جامعة حلوان
كلية الحقوق
قسم القانون العام – الدراسات العليا

بحث بعنوان

ضوابط تمييز العقد الداري

مقدمة من الباحثة

دنيا محمد عبد العظيم حبيب

القاهرة 2023

ضوابط تمييز العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

يتماثل العقد الإداري مع غيره من سائر العقود في كونه تصرفاً رضائياً هدفه ترتيب أثر قانوني مشروع، ومن هنا فإنه تسري بشأنه كافة أركان وشروط صحة وانعقاد العقود الأخرى بصفة عامة، وهى التراضي بمعنى تلاقي الإرادات المتمتع أصحابها بالأهلية وسلامتها من العيوب ممن ناحية أخرى، فضلا عن المحل أو الأثر القانوني المشروع والغاية المنشودة من ورائه والمحققة للمصالح المتقابلة لطرفيه، غير أن للصفة الإدارية المميزة لهذا العقد أثرها في سريان طائفة أخرى ومكملة لما سبق من قواعد وشروط وأركان عامة[1].

وتبدو أهمية تحديد عناصر العقد الإداري إلى أن هذه العناصر تشكل معياراً يميزه عن العقود المدنية، ويترتب على هذا تحديد جهة القضاء المختصة بنظر ما قد يثور بصدد العقد من نزاع حيث يختص القضاء الإداري وحده بنظر المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد الإداري، وذلك وفقاً لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الحالي، والتي أحالت الاختصاص بالفصل في المنازعات الخاصة بأي عقد إداري إلى محاكم مجلس الدولة دون غيرها وذلك لما للتمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية من أهمية في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له العقد[2].

وكان نتيجة إلى ما انتهى إليه التطور السابق أن شغل الفقه والقضاء بالبحث عن ضابط دقيق لتمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية، وكل ما يثير اهتمامنا هو تحديد وبيان عناصر العقد الإداري، مما يترتب عليه بيان جهة القضاء المختصة بنظر ما قد يثور من منازعات بصدد تنفيذ العقد.

---

(1) د/ مصطفى محمود عفيفي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مقرر على طلبة الدراسات العليا، دبلوم العلوم الإدارية، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2006، ص 84.

(2) د/ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة روح القوانين، العدد السابع والأربعون، يناير 2009، حقوق طنطا، ص 491؛ د/ احمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1996، ص5 وما بعدها.

ومن المستقر عليه القضاء الإداري في تعريف العقد الإداري بأنه "هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة وتسيير مرفق عام وأن تظهر فيه نية الشخص المعنوي في الأخذ بأسلوب القانون العام في العقد، وذلك من خلال تضمينه شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في العقود المدنية التي يتم عقدها في ظل أحكام القانون الخاص[3].

ومن ثم فإن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا انطوى على عناