ذلك :

لو أراد الشركاء في مال مشترك على الشيوع أن يبيعوا هذا المال ، لكن أحدهم كان غائباً أو قاصراً ، في هذه الحالة يمكن للشركاء أن يبرموا عقد البيع عن أنفسهم ويتعهدوا بحمل الغائب بعد عودته أو القاصر بعد رشده على قبول التعاقد.

والتعهد عن الغير ليس حكراً على عقود القانون الخاص فيمكن أيضاً أن نرى صوراً لهذا التعهد في مجال العقود الإدارية ، فالجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري استندت في فتوى لها إلى " التعهد عن الغير " في حل نزاع دار بين حكومة مصر العربية التي كانت قد أبرمت اتفاقية قرض مع الصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي للمساهمة في تمويل مشروع مصنع الزجاج المسطح، وبمقتضى هذه الاتفاقية يقدم الصندوق قرضاً للحكومة المصرية مقداره ١٥ مليون دينار كويتي ، على أن تلتزم الحكومة بوضع حصيلة القرض تحت

تصرف شركة مساهمة مصرية تنشأ لتملك وإدارة المشروع وبموجب اتفاقية إعادة إقراض يتم إبرامها بين الحكومة والشركة فقد تم الاتفاق بين الطرفين على أنه يعتبر هذا التمهيد جزءاً لا يتجزأ من هذا الاتفاق ويعتبر هذا الاتفاق جزءاً لا يتجزأ من اتفاقية القرض الموقعة بين الحكومة والصندوق العربي والتي تنص في مادتها الثانية على أن: تلتزم الشركة بنصوص اتفاقية قرض الصندوق العربي وجداولها وملحقاتها كما لو كانت الشركة طرفاً أصيلاً في الاتفاقية بصفتها الجهة المقترضة. كما تنص المادة الثامنة من الاتفاق الفرعي: على أن تسدد الفوائد المستحقة على أصل القرض وأي تكاليف أخرى مستحقة وتلتزم الشركة بتسديد القرض كما تلتزم بدفع الفوائد بالجنيه المصري وعلى أساس سعر الصرف المعلن في تاريخ السداد .

والنزاع الذي دار بين حكومة مصر وبين الشركة القائمة على هذا المشروع كان حول تعيين الجهة التي ستتحمل الزيادة الحاصلة في مبلغ الفوائد نتيجة تغير سعر الصرف ، ولما عرض النزاع على الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري ، استظهرت الجمعية أن ثمة اتفاقاً نهائياً قائماً على مفهوم التعهد عن الغير تشكله الاتفاقيتين:

١. اتفاقية القرض المبرمة بين الحكومة المصرية والصندوق العربي .

٢. واتفاقية إعادة الإقراض المبرمة بين الحكومة المصرية والشركة المصرية للزجاج المسطح . والتي كانت قد وافقت على عرض المنازعات التي قد تثور في خصوص اتفاق إعادة الإقراض على الجمعية العمومية للفصل فيها حيث تفيد مواد الاتفاقية الأولى تعهد الحكومة المصرية بحمل شركة تتأسس لغرض إدارة وتملك مشروع الزجاج المسطح على القيام بمهام المشروع ووضع حسيطة القرض بالكامل تحت تصرفها بموجب اتفاق فرعي لإعادة الإقراض يبرم بين الحكومة المصرية (المتعهد)

والشركة المصرية للزجاج المسطح (الغير) وهو الاتفاق الذي يشتمل في شروطه وأحكامه على ما يتفق واتفاقية القرض ذاتها.

إذاً فالجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري ذهبت إلى أن دور الحكومة المصرية ما هو إلا دور الوسيط في العلاقة المالية مابين طرفي الاتفاق ، أي بين الصندوق العربي والشركة المصرية للزجاج المسطح ، وهو وضع لا تكون معه الحكومة المصرية طرفاً أصيلاً عن نفسها في هذا الاتفاق وينتهي دورها بقبول الشركة للاتفاق السابق ذلك لأن المتعهد(الحكومة المصرية) لا يكون مسؤولاً عن تنفيذ الاتفاق فهو يكفل وجود الالتزام في ذمة المتعهد عنه ولا يكفل تنفيذه (١).

هذا وإن كان بعض الفقهاء يعدون أن التعهد عن الغير استثناء من قاعدة نسبية العقود إلا أنه في الواقع ما هو إلا تطبيقاً لهذه القاعدة ذلك لأن الغير المتعهد عنه لا يتأثر إطلاقاً بنتيجة هذا العقد ، فهو لا يضار به ، وتبقى له الحرية المطلقة في قبول التعهد أو رفضه فهولا يلتزم بقبول التعهد ولا يتحمل برفضه أية مسؤولية بينما تقع المسؤولية في حال الرفض على المتعهد.(٢)

١- راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في هذه القضية تاريخ ٢٠٠٣/٧/١٣ منشور في جريدة الأهرام الاقتصادي السنة ١٢٦، العدد ١٨٠١ على الموقع الالكتروني:

<http://ik.ahram.org>.

٢- أ.د. عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق ص ٦١٧ إلى ص ٦٢٤.

العقد لا يفيد الغير :

كما أن العقد لا يضر الغير فهو لا ينفعه أيضاً ، ذلك لأن الغير لا يجني غنماً من عقد لم يشترك فيه . إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل في حالة محدودة ، سمح فيها بفتح العقد في مواجهة الغير على أن يكون لهذا الأخير الخيار في تلقي ما يحمله العقد من نتائج .

هذا ويستطيع الغير الاستفادة من العقد، عن طريق تقنية الاشتراط لمصلحة الغير. والاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين (المشترط) على الطرف الآخر (المتعهد) أن يؤدي إلى شخص ثالث أجنبي عن العقد (المنتفع) حقاً معيناً .

إذاً بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير يستطيع المستفيد - وهو أجنبي عن العقد - أن يستمد حقاً مباشراً من العقد، لذلك فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعد خروجاً على مبدأ نسبية آثار العقد .

والاشتراط لمصلحة الغير له تطبيقات كثيرة في الحياة العملية أهمها ما نجده في عقد التأمين بشقيه، الاجتماعي والخاص. (١)

حيث تقوم الدولة من خلال نظام التأمين الاجتماعي بتحقيق المصلحة العامة ، التي تتمثل في تغطية المخاطر الاجتماعية التي يتعرض لها أفراد الطبقة العاملة ، والتي تحول بينهم وبين مباشرة عملهم كالمرض والعجز والشيخوخة .

أما التأمين الخاص فهو التأمين الذي يقوم به أحد الأفراد توكيلاً لنتائج خطر معين أو حادث يحتمل وقوعه في المستقبل كالتأمين الذي يبرمه الشخص على حياته لصالح

١- د. وحيد الدين سوار - المرجع السابق - ص ٣٠٠.

أفراد عائلته .

أجاز المشرع السوري الاشتراط لمصلحة و وضع شروطاً له تتلخص بما يلي :

١- يجب أن يتعاقد المشتراط باسمه لا باسم المنتفع ، باعتباره طرفاً أصيلاً في العقد ، وبهذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة في التعاقد ، ذلك لأن النائب يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه، ومن ثم لا يبدو غريباً إضافة آثار العقد إلى الأصيل. في حين نجد أن المشتراط في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع ومن ثم يبدو اكتساب المنتفع حقاً مباشراً من العقد خروجاً عن قاعدة نسبية العقود.

٢- لا بد أن تتصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع وهذه الفكرة هي جوهر الاشتراط لمصلحة الغير: ترتيب الحق مباشرة للمنتفع دون أن يمر في ذمة المشتراط .

٣- يجب أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية ومشروعة من هذا الاشتراط وهذه المصلحة يمكن أن تكون أدبية ، كما لو أمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده ، أو يمكن أن تكون مادية كأن يشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لدائن البائع . (١)

إذاً فنظام الاشتراط لمصلحة الغير يتمتع بميزة هامة وهي أن المستفيد بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد إلا أن بإمكانه الحصول على حق مباشر منه وهذه المنفعة تثبت له ابتداء من غير أن يتجشم المشتراط عناء نقلها إليه وهذا بلا شك يعد خروجاً واضحاً عن مبدأ نسبية آثار العقود .

١- راجع المادة ١٥٥ من القانون المدني السوري .

ثالثاً: مدى انطباق الأثر النسبي للعقد في مجال العقود الإدارية :

مبدأ الأثر النسبي للعقد يشكل واحداً من المبادئ العامة للحق العام التعاقدي ، هذه المبادئ بكل تأكيد صالحة للتطبيق في مجال العقود الإدارية كما هي بالنسبة للعقود المدنية . وكما كان الأثر النسبي للعقد محل خلاف في القانون المدني فإن الوضع كان كذلك في القانون الإداري.

فلقد ثار جدل كبير حول ما يترتب على العقد الإداري من آثار في مواجهة الغير ، وانقسم الفقهاء بشأن ذلك بين مؤيد ومعارض :

بعضهم رأى أن تطبيق مبدأ الأثر النسبي على العقود الإدارية منتقد لأن من طبيعة العقود الإدارية أن تولد آثارها حيال الغير ، هذه الآثار تؤكد أن قاعدة نسبية العقود قد فقدت كل قيمتها في مجال العقود الإدارية ، ذلك لأن الإدارة لا تبحث في عقودها عن منفعة أنانية بل ترمي من وراء تعاقدتها إلى تحقيق المصلحة العامة - خلاف الأمر في نطاق عقود القانون الخاص - لذلك فإن عقودها تولد حقوقاً على عاتق الأفراد غير الداخلين في العقد الإداري .(١)

هذا الرأي ينسجم مع الاتجاهات الاشتراكية ، لذلك فقد لاقى تأييداً من الفقيه " بيكينو " الذي طرح سلسلة من المعطيات لتأييد رأيه :

- إن الغير - ولو لم يكن طرفاً في العقد - فهو يستفيد منه ببعض الحالات بحيث يمكن تسمية منفعته بأنها ارتفاع مشروع .
- دفا تر الشروط تحوي بنوداً تفرض على الغير جميعاً .

١- د. زكي النجار - نظرية البطلان في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة

١٩٨١ - ص ٤٤٨ وما بعدها .

- بعض المتعاقدين يحصلون من الإدارة على امتيازات معينة كنزع الملكية والإعفاءات الضريبية الأمر الذي قد يجر مغارم على الغير مثل حرمانهم من

استعمال الأراضي العامة المشغلة ، والإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.(١)

هذا وقد لاقى هذا المبدأ تأييداً من جانب الفقه العربي أيضاً :
فالدكتور فؤاد مهنا يؤكد على أنه : " بما أن العقود الإدارية تبرم لتحقيق غرض أساسي هو تنفيذ المرافق العامة وتحقيق النفع العام فإنه من الطبيعي أن تتصرف آثار هذه العقود إلى الغير أي إلى هؤلاء الذين أبرم العقد لمصلحتهم ، كما أنه من المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة يعتبر متعاوناً معها في تنفيذ المرفق العام ويعمل باسمها لتحقيق هذا الغرض ، ولهذا فإن المتعاقد مع الإدارة يخول في كثير من الأحيان الحق في استعمال بعض حقوق السلطة العامة إزاء الأفراد ومعنى هذا أنه يجوز أن يترتب على العقد الإداري التزامات تجاه الغير "أفراد الجمهور" الذين لم يكونوا طرفاً في العقد وتأسيساً على ذلك فإن العقد الإداري على عكس العقد المدني ينتج بطبيعته أثراً في مواجهة الغير. (٢)

وبالمقابل نجد أن فريقاً من الفقهاء ذهبوا إلى القول بأن القاعدة العامة في العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية هي مبدأ نسبية آثار العقد ويتزعم هذا الرأي الفقيه "A,De,Laubadere" الذي يرى أنه ليس من طبيعة العقد الإداري أن يترتب أثراً في مواجهة الغير، كما أن حق الغير في إبرام العقود الإدارية بالطريقة القانونية هو حق عام يشمل جميع الأعمال القانونية وليس فقط العقود(٣).

1- Laubadere - Delvolve et Moderne. T1.op .cit.p788.

٢- د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي - دار المعارف - القاهرة - ١٩٦٧ - ص ١١٨٣

3- Laubadere – Delvolve et Moderne .T1. op.cit.p788.

وقد دعم رأيه السابق بأحكام صادرة عن القضاء الإداري الفرنسي والذي طبق مبدأ نسبية آثار العقد في مجال العقود الإدارية في عدة مناسبات نذكر منها:

الحكم الصادر في قضية الشركة الدولية للغاز والذي أكد أن الغير لا يستطيع أن ينتفع بخلاف البلدية من عدم التنفيذ من قبل المقاول المكلف بتنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد المبرم بينه وبين البلدية، كما أنه لا يستطيع أن يحتج تجاه البلدية عن تأخر التنفيذ ، ذلك لأنها لم ترتكب أي خطأ بخصوص الغير ولم تأخذ أي تعهد لمصلحته ذلك لأن احترام الآجال يكون بين البلدية والشركة أي أن أثر العقد ينحصر بين أطرافه .(١)

وتأييداً لرأيه أيضاً يحاول الأستاذ "لوبادير" أن يدحض المعطيات التي طرحها الفقيه "بيكينيو" والتي دعم بها رأيه السابق:

- ١- فيرى أن المزايا التي يستمدّها المتعاقد من العقد وتؤثر على الغير - كشرط الإعفاء الضريبي - ما هي إلا آثار غير مباشرة ولا ترقى إلى مرتبة الاستثناء من قاعدة نسبية آثار العقد .
- ٢- كذلك المغارم التي يجرها العقد الإداري على الغير ما هي إلا أعباء يوجبها القانون على الغير وليست التزامات تولدت عن العقد.
- ٣- إن دفاتر الشروط تطبق على الغير بسبب خصائصها التنظيمية ، لا بسبب طبيعتها العقدية حيث لا يستطيع الغير بتعاقد خاص أن يخرق هذه الدفاتر .

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٣٩/٣/١، انظر كذلك الحكم الصادر في قضية (Fanvet) تاريخ ١٩٢٧/٣/١٨ كذلك الحكم الصادر في قضية السيد "LATTY" وبلدية "Vaux-s-mer" مشار إليها لدى:

- Laubadere – Delvolve et Moderne .T1.op .cit.p788

وإن كان الأستاذ "لوبادير" لا ينكر الحالات الكثيرة التي تؤدي فيها العقود إلى إفادة الغير أو تحميله بعض الأعباء إلا أنه يرى أن هذه الحالات لا تعتبر تطبيقاً لمبدأ عام

بل هي حالات استثنائية يمكن إرجاع كل طائفة منها إلى أساس قانوني معروف لا يمس قاعدة نسبية العقود. (١)

ويبدو أن مجلس الدولة السوري يؤيد - وبشكل واضح - تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقد في مجال العقود الإدارية وهذا ما نجده في أحكام القضاء الإداري الذي قضى بأن : "التزامات الطرفين المتعاقدين في نطاق العقود الإدارية ونتائجها تقتصر على أطراف العقد أنفسهم دون غيرهم ، فلا يقبل من الغير الدخول في منازعة تتعلق بعقد إداري ليس طرفاً فيه " (٢)

ونحن من جانبنا ننضم لرأي القضاء الإداري السوري الذي يؤكد سريان قاعدة الأثر النسبي للعقد في مجال العقود الإدارية ، ذلك لأن هذه العقود وإن كانت تتمتع بخصوصية معينة - إلا أنها تبقى عقود تربط بين طرفين وتلزمهما بآثارها وبالتالي فإن قاعدة الأثر النسبي للعقد تطبق على العقود الإدارية ولا مجال لاستبعادها. وبالنسبة للحالات العملية التي تمتد فيها آثار العقد الإداري إلى الغير لا تبرر على أنها خروج عن مبدأ نسبية العقود وإنما حالات يمكن إرجاعها إلى أسس قانونية مختلفة تبرر لكل حالة على حده ، وهذا ما سنبحثه في موضعه لاحقاً.

1- Laubadere - Delvolve et Moderne.op.cit.p789.

٢- محكمة القضاء الإداري السوري - الحكم رقم (٧٣) في القضية رقم ٩٦ لعام ١٩٧٦ - مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري لعام ١٩٧٦ - ص ٢١

الباب الأول

الجانب الشخصي

الأسس العامة التي تحكم

القانون المتولدة عن العقود الدولية

الباب الأول

الجانب التأصيلي

الأسس العامة التي تحكم

الآثار المتولدة عن العقود الإدارية

تتميز العقود الإدارية بنظام قانوني خاص يختلف في كثير من نواحيه عن النظام القانوني للعقود المدنية .

ولعل السبب الرئيسي في هذا الاختلاف يرجع إلى صلة العقود الإدارية بالمرافق العامة وهدفها في تحقيق المصلحة العامة على خلاف ما هو عليه الحال في العقود المدنية التي تتوخى المصلحة الشخصية .

وسيتضح لنا من خلال دراستنا التالية أن أبرز مظاهر الاختلاف بين العقود الإدارية والعقود المدنية تكمن في مجال الأسس والقواعد التي تحكم الآثار المتولدة عن كل منهما ، ذلك لأن العقد الإداري يخضع لأسس ومبادئ خاصة تميزه عن العقد المدني.

لذلك فإن دراسة آثار العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير تطلب منا بدايةً استعراض القواعد القانونية التي تحكم الآثار المتولدة عن العقد - والتي تكون غالباً مقتصرة على أطرافه - كمبدأ عام ننطلق منه إلى الاستثناء وهو إمكانية امتداد آثار هذه العقود إلى غير عاقيدها وذلك للتوصل إلى أساس يضيفي الصفة القانونية على هذا الامتداد.

وسنناقش ما سبق من خلال:

الفصل الأول: القواعد القانونية التي تحكم آثار العقد الإداري .

الفصل الثاني: الأساس القانوني الذي يضيفي الشرعية على هذا الامتداد.

الفصل الأول

القواعد القانونية التي تحكم آثار العقد الإداري

من المسلم به في مجال القانون الخاص أن العقد إذا انعقد صحيحاً وفقاً لأحكام القانون توفرت له قوته الملزمة وأصبح مضمونه واجب التنفيذ ، فالأصل في كل عقد أنه يلزم عاقديه بما يجيء فيه .

لكن الأمر على خلاف ذلك في نطاق العقود الإدارية حيث أن المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري تلعب دوراً حاسماً في تفرد واستثنائه بأحكام وقواعد مستقلة ومتميزة خاصة فيما يتعلق بمدى حقوق وسلطات الإدارة إزاء المتعاقد معها ، فلا تنطبق على هذا العقد قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) بالصورة المطلقة المعروفة في القانون الخاص ، الأمر الذي يخول الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها وذلك للدور الذي تلعبه هذه العقود في إشباع الاحتياجات العامة .

وبالمقابل فإن المتعاقد مع الإدارة يتمتع بمزايا لا توجد عادة في نطاق العقود المدنية هذه المزايا تتمثل بمنح المتعاقد الترخيصات اللازمة لتنفيذ محل العقد كذلك السماح له باستخدام الطريق العام والأموال العامة التي يلزم استعمالها لإدارة المرفق ، وقد يخول سلطات إدارية من نحو نزع الملكية وحق تحرير محاضر للمخالفات الخ . ومن المسلم به أن كل هذه المزايا تعتبر من قبيل الشروط التعاقدية والتي لا تملك الإدارة المساس بها بإرادتها المنفردة .

و بناء على ما تقدم فإن الخط العريض لمعالجة المبادئ التي تحكم آثار العقد الإداري يتمثل في التوفيق بين أمرين رئيسيين:

الأول: يكمن في الرضائية والتي تعتبر تجسيداً لدور الإرادة في إبرام العقد وتنفيذه.

الثاني : يتمثل في الخصائص الذاتية التي تتمتع بها العقود الإدارية والدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام في تزويد الإدارة بسلطات تجاه المتعاقد معها لضمان سير هذا المرفق بانتظام واضطراد.

وإذا كان مقتضى التوفيق بين الاعتبارين السابقين هو عدم التفريط بأحدهما على حساب الآخر ، فإن الفقه والقضاء - سواء في فرنسا أو في مصر وسورية - قد أقر

بضرورة المحافظة على التوازن المالي للعقد وإعادته إلى حالته الطبيعية في حال اختلاله ، باعتبار أن حفظ التوازن المالي يمثل التوفيق بين الرضائية والخصائص الذاتية للعقود الإدارية .

و فيما يلي سنقوم بتسليط الضوء والعمل على تحليل موضوعي للأفكار السابقة وفق التالي:

المبحث الأول : فكرة الرضائية والقوة الملزمة للعقد .

المبحث الثاني: فكرة المرفق العام وأثرها على القواعد التي تحكم تنفيذ العقد الإداري.

المبحث الثالث: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري .

المبحث الأول

فكرة الرضائية والقوة الملزمة للعقد الإداري

يحتل مبدأ القوة الملزمة للعقد مكان الصدارة بين المبادئ الأساسية التي تحكم العقود بشكل عام ، ومؤدى هذا المبدأ أن العقد يمنح قوة بإرادة طرفيه تحتم عليهما الرضوخ والإذعان لكل ما يحتويه .

فالعقد بالنسبة لطرفيه وفي حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها ، كالقانون فلا يستطيع أي من المتعاقدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ، ولا يجوز له إنهاء العقد أو

تعديله إلا برضا الطرف الآخر أو وفقاً لما يقرره القانون ، ذلك لأن العقد الإداري- هو اتفاق رضائي- يولد من توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تقوم على التراضي بين الطرفين . فالرضا ركن مهم في العقد ومن مستلزماته أن يكون ثنائياً ، أي يتكون من إرادتين على الأقل كما يشترط أن تكون هاتان الإرادتان متوافقتين .

وسنشير فيما يلي إلى دور الرضائية في إبرام وتنفيذ العقد الإداري ، مؤكدين على أن إرادة الطرفين هي الأساس لتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، ويتفرع عن هذه الحقيقة نتيجة هامة وأساسية مفادها هي : أن العقد يعد قانون الطرفين أو شريعتهما وبالتالي لا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضا الطرفين.

فلتشخيص منطق الرضائية والقوة الملزمة للعقد ، لا بد لنا من بيان المدلول الحقيقي للرضائية والنية المشتركة للطرفين ، إضافة إلى بيان دور مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية .

المطلب الأول

الرضائية ومدلول النية المشتركة للطرفين

تتشكل الرضائية جوهرياً من مقولة : إن تكوين العقد يجب أن يترك ويشكل كامل لإرادة الأطراف ، فالعقد لا يستمد قوته من القانون بل من إرادة الأطراف ، هذه الإرادة يجب أن تكون حاضرة وموجودة في كل لحظة وفي كل مرحلة من مراحل تكوين العقد وحتى تنفيذه ، وهذا ما يتجلى واضحاً من خلال حرية الشخص في التعاقد أو عدمه ، وفي حرية اختيار المتعاقد ، كذلك الحرية في تحديد محتوى العقد وحتى شروط التنفيذ .

وسنحاول توضيح ما سبق ذكره من خلال وقفنا على تعريف مبدأ الرضائية والنية المشتركة للطرفين :

أولاً: الرضائية:

ويقصد بها أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها ، تنشئ بذاتها التزاماً لذاتها ، فإذا ما التزم شخص بتصرف قانوني - خاصة العقد - فإنه يلتزم لأنه أراد و بالقدر الذي أراد و كما أن العقد قاعدة الحياة الحقوقية فإن الإرادة هي قاعدة العقد .

والرضا يوجد عادة باقتران إرادتين حرتين ومتوافقتين ، إرادة توجب وأخرى تقبل ولو جاءت عارية من أي شكل يفرض عليها من الخارج ، فالأصل في كل العقود أنها رضائية .

و بهذا المعنى لا تكون الرضائية محل شك في العقد الإداري لأن إرادة الطرفين تؤدي دورها كاملاً سواء تعلق الأمر بإبرام العقد أو تنفيذه .

- فلا ينال من تلك الرضائية السلطات الواسعة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الملتزم ، ذلك لأن ممارسة هذه السلطات من قبل الإدارة ترجع إلى صلة العقد الإداري بالمرفق العام ، تلك الصلة التي أدت إلى تمييز العقد الإداري بخصائص ذاتية (١).

- كذلك لا يضر بالرضائية استقلال جهة الإدارة بتحرير شروط العقد مقدماً و اقتصار دور المتعاقد على قبولها ذلك لأن القانون الخاص بما عرف عنه من تقديس لمبدأ سلطان الإرادة يقر بوجود طائفة من العقود تسمى "عقود الإذعان " يكون فيها القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب (٢).

فإذا كان هذا هو الشأن في القانون الخاص الذي يحرص أشد الحرص على المساواة بين طرفي العقد باعتبار أن المصلحة التي يقصدها كل طرف لا تسمو على مصلحة الطرف الآخر ، فإن الأمر على خلاف ذلك في العقد الإداري :

١- فالإيجاب في عقد الإذعان يكون عاماً ودائماً ، فكل من يذعن لشروط العقد يصبح طرفاً فيه ، لكن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية حيث أن اختيار المتعاقد مع الإدارة يتم وفق شروط وقواعد موضوعية دقيقة ينتهي دورها بمجرد إبرام العقد الذي وضعت من أجله . (٣)

٢- إن المشتراط في عقد الإذعان ينفرد في صياغة محتوى العقد ، وهذا ما لا نجده في نطاق العقد الإداري ، فالعقد الإداري - كما سنرى لاحقاً - يحوي نوعين من الشروط :

- شروط تعاقدية : توضع بالاتفاق مع المتعاقد .
- شروط لائحية : توضع من جانب السلطة التنظيمية ويقتصر دور المتعاقد

-
- ١- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٣٨٦.
 - ٢- عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - الجزء الأول - دار المستقبل - دمشق - سوريا - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ - ص ٦٩.
 - ٣- د. سعاد الشراقوي - العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٢٦٠.

على قبولها كما هي ولا يملك مناقشتها ، هذه الشروط لا تفرض على المتعاقد وتقيده حريته فحسب ، بل تكون مفروضة على الإدارة إلى حد كبير أيضاً .

٣- وأخيراً فإن المتعاقد مع الإدارة لا يوجد في مثل ظروف الطرف المذعن في عقود الإذعان ، فالحاجة الماسة إلى التعاقد - والتي تعد السمة الأساسية لعقود الإذعان - لا مثيل لها في العقود الإدارية حيث أن المتعاقد مع الإدارة - كالمقاول في عقد الأشغال - يكون بالخيار إما أن يتعاقد مع الإدارة مع علمه المسبق بالقيود التي تفرضها التشريعات واللوائح على عقده، أو أن يتعاقد مع فرد آخر في ظل القانون الخاص (١).

وبذلك نجد أن وضع المتعاقد مع الإدارة ليس دونياً ، بل لإرادته دور هام في حرية الاختيار والموازنة ويتراوح هذا الدور بين القبول والرفض ويصل إلى درجة إبداء التحفظات على شروط العقد في أحوال معينة ، كما أن استقلال جهة الإدارة بوضع شروط العقد وامتلاكها السلطات الواسعة في مواجهة الملتزم لا يعني أنها في مركز متقدم عن مركز المتعاقد معها ، إلا أن الغاية التي تسعى إلى تحقيقها - المصلحة العامة - هي التي تؤدي بالضرورة إلى تقدم مصلحة الإدارة على مصلحة المتعاقد معها .

هذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها :

"...إذا كانت جهة الإدارة هي التي تستقل حقيقة في صياغة العقد الإداري ووضع شروطه سلفاً ، وبغير إشراك المتعاقد المنتظر بشيء من ذلك معها ، إلا أن ذلك لا

١- د. محمد حسين سعيد أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ١٥.

يعني أن الأفراد يقبلون هذه الشروط أو يرتبطون بها دون أن يكونوا راضين عنها وراغبين فيها ، ذلك لأنهم يطلعون على هذه الشروط ويدرسونها ، ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات يرفقونها بعطائهم ، ومن ثم فإن إرادة المتعاقد ليست أجنبية عن تكوين العقد و إبرامه..."(١)

وفي السياق نفسه يمكننا أن نستشهد برأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري والتي جاء فيه :

"إن التعاقد إنما يقوم على أساس من التوازن الحق بين الطرفين المتعاقدين ، وإن المبادئ التي تحددها النصوص العقدية تبقى جديرة بالاحترام وواجبة التطبيق طالما أنها لا تخرج عن أهداف النظام العام ، ولا يسوغ الإغضاء عن صراحة النص ابتغاء تحقيق

أفضلية لأحد الطرفين المتعاقدين ، لأن في ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة بين الطرفين المتعاقدين ، وتعارضاً مع مبدأ تنفيذ العقد وفقاً لمقتضاه وبحسن نية ، وما تستوجبه قواعد العدالة والإنصاف" (٢)

وإذا كان هذا هو دور الرضائية فيما يتعلق بإبرام العقد الإداري ، فالأمر كذلك فيما يتعلق بتنفيذه .

فالنية المشتركة للمتعاقدين هي أساس تحديد الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد الإداري تلك النية التي يلجأ إليها القضاء الإداري لتحديد حقوق والتزامات الطرفين في العقد الإداري .

١- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ٣٠ ٦/١٩٥٧ في القضية رقم ٩٨٣ مذكور عند د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤١٥ .

٢- فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٣٠/ لعام ١٩٩٢- مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع للأعوام (١٩٩١-١٩٩٥) ص ١٣٧ .

وإن كنا نتحفظ ومن الآن قبل الاستطراد في الحديث عن النية المشتركة للطرفين كأساس لتفسير العقد الإداري ، فإننا نجد أن النية المشتركة للمتعاقدين لها مدلولها الخاص والذي يميزها عن مدلولها في العقد المدني.

ثانياً: النية المشتركة :

لما كان العقد الإداري عقد كسائر العقود ، فإنه من المتعين العودة إلى النية المشتركة للطرفين لتحديد التزامات كل منهما .

ومتى كانت نية الطرفين تسعى لتحقيق المصلحة العامة ، فهنا لا محل للجوء إلى تفسير العقد .

أما حينما تتعارض مصلحة أحدهما مع المصلحة العامة فلا بد عندها من التفسير .

هذا وقد أدى لجوء مجلس الدولة الفرنسي إلى نصوص المجموعة المدنية (١) فيما يتعلق بتفسير العقد (٢) - وهي نصوص مبناها نية الطرفين - إلى تعرضه لسهام نقد وجهها إليه الفقه الفرنسي :

فالأستاذ "A,De, Laubadere" يرى أنه من التعسف استخدام فكرة النية المشتركة للطرفين كتعبير عن الإرادة المفترضة أو الضمنية .ويقيم نقده على أساس وجود خلط بين أمرين:

الأول: الخلاف المتوقع من الطرفين لحظة إبرام العقد.

الثاني :نية الطرفين ، فإذا كان الأمر محل النزاع لم يتوقعه الطرفان لحظة إبرام العقد فليس بلالزم أن تكون نيتهم قد اتجهت إلى حل هذا النزاع وفقاً لما انتهى إليه حكم مجلس الدولة في هذا الشأن ، لاسيما أن النية تكون ملموسة أثناء تكوين

١- وهذه المواد هي ١١٥٦-١١٥٧ - ١١٦١ - ١١٣٥ من المجموعة المدنية الفرنسية.

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٧/١١/٥ في قضية " Depart.des Cotes du-Nord "

- كذلك حكمه في ١٩٤٤/١/٢١ في قضية " Ste dentreprise " ، وحكمه في قضية " Rezimbaud "

" تاريخ ١٩٥٤/٦/١١ . مشار إليها عند د . سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤١٩ .

العقد وليس أثناء تنفيذه حيث تعلو بشكل واضح إرادة الإدارة على إرادة المتعاقد معها أثناء التنفيذ.

وبتسائل الأستاذ "A,De, Laubadere" فيما إذا كان البحث عن النية المشتركة يكون أثناء إبرام العقد أم عند التنفيذ ، ويتوصل بالنتيجة إلى أن العقد الإداري بحاجة إلى نظرة خاصة في التفسير تختلف عن تلك المتبعة في عقود القانون المدني .(١) الفقيه " Duguitt " رأى عدم إمكانية تطبيق القواعد والمبادئ العامة التي تحكم العقود المدنية على العقود الإدارية ولا سيما تلك المتعلقة بمناهج التفسير، فلا يجب في هذه الحالة البحث عن النية المشتركة للأطراف استناداً إلى أساليب ومناهج تفسير العقود بل يجب

أن تطبق مناهج تفسير القانون للتوصل إلى المصلحة العامة التي هدفت أن تعبر عنها
إرادة الإدارة . (٢)

سار في نفس المنحى الأستاذ "Richer" الذي انتقد فكرة البحث عن النية المشتركة
للطرفين لتحديد التزامات كل منهما ، ورأى أن القصد المشترك للأطراف يجب أن يكون
دائماً مع مستلزمات السير الحسن للمرافق العامة لذلك فإن إرادة الأطراف ستكون ضيقة
أمام مقتضيات حسن سير المرفق العام.(٣)

وفي تقديرنا أن القضاء الفرنسي عندما استخدم النية المشتركة للطرفين وضع في
اعتباره أمرين :

الأول : هو المدلول الخاص لتلك الفكرة باعتبارها تتصرف إلى تحقيق النفع العام وهذا
يؤكد على الخصائص الذاتية للعقود الإدارية.(٤)

1- Laubadere. A –Traite théorique et pratique des contrats administratifs ,T 2
op .cit , P 12-15.

٢- د. مهند نوح:الإيجاب والقبول في العقد الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة -
٢٠٠١- ص ٩٢

3- Richer. L.Droit des contrats administratifs ,L.G.D.J, Paris,2004 , p 563 .

٤- ذلك لأن تطبيق مجلس الدولة الفرنسي للقواعد المدنية لم يكن حرفياً بهذا الخصوص ، فكثيراً ما
كان المجلس يهجرها نظراً لمقتضيات المصلحة العامة ، فمجلس الدولة مثلاً لم يكن يلزم بنص

الثاني : الركون إلى نية الطرفين تأكيداً لدور الرضائية في العقد الإداري.

لذلك حرص القضاء الإداري الفرنسي على الاعتبارين السابقين من أجل التوفيق بين
الرضائية في العقد الإداري وما يتمتع به من خصائص ذاتية . هذا ما أكدت عليه
أيضاً محكمة القضاء الإداري السوري فقد جاء في قرار لها أن : "في تفسير عبارات
العقد يتعين عدم الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ والبحث عن النية المشتركة
للمتعاقدین في كل ما من شأنه أن يوضح هذه النية أو يدل عليها..."(١)

وأضافت المحكمة فأوضحت أن :

" التفسير اللفظي للعقود يمكن الأخذ به ما لم تصطدم بمقتضيات المنطق والإنصاف وما لم تكن مجافية للمألوف من الظروف المحيطة بتنفيذ العقود" (٢)

كذلك فإن المحكمة الإدارية العليا المصرية لم تنكر إمكانية تطبيق القواعد والمبادئ العامة المتعلقة بمناهج التفسير والتي تحكم العقود المدنية على العقود الإدارية . (٣)

إلا أنه أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تحدد و بالتفصيل دور نية

- المادة ١١٦٢ التي تقرر أن الشك يفسر لمصلحة المدين ، وذلك توكيلاً للمصلحة العامة .أ. د سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤١٩ .

١- حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم ١١٣ في القضية رقم ٢٧٦ لعام ١٩٦٦ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٦٦ ص ٢٩٠ .

٢- حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٨٩ في القضية رقم ١٠١ لعام ١٩٧١ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧١ ص ٣٣٣ .

٣- وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية "أن للقضاء الإداري أن يطبق من قواعد القانون المدني ما يتلاءم مع روابط القانون العام " حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢١١٣ لسنة ٤٤٤ ق تاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٠ مذكور على الموقع. الالكتروني www.mohamoon-ju.com . موسوعة الأحكام العربية .

المتعاقدين في تحديد الالتزامات التعاقدية وتفسيرها ، فقضت بأن :

"...يجب أن يكون تفسير العقود الإدارية قائماً على حسن الفهم والإدراك ومقتضيات العدالة وأن يكون مناط التفسير - وهذا الأساس - الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وألا تتحكم فيه المباني دون المعاني ، وعلى أن يراعى في ذلك ما تتميز به العقود الإدارية عن العقود المدنية من خصائص وطبيعة تجعل لها نظاماً قانونياً يختلف جد الاختلاف عن النظام الذي تخضع العقود المدنية وعلى رأس هذا النظام القانوني الخاص بالعقود الإدارية تبرز قاعدة أساسية وجوهرية تسود قواعد التفسير هي

أن هذه العقود تقوم أولاً وقبل كل شيء على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد .."(١)

وبذلك نجد أن القضاء الإداري المصري في صدد تفسير العقود الإدارية يهتم اهتماماً بالغاً بروح العقد الإداري وطابعه الخاص فيطرح من قواعد التفسير المقررة في القانون المدني ما لا ينسجم والطبيعة الخاصة للعقود الإدارية ، ومراعاته الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية في معرض تفسير بنودها لا يعني إطلاقاً هدر أو إهمال البحث عن النية المشتركة للطرفين ، فهو كما رأينا يوليها الاهتمام الأول ويحاول البحث عنها فيما بين السطور دون الركون إلى ظاهر نص العقد وبما ينسجم مع الطبيعة الخاصة لهذه العقود .

١- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٩٨٣ السنة ٧ ق تاريخ ٣٠ ١٩٥٧/٦مذكور عند د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤١٥ .

المطلب الثاني

العقد الإداري شريعة المتعاقدين

وجدنا سابقاً أن العقد الإداري يقوم على توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية ، فركنه إذاً الرضا والتزام طرفيه بالآثار المتولدة عن العقد يكون بإرادتهما التي اتجهت إلى قبول هذه الآثار .

ويستمد العقد قوته الملزمة هذه من الإرادة الحرة لطرفيه بمقتضى السلطان المخول لها دون الحاجة للجوء إلى سلطة القانون ، فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة وهي التي تجعل من العقد مصدراً للالتزامات وحقوق الطرفين شأنه في ذلك شأن القانون، هذه القوة الملزمة للعقد وجدت نتيجة الحاجة الفعلية والملحة لاستقرار المعاملات بين الأفراد وبخاصة في مجال العقود ، فجعلت منه شريعة للمتعاقدين .

ويمتد مبدأ القوة الملزمة للعقد بجذوره إلى القانون الروماني (١).

وهو أيضاً من المبادئ الشرعية الهامة التي أكدت عليها الشريعة الإسلامية ودعت لاحترامها وهذا ما نجده بقوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } (٢).

١- فقد كان يعبر عن الارتباط القانوني بما كان يسمى "vinculum juris" و به يرتبط المدين بدائنه مجازاً ولا يفك من قيده إلا بقيامه بما التزم به. راجع بهذا الشأن القاضي حسن عامر- القوة الملزمة للعقد - مطبعة مصر - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٩٤٩ - ص ٩.

٢- الآية (١) من سورة المائدة . ومن ذلك أيضاً قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : [المسلمون عند شروطهم]

- راجع في الموضوع د.محمد الشحات الجندي- ضمان العقد في الشريعة الإسلامية دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠ - ص ٢٧.

و لقد تمت صياغة هذا المبدأ فيما بعد قانونياً من قبل بعض الفقهاء الفرنسيين (١) ومن ثم أكدت عليه معظم التشريعات الحديثة وبشكل صريح (٢) .

إذاً فالأثر العام والأساسي لكل عقد مدني هو استحداث الالتزام بتنفيذ كل طرف للتعهدات التي أخذها على عاتقه ، ومن ثم فلا يجوز لأي من المتعاقدين أن يتحلل من

التزامه بإرادته المنفردة ، ولا يجوز له كذلك إنهاء العقد أو تعديله إلا برضاء الطرف الآخر أو وفقاً لما يقرره القانون.

هذا هو وبإيجاز منطق القوة الملزمة للعقد، لكن في هذا المقام يثور التساؤل التالي:
هل يصادف هذا المنطق تطبيقاً كاملاً في مجال العقود الإدارية كما هو الحال في العقود المدنية ؟

في فرنسا :

يجمع الفقهاء على أن العقد شريعة المتعاقدين استناداً إلى أن العقد الإداري ما هو إلا اتفاق إرادات لإحداث مراكز قانونية فردية ، بمعنى أن إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها إنما تهدفان إلى إنشاء حقوق والتزامات في ذمة كل منهما ، فتكون الحقوق والتزامات التي يتضمنها أي عقد إداري من صنع إرادات الأفراد .

على هذا الأساس عرف الفقيه الفرنسي "Jeze" العقد الإداري على أنه "اتفاق إرادتين لتوليد مراكز قانونية شخصية" (٣)

١- حيث صاغ الفقيه "دوما" هذه القاعدة وتبعه بذلك الفقيه "بوتيه" راجع بهذا الشأن فائز الخوري- الحقوق الرومانية والفرنسية والإسلامية والإنكليزية- دراسة مقارنة- المطبعة الحديثة - دمشق- ١٩٢٤- ص ٣٢٥.

٢- راجع المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، كذلك المادة ١٤٨/١ من القانون المدني السوري.
3- Caston Jese-les principes généraux de droit administratif , Paris . Macre ciara libraire . Epiteur -1930 . p 2

يشاطره الرأي في ذلك الأستاذ "A,De,Laubader" الذي يرى أن : "العقد الإداري هو اتفاق إرادات وهو بذلك يعد مصدراً للتزامات القانونية" (١)
وكان رأي الأستاذ "ديلفولفيه" أكثر دقة عندما أوضح أن :

" القوة الإلزامية للعقد الإداري إنما ترتبط بمفهوم العقد ذاته ، وهو العمل الذي بمقتضاه حدد الفريقين علاقتهما ، فهما عندما أبرما العقد ، فذلك لكي يلتزم كل منهما بتنفيذه تجاه الآخر ، فالعقود هي التي تحدد بين الفرقاء الحقوق والالتزامات الملزمين بمراعاتها " (٢).

هذه الآراء وجدت مستندتها القانوني في موقف مجلس الدولة الفرنسي الذي قرر ومنذ عام ١٩٢٣ أن:

"العقد الإداري- كما في العقود المدنية - يقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن لأطراف العقد أن يعدلوه أو أن يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة" (٣)

وفي مصر:

لم يبتعد الفقه والقضاء كثيراً عما ذهب إليه كل من الفقه والقضاء الفرنسي فالعديد الطماوي يرى أن: "العقد الإداري شريعة المتعاقدين من حيث المبدأ"

1- Laubadere -Delvolve et Moderne, traité des contrats, T1.op . cit .p29.

٢- جورج فوديل - بيار ديلفوليه - القانون الإداري - الجزء الأول - ترجمة منصور القاضي - الدار الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - ٢٠٠١ - ص ٣٤٤.

- راجع كذلك رأي الأستاذ "Richer"

- Richer. L.Droit des contrats administratifs, op.cit.p209.

٣- حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٩٢٣/١٢/١٤ مشاراً إليه عن د. مهند نوح- الإيجاب والقبول في العقد الإداري- الرسالة السابقة - ص١١٣.

ويتابع فيؤكد أن جوهر الرابطة التعاقدية - سواء في القانون العام أم في الخاص - أنه بمجرد إبرام العقد يغدو هذا العقد قانون الطرفين ، وبالتالي لا يجوز المساس بالرابطة العقدية عن طريق إجراء عام ومن ثم فإنه إذا عدل القانون الأوضاع التي في ظلها تم التعاقد فإن هذه التعديلات الجديدة لا تسري على عقود الإدارة القديمة (١)

ويؤكد على هذا المعنى الدكتور محمد سعيد حسين أمين الذي يرى أن :

" إرادة الطرفين هي الأساس في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، ويتفرع عن تلك الحقيقة نتيجة أساسية مقتضاها أن العقد يعد قانون الطرفين أو شريعتهما وبالتالي لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بتعديله دون رضا الطرف الآخر".(٢)

ولا يخرج الدكتور محمد فؤاد مهنا عن إجماع الفقه المصري حينما يؤكد أن: " العقد الإداري لا يخرج عن كونه توافق إرادتين على إنشاء التزامات ، وأركان العقد الإداري كذلك هي نفس أركان العقد المدني ، فالعقد الإداري يقوم على التراضي بين طرفيه ويجب أن يكون محل وسبب وشروط صحة الرضا ، والتي تتفق في جزء كبير منها مع الشروط المقررة لذلك في العقود المدنية " (٣)

هذا الإجماع الفقهي استند إلى فتوى صدرت عن الجمعية العامة لقسم الفتوى والتشريع في مصر حيث أفنت:

" طالما كان الأصل في العقود الإدارية أن العقد شريعة المتعاقدين - شأنها في ذلك شأن العقود المدنية - فيجب تنفيذها بما اشتملت عليه ، من حيث أن حقوق والتزامات

-
- ١- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٤٠٨ وما بعدها .
 - ٢- د. محمد سعيد حسين أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة ٢٠٠٠- ص ١٩ .
 - ٣- د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي - دار المعارف - القاهرة - ١٩٦٧- ص ١١٢٥ .

المتعاقدين مع الإدارة إنما يحددها العقد المبرم بينهما ولا رجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه العقد بالتنظيم وإذا تناول العقد تنظيم مسألة على نحو مخالف لما جاءت بهذه اللائحة كان نص العقد هو الواجب التطبيق احتراماً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين".(١)

وكما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية :

"العقد الإداري شأنه سائر العقود يتم بتوافق إرادتين لإحداث أثر قانوني ، فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد خطأ معيناً ، ووضعاً له جزاء معيناً فيجب أن تنقيد الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد " (٢)

أما الفقه الإداري السوري فهو من جهته يجمع أيضاً على أن العقد شريعة المتعاقدين ، وهذا ما يشير إليه الدكتور عبد الإله الخاني بقوله :

"العقد الإداري لا يشذ عن العقد المدني استناداً إلى أن كلا العقدين ما هو إلا تبادل طرفين للتعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد". (٣)

يشاطره الرأي في ذلك الدكتور زين العابدين بركات الذي يؤكد أيضاً أن :

"العقد الإداري لا يختلف في مفهومه عن العقد المدني ، فكليهما يقوم على توافق

١ - فتوى الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في مصر رقم ٧٥/لعام ١٩٨٨ مشار إليها عند محمود زكي شمس - الأسس العامة للعقود الإدارية - ج ٢ - الطبعة الأولى - مطبعة الداودي - دمشق - ٢٠٠٠ - ص ١٣٤٣ .

٢ - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٥٥٥٩ السنة ٤٣ ق تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠١ .
- كذلك راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٥٦٥ السنة ٣٣ ق تاريخ ٢/٢/١٩٩٣ على الموقع الإلكتروني www.mohamoon-ju.com

٣ - د. عبد الإله الخاني - المرجع السابق - ص ٤ .

إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة " (١)

أما بالنسبة للقضاء الإداري السوري فقد قرر وبأحكام قاطعة وصريحة قوة العقد الملزمة وكانت أحكامه في هذا الصدد غزيرة ووافرة ، وقد وجد الفقهاء فيها مستنداً لآرائهم .

فقد جاء في رأي صادر عن الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري أن :

"العقد هو المعبر الأخير عن إرادة المتعاقدين ، وعليه المعول في تحديد التزاماتهم، فإذا ما صرح فيه عن أمر جاء مغايراً لدفتر الشروط الخاصة ، فإن العبرة هي لما جاء فيه ، دون ما جاء في دفتر الشروط المذكور " (٢)

وفي السياق نفسه يمكننا أن نستشهد بفتوى حديثة نسبياً للجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري جاء فيها :

"ومن حيث أنه من القواعد المقررة قانوناً أن العقد الملزم لجانبين إنما يعتبر شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون على ما تنطبق به المادة /١٤٨/ من القانون المدني السوري ، ومن حيث أنه مادام الأمر كذلك فلا يسوغ للمحافظة أن تعتمد بإرادتها المنفردة إلى إلغاء العقد الذي تم إبرامه من قبل السيدين وزير الأوقاف ومحافظ دمشق ، موضوع النزاع الشاجر في هذه القضية ، وإنما يتعين على الطرفين أن يتعاونوا على تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، طالما أنه لم يتم الاتفاق بينهما على نقضه أو تعديله وأنه ليست ثمة أسباب قانونية تسمح للمحافظة المتعاقدة بإلغائه

١- زين العابدين بركات - الموسوعة الإدارية في القانون السوري والمقارن - دار الفكر - دمشق - ١٩٧٤ - ص ٩٠٦ .

٢- رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم ٢٨٢ - ص ١١٩ . خلاصة آراء القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة لعام ١٩٧٠ .

من جانبها وحدها " (١) .

وهكذا ومما سبق نستطيع القول بأن :

القوة الملزمة للعقد مستمدة من حيث الأصل من الإرادة الحرة لطرفيه ، فالتراضي بين الطرفين هو العنصر الأساسي في العقد الإداري ولا يمكن أن يوجد أصلاً بدونه فالمتعاقد مع الإدارة يملك سلطة القبول كاملة من خلال مشاركته في تحديد شروط

العقد وذلك عن طريق تفاعله مع الشروط التي حددتها الإدارة ، ويكون له في النهاية الخيار بين التعاقد مع الإدارة أو عدم التعاقد.

والآن و بعد أن انتهينا من بيان دور الرضائية في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ومدى كون العقد قانوناً ارتضاه الطرفان بمحض إرادتهما ، لا بد لنا من استعراض فكرة المرفق العام كقاعدة تحكم آثار العقد الإداري .

-
- ١- فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع رقم ٣٤ تاريخ ١٩٩٤/٤/٥ مجموعة المبادئ التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع للأعوام (١٩٩١-١٩٩٥) الصادرة عن المكتب الفني بمجلس الدولة ص ٢٦٦.
- راجع كذلك حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٢/٧ في القضية رقم ٢/٣٣٠ تاريخ ٢٠٠٨/١/٣١ - أحكام غير منشورة.

المبحث الثاني

فكرة المرفق العام

وآثارها على القواعد التي تحكم آثار العقد

بينما فيما سبق أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني في القواعد الخاصة بتكوينه وكما هو معلوم أن لأحد طرفي العقد الإداري سلطة إلزام تجاه الطرف الآخر ، وهذه السلطة تعتبر من المستلزمات الأساسية في أكثر العقود الإدارية .

وتتمثل هذه السلطة في أكثر من ناحية من نواحي تنفيذ العقد ، فلإدارة على سبيل المثال سلطة الرقابة على تنفيذ العقد ، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها إذا ما أخل بالتزاماته تجاهها ، ولها كذلك سلطة تعديل العقد من جانب واحد ، ولها أكثر من ذلك سلطة إنهاء العقد إذا رأت أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري . و هذه السلطات تتمتع بها الإدارة سواء نص عليها في العقد أم لم ينص عليها ، عندما تفرضها مستلزمات الصالح العام.

وهنا يبدو وجه الاختلاف واضحاً بين العقد الإداري والعقد المدني من حيث عدم جواز الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون المدني، ذلك لأن العقد الإداري يخضع لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تضبط عقود القانون الخاص، وهذا يعود بلا شك للصلة الوثيقة التي تربط ما بين العقود الإدارية والمرفق العام الذي يتصل به، حيث يأخذ المتعاقد مع الإدارة دور المساعد والمعاون لها في تسيير هذا المرفق ، بينما تبقى الإدارة القوامة على حسن سير المرفق العام وتسهيل عمله الأمر الذي يمنحها صلاحيات غير عادية تمارسها في إطار تنفيذ العقود الإدارية تتمثل في الرقابة والعقاب أحياناً ، بل وأكثر من ذلك إذ يحق لها أن تبدل أحادياً شروط العقد .

هذه السلطة الممنوحة للإدارة - وإن كانت ضرورية - ليست مطلقة ، فالمصلحة العامة التي يفترض أن الإدارة تسعى إلى تحقيقها في العقد الإداري إنما هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، حيث يستطيع المتعاقد أن يطعن في تصرفات الإدارة حينما تسيء استعمال أي سلطة من سلطاتها المقررة في نظام العقود في حال أثبت انتفاء المصلحة العامة .

وللوقوف على هذه السلطات الممنوحة للإدارة لا بد لنا من التعرض لها بشيء من البحث والتفصيل وفق ما يلي :

المطلب الأول: سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه .

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية .

المطلب الثالث: سلطة إنهاء العقد من جانب الإدارة دون خطأ من المتعاقد .

المطلب الرابع: سلطة التعديل الانفرادي.

المطلب الأول

سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه

إن هدف العقود الإدارية في تسهيل و تحسين سير عمل المرافق العامة أدى إلى منح الإدارة- باعتبارها القوامة على المصلحة العامة - صلاحيات غير عادية على مستوى الرقابة التي تمارسها في إطار تنفيذ العقود الإدارية ، وتجسد ذلك من خلال ممارستها

لسلطات الإشراف والرقابة وحتى إدارة تنفيذ شروط العقد ، كتوجيه المتعاقد أثناء التنفيذ والتدخل بأعمال التنفيذ عن طريق إصدار أوامر ملزمة للمتعاقد وفي بعض الأحيان اختيار طريقة التنفيذ (١).

ولما كانت الرقابة على المتعاقد تعد خروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتمثل إحدى صور تدخل الإدارة في مجال تنفيذ العقد فسيكون من الضروري في هذا المقام تحديد مفهومها .

يطلق الفقه عادة اصطلاح الرقابة للدلالة على معنيين متميزين:

- فقد يقصد بحق الرقابة على المتعاقد المعنى الضيق ويكون مرادفاً لمعنى الإشراف(٢)

.

وهنا تبدو الإدارة كأى طرف في علاقة تعاقدية له الحق في مراقبة الطرف الآخر

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٥٦ تاريخ ١٩٩٤/٤/٢٨ السنة ٣٥ ق على الموقع الالكتروني للموسوعة سبق ذكره .

٢- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق - ص ٤١١ .

لالتزاماته الناشئة عن العقد ، ومن ثم تقوم الإدارة بمراقبة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته للتأكد من أنه يقوم بها وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد ، وتمارس الإدارة هذا الحق عن طريق إيفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل للتأكد من سيره وفقاً لشروط العقد . (١)

فالرقابة بهذا المعنى تهدف إلى التأكد من سلامة تنفيذ العمل طبقاً لشروطه ، ويكون تدخلها ممهداً لتسلم العمل بعد إتمامه وهو حق مقرر للإدارة حتى في حال عدم النص عليه في العقد .

-أما المعنى الثاني للرقابة فهو معنى واسع يتناول سلطة التوجيه حيث يسمح للإدارة بالتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به فيحق لها عن طريق استخدام حق الرقابة أن تتدخل وتوجه أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض تلك الأوضاع كأن تتدخل الإدارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك المتبعة من قبل المتعهد على نحو تصبح معه الرقابة بمثابة توجيه للمتعاقد(٢)

١- د.محمد الحسين - د. مهند نوح - العقود الإدارية - منشورات جامعة دمشق - ٢٠٠٦ - ص-٢٢٦

2- Laubadere – Delvolve et Modern , traité des contrats, T2. op cit p360.

- Pequignot .G . Théorie général du contrat administratif , Pedone ,1945, p 306-313.

والإدارة تباشر هذه السلطات استناداً إلى امتيازاتها المستمدة من القانون العام وحقها في التنفيذ المباشر وإصدار القرارات التنفيذية بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء .

هذا وتعد سلطة الرقابة بكل من المفهومين السابقين (الإشراف - التوجيه) صورة متميزة من صور تدخل الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري يتعين ألا تختلط بغيرها من الصور في هذا الصدد :

- فتختلف بلا شك سلطة الرقابة عن سلطة التعديل الانفرادي التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها . تلك السلطة التي تعد أكثر خطراً من سلطة الرقابة في أقصى صورها إذ يقرر أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي:
" أن الإدارة في هذا الصدد لا تتدخل في مجال مسكوت عنه إنما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد زيادة أو نقصاناً كذلك يمكن أن تتناول بالتعديل شروط التنفيذ المتفق عليها وقد يتناول التعديل أيضاً مدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد"(١).

بينما تمارس الإدارة حقها في الرقابة والإشراف والتوجيه ضمن حدود معينة ولا يجوز لها بأي حال أن تعدل أو تبذل بطبيعة العقد بحجة سلطتها

١- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٤١٥ وما بعدها .

- كذلك الحال بشأن سلطات الضبط الإداري المعطاة للإدارة من قبل المشرع بمناسبة بعض العقود (٢) ، فإنه ثمة تمييز جوهري بين سلطة الرقابة وسلطة الضبط الإداري .

هذا التمييز الذي وجد له الأستاذ "A,De,Laubadere" أساساً في اختلاف النظام القانوني لكل منهما:

- فسلطة الرقابة والتوجيه مستمدة من العقد الإداري ، وأساسها ما تتمتع به الإدارة من امتيازات من أجل تحقيق حسن سير المرافق العامة، أما سلطة الضبط الإداري فهي سلطة مستمدة من القوانين واللوائح تهدف إلى تحقيق الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.
- كما أن لوائح الضبط تقتزن دائماً بعقوبة جنائية الأمر الذي لا تتضمنه إجراءات التدخل في تنفيذ العقد الإداري .

١- أ.د.محمد الحسين .د. مهند نوح - العقود الإدارية- المرجع السابق - ص. ٢٣٢.

٢- يجوز للحكومة مثلاً أن ترغم الشركة الحاصلة على امتياز النقل بالسكك الحديدية أن تدخل على قطاراتها جميع التعديلات اللازمة بقصد المحافظة على أمن وسلامة المسافرين . راجع في الموضوع د. حسن الخيمي - آثار عقد التزام المرافق العامة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ٢٠٠١ ص ٥١.

ولا تستطيع الإدارة أن تضيف على الإجراءات التي تتخذها الرقابة شكل التعليمات البوليسية كما يحظر عليها استعمال العقوبات الجنائية كوسائل ضغط لتنفيذ العقد ، بالإضافة إلى أن السلطات المنوط بها اتخاذ إجراءات الضبط الإداري لا يشترط أن تكون ذات اختصاص في المجال التعاقدية.(١)

لكن يمكن لسلطات الضبط الإداري أن تتدخل في بعض الأحوال لتفرض قيوداً على المتعاقد باعتباره فرداً عادياً كسائر الأفراد الذي تستطيع الإدارة أن تتخذ في مواجهته إجراءات الضبط الإداري وذلك للمحافظة على الصحة العامة والأمن والهدوء في مواقع العمل ، لكنها لا تستطيع بأي حال أن تجرم أخطاء المتعاقد لأن المشرع وحده هو من يستطيع فعل ذلك . (٢)

وتثير معالجة التزام المتعاقد بالخضوع لرقابة الإدارة العديد من نقاط البحث أبرزها ما يتعلق بالوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لممارسة سلطة الرقابة وحدودها والأهداف التي تتوخاها من تلك الممارسة .

1- Laubadere. A –Traité théorique et pratique des contrats administratifs, T2.

Op. cit, p 324.

٢- د. أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - دار النهضة

العربية - القاهرة ١٩٧٣ - ص ٣٠٤ .

ومن الضروري أن نشير في هذا الخصوص إلى أن اختلاف الطبيعة الخاصة بكل نوع من أنواع العقود الإدارية ، كذلك درجة اتصال العقد الإداري بالمرفق العام يكون له أثر كبير على اختلاف وسائل الرقابة التي تلجأ إليها الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري كما يكون لها أثر بعيد على الأهداف والحدود التي تقف عندها تلك الوسائل.

ففي عقود الامتياز تتنوع صور الرقابة على الملتزم وإن كان من الممكن حصرها في طائفتين رئيسيتين: هما الرقابة الفنية والرقابة المالية . (١).

وسلطة الرقابة في عقد الامتياز هي سلطة لائحية تثبت للإدارة رغم عدم النص عليها أو حتى النص على استبعادها ، وأساس هذه السلطة أن الدولة حينما تبرم عقد الامتياز لا تكون طرفاً في العقد بصفتها شخصاً خاصاً بل سلطة عامة تعمل على

ضمان سير واستثمار وإدارة المرافق العامة . (٢)

١- راجع بهذا الخصوص مقالاً للأستاذ سليمان عطية بعنوان " دور المراقب المالي في الشركات التابعة

للشركة السعودية" ، لتجد أن وظيفة المراقب المالي لم تعد مقصورة على الوظائف المالية بل تعدتها

لتشمل التخطيط والرقابة والتفسير والاستشارة والتقويم نتيجة التوسع في استخدام الحاسوب - مجلة

جامعة الملك سعود - المجلد الثالث - علوم إدارية - ١٩٩١ ص ٥١ .

٢- د. أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٣٠٦

وما بعدها .

هذا ما نجده في مجال عقود امتياز القوى الكهربائية في فرنسا حيث أعطى المشرع بموجب قانون الكهرباء السلطة مانحة الامتياز الحق بأن تمارس رقابة فعالة على الكيفية التي تؤدي بها الخدمة ، ولها في سبيل ذلك أن تعين مديراً لمراقبة شبكة التوزيع العام(١).

وفي مصر وجدت هذه السلطة سندها التشريعي في عقد التزام المرافق العامة من خلال مضمون نص المادة السابعة من القانون رقم /١٢٩/ لعام ١٩٤٧ (٢) والتي تنص على: " لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق " . (٣)

١- راجع المادة ١٧ من قانون الكهرباء الفرنسي الصادر في ١٠/٢/٢٠٠٠.

- راجع كذلك المادة التاسعة من عقد الالتزام المبرم بين وزير الطيران المدني الفرنسي وغرفة التجارة والصناعة بتاريخ ١١/٩/٢٠٠٠ من أجل بناء وصيانة وتشغيل الميناء الجوي في فرنسا على

الموقع : www2.equipement.gouv.fr

٢- عدلت هذه المادة مرتين بالقانون رقم /٤٩٧/ لعام ١٩٥٤ ومن ثم بالقانون رقم /١٨٥/ لعام ١٩٥٨.

٣- هذا ما نصت عليه المادة /١٤/ من اتفاقية الامتياز البترولي في مصر حيث قضت في هذا الخصوص " يراعي ممثل الهيئة أثناء ممارسته لحق الرقابة عدم إعاقه عمليات المقاول " المادة

/١٤/ من اتفاقية الامتياز البترولي المبرمة بين حكومة مصر العربية والهيئة العامة للبترول

هذا وقد وجد المشرع المصري أن الرقابة الممنوحة للإدارة بموجب نص المادة السابقة قاصرة عن تحقيق الأهداف المرجوة منها على نحو سليم ، فقام بتعديل هذه المادة على نحو يكفل قيام الإدارة برقابة فعالة ومنتجة ، مانحاً إياها وسائل متعددة لممارسة هذه الرقابة لكشف مواطن الخلل بما يضمن استمرار سير المرفق العام وعدم توقفه .

وقد تولت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٥ لعام ١٩٥٨ مهمة بيان أسباب تعديل المادة السابعة بقولها : " حق الرقابة على الملترم حق أساسي مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره ، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد ، بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام ، وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ / ١٩٤٧ المشار إليه بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملترم لكفالة سير المرفق العام ، فأكد ما لمانح الالتزام من حق في تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملترم لاستغلال المرفق ، لمراقبة إنشاء المرفق العام وضمان سيره من النواحي الفنية والمالية . غير أن الصور المتقدمة من الرقابة قد لا تكفي بذاتها لتأمين سير

- وشركة اجيبتيكو أويل آند جاز اكسبلورشن - ملحق مضبطة مجلس الشعب - الجلسة الثامنة

والأربعين تاريخ ٢٩/٣/١٩٧٨ ص ٢٣-٢٤.

المرفق العام وتقصي ما قد يصيب المرفق من اختلال في مناحي سيره وأوجه الخدمات التي يقدمها ، لذلك رؤي أن تكون الرقابة على إنشاء هذه المرافق وسيرها أدق وأوفى فلا تقف الجهة مانحة الالتزام عند وسيلة بعينها ، بل تترخص في الجمع بين عدة صور من الرقابة أو في اختيار بعضها دون البعض الآخر وفقاً لاحتياجات المرفق "

و مهما يكن لهذه السلطة من أهمية يجب ألا تتحول إلى سلطة وصاية - لأن ذلك ينافي الطبيعة القانونية للعقد - فالملتزم يجب أن يستمر بإدارة وتسيير المرفق العام و بشكل مستقل ، وبالمقابل يكون للإدارة الحق في ممارسة دورها في الرقابة والإشراف والتوجيه ولكن ضمن حدود معينة لا تعيق الملتزم في أداء نشاطه .(١)

أما بالنسبة لعقود الأشغال العامة فلها وضع خاص حيث تعد الإدارة صاحبة المشروع بينما يقتصر دور المقاول على التعاون معها في تنفيذه تحت إشراف وتوجيه الإدارة منذ أول لحظة لتنفيذ العقد وحتى نهايته وهذا الوضع يرتب نتائج جوهرية فيما يتعلق بمفهوم الرقابة ، حيث لا تقتصر الرقابة على المعنى

١- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - دارا لكتب القانونية - القاهرة -

الضيق (الإشراف) وإنما تمتد لتشمل الرقابة بمعناها الواسع :أي توجيه المتعاقد والتدخل في أوضاع التنفيذ .(١)

وتمارس الإدارة حقها في الرقابة على المتعاقد معها في نطاق عقود الأشغال العامة من خلال إصدارها للأوامر الإدارية التي توجهها إلى مقاول الأشغال العامة بغية تحديد أوضاع تنفيذ العقد ، ويعد هذا الأمر قراراً إدارياً ملزماً يتعين على مقاول الأشغال العامة احترامه ، وتنفيذ ما جاء به ، فإذا كان له اعتراض على هذا الأمر وجب عليه سلوك الطريق المشروع لتحقيقه ، أي عن طريق التظلم الإداري ، أو سلوك السبيل القضائي وإلا فإنه يعرض نفسه للمسؤولية في حال لم ينفذ مضمون الأمر الإداري .(٢)

ويتم إصدار هذه الأوامر عادة من بعض الأعضاء الفنيين في الإدارة (٣) ولا سيما

١- د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٣٢٦ .

٢- راجع بشأن ذلك المادتين ٢٦ و ٢٧ من المرسوم السوري رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة

الصادر بتاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤ الناظم للقانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

٣- فالمادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ تقضي بأن يقوم مهندس

الجهة الإدارية بعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو

مهندسيه أو مندوبه ويتم التوقيع بصحة المقاسات و الأوراق من الاثنين فإذا تخلف المقاول أو

مندوبه بعد إخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التي يجريها مهندس الجهة الإدارية .

المهندسون المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة ، حيث تلجأ الإدارات عادة إلى إبرام العقود الهندسية أو المعمارية - والتي تعد من عقود الخدمات - من أجل تنفيذ فكرة الرقابة على أكمل وجه. (١)

ويترتب على المقاول التزاماً بالامتثال لهذه الأوامر والخضوع لها ، حيث يعد امتناع المقاول عن تنفيذها رفضاً لتنفيذ العقد الأمر الذي يعرضه للجزاء ومنها فسخ العقد. (٢)

والقاعدة العامة في الأمر الإداري الموجه إلى مقاول الأشغال العامة أن يصدر بشكل كتابي ، ويترتب على هذه القاعدة أمران :

- أن المقاول لا يكون ملزماً بتنفيذ الأوامر الإدارية الشفهية التي تصدر إليه .
- ومن ناحية أخرى لا يمكن الاستناد إلى الأوامر الشفهية في طلب التعويض المقدم من جانب مقاول الأشغال العامة في حال قامت الأسباب الموجبة له. (٣)

1- Laubadere – Delvolve ,et Modern , traité des contrats, T1. Op cit, p280.

٢- د.إبراهيم محمد على - آثار العقود الإدارية - رسالة دكتوراه جامعة - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية- ٢٠٠٣. ص ٢٣.

٣- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٤٥ لسنة ١٩٩٠/١١/٢٢ تاريخ ١٩٨٠/١١/٢٢ على الموقع الالكتروني للموسوعة سبق ذكره .

وسلطة الرقابة في عقود الأشغال العامة مقررة للإدارة كمبدأ عام ولو لم ينص عليها في العقد ، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة حيث تخضع الإدارة أثناء ممارستها لضوابط معينة ، حتى تكون بمنأى عن المسؤولية (١)، وفي هذا الخصوص ينبغي لنا التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى :عندما تكون سلطة الرقابة مخولة للإدارة بموجب العقد أو دفتر الشروط الخاصة ، تتحرر الإدارة عندها من المسؤولية حسب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فمجرد إدراج هذه السلطة ضمن العقد أو دفتر الشروط الخاصة يعني قبولها من قبل المتعاقد ، ومن ثم لا يحق له فيما بعد المطالبة بتقرير مسؤولية الإدارة عنها .(٢)

الحالة الثانية : تتقرر مسؤولية الإدارة في حال تجاوزت الحد المألوف في استخدام سلطة الرقابة وهنا نميز بين:

- خطأ الإدارة المشوب بالتعسف ، حيث تتقرر مسؤولية الإدارة العقدية عن

١- د.محمد سعيد حسين أمين - المرجع السابق - ص ٢١٤ .

٢- د.محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الأردن

الطبعة الثانية - ١٩٩٨ ص ١١٠ وما بعدها .

ذلك الخطأ ويحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض طبقاً للقواعد العامة.(١)

- وبين التجاوز في ممارسة هذه السلطة ، هذا التجاوز الذي لا يندرج تحت مفهوم الخطأ ، كأن تطلب الإدارة من المتعاقد عدد من العمال يزيد على العدد المتفق عليه في العقد ، عندها يترتب عليها التزام بتعويض المقاول عن النفقات التي تكبدها نتيجة ممارسة هذه الرقابة ، وذلك إعمالاً بمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري (٢).

وبذلك نجد أن سلطة الرقابة في مجال عقود الأشغال العامة تتسع إلى أبعد مدى ، فمهندس الإدارة هو الموجه والمدير الحقيقي للعمل ، وما المقاول إلا منفذ لتعليمات الإدارة بهذا الشأن ، ذلك لأن الإدارة في عقود الأشغال العامة تبقى صاحبة المشروع ويجب عليها أن تراقب تنفيذ الأشغال بدقة سواء من الناحية النوعية أو الكمية ويتم ذلك عن طريق أشخاص يتحققون من جودة الأعمال والأدوات المستخدمة وكذلك أساليب التنفيذ .

إلا أنها بالمقابل تخضع وهي بصدد ممارسة هذه السلطة لضوابط معينة حتى تكون

١- د. محمد سعيد حسين أمين - المرجع السابق - ص ٢١٢.

٢- د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - المرجع السابق - ص ١٣٤.

بمنأى عن المسؤولية ، تلك الضوابط تتمثل أساساً بالبعد عن دائرة التعسف أو الخطأ أو التجاوز في ممارسة الرقابة.

أما فيما يتعلق بعقود التوريد ، فقد كان من المتصور فيما مضى أن رقابة الإدارة على المتعاقد تعد استثناء من الأصل العام الذي يقرر حرية المورد في اختيار طريقة التنفيذ على مسؤوليته ، هذا الاستثناء يقف عند حد الرقابة بالمعنى الضيق أي بمعنى الإشراف دون أن يتجاوز ذلك إلى معنى التوجيه أو التدخل في أوضاع تنفيذ العقد .(١)

هذا التصور لم يعد موجوداً بعدما ظهرت أنماط جديدة من عقود التوريد لم تكن مألوفة فيما مضى كعقود التوريد الصناعية ، ذلك لأن مهمة المتعاقد لم تعد مقصورة على تسليم منقولات معينة بل أصبح مسؤولاً عن تصنيعها أيضاً ، الأمر الذي يتطلب خضوعه لرقابة فعالة وواسعة من جانب الإدارة في مرحلة تصنيع تلك المنقولات تصل لدرجة رفض هذه المنقولات من قبل الإدارة ، أو إبداء بعض التحفظات بشأنها

١- يرى الأستاذ "Laubadere" أن سلطات الإدارة في مجال الرقابة في عقود التوريد لا تتجاوز معنى الإشراف، وهذا ما يؤكد استخدام دفاقر الشروط العامة لاصطلاح "surveillance" للدلالة على معنى الرقابة.

- Laubadere. A – traité théorique et pratique des contrats administratifs ,Op.cit ,P403.

إذا تبين لها أن هذه المنقولات غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه، ومن أبرز الأمثلة في مجال عقود التوريد الصناعية عقود التصنيع الحربي ، وتتجلى الرقابة على هذا النوع من العقود بصور متعددة فهناك الرقابة الفنية والمالية بل وحتى الرقابة الإدارية.(١)

كما تتدرج تحت عقود التوريد ، عقود التوريد المعلوماتية والتي يكون محلها تسليم معدات معلوماتية، و في هذه العقود أيضاً نجد أن الإدارة تملك حق توجيه التعليمات للمتعاقد معها، للتأكد من مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية ، كما يحق لها معاينة المعدات المعلوماتية في أدوار صنعها وتحضيرها وتجميع أجزائها نظراً لما تتمتع به هذه المعدات من حساسية عالية ودقيقة وارتفاع في الثمن ، و للإدارة أيضاً حق في رفض استلام هذه المعدات في

-
- ١- د. سعاد الشرقاوي - العقود الإدارية- المرجع السابق - ص ٤٣ وما بعدها .
 - انظر كذلك المادة/١٠/ من المرسوم السوري رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود حيث جاء فيها: " يحق للمشرف القيام في جميع الأوقات بعمليات التفتيش و المراقبة والاختبار فيما يتعلق بالمصورات و المواد والصنع في المكاتب وأماكن الصنع العائدة للمتعهد و المعامل المعتمدة من قبله ويحق للمشرف الدخول بكل حرية خلال ساعات العمل إلى جميع الأماكن التي يقوم فيها المتعهد بصنع أو تخزين أي من قطع التوريدات "
 - وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ٩٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ في مصر .

حال كانت مخالفة للشروط الفنية المتفق عليها في وثائق العقد (١).

ونذكر دائماً أن الرقابة التي تمارسها الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري - وإن كانت من السلطات الممنوحة لها- واجب عليها ، ذلك لأن هذه الحقوق والسلطات التي خولها إياها القانون في مجال تنفيذ العقد الإداري ما هي إلا وسيلة تستخدمها بهدف تحقيق النفع العام باعتبارها القوامة على تحقيقه .

١- مقال للمحامي منصور عبد العزيز بعنوان عقد التوريد المعلوماتي - موجود على الموقع الإلكتروني

:

- <http://www.damascusbar.org/Arabic/dbar/makallat.htm> .

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ مضمون العقد وفق الشروط التعاقدية ، وكل إخلال من جانبه يعطي الحق للإدارة باتخاذ العقوبات المناسبة بحقه ، ذلك لأن كل إخلال من المتعاقد لا يعتبر إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب إنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد ، لذلك وجب أن تكون العقوبات المترتبة على هذا الإخلال شديدة تحول دون عبث المتعاقد مع جهة الإدارة وإخلاله بالصالح العام نظراً لاتصال التزامات المتعاقد مع الإدارة بالمصلحة العامة ، إضافة إلى ما قد ينجم عن هذا الإخلال من نتائج خطيرة بالنسبة إلى الحالة الاقتصادية والاجتماعية .

وتتنوع المؤيدات التي تتمتع بها الإدارة تجاه المتعاقد معها ، ونستطيع بعد الأخذ بعين الاعتبار لمواضعها وأهدافها، تصنيفها إلى العقوبات المالية ، ووسائل ضغط وإكراه ، وعقوبة فسخ العقد، و أخيراً العقوبات الجزائية .

أولاً- العقوبات المالية :

تقسم هذه العقوبات إلى ثلاثة أنواع: الأول يتعلق بفرض مبلغ مالي على من اخل بالالتزامات التعاقدية وأدى إلى وقوع ضرر بحق الآخر ، ويعد هذا التعويض بمثابة تقييم مالي للضرر الحقيقي الذي أصاب الطرف الثاني .

أما النوع الثاني فيكون عبارة عن مبلغ نقدي يفرض بحق المتعاقد في حال التأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وتسمى هذه العقوبة بالغرامة التأخيرية .وأما النوع الثالث فهو مصادرة التأمين .

١ - مؤيدات العطل والضرر :

وهو عبارة عن مبلغ نقدي يفرض بحق المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية أو القانونية وأدى بالنتيجة إلى وقوع ضرر للإدارة ، هنا تستطيع الإدارة المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابها نتيجة خطأ المتعاقد وذلك بالاستناد إلى أركان المسؤولية التقصيرية .

و هذا يعني أن الإدارة لا تستطيع أن تفرض هذه العقوبة إلا إذا تمكنت من إثبات أركان المسؤولية الثلاث ،الخطأ المقترف من جانب المتعاقد وهو الإخلال بالتزام تعاقدى ، والضرر الذي أصابها ، بالإضافة إلى وجود علاقة سببية تربط بين خطأ المتعاقد والضرر الحاصل.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه خلافاً لما هو متبع في مصر وسورية من حيث عدم أحقية الإدارة بتحديد مقدار التعويض الذي تستحقه عن الأضرار التي تلحقها بنفسها ولا أن تقوم بتنفيذها بالطريق المباشر بل يجب عليها اللجوء إلى القضاء المختص بشأن ذلك ، سنجد أن مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة في حالة عدم وجود نص في العقد بتحديد مقدار التعويض بنفسها دون اللجوء إلى القضاء ، كما يسمح لها في كثير من الحالات ، استناداً إلى النصوص التشريعية بأن تحصل قيمة التعويضات التي تحددها بإرادتها المنفردة بمقتضى أوامر دفع (١).

٢ - غرامات التأخير :

وهي مبالغ محددة سلفاً تلزم بها الإدارة المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته ، وتختلف الغرامات المالية في العقود الإدارية عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص بأن الإدارة توقعها دون تدخل من جانب القضاء أو حاجة إلى إثبات ما لحقها

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلسي تاريخ ١١/١٠/١٩٢٩ مشار

إليه لدى عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - الجزء الثاني - المرجع السابق - ص ٢٣٩.

من ضرر بسبب الإخلال بشروط العقد (١) .

وغرامات التأخير مبالغ مالية منصوص عليها في العقد تحصلها الإدارة من المتعاقد الذي تراخى أو تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، حتى ولو لم يسبب ذلك ضرراً للإدارة ، وتتمتع غرامات التأخير بالخصائص التالية:

- **الطبيعة الاتفاقية لغرامات التأخير:** فهي تحدد مقدماً في الاتفاق ، ولا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيقها ما لم يكن قد نص عليها في العقد ، وتحسب غرامات التأخير بالنسب والأوضاع المقررة قانوناً من القيمة الإجمالية للعقد. (٢)

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١١٣٠ لسنة ٣٣ ق تاريخ ٢٠/٤/١٩٩٣ مذكور على الموقع الالكتروني www.mohamoon-ju.com . موسوعة الأحكام العربية .

٢- حددت هذه النسب وفق المادة/٢٣/ من القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ في مصر بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة (٣%) من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والفنية و (١٠%) بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل - بينما حددت في القانون السوري في القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ في المادة/ ٥٠ / منه بألا تقل الغرامة اليومية عن واحد بالآلاف من القيمة الإجمالية ولا يزيد مجموع الغرامات للتعهد الواحد عن (٢٠%) من القيمة الإجمالية لهذا التعهد .

راجع أيضاً المادة /٢١/ من القانون رقم /٨/ تاريخ ١٠/٤/٢٠٠٥ الخاص بعقود ومبيعات ومبيعات وزارة الدفاع في سورية منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٨ تاريخ ٤/٥/٢٠٠٥ ص ١٢١٧ .

- **الطابع التلقائي لغرامات التأخير :** حيث تطبق من جانب الإدارة دون حاجة إلى إثبات أن ضرراً ما قد أصابها، ذلك لأن الضرر في هذه الحالة مفترض

بمجرد تحقق سبب استحقاق الغرامة المنصوص عليها في العقد بقريضة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، كما تطبق هذه الغرامة تلقائياً بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى حكم قضائي .

على هذا النهج سار مجلس الدولة الفرنسي (١) وتبعه مجلس الدولة المصري (٢) كذلك مجلس الدولة السوري فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية : "إن الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى صدور حكم بها ... كما لا يقبل من المتعاقد ابتداء إثبات عدم حصول الضرر" (٣).

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٢٠/٥/٥ مشار إليه عند د. سليمان الطماوي - مرجع

سابق - ص ٥١٤.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٥٠٨٦ و ٥٧٤٣ السنة ٤٤٤ ق تاريخ ٢٠٠٠/٩/١١

مذكور على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره .

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الطعن رقم ٦١ القضية رقم ٢٩ لعام ١٩٥٩ - مجموعة

المبادئ التي قررتها المحكمة للأعوام (١٩٥٩ - ١٩٦٤).

كما جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري السوري :

" لا مصلحة للإدارة بمباشرة الدعوى أمام مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري للحصول على حكم بإلزام المتعهد معها بغرامة التأخير وفروق الأسعار المطلوبة طالما أنها تملك بمقتضى سلطاتها في العقد المبرم بين الطرفين جميع الضمانات والوسائل القانونية التي تؤمن حقوقها . " (١)

إذا فبمقتضى سلطة التنفيذ المباشر الممنوحة للإدارة تستطيع الإدارة أن تصدر قرارات قابلة للتنفيذ مباشرة بغية الحصول على حقوقها قبل المتعاقد معها دونما حاجة للجوء إلى القضاء .

ومن الواضح أن هذا الامتياز الممنوح للإدارة تمليه ضرورات المصلحة العامة التي توجب على الإدارة أن تحل قضاياها بشكل منظم سليم ومبني على الصحة وبذلك تحول دون اضطراب المرفق العام الذي تعتبر قوامه عليه ، هذا وإن كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها فإنها تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء، فقد جاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا أن :

١- قرار محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٨٤ في القضية رقم ٤١ مجموعة المبادئ التي قررتها

" القضاء الإداري صاحب الرقابة على أعمال الإدارة يملك أن يعدل مبلغ الغرامة المفروضة بما يتناسب مع التقصير في اتخاذ الخطوات اللازمة لتأمين حاجات المرفق العام ، والضرر الذي يلحقه التأخير فعلاً بالمشروع المتعاقد من أجله ، بعد موازنة درجة الإهمال أو التقصير بين الطرفين صاحبي العلاقة . " (١)

- **توقيع الغرامة دون سابق إنذار:** تفرض الغرامة بشكل آلي ودون الحاجة إلى إنذار المتعاقد ذلك لأن هذه الغرامة منصوص عليها في العقد بالإضافة إلى عدم الجدوى من الإنذار كون المتعاقد ملزماً بدفع هذه الغرامة بمجرد التأخير و سواء حصل ضرر للإدارة أو لم يحصل.

هذا ما قرره المادة ٢٣/ من القانون المصري رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ حيث جاء فيها: "غرامة التأخير توقع بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إذار أو أية إجراءات قضائية".

وعلى نفس المنحى سار المشرع السوري فقد عد الإنذار مفترضاً بحق المتعاقد بمجرد حلول الأجل المعين في العقد وتأخر المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته ضمن هذا الوقت : "يعتبر المتعهد معذراً بما يترتب عليه من التزامات ومن غرامات التأخير

١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الطعن رقم ٥٦ القضية رقم ١٨٩ لعام ١٩٧٢ - مجموعة

المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٢ ص ٢١٢.

وجميع الجزاءات الأخرى بمجرد حلول الأجل المحدد في العقد أو دفا تر الشروط دونما حاجة لأي إجراء " (١)

أما بخصوص الوضع في فرنسا فإن الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تعذر متعاقدھا بالغرامة قبل أن توقعھا عليه(٢) ، ومن ثم فهي لا تسري إلا من يوم إعذاره بها .(٣) وبالمقابل إذا لم ينذر المتعاقد قبل فرض العقوبة يعفيه القاضي من أية مسؤولية لأن الإنذار شرط أساسي إن نص العقد على ضرورة فرضه .

وأخيراً نشير إلى أنه:

لا يجوز الإعفاء مسبقاً من غرامات التأخير ضمن شروط العقد إلا أنه يجوز للإدارة إعفاء المتعاقد منها فيما بعد ذلك لأن فرض الغرامة التأخيرية أو عدم فرضها يعود تقديره إلى الإدارة كونها المسؤول الأول والأخير عن حسن تسيير المرافق العامة

١ - المادة /٥٧/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ .

٢ - إلا أن هناك بعض الحالات لا يتوجب فيها إنذار المتعاقد ، أوردها مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه- راجع هذه الحالات لدى:

- Laubadere-A.Delvolve.p et Moderne.F, op. cit . t2 .p 115

٣ - حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة نفط الجنوب "propetrol" تاريخ ١٩٨٢/١١/٥ مشار

إليه في مقال بعنوان العقود الإدارية - D. christian Autexier على الموقع :

<http://autexien.jura.uni>

وبالتالي يجوز لها فرضها أو الإعفاء منها جزئياً أو كلياً حسب الحال لأن سلطتها في

ذلك تقديرية .(١)

ومتى تنازلت الإدارة عن غرامة التأخير فإنه لا يجوز لها العودة بعد ذلك والمطالبة بها

.(٢)

٣- مصادرة التأمين:

التأمينات مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية تتوقى به آثار الأخطار

- ١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٧٤١ السنة ٢٧ ق تاريخ ١٩٨٥/٥/٢٨ .
- راجع كذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٢٩/١/٥٤ جلسة ١٩٩٢/١/١٩ .
- وفي القانون السوري انظر المادة ٥٢/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ .
- وهذا ما أقرت به أيضاً محكمة القضاء الإداري السوري في الحكم رقم ٢٠٥ لعام ١٩٧٣- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لعام ١٩٧٣ ص ٤٠٧ .
- ٢- انظر بلاغ مجلس الوزراء رقم ١٢٤/٢/١٥٤٧/٢٤٧ والذي جاء فيه : "تذكر الجهات العامة الإدارية والاقتصادية على حد سواء أنه لا يجوز إعفاء المتعاقدين معها من غرامات التأخير إلا في حدود النصوص النافذة والصلاحيات الممنوحة لها ، كما نذكرها بأن اجتهاد القضاء الإداري قد استقر على أن الإعفاء من غرامات التأخير متى تقرر من مرجعه وفقاً للأصول لم يعد يجوز الرجوع عنه لذلك كان من الواجب على المسؤولين في الجهات المشار إليها استعمال هذا الحق في وجهه المشروع وعدم التفريط في الأموال العامة "

التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ عقده ، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره .وهي على نوعين :

- تأمين مؤقت : وهو قيمة يضمنها العارض عرضه ويخصصها لمصلحة الإدارة ضماناً لجدية العرض وتأكيداً لحسن تنفيذ التزاماته ، والإدارة تضمن من خلاله ملاءة المتنافس ، بالإضافة إلى ضمان نية العارض في تنفيذ العقد فيما لو رست المناقصة عليه.

- وتأمين نهائي : يؤديه صاحب العطاء الذي تم الإرساء عليه ، ويضطلع هذا النوع من التأمين بدور ضمان التنفيذ الجيد للعقد . هذا النظام (نظام التأمينات المؤقتة والنهائية) تراجع في فرنسا وحل محله نظام آخر هو نظام اقتطاع الضمان (١)، حيث تحتفظ الإدارة بمبلغ من مستحقات المتعاقد ضماناً لحسن

1- Art .101-" Le marché peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception" Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

تنفيذ التزاماته ولتغطية الأعطال والأضرار التي قد تنشأ نتيجة إخلال المعهد بالتزاماته، وذلك خلال فترة الضمان وهي فترة يجوز للإدارة خلالها أن تبدى تحفظاتها على الأعطال التي لم تكن واضحة أو الأضرار التي لا يمكن تحديدها وقت التسليم. ويحق للإدارة بكل الحالات استبدال مبلغ الضمان بكفيل شخصي أو متضامن (١)

وفي حال تم اقتطاع مبلغ الضمان يجب أن يعاد خلال مدة شهر من تاريخ انتهاء مدة

الضمان (٢)

وفي مصر اشترط المشرع صراحة على وجوب اقتران كل عطاء بتأمين مؤقت وبما لا يتجاوز ٢% من القيمة التقديرية للعملية المطروحة (٣) .

وقد كان المشرع المصري مرناً في تحديد كيفية أداء هذا التأمين فأعطى المتنافس الخيار بين الدفع نقداً إلى خزانة الجهة الإدارية ، أو عن طريق شيكات مؤشر عليها بالقبول من المصرف المسحوب عليه ، أو عن طريق خطاب الضمان وأخيراً أجاز

1- Art./102/ Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

2- Art./103/ Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

له الدفع عن طريق المقاصة (١). وفي حال تم الإرساء على أحد العطاءات وتم اعتماده فإنه يجب على صاحب العطاء المقبول أن يؤدي التأمين النهائي ، وذلك بإكمال مبلغ التأمين المطلوب إلى ما يساوي ٥ % من قيمة العقد، وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه.(٢)

كذلك الحال في سورية فالمشرع السوري أوجب على كل من يود الاشتراك في المناقصات أن يقدم التأمينات الأولية ، وقد حدد قيمة هذه التأمينات بحيث تكون ٥% من القيمة التقديرية للتعهد ، كما حدد قيمة التأمينات النهائية بنسبة ١٠% من قيمة العقد. (٣) .

ويتم أداء هذه التأمينات إما نقداً يدفع لأحد صناديق الجهة العامة أو كفالة أو حوالة مصرفية أو عن طريق شيك مصدق من الجهات المختصة في سورية.(٤)

وتحتفظ الجهات العامة بالتأمينات النهائية ضماناً لحسن تنفيذ التعهد، ففي حال أحل

١- المادة /٧٠/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨

٢- وترفع هذه المدة إلى عشرين يوماً إذا كان المتنافس خارج مصر راجع المادة /١٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨.

٣- المادة /٤٦/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ .

٤- راجع الفقرة /هـ/ من المادة ٤٦ من القانون رقم /٥١/ لسنة ٢٠٠٤ .

المتعاقد بالتزامه أو ارتكب خطأ ما ، لا يكون بوسع الإدارة إلا أن تقوم بمصادرة التأمين من أجل اقتطاع غرامات التأخير ، كذلك لتغطية جميع الأضرار والأعطال التي نجمت من جراء إخلال المتعاقد بالتزاماته ، بالتعويض المقرر .(١)

ومصادرة التأمين تشبه الشرط الجزائي في العقود المدنية فكلاهما يفرضان على المتعاقد جراء إخلاله بالتزاماته إلا أنها تختلف عنه في جواز فرضها من جانب الإدارة دون حاجة لإثبات الضرر أو لصدور حكم قضائي (٢).

وقد أجاز المشرع الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض في جميع حالات فسخ العقد وأيضاً في حال تنفيذه على حساب المتعاقد إذا تجاوز الضرر قيمة التأمين لاختلاف السبب في توقيع كل منهما فالتعويض يمثل جبراً لضرر تعاقدى بينما مصادرة التأمين يعتبر جزاء مالياً (٣) .

١ - راجع المادة ٤٨ من القانون رقم ٥١/ لسنة ٢٠٠٤ .

انظر كذلك قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٩٠ في الطعن رقم ١٤٠٥ لعام ١٩٩٣
مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩٣ ص ٥٨٥ .

٢ - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٤٦٨٢ لسنة ٣٥ ق تاريخ ٢٦/٤/١٩٩٤ مذكور على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره.

٣ - راجع المادة ٢٦ من القانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ كذلك المادتان ٨٤ و ٩٤ من لائحته

التنفيذية ، وفي القانون السوري راجع المادة ٥٩ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤

وكما يستقر قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية على جواز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض على أساس اختلاف كل جزء منهما عن الآخر في السبب والطبيعة والغاية . ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن حكمها الذي جاء فيه :

"من المسلم أن للإدارة الحق في مصادرة التأمين عند وقوع الإخلال وذلك دون حاجة لإثبات ركن الضرر لا لأن هذا الركن غير مشروط أصلاً ، وإنما لأنه ركن يفترض في عقد إداري بفرض غير قابل لإثبات العكس ، فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يثبت أن الضرر الذي لحق الإدارة يقل عن التأمين ، ومن ثم لا يتصور والأمر كذلك أن لا يكون للإدارة الحق في الرجوع على المتعاقد المقصر بالتعويض الذي يعادل قيمة الأضرار في الحالة التي تجاوز فيها هذه القيمة مبلغ التأمين المودع بل يحق لجهة الإدارة بغير شك أن تطالب المتعاقد معها بتكملة ما يزيد عن مبلغ التأمين الذي لا يعنى بالتعويضات اللازمة عما أصاب جهة الإدارة من أضرار حقيقية وفعلية ذلك أن التأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ولكن يقيناً لا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض"(١).

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٢٨٩ لسنة ٨ ق تاريخ ١٩٦٥/١/٢ مذكور على موقع

إذاً فالاجتهاد المصري مستقر على أنه إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل عندها للحكم بتعويض آخر إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على غير ذلك.

أما إذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها بجبر الضرر ، فهنا يمكن للإدارة المطالبة بالتعويض اللازم لجبر الأضرار بالإضافة إلى التأمين .

و اتبعت المحكمة الإدارية العليا السورية النهج ذاته حيث أكدت على أن :

"مصادرة التأمين عملية مستقلة عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار إذ لكل منهما سببه ومبرراته ولا تعارض بين جزاء مصادرة التأمين والتعويض به ولا بين أيهما وبين فسخ العقد ، فليس ما يمنع من الجمع بينهما" (١) .

ونشير أخيراً إلى أن القضاء الإداري يستطيع دائماً أن يحكم على الإدارة بالتعويض إذا تسببت بتصرفها المعيب في إلحاق الضرر بالمتعاقد ، وذلك إعمالاً للقواعد القانونية العامة ، وينظر القضاء الإداري في مثل هذه الدعاوى ضمن ولايته

١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية القرار رقم ٨ الطعن ١١٧ لعام ١٩٧٢ مجموعة المبادئ

التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٢ ص ١٦٩ .

- راجع كذلك المادة ١٩/ من القانون الخاص بعقود ومبيعات ومبيعات وزارة الدفاع رقم ٨/ لعام

كقضاء كامل (١).

ثانياً- الجزاءات غير المالية أو الضاغطة :

هذه الجزاءات لا تنهي الرابطة العقدية بل تهدف إلى الحصول على تنفيذ العقد باتباع وسائل الإكراه المرصدة للتغلب على لا مبالاة المتعاقد ، وذلك عن طريق تدخل الإدارة ومضيها في تنفيذ العقد دون إنهائه. (٢) بأن تحل نفسها محل المتعاقد الناكل بالتزاماته أو تعهد بهذه المهمة لمتعاقد آخر ليقوم بالاستمرار في تنفيذ العقد على نفقة ومسؤولية المتعاقد الناكل ريثما يتم تسوية الأمر الناشئ عن العجز أو التقصير ، وتلجأ الإدارة إلى هذا المؤيد الإكراهي في الحالات التي لا تحتل التأخير في التنفيذ ولا تحتل إجراءات إعادة التعاقد أو إلغاء العقد.

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١١٨١ لسنة ٣٣ ق تاريخ ١٩٩٤/١/٢ مذكور

على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره.

٢- حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٢١ لعام ١٩٦٥ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة

لعام ١٩٦٥ ص ٩٨ والذي جاء فيه : "ما يصدر عن الإدارة من قرارات تنفيذاً للعقد كالقرارات الخاصة

بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه كلها تدخل في منطقة العقد وتتشأ

عنه وهي منازعات حقوقية تكون محلاً للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل .."

وتتمثل الجزاءات الضاغطة التي يمكن أن توقعها الإدارة بحق المتعاقد معها المخل بالتزاماته في الصور التالية :

١- وضع المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة .

٢- سحب الأعمال من المقاول في عقد الأشغال العامة .

٣- - الشراء على حساب المورد في عقود التوريد.

وسنقوم فيما يلي بدراسة كل جزء من هذه الجزاءات وفق الآتي :

١ - وضع المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة(١) :

عندما تضع الإدارة مرفقاً ما تحت الحراسة لا يعني ذلك إنهاء عقد الالتزام ، إنما يترتب عليه رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المشروع وإعطاء الحق للإدارة بإدارة المشروع بنفسها، كما يمكنها أن تعهد بهذه المهمة إلى حارس آخر مؤقت تختاره للاستمرار في تنفيذ العقد على نفقة ومسئولية الملتزم الأصلي ، ويجب على الإدارة أن تحدد فترة الحراسة في قرار فرضها ، ثم تعود إدارة المرفق العام بعد ذلك إلى الملتزم ، و يحق للملتزم طلب إنها ء الحراسة قبل مدتها المحددة في حال استعاد قدرته على تسيير المرفق ، كما يستطيع أن يعلن عن عدم قدرته على استعادة إدارة

١- أ . د. محمد الحسين - د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٥٣ .

المرفق ويطلب من الإدارة اتخاذ إجراءات إسقاط الالتزام ليؤول المشروع إلى الإدارة(١) وبعده إجراء فرض الحراسة قاعدة متعلقة بالنظام العام لا يجوز للإدارة أن تنتازل عنها(٢) .

ذلك لأن الإدارة في عقد الالتزام مسؤولة عن سير المرفق العام ومن واجبها حماية المنتفعين بخدمات هذا المرفق ، وهذا ما يسمح لها بفرض الرقابة على نشاط الملتزم ومن ثم إقصائه عن الإدارة وقيامها بدلاً منه بذلك في حال لم يحم الملتزم بها أو عجز عن أدائها .

وإذا كان الخطأ الجسيم المقترف من قبل الملتزم يعد من أبرز الأسباب التي تستدعي وضع المرفق تحت الحراسة ، إلا أن الإدارة تستطيع وضع المرفق تحت الحراسة بغير خطأ الملتزم (كوجود قوة قاهرة يستحيل معها ضمان استمرار عمل المرفق العام ، كما لو قام العاملون بالمرفق بإضراب عام). في هذه الحالة تتحمل الإدارة

١- انظر حكم مجلس الفرنسي بهذا الشأن في القضية (Ville de Nimes) تاريخ ١٩٤٣/٣/٥ حيث أقر هذه المبادئ .

- انظر كذلك فتوى لقسم الرأي المصري رقم ٣٤٠ تاريخ ١٩٥٢/٢/٤ على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره.

٢- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٥٣٠ .

مخاطر الإدارة المالية ، بينما يتحمل الملتزم كافة المصروفات اللازمة لضمان سير المرفق العام في حال كان وضع المرفق تحت الحراسة بسبب خطأ جسيم من جانبه.(١)

وإن كان من حق الإدارة الحل محل التعاقد في إدارة المرفق العام ووضع المشروع تحت الحراسة إلا أن هذا الحق مقيد ألا يكون قرار الإدارة في ذلك مشوباً بعيب من العيوب ، فعندها تمتد رقابة القضاء الإداري لتحكم على الإدارة بالتعويض في حال تسببت بتصرفها المعيب في إلحاق ضرر بالتعاقد .

وأكثر من ذلك سنجد أن القاضي الفرنسي الإداري قد أعطي صلاحية إلغاء قرار فرض الحراسة في عقد الالتزام إذا كان القرار غير مشروع أو ليس له ما يبرره أو غير متناسب مع جسامه الخطأ والحق في الإلغاء والتعويض مقرر في حالة فرض الحراسة في عقد الالتزام فقط ، و يبقى أمام التعاقد في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد المطالبة بالتعويض في حال تسببت الإدارة في إلحاق ضرر بالتعاقد عند سحب الأعمال من المقاول أو عند الشراء على حساب المورد.(٢)

١- د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ١٠٣.

٢- حكم مجلس الفرنسي في ٢٣/٦/ ١٩٤٤ مشار إليه عبد الهادي عباس -المرجع السابق - ص

لم يعتمد مجلس الدولة في مصر وسورية إلى هذه التفرقة لمد اختصاص قضاء الإلغاء إلى عقود الالتزام دون غيرها (١) ، ذلك لأن صلاحية القضاء الإداري في مجال الإلغاء شاملة لجميع القرارات المعيبة المتخذة من جانب الإدارة سواء كان محلها وضع المشروع تحت الحراسة أو سحب الأعمال من المقاول أو الشراء على حساب المورد (٢)

٢- سحب الأعمال من المقاول في عقد الأشغال العامة :

عندما يتخلف المتعهد في عقد الأشغال العامة عن تنفيذ التزاماته أو يتأخر في أدائها ، يمكن للإدارة أن تسحب العمل منه وتقوم بتنفيذه على نفقته وتحت مسؤوليته ،

١- فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية : " ومن حيث أن الحكم المطعون فيه قد قضى بأن قرار الإدارة بسحب العملية من المدعي كان خاطئاً وليس له ما يبرره ، وهو قضاء تطعن عليه الهيئة للأسباب السابق بيانها في معرض أسباب الطعن وليس من ريب أنه لم يكن هناك من الأسباب ما يبرر سحب العملية من المدعي .. لذلك فإنه ليس من ريب أن قرار الهيئة بسحب العملية من المدعي بعد إنجازه أكثر من ٩٤% من حجوم العمليات يعتبر مخالفاً للقانون ومنطوياً على خطأ وسوء في التقدير في وزن الأمور ومن ثم يكون دفاع الهيئة عن صحة هذا القرار بغير أساس مقبول من الواقع أو القانون .. " حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٤١ السنة ١٧ ق تاريخ ١٢/٥/١٩٨١ .

٢- حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ٢٣ / ١٢ / ١٩٥٦ مشار إليه لدى د. سليمان

الطماوي - المرجع السابق - ص ٢٤٢ .

وبمعنى آخر وضع هذه الأعمال تحت الإدارة المباشرة لجهة الإدارة لضمان تنفيذها ولتأمين سير المرفق العام موضوع العقد . ويعد هذا الإجراء من النظام العام بحيث لا يجوز للإدارة أن تنتازل عنه ، و أي نص أو اتفاق على ذلك يعد باطلاً . ولسحب العمل من المتعهد وتنفيذه على حسابه لا بد من توافر الشروط التالية : (١)

١- وقوع خطأ جسيم من جانب المتعهد :

إن قيام الإدارة بسحب العمل من المتعهد يفترض فيه وقوع خطأ جسيم من جانب المتعهد كعدم مراعاته مدد التنفيذ المنصوص عليها في العقد ، كذلك توقفه عن تنفيذ الأشغال محل العقد أو التخلي عنها وتركها ، ولا يستطيع المتعهد في هذه الحالة أن يتعلل بأي عذر كأن يعزي سبب التوقف إلى فعل الإدارة أو بسبب ظرف استثنائي ، ذلك لأن توقف الأعمال يعتبر خطأ جسيم لا يبرره سوى وجود القوة القاهرة .

كذلك فإن عدم استجابة المتعهد للأوامر الصادرة عن الإدارة والامتناع عن تنفيذها يعد سبباً كافياً لقيام الإدارة بسحب الأشغال من المتعهد وتنفيذها على حسابه ، ذلك لأن المتعاقد في عقد الأشغال العامة يجب أن ينفذ شروط العقد تحت إشراف وتوجيه

١- راجع المادة /٥٤/ من القانون السوري رقم ٥١/عام ٢٠٠٤ حيث حدد المشرع من خلال هذه

المادة الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى سحب تنفيذ التعهد من المقاول وتنفيذه على حسابه .

راجع كذلك المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

الإدارة .

٢- وجوب إعذار المتعهد وإعطائه مهلة معينة :

يؤكد القضاء الفرنسي على ضرورة إعذار المقاول بوضع الأشغال تحت الحراسة وأن يعقب هذا الإعذار مهلة كافية لكي يصلح مخالفاته ، ويعد هذا الجزاء معيباً إذا لم يسبقه إعذار (١) . ويجب أن يتضمن قرار الإعذار ما يلي:

أ- المخالفات المنسوبة إلى المقاول .

ب- الأعمال التي يجب على المقاول القيام بها سواء كانت محددة ، كالعيوب الواجب إصلاحها ، أو كانت تمس العقد في كليته كمطالبته بتحسين أدائه .

ج- إن إجراء وضع الأشغال تحت الحراسة هو ما تنوي الإدارة فعله عند عدم استجابته .
(٢).

وفي حال تم سحب الأشغال من المقاول يصبح التأمين النهائي من حق الجهة

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "propetrol" تاريخ ١٩٨٢/١١/٥ مشار إليه سابقاً.

- راجع كذلك المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ ، راجع أيضاً

المادة ٥٤/ب من القانون السوري رقم ٥١ عام ٢٠٠٤ .

٢- د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ١١.

الإدارية فيكون لها أن تخصص منه ما تستحقه من غرامات تأخير أو أية مبالغ أخرى مستحقة لها في ذمة المقاول . (١)

وسحب الأعمال من المتعهد ليس هدفاً بحد ذاته بل هو إجراء تمهيدي يعقبه إجراء آخر كفيل بإنجاز هذه الأعمال ، وبناء على ذلك فإن المشرع المصري أجاز للإدارة أن تقوم بأحد التصرفات التالية عقب سحب المشروع من المقاول:

١- أن تقوم بنفسها على حساب المقاول بتنفيذ الأعمال التي لم تتم كلها أو بعضها.

٢- أن تطرح في المناقصة من جديد الأعمال التي لم تتم كلها أو بعضها

٣- أن تتفق مع أحد المقاولين بطريق الممارسة لإتمام العمل .(٢)

وكما واجهت المادة/ ٥٥/ من القانون السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ الاحتمالات التي تعقب السحب فبينت أنه :

"أ- يحق لآمر الصرف عند سحب تنفيذ التعهد أو عند نكول المتعهد أن يقوم بتأمين الاحتياجات على حساب المتعهد وفق ما يلي :

١- راجع المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ / ١٩٩٨ . كذلك المادة ٤٧ من القانون السوري رقم ٥١ / ٢٠٠٤ .

٢- المادة /٨٢/ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨ .

- ١- بطريقة المناقصة أو طلب العروض في الحالات الاعتيادية .
- ٢- بطريقة الأمانة أو بالتراضي عند فشل المناقصة أو طلب العروض أو عندما تكون هناك فعلاً ضرورات فنية أو إدارية تستدعي إنجاز الأعمال عن غير طريق المناقصة .

ب- يعلم المتعهد بالإجراءات المتخذة وفقاً للبند (أ) من هذه المادة .

ج- إذا نجم وفر في الأسعار نتيجة تنفيذ التعهد لأحكام البند (أ) من هذه المادة كان هذا الوفر حقاً للجهة العامة ."

وبذلك نجد أن المشرع السوري قد فرض عقوبة تكميلية على المقاول في حال سحب المشروع منه ، حيث لم يسمح له بالمطالبة بأي كسب في حال نفذت الإدارة المشروع وأسفر هذا التنفيذ عن ربح ، بينما يبقى مسؤولاً عن جميع الخسائر والأضرار التي تقع من جراء هذا التنفيذ.

بقي أن نذكر أن الحالات السابقة لا تنهي العقد ذلك لأن التنفيذ على حساب المتعاقد لا ينهي الرابطة التعاقدية ، بل يبقى العقد الأصلي ، وتنفذ الأعمال على حساب المقاول الأصلي وعلى مسؤوليته ، وتعد الإدارة في هذه الحالة وكيلة عن المتعاقد المقصر في كل ما تقوم به من أعمال .

٣- الشراء على حساب المورد في عقود التوريد :

وتستعمل وسيلة الضغط هذه في مواجهة المتعاقد المقصر في عقود التوريد وذلك بهدف إجباره على الوفاء بالتزاماته (١).

ففي حال تأخر المورد أو أخل في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها ، أو امتنع أو عجز عن تنفيذ التوريد على وجه يعرض المرفق العام للخطر جاز للإدارة أن تتدخل وتتخذ الإجراء الذي يخولها الشراء على حساب المورد(٢).

وينتج عن هذا الإجراء عدة آثار وهي :

- ١- الشراء على حساب المورد المقصر لا ينهي عقد التوريد فهو إجراء مؤقت والعقد يظل قائماً بين أطرافه وملزماً للمتعاقد إنما يتم الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته . وعلى ذلك سارت المحكمة الإدارية العليا المصرية التي قررت أن :
- " التنفيذ على حساب المتعهد المقصر لا يعد بذاته عقوبة توقع عليه بسبب إخلاله بالتزامه وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينياً تقوم

1- Laubadere .Delvolve et Moderne traité des contrats ,T2, op cit, p195.

٢- انظر المادة /١٥/ من المرسوم السوري رقم (٤٥٠) تاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط

به الإدارة عند امتناع المتعاقد معها أو إخلاله بتعهدده ضماناً لحسن سير المرافق العامة ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الإبقاء على الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بحيث تحل الإدارة محل المتعاقد فيما لم ينفذ من العقد على حسابه وتحت مسؤوليته و إلزامه بما قد يطرأ على تنفيذ العملية من فروق في الأسعار أو المصروفات التي تكبدتها نتيجة التنفيذ على الحساب" (١)

٢- يتحمل المورد الأصلي قيمة الزيادة في ثمن الشراء مضافاً إليها فروق الأسعار والمصاريف التي تكبدتها الإدارة في سبيل التنفيذ .

٣- على الإدارة أن تقوم بشراء الأصناف التي لم يقر المتعهد بتوريدها بذات الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد ، لكن هذا لا يمنع من شراء أصناف تختلف في جودتها زيادة أو نقصاً عن تلك التي تم التعاقد عليها يؤيد ذلك ما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية والتي قررت فيه أن :
شراء الأصناف التي قصر المتعهد في توريدها أن تشتري أصنافاً غير الأصناف المتعاقد عليها ، إلا أن المغايرة هنا تقتضي شيئاً من الإيضاح فليس لها أن تشتري سيارات إذا كان التعاقد على دراجات وتنتفي

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٠٧ لسنة ٢٨ ق تاريخ ١٧/٥/

المغايرة إذا كان الاختلاف في جودة الصنف زيادة أو نقصاناً إذا تعذر الحصول على ذات الصنف المتعاقد عليه، "لئن لم يكن لجهة الإدارة وهي تباشر - على حساب المتعاقد المقصر - كما لو كان مما يصنعه المتعهد فلا يوجد عند غيره أو يكون قد نفذ من السوق، فليس ثمة ما يمنع جهة الإدارة من أن تشتري على حساب المتعهد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه وإن اختلف عنه جودة زيادة أو نقصاً، وتحاسبه على فرق السعر وفرق الجودة إن كان باعتبار أن هذين العنصرين يمثلان الضرر الذي لحق - على سبيل اليقين - بالمصلحة العامة " (١).

٤- إن كان من الجائز الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض، فالأمر على خلافه بالنسبة لغرامة التأخير وفروق الأسعار، ذلك لأن المشرع السوري اعتبر الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد من مؤيدات التنفيذ وبالتالي لم يشأ أن يوقع عقوبتين لهما نفس السبب على الفعل ذاته .

وقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا السورية في قرار لها جاء فيه :

"الغرامة عن التأخير وفروق الأسعار لدى الشراء على حساب المتقاعس لا

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٠١٣ السنة ٦ ق تاريخ ١٦/١٢/١٩٦١ على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره .

يجتمعان" (١)

إلا أن مجلس الدولة المصري خالف مجلس الدولة السوري في هذا الاتجاه فسمح للإدارة الجمع بين غرامة التأخير وفروق الأسعار حيث لم يعد التنفيذ على حساب المورد المقصر عقوبة وإنما تطبيقاً لقاعدة تنفيذ الالتزام عينياً تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته ضماناً لحسن سير المرافق العامة ومنعاً من تعطّلها ، فقد جاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا المصرية أن : " التنفيذ على حساب المتعهد المقصر لا يعد بذاته عقوبة توقع عليه بسبب إخلاله بالالتزام وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينياً تقوم به الإدارة عند امتناع المتعاقد معها أو إخلاله بتعهده ضماناً لحسن سير المرافق العامة ..."(٢)

كما جاء في قرار آخر : "..... قيام جهة الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر يضعها في مركز الوكيل" (٣)

١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية - رقم ٢٦٣ الطعن رقم ٢١٧ لعام ١٩٧٦ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٦ ص ٢١٠ .

٢- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٠١٣ السنة ٦ ق تاريخ ١٦/١٢/١٩٦١ على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره.

٣- انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٦٢٤ السنة ٣١ ق تاريخ ١٧/١/١٩٨٩ . على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره

٥- لا يجوز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر وإنهاء العقد ذلك لأن التنفيذ على حساب المتعاقد يقوم على أساس عدم إنهاء الرابطة التعاقدية واستمرار العقد منتجاً لآثاره ، ومن ثم بقاء المتعاقد المقصر مسؤولاً أمام الإدارة .

أما إلغاء العقد فإنه يتضمن إنهاء الرابطة العقدية واعتبار العقد كأن لم يكن والجمع بينهما يعني انعدام العقد واعتباره كأنه لم يكن ومن ثم استمراره في نفس الوقت منتجاً لآثاره وهو ما لا يمكن التسليم به ، ومن ثم يتعين على الإدارة اختيار أحد الجزأين حسبما تراه مناسباً للحالة التي تواجهها وبما يتفق مع المصلحة العامة . هذا ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي (١) .

كذلك مجلس الدولة المصري و الذي قرر من جهته أن : "لئن كان من المسلمات أن إحلال الإدارة شخصاً آخر محل المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته تقصيراً جسيماً لا ينهي العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، وأنه من ثم لا يكون مقبولاً قانوناً أن تلجأ الإدارة إلى توقيع الجزاءين معاً على المتعاقد المقصر ، جزاء التنفيذ على حسابه وجزاء إنهاء العقد." (٢)

١- انظر قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٥/٦/١٩٣٢ مذكور لدى:

- Laubadere-A.Delvolpe.p et Moderne.F.Traite des contrats administratif ,T2, op cit, p143.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية السنة ٧ ق تاريخ ١٤/٣/١٩٦٤ على الموقع السابق.

ولم يشذ عن هذا مجلس الدولة السوري فقد جاء في اجتهاد لمحكمة القضاء الإداري السوري أن : " لا يجوز الجمع بين غرامة التأخير و التنفيذ على حساب المتعهد ، وعلى ذلك ينتهي فرض غرامة التأخير على المتعهد بتاريخ سحب الأعمال منه " (١)

وتقرر المحكمة الإدارية العليا السورية في هذا الصدد أيضاً :

" إن القضاء الإداري لا يستطيع أن يقبل فكرة الإدارة التي بني عليها طعنها والقائلة إن غرامة التأخير تستمر في أن تسجل مبالغها على المتعهد المتقاعس حتى تاريخ التعاقد مع المتعاقد الجديد ، فإن الفسخ يكفي لوقف سريان هذه الغرامة"(٢)

ثالثاً - إنهاء العقد :

يعد فسخ العقد كجزء من أخطر العقوبات التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد معها كونه يضع نهاية للعلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها في غير الأحوال الاعتيادية لانتهاء العقد(٣) ، لذا فإنه لا يوقع إلا عندما يرتكب المتعاقد خطأ جسيماً أو

١- حكم محكم القضاء الإداري السوري رقم ٢١٢ لعام ١٩٧٢- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة

لعام ١٩٧٢ ص ٩٧٢ .

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية - رقم ٢٦٣ الطعن رقم ٢١٧ لعام ١٩٧٦ - مجموعة المبادئ

التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٦ ص ٢١٠ .

إخلاقاً خطيراً بالتزاماته ، فنقوم الإدارة بفسخ العقد معه أي بإنهائه ، والإدارة تقدر ابتداء خطورة المخالفة التي ارتكبها المتعاقد وهي تخضع في تقديرها لرقابة قاضي العقد اللاحقة . (١)

وعلى هذا الأساس يختلف جزاء الفسخ عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لاعتبارات تتعلق بالصالح العام وبدون خطأ من جانب المتعاقد .

ويأخذ الفسخ شكلاً متميزاً في عقد الامتياز عما هو عليه في باقي العقود الإدارية ، حيث يستخدم مجلس الدولة الفرنسي عادة اصطلاح "إسقاط الالتزام " وذلك لما يتميز به الإسقاط من أحكام تختلف عن الفسخ الذي توقعه الإدارة بنفسها في باقي العقود الإدارية.

أ- الفسخ :

وهي العقوبة الأقصى التي توقعها الإدارة لأن من شأنها إنهاء العقد، ويفترض أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيماً وإخلاقاً خطيراً بالتزاماته ، لنقوم الإدارة بفسخ العقد .

ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذه ، عدم مراعاة تنفيذ

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "نפט الجنوب " تاريخ ١٩٨٢/١١/٥ مذكور على

الموقع الالكتروني لمجلس الدولة الفرنسي .

الأعمال أو تسليم التوريدات في المواعيد المقررة ...الخ .

و غالباً ما ينص في دفتر الشروط العامة أو الخاصة على حق الإدارة في توقيع جزاء الفسخ بالمتعاقد الذي يخل بالوفاء بالتزاماته ، إلا أن حق الإدارة في فسخ العقد يبقى قائماً بذاته باعتباره حق أصيل لها حتى ولو لم ينص عليه في العقد أو في دفاتر الشروط ذلك لأن الإدارة تستطيع إصدار قرار الفسخ إعمالاً لسلطة التنفيذ المباشرة ودون حاجة للجوء إلى القضاء .

لكن في حال وجد القاضي الإداري أن قرار الفسخ ليس له مبرر ، يستطيع إلغاءه والتعويض عنه كونه يراقب الإدارة في استخدامها لهذا الحق من حيث المشروعية والملاءمة هذا ما أقرت به المحكمة الإدارية العليا السورية فقد جاء في قرار لها : "إن حق الإدارة في فسخ عقودها حق أصيل تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو لها أن المتعاقد معها أخل بالتزاماته العقدية إخلالاً جسيماً عرض المرفق العام للخطر ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان له موجب وثبت للقضاء أن الفسخ كان تعسفياً " (١)

١- الحكم رقم ٣٠ لعام ١٩٧٢ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام

١٩٧٢ ص ٢٢٨ .

٢- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٤٦٨٢ لسنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٩٤/٤/٢٦

مذكور على موقع موسوعة الأحكام العربية - سبق ذكره .

بينما نجد أن القضاء الإداري في فرنسا لا يلغي الإجراءات التي اتخذت من قبل الإدارة ، بل يراقب مدى مشروعية قرار الفسخ وملاءمته لجسامة الخطأ ويحكم للمتعاقد بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء هذا الفسخ ، و لا يحق له بأي حال إلغاء قرار الفسخ . (١)

وتختلف الآثار القانونية المترتبة على قرار الفسخ بحسب نوع الفسخ ، فالقانون الفرنسي يعرف نوعين من الفسخ وهما :

١- الفسخ المجرد :

- الفسخ المجرد يعني إنهاء الرابطة التعاقدية وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، وبذلك يجد المتعاقد نفسه مستبعداً نهائياً ، وعلى المتعهد عندئذ إخلاء المشروع فإذا رفض ذلك ترتبت مسؤوليته وأدى ذلك إلى فتح المجال لاستعمال الإكراه ضده (٢).

- يتوجب على الإدارة المتعاقدة أن تقوم بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام

1- Richer, Droit des contrats administratifs, op cit, p235

- Laubadere – Delvolve ,et Modern , Traité des contrats, T2. op cit p172

٢- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٤/٥/١٩٢٩ مشار إليه لدى عبد الهادي عباس - المرجع السابق

بتوريدها ،أو قيمة الأشغال التي نفذها ، كذلك التأمينات التي دفعها ، وبالمقابل

يقوم المتعاقد بدوره برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة تنفيذاً للعقد .

- الفسخ يمكن أن يعطي الإدارة الحق بالتعويض عن الأضرار التي سببها

المتعاقد نتيجة فسخ العقد بخطئه ، لكن بكل الأحوال لا تستطيع الإدارة أن

تطالب المتعاقد بتحمل التبعات المالية للعقد الجديد الذي ستبرمه مع متعاقد

آخر (١).

٢- الفسخ على مسؤولية المتعاقد :

وننتج هذا النوع من الفسخ أشد وأقسى من النوع الأول حيث لا تكتفي الإدارة

بالتعويض عن فسخ العقد ، بل تحمل المتعاقد نتيجة العقد الجديد ، ويكون الفسخ

في هذه الحالة مصحوباً بإعادة طرح التعاقد في مناقصة عامة على حساب المتعاقد

المقصر .

ولا يسمح مجلس الدولة الفرنسي باللجوء إلى هذه الحالة إلا إذا كان منصوصاً عليها

في العقد أو في دفتر الشروط .(٢)

١- د. إبراهيم محمد علي - المرجع السابق - ص ١٣٠ .

٢- راجع د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٥٧ وما بعدها .

المشرع المصري لم يأخذ بجزاء الفسخ على مسؤولية المتعاقد ، فوفقاً للقانون رقم ٨٩

لعام ١٩٩٨ يكون الفسخ جزاء وجوبياً في حالات حددها القانون السابق (١) .

وقد يكون جزاء الفسخ جوازياً عندما يكون للإدارة الخيار بينه وبين التنفيذ على

حساب المتعاقد المقصر (٢).

المشرع السوري نظم حالات اللجوء إلى عقوبة الفسخ . فأشار إلى جواز فسخ العقد

من قبل الإدارة في حال كان موضوع التعهد تقديم مواد مستوردة و تأخر المتعاقد عن

تقديم الوثائق والمعلومات المطلوبة في دفتر الشروط العامة مدة ثلاثين يوماً بعد

انقضاء الفترة المحددة في دفتر الشروط العامة.(٣)

١- المادة ٢٤ من القانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨توجب فسخ العقد تلقائياً في حالتين :

- إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد .
- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

٢- المادة (٢٥) من القانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ تخول الإدارة الفسخ إذا أخل المتعاقد بأي

شرط من شروط العقد .

٣- راجع المادة ٥٢ من القانون السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

كما حدد القانون الحالات التي يفسخ فيها العقد حكماً وبقوة القانون .(١) كذلك أجاز للإدارة إيقاع عقوبة الفسخ على حساب المتعاقد ، وهذا ما نستشفه من نص المادة ٢٧ من قانون عقود ومبايعات و مبيعات وزارة الدفاع والتي جاء فيها : " يحق للوزير في حالات فسخ العقد المنصوص عليها في المادة ٢٥ من هذا القانون -ماعدا حالة الوفاة - أن يأمر بإجراء عقد جديد أو تأمين الاحتياجات بالشراء المباشر - على حساب المتعاقد المفسوخ عقده - و لا يحق للمفسوخ عقده المساهمة فيه وتقع جميع النفقات الإضافية على عاتقه و لا يحق له المطالبة بأي وفر حاصل " .

١- حددت المادة ٥٩ من القانون السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ الحالات التي يعتبر فيها التعهد مفسوخاً حكماً وهي :

- وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار
- إفلاس المتعهد .
- التصفية القضائية .
- في حال ثبوت مخالفة أحكام المادة ٦ من البند(أ) من المادة ١١ من هذا النظام ،
و تنص المادة ٦ من البند(أ) من المادة ١١ على :
أ- يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة ما يلي :
- ٦ - ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وإلا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيه وألا يكون طرفاً في أي عقد للصنع أو للتجميع أو للتخصيص

و نحن من جهتنا نرى أنه :

عندما سمح المشرع السوري ، كذلك مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بفسخ عقودها على مسؤولية المتعاقد يكون بذلك قد أعطاها الحق باللجوء إلى تشديد مسؤولية المتعاقد وهو أمر جائز قانوناً ، ويمكن اعتبار ذلك من ضمن اتفاقيات الضمان حيث بمقتضى هذه الاتفاقات لا يسأل المتعاقد عن خطئه فقط ، بل يؤمن للطرف الآخر ضد الأخطار التي يمكن أن تنتج عن خطئه ، وليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام ، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين .(١)

كما يمكننا تأييد هذا الحكم بالقياس على حكم الفقرة الأولى من المادة /
١/٢١٨ من القانون المدني السوري (٢) لأنه إذا كان من الجائز وفقاً لهذا النص أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة - مع أنها سبب أجنبي يحول دون تحقق المسؤولية - فمن باب أولى أن يكون من الجائز الاتفاق على تشديد المسؤولية .

- أو المساعدة الفنية مع أي مؤسسة أو هيئة أو شخص في إسرائيل ، وألا يزاول مثل هذا النشاط في إسرائيل سواء بشخصه أو عن طريق وسيط وألا يساهم بشكل من الأشكال بدعم إسرائيل أو مجهودها الحربي .

١- راجع المادة ١٤٨ / ١ من القانون المدني السوري.

٢- راجع المادة ١/٢١٨ من القانون المدني السوري التي تنص على :

- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

ولا شك بأن لجوء الإدارة إلى تشديد مسؤولية المتعاقد على هذه الصورة يكون مردّه مصلحة محققة للمرفق العام والمصلحة العامة ككل .

ب - الإسقاط :

هو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الالتزام . والإسقاط طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الطبيعي ، وما هو إلا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها في إدارته للمرفق ، بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان على استمراره في إدارة المرفق وتسييره على نحو سليم و بهذا يختلف الإسقاط عن الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة الامتياز الممنوحة للملتزم حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانبه ، مقابل تعويض يكون واجباً على الإدارة لقاء حرمان الملتزم من إدارة المرفق حتى نهاية مدة الالتزام .

ولما كان فسخ عقد الالتزام يتضمن خطورة بالغة بالنسبة للمتعاقد ، لذلك فقد

أحيط بقيود شديدة يمكن أن نجملها فيما يلي :

١- يجب على الملتزم ارتكاب خطأ بالغ الجسامة بحيث يتبين أن الجزاءات المالية

و إجراءات الضغط لا تجدي نفعاً في مواجهته.(١).

هذا ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري المصري بقولها :

" وإذا كان سحب الالتزام ... يعتبر جزاء شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن التجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة ..."(٢)

٢- يتوجب على الإدارة عند إصدار قرار الإسقاط أن تعذر الملتزم (٣) ولو لم ينص

1- Laubadere. A – Delvolve. P ,et Modern. F , Traité des contrats, T2. op cit p166.

٢- محكمة القضاء الإداري المصري في ١٩٥٧/٣/٣ مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٤٦.

٣- يرى الأستاذ الدكتور محمد الحسين أنه إذا كان الإنذار شرطاً أساسياً في العقود المدنية فهو ليس كذلك في العقود الإدارية وبالتالي فللإدارة دور تقديري لإنذار المتعاقد أم لا ، إلا أنه يمكننا القول : لنن كان من حق الإدارة أن توقع الغرامات المالية بدون إنذار المتعاقد معها باعتبار أن لديه العلم اليقيني - والذي يغني عن التنبيه - بفرضها عليه بمجرد تأخره عن تنفيذ التزاماته حتى ولو لم تنتضرر الإدارة من جراء هذا التأخير، لكن بالمقابل نرى أنه من الضروري إنذار المتعاقد في حال فرض العقوبات الإكراهية أو الضاغطة عليه بل وإعطائه فرصة لتصحيح خطئه ، ذلك لأن علاقة المتعاقد مع الإدارة علاقة تعاون وتعاضد ، هذه العلاقة يفترض أن تكون متبادلة بين طرفي العقد وعليه يجب على الإدارة إنذار المتعاقد معها في حال خطئه أو تقصيره ومنحه فرصة ولو قصيرة لتدارك إهماله أو تقصيره .

العقد أو الشروط على ذلك ، إلا إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء أو أعلن الملتزم صراحة أنه لم يعد يستطيع إدارة المرفق.أو إذا كان الإسقاط بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم (١).

٣- ويجب في كل الأحوال صدور قرار قضائي بالإسقاط وهذا ما يميز عقد الالتزام عن سائر العقود الأخرى حيث تملك الإدارة ممارسة جزاء الفسخ بصددتها دون استصدار حكم قضائي في هذا الشأن.لكن إذا كان هناك نص يمنح الإدارة الحق في توقيع إسقاط الالتزام بإرادة منفردة دون اللجوء إلى القضاء فهذا لا يمنعها من فعل ذلك إذا توافرت شروط فرض هذه العقوبة ، وفي هذه الحالة يخضع قرار الإسقاط الذي توقعه الإدارة بإرادتها المنفردة إلى رقابة قاضي الإلغاء(٢).

- وهذا الأمر لا يعود بالفائدة على المتعاقد فحسب بل سينعكس على المصلحة العامة فمثلاً : سحب الأعمال من المتعاقد وتنفيذها من قبل الإدارة وفي الغالب من قبل متعاقد آخر يمكن أن يأخذ وقتاً أطول من الفرصة التي يمكن منحها للمتعاقد الذي يكون قد استوعب المشروع وأوضاع تنفيذه ، وفي غالب الأحيان يكون الإنذار دافعاً قوياً له للمضي في تنفيذ التزاماته. راجع بشأن ذلك أ . د. محمد الحسين - د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٤٩ .

1- Laubadere .Delvolve et Moderne. Traité des contrats administratif ,T2, op cit, p166.

٢- راجع بشأن ذلك مقال للدكتور مازن ليلو راضي بعنوان الوجيز في القانون الإداري منشور في

الصفحة الرئيسية للأكاديمية العربية المفتوحة للاطلاع على موقع الأكاديمية:-[http:// www.ao.academy.org](http://www.ao.academy.org)

academy.org.

ويثير موضوع إسقاط الالتزام بعض المشاكل المالية الخاصة بالنسبة لمصير الأموال والأدوات التي وضعها الملتزم لخدمة المرفق العام ومشاكل أخرى تتعلق بالتسوية الحسابية بين الملتزم والإدارة وبحقوق الغير ، ويجب التنويه إلى أن إسقاط الالتزام لا يعني انتهاء عمل المرفق العام ، إذ يؤول المرفق إلى الإدارة لتقوم بتنفيذ وإدارة أعماله أو تعهد بذلك إلى متعهد آخر .

ويمكن إجمال النتائج أو الآثار التي تترتب على إسقاط الالتزام بالنقاط التالية:

- ١- لا تلتزم الجهة مانحة الالتزام بحقوق دائني الملتزم ، ذلك لأن الإدارة في هذه الحالة ليست خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً للملتزم ، لكن يجوز لدائني الملتزم الرجوع على الإدارة بما يستحقه الملتزم تجاهها .
- ٢- يفقد الملتزم التأمينات التي دفعها للإدارة ويحق للإدارة أن تخصم من استحقاقاته المبالغ اللازمة لصيانة وإصلاح المرفق العام موضوع الالتزام .
- ٣- لا يستحق المتعاقد التعويض عن إسقاط الالتزام ذلك لأن الإسقاط يطبق كعقوبة وبالتالي فهو يتم دون تعويض^(١) وبذلك يختلف عن الاسترداد والذي سنتعرض لدراسته فيما بعد ، إذ يصحبه تعويض دائماً.

- Laubadere .Delvolve et Moderne ,Traité des contrats administratifs ,T2, op. cit, p167.

1- Richer, Droit des contrats administratifs, op cit, p237.

٤- تبقى عقود المنتفعين بالمرفق العام قائمة وسارية المفعول ، فلا تستطيع الإدارة ولا الملتزم الجديد أن يتخلى عن تلك الالتزامات لأن مبدأ دوام سير المرافق العامة يتطلب ذلك ولا يمكن مخالفته .

رابعاً - الجزاءات الجنائية :

إن كان للإدارة الحق في أن تضمن عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون فإنها لا يمكن أن تصل أبداً إلى حد إعطاء الإدارة سلطة توقيع عقوبات جنائية على المتعاقد المقصر ، لأن مثل هذه الشروط ستعد بلا شك غير مشروعة ، ومخالفة للنظام العام ، حتى لو قبلها المتعاقد معها ، وذلك وفقاً لقاعدة " لا جريمة ولا عقوبة بلا نص قانوني " .

لكن المشرع قد يجرم في بعض الحالات الإخلال في بعض أنواع العقود التي تبرمها الإدارة ، عندها تنعقد مسؤولية المتعاقد المخل ، وذلك بناء على إرادة المشرع وبمقتضى نص صريح ، لا بناء على إرادة الإدارة .

ومن أمثلة ذلك :

ما نصت عليه المادة ١١٦ من قانون العقوبات المصري التي جاء فيها :

" كل من أخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقالة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة ١١٩ أو مع إحدى شركات المساهمة ، وترتب على ذلك ضرر جسيم ، أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب وترتب عليها إضراراً بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية ، وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذاً لأي من العقود سالفة الذكر ، ولم يثبت غشه لها أم علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس و الغرامة التي لا تتجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد ، ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة ، ويعاقب بالعقوبات سالفة الذكر - حسب الأحوال- المتعاقدون من الباطن و الوكلاء والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعاً إلى فعلهم " . (١)

١- كما تنص المادة ٣٧٤ عقوبات مصري على أنه : " يحظر على المتعهدين وعلى كل من يدير مرفقاً أو عملاً من الأعمال المشار إليها في المادة السابقة (مرافق عامة أو عمل يسد حاجة عامة ولو لم يكن موضوعاً لها نظام خاص) أن يوقفوا العمل بكيفية يتعطل معها أداء الخدمة العامة وانتظامها . وتطبق عليهم وعلى المحرضين والمشجعين والمحبذين والمذيعين العقوبات المنصوص عليها في المادتين ١٢٤ و ١٢٤/أ حسب الأحوال "

ومن النص السابق نستنتج أنه ليصبح الخطأ التعاقدى جريمة جنائية لا بد أن يتعمد المتعاقد الإخلال بالتزاماته المستمدة من العقد ، أو أن يلجأ إلى استعمال وسائل الغش في تنفيذها ، وأن يترتب على ذلك ضرر جسيم بالمصلحة العامة .

وفي سورية ذهبت المادة /٣١/ من القانون السوري رقم ٨ لعام ٢٠٠٥ الناظم لعقود ومبايعات ومبيعات ووزارة الدفاع إلى أن :

أ- عندما تكون لبعض العقود صفة السرية يتطلب تنفيذها اطلاع المتعاقد على أسرار عسكرية أو تزويده ببعض المعلومات التي تتعلق بأمن الدولة ، تتوجب الإشارة إلى ذلك في نص العقد أو دفاتر الشروط وفي حال مخالفته لذلك يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات العسكري إضافة إلى جواز فسخ العقد ومصادرة الكفالة والمطالبة بالتعويضات .

ب- يمكن للإدارة أن تضيف إلى نصوص العقد بعض الأحكام التي تتعلق بوجوب المحافظة على السر من قبل الفنيين والعمال الذي يكلفهم المتعاقد لإنجاز ما تعهد به ويتعرض المخالف إلى نفس العقوبات التي يتعرض إليها المتعاقد من جراء إفشاء السر .

إذا فالمرشع السوري عد مسؤولية المتعاقد مفترضة في هذه الحالة بمجرد إفشائه

للأسرار والمعلومات التي اطلع عليها ودون حاجة لإثبات ركن الخطأ أو الضرر
الحاصل للإدارة نتيجة ذلك ، و هذا يعود بلا شك لمساس هذه العقود بأمن الدولة
العسكري والسياسي .

ومن خلال استقراءنا للنصوص السابقة نجد أن :

في جميع الحالات التي يتعرض فيها المتعاقد للعقوبات الجنائية لا تملك الإدارة حق
توقيع العقوبات الجنائية المنصوص عليها قانوناً وإنما يجب عليها أن تلجأ إلى الطريق
المقرر لتوقيع تلك العقوبات فلا توقعها بنفسها ، ذلك لأن القضاء وحده هو من يملك
ذلك .وهنا يثور التساؤل التالي :

هل يمكن للإدارة أن تستعمل سلطة الضبط الإداري لضمان تنفيذ التزامات المتعاقد
معه؟

القاعدة أن للإدارة أن تستعمل سلطة الضبط الإداري وتصدر لوائح ضبط ، وأن تضمن
تلك اللوائح عقوبات جنائية في الحدود المعترف بها ، والمتعاقد في هذه الحالة يكون
كأي مواطن عادي يتعرض للعقاب الجنائي في حال خالف الالتزامات المقررة بمقتضى
تلك اللوائح .

لكن لا تستطيع الإدارة بأي حال أن تستعمل سلطة الضبط الإداري بقصد إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته فهي لا تستطيع أن تضيف على دفتر من دفاتر الشروط صفة اللائحة ، أو تصدر لائحة تستهدف من ورائها إجبار المتعاقد على التنفيذ (١).

المطلب الثالث

سلطة إنهاء العقد من جانب الإدارة

دون خطأ من المتعاقد

إن حق الإدارة في فسخ العقود الإدارية من الخصائص البارزة التي تميز نظام العقود الإدارية عن العقد المدني والتي تقضي أحكامه بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا لسبب في القانون أو برضا الطرفين.

بينما نجد الحال على خلاف ما ذكر في القانون الإداري ، حيث يحق للإدارة بوصفها مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وجعلها مساهمة للتطورات التي تستلزمها مقتضياته إنهاء العمل بالعقد بقرار يصدر من جانبها انفرادياً إذا وجدت أن العقد الإداري أصبح غير مفيد أو غير قابل للتحقق ولا يلبي احتياجات المرفق العام(١)

.

وهذا الأمر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة كونها المسؤول الأول والأخير

1- Laubadere – Delvolve ,et Modern , Traité des contrats, T2. Op.cit,p 610.

عن احتياجات المرفق العام موضوع العقد، وممارسة هذه السلطة من جانب الإدارة لا تحتاج إلى النص عليها في العقد أو قيام خطأ من جانب المتعاقد ذلك لأن من واجبها القيام بتنظيم المرفق العام وتسييره بما يتلاءم مع المتغيرات والتطورات التي قد تحصل أثناء التنفيذ حتى يتم تحقيق المصلحة العامة .

وهذه السلطة ليست مطلقة بل تستخدمها الإدارة ضمن الحدود المرسومة لها تحت رقابة القضاء الذي يتفحص الأفعال المبررة للقرار المتخذ كما يبحث في الإجراءات أو الشكليات المنصوص عليها في العقد ومدى احترامها من قبل الإدارة. (١)

ولا يكون بوسع الطرف المتعاقد في هذه الحالة سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا الإنهاء. (٢).

أكد مجلس الدولة الفرنسي (٣) على حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية دون خطأ

1- Richer, Droit des contrats administratifs, op cit, p306 .

٢- انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٧/٢/٢ مشار إليه عند أ. د. محمد الحسين - د. مهند نوح - العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

٣- راجع المادة ١٠٠ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم ١٩٧٥/٩/٢٠٠٦ .

- انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " شركة TV6 " تاريخ ١٩٨٧/٢ مشار إليه على الموقع

الالكتروني لمجلس الدولة الفرنسي المذكور سابقاً . انظر كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية

توسيع مطار نيس تاريخ ١٩٩١/١٢/١١ مذكور على نفس الموقع .

من جانب المتعاقد ، في حال تطلبت المصلحة العامة هذا الإنهاء كما أعفى المجلس الإدارة من تعويض المتعاقد في حال كان إنهاء العقد لدواعي الصالح العام وكان هذا الحق معطى لها بموجب نص صريح ضمن العقد.(١)

سلم مجلس الدولة المصري أيضاً في الكثير من أحكامه بهذا الحق للإدارة كقاعدة عامة تشمل جميع العقود الإدارية ، بل جعل هذا الحق طابعاً مميزاً للعقود الإدارية، فقد جاء في أحد أحكامه :

" للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك ، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه . (٢)

كما أكد أيضاً مجلس الدولة السوري على أن الإدارة تملك الحق في إنهاء عقودها حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام ، وذلك في قرار لمحكمة القضاء الإداري جاء فيه :

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Eloy " الصادر في ١٩٥٢/٥/٧ المجموعة ص

٢٢٥ مذكور لدى د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧٨٢.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٢٨٩ لسنة ٣٠ ق تاريخ ١٩٩٠/٣/٢٠

- كذلك راجع الحكم رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٩٢/١١/١٥ على موقع موسوعة الأحكام العربية

- سبق ذكره.

"للإدارة في العقود الإدارية سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، ولها حق تغيير الشروط الواردة في العقد بما يتلاءم مع المصلحة العامة وسير المرفق العام كما لها أن تنتهي العقد إذا قدرت أن الإنهاء يتلاءم مع المصلحة العامة" (١).

وانتهاء العقد قبل الموعد المحدد يأخذ بالنسبة لعقد الامتياز في مجال التطبيق وضعاً خاصاً ويظهر في إحدى صور ثلاث :

- فقد يكون منصوفاً عليه في العقد فيسمى " الاسترداد الاتفاقي " .
- وفي حال لم ينص عليه في العقد فيسمى " الاسترداد غير الاتفاقي " .
- وقد يكون منظماً بموجب قوانين خاصة فيدعى عندئذ " بالاسترداد القانوني " .

أولاً- الاسترداد الاتفاقي :

- وهذا النوع من الاسترداد هو الشائع عملياً ، ينظمه العقد ويحدد شروطه (٢).
- ويهيمن على الاسترداد الاتفاقي قاعدة أساسية وهي وإن كان حق الاسترداد

١- محكمة القضاء الإداري السوري قرار رقم ١٨٥ القضية ٢٥٤ لعام ١٩٧١ مجموعة المبادئ التي

أقرتها المحكمة لعام ١٩٧١ .

- راجع أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢١٥٦ تاريخ ٢٠٠٧/١٢/٥ - أحكام غير

منشورة .

٢- د. عبد الله طلبة - د. نجم الأحمد - القانون الإداري - جامعة دمشق - ٢٠٠٥ - ص ٤٣٢.

حقاً أصيلاً للإدارة إلا أن النصوص الواردة بخصوصه في عقد الالتزام هي نصوص تعاقدية لا يجوز الخروج عليها و بالتالي يتعين على القضاء احترامها .وفي التطبيق العملي يلاحظ أن هناك خطأً بين الاسترداد الاتفاقي والفسخ الاتفاقي .

ولعل من أهم ما يميز الفسخ الاتفاقي عن الاسترداد الاتفاقي أن الاسترداد عبارة عن إنهاء عقد الالتزام قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب المتعاقد مقابل تعويضه ، وهو حق أصيل للإدارة سواء نص عليه في العقد أو لم ينص ، أما الفسخ الاتفاقي فهو يتم عن تراض كامل بين الإدارة والملتزم ويتولى الطرفان في هذه الحالة تقدير التعويض الذي يناله المتعاقد .

وتلجأ الإدارة عادة إلى طريق الفسخ الاتفاقي إذا كان هناك صعوبة في اللجوء إلى طريق الاسترداد ، ذلك لأن قيام الجهة مانحة الالتزام بممارسة حقها في استرداد المرفق يفرض عليها تعويض الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسارة نتيجة النفقات التي تكبدها في تهيئة المرفق وإعداده كذلك ما فاتته من ربح نتيجة الأرباح التي ضاعت عليه من جراء استرداد المرفق ، لذلك إذا وجدت الإدارة صعوبة في دفع هذه المبالغ أو تأمينها تلجأ إلى الفسخ الاتفاقي (١).

1- Richer, Droit des contrats administratifs, op cit, p227.

إذاً فنستطيع القول: إن الاسترداد الاتفاقي هو تنظيم حق الإدارة في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة بين طرفي عقد الالتزام دون أن يكون حقها في الاسترداد متوقفاً على رضا المتعاقد معها ، في حين يتم الفسخ الاتفاقي برضا كامل بين الطرفين .

ثانياً- الاسترداد غير التعاقدى :

هو الاسترداد الذي تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها أثناء سريان العقد دون أن يكون منصوصاً عليه في العقد ، أو ذلك الذي تمارسه الإدارة خلال الفترة التي ينص العقد على عدم جواز الاسترداد خلالها ، ذلك لأن عقود الالتزام تحتوي عادة على شروط تنظم كيفية الاسترداد وهذه الشروط تحدد في معظم الأحيان مدة معينة لا يجوز للإدارة خلالها أن تلجأ إلى استرداد المرفق ، إلا أن هذا لا يعني أن الإدارة قد تنازلت في ذلك عن سلطتها في الاسترداد خلال هذه المدة ، فهذا لا يمكن لتعارضه مع حقها الأصل في إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة توكيلاً للمصلحة العامة .

و التعويض في هذه الحالة يتم تحديده وفقاً للقواعد العامة دون التقيد بنصوص

العقد.(١)

ولما كان الاسترداد في معظم الحالات في فرنسا هو استرداد اتفاقي فإن مجلس

الدولة الفرنسي لم تصدر عنه أحكام تنظم الاسترداد غير المنصوص عليه في العقد. (١)

ثالثاً- الاسترداد القانوني :

يتدخل المشرع في بعض الأحيان ويصدر قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق التي تدار بطريق الامتياز (٢) .

1- Richer, Droit des contrats administratifs, op cit, p228.

- Laubadere. A – Traité théorique et pratique des contrats administratifs T 3, op ,cit ,p204.

٢- صدرت في فرنسا عدة قوانين تنظم استرداد بعض المرافق الهامة مثل :

- قانون ١٨٨٠/٦/١١ وقانون ١٩١٣/٧/٣١ ويتعلقان بإنهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسطة الترام .

- قانون ١٩٤٧/٧/٣١ والذي خول الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية في خلال سنة من تاريخ صدوره بقصد تمكين هذه الهيئات من إدارة المرافق المحلية عن طريق الإدارة المباشرة .

- وفي مصر لجأ المشرع إلى الاسترداد القانوني بمقتضى قانون ١٩٥٦/٢٨٥ والذي ينهي امتياز قناة السويس .

- وفي سورية تم استرداد المرافق الحيوية من المستثمرين الأجانب بموجب القانون رقم ٨٥ لعام ١٩٥١ . وهي مرافق الكهرباء والمياه والنقل . نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية لعام ١٩٥١ العدد ٥/

ص ٤٧٧ .

وفي هذه الحالة يتم إعمال القانون ويسترد المرفق العام ، وهذا لا يعد تعسفاً في استعمال الحق ذلك لأن منح الامتياز يكون في الغالب بقانون ومن الطبيعي أن يتم الاسترداد بقانون أيضاً.

نذكر أخيراً أن الاسترداد يمكن أن يكون نتيجة تعديل قرار ، كالحالة التي تؤدي إلى حل عقد نتيجة تعديل قرار بلدي^(١)

وبذلك نجد أن هناك علاقة بين حق الإدارة في التعديل الانفرادي وبين حقها في إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد .

فحق الإدارة في فسخ عقودها من أجل المصلحة العامة ما هو في الحقيقة إلا إعمال لسلطة التعديل الانفرادي وذلك من خلال تعديل شرط المدة الوارد في العقد عن طريق تقصيره ، لأن من حق الإدارة العدول عن التعاقد وإلغاء العقد بعد انعقاده إذا قدرت أن هذا الإجراء يقتضيه الصالح العام . هذه السلطة تضع نهاية للعقد ، إلا أنها بالمقابل تقرر للمتعاقد الحق بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا الإنهاء ، وهذا يشكل بحد ذاته ضماناً للمتعاقد ذلك لأن تحميل المتعاقد النتائج المالية لقرار اتخذ باسم المصلحة العامة دون أن يكون ارتكب خطأ ما أمر يجافي العدالة .

1- Richer, Droit des contrats administratifs, op cit, p311.

وفي ختام هذا المطلب نتوصل إلى أن:

السلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها والتي قمنا بدراستها بشكل مفصل تعد من الواجبات التي تقع على عاتق الإدارة وتمليها عليها ضرورات المصلحة العامة ، حيث يتوجب على الإدارة أن تحل قضاياها بشكل منظم سليم خال من الشوائب ومبني على الصحة واليقين ، لتحول بذلك دون حدوث أي اضطراب أو خلل يمكن أن يصيب المرفق العام موضوع العقد والذي هي قوامة عليه .

ولئن كانت الإدارة تتمتع بامتياز تنفيذي يتجلى بإصدار قرارات قابلة للتنفيذ مباشرة دون حاجة للجوء إلى القضاء بغية الحصول على حقوقها قبل المتعاقد معها ، إلا أن المتعاقد مع الإدارة يملك في كل وقت أن يلجأ إلى عدالة القضاء للإدعاء ضد الإدارة نتيجة ضرر أصابه من عملها المباشر حياله في حال قصرت المراجعة الإدارية عن إسعافه في طلبه .

المطلب الرابع

سلطة التعديل الانفرادي

سادت قديماً قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " في نطاق العقود الإدارية ، وترتب على أعمال هذه القاعدة وقوف الإدارة على قدم المساواة بجانب المتعاقد معها ، فلم تكن تملك تجاهه أية سلطات أو امتيازات ، الأمر الذي تطلب منها الحصول على موافقته في حال اضطرت إلى تعديل العقد أو تغيير بعض نصوصه .

هذا الأمر أدى إلى عرقلة خطوات الإدارة في سعيها لتحقيق النفع العام ، وتوفير الرخاء والازدهار لمواطنيها من خلال المشاريع الخدمية التي تنفذها ، وكان الحل إضفاء بعض المرونة على علاقة الإدارة التعاقدية مع المتعاقد و منحها مركزاً تعاقدياً خاصاً ، يمكنها من مواكبة التطورات العلمية السريعة وتقديم هذه الخدمات بشكل أفضل وأكثر تطوراً .

تنبه مجلس الدولة الفرنسي إلى هذا الأمر وقضى بضرورة تزويد الإدارة بوسائل وسلطات تضمن توجيه تنفيذ العقد بشكل يتوافق مع متطلبات التنفيذ الحديثة لتحقيق

المنفعة العامة .(١)

وفيما بعد اعترف مجلس الدولة الفرنسي وبشكل صريح بحق الإدارة في تعديل العقد وبشكل منفرد .

وبيعود الفضل في ذلك لمفوض الدولة " ليون بلوم " حيث تضمنت مطالعته المقدمة أمام مجلس الدولة حق الإدارة في أوامر غير موجودة بالعقد، وعلى المتعاقد الالتزام بتنفيذها ، مقابل تعويضه عن جميع الأضرار التي يمكن أن تلحق به من جراء ذلك التنفيذ. (٢)

ومنذ ذلك الحين أصبح مجلس الدولة الفرنسي ثابت الرأي بحق الإدارة في تعديل العقد انفرادياً دون الحاجة إلى الاعتماد على نصوص خاصة ضمن العقد .

ومن ثم أكد على أن حق الإدارة في التعديل هو من بين القواعد الأساسية المطبقة في العقود الإدارية ، مستنداً في ذلك إلى مقتضيات المصلحة العامة ، وسواء نص على

١ - قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٠/١/١٩٠٢ بشأن شركة غاز "Deville" مذكور على الموقع الإلكتروني :

- <http://autexier.jura.une.saariand.d/skipteca-hm>.

٢ - قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١١/٣/١٩١٠ الشركة الفرنسية العامة للترام - مذكور على موقع

مجلس الدولة الفرنسي - سبق ذكره .

ذلك في العقد أم لم ينص (١).

ولخطورة هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة على مبدأ القوة الملزمة للعقد الإداري لا بد لنا من إحاطتها بالدراسة من جوانبها كافة .

بداية سنستعرض سلطة التعديل في رأي الفقه ، ثم نبين الأساس القانوني الذي تبني عليه هذه النظرية والذي كان موضع جدل وخلاف بين الفقهاء ، وأخيراً نوضح نطاق هذه السلطة ، كذلك القيود التي تحد من أعمالها وضوابط تطبيقها .

أولاً: سلطة التعديل الانفرادي من منظور الفقه والقضاء :

لم يعترف الفقه التقليدي بوجود سلطة التعديل الانفرادي للإدارة وسأيره في ذلك بعض الفقهاء المحدثين حيث رأوا أن العقد وجد ليبقى ثابتاً ومفروضاً على عاقيه وإعطاء أحدهم سلطة التعديل تنفي عنه صفة العقد(٢).

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٣/٢/٢ -اتحاد النقل العام والمناطق - مذكور على الموقع

السابق .

- انظر كذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٥/٥/٦ في قضية " Eurolat " .

٢- راجع رأي الفقيه "لوليه " والفقيه "بينو" عند:

- Richer .L , Droit des contrats administratifs, op cit, p241

- كذلك انظر في نفس المعنى - د.أحمد عثمان عياد- المرجع السابق - ص ٢٠٩ .

الفقيه "جيز" كان له في ذلك موقفاً وسطاً حيث أقر للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي ولكن قصرها على عقدين فقط وهما عقد الالتزام والأشغال العامة نظراً للطبيعة الخاصة لكل منهما وما يتضمنان من نصوص لائحية يمكن تعديلها في كل وقت استناداً إلى سلطة الإدارة اللائحية في تنظيم المرافق العامة(١).

أيد الجانب الأكبر من الفقه الحديث هذه السلطة و أكدوا على أنه حتى لو تضمن العقد نصوصاً تعطي للإدارة الحق في تعديل شروط العقد فإن هذا النص لا يقرر للإدارة حقاً ، حيث يعد كاشفاً لا منشئاً لهذا الحق لأن الإدارة تملك الحق في تعديل عقودها حتى في حال خلو العقد من نص بشأنه. فكان هناك شبه إجماع فقهي على حق الإدارة في التعديل الانفرادي كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك(٢). أقر كذلك الفقه في مصر وسورية بهذه السلطة دون نص قانوني أو عقدي(٣).

1- Laubadere .A - Venezia .J . C et Gademet .Y - Traité de droit administratif - E.J.A. Paris 1999 .p.825.

- Laubadere- Delvolve et Moderne traité des contrats ,T2, op cit, p394.

1- Pequignot .G .Théorie générale du contrat administratif ,op cit, .p367.

٢- راجع في الفقه المصري د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٦٠ .

- راجع كذلك د.أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ١٩٢ .

- وفي الفقه السوري راجع : د. عبد الإله الخاني - المرجع السابق - ص ٤١٠ .

- أيضاً - أ . د . محمد الحسين - د. مهدي نوح - المرجع السابق - ص ٢٣٥ .

وعلى الرغم من إجماع الفقهاء على وجود هذه السلطة إلا أن أساسها القانوني لا يزال موضع خلاف وجدل فيما إذا كان نابعاً عن الإدارة كسلطة عامة أم أنه ناتج عن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري .

١ - الأساس القانوني للتعديل يرجع لكون الإدارة سلطة عامة :

حاول بعض الفقهاء أن يرجعوا أساس سلطة التعديل الانفرادي إلى فكرة السلطة العامة مستندين إلى أن القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية تعتبر من أعمال السلطة العامة ، وأن الإدارة لا تمارس بمقتضاها امتيازاً تعاقدياً وإنما تستعمل حقاً تملكه كسلطة إدارية ، وأن هذا الحق يعتبر من النظام العام ، وبذلك يغدو تعديل الإدارة لعقودها بإرادتها المنفردة مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره الإدارة باستعمال امتيازات السلطة العامة التي تملكها وهو امتياز التنفيذ المباشر.(١)

1- Pequignot .G . Théorie générale du contrat administratif ,p367.

- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratifs L .G .D.J, Paris ,1955 .p92.

- راجع آراء الفقهاء المؤيدة لهذه الفكرة: والفقهاء "برنبيه" والفقهاء "ميشيل روسيه". ومن الفقه العربي ود.

محمد كامل ليلة مشار إليها لدى د. أحمد عثمان عياد - مرجع سابق - ص٢١٧.

منطقياً لا يمكن قبول هذا الرأي ذلك لأن التسليم بصحته يعني أن حق الإدارة في التعديل مطلق يشمل جميع شروط العقد ، وسنجد لاحقاً أن هذا الكلام غير صحيح ،

حيث يقتصر حق الإدارة في التعديل على الشروط اللائحية دون العقدية وفي حالات الضرورة التي تتطلبها حسن سير المرافق العامة بالإضافة إلى أن التسليم بهذا الرأي يعني أن المتعاقد ما هو إلا فرداً عادياً تابعاً للإدارة مجرداً من إرادته تجاهها ، وهذا يتنافى مع مفهوم العقد الإداري الذي يتكون من إرادتين حرتين ومتقابلتين .

كما يترتب على الأخذ بهذا المعيار منح المتعاقد الحق في طلب إلغاء القرار الصادر بالتعديل أمام قاضي تجاوز السلطة ، إلا أن هذا الأمر غير جائز وغير مقبول قانوناً ضمن العقود الإدارية ، حيث أن المتعاقد مع الإدارة لا يمكنه إلا طرق باب قاضي العقد من أجل الطعن بالقرار المذكور أي الطعن أمام القضاء الكامل وليس أمام قضاء الإلغاء فيما عدا بعض الحالات الاستثنائية .

- راجع كذلك مطالعة مفوض الدولة الفرنسي "ليون بلوم" المقدمة إلى مجلس الدولة الفرنسي بقراره

١٩١٠/٣/١١ الشركة العامة الفرنسية للترام مذكورة لدى أ . د. محمد الحسين - د. مهدي نوح -

المرجع السابق - ص ٢٣٦ .

٢- ضرورات المرفق العام :

أكد غالبية الفقهاء (١) على أن الطبيعة القانونية للمرافق العامة تخول السلطة المتعاقدة تعديل أركان سير المرفق العام بما يساير الأمور المستجدة والمستحدثة فضرورات المرفق العام هي الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة ، هذه الضرورات متجددة مع الزمن لذلك يجب على الإدارة أن تضع على عاتق المتعاقد معها وقت الضرورة التزاماً جديداً من أجل أن تتلاءم العقود الإدارية مع متطلبات المصلحة العامة المتجددة .

إذاً فالأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي وفق هذا الرأي لا يقوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية بل على العكس يكون امتيازاً تعاقدياً ولكنه

1- Laubadere .A - Venezia .J . C et Gademet .Y – traité de droit administratif -

E.J.A. Paris 1999 .p.825

- انظر كذلك رأي العميد "هوريو" مذكور لدى د.محمد كامل ليلة - مبادئ القانون الإداري - الكتاب الأول - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ - ص٢٥٣ .
- وهذه أيضاً وجهة نظر الفقيه (Jean Rivero) راجع بشأن ذلك د. محمد الحسين - د. مهند نوح - المرجع السابق - ص٢٣٧ .
- راجع أيضاً في الفقه العربي: العميد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٦٤ ود. عبد الإله الخاني - المرجع السابق - ص ٤١٤ .

غير مألوف في نطاق العقود المدنية .

٣- الأساس المزدوج لسلطة التعديل :

اتجاه فقهي ثالث أقام سلطة التعديل على أساس مزدوج من مقتضيات المرافق العامة من جهة وامتيازات السلطة العامة من جهة أخرى.(١)

حيث رأى أصحاب هذا الاتجاه أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية ما هو إلا مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية من أجل تحقيق المصلحة العامة التي يتوخاها المرفق العام موضوع العقد .

وبذلك يمكن تكييف هذا الحق حسب هذا الرأي على أنه امتياز من امتيازات السلطة العامة إلا أنه في نفس الوقت امتياز تعاقدى تفرضه ضرورات المرفق العام والمصلحة العامة . لاتصاله بالعقد الجاري التعديل بشأنه.

ومهما كان الخلاف الفقهي حول أساس سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري فإن مجلس الدولة الفرنسي حسم هذا الجدل نهائياً وأقر للإدارة بحق التعديل الانفرادي باعتباره سلطة عامة وأصيلة ، مؤكداً أن هذه السلطة تعد من الأسس

١- د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ص ٢٢٠.

العامة للعقود الإدارية وتطبق دون نص عقدي أو تشريعي فجاء في قرار له :
"السلطات التي أصدرت المرسوم الذي يخول الإدارة أن تبدل أحادياً بشروط العقد

لم تفعل سوى تطبيق القاعدة العامة المعمول بها في العقود الإدارية وهو حق للإدارة رغم غياب النص عليه في العقد بل لا يحق لها التنازل عنه مسبقاً " (١).

مجلس الدولة المصري أيضاً أقر للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي و أقامها أيضاً على أساس مزدوج من فكرة السلطة العامة كذلك المرفق العام فجاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية :

"إن طبيعة العقود الإدارية ،وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تقتضى مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد و ملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرافق العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة " (٢)

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية / Union des transports urbains et regionaux/

تاريخ ١٩٨٣/٢/٢ يمكن الإطلاع على هذا القرار على موقع مجلس الدولة الفرنسي :

<http://www.conseil-etat.fr/>

٢- انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق تاريخ ١٩٩٣/٨/٣١ .

كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٤٩٠ لسنة ٣٨ ق تاريخ ١٩٩٥ /٦/١٣ .

كما جاء في قرار آخر :

" جهة الإدارة هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق تعديل هذا العقد بما يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة ، والإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقها وهذه السلطة لا تستمدّها الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ، ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد الإداري مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه "(١).

لم يخرج القضاء الإداري السوري عن هذا الرأي حينما قرر أن:

((العقد الإداري ذو طبيعة خاصة ومرنة تخول الإدارة المتعاقدة تعديل شروط العقد، بما ينسجم مع الأنظمة والقوانين النافذة ودون حاجة لموافقة المتعهد معها بما يحقق سلامة نشاط المرفق العام وينسجم مع الأنظمة واللوائح النافذة في القطر، وإن مبادئ العقد الإداري تعتبر استغناء عن المبدأ الذي أقرته المادة /١٤٨/ من القانون

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق تاريخ ١٥/١١/١٩٩٢ على موقع

الموسوعة السابق ذكره.

المدني من أن العقد شريعة المتعاقدين و القول بغير ذلك يحرم الإدارة من مميزات القانون العام ويفقد العقد الإداري حصانته المميزة (((١).

بل إن رأي مجلس الدولة السوري في ذلك كان قاطعاً حتى قرر في فتوى له جاء فيها أن:

(... يثبت حق الإدارة في التعديل باعتبار أن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام ، فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ، يضاف إلى ذلك أن الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام)(٢)

هذه السلطة لم تثبت للإدارة بموجب أحكام القضاء فقط ، بل نظمت بمقتضى

١- الحكم رقم /٣٧٠١٤٢٦ الصادر في ١٩٨٦/٨/٢٨ المبادئ القانونية التي قررتها الغرف المدنية في

محكمة النقض السورية من عام (١٩٨٠-١٩٩٠) عزة ضاحي- بدون دار نشر - ١٩٩٢ ص

٢٩٤.

٢- رأي مجلس الدولة رقم/٢٣/ لعام ١٩٦٨ مذكور عند صبحي سلوم - موسوعة العقود- الجزء الأول

- دار الأنوار للطباعة - دمشق - ١٩٩١ - ص ١٧٩.

- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٤٨ لعام ١٩٨٤ - مجموعة المبادئ التي

قررتها المحكمة لعام ١٩٨٤ ص ٣١٠.

النصوص التشريعية . فالمرشح الفرنسي أعطى الإدارة هذا الحق لمجاراة المسائل التقنية الحديثة شرط ألا يؤدي هذا التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد أو تغيير موضوعه (١) ونحن من جهتنا نرى أن:

مبادئ القانون الإداري (وخاصة مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير تبعاً لتغير الحياة وتطورها ، ومبدأ أو نظرية الظروف الطارئة) هي التي تحكم العقود الإدارية وبالتالي هي الأسس التي تبرر سلطة الإدارة في التعديل .

وهذه السلطة لم تمنح للإدارة - باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة - إلا لتعطيها الوسيلة التي تمكنها من تحسين وتطوير أداء المرافق العامة وتقديم

-
- ١- راجع المادة ٢٠ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٩٧٥ لعام ٢٠٠٦ .
- كما نظمت هذه الحالة تشريعياً في مصر بمقتضى نص المادة ٨٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ . والتي جاء فيها (يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود ٢٥% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار ، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك) .
- كذلك نظمت في سورية بموجب نص المادة ٦٢ من القانون رقم ٢٠٠٤/٥١ .
- راجع كذلك المادة ٣٢ من المرسوم رقم ٤٥٠ المتضمن دفتر الشروط العامة الناظم للقانون ٥١ لعام

الخدمات للمواطنين بشكل أفضل وأكثر تطوراً ، ولضمان الاستخدام الأمثل لهذه السلطة أحييت بقواعد وشروط ينبغي على الإدارة احترامها .

فسلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة ليست مطلقة، ولا تطبق بدرجة واحدة في كل العقود الإدارية لاختلاف درجة ارتباط هذه العقود بالمرفق العام :

- فهناك عقوداً تستوجب اشتراكاً مباشراً للمتعاقد في تسيير المرفق مثل " عقود الامتياز" وبالتالي فإن سلطة التعديل تقتزن مع سلطة الإدارة في إعادة تنظيم المرفق وتهيئته .

- وبالمقابل يوجد عقود لا تتصل بالمرفق بشكل مباشر ، ويكون محلها القيام بعمل بسيط مخصص لإشباع حاجة عامة ، هذا يعني أن التعديل في هذه الحالة لا يكون تعبيراً عن سلطة إعادة تنظيم المرفق ، مما يقتضي أن تكون سلطة الإدارة في التعديل أكثر تقييداً^(١).

هذا الكلام يقودنا إلى البحث في نطاق سلطة التعديل الانفرادي و شروط تطبيقها .

1- Laubadere – Delvolve ,et Modern ,Traité des contrats, T2. op cit ,P 405.

ثانياً - نطاق سلطة التعديل:

رأينا سابقاً أن الإدارة تتمتع بحق التعديل الانفرادي، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما محدود بنطاق معين، فالإدارة تستطيع أن تتناول بالتعديل مقدار التزامات المتعاقد وكذلك طرق التنفيذ وأخيراً مدة التنفيذ.

١- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد:

إذ تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد زيادة أو نقصان والتعديل يرد على مقدار الالتزامات دون نوعها، حيث تكون الزيادة أو النقص من نفس طبيعة الالتزامات المضافة أو المنقوصة.

ففي عقد التزام المرافق العامة قضى مجلس الدولة الفرنسي بصدد الشركة الفرنسية العامة للترام بأن: " للإدارة الحق في أن تفرض على ملتزم النقل تسيير عدد من العربات أكبر من الحد الأقصى المتفق عليه في العقد". (١)

كما أقرت محكمة القضاء الإداري المصري بهذا الحق للإدارة فقضت بأن: " للإدارة الحق في تعديل مدى التزامات المتعاقد معها، فتزيد الأعباء الملقاة على

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٢/٣/١٩١٠ الشركة الفرنسية العامة للترام مذكور على الموقع

الالكتروني لمجلس الدولة الفرنسي السابق ذكره .

عائقه أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان " (١)

المشرع السوري أيضاً أعطى الإدارة الحق في زيادة أو إنقاص الالتزامات محل العقد ولكن بنسب مئوية ثابتة :

" أ- يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز ٣٠ % لكل بند أو مادة من التعهد على حده ، وذلك بنفس الشروط و الأسعار الواردة في العقد . ودون حاجة إلى عقد جديد على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقصان ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد .

ب- يعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار الزيادة وذلك من أجل الزيادة فقط". (٢)

هذا الأمر بلا شك ممكن أن يعود بالضرر على المتعاقد في حال طرأت زيادة على

١- حكم محكمة القضاء الإداري المصري رقم ١٩٤٤ السنة ٣٣ ق الصادر في ٢٩/٤/١٩٨٩ مذكور

على الموقع الإلكتروني: www.mohamoon-ju.com

٢- المادة ٦٢/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

- بينما نجد أن المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ حددت هذه النسبة في حدود ٢٥ % بالنسبة لكل بند ، مع إعطاء الإدارة الحق في تجاوز هذه النسبة في حالات الضرورة.

الأسعار بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذ هذه الأعمال ، لذا سيكون أكثر عدالة لو تم منح المتعاقد قيمة التكلفة الفعلية للأعمال الإضافية المنفذة حتى لا يكون هناك ضرر أو ضرار.

٢- التعديل في طرق و وسائل التنفيذ المنصوص عليها:

يثبت للإدارة هذا الحق كلما ظهر لها أثناء التنفيذ ما يستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية ، أو لمسايرة الاكتشافات الحديثة التي تقتضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتصاداً أو أكثر تقدماً من تلك المنصوص عليها في المشروعات الأصلية.

ففي عقد التزام المرافق العامة يمكن أن تطلب الإدارة من المتعاقد استعمال وسائل فنية جديدة بدلاً من المتفق عليها في العقد بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تجاوز الإمكانيات الفنية والمالية . (١)

وفي عقد الأشغال تستطيع الإدارة أن تأمر بتعديل المشروعات الأصلية بشرط عدم تغيير موضوع العقد (٢) .

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة غاز دوفيل تاريخ ١٩٠٢/١٢/٢٦

٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي ١٠/٢١ / ١٩٣٦مذكور عند:

- Laubadere. A – Delvolve. P ,et Modern. F ,Traité des contrats, T1. op cit P.744

وذلك بإجراء تعديلات على أنواع المواد المستعملة (١) وعلى أماكن استخراجها ، كما
تستطيع أن تعدل أماكن العمل(٢) ، كذلك طرق التنفيذ .(٣)

وفي هذا الصدد يجب التمييز بين الأعمال الجديدة والأعمال الإضافية :

- فالأعمال الجديدة هي أعمال لا يسمح بفرضها على مقاول الأشغال العامة وذلك
لأن موضوع تلك الأعمال يعتبر غريباً عن العقد الأصلي بحيث لا تربطها به صلة
إطلاقاً أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلياً عن تلك المنصوص
عليها في العقد كأن تعهد الإدارة إلى مقاول الأشغال بأعمال تختلف عن موضوع العقد
وتقع على مسافة بعيدة من موقع العمل(٤).

- أما الأعمال الإضافية فهي أعمال لم تظهر في العقد لكن قائمة الأسعار توقعتها
وحددت أسعارها فيجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد بإنجازها ولو بعد انتهاء الأعمال
الأصلية (٥).

وقد تكون هذه الأعمال الإضافية غير متوقعة لم تلاحظ في العقد لكنها ليست غريبة

-
- ١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ .. ١٩٤٧/١١/٢٩
 - ٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٩٣٣/١٢/١٣. الأحكام السابقة لمجلس الدولة الفرنسي
ذكرت عند عبد الهادي عباس - العقود الإدارية الجزء الثاني - المرجع السابق - ص ٣٥٦.
 - ٣- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٩٨٦ السنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٩٢/١١/١٥ على
الموقع السابق .
 - ٤- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٩١.
 - ٥- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم ٢٨٠٣١٤ في ٢٠٠٧/١/١٠ على الموقع الالكتروني
للمجلس - سبق ذكره .

عنه ، والتعويض في هذه الحالة يكون بالاتفاق بين الطرفين ، وفي حال كان تنفيذ هذه الأعمال لا يتطلب السرعة الكلية فهنا يتوجب على الإدارة ألا تعطي أمراً بتنفيذ هذه الأعمال إلا بعد أن تبرم ملحق عقد مع المتعهد تتفق فيه على أسعار هذه الأعمال ، ويعتبر كل عمل يقوم به المتعهد قبل أن يحصل على أمر خطي من الإدارة تبرعاً منه .(١)

بقي أن نذكر أن الإدارة قد تطلب من المقاول تنفيذ بعض الأعمال الضرورية ، لكن فيما بعد تقوم بفسخ العقد، عالج مجلس الدولة الفرنسي هذه الحالة في قضية السيد " Malmezat " فقرر في هذه القضية أن :

" قرار التخلي عن المشروع من قبل الإدارة لا يحرم المقاول من المصاريف التي تكبدها نتيجة قيامه بالأعمال التي طلب منه تنفيذها ، وأساس التعويض في هذه الحالة يكون بالركون إلى نظرية الإثراء بلا سبب "(٢)

٣- التعديل في مدة التنفيذ :

للإدارة أن تعدل في مدة التنفيذ المشترطة في العقد ، بتقصيرها عندما تجد الإدارة أن مقتضيات المصلحة العامة تتطلب الإسراع في تقديم الخدمة ، أو إتمام الأشغال العامة والتوريدات ، أو بملدها عندما تجد ضرورة لتأجيل التنفيذ بسبب نقص في الاعتمادات المالية أو بسبب الحوادث الطارئة التي تتطلب الإبطاء في التنفيذ ، كما

١- راجع المادة ١/٣٤ من المرسوم السوري رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة .

- راجع المادة ٣/٧٨ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٤/١١/٢٠٠٦ رقم ٢٦٨١٢٩ . على الموقع الالكتروني

للمجلس - سبق ذكره .

تستطيع الإدارة أن تطلب وقف الأعمال ، بل إنها تستطيع أيضاً أن تقرر إنهاء مدة العقد بفسخه فسخاً انفرادياً إذا اقتضى الصالح العام ذلك.(١)

هذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قضت :

" للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه "(٢).

وقد اتبع مجلس الدولة السوري في هذا الشأن المنحى ذاته فجاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري :

"للإدارة في العقود الإدارية سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، ولها حق تغيير الشروط الواردة في العقد بما يتلاءم مع المصلحة العامة وسير المرفق العام ، كما لها أن تنتهي العقد إذا قدرت أن الإنهاء يتلاءم مع المصلحة العامة "(٣).

وبذلك نجد أن فسخ العقد للمصلحة العامة ما هو في الحقيقة إلا إعمالاً لسلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة من خلال تعديل مدة العقد بتقصيرها .

هذا وإن منحت الإدارة سلطة التعديل الانفرادي للعقود التي تبرمها إلا أن هذه ليست

1- Jeze. G.les principes généraux du droit administratif .op .cit. p.1141

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٠٧٣- السنة ٣٠ ق تاريخ ١٦/١/١٩٩٠مذكور على

الموقع : www.mohamoon-ju.com

٣- محكمة القضاء الإداري السوري قرار رقم ١٨٥ القضية ٢٥٤ لعام ١٩٧١ مجموعة المبادئ التي

أقرتها المحكمة لعام ١٩٧١ .

مطلقة ، إنما مقيدة بشروط ينبغي على الإدارة مراعاتها واحترامها .

ثالثاً - قيود سلطة التعديل الانفرادي:

رأينا أن التسليم بحق الإدارة في مجال سلطة التعديل الانفرادي غير مطلق وهو منوط بدرجة ارتباط العقد بالمرفق العام.

ومن هنا دأب الفقه والقضاء على إيجاد ضوابط لتطبيق هذه السلطة تتلخص بالشروط التالية :

١ - وجود ظروف استجدت بعد إبرام العقد:

فالإدارة أبرمت العقد في سبيل المصلحة العامة، ومن ثم إذا حدثت ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد من شأنها أن تعرقل تحقيق المصلحة العامة ، جاز للإدارة أن تعدل شروط العقد ليتلاءم مع الظروف المستجدة (١)

وفي هذا المقام يثور التساؤل التالي : هل يحق للإدارة -إذا لم تتغير الظروف - أن تعدل في شروط العقد إذا اكتشفت أنها قد أخطأت في تقدير المصلحة العامة عند إبرام العقد؟

يرى بعض الفقهاء أن تغير الظروف يعد شرطاً أساسياً لممارسة حق التعديل

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٥٩٥٩- السنة ٤١ ق تاريخ ٢٦/١/٢٠٠١

مذكور على موقع الموسوعة السابق ذكره .

حيث لا تستطيع الإدارة أن تعدل في شروط العقد إذا لم يحدث أي تغير في الظروف (١) وبالتالي يجب عليها أن تتحمل مسؤولية الخطأ التي وقعت فيه عند التعاقد (٢) .

وهذا يعني أن شرط تغير الظروف يعد شرطاً أساسياً لممارسة حق التعديل. إلا أن الفقهاء الذين أسسوا سلطة التعديل على مفهوم السلطة العامة أو ضرورات المرفق العام يعترفون بهذا الحق للإدارة في كل لحظة تجد فيه أن ضرورات المرفق العام تتطلب ذلك التعديل لأن الإدارة هي المسؤول عن تنظيم المرافق العامة على الوجه الذي تحقق فيه المصلحة العامة (٣) .

1- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratifs ,op ,cit, p 101.

- راجع آراء الفقهاء بشأن ذلك مذكورة لدى : د. محمد الحسين - د. مهدي نوح - المرجع السابق - ص ٢٤٣.

٢- وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم ٢٠٠٦/٩٧٥ .

٣- فالدكتور سليمان الطماوي يرى أن (إذا أخطأت الإدارة في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة فلم تقدرها التقدير السليم في العقد ، فإنها تملك تعديل العقد بما يتفق مع الحاجات الحقيقية للمرفق العام حيث إننا لسنا بصدد عقاب الإدارة عن خطئها .)

- راجع في ذلك د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٦٥ .

ونحن من جهتنا نرى أن :

الإدارة عندما أعطيت سلطة التعديل الانفرادي كان ذلك لمواجهة ظروف مستجدة بعد التعاقد وليس لتصحيح أخطاء لم تتوقعها الإدارة أو لم تكن بحسبانها عند التعاقد ، وهذه السلطة هي استثناء من أصل عام يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وكما نعلم أن الاستثناء يقدر بقدره ولا يقاس عليه ففي حال انتفت شروط تحقق الاستثناء عدنا إلى الأصل وفي هذه الحالة على الإدارة أن تحظى برضا المتعاقد في حال أرادت تعديل العقد ، وهي تملك بالمقابل في حال رفض التعديل اللجوء إلى سلطة الفسخ بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن مصلحة المرفق تستدعي ذلك .

٢- الالتزام بموضوع العقد:

فالتعديل الذي يمكن للإدارة أن تقوم به يجب ألا يؤدي إلى مسخ العقد(١). وذلك بإعطائه محلاً جديداً غير المحل الأصلي الذي اتفق عليه العاقدان ، ومن ثم يجب على الإدارة ألا تقوم بفرض التزامات جديدة خارج موضوع العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد .

١- رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في الفتوى رقم /٥٤٠/ تاريخ

١٩٩٣/٦/١ مذكورة على الموقع السابق .

وعلى ذلك يشترط في التعديل الذي تقوم به الإدارة أن يكون في الحدود الطبيعية والمعقولة ، فمهما كانت سلطة التعديل تراعي مقتضيات المصلحة العامة فإنه يجب على الإدارة ألا تفرض على المتعاقد تعديلات تجعله أمام عقد جديد (١) ، ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة على ضوء إمكانياته المالية والفنية .

٣- أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام :

سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري لا تتناول جميع شروط العقد ، حيث يقتصر التعديل على الشروط التنظيمية المتعلقة بتسيير المرفق والتي تمس حاجاته دون تلك التي تعطي المتعاقد مع الإدارة الأفضليات والمميزات ، أي التي تتعلق بمصالح المتعاقد المالية (٢).

أقر مجلس الدولة المصري هذا القيد فجاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا أن: "

١- رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم/٢٣/ في القضية رقم/ ١٤٢٦/

قرار / ٣٧١/ تاريخ ١٩٨٦/٨/٢٨ منشور في المحامون العددان /٨٧/ لعام ١٩٨٧ ص ٨٧٦ .

٢- راجع المادة ٨٧ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم ٢٠٠٦/٩٧٥ .

3- Pequignot .G . Théorie générale du contrat administratif ,op ,cit ,374.

٤- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٤٥- السنة ١٩٩٠ تاريخ ١١/٢٢/ ١٩٨٠ .

المسلم به فقهاً وقانوناً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها

بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم والمسلم به أن التعرفة أو خطوط السير وما يتعلق بها ، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة" (١)

٤- يجب على الإدارة أن تحترم في إجراء هذا التعديل القواعد القانونية العامة للمشروعية :

فيجب أن يصدر قرار التعديل من السلطة المختصة بإجرائه ، ووفقاً للإجراءات الشكلية بحيث يمكن للمتعاقد أن يتمسك ببطان كل تعديل يتم على خلاف القواعد المقررة (٢).

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن: "يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد ولا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة ، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١١٠ السنة ١٣ ق تاريخ ١٢/٣١/١٩٧٧

2- Richer .L , droit des contrats administratifs . op . cit . p 243 .

بإجرائه ، ولا ينتج - ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة- أثراً ما في تعديل العقد وتحويل أثره وتغيير مقتضاه.." (١)

٥- يجب ألا تتعسف الإدارة في استخدام حقها في التعديل الانفرادي :

فالإدارة يجب ألا تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة في التعديل وإلا عدت متعسفة في استعمال حقها(٢).

ومعيار التعسف هنا هو عدم التناسب بين الأضرار التي ستلحق بالمتعاقد والمصالح التي ترمي الإدارة إلى تحقيقها.(٣)

٦- **تعويض المتعاقد المتضرر** : ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي قد تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد بحيث يجعل تنفيذ الالتزام أكثر كلفة . ففي حال أدت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي إلى التسبب بالضرر للمتعاقد من خلال تفاقم التزاماته ، فإن ذلك يستدعي تعويضه نتيجة تنامي أعبائه ، هذه الأعباء التي لا يسوغ أن يتحملها المتعاقد دون تعويض يجبر الأضرار التي يتعرض لها

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق تاريخ ١٩٨٠/١/٢٢

2- Laubadere. A – Delvolve. P ,et Modern. F ,Traité des contrats, T2. Op.cit,p406.

٣- راجع الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون المدني السوري.

نتيجة هذه الأعباء كما هو الحال عند تطبيق نظرية فعل الأمير ، باعتبار أن سلطة التعديل الانفرادي هي إحدى تطبيقاتها(١).

وبالنتيجة نستطيع القول بأن :

سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة - حتى في حال عدم النص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط - هي سلطة موجودة وأكيدة وأحكام القضاء ونصوص التشريع التي تقيم سلطة التعديل على أساس مزدوج من فكرة المرفق العام وتحقيق الصالح العام وفكرة السلطة العامة - على الوجه الذي سبق بيانه - لا

1- Laubadere .A.Claudevezia.J ,et Gaudemet.Y , op.cit.p 827.

- ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري وضع شروطاً خاصة قيد بها سلطة الإدارة في التعديل وهي:
- ١- موافقة السلطة المختصة على التعديل .
- ٢- وجود الاعتماد المالي اللازم .
- ٣- أن يتم التعديل خلال فترة سريان العقد .
- ٤- ألا يؤثر التعديل على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه .
- ٥- وجود حالة الضرورة الطارئة الموجبة لمثل هذا النمط من التعديل .
- ٦- الحصول على موافقة المتعاقد إذا تجاوزت نسبة التعديل ٢٥% زيادة أو نقصاناً .

ذلك لأن هذه النسبة قد تؤدي إلى فرض التزامات لم تكن بحساب المتعاقد ، الأمر الذي يبرر له طلب الفسخ والتعويض ، وبالحصول على موافقة المتعاقد في حال تجاوز التعديل النسب المذكورة تتلافى الإدارة إجراءات الفسخ والتعويض . راجع المادة ٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

تدع مجالاً للجدل في ذلك .

إلا أنه بالمقابل يكون للمتعاقد معها الحق دائماً في التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح في حال أخل هذا التعديل بالتوازن المالي للعقد إذ يتوجب على الإدارة أن تحترم المعادلة المالية للعقد فتعيد له توازنه كلما اختلف .

وهذا ما سنبجته وبشكل مفصل من خلال المبحث التالي .

المبحث الثالث

فكرة التوازن المالي للعقد

رأينا فيما سبق أن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ إلى تدخل الإدارة التي تملك في مواجهته سلطات يترتب على استعمالها زيادة التزاماته أو إنقاصها.

ولما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة فإنه من الضروري إضفاء الصفة ذاتها على حقوقه المستمدة من العقد أيضاً نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزاماته وحقوقه.

فما دامت الالتزامات قابلة للزيادة والنقصان فيجب أن يكون هذا شأن حقوقه المقابلة لها، وهذا ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد .

وسوف نتناول دراسة التوازن المالي للعقد من خلال:

المطلب الأول : ماهية التوازن المالي.

المطلب الثاني : حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد .

المطلب الأول

ماهية التوازن المالي للعقد

يقابل حق الإدارة في تعديل العقد الإداري حق المتعاقد معها في الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد ، وهو من الحقوق المسلم بها للمتعاقد حتى ولو لم ينص عليه العقد ، فالإدارة يقع عليها التزاماً تعويض المتعاقد معها عما لحقه من خسارة نتيجة التعديل ، وتجب الإشارة إلى أنه لا يشترط لإعمال نظرية التوازن المالي للعقد أن تكون الخسائر التي ألتمت بالمتعاقد فادحة أو مجرد عادية إنما تترتب على ما أدخلته الإدارة من تعديلات ذلك لأن فكرة التوازن المالي للعقد تأتي كتعبير صريح وواضح عن ضرورة مراعاة التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد الإداري إعمالاً لقواعد العدالة .

وهذه الفكرة ليست غريبة في عالم القانون، فالقانون المدني يحرص على المساواة بين طرفي العقد وتحقيق العدالة بينهما من خلال نظريتي الغبن والاستغلال .

إلا أن الجديد في الأمر أن فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية لا تجد سنداً في قواعد العدالة فحسب ، بل في الخصائص الذاتية للعقود الإدارية والغاية التي تسعى إلى تحقيقها - النفع العام - .

ولبيان كيفية إعادة التوازن المالي للعقد لابد لنا بداية من معرفة التكييف القانوني لطبيعة هذه الفكرة والتي كانت موضع خلاف الفقهاء، لنتوصل منه إلى تحديد أسباب هذا الاختلال ، هذه الأسباب التي ستكون الضابط الذي يعول عليه في تحديد حقوق المتعاقد مع الإدارة.

فكرة التوازن المالي للعقد الإداري وإن كان مسلم بها بصفة عامة إلا أن الفقهاء وجدوا صعوبة في تحديد مدلولها وشروط تطبيقها ، ذلك لأن مجلس الدولة الفرنسي - بما عرف عنه من روح واقعية تستهدف الحكم على كل حالة فردية وفقاً لظروفها

الخاصة ، ودون الاهتمام بالاعتبارات النظرية - لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ولا توضيح شروط استعمالها.

أولاً: الطبيعة القانونية لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري:

اختلف الفقهاء بشأن تحديد طبيعة التوازن المالي للعقد :

- فحاول بعضهم تصوير فكرة التوازن المالي للعقد على أنها معادلة حسابية جامدة بين حقوق والتزامات المتعاقد :

"الفقيه " بيكنيو" رد فكرة التوازن المالي للعقد إلى معادلة حسابية ، فبين أن النسبة بين حقوق المتعاقد والتزاماته نسبة ثابتة وأي تغيير يطرأ على الحقوق يجب أن يقابله تغيير مماثل على الالتزامات و بذات النسبة . (١)

هذا الكلام بلا شك مرفوض ذلك لأن فكرة التوازن المالي للعقد لا تعني التوازن الحسابي وإنما التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق في العقد الإداري ناهيك بأن هذه العملية الحسابية بما تتمتع به من جمود تتنافى والطبيعة المرنة

١- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٤.

للعقود الإدارية.

التحليل السابق وجد من يؤيده في الفقه العربي فالمستشار سمير صادق يرى أن:

"العقود الإدارية قائمة على أساس وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقد فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل في هذه الالتزامات فإن الفائدة تتغير وبطريقة آلية حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً"(١).

- بينما نجد بالمقابل أن هناك فقهاء آخرين أنكروا فكرة التوازن المالي للعقد ودعوا إلى نبذها:

فالدكتور ثروت بدوي يرى أن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة ولا بد من التخلص منها ، فخطورتها عنده مردها إلى الطابع العام الذي يريد بعض الفقهاء إضفاء عليها وإرجاعهم إليها كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى لو اختلف التوازن المالي بغير عمل الإدارة ، مع أن فكرة التوازن المالي عاجزة عن تبرير التعويض في هذه الحالة .

أما عدم صحتها فمردده إلى كيفية تطبيقها ذلك أن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد نتيجة إخلال الإدارة باقتصاديات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد (٢).

وعلى الرغم من هذا النقد فقد اعترف الدكتور ثروت بدوي بأن فكرة التوازن المالي

١- المستشار سمير صادق - العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا - الهيئة العامة المصرية للكتاب

- ١٩٩١ - ص ٢٤٦.

2- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratif ,op ,cit, p129

للعقد تصلح لتفسير تعويض المتعاقد في بعض الحالات (١) .

والرأي السابق مرفوض أيضاً ذلك لأن فكرة التوازن المالي للعقد تنطوي على حقيقة لا يمكن إنكارها فمرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة ولكن هذا لا يعني بالضرورة وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق و الالتزامات.

- بينما نجد كثيراً من الفقهاء أرجعوا فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفين .(٢)

ولكن هذا لا يصدق إلا في حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة تحقيق التوازن المالي للعقد وبذلك نكون أمام تفسير شروط العقد الخاصة بإعادة التوازن المالي للعقد ، وليس تطبيقاً لهذه النظرية .

- أما الأستاذ "A,De, Laubader" فيرى أن :

فكرة التوازن المالي للعقد تقوم أساساً على وجود تضارب بين مصلحتين مختلفتين (مصلحة الإدارة ومصلحة المتعاقد معها) ومصلحة المتعاقد مصلحة مشروعة تستحق التعويض على الالتزامات الجديدة التي تفرض عليه لإعادة التوازن المالي للعقد "(٣).

إلا أننا نجد أن العلاقة التعاقدية بين المتعاقد والإدارة تظهر روح التعاون بينهما لتحقيق المصلحة العامة .

1- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratif ,op ,cit, p133 .

2- Jese. G- les principes généraux du droit administratif. op .cit - p1183.

3- Laubader. A Claudevenezia et Gaudemet.Y.op .cit.p 827 .

فالعقد الإداري لا ينتج من علاقات جامدة ، وإنما ينظم علاقات حية قائمة على التعاون بين المتعاقد والإدارة تؤدي إلى تكوين حياة للعقد تتلاءم مع حسن سير المرفق الذي يرتبط به العقد.

- وبالمقابل نجد أن الرأي الذي يجانب الصواب هو رأي العميد سليمان الطماوي حيث يرى أن :

"فكرة التوازن المالي هي مجرد توجيه عام وتستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد ومعاملته كظاهرة طبيعية تحتفظ بمظاهرها وخواصها الأصلية"(١).

هذا التوجه بلا شك سيكون في غاية الفائدة للقاضي الذي سيجد نفسه منقاداً للاهتمام به في تقدير التعويض دون أن يقيد بعملية حسابية قد لا تحقق التوافق بين الطرفين .

وبالرغم من حداثة القضاء الإداري في مصر فإن محكمة القضاء الإداري المصرية قد أتيح لها أن تبسط فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية وأن تضعها في مكانها الصحيح في حكم لها جاء فيه :

" إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة والمزايا التي ينتفع بها اعتباراً بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية ، فإنه ليس

١- د.سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٤ .

من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له في المقابل أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق والالتزامات فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد وجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه^(١).

لكن مهما يكن من أمر لا بد لنا من معالجة الأسباب الداعية إلى الإخلال في التوازن المالي للعقد .

ثانياً : أسباب اختلال التوازن المالي للعقد :

يرجع اختلال التوازن المالي للعقد إلى إحدى هذه الأسباب التي تحدث أثناء تنفيذ العقد وهي:

١ - فعل المتعاقد نفسه :

وذلك في حال قيام المتعاقد بأعمال غير مطلوبة منه أصلاً في العقد (٢). ذلك لأن

١- حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ ٣٠/ يونيو ١٩٥٧ مشار إليه عند د. سليمان

الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٦ .

- راجع بشأن ذلك مقال للأستاذ لوران فيدال بعنوان "التوازن المال للعقد في المحاكم الإدارية" . تاريخ النشر

٢٠٠٥/٤. على الموقع www.lavoisier.fr.notice/fr .

2- Laubadere.A,Delvolve.P,Moderne.F,op.cit.p761

- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم/ ٩٤٢/ في القضية رقم /١٢٤/ لعام ١٩٩٣

مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩٣ ص ٥٦٠.

المتعاقد مع الإدارة - وهو ليس متعاقداً عادياً بل مساعداً ومعاوناً لها في تنفيذ العقد الإداري ويقع عليه تنفيذ المشروع بما يتناسب مع متطلبات حسن النية - قد يرى أن هناك أعمالاً ضرورية لا يستقيم التنفيذ الجيد للمشروع بدونها فيبادر (وعفواً منه) في تنفيذها ، وإمكانية التعويض عن هذه الأداءات لا بد له أن يثبت أن الأعمال التي قام بتنفيذها كانت لازمة وضرورية ، أو على الأقل مفيدة للمشروع (١)

وهذا ما يحدث على وجه الخصوص في عقود الأشغال العامة ، وفي هذه الحالة يستطيع المتعاقد أن يطالب بالتعويض استناداً لنظرية الإثراء بلا سبب.

٢ - خطأ الإدارة التعاقدية :

ويتمثل الخطأ العقدي للإدارة في عدم قيامها بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد، عمداً أو بإهمال ، أو بفعلها دون عمد أو إهمال ، فإذا لم تقم الإدارة مثلاً - في عقد

١ - مجلس الدولة الفرنسي لم يكن يعرض المتعاقد عن الأعمال الإضافية المنفذة تلقائياً من قبله إذا كانت نافعة فقط ، بل كان يشترط أن تكون هذه الأعمال ضرورية ولا غنى عنها في المشروع - راجع حكم محكمة الاستئناف الإدارية في نانسي تاريخ ٢ آب ٢٠٠٧ رقم NC00566 على الموقع: contenus-en-ligne.editionsdumoniteur.com

- استعمل مجلس الدولة السوري كذلك عبارة "أعمال ضرورية ونافعة" معاً لإمكانية التعويض عن الأعمال المنفذة تلقائياً من المتعاقد هذا ما تشير إليه أحكام المجلس الكثيرة في هذا الصدد نذكر منها :

" قيام المتعهد بإنشاءات وأعمال غير منصوص عليها في دفتر الشروط وإنشاءات وأعمال منصوص عليها ولكن بنفقات تزيد عن تقديرات الإدارة وبالتالي يستحق المتعهد قيمة هذه التكاليف سواء المنصوص عنها في دفتر الشروط أو غير المنصوص عنها باعتبار أنها كانت ضرورية ولفائدة المشروع "

- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢١ في الطعن رقم ٨٥ لسنة ١٩٦٦ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٦٦ ص ٣٢١.

الأشغال العامة - بتنفيذ التزامها العقدي بتمكين المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه ، فإن هذا يكون خطأً عقدياً من جانبها يخول المدعي الحق في أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها أو من جراء تأخرها عن القيام به (١).

٣- وقد يعود الإخلال بالتوازن المالي للعقد إلى أفعال مشروعة من جانب الإدارة أو إلى ظروف خارجة عن إرادة الطرفين (٢) .

وبالرغم من أن هذه المخاطر لا تمت للإدارة بصلة إلا أن العدالة تقتضي أن تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد من أجل مساعدته على المضي في تنفيذ العقد والاستمرار فيه .

ومن أجل ذلك ابتدع مجلس الدولة الفرنسي العديد من النظريات من أجل تسهيل مهمة المتعاقد في متابعة مسيرته في المحافظة على ديمومة تسيير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة .

إذاً وبالنتيجة نرى أن :

نظرية التوازن المالي للعقد تنظم قاعدة عامة تستوعب كل حالة يخل فيها توازن العقد سواء كان هذا الاختلال بفعل الطرفين أو بسبب خارج عن إرادتهما ، والأمر كله يتعلق بغاية تتصل بالمرفق العام وهي المحافظة على استمرار سيره بانتظام واضطراد .

١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم/ ١٥٦/ في القضية رقم /٥٦/ لعام ١٩٩١ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩١ ص ٤٤٢ .

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم/ ٦٣/ في القضية رقم /٧/ لعام ١٩٩٠ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩٠ ص ٧٢ .

المطلب الثاني

حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

لاحظنا سابقاً أن التعديلات التي تجربها الإدارة على العقد الإداري بموجب السلطة الممنوحة لها، ترتب حق المتعاقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذا التعديل .

إلا أن المتعاقد قد يتضرر أيضاً من جراء ظروف أو صعوبات - لا دخل للإدارة بها - واجهته أثناء التنفيذ و لم تكن متوقعة عند إبرام العقد. في هذه الحالة تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد المتضرر بغية مساعدته في الاستمرار بإشباع الحاجات العامة ، فبالرغم من أن هذه الأفعال خارجة عن إرادة الطرفين ، إلا أن علاقة التعاون والتعاقد القائمة بينهما تلزم الإدارة بالتعويض .

ومن أجل تسهيل مهمة المتعاقد في المحافظة على مسيرة المرافق العامة وعدم توقفها ابتدع مجلس الدولة الفرنسي العديد من النظريات التي تكفل إعادة التوازن المالي للعقد كلما اختل وبالتالي تحاشي توقف المرفق العام .

أولاً: إعمال نظرية فعل الأمير لإعادة التوازن المالي للعقد :

قد يخلل التوازن المالي للعقد عن طريق إجراء صادر عن السلطة العامة من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو زيادة الالتزامات المفروضة عليه، في هذه الحالة اعترف القضاء الإداري بحق المتعاقد بالتعويض الكامل على أساس نظرية فعل

الأمير ، هذه النظرية تجد أصلها في قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي اعترف فيه بحق الإدارة بالتعديل الانفرادي إلا أنه بالمقابل أعطى المتعاقد الحق بأن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به وعن الربح الذي فاتته . (١)

وفي الواقع العملي يتجلى فعل الأمر بعدة صور :

يمكن أن يتخذ عمل الأمير طابعاً عاماً كما في حالة إصدار قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها.

و قد يؤثر عمل الأمير تأثيراً مباشراً على العقد عن طريق تعديل بعض شروطه أو إنهائه قبل الأوان ، وقد يؤثر على ظروف التنفيذ فيجعلها أكثر مشقة على المتعاقد (٢).

وقد قيد مجلس الدولة الفرنسي تطبيق هذه النظرية بالأعمال الصادرة عن الإدارة المتعاقدة فقط ، بحيث لو نتجت الأضرار عن تدخل إدارة أخرى فنظرية الظروف الطارئة هي التي تطبق في حال توفر شروطها (٣).

هذا الكلام يقودنا إلى ضرورة التعرف على شروط تطبيق هذه النظرية .

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي - الشركة العامة الفرنسية للترام ١٩١٠/٣/١٢ سبقت الإشارة إليه .

٢- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٦٧ وما بعدها .

٣- قرار مجلس الدولة الفرنسي - مدينة تولون - ١٩٤٩/٥/٤ مذكور لدى: د. محمد الحسين - د. مهند

نوح - المرجع السابق - ص ٣١١.

١- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير :

إن نظرية فعل الأمير لا تطبق إلا في حال اجتماع عدة شروط وهي :

أ - أن يتعلق الإجراء بعقد إداري :

بداية يجب أن يكون الإجراء الضار قد صدر ضد عقد إداري وبالتالي فإن تطبيق نظرية فعل الأمير مستبعد في مجال العقود المدنية .

هذا ما أقرت به محكمة القضاء الإداري السوري عندما قضت بأن من أهم شروط صحة نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء الصادر من السلطة العامة متصلاً بعقد إداري (١).

ب- أن يكون الإجراء مشروعاً وغير متوقع عند إبرام العقد:

فيفترض ألا تكون الإدارة قد أخطأت حين اتخذت الإجراء الضار بالمتعاقد ، أي يجب أن تكون قد اتخذت قراراً سليماً في حدود السلطات المعترف بها للإدارة لممارسة هذا التعديل ، إلا أن استخدام هذه السلطة المشروعة قد أحدث ضرراً بالمتعاقد معها .

إذاً فنظرية فعل الأمير لا تطبق إذا كان هناك خطأ من جانب الإدارة ، وإلا فإن المتعاقد لا يكون بوسعه إلا المطالبة بالتعويض استناداً لمسؤولية الإدارة التعاقدية

١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم/ ٤/ في القضية رقم /٦١/ لعام ١٩٧٢ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٢ ص ٣٢٤.

- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم/ ٣٠٨/ في القضية رقم /٥٠٢/ لعام ١٩٧٢ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٢ ص ٣٥٣

القائمة على الخطأ، كما يحق له المطالبة بفسخ العقد.

و يشترط أيضاً أن يكون هذا الإجراء من غير الممكن توقعه لحظة إبرام العقد وإلا فقد المتعاقد حقه بالمطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية لعدم توافر شروطها ، وعندها يكون الأمر مجرد تفسير لنصوص العقد حيث يكون المتعاقد في هذه الحالة قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف (١).

ومعيار عدم التوقع - كما اعتمده معظم الفقهاء - هو ألا يكون بمقدور الشخص العادي أن يتوقع حصول الإجراء فيما لو وجد مكان المتعاقد لحظة الإبرام (٢).

ج- أن يسبب الإجراء ضرراً فعلياً للمتعاقد :

هذا الضرر يجب أن يكون محققاً ومن شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد ولا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة ، ويجب أن يكون مقتصرأ على المتعاقد حيث أن الضرر الذي يعرض عنه بمقتضى نظرية فعل الأمير هو الضرر الخاص الذي يصيب الملتزم وحده أو يصيبه بصورة أشد جسامة مما أصاب الباقي ممن شملهم الإجراء الضار (٣) .

أي عندما يسبب الإجراء الذي اتخذته الإدارة ضرراً عاماً يصيب الملتزم كما يصيب غيره هنا لا يعرض على أساس نظرية فعل الأمير لعدم توافر شروط تطبيقها

1- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratif ,op ,cit, p129.

٢- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٦٧ السنة ١١ ق تاريخ ١٩٦٨/٥/١١ على الموقع السابق.

٣- المستشار سمير صادق - المرجع السابق - ص ٢٤٨.

وهو شرط خصوصية الضرر لإعمال النظرية .

ويلتزم المتعاقد بإثبات الضرر الحاصل وإلا فلا يكون له الحق بالتعويض(١)

د- أن يكون الإجراء صادراً من سلطة عامة :

من أجل تطبيق نظرية فعل الأمير يجب أن ينسب العمل الذي أدى إلى ضرر إلى سلطة عامة ، سواء كانت هذه السلطة العامة الإدارة المتعاقدة أو أي سلطة عامة أخرى.(٢)

هذا ما جرى عليه القضاء الإداري السوري ، في حين نجد أن القضاء الإداري المصري (٣) و الفرنسي مستقر على تطبيق نظرية فعل الأمير حصراً عندما تكون الأضرار الحاصلة ناتجة عن إجراء متخذ من قبل السلطة المتعاقدة ، أما في حال صدر هذا الإجراء من سلطة أخرى من سلطات الدولة فالقضاء يفضل تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توفرت شروطها. (٤)

-
- ١- راجع حكم محكمة القضاء الإداري السوري في الحكم رقم ١٨٢ تاريخ ١٤/١١/١٩٦٣ - مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة من الأعوام (١٩٥٩-١٩٦٤) ص ٣٦١.
 - ٢- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم/ ٩٦/ في الطعن رقم ٥١/ لعام ١٩٧٨ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٨ ص ٣٦١.
 - ٣- انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٥٦٢ السنة ١٠/ تاريخ ١١/٥/١٩٦٨ على الموقع السابق .
 - 4- Laubadere. A – Delvolve. P ,et Modern. F ,Traite des contrats, T2. Op.cit,p524.
 - في حين استقر قضاء محكمة الإدارية السورية العليا على أن " أجهزة الدولة كل منها في حدود المرفق الذي تشرف عليه تشكل وحدة متكاملة مع الأجهزة الأخرى .."
 - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم/ ١١٢/ في الطعن رقم ٤٩/ لعام ١٩٧٨ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٨ ص ٩٦٦.

وبعد أن استعرضنا الشروط العامة التي تحكم نظرية فعل الأمير يتعين علينا أن نبين أثر هذه النظرية في إعادة التوازن المالي للعقد وهو ما سنوضحه من خلال السطور القليلة التالية :

٢- الآثار القانونية لنظرية فعل الأمير :

يترتب على إعمال نظرية فعل الأمير جملة من الآثار تتمثل في :

أ- تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً :

إن الأثر الهام لنظرية فعل الأمير يكمن في حق المتعاقد المتضرر بالحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به جراء فعل الإدارة (أي ما لحق به من خسارة وما فاتته من ربح) ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يستبعد التعويض الكامل في حال كان المتعاقد قد أسهم بخطئه في إحداث بعض الأضرار الناشئة عن فعل الأمير أو ساعد على زيادتها ، ويعود للقاضي عندئذٍ تقدير التعويض المناسب (١).

و التعويض الكامل ليس هو الأثر الوحيد لنظرية فعل الأمير حيث تقوم إلى جانبه آثار أخرى وهي :

ب- التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ :

فعلى المتعاقد الاستمرار بتنفيذ العقد طالما أن ذلك باستطاعته من أجل تأمين استمرارية المرفق العام وتحقيق الغاية الأساسية التي أبرم العقد من أجلها وهي

1- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratif ,op ,cit, p108.

- راجع كذلك د.حسن محمد الخيمي - المرجع السابق - ص ١٦٥ .

إشباع الحاجات العامة . هذه الاستمرارية هي التي تبرر حصول المتعاقد على التعويض ، ولا يقبل من المتعاقد أي عذر عن عدم استمراره في التنفيذ ما لم يثبت أن العقوبات التي واجهته أدت إلى استحالة مطلقة في التنفيذ ، وهذا ما يؤدي إلى نفس نتيجة القوة القاهرة التي تبرر امتناع المتعاقد عن الاستمرار بالتنفيذ . (١)

ج- الإغفاء من غرامات التأخير :

يمكن أن يؤدي الإجراء الصادر عن الإدارة إلى إرهاب المتعاقد وبالنتيجة إلى التأخر في التنفيذ ، الأمر الذي يبرر إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير كلياً أو جزئياً (٢) باعتبار أن هذا التأخير عائد إلى فعل الإدارة . (٣)

ثانياً : نظرية الظروف الطارئة :

قد يحدث أن يعدل العقد عن طريق تدخل أحداث استثنائية غير متوقعة لحظة إبرام العقد وخارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد دون أن يكون مستحيلاً ، في هذه الحالة تقوم الإدارة إما بتعويض المتعاقد جزئياً وبصفة مؤقتة ، أو بتعديل شروط العقد للتلطيف من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاب .

١- في هذه الحالة يحق للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد ، لكن عليه المضي في التنفيذ لحين صدور قرار القاضي بالفسخ ، وفي حال توقفه قبل الحكم يتعرض للجزاءات التعاقدية .

2- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratif ,op ,cit ,p 141.

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /٦٣/ في الطعن رقم ٧/ لعام ١٩٩٠ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩٠ ص ٧٢ . انظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /٢١٢٣/ تاريخ ٢٨/١١/٢٠٠٧- أحكام غير منشورة .

هذه النظرية لم تنظم بقانون وإنما أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير "غاز بوردو" حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة لأول مرة وأجازها على العقود الإدارية كافة في حال توافر شروطها وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن بلدية بوردو كانت قد منحت الشركة العامة للإضاءة امتياز توريد الغاز والكهرباء للمدينة لمدة ثلاثين عاماً ، وكانت قائمة الشروط الملحقة بعقد الالتزام تحدد سعر الغاز و الكهرباء الواجب البيع به للجمهور متخذة سعر الفحم آنذاك أساساً لتحديد الثمن .

وقد توقعت قائمة الشروط أن يتغير سعر الغاز و الكهرباء ارتفاعاً وهبوطاً تبعاً لتغير سعر الفحم فحددت السعر في كل حالة ،ولكن أقصى ما توقعته هو أن يصل سعر طن الفحم إلى ٣٥ فرنكاً .

لكن عندما جاءت الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً جنونياً وصل إلى ١١٧ فرنكاً وبالتالي تعذر على الشركة أن تورد الغاز والكهرباء بالأسعار المحددة في قائمة الشروط وباتت مهددة بخسائر فادحة فطلبت الشركة من البلدية أن تعدل العقد وتأذن لها برفع الأسعار بما يتماشى مع أسعار الفحم ، لكن البلدية رفضت على اعتبار أن نصوص العقد حددت مسبقاً سعر التعرفة و أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما أن هذه الظروف الاستثنائية لا تجعل العقد مستحيل التنفيذ، فالفحم وإن كان غالي الثمن إلا أنه متوفر في الأسواق ، قامت الشركة باستئناف القرار أمام مجلس الدولة فأصدر حكمه الذي ولدت من خلاله نظرية الظروف الطارئة والذي قال فيه : " إن المصلحة العامة تحتم على الشركة أن تستمر بالقيام بالمرفق بكل وسائل الإنتاج ... إلا أن هذا الالتزام لا يمكن القول بوقوعه على عاتق الشركة مع

إلزامها بأن تبيع بنفس الأسعار الأصلية ، وإنما يجب على البلدية أن تقدر على أسس جديدة الشروط التي يمكن أن تسهر فيها الشركة على دوام سير المرفق العام "(١). وقضى المجلس بدفع تعويض للشركة على أثر تلك الظروف الطارئة على العقد .

وقد مرت هذه النظرية فيما بعد بعدة تطورات ففي عام ١٩٣٢ أكد مجلس الدولة الفرنسي أن تطبيق هذه النظرية يكون دائماً من أجل تغطية العجز المؤقت.(٢)

وفيما بعد وسع مجلس الدولة الفرنسي من نطاق تطبيق هذه النظرية - حيث كان نطاقها محصوراً بالحوادث غير العادية الطبيعية كالزلازل والحروب - فأضاف حالة جديدة هي تدخلات السلطات العامة باستثناء الإدارة المتعاقدة التي تؤدي إلى اضطراب اقتصادي في توازن العقد .(٣) ، وأكثر من ذلك سمح للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض بالاستناد إلى هذه النظرية رغم انتهاء مدة العقد .(٤)

وبعد هذه النظرة السريعة إلى مفهوم النظرية وتطوراتها لا بد لنا من استعراض الشروط الضرورية لتطبيقها .

-
- ١- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩١٦/٣/٣٠ - الشركة العامة إنارة مدينة بوردو - سبق ذكره.
 - ٢- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٢/١٢/٩ ترام مدينة شيربورغ - مشار إليه لدى Laubadere.A,Delvolve.P,Moderne.F.op.cit. p730
 - ٣- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٩/٢/٤ - مدينة تولون.
 - ٤- قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٧٦/٣/١٢ مؤسسة سوفيليا . مشار إليهما لدى أ. د. محمد الحسين - د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٩٣.
 - ومن الجدير بالذكر أن القضاء الإداري المصري أخذ بهذا التطور وطبق النظرية حتى بعد انتهاء العقد في حين لم يأخذ بذلك القضاء السوري راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢١٥٠ لسنة ٢٦ الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٦/٩ مذكور على الموقع الالكتروني

١- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

نستطيع أن نستشف من مفهوم نظرية الظروف الطارئة أن هذه النظرية لا تطبق إلا في حال اجتمعت عدة شروط (١) وهي :

أ- انقلاب اقتصاديات العقد :

بحيث تصبح الأعباء التي تقع على عاتق المتعاقد أشد إرهاباً إلى حد تتجاوز فيه المخاطر العادية التي اتفق عليها الطرفين عند الإبرام ، وتضع تنفيذ العقد في خطر فيكون للمتعاقد العاجز طلب تعويض من أجل إعادة التوازن المالي للعقد والاستمرار في تنفيذه .(٢)

ب- عدم توقع الحدث :

فالظرف الطارئ يجب أن يكون خارجاً عن الإرادة المشتركة للأطراف لحظة إبرام العقد وخارجاً عن كل تصور معقول من قبلهم .
و على المتعاقد أن يثبت قيامه بكل ما هو ضروري لدفع هذا الحدث غير العادي إلا أنه لم يستطع تفاديه (٣).

-
- ١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٢ في الطعن رقم ٨ لعام ١٩٦٥ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٦٥ ص ١٠١ . راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٢٢٣ و ١٢٢٤ السنة ٢٧ ق تاريخ ١٢/٢٨/١٩٨٤ مذكور على الموقع السابق .
 - ٢- راجع حكم محكمة القضاء الإداري السوري القضية رقم ١٤٣ لعام ١٩٨٧ منشور في المحامون العددين ١ و ٢ لعام ١٩٨٨ .
 - ٣- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " الشركة الوطنية للدفاع ضد برنار ورفاقه " تاريخ ١٩/٢/١٩٧٥ على الموقع :

ج- أن يكون الحدث مستقلاً عن إرادة الطرفين :

فالحدث يجب أن يكون أجنبياً تماماً عن إرادة الطرفين ، بحيث لا تطبق نظرية الظروف الطارئة في حال كان الحدث عائداً لخطأ المتعاقد أو إهماله ففي هذه الحالة يتحمل المتعاقد المسؤولية الكاملة عن الأضرار الحاصلة ولا يحق له المطالبة بالتعويض من الإدارة .

وفي حال كان الضرر ناتجاً عن فعل الإدارة نطبق نظرية فعل الأمير ولا نلجأ إلى نظرية الظروف الطارئة كون النظرية الأولى تغطي الأضرار بتعويض كامل وهذا أكثر فائدة للمتعاقد .

د- أن يكون الحدث مؤقتاً :

وهذا الشرط يساهم في تبيان الخط الفاصل بين مجال عمل نظرية الظروف الطارئة وبين نظرية القوة القاهرة حيث تطبق النظرية الأولى في حالة العجز المؤقت بينما تطبق الثانية في حالة الاستحالة المطلقة .(١)

وأخيراً نذكر أن القضاء الإداري المصري اعتبر ارتفاع الأسعار ارتفاعاً باهظاً ظرفاً طارئاً ما دام يترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد وتحمله خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً (٢)

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٠١/٥٤٩ لسنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٩٣/٤/٤مذكور على الموقع السابق.

٢- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٧٧ لسنة ٢٧ ق تاريخ ١٩٨٤/١/٢١مذكور على الموقع السابق.

أما القضاء السوري فقد استقر على أنه يستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً عن ارتفاع أسعار المواد المحصور بيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام ، تطبيقاً لنظرية فعل الأمير، أما إذا كانت المواد التي طرأت الزيادة على أسعارها، غير محصورة بجهات القطاع العام وتجاوزت نسبة الزيادة الطارئة على ١٥% من قيمة الأعمال التي لم تتجز بعد ، عندها يمنح المتعاقد تعويضاً عن هذه الزيادة بعد حسم ١٥% من قيمتها ، بينما تتحمل الإدارة باقي الزيادة.(١)

أي أن المشرع السوري وضع حداً للتعويض وهذا الحد هو ما يزيد عن نسبة ١٥% من الزيادة الطارئة على الأسعار بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذه.

ولئن كان المتعاقد يستحق كامل الزيادة عن فروق الأسعار بالنسبة للمواد المحصور بيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام إلا أن ذلك مشروط بأن تكون هذه المواد أساسية في المشروع (٢) ، وإلا فإذا كان ارتفاع الأسعار الطارئة على مواد مساعدة في

- القانون الفرنسي عالج حالة ارتفاع الأسعار عن طريق إبرام عقد تحديث الأسعار وذلك لإعادة النظر في الأسعار المتفق عليها في العقد . راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩/٢/١٩٩٢ في قضية Dragages et Travaux على الموقع :

www.contratspublicsetpartenariats.com

- ١- راجع المادة ٦٣ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.
- مع العلم أنه لم تعد هناك مواد محصورة في الدولة مع صدور البلاغ رقم ١/٢٥٨٨ تاريخ ١١/٦/٢٠٠٦ الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء الذي سمح باستيراد وتصنيع مادة الإسمنت.
- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٧٤ في الطعن رقم ٩٤٧ لعام ١٩٩٣ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩٣ - ص ٥٧٧.
- ٢- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٨١٢ في الطعن رقم ١٩٧٣ لعام ١٩٩٠ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩٠ - ص ٧٣٠.

المشروع - ولو كانت محصورة بالقطاع العام - فإن هذا الارتفاع لا يسوغ للمتعاقد الحصول على تعويض دون حسم نسبة ١٥% من الزيادة الحاصلة.

و عملياً يمنح مجلس الدولة السوري المتعاقد التعويض الأوفى له ، ويقوم بحسابه عن طريق الخبرة كما يلي :

٥- تحسب الزيادات الطارئة على أسعار المواد الأولية بما فيها المحصور بيعها وتوزيعها بالقطاع العام، وعلى مدار تنفيذ العقد كاملاً ، ثم تحسم ما يعادل نسبة ١٥% من هذه الزيادات .

٦- تحسب الزيادات الطارئة على أسعار المواد المحصورة بجهات القطاع العام فقط. دون أي حسم ، ومن ثم تستند الإدارة على الحساب الذي يعطي المتعاقد التعويض الأوفى له .

ومن هذه الأحكام يتضح لنا مدى حرص القضاء الإداري السوري على مراعاة اعتبارات العدالة ، مع إصراره على إبراز طبيعة العلاقة التي تربط المتعاقد بالإدارة على أنها علاقة تعاون وتعاضد من أجل حسن سير المرافق العامة. (١)

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١/٤٨٣ في الطعن رقم ١٦٣ لعام ٢٠٠١ مجموعة

المبادئ التي قررتها المحكمة في الأعوام (٢٠٠١-٢٠٠٤) ص ٦٣٠.

- راجع أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ١/١٣٥ في القضية رقم ٢/٩٤٠ لعام ٢٠٠٨ تاريخ ٢٠٠٨/٢/١٤ أحكام غير منشورة.

- راجع أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ١/٤٨٣ في القضية رقم ٢/٤٦٤٩ لعام ٢٠٠٨ تاريخ ٢٠٠٨/٥/١٥ أحكام غير منشورة.

٢- الآثار القانونية لنظرية الظروف الطارئة :

يترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة في حال توفر شروطها الآثار التالية :

أ- الالتزام بالتنفيذ :

فاستناداً إلى مبدأ استمرارية المرفق العام يلتزم المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد (١) رغم ظروفه القاسية ذلك لأن حالة الظروف الطارئة لا تجعل التنفيذ مستحيلاً بل أكثر صعوبة وإرهاقاً للمتعاقد .

وفي حال توقف المتعاقد عن التنفيذ يفقد حقه في التعويض ذلك لأن الهدف من منحه التعويض هو مساعدته للاستمرار في تنفيذ العقد ،وتفادي توقف المرفق العام (٢).

ب- تعويض الخسائر التي تكبدها المتعاقد :

التعويض استناداً إلى هذه النظرية ليس كاملاً، والخسارة توزع بين طرفي العقد(٣)، ذلك لأن التعويض المقدم من الإدارة وفق هذه النظرية لا ينتج عن أفعال منسوبة إلى الإدارة بل يعد مساعدة من الإدارة إلى المتعاقد لتجاوز الظرف القاسي الذي ألم به

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٥ في الطعن رقم ٧٤ لعام ١٩٨٨ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٨٨ ص ٤٦٧ .

٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١١/٥/١٩٨٢ في قضية "جمعية Propétrol " على الموقع : members.fortunecity.com/jusdo/

٣- من الجدير بالذكر أن الدولة الفرنسية تغطي الخسارة الناتجة عن الظروف الاستثنائية بما يعادل (٩٠-٩٥) منها - راجع بشأن ذلك مقال بعنوان العقود الإدارية على الموقع

4- www.concoursattache.canalblog.com/docs/

ولمساعده على الاستمرار في تنفيذ العقد (١) .

إلا أن الإدارة تستطيع أن تتصل من التعويض في مثل هذه الظروف إذا كانت قد أدرجت ضمن عقودها بنداً يلزم المتعاقد بالتأمين على المشروع طوال فترة التنفيذ. عندها يعود المتعاقد على شركة التأمين لمطالبتها بالتعويض لتغطية الأضرار الناتجة عن ظروف أو حوادث استثنائية (٢)

إذا فالهدف من نظرية الظروف الطارئة هو مواجهة ظرف طارئ أحدث اختلالاً شديداً في التوازن المالي للعقد ومساعدة المتعاقد مع الإدارة حتى يتمكن من تخطي هذا الظرف بما يضمن استمرار سير المرفق العام ، فإذا زال الظرف ينقضي تبعاً لذلك التزام الإدارة بتعويض الملتزم في مساندته بالاستمرار بالقيام بأعباء المرفق .

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

هذه النظرية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي كسابقتها ، ولكنها قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، وترجع في تطبيقها إلى منتصف القرن التاسع عشر ومفادها : "أنه إذا صادف المتعاقد أثناء التنفيذ صعوبات مادية غير عادية لم يكن بالإمكان

- راجع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٠/٨/١٩٢٣ حيث يقرر أن تقصير المتعهد وسوء تدبيره يعد عاملاً هاماً في تقدير نصيبه من الخسارة. راجع الحكم على الموقع :

www.homekw.com

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٠١/٥٤٩ لسنة ٣٥ ق تاريخ ١٩٩٣/٤/٤ مذكور على موقع الموسوعة السابق.

٢- راجع حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٢/٢٧٤ في القضية رقم ٢/٦٧٧٦ تاريخ

٢٠٠٨/٢/٢٨ - أحكام غير منشورة .

توقعها عند التعاقد فجعلت تنفيذ العقد مرهقاً، كان من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات".(١)

وتختلف هذه النظرية عن نظرية الظروف الطارئة في أن التعويض طبقاً لهذه النظرية يكون كاملاً عن جميع الأضرار التي تلحق بالمتعاقد، كما أنها تختلف عن نظرية فعل الأمير من حيث أن الإدارة هي التي تسببت بفعلها في نظرية فعل الأمير بفرض أعباء جديدة على المتعاقد بينما في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإن الأعباء التي تفرض على المتعاقد تكون نتيجة أمور خارجة عن إرادة الطرفين.

ويؤكد الفقيه "A, De Laubader" أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال العامة (٢).

ويرى الدكتور ماجد الحلو أن أساس النظرية هو تحقيق العدالة بين الطرفين والتوافق مع إرادتهما المشتركة . (٣)

إلا أننا نجد أن هذا التبرير - واقعياً - لا ينطبق على كثير من الحالات التي قرر فيها مجلس الدولة الفرنسي التعويض رغم تضمين العقد شرط صريح باستبعادها (٤).

1- Pequignot .G . Théorie général du contrat administratif op ,cit, p 509.

2- Laubadere. A – Delvolve. P ,et Modern. F ,Traite des contrats, T2. Op.cit,p501.

٣- د.ماجد الحلو – المرجع السابق – ص- ١٣٦.

٤- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص تاريخ ١٣ أكتوبر ١٩٧٨ ، في قضية " وزارة

الخارجية و Vendée" على الموقع الالكتروني :

www.contratsetpartenariats.com/IMG/doc/Ex_cution_30_no_jurisprudence

وبالتالي فلا يمكن اعتبار هذه النظرية إلا وليدة اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية التي تجعل من التعاقد مع الإدارة معاوفاً ومساعداً للإدارة في تسيير المرفق العام .

١- شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

وبكل الأحوال لا يمكن تطبيق هذه النظرية في مجال العقود الإدارية إلا بتوافر الشروط التالية:

أ- أن يتعلق الأمر بصعوبات مادية:

وتكون هذه الصعوبات في الغالب ناشئة عن الظواهر الطبيعية كما لو اكتشف المقاول أن التركيب الجيولوجي للأرض التي سيتعامل معها لا يتوافق مع الأشغال المراد إجراؤها عليها . (١)

ب- أن تكون الصعوبات غير متوقعة :

فالملتزم يجب أن يفاجأ بأمر لم يكن بالحسبان بالرغم من اتخاذ كافة تدابير الحيطة والحذر قبل مساهمته في تسيير المرفق العام وإبرام العقد . فإذا كان بوسع التعاقد توقع هذه الصعوبات عند إبرام العقد لا يمنح أي تعويض . (٢)

١- قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٦/ في الطعن رقم ٩٤ لعام ١٩٨٤ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٨٤ ص ٢٨٥ .

- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٢٧/٦/١٩٦٩ في قضية " وزارة الدفاع وشركة رودس " على الموقع : www.contratspublicsetpartenariats.com/IMG/doc/Ex

٢- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٢/٧/١٩٨٢ - في قضية Routière Société مذكور على الموقع السابق .

كما يؤكد الاجتهاد على عدم منح المتعاقد أي تعويض في حال توفرت له حرية التصرف لفحص الأمكنة والتحقق من الصعوبات التي يمكن أن يواجهها خاصة إذا كانت وثائق العقد قد أُلقت على عاتقه التزاماً بفحص ومعاينة مكان المشروع ، فعندئذ يتحمل المتعاقد نتائج إهماله وتقصيره (١).

كذلك يفقد المتعاقد حقه في التعويض استناداً لهذه النظرية في حال قامت الإدارة بتنبهه إلى الصعوبات التي سيواجهها في تنفيذ العقد وكانت هذه الصعوبات في الحدود المعقولة حسب التقدير العادي للأمر .وهنا يقع على عاتق الإدارة التزاماً يتمثل في معاونة المتعاقد في هذا الشأن بأن تضع تحت تصرفه كافة المعلومات المتوفرة لديها والتي من شأنها أن تعاونه على اكتشاف الصعوبات المادية التي من الممكن أن تصادفه أثناء التنفيذ وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية في التعاقد . (٢)

أما في حال نص العقد على وجوب التنفيذ من قبل المتعاقد رغم كل الصعوبات المادية التي تواجهه، فإن المتعاقد لا يفقد حقه في التعويض مادامت الصعوبات قد فاقت حدود توقعاته لحظة إبرام العقد . (٣)

١- راجع حكم محكمة الاستئناف الإدارية في بوردو رقم BX00299 تاريخ ٢٠٠٨/١/٨ في قضية"

RAZEL Ducla" على الموقع الإلكتروني :

www.localjuris.com.fr/Sources/Juris/2008/CAA/CAA%2020080108.

٢- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٠٠ السنة ٣٤ ق تاريخ ١٩٩٢/٥/١٩ مذكور

على موقع الموسوعة سبق ذكره.

٣- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٣/١٠/١٩٧٨ في قضية "Vendee" ووزير الخارجية على

الموقع: www.contratsetpartenariats.com

ج- وجود هذه الصعوبات يجب ألا يكون نتيجة أفعال تنسب إلى المتعاقد أو إلى الإدارة:

فالصعوبات المالية الناتجة عن فعل المتعاقد يتحمل مسؤوليتها بشكل كامل ولا يعرض عنها من جانب الإدارة . (١)

أما إذا كانت الصعوبات ناتجة عن فعل الإدارة ، فيلجأ المتعاقد عندها إلى نظرية فعل الأمير لأنها أكثر فائدة له ، ذلك لأن إثبات فعل الأمير يكون عادة أسهل من إثبات أن الصعوبات التي واجهت المتعاقد هي صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية . (٢)

د - أن تكون الصعوبات غير عادية :

ليستحق المتعاقد التعويض وفق هذه النظرية يجب أن تكون الصعوبات التي تعرض لها ذات طبيعة غير عادية، وذات طابع استثنائي بحيث تعرقل تنفيذ التزامات المتعاقد وتكبده نفقات فادحة غير متوقعة فإذا كانت الصعوبات التي صادفها المتعاقد بسيطة

١- قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٩٤٢ في الطعن رقم ١٢٤ لعام ١٩٩٣ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٩٣ ص ٥٦٠

٢- فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الخصوص أن :

"ومن حيث أن الشركة الطاعنة تبرر طلباتها السالفة الذكر بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط إعمال هذه النظرية التي تخول المتعاقد حقاً في طلب التعويض من الإدارة المتعاقد معها هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقاً للمتعاقد ."

راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٠٠ السنة ٣٤ ق تاريخ ١٩٩٢/٥/١٩

لا يستحق أي تعويض عنها حيث تعتبر من قبيل الأعمال العادية التي يمكن توقعها في الغالب. (١)

٢- الآثار القانونية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (٢):

مفاعيل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تنحصر في أثرين هامين: الأول الاستمرار في التنفيذ ، والثاني حق المتعاقد في التعويض .

أ- التزام المتعاقد بالاستمرار بالتنفيذ :

إن تعرض المتعاقد خلال تنفيذه للعقد الإداري لصعوبات مادية فاقت توقعاته لا يعفيه من الاستمرار في تنفيذ العقد ، ففي هذه الحالة يقع على عاتقه التزاما بدفع هذه الصعوبات بكل ما لديه من إمكانيات لتجاوزها والمضي في تنفيذ العقد.

ب- حق المتعاقد في التعويض :

والتعويض في هذه الحالة يكون كاملاً ، يشمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة ، ويتمثل في الغالب بمبلغ إضافي من المال أو سعر جديد يتلاءم مع الظروف المستجدة .

و مقدار التعويض المحكوم به للمتعاقد يمكن أن يخفّض في حال كان المتعاقد قد ساهم في إحداث هذه الصعوبات أو تسبب بتقصيره في تفاقمها (٣)

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق تاريخ ١٦/٥/١٩٨٧ مذكور على موقع الموسوعة السابق .

2- Pequignot .G . Théorie générale du contrat administratif ,op ,cit, p539.

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٠٠ لسنة ٣٤ تاريخ ١٩/٥/١٩٩٢ مذكور سابقاً .

إضافة إلى ما سبق يمكن أن يؤدي وجود صعوبات مادية غير متوقعة إلى تبرير تأخير التنفيذ من قبل المتعاقد وبالتالي يتحرر من دفع غرامة التأخير (١) .

ومن كل ما تقدم يتضح لنا أن :

مبدأ التوازن المالي للعقد يحتل دوراً هاماً في تنفيذ العقود الإدارية ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة كذلك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، هذه النظريات ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ليحقق التوازن المالي للعقد ويحافظ عليه .

وما يجمع بين هذه النظريات هو فكرة تغير الظروف التي تلعب دوراً كبيراً في مجال العقود الإدارية بصفة عامة .

إلا أن مبدأ التوازن المالي للعقد ليس هو المبدأ الوحيد الذي له الأثر البالغ في تنفيذ العقود الإدارية فهناك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين كذلك مبدأ العقد شريعة المرفق العام والالذان كان لهما - كما رأينا - الأثر البالغ في خط سير تنفيذ العقود الإدارية .

والآن وبعد أن انتهينا من دراسة القواعد التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية ننقل إلى الفصل الثاني لنوضح الأسس القانونية التي تبرر امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير .

١ - حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٢/٥/١٩٨٢ - مشار إليه لدى د. محمد الحسين - د. مهدي نوح -

المرجع السابق - ص ٣٤٤ .

الفصل الثاني

الأساس القانوني

لامتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير

رأينا من خلال دراستنا السابقة أن مبدأ نسبية آثار العقد الإداري ترد عليه بعض الاستثناءات فتكسر من انغلاقه على عاقيه لتسمح بانفتاحه على الغير فتكسبه حقوقاً أو تحمله بعض الالتزامات.

هذا الكلام مسلم به من قبل غالبية الفقهاء المعاصرين.

لكن الخلاف قد شجر بين أعمدة الفقهاء الفرنسيين حول الأساس القانوني المقبول الذي يبرر امتداد آثار العقد الإداري إلى الغير .

وقد أجهد فقهاء القانون الإداري أنفسهم في البحث والتنقيب عن سند قانوني يبرر هذا الامتداد :

- فذهب جانب منهم إلى القانون الخاص ووجدوا ضالتهم في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

- بينما رأى آخرون أن هذا الأساس يجب أن يستمد من القانون العام واستندوا إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري .

- في حين اكتفى فريق ثالث بإرجاع كل حالة من حالات الامتداد إلى أساس قانوني معروف يتوافق مع هذه الحالة ويصلح أساساً لتبرير هذا الامتداد .

وسنقوم فيما يلي بمناقشة هذه الاتجاهات الفقهية وتحليلها وبيان رأينا فيها من خلال :

المبحث الأول: الأساس القانوني المستعار من القانون الخاص .

المبحث الثاني : الأساس القانوني المستمد من القانون العام .

المبحث الأول

الأساس القانوني المستعار من القانون الخاص

(الاشتراط لمصلحة الغير)

وجد بعض الفقهاء في فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أساساً لتفسير مسألة امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير ، ذلك على أساس أن السلطة الإدارية عندما أبرمت العقد الإداري اشترطت تقديم الخدمة لجمهور المنتفعين من المرفق .

ولبيان ما إذا كانت هذه النظرية تصلح للتطبيق في مجال العقود الإدارية وخاصة لتفسير الآثار التي ترتبها هذه العقود في مواجهة الغير، كان لابد لنا من البحث في مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير لنخلص منه إلى إمكانية تطبيق هذه النظرية في مجال العقود الإدارية وذلك من خلال :

المطلب الأول : مفهوم قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الثاني :إعمال هذه النظرية في مجال العقود الإدارية.

المطلب الأول

مفهوم قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشتراط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى المنتفع بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر له قبل المتعهد .

فالاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناءً حقيقياً من قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص ، فلا يقتصر أثر العقد على طرفيه ومن يمثلانها في التعاقد، بل ينصرف أثره إلى أجنبي عنه ، ويرتب حقاً في ذمة شخص ثالث ليس طرفاً فيه ، ولا هو خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد الطرفين.

وللاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات كثيرة في الحياة العملية أهمها ما نجده في عقد التأمين ، كذلك في عقد البيع فقد يشترط البائع على المشتري أن يؤدي الثمن أو جزءاً منه إلى شخص ثالث (١).

ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير كرسست بموجب القانون ، حيث نصت عليها معظم التشريعات المدنية.(٢)

١- د. محمد وحيد الدين سوار - النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص ٣٠٠ .

٢- راجع المادة/١١٢١/ من القانون المدني الفرنسي .

- راجع كذلك المادة /١٥٤/ مدني مصري .

المادة /١٥٥/ من القانون المدني السوري فصلت أحكام هذه النظرية كما يلي :

"١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣- ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك " .

وبالعودة إلى نصوص المواد السابقة يمكننا أن نستخلص شروط تطبيق هذه النظرية وكذلك آثارها .

أولاً- شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير :

١- مصلحة المشتراط :

فيتعين أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية في الاشتراط (١) ويستوي في ذلك المصلحة المادية والأدبية .

١- نشير أن المادة /١١٢١/ من القانون المدني الفرنسي بينت أن الاشتراط يتم لمصلحة الذات إلا أن الاجتهاد جاء فيما بعد وأفرغ تعابير هذه المادة فقال يكفي أن تكون المصلحة مجرد معنوية راجع في ذلك : آلان بينا بنت - القانون المدني - (الالتزامات) - ترجمة منصور القاضي - الطبعة الأولى - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع-٢٠٠٤ - ص. ١٩١ .

هذا ويجب أن تكون المصلحة مشروعة وإلا كان الاشتراط باطلاً .

٢- تحديد المستفيد :

يكفي أن يكون المستفيد قابلاً للتحديد ولو لم يكن معروفاً بعد عند انعقاد العقد (كمستخدمي المشتري المستقبليين في تأمين مجموعة) (١). وعلى ما يبدو أن هذا الشرط - عملياً - سيسقط تدريجياً مع الإقرار بإمكانية الاستبدال.

٣- قبول المستفيد :

ويكفي أن يكون القبول ضمناً ، وهذا ضروري لجعل الالتزام المشتري لصالح المستفيد نهائياً ، ذلك لأن القبول يعزز حقه في الاشتراط ، حيث يمكن للمشتري أن ينقض عقد الاشتراط قبل أن يصرح المنتفع برغبته في الاستفادة من المشاركة . فالقبول يحول دون نقض المشاركة وبالتالي يغدو الاشتراط غير قابل للرجوع عنه (٢). ونشير هنا إلى أن القبول ليس بلازم لاكتسابه حقاً في مواجهة المتعهد ، ذلك لأن حقه هذا يستمد من عقد الاشتراط مباشرة وبمجرد اتفاق المشتري مع المتعهد وقبل قبوله به (٣).

١- د. عبد الفتاح الباقي - المرجع السابق - ص. ٥٩٤.

٢- د محمد زكي نجار - المرجع السابق - ص. ٤٨٩.

٣- د. محمد وحيد الدين سوار - المرجع السابق - ص. ٣٠٤ .

ثانياً - آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

هذا وإن كان الاشتراط لمصلحة الغير ثنائياً في تكوينه إلا أنه ثلاثي في آثاره فهو يولد علاقات بين:

- المشتري والمتعهد.
- المستفيد والمتعهد.
- المشتري و المستفيد.

١- الآثار المترتبة على العلاقة بين المشتري والمتعهد:

هذه العلاقة يحكمها العقد المبرم بينهما والذي حمل عليه الاشتراط وأثر الاشتراط بالنسبة للأداء المشروط لمصلحة المستفيد يكمن في حق المشتري في مراقبة تنفيذ عقد الاشتراط بما له من مصلحة شخصية في ذلك ،وله أن يطالب المتعهد بأن يؤدي للمستفيد الأداء الذي اشترط لمصلحته كما يحق له المطالبة بالتعويض عند إخلاله بذلك كما له الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المتعهد ، بل وله الحق في طلب فسخ العقد فيتحلل من التزامه للمتعهد(١).

٢- الحقوق الناشئة عن الاشتراط لمصلحة الغير للمستفيد قبل المتعهد:

تمثل هذه العلاقة الأثر الجوهري للاشتراط لمصلحة الغير ،إذ ينشأ للمستفيد حق مباشر في مواجهة المتعهد بمجرد التعاقد بين المشتري والمتعهد مصدره عقد الاشتراط .

١-آلان بينا بنت - القانون المدني- المرجع السابق - ص ١٩٣ .

ولا يتوقف نشوء هذا الحق على قبول المستفيد ذلك لأن حق المنتفع ينشأ من وقت إبرام العقد وليس من وقت قبوله الاشتراط فللمستفيد حق مباشر في مواجهة المتعهد مباشرة

، وله بمقتضى هذا الحق أن يطالب المتعهد بتنفيذ ما تعهد به لمصلحته عيناً أو بمقابل (عن طريق التعويض) .

ولكن ليس للمستفيد طلب فسخ العقد الأصلي بين المتعهد والمشتري إذا أخل الأول بالتزامه نحوه ، ذلك لأن طلب الفسخ لا يكون إلا للمشتري وحده .(١)

٢- علاقة المشتري بالمستفيد:

تحدد هذه العلاقة وفقاً لطبيعتها القانونية ، بحسب ما إذا كانت علاقة تبرع أم علاقة معاوضة .

فإذا كانت علاقة تبرع طبقت عليها القواعد الموضوعية للتبرع - من حيث وجوب توافر الأهلية في المشتري وجواز الرجوع في الهبة - دون القواعد الشكلية لأن الهبة التي يحققها الاشتراط هبة غير مباشرة ، لا يشترط فيها الرسمية .

أما إذا كانت العلاقة معاوضة فإنها تخضع للأحكام القانونية الخاصة بهذه العلاقة وفقاً لطبيعتها .(٢)

إذاً فنظام الاشتراط لمصلحة الغير يتمتع بميزة هامة وهي أن المستفيد بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد إلا أنه يستخلص منه حقاً مباشراً، والمنفعة المشتري تثبت

١- د. زكي النجار - المرجع السابق - ص ٤٩٠.

٢- الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ من القانون المدني السوري .

للمستفيد ابتداءً فهي لا تثبت أولاً للمشتري ثم يتولى نقلها إلى المستفيد ، وهذا بلا شك يشكل خروجاً واضحاً عن مبدأ نسبية العقود .

ولكن هل يمكن تطبيق هذا النظام في مجال العقود الإدارية ليكون وسيلة لتبرير امتداد آثارها إلى غير عاقيدها ؟

هذا ما سنقوم بمناقشته من خلال المطلب التالي.

المطلب الثاني

إمكانية إعمال نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

في مجال العقود الإدارية

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الأساس القانوني لامتداد آثار العقد الإداري إلى الغير يكمن في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المعروفة في القانون المدني .

وعلى ذلك لا يوجد ما يمنع من تطبيق هذه النظرية في مجال العقود الإدارية على أساس أن بنود دفاتر الشروط في وثيقة الالتزام تتضمن اشتراطاً حقيقياً لمصلحة الغير على النحو الذي تعرفه قواعد القانون الخاص ، ومن ثم يستطيع المنتفعون الاحتجاج بهذه الشروط لمصلحتهم في مواجهة الملتزم (١) .

وفي مصر استند بعض فقهاء القانون المدني إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لتبرير امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير، وفي ذلك يقول الأستاذ السنهاوي : "إذا حصلت شركة على احتكار مرفق من المرافق تلتزم به ، كالاحتكار الذي يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل و نحو ذلك ، فإن مانح الاحتكار - الحكومة أو أحد المجالس البلدية - يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور ، فيشترط مثلاً حداً أدنى من الأجور التي لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه ،

1- Richer .L. droit des contrats administratifs .op .cit .p217.

في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضي المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته" (١) .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية ومن أبرز تطبيقات المجلس في هذا الشأن حكمه الصادر في قضية سكة حديد بلدة كمارو (Camargue) ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن " إحدى المقاطعات الفرنسية قامت بمنح شركة من الشركات حق استغلال مرفق من مرافق السكك الحديدية بموجب عقد امتياز وضمنت العقد شرطاً يسمح لها بمد خطوط البرق فوق منطقة المرفق ، وعندما نشب خلاف حول تفسير هذا الشرط أوضح مفوض الدولة أن هذا الشرط هو من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير وبالتالي فإن قاضي العقد يكون مختصاً بالنزاع .

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي برأي مفوض الدولة في هذا الشأن وانتهى إلى أن :

" المستفيد - الدولة - تستمد حقاً مباشراً من العقد وبالتالي يحق لها مد خطوط البرق فوق الأملاك الممنوحة بالالتزام. " (٢)

إذاً فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بفعالية هذه النظرية في مجال العقود الإدارية ، حيث اعتمدها في العديد من أحكامه (٣)

١- أ.د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٧٣.

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧/٦/١٩٣٨ في قضية سكة حديد بلدة كمارو مذكور على موقع مجلس الدولة الفرنسي .

٣- انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٩/١٠/١٩٦٢ مشار إليه عند عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٩٧.

أقر مجلس الدولة السوري أيضاً إمكانية تطبيق هذه النظرية في مجال العقود الإدارية شرط توافر شروطها المعروفة في القانون المدني ، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا :

" لئن كان يسوغ للإدارة أن تتعاقد باسمها على التزامات تشترطها لمصلحة إدارة أخرى إذا كان في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة للمرفق الذي تقوم عليه الإدارة الثانية وأنه لا جناح على هذه الإدارات من تطبيق القانون الخاص في القدر الذي يتلاءم بأحكامه مع ما تستلزمه علاقات الدولة مع الأفراد وما يقتضيه حسن سير المرفق العام ، إلا أنه لا بد لصحة هذا السلوك من توافر شروط مجتمعة منها أن يتضمن العقد إشارة صريحة إلى الإدارة المشتراط لمصلحتها وإلى محل الالتزام وسببه وأن تصرح هذه الإدارة بقبول هذا الاشتراط مستنداً فيه إلى وقت صدوره " (١)

ومع كل هذا فإن سريان أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية لم يسر بدون صعوبات ، فهناك فقهاء رفضوا إقراره ووجهوا له - كأساس عام لتبرير امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير - الانتقادات التالية :

-
- إلا أن المجلس عدل بعد ذلك عن اللجوء إليها كأساس يبرر انتقال أثر العقود الإدارية إلى الغير - راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٥/٦/١٩٦٨ في قضية "Bardied"
 - ١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٥/٢٥ في الطعن رقم ١٦ لعام ١٩٦٥ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٦٥ ص ١١٦ .
 - راجع كذلك قرار محكمة النقض السورية الغرفة المدنية رقم ٥١/٥١ أساس ١٥٦ تاريخ ٢٠/٢/١٩٦١ مجموعة المبادئ التي قررتها الغرفة المدنية لمحكمة النقض الأعوام ١٩٥٩-١٩٦٣

أولاً- يشترط لتطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المستفيد معيناً أو ممكن التعيين .

وهذا الشرط من العسير تحقيقه ، نظراً لأن الإدارة تستطيع في كل وقت أن تتدخل في عقد الامتياز وتعديل في شروط الانتفاع فتدخل بين المنتفعين طوائف جديدة أو تنقص من الطوائف القديمة(١).

ثانياً - إن تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية - وخاصة عقد الالتزام - من شأنه أن يضع المنتفع في مركز قانوني شخصي ، بينما سمح مجلس الدولة له باللجوء إلى قضاء الإلغاء في حال المساس بحقوقه . و الطعن بالإلغاء كما نعلم طعن موضوعي يحمي المراكز القانونية العامة وغير الشخصية ، وبالتالي لا يثار النزاع أمام هذا القضاء إلا إذا تعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على حقوق شخصية ، إذاً فلا يمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير أن تفسر حق المستفيدين في اللجوء إلى قاضي الإلغاء(٢).

ثالثاً - يرى الفقيه فالين أن تبني مجلس الدولة هذه النظرية باجتهاد - لا يزال منعزلاً- لم يكن فيه منسجماً مع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير ذاتها :

"فتعديل التعريفات يفرض فرضاً على من كان مشتركاً بمنافع المرفق العام بينما الاشتراط لمصلحة الغير لا يكون ثابتاً ومفروضاً إلا من التاريخ الذي يظهر فيه

١- د. سليمان الطماوي -المرجع السابق - ص ٧٥٢.

٢- د. محمد عبد الحميد أبو زيد - الانتفاع بالمال العام - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٠ - ص

المنتفعين رغبتهم في الإفادة منه وتكون التعريفات قد تغيرت " (١) .

إذاً فننفوذ الإدارة وسلطتها في التعديل يحول دون إمكانية تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير كأساس حقوقي بشكل عام.

رابعاً- تؤدي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير إلى منح هذا الغير حقاً مباشراً بمقتضى العقد يخوله مقاضاة المتعهد، إلا أن حقوقه في مجال العقود الإدارية أوسع من ذلك ، حيث يمكن له مقاضاة الإدارة نفسها وهذا يتعارض بلا شك مع نظرية الاشتراط لمصلحة الغير. (٢)

خامساً - إذا صحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في بعض الحالات لتفسير الآثار المفيدة للعقود الإدارية في مواجهة الغير، فإنها لا تصلح قطعاً لتبرير الأعباء التي تفرضها تلك العقود على الغير. (٣)

دفعت هذه الانتقادات التي وجهها فقهاء القانون إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير باعتبارها أساساً يبرر امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير، إلى هجرها والبحث عن أساس آخر- ولكن في كنف القانون العام - يصلح لتبرير هذا الامتداد .

وفي هذا المجال ظهرت عدة نظريات نوردها في المبحث التالي .

١- د. عبد الإله الخاني - المرجع السابق - الهامش - ص- ٢٩٣.

٢- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف - حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير - بلا دار نشر -

٢٠٠٥ - ص ١٤٧.

٣- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧٥

المبحث الثاني

الأساس القانوني المستمد من القانون العام

بعد أن ثبت فشل نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في تأدية دورها كأساس لتبرير الآثار المتولدة عن العقود الإدارية في مواجهة الغير ، انصرف الفقهاء إلى القانون العام باحثين فيه عن أساس يبرر هذا الامتداد .

وقد طرحوا في هذا الشأن عدة نظريات :

- فارتكز بعضهم على الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها العقود الإدارية .
 - بينما رأى آخرون أن حالات الامتداد هذه لا تشكل مبدأ عاماً وبالتالي يجب إرجاع كل حالة إلى أساس قانوني معروف .
- وسنستعرض الأفكار السابقة بحثاً وتفصيلاً من خلال :
- المطلب الأول : الطبيعة الذاتية للعقد يبرر هذا الامتداد .
- المطلب الثاني : امتداد آثار العقد الإداري يشكل حالات استثنائية لا مبدأ عاماً.

المطلب الأول

الطبيعة الذاتية للعقد تبرر هذا الامتداد

يرجع الفضل إلى ظهور فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية إلى الفقيه الفرنسي "بيكينو" (١) الذي رفض التقيد بالقاعدة المدنية التي تقصر آثار العقود على أطرافها ، كما وجد أن من غير الجائز تحميل نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية بأكثر مما تحتمل وتحويل أحكامها لكي تصلح سنداً قانونياً يبرر امتداد الآثار التي تولدها العقود الإدارية إلى الغير، في حين أن العقود الإدارية بطبيعتها تولد آثاراً في مواجهة الغير .

وتستمد فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وجودها من العقد نفسه ، فالعقد الإداري يتمتع بخصائص مميزة : من حيث كون جهة الإدارة طرفاً فيه، بالإضافة إلى احتوائه على شروط غير مألوفة ، ومن حيث الهدف والغاية التي يسعى إلى تحقيقها - الصالح العام- لذلك كان من الطبيعي أن تتصرف آثار هذه العقود إلى غير متعاقديها أي إلى هؤلاء الذين أبرم العقد لمصلحتهم وهذا ما أدى بالنتيجة إلى إفراغ مبدأ نسبية العقود من كل قيمة قانونية له في مجال العقود الإدارية . فإرادة الإدارة هي التي تولد آثاراً في مواجهة الغير من خلال فرض العديد من الشروط غير

1- Pequignot .G . Théorie générale du contrat administratif op ,cit, p 567.

- راجع أيضاً د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي - المرجع السابق - ص ١١٨٣

المألوفة بموجب السلطات والامتيازات الممنوحة لها بينما تكون إرادة المتعاقد معها عاجزة عن فعل ذلك ، وهذا ما يمكن ملاحظته بصورة عملية وواضحة في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة حيث تفرض الإدارة على المتعاقد معها العديد من الشروط العقدية لصالح المنفعين بخدمات المرفق أو لصالح العمال الذين يستخدمهم

المقاول (١).

و فيما يلي سنقوم ببيان الشروط التي تساهم في إبراز الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية كأساس لامتداد آثارها تجاه الغير .

أولاً : ذاتية العقد ترجع لكون أحد أطرافه شخصاً عاماً:

لعل الشرط الأول والذي يعد أول المعايير المميزة للعقود الإدارية أن يكون أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في العقد بوصفه صاحب سيادة وسلطة ، ومن ثم فإنه لا مجال أبداً لأن تبرم العقود الإدارية لحساب أشخاص طبيعيين أو معنويين خاصيين ، ذلك لأن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط السلطات الإدارية لا نشاط الأفراد (٢).

هذا يدفعنا لضرورة تحديد الأشخاص المعنوية العامة التي يمكن أن تلتزم تعاقدياً في مواجهة الغير .

في فرنسا يطلق على مثل هذه الأشخاص مصطلح المتعاقد العام (٣) .

١- د. محمد أنس قاسم جعفر - العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٧٥ .

٢- د. علاء مصطفى أبو أحمد - التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٨ ص ٧٠ .

3- Richer .L. droit . droit des contrats administratifs .op .cit.p126

ومن المسلم به في فقه القانون الإداري أن الأشخاص المعنوية العامة ترد إلى:

١- الأشخاص العامة الإقليمية :

وهي من أشخاص القانون العام التي لا محل للشك في صفتها الإدارية وبالتالي فإن صفة العقود التي تبرمها ليست محل شك :

أ- الدولة : وهي تعتبر شخصاً معنوياً عاماً إقليمياً متفرداً في نوعه إلا أنها تعتبر مع ذلك متعاقداً عاماً كما كل المتعاقدين العامين الآخرين وهي على الرغم من اتساعها- كتنظيم إداري - وعلى الرغم من تنظيمها الداخلي ذي الطبيعة المعقدة والمتنافرة ومن الكم الهائل للسلطات التي يمكن أن تتعاقد باسمها ، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن الدولة تشكل شخصاً معنوياً واحداً.(١)

ب - الجماعات الإقليمية : وتشمل الأقاليم والمحافظات والبلديات والحي والقرية .

٢- الأشخاص المصلحية:

وتشمل مجموعة المصالح التي أعطاها المشرع الشخصية المعنوية كالهيئات العامة(٢) .

٣ - المؤسسات العامة الإدارية التابعة للدولة :

هذه الأشخاص تعتبر متعاقداً عاماً على عكس المؤسسات العامة الاقتصادية التابعة للدولة ، حيث لا تتمتع بهذه الصفة.

١- راجع المادة الثانية من المرسوم الفرنسي رقم ٩٧٥ لعام ٢٠٠٦ المتضمن قانون المشتريات العامة.

٢- د. محمد عبد المجيد إسماعيل - المرجع السابق - ص ٢٩٧ .

٤- المؤسسات العامة الإدارية التابعة للجماعات الإقليمية:

وهذا النمط من المؤسسات يكتسب صفة المتعاقد العام شأنه في ذلك شأن المؤسسات العامة الإدارية التابعة للدولة.(١)

وقد وسع مجلس الدولة الفرنسي من مفهوم المتعاقد العام فاعتبر الغرف المهنية متمتعة بهذه الصفة ، كذلك الحال بالنسبة للتجمعات النقابية (٢) .

و مفهوم المتعاقد العام في مصر واسع أيضاً فهو يشمل - إضافة إلى الدولة ووحدات الإدارة المحلية - جميع الهيئات العامة سواء كانت خدمية أم اقتصادية.(٣)

ولقد سار مجلس الدولة المصري على نهج مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالنقابات المهنية المختلفة كنقابة المحامين و الأطباء الخ حيث اعتبرها من أشخاص القانون العام (٤).

وفي سورية عرّف المشرع الجهة العامة بأنها :

"إحدى الوزارات أو الإدارات العامة أو الهيئات العامة أو الوحدات الإدارية المحلية أو البلديات أو المصالح البلدية أو الدوائر الوقفية أو المؤسسات العامة أو الشركات العامة أو المنشآت العامة " (٥).

١- د. مهدي نوح المرجع السابق - ص- ٢٧٧.

2- Richer .L. droit Des contrats administratifs . op .cit .p127

٣- المادة الأولى من القانون رقم/٨٩/ لعام ١٩٩٨

٤- راجع في ذلك د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٣ .

راجع كذلك د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٠ .

٥- المادة الأولى من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

ولئن اعتبر المشرع السوري كلاً من المؤسسة العامة والشركة العامة تاجراً في علاقتها مع الغير (١) إلا أن القضاء الإداري اتخذ من طبيعة النشاط الذي تنهض به هذه المؤسسات معياراً للفرقة بين نوعي العقود التي تبرمها.

حيث تنزل هذه المؤسسات منزلة الأفراد عندما تقوم بعمل تجاري، فتخضع للقانون الخاص وتكون العقود التي تبرمها في هذا المجال عقوداً مدنية ، أما النشاط الذي يعطي عقودها الصفة الإدارية فهو النشاط المرفقي وفيه تخضع للقانون العام (٢). إذا فليس من الضرورة أن تكون العقود التي تبرمها المؤسسات العامة أو حتى الأشخاص العامة عقوداً إدارية ذلك لأن الإدارة يمكن أن تأخذ في تعاقداتها مع الأفراد أحد طريقين إما إداري أو مدني .

فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية(٣) :

"إن كون الشركة العامة لتنفيذ المشاريع الصناعية تمارس عملاً تجارياً ، لا ينزع عن القضاء الإداري اختصاص النظر في النزاعات التي تشجر حول العقود التي تبرمها متى توافرت في هذه العقود مقومات العقد الإداري وهي : إبرامها بواسطة جهة عامة تمارس تحقيق مرفق عام تقوم عليه وتطبق في عقودها نظاماً خاصاً وشروطاً

١- راجع المادة /٢/ من القانون السوري رقم (٢) الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة الصادر في ١/٩/٢٠٠٥.

٢- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٢ الطعن رقم ٩ لعام ١٩٧٧مذكور لدى مصباح نوري المهائني- اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً ١٩٥٩ - ٢٠٠٥ الجزء الثالث - مؤسسة النوري - ص ٢٦٥.

٣- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٨ الطعن رقم ٤٦٢ لعام ١٩٨٦.مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لعام ١٩٨٦ ص ٨٤.

خاصة غير مألوفة في نطاق الحقوق الخاصة.."

أما بالنسبة للنقابات المهنية والمنظمات الشعبية فقد استقر القضاء الإداري السوري على اعتبارها من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي لا تعد عقودها إدارية ولا يمد اختصاصه إليها خلافاً لما يفعله القضاء الإداري الفرنسي والمصري (١).

ومن الممكن أن تثير مسألة تحديد الأشخاص العامة عدة إشكاليات عند تعديل أو تغيير الشخص العام ، وهنا يثور التساؤل التالي : هل يلتزم الشخص العام الجديد بالالتزامات التعاقدية التي تعاقد عليها الشخص العام السابق؟

قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الالتزامات التي تعاقد عليها شخص عام قبل تعديله تبقى في ذمة الشخص العام الجديد تطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بالتوارث بين الأشخاص العامة ، وقد طبق نفس الحل في حالة تقسيم الشخص المعنوي العام إلى عدة أشخاص معنوية عامة (٢).

- في حال أبرم شخص عام عقداً إدارياً ثم تحول إلى شخص خاص:
قرر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص بأنه : "إذا كان العقد قد أبرم من قبل شخص عام ويمثل خاصية عقد إداري فإنه بتحويله إلى شخص خاص لا يسحب منه

١- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢/٥٢ في الطعن رقم ٥١ لعام ٢٠٠٣ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة للأعوام ٢٠٠١-٢٠٠٤ ص ٥٨٤.

- راجع كذلك الرأي رقم ٢٠٨/٢٠٨/٩ تاريخ ٢٠٠٧ / للجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري في القضية رقم ٢٠٠٧/٥٩٨ آراء غير منشورة .

٢- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٣/١٢/١ مشار إليه عند د. مهند نوح - المرجع السابق - ص-٢٨٠.

خاصيته "(١)"

وهذا ما أخذ به مجلس الدولة السوري أيضاً حيث اعتبر أن: "تحويل مؤسسة النفط إلى شركة نفط لا يؤثر في طبيعة العقد الإداري الذي كانت المؤسسة قد عقدته"(٢)

- وأخيراً قد لا تظهر الإدارة في عقد من العقود ، ومع ذلك يعتبر العقد إدارياً :

كما لو كان أحد طرفي العقد يتعاقد باسم الإدارة بموجب وكالة صريحة منها فهذا يجب احترام القواعد المدنية الخاصة بالوكالة. (٣).

عرف مبدأ الوكالة في القانون الإداري منذ زمن طويل بسبب تعقيد وترابط العلاقات الإدارية وهذا ما دفع الأشخاص العامة إلى الأخذ به.

وبالرغم من موقف الفقه الحذر من هذا المبدأ(٤) إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أخذ

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٩/٧/١٩٦٥ مذكور عند عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - مرجع سابق - ص - ٢٥٢.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٨٢ في الطعن رقم ٢٧٦ لعام ١٩٧١ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧١ ص. ٨٢.

٣- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٧٦٥٨ لسنة ٤٤٤ ق تاريخ ١٧/٣/٢٠٠٠ على الموقع السابق.

٤- فالأستاذ "A,De,Laubadere" يرى أن: "هذا المبدأ يجب أن يمارس بحذر وبشكل عقلاني ذلك لأن الاختصاصات يجب أن تمارس من قبل المكلفين بها ضمن الأشخاص الاعتبارية العامة وليس من جانب من ينوبون عنهم ، وعليه نستطيع القول إن العلاقات العامة تتسجم مع مبدأ الوكالة بشكل أقل مما هو معروف في علاقات الأفراد".

راجع بشأن ذلك Laubadere .A. Delvolve.p ,Modern . F , T1 .op .cit . p .369

به وقبل إسباغ الصفة الإدارية على العقد رغم إبرامه بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، إذا كان أحدهما قد أبرم هذا العقد بالاستناد إلى وكالة صريحة صادرة عن شخص عام .

ففي قضية "دام كولارد" عد مجلس الدولة الفرنسي عقود القروض التي أجريت من قبل البنك العقاري - مؤسسة خاصة - لفرنسيين عائدتين إلى الوطن من تونس عقوداً إدارية وذلك لوجود اتفاقات مبرمة مع الحكومة بموجبها وافقت الحكومة على هذه القروض لحساب الدولة . (١)

أقر مجلس الدولة المصري أيضاً بمبدأ الوكالة في العقود الإدارية فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا:

"متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها ، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي تميز العقد الإداري" (٢)

وهذا ما أخذت به أيضاً المحكمة الإدارية العليا السورية فقد جاء في حكم لها:

"إن العقد المبرم بين مدير الأوقاف وأحد المتعهدين لإشادة بناء على عقار وقفي يعتبر عقداً إدارياً ولا يغير من ذلك كون العقد مضافاً إلى لجنة الأوقاف في منطقة

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ٢٤/٢/١٩٥٤ في قضية "دام كولارد"

- راجع كذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٨/٦/١٩٧٦ شركة معامل شوارتز - هرمون مشار إليهما عند عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - الجزء الأول - المرجع السابق - ص. ٢٥٥.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق تاريخ ٧/٣/١٩٦٤ على الموقع السابق.

من المناطق السورية" (١).

وبالرغم من أن الوكالة الصريحة على النحو السابق لا تثير أي إشكال إلا أننا نجد أن هناك حالات أسبغ فيها القضاء الإداري الفرنسي الصفة الإدارية على عقود مبرمة بين أشخاص القانون الخاص بالرغم من عدم وجود وكالة صريحة من الإدارة لأحد الطرفين.

وقد كان لحكم "Entreprise Pyrot" فضل السبق في هذا المجال حيث اعتبرت محكمة التنازع أن العقد المبرم من قبل شركة الاقتصاد المختلط - وهي شركة تجارية من أشخاص القانون الخاص - مع أحد المقاولين بهدف إنشاء و استغلال طريق سريع للسيارات عقداً إدارياً ذلك لأن هذه الشركة لم تتعاقد لحسابها وإنما تصرفت لحساب الدولة وفي مجال يقع بطبيعته ضمن نشاط الدولة. (٢)

ومنذ ذلك الحين ومجلس الدولة الفرنسي مستقر على أن العقود المبرمة باسم ولحساب الإدارة تعتبر دوماً عقوداً إدارية وذلك بالاستناد إلى نظرية الوكالة الضمنية والتي يمكن الاستدلال عليها من خلال جملة الظروف المحيطة بالعملية التعاقدية. (٣)

١- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية قرار رقم /٤٢٠/ في الطعن رقم /١٢٠/ لعام ١٩٧٥-

مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام ١٩٧٥ ص ٢٨٧ .

- انظر كذلك قرار محكمة القضاء الإداري السوري ٩٣/٤٢٢ تاريخ ١٩٨٣/٧/٢٨ منشور في المحامون لعام ١٩٨٣ ص ٤٤٩ .

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم ١٨٠٤ في ١٩٦٣/٧/٨ على الموقع الإلكتروني:

<http://www.legifrance.gouv.fr>

٣- حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٩٥/٧/٢٨ مشار إليه عن د. محكم الحسين - د. مهني نوح

- المرجع السابق - ص ٢٥ .

هذا وإن كان الاجتهاد القضائي قد أقر بمبدأ الوكالة في إبرام العقد الإداري إلا أننا نجد أن هناك تعارضاً بين مبدأ الوكالة ومفهوم اختصاص الشخص العام ، وما يتمتع به الاختصاص من عناصر وخصائص.

فمن المسلم به أن الاختصاص لا يمكن أن يكون محلاً لتصرف قانوني وهذا يتعارض مع مفهوم الوكالة التي تعتبر تصرفاً قانونياً ، كما أن نقل الاختصاص لا يمكن أن يتم إلا بتقويض وبموجب نص قانوني لا اتفاقي، كذلك لا تفويض لمن لا صفة له ، وهذا ما لا ينطبق على مفهوم الوكالة في إبرام العقود الإدارية من قبل الأشخاص الخاصة. وهذا ما يقودنا بالنتيجة إلى القول بأن المعيار العضوي وإن كان ضرورياً إلا أنه لا يعد كافياً في حد ذاته لإسباغ الصفة الإدارية على العقد لذلك لابد من توافر المعيار الموضوعي .

لذلك سننتقل إلى الشرط الثاني الذي يساهم في إضفاء الخصوصية على العقد الإداري وهو الهدف الذي يسعى العقد الإداري إلى تحقيقه ألا هو الصالح العام .

ثانياً : هدف العقد في تحقيق المصلحة العامة يبرز طبيعته الذاتية :

إذا كانت عقود القانون الخاص منصبة على مصالح الأطراف الذاتية فإن العقود الإدارية تستهدف غرضاً آخر هو المصلحة العامة التي تسمو فوق مصالح الأفراد.

ولا شك أن سمو المصلحة العامة فوق مصالح الأفراد يجد مبرره في ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

لذلك كانت صلة العقد الإداري بالمرفق العام من أهم ما يلزم لإلحاق الصفة الإدارية

وفكرة المرفق العام ترددت في أقدم أحكام مجلس الدولة الفرنسي في حكم " بلانكو" (١) ومع صدور هذا الحكم هجر القضاء الإداري نظرية التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة ، وبالتالي هجر ضمناً الفرضية القائلة بأن جميع العقود التي تبرمها الإدارة تكون من أعمال الإدارة وتخضع إلى أحكام القانون الخاص . وقضى الحكم في الوقت نفسه بأن المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المرافق العامة تحكمها قواعد متميزة عن قواعد القانون الخاص ومتابعة بحكم " تيريه " الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي تم توضيح دور المرفق العام في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد من خلال ما أورده مفوض الحكومة "روميرو " في مطالعته المقدمة إلى مجلس الدولة الفرنسي حيث جاء فيها : "إن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة بمعنى الكلمة سواء عملت الدولة بطريق العقد أو بطريق السلطة يشكل عملية إدارية التي هي بطبيعتها تقع ضمن اختصاص القضاء الإداري" (٢)

١- في قضية بلانكو أصيب الصبي " إكس بلانكو " بجرح بفعل عربة كانت تجري بين بناعين عائدين إلى مصنع تبغ بوردو .

وقد قررت المحكمة التي نظرت في هذه القضية أن الجهة المختصة بالنظر في طلب التعويض الذي تقدم به والد الطفل هي القضاء الإداري لأن الضرر الحاصل قد تأتى نتيجة اتصاله بمرفق عام . - حكم محكمة التنازع الفرنسية في ١٨٧٣/٢/٩ مذكور على موقع مجلس الدولة الفرنسي: <http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm>.

٢- وتتلخص قضية " تيريه " في أن مجلساً بلدياً في فرنسا أعلن عن مكافأة تمنح لكل شخص يشارك في الحملة التي قامت بها المدينة من أجل التخلص من الأفاعي التي كانت تهدد السكان ، وفي سبيل تحقيق هذه المهمة رصد المجلس مبلغاً من المال من أجل المكافأة المعلن عنها ، غير أن السكان نفذوا المهمة بجد حتى نفذ المبلغ المخصص ، وعندما تقدم السيد " تيريه " مطالباً بالمكافأة فوجئ برفض المجلس لطلبه بحجة أن المبلغ المرصود للمكافأة قد نفذ .

وبعد سنوات قليلة سار اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي في اتجاه جديد بشأن دور المرفق العام في تكييف العقود التي تبرمها الإدارة .

فمع صدور حكم "تيرون" توسع نطاق العقود الإدارية إلى حد كبير فقد بات كافياً ضمن معطيات هذا الحكم أن يتصل العقد بأهداف مرفق عام ليكون إدارياً.(١)

وبعد أن تقدم معيار الشروط غير المألوفة عاد معيار المرفق العام ليأخذ مدى و ألقاً جديدين ، فبصدور القرار المتعلق بقضية الزوجين " برتان " اعترف بالخاصية الإدارية للعقد الذي يلزم المتعاقد تنفيذ المرفق العام دون حاجة لوجود معايير أخرى، متى كان هناك علاقة واضحة جداً بين العقد والمرفق العام .

- هذا الأمر دفع بالسيد "تيريه" لإقامة دعوى أمام القضاء مخاصماً المجلس البلدي ، انتهى مجلس الدولة إلى تقرير اختصاصه بنظر المنازعة على أساس أن الوعد بالجائزة تتضمن إيجاباً من مجلس البلدية وأن قيام تيريه باصطياد الأفاعي يعد قبولاً ومن ثم يكون بينهما عقد ، هذا العقد كيفه مجلس الدولة على أنه عقد إداري لأنه يتصل بتسيير مرفقي الصحة والأمن ومن ثم ينعقد الاختصاص بنظر الدعوى للقضاء الإداري .

- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "تيريه" تاريخ ١٩٠٣/٢/٦ مذكور عند :

Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F.op.cit . p146

١- في قضية تيرون كانت بلدية مونبيليه الفرنسية قد أبرمت عقداً مع السيد تيرون محله الإمساك بالكلاب الضالة والقضاء عليها ، وأثناء تنفيذ العقد حصل نزاع بين الطرفين ، فرفع النزاع أمام مجلس الدولة الذي أعلن اختصاصه بالنظر في الدعوى ، وذلك على أساس أن العقد يتصل بأهداف مرفق عام ، وتتبنى المجلس في حكمه رأي مفوض الدولة Pichat الذي رأى أن اتصال العقد بتحقيق غايات مرفق عام كاف لوصف العقد بالصفة الإدارية . راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "تيرون" تاريخ ١٩١٠/٣/٤ مذكور عند :

- Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F.op.cit . p147.

وبالتالي فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي العلاقة البسيطة بين العقد والمرفق غير كافية في حد ذاتها لجعل العقد إدارياً . (١)

هذا ما عبر عنه أحد مفوضي الدولة في قضية " غوندران " بقوله :

" الصلة بين التنفيذ المعد من قبل الشركة والمرفق العام ضعيفة جداً لكي يمكنها وحدها أن تحدد طبيعة العقد(٢)

والملاحظ من هذين الحكمين أن مجلس الدولة الفرنسي لم يستبعد معيار الشروط غير المألوفة من نطاق تكييف العقد الإداري وإنما دفع به من الصف الأول إلى الصف الثاني ، ولم يطلب للتدخل إلا عندما لا يكون للعقد علاقة مع المرفق العام.

١- وتتلخص وقائع قضية الزوجين برتان في أن مركز إيواء اللاجئين أبرم في عام ١٩٤٢ عقداً شفويًا مع الزوجين برتان عهد فيه إليهما تغذية اللاجئين الروس المقيمين في معسكرات لإيوائهم تمهيداً لترحيلهم إلى بلادهم ، وفي عام ١٩٤٥ ادعى الزوجان أن المقابل المستحق لهما قد زاد نتيجة زيادة كمية الأغذية المقدمة للاجئين بأمر المركز ، إلا أن وزارة المحاربين القدماء - المشرفة على المركز - رفضت دفع المبالغ المطالب بها فأقام الزوجان دعوى بهذه المبالغ أمام مجلس الدولة إلا أن الوزارة دفعت بعدم اختصاص المجلس بنظر الدعوى ذلك لأن العقد لا يعد إدارياً لعدم احتوائه على شروط استثنائية . رفض مجلس الدولة دفع الوزارة وقضى باختصاصه بنظر الدعوى ذلك لأن العقد كان موضوعه تنفيذ مرفق عام وهذه الواقعة كافية لطبع الاتفاق بطابع العقد الإداري دون الحاجة للبحث عما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطاً استثنائية . راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "الزوجين برتان" تاريخ ١٩٥٦/٤/٢٠ مذكور عند

-Laubadere.A.Delvolve.P,Moderne.F.op.cit.p155.

٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "غوندران " تاريخ ١٩٥٦/٥/١١ مذكور عند عبد الهادي عباس

- المرجع السابق - ص ٢٠٩

والسؤال الذي يطرح في هذا السياق ما العلاقة المطلوبة بين العقد والمرفق العام لجعل العقد إدارياً ؟

بيّن القضاء الإداري أن العلاقة المطلوبة بين العقد والمرفق العام الذي يتصل به يجب أن تتصف بصفتين معاً :

١- يجب أن تكون هذه العلاقة مباشرة : واشتراط بعض الفقهاء أن يكون اتصال العقد مع المرفق ليس مباشراً فقط بل حالاً أيضاً .

إلا أن الفقيه "A,D, Laubadere" يرى أن إضافة الصفة "حال" ليس سوى تكراراً لكلمة مباشر الغاية منه التأكيد على ضرورة وجود صلة حقيقية بين العقد والمرفق ، أي أن يكون المرفق جوهرياً في العقد . (١)

٢- يجب أن تكون العلاقة بين العقد والمرفق واضحة ودقيقة :

فوجود علاقة مباشرة بين العقد والمرفق لا يعني إسباغ الصفة الإدارية على هذا العقد بشكل تلقائي ، بل لا بد أن تتسم هذه العلاقة بالدقة والوضوح، وتقدير دقة ووضوح العلاقة بين العقد والمرفق مسألة واقع يعود أمر تقديرها إلى القاضي وفقاً لكل حالة على حده (٢)

وعملياً يمكن حصر حالات ارتباط العقد بالمرفق بالأشكال التالية :

أ- الحالة الأولى : حيث تتمثل العلاقة بين المرفق العام والعقد بتسيير أو تنفيذ العقد من قبل المتعاقد كما هو الحال في عقود الالتزام (٣).

1- Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F,T 1 .op .cit . p .192.

2- Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F. T 1 ,op.cit . p .193.

٣- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦١/٦/٢٥ مشار إليه عند د. محمد الحسين - د. مهند

نوح المرجع السابق - ص ٤١ .

ب- الحالة الثانية : وفي هذه الحالة يكون موضوع العقد أو أثره إشراك المتعاقد بتسيير المرفق العام دون أن يحول عليه عبء التسيير كما في الحالة الأولى (١).

ج- الحالة الثالثة : وفيها يكون العقد ذاته وسيلة لتنفيذ مرفق عام بحيث لا يمكن للمرفق أن يقوم ويوزع خدماته دون وجود هذا العقد .(٢)
أخذ القضاء الإداري السوري في بعض قراراته بمعيار المرفق العام وأغفل الشروط الأخرى ، حيث اكتفى بالبحث عن مدى العلاقة التي تربط العقد بالمرفق العام وأثر ذلك في توصيف العقد فجاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري السورية :

" لكي يكون العقد إدارياً يدخل في صميم العقود الإدارية يجب أن يكون متعلقاً في تنفيذ المرفق العام الذي تقوم عليه الجهة الإدارية ولا يكفي أن يكون قد تضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص أو أن جهة الإدارة قد اتبعت في إبرامه وسائل القانون العام . فإذا كان العقد من أجل تنفيذ أعمال (إنشاء عادية للعسكريين) وهي من أعمال الأفراد العادية نزلت فيها جهة الإدارة إلى مستواهم في العمل وهو لا يتعلق بتنفيذ المرفق العام الذي تقوم عليه جهة الإدارة ، تخلفت عن العقد صفة

1- Jean Rivero, Jean Waline –Droit administratif – DALLOZ - 2004 – p318.

٢- ففي قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Soc-Codiam" في ٨/٦/١٩٩٤ عد العقد الذي أبرمته

المستشفى مع شركة أجهزة التلفاز إدارياً باعتبار أن خدمة الاستشفاء تعني تحسين ظروف الإقامة

للمرضى بالإضافة للعناية الطبية .للاطلاع على القرار راجع الموقع [http:// www.ao-](http://www.ao-academy.org/wesim)

[academy.org/wesim](http://www.ao-academy.org/wesim)

- راجع كذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٨/٧/١٩٩٠ مشار إليه لدى :

- Jean Rivero, Jean Waline –Droit administratif – DALLOZ - 2004 – p309.

- Chapus .R . droit administratif général , Monchrestien(Delta), Paris , T1 ,ed9,1995.p57.

العقد الإداري" . (١)

كما جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري السوري أن : " شركة النفط الخام وإن اعتبرت تاجراً في علاقاتها مع الغير إلا أن قيامها على إدارة استثمار جزء من النفط الذي هو من أهم مرافق الدولة وهو خط نقل النفط الذي يعتبر من الأملاك العامة ، فإن عقود الأشغال العامة التي تجريها من أجل استثمار هذا الخط إنما تعتبر من العقود الإدارية " (٢) .

هذا بالنسبة إلى الوضع في فرنسا و سورية أما في مصر فإن القضاء الإداري مستقر على أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام وإن كانت شرطاً لازماً ، إلا أنها ليست كافية لاعتبار العقد إدارياً، لذلك فإن القضاء الإداري المصري يقرن دائماً اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ، بشرط آخر وهو إتباع الإدارة وسائل القانون العام.(٣)

ففي حال انقطعت الصلة بين العقد والمرفق العام ، فالقضاء الإداري المصري مستقر على اعتبار هذا العقد عقداً خاصاً حتى لو تضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، ومادام الأمر كذلك فليس من الضروري أيضاً أن تصل العلاقة بين العقد والمرفق العام إلى هذه الدرجة من المتانة التي يتطلبها القضاء الفرنسي .(٤)

١- قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٢٣٤ في القضية رقم ٢٢٧ لعام ١٩٧٧ - مجموعة

المبادئ التي أقرتها المحكمة لعام ١٩٧٧ ص ٣٣٥ .

٢- قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ١٠٩ في القضية ١٥٢ لعام ١٩٧٨ - مجموعة المبادئ

التي أقرتها المحكمة لعام ١٩٧٨ ص ٤٨ .

٣- حكم الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٨٧٧ السنة ٤٦ ق تاريخ ٢٠٠٣/١١/١٥ يمكن

الاطلاع عليه على موقع المجموعة الدولية للمحاماة - سبق ذكره.

٤- د. أحمد عثمان عياد - المرجع السابق - ١٨ .

أما ما جرى عليه كل من القضاء الإداري الفرنسي والسوري فإن انقطاع الصلة بين العقد والمرفق العام لا يعني بالضرورة أن العقد مدني طالما أنه يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص .

ثالثاً: دور الشروط الاستثنائية في إبراز طبيعة العقد الذاتية :

من أهم المعايير التي تجعل العقد يتصف بالوصف الإداري وتبرز طبيعته الذاتية هو معيار الشروط غير المألوفة (١) ، هذه الشروط التي تُظهر الإدارة في العقد بمظهر السلطة العامة و تُمكنها من ممارسة امتيازات هذه السلطة حيال المتعاقد معها أو تعطيلها الحق بمنح المتعاقد بعض السلطات في مواجهة الغير ، الأمر الذي يبرر امتداد آثار هذه العقود إلى غير أطرافها .

وتعريف الشرط غير المألوف كان موضع اختلاف وجدل بين فقهاء القانون (٢)

١- وقد تقرر هذا المعيار مع صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة جرانيت ألفوج، ففي هذه القضية نشب نزاع بين الشركة المذكورة ومدينة ليل التي كانت قد أبرمت عقداً مع شركة جرانيت ألفوج لتوريد حجر الغرانيت لتبليط المدينة ،وعندما رفع النزاع إلى مجلس الدولة قرر المجلس عدم اختصاصه بالنظر في الدعوى ذلك لأن العقد قد أبرم وفق ذات الشروط التي تبرم بها عقود الأفراد، هذه الفكرة كان قد طرحها مفوض الدولة "بلوم" في مطالعته التي قدمها في القضية حيث رأى أنه : " مادامت التوريدات محل العقد تنفذ بنفس الشروط و الأوضاع التي يتم بها تنفيذ عقود الأفراد فإن العقد يعد من عقود القانون الخاص . " راجع حكم شركة جرانيت ألفوج تاريخ ١٩١٢/٧/٣١ رقم ٣٠٧٠١ مشار إليه على الموقع الالكتروني

- <http://www.legifrance.gouv.fr>.

٢- الأستاذ " M . Waline " عرف الشرط الاستثنائي بأنه " الشرط الذي يعتبر باطلاً في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام "

- Waline . M , droit administratif, 7 éditions librairie Sirey ,Paris,1957 ,p449.

وذلك لعدم تحديد ماهية الشروط غير المألوفة من قبل القضاء الإداري. فقد كانت الأحكام الصادرة في هذا الخصوص تكتفي بالإشارة إلى احتواء العقد على شروط غير مألوفة أو عدم احتوائه ، دون بيان دقيق لهذه الشروط باستثناء بعض الأحكام القليلة التي عرّف من خلالها مجلس الدولة الفرنسي الشروط غير المألوفة فرأى أن :

"الشرط غير المألوف هو الذي يعطي من الناحية الموضوعية لأطراف العقد حقوقاً أو تحملهم التزامات مختلفة بطبيعتها عن تلك الحقوق والالتزامات التي يمكن أن تطرح ضمن علاقات القانون المدني والتجاري" (١)

ساهمت كذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية في تعريف الشروط الاستثنائية فبينت أنها :

" الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة". (٢)

أما محكمة القضاء الإداري السورية فقد عرفت الشروط الاستثنائية بأنها :

"الشروط التي تتنافى مع قواعد القانون الخاص وترمي إلى تغليب الصالح العام على

- الفقيه "لوبادير " يرى أن الشرط الاستثنائي هو " الشرط الذي يتضمن إعمالاً لامتيازات السلطة العامة والذي يعد غير مشروع في عقود الأفراد " راجع:

- Laubadere.A - Delvolve.p et Moderne.F, T 1,0p .cit ,p 91.

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Stein " تاريخ ١٩٥٠/١/٢٠.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣١٢٨ تاريخ ١٩٩٥/١١/٢٤ مذكور على الموقع

الالكتروني السابق .

المصالح الفردية وتظهر فيها الإدارة كسلطة عامة" (١).

وبالرغم من صعوبة تحديد وضبط الشروط الاستثنائية إلا أنه عملياً يمكن أن تتبدى هذه الشروط من خلال :

١- ممارسة السلطة العامة:

فمن خلال استقراء رأي الفقه والقضاء نجد أن الشروط غير المألوفة ما هي في الحقيقة إلا انعكاس لممارسة امتيازات السلطة العامة .

هذه الامتيازات هي التي تعطي للإدارة سلطات تجاه المتعاقد كذلك تمنح المتعاقد سلطات قبل الغير.

فبالنسبة للشروط التي تقرر للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها تعتبر من أهم الشروط الاستثنائية لأنها كثيرة وهامة وتعتبر خروجاً على مبدأ المساواة بين المتعاقدين والذي هو من أهم مبادئ القانون الخاص في هذا المجال.

ومن هذه الشروط ذلك الشرط الذي يعطي الإدارة الحق في استعمال القرار التنفيذي على الأخص عند توقيع جزاءات على المتعاقد في حال تقصيره في التنفيذ كذلك الشروط التي تعطي الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة أيضاً الشروط التي تخول الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد. (٢)

١- حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٨٠ في القضية رقم ٨ لعام ١٩٦٦ - مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لعام ١٩٦٦ ص ١٩٧ .

- انظر كذلك حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٧٧ في القضية رقم ٢٠٧ لعام ١٩٧٢ - مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة لعام ١٩٧٢ ص ٢٣ .

أما الشروط التي تعطي المتعاقد مع الإدارة سلطات تجاه الغير، فهي شروط ذات طابع استثنائي تمنح المتعاقد مع الإدارة امتيازات في مواجهة الغير تفرضها طبيعة العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد .

ومن أمثلة هذه الشروط في عقد الالتزام الشروط التي تعطي الملتزم الحق في اقتضاء رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق ، إذ يعتبر مفوضاً من قبل الدولة في ممارسة هذه السلطة (١)

كذلك الشروط التي تعطي المقاول في عقد الأشغال سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات ، أيضاً الشروط التي تعطي للمتعاقد الحق في ممارسة سلطات تأديبية في مواجهة عماله ومستخدميه.(٢)

٢ - الإحالة على نصوص تقرر قواعد غير مألوفة :

حيث يمكن للإدارة والمتعاقد معها أن يوردا في العقد ما يفيد أنهما أحالا بشكل أو بآخر حل المسائل العقدية على مصادر معينة كعقد نموذجي مثلاً.

هذه الإحالة يجب أن تكون إحالة نافعة بمعنى أن المصادر التي تمت الإحالة إليها يجب أن تحتوي على قواعد غير مألوفة في علاقات القانون الخاص ، كما لو اتفقت الإدارة مع المتعاقد معها على الإحالة على دفتر الشروط الإدارية العامة لحل المسائل العقدية ، عندها يصبح العقد إدارياً لأن دفا تر الشروط العامة تحتوي عادة على قواعد غير مألوفة في العلاقات التعاقدية ضمن القانون

1- Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F.op.cit . p221.

٢- د.أحمد عثمان عياد - المرجع السابق-٨٣

الخاص (١).

والإلا فإن الإحالة إلى مصادر تحوي أحكام شبيهة بتلك السائدة في علاقات القانون الخاص لن يكون لها أثر و ستكون غير نافعة ولا تصف العقد بالصفة الإدارية . وهذه الصفة - كما رأينا - يكتسبها العقد أيضاً من خلال ظهور الإدارة كطرف فيه تستخدم امتيازات السلطة العامة لتسمو المصلحة العامة على المصالح الفردية ويتحقق سير المرافق العامة بانتظام واضطراد في ظل نظام عام يحكم العقد الإداري ويعطي الإدارة الحق بأن تمنح الغير بعض الحقوق أو تلزمهم ببعض الواجبات من خلال تضمين عقودها شروطاً غير مألوفة تسمح بامتداد آثار العقد الإداري إلى غير عاقيه .

وعلى الرغم من أن هذه النظرية- نظرية الطبيعة الذاتية للعقد الإداري - التي نادى بها الفقيه "بيكينو" يمكن أن تفسر بعض حالات امتداد أثر العقد الإداري إلى

١- راجع قرار محكمة النقض السورية والذي جاء فيه :

" إذا تضمن العقد شروطاً غير مألوفة في العقود الإدارية ، بأن أخضع المتعاقدان للأحكام الواردة بالمرسوم التشريعي رقم /١٩٥/ لعام ١٩٤٧ وباعتبار أن أحكام هذا المرسوم قد خولت الإدارة صلاحيات وحقوقاً وتصرفات يمكنها بموجبها القيام بإجراءات قانونية من طرف واحد كسحب تنفيذ التعهد من المتعهد وزيادة الكميات المتعاقد عليها مع عدم تضمين العقد شروطاً تخالف أحكام هذا المرسوم التشريعي ، فإن ذلك يجعل العقد بهذا المفهوم عقداً إدارياً يخرج النظر فيه عن سلطة وولاية القضاء العادي" .

- قرار محكمة النقض السورية رقم ٢٥٣٩ أساس ٢٤٥٨ تاريخ ١٢/٣١/١٩٩٧ موسوعة القضاء المدني لاجتهادات محكمة النقض السورية بين عامي ١٩٩١-٢٠٠٠ - للدكتور أديب الحسيني الجزء الثالث - ص ٢٣٤٦ .

الغير إلا أننا نجد أنه :

١- إذا كانت الآثار التي تمس الغير في العقد الإداري ناتجة عن طبيعته الذاتية التي يتمتع بها هذا العقد فهذا يعني بمفهوم المخالفة أن كل عقد إداري بحكم طبيعته الخاصة يجب أن يولد آثاراً تجاه الغير أو أن يكون مهيناً لذلك ، وهذا الكلام ثبت عدم صحته عملياً.

٢- كذلك فإن القول بأن الشروط غير المألوفة التي تعد من أبرز خصائص العقد الإداري و التي تمنحه طبيعة ذاتية تبرر امتداد آثاره إلى الغير لا يمكن أن يصدق إلا في حالتين :

٣- عندما تكون الإدارة المتعاقدة متمتعة بسلطة التنظيمية .

٤- عندما يترتب على هذه الشروط غير المألوفة مراكز عامة لا مراكز

فردية ، أي يجب أن تتصف هذه الشروط بالصفة التنظيمية ، وكما نعلم أنه ثمة فرق كبير بين الشروط غير المألوفة والشروط التنظيمية . فالشروط غير المألوفة تقتصر آثارها على عاقيدها ولا تمتد إلى الغير إلا نادراً و إلى طائفة معينة من الأشخاص، وفي حالات محددة من العقد.

كما إن الشروط غير المألوفة تدرجها الإدارة بإرادتها المنفردة في حين لا يمكن أن نتصور بأن تساهم إرادة الأطراف في خلق حالة تنظيمية ، ذلك لأن الشروط التنظيمية في كثير من الأحيان تفرضها السلطة التنظيمية على الإدارة والمتعاقد معها على حد سواء.

المطلب الثاني

امتداد آثار العقد الإداري

يشكل حالات استثنائية لا مبدأ عاماً

رأينا أن العقود الإدارية قد تحررت من قاعدة نسبية العقود لتتفتح على الغير، وهذا ما يتجلى بصورة واضحة وعملية في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة حيث تتدخل الإدارة وتفرض شروطاً على المتعاقد معها سواء لصالح المنفعين بالمرفق العام أو لصالح العمال في المشروع .

ويرى الأستاذ "A,De,Laubader" أن هذه الحالات العملية التي تمتد فيها آثار العقود الإدارية إلى الغير لا تشكل مبدأ عاماً وإنما هي حالات استثنائية يمكن إرجاع كل طائفة منها إلى أساس قانوني معروف .

ولا شك أن رأي الأستاذ "A,De,Laubader" هذا يجد مبرره في تنوع وتعدد الحالات التي تمتد فيها آثار العقود الإدارية إلى الغير بحيث لا يمكن أن يحكمه أساس قانوني عام يصلح وفقاً للمنطق القانوني لتبريرها ، وبالتالي لابد من النظر في كل حالة من الحالات التي يؤثر فيها العقد الإداري على الغير سلباً أو إيجاباً ، والبحث فيها عن أساس قانوني يصلح سنداً لتبرير تأثيرها على هذا الغير

وسنحاول فيما يلي إيجاد أساس قانوني في محاولة لتبرير كل حالة من حالات امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير من خلال العقود التالية :

أولاً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الالتزام بالنسبة إلى الغير .

ثانياً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الأشغال بالنسبة إلى الغير .

ثالثاً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقود الجماعات المحلية إلى الغير .

أولاً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الالتزام بالنسبة إلى الغير.

بعد أن ثبت فشل نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في تبرير امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير، شرع الفقهاء الفرنسيون في البحث عن أساس قانوني يبرر هذا الامتداد وقد كان لهم في تبرير امتداد آثار عقد الالتزام إلى الغير عدة نظريات أهمها:

١- نظرية الطبيعة المزدوجة لعقد الالتزام :

إن الخصوصية التي يتمتع بها النظام القانوني للمرفق أوحى بإمكانية القول :إن الالتزام لن يصبح في مجمله عقداً في العلاقات بين مانح الامتياز والملتزم ، حيث ستظهر عناصر بطبيعة تنظيمية تجاه المنتفعين.

وبالتالي فإن الالتزام سوف يتجلى بمظهرين : مظهر تنظيمي وآخر تعاقدية.

وبالنتيجة فإن الشروط التي يحتويها الالتزام تكون كلها تعاقدية في العلاقة بين الملتزم والإدارة ، ونفس الشروط تعتبر بمنزلة اللائحة ولكن في مواجهة المنتفعين ، وبذلك يصبح الالتزام ضمن كل شروطه عقداً في إطار العلاقات بين الإدارة المانحة

والملتزم، وكذلك يصبح ضمن كل شروطه قراراً تنظيمياً في مواجهة المنتفعين.(١)

ويبدو أنه من الممكن رؤية أصل هذا التحليل في مطالعات مفوض الحكومة ليون بلوم بصدد القرار الصادر في قضية (شركة الحافلات الفرنسية) حيث تحدث فيها عن المظهر المزدوج للالتزام.(٢)

هذه النظرية لم تسلم من النقد :

- فرأى بعض الفقهاء أن تكيف العلاقة بين الإدارة والملتزم - وفق هذه النظرية - على أساس تعاقدية من شأنه أن يؤدي إلى عدم إمكانية تعديل القواعد التي تتعلق بتنظيم المرفق إلا باتفاق الطرفين ، وهذا يتعارض مع سلطة التعديل الانفرادي الممنوحة للإدارة من أجل مرونة سير وتطوير المرافق العامة.(٣)

- هذه النظرية تقترب جداً من النظرية التعاقدية ولا تختلف عنها إلا بتكييف سريان آثار الالتزام في مواجهة الغير على أساس الطبيعة اللاتحجية للالتزام ، بدلاً من اعتباره اشتراطاً لمصلحة الغير ، في حين تبقى هذه العلاقة بين الإدارة و الملتزم علاقة تعاقدية بكل تفاصيلها.

وهذا لا ينسجم مع المجالات التعاقدية في القانون العام ، فكما يؤكد الأستاذ " Laubadere " أن تنظيم المرافق العامة هو من الاختصاص المنفرد والمحصور

1- Laubadere .A.Delvolle.P,Moderne.F. T1 ,op.cit . p102

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الحافلات الفرنسية تاريخ ١١/٣/١٩١٠ - سبقت الإشارة إليه .

٣- رأي الفقيه " Madiot " مشار إليه لدى د. مهند نوح - المرجع السابق - ص٢٠٧.

بالسلطات العامة وحدها .(١)

- هذه النظرية تعطي الشروط المالية ذات الطابع التعاقدي الصرف ، طبيعة تنظيمية في مواجهة الغير الأمر الذي يرفضه المنطق القانوني السليم . (٢)

- وهي - أخيراً - تعطي العمل القانوني الواحد طبيعة مختلفة تبعاً للأشخاص الذين يسري في مواجهتهم .(٣)

ونحن من جهتنا نرى أن هذه النظرية صعبة الفهم قليلة الوضوح فمن الصعب إدراك أن للعمل الواحد طبيعة مختلفة حسب الأشخاص الذين تطبق عليهم فلا يمكن أن يكون للعمل القانوني الواحد طبيعتان مختلفتان ، فالعمل القانوني الواحد لا يمكن أن يكون تنظيمياً ينشئ مراكز عامة ، و في الوقت ذاته يكون خاصاً فينشئ مراكز فردية وذلك حسب الأشخاص الذين يسري في مواجهتهم - كما ذهب الفقيه Chapus - .

كما أننا ننضم لرأي الفقيه " Laubadere " ذلك لأن التزام المرافق العامة لا يمكن أن يكون محلاً للتعاقد ولا يمكن بطبيعته أن ينشئ عقداً بسبب الموضوع الذي يبنى عليه وهو تنظيم وسير المرفق العام وإقامة قواعد لهذا المرفق ، ومثل هذه المادة لا يمكن أن تخضع للتعاقد وذلك إعمالاً لمبدأ أساسي وهو أن تنظيم المرافق العامة يكون من اختصاص السلطات العامة وحدها .

1- Laubadere . A. Delvolve. P, Moderne.F .T1,.op.cit0 p102.

2- Laubadere . A.Delvolve.P,Moderne.F. T1 ,op.cit . p104.

3- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p 443.

هذه النظرية يتزعمها الفقيه " Duguít " حيث يعد الالتزام عملاً قانونياً مركباً من عناصر تعاقدية وأخرى تنظيمية ، وحسب هذا المفهوم فإن طبيعة الالتزام تكون تنظيمية في جزء منها و تعاقدية في الجزء الآخر(١).

غير أنها على خلاف نظرية الطبيعة المزدوجة يجري التمييز بينهما حسب أصناف الشروط ، فالشروط التي تخص تنظيم و سير المرفق يكون لها طبيعة تنظيمية سواء تجاه الملتزم أم تجاه المنتفعين أما الشروط التي تتعلق بالمكاسب و المزايا التي تعطى للملتزم مقابل النهوض بعبء المرفق فإنها تتمتع بالطبيعة التعاقدية ، أما بالنسبة للمنتفعين فإن هذه الشروط لا تهمهم وليس لها حجية تجاههم وذلك وفقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقود (٢).

بناء على هذه النظرية فإن كل النصوص التي تتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره تعد نصوصاً تنظيمية تسري على الغير ، أما النصوص التي تتعلق بمدة الالتزام والالتزامات المالية فتعتبر نصوصاً تعاقدية تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين(٣) وقد لاقت هذه النظرية ترحيباً في القضاء الإداري في فرنسا - إذ أن المسلم به فقهاً وقضاء أن شروط عقد الالتزام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية - وبذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي أن :

١- د. مازن ليلو راضي - الوجيز في القانون الإداري . ص ٦. موجود على الموقع :

- academy . org

www.ao-

٢- د. سعاد الشرفاوي- المرجع السابق - ص ٥٤.

3- Chapus .R . droit administratif général , T1 ,op, cit, p443.

"دفتر الشروط عمل مختلط فدفتر الشروط ليس تعاقدياً إلا في المقياس الذي يثبت فيه العلاقات التمويلية بين مانح الالتزام و الملتزم ، بيد أنه له خاصية تنظيمية بالنسبة لكل ما يتعلق بسير المرفق العام وتنظيمه المادي والتقني ..أي في كل العلاقات التي توجد بين الملتزم و المنتفعين والتي يكون إشباع الحاجات الجماعية هو موضوع المرفق العام نفسه" (١)

كما اعتمدت هذه النظرية من جانب القضاء الإداري المصري فقد جاء في قرار لمحكمة القضاء الإداري المصرية :

"إن عقد الالتزام ينشئ في أحد شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تحويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق و استغلاله ، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها ، أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً له ، وليس من شأنه أن يحول دون نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام". (٢)

انتقد الأستاذ الدكتور ثروت البدوي هذه النظرية حيث رأى أن القول بالطبيعة المركبة للالتزام من شأنه أن يؤدي إلى توقف إبرامه على رضا الملتزم بالنسبة لكل شروط وثيقة الامتياز التعاقدية واللائحية منها ، وهذا غير متصور قانوناً لأن العمل

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٤٣/٥/٥مشار إليه لدى زهدي يكن - المرجع السابق - ص ٧٢٩.

٢- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية القضية رقم ٤٨٥ لسنة ٧ ق . تاريخ ١٩٥٧/١/٢٧ المجموعة . السنة ١١ ص ١٦٠ مشار إليه لدى د. سعاد الشراوي- المرجع السابق - ص ٥٥.

التشريعي من اختصاص السلطة العامة وحدها ولا يمكن أن تتوقف صحته على إرادة الأفراد (١).

إلا أننا نخالف الدكتور ثروت البدوي في هذا الرأي ذلك لأن إسباغ الصفة اللائحية على شروط معينة من عقد الالتزام يمنح هذه الشروط قوة القانون ، هذه القوة التي تستعصي على إرادة الأفراد ، ولا يتوقف سريانها في مواجهتهم على قبولهم بها .

لذلك من الممكن أن نسمي هذه الشروط بقانون المرفق فهي التي تقرر القواعد المتبعة عند اللجوء إلى التعاقد مع الملتزم ، هذه الشروط موجودة مسبقاً ، لذلك تكون الشروط التعاقدية تابعة للشروط اللائحية ، ولا يتوقف وجودها على رضا الملتزم بها أو رفضه .

٣ - نظرية الاتفاق المنتج لآثار تنظيمية :

يرى الأستاذ " A,De,Laubader " أن نظرية العمل المختلط لم توضح بدقة الطبيعة القانونية للالتزام ، حيث بينت النظرية أن الالتزام عقد بالنسبة للشروط التعاقدية لكنها لم تبين تكييفه بالنسبة للشروط اللائحية أي أن تكييف الالتزام على أنه عمل قانوني مركب يستجيب مع مقتضيات الشروط التعاقدية فقط دون الشروط اللائحية التي تبقى دون تكييف يوضح دورها ضمن الالتزام باعتباره عملاً قانونياً ، لذا فإنه يرى أن الالتزام ما هو إلا اتفاق منتج لآثار تنظيمية.

وعلى الرغم من غموض هذا المصطلح إلا أنه يمكن تبريره بصعوبة تحديد معنى التصرف التنظيمي ، حيث ميز الأستاذ " A,De,Laubader " بين نوعين من

١- راجع د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٠٨. الهامش .

التصرفات التنظيمية :

- تصرف تنظيمي بمعنى العمل القانوني ، ويكون له حجية تجاه الغير كما يمكن للغير مخاصمته أمام القضاء.

- تصرف تنظيمي يتضمن معنى التصرف القانوني الأمر ، حيث يفرض على الغير التزامات ضد إرادتهم ، بمعنى أنه يصدر بإرادة منفردة من جانب الإدارة ، وعلى ذلك يمكن القول بوجود تصرف قانوني اتفاقي منتج لآثار تنظيمية وذلك وفقاً للمعنى الأول . (١)

ومبدأ الاتفاقات المنتجة لآثار تنظيمية مسلم به من جانب الفقه في فرنسا :

فالأستاذ "Chapus" يسلم بوجود مثل هذه الاتفاقات . (٢)

أما الأستاذ "Richer" فيرى أن هناك عقوداً منتجة لآثار تنظيمية وليس اتفاقات ذات آثار تنظيمية ويكون في رأيه للعقد آثار تنظيمية إذا أدرجت فيه شروط تنظيمية صادرة عن سلطة عامة تملك سلطة تنظيمية (٣)

الدكتور مهند نوح من جهته يرى أن الالتزام هو اتفاق منتج لآثار تنظيمية محتو على شرط تعاقدية ذلك لأن محل الاتفاق يتمثل بشكل رئيسي بتنظيم وتسيير مرفق عام وليست الشروط التعاقدية سوى عناصر ملحقه بالعناصر التنظيمية ومرتبطة بها

1- Laubadere . A.Delvolve.P,Moderne.F. T1 ,op.cit . p 97,98.

2- Chapus .R. Droit administratif,T1 ,op .cit , p 441 .

3- Richer. Les contrats administratifs , op .cit , p 13-14

وجوداً وعدمًا. (١)

إلا أننا نرى أن هذا التكييف المقترح يوحي بأن الطبيعة الخاصة للعقد هي التي ولدت هذه الآثار وهذا الكلام غير صحيح لأن العقد نفسه ولو تضمن شروطاً تنظيمية إلا أنها تبقى عقيمة ولا بد لها من عنصر يحرك الطبيعة التنظيمية داخل هذه الشروط وهذا لا يتحقق إلا بتدخل السلطة التنظيمية وإصدارها قراراً بذلك عندها ينتج هذا الاتفاق آثاره تجاه الغير.

لذلك نقترح تسمية هذه الاتفاقات باتفاقيات منظمة قانوناً أو اتفاقيات يمنحها القانون الصفة التنظيمية.

لكن ما هي العناصر المكونة للاتفاقات ذات الآثار التنظيمية ؟

لكي يتكون اتفاق منتج لآثار تنظيمية لابد من وجود عنصرين: عنصر أساسي وآخر تكميلي .

١ - العنصر الأساسي (التنظيم) :

لكي يوجد لدينا اتفاق ذو آثار تنظيمية يجب أن يكون محل هذا الاتفاق تناول مرفق معين بالتنظيم ، وقد يتحقق ذلك إما بشكل جزئي أو بشكل كلي .

فمن جهة نلاحظ أن بعض الاتفاقات تكون ذات طبيعة مزدوجة فتحتوي على شروط تنظيمية تحكم سير المرفق وشروط تعاقدية تنظم العلاقات بين الإدارة و متعاقديها

وبالتالي تكون ذات طبيعة لائحية جزئياً وتسري في مواجهة الغير في حدود هذه الشروط - كما هو الحال في عقد الامتياز .(١)

ومن جهة أخرى توجد اتفاقات يكون محلها تنظيم مرفق عام ، وهنا تكون شروط العقد كلها لائحية ، تسري في مواجهة الغير وترتب مراكز عامة، مثل اتفاقات الضمان الاجتماعي . (٢)

كذلك العقود المبرمة بين الأشخاص العامة ، و المتعلقة بتوزيع الاختصاص في إدارة مرفق عام بين السلطة المركزية والسلطات المحلية . (٣)

ب - العنصر التخييري :

وهو العنصر المكمل لعنصر التنظيم الذي يحرك الطبيعة التنظيمية داخل الاتفاقات ذات الآثار التنظيمية وهذا يتحقق بإحدى طريقتين :

1- Laubadere . A.Delvolle.P,Moderne.F.op.cit . p112.

٢- وفي الواقع أن الطبيعة الحقوقية لهذه الاتفاقات أفسحت المجال لاجتهاد قضائي مهم لسببين : فمن جهة : بصدد تمييز العقود لإدارية ، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الاتفاقات المشار إليها ذات خاصية إدارية .

ومن جهة أخرى - وتلك هي النقطة التي تهمنا - اعتبر مجلس الدولة أن القضاء المختص للنظر في القرارات المتخذة تطبيقاً لاتفاقات يعارضها من يهيمه من الغير لعدم مشروعيتها هو قضاء الإلغاء وليس القضاء الكامل وتحت شكل دعوى الإلغاء وبذلك يكون قد قبل ضمناً الصفة التنظيمية للأحكام المشار إليها سابقاً . راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي (الاتحاد الوطني للمساعدين الطبيين) تاريخ ١٨/١٠/١٩٧٤ مشار إليه لدى عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ١٠٤ - ١٠٥ .

٣- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٠٥ .

- إما بإصدار قرار من السلطة التنظيمية يضيف الطبيعة التنظيمية على الاتفاق :
ويقصد بذلك أنه لا بد من أن يتدخل قرار إداري مرافق يكون له أثر التصديق على
هذه الاتفاقات عندها ينتج الاتفاق آثاره التنظيمية تجاه الغير مانحاً إياهم حقوقاً ومرتباً
عليهم التزامات (١).

- أو عن طريق تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي :

إن العقد ذا الصفة التنظيمية قابل لأن يعترف له بآثار تنظيمية وأن يؤخذ في
التطبيق كنص تشريعي أو نظامي إذا أبرم تطبيقاً لنص تشريعي وقد كرس هذا الشرط
بقرار (بيكار) حيث اعتبر أن الاتفاق ينتج آثاراً تنظيمية إذا أجاز المشرع صراحة
استخدام التقنية الاتفاقية في سبيل الوصول إلى تنظيم حقيقي تنتج عنه مراكز عامة
وموضوعية . (٢)

ويرتب الفقه الفرنسي النتائج التالية على إبرام الاتفاق ذي الآثار التنظيمية :

١- لا تقبل دعوى تجاوز السلطة ضد هذا النوع من الاتفاقات كما هو
الحال بالنسبة للعقد ذي الآثار النسبية تماماً ، وإن كانت تقبل ضد
القرار الذي يجيز امتداد آثار الاتفاق تطبيقاً لنظرية القرارات المنفصلة
عن العقود (٣).

1- Laubadere . A.Delvolve.P,Moderne.F.op.cit . p117.

٢- راجع قرار بيكار الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٢/٢٣ مشار إليه لدى عبد الهادي عباس - المرجع السابق
- ص ١٠٨ .

٣- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٩٣٤/١١/٩ مشار إليه عند د. مهند نوح - المرجع
السابق - ص ١٩٨ .

٢- لا يمكن للاتفاقية ذات الآثار التنظيمية أن تلغى من جانب واحد أو تعدل من قبل السلطة الإدارية وفقاً لنظرية اللوائح ، وإنما فقط تطبيقاً لقواعد قابلة للتطبيق على العقود الإدارية (١) .

٣- لا تطبق القوانين واللوائح الجديدة على الاتفاقيات ذات الآثار التنظيمية إلا في نفس الشروط التي تطبق فيها على العقود أي عندما يتعلق الأمر فقط بنصوص من النظام العام . (٢)

وعلى كل حال نستطيع القول :إن الاتفاق المنتج لآثار تنظيمية يستفيد من المميزات التي ينشئها الوضع التعاقدية ، وله آثار الوضع التشريعي ، مما دفع جانب من الفقه الفرنسي المعاصر إلى الحديث عما يسمى بالتشريع التعاقدية. (٣)

ثانياً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الأشغال العامة إلى الغير:

عقد الأشغال العامة هو اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام وبقصد تحقيق نفع عام نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة في العقد (٤) .

١- راجع بهذا الشأن رأي الفقيه "ماديو "مذكور لدى عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ١٣١.

٢- راجع د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ١٩٩.

٣- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٩٧٨/٧/٢٦ في قضية بونيفوند عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ١١١ .

4- Chapus .R . droit administratif général ,T1 ,op, cit, p480.

- راجع أيضاً د. ماجد راغب الحلو - المرجع السابق - ص - ٤٠ .

- انظر كذلك د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٣٦ - ٣٧

ومن هذا التعريف يتبين أنه يتميز عقد الأشغال العامة بتوافر العناصر التالية:

- ١- أن يتعلق موضوع العقد بعقار .
- ٢- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي .
- ٣- أن يكون القصد من الأشغال تحقيق نفع عام .

وبتميز عقد الأشغال في أن الإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري في أوسع مدى لها ، إذ تملك سلطة توجيه العمال واختيار طريقة التنفيذ ولها أن تعدل في الشروط الأصلية للعقد بما يحقق المصلحة العامة . (١)

كذلك فإن لها في سبيل تنفيذ عقد الأشغال أن تمنح مقابل الأشغال العامة بعض السلطات والامتيازات التي تخوله تحميل الغير بعض الالتزامات .

مثل السلطات التي تخوله الحق في الاستيلاء المؤقت على بعض العقارات مثلاً.

أو كتلك التي تعفيه من بعض أنواع الضرائب، أو تقرر له معاملة خاصة (امتياز التقاضي).

وفيما يتعلق ببعض الالتزامات التي يتحملها الغير نتيجة للشروط الواردة في العقد يرى الأستاذ "A,De,Laubader" أن أساس تحميل الغير بهذه الالتزامات يرجع إلى القانون ذاته باعتباره المصدر الذي رتب هذه الالتزامات ، وبالتالي يعتبرها من قبيل الارتفاقات القانونية (٢).

١- د. مازن ليلو راضي - الوجيز في القانون الإداري ص ٦. موجود على الموقع الإلكتروني:

academy org .www.ao-

2- Laubadere. A –Traite théorique et pratique des contrats administratifs, T2.
Op, cit, p 93.

أما بالنسبة للحالات التي تمتد إليها آثار العقود الإدارية إلى الغير وتمنحه بعض الحقوق نتيجة لشروط العقد فإنه يرجع ذلك إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كالشروط التي ترد في عقود الأشغال لمصلحة العمال من تحديد ساعات العمل أو التأمين ضد الأضرار التي تلحق بهم (١)

وكان رأي الأستاذ "A,De Laubader" قد تعرض للنقد من جانب الفقه حيث ذهب الفقيه "بيكينو" ، إلى القول بأن الحالات التي ذهب فيها الفقيه "A,De Laubader" للاستناد إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لتبرير امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير يمكن تفسيرها استناداً إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري مثل حالة حقوق مستخدمي المرافق العامة ، ومن ثم فإن الفقيه "بيكينو" يرفض تفسيرها استناداً إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها في القانون المدني. (٢) .

كذلك انتقد الدكتور سليمان الطماوي رأي الفقيه "A,De Laubader" حيث يرى أن فكرة الآثار التي يمكن أن ترتبها العقود الإدارية في مواجهة الغير - سواء كانت حقوقاً أو التزامات - يمكن أن تحل على ضوء الأسس العامة التي تقوم عليها فكرة العقد الإداري ، وهي صلة العقد بالمرفق العام ، وبتحقيق الصالح العام ، هذه الصلة هي التي خرجت بالعقود الإدارية عن القواعد المدنية التقليدية في مجال العقود .

فالشروط التي ترد في العقد الإداري يمكن تقسيمها إلى طائفتين وفقاً لاتصالها بالمرفق العام :

-
- 1- Laubadere. A –Traité théorique et pratique des contrats administratifs, T2. Op, cit, p 87.
 - 2- Pequignot .G . Théorie générale du contrat administratif op ,cit, p567.

١- شروط لا تتصل بالمرفق العام :

وتعرف اصطلاحاً بالشروط التعاقدية ، و القاعدة بالنسبة لهذه الشروط أن آثار العقد تقتصر على أطرافه وفقاً للقاعدة المسلم بها في القانون الخاص إلا إذا تضمنت تلك الشروط نصاً صريحاً يرتب حقاً للغير ففي هذه الحالة يتم تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها في القانون المدني إذا توافرت شروطها (١).

٢- شروط تتصل بتنظيم المرفق العام :

ويطلق عليها الشروط اللائحية وهي التي تعنى بتنظيم المرفق العام ، وقد خرجت بقواعدها عن مثيلاتها في القانون الخاص ذلك لأن تنظيم المرفق العام بطبيعته موضوع إداري ، فإذا وردت بخصوصه بعض الشروط في عقد من العقود فلا يعني هذا أن الإدارة قد تخلت عن وظيفتها في تنظيم المرفق العام للمتعاقد معها ، إنما يكون ذلك ليهتدي المتعاقد بها في تنفيذ التزاماته ، وهو على علم مسبق أن هذه الشروط قابلة لأي تعديل من جانب الإدارة بينما لا يمتلك هو مثل هذا الحق .

وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الإداري المصري بقولها عن الشروط اللائحية:

" إذا قبل المتعاقد هذه الشروط أصبح في مركز تعاقدى شكلاً ، تنظيمي موضوعاً ، ومن هنا ينشأ عن العقود الإدارية مراكز خاصة تختلف تماماً عن تلك التي تنشأ في ظل العقود المدنية " (٢)

١- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٧٥٧.

٢- حكم محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩٩ ق تاريخ ٣٠/٦/١٩٥٧.

وينتهي الدكتور الطماوي إلى القول بأنه:

" يجب التسليم بالطبيعة اللائحية لكافة الشروط المتصلة بتسيير المرافق العامة والتي ترد في العقود الإدارية ومتى سلمنا بهذه الطبيعة اللائحية أصبح من المفهوم لماذا ترتب العقود الإدارية آثاراً في مواجهة الغير في بعض الحالات ذلك أن القرارات الإدارية إنما تعبر عن إرادة الإدارة وحدها ولا تحتاج إلى مصادقة الأفراد على ما ترتبه لهم من مزايا أو ما تفرضه عليهم من أعباء وهذا التكييف ينسجم مع الأحكام الأساسية للعقود الإدارية كما أنه يفسر أثر العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير " (١).

- هذا الرأي لا يمكن اعتماده لتبرير امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير - وخاصة عقود الأشغال العامة - لمخالفته المنطق القانوني السليم حينما يقرر أن جميع العقود الإدارية ذات طبيعة شارعة لأنها تحوي على شروط ذات طبيعة لائحية. فالشروط اللائحية كما نعلم تنتج مراكز عامة ، في حين نجد أن الآثار المتولدة عن عقود الأشغال العامة والتي تصيب الغير لا تتمتع بهذه الخاصية فهي تصيب أشخاصاً محددين ولحالات محدودة أي المراكز المتولدة عنها مراكز شخصية .
- كما أن هذا الرأي يخلط بين العقود الإدارية والقرارات الإدارية ، ويتجاهل كون العقد اتفاق إرادتين ، وليس نتيجة إرادة الإدارة وحدها.

ومن جهتنا نرى أن الآثار المتولدة عن عقود الأشغال العامة يمكن تبريرها كما يلي :

١- د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٧٥٨.

بالنسبة للسلطات الممنوحة للمتعاقد تجاه الغير، تبرر بالطبيعة الذاتية لهذه العقود والتي تمكن الإدارة من تضمين عقودها شروطاً غير مألوفة تعطيها سلطات تجاه المتعاقد

معها كما تمنحها الحق بمد التعاقد ببعض السلطات تجاه الغير ، وسلطتها في ذلك تكون تقديرية استجابة لمقتضيات حسن سير المرفق موضوع العقد .

أما الحقوق الممنوحة للغير بموجب عقد الأشغال فيرتبها القانون ، حيث أنها تكون مفروضة أساساً على الأطراف من مصادر ذات طبيعة لائحية أو تشريعية ، وإدراجها ضمن العقود من قبل الأطراف ، لا يغير من طبيعتها ذات المصدر التشريعي أو اللائحي .

والكلام على عقد الأشغال يستدعي عدم إغفال العقد الثانوي ، أو ما يسمى "التعاقد من الباطن " حيث أن القاعدة الأساسية في هذا التعاقد أن التعاقد من الباطن يظل "غيراً" عن الإدارة صاحبة العمل فلا يرتبط معها برابطة مباشرة لعدم وجود عقد يجمع بينهما.(١)

ولكن خلافاً لما سبق فإن المشرع الفرنسي منح التعاقد من الباطن الحق في الحصول على مستحقاته المالية مباشرة من الإدارة كما منحه الحق في إقامة الدعوى المباشرة في مواجهة الإدارة . (٢)

١- راجع مقال للأستاذ خليل سعيد أبو رجيلي بعنوان عقود الأشغال والامتيازات العامة - مجلة القضاء الإداري في لبنان - المجلد الأول - العدد التاسع - ١٩٩٦ - ص ١٣ .

٢- راجع المادة ١١٧ من المرسوم رقم ٩٧٥ تاريخ ٢٠٠٦/٨/١ . المتضمن قانون المشتريات العامة الفرنسي .

- المشرع السوري منح التعاقد من الباطن أيضاً الحق في الدعوى المباشرة للحصول على مستحقاته مباشرة من الإدارة بموجب نص المادة ٦٢٨ من القانون المدني السوري .

ومن خلال التمعن البسيط نجد أن هذه الحقوق التي اكتسبها المتعاقد من الباطن والتي تشكل امتداداً لآثار عقد الأشغال العامة إلى الغير، لم تكن بسبب العقد الإداري ذاته، إنما رتب بموجب النص القانوني من أجل حماية حقوق هذا المتعاقد وضمان استيفائها وبالتالي فهي حقوق قانونية وليست حقوق عقدية .

ثالثاً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقود الجماعات المحلية إلى الغير :

من المبادئ المستقرة في القانون الإداري أنه لا يجوز توجيه دعوى الإلغاء إلا ضد قرارات الإدارة النهائية دون العقود، وبقيت هذه القاعدة مستقرة إلى أن جاء قانون ١٩٨٢ المعدل والذي ألغى نظام الوصاية على الجماعات المحلية في فرنسا(١).

وقد مثل هذا القانون انقلاباً حقيقياً في المفاهيم المستقرة لقضاء المشروعية ، بحيث لم تعد القرارات الإدارية المتعلقة بإبرام العقد هي التي تقبل الخصومة عن طريق دعوى الإلغاء ، وإنما العقود نفسها .

ويقترح الدكتور مهند نوح تسمية هذه الدعوى التي يمكن توجيهها ضد العقود بدعوى المشروعية الخاصة . (٢)

وبموجب هذه الدعوى أصبح بإمكان الغير المتضرر من جراء عقد أن يخاصم العقود غير المشروعة - عن طريق المحافظ طبعاً - أمام القضاء الإداري . (٣)

١- القانون رقم ٢١٣ / ١٩٨٢ عدل بموجب عدة قوانين ثم ألغيت معظم موادها بموجب المادة الخامسة من القانون رقم ١٤٢ / ١٩٩٦ إلا أن هذه المواد عاد ونص عليها قانون كاليديونيا الجديدة الصادر بالمرسوم رقم ٥٧٩ / ٢٠٠١ .

٢- د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٣٥٣.

٣- سوف نبحت في هذه الدعوى بشيء من التفصيل عند حديثنا عن حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون وذلك في الباب الثاني من هذه الرسالة .

وبذلك يتضح لنا من خلال نص قانون ١٩٨٢/٣/٢ أن الغير المتضرر من عقد من عقود الجماعات المحلية الفرنسية يستمد حقه في الطعن بإلغاء هذا العقد من القانون نفسه ولا شأن للعقد الإداري بهذا الحق لا من قريب ولا من بعيد.

والآن وبعد أن انتهينا من الدراسة التأصيلية لآثار العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير نستطيع القول :

لئن كان العقد الإداري يخضع في أحكامه وآثاره لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا أن القواعد الأخرى التي تحكمه (كقاعدة العقد شريعة المرفق العام) تطبعه بطابع مميز وتجعله ينتج آثاراً خاصة سواء بين طرفيه أو تجاه الغير - وهذا بلا شك يشكل خروجاً عن مبدأ نسبية العقود - .

وستكون الآثار التي يربتها العقد الإداري تجاه الغير متمثلة بجملة من الحقوق والالتزامات محور دراسة الجانب العملي لهذه الرسالة والذي سنتطرق من خلاله إلى البحث في الحالات العملية التي تمتد فيها آثار العقود الإدارية إلى الغير.

الجبَابُ الوَافِي

الْجَانِبُ الْعَمَلِي

صَوَرُ الْمَسْرُورِ الْقَارِ

الْعَفْوُ وَاللَّوْزَةُ إِلَى الْغَيْرِ

الباب الثاني

الجانب العملي

صور امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير

إن طبيعة العقود الإدارية في الواقع تفرض نظاماً قانونياً خاصاً فيما يتعلق بآثارها سواء بترتيب التزامات على الغير أم بإنشاء حقوق لهم ذلك لأن العقد الإداري يبرم لتقديم خدمات أو حاجات عامة للأفراد .

فبالنسبة لإنشاء الحقوق يكون من الطبيعي أن يصب النشاط الحكومي وأهداف العقود في مصلحة المجموع ، وذلك في الحالات التي لا يمكن - من الناحية العملية - للإدارة أن تتعاقد فيها مع كل فرد على حده بغية تقديم الخدمة له بصورة مباشرة ، فتبرم العقد الإداري مع أحدهم ليقوم هو بتقديم الخدمة إلى من هو راغب فيها فتنشأ للكل وهم غرباء عن العقد حقوق من ذلك العقد .

أما الالتزامات التي يفرضها العقد الإداري على الغير فتتمثل بمقدار ما يمكن استعماله من سلطات عليهم .

ذلك لأن العقد الإداري يتصل بتسيير مرفق عام والمتعاقد مع الإدارة يساهم - بدون شك - في تسيير هذا المرفق ، والإدارة قد ترى منح المتعاقد معها - لاسيما ملتزم المرفق العام - بعض السلطات التي تخوله فرض بعض الأعباء على الأفراد بالرغم من أنهم يعتبرون من قبل الغير بالنسبة إلى العقد الإداري ، من أجل ضمان تنفيذ العقود الإدارية على أكمل وجه .

وبناء على ما تقدم سنقسم دراستنا إلى فصلين نتناول في الأول منهما الالتزامات التي يفرضها العقد الإداري على الغير وفي الثاني الحقوق التي يمكن للغير أن يستمدّها من العقد الإداري وفق ما يلي :

الفصل الأول : تحميل الغير بعض الالتزامات .

الفصل الثاني : منح الغير بعض الحقوق.

الفصل الأول

تحميل الغير بعض الالتزامات

إن العقد الإداري بحكم اتصاله بنشاط المرافق العامة يؤدي أحياناً فرض أعباء على أشخاص ليسوا أطرافاً فيه ، ذلك لأن نشاط المرافق العامة يمس بشكل أو بآخر مظاهر النشاط الفردي .

عرفت هذه الظاهرة منذ زمن طويل . حيث كانت السلطة الإدارية تقدم للملتزم التسهيلات اللازمة من أجل القيام بالأعمال الضرورية لإدارة المرفق واستغلاله كما منحتة الترخيصات اللازمة ، و سمحت له باستخدام الطريق العام أو الأموال العامة التي يلزم استعمالها لإدارة المرفق .

إلى جانب ذلك كله خولته الإدارة سلطات إدارية للقيام بالإنشاءات اللازمة للمرفق من نحو نزع الملكية ، وحق تحرير محاضر للمخالفات ، وتقديم القروض ، و كما ضمنت له - أحياناً - أرباح القروض التي يعقدها ، كذلك تعهدت له بالألا تسمح لفرد آخر بأن يزاول ذات النشاط الذي يزاوله،أو ربما كفلت له ربحاً معيناً الخ.

ولقد اعترف القضاء الإداري الفرنسي بهذه الظاهرة القانونية ، وعدّ هذه الشروط من قبيل الشروط التعاقدية التي لا تملك الإدارة المساس بها بإرادتها المنفردة .

وللفائدة العلمية والعملية سوف نقوم بدراسة هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث نناقش فيها ما سبق ذكره بشيء من التفصيل وفق ما يلي :

المبحث الأول : تفويض المتعاقد مع الإدارة ممارسة بعض السلطات قبل الغير .

المبحث الثاني : امتياز التقاضي .

المبحث الثالث : استثناء المتعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة .

المبحث الأول

تفويض المتعاقد مع الإدارة ممارسة بعض السلطات قبل الغير

ينظم القانون العام روابط الأفراد بالهيئات العامة ، وروابط الهيئات العامة مع بعضها هذا القانون الذي يشمل فيما يشمله : القواعد الدستورية والحريات العامة والنظم الإدارية والمالية والنظم القضائية الخ .

وقد كان من المتفق عليه دائماً أن بعض الموضوعات في القانون الإداري خارجة عن نطاق التعاقد أي لا يمكن أن تكون محلاً لعقد بين الإدارة والأفراد ، هذه الموضوعات غير منظمة بقائمة وإنما يمكن استخلاصها من اجتهادات تقليدية تجد سندها فيها، نذكر منها تنظيم المرافق العامة وممارسة الاختصاصات الإدارية....الخ.

لكن خلاف ما تقدم سنجد أن الإدارة العامة في نطاق العقود الإدارية يمكن أن تسمح للمتعاقد معها أن يمارس بعض اختصاصاتها التي تظهر فيها بمظهر السلطة العامة وذلك من أجل ضرورة سير المرفق العام بصفة منتظمة ودائمة، مع مراعاتها لفرضية أن الاختصاص ليس حقاً لصاحبه يتصرف به كيف يشاء وإنما وسيلة لممارسة وظيفة.

ومن هنا جرى التمييز بين الاتفاقات التي تتخلى فيها سلطة ما عن اختصاصها بتنازلها عن ممارستها بتفويض هذا الاختصاص لشخص ثالث ، وبين تلك التي يجب عليها أن تضطلع بها بمفردها كالاتزام باتخاذ قرار ما .

وعملياً تتبدى ممارسة المتعاقد مع الإدارة لبعض اختصاصاتها من خلال :

المطلب الأول : حق المتعاقد في الحصول على مقابل من الأفراد .

المطلب الثاني : استئثار المتعاقد مع الإدارة باستعمال المال العام .

المطلب الثالث : منح المتعاقد استعمال سلطة الضبط الإداري .

المطلب الرابع : تحويل المتعاقد سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة .

المطلب الأول

حق المتعاقد في الحصول

على المقابل المالي من الأفراد

لئن كانت الإدارة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة من وراء إبرامها العقود الإدارية إلا أن المتعاقد معها يقصد تحقيق هدف آخر من التعاقد هو الحصول على المقابل المالي المتفق عليه ، حيث يعتبر هذا العوض سنده في تغطية ما تحمله من نفقات وما يأمله من ربح.

وتتنوع صور المقابل المالي المستحق للمتعاقد في العقود الإدارية فقد يكون ثمناً للبضاعة الموردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها ... الخ .

وبميز الفقه بين نوعين من المقابل المالي وذلك وفقاً لنوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها :

١- فإذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة فإن الإدارة هي التي تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد ، ويأخذ المقابل في هذه الحالة صوراً مختلفة وفقاً لطبيعة العقد ، فهو ثمن في عقود التوريد ، ومرتب في عقود التوظيف و ما شابهها وفائدة في عقود القرض ... الخ .(١)

١- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٨١ .

٢- أما إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور مباشرة كما هو الحال في عقد الالتزام فيحصل على المقابل النقدي من جمهور المنتفعين.

ويتمثل هذا المقابل في عقود الالتزام في صورة أتاوات ، يسمح له بفرضها مانح الالتزام على جمهور المنتفعين من خدمة المرفق ، وذلك بموجب عقد الالتزام، ويطلق على هذه الأتاوات مصطلح الرسم .

هذا وقد كان تحديد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم موضع جدل أثير بين الفقهاء ، لذا سنستعرض الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم في عجلة سريعة قبل التصدي لدراسة الأحكام المنظمة للرسم .

أولاً: الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم:

اختلف الفقهاء الفرنسيون في تحديد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم، فرأى البعض أن الشروط المتصلة بالرسم تعتبر من قبيل الشروط التعاقدية وبالتالي يكون مصدرها العقد المبرم بين الملتزم والإدارة .(١)

هذا الرأي رأي قديم ومهجور حالياً ذلك لأن الرأي السائد فقهاً وقضاء في الوقت الحاضر يذهب إلى اعتبار الشروط المتصلة بالرسم من قبيل الشروط اللائحية ، وهذا يعني أن جهة الإدارة باعتبارها سلطة عامة تتفرد بوضع هذه الشروط مما يمنحها قوة القانون ، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها زيادة أو نقصان وكل اتفاق مخالف لها يعد باطلاً . (٢)

1- Laubadere.A,Delvolve.P,Moderne.F.op.cit. p104.

٢- راجع رأي الفقيه "Madiot" مشار إليه لدى أ. د. محمد الحسين ، د.مهند نوح المرجع السابق - ص ٩٦ .

فريق ثالث وجد أن هذه الطبيعة لا يمكن أن تكون إلا مختلطة بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة اللائحية :

١- حيث تعتبر الشروط المتعلقة بالرسم ذات طبيعة لائحية في علاقة كل من الإدارة والملتزم بالمنفعة ذلك لأن المصلحة العامة تحتم تدخل الإدارة في مجال تحديد الأسعار التي يلتزم بها المنفعة على اعتبار أنها القوامة على تحقيق النفع العام .

٢- أما في علاقة الإدارة بالملتزم فيذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الشروط المتصلة بالرسم تتسم بالطابع التعاقدية .

يجد هذا الرأي سنداً له ضمن الاجتهادات القضائية، فمجلس الدولة الفرنسي يقر بأنه: "ضمن العلاقات بين المانح والملتزم يكون دفتر الشروط عقداً ، في حين أن هذا الدفتر نفسه يملك قيمة اللائحة في مواجهة المنفعة ، خصوصاً ضمن أحكامه المتعلقة بتحديد الرسم " (١)

و قد حسم المشرع المصري أي جدل يمكن أن يدور حول الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم ، مقررًا أن هذه الشروط ذات طبيعة لائحية :

"المانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المصلحة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٨/٦/٢٨ في قضية " Picard " مذكور عند د. مهدي نوح - الرسالة السابقة - ص ٢٠٧ الهامش .

الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل (١)

كذلك أضاف القانون المدني السوري الصفة اللائحية على الشروط المتعلقة بتعريف الرسم الذي يتقاضاه الملتزم من خدمات المرفق محل الالتزام فبين أنه متى استوفت الأسعار الشرط الأساسي وهو إقرار السلطة الإدارية لها، كان لها قوة القانون في جميع العقود التي يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق، الحاليين منهم واللاحقين. ولا يجوز للمتعاقدین، الملتزم والمتنفع ، أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذي أقرته السلطة الإدارية لا بالزيادة ولا بالنقصان. ولا يستثنى من ذلك إلا حالة واحدة وهي المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (٦٣٦ مدني سوري).

وبترتب على ذلك أنه إذا انحرف المتعاقدان عن هذه الأسعار فاتفقا على ما يخالفها، زيادة أو نقصاناً، كان الاتفاق باطلاً ووجب التقيد بالأسعار المقررة.(٢)

إذاً فيمكن لجهة الإدارة أن تعدل القوائم الخاصة بالأسعار بإرادتها المنفردة ودون حاجة لموافقة الملتزم ، ولكن في المقابل يبقى للملتزم الحق في الحصول على التعويض المناسب إذا لحقه ضرر بسبب هذا التعديل .

-
- ١- راجع نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لعام ١٩٤٧ .
 - راجع كذلك المادة ٦٧١ من القانون المدني المصري .
 - راجع أيضاً في هذا الموضوع د. سليمان الطماوي - نشاط الإدارة - الطبعة الثانية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٥٤ ص ٤٥ .
 - ٢- فقد جاء في المادة ٦٣٧ من القانون المدني السوري :
 - ١- يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على ما يخالفها .
 - ٢- ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها ...

ثانياً : الأحكام المنظمة للرسم :

إن الأحكام المنظمة للرسم تشتمل بصفة أساسية على نوعين من القواعد : قواعد تحدد الرسم وقواعد تتعلق بشروط وكيفية تعديله .

١- القواعد التي تتعلق بتحديد الرسم :

يتم عادة تحديد الرسم المقرر للمتعاقد ضمن عقد الالتزام ، وتملك الإدارة الحرية في وضع قوائم الأسعار والتي على الملتزم التقيد بها تجاه جمهور المنتفعين من خدمات المرفق ، وقد جرت العادة على أن تتولى الإدارة بنفسها تحديد الرسم بعد استشارة الملتزم وإن كانت الاستشارة لا تسبغ الطابع التعاقدي على الشروط المتصلة بتحديد الرسم ، وذلك بحسب رأي للفقهاء "Laubadere" :

" إن موضوع الشروط هو الذي يحدد طبيعتها القانونية بصرف النظر عن طريقة إعدادها." (١)

وقد تحدد الإدارة الرسم بصورة قاطعة وبدون استشارة الملتزم .

- هذا وقد ترد على حرية الإدارة والملتزم قيود معينة فيما يتعلق بتحديد الرسم :

أ- قد يحدد الرسم بصورة قاطعة حينما يتدخل المشرع ويفرض على الملتزم صراحة السعر الذي يتعين عليه أن يقدم به الخدمة للمنتفعين ، كما لو حدد سعر الكهرباء أو الغاز.....الخ. فحينئذ لا تستطيع الإدارة ولا الملتزم الخروج عن نصوص

1- Laubadere. A –Traité théorique et pratique des contrats administratifs, T2.
Op, cit, p 276 .

و يمكن أن يمنح المشرع هذه العملية بعض المرونة حيث يضع حداً أقصى لأرباح الملتزم لا يحق له تجاوزه ، هذا ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون المصري رقم ١٢٩ لعام ١٩٤٧:

"لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك المال وما زاد على من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن عشرة بالمائة ، وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي عشرة بالمائة من رأس المال ويستخدم ما يتبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام". (٢).

ب- على أطراف العقد مراعاة مبدأ مساواة المنتفعين عند تطبيق التعريف فيما بينهم في معرض علاقتهم بالمرفق العام محل الالتزام ، ويمثل هذا المبدأ أحد القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة وتجد تلك القاعدة تطبيقاً لها فيما يتعلق بضرورة التسوية بين المنتفعين عند تطبيق تعريف الرسم ذاتها التي يقررها عقد

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم ٢٨٩٧٧٦ الشركة الفرنسية للوقود تاريخ ١٠/١٢/٢٠٠٧ على موقع مجلس الدولة السابق.

٢- إلا أن إطلاق هذا المبدأ بدأ يخف في فرنسا الآن إذ تميل الدولة أحياناً إلى ترك الحرية في تحديد الأسعار إلى الملتزم لزيادة الشعور بالمسؤولية ومن أمثلة ذلك سكك حديد فرنسا وشبكات الطرق .
د. محمد فؤاد عبد الباسط - أعمال السلطة الإدارية - دار الفكر العربي - الإسكندرية - ص ٥١٠.

إلا أن مبدأ المساواة هذا قد ترد عليه بعض الاستثناءات ، تسمح بتخفيض هذه الرسوم لبعض فئات من الأشخاص أو تعفيهم منها ، ويشترط لصحة هذه الاستثناءات ألا تمنح لأشخاص بذاتهم ، بل لمجموعة تتوافر فيهم شروط معينة(٢).

إذا فلا يقصد بالمساواة بين المنتفعين المساواة المطلقة ، إنما المقصود توحيد المعاملة فيما بينهم متى تماثلت ظروفهم ومراكزهم القانونية ، ومن ثم يمكن التمييز في المعاملة إذا اختلفت الظروف والمراكز القانونية ، وبناء على ذلك يمكن تغيير الرسم باقتضاء رسوم إضافية حسب نوع الخدمة المقدمة فيما إذا كانت عادية أو ممتازة أو مستعجلة .

١- راجع المادة ٦٧٠ من القانون المدني المصري .

- تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٣٦ من القانون المدني السوري على :

"١- إذا كان ملتزم المرافق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور .

لكن يجب ألا يفهم من هذه المادة أن التزام المتعاقد بتحقيق المساواة بين المنتفعين مطلوب فقط في حالة توافر الاحتكار القانوني أو الفعلي للمتعاقد ، ذلك لأن مبدأ المساواة يهيمن على المرافق العامة ويجب مراعاته في جميع الأحوال .

٢- المادة ٦٣٦ / ٢ من القانون المدني السوري تنص على :

"و لا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، لكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين ."

٢- القواعد التي تتعلق بتعديل الرسم :

وفي هذا المجال يثور التساؤل عن مدى سلطة كل من قاضي العقد، والإدارة والملتزم، في تعديل الرسم ، وعن الحدود الضابطة لهذه السلطة .

- لما كان العقد شريعة المتعاقدين فليس لقاضي العقد تبعاً لذلك أن يتناول بالتعديل الشروط المتصلة بالمقابل المالي للمتعاقد والتي كانت محلاً لرضا الطرفين ، وبناء على ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن قاضي العقد لا يملك المساس بالشروط المتعلقة بالرسم بهدف تعديل أحكامها . (١)

وفي حال نشب خلاف بين الإدارة والملتزم حول زيادة الرسم المقرر في العقد لمواجهة ظروف جديدة فإن قاضي العقد لا يستطيع أن يحل محلها في هذا المجال إلا إذا كان عقد الامتياز ينص على قواعد تتضمن تغيير الرسم تغييراً تلقائياً وفقاً لتغير الظروف المحددة بمقتضى العقد . (٢)

- أما بالنسبة لسلطة الإدارة في تعديل الرسم فمن المسلم به أن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تتفق مع الملتزم على زيادة الرسم لمواجهة ظروف جديدة ، ففي حال رغب المتعاقد في رفع مقابل الالتزام وجب عليه أن يخطر الإدارة بهذه الزيادة ومقدارها سلفاً ، و الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية بشأن قبول طلب الزيادة المقدم من المتعاقد أو رفضه ، لكن في بعض الحالات قد يؤدي إصرار الإدارة على الرفض

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Société Dezellus" الصادر في ٢٩/٩/٢٠٠٠ مشار

إليه على الموقع [fr . Wikipedia .org](http://fr.wikipedia.org)

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Tramways de Saint" الصادر في ٣٠/٦/١٩٣٧ مشار

إليه لدى د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٠٩.

تعنتاً إلى تقرير خطأ الإدارة وإلزامها بتعويض المتعاقد (١). وفي حال أخطرها المتعاقد ولم ترد خلال فترة زمنية معقولة ، كان له أن يطبق الزيادة ، وهذا لا يضر الإدارة حيث أنها تملك الحق في التعديل إذا رأت موجب لذلك (٢).

لكن بأي حال لا يحق للملتزم أن ينفرد في زيادة الرسم دون أن يخطر جهة الإدارة بذلك وإلا جاز للإدارة أن تطالبه برد ما تقاضاه من المنتفعين.

عالج مجلس الدولة المصري هذه الحالة في فتوى له جاء فيها :

"ولما كانت الشركة قد حصلت الزيادة قبل أن تنبه جهة الإدارة وكان من المستحيل رد ما حصلت عليه الشركة بزيادة الأجور من المنتفعين إليهم ، فإنه لا يكون من سبيل آخر إلا بردها لخزانة الحكومة ، على أن يبقى مبلغاً قائماً بذاته تخصص حصيلة استثماره في تحسين سير المرفق " (٣)

وبالمقابل يحق للإدارة أن تعدل الشروط المتعلقة بالرسم بشكل منفرد و رغماً عن إرادة الملتزم في حال تطلبت المصلحة العامة ذلك التعديل (٤).

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Ste. La fusion des gas" الصادر في ١٤/١/١٩٥٥

مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٠٩.

٢- راجع المادة ٦٣٦ من القانون المدني السوري و المادة ٦٧٠ من القانون المدني المصري .

- راجع كذلك : Laubadere .A.Delvolle.P, Moderne.F.op.cit.p394.

٣- فتوى مجلس الدولة المصري بتاريخ ١٥/١٢/١٩٥٦ مذكورة عند عبد الهادي عباس- المرجع السابق- ص ٣٤٠.

٤- راجع المادة ٦٣٧ من القانون المدني السوري والمادة ٦٧١ من القانون المدني المصري والمادة

الخامسة من القانون المصري رقم ١٢٩ لعام ١٩٤٧.

إلا أنها لا تستطيع أن تمس المزايا المالية الأخرى- غير الرسوم- المقررة للملتزم بمقتضى العقد ، كما لو ضمنت الإدارة حداً أدنى من الربح للملتزم أوتعهدت له بسلفة مالية ، أو بضمانة لدى بنك من البنوك ... الخ (١).

وبالنتيجة يمكننا القول : إن مراعاة الإدارة لحق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي لئن كان يشكل قيداً على الغير ، إلا أنه بالمقابل يعود بالفائدة على المتعاقد والإدارة معاً .

فعدم مراعاة الإدارة لحقوق المتعاقد معها (وخصوصاً المالية) سوف يؤدي إلى إحجام الأفراد عن التعاقد معها وإلحاق الضرر بالمرافق العامة ، فالمتعاقد تاجر وهو يسعى إلى الربح المقابل لرأس ماله المستغل في المرفق والإدارة لا تضمن له حقوقه المالية فقط بل تمنحه حقوقاً أخرى لتضمن فيها التنفيذ السليم من جانبه ، كاستثنائه باستعمال المال العام .

١- راجع المادة ٨٧/٣ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٩٧٥/٢٠٠٦.

المطلب الثاني

استئثار المتعاقد مع الإدارة باستعمال المال العام

من السلطات الممنوحة للمتعاقد في مجال العقود الإدارية استئثاره باستعمال جزء من المال العام تمشياً مع متطلبات تنفيذ هذه العقود .

وكما نعلم أن أموال الدولة تقسم إلى نوعين : أموال خاصة وتكون مملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بغرض استغلالها واستثمارها لإنماء موارد الدولة ويطلق عليها في فرنسا تسمية " الدومين الخاص " ، هذه الأموال يمكن أن تكون محلاً للتصرف من قبل الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ذلك لأن حق الدولة على هذه الأموال هو حق ملكية.

وأموال عامة ، وهي الأموال المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بالفعل أو بمقتضى القانون ، وتخصص للنفع العام ولا يجوز من حيث المبدأ التصرف بها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم وتسمى "الدومين العام".(١)

-
- ١- د. نوفل علي عبد الله الصفو - تكييف حق الدولة على الأموال العامة - مقال منشور في مجلة الأمن والقانون تصدر عن أكاديمية شرطة دبي السنة ١٢ العدد الأول ٢٠٠٤.
- راجع كذلك د. حسني درويش عبد الحميد نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - رسالة دكتوراه - دار الفكر العربي القاهرة - ١٩٨١ ص ٤٨.
- راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم ٢٧٤٦٦٤ في ٢٠٠٦/٧/١١ والمتعلق بالحفاظ على الملكية العامة ، وعدم التصرف بها على الموقع الإلكتروني للمجلس - سبق ذكره ..

وإن كانت الدولة تملك حق ملكية على أموالها الخاصة ، إلا أن بعض الفقهاء أنكروا عليها هذا الحق بالنسبة لأموالها العامة ، الأمر الذي أثار جدلاً و خلافاً بين الفقهاء حول تكيف حق الدولة والأشخاص المعنوية العامة على المال العام، ويمكن رد هذا الاختلاف إلى اتجاهين رئيسين :

الأول : ساد هذا الرأي في القرن التاسع عشر ، و يتجه أصحابه إلى إنكار ملكية الدولة والأشخاص المعنوية العامة للأموال العامة ، حيث يرون أن هذا الحق ليس حق ملكية ، بل هو ولاية إشراف وحفظ وصيانة لمصلحة الناس جميعاً (١).

أول من تبني هذا الرأي هو الفقيه (برودون) حينما وضع كتابه المعروف في الدومين العام ، إذ عد الدومين العام دومين حماية لا دومين ملك - في معرض تمييزه بين الدومين العام و الدومين الخاص - وأن الدولة تحوزه باسم الجمهور ولمصلحته وهي تنوب عنه في حفظ المال العام وصيانته ، وبالتالي فإن حق استعمال المال العام يكون للناس كافة لا للدولة ، وليس للدولة أن تستغل المال العام أو تتصرف به.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن مالك الشيء يختص به ويقتصر الانتفاع به على شخصه ، وهذا لا وجود له في المال العام لأن الانتفاع به يكون للكافة ولا ينحصر في شخص معين (٢).

غالبى بعض الفقهاء في رأيهم فذهبوا إلى القول أن الدولة لا يمكن أن تكون صاحبة الحقوق ، وعليه لا تكون مالكة للمال العام لأنهم لا يعترفون بالشخصية المعنوية

١- د. سليمان الطماوي- مبادئ القانون الإداري - أموال الدولة وامتيازاتها - دار الفكر العربي -

القاهرة ١٩٧٩ - ص ٣٨ .

٢- راجع د. نوفل علي عبد الله الصفو - المقال السابق .

للدولة أصلاً.(١)

أما الرأي الثاني - والذي اعتمده جانب كبير من الفقه - فيرى أصحابه أن حق الدولة على المال العام هو حق ملكية حقيقية لا مجرد ولاية إشراف وحفظ ، إلا أنه لما كانت هذه الملكية وثيقة الصلة باعتبارات المصلحة العامة مع تأثيرها بأحكام القانون العام فإنهم يسمون الملكية في هذا المجال بالملكية الإدارية تمييزاً لها عن الملكية العادية من أجل إظهار الخصائص التي تميز نطاق كل منهما عن الآخر .(٢) تأثر الفقه المصري في ظل التقنين القديم بالرأي الأول فقد ذهب الفقهاء في عهد هذا التقنين إلى إنكار ملكية الدولة للمال العام ، والقول أن حقها على المال يتمثل بولاية إشراف وحفظ وصيانة(٣) .

١- راجع رأي الفقيهين (ديجي وجيز) مشار إليه لدى د. إبراهيم عبد العزيز شيجا - أموال الإدارة العامة - منشأة المعارف - الإسكندرية - بلا تاريخ - ص ١١٧ .

- راجع كذلك :

- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit,323.

٢- راجع بشأن ذلك آراء الفقهاء Bonnard ,WALINE , A,De ,Laubadere . حيث أن بعضهم رأى أن ملكية الدولة للمال العام ملكية اجتماعية تختلف عن الملكية الفردية في أنها تترك للغير الانتفاع بالمال مع احتفاظ صاحبه بملكيتها . إلا أن هذا التمييز لا يصدق إلا على الأموال المخصصة لخدمة الجمهور مباشرة دون التخصص لخدمة المرافق العامة والتي تقوم الدولة باستعمالها بوصفها مشرفة على هذه المرافق .

كما وجد آخرون أن هذا الحق هو حق ملكية لكنه مثقل بحق ارتفاق لمصلحة الجمهور بالنسبة للمال المخصص لخدمته ، ولمصلحة الدولة بالنسبة إلى المال المخصص لخدمة المرافق العامة . راجع هذه الآراء عند د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٤ - ص ٢٠٧-٢٠٩ .

٣- د. إبراهيم عبد العزيز شيجا - المرجع السابق - ص ١٣٠ - ١٣٣ .

إلا أنه يصعب القبول بهذا الرأي وخاصة فيما يتعلق بالأموال المخصصة لخدمة المرافق العامة لأن ذلك يعني استفادة الدولة من حق ارتفاق يثقل الأموال المملوكة لها .

في حين اتجهت معظم آراء الفقه الحديث إلى تأييد الرأي القائل بملكية الدولة للمال العام.(١)

ويمكن القول : إن الخلاف الذي شهده الفقه المصري حول تكييف حق الدولة على الأموال العامة والذي أتى نتيجة عدم تحديد المشرع للاتجاه الذي يؤيده بشكل قاطع يصدق القول به بالنسبة للتشريع السوري ، إلا أننا نستطيع أن نستشف من القوانين الخاصة النازمة لأحكام الأملاك العامة(٢) أن المشرع السوري انحاز إلى رأي مثبتتي ملكية الدولة للأموال العامة.

ويترتب على تقرير حق ملكية الدولة للأموال العامة النتائج التالية :

١- تعدد المال العام :

يترتب على القول بملكية الدولة للمال العام ، تعدد المال العام بتعدد الأشخاص الإدارية التي تملك المال العام ، فيكون لكل شخص مال عام يملكه مستقل على

١- راجع المادة ٨٧ مدني مصري و المادة ٩٠ من القانون المدني السوري والتي تنص على أن: "تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة " من الواضح من هذا النص أن حق الدولة على الأموال العامة هو حق ملكية بدليل حرف اللام في " للدولة " إذ أنه من المسلم به لغة أن اللام تفيد التملك

٢- وإلى جانب هذا النص يوجد تشريعان مهمان ينظمان أحكام أملاك الدولة في سورية :
أحدهما القرار ١٤٤ المؤرخ في ١٠/٦/ ١٩٢٥ ، والثاني القرار ٣٢٠ المؤرخ في ٢٦/٥/ ١٩٢٦. وقد أطلق المشرع على الأول تسمية "نظام الأملاك العامة " وعلى الثاني " نظام المحافظة على مياه الأملاك العامة " .

المال العام المملوك للأشخاص الإدارية الأخرى ، ولا يمكن القول بأن المال العام واحد وتملكه الدولة كشخص اعتباري عام ، ودليل ذلك أنه في حالة "مبادلات الأموال العامة " إذا رغب أحد الأشخاص الإدارية أن ينقل ملكية المال العام من ذمته إلى ذمة شخص إداري آخر _ كتحويل ملكية مشفى تابع لأحد الأشخاص الإدارية إلى شخص إداري آخر - لا بد من التراضي بين الشخصين العاملين صاحبي الشأن ، ومقابل عوض وإلا فإذا كان الدومين العام واحداً يكفي عندئذ صدور قرار إداري لإجراء النقل ودون الحاجة لتعويض الشخص الإداري الذي تجرد من ماله .(١)

٢- تقرير سلطات للدولة على المال العام :

يرتب حق الملكية لصاحبه - كما نعلم - سلطات واسعة من الاستعمال والاستغلال وحتى التصرف.

لكن في نطاق القانون العام سنجد أن حق الملكية حق مقيد بتخصيص المال للمنفعة العامة (٢)، لذلك فإن سلطات الشخص الإداري على المال العام تنحصر بالاستعمال والاستغلال، أي بإدارة المال العام دون التصرف فيه ولذا سمي بحق ملكية إدارية(٣).

- كذلك فإن المادة الأولى من قانون المناجم رقم ٧ لعام ١٩٥٣ و المادة الرابعة من قانون الآثار رقم

٢٢٢ لعام ١٩٦٣ أشارتا صراحة إلى أن المناجم والآثار هي ملك للدولة .

١- راجع . عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص ١٤٧ .

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٩٢٧ تاريخ ٢٨/٣/٢٠٠١ السنة ٤٤٤ ق على الموقع السابق .

٣- راجع المادة ٢/٩٠ من القانون المدني السوري .

فحق الملكية الإدارية إذاً هو الذي يعطي الأشخاص العامة الحق في أن تتنازل برضاها عن بعض السلطات الممنوحة لها على المال العام الذي تملكه فتسمح لأحد الأفراد باستعمال أو استغلال جزء منه(١).

واستعمال الأفراد للمال العام استعمالاً خاصاً يمكن أن يتبدى في إحدى صورتين :

١- التراخيص الإدارية :

تستطيع الإدارة مالكة المال العام أن ترخص للأفراد باستعماله استعمالاً فردياً بقرار يصدر بإرادتها المنفردة (٢) .

ويمتاز هذا الترخيص بالتوقيت والقابلية للإلغاء من جانب الإدارة دائماً وفي كل وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة و دون أن يحق لصاحب الترخيص المطالبة بالتعويض(٣).

ويتخذ هذا الاستعمال إحدى صورتين :

- الاستعمال الذي لا يتطلب اتصالاً دائماً بالدومين العام ، وهو الاستعمال الغالب وصورته الشائعة الإذن للعربات بالوقوف في مواضع معينة من الطرق العامة ، وللباعة بنصب أكشاكهم أو عرض بضاعتهم في أجزاء من المال العام.(٤)

1- Laubadere.A.Delvolve.P,Moderne.F.op.cit.p326 .

٢- راجع في القانون السوري المادة ١٤ من القرار ١٤٤/١٩٢٥

- راجع المواد من ٥٣-٥٦ من قانون الدومين العام الفرنسي

٣- راجع المادة ١٨ من القرار السابق ١٤٤/١٩٢٥.

٤- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٧٢ في القضية رقم ١٦٤٥ تاريخ

٢٠/٥/٢٠٠٥ منشور في مجلة المحامون العدد ١٠٢ لعام ٢٠٠٦ ص ١٦٣.

- الاستعمال الثاني الذي يقتضي أكثر دواماً ومثاله السماح لبعض شركات الامتياز بمد أسلاك تحت أرضية الشارع بقصد توصيل الكهرباء أو الماء أو مد خطوط الهاتف... الخ (١)

ويترتب على هذا الفارق بين الصورتين أن الاختصاص بمنح الاستعمال الخاص في الحالة الأولى يكون لجهات الضبط الإداري أما في الحالة الثانية فإن الجهة التي يتبعها الدومين العام هي من تمنح الترخيص ، ويعد المرخص له باستعمال المال العام في مركز تنظيمي يخضع للقواعد والإجراءات التي تضعها الإدارة المرخصة . لذلك كان لجهة الإدارة الحق في سحب هذا النوع من الترخيص دائماً وفي كل وقت تقتضيه المصلحة العامة .

٢ - العقود الإدارية :

يمكن للإدارة أن تبرم عقداً مع أحد الأفراد يكون له بمقتضاه دون غيره حق استعمال المال العام استعمالاً خاصاً (٢).

هذه الصورة الأكثر شيوعاً نجدها في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، حيث تمنح الإدارة الملتزم أو المقاول حق استخدام الطرق العامة وشغلها من أجل تنفيذ المشروع الموكل إليه (٣).

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Société EDA" تاريخ ١٩٩٩/٣/٥ مذكور على موقع مجلس الدولة السابق.

٢- د. حسني درويش عبد الحميد - المرجع السابق - ص ٤٩ .

٣- نصت المادة ١٥ وما يليها من القرار ١٤٤ / ١٩٢٥ على كيفية إعطاء الامتيازات ورخص الأشغال.

- راجع كذلك المادة ٥٧ من قانون الدومين العام الفرنسي.

فأمامنا عنصران أحدهما عقد الالتزام ، والآخر الترخيص بشغل المال العام في سبيل تنفيذ عقد الالتزام (١)، وهذا الترخيص بلا شك يمنح المتعاقد احتكاراً بشغل المال العام إما بحكم الواقع أو بموجب عقد الالتزام ، ويشكل في الوقت ذاته قيداً على باقي الأفراد بعدم استخدام هذا الجزء من المال العام ويحرمهم من الانتفاع به.

وبالمقابل يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في اتخاذ الإجراءات القانونية لمنع الغير من التعرض لهذا الجزء من المال العام المرخص له استعماله ، فيلجأ إلى دعاوى وضع اليد في مواجهة سائر الأفراد الذين ينازعونه هذا الحق.(٢)

ونذكر أخيراً أن المرخص له بشغل جزء من المال العام يلتزم في نهاية المدة المحددة برده إلى الحالة التي كان عليها وقت الترخيص ، وهذا يتطلب منه رفع المنشآت التي شيدها على المال العام وتحويل ما ينجم عن أعمال الهدم(٣).

ومن الملاحظ عملياً أن الملتزم يسعى للحصول على حق ارتفاق على الدومين العام ليضمن لنفسه على الأقل احتكاراً فعلياً عن طريق احتكار استعمال الدومين العام لتنفيذ عقده ، إلا أن الإدارة تستطيع طبعاً إلغاء هذا الاحتكار إذا

١- والترخيص بموجب عقد يتسم أيضاً بالتوقيت وينتج عن ذلك أن الإدارة تستطيع فسخ العقد ، كما أن لها الامتناع عن تجديده . راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٢/١٢/١٩٩٧ في قضية : "Ville de Cannes , req"

٢- راجع محمد فؤاد عبد الباسط - أعمال السلطة الإدارية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ١٩٨٩ - ص ٥١٠ . انظر كذلك - د. محمد وحيد الدين سوار - الحقوق العينية الأصلية - الطبعة الثامنة - مطبعة الداوودي - ٢٠٠٠ ص ١٠٢ وما بعدها .

٣- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٣/٥/١٩٩٧ في قضية وزير الثقافة ورابطة الدفاع التويلري المذكور على موقع مجلس الدولة الفرنسي .

اقتضت المصلحة العامة ، لذلك نرى أن استعمال الدومين العام من قبل المتعاقد لا يحرم المواطنين من استخدام المال العام وإنما ينظم استخدامهم لهذا المال المرتبط بالمرفق موضوع العقد.

المطلب الثالث

منح المتعاقد استعمال سلطة الضبط الإداري

يعرف الضبط الإداري بأنه مجموع الصلاحيات والسلطات التي تملكها هيئات الضبط الإداري العام وتفرضها على الأفراد بقصد تنظيم أنشطتهم أو حرياتهم العامة للمحافظة على النظام العام بمدخلواته الثلاثة : الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة (١).

ويتم ذلك عن طريق تنظيم الأنشطة الفردية أو الحريات دون تحديد في بعض الحالات أو تقييدها في حالات أخرى ، باشتراط الحصول على ترخيص مسبق من الإدارة قبل ممارسة هذه الأنشطة أو إخطارها مسبقاً قبل ممارستها بقصد عدم

١- عرف الأستاذ " Vedel " الضبط الإداري بأنه : "مجموعة الأنشطة الإدارية التي يكون موضوعها إصدار قواعد عامة وتدابير فردية تكون لازمة لحفظ النظام أي الأمن والسكينة والصحة العامة " راجع في الموضوع د. حلمي الدقوقي - رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري - دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية - ١٩٨٩ ص ١٢٢. راجع أيضاً في الموضوع : د. عادل السيد محمد أبو الخير- البوليس الإداري- دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠٨ ص ١٢٦.

الإخلال بالنظام العام أو الإضرار بحريات الأفراد الآخرين.(١)

والى جانب الضبط الإداري العام يبرز الضبط الإداري الخاص و يتميز بأن له نظاماً قانونياً خاصاً في مجالات محددة بالذات يكون موضوعها خارج الأطر الثلاثة (الأمن والصحة والسكينة) مثل ضابطة السير ، شرطة الآداب شرطة الصيد .. الخ

وقد يحدث تضارب بين سلطة الضابط الإداري العام وسلطة الضابط الإداري الخاص وهنا القاعدة منح الأولوية للضابطة الإدارية الخاصة .(٢)

و تمارس سلطة الضبط الإداري من قبل هيئات السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء ورئيسه ، ثم بعض الوزارات المعنية وتأتي على قمته وزارة الداخلية كذلك وزارة الصحة وغيرها ، كما تمارس أيضاً من قبل هيئات محلية كجهاز الشرطة الذي يتبع وزير الداخلية في السلطة المركزية ، كذلك المحافظ بوصفه ممثلاً للسلطة العامة والمصالح العامة المحلية ، وسلطة هذه الهيئات في ممارسة الضبط الإداري ليست مطلقة بل لها حدود تقف عندها ، إذ عليها احترام مبدأ الشرعية وسيادة القانون .(٣)

١- د.محمد رفعت عبد الوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - منشورات الحلبي الحقوقية -

بيروت- لبنان ٢٠٠١ ص ٢٣٠ .

٢- ففي قرار حديث صادر عن مجلس الدولة الفرنسي قرر المجلس أن وزير النقل وحده يتمتع بصلاحيات تنظيم النقل الجوي ولا يملك رئيس البلدية الحق في تنظيم طيران المطارات الموجهة التابعة لمدرسة تعليم الطيران . مجلس الدولة الفرنسي ١٠ نيسان ٢٠٠٢ الإطلاع على هذا القرار على موقع مجلس الدولة الفرنسي:

<http://www.conseil-etat.fr/ce>

٣- د. زين العابدين بركات - الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري - دار الفكر دمشق -

١٩٧٤ - ص ٤٤٦ .

أما عن وسائل ممارسة الضبط الإداري فهي عديدة أبرزها لوائح الضبط أو مراسيم الضبط التنظيمية ، ثم هناك الإجراءات والأوامر والقرارات الفردية لتنفيذ هذه اللوائح أو المراسم التنظيمية .

وقد سبق وأشرنا عند الحديث عن سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد إلى وجوب التمييز بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة الضبط الإداري ، وذلك لاختلاف النظام القانوني لكل منهما ، فالرقابة التي تمارسها الإدارة على المتعاقد في مجال تنفيذ العقد الإداري هي من السلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد وهي سلطة تركز على المرفق العام ومقتضيات المصلحة العامة .

أما إجراءات الضبط الإداري فهي عبارة عن إجراءات تستهدف الحفاظ على الصحة العامة والسكينة العامة والآداب العامة وهي تستند كما ذكرنا على لوائح الضبط الإداري والقرارات الفردية والتنفيذ الجبري (١) ، لذلك لا يجوز للإدارة أن تستفيد من وضعها كسلطة عامة وتفرض على المتعاقد معها إجراءات الضبط الإداري عند ممارستها لسلطة الرقابة المخولة لها ، كما يحظر عليها استعمال العقوبات الجنائية كوسائل ضغط لتنفيذ العقد .

وبالمقابل فإن أهم ما يميز نشاط الضابطة الإدارية هو طابع التدابير الانفرادية ، فليس بوسع الإدارة التنازل عن مسؤولياتها في موضوع الضابطة الإدارية لصالح الأفراد، ذلك لأن الضبط الإداري يعتبر من عمليات السلطة العامة .

١- د. عبد الله طلبة - مبادئ القانون الإداري - الطبعة الثالثة - منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٧ - ص

تلك العمليات التي لا يمكن للإدارة أن تبحث عن تعاون مع الأفراد في سبيل إنجازها إذ أنها تنطوي على عنصري الأمر والإخضاع المطلقين ، لذلك فإنها ذات طابع سيادي ولا يمكن أن تباشر إلا من جانب الإدارة مباشرة واجتهاد مجلس الدولة الفرنسي بشأن ذلك مستقر وحازم حيث قضى المجلس بإبطال عقد بين بلدية و إحدى الشركات الخاصة لأن العقد لم يقتصر على حراسة العقارات والمنقولات العائدة لهذه البلدية فحسب بل عهد إلى هذه الشركة مهمة السهر على ضبط الطرق العامة لكل القطاع البلدي .(١)

استناداً إلى هذا القرار نستطيع القول - وبمفهوم المخالفة - إن الإدارة يمكنها أن تخول المتعاقد معها حق استعمال بعض سلطات الضبط الإداري في حال اقتصر ذلك على عقارات معينة أو منقولات معينة .

هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي حينما أقر بحق الإدارة في السماح للملتزم بممارسة هذه السلطات تجاه عماله من أجل حفظ النظام والأمن وبموقع العمل فقط.(٢)

هذا الحق منحه أيضاً المشرع المصري لمقاول الأشغال العامة حين سمح له بأن يقوم بوظائف الضابطة الإدارية:

١- قرار مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٩ مشار إليه عند د. مهند نوح - المرجع السابق -

ص ٥٨ .

٢- قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ميسترال" تاريخ ١٩٥٠/٧/٣ التي أشار فيها إلى إعطاء

المتعاقد سلطات تأديبية. مشار إليه عند عبد الهادي عباس - العقود الإدارية المرجع السابق -

ص- ٢٧٦ .

" يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد ، كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط ويلتزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أي شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية .

وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق في تنفيذها على نفقته".(١)

أسند المشرع السوري كذلك وظيفة الضابطة الإدارية لمقاول الأشغال العامة فألزمه المحافظة على الأمن والنظام والصحة العامة في مكان هذه الأشغال حينما نص على أنه : " تقع على المتعهد مسؤولية اتخاذ التدابير كافة اللازمة والكافية لمنع وقوع أي ضرر أو خسارة أثناء تنفيذ العقد في أي جزء من الأعمال الجارية واللوازم والمواد أو التجهيزات أو الأموال المنقولة وغير المنقولة الموجودة في موقع العمل سواء كانت الأعمال أم الأموال تخص المتعهد أو تخص الجهة العامة أو تخص غيره ... ويتوجب على المتعهد أيضاً اتخاذ جميع الإجراءات المقتضية لصيانة أرواح العمال والمستخدمين والآهليين والحيوانات سواء منهم من كان له علاقة مباشرة بأعمال العقد أم لم يكن ،من أي ضرر أو إصابة تلحق بأي منهم أثناء قيام المتعهد بتنفيذ أعمال العقد "

(٢)

١- راجع المادة ٧٩ من القانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

٢- راجع المادة ٢٣ من المرسوم رقم ٢٠٠٤/٤٥٠ المتضمن نظام العقود .

كما جاء في نص المادة ٢٤ من المرسوم نفسه أن :

" أ - على المتعهد أن يتخذ خلال تنفيذ الأعمال المطلوبة منه في العقد كافة التدابير الصحية التي تطلبها الجهة العامة أو تفرضها عليه وزارة الصحة في موقع العمل ليحفظه نظيفاً طيلة مدة التنفيذ

ب- على المتعهد ضمان حفظ النظام في موقع العمل طيلة نفاذ العقد عن طريق تأمين مراقبة دورية بالتعاون مع سلطات الأمن كما عليه إخبار الدوائر المختصة عند وقوع الحوادث لاتخاذ الإجراءات اللازمة

إذاً فالمتعاقد مسؤول عن ممارسة سلطات الضبط الإداري في موقع العمل فقط، وهو في سبيل القيام بهذا الواجب يملك أن يصدر إجراءات وتنظيمات يفرضها على عماله وعلى الغير الذين يتصلون بالعمل محل التعاقد ، وهذا بلا شك يشكل عبئاً مفروضاً عليهم (١).

إلا أننا نرى أن الإدارة عندما جعلت المفاضل أو الملتزم مسؤولاً عن اتخاذ تدابير الوقاية للأرواح والأموال والأعمال، وفرضت عليه حفظ النظام والأمن في موقع العمل و لزمته بمراعاة الشروط الصحية في المشروع واتخاذ السبل الكفيلة بحفظ المكان نظيفاً فهي في هذه الحالة تكون قد قامت بعمل ضبط إداري يتعين على المتعاقد الخضوع له ، ومن ثم فإن تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لتلك الالتزامات المفروضة عليه من قبل الإدارة لا يشكل ممارسة لسلطة الضبط الإداري من قبل المتعاقد وإنما تنفيذاً لأوامر الإدارة المتعلقة بالضبط الإداري .

١- عبد الحي والي - أحكام العقد الإداري في القانون السوري - مطبعة سورية ١٩٨٢ - ص ٣٩٦.

المطلب الرابع

تحويل المتعاقد سلطة

نزع الملكية للمنفعة العامة

كثيراً ما يحدث في الحياة العملية أن تحتاج الإدارة - إما بشكل مؤقت أو بشكل دائم- إلى عقارات مملوكة لأفراد ، هذه العقارات تكون ضرورية لاحتياجات المرافق العامة والمشروعات ذات النفع العام.

بداية تحاول الإدارة الحصول على هذه العقارات رضائياً ، عن طريق شرائها أو استئجارها ، إلا أن الطريق الرضائي قد لا يفلح دوماً ، إذ يرفض الملاك في الغالب التنازل عن أموالهم تفضيلاً لمصلحتهم الشخصية على المصلحة العامة ، مما يؤدي بالتالي إلى تعطيل تنفيذ المشروعات العامة التي تزعم الإدارة القيام بها لإشباع الحاجات العامة ، هذا الأمر أجبر القوانين على السماح للإدارة باللجوء إلى الأسلوب الجبري حتى لا تضيق المصلحة العامة ، وتضار المرافق العامة ، وذلك بإحدى طريقتين : إما الإستملاك أو الاستيلاء.(١)

فإذا كانت حاجة الإدارة للعقار بصورة دائمة ، أجاز لها المشرع أن تنزع ملكيته

١- وواضح أن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت بمقتضى قرار إداري يمثلان امتيازاً هاماً من امتيازات السلطة العامة والقانون العام لا مقابل له في القانون الخاص .

جبراً مع تعويض المالك تعويضاً عادلاً. أما إذا كانت حاجتها للعقار مؤقتة فهذا يكون لها الاستيلاء عليه مؤقتاً أيضاً مع التعويض العادل (١).

أولاً : نزع الملكية للمنفعة العامة (الإستملاك) :

يمكن تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة أو الإستملاك بأنه الطريقة القانونية التي تعتمد الإدارة بموجبها إلى إرادتها الوحيدة الطرف للحصول على أملاك الأفراد الخاصة بقصد النفع العام لقاء تعويض عادل (٢) ، فنزع الملكية إذاً ينطوي على مساس بحرية الملكية الخاصة ويشكل اعتداء عليها ، وهذا ما يجد مبرره في إثثار المصلحة العامة ووجوب تقدمها على المصلحة الخاصة .

هذا المبرر استند إليه المشرع من أجل السماح للإدارة بنزع الملكية الفردية للمصلحة العامة ، فقد نص دستور الجمهورية العربية المصرية على : "الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون

١- راجع في الموضوع :

- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p607 .

٢- د. مصطفى البارودي - الوجيز في الحقوق الإدارية - مطبعة الجامعة السورية - دمشق ١٩٥٦ ص٥٠٦ .

- وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة مقابل قيمتها التي تساويها ، لا بل اعتبروا امتناع المالك في هذه الحالة تعدياً على المصلحة العامة .راجع بشأن ذلك : د. فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - دار البشائر - ١٩٩٧ - ص ٣٠٣ .

- انظر كذلك د. مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام - الجزء الأول - جامعة دمشق - ١٩٥٢ - ص٢٢٧ .

وبحكم قضائي ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون... (١)

كما جاء في المادة (١/١٥) من الدستور السوري : "الملكية الفردية لا تنتزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون "

إذاً فالإستملاك استثناء من المبدأ المقرر في الدساتير والقاضي بحماية الملكية الخاصة ، لذلك لا يجوز اللجوء إليه إلا في أضيق الحدود و في الأحوال التي نص عليها قانون الإستملاك ، هذا القانون الذي حرص فيه المشرع على أن يشمل نفس الضمانات المذكورة في الدستور(٢).

وبالعودة إلى قانون الإستملاك نستطيع استخلاص خصائص نزع الملكية:

أ - محل قرار نزع الملكية يكون دائماً عقاراً :

فالأصل أن نزع الملكية لا يرد إلا على العقارات بطبيعتها وقد يمتد ليشمل العقارات

١- المادة ٣٤ من الدستور الحالي لجمهورية مصر العربية .

٢- أهم القوانين المنظمة لأحكام نزع الملكية:

- في فرنسا: قانون الاستملاك للمصلحة العامة الصادر في ١٤/٤/١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٢٧٦ تاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٢.

- في مصر: القانون رقم ١٠ لعام ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة. - القانون رقم ٥٩ لعام ١٩٧٩ بشأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة .

- الباب الثاني من القانون رقم ٣ لعام ١٩٨٢ قانون التخطيط العمراني في شأن نزع ملكية الأحياء لإعادة تخطيطها وتعميرها

- و في سورية تم تنظيم أحكام الإستملاك وفق المرسوم التشريعي رقم ٢٠ لعام ١٩٨٣ والقانون رقم ٦٠ لعام/١٩٧٩ وقانون التوسع العمراني المعدل بالقانون رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٠.

بالتخصيص ، هذه العقارات يجب أن تكون مملوكة لأفراد أو لهيئات خاصة . إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من نزع ملكية العقارات المملوكة ملكية خاصة لأشخاص القانون العام بالتراضي - كما إذا أرادت الدولة مثلاً إقامة منشأة عامة على عقار مملوك لإحدى المحافظات -.(١)

أما إذا كان العقار من الأموال العامة فلا يجوز نزع ملكيته إلا بعد تجريده من صفة المال العام .(٢)

ب - نزع الملكية يجب أن يكون في مقابل تعويض عادل :

وهذا ما قرره الدستور - كما ذكرنا سابقاً - سواء في مصر أو سورية ، وقد نظم هذا التعويض بموجب قانون الإستملاك بطريقة عادلة ، حيث أحاطه المشرع بضمانات قضائية تكفل له التقدير العادل .(٣)

١- وقد أكد مجلس الدولة المصري ذلك في قرار له حديث نسبياً منشور في الجريدة الرسمية تاريخ

٢٠٠٤/٣/١١ راجع موقع الجريدة الالكترونية www.ahrla.grg/elmarsad-ar/244 th

/tshreat.htm.

٢- مصطفى مجدي هرجه - المشكلات العملية في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة - دار الفكر والقانون - المنصورة - مصر ١٩٩٦ ص ٢٣ .

٣- للتفصيل بالموضوع راجع عبد الهادي عباس - الاختصاص القضائي وإشكالاته - الطبعة الأولى - دار الأنوار - دمشق - ١٩٨٣ ص ٢٢٧ .

- راجع المواد من ١٣/١٣-١٧/١٣ من قانون الإستملاك الفرنسي ٢٧٦/٢٠٠٢ الذي نظمت قواعد

التعويض .

ج- نزع الملكية يجب أن يكون لمنفعة عامة :

اشترط المشرع أن يكون نزع الملكية لمنفعة عامة ، إلا أنه لم يقيد الإدارة بتحديد معين بالذات لتلك المنفعة العامة حيث ترك لها سلطة تقديرية في اختيار نوع وصورة المنفعة العامة التي تنزع الملكية من أجلها (١). وبذلك تأخذ المنفعة مفهوماً واسعاً بحيث تعني المصلحة العامة على أي وجه من الوجوه طبقاً لتقدير الإدارة (٢).

-
- راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١/١٠٢ في الطعن رقم ٣٩ لعام ٢٠٠٤ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة للأعوام ٢٠٠١-٢٠٠٤ ص ٥٨.
 - Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p610
 - ١- ويتم تقرير صفة المنفعة العامة للعقار بموجب قرار من رئيس الجمهورية -راجع المادة ١١/٢ من قانون الاستملاك الفرنسي ٢٧٦/٢٠٠٢ .
 - راجع كذلك المادة ١٤ من القانون المصري رقم ١٠/١٩٩٠ أما في القانون السوري فتقرير المنفعة العامة يصدر بمرسوم بناء على اقتراح الوزير المختص . راجع المادة ٧ من المرسوم التشريعي رقم ٢٠/١٩٨٣ .
 - ٢- وفي القانون السوري راجع المادة الثالثة من المرسوم التشريعي رقم ٢٠/١٩٨٣ . وفي القانون المصري راجع المادة ٣/٢ من القانون رقم ١٠/١٩٩٠ .
 - راجع كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١/٥١ في الطعن رقم ٥١٩ لعام ٢٠٠٤ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة للأعوام ٢٠٠١-٢٠٠٤ ص ٦٤ .
 - راجع كذلك في هذا الشأن عبد الحي والي - الإستملاك ونزع الملكية وأملاك الدولة في القانون السوري - المطبعة الجديدة - دمشق - ١٩٨٣ ص ١٩٩ .
 - Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p621.

د - نزع الملكية يكون لصالح شخص معنوي :

إن سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة هو امتياز مقرر للأشخاص المعنوية العامة ، سواء أكانت أشخاصاً عامة محلية أو أشخاصاً عامة مرفقية (١).

ويجوز للجهة الإدارية أن تستملك لحساب الجهات الإدارية الأخرى التي لها حق الإستملاك ، وهنا تستوفي هذه الجهة بدلات الإستملاك وجميع ما تتفقه في هذا السبيل من الجهة التي تم الإستملاك لمصلحتها (٢).

وإذا كان الأصل هو أن حق الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة يكون مقصوراً على الأشخاص العامة على النحو السابق ، إلا أنه من قبيل الاستثناء يجوز أن يتم نزع الملكية لصالح أحد الملتزمين بإدارة مرفق عام لتحقيق منفعة هذا المرفق. على أنه تجب الملاحظة هنا أن نزع الملكية في هذه الحالة ، لا يكون لحساب الملتزمين أو المقاولين ، وإنما لحساب الإدارة التي منحت الالتزام أو تعاقدت على الأشغال ، لأن المرفق العام المدار بالالتزام سيؤول للإدارة بكل منشآته وأصوله بعد نهاية الالتزام ، كما أن الأشغال العامة المنفذة ستكون ملكاً للدولة بما فيها تلك العقارات التي تم نزع ملكيتها للمنفعة العامة . (٣)

1- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p619.

٢- راجع في القانون الفرنسي المادة ١١-١-١ من قانون الاستملاك ٢٧٦/٢٠٠٢.

- وفي القانون السوري راجع المادة الثانية من القانون السوري رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٠.

٣- د.عبد الغني بسيوني عبد الله - القانون الإداري - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت ١٩٩٣ ص

عل كل حال يبقى هذا الاستثناء امتيازاً للملتزم أو المقاول يستطيع أن يمارسه في مواجهة الغير ذلك لأن نزع الملكية من شأنه أن يجردهم من ملكية عقارهم جبراً وبشكل دائم لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويضهم عن الضرر الذي أصابهم ، أو بشكل مؤقت عن طريق الاستيلاء المؤقت كما سيأتي معنا .

ثانياً : الاستيلاء المؤقت على العقارات :

وصفته المؤقتة هذه هي التي تميزه عن نزع الملكية وبالتالي يمكن أن يعرف بأنه :
تدبير مؤقت تلجأ إليه الإدارة في الأحوال التي بينها القانون وتحصل بموجبه على حق الانتفاع بالمال الخاص دون المساس بحق الملكية لغرض يتعلق بالصالح العام لقاء تعويض المالك تعويضاً عادلاً الذي يبقى محتفظاً بملكيته ولكن يحرم من استعمال عقاره مؤقتاً أثناء فترة الاستيلاء . (١)

وباعتبار أن الاستيلاء مؤقت بطبيعته فإن الإدارة يجب أن تحدد مدة مؤقتة والمشرع

- هذه الحالة شائعة في القانون الإداري الفرنسي في حين لم نجد مثيلاً لها في القانون المصري أو السوري. راجع في هذا الموضوع د. عصام العسلي - الاستثمار العربي و الأجنبي - مطبعة طربين - دمشق ٢٠٠٢ - ص ٩٨.

- راجع بشأن ذلك أيضاً قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٤٩/٦/٢٠ في قضية "فيردان" وفيه تم الترخيص لمتعاقد بحق الاستيلاء على عقار بشكل دائم من أجل تنفيذ مشروع عام .
مشار إليه عند عبد الهادي عباس - العقود الإدارية المرجع السابق - ص- ٢٧٦ .

١- وقد أوضحت وزارة العدل في كتابها الموجه إلى وزارة المالية برقم /٨١٦٢/ تاريخ ١٩٨٦/٦/٤ أن المقصود بالاستيلاء هنا ليس نزع ملكية الشخص صاحب المال المستولى عليه بل القصد منه وضع اليد بصورة مؤقتة عليه لأن الضرورة اقتضت ذلك - مجلة القانون العام- العدد الأول لعام ١٩٦٩ ص ٧٦.

وضع حداً أقصى لهذه المدة لا يجوز للإدارة أن تتعدها وهي مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ الاستيلاء الفعلي للعقار .(١)

وإذا حددت الإدارة مدة أقصر من ذلك عندها يجوز لها أن تجدد المدة طالما أن السبب المبرر للاستيلاء ما زال قائماً بشرط ألا تتعدى مدة ثلاث سنوات وإلا فإنه يكون من حق المالك أن يطالب بانقضاء الاستيلاء واسترداد أملاكه ما لم يحصل نزع ملكية للمنفعة العامة .

وبما أن الاستيلاء يشكل تعدياً على الملكية الخاصة فإن تبرير اللجوء إليه يكون في إحدى حالتين :

- الحالة الأولى : حالة الاستعجال أو حالة الطوارئ :

يجوز في حال حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء وفي سائر الأحوال الطارئة والمستعجلة وفي كل ظرف يتوافر فيه وصف الضرورة أو الاستعجال الاستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها.(٢)

١- راجع المادة ١٦ من القانون المصري رقم ١٠/١٩٩٠.

-ومن الجدير بالذكر أن مدة الاستيلاء المؤقت في فرنسا خمس سنوات لكن يمكن أن يمتد إلى عشر سنوات وذلك من أجل تنفيذ المشاريع التي تمت الموافقة عليها في تخطيط المدن ويتم التمديد بموجب مرسوم من مجلس الدولة . راجع المادة ٥/١١ من قانون الإستملاك ٢٧٦ / ٢٠٠٢. أما المشرع السوري فلم يتطرق بموجب قانون الطوارئ رقم ٥١ لعام ١٩٦٢ والمعدل بالمرسوم رقم (١) لعام ١٩٦٣ لمدة الاستيلاء.

٢- راجع المادة ١٥/٤ و ٦/١٥ من قانون الإستملاك الفرنسي ٢٧٦/٢٠٠٢. راجع كذلك المادة ١٥ من

القانون المصري رقم ١٠/١٩٩٠

- **الحالة الثانية :** حالة ما إذا كان العقار المستولى عليه لازماً لخدمة مشروع ذي نفع عام. كالاستيلاء على أرض مملوكة لأحد الأفراد لاستخدامها في إعداد مواد البناء اللازمة لإتمام مباني أحد المرافق العامة ، أو كمخزن لهذه المواد خلال فترة البناء .(١)

وعلى خلاف الإجراءات الطويلة والصعبة التي تتميز بها إجراءات نزع الملكية فإن إجراءات الاستيلاء المؤقت تتميز بالبساطة والسرعة وعدم التعقيد، إذ يكفي في الاستيلاء المؤقت أن يقوم مندوبو الجهة المختصة بإثبات وصف العقارات ومساحتها فإذا انتهت الإدارة المختصة من ذلك كان لها أن تستولي على العقار دون حاجة لاتخاذ أي إجراءات أخرى . (٢)

وهذا الحق - الاستيلاء المؤقت - مقرر للإدارة طالبة الاستيلاء فقط إلا أن الوضع في فرنسا يجري على قيام الإدارة في بعض الأحيان عند إبرام عقود الأشغال العامة على منح المتعاقد معها حق الاستيلاء المؤقت على بعض العقارات التي يحتاج إليها

-
- انظر كذلك المادة الرابعة من المرسوم التشريعي السوري رقم ٥١/ تاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٢ .
 - قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٩٥/ في الطعن رقم ١٣٦/ لعام ١٩٧٢ - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في عام ١٩٧٢ ص ٤٣-٤٥ .
 - ١- وهذه الحالة انفرد المشرع الفرنسي في النص عليها بموجب المادة ٩/١٥ من قانون الاستملاك تاريخ ١٩٧٧/٤/١٤ المعدلة بالقانون رقم ١٩٨٩/٥٥
 - راجع في الموضوع المستشار أنور طلبه - نزع الملكية للمنفعة العامة - المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ١٢٥ .
 - Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p626.
 - ٢- راجع المادة ٧/١٥ والمادة ٨/١٥ من قانون الاستملاك الفرنسي ٢٠٠٢/٢٧٦ .
 - راجع المادة ١٥ من القانون المصري رقم ١٠/١٩٩٠ ،
 - كذلك المادة الرابعة من المرسوم ٥١ لعام ١٩٦٢ .

أثناء تنفيذ العقد كتحويل المتعاقد مع الإدارة سلطة الاستيلاء على قطعة أرض مجاورة لكي يضع المقاول فيها الآلات والمعدات اللازمة للعمل.(١)

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع لم ينص على حق المتعاقد مع الإدارة في مباشرة الاستيلاء المؤقت لذلك يتعين على الإدارة أن تباشر هذا الحق في الحدود التي رسمها القانون ووفقاً لقواعد الاختصاص ، ولكن يجوز للإدارة توكيل المتعاقد معها في مباشرة ذلك الحق وفقاً لقواعد الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني إذا أرادت ذلك . ومن ثم يكون للمتعاقد مع الإدارة ممارسة هذه السلطة بما تفرضه من أعباء والتزامات على الغير .

وقد يخول العقد للمتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة سلطة الحصول على بعض المواد من الأراضي المجاورة للعقار محل العقد ، كمنح مقاول سلطة الحصول على بعض المعادن أو الأحجار أو الرمال أو الأتربة من الأراضي المجاورة ، و يتم ذلك مقابل تعويض عادل للمالك .(٢)

ولا يوجد في أحكام مجلس الدولة السوري تطبيقاً لهذه الحالة ذلك لأن القانون السوري يحرم اعتداء المقاول على الأملاك المجاورة ولا يسمح له بالحصول على أتربة ومواد من الأملاك المجاورة إلا بإذن أصحابها .

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (بيلابيف) التي يجيزه العقد بإشغال مؤقت على العقارات تاريخ ١٩٣٠ ./٧/٢٧ مشار إليه عند عبد الهادي عباس- العقود الإدارية - المرجع السابق - ص- ٢٧٦ .

٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Grandet" تاريخ ١٩٣٧/١/١٩ . مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧٤٠ . راجع كذلك د. محمد أنس قاسم جعفر- العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٧٥ .

المبحث الثاني

امتياز التقاضي

تتجلى عدالة القضاء بوحدة القوانين المطبقة على جميع الناس ، فلو اتحدت المحاكم واتجه الناس إلى نفس القضاة بلا تمييز أو تفرقة بينهم ثم طبقت عليهم قوانين مختلفة لأصيب مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء بالتصدع. فالمساواة الصحيحة تستلزم وحدة القوانين التي تحكم تصرفات الناس بصرف النظر عن وحدة الأشخاص الذين يقومون بتطبيقه .

ذلك لأن القضاء هو الذي يعطي للمساواة أمام القانون المضمون العملي عندما يطبق نفس القانون على جميع المتقاضين أمامه (١).

لذلك كان امتياز التقاضي من أبرز الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة أمام القضاء.

١ - وقد أقر الإسلام وأكد على المساواة القانونية بمختلف تقسيماتها وأنواعها لأنه دين عالمي يتوجه إلى كافة . قال تعالى:

" يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام " سورة النساء الآية (١).

وقد ضرب الرسول صلى الله عليه وسلم المثل الساطع لهذه المساواة عندما رفض وساطة أسامة بن زيد للعفو عن المرأة المخزومية التي سرقت في عهد النبي وقال عليه الصلاة والسلام في ذلك:

" يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه ، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد ، وإنني والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " .

فمن المسلم به أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أصلاً إلى القضاء الكامل ، فالقاضي الإداري يختص بالنظر بكافة المنازعات الإدارية الناشئة عن العقد بين أطرافه .

ورأينا سابقاً أن آثار العقود الإدارية لا تقتصر على أطرافه إنما تمتد إلى الغير لترتب لهم بعض الالتزامات والحقوق ، وفي هذه الحالة يحق لهؤلاء الغير أن يتداعوا أمام قاضي العقد لإلزام أطرافه بتنفيذ التزاماتهم.

كذلك فإنه في حال تسبب المتعاقد في إحداث ضرر للغير أثناء تنفيذ التزاماته، فإن هذا الغير يقاضيه أمام المحاكم الإدارية لا أمام المحاكم العادية، وهذه بلا شك ميزة مقررّة لمصلحة الملتزم .

فإلى جانب بعض مظاهر السلطة العامة التي تمنحها الإدارة للمتعاقد معها والتي تشكل التزامات في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد ، يبرز امتياز التقاضي كقيد من القيود التي تفرضها العقود الإدارية على الغير ، وتقتصر هذه الميزة على عقدين فقط من العقود الإدارية وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي وهما : عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة (١) .

أما بالنسبة لسائر العقود الإدارية الأخرى فإن الدعوى ترفع أمام محاكم القضاء العادي وليس أمام القضاء الإداري .

ويختلف تطبيق امتياز التقاضي في عقود الالتزام عنه في عقود الأشغال العامة ولذا سنقسم هذا المبحث إلى :

١- د. عبد الغني بسيوني عبد الله - مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي - الطبعة الثانية -

منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠١ ص ٦٥ .

المطلب الأول: امتياز التقاضي في عقود الالتزام .

المطلب الثاني : امتياز التقاضي في عقود الأشغال العامة .

المطلب الأول

امتياز التقاضي في عقود الالتزام

عقد التزام المرافق العامة يعد من أهم وأشهر العقود الإدارية المسماة . ويتميز هذا العقد بطبيعة مركبة - كما رأينا سابقاً - حيث أنه يحتوي على نوعين من الشروط :

- شروط ذات طبيعة تعاقدية تنظم العلاقة بين الإدارة والملتزم وتحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

- شروط ذات طبيعة لائحية وهي التي تتعلق بتنظيم المرفق العام وتسييره وهذه الشروط اللائحية لا يقتصر أثرها على السلطة مانحة الالتزام والملتزم بل يمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد أي إلى المنتفعين من الأفراد الذين لهم أن يحتجوا بها .

فالقاعدة أن المنتفعين بخدمات المرفق العام يقعون في مركز قانوني أو لائحي ويستمدون حقوقهم في المطالبة بأداء الخدمة من قانون المرفق ذاته .

فعند طلب الخدمة أو المنفعة تقوم علاقة قانونية مباشرة بين المرفق وبين المنتفع ، ولتحديد طبيعة هذه العلاقة نميز بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية .

ففي المرافق العامة الإدارية كمرفق التعليم والقضاء وغيرها من المرافق الإدارية توجد علاقة مباشرة قانونية بين المنتفع والمرفق وهي ليست علاقة تعاقدية على الرغم من أن هذه العلاقة تقوم على أساس توافق إرادتين ، ولكن توافق الإرادتين هنا يعد عملاً شرطياً من شأنه أن يدخل المنتفع في نطاق المركز القانوني التنظيمي الذي يحكم المرفق العام .

ومن ثم فإن مركز المنتفعين هنا يكون دائماً مركزاً قانونياً عاماً تحكمه قوانين المرفق العام (١)، وأي منازعات بشأنه ينعقد الاختصاص لمجلس الدولة .

أما المنتفعون الذين يتعاقدون للحصول على المنفعة التي تقدمها المرافق العامة الاقتصادية مثل مرافق الماء والكهرباء فهم في مركز تعاقدية أو مركز قانوني شخصي وعلاقتهم مع المرفق ينظمها ويحددها العقد المبرم مع المتعاقد ، وهو عقد من عقود القانون الخاص والاختصاص بشأنه يعود للمحاكم العادية (٢).

و في حال حدث ضرر للغير أثناء قيام الملتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية فمن المفروض أن ينعقد الاختصاص للمحاكم العادية للنظر في الدعاوى الناشئة عن ذلك، إلا أن الوضع في فرنسا يقضي باختصاص مجلس الدولة بتلك الدعاوى .

وترتيباً على ما تقدم :

إذا تسبب الملتزم في إحداث ضرر للغير أثناء تنفيذ التزاماته العقدية يكون من حق

1- Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F. T1 ,op.cit ,P 88.

2- Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F.op.cit,T1 ,P 93.

الغير مقاضاته أمام القضاء الإداري ، ولا يجوز للغير المضرور أن يرجع بالتعويض على الإدارة إلا إذا ثبت إعسار الملتزم ، هذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في كثير من أحكامه.(١)

أما الأشخاص الذين يعتبرون من الغير ويحق لهم بالتالي مقاضاة الملتزم في مجال عقود الالتزام هم :

أولاً- الأشخاص طالبو الانتفاع بخدمات المرفق الذين استوفوا شروط الانتفاع بالخدمة كذلك المنتفعين بخدمات المرفق وهم الذين يكون بينهم وبين الملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع :

ذلك لأن المتعاقد في عقد الالتزام يكون مسؤولاً عن تسيير المرفق العام و عن انتظامه ، ليس فقط بموجب العقد المبرم بينه وبين المنتفع ولا بموجب عقد الالتزام فحسب، بل أيضاً بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري.

وتعتبر هذه المسؤولية من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها ، فإذا وقع عطل أو خلل في تأدية خدمات المرفق العام ، نميز فيما إذا كان هذا العطل أو الخلل مألوفاً ولمدة قصيرة ، عندها لا يعتبر هذا إخلالاً بواجبات الملتزم ، وبالتالي لا محل لمسؤوليته عن ذلك . أما إذا كان العطل أو الخلل يزيد على المألوف في مدته أو جسامته، فعندها يعد هذا العطل إخلالاً من جانب

١- حكم مجلس الدولة في ١٩٣٩/٤/٢٨ في قضية Comp des chemins مجلة القانون العام ص

٥٨ . كذلك حكمها في ١٩٣٨/٦/٢٠ في قضية Hebert مجلة القانون العام ص ٥٨١ مشار

إليهما عند د. سليمان الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٧٤٣

الملتزم بواجباته يرتب مسؤوليته ، لا تجاه السلطة الإدارية فحسب، بل تجاه عملاء المرفق أيضاً (١).

و إثبات الملتزم أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق ولم يرتكب خطأ أو تقصيراً لا يدفع عنه المسؤولية ، ذلك لأن العطل أو الخلل الذي يزيد عن المألوف هو في حد ذاته خطأ، فمن باب أولى أن يكون الملتزم مسؤولاً إذا ارتكب خطأ. وبالمقابل يستطيع الملتزم أن يدفع المسؤولية عن نفسه في حال أثبت وجود القوة القاهرة (٢). وهي هنا إما أن تكون خارجة عن إدارة المرفق، وإما أن تكون داخلية في إدارة المرفق كأن تتعطل الآلات أو تنفجر. وتسمى القوة القاهرة في هذه الحالة بالحادث المفاجئ. وسواء كان الحادث قوة قاهرة، أو حادثاً مفاجئاً، فإنه يجب في الحالتين، وطبقاً للقواعد العامة، أن يكون حادثاً غير متوقع الحصول ولا ممكن الدفع.

ويملك المنتفع من خدمات المرفق الحق في مقاضاة الملتزم في حال مخالفته لالتزاماته أمام القضاء المدني ، كذلك أمام القضاء الإداري .

ففي النقااضي أمام المحاكم المدنية يكون للمنتفع المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض مع الفسخ ، شرط أن يكون له حق شخصي في ذلك . وينشأ هذا الحق من العقد المبرم بينه وبين الملتزم، أو من عقد الالتزام، أو من القوانين التي تنظم التزام المرافق العامة (٣).

١- راجع المادة ٦٣٩ من القانون المدني السوري.

٢- راجع المادة ٢/٦٣٩ من القانون المدني السوري.

٣- رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٣٢/ ١٩٦٨ مجموعة المبادئ التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع لعام ١٩٦٨ . ص ١٨٢.

كما يثبت للمنتفع الحق بمقاضاة الملتزم بشكل غير مباشر أمام القضاء الإداري ، ومن ذلك الدعوى المقامة من المنتفع للمطالبة بإلغاء القرارات الصريحة أو الضمنية الصادرة من قبل جهات الإدارة المختصة والتي ترفض إجبار ملتزمي المرافق العامة على احترام شروط عقد الالتزام (١).

و كدعوى المستفيدين أيضاً من خدمات المرفق والذي يرفض المرفق التعاقد معهم رغم استيفائهم شروط الاستفادة من الخدمة (٢).

ونذكر أنه لا يشترط لقبول الدعوى أن يكون للمنتفع حق شخصي ، بل يكفي أن تكون له مصلحة جدية في الدعوى.

ثانياً- الأشخاص غير المنتفعين بخدمات المرفق العام ولم يطلبوا الانتفاع بها:

ملتزم المرافق العامة يكون مسؤولاً عن جبر الأضرار التي قد تحدث للأشخاص غير المنتفعين بخدمات المرفق العام متى ثبتت صلة هذه الأضرار بالمرفق العام موضوع عقد الالتزام .

ذلك لأن القاعدة العامة في عقود التزام المرافق العامة هي أن الملتزم يدير المرفق لحسابه وعلى نفقته وتحت مسؤوليته ، وتبعاً لذلك فإن الأضرار التي تحدث للغير أثناء قيام الملتزم بإدارة المرفق يتحمل عبئها وحده ولا شأن لجهة الإدارة مانحة

١- راجع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٠/٥/١٩٧٤ في قضية السيد "Denoyer" ضد قرار

محافظ شارانت البحرية المؤرخ في ٣/٧/١٩٧١ على الموقع: [www. echo.levillage.org](http://www.echo.levillage.org)

٢- حكم المجلس في ٧/١١/١٩٥٨ مشار إليه عند عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٣٤١.

الالتزام بها ، ذلك لأنه ليس وكيلاً عن الإدارة ولا خلفاً لها.

والمتضرر من المرافق العامة يمكنه اللجوء إلى القاضي الإداري لمطالبة الملتزم بالتعويض عن هذه الأضرار ، وهذا الحق ثابت للمتضرر منذ حكم " بلانكو " (١) .

كذلك تترتب مسؤولية الملتزم عن الأضرار التي يمكن أن تحدث للعاملين لديه إذ يعتبرون من الغير أيضاً .

١- راجع حكم محكمة التنازع الفرنسية في ٨ / ٢ / ١٨٧٣ في قضية " بلانكو " وفيه تم تقرير اختصاص القاضي الإداري للنظر بدعوى المسؤولية عن الأضرار التي تسببها المرافق العامة .

المطلب الثاني

امتياز التقاضي في عقود الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة اتفاق يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يُكلف بموجبه الأخير القيام بتنفيذ أحد الأشغال العامة لحساب الشخص المعنوي العام في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد. (١)

وقد يحدث عملياً أن يتسبب المتعاقد أثناء تنفيذه لعقد الأشغال العامة في إحداث ضرر للغير ، الأمر الذي يبرر طلب الغير في الحصول على تعويض للضرر الذي أصابه من الما قول أو الإدارة باعتبارها هي صاحبة الأعمال و المسؤولية عنها - على خلاف الحال في عقود الالتزام- كما رأينا - حيث يرجع الغير بالتعويض على الملتزم دون الإدارة إلا إذا ثبت إفسار الملتزم (٢) .

ذلك لأن الإدارة لا تعد خلفاً عاماً وهي كذلك ليست خلفاً خاصاً للملتزم ، ومن ثم فلا تلزم بحقوق دائنيه .

1- Laubadere .A.Delvolve.P,Moderne.F. T1, op.cit.p316.

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Reichl " تاريخ ١٩٣٧/٣/٦ مجموعة سييري - ص ١٠٨ .

كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Ville de saït claud " تاريخ ١٩٤١/٤/٢٥ مشار

إليهما لدى د. عبد العليم مشرف- المرجع السابق- ص ٨٦

- ومن الجدير بالذكر أنه في بداية القرن التاسع عشر كان يسود مبدأ عدم مسؤولية الإدارة إلا أن الأمور تطورت شيئاً فشيئاً وأصبح من السهل إعمال مسؤولية الإدارة. انظر د. يوسف سعد الله الخوري -القانون الإداري - الجزء الثاني منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٩٩٨ ص

هذا ما قرره الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري حيث انتهت إلى أن: "مؤسسة النقل العام غير مسؤولة عن أداء المبالغ المستحقة على الملتزمين السابقين بسبب عقود الالتزام كإلتاوات والغرامات". (١)

و يرى الأستاذ "Chapus" أن إمكانية رجوع الغير المضرور على الإدارة يعود إلى أن الأعمال موضوع عقد الأشغال العامة تدخل في نطاق الاختصاص المباشر للإدارة ، ومن ثم تكون الإدارة في عقد الأشغال بمثابة رب العمل. (٢)

ويمكن تعريف الضرر الذي تحدثه الأشغال العامة على أنه كل ضرر يتصل من قريب أو بعيد بالأشغال العامة ، وكل ضرر كان سببه المباشر أو غير المباشر أشغال عامة أو منشآت عامة ، سواء تحقق هذا الضرر أثناء القيام بالأشغال العامة أو بعد الانتهاء منها. ولا يتوقف الأمر عند الأعمال الإيجابية بل يشمل أيضاً الأضرار الناشئة عن أعمال سلبية ، أي عندما تمتنع الإدارة عن القيام بعمل يتصل بالأشغال العامة، كالأضرار الناتجة عن تدفق الأمطار إلى أحد المحلات نتيجة عدم اتخاذ الاحتياطات الفنية في تعبيدها. (٣)

وجدير بالذكر أن موضوع الأشغال العامة يعتبر من أولى الحالات التي طبق مجلس الدولة الفرنسي بصددها مسؤولية الدولة على أساس تحمل المخاطر حيث قرر

١- رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري تاريخ ٥ / ١٩٦٤ مذكور لدى : د.

حسن محمد الخيمي - المرجع السابق - ص ٢٦٤.

2- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p565.

٣- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٦/٣/٢٠٠٧ مشار إليه على الموقع الالكتروني :

.. fr.com

www.amazon

المجلس الحكم بالتعويض دون البحث عن وجود خطأ من جانب الإدارة. (١)

وقد اشترط مجلس الدولة في التعويض عن الأضرار التي أصابت الأفراد من جراء هذه الأشغال توافر عدة عناصر (٢) وهي :

١- يجب أن يكون الضرر مادياً :

وهذا يعني وجود إتلاف كلي أو جزئي في ممتلكات أحد الأفراد المجاورة للأشغال العامة إلا أن المجلس عدل عن ذلك واعتبر مجرد الإنقاص من قيمة العقار نتيجة تنفيذ عقد الأشغال العامة يعتبر ضرراً يستوجب التعويض حتى ولو لم ينل العقار أي ضرر مادي ومن أمثلة ذلك أن يترتب على الأشغال العامة انعدام الانتفاع بمدخل العقار ، أو حجب الإضاءة أو استحالة البناء على أرض معدة للبناء أصلاً .

٢- يجب أن يكون الضرر غير عادي :

أي استثنائياً يتعدى الأضرار و المضايقات التي يتعرض لها الملاك من مخاطر الجوار العادية .لأن الإدارة وهي تقوم بالأشغال العامة مستهدفة بها تحقيق النفع العام، إنما تقوم بها على عقارات تملكها ، ومن حقها أن تنشئ عليها ما تريد ومن ثم على الملاك المجاورين لهذه العقارات تحمل مضايقات الجوار العادية ، ويترتب على

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٧/٢/٦ الشركة الوطنية للخطوط الفرنسية مذكور على

الموقع الإلكتروني: www.aboulo.com

- راجع بشأن ذلك أيضاً مقال بعنوان La responsabilité sans faute de l'Administration

على الموقع: www.anena.org/jur .

2- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p567.

ذلك أن الأضرار التي تنتج عن الأشغال العامة وتدخل في إطار مخاطر الجوار العادية يرفض مجلس الدولة الفرنسي التعويض عنها .

٣- يجب أن يكون الضرر مستمراً مدة طويلة من الزمن :

أي يجب أن يستمر فترة من الزمن تخرج به عن نطاق الأضرار العادية التي يجب أن يتحملها الأفراد في سبيل المصلحة العامة (١)، كأن تؤدي الأشغال العامة إلى إغلاق مدخل أحد المطاعم العامة مدة شهرين، أو إلى إغلاق متجر لمدة ستة أشهر.

هذا ويختلف الأساس القانوني الذي تبنى عليه مسؤولية الإدارة باختلاف الأشخاص المتضررين ونميز في هذا المجال :

أولاً - الأضرار التي تحدث للغير :

يقصد بالغير في مجال عقود الأشغال العامة ، كل من لا يشترك في تنفيذ الأشغال العامة أو يشارك في إدارة المرفق العام ولا يستعمله أو يستفيد من خدماته كمالك عقار شب به حريق بسبب تنفيذ أشغال عامة على عقار ملاصق له ، كذلك الحادث الذي تتسبب به ورشة أشغال عامة على الطريق بسبب سوء الإشارة إلى قيام هذه الأشغال . الإدارة تكون مسؤولة هنا على أساس تحمل المخاطر حيث يكفي لقيام مسؤوليتها وجود ضرر وعلاقة سببية بينه و بين نشاط الإدارة، ولا تستطيع الإدارة التصل من مسؤوليتها إلا إذا أثبتت وجود حالة قوة قاهرة، أو خطأ المضرور (٢).

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦/٢/٢٠٠٣ في قضية "courson". مذكور على الموقع

الالكتروني .www.aboulo.com.

2- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p575.

وبذلك قضى مجلس الدولة بأن الغير الذي يصيبه ضرر من الأشغال العامة لا يجوز التضحية به دون مقابل لصالح المجموع ، ومن ثم يكون له الحق في التعويض لمجرد ثبوت الضرر وتوافر علاقة سببية بينه وبين نشاط الإدارة .(١)

ثانياً - الأضرار التي تحدث للمستفيدين من الأشغال العامة :

وهو الشخص الذي ينتفع من خدمات المرفق العام الذي تتم الأشغال لصالحه كالسافر الذي ينتظر القطار على رصيف الميناء .

و على المتضرر في هذه الحالة أن يتحمل المخاطر العادية اللازمة لتسيير المرفق العام الذي تتم لصالحه الأشغال العامة ولا تسأل الإدارة عن الأضرار الواقعة له إلا إذا نجمت عن خطأ من جانبها فمسؤوليتها تجاه المستفيدين من خدمات المرفق تكون مسؤولية تقصيرية تؤسس على إثبات وجود خطأ من جانبها .

وتطبيقاً لما تقدم قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحكام كثيرة (٢) بتعويض المستفيدين عن الأضرار التي تسببها الأشغال العامة وذلك في حال وجود تقصير في الصيانة العادية للمرفق .

لكن السؤال الذي يثور في هذا الصدد :

١ - حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (pamselfiy) تاريخ ١١/٢٤/١٩٦٧ مذكور على الموقع السابق .

- راجع كذلك مقال الخطأ المرفقي من جوريسبيديا - الموسوعة الحرة على الموقع الإلكتروني : <http://ar.jurispedia.org/index.php> .

٢ - راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٨٧/٢/٦ الشركة الوطنية للخطوط الفرنسية مذكور سابقاً.

- متى يعتبر المرفق في حالة صيانة عادية تعفي الإدارة من مسؤوليتها ؟

أجاب مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل بالقول: إن المرفق يعتبر في حالة صيانة عادية إذا كان في وضع لا يشكل فيه خطراً معيناً على المستفيد طبقاً لغرضه المعتاد الذي أنشئ من أجله ، أو إذا كان الخطر الذي ينشأ من المرفق قد أخطر به المستفيد بوضع الإشارات الدالة عليه .

وعلى ذلك إذا كان الخطأ الناتج عن الأشغال العامة جسيماً ، أو لم توضع إشارات دالة عليه ، ففي هذه الحالة يكون هناك تقصير أو خطأ في الصيانة العادية يستوجب مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر. (١)

وعلى العكس مما تقدم لا تتعقد مسؤولية الإدارة إذا كان العيب بسيطاً ، أو مما يجب توقعه من المستفيدين نظراً للغرض المألوف للمرفق بحيث يتعين عليهم تقايد به باتخاذ الاحتياطات اللازمة لذلك من تلقاء أنفسهم (٢).

ثالثاً- الأضرار التي تحدث لمنفذي الأشغال العامة :

تتحقق مسؤولية المقاول عن الأضرار التي تحدث للعمال أثناء تنفيذ الأشغال العامة ، بمقتضى نصوص العقد والقواعد القانونية التي تحكمه (٣).

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم ٢٩٥٤٥٤ تاريخ ٢٦/٣/٢٠٠٨ الذي قرر فيه التعويض للسيد أندريه وزوجته عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة عدم وجود صيانة للطريق رقم ٥٦٢ . على موقع المجلس الالكتروني انظر كذلك الحكم في قضية "Maaf-Rampaldini" تاريخ ١٨/٥/١٩٩٥.

2- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit, p582.

٣- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦/٢/٢٠٠٣ في قضية "courson" مشار إليه سابقاً.

- راجع كذلك د. زكي النجار - المرجع السابق - ص ٥١٢.

وقد تحدث الأضرار للمتعهد الذي يقوم بتنفيذ الأشغال أو للمهندس التابع للإدارة . في مثل هذه الحالات لا يتقرر التعويض للمتضرر إلا إذا كان هناك خطأ من جانب الإدارة لأن مثل هذا الشخص يحقق ربحاً من تنفيذ الأشغال العامة ويساهم بعمله - إلى حد ما - في نشوء المخاطر (١).

ومن الإجراءات لحسن تنفيذ التزامات الأشغال العامة اعتماد ضمان المشروع ككل لدى شركة (أو شركات) تأمين، تؤمن العاملين في المشروع و المعدات والإنشاءات والغير الذين يتضررون من تنفيذ الأشغال العامة وبشكل عام تغطي جميع الأضرار التي قد تنشأ عن تنفيذ الأشغال العامة (٢).

فمثل هذه الحلول فضلاً عن تأمينها لحسن تنفيذ المشروع ، فهي توفر على القضاء الكثير من المنازعات التي ترهقه .

وبالنتيجة نجد أنه :

لئن كان امتياز التقاضي أمام المحاكم الإدارية هو ميزة مقررّة لمصلحة ملتزم المرافق العامة إلا أنه في نفس الوقت يشكل عبئاً على الغير ، ذلك لأن المضرور في عقد الأشغال العامة أو عقد الامتياز عندما يقاضى المتعاقد أمام القضاء الإداري فإن التعويض الذي سيحكم به القاضي سيكون مقتصرّاً على التعويض النقدي دون الحكم بالتنفيذ العيني ، فمبدأ الفصل بين السلطات الذي ينتج عنه استقلال الإدارة عن

1- Chapus .R . droit administratif général ,T1, op, cit ,p 579.

٢- راجع حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٢/٢٧٤ في القضية رقم ٢/٦٧٧٦ تاريخ

٢٨/٢/٢٠٠٨ - أحكام غير منشورة .

القضاء يقتضي تقرير قاعدة التعويض النقدي ، حيث يتمتع على القاضي إصدار أوامر للإدارة سواء كان محلها التنفيذ العيني أو القيام بعمل ما يتصل بالعمل الضار على سبيل التعويض .

والأهم من ذلك أن التعويض العيني قد يستلزم إزالة تصرفات إدارية قد تقتضي المصلحة العامة الإبقاء عليها.

وفي كل الأحوال فإن القضاء الإداري عندما يتصدى لموضوع التعويض يأخذ في اعتباره دائماً المصلحة العامة للمرفق العام وفقاً للقواعد المستقرة في القانون الإداري.

المبحث الثالث

استثناء المتعاقد من قاعدة

المساواة أمام التكاليف العامة

يعد مبدأ المساواة بين الأفراد من أهم المبادئ التي حرص الدستور على مراعاتها ، فنص على ضرورة تطبيق المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات (١) ودونما تمييز فيما بينهم لأي سبب كان .

والمساواة بهذه الصورة لا تعني المساواة المطلقة ، ذلك لأن المراكز القانونية التي يتساوى فيها الأفراد أمام القانون تحدد من قبل المشرع وفق شروط معينة ، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتمثل ظروفهم ومراكزهم القانونية .

١- الإسلام كما ذكرنا سابقاً هو دين المساواة والعدل وقد كرس المساواة القانونية بين الناس بنص صريح من القرآن والسنة ، ومن ثم أكدت المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي وافقت عليه الجمعية العمومية للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨ أن:

" يولد الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء .

كما جاء في المادة ٢٥ من الدستور السوري الدائم لعام ١٩٧٣ :

" المواطنون متساوون أمام القانون في الحقوق والواجبات "

- راجع مقال للأستاذ "Chapus" بعنوان القيمة القانونية لمبدأ حق الدفاع - على الموقع الإلكتروني :

<http://ar.jurispedia.org/index.php>

إذاً فالمساواة بين الأفراد مساواة قانونية تحكمها شروط وضوابط محددة و ليست مساواة حسابية بحتة . وتتبدى صور المساواة في الحقوق في عدة مجالات إذ يمكن أن تكون المساواة أمام القانون والقضاء أو قد تكون في مجال الوظائف العامة ...الخ.

أما المساواة في الواجبات أي في تحمل الأعباء أو التكاليف العامة فتتجلى في مجال الضرائب ، أداء الخدمة العسكرية الخ

وبذلك تشكل المساواة أمام الأعباء العامة أحد شطري المساواة أمام القانون بشكل عام ، الأمر الذي يفرض على الإدارة التزاماً باحترامها ومراعاتها وعدم إصدار أي قرار يخل بهذه المساواة .

هذا المبدأ يمكن أن ترد عليه استثناءات ، فقد يجد المشرع نفسه مضطراً للخروج عن هذا المبدأ تماشياً مع مقتضيات المصلحة العامة ، فيسمح للإدارة في بعض الحالات أن تضمن عقودها شروطاً تخول المتعاقد معها بعض الامتيازات التي لا تتماشى مع مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ولا مع قواعد المنافسة الحرة ، بهدف تشجيع الأفراد والشركات على التعاقد معها وبالتالي يراعي القضاء هذه الشروط .

و فيما يلي سنناقش الاستثناءين الواردين على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وذلك من خلال :

المطلب الأول : شرط عدم المنافسة .

المطلب الثاني : شرط الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم .

المطلب الأول

شرط عدم المنافسة

يخول شرط عدم المنافسة المتعاقد حق منع غيره من المواطنين من ممارسة ذات النشاط الذي يمارسه وقد ورد شرط عدم المنافسة في القانون المدني حيث أجاز المشرع لصاحب العمل أن يضمّن عقد العمل شرطاً يحظر على العامل بموجبه منافسته بعد انتهاء عقد العمل المبرم بينهما (١).

ذلك لأن العاملين يتصلون بالزبائن ويطبقون صلات شخصية معهم وينظمون العمل ويطلعون على أسرارهم ، فإذا تركوا العمل وعملوا عملاً مماثلاً أمكنهم مزاحمة رب العمل القديم وتحويل زبائنه إلى عملهم الجديد ، لذلك يلتزم هؤلاء العمال بعدم منافسة رب العمل السابق .

ولئن أجاز المشرع إدراج هذا الشرط في عقد العمل ، إلا أنه قيّده بعدة شروط (٢)

١- المادة ٦٥٢ من القانون المدني السوري .

- Contrat de travail- La Semaine Juridique –Juris Classeur-20 DE'CEMBRE 2006.N° 51-52.P2397.

٢- هذه الشروط :- أن يكون العامل بالغاً سن الرشد .

- لا يجوز أن يكون شرط عدم المنافسة مطلقاً بل يجب أن يكون نسبياً زماناً ومكاناً.
- لا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك ، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد.
- ألا يقترن الاتفاق على عدم المنافسة بشرط مبالغ فيه وإلا بطل الشرط الجزائي وكذلك شرط عدم المنافسة . راجع المادة ٦٥٣ من القانون المدني السوري .

تكفل التوازن بين مصلحة العامل ومصلحة رب العمل، بحيث إذا توافرت هذه الشروط كان الاتفاق بعدم المنافسة صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية. و يعد هذا الالتزام من الالتزامات الشخصية وبالتالي ينتقل إلى الخلف الخاص باعتباره من مستلزمات الحق المستخلف فيه ، متى كان الخلف الخاص عالماً به وقت انتقال الحق إليه .

وقد لوحظ إدراج شرط عدم المنافسة ضمن بنود بعض العقود الإدارية ، ذلك لأن القضاء الإداري الفرنسي اعترف بمشروعية شرط عدم المنافسة واستند في تبرير ذلك إلى أن العقود الإدارية تتصل اتصالاً وثيقاً بالمصلحة العامة التي تعتبر الهدف من كل إجراء إداري ، فالعقود الإدارية تبرمها الإدارة من أجل تسيير المرافق العامة بصفة منتظمة ودائمة ولا شك أن هذا الأمر يعد مصلحة عامة لكل الأفراد وعلى ذلك تملك الإدارة الحق في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتحقيق تلك المصلحة العامة ، بما في ذلك النص في عقودها الإدارية على شرط عدم المنافسة (١) .

حيث تجد الإدارة في بعض الأحيان أن تطبيق مبدأ حرية المنافسة بين الأفراد من شأنه التأثير على حسن تنفيذ المرفق العام الذي أنشئ أصلاً لتحقيق المصلحة العامة - كما لو أن أحد الأفراد مارس في مكان ما نشاطاً من نفس النشاط الذي يزاوله أحد

- أضافت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠٠٢/٦/١٠ شرطاً خامساً لصحة هذا الاتفاق وهو التزام رب العمل بدفع مبلغ مالي للعامل يعادل ٣٠% من متوسط الكسب الإجمالي الشهري له . راجع القرار المذكور ضمن مقال بعنوان "شرط عدم المنافسة في فرنسا" على الموقع الإلكتروني :

http://fr.wikipedia.org/wiki/Clause_de_non-concurrence.

1- Pequignot .G . Théorie général du contrat administratif op ,cit, p170

المرافق العامة ، هذا سيؤدي بلا شك إلى التضارب بين مصلحة الفرد الخاصة والمصلحة العامة - وهنا لا تجد الإدارة مفرأً من النص على منح المتعاقد معها حق منع غيره من الأفراد من ممارسة نفس النشاط الذي يمارسه وهذا يعد بدون شك استثناء من مبدأ المساواة بين المتنافسين وحرية المنافسة .(١)

وشرط عدم المنافسة يمكن أن يرد في جميع العقود الإدارية إلا أننا يمكن أن نجده بصورة واضحة في عقود " B.O.T " حيث تتجسد التزامات الإدارة المتعاقدة بالموافقة على عدم توقيع عقود مع شركات أخرى بشأن نفس المحل من شأنها أن تحرم شركة المشروع من الاحتكار ، ويتقرر هذا الحق للمتعاقد مع الإدارة باعتباره معاوناً لها في تسيير وإدارة المرفق العام ولا ارتباطه بالعقد الإداري الذي يتصل بالمرفق العام ارتباطاً وثيقاً ، والذي يهدف لإشباع حاجات الجمهور(٢) .

وبذلك نجد أن شرط عدم المنافسة يندرج تحت نوع من الاحتكار يدعى بالاحتكار التعاقدية ينتج عنه ميزة لا يستهان بها لصالح الملتزم ، حيث يمكنه في ذلك الوقت أن يستغل المشروع الحاصل على امتيازته وهو بمأمن من منافسة الشركات الأخرى

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية البرق والهاتف رقم ١٨/١٨ تاريخ ١٣ كانون الأول ١٩٩١ ،

- راجع كذلك القرار الوزاري رقم ٧/٩٩ الذي منح شركة "Sogec" التفرد في تجهيز قسائم المسح الضوئي الالكتروني المستخدمة في التحويل المصرفي وذلك لحسن سير العمل في هذا المجال. على الموقع الالكتروني : www10.finances.gouv.fr .

٢- الأحرف B.O.T هي اختصار لثلاث كلمات في الانكليزية :البناء ،والتشغيل ،ونقل المشروع في نهاية الامتياز إلى الجهة مانحة الامتياز . راجع د. عبد العزيز بن حمد المنيف - عقود البناء والتشغيل والإعادة - في المرافق العامة - رسالة دكتوراه - جامعة الملك سعود - الرياض -

وبالرغم من أن هذا النوع من الاحتكار ليس له قوة الاحتكار القانوني الذي بموجبه يتم منع الأفراد حتى من الحصول على الخدمات المنصوص عليها في عقد الالتزام من غير الملتزم ، في حين يقتصر الاحتكار التعاقدى على تعهد الإدارة مانحة الالتزام بعدم منح امتياز مماثل لشركة منافسة ، إلا أنه يبقى امتيازاً للملتزم يستخدمه في مواجهة الغير ، وبالتالي يشكل قيداً على حرية المنافسة .

وشرط عدم المنافسة ليس هو الامتياز الوحيد الذي يتحرر به المتعاقد من بعض الأعباء والحقوق العامة فهناك شرط الإعفاء الضريبي الذي يمنح للمتعاقد تحقيقاً لأهداف اجتماعية أو ثقافية ، أو اقتصادية ، أو وطنية ، تتوخاها الإدارة من وراء هذا الإعفاء. وسنقوم بدراسة سريعة لهذا الامتياز من خلال المطلب التالي .

المطلب الثاني

شرط الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم

إن تنفيذ الأهداف التي تسعى الدولة الحديثة إلى تحقيقها يرتبط ارتباطاً مباشراً في الحصول على الواردات اللازمة لذلك ، وإذا كان أمام الدولة طرق متعددة للحصول على تلك الواردات ، إلا أن الضريبة تبقى الوسيلة الوحيدة بل الضرورية لتحقيق أهداف الدولة ونموها . وهذا ما أكد عليه تاريخ المؤسسات المالية حيث وجدت فيها الترياق الناجع لتقوية دعائم بنيانها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي (١).

إلا أن الضريبة تعد بالنسبة للممول عبئاً أو تضحية لأنها تحرمه من التمتع بجزء من أمواله الخاصة ، لذلك يجب على الدولة أن تلتزم عدة قواعد في مجال الضرائب من أجل التوفيق بين مصلحتين متعارضتين : مصلحة الخزينة العامة ومصلحة الممول .

وأول من كتب عن الفكرة السابقة في العصر الحديث الاقتصادي الانكليزي آدم سميث حيث ذكر في كتابه "ثروة الأمم" أربع قواعد يجب على الدولة الالتزام بها عند فرضها الضرائب وهي : العدالة واليقين والملائمة والاقتصاد في نفقات الجباية .

فالعدالة الضريبية يجب أن تراعى بالدرجة الأولى من قبل الدولة عند فرض الضرائب ، ولتحقيق العدالة الضريبية يجب أن تكون الضريبة عامة وموحدة.

1- La loi de finances-Droite de lenvironnement 1-2/2008-18 annee- N°155-p13.

والمقصود بمبدأ عمومية الضريبة أي جعلها تطول جميع الأشخاص والمؤسسات والهيئات دونما تمييز، إلا أن لهذا المبدأ أيضاً استثناءات ، فالمشرع قد يخرج في بعض الأحيان عن تطبيقه تحقيقاً لغايات اجتماعية أو ثقافية ، أو اقتصادية أو وطنية فيمنح بعض الأشخاص أو الهيئات أو المؤسسات عدة إعفاءات.(١)

وما يهمننا في بحثنا هذا التعرض للإعفاءات ذات المنشأ الاقتصادي ، فكما نعلم أن المدخرات بجميع أشكالها تؤدي دوراً هاماً في عملية التنمية الاقتصادية وتعد حجر الزاوية في تمويلها ، وهي المرحلة الأولى في عملية تكوين رأس المال .

ويعتقد كثير من الاقتصاديين أن ضعف المدخرات الوطنية وقلتها سمة من سمات التخلف الاقتصادي التي تؤثر في كمية الاستثمارات ونوعيتها، التي هي عماد التقدم الاقتصادي ، والدول النامية من الدول التي تعاني من ضعف في مواردها المحلية لذا فهي تستعين بالموارد الخارجية لاستكمال عدم كفاية الادخار المحلي لتمويل البرامج الاستثمارية اللازمة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، وتجد هذه الدول في الإعفاء الضريبي وسيلة من الوسائل المشجعة على زيادة الاستثمار(٢) .

هذا لا يعني أن الإعفاء الضريبي لا يمكن تصوره إلا في عقود الدول النامية، فالدول الكبرى قد تلجأ إليه أيضاً في حال شعرت بتدني حجم الاستثمارات وذلك من

١- د. فوزي فرحات - المالية العامة - الطبعة الأولى - مؤسسة بحسون للطباعة ١٩٩١ - ص ١٥ .
- راجع أيضاً د. عبد الرؤوف جابر - ضمانات المشاريع الإنشائية العامة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان ٢٠٠٣ - ص ٤٧١ .

٢- مقال للدكتور عدنان غانم- دور الاستثمارات الأجنبية في التنمية الاقتصادية - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - مجلد ١٩ - العدد الثاني ٢٠٠٣ - ص ١٩٢ .

أجل تأمين استقرار رؤوس الأموال الأجنبية في سبيل إنعاش اقتصادياتها (١) ، أو في حال كانت المشروعات التي تنوي الإدارة تنفيذها ذات طبيعة خطيرة أو في أماكن نائية. هذا ما نص عليه المشرع الفرنسي (٢) حيث أجاز للإدارة أن تعفي المتعاقد معها من بعض أنواع الضرائب ، وذلك بصفة دائمة أو لفترة محدودة في العقد عن طريق النص على شرط الإعفاء طالما أن الإدارة تبتغي من وراء ذلك تحقيق النفع العام.

راعى مجلس الدولة الفرنسي مثل هذه الشروط في عقود الإدارة وكان له في هذا المجال عدة قرارات. حيث سمح للإدارة مانحة الالتزام بموجبها أن تمنح الملتزم إعفاء من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو لفترة محدودة . (٣)

١- راجع مقال بعنوان " مراكز الإعفاءات الضريبية تستنزف إيرادات الدول الفقيرة" نقلاً عن زوريخ - رويترز- الصحيفة الاقتصادية الالكترونية " المملكة العربية السعودية - الرياض ١١/٣٠/٢٠٠٨ العدد ٥٥٢٩ على الموقع الالكتروني:

- www.aleqt.com/2008/11/30/article_169432.html.

٢- راجع المادة ٤٦ من قانون الضرائب العامة في فرنسا التي منحت شركات الاستثمار مزايا ضريبية .
- المواد من ٤٩-٦/٤٩ من القانون نفسه المرفق ٣/ منحت إعفاء من الضرائب لشركات استثمار التكنولوجيا.
- المادة ٢٤٢ / ٥ منحت شركات الاستثمارات الخطرة إعفاءات ضريبية .
- راجع أيضاً المادة ٤/٤ من توجيه الاتحاد الأوروبي تاريخ ١٩٩٩/٩/٢ الذي ينظم الضريبة على القيمة المضافة .

٣- حكمه الصادر في ٢٨ / ٤/ ١٩٣٩. في قضية "Comp.des chemins de fer de,l'ouest".

مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي- المرجع السابق - ص ٧٤٣.

- انظر كذلك حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية "كازوتيه" تاريخ ١٩٦٢/٧/٢

سار المشرع المصري على نهج المشرع الفرنسي فسمح للإدارة إدراج شرط الإعفاء الضريبي في بعض عقودها تحقيقاً للمصلحة العامة (١) .

وفي سورية أقر المشرع بحق الإدارة في منح المتعاقد معها في العقود الخارجية بعض الإعفاءات الضريبية (٢).

إلا أن التعليمات الصادرة عن وزارة المالية أهابت بجميع الإدارات التي تنوي - في العقود الخارجية - أن تتحمل عبء الضرائب والرسوم أن تنص على ذلك صراحة في الإعلان عن المناقصة وفي دفتر الشروط الخاصة (٣).

سمح مجلس الدولة السوري من جهته أيضاً للإدارة بإدراج شرط يعفي المتعاقد من الضرائب في حال وافقت الإدارة على تحمل عبئها (٤)، على اعتبار أن العقد شريعة

-
- ١- راجع المادة الرابعة من القانون رقم ٢/ لعام ١٩٩٧ قانون الإعفاء الضريبي المصري والتي منحت بموجبها شركات البحث والتقيب عن البترول إعفاء من الضرائب .
 - راجع في الموضوع د. حفيظة الحداد- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠١ ص ٧٩٨ .
 - راجع كذلك فتوى رقم ٨٠٩ تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٧ جلسة ١٩٩٤/١١/١٦ مشار إليها عند محمود زكي شمس- الأسس العامة للعقود الإدارية - الجزء الثاني - المرجع السابق - ص ١٧٤٠ .
 - ٢- المادة ٧٢ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ .
 - ٣- تعليمات وزارة المالية حول القانون رقم ٥١/ الخاص بنظام العقود للجهات العامة- بلاغ رقم ١/ب/ع/٩ تاريخ ٢٠٠٥/١/٢٠ .
 - ٤- فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية : " اتفاق الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد على جعل الالتزام بترتيب الضريبة على عاتق أحدهما هو أمر واجب اعتماده لأن العقد شريعة المتعاقدين " حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٩٧ في القضية رقم ٢١٧١ تاريخ ٢٠٠٥/٨/٢٢ منشور في مجلة المحامون العديدين ١٠٢ لعام ٢٠٠٦ ص ١٦٦ .

المتعاقدين .

هذه الإعفاءات الضريبية وإن كانت تستهدف اجتذاب رؤوس الأموال الخارجية في الاستثمارات الوطنية ، إلا أنها بالمقابل تخفض حصيللة الضرائب وتؤثر على تمويل الإنفاق العام بالإضافة إلى تأثيرها السلبي على رؤوس الأموال الداخلية في حال لم تطبق على مشاريع الاستثمار الوطنية أيضاً حيث سيسعى أصحاب رؤوس هذه الأموال للبحث عن دول في الخارج تمنحهم إعفاءات مماثلة .

لذلك ولزيادة حجم الاستثمار أصدرت الدولة العديد من المراسيم التي شجعت على الاستثمار وقدمت المزايا والحوافز للمستثمرين نذكر منها :

١- المرسوم التشريعي رقم ١٠ لعام ١٩٩١ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٧/

تاريخ ١٣/٥/٢٠٠٠ والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٨ تاريخ ٢٧/١/٢٠٠٧ و

القاضي بتوفير الحماية للأموال المستثمرة في الجمهورية العربية السورية وتشجيع

المستثمرين بمنحهم العديد من الإعفاءات والمزايا والتسهيلات.

٢- كذلك المرسوم رقم ١٨ لعام ١٩٧١ والمرسوم رقم ٨٤ لعام ١٩٧٢ والقاضي

بالسماح للسوريين والأجانب الاستثمار بالمناطق الحرة وقد أعفى المشرع

المستثمرين بهذه المناطق من كافة الضرائب والرسوم الجمركية والبلدية

والصحية.

٣- أيضاً القرار رقم ١٨٦ لعام ١٩٨٥ القاضي بإعفاء المنشآت السياحية من جميع

الضرائب والرسوم الجمركية ، كذلك إعفائها من (٥٠%) من الأرباح الصافية

من ضريبة الدخل بشكل دائم مهما كانت صفة المالك أو المستثمر .

ومن الملاحظ أن وضوح النصوص القانونية التي قررت الإعفاءات الضريبية ودقتها جعل احتمالات الاختلاف على تفسير النصوص قليلة ، وبالعودة إلى القضاء لم نجد تطبيقات قضائية لمجلس الدولة السوري في هذا الموضوع (١).

١- راجع في الموضوع د. علي كنعان - المالية العامة والإصلاح المالي في سورية - دار الرضا للنشر - دمشق - ٢٠٠٣ ص ٥١.

الفصل الثاني

منح الغير بعض الحقوق

يقال في العادة أن آثار العقد هي الالتزامات الناشئة منه ، ويرد على هذا القول أن آثار العقد ليست مقصورة على الالتزامات فقط بل تتجاوز ذلك إلى إقرار بعض الحقوق ، فإذا كان العقد الإداري يفرض على الغير بعض الالتزامات على الرغم من أنه ليس طرفاً في العقد - كما أوضحنا سابقاً - فإنه من باب أولى أن يرتب العقد الإداري حقوقاً للغير ، الذي يمكنه المطالبة بها واقتضاءها عن طريق القضاء إذا كان هناك أي تقصير من جانب الإدارة أو المتعاقد معها في تمكينه منها ، ويكون ذلك عن طريق الطلب من أحد المتعاقدين - الإدارة أو المتعاقد معها - باتخاذ موقف معين أو قرار ما ، يُمكنه من الحصول على هذه الحقوق .

كذلك يمكن للغير أن يقاضي الإدارة مستهدفاً إلغاء قراراتها السلبية التي تمنعه من الحصول على الخدمة ، أو مستهدفاً إلغاء العقد نفسه في تقنية هي الأحدث في مجال القانون الإداري .

وبصل الأمر بالغير إلى حد يستطيع معه إقامة علاقة مباشرة مع الإدارة تخوله تقاضي مستحقاته ، ومقاضاة الإدارة مباشرة من أجل تأمين هذه المستحقات .

وفيما يلي سنقوم بشرح بعض الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد الإداري من خلال :

المبحث الأول : الحقوق التي يستمدّها الغير من النصوص المدرجة لصالحه في العقد.

المبحث الثاني : حقوق المنتفعين في عقد التزام المرافق العامة .

المبحث الثالث: حقوق المتعاقد من الباطن .

المبحث الرابع : حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون .

المبحث الأول

الحقوق التي يستمدّها الغير

من النصوص المدرجة لصالحه في العقد

في كثير من الحالات ينص العقد الإداري على مجموعة من الحقوق تقرر لمصلحة الغير الذين لا تربطهم بالعقد أية صلة .

ولا يقصد بالغير في هذا المقام الشخص المستفيد أو المنتفع من خدمات المرافق العامة وإنما يقصد به الشخص الغريب تماماً عن العقد ، إلا أنه لطرف ما يتصل هذا الغير بالعقد ويتأثر به بشكل أو بآخر ، ففي هذه الحالة يكون له حق التمسك بهذا النص الذي ورد لصالحه في العقد، وهنا نقترح بشدة من نظام الاشتراط لمصلحة الغير المقرر في القانون المدني وقد رأينا سابقاً إمكانية إعمال هذه النظرية في مجال العقود الإدارية .

هذه الحقوق المثبتة لصالح الغير في العقود الإدارية تدرجها الإدارة على شكل شروط لصالح بعض الطوائف من الغير الذين لم يكونوا طرفاً في العقد وكمثال على هذه الشروط يمكن أن نورد :

المطلب الأول : النصوص المدرجة في العقد لصالح العمال .

المطلب الثاني : النصوص المدرجة في العقد لصالح الملاك المجاورين .

المطلب الأول

النصوص المدرجة في العقد

لصالح العمال

عقود الأشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة من العقود الإدارية التي يتطلب تنفيذها سنوات طويلة و تستلزم استخدام أعداد كبيرة من العمال الذين يلتزمون بتقديم العمل وفق الشروط المتفق عليها ، وفي نطاق من الالتزام بنظام العمل وإرادة صاحب العمل وتوجيهاته ، الأمر الذي يترتب على هذا الأخير بعض الواجبات التي تعتبر من مستلزمات عقد العمل ومن متطلبات حسن النية في تنفيذه ، ولا شك بأن القيام بهذه الواجبات يحقق مصلحة الطرفين معاً ويضمن الوصول بالعقد إلى تحقيق النتائج المرجوة منه .

وفي سبيل الوصول إلى هذه النتائج قد ترى الإدارة أنه من الأهمية إدراج بعض الشروط لصالح العمال المستخدمين في المشروع ومن قبيل هذه الشروط :

تحديد ساعات العمل ، فرض حد أدنى للأجور ، التأمين على العمال ضد الأضرار أو الأخطار التي قد تصيبهم أثناء أو بسبب قيامهم بتنفيذ الأعمال الموكلة إليهم من قبل المتعاقد ، كذلك توفير الشروط الملائمة التي تكفل المحافظة على صحة العمال وأيضاً تأمين الوسائل والمواد اللازمة لتنفيذ العمل وتهيئة مكانه المناسب .

ومن تطبيقات ذلك في سورية يمكن أن نشير إلى الاتفاقية التي أبرمتها الحكومة السورية مع شركة البترول (أي ، بي ، سي) في مدينة حمص والتي التزمت الشركة

بموجبها إيداع خزينة الدولة مبلغاً من المال تأميناً على حقوق عمالها من السوريين ومكافأتهم.(١)

كذلك العقد المبرم بين وزارة السياحة عام ١٩٧٢ وبين شركة توريسمو/٨٠/ الإيطالية لبناء وتجهيز فندق من الدرجة الممتازة في دمشق هو فندق شيراتون .(٢)

ومن الملاحظ أن أكثر هذه الشروط التي تدرجها الإدارة في عقودها وتلزم بها المتعاقد ما هي إلا تأكيد على بعض الأحكام الخاصة التي أقرها قانون العمل لصالح العمال ، وعليه لا يمكن اعتبار الشروط الواردة في العقد اشتراطاً لمصلحة الغير إلا إذا كانت هذه الشروط غير واردة الذكر في القوانين والأنظمة كأن تكون امتيازات أو إضافات على حقوقهم القانونية يراد منحهم إياها عن طريق العقد وإن دل هذا على شيء إنما يدل على أن الحقوق الممنوحة للعمال بموجب العقد الإداري يرجع معظمها في سنده إلى نصوص القانون ولا تستند إلى شروط العقد .

١- عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - الجزء الثاني - المرجع السابق - ص ١١٢ .

٢- د. عبد الإله الخاني - المرجع السابق - ٢٩٣ .

- راجع كذلك في فرنسا اتفاقية " روتردام " حول طرح مشروع بناء ميناء " قاي أناتولي " فرنسا ١٢٩٧٧ أوديرن للتعاقد والمحدد تاريخ ١٣/٢/٢٠٠٩ موعداً نهائياً لاستلام العروض، و التي تنص في المواد من ٢-١٣ من الاتفاقية على شروط لصالح العمال . على الموقع : www.amf29.asso.fr

المطلب الثاني

النصوص المدرجة في العقد

لصالح الملاك المجاورين

كما نعلم أن عقد الأشغال العامة هو من العقود الإدارية التي يكون محلها القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب شخص معنوي عام (١).

ولا شك أن القيام بمثل هذه الأعمال من شأنه أن يؤدي إلى احتمال وقوع أضرار بالغير من جراء تنفيذها . كالأضرار التي أصابت مالك عقار بسبب حريق شب نتيجة القيام بتنفيذ أشغال عامة.

والإدارة باعتبارها صاحبة المشروع المنفذ لهذه الأعمال ستكون مسؤولة عن أي ضرر يقع من جراء هذه الأعمال، إلا أنها في الغالب تسعى للتوصل من هذه المسؤولية فتضمن عقودها - عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز - شروطاً لصالح الملاك المجاورين للمكان المخصص لتنفيذ تلك العقود وفي هذه الحالة يكون من حق هؤلاء الملاك الاستناد إلى تلك الشروط لحماية مصالحهم .

ويحق لهم الرجوع على المتعاقد ومطالبته بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيبهم

١ - راجع مقال للدكتور محمد الحسين بعنوان "عقد الأشغال العامة" على الموقع الإلكتروني :

- www. Arab - ency . com .

وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن مثل هذه الشروط لا تعتبر من خصائص العقود الإدارية التي تتفرد بها لأن هذه الشروط كثيراً ما تتضمنها عقود الأشغال الخاصة التي يبرمها الأفراد مع المقاولين بغية درء المسؤولية عن صاحب العقار الذي تجري عليه الأشغال وتحمل المقاول بالتالي مسؤولية ذلك. (٢)

إلا أن هذا لا يمنع من إدراج مثل هذه الشروط ضمن العقود الإدارية طالما أنها تتفق مع روابط القانون العام .

و قد تضمن الإدارة أيضاً عقودها نصوصاً لتعويض الجوار عن الأضرار التي ستلحق بهم ليس فقط أثناء تنفيذ الأشغال العامة بل أثناء قيام المرفق بتأدية خدماته. (٣)

١- راجع حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٢/٢٧٤ في القضية رقم ٢/٦٧٧٦ تاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٨ - أحكام غير منشورة .

٢- راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٠/٦/١٩٤١ في قضية (Wadislav Bester) (- داللو - ١٩٤٢ - ص ١١٤ .

- راجع بشأن ذلك د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٧٤٥ .
- راجع أيضاً د. عبد العليم مشرف - المرجع السابق - ص ١١٢ .

3- Laubadere .A.Delvolle.P,Moderne.F.T1 ,op .cit.p 744.

- راجع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠/١١/١٩٩٢ في قضية كومونات دي سانت فيكتور والذي قرر فيه منح تعويضات للجوار عن الضوضاء التي تسببها الطائرات نتيجة حركة المطار والتي تقرر لهم بموجب المادة ١٠ من عقد الامتياز .على موقع مجلس الدولة الفرنسي مشار إليه سابقاً .

وحق الملاك المجاورين في التعويض عن الأضرار التي تلحق بهم من جراء تنفيذ العقود الإدارية يخضع في فرنسا للتقادم الطويل ذلك لأن مسؤولية الإدارة والمتعاقد في هذه الحالة تكون مسؤولية تقصيرية.(١)

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٩١/١١/٢٢ في قضية "Société asseco" مشار إليه على موقع مجلس الدولة الفرنسي.

المبحث الثاني

حقوق المنتفعين

في عقد التزام المرافق العامة

درج القضاء الإداري في أحكامه على تعريف عقد الالتزام بأنه :

"عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بموجبه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح"(١)

وفي عقد الالتزام يمكننا أن نميز نوعين من النصوص : نصوص تعاقدية تنظم العلاقة بين طرفي العقد ونصوص تنظيمية تكون مسؤولة عن الآثار المتولدة تجاه الغير ، ومن هذه الآثار ، الحقوق التي يربتها العقد الإداري للمنتفعين بخدمات المرفق العام تجاه الملتزم كذلك تجاه الإدارة التي تبقى مسؤولة عن تأمين خدمات المرفق لجمهور المنتفعين حتى لو فوضت إدارة المرفق العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام ، وسنوضح هذه الحقوق بشيء من التفصيل على النحو التالي : المطلب الأول : حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة.

المطلب الثاني : حقوق المنتفعين في مواجهة الملتزم .

١- حكم محكمة القضاء الإداري المصري تاريخ ١٩٥٦/٣/٢٥ السنة العاشرة ص ٢٥٩ مشار إليه

عند عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - الجزء الثاني - المرجع السابق - ص ٣٣٩ .

المطلب الأول

حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة

الأصل في مجال القانون العام أن تقوم الإدارة بنفسها بإدارة المرافق العامة مستعينة في سبيل ذلك بأموالها وموظفيها ، إلا أن المصلحة العامة قد تقتضي أن تعهد بهذه المهمة إلى ملتزم نيابة عنها مع الاحتفاظ بحقوقها وسلطاتها تجاهه (١).

هذه الحقوق والسلطات - كما رأينا سابقاً - مقررة للإدارة في الأصل لمصلحة المنتفعين (٢) والمرافق العامة عموماً ، الأمر الذي يبرر طلب المنتفعين من الإدارة التدخل وإجبار الملتزم على احترام شروط العقد في حال قصرت في استعمال هذه الحقوق تجاه الملتزم .

١- راجع رأي مجلس الدولة الفرنسي في ١٠/٧/١٩٨٦ والذي جاء فيه : " إن طبيعة الخدمة الإدارية العامة لا يمنع السلطة المحلية المختصة من تكليف أحد أشخاص القانون الخاص بالقيام بها، في حال لم تكن هذه الخدمة من بين تلك التي هي بحكم طبيعتها أو وفقاً لإرادة المشرع لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال السلطة المحلية ". مذكور في مقال للأستاذ "رينيه شابو" بعنوان العقود الإدارية والقانون " على الموقع الإلكتروني : www.fr.wikipedia.org/wiki

٢- والمنتفعون بخدمات المرافق العامة ينقسمون إلى الفئات التالية :

المستفيدون : وهم الأفراد الذين يستفيدون من خدمات المرفق ولا تربطهم بها أية رابطة عقدية المنتفعون: وهم الذين تربطهم بالملتزم رابطة عقدية (كعقد اشتراك الماء والكهرباء) وينتفعون من خدمات المرفق العام . المستحقون للانتفاع : هم الذين استوفوا شروط الحصول على الخدمات التي يقدمها المرفق . راجع مقال بالفرنسية بعنوان " تعريف مستخدم الخدمات العامة" على الموقع

وقد يحدث ألا تستجيب الإدارة لطلب التدخل وعندئذ ينشأ قرار إداري سلبي بعدم التدخل وبمجرد مضي ستين يوماً على تقديم الطلب يحق للمنتفعين الطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة (١).

كما يحق للمنتفع مطالبة الإدارة بتمكينه من الاستفادة من خدمات المرفق قضاء عن طريق اللجوء إلى قاضي العقد.

فالهيمنة التامة للإدارة على المرفق العام باعتبارها مسؤولة عن سيره بانتظام واضطراب رغم قيام الملتزم بإدارته أعطت الإدارة سلطات واسعة تجاه المرفق والملتزم ، هذه السلطات مقررة لمصلحة المرفق العام ومستخدمي المرفق ، أي أنها في الحقيقة هي حقوق مقررة لمصلحة المنتفعين بالمرفق العام أو طالبي الانتفاع .

ويمكننا تحديد حقوق المنتفعين من خدمات المرافق العامة في مواجهة الإدارة مانحة الالتزام بالحقوق التالية :

- ١- حق مطالبة الإدارة بالتدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد .
 - ٢- حق مقاضاة الإدارة لإلغاء قراراتها المخالفة للشروط اللاتحفية في عقد الالتزام.
 - ٣- حق الاستفادة من خدمات المرفق العام موضوع العقد.
 - ٤- مراعاة مبدأ الشفافية والثقة .
- وسنقوم فيما يلي بشرح هذه الحقوق على التوالي لنوضح الآلية القانونية التي يستطيع بها الغير وهو غريب عن العقد الوصول إلى هذه الحقوق واقتضاءها متى ثبتت له .

١- د. محمد فؤاد مهنا - حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة - معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - ١٩٧٠ - ص ١٥٥ .

أولاً: حق مطالبة الإدارة بالتدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد:

يمكن هذا الحق المنتفعين من اللجوء إلى الإدارة والطلب منها التدخل لدى الملتزم لإجباره على احترام شروط العقد ، في حال قصر في تنفيذها أو أخل بقاعدة المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام.

فإذا ما أجابت بالرفض أو امتنعت عن التدخل مدة سنتين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، كان ذلك بمثابة قرار إداري، وعندها يمكن لذوي المصلحة الطعن فيه شأنه شأن أي قرار إداري آخر . (١) .

وهذا الحق يمنح للمنتفعين بموجب دفتر الشروط الخاصة في عقد الالتزام الذي يتمتع بالطبيعة اللائحية. ذلك لأن موضوع العقد هو المرفق العام وبالتالي يجب أن يخضع في إدارته واستغلاله للمبادئ العامة التي تحكم تنظيم المرافق العامة . (٢)

وبالتالي فإن خروج الإدارة أو الملتزم عن هذه الشروط لا يتضمن مجرد إخلال بالالتزام شخصي مرجعه العقد ، بل ينطوي على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة في العقد مما يجعل القرار غير مشروع ومن ثم يكون لكل ذي مصلحة أن يرده إلى نطاق المشروعية ويطالب بإلغائه أمام مجلس الدولة (٣)

١- د. فؤاد عبد الباسط - المرجع السابق - ص ٥١٤ .

٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Cayzele " تاريخ ١٠/٧/ ١٩٩٦ الذي سمح لمستخدمي الخدمة العامة الطعن بالعقد نفسه لإلغاء الشروط المنظمة لتقديم الخدمة على الموقع الإلكتروني: somni.blog.lemonde.fr

٣- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٦٧٣٠ تاريخ ١/٤/٢٠٠١ السنة ٤٤ ق على الموقع السابق .

وفي حال حكم مجلس الدولة بإلغاء القرار المذكور فإن تنفيذ هذا الحكم يوجب تدخل

الإدارة وإلزامها المتعاقد بأن يراعي شروط العقد. (١)

هذا الحق تقرر للمنتفعين بموجب العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، وقد جاء ذلك لأول مرة في قضية شهيرة تتلخص وقائعها بأن شركة ترام "بوردي" وهي شركة التزام رأت إلغاء أحد خطوطها الذي يخدم حي "Groix de seguery" فقام العميد (DUJUIT) بتكوين جمعية من الملاك للمطالبة بإعادة خط النقل الذي كان يخدمهم ، ولما رفض المحافظ الاستجابة لهذا الطلب ، رفعت الجمعية دعوى بإلغاء قرار المحافظ ، فقبل المجلس الدعوى بالرغم من أن سكان الحي ليسوا طرفاً في عقد الالتزام. (٢)

ومنذ ذلك التاريخ اضطرد مجلس الدولة الفرنسي على قبول الدعاوى التي يرفعها المستفيدون من خدمات المرافق العامة ومن ذلك :

١ - دعاوى المستفيدين بطلب إلغاء القرارات الضمنية بالرفض من قبل جهات الإدارة المختصة والتي ترفض إجبار ملتزمي المرافق العامة على احترام شروط عقد الالتزام. (٣)

٢- دعاوى المستفيدين من خدمات المرفق والذين يرفض المرفق التعاقد معهم رغم

١- د. سعاد الشرقاوي - العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٧٢.

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٠٦/١٢/٢١ مذكور على موقع مجلس الدولة .

٣- حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٦/٧/١. راجع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ

١٩٧٤/٥/١٠ في قضية السيد "Denoyer" ضد قرار محافظ شارانت البحرية المؤرخ في

www.ech.levillage.org : على الموقع ١٩٧١/٧/٣

استيفائهم شروط الاستفادة من الخدمة . (١)

وكان يستند مجلس الدولة الفرنسي - كما بينا سابقاً - دائماً على الطبيعة اللائحية للشروط الواردة في عقد الالتزام لتبرير حق المستفيد في الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الإدارة التي تتضمن إخلالاً بشروط أداء الخدمة ، إلا أن بعض الفقهاء حاولوا التشكيك في الأساس القانوني السابق حيث استعاضوا عن فكرة الطبيعة اللائحية للشروط المنظمة للمرافق العامة بالاستناد إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري.(٢)

سار مجلس الدولة المصري على نهج نظيره الفرنسي في هذا الصدد حيث كانت أحكامه قاطعة في الاستناد إلى الطبيعة اللائحية للشروط المنظمة للخدمة الواردة في العقد . ومن أوضح الأحكام في هذا الشأن:

"إن عقد الالتزام ينشئ في أحد شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق و استغلاله ، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها ، أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً له ، وليس من شأنه أن يحول دون نصوص لائحية

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٥/١١/٢٧ كذلك حكم المجلس في ١٩٥٨/١١/٧ مشار إليهما عند عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٣٤١ .

2- Pequignot .G . Théorie générale du contrat administratif ,op.cit,p 585.

- إلا أن مجلس الدولة الفرنسي مستقر على الاستناد إلى الطبيعة اللائحية للشروط الواردة في عقد الالتزام لتبرير حق المستفيد في الطعن بالإلغاء في القرار الذي يخرج عن هذه الشروط.

- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Cayzelee " تاريخ ١٩٩٦/٧/١٠ مشار إليها سابقاً

وبناء على الأحكام السابقة لمجلس الدولة الفرنسي والمصري تعد مخالفة الإدارة أو الملتزم لشروط أداء الخدمة في عقد الالتزام خروجاً عن اللائحة ، وليس مجرد إخلال بالالتزام شخصي يرجع إلى العقد ، مما يجعل مثل هذا التصرف غير مشروع ويكون لكل ذي مصلحة الطعن فيه بالإلغاء ورده إلى نطاق المشروعية .

ثانياً: حق مقاضاة الإدارة بطلب إلغاء قراراتها المخالفة للشروط اللائحية في عقد الالتزام:

يختلف هذا الحق عن سابقه في أن الحق السابق يتقرر للمنتفع نتيجة قيام الملتزم بمخالفة شروط العقد ، ومن ثم رفض الإدارة التدخل - صراحة أو ضمناً - لترغمه على احترام هذه الشروط .

أما الحق الذي نحن بصدده والمتمثل في حق المستفيد في مقاضاة الإدارة بطلب إلغاء قراراتها المخالفة للشروط اللائحية في عقد الالتزام ، فيفترض أن الإدارة نفسها هي التي خالفت شروط العقد وذلك من خلال إصدارها قراراً مخالفاً لهذه الشروط مما يعطي المستفيد الحق بطلب إلغائه أمام القضاء الإداري في حال أثر هذا القرار على حقوقه (٢).

١- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية القضية رقم ٤٨٥ لسنة ٧ ق . تاريخ ١٩٥٧/١/٢٧
المجموعة السنة ١١ ص ١٦٠ مذكور عند: د. سعاد الشراقوي- المرجع السابق -
ص ٥٥.

٢- راجع حكم محكمة الاستئناف الإدارية في مرسيليا في قضية "غولدن ساندز" تاريخ
٢٠٠٧/١/٢١ على الموقع . somni.blog.lemonde.fr

إذاً فحق المستفيد في الطعن المترتب نتيجة تجاهل الإدارة وعدم تدخلها لدى الملتزم لإجباره على احترام شروط العقد يستند إلى اتخاذ الإدارة موقفاً سلبياً يتمثل في رفض التدخل بشكل صريح أو ضمني .

أما حق المستفيد في الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر من جهة الإدارة والمخالف للشروط الواردة في العقد يرجع إلى قيام الإدارة بعمل إيجابي يخالف شروط العقد.

ومن التطبيقات العملية لهذا الحق نورد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (storch) وملخص وقائعها أن مدير مقاطعة "السين" كان قد أصدر قراراً يخول الملتزم حق استبدال عربات الترام التي تسير تحت الأرض بعربات أخرى هوائية تسير فوق الأرض . طعن المستفيدون في هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي واستندوا في ذلك إلى مخالفة القرار لكراسة الشروط الخاصة بالالتزام ، وبالفعل قبل المجلس هذا الطعن شكلاً وذلك لأن المستفيدين يملكون هذا الحق ، ورفضه موضوعاً لأنه لم ير فيه مخالفة لبنود عقد الالتزام .(١)

وبذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف للمستفيدين بحق الطعن ضد القرار الصادر عن الإدارة إذا خالف الشروط اللائحية الواردة في عقد الالتزام .

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية تاريخ ١٣/٢/١٩٠٥ . راجع كذلك حكم مجلس

الدولة الفرنسي في القضية رقم ٢٢١٤٥٨ تاريخ ١١/٧/٢٠٠١ على موقع مجلس الدولة الفرنسي

- راجع في الموضوع أيضاً د. فؤاد مهنا - المرجع السابق - حقوق الأفراد - ص ٢١٤ و عبد الهادي

عباس - المرجع السابق - ص ٣٢٦.

ومن جهتنا نرى أن منح المستفيدين من خدمات المرافق العامة حق مقاضاة الإدارة بطلب إلغاء قراراتها المخالفة للشروط اللائحية في عقد الالتزام ، يمكنهم من ممارسة رقابة فعالة على الإدارة في إدارتها للمرافق العامة بمشاركة القضاء الإداري في إحكام الرقابة على أعمال وقرارات الإدارة عن طريق قضاء الإلغاء ، نظراً لأن هذا القضاء لا يملك تحريك دعوى الإلغاء من تلقاء نفسه فهو لا يملك النظر فيها إلا إذا رفعت إليه الدعوى .

ثالثاً: حق الاستفادة من خدمات المرفق العام موضوع العقد :

ووفق هذا الحق يمكن للمنتفع في عقد الالتزام أن يطرق باب قاضي العقد ليطالب بإجبار الإدارة على تمكينه من الاستفادة من خدمات المرفق العام وفقاً لنصوص عقد الالتزام.

هذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية " Gey " .

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد " Gey " كان قد تقدم بطلب إلى البلدية لتمكينه من الحصول على الكهرباء من الشركة الملتزمة بالإضاءة . لكن طلبه لم يجاب فلجأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم يلزم الإدارة بتقديم الخدمة المطلوبة .

قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن بأحقية السيد " Gey " للانتفاع من خدمات المرفق العام من خلال تنفيذ شروط عقد الالتزام المقررة لصالحه ، استناداً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير (١) .

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيد " Gey " تاريخ ٢٩/١٠/١٩٢٦ .

إلا أن المبررات التي استند إليها المجلس في تبرير حكمه السابق جعلته عرضة للانتقادات من جانب معظم الفقهاء ذلك لأن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تعطي المستفيد " الغير " الحق في مقاضاة الملتزم وليس المشتراط " الإدارة " (١). الأمر الذي دفع الفقهاء إلى القول بعدم أحقية المنتفع في عقود الالتزام بمقاضاة الإدارة أمام القضاء الكامل. (٢)

رابعاً: مراعاة مبدأ الشفافية والثقة :

مبدأ الشفافية يعطي لكل مستخدم الحق في الحصول على المعلومات الكافية عن المرفق العام موضوع العقد ، أي أنه يرتب على الإدارة التزاماً بتزويد هذه المعلومات لجمهور المنتفعين بكافة الوسائل: (وسائل الإعلام ، الصحافة ، الكتيبات، الأدلة) (٣).

و مبدأ الشفافية لا يعد مجرد أداة للسيطرة على الخدمات من قبل المستخدمين، بل هو شرط للحوار والتشاور من أجل الارتقاء بمستوى الخدمات العامة المقدمة ، ويتم ذلك عن طريق إخضاع الإجراءات التي ستتخذها الإدارة بشأن الخدمات العامة إلى جلسات حوار ومناقشة واستماع عامة (٤). وكما يعد مبدأ الثقة في التعامل من

١- د. فؤاد مهنا - المرجع السابق - حقوق الأفراد - ص ٣٦٩.

٢- د. زكي النجار - المرجع السابق - ص ٤١٩.

٣- راجع القانون الفرنسي رقم / ٢٨٥ الصادر في ٢٠٠٢/٢/٢ الذي يأذن بالتصديق على اتفاقية "آرهوس" الموقعة في ١٩٩٨/٧/٢٥ بشأن تمكين الجمهور من الحصول على المعلومات والمشاركة في صنع القرار والوصول إلى العدالة في المسائل البيئية .

٤- راجع مقال للأستاذ فاني بيتي بعنوان " المبادئ العامة للخدمات " . على الموقع الإلكتروني :

. www.ipam.@aitec

المبادئ الأساسية التي يجب على الإدارة مراعاتها عند تقديمها الخدمات العامة ، هذا المبدأ يفرض على الإدارة أن تحدد بوضوح قواعد وشروط أداء خدماتها ، و أن تكون هذه القواعد مستقرة وفي حال فرض تطور المجتمع أو الظروف تغييرها،وجب على الإدارة أن تنفذ القواعد الجديدة بحالة تسمح للمستخدم التكيف في ظلها(١).

هذه هي أبرز الحقوق التي يمكن أن تثبت للمنتفعين من خدمات المرافق تجاه الإدارة والتي تشكل في ذات الوقت التزامات تثقل كاهل الإدارة باعتبارها مسؤولة عن إدارة المرافق العامة بالطرق الكفيلة لتحقيق الصالح العام .

فلا شك أن للمنتفعين بخدمات المرفق العام الحق في المطالبة بحسن سير المرفق العام وبتطبيق جميع القواعد المنظمة له تطبيقاً صحيحاً ، وفي حال صدر من الإدارة ما يمس حقوقهم هذه يكون لهم تحريك رقابة القضاء إضافة لمطالبة الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيبهم من جراء ذلك .

- عملياً تم تطبيق هذا المبدأ في فرنسا على عقود الاشتراك بالكهرباء ، بحيث يتم التواصل بين مقدمي الخدمة والمستخدمين عبر الانترنت على الموقع الالكتروني :

www.erdfdistribution.fr/electricite-reseau-distribution-f

- راجع كذلك مقال بعنوان " تمثيل المستخدمين في الخدمات العامة " وهو اقتراح تقدمت به (AITEC) "الرابطة الدولية للفنيين والخبراء والباحثين" تضمن الاقتراح تمثيل المستخدمين و وتمكينهم من المشاركة بشكل فعال في تحديد وتقييم جميع الخدمات العامة ، وذلك في جميع المناقشات العامة التي تدور حول الخدمات العامة .على الموقع الالكتروني :

5- globenet.org/aitec/chantiers/sp/represen.htm WWW

١- راجع مقال للأستاذ جان فرانسو بعنوان "إدارة الخدمات العامة في فرنسا " على الموقع

www.base.d-p-h.info/fr/fiches/dph/fiche

الالكتروني :

المطلب الثاني

حقوق المنتفعين في مواجهة الملتزم

رأينا سابقاً أن عقد الالتزام لا يكتفي بإعطاء حقوق لأطرافه ، بل يولد أيضاً حقوقاً تجاه الغير .

فالمنتفعين من خدمات المرافق العامة تثبت لهم حقوقاً في مواجهة الإدارة ، كذلك في مواجهة الملتزم، الذي يخضع في تنفيذ عقد الالتزام لذات الأحكام والقواعد التي يتعين على الإدارة احترامها في تسييرها للمرافق العامة ، على اعتبار أن الملتزم معاون ومساعد لها في ذلك ، وبمقتضى هذه القواعد تترتب على الملتزم واجبات عليه احترامها ، وإلا جاز للمنتفع مقاضاته في حال أخل أو قصر في مراعاتها .

ولتبرير هذه الحقوق التي يحصل عليها المنتفع بمقتضى عقد الالتزام في مواجهة الملتزم لا بد لنا بداية من توضيح الطبيعة الحقوقية للعلاقة التي تربط المنتفع بالملتزم .

أولاً : التكيف القانوني للعلاقة بين المنتفع و الملتزم :

- ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن علاقة المنتفع بالملتزم علاقة تعاقدية ينظمها عقد من عقود القانون الخاص يبرم بين المنتفع والمرفق للحصول على الخدمة التي يقدمها المرفق (كعقود الاشتراك بالماء أو الكهرباء) .

وقد رأى أصحاب هذا الرأي أن المنتفع يخضع للشروط الواردة في عقد الالتزام باعتباره أنها جزء من الالتزامات التي يتضمنها العقد الخاص المبرم بينه وبين المرفق ذلك لأن

هذا العقد يتضمن في الغالب نصاً صريحاً يقضي بخضوع المنتفع لكافة الشروط والالتزامات الواردة في عقد الالتزام أو المقررة من قبل السلطة العامة.

وفي حال عدم وجود مثل هذا النص الصريح فإن الخضوع للنصوص الواردة في عقد الالتزام ولكل ما تقرره السلطة العامة بهذا الخصوص مستقبلاً يكون مفترضاً في قصد المتعاقدين الضمني . (١)

إذاً فالعقد الذي يبرمه المنتفع مع الملتزم هو عقد مدني لكنه يخضع لنظام وضعه العقد الإداري المبرم بين الملتزم والإدارة كما تخضع اللائحة للتشريع.

حظي هذا الرأي بتأييد قضائي فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن علاقة المنتفع بالملتزم علاقة تعاقدية ، وأن العقد الناتج عن هذه العلاقة هو من عقود القانون الخاص حتى عند احتوائه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.(٢)

إلا أن المجلس قيد هذا التكييف بضرورة خضوع عقود المنتفعين لقانون تنظيم المرفق حيث قرر أن التعديلات التي يمكن أن تطرأ على قواعد تسيير المرافق

١- د. فؤاد مهنا - المرجع السابق - حقوق الأفراد - ص ٣٦٨.

٢- حكم محكمة التنازع الفرنسية في القضية " Naliato " تاريخ ١٩٥٥/٥/٢٢ على الموقع :

fr.jurispedia.org

- انظر كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصري في القضية رقم ١١٩٤ السنة ٣٣ ق والحكم رقم ٢٦٤٤ السنة ٣٠ ق تاريخ ١٩٨٩/٢/١٨ . على الموقع السابق .

العامة تتسحب بالضرورة على عقود المنتفعين من خدمات هذه المرافق . (١)

وقد تبني القانون المدني السوري التكييف السابق فرأى أن العقد المدني بين المنتفع والملتزم يخضع للعقد التنظيمي الإداري المبرم بين الملتزم والسلطة الإدارية ، كما

تخضع اللائحة الإدارية للتشريع، وكما يخضع التشريع لنصوص القانون الدستوري. ويترتب على ذلك أن العقد المدني بين المنتفع والملتزم لا يخضع لعقد الالتزام التنظيمي فحسب، بل يتضمن العقد التنظيمي وقت إبرام العقد المدني وجميع ما يلحق هذا العقد التنظيمي من تعديلات تدخلها السلطة الإدارية بما لها من سلطات في تنظيم المرافق العامة. وهذا ما قصد إليه المتعاقدان - المنتفع والملتزم - عندما أبرما العقد بينهما.

فالعقد المبرم بين المنتفع والملتزم ينشئ حقوقاً شخصية لكل من الطرفين، كما هو الأمر في سائر العقود المدنية. فيكون للمنتفع الحق في أن تؤدي له خدمات المرفق على الوجه المألوف، ويكون للملتزم الحق في تقاضي أجر الخدمات من العميل. (٢).

و هذا ما استقر عليه مجلس الدولة السوري فقد جاء في رأي له :

" الرابطة بين الملتزم في عقد امتياز المرافق العامة وبين طالب الاستفادة من المرفق المدار بهذا الأسلوب ، إنما هي رابطة تتدرج في نطاق قواعد القانون الخاص ،

١- انظر حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٢١/٥/٤ في قضية Société

"intercommunal" مشار إليه لدى د. مهند نوح -المرجع السابق - ص ١٨٥ .

٢- فقد جاء في المادة ٦٣٥ من القانون المدني السوري أن " ملتزم المرافق العامة يتعهد بمقتضى

العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر

الذي يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي

تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين "

وينعقد الاختصاص بشأن المنازعات الدائرة حولها لمحاكم القضاء المدني " (١).

بينما رأى آخرون أن المنتفع من خدمات المرافق العامة في مركز قانوني عام تحكمه

القواعد القانونية الخاصة بتنظيم المرفق و التي يأتي على رأسها عقد الامتياز و قائمة

الشروط الملحقة به .(٢)

فعقد الامتياز بالنسبة للمنتفعين قانون يستمدون منه حقوقهم ، أما العقد المبرم مع شركة الامتياز " عقد الاشتراك بخدمات المرفق " فيقتصر على تعيين شخص المنتفع والمكان الذي تقدم فيه المنفعة ، ولا شأن له على الإطلاق في تحديد موضوع الانتفاع.(٣)

ونحن من جانبنا ننضم لهذا الرأي فالمنتفع من خدمات المرافق العامة الاقتصادية يكون في مركز قانوني عام تحكمه القوانين المنظمة لعمل المرفق أما طلبه المقدم للحصول على الخدمة فهو مجرد طلب فردي شخصي يتم بموجبه إسناد المركز الموضوعي القانوني له بعد موافقة الجهة الإدارية ، وهذه الموافقة لا تمنحه مركزاً ذاتياً مستقلاً ، وإنما تمنحه حق الانتفاع بهذه الخدمة وفقاً للشروط والأحكام المقررة لذلك .

١- رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٣٢/ ١٩٦٨ مجموعة المبادئ التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع لعام ١٩٦٨ . ص ١٨٢ .

٢- راجع رأي الفقيه "Duguitt" و "Jeze" مشار إليهما لدى د. محمد فؤاد مهنا - حقوق الأفراد - المرجع السابق - ص ٣٧٠ .

٣- د. محمد عبد الحميد أبو زيد - المرجع السابق - ص ٥١ .

فلو سلمنا بالطبيعة التعاقدية لهذه العلاقة لأدى ذلك إلى التعارض مع أهم المبادئ الأساسية التي تحكم عمل المرافق العامة ألا وهو سلطة التعديل الانفرادي ، وهذا من شأنه أيضاً أن يلزم المنتفع بعقده وبالتالي لا يستطيع الانسحاب منه إلا برضا الطرف الآخر الذي يحق له عند الاقتضاء طلب التعويض عن فسخ العقد المبرم بين الطرفين، في حين يستطيع المنتفع في أي وقت الطلب من الإدارة بعدم توريد الخدمة له دون أن يترتب عليه أية التزامات نتيجة ذلك .

ثانياً: واجبات الملتمزم تجاه المنتفعين :

يقع على عاتق ملتزم المرافق العامة تقديم خدمات المرفق لجمهور المنتفعين لقاء رسوم يتقاضاها منهم ، مراعيًا في ذلك المبادئ التي تقوم عليها هذه الخدمات .

ومن أبرز هذه المبادئ :

١ - مبدأ المساواة بين المنتفعين :

يعد مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة ، من أهم المبادئ الأساسية المتفرعة عن مبدأ المساواة المهيمن على جميع الدساتير في العالم (١) ، والذي يقضي بوجود المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات.

١- كرس هذا المبدأ بنص صريح من القرآن والسنة الشريفة .

- كما نصت عليه جميع دساتير العالم ، راجع المادة الأولى من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تاريخ ١٩٤٨/١٢/١٠ .

- كذلك المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عقب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ . أيضاً المادة ٢٥/ من الدستور السوري الدائم الصادر في عام ١٩٧٣ .

في الغالب يكون ملتزم المرفق العام محتكراً للمرفق، إما احتكاراً قانونياً بأن يكون وحده الذي يدير المرفق ويشغله بموجب عقد الالتزام، وإما احتكاراً فعلياً بأن تتعهد السلطة الإدارية ألا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه.

وينجم عن ذلك موقف يجب أن يحمى فيه المنتفعون بالمرفق من تحكم الملتمزم وإيثاره بعض المنتفعين على بعض، إما عن طريق أداء خدمات المرفق، وإما عن طريق تخفيض الأجور المقررة.

ومن ثم كان من المبادئ الأساسية المقررة في القانون الإداري أن الملتزم يجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء في الخدمات العامة، أو في تقاضي الأجور. وأي تمييز فردي يؤثر به الملتزم أحد العملاء يكون تمييزاً غير مشروع.

ولما كان هذا التمييز من شأنه أن يخل بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة، إذ هو يمنح شخصاً ميزة في استعمال المرفق العام لا تتاح لغيره ، فإن هؤلاء المنتفعين يضارون بسبب هذا التمييز، ومن ثم يحق لهم أن يرجعوا على الملتزم بتعويض الضرر الذي أصابهم من جراء ذلك.

كما يحق لهم إجبار الملتزم على أن ينفذ التزامه من وجوب مراعاة المساواة بين جميع العملاء تنفيذاً عينياً فيكيف عن إثارة بعض العملاء وتمييزهم عن الآخرين تمييزاً غير مشروع (١).

١- راجع المادة ٣/٦٣٦ من القانون المدني السوري.

- راجع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Chorques Denoyez " تاريخ ١٠/٥/١٩٧٤ مذكور على الموقع www.academon.fr.

والمقصود بالتمييز غير المشروع هو التمييز الذي يمنح على خلاف ما تقضي به المادة ٢/٦٣٦ مدني سوري .

ومبدأ المساواة بين العملاء هو من المبادئ المقررة في القانون الإداري، وكان من المظاهر الأولى لتدخل السلطة الإدارية في تنظيم المرافق العامة حتى تحقق المساواة التامة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة ، هذا المبدأ يحتم على إدارة المرفق أن تؤدي الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور - متى توافرت فيه الشروط المطلوبة بمقتضى القوانين واللوائح - وبذات الشروط والأسعار ودونما تمييز فيما بينهم بسبب

الجنس أو الدين أو بسبب الوضع الاجتماعي أو السياسي ، وإلا فإن رفض تقديم الخدمة يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة يجيز لطالب الخدمة الطعن بقرار الرفض أمام مجلس الدولة باعتباره قراراً غير مشروع .

وإذا كانت القاعدة هي المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام إلا أن هذه المساواة ليست مطلقة ، إذ لا يمكن إعمالها بين المنتفعين إلا إذا كانوا في مراكز قانونية متماثلة وفي ذات الظروف ، لأن اختلاف المراكز القانونية وتباين الظروف بين المنتفعين يترتب عليه حكماً الاختلاف في الحقوق والواجبات .(١)

ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة قد ترد عليه بعض الاستثناءات تبررها ضرورات المصلحة العامة ، فقد تستلزم العدالة الاجتماعية أن تكون هناك معاملة خاصة لبعض

1- Guclielmi .G .J .et Koubi .G. droit du service public, Montchresctien , Paris 2000. p 475.

الفئات من المجتمع تنطوي على تخفيض الأجور(١) ، أو الإعفاء منها . (٢)

وهذا برأبي لا يخرج عن مبدأ المساواة ، ذلك لأن بعض المواطنين قد يحرمون من الحصول على الخدمة بسبب دخلهم المحدود ، وبالتالي فإن تقرير بعض الامتيازات لصالح بعض الفئات من المستخدمين قد يؤدي إلى إعادة توزيع الدخل بين المستخدمين بهدف إزالة الفوارق فيما بينهم وصولاً إلى تحقيق المساواة .(٣)

وعلى كل حال فإن التمييز بين المستخدمين في الخدمات العامة لا يمكن أن يتحقق إلا إذا أجازه القانون .(٤)

٢- مبدأ الاستمرارية :

يعد مبدأ الاستمرارية في تأدية الخدمات العامة من أهم الالتزامات التي تقع على

١- راجع مقال بعنوان "صندوق التنمية الأوروبية يحاول توفير الطاقة " وذلك من خلال الإعلان عن جائزة لسيدة التوفير في الاستهلاك الكهربائي كحافز للحد من الاستهلاك الجائر للطاقة على الموقع

<http://forums.futura.scienc>:

٢- راجع حكم محكمة الاستئناف الإدارية في ليون في قضية "Brindel" تاريخ ٢٧/١/٢٠٠٢ .على

الموقع www.academon.fr/Dissertation

- راجع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Gennevilliers " تاريخ ٢٧/١٢/١٩٩٧ .على

الموقع www.senat.fr/rap

- راجع أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم ١٤٧٩٦٢ تاريخ ٢/١٢/١٩٩٤ يشير القرار إلى منح مركز طب الشيوخوخة خدمات مجانية من إدارة المياه والكهرباء والتدفئة.

٣- وفي ذلك قال الله تعالى : " كي لا يكون دُولَةً َ بين الأغنياء منكم " سورة الحشر الآية(٧).

٤- راجع المادة ٦٣٦ من القانون المدني السوري .

- راجع كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Chorques Denoyez " تاريخ ١٠/٥/١٩٧٤ مذكور سابقاً .

عائق ملتزم المرافق العامة ذلك لأن تعطيل خدمات المرفق العام أو إيقافها سيؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة ، حيث ستصاب حركة المجتمع بالشلل والجمود .

ومبدأ استمرار عمل المرافق العامة يمكن اعتباره أيضاً نتيجة طبيعية لمبدأ المساواة بين المنتفعين ذلك لأن إنهاء الخدمة العامة يعني التمييز بين الأشخاص الذين استفادوا من الخدمة وأولئك الذين حرّموا منها .

ولا يكفي أن يسير المرفق باستمرار بل لا بد أن يسير أيضاً بانتظام، بحيث يجد المنتفعون الخدمات التي يؤديها المرفق بطريقة ميسرة .

ولضمان سهولة الحصول على خدمات المرفق يجب على الدوام البحث عن الطرق التي تحد من الأعمال الورقية والإجراءات الإدارية التي يجب على طالبي الانتفاع اتباعها في سبيل التأهيل للحصول على المنفعة أو الخدمة ، مع الأخذ بعين الاعتبار أن خدمة المنتفع هي الغرض الأساسي من هذه الإجراءات ، وأن تعقيد القواعد الإدارية وإضافة قواعد قانونية جديدة في هذا الشأن ، سوف يؤدي إلى سوء التفاهم بين إدارة المرفق والمواطنين.(١)

هذا وتعد مسؤولية الملتزم عن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد من القواعد المقررة بنص القانون ، فهي إذاً من النظام العام ولا يجوز بالتالي الاتفاق على تخفيفها أو الإعفاء منها .(٢)

١- راجع مقال الأستاذ فاني بيتي بعنوان " المبادئ العامة للخدمات " مشار إليه سابقاً .

٢- راجع المادة ٦٣٩ من القانون المدني السوري التي سمحت لملتزمي المرافق العامة المتعلقة بتوزيع المياه والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك ، أن يدفعوا عنهم مسؤولية ما قد يصيب

وكما يتوجب على ملتزم المرافق العامة أن يسعى دائماً لتطوير وتحديث الكيفية التي تقدم بها الخدمات تمشياً مع التطور التكنولوجي واستجابة للحاجات العامة المتزايدة.(١)

فعلى ملتزم شركة النقل مثلاً أن يزيد عدد الحافلات المخصصة لخطوط المواصلات في حال وجد أن الضغط قد زاد على هذه الخطوط ، وعليه أيضاً استبدال الحافلات القديمة بحافلات جديدة ، وتحديث الآلية التي تقدم بها هذه الخدمة في سبيل تقديم النقل الآمن والمريح لجمهور المنتفعين .(٢)

ثالثاً : مقاضاة الملتزم :

إن الغاية التي يسعى إليها المنتفعون في عقد الالتزام هي تنفيذ العقد بصورة سليمة للحصول على خدمات المرفق العام وفق الشروط التي وافق عليها الملتزم في العقد ، لذلك فإن مخالفة الملتزم لهذه الشروط أو إخلاله بالمبادئ التي تقوم عليها الخدمات العامة سوف يترتب مسؤوليته تجاه المنتفع الذي يملك حق مقاضاته أمام القضاء العادي ، كذلك أمام القضاء الإداري ولكن بطريق غير مباشر .

أ - طعون المنتفعين أمام القضاء الإداري :

لا يملك المنتفع الحق بالطعن بشكل مباشر بأسلوب تجاوز السلطة ضد قرارات

- المرفق من عطل أو خلل في حال أثبتوا أن هذا الخلل كان نتيجة قوة قاهرة خارجة عن إرادتهم ولم يتمكنوا دفعها .

١- راجع مقال الأستاذ جان فرانسوا بعنوان "إدارة الخدمات العامة في فرنسا " مشار إليه سابقاً.

٢- عمار عوابدي - القانون الإداري - ديوان المطبوعات الجامعي - الجزائر ١٩٩٠ - ص

.٤٤٨

الملتزم المخالفة للشروط التنظيمية الواردة في عقد الالتزام ، ذلك لأن دعوى الإلغاء لا توجه إلا ضد القرارات الصادرة عن جهة إدارية بما لها من سلطة بمقتضى اللوائح والقوانين .

إذاً فالمنتفع يملك هذا الحق بشكل غير مباشر، عن طريق التوجه إلى الإدارة مانحة الالتزام والطلب منها أن تجبر الملتزم على احترام شروط العقد وإلغاء القرار الذي أصدره وكان مخالفاً لهذه الشروط . فإذا رفضت الإدارة أو امتنعت عن الرد ، جاز

عندها للمنتفع أن يتوجه إلى القضاء الإداري للطعن في قرار الإدارة الصادر بالرفض أو الامتناع عن الرد.(١)

وبذلك يكون هذا الحق أداة رقابية تمارس في نطاق تقديم الخدمات العامة تجاه الملتزم كذلك تجاه الإدارة ، الأمر الذي سيؤدي بالإدارة والمتعاقد معها على حد سواء إلى احترام الالتزامات التي تقع على عاتقهما والمنصوص عليها في عقد الالتزام.

ب - الطعن أمام القضاء العادي :

استقر القضاء الإداري على أن حق المنتفع تجاه المرافق الصناعية و التجارية هو حق شخصي يخوله المطالبة أمام القضاء العادي بإلزام إدارة المرفق بتوريد الخدمة له شخصياً .(٢)

فإذا كان الشخص قد تعاقد مع المرفق فعلاً على توريد المنفعة أو الخدمة التي أنشئ

١- حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٠/٥/١٩٧٤ في قضية السيد "Denoyer" ضد قرار محافظ شارانت البحرية المؤرخ في ٣/٧/١٩٧١. مشار إليه سابقاً.

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ١٧/١٢/١٩٦٢ في قضية " دام براتران " على الموقع :
autexier.jura.uni-saarland.de/skripteca

هذا المرفق لتقديمها (كتوقيع وثيقة الاشتراك بالماء والكهرباء مع إدارة المرفق) فإن العلاقة التي تترتب على هذا التعاقد تعتبر في نظر القضاء وغالبية الفقهاء عقداً من عقود القانون الخاص تسري عليها أحكام وقواعد القانون المدني .(١)

وعلى ذلك يكون من حق المنتفع بموجب هذا العقد المطالبة بتنفيذه أمام المحكمة المدنية المختصة ، لتحكم له بتنفيذ العقد وتوريد الخدمة المتفق عليها وفقاً لشروط التعاقد.

أما إذا كانت الخدمة لم تقرر للفرد ولم تنشأ بينه وبين المرفق أية رابطة مباشرة فإنه يجوز لهذا الفرد أن يطالب أمام القضاء بالاستفادة من خدمات المرفق الذي أنشئ لتقديمها وتوريد هذه الخدمة له ، ويكون حقه في ذلك حقاً شخصياً مقررأ له.

١- حكم محكمة التنازع الفرنسية في القضية " Naliato " تاريخ ١٩٥٥/٥/٢٢ على الموقع

fr.jurispedia.org:

- وهذا ما أيده مجلس الدولة المصري في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٦٤٤ لسنة ٣٠ ق تاريخ ١٩٨٩/٢/١٨ . على الموقع الالكتروني السابق

- وهذا أيضاً رأي فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة السوري رقم ١٣٢ لعام ١٩٦٨ - مجموعة المبادئ التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لعام ١٩٦٨ ص ١٨٢ .

- الغريب أن محكمة التنازع الفرنسية كانت تكيف علاقة المنتفع بمرفق البريد والاتصالات على أنها علاقة تعاقدية وتكيف العقد المبرم بينهما على أنه عقد إداري- راجع حكمها في قضية "Ursot" تاريخ ١٩٦٨/٦/٢٤ . وقد ظل مجلس الدولة الفرنسي يأخذ بهذا الرأي إلى أن صدر القانون رقم ٥٦٨ تاريخ ١٩٩٠/٧/٢ ونص صراحة على أن هذه العلاقة علاقة عقدية تخضع للقانون الخاص . راجع الموقع :

- autexier.jura.uni-saarland.de/skripteca.

إزاء المرافق العامة . (١)

ومن الجدير ذكره في هذا الخصوص :إن المنتفع لا يستطيع أن يقاضي الملتزم إلا للدفاع عن مصلحته الشخصية ، فليس له باسم جمهور العملاء أن يرفع دعوى ويدافع فيها عن مصالحهم المشتركة.

ولكن يجوز أن تتألف جمعية أو نقابة للدفاع عن مصالح سكان حي معين، أو طائفة معينة من الناس، وتكون لها الشخصية المعنوية، فتقاضي باسم الجماعة التي تمثلها، أو تكون لها صفة في التقاضي. (٢)

١- د. إبراهيم محمد على - آثار العقود الإدارية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة -

٢٠٠٣ ص ٤١٧.

٢- راجع مقال " تمثيل المستخدمين في الخدمات العامة " مشار إليه سابقاً .

المبحث الثالث

حقوق المتعاقد من الباطن

تلعب فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد دوراً بالغ الأهمية في إطار نظرية العقد الإداري ، إذ أن مناط العقد ورائده هو تحقيق الصالح العام عن طريق التعاقد مع الصفوة من المتعاقدين ، وعلى ذلك كان من الطبيعي أن تتصرف القاعدة الأصولية إلى ضرورة التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بصفة شخصية .

إلا أن بعض العقود الإدارية قد تتطلب مساهمة أكثر من شخص في تنفيذها ، الأمر الذي يسمح للمتعاقد مع الإدارة بأن يتعاقد من الباطن مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن ، إلا أن هذه الرابطة من حيث المبدأ لا تؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي ، ولا تنشأ أية علاقة عقدية جديدة بين المتعاقد من الباطن وجهة الإدارة ، بل تظل الرابطة العقدية بين المتعاقد الأصلي وبين جهة الإدارة قائمة وكاملة ، ويظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد حتى بالنسبة للجزء المنفذ بواسطة المتعاقد من الباطن .

إذاً فالقاعدة الأساسية في هذا التعاقد هي أن المتعاقد من الباطن يظل أجنبياً عن الإدارة صاحبة المشروع فلا يرتبط معها برابطة مباشرة لعدم وجود عقد يجمعهما ، وتأسيساً على ذلك لا يحق لجهة الإدارة مطالبة المتعاقد من الباطن مباشرة بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات قبل المتعاقد الأصلي ، كما لا يحق للمتعاقد من الباطن مطالبة الإدارة مباشرة بحقوقه عن الأشغال التي قام بتنفيذها .

وبالرغم من ذلك إلا أن المشرع الفرنسي منح المتعاقد من الباطن وسيلتين من وسائل الحماية ، تخوله الرجوع مباشرة على الإدارة لاقتضاء مقابل ما قام به من أعمال وذلك عن طريق: السداد المباشر والدعوى المباشرة ، إلى جانب الحقوق المقررة له سابقاً .

وسنناقش الحقوق المقررة للمتعاقد من الباطن بشي من التفصيل على النحو التالي :

المطلب الأول : حق المتعاقد من الباطن وفق امتياز Pluviôse .

المطلب الثاني : حق المتعاقد من الباطن في الدعوى غير المباشرة .

المطلب الثالث : حق المتعاقد من الباطن في السداد المباشر .

المطلب الرابع : حق المتعاقد من الباطن في الدعوى المباشرة .

المطلب الأول

حق المتعاقد من الباطن وفق امتياز ٢٦ Pluviôse

تضمن امتياز ٢٦ Pluviôse الصادر في السنة الثانية للثورة الفرنسية أولى النصوص القانونية التي ابتكرها المشرع الفرنسي لتأمين الحماية القانونية اللازمة لحقوق

العمال والموردين في مواجهة رب العمل، وقد تضمن هذا المرسوم لمصلحة العمال والموردين ما يطلق عليه اسم السداد التفضيلي (١).

جاء مرسوم Pluviôse ٢٦ استجابة للتطورات الاقتصادية وضخامة المشاريع والحاجة الماسة إلى التخصصات الدقيقة في العمل ، الأمر الذي تطلب الاستعانة بجهود العمال والموردين والمتعاقدين من الباطن .

وكان الهدف من تقرير هذا الامتياز هو التأكيد على أن الأشخاص الذين يتعاملون مع الإدارة لن يصادفوا أية متاعب في تنفيذ الأعمال المعهودة إليهم ، حيث تم منحهم بموجب هذا المرسوم حقاً حصرياً في الحجز على الديون الناجمة عن العقد الإداري.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الهدف من المرسوم هو إنشاء حق سداد مباشر لمصلحة العمال والموردين والمقاولين من الباطن وبذلك يكون هذا الامتياز بمثابة تفويض أو توكيل قانوني يسمح للإدارة بأن تسدد مباشرة لأصحاب

١- تم تعديل هذا المرسوم بموجب قانون ٢٥ / ٧ / ١٨٩١ وقد استعيدت الفكرة التي تضمنها هذا المرسوم من خلال المادة ٦ / ١٤٣ من قانون العمل النافذ حالياً .

هذا الامتياز المبالغ المالية التي يكونون مستحقين لها حتى وإن وجدت اتفاقيات مخالفة في العقد.

إلا أننا نختلف مع أصحاب هذا الرأي، لأن هذا الامتياز لم يقرر لمصلحة الإدارة ولم يعطها أي سلطات أو امتيازات وإنما منح ديون العمال والموردين والمقاولين من الباطن حق التقدم في الاستيفاء على بقية الديون .

وليرتب هذا الامتياز آثاره المقررة بموجب مرسوم Pluviôse ٢٦ لا بد من توفر شروط معينة، لذلك سنبحث في هذه الشروط توصلاً لمعرفة آثار هذا الامتياز .

أولاً - شروط استعمال امتياز Pluviôse ٢٦ :

١- يشترط للاستفادة من امتياز Pluviôse ٢٦ أن يكون العقد الأصلي من عقود الأشغال العامة :

وهذا يعني أن نطاق تطبيق الامتياز ينحصر في هذه العقود دون غيرها من العقود الإدارية ، كذلك فإن الامتياز مقصور على ديون الموردين والعمال لكن القضاء الفرنسي مد من نطاق تطبيقه ليشمل حقوق المتعاقدين من الباطن أيضاً وذلك بعد أشهر محدودة من صدور هذا المرسوم.(١)

٢- اتخاذ بعض التدابير التحفظية :

على العامل أو المتعاقد من الباطن الذي يرغب في الاستفادة من امتياز Pluviôse ٢٦ أن يتخذ بعض الإجراءات التحفظية لكي يتمكن من الحفاظ على حقوقه

١- قرار محكمة النقض الفرنسية تاريخ ٢٥/٢/١٨٨١.

قررت محكمة استئناف باريس أنه بإمكان المتعاقد من الباطن أن يظهر نيته للتمسك بهذا الحق بكافة الوسائل ، كما قضت المحكمة في قرار آخر أنه يكفي بالنسبة للمتعاقد من الباطن الذي يتمسك بحق السداد التفضيلي أن يصرح بذلك عند تقديمه إلى وكيل التفليسة (١).

وللاستفادة من هذا الامتياز لا بد من الترخيص للعامل أو المقاول أو المتعاقد من الباطن(٢) و يتم الترخيص من خلال خطاب مسجل بعلم الوصول لدى مهندس البيئة العامة المسؤول عن الأشغال .

لكن عملياً شرط التسجيل لم يطبق بسبب عدم إنشاء الجهة المختصة بمسك السجلات التي ستدون فيها هذه التراخيص .

١- راجع حكم محكمة استئناف باريس في قضية "Société Laurent Bonillet" بتاريخ ١٠ /٥/١٩٧١.

٢- راجع حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠ /٣/١٩٦٣ .

- ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي قد أصدر في ٩ يوليو ١٩٩٦ ، إشعاراً بممارسة امتياز "Pluviôse" كما أقر بصورة استثنائية أنه في حال عدم مراعاة التدابير السابقة يمكن لجهة المحاسبة العامة أن تحجز لصالح المقاول الثانوي جزءاً من مستحقات المقاول الأصلي في حال تحقق شرطين :

أ- أن تكون مستحقات المقاول الأصلي كافية لتغطية متطلبات المقاول الثانوي.

ب- أن يكون هناك اتفاق خطي بين المقاول الأصلي و المقاول الثانوي يعطي هذا الأخير الحق في الحلول محل المقاول الأصلي كدائن ويتم إرسال هذا الاتفاق إلى جهة المحاسبة . راجع القرار على الموقع :

- www.ucanss.fr/services/textes_documents/base_serem/document/INS/ins_2

ثانياً :آثار الامتياز :

يتمتع المتعاقد من الباطن المستفيد من امتياز Pluviôse٢٦ بأسبقية مطلقة على الدائنين العاديين .

أما الدائنين المرتهنيين فلا يتقدم المتعاقد من الباطن عليهم إلا في حال كان مستكماً إجراءات الترخيص ، فعملياً يتقدم الدائن المرتهن على المتعاقد من الباطن لعدم تمكنه من استيفاء شرط الترخيص .

وهذا يعني أن امتياز Pluviôse٢٦ قد وضع المتعاقد من الباطن في مرتبة وسطى بين الدائنين العاديين والمرتتهنيين ، لذلك فإن الفائدة العملية له قاصرة بعض الشيء ، ولحين إنشاء الجهة المختصة بتدوين التراخيص سيبقى المتعاقد من الباطن مزاحماً من قبل الدائنين المرتتهنيين .

المتعاقد من الباطن حظي أيضاً في ظل التشريع السوري بضمانة مماثلة لتلك التي قررها امتياز Pluviôse٢٦ حيث سمحت له المادة ٢/٦٢٨ من القانون المدني السوري بتوقيع الحجز تحت يد صاحب العمل على ما في ذمته للمتعاقد الأصلي وذلك بدلاً من ممارسة الدعوى المباشرة ، وفي هذه الحالة ينشأ له امتياز يتقدم به على سائر دائني المتعاقد الأصلي.

ويتعين على صاحب العمل - بمجرد توقيع الحجز - أن يؤدي حقوق المتعاقد من الباطن مباشرة ودون انتظار لاستصدار حكم قضائي بذلك .

هذا الحق لم ينقر للمتعاقد من الباطن فقط بل إن المشرع السوري مد من نطاق تطبيق المادة ٢/٦٢٨ لتشمل عمال المتعاقد من الباطن أيضاً .

المطلب الثاني

حق المتعاقد من الباطن

في الدعوى غير المباشرة

يملك المتعاقد من الباطن عدة وسائل في مواجهة المتعاقد الأصلي ، في حال نفذ الأعمال المتعاقد بشأنها من الباطن ولم يتمكن من الحصول على مقابل تلك الأعمال، إما لإعسار المتعاقد الأصلي أو لسبب آخر ، ومن الوسائل المتاحة للمتعاقد من الباطن في هذه الحالة الدعوى غير المباشرة .

هذه الدعوى تمكن الدائن من مباشرة حق من حقوق مدينه متى تقاعس أو أهمل في مباشرتها ، وذلك للحفاظ على عناصر الضمان العام للمدين أو زيادته (١).

ولإمكانية ممارسة هذه الدعوى لا بد من توافر نوعين من الشروط يمكن تصنيفها إلى :

أولاً - الشروط الموضوعية للدعوى غير المباشرة :

هذه الشروط تتعلق بحق المتعاقد الأصلي والذي يسعى دائنه للمطالبة به ، هذا الحق يجب أن يكون غير شخصي و قابل للحجز ومهملاً من جانب المتعاقد الأصلي أيضاً بحيث يؤدي ذلك إلى إعساره.

١ - راجع المادة ٢٣٦ / ١ من القانون المدني السوري .

١ - وجود حق للمتعاقد الأصلي غير متصل بشخصه و قابل للحجز :

فالحقوق المقصودة هنا هي الحقوق المالية وبالتالي فإن الحقوق الشخصية مستبعدة من نطاق تطبيق هذه الدعوى كحق التعويض عن الضرر الأدبي.(١)

كذلك لا يجوز للمتعاقد من الباطن استعمال حقوق المتعاقد الأصلي غير القابلة للحجز باسمه أو المطالبة بها نيابة عنه لانعدام المصلحة في ذلك ، لأن حق الدعوى غير المباشرة مقرر له أصلاً للوقاية من خطر إهمال المتعاقد الأصلي في استعمال حقوقه فإن كان حق المتعاقد الأصلي غير قابل للحجز عليه فلا محل لهذه الدعوى. (٢)

٢- إهمال المتعاقد الأصلي استعمال حقوقه :

الحق في الدعوى غير المباشرة لا يتقرر للمتعاقد الثانوي إلا إذا تراخى المتعاقد الأصلي في استعمالها فإذا باشر المتعاقد الأصلي في المطالبة بحقه وكان أمامه متسع من الوقت لمباشرته دون أن يكون هناك أي خطر يهدد هذا الحق ، سقط حق المتعاقد الثانوي في استعمال الدعوى غير المباشرة .

وتقدير وجود إهمال من جانب المتعاقد الأصلي من عدمه أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي الذي يقدر في كل حالة على حده (٣).

١- راجع المادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي .

٢- راجع مقال بالفرنسية بعنوان "الأعمال الائتمانية وزيادة المسؤولية "لتوماس ناودن" على الموقع الإلكتروني :

www.memoireonline.com

٣- د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ١٢٤٤.

٣- إفسار المتعاقد الأصلي أو زيادة إفساره بسبب عدم استعمال حقوقه:

وليمكن المتعاقد الثانوي من مباشرة الدعوى غير المباشرة يجب عليه أن يثبت إعسار المتعاقد الأصلي فإذا كانت أموال المتعاقد الأصلي بعد خصم قيمة الحق الذي قصر في استعماله تفي بسداد جميع ديونه لا يحق للمتعاقد الثانوي عندها التدخل واستعمال حقوق المتعاقد الأصلي .

ويقع عبء إثبات ذلك على المتعاقد الثانوي لا على المتعاقد الأصلي (١).

ثانياً: الشروط الإجرائية :

على المتعاقد الثانوي اتباع الإجراءات التالية في حال رغب في استعمال الدعوى غير المباشرة في مواجهة مدني المتعاقد الأصلي:

١ - مباشرة الدعوى باسم المتعاقد الأصلي :

ويترتب على ذلك أن المتعاقد الثانوي في الدعوى غير المباشرة هو بمثابة نائب عن المتعاقد الأصلي على الرغم من توافر مصلحة شخصية له في رفع الدعوى .

لذا يتعين عليه مباشرة الدعوى غير المباشرة باسم المتعاقد الأصلي كما يتعين على كل نائب فعله في مباشرة حقوق الأصل . أما إذا باشر هذه الدعوى باسمه الخاص فإن الدعوى لا تقبل منه لانعدام الصفة (٢)

١- راجع حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٤/٧/١٩٨٤ - بول - العدد ١٩٧ .

- كذلك حكمها في ١٢/٢/١٩٩٢ - بول - العدد ٢٩٤ ، مشار إليهما في المقال السابق .

- راجع كذلك المادة ٢٣٦ / من القانون المدني السوري

٢- راجع المادة ٢٣٥ من القانون المدني المصري . والمادة ٢٣٧ مدني سوري .

٢ - إدخال المتعاقد الأصلي في الدعوى :

لم يتطلب المشرع الفرنسي هذا الشرط (١)، لكن يجب ملاحظة أن عدم إدخال المتعاقد الأصلي في الدعوى غير المباشرة من شأنه أن يجعل الحكم في الدعوى غير قطعي بالنسبة للمتعاقد الثانوي كذلك بالنسبة لبقية الدائنين ، لذا جرى العمل على إدخال المدين خصماً في الدعوى غير المباشرة ليحوز الحكم الصادر في الدعوى الدرجة القطعية .

ثالثاً : آثار الدعوى غير المباشرة :

وفي الواقع إن الدعوى غير المباشرة التي يمكن للمتعاقد من الباطن أن يمارسها في مواجهة المتعاقد الأصلي ما هي إلا مجرد وسيلة للمحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ عليها ، فهي لا تخول المتعاقد من الباطن أية فائدة ، إذ يتعين عليه الدخول فيما بعد ضمن سائر الدائنين للحصول على حقه . (٢)

فدائن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع ممارسة هذه الدعوى بصفته الشخصية بل إن كل ما يستطيع عمله هو تقديم دأئنه في مواجهة الطرف الآخر .

فما يحكم به استناداً إلى هذه الدعوى يحكم به لصالح المتعاقد الأصلي ويدخل في

١- راجع المادة ٢/٢٣٦ من القانون المدني السوري حيث اشترطت إدخال المتعاقد الأصلي في الدعوى

- راجع مقال بعنوان الدعوى غير المباشرة على موقع جوريبيديا القانون المشارك ، على الموقع الالكتروني:

- ar.jurispedia.org/index www.

٢- راجع كذلك في الموضوع د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٠٣.

ذمته المالية ، فلا يستفيد منه المتعاقد الثانوي ، كذلك لا يخول المتعاقد الثانوي أي حق خاص أو أولوية على هذا المال . وكل ما يترتب على هذه الدعوى هو كف يد المتعاقد الأصلي عن التصرف بالمال المحكوم له به ، مع بقاءه في ملكه واعتباره عنصراً من عناصر الضمان العام لدائنيه .

وقد تنبه المشرع الفرنسي إلى أن هذه الدعوى قاصرة عن إدراك أسباب الفاعلية إذ أنها لا تحقق الحماية المطلوبة للمتعاقد من الباطن ، الأمر الذي حدا به إلى تنظيم سياق حماية فعال من خلال إصداره لقانون رقم ١٣٣٤ لعام ١٩٧٥ ويموجب هذا القانون (١) منح المتعاقد من الباطن وسيلتين هامتين من وسائل الحماية الفعالة تمكنه من الرجوع على الإدارة مباشرة للحصول على مقابل الأعمال التي نفذها وهما السداد المباشر والدعوى المباشرة .

وسنقوم فيما يلي بتعريف المتعاقد من الباطن على الكيفية التي يستطيع بموجبها الحصول على حقه في السداد المباشر والدعوى المباشرة من خلال المطلبين التاليين .

١- صدر القانون الفرنسي رقم ١٣٣٤ بشأن التعاقد من الباطن بتاريخ ١٢/٣١/١٩٧٥ . وقد تم تعديله بموجب عدة قوانين وهي : القانون رقم ٤٧٥/١٩٩٤ كذلك القانون رقم ٦٠٩/١٩٩٦ والمرسوم رقم ٢٠٠٠/٩١٦ والقانون رقم ١١٦٨/٢٠٠١ وأخيراً القانون رقم ٨٤٥/٢٠٠٥ .

المطلب الثالث

حق المتعاقد من الباطن في السداد المباشر

يسمح حق السداد المباشر (١) للمتعاقد من الباطن الاتصال مباشرة بالإدارة لمطالبتها بدفع المقابل المالي عن الأعمال التي قام بتنفيذها ، وهذا الحق لا يثبت للمتعاقد من الباطن إلا في حال توافرت الشروط التالية :

١- موافقة الإدارة صاحبة العمل على التعاقد من الباطن .(٢)

وذلك استجابة لطلب المتعاقد الأصلي الذي يقدمه إما مع تقديمه العرض الذي رشحه للتعاقد مع الإدارة ، أو بعد تقديمه العرض ، وهنا عليه إرسال طلبه للتعاقد من الباطن إلى الإدارة بالبريد مع إشعار بالوصول ، مع مراعاة احتواء الطلب على جميع الشروط التي نص عليها القانون.(٣)

-
- ١- المادة ١١ من المرسوم الفرنسي رقم ٩٧٥ / ٢٠٠٦ المتضمن عقود المشتريات العامة .
- راجع كذلك المادة الرابعة من القانون الفرنسي رقم ١٣٣٤ / ١٩٧٥ التي تنص على أن حق السداد المباشر للمتعاقد من الباطن قاصر على العقود الإدارية وعقود المشاريع العامة .
٢- راجع المادة الثالثة من القانون ١٣٣٤ / ١٩٧٥ . كذلك المادة ١١٢ من المرسوم ٩٧٥ / ٢٠٠٦ .
- وأحياناً قد يكون اللجوء إلى التعاقد من الباطن مشروطاً من جانب الإدارة بالنسبة لبعض الأعمال الفكرية الفنية أو تلك التي تحتاج لخبرة معينة وتخصص و في الحالات التي تحتاج إلى تقديم المشورة والدراسة .
راجع بشأن ذلك مقال بالفرنسية بعنوان " التعاقد من الباطن " لفرانسوا سابيرلي " تاريخ ٢٠٠٦ / ١٠ / ٣ على الموقع الالكتروني:

www.lentreprise.com

- ٣- راجع المادة الخامسة من القانون الفرنسي ١٣٣٤ / ١٩٧٥ ، أما المادة ١١٤ من المرسوم الفرنسي ٩٧٥ / ٢٠٠٦ فقد وضعت الشروط لقبول التعاقد من الباطن بشكل مفصل، مذكورة سابقاً.

وعلى الإدارة في هذه الحالة أن تثبت في الطلب المقدم إليها خلال مدة ٢١ / يوماً من تاريخ استلام الوثائق المطلوبة وإلا فإن سكوت الإدارة عن الإجابة يعتبر قبولاً ضمناً للمتعاقد من الباطن واعتماد شروط الدفع (١)

٢- لتسري أحكام السداد المباشر على العقود من الباطن يجب أن تبلغ قيمة العقد حداً معيناً (وهو مبلغ ٦٠٠ يورو) (٢)، إلا أنه يمكن الأخذ بدون هذه العتبة بقرار يتخذ في مجلس الدولة نظراً لتغير الظروف الاقتصادية (٣).

٣- وأخيراً، يجب على المتعاقد من الباطن أن يطالب أولاً المتعاقد الأصلي بالدفع مبرزاً المستندات التي تؤيد حقه في الدفع المباشر ، وهنا يملك المتعاقد الأصلي الحق بقبول هذه المستندات أو رفضها مع التبرير خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمها، ويعتبر سكوته خلال هذه المدة بمثابة قبول ضمني لتلك المستندات. وفي حال تم رفض هذه المستندات من قبل المتعاقد الأصلي وكان رفضه هذا غير مسبب، وامتنع عن إرسال مشروع الحسابات إلى الإدارة خلال هذه الفترة كان للمتعاقد من الباطن الحق بتقديم مشروع حساباته للإدارة مباشرة وهنا ما على الإدارة إلا أن تعذر المتعاقد الأصلي بتقديم رفضه المسبب خلال مدة خمسة عشر يوماً أخرى ، فإن انتهت المدة ولم يقدم المتعاقد الأصلي ما يبرر رفضه ، تقوم الإدارة عندها بتحرير

١- المادة ١١٤ / ٤ من المرسوم الفرنسي ٩٧٥ / ٢٠٠٦.

٢- راجع المادة ١١٥ من المرسوم الفرنسي رقم ٩٧٥ / ٢٠٠٦ .

٣- راجع المادة السادسة من القانون الفرنسي ١٣٣٤ / ١٩٧٥ المعدلة بالقانون ٢٠٠١ / ١١٦٨

بموجب المادة السادسة منه .

إذن الصرف للمقاول من الباطن (١).

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحق الذي منحه المشرع الفرنسي للمتعاقد من الباطن لا نجد مثيلاً له في التشريع السوري أو المصري، بالرغم من أن حق السداد المباشر يعد من أهم الضمانات التي يمكن توفيرها للمتعاقد من الباطن. لذلك نلتمس من المشرع السوري تبني هذا الإجراء القانوني الذي يكفل الحماية والطمأنينة للمتعاقد فيدفعه و بإخلاص للمضي قدماً في تنفيذ العقد ، وهذا بلا شك سيعود بالفائدة على المصلحة العامة .

ولم يمنح المشرع الفرنسي المتعاقد من الباطن حق السداد المباشر فقط ، بل منحه أيضاً حق الادعاء مباشرة في مواجهة الإدارة على النحو الذي سنبيّنه في المطلب الآتي :

١- راجع المادة الثامنة من القانون الفرنسي ١٣٣٤/١٩٧٥ ، كذلك المادة ١١٦ من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠٦/٩٧٥.

- راجع كذلك مقال بالفرنسية بعنوان " ضمان السداد المباشر للمتعاقد من الباطن " على الموقع الالكتروني:

www.btp-banque.fr .

المطلب الرابع

حق المتعاقد من الباطن

في الدعوى المباشرة

وهي وسيلة الحماية الثانية التي قررها القانون للمتعاقد من الباطن ، فبموجبها يحق لهذا الأخير الادعاء مباشرة في مواجهة الإدارة لمطالبتها بالمبلغ المدين به المتعاقد الأصلي للمتعاقد من الباطن ولممارسة هذه الدعوى لا بد من توافر عدة شروط .

أولاً- شروط ممارسة الدعوى المباشرة .:

فالحق في رفع الدعوى المباشرة لا يثبت للمتعاقد من الباطن إلا في حال توافرت الشروط التالية :

١- يجب أن يكون المتعاقد من الباطن دائناً للمقاول الأصلي :

فليمكن المتعاقد الثانوي من رفع الدعوى المباشرة لابد أن يكون دائناً للمتعاقد الأصلي ، هذا الدين سيكون بلا شك قيمة الأعمال المنفذة من قبل المتعاقد الثانوي والدين يجب أن تتوافر فيه أيضاً الشروط العامة ليكون مستحق الوفاء، أي يجب أن يكون معلوم المقدار ، ثابتاً، مستحق الأداء ، غير متنازع فيه .

كذلك يشترط أن تكون الإدارة مدينة بالمبلغ المطلوب للمتعاقد الأصلي وقت رفع الدعوى (١).

١- راجع مقال بالفرنسية بعنوان "التعاقد من الباطن لإدارة السلطة المتعاقدة الصناعية " على الموقع

الالكتروني: www.lawperationnel.com

٢- يجب أن تكون الالتزامات المنفذة من قبل المتعاقد من الباطن قد عادت بالنفع على

الإدارة :

فلا يستطيع المفاوض من الباطن أن يطالب بسداد مقابل الأعمال التي نفذها طالما أنها كانت تخالف طلبات الإدارة المتفق عليها مع المتعاقد الأصلي بموجب العقد المبرم بينهما ، بمعنى أن المتعاقد من الباطن لا يستفيد في هذه الحالة من الدعوى المباشرة ، كذلك لا تلزم الإدارة بالسداد إذا كان هناك عيب أو نقص في التنفيذ، وهنا ما على الإدارة إلا معارضة المفاوض من الباطن استناداً إلى تنفيذه المعيب للالتزامات المنوطة به (١).

٣- يجب على المفاوض الثانوي إخطار المتعاقد الأصلي بضرورة السداد قبل لجوئه إلى رفع الدعوى المباشرة :

فالقانون لم يخصص للمتعاقد الثانوي اللجوء إلى ممارسة الدعوى المباشرة إلا بعد انقضاء شهر من تاريخ الإخطار (٢).

والهدف من الإخطار هو إبلاغ الإدارة صاحبة العمل بنية المفاوض من الباطن في رفع الدعوى المباشرة ، ويترتب على الإخطار تجميد المال المستحق للمتعاقد الأصلي لمصلحة المتعاقد من الباطن وذلك في حدود المبلغ المستحق للمتعاقد من الباطن (٣).

١- راجع حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣ / ٦ / ١٩٩٢ بول رقم ١٨٨ مذكور على الموقع

الالكتروني للمحكمة - سبق ذكره

- راجع كذلك مقال " التعاقد من الباطن " لفرانسوا سابيرلي " سبقت الإشارة إليه .

٢- راجع المادة / ١٢ / من القانون الفرنسي رقم ١٣٣٤ / ١٩٧٥ المعدلة بالمادة / ٥ / من القانون رقم ١٩٩٤ / ٤٧٥ .

٣- راجع المادة / ١٣ / من القانون الفرنسي رقم ١٣٣٤ / ١٩٧٥ .

ولا يكفي إعدار المتعاقد الأصلي بل يجب إدخاله في الدعوى أيضاً وبذلك تشكل الدعوى المباشرة ضماناً هامة للمتعاقد من الباطن تتمثل بوجود مدينين له هما صاحب العمل والمقاول الأصلي ، الأمر الذي يمكنه في النهاية من اقتضاء حقه (١).

ثانياً- الآثار القانونية الناتجة عن رفع الدعوى المباشرة :

بمجرد رفع الدعوى مباشرة على صاحب العمل يتمتع على هذا الأخير الوفاء بالحق إلى المتعاقد الأصلي ويقوم بتجميد المبلغ المطالب به لمصلحة المتعاقد من الباطن .

فإذا قام صاحب العمل بوفاء ما عليه للمتعاقد الأصلي بعد رفع الدعوى من المتعاقد من الباطن ، لا تبرأ ذمته تجاه المتعاقد من الباطن ويتعين عليه عندها دفع المبلغ ثانية لهذا الأخير (٢) .

محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أبعد من ذلك في اتجاه تعزيز حماية المتعاقد من الباطن فزادت من التزامات المتعاقد الأصلي تجاه المتعاقد الثانوي حينما قررت أنه إذا كان صاحب العمل على علم بوجود التعاقد من الباطن يتعين عليه قبل أن يدفع للمقاول الرئيسي التأكد من أنه قد أوفى بالتزاماته تجاه المتعاقد الثانوي (٣).

كذلك أوجبت على صاحب العمل أن يلزم المتعاقد الأصلي بتقديم كفالة مصرفية لتأمين الوفاء بالتزاماته ، مع تأكيدها على أن يتم إعلام المتعاقد من الباطن بهذه

١- هذا ما نصت عليه المادة ٢/٦٢٨ من القانون المدني السوري .

٢- راجع مقال بالفرنسية بعنوان "التعاقد من الباطن لإدارة السلطة المتعاقدة الصناعية" مشار إليه سابقاً.

٣- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٤/٤/٢٠٠٣ مشار إليه على موقع أنيل وكالة الإعلام الوطنية الفرنسية.

الكفالة . (١)

ورفع الدعوى من قبل المتعاقد الثانوي من شأنه أن يؤدي إلى قطع التقادم الحاصل لمصلحة الأخير ، فلا يتمكن صاحب العمل دفع دعواه بالسقوط بالتقادم في حال نشأ هذا الحق بعد رفع الدعوى .

كما أن رفع الدعوى يؤدي إلى عدم إمكانية الاحتجاج بالدفع التي يملكها صاحب العمل في مواجهة المتعاقد الأصلي، وبالتالي ليس لصاحب العمل الاحتجاج بالوفاء الحاصل بعد رفع الدعوى أو الاحتجاج بالمقاصة التي توفرت شروطها بعد ممارسة هذه الدعوى . (٢)

وأخيراً نشير إلى أن الدعوى المباشرة هي دعوى بديلة عن حق السداد المباشر بالنسبة للمتعاقد غير المقبول من الإدارة أو الذي لم يحقق الشروط المطلوبة لإمكان استيفاء هذا الحق.

والقول بأن طريقي الدفع المباشر والدعوى المباشرة هما طريقتان متعارضتان (٣)

بحيث يؤدي سلوك سبيل أحدهما إلى استغلاق السبيل الآخر أمر رفضته محكمة

١- قرار محكمة النقض الفرنسية في ٢٣/١٠/٢٠٠٢ مشار إليه على الموقع السابق .

٢- د. نجم الأحمد - التعاقد من الباطن في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة - ٢٠٠١ ص ٣٨٠ .

٣- فقد كان سائداً قبل ذلك أن طريقي الدعوى المباشرة والدفع المباشر لا يلتقيان فالدعوى المباشرة لم تكن ذات طبيعة احتياطية . راجع بشأن ذلك د. أحمد فتح الله أبو سكيبة - النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري - رسالة دكتوراه جامعة عين شمس - القاهرة - بلا تاريخ.

النقض الفرنسية بقولها :

" إن عدم توفر شروط الدفع المباشر في التعاقد من الباطن لا يلغي العقد من الباطن

و يكون في وسع المتعاقد من الباطن إقامة دعواه مباشرة على صاحب العمل(١)

١- حكم محكمة انقض الفرنسية في ٣/١٢/٢٠٠٨ مذكور على مقال بعنوان " قانون البناء " - مجلة

مجلس الوزراء Walter & Gury على الموقع : www.walter-gury.avocat.fr

المبحث الرابع

حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية

وفقاً للقانون

رأينا سابقاً أن العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة بقصد تسيير المرافق العامة يتفق مع العقد المدني من حيث أركانه وشروط صحته ، فالعقد سواء المدني أو الإداري لا يخرج عن كونه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين .

ولكن يبقى هناك أوجه اختلاف بين العقد المدني والعقد الإداري ، فالعقد المدني هو العقد الذي تبرمه الإدارة باعتبارها سلطة عامة وتأخذ فيه بأسلوب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

وإذا كان الأفراد في ظل القانون الخاص يتمتعون عند تعاقدهم بحرية واسعة عند اختيار من يتعاقدون معه ، ولا توجد عليهم قيود في هذا الشأن إلا وجوب احترام قواعد القانون وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة ، فإن الإدارة تلتزم في إبرامها لعقودها بإجراءات وأوضاع معينة رسمها المشرع لكفالة اختيار أفضل المرشحين للتعاقد معها .

فالإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها ، إذ يتعين عليها أن تتبع في اختيار المتعاقد إجراءات خاصة يحددها القانون ليضمن بها تعاقد الإدارة مع من يتقدم إليها بأفضل العروض سواء من الناحية الفنية أو المالية .

كذلك فهي لا تملك أن تبرم عقودها كما تشاء مثلما يفعل الأفراد ، بل يتعين عليها احترام إجراءات وقواعد معينة عند الإبرام وإلا تعرضت لمخاصمة الغير عن طريق عدة دعاوى نص عليها المشرع وكفل بها حق الغير في أن تبرم العقود وفقاً للإجراءات القانونية المحددة والتعويض عنها في حال ترتب ضرر على مخالفة الإدارة للقانون.

وسنقوم فيما يلي ببيان الإطار الإجرائي الذي يتعين على الإدارة إتباعه في التعاقد ، ثم نشير إلى الوسائل والسبل القانونية التي يمكن للغير سلوكها في حال حصل خرق للقواعد والإجراءات الواجب إتباعها في إبرام العقد الإداري.

وذلك من خلال :

المطلب الأول : مراعاة الإطار الإجرائي المتبع في التعاقد .

المطلب الثاني : وسائل حماية الغير لضمان قانونية الإبرام في العقود الإدارية .

المطلب الأول

مراعاة الإطار الإجرائي المتبع في التعاقد

تخضع العقود الإدارية عند إبرامها لإجراءات وأوضاع معينة رسمها المشرع في القوانين واللوائح فإذا خرجت الإدارة على تلك القواعد ، يستطيع كل ذي مصلحة - وهو من الغير - مقاضاة الإدارة عن طريق طلب إلغاء هذه القرارات الصادرة والتعويض عنها في حال ترتب ضرر على مخالفة الإدارة.

وهذه الإجراءات هي :

أولاً- الحصول على استشارة سابقة أو التصريح بالتعاقد :

قد يتطلب المشرع في بعض أنواع العقود الحصول على استشارة سابقة أو إذن بالتعاقد وذلك بسبب أهمية العقد، وذلك على النحو التالي :

١ - الاستشارات السابقة :

قد يفرض المشرع على جهة الإدارة المتعاقدة استشارة جهة معينة قبل إبرام العقد ، وذلك رغبة منه في تلافي المخاطر الاقتصادية أو الفنية أو القانونية ، أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابتها السابقة على التصرف .

والرأي الاستشاري ملزم من الناحيتين العضوية والموضوعية وعندها لا يعد هذا التصرف من قبيل الاستشارة بل يأخذ حكم التصريح بالتعاقد (١)، لأن إلزامية الأخذ

١- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٦٢.

بالاستشارة تجعل الجهة التي تعطي الرأي مشتركة في التصرف القانوني ، أي يعد هذا التصرف صادراً عن سلطة إدارية مركبة .

في فرنسا يمكن أن نميز نوعين من التدخلات الاستشارية :

أ- تدخلات استشارية محضة :

حيث تلزم السلطة المختصة بإبرام العقد بطلب الرأي الاستشاري من جهات محددة في القانون دون أن يكون هذا الرأي ملزماً من حيث المبدأ وذلك بالنسبة لعقود الشراء العام ، حيث توجد في فرنسا لجان خاصة مهمتها مراقبة الأعمال التي تنفذها الدولة وتقديم الرأي الاستشاري لها ، ويكون رأي هذه اللجان ملزماً في حال تجاوز العقد قيمة معينة أو كان على درجة كبيرة من الأهمية .(١)

ب- تدخلات استشارية مقرة :

وهنا تلتزم الإدارة بالأخذ بالاستشارة من حيث الموضوع أيضاً ومثال ذلك المادة ر. ١٠ من قانون الدومين العام حيث نصت على وجوب أخذ رأي لجنة العقارات والهندسة المعمارية والمناطق المحمية المختصة وذلك في المعاملات العقارية المنفذة من قبل الدولة أو سلطاتها المحلية ، ويمكن مخالفة آراء هذه اللجنة بتدخل سلطة ثالثة أي بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ، وبقرار معلل من الوزير المختص وذلك بالنسبة للمعاملات المنفذة في الأقاليم . (٢)

١- راجع المادة ٤/٨ كذلك المواد ٢١، ٢٢ ، ٣/٢٤ من قانون المشتريات العامة الفرنسي .

٢- راجع المادة ر. ١٧٠ من قانون الدومين العام أنشأها المرسوم ١٩٧٠/١١٦٠ .

أما في مصر فإن التشريعات السارية والتي تتعلق بعقود الإدارة قد نصت على عدد من التدخلات الوجوبية في معرض إبرام العقود الإدارية ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٧ لعام ١٩٧٢. في شأن تنظيم مجلس الدولة بأنه :

" لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة ."

وجاءت المادة ٣٥ من القانون رقم ٩ / ١٩٨٣ الملغى تطبيقاً لهذه القاعدة إلا أنها قيدتها بشروط وذلك على الوجه التالي :

" لا يجوز إبرام أي عقد تزيد قيمته عن خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأي الجهة المختصة بمجلس الدولة إلا إذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأي الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل إذا كانت هذه الشروط لم يحصل فيها أي تغيير ."

ومن أمثلة التدخلات الاستشارية الوجوبية ما نصت عليه المادة ١١ من القانون رقم ٢٣٠ لعام ١٩٦٠ حينما أوجبت خضوع العقود التي تبرمها الدولة وترتب آثاراً على عائق الدولة أو غيرها من الأشخاص العامة الاعتبارية لرقابة مسبقة لديوان المحاسبات ، وذلك في حال زادت قيمتها على خمسة آلاف جنيه مصري للتأكد من أن هذه العقود قد أبرمت ضمن الاعتمادات المدرجة لها في الموازنة وفقاً للقواعد المالية المقررة ، وفي حال وجد رئيس الديوان أية مخالفة يمكنه أن يعترض عليها بقرار مسبب كما يجوز للوزير المختص أن يعرض الأمر على رئيس الجمهورية

ويلتزم بالقرار الصادر بهذا الشأن (١).

وبرأيي أن العقود التي تبلغ قيمتها خمسة آلاف جنيه والتي ترتب التزاماً على عاتق مجلس الدولة بدراستها وإبداء الرأي حولها أصبحت عقوداً قليلة الأهمية من الناحية الاقتصادية ذلك لأن المبلغ المذكور هو مبلغ ضئيل مقارنة مع تغير القوة الشرائية للنقود ، الأمر الذي يستلزم تدخل المشرع لرفع النصاب المحدد بالمادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة الحالي حتى لا ينشغل مجلس الدولة بدراسة عقود قليلة الأهمية اقتصادياً .

أما في سورية فإن أهم صور الاستشارات السابقة تتجلى في ضرورة أخذ رأي مجلس الدولة حسب ما جاء بنص المادة ٤٤ من قانون مجلس الدولة السوري والتي جاء فيها :

" لا يجوز لأية وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها عن ٤٥ ألف ليرة سورية بغير استفتاء مجلس الدولة "

وبسبب التحولات الاقتصادية التي لحقت بالمجتمع السوري في الآونة الأخيرة . وتغير القوة الشرائية للنقود بات من الواضح ضالة المبلغ السابق ، فرفعت المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ٥ لعام ١٩٩٨ من قيمة العقود الخاضعة لاستفتاء مجلس الدولة بحيث أصبح الحد الأدنى لقيمة العقود الخاضعة للاستفتاء هو مليوني ليرة سورية .

إلا أن هذا التعديل مخالف لمبدأ الشرعية لأن القرار اللائحي لا يمكن أن يعدل أحكاماً قانونية ، كما أن النص القانون يجب تقديمه على النص اللائحي .

٢ - التصريح بالتعاقد :

قد يستلزم المشرع ضرورة حصول الإدارة المتعاقدة على إذن بالتعاقد بالنسبة لبعض العقود الهامة ، هذا الإذن يأخذ حالات وصوراً متعددة فقد يصدر عن البرلمان في صورة قانون أو قرار جمهوري ، أو قرار صادر عن مجلس الوزراء أو عن أي جهة إدارية أخرى .

ومن المسلم به في الفقه الفرنسي أن هذا الإذن من النظام العام لقيامه على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً ومن ثم يترتب على إهماله إمكانية مخاصمته بدعوى تجاوز السلطة .(١)

ويمكن رد حالات الإذن إلى إحدى صورتين : الأولى صدوره عن السلطة التشريعية والثانية صدوره من الجهات الإدارية .

أ- الإذن الصادر عن السلطة التشريعية:

يساهم البرلمان في فرنسا في بعض العقود التي تبرمها السلطة التنفيذية ، وذلك عن طريق منح إذن أو ترخيص بإبرامها (٢). وتتجلى هذه الناحية في نطاق نوعين من العقود وهما عقد القرض العام ، وعقد الالتزام ، حيث يقضي المبدأ العام في فرنسا

1- Laubadere . A.Delvolve.P,Moderne.F,T1,op.cit . p477.

٢- د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق - ص ١٦٧.

بألا تبرم الدولة قرضاً بدون موافقة البرلمان (١)

وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ١٥/ من أمر ١٩٥٩/١/٢ حيث جاء فيها: "منح القروض يتم بموجب تراخيص عامة تعطى بموجب قوانين مالية في كل عام.."(٢)

كذلك فإن المشرع أوجب خضوع إبرام عقود الالتزام لترخيص من البرلمان ذلك لأنه من شأن هذه العقود أن تنشأ احتكاراً لمصلحة الملتزم والاحتكار لا يعطى إلا بقانون .

وقد ظل العمل بهذا المبدأ قائماً إلى أن صدر قانون ١٩٩٣/١/٢٩ وأعطى الإدارة الحرية الكاملة في إبرام عقد الالتزام دون اشتراط الحصول على ترخيص من البرلمان بذلك .

كذلك الحال في مصر فإن السلطة التشريعية تتدخل في نطاق إبرام عقد القرض والالتزام عن طريق منح إذن أو ترخيص :

فقد نصت الدساتير المتعاقبة على اشتراط موافقة البرلمان على إبرام عقد القرض العام(٣)

١- فقد جاء في المادة ٣٤ من دستور عام ١٩٥٨ أن " القوانين المالية تحدد موارد وأعباء الدولة .." وبما

أن القرض يعد من قبيل الأعباء المالية لذلك فإن تحديده يتم بموجب القوانين المالية .

2- Laubadere . A.Delvolve.P,Moderne.F,T1,op.cit . p479.

٣- المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ تنص على : لا يجوز عقد قرض عمومي ولا تعهد يترتب عليه إنفاق مبالغ مالية من الخزانة في سنة أو سنوات مقبلة إلا بموافقة البرلمان ... " وقد وردت هذه الفقرة ذاتها مع تعديل طفيف في صياغتها فقط في الدساتير اللاحقة : راجع بشأن ذلك المادة ٩٦ من دستور ١٩٥٦ ، كذلك المادة ٧٢ من دستور ١٩٦٤ ، والمادة ١٢١ من دستور ١٩٧١ الحالي .

أما بالنسبة لعقد الالتزام فقد كانت المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ تجري على أن منح الالتزامات لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود ثم جاء دستور ١٩٥٦ فميز بين حالة منح

احتكار بموجب الالتزام والحالة التي لا يمنح فيها مثل هذا الاحتكار وأوجب منح الالتزام بقانون في الحالة الأولى .

وفي ظل دستور ١٩٥٨ الذي نص في مادته/٣٠/ على أنه " لا يجوز منح احتكار إلا بقانون ولزمن محدد " ، صدر القانون رقم ١٩٦١ لعام ١٩٥٨- والذي لا يزال يعمل بأحكامه حتى الآن- فنص في مادته الأولى على أن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة.

وقد اعتبر الدكتور سليمان الطماوي أن موافقة مجلس الأمة على هذا العقد تعد بمنزلة صدور العقد بقانون (١) .

إلا أن اتجاهاً آخر في الفقه المصري اختلف مع الأستاذ الطماوي حول هذه المسألة وبين أن هناك فروقاً جوهرية بين موافقة مجلس الأمة على العقد ، وبين صدور العقد بقانون ، وهذه الفروق ذات طابع إجرائي ، فالموافقة على العقد لا تحتاج إلى تصويت عليه بنداً بنداً ، كما أنه لا ينتج قاعدة قانونية مجردة ، وهو غير ملزم للحكومة مثل القانون للحكومة عدم الأخذ به إذا كانت المصلحة العامة تتطلب ذلك.(٢)

١- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٤٨ .

٢- د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق- ص ٢٣٣ .

ونحن ننضم لرأي الدكتورة سعاد الشرقاوي فيما ذهبت إليه ونضيف أن الإذن الصادر بالتعاقد ما هو في حقيقته إلا تصريح بالتعاقد حيث تكون هذه العقود موقوفة على إجازة أو تصريح المجلس ، وهذا التصريح لا يرقى لمرتبة القانون ذلك لأنه كما نعلم

أن من اختصاص مجلس الشعب إصدار القوانين ، ولو كان صدور العقد بقانون لاندرج ذلك تحت لواء اختصاص المجلس ولجاء نص الدستور يؤكد ذلك ، كما أن لزوم صدور العقد بعد ذلك بقرار من رئيس الجمهورية ينفي اختصاص المجلس في ذلك.

وبرأينا أن هذا الخلط في التعابير يعود إلى صفة الأعمال التي تصدر عن السلطة التشريعية ، وإطلاقها على التصريح بالتعاقد بشكل مجازي .

وفي سورية كان إبرام عقد القرض بحاجة إلى موافقة البرلمان وكانت هذه القاعدة عرفاً برلمانياً ولم تقنن بنص حتى جاء دستور ١٩٧٣ فتلافى هذا النقص التشريعي واستلزم موافقة مجلس الشعب لصحة عقد القرض ..(١)

كما أصبحت موافقة مجلس الشعب بموجب المادة ٧١ من الدستور الحالي لازمة بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة التي تجريها الدولة شركات أو مؤسسات أجنبية هذا يعني أن موافقة المجلس لا تكون واجبة بالنسبة لعقود الالتزام المبرمة مع شركات أو مؤسسات وطنية أو عربية .

١- راجع المادة ٧١ من دستور ١٩٧٣، والتي تنص على أن :يتولى مجلس الشعب: إقرار المعاهدات والاتفاقيات التي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها أو التي تخالف القوانين النافذة .كما أسندت المادة ١٢٧ من الدستور اختصاص عقد القروض ومنحها لمجلس الوزراء .

إن فالغاية من هذا الإذن هي ممارسة رقابة فعالة من قبل ممثلي الشعب على نوعين هامين من العقود لهما الأثر البالغ على أموال الدولة ومصالحها الحيوية .

ب- الإذن الصادر عن جهة إدارية :

هذه العقود كثيرة ومبعثرة ويرجع فيها إلى كل قانون على حده ، على أن أبرز مظاهرها يتجلى في علاقة الإدارة المركزية بالهيئات اللامركزية التي تخضع لوصايتها .

ففي فرنسا تختص بإبرام عقود الأشخاص اللامركزية سلطتان :

سلطة التقرير : وتتعد في فرنسا للمجالس الخاصة بها كالمجلس البلدي للبلديات ، المجلس العام للمحافظات - المجلس الإقليمي بالنسبة للأقاليم - اللجنة النقابية بالنسبة للتجمعات النقابية المشكلة بين الجماعات المحلية .

أما سلطة التنفيذ فتتعد للعمدة في البلديات ، ولرئيس المجلس العام في المحافظة ، ولرئيس المجلس الإقليمي في الأقاليم . هذا بالنسبة للأشخاص العامة اللامركزية المحلية أما بالنسبة للأشخاص العامة اللامركزية المصلحية فتتعد سلطة التقرير لمجلس الإدارة أما سلطة التنفيذ فتتعد للمدير العام (١).

والأصل يتمثل في ضرورة تدخل سلطة التقرير لإقرار إبرام العقد والترخيص لسلطة التنفيذ بإبرام العقد .

وصدور قرار بالتعاقد من قبل جهة التقرير لا يعد من قبيل الإذن أو التصريح

1- Laubadere . A.Delvolle.P,Moderne.F,T1,op.cit . p483.

بالتعاقد فحسب بل هو ملزم لجهة التقرير(١).

وعلى الرغم من هذه الصرامة في توزيع الاختصاص بين سلطتي التقرير والتنفيذ إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أوجد بعض المرونة بحيث يمكن إنقاذ العقد من البطلان ولو قام عضو التنفيذ بتوقيع العقد دون إذن من سلطة التقرير في حال تدخلت هذه الأخيرة وأجازت التوقيع بمداولة لاحقة (٢).

أما في مصر فإن أبرز صور الوصايا نظمها المشرع على النحو التالي :

" لا يجوز للمجلس الشعبي المحلي للمدينة أن يتصرف بالمجان أو التأجير بإيجار اسمي أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية إلا لغرض ذي نفع عام إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء إذا زادت قيمة التبرع عن ٢٠ ألف جنيه في السنة ولم تتجاوز خمسين ألف جنيه وإلا وجبت موافقة مجلس الوزراء" (٣).

وفي سورية نجد أن المادة /٩٧/ من قانون الإدارة المحلية قررت أن :

" العقود التي تبرمها وحدات الإدارة المحلية تحتاج إلى موافقة الوزير المختص أو رئيس مجلس الوزراء حسب الحال - عدا - القروض - التي لا يجوز إبرام عقد بشأنها إلا بقانون "

1- Laubadere . A.Delvolve.P,Moderne.F,T1,op.cit . p482.

٢- راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٦٣/١٢/٢٠ في قضية. commune de baltigny .

مشار إليه لدى د. نوح المرجع السابق ص ٣٤٧.

٣- المادة ٥٠ من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لعام ١٩٧٩.

وبذلك نجد أن :

اختصاص الهيئات اللامركزية في إبرامها لعقودها يخضع لرقابة السلطة المركزية ويتجلى ذلك من خلال منح هذه الهيئات إذنًا أو ترخيصاً بإبرام هذه العقود ، وهذا ما يجعل التصرف صادراً عن سلطة إدارية مركبة ذلك لأن أخذ الإذن أو التصريح بالتعاقد يجعل الجهة المانحة مشتركة في هذا التصرف.

ثانيا :مراعاة الإجراءات المتعلقة بأسلوب التعاقد :

من المسلم به في نطاق القانون العام أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في معرض إبرامها للعقود ، سواء أكانت إدارية أم مدنية ، وذلك لأنها تلتزم في هذا السبيل إجراءات رسمها المشرع لتكفل اختيار أفضل المرشحين . وتتنوع أساليب الإدارة في اختيار المتعاقد معها و سلطتها في ذلك إما أن تكون مقيدة أو تمنح بعض عناصر التقدير حسب أسلوب الإبرام المتبع .

وفقاً لأسلوب التعاقد القائم على السلطة المقيدة يتعين على الإدارة اتباع الإطار الإجرائي المرسوم من قبل المشرع بدقة أثناء إبرام عقودها ، ولا تمنح الإدارة وفق هذا الأسلوب حرية في انتقاء المتعاقد معها ، ذلك لأن المبادئ التي تحكم هذا الأسلوب - أسلوب المنافسة الحرة - تلزم الإدارة بفتح باب التنافس الشريف أمام كل من يود الاشتراك بالمناقصة وتتوفر فيه الشروط المطلوبة ، ومن ثم يتم التعاقد مع المرشح الذي ضمن عرضه بأقل عطاء- وذلك في المناقصات - أو بأعلى عطاء حينما تتبع الإدارة طريقة المزايدات العامة .

إلى جانب هذا الأسلوب هناك أساليب أخرى تقوم على أساس السلطة التقديرية للإدارة . هذه الأساليب تعطي الإدارة مجالاً واسعاً في اختيار المتعاقد الذي يقدم العرض الأفضل على أساس عدة معايير فنية واقتصادية موضوعة سابقاً (كما في طلب

العروض) ومنها ما يترك لها إمكانية اختيار المتعاقد بعد التفاوض المباشر معه وهذا هو أسلوب التعاقد عن طريق التفاوض .

وكما هو الحال بالنسبة للمناقصة فإن طلب العروض يقوم على العلانية والمنافسة وهذا ما أكدته المادة ٢٨ من القانون ٢٠٠٤/٥١ والتي نصت على " .تطبق على الشراء بطريقة طلب العروض الأحكام المطبقة على الشراء بالمناقصة " .

وطريقة المنافسة العامة تعد من أهم الطرق التي نظمها المشرع لاختيار المتعاقد مع الإدارة ، وتخضع المناقصات والمزايدات لنفس الأحكام القانونية. وتلجأ الإدارة إلى أسلوب المناقصة عند إقدامها على الشراء في حين تتبع أسلوب المزايدة عندما تقدم على البيع، أو الإيجار كبيع عقارات الجهة العامة أو إيجارها أو استثمارها (١).

وقد نظم المشرع إجراءات المنافسة العامة بحيث تضمن حرية المنافسة ، والمساواة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة .

إذاً فمن حق المتنافس المرشح - وهو مبدئياً من الغير- تأمين مبدأ العلنية في المنافسة العامة ومراعاة أحكامها .

لذلك تقوم الإدارة بداية في المنافسة العامة بالإعلان عن المناقصة أو المزايدة وبيان شروطها بصورة وافية حتى يذاع أمرها ويشارك فيها كل من يجد في نفسه القدرة على التعاقد مالياً وفنياً ، هذا الإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ، ومن ناحية أخرى يحول بين الإدارة

١- راجع المادة ٧٣ و ٧٩ من القانون السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

وبين قصر عقودها على فئة معينة من الأفراد بحجة أنهم من تقدموا للمنافسة ، ونظراً لأهمية العلانية فقد تبنتها معظم التشريعات الحديثة .(١)

أما بالنسبة لأسلوب الإعلان فقد حدد المشرع وسائل معينة لنشر الإعلانات المتعلقة بالمنافسة العامة ، فيتم النشر في فرنسا من حيث المبدأ في النشرة المخصصة لإعلانات عقود المشتريات العامة ، أو في أحد الصحف الرسمية المرخص لها بنشر الإعلانات القانونية (٢).

كذلك يتم الإعلان عن طريق الانترنت وذلك في المزادات الالكترونية (٣).

وفي حال تجاوزت قيمة العقد مبلغاً معيناً فإن المشرع أوجب على الإدارة أن تعلن عن المنافسة في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي . (٤) .

ولا يجوز للإدارة النشر في هذه الحالة على المستوى الوطني قبل إرسال الإعلان إلى مكتب الإعلانات الرسمية للاتحاد الأوروبي ، الذي يجب أن يكون مشتملاً على

١- راجع المادة ١/٥٧ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٢٠٠٦/٩٧٥

- راجع كذلك المادة الثانية من القانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

- راجع المادة التاسعة من القانون السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

٢- راجع المادة ١/٣/٤٠ من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

٣- راجع المادة ٥٤ من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

٤- راجع المادة ٢/٣/٤٠ من قانون المشتريات العامة الفرنسي والتي توجب على السلطة المتعاقدة

أن تلجأ إلى نشر الإعلان عن المنافسة العامة في نشرة الإعلانات الرسمية لعقود المشتريات العامة

كذلك في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي في حال تجاوزت قيمة العقد ١٣٥٠٠٠ يورو بالنسبة

لعقود الدولة ، و ٢١٠٠٠٠ بالنسبة لعقود السلطات المحلية .

ذات المعلومات التي سيعلن عنها في نشرة عقود المشتريات العامة. (١)

وفي حال تم إرسال الإعلان إلى النشرة المخصصة لإعلانات عقود المشتريات العامة يتوجب عليها أن تقوم بالنشر خلال مدة أقصاها ستة أيام من تاريخ الاستلام. (٢)

وفي مصر بينت المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ أساليب النشر حيث يتم في الوقت المناسب في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار والإعلان عن المناقصة يكون لمرتين ، وفي حال كانت المناقصة خارجية يتم الإعلان عنها في مصر والخارج لكن المادة سالفة الذكر لم تحدد أسلوب النشر بالنسبة للمناقصات الخارجية .

أما في سورية فقد نصت الفقرة أ من المادة العاشرة من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ وسائل النشر وفقاً لما يلي :

١- النشر في نشرة الإعلانات الرسمية :

وهي نشرة الإعلانات الرسمية التي تصدرها المؤسسة العربية للإعلان ويعد شرط اشتراك المتعهدين والمقاولين في هذه النشرة من الشروط التي يجب توافرها لدى المتنافس للدخول في المنافسة العامة، وذلك بالنسبة للتعهدات التي تزيد قيمتها على مبلغ خمسمائة ألف ليرة سورية. (٣)

١- راجع المادة ٨/٤٠ من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

٢- راجع المادة ٧/٤٠ من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

٣- راجع بلاغ مجلس الوزراء رقم ١٨/ب - ١٥/١٦٣٢ تاريخ ١٨/٣/١٩٨٩.

٢- النشر في الصحف :

ويكفي النشر في صحيفة واحدة ولمرة واحدة ، وهذا الحد الأدنى فيمكن للإدارة تجاوزه استناداً لسلطانها التقديرية و وفقاً لأهمية المناقصة .(١)

٣- اللصق على لوحة إعلانات الإدارة المعنية :

وهذه الوسيلة تعد وسيلة تكميلية لوسائل النشر الأساسية المتمثلة في النشر في الصحف وفي نشرة إعلانات الدولة ، وبالتالي لا يمكن التعويل عليها وحدها .

٤- عن طريق التبليغ :

والتبليغ هنا يكون للجهات التي تهمها المناقصة ، كذلك للبعثات والهيئات التجارية المعتمدة في الخارج كذلك البعثات الأجنبية المعتمدة في سورية وذلك بالنسبة للمناقصات الخارجية .

٥- الإعلان عن طريق الإذاعة والتلفزيون وسائر وسائل الإعلام الأخرى : كالإعلان على صفحات الانترنت .

وبعد أن يتم النشر وفق الأسلوب المحدد قانوناً يتوجب على المتنافسين أن يقدموا عروضهم خلال مدة زمنية محددة كافية للسماح لهم بدراسة أوضاعهم المالية والفنية كذلك الأوضاع الاقتصادية المحيطة بهم والتي يكون لها تأثير على جو المنافسة ، حدد المشرع الفرنسي هذه المدة باثنتين وخمسين يوماً تبدأ من تاريخ الإعلان عن

١- راجع رأي مجلس الدولة رقم ٦٢ لعام ١٩٧٣مذكور لدى صبحي سلوم موسوعة العقود - المرجع

المنافسة العامة . (١) و حددت هذه المدة بموجب القانون المصري بثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ أول إعلان في الصحف اليومية ويجوز بموافقة السلطة المتعاقدة تقصير هذه المدة إلى عشرين يوماً كحد أدنى.(٢)

إلا أن المشرع لم يحدد الحالات التي يجوز فيها تخفيض المدة السابقة ،وهذا بلا شك سيؤثر سلباً على مبدأ الشفافية حينما يترك أمر تحديد هذه الحالات للسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة .

أما المشرع السوري فقد حدد مدة الإعلان بخمسة عشر يوماً للمناقصات الداخلية وخمسين يوماً للمناقصات الخارجية قبل إجرائها ، ويجوز في الحالات التي تستوجب السرعة إنقاص هذه المدة إلى خمسة أيام في المناقصات الداخلية وإلى خمسة عشر يوماً في المناقصات الخارجية ويعود أمر تقدير السرعة إلى أمر

١- راجع المادة ١/٢/٥٧ راجع كذلك المادة ٢/٢/٥٧ من قانون المشتريات العامة الفرنسي والتي

تنص على تخفيض المدة السابقة إلى اثنين وعشرين يوماً في حال توافرت ثلاثة شروط معاً:

○ إذا كان العقد من العقود المتوقع إبرامها خلال السنة المالية القادمة و تم الإعلان عنها مسبقاً خلال بدء تنفيذ الموازنة العامة.

○ أن يكون قد تم الإعلان المسبق عن العقد بمدة لا تقل عن اثنين وخمسين يوماً ولا تزيد عن السنة .

○ ألا يكون هناك اختلاف في المعلومات التي تم الإعلان عنها في المنافسة العامة عن تلك المعلن عنها سابقاً .

- كذلك تخفض المدة بموجب المادة ٣/٥٧ إلى اثنين وعشرين يوماً في حال كانت قيمة العقد أقل من ٢٧٠٠٠٠ يورو ، كذلك يمكن أن تقلص إلى خمسة عشر يوماً في حالة الطوارئ .

٢- راجع المادة ١٤ من القانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

الصراف (١).

إذاً فالفترة الزمنية التي منحها المشرع الفرنسي للعارضين ليتمكنوا خلالها من تقديم عروضهم كافية بشكل واف ليقوم كل واحد من المتنافسين بدراسة أوضاعه كذلك أوضاع السوق وموضوع العقد بشكل جيد وبروية وهدوء ليتسنى لهم بالنتيجة تقديم عروضهم وهم على درجة عالية من الدقة والوضوح .

وليتّم الاشتراك في المنافسة العامة يجب أن يتقدم المشترك بعرضه إلى اللجنة المؤلفة للإشراف على هذه المنافسة .

ويتفق المشرع في كل من فرنسا ومصر و سورية على وجوب احتواء العروض على حد أدنى من البيانات التي لا يكون للعرض في حال انعدامها أي قيمة . ذلك لأن هذه العروض تعكس أهلية العارض ووضعه الفني والمالي .

وقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام المظروفين : الأول يحوي الوثائق التي تحدد الوضع الفني والمالي للعارض ، أما الثاني فيحوي على العرض أي السعر الذي يقدمه العارض (٢).

وبعد فض المغلفات تقوم لجنة المناقصة (في سورية وفرنسا) ولجنة البت (في

١- راجع المادة التاسعة من القانون السوري رقم ٢٠٠٤/٥١ .

٢- راجع المادة ٥/٥٧ من قانون المشتريات العامة الفرنسي. راجع كذلك المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ٨٩ لعام وفيها نجد أن المشرع المصري قد أخذ أيضاً بنظام المظروفين ١٩٩٨، أما المشرع السوري فقد أوجب تقديم العروض ضمن مغلفين يوضعان في مغلف ثالث راجع المادة ١٤ من القانون السوري ٢٠٠٤/٥١ .

مصر) بالتحقق من الشروط المطلوبة وتستبعد بقرار منها العرض المقدم الذي لم يستوف الشروط القانونية المطلوبة ، وهذا يعني أن اللجنة لا يحق لها استبعاد أي عرض طالما كان موافقاً للشروط القانونية (١) .

وبعد ذلك يتم فتح المغلفات التي تحتوي الشق المالي للعرض ليتم تفحص العروض ومن ثم تحديد العرض الأفضل وإرساء المناقصة ، والإرساء هنا كما سبق وذكرنا يتم على أساس السعر وهو الذي يميز المناقصة عن بقية الإجراءات الأخرى التي يتم من خلالها إبرام العقد .

والحقيقة إن ما يهمننا من عرض ما سبق أن نبين أن مبدأ العلانية والمساواة من الحقوق التي تثبت للغير في مواجهة الإدارة في معرض إبرامها للعقود الإدارية ، فالإدارة ملزمة بالإعلان عن المناقصة وفق الإجراءات المحددة قانوناً كذلك فهي ملزمة أيضاً بتحقيق المساواة بين المتسابقين بما يكفل حق التقدم إلى المناقصة بالنسبة إلى كل من يستوفي الشروط المطلوبة ، والإدارة لا يحق لها استبعاد أحد الراغبين في دخول المناقصة بغير سند قانوني أو إرساء المناقصة على غير صاحب العطاء الأفضل تعسفاً وإلا تعرضت لمخاصمة الغير بموجب الدعاوى الممنوحة له وبالتالي بطلان المناقصة . هذه هي أبرز القواعد القانونية التي أحاط بها المشرع عملية إبرام العقد الإداري ، ليكفل بها بروز العقد إلى حيز الوجود مكتسباً الحماية القانونية ، ولكفالة احترام هذه القواعد أيدها المشرع بعدة وسائل سنقوم بشرحها من خلال المطلب التالي:

١- راجع المادة ٢/٥٨ من قانون المشتريات العامة الفرنسي.

- كذلك المادة ١١ من القانون المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ .

- و المادة ٢٠ من القانون السوري رقم ٢٠٠٤/٥١ .

المطلب الثاني

وسائل حماية الغير لضمان قانونية

الإبرام في العقود الإدارية

بيّنّا سابقاً أن عملية إبرام العقد الإداري تحاط بجملة من القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون وحض على إتباعها و مراعاتها من قبل الأطراف عند الإبرام بشكل دقيق.

وليضمن المشرع الالتزام بهذه القواعد والتطبيق الأمثل لها ، دعمها بوسائل تكفل احترامها ، تمثلت هذه الوسائل بعدة دعاوى منحها المشرع إلى الغير ليمارس بموجبها رقابة فعالة على مشروعية الإبرام بكل مراحله ، و في الوقت نفسه يكون قد أدى حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون.

وفيما يلي سنقوم بدراسة وسائل الحماية أو وسائل الإنصاف -إن صح التعبير - التي نص عليها المشرع لحماية حق الغير في وجوب إتباع القواعد والإجراءات القانونية في إبرامها ، وفق التالي:

أولاً : الدعى المستعجلة قبل التعاقد .

ثانياً: دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة .

ثالثاً: دعوى المشروعية الخاصة .

أولاً : الدعوى المستعجلة قبل التعاقد :

هذه الدعوى مخصصة لحماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إبرام العقد ، وقد تم النص على هذه الدعوى في التشريعات الفرنسية والأوروبية على حد سواء.(١)

وقد كان التطبيق الأولي لقانون هذه الدعوى يحصر نطاق تطبيقها بعقود التوريد والأشغال العامة فقط إلا أن المادة /٥٠/ من قانون ١٩٩٣/١/٢٩ مد نطاق تطبيق هذه الدعوى ليشمل عقود تفويض مرفق عام أيضاً .(٢)

وبالعودة إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي والتي تدور حول تطبيقات هذه الدعوى نستطيع إيراد بعض الحالات التي عدها المجلس من قبيل خرق مشروعية العلانية والمنافسة ، والتي تجيز إمكانية إثارة الدعوى المستعجلة قبل التعاقد :

١- القواعد المتعلقة بالعلانية والمدد :

حيث عدها مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الشكليات الجوهرية التي يترتب

١- هذه الدعوى ذو أصل أوروبي نص عليها التوجيه رقم ٨٩/٦٦٥ المتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء بشأن إيجاد دعوى قضائية تحمي قواعد العلانية والمنافسة ، سمي هذا التوجيه بتوجيه الدعوى ، وقد أدرج ضمن القانون الفرنسي مع صدور القانون رقم ١٩٩٢/١٠ وأدخلت إلى قانون T. A - C.A.A ضمن المادة ل ٢٢٠ ومن ثم نص عليها قانون العدالة الإدارية في المادة ل. ١-٥٥١. راجع في ذلك :

- Jacqu Eline , Morand , Devillen – coursde droit administratif , Montchrestien , 6ed E.J.A.1999.P409.
2- Jacqu Eline , Morand , Devillen – coursde droit administratif ,op ,cit , p 410.

على عدم مراعاتها خرق قواعد العلانية والمنافسة . وبناء عليه تخرق قواعد العلانية والمنافسة في حال عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية التي أوجبها القانون .

كذلك فإن عدم مراعاة نشر الإعلان وأساليبه يعد خرقاً لقواعد العلانية ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بخرق القواعد المتعلقة بالمدد ، سواء مدة الإعلان أو مدة استلام العروض .

٢- اختيار طريقة الإبرام :

مر معنا سابقاً أن الإدارة تلتزم في معرض اختيار المتعاقد معها بأسلوب معين للإبرام يكون المشرع قد حدده لها سلفاً ، وبناء عليه فإن اللجوء إلى أسلوب الإبرام في غير موضوعه من شأنه أن يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة ، كأن تستخدم الإدارة إجراء طلب العروض في الوقت الذي يلزمها المشرع - حسب معطيات العقد التي تنوي إبرامه - بضرورة اللجوء إلى إجراء المناقصة المفتوحة . (١)

٣- المواصفات التقنية والفنية :

حيث عد مجلس الدولة الفرنسي وضع مواصفات أكثر تعقيداً من المواصفات المنصوص عليها للأعمال المطلوبة من شأنه أن يخص المنافسة في عدد محدد من العارضين وهذا يشكل في حد ذاته خرقاً واضحاً لقواعد المنافسة لأنها تنطوي على تفضيل بعض المرشحين على أقرانهم وهذا تماماً ما قصده المادة ٦ / ٤ و ٦ / ٥ من

١- قرار محكمة استئناف مارسيليا في ٣٠ / ٧ / ١٩٩٧ مشار إليه لدى د. نوح المرجع السابق - ص

هذه هي أبرز الحالات التي عدها مجلس الدولة الفرنسي خرقاً لقواعد العلانية والمنافسة يمكن من سماع الدعوى المستعجلة قبل التعاقد . وبالمقابل فهناك مخالفات تؤثر على مشروعية الإبرام لكنها لا تؤثر على المنافسة لذلك لا تدخل ضمن نطاق هذه الدعوى ، وهنا ما على المضرور إلا اللجوء إلى الطرق الأخرى في القضاء ومن هذه المخالفات :

احتواء العقد على شروط غير مشروعة ، القواعد المتعلقة بتشكيل لجان المناقصات ، التبليغ غير المشروع لقرار رفض الترشيح أو رفض العروض .

ومهما يكن لا بد لنا من بيان الشروط الواجب توافرها لإمكان ممارسة هذه الدعوى و ، وكذلك الآثار القانونية الناتجة عن هذه الممارسة :

١ - شروط ممارسة الدعوى المستعجلة قبل التعاقد :

تنقسم هذه الشروط إلى شروط في الشخص المدعي وشروط إجرائية :

أ - صفة المدعي : فهذه الدعوى مفتوحة المجال أمام كل شخص له مصلحة في إبرام العقد ويمكن أن يلحقه ضرر من جراء خرق قواعد العلانية والمنافسة ،

١- حيث جاء في المادة ٦/الفقرة ٤ أن : " الموصفات الفنية يجب ألا تحول دون تحقيق المساواة بين

العارضين، حيث يجب أن يؤخذ بالحسبان معايير الوصول إلى الجميع "

- المادة ٦ /الفقرة ٥ " لا تستطيع الإدارة رفض العطاء إذا كان لا يطابق تماماً الموصفات الفنية المطلوبة في حال أثبت مقدم العطاء بأي وسيلة من الوسائل أنه قدم في عرضه ما يماثل الموصفات الفنية المطلوبة "

وبالتالي فأى دعوى لا تقبل إلا من الأشخاص الذين لهم علاقة بعملية إبرام العقد (١) ، وتضرروا من جراء خرق قواعد العلانية والمنافسة.

ولا يلزم المدعي في هذه الحالة إثبات الضرر الحاصل ، فوجود المصلحة في هذه الدعوى تكفي لسماع الدعوى ، وهذه المصلحة تتمثل بإمكانية قبول عرضه ، والفوز بالعقد المحتمل إبرامه فيما لو روعيت قواعد العلانية والمنافسة ولم تخرق .

ب- توجيه الدعوى ضد قرار: هذه القاعدة القانونية مستقرة في فرنسا ، فالدعوى القضائية الإدارية أياً كانت لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار (٢).

فالمدعي يجب أن يطرق باب الإدارة صاحبة العلاقة أولاً طالباً منها مراعاة التزاماتها التعاقدية المتعلقة بالعلانية والمنافسة ، وإصلاح المخالفات المقترفة في هذا المجال ، ولا يحق للمدعي اللجوء إلى الدعوى المستعجلة قبل التعاقد إلا إذا رفضت الإدارة طلب المدعي صراحة أو ضمناً بامتناعها عن الرد لمدة تتجاوز العشرة أيام (٣).

ويشكل الطلب المسبق في نطاق دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد شكلياً جوهرية يترتب على عدم مراعاتها رفض قبول الدعوى .

ج- مدة رفع الدعوى: لم يحدد القانون مدة معينة يمكن رفع الدعوى خلالها إلا أن هذا لا يعني إمكانية المدعي إثارة الدعوى دون التقيد بعامل الوقت ذلك لأن

1- Jacqu Eline , Morand , Devillen – coursde droit administratif ,op ,cit , p421.

2- Chapus .R . droit administratif général ,T1 , ,op, cit, p, 701.

- Laubadere .A.Delvolle.P, Moderne.F. T2 , op.cit.p916.

المادة ل. ٥٥١ / ١ من قانون العدالة الإدارية التي نصت على هذه الدعوى بينت أنه:

(يمكن لرئيس المحكمة الإدارية ضبط حالات انتهاك قواعد الإعلان والمنافسة قبل إبرام العقد) وما جاء أيضاً في المادة ل. ٥٥١ / ٢ يؤكد على أن حق المدعي في إثارة هذه الدعوى يسقط بتوقيع العقد .

كما أن المنطق الوقائي لهذه الدعوى والذي يهدف إلى إصلاح المخالفات المقترفة قبل توقيع العقد دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير أن منطوق المادتين السابقتين يقضي برفع الدعوى قبل إبرام العقد . (١)

د- توكيل محام : هذه الدعوى - كما سبق وأسلمنا - تهدف إلى معالجة المخالفات المتعلقة بقواعد العلانية والمنافسة في مرحلة سابقة على إبرام العقد ، وبالتالي فإن مجالها الطبيعي في المرحلة قبل التعاقدية ، لذلك يمكننا القول إن الحالات التي نصت عليها المادة / ١٠٨ و / من تقنين المحاكم الإدارية والتي استلزمت توكيل محام لا تنطبق على الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية ، ذلك لأن هذه الدعوى لا توجه إلى عقد ، كما أن قاضي هذه الدعوى لا يختص بالحكم بتعويضات كما سنرى (٢) .

٢- الآثار القانونية الناتجة عن ممارسة دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد (٣):

إن مفاعيل هذه الدعوى تتمثل بجملة واسعة من السلطات تمنح للقاضي الإداري

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠٠٩ / ٤ / ١ رقم ٣٢٣٥٨٥ و ٣٢٣٥٩٣ على موقع المجلس .

٢- حيث أن المادة و ١٠٨ لا تستلزم توكيل محام إلا في حال كان محل الدعوى المطالبة بمبلغ من المال أو تخفيضه ، كذلك إذا تعلق النزاع بعقد .

٣- نصت عليها بالتفصيل التالي المادة ل. ٥٥١ من قانون العدالة الإدارية الفرنسي.

بموجب هذه الدعوى وهي :

أ- الأمر : هذه السلطة تمنح القاضي الحق بالتوجه إلى الإدارة والتزامها بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين (١)

وسلطة الأمر المعطاة للقاضي بموجب هذه الدعوى تمكنه من أن يفرض على الإدارة أمراً بمراعاة التزاماتها المفروضة عليها والتي توجبها قواعد العلانية والمنافسة من أجل ضمان شفافية المنافسة (٢).

فعلى سبيل المثال يمكن للقاضي أن يوجه أمراً للإدارة يلزمها بموجبه باتباع شرط نشر الإعلان في حال لم تقم به ،أو يمكن أن يأمرها بإعادته في حال وجدته غير مشروع .

ب- وقف إبرام العقد ووقف كل قرار يتعلق به : سلطة وقف إبرام العقد ووقف كل قرار يتعلق بالعقد كذلك من السلطات الممنوحة للقاضي بموجب المادة ل.٥٥١ . ولتقرير هذا الوقف يكفي قيام أسباب جدية تبرره بصرف النظر عن صعوبة إصلاح الضرر فمجلس الدولة الفرنسي لم يشترط مثل هذا الشرط لممارسة سلطة الوقف

١- فكما نعلم أن القاضي الإداري لم يكن يسمح له بتوجيه الأوامر إلى الإدارة بناء على مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العامة ، إلا أنه بموجب المادة ل.٥٥١ أعطي القاضي سلطة الأمر هذه ، كما أن المشرع الفرنسي فيما بعد أجاز للقاضي الإداري أن يوجه الأوامر إلى الإدارة و ولكن ضمن حدود وذلك بموجب قانون ١٩٩٥/٢/٨ .

- راجع بشأن ذلك مقال لجاكولين مورون بعنوان " النموذج الفرنسي للعدالة الإدارية " - المجلة القانونية والقضائية - قطر - العدد الأول - السنة الأولى - ٢٠٠٧ .

2- Jacqu Eline , Morand , Devillen – coursde droit administratif ,op ,cit , p457.

و هذا يعود بلا شك لرغبة المجلس بعدم الحد من سلطات القاضي الممنوحة بموجب هذه الدعوى . (١)

ج- إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد والممهدة له : وهذه السلطة تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات المنفصلة عن العقد و التي تساهم في إبرامه ، فكما سنرى لاحقاً أن أثر إلغاء أي قرار منفصل عن العقد سيكون موقوفاً على إرادة الأطراف ، وبالتالي فإنه سيبقى أثراً نظرياً بحتاً أو عقيماً ما لم يتدخل الأفراد ويمنحوه قوة التنفيذ(٢).

د. إبطال بعض شروط العقد : ففي حال كانت هذه الشروط تنطوي على مخالفة لقواعد العلانية والمنافسة - كالشروط التي تنطوي على عنصر تفضيلي مثلاً - يعطى القاضي الإدارة سلطة إبطالها ، ومن الملاحظ أن هذه السلطة تخفف من حدة السلطة السابقة فيصبح العقد في منأى عن الإلغاء . وأمام هذه السلطات والامتيازات المتعددة الممنوحة للقاضي نجد أن هذه الدعوى تختلف عن دعوى القضاء المستعجل الإداري العادي والتي من أهم شروطها عدم إعاقة تنفيذ قرار إداري ، كذلك عدم إمكانية القاضي التطرق لموضوع النزاع الذي يبقى سليماً حتى تفصل فيه محكمة الموضوع .

وبذلك نجد أن الهدف الذي سعت إليه هذه الدعوى ، وهو ضمان شفافية المنافسة من خلال وجوب مراعاة قواعد العلانية والمنافسة وتأييدها بالمؤيدات الفاعلة ، منح

١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠٠٩/٤/١ رقم ٣٢٣٥٨٥ و ٣٢٣٥٩٣ على الموقع

الالكتروني للمجلس - سبق ذكره.

2- Jacqu Eline , Morand , Devillen – coursde droit administratif ,op ,cit , p445.

الغير رقابة فعالة ومنتجة على عملية إبرام العقد فأدت له حقه في أن يبرم العقد وفقاً للقانون .

ثانياً دعوى الإلغاء الخاصة :

خضعت عقود الجماعات المحلية في فرنسا إلى رقابة سلطة الوصاية وذلك من خلال تدخل هذه السلطة وتصديقها على كل من المداولة المقررة لإبرام العقد كذلك على العقد بعد توقيعه ، وكانت تتمتع هذه السلطة في إطار منح التصديق على المداولة أو على العقد نفسه بسلطة تقديرية ، نظام الوصاية هذا تم إلغاؤه مع صدور القانون رقم ٢١٣ / ١٩٨٢ / فأعطيت مداولات مجالس البلدية والعامية والإقليمية وقرارات أعضاء التنفيذ فيها الصفة التنفيذية ، لكن ذلك كان مشروطاً بعلم ممثل الدولة (المحافظ) بهذه المداولة أو القرارات حيث فرض على الجماعات المحلية ومؤسساتها العامة أن تقوم بتحويل المداولة أو العقد الذي قررت إبرامه إلى ممثل الدولة الذي كان عليه أن يتحرى أوجه المشروعية في المداولة أو العقد ، فإذا وجد ثمة وجه للامشروعية قام بتحويل العقد إلى المحكمة المختصة في سبيل ترتيب جزاء اللامشروعية عليه والمتمثل بالإلغاء. (١)

١- القانون رقم ٢١٣ الخاص بحقوق وحريات المناطق والبلديات والإدارات الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢ عدل بموجب عدة قوانين وهي القانون رقم ١٩٨٢ / ٦٢٣ و القانون رقم ١٩٨٣ / ٨ والقانون رقم ١٩٩٤/٥٠٤ وأخيراً القانون رقم ١١٥ / ١٩٩٥ ومن ثم ألغيت معظم مواده (خاصة المواد المتعلقة بدعوى الإلغاء الخاصة) بموجب المادة ١٢ الفقرة الخامسة من القانون رقم ١٤٢ / ١٩٩٦ . إلا أن أحكام هذه الدعوى عاد ونص عليها قانون البلديات لكاليديونيا الجديدة الصادر بالمرسوم رقم ٥٧٩ لعام ٢٠٠١ .

هذه الدعوى التي أتى بها القانون رقم ٢١٣ / ١٩٨٢ أحدثت تغييراً جذرياً في المفاهيم المستقرة في قضاء المشروعية ، فلم تعد القرارات المتعلقة بإبرام العقد هي التي تقبل الخصومة عن طريق دعوى الإلغاء ، إنما العقد نفسه أيضاً .

لذلك سنستعرض الخصائص المميزة لهذه الدعوى ثم نقيمها قانونياً من خلال :

١- خصائص دعوى الإلغاء ضد المداولة أو العقد ذاته .

٢- القيمة القانونية لهذه الدعوى .

١- خصائص دعوى الإلغاء ضد المداولة أو العقد ذاته:

تتميز دعوى الإلغاء الخاصة بعدة خصائص تميزها عن دعوى المشروعية العامة ويظهر ذلك من خلال الأحكام العامة لهذه الدعوى :

أ : النطاق الشخصي والموضوعي لهذه الدعوى :

ينحصر نطاق تطبيق هذه الدعوى من حيث الأشخاص بالجماعات المحلية ومؤسساتها العامة فقط ، وهذا يعني أن الدولة ومؤسساتها الوطنية العامة مستبعدة من نطاق تطبيقها(١).

أما من ناحية موضوع الدعوى ، فإن نطاق تطبيقها يظهر في حالتين فقط:

١- راجع المادة ١٢١/٣٩ من قانون البلديات لكاليدونيا الجديدة المعدلة بالمادة ٧ من المرسوم رقم

١٤٣١ تاريخ ٢٧ / ٧ / ٢٠٠٧ راجع كذلك المادتين ٢- ٤٥ من القانون ١٩٨٢/٢١٣ (تم

إلغاؤهما)

في حالة تحويل مداولات الجماعات المحلية إلى ممثل الدولة لتقدير مشروعيتها والحالة الثانية عند تحويل ملف العقد كاملاً بعد توقيعه من جانب عضو التنفيذ بغرض تقدير مشروعيته أيضاً ، وذلك خلال مدة خمسة عشر يوماً بدءاً من تاريخ التوقيع على العقد أو تاريخ المداولة التي تم فيها تقرير إبرام العقد(١) .

ويجب أن يكون التحويل كاملاً بمعنى أن الشخص العام المحلي صاحب العلاقة يجب أن يحول إلى ممثل الدولة ملفاً محتوياً على كل العناصر اللازمة لتقدير مشروعية العقد أو المداولة (٢) .

والعقود التي تلتزم الأشخاص العامة المحلية بتحويلها إلى ممثل الدولة لتقدير مشروعيتها تنحصر في عقود القرض و عقود التوريد وعقود تأجير الخدمات العامة المحلية واتفاقيات الامتيازات، لكن هذا لا يعني أن ممثل الدولة لا يستطيع أن يثير دعوى الإلغاء ضد العقود التي لم يخصصها المشرع بالتحويل ، بل يمكنه ذلك بناء على طلب الشخص المضرور من العقد غير المشروع ،إذاً فحق ممثل الدولة في

١- راجع المادة السابقة قانون البلديات لكاليديونيا الجديدة. ومن الجدير بالذكر أن المادة السابقة أجازت

أن يكون التحويل إلى ممثل الدولة إلكترونياً وفقاً لإجراءات نص عليها المرسوم .

٢- أي أن ملف التحويل يجب أن يحوي على :

- نسخة الوثائق الأساسية للعقد .
- قرار المجلس المحلي المرخص بإبرام العقد .
- صورة عن إعلان الدعوة العامة للمنافسة .
- محضر وتقرير لجنة المناقصة أو طلب العروض أو رأي لجنة المحكمين الوثائق الأساسية المقدمة من المرشحين من إقرارات وشهادات وغيرها .
- راجع في ذلك د. مهند نوح - الرسالة السابقة - ص ٣٥٧.

ممارسة الادعاء ضد العقود غير المشروعة التي تقع خارج نطاق العقود التي أوجب القانون إحالتها إلى ممثل الدولة موقوف على طلب الشخص المضروب منه ذلك خلال مدة شهرين من صيرورة العقد تنفيذاً (١).

ب- أسباب الطعن بالإلغاء استناداً إلى دعوى الإلغاء الخاصة:

يتم الطعن بقرار إبرام العقد الناجم عن مداولة سلطة التقرير عن طريق دعوى الإلغاء ووفقاً لأوجه عدم المشروعية المعروفة في النظرية العامة لدعوى الإلغاء .

أما عن أوجه الإلغاء التي يمكن أن يلغى بها العقد الإداري المعيب فيمكننا القول: إن دعوى الإلغاء التي جاء بها القانون ١٩٨٢/٢١٣ توجه ضد العقد استناداً إلى عيب من عيوب المشروعية ، ومن الملاحظ عملياً أن أكثر أسباب الإلغاء التي أثرت أمام قاضي الإلغاء من جانب ممثل الدولة كانت تتعلق بالمشروعية الإجرائية للعقود الإدارية.

كما يمكن أن تؤسس هذه الدعوى على مخالفة الشروط التعاقدية بالمعنى الواسع، لكن لا يجوز بأي حال أن تستند على أساس خرق الالتزامات التعاقدية (٢).

لكن ذلك لا يمنع من إثارة دعوى المشروعية الخاصة على أساس مخالفة شروط العقد

التنظيمية (٣)

١- راجع المادة ٣٩/١٢١/ قانون البلديات لكاليديونيا الجديدة. راجع كذلك المواد الملغاة : ٤ - ٧ - ٢٩

من القانون ١٩٨٢/٢١٣.

- Chapus .R . droit administratif général ,op, cit, p369.

٣- راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ٨/٤/٢٠٠٩ رقم ٢٧١٧٣٧ و ٢٧١٧٨٢ في قضية "بلدية

Olivet " على الموقع الالكتروني للمجلس - سبق ذكره.

٤- راجع المادة ١٢١ / ٣٩/ ١ من قانون البلديات لكاليديونيا الجديدة.

ج- آثار الطعن بالإلغاء وفق دعوى الإلغاء الخاصة :

إن نتيجة الدعوى ستكون بلا شك إما إلغاء القرار الناجم عن المداولة أو الحكم بإلغاء العقد نفسه .

فإذا كان محل الدعوى مداولة تم إلغاؤها فإن العقد الموقع من جانب عضو التنفيذ قبل صدور حكم الإلغاء يجب أن يعتبر ملغى أيضاً . (١)

ذلك لأن المداولة بعد إلغائها تعتبر كأنها لم توجد وبالتالي يكون توقيع العقد من جانب عضو التنفيذ بعد ذلك كأنه صادر عن سلطة غير مختصة .

أما إذا تم إلغاء المداولة المقررة للتعاقد قبل توقيع العقد ، فإن هذا الإلغاء من شأنه أن يمنع تدخل سلطة التنفيذ بالتوقيع على العقد ، ويجعل عضو التنفيذ غير مختص بإلزام الإدارة تعاقدياً (٢).

وبذلك نجد أن دعوى الإلغاء الخاصة تملك أن تبطل العقد الإداري المشوب بعيب عدم المشروعية دون أن يكون ذلك موقوفاً على إرادة طرفيه كما في دعوى إلغاء القرار المنفصل عن العقد .

لكن ماذا عن القيمة القانونية لدعوى الإلغاء الخاصة هذا ما سنقوم بتوضيحه فيما يلي :

1- Par GF - Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif, 28/3/2005
www.valhalla.fr/2005/03/28/recours-pour-exces-de-pouvoir-et-contrat-administratif/ - ٥٣

٢- راجع فوديل وديلفولفيه - المرجع السابق - ص ٣٦٩.

- راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي تاريخ ٨/٤/٢٠٠٩ رقم ٢٧١٧٣٧ و ٢٧١٧٨٢ مشار إليه سابقاً.

٢ - القيمة القانونية لدعوى الإلغاء الخاصة:

لا شك أن هذه الدعوى تعد وسيلة فعالة لتحقيق الموازنة بين حرية واستقلال الجماعات المحلية من جهة والحرص على مشروعية التصرفات التي تبرمها هذه الجماعات من جهة أخرى .

إلا أن أهميتها الكبرى تتجلى من خلال الدور الذي يمارسه الغير في نطاق دعوى الإلغاء الموجهة ضد العقد ، فبموجب هذه الدعوى أصبح باب قاضي الإلغاء مفتوحاً أمام الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد ليتمكن من مخاصمته بإثارة دعوى الإلغاء ضد العقد نفسه . وهذا ما لم تألفه القواعد القانونية المستقرة في قضاء المشروعية.

هذا وإن كان القاضي الإداري قد سمح للغير بإثارة دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد إلا أنه كان دائماً يرفض توجيه مثل هذه الدعوى ضد العقد ذاته .

وهنا يظهر التغير الثوري الذي حمله القانون رقم ١٩٨٢/١٣٢ وهو إمكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد عقد ومن قبل الغير - بشكل غير مباشر - بعدما كان توجيهها محصوراً بالقرارات الإدارية فقط .

إلا أنه يجب أن نلاحظ أن هذا الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد لا يمكنه أن يخاصم العقود غير المشروعة إلا عن طريق وساطة ممثل الدولة .

ثانياً: دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة :

ذكرنا سابقاً أن الإدارة في إبرامها لعقودها لا تتمتع بذات الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام عقودهم فهي في اختيارها للمتعاقد معها غالباً ما تلتزم طريقاً مرسومياً سواء أكان هذا العقد من عقود القانون الخاص أو من العقود الإدارية .

وفي سبيل سلوك هذا الطريق يحدث أن تصدر الإدارة قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد ، هذه القرارات منحها مجلس الدولة الفرنسي ذاتية مستقلة حتى لحظة الإبرام وعندها فقط تندمج مع بعضها لتشكل نسيج العقد وبالتالي يصبح العقد كلاً لا يتجزأ .

هذه الذاتية المستقلة التي منحها مجلس الدولة الفرنسي للقرارات الممهدة لإبرام العقد سمحت لقضاء الإلغاء أن يبسط رقابته عليها فتمارس ضدها دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة (١).

ولقبول هذه الدعوى من الغير لابد من توافر شروط معينة سنقوم بسردها فيما يلي(٢):

أ - شروط قبول دعوى إلغاء القرار المنفصل :

١- توجيه دعوى الإلغاء ضد القرار المنفصل لا ضد العقد :

هذه القاعدة مستقرة في القضاء الإداري ذلك لأن دعوى الإلغاء لا توجه إلا

١- وقد ظهر هذا المنهج التحليلي لعملية العقد من خلال حكم Martin تاريخ ٨/٤ / ١٩٠٥ .

- راجع في الموضوع مقال للدكتور عبد الحميد كمال حشيش بعنوان القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة

- مجلة مصر المعاصرة السنة ٦٦ العدد ٣٦٢ ، أكتوبر ١٩٧٥

2- Par GF - Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif, op, cit .

ضد قرار ولا يمكن أن توجه ضد عقد. (١)

وبناء على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه " ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة ، وبين الإجراءات التي يمهدها لإبرام هذا العقد أو تهيئ لمولده ، وذلك أن بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتغياها القانون ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تتفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتتفصل عنه ، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء ، والحال كذلك معقود لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها . " (٢)

٢- يجب أن يكون القرار محل الدعوى يقبل الانفصال عن العقد :

فالقرار محل دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة يجب أن يكون تنفيذياً يقبل الانفصال عن العقد ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العقد إدارياً أو من العقود التي تخضع للقانون الخاص وتبرمها الإدارة. (٣)

1- Laubadere.A -Traite théorique et pratique des contrats administratifs .T 3 .p323.

٢- قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٤٥٦ ، ٣٢٠٠ تاريخ ١٩٧٥/٤/٥ السنة ١٧ ق على الموقع السابق .

٣- قرار محكمة القضاء الإداري السوري رقم ٤٦ في القضية ١٦١٤ تاريخ ٢٠٠٨/٢/٥ . أحكام غير منشورة .

مثل اختيار إجراء الإبرام (١) كذلك القرارات المتعلقة باختيار المتعاقد مع الإدارة (قرار الإرساء أو رفض الإرساء) (٢) واعتبار الإجراء فاشلاً وقرارات لجان التحكيم ، قرارات إبرام العقد أو عدم إبرامه.. (٣)

ومن الأحكام الصادرة في مصر في هذا الشأن :

" إن المحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له ، إن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة فحص العطاءات ، وقرارات لجنة البت ، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل ... " (٤)

- أن يكون القرار محل الدعوى مشوباً بعيب عدم المشروعية :

مثل عدم اختصاص السلطة التي اتخذت القرار أو مخالفة القرار لقاعدة قانونية أو

١- فقد قضت محكمة القضاء الإداري السوري أن قرار الإدارة بفشل المناقصة والتعاقد مع أحد

الشركات بالتراضي يعتبر من القرارات المنفصلة عن العقد " القرار رقم ٢٢٣ في القضية رقم ٢٢٤٦

لعام ١٩٧١ مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام ١٩٧١ ص ٢٦٧ .

٢- قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٧٨ لعام ١٩٧٠ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة

الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٠ ص ١٥٦ .

٣- د. عاطف الشهاوي - القرارات الإدارية القابلة للانفصال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري

- رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ٢٠٠٧ - ص ٣١٣ .

٤- قرار محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ١٩٥٦/١/٨ السنة ١٠ مذكورة لدى د. سليمان

الطماوي - المرجع السابق - ص ٢١٠ .

الانحراف بالسلطة ، وبناء على ذلك فإن مخالفة الشروط التعاقدية لا يمكن أن تكون محلاً للإلغاء (١).

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أجاز توجيه دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة ولكن لأسباب ترجع إلى عدم مشروعية الشروط التعاقدية نفسها ، لا لمجرد مخالفة هذه الشروط فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار توقيع أحد العقود لأن الشرط المتعلق بمدة هذا العقد يخالف القواعد المنصوص عليها في تقنين عقود الشراء العام (٢).

٤ - المصلحة في الدعوى :

من القواعد المسلم بها في قانون مجلس الدولة أنه لا دعوى بدون مصلحة وبالتالي يتمتع قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية في الدعوى (٣).

وهذه المصلحة يجب أن تكون شخصية ومباشرة (٤)، فرافع الدعوى يجب أن يكون في مركز قانوني يؤثر فيه القرار المطعون تأثيراً مباشراً . وبناء على ذلك فلا تقبل الدعوى من الأشخاص الذين لم يشتركوا في إجراءات التعاقد (المناقصة أو طلب

١- راجع مقال للدكتور عبد الحميد كمال حبشيش بعنوان القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة -

الجزء الثاني - مجلة مصر المعاصرة السنة ٦٧ العدد ٣٦٣ يناير ١٩٧٦ ص ٢١.

٢- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " Ste Aubettes " تاريخ ١٩/١٢/١٩٩٦ مذكور

لدى د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٤٦.

٣- راجع المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة السوري.

٤- قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٥٥ لعام ١٩٦٦ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة

الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٦ ص ٧١.

عروض) وذلك لانعدام المصلحة . هذه هي الشروط المطلوبة لرفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة أو دعوى تجاوز السلطة ولكن ماذا عن آثار هذه الدعوى ؟

ب- آثار إلغاء القرار المنفصل :

تختلف آثار القرار المنفصل وفقاً لحالتين :

الحالة الأولى: صدور الحكم الخاص بإلغاء القرار المنفصل قبل إبرام الإدارة للعقد بصفة نهائية.

وفي هذا الفرض لا يوجد أي إشكال ، حيث أن الإدارة لا تستطيع أن تسير في إجراءات التعاقد حتى نهايتها، وإلا تكون قد خالفت الحجية المطلقة لحكم الإلغاء.

الحالة الثانية : صدور الحكم بإلغاء القرار المنفصل بعد إبرام العقد بصفة نهائية ، وهذا الفرض هو الأكثر حدوثاً في الواقع العملي، وهو أن الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري لا أثر له على العقد ذاته(١)، بل يظل

١- فقد جاء في مطالعة مفوض الحكومة روميو في الحكم الصادر في ١٩٠٥ / ٨ / ٤ في قضية Martin

: "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق ، وقد يبقى العقد بالرغم من الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد. لكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم فأنتم تعلمون تماماً أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلى نتائج نظرية ، فليس على قاضي الإلغاء أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أن يلغى أو لا ، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية . فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لمحكمةكم أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائماً أثر هام يتركز في أنه أمن حكم القانون ولم يغلق أبواب المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد

العقد قائماً وسارياً طالما لم يطلب أحد أطرافه إبطاله أمام قاضي العقد.(١) ومن الجدير ذكره في هذا المقام أن الفقيه " A , DE ,Laubadere " لم يعد حق الغير في الطعن في القرار الإداري المنفصل تطبيقاً لقاعدة امتداد آثار العقد الإداري إلى الغير، ذلك لأن الغير الذي يطعن في قرار إداري منفصل لا يستند إلى نص العقد وإنما إلى نصوص القانون .(٢)

يؤيده في هذا الرأي الأستاذ سليمان الطماوي ويرى أنه إذا كان الفقهاء يدرجون هذه الحالة في مجال الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد ، فإنها في حقيقتها ليست كذلك لأن الغير الذي يطعن في قرار إداري منفصل ، لا يستند في الطعن إلى نص في عقد إداري وإنما يستند إلى نصوص القوانين واللوائح كما أنه لا يستقيم القول بأن الغير يستند حقه في الطعن من العقد ، وهو في حقيقة الأمر يستهدف بالطعن إلغاء العقد.(٣)

إلا أننا لا نذهب مع الفقيه " A , DE ,Laubadere " في رأيه هذا ذلك لأن تأسيس حق الغير في إبرام العقود الإدارية وفقاً للقانون استناداً للنصوص القانونية واللوائح لا يعني أن هذا الحق لا يشكل امتداداً لآثار العقود الإدارية إلى الغير طالما أن الغير أعطى هذا الحق بموجب قانون العقد وبمناسبة إبرامه .

- خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة ، وإنه قد نور الرأي العام بحيث يتمتع في المستقبل عن العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة .

١- د. جورج شفيق ساري - القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢ ص ١٦٣ .

2- Laubadere. A -Traite théorique et pratique des contrats administratifs .T2,op ,cit ,p 87.

٣- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧٤٤ .

كذلك فإن تقرير الدكتور سليمان الطماوي في استبعاده هذا الحق من حالات امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير غير منطقي ذلك لأن الطعن هو النتيجة الطبيعية لإعمال هذا الحق في حال توفرت موجباته وإلا لبقى هذا الحق قاصراً عن إدراك مفاعيله .

وبالنتيجة يمكننا القول :

إذا كان قانون اللامركزية الفرنسي قد فتح الطريق أمام وسائل الإنصاف ضد استعمال السلطة الإدارية للعقد ، إلا أن هذه الحالات كانت محددة جداً ، وذلك بسبب خضوع ممارسة هذه الدعوى للسلطة التقديرية الواسعة للمحافظ .

كذلك فإن دعوى إلغاء القرارات المنفصلة أثبتت عدم فعاليتها ، فلو حصل الغير على إلغاء قرار منفصل عن العقد الإداري، فإن هذا الإلغاء، معرض لأن يبقى بلا أثر؛ فأجل سحب نتائج الإلغاء لا بد من دخول محكمة قاضي العقد، وهذه المحكمة لا يمكن أن يطرق أبوابها إلا المتعاقدين، عملاً بقاعدة نسبية آثار العقود.

وإن كانت دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد قد فعلت الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة بعد أن كان أثرها نظرياً بحتاً ، إلا أن قاضي هذه الدعوى لا يمكنه إلغاء قرار العقد، ولا أن يلغي العقد ذاته (كما هو حال قاضي الإلغاء عندما يتصدى لإلغاء قرار منفصل) .

فبمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة فإن العقد يصبح مبرماً ومع خروج العقد إلى حيز الوجود فإن قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته كما رأينا .

إلا أنه مع صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٦ فإن جمعية التقاضي وهي أعلى تشكيل في مجلس الدولة الفرنسي أحدثت تغييراً عميقاً في دولة القانون و بموجب هذا القرار تم الانفتاح على شفافية المنافسة(١).

حيث سمح القرار للمشاركين في إجراءات العقد الإداري والمستبعدين نتيجة خرق قواعد العلانية والمنافسة الطعن مباشرة في العقد الإداري.

وعلى أي حال أوجب القرار على القاضي مراعاة المصلحة العامة قبل أن يقرر إلغاء العقد كلياً أو جزئياً .

وقد حددت الجمعية مدة الطعن في غضون شهرين من تاريخ التوقيع على العقد مستجيبة في ذلك لضرورة استقرار العلاقات العقدية وعدم تركها عرضة للطعن فترة طويلة من الزمن تتغير معها معطيات السوق الاقتصادية.

هذا القرار منح القاضي الإداري سلطات واسعة من نحو إنهاء العقد ، و تعديل بعض أحكامه أو الاستمرار بتنفيذه مع تقرير التعويض للمدعي المتضرر .

وبذلك نجد أن قرار ٢٠٠٧/٧/١٦ قام بتنفيذ أحكام دعوى القرارات الإدارية المنفصلة ومنحها الحركة والحياة بعد أن كان أثرها نظرياً بحثاً و قاصراً عن إدراك أسباب الفاعلية والتأثير .

١- راجع قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٦ رقم ٢٩١٥٤٥. على الموقع

الالكتروني لمجلس الدولة الفرنسي.

- Charles ROMINGER - Contrat administratif - Recours des parties évincées-
www.advocatus.fr/news/pivot/entry.php?id=90
- Par GF - Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif, op, cit

الخاتمة

وبعد أن انتهينا - بحمد الله - من استعراض جوانب البحث المختلفة، أوضحنا أن العقد متى نشأ صحيحاً ومستوفياً لأركانه، تثبت له قوة ملزمة توجب على طرفيه تنفيذ ما فرضه عليهم من التزامات ، هذه القوة لا تلزم من حيث المبدأ إلا المتعاقدين ، لكن من خلال دراستنا وجدنا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً بل قد ترد عليه استثناءات تسمح بانفتاحه على الغير فيتأثرون بآثاره بشكل أو بآخر .

ورأينا أن العقود الإدارية تتميز بنظام قانوني خاص يختلف في كثير من نواحيه عن النظام القانوني للعقود المدنية وأبرز مظاهر الاختلاف تتجلى في الأسس والقواعد التي تحكم الآثار المتولدة عن كل منهما وأهم هذه القواعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كذلك قاعدة العقد شريعة المرفق العام ويوفق بينهما قاعدة التوازن المالي للعقد الإداري. ومن خلال البحث أيضاً استعرضنا آراء الفقهاء بشأن الأساس القانوني المقبول الذي يبرر امتداد آثار العقد الإداري إلى الغير .

وأخيراً قدمنا صورة من الحياة العملية توضح لنا الكيفية العملية التي تمتد فيها أبرز آثار العقود الإدارية إلى الغير من خلال جملة من الحقوق والالتزامات التي يكتسبها الغير أو تنقل كاهله .

ومن خلال الدراسة السابقة نستطيع القول إننا توصلنا إلى عدد من النتائج يمكننا سردها عبر النقاط التالية كما يلي :

١- إن مبدأ نسبية آثار العقود مطبق ومحترم في مجال العقود الإدارية ، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ، وبالتالي فإن آثار العقد الإداري تنحصر من حيث المبدأ بطرفيه و لا تتعداهما إلى الغير .

٢- وجدنا أن العقود الإدارية - وفق المبدأ النسبي للعقود - لا تلزم إلا عاقيدها وتوصلنا إلى أن عبارة العاقلين لم تعد مقصورة على الأشخاص الذين قاموا بإبرام العقد بل تمتد لتشمل إلى جانب المتعاقدين الخلف العام والخلف الخاص كذلك الدائنين أحياناً، وبناء على ذلك يكون الغير في العقود الإدارية كل شخص لم يكن مرتبطاً بالعقد عند الإبرام أو بآثاره عند التنفيذ ولا يملك حق التصرف فيه تعديلاً أو إنهاء .

٣- تتميز العقود الإدارية بنظام قانوني خاص يختلف في كثير من نواحيه عن النظام القانوني الذي تخضع له العقود المدنية ، وتتجلى أبرز صور الاختلاف ما بين النظامين في مرحلة تنفيذ العقد من خلال الأسس والقواعد التي تحكم الآثار المتولدة عن كل منهما ، فالعقد الإداري يخضع لقاعدة العقد سريعة المتعاقدين لكن ليس بصورتها المعروفة في نطاق القانون الخاص ، حيث ترد عليها استثناء قاعدة العقد سريعة المرفق العام والتي تخول الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها وهذا أمر طبيعي يفرضه منطق الأمور لأن العقد الإداري هو عقد المنفعة العامة ولم يبرم إلا لإشباع حاجات المرفق العام .

وللتوفيق بين القاعدتين يلجأ القضاء دائماً إلى قاعدة التوازن المالي للعقد في حال اختل توازن العقد بين أعمال مفاعيل قاعدة العقد سريعة المتعاقدين وقاعدة العقد سريعة المرفق العام .

٤- ثار خلاف بين أعمدة الفقه الفرنسي حول الأساس القانوني المقبول لتبرير امتداد آثار العقد الإداري إلى الغير ، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القانون الخاص محاولاً البحث فيه عن أساس قانوني يبرر هذا الامتداد وقد وجدوا ضالتهم في نظرية "الاشتراط لمصلحة الغير " لكن اختيارهم هذا جعلهم عرضة لانتقادات كثيرة وجهها لهم غالبية الفقهاء ، الأمر الذي دفعهم إلى هجرها والبحث عن أساس قانوني آخر من القانون العام وقد ظهرت في هذا المجال عدة نظريات أبرزها نظرية الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية التي نادى بها الفقيه "بيكينو " كذلك نظرية الفقيه " لوبادير " الذي رأى أن الحالات العملية التي تمتد فيها آثار العقد الإداري إلى الغير لا تبرر على أنها خروج على مبدأ نسبية العقود وإنما حالات استثنائية يمكن إرجاعها إلى أسس قانونية مختلفة تبرر لكل حالة على حده .

٥- مع تسليمنا للتوجيه العام الذي حملته نظرية الفقيه لوبادير حاولنا أن نقدم وجهة نظرنا حول الأساس القانوني المقبول لكل حالة من حالات امتداد آثار العقد الإداري إلى الغير .

■ فامتداد آثار عقد الالتزام إلى الغير ترجع إلى كون عقد الالتزام اتفاق منتج لآثار تنظيمية تسري على كافة ، وليس عقداً ذو آثار نسبية محصورة بين طرفيه .

■ وحاولنا تبرير الآثار المتولدة عن عقود الأشغال العامة كما يلي :

- بالنسبة للسلطات الممنوحة للمتعاقد تجاه الغير، تبرر بالطبيعة الذاتية لهذه العقود والتي تمكن الإدارة من تضمين عقودها شروطاً غير مألوفة تعطيها سلطات تجاه المتعاقد معها كما تمنحها الحق بمد المتعاقد ببعض السلطات تجاه الغير.

- أما الحقوق الممنوحة للغير بموجب عقد الأشغال فيرتبها القانون ، و تكون مفروضة أساساً على الأطراف من مصادر ذات طبيعة لائحية أو تشريعية .
- وانتهينا إلى أن الحقوق التي يكتسبها الغير من العقد الإداري سواء في حالة الضرر من عقود الجماعات المحلية أو في حال المتعاقد من الباطن رتبت بموجب النص القانوني من أجل حماية حقوق هذا المتعاقد وضمان استيفائها أو من أجل حماية الغير المتضرر وبالتالي فهي حقوق قانونية وليست حقوقاً عقدية.

٦- تمتد آثار العقود الإدارية على سبيل الاستثناء إلى الغير في الكثير من الحالات العملية فتكسبهم حقوقاً يمكنهم المطالبة بها قضائياً في حال قصرت الإدارة أو المتعاقد معها في تمكينهم منها أو في حال أساءت الإدارة في استعمال سلطتها التعاقدية.

٧- وأبرز هذه الحقوق كما رأينا :

- حقوق يستمدها الغير من النصوص المدرجة لصالحه في العقد ، كالحقوق المدرجة في العقد لصالح عمال الملتزم في عقد الالتزام أو عمال المقاول في عقود الأشغال العامة كما قد تضمن الإدارة أيضاً عقودها نصوصاً لتعويض الجوار عن الأضرار التي ستلحق بهم من جراء تنفيذ العقود الإدارية.
- كذلك فإن العقد الإداري يرتب حقوقاً للمنتفعين في عقد التزام المرافق العامة تتبدى هذه الحقوق تارة في مواجهة الإدارة وأخرى في مواجهة الملتزم .
- ✦ فأبرز حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة تتمثل في حق مطالبة الإدارة بالتدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد ، وحق مقاضاة الإدارة لإلغاء قراراتها المخالفة للشروط اللائحية في عقد الالتزام وحق الاستفادة من

خدمات المرفق العام موضوع العقد ، وأخيراً مراعاتها مبدأ الشفافية والثقة في تعاملها مع الأفراد ، هذا المبدأ الذي يعد شرطاً للحوار والتشاور من أجل الارتقاء بمستوى الخدمات المقدمة من قبل المستخدمين ، إضافة لكونه أداة رقابية فعالة تمارس على الخدمات المقدمة من قبل المستخدمين.

✦ كما يقع على عاتق ملتزم المرافق العامة تقديم خدمات المرفق لجمهور المنتفعين لقاء رسوم يتقاضاها منهم ، مراعيًا في ذلك المبادئ التي تقوم عليها هذه الخدمات وهي مبدأ المساواة بين المنتفعين في تقديم الخدمات العامة ومبدأ الاستمرارية في تقديم هذه الخدمات كذلك مبدأ التكيف مع التطورات التكنولوجية ومع الحاجات العامة المتزايدة .

- أما بالنسبة للمتعاقد من الباطن فوجدنا أن المشرع الفرنسي قد منحه وسيلتين هامتين من وسائل الحماية ، تخوله الرجوع مباشرة على الإدارة لاقتضاء مقابل ما قام به من أعمال وذلك عن طريق: السداد المباشر والدعوى المباشرة ، إلى جانب الحقوق المقررة له سابقاً .

- وأخيراً وجدنا أن حق الغير في إبرام العقود الإدارية محمي في القانون الفرنسي بموجب عدة دعاوى وإن كان أغلبها نظري وغير فعال ، ولكن مع ظهور قرار مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠٠٧/٧/١٦ أعطي الغير المضرور الحق في الطعن مباشرة ضد العقد الإداري وذلك في حال انطوت إجراءات الإبرام على مخالفة لقواعد العلانية والمنافسة .

فالقرار أعطى الحق للمتنافسين المستبعدين نتيجة عدم مراعاة القواعد القانونية في إجراءات الإبرام الحق في الطعن بالعقد الذي تم إبرامه وذلك خلال شهرين من تاريخ توقيع العقد .

٨- وقد تجلت الالتزامات التي يفرضها العقد الإداري على الغير بعدد من الامتيازات الممنوحة للمتعاقد في مناسبة قيامه بأعباء تسيير المرفق العام:

- فوجدنا أن الإدارة قد تسمح للمتعاقد معها أن يمارس بعض اختصاصاتها التي تظهر فيها بمظهر السلطة العامة وذلك من أجل ضرورة سير المرفق العام بصفة منتظمة ودائمة من نحو نزاع الملكية ، وحق تحرير محاضر للمخالفات والحصول على مقابل من الأفراد ، كذلك استثنائه باستعمال جزء من المال العام .

- وإلى جانب بعض مظاهر السلطة العامة التي تمنحها الإدارة للمتعاقد معها والتي تشكل التزامات في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد ، يبرز امتياز التقاضي كقيد من القيود التي تفرضها العقود الإدارية على الغير ، وتقتصر هذه الميزة على عقدين فقط من العقود الإدارية وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي وهما : عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة . ففي حال تسبب الملتزم في إحداث ضرر للغير أثناء تنفيذ التزاماته العقدية يقاضى أمام القضاء الإداري لا العادي.

- وأخيراً قد يجد المشرع نفسه مضطراً للخروج عن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة نزولاً على مقتضيات المصلحة العامة ، فيسمح للإدارة في بعض الحالات أن تضمّن عقودها شروطاً تخول المتعاقد معها بعض الامتيازات التي لا تتماشى مع مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ولا مع قواعد المنافسة الحرة ، بهدف تشجيع الأفراد والشركات على التعاقد معها وبالتالي يراعي القضاء هذه الشروط .

المقترحات :

١- العمل على توسيع نطاق المسؤولية العقدية في مجال العقود الإدارية لتشمل كل من أسهم في تنفيذ العقد ، وبذلك يكون الغير كل من لم يشترك في عملية إبرام العقد أو تنفيذه .

٢- رأينا أن "الرابطة الدولية للفنيين والخبراء والباحثين" (AITEC) تقدمت باقتراح تضمن تمثيل المستخدمين وتمكينهم من المشاركة بشكل فعال في تحديد وتقييم جميع الخدمات العامة وذلك في جميع المناقشات العامة

التي تدور حول الخدمات العامة ، ونحن نقترح الأخذ به، ففضلاً عن كونه شرطاً للحوار والتشاور من أجل الارتقاء بمستوى الخدمات العامة المقدمة فإنه يعد أداة رقابة فعالة على الكيفية التي تقدم بها الخدمات أيضاً .

٣- أعطى المشرع الفرنسي المتعاقد من الباطن وسيلة هامة من وسائل الحماية وهي السداد المباشر ، لذا نلتزم من المشرع السوري الأخذ بهذه النظرية لأنها تعد من أهم الضمانات التي يمكن توفيرها للمتعاقد من الباطن.

٤- إذا كان المشرع الفرنسي قد راعى مبدأ الشفافية في إبرام العقد الإداري من خلال النص على وسائل الإنصاف ضد استعمال سلطة الإدارة التعاقدية متمثلة في الدعوى المستعجلة قبل التعاقد ودعوى الجماعات اللامركزية وأخيراً الدعوى بموجب قرار ٢٠٠٧/٧/١٦

والذي سمحت للمتنافس المستبعد نتيجة الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة الطعن مباشرة في العقد الإداري ، فإننا نلتزم من المشرع السوري الأخذ بهذه الدعاوى والنص عليها تحقيقاً لنزاهة المنافسة .

وبذلك نكون قد وصلنا إلى نهاية بحثنا الذي أرجو من الله تعالى أن يكون موفقاً إنه سبحانه ولي كل توفيق ، ولا أجد ختاماً له أفضل من قوله تعالى :

" رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ وأن أعمل

صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين " (١)

صدق الله العظيم

المراجع التي ثبت البحث بها

أولاً - المراجع باللغة العربية :

(١) الكتب والمؤلفات:

- ١- د.إبراهيم عبد العزيز شيحا - الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري -
الدار الجامعية - بيروت - ١٩٩٧.

- ٢- د. إبراهيم عبد العزيز شيجا - أموال الإدارة العامة - منشأة المعارف - الإسكندرية - بلا تاريخ.
- ٣- د. إبراهيم عساف - المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية الناتجة عن استعمال السيارة - مطابع فتى العرب - الطبعة الأولى - ١٩٥٩.
- ٤- د. إبراهيم محمد على - آثار العقود الإدارية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣ .
- ٥- د. أحمد الحجي الكردي - الأحوال الشخصية - منشورات جامعة دمشق - الطبعة السادسة - ١٩٩٨.
- ٦- آلان بينا بنت - القانون المدني - (الالتزامات) - ترجمة منصور القاضي - الطبعة الأولى - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - ٢٠٠٤.
- ٧- المستشار أنور طلبة - نزع الملكية للمنفعة العامة - المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية - ٢٠٠٤.
- ٨- د. جاك الحكيم - العقود الشائعة - عقد البيع - منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٩ .
- ٩- جاك غستان - كريستوف جامان - المطول في القانون المدني - مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي - المؤسسة الجامعية للدراسات - بيروت لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠٠١.
- ١٠- د. جورج شفيق ساري - القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢.
- ١١- القاضي حسن عامر - القوة الملزمة للعقد - مطبعة مصر - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٩٤٩.
- ١٢- د. حفيظة الحداد - العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠١.
- ١٣- د. حلمي الدقوقي - رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري - دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية - ١٩٨٩.

- ١٤- زهدي يكن- القانون الإداري - المكتبة العصرية - بيروت - لبنان - ١٩٥٥.
- ١٥- زين العابدين بركات - الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري - دار الفكر دمشق - ١٩٧٤ .
- ١٦- د.سعاد الشرقاوي - العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩.
- ١٧- د.سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - جامعة عين شمس القاهرة - الطبعة الخامسة - ١٩٩١ .
- ١٨- د.سليمان الطماوي - نشاط الإدارة - الطبعة الثانية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٥٤.
- ١٩- د. سليمان الطماوي - نشاط الإدارة - الطبعة الثانية - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٥٤.
- ٢٠- د.سليمان الطماوي- مبادئ القانون الإداري - أموال الدولة وامتيازاتها - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٩.
- ٢١- د.سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- الجزء الثاني- دار صادر بيروت- لبنان الطبعة الرابعة- ١٩٩٨.
- ٢٢- المستشار سمير صادق - العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا - الهيئة العامة المصرية للكتاب - ١٩٩١.
- ٢٣- د. سيد محمد السيد عمران- الأسس العامة في القانون- منشورات الحلبي- لبنان- الطبعة الأولى- ٢٠٠٢.
- ٢٤- صبحي سلوم - موسوعة العقود - الجزء الأول - دار الأنوار للطباعة - دمشق - ١٩٩١.
- ٢٥- د. عادل السيد محمد أبو الخير - البوليس الإداري - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠٨.

- ٢٦- د. عبد الإله الخاني - القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً - المجلد الرابع - العقود الإدارية - بلا دار نشر - ١٩٨٥.
- ٢٧- عبد الحي والي - أحكام العقد الإداري في القانون السوري - مطبعة سورية ١٩٨٢.
- ٢٨- عبد الحي والي - الإستملاك ونزع الملكية وأملاك الدولة في القانون السوري - المطبعة الجديدة - دمشق - ١٩٨٣.
- ٢٩- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الأول - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الثالثة - ١٩٩٨.
- ٣٠- د. عبد الرؤوف جابر - ضمانات المشاريع الإنشائية العامة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - ٢٠٠٣.
- ٣١- د. عبد الرحمن الصابوني - المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي - الجزء الثاني - الطبعة السادسة - منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٦.
- ٣٢- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - دارا لكتب القانونية - القاهرة - ٢٠٠٥.
- ٣٣- عبد العزيز فهمي - مدونة جوستينيان - عالم الكتب - القاهرة - ١٩٤٦.
- ٣٤- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف - حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير - بلا دار نشر - ٢٠٠٥.
- ٣٥- د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القانون الإداري - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت ١٩٩٣.
- ٣٦- د. عبد الغني بسيوني عبد الله - مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي - الطبعة الثانية - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠١.
- ٣٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - بلا دار نشر ١٩٨٤ -

- ٣٨- د. عبد الله طلبة - مبادئ القانون الإداري - الطبعة الثالثة - منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٧.
- ٣٩- د. عبد الله طلبة - د. نجم الأحمد - القانون الإداري - جامعة دمشق - ٢٠٠٥.
- ٤٠- د. عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت لبنان - الطبعة الأولى - ١٩٧١.
- ٤١- عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - الجزء الأول - دار المستقبل - دمشق سوريا - الطبعة الأولى - ١٩٩٢.
- ٤٢- عبد الهادي عباس - العقود الإدارية - الجزء الثاني - دار المستقبل - دمشق سوريا - الطبعة الأولى - ١٩٩٣.
- ٤٣- عبد الهادي عباس - الاختصاص القضائي وإشكالاته - الطبعة الأولى - دار الأنوار - دمشق - ١٩٨٣.
- ٤٤- د. عصام العسلي - الاستثمار العربي و الأجنبي - مطبعة طربين - دمشق ٢٠٠٢.
- ٤٥- د. علاء مصطفى أبو أحمد - التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٨.
- ٤٦- د. علي كنعان - المالية العامة والإصلاح المالي في سورية - دار الرضا للنشر - دمشق - ٢٠٠٣.
- ٤٧- عمار عوابدي - القانون الإداري - ديوان المطبوعات الجامعي - الجزائر ١٩٩٠.
- ٤٨- فائز الخوري - الحقوق الرومانية والفرنسية والإسلامية والإنكليزية - دراسة مقارنة - المطبعة الحديثة - دمشق - ١٩٢٤.
- ٤٩- د. فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - دار البشائر - ١٩٩٧.

- ٥٠- فتحة قرّة - أحكام الوضع الظاهر - منشأة دار المعارف - الإسكندرية - بلا تاريخ .
- ٥١- د. فوزي فرحات - المالية العامة - الطبعة الأولى - مؤسسة بحسون للطباعة ١٩٩١ .
- ٥٢- د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٤ .
- ٥٣- أ. د. محمد الحسين - د. مهدي نوح - العقود الإدارية - منشورات جامعة دمشق - ٢٠٠٦ .
- ٥٤- د. محمد الشحات الجندي - ضمان العقد في الشريعة الإسلامية دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠ .
- ٥٥- د. محمد أنس قاسم جعفر - العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ .
- ٥٦- د. محمد سعيد حسين أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة ٢٠٠٠ .
- ٥٧- د. محمد رفعت عبد الوهاب - مبادئ وأحكام القانون الإداري - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان ٢٠٠١ .
- ٥٨- د. محمد شفيق الجراح - الحقوق الرومانية - منشورات جامعة دمشق - الطبعة الخامسة - ١٩٩٧ .
- ٥٩- د. محمد عبد الحميد أبو زيد - الانتفاع بالمال العام - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٠ .
- ٦٠- د. محمد عبد الله - التصرف المجرد - منشورات جامعة دمشق - ١٩٩٨ .
- ٦١- محمد فؤاد عبد الباسط - أعمال السلطة الإدارية - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ١٩٨٩ .
- ٦٢- د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي - دار المعارف - القاهرة - ١٩٦٧ .

- ٦٣- د.محمد فؤاد مهنا - حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة
- معهد البحوث والدراسات العربية - جامعة الدول العربية - ١٩٧٠.
- ٦٤- د.محمد كامل ليلة - مبادئ القانون الإداري - الكتاب الأول - دار
النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٦ .
- ٦٥- د.محمد محمود عبد الله- المدخل إلى علم القانون- الطبعة السابعة-
منشورات جامعة دمشق- ١٩٩٧.
- ٦٦- د.محمد وحيد الدين سوار - الحقوق العينية الأصلية - الطبعة الثامنة -
مطبعة الداوودي - ٢٠٠٠.
- ٦٧- د.محمد وحيد الدين سوار - النظرية العامة للالتزام- الجزء الأول-
منشورات جامعة دمشق- الطبعة الثامنة - دمشق - ١٩٩٦.
- ٦٨- د.محمد وحيد الدين سوار- الحقوق العينية التبعية - منشورات جامعة
دمشق- الطبعة الثانية ١٩٩٨.
- ٦٩- د.محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية- مكتبة دار الثقافة للنشر
والتوزيع- عمان- الأردن الطبعة الثانية - ١٩٩٨.
- ٧٠- محمود زكي شمس - الأسس العامة للعقود الإدارية -ج٢- الطبعة الأولى
- مطبعة الداوودي - دمشق- ٢٠٠٠.
- ٧١- د.مصطفى البارودي - الوجيز في الحقوق الإدارية - مطبعة الجامعة
السورية - دمشق ١٩٥٦.
- ٧٢- د.مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام - الجزء الأول - جامعة دمشق
- ١٩٥٢ .
- ٧٣- مصطفى سعيد الخن- الكافي الوافي في أحوال الفقه الإسلامي- دار
الرسالة- بيروت لبنان- الطبعة الأولى- ٢٠٠٠.
- ٧٤- د.مصطفى عبد الجواد- مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة- دار
الكتب القانونية - مصر- ٢٠٠٥.

- ٧٥- د. مصطفى كمال طه - علي البارودي - القانون التجاري - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت لبنان - ٢٠٠١ .
- ٧٦- د. مصطفى مجدي هرجه - المشكلات العملية في قانون نزع الملكية للمنفعة العامة - دار الفكر والقانون - المنصورة - مصر ١٩٩٦ .
- ٧٧- د. هشام القاسم - محاضرات في القانون المدني - مصادر الالتزام - منشورات جامعة دمشق - الطبعة العاشرة - ١٩٩٨ .
- ٧٨- د. يوسف سعد الله الخوري - القانون الإداري - الجزء الثاني منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٩٩٨ .

(٢) الرسائل :

- ١- د. أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٣ .
- ٢- د. أحمد فتح الله أبو سكينه - النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري - رسالة دكتوراه جامعة عين شمس - القاهرة - بلا تاريخ .
- ٣- د. حسن الخيمي - آثار عقد التزام المرافق العامة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ٢٠٠١ .
- ٤- د. حسني درويش عبد الحميد نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - رسالة دكتوراه - دار الفكر العربي القاهرة - ١٩٨١ .

- ٥- د.زكي النجار - نظرية البطلان في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة - ١٩٨١.
- ٦- د. عاطف الشهاوي - القرارات الإدارية القابلة للانفصال في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ٢٠٠٧.
- ٧- د.عبد الباسط جميعي - نظرية الأوضاع الظاهرة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٥٥ .
- ٨- د.عبد العزيز بن حمد المنيف - عقود البناء والتشغيل والإعارة - في المرافق العامة - رسالة دكتوراه - جامعة الملك سعود - الرياض - ١٤٢٧هـجري .
- ٩- د.مجدي عز الدين يوسف - الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي - رسالة دكتوراه - بلا دار نشر عام ١٩٩٣.
- ١٠- د.محمد عبد المجيد إسماعيل - عقود الأشغال الدولية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - بني سويف ٢٠٠٠.
- ١١- د.مهند نوح- الإيجاب والقبول في العقد الإداري - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة - ٢٠٠١.
- ١٢- د.نجم الأحمد - التعاقد من الباطن في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة - ٢٠٠١.

- ١- جاكين مورون- " النموذج الفرنسي للعدالة الإدارية " - ترجمة د. رجب محمود طاجن - المجلة القانونية والقضائية - قطر - العدد الأول - السنة الأولى - ٢٠٠٧ .
- ٢- د. خليل سعيد أبو رجيلي - عقود الأشغال والامتيازات العامة - مجلة القضاء الإداري في لبنان - المجلد الأول - العدد التاسع - ١٩٩٦ .
- ٣- الأستاذ سليمان عطية - دور المراقب المالي في الشركات التابعة للشركة السعودية- مجلة جامعة الملك سعود- المجلد الثالث - علوم إدارية - ١٩٩١ .
- ٤- د. عبد الحميد كمال حشيش - القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة - الجزء الأول - مجلة مصر المعاصرة السنة ٦٦ العدد ٣٦٢ أكتوبر ١٩٧٥ .
- ٥- د. عبد الحميد كمال حشيش- القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة - الجزء الثاني - مجلة مصر المعاصرة- السنة ٦٧ العدد ٣٦٣ يناير ١٩٧٦ .
- ٦- د. عدنان غانم- دور الاستثمارات الأجنبية في التنمية الاقتصادية - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - مجلد ١٩- العدد الثاني ٢٠٠٣ .
- ٧- د. مازن ليلو راضي بعنوان الوجيز في القانون الإداري منشور في الصفحة الرئيسية للأكاديمية العربية المفتوحة: www.ao-academy.org 2008
- ٨- د. محمد الحسين - " عقد الأشغال العامة " - ٢٠٠٥ على الموقع الإلكتروني: www.Arab-ency.com . - - .

٩- المحامي منصور عبد العزيز - عقد التوريد المعلوماتي - على الموقع

الالكتروني : <http://www.damascusbar> - 2006

١٠- د.نوفل علي عبد الله الصفو - تكييف حق الدولة على الأموال العامة

- مقال منشور في مجلة الأمن والقانون تصدر عن أكاديمية شرطة دبي السنة

١٢ العدد الأول ٢٠٠٤.

١١- نقلاً عن زوريخ - رويترز - الصحيفة الاقتصادية الالكترونية " مراكز

الإعفاءات الضريبية تستنزف إيرادات الدول الفقيرة " المملكة العربية السعودية -

الرياض - ٣٠/١١/ ٢٠٠٨ العدد ٥٥٢٩ على الموقع الالكتروني:

www.aleqt.com/2008/11/30/article_169432.h

٤)المجلات والدوريات

١- مجلة الأمن والقانون تصدر عن أكاديمية شرطة دبي.

٢- مجلة القانون العام.

٣- مجلة القضاء الإداري في لبنان .

٤- مجلة القضاء والقانون المقارن.

٥- المجلة القانونية والقضائية (صادرة عن مركز الدراسات القانونية والقضائية في

وزارة العدل في دولة قطر)

- ٦- مجلة المحامون.
- ٧- مجلة جامعة الملك سعود.
- ٨- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.
- ٩- مجلة مصر المعاصرة.

(٥) مجموعات الأحكام القضائية :

- ١- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - مجموعة المبادئ التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري لعام ١٩٦٨.
- ٢- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - خلاصة آراء القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري لعام ١٩٧٠.
- ٣- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري للأعوام (١٩٩١-١٩٩٥).
- ٤- آراء غير منشورة لقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠٠٧.
- ٥- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام (١٩٥٩-١٩٦٤).
- ٦- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية في الأعوام (١٩٦٥-١٩٦٦-١٩٧١-١٩٧٢-١٩٧٥-١٩٧٦-١٩٧٧-١٩٧٨-١٩٨٨-١٩٨٤-١٩٩٠-١٩٩١-١٩٩٢-١٩٩٣-١٩٩٤)

- ٧- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام (٢٠٠١-٢٠٠٤)
- ٨- أحكام غير منشورة للمحكمة الإدارية العليا السورية لعام ٢٠٠٧.
- ٩- مجلس الدولة السوري - المكتب الفني - مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري السوري للأعوام (١٩٧١ - ١٩٧٣ - ١٩٧٦)
- ١٠- أحكام غير منشورة لمحكمة القضاء الإداري السوري لعامي ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨ .
- ١١- مجموعة المبادئ التي قررتها الغرفة المدنية لمحكمة النقض الأعوام (١٩٥٩-١٩٦٣)
- ١٢- المبادئ القانونية التي قررتها الغرف المدنية في محكمة النقض السورية من عام (١٩٨٠-١٩٩٠).
- ١٣- موسوعة القضاء المدني لاجتهادات محكمة النقض السورية بين عامي (١٩٩١-٢٠٠٠).
- ١٤- مصباح نوري المهاييني - اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً ١٩٥٩ - ٢٠٠٥ - مؤسسة النوري - ص ٢٦٥.
- ١٥- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام ٢٠٠٣ على الموقع الالكتروني : موسوعة الأحكام المصرية WWW.mohamoon.ju.Com

٦) المواقع الالكترونية :

١- جريدة الأهرام الاقتصادي: <http://ik.ahram.org>

٢- موسوعة الأحكام المصرية <http://www.mohamoon-ju.com>:

٣- نقابة المحامين فرع دمشق : <http://www.damascusbar>

٤- الأكاديمية العربية المفتوحة : www.ao-academy.org

٥- الجريدة الرسمية في مصر :

www.ahrla.grg/elmarsad-ar/244th/tshreat.htm

٦- الموسوعة العربية : www.Arab . ency . com

٧- الصحيفة الاقتصادية الالكترونية السعودية:

www.aleqt.com/2008/11/30/article_169432.html

(٨) القوانين :

- ١- القانون رقم ٦٠ تاريخ ١٩٧٩/٧/٢٢ قانون التوسع العمراني في سوريا المعدل بالقانون رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٠.
- ٢- قانون الأحوال الشخصية السوري .
- ٣- قانون الإدارة المحلية السوري رقم ٤٣ لعام ١٩٧٩.
- ٤- قانون التجارة السوري الصادر في ٢٠٠٧/١٢/٩ .
- ٥- القانون الخاص بعقود ومبايعات ومبيعات وزارة الدفاع السوري رقم ٨/ لعام ٢٠٠٥.
- ٦- القانون السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة .
- ٧- قانون الشركات السوري رقم ٣/ الصادر في ٢٠٠٨ / ٣/١٣ .

- ٨- قانون الطوارئ السوري رقم ٥١ لعام ١٩٦٢ والمعدل بالمرسوم رقم العام ١٩٦٣.
- ٩- قانون العمل الموحد السوري رقم ٩١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠٠١.
- ١٠- القانون المدني السوري .
- ١١- قانون مجلس الدولة السوري رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩ وتعديلاته .
- ١٢- المرسوم السوري رقم (٤٥٠) تاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود.
- ١٣- القانون المدني المصري .
- ١٤- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.
- ١٥- القانون رقم ٢/ لعام ١٩٩٧ قانون الإعفاء الضريبي المصري.
- ١٦- القانون رقم ١٠ لعام ١٩٩٠ بشأن نزاع ملكية العقارات للمنفعة العامة في مصر .
- ١٧- القانون رقم ٥٩ لعام ١٩٧٩ بشأن إنشاء المجتمعات العمرانية الجديدة في مصر .

ثانياً - المراجع باللغة الفرنسية :

1- Livres et littérature:

- 1- A.E.Giffard- précis de Droit Romain , Paris , 1933.
- 2- Chapus .R . droit administratif général , Montchrestien(Delta), Paris ,ed9,T1,1995.
- 3- Chapus .R . droit administratif général , Montchrestien(Delta), Paris ,ed8,T2,1995.
- 4- Guclielmi .G.J.et Koubi .G. droit du service public ,Montchrestien Paris 2000.

- 5- Jacqu Eline , Morand , Devillen –coursde droit administratif , Montchrestien , 6ed E.J.A.1999.
- 6- Jean Rivero , Jean Waline – Droit administratif – DALLOZ – 2004.
- 7- Jeze . G - les principes généraux de droit administratif , Paris, Marce ciara libraire, 1930 .
- 8- -Laubadere .A - Venezia .J . C et Gademet .Y - traité de droit administratif -E.J.A. Paris 1999.
- 9- Laubadere.A - Delvolve.p et Moderne.F . traité des contrats administratif s, L.G.D.J , Paris , T 1, 1983.
- 10- Laubadere.A - Delvolve.p et Moderne.F . traité des contrats administratif s, L.G.D.J , Paris ,T2, 1984.
- 11- Laubadere.A – traité théorique et pratique des contrats administratifs , L.G.D.J, paris ,1956.
- 12- Richer. L - Droit des contrats administratifs ,L.G.D.J, Paris,2004.
- 13- Waline .M. droit administratif,7 éditions librairie Sirey ,Paris 1957.

2- Les Thèses:

- 1- Badaoui .S. Le fait de prince dans les contrats administratif L .G .D.J, Paris ,1955 .
- 2- Pequignot .G . Théorie générale du contrat administratif , Pendon ,1945.

3- Magazines et revues:

- 1- La Semaine Juridique – Juris Classeur.
- 2- Droite de lenvironnement.

3-Recueil .Dalloz .

3- Articles:

1. (AITEC) ,La représentation des salariés dans les service
[www.publics",globenet.org/aitec/chantiers/sp/represen.htm](http://www.publics)
2. Droit de la construction, Cabinet Walter & Gury -
Actualité, www.walter-gury.avocat.fr.
3. La loi de finances-Droite de lenvironnement 1-2/2008-18
annee- N°155
4. Chapus .R , Contrat administratif en France ,WWW.fr.wikipedia.org. 2009.
5. Chapus .R ,La valeur juridique du principe de l'auto-
défense, <http://ar.jurispedia.org>
6. christian Autexier ,CONTRATS ADMINISTRATIF ,
<http://autexien.jura.uni.sarland.d/skipteca.htm>.
7. Clause de non-concurrence en France-4/10/2008-
http://fr.wikipedia.org/wiki/Clause_de_non-concurrence.
8. Fanny PETIT , Quels principes pour les services
publics ?,[WWW. base.d-p-h.info/fr/](http://WWW.base.d-p-h.info/fr/) 2005
9. François Sabarly , Quels sont les droits d'un sous-traitant
?2006, www.lentreprise.com/3/5/2/dossier/10011/٠٠-k
10. Gilles CARNOY, Action directe : pas de condition de
forme www.businessandlaw.be/article964.html-

11. Jean-François TRIBILLON, Gestion des services publics en France : les différentes modalités juridiques, 2005, WWW. *base.d-p-Hh.info/fr/fiches/dph/fiche-dph-6690.html*
12. Jeannot Gilles, l'usager des services publics , 1998 , WWW. *latts.cnrs.fr/site/tele/rep1/usagerdef.doc*
13. Laurent .v , L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative- *www.lavoisier.fr.notice/fr.2005 .*
14. Thomas Naudin, La théorie du patrimoine à l'épreuve de la fiducie, 2009 , *www.memoireonline.com/11/07/707/m_la-theorie-du-patrimoine-a-l-epreuve.*
15. Par GF - Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif-, 28/3/2005 *www.valhalla.fr/2005/03/28/recours-pour-exces-de-pouvoir-et-contrat-administratif*
16. Charles ROMINGER - Contrat administratif - Recours des parties évincées- *www.advocatus.fr/news/pivot/entry.php?id=90*

٥- المواقع الرسمية :

- ١- بوابة القانون الفرنسي : *http://www.Droit.org*
- ٢- مجلس الدولة الفرنسي : *http://www.conseil-etat.fr/ce*

٣- تشريع فرنسا: <http://www.legifrance.gouv.fr>

٤- محكمة النقض الفرنسية:

<http://www.courdecassation.fr>

٥- نقابة محامي فرنسا : [http:// www.advocatus.fr](http://www.advocatus.fr)

٦- المواقع الخاصة :

- 1- <http://www.10.finances.gouv.fr>.
- 2- <http://www.aboulo.com..>
- 3- <http://www.forums.futura,scien>.
- 4- [http://www.Amazon . fr.com](http://www.Amazon.fr.com) .
- 5- <http://www.echo.levillage.org> .
- 6- <http://www.academon.fr> .
- 7- <http://www.aleqt.com/2008/11/30/article>.
- 8- <http://www.amf29.asso.fr>.
- 9- <http://www.anena.org/jur>.
- 10- <http://www.autexier.jura.uni>
- 11- [http://www.base .d -p-h .info/fr/fiches/ dph /fiche](http://www.base.d-p-h.info/fr/fiches/dph/fiche)
- 12- <http://www.btp-banque.fr>.
- 13- <http://www.contenus-e>
- 14- <http://www.contratsetpartenariats.com>.
- 15- <http://www.equipement.gouv.fr>.
- 16- <http://www.erdfdistribution.fr/>
- 17- <http://www.globenet.org/aitec/chantiers/sp/represent.htm>
- 18- <http://www.homekw.com>
- 19- <http://www.ipam.@aitec>

- 20-<http://www.latts. Cnrs .fr>.
- 21-<http://www.lawperationnel.com>.
- 22-<http://www.lentreprise.com>.
- 23-<http://www.ligne.editionsdumoniteur.com>.
- 24-<http://www.memoireonline.com>.
- 25-<http://www.saarland.de/skripteca>
- 26-<http://www.senat.fr/rap>
- 27-<http://www.somni.blog.lemonde.fr>
- 28-<http:// www.valhalla.fr>
- 29-<http://www.walter-gury.avocat.fr>
- 30-<http://wwwar.jurispedia.org>.
- 31-http://wwwfr.wikipedia.org/wiki/Clause_de_non-concurrence.

٧- القوانين :

- ١- قانون الاستملاك للمصلحة العامة الصادر في ١٤/٤/١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٢٧٦ تاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٢.
- ٢- قانون البلديات لكاليديونيا الجديدة. المعدل بالمرسوم رقم ١١٤٣ تاريخ ٢٧/٢٠٠٧.
- ٣- قانون التعاقد من الباطن رقم ١٣٣٤ الصادر بتاريخ ٣/١٢/١٩٧٥. والمعدل بموجب: القانون رقم ٤٧٥/١٩٩٤ كذلك القانون رقم ٦٠٩ / ١٩٩٦ والمرسوم رقم ٩١٦/٢٠٠٠ والقانون رقم ١١٦٨ / ٢٠٠١ وأخيراً القانون رقم ٨٤٥ / ٢٠٠٥.
- ٤- قانون الدومين العام الفرنسي .

- ٥- قانون الضرائب العامة في فرنسا .
- ٦- قانون العدالة الإدارية .
- ٧- قانون الكهرباء الفرنسي الصادر في ١٠/٢/٢٠٠٠.
- ٨- القانون المدني الفرنسي .
- ٩- قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٩٧٥ تاريخ ١/٨/٢٠٠٦.
- ١٠- القانون رقم ٢١٣ الخاص بحقوق وحريات المناطق والبلديات والإدارات الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢ والمعدل بموجب عدة قوانين وهي القانون رقم ١٩٨٢ / ٦٢٣ و القانون رقم ٨ / ١٩٨٣ والقانون رقم ١٩٩٤/٥٠٤ وأخيراً القانون رقم ١١٥ / ١٩٩٥.

الفهرس

المقدمة	١١.....
الفصل التمهيدي : قوة العقد الملزمة بالنسبة للأشخاص.....	١٥
المبحث الأول : المتعاقدان والغير بالنسبة للعقد	١٩
المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف والدائنين.....	٢٠
أولاً : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام	٢٠
ثانياً : أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص	٢٩
ثالثاً : أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين	٣٥
المطلب الثاني : مفهوم الغير بالنسبة إلى العقد.....	٤٠

٤٠	أولاً- تحديد الغير في نطاق العقود المدنية
٤٣	ثانياً - تحديد الغير في العقود الإدارية
٤٧	المبحث الثاني : الأثر النسبي للعقد واستثناءاته
٤٨	المطلب الأول : الأثر النسبي للعقد
٤٩	أولاً : شخصية العقود الرومانية
٤٩	ثانياً : شكلية العقود الرومانية
٥٣	المطلب الثاني : استثناءات مبدأ الأثر النسبي للعقد
٥٤	أولاً : الاستثناءات القانونية
٥٩	ثانياً : الاستثناءات العقدية
	ثالثاً : مدى إمكانية تطبيق الأثر النسبي للعقد في مجال العقود
٦٦	الإدارية

الباب الأول :الجانب التأصيلي

٧٣	الأسس العامة التي تحكم الآثار المتولدة عن العقود الإدارية
٧٥	الفصل الأول: القواعد القانونية التي تحكم آثار العقد الإداري
٧٧	المبحث الأول : فكرة الرضائية والقوة الملزمة للعقد
٧٦	المطلب الأول :الرضائية ومدلول النية المشتركة للطرفين

أولاً: الرضائية	٧٨
ثانياً : النية المشتركة	٨٢
المطلب الثاني :العقد الإداري شريعة المتعاقدين.....	٨٦
المبحث الثاني: فكرة المرفق العام وأثرها على القواعد التي تحكم تنفيذ	
العقد الإداري.....	٩٣
المطلب الأول: سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه	٩٥
المطلب الثاني:سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية	١١١
أولاً- العقوبات المالية	١١٢
ثانياً- الجزاءات غير المالية أو الضاغطة	١٢٦
ثالثاً - إنهاء العقد.....	١٤٠
رابعاً - الجزاءات الجنائية.....	١٥٢
المطلب الثالث: سلطة إنهاء العقد من جانب الإدارة دون خطأ	
من المتعاقدين.....	١٥٧
أولاً- الاسترداد الاتفاقي	١٦٠
ثانياً- الاسترداد غير التعاقدية	١٦٢

١٦٣	 ثالثاً- الاسترداد القانوني
١٦٦	 المطلب الرابع: سلطة التعديل الانفرادي
١٦٨	 أولاً: سلطة التعديل الانفرادي من منظور الفقه والقضاء
١٧٩	 ثانياً - نطاق سلطة التعديل
١٨٥	 ثالثاً - قيود سلطة التعديل الانفرادي
١٩٣	 المبحث الثالث: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري
١٩٤	 المطلب الأول : ماهية التوازن المالي
١٩٥	 أولاً : الطبيعة القانونية لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري
١٩٩	 ثانياً : أسباب اختلال التوازن المالي للعقد
٢٠٢	 المطلب الثاني : حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد
٢٠٣	 أولاً: إعمال نظرية فعل الأمير لإعادة التوازن المالي للعقد
٢٠٨	 ثانياً :نظرية الظروف الطارئة
٢١٦	 ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
	الفصل الثاني: الأساس القانوني لامتناد آثار العقود الإدارية إلى
٢٢٣	 الغير

المبحث الأول: الأساس القانوني المستعار من القانون الخاص

- ٢٢٥(الاشتراط لمصلحة الغير)
- ٢٢٦ المطلب الأول مفهوم قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
- ٢٢٧ أولاً- شروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير
- ٢٢٩ ثانياً - آثار الاشتراط لمصلحة الغير
- ٢٣٢ المطلب الثاني :إمكانية إعمال هذه النظرية في مجال العقود الإدارية.....
- ٢٣٧ المبحث الثاني : الأساس القانوني المستمد من القانون العام
- ٢٣٨ المطلب الأول : الطبيعة الذاتية للعقد تبرر هذا الامتداد
- ٢٣٩ أولاً : ذاتية العقد ترجع لكون أحد أطرافه شخصاً عاماً.....
- ٢٤٧ ثانياً :هدف العقد في تحقيق المصلحة العامة يبرز طبيعته الذاتية.....
- ٢٥٤ ثالثاً: دور الشروط الاستثنائية في إبراز طبيعة العقد الذاتية
- المطلب الثاني : امتداد آثار العقد الإداري يشكل حالات استثنائية لا مبدأ
٢٦٠ عاماً.....
- ٢٦١ أولاً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الالتزام بالنسبة إلى الغير.....
- ٢٦٩ ثانياً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الأشغال بالنسبة إلى الغير.....
- ٢٧٧ ثالثاً : الأساس القانوني لامتداد آثار عقود الجماعات المحلية إلى الغير.....

الباب الثاني : الجانب العملي

- ٢٨١ صور امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير
- ٢٨٣ الفصل الأول : تحميل الغير بعض الالتزامات
- المبحث الأول : تفويض المتعاقد مع الإدارة ممارسة بعض السلطات قبل
الغير ٢٨٥
- المطلب الأول : حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي من
الأفراد ٢٨٧
- أولاً: الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم ٢٨٨
- ثانياً : الأحكام المنظمة للرسم ٢٩١
- المطلب الثاني : استثناء المتعاقد مع الإدارة باستعمال المال العام ٢٩٧
- المطلب الثالث : منح المتعاقد استعمال سلطة الضبط الإداري ٣٠٥
- المطلب الرابع : تحويل المتعاقد سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة ٣١١
- أولاً : نزع الملكية للمنفعة العامة (الإستلاك) ٣١٣
- ثانياً : الاستيلاء المؤقت على العقارات ٣١٧
- المبحث الثاني : امتياز التقاضي ٣٢١
- المطلب الأول: امتياز التقاضي في عقود الالتزام ٣٢٣

أولاً - مقاضاة الملتزم من قبل الأشخاص طالبي الانتفاع بخدمات المرفق

كذلك المنتفعين بخدمات المرفق..... ٣٢٥

ثانياً- مقاضاة الملتزم من قبل الأشخاص غير المنتفعين بخدمات المرفق العام

ولم يطلبوا الانتفاع بها..... ٣٢٧

المطلب الثاني : امتياز التقاضي في عقود الأشغال العامة ٣٢٩

أولاً - الأضرار التي تحدث للغير..... ٣٣٢

ثانياً - الأضرار التي تحدث للمستفيدين من الأشغال العامة..... ٣٣٣

ثالثاً- الأضرار التي تحدث لمنفذي الأشغال العامة..... ٣٣٤

المبحث الثالث : استثناء المتعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف

العامة..... ٣٣٧

المطلب الأول : شرط عدم المنافسة ٣٣٩

المطلب الثاني : شرط الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم ٣١

الفصل الثاني : منح الغير بعض الحقوق..... ٣٤٩

المبحث الأول : الحقوق التي يستمدها الغير من النصوص المدرجة لصالحه

في العقد..... ٣٥١

المطلب الأول : النصوص المدرجة في العقد لصالح العمال ٣٥٢

المطلب الثاني : النصوص المدرجة في العقد لصالح الملاك	
المجاورين.....	٣٥٤
المبحث الثاني : حقوق المنتفعين في عقد التزام المرافق العامة	٣٥٧
المطلب الأول : حقوق المنتفعين في مواجهة الإدارة.....	٣٥٨
أولاً: حق مطالبة الإدارة بالتدخل لدى الملتزم لاحترام شروط العقد	٣٦٠
ثانياً: حق مقاضاة الإدارة لإلغاء قراراتها المخالفة للشروط اللائحية في عقد	
الالتزام.....	٣٦٣
ثالثاً :حق الاستفادة من خدمات المرفق العام موضوع العقد.....	٣٦٥
رابعاً: مراعاة مبدأ الشفافية والنقّة	٣٦٦
المطلب الثاني : حقوق المنتفعين في مواجهة الملتزم	٣٦٨
أولاً : التكيف القانوني للعلاقة بين المنتفع و الملتزم	٣٦٨
ثانياً: واجبات الملتزم تجاه المنتفعين	٣٧٢
ثالثاً مقاضاة الملتزم	٣٧٧
المبحث الثالث: حقوق المفاوض من الباطن	٣٨١
المطلب الأول : حق المتعاقد من الباطن وفق امتياز Pluviôse	٣٨٣
أولاً : شروط استعمال امتياز Pluviôse٢٦	٣٨٤
ثانياً :آثار الامتياز.....	٣٨٦

المطلب الثاني : حق المتعاقد من الباطن في الدعوى غير

المباشرة ٣٨٧

أولاً - الشروط الموضوعية للدعوى غير المباشرة ٣٨٧

ثانياً: الشروط الإجرائية ٣٨٩

ثالثاً : آثار الدعوى غير المباشرة ٣٩٠

المطلب الثالث : حق المتعاقد من الباطن في السداد المباشر ٣٩٢

المطلب الرابع : حق المتعاقد من الباطن في الدعوى المباشرة ٣٩٥

المبحث الرابع : حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون ٤٠١

المطلب الأول : مراعاة الإطار الإجرائي المتبع في التعاقد ٤٠١

أولاً- الحصول على استشارة سابقة أو التصريح بالتعاقد ٤٠٣

ثانياً - مراعاة الإجراءات المتعلقة بأسلوب التعاقد ٤١٣

المطلب الثاني : وسائل حماية الغير لضمان قانونية الإبرام في العقود

الإدارية ٤٢١

أولاً : الدعوى المستعجلة قبل التعاقد ٤٢٢

ثانياً: دعوى الإلغاء الخاصة ٤٢٩

ثالثاً: دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ٤٣٥

الخاتمة..... ٤٤٣

المراجع ٤٥٣

الفهرس..... ٤٧٣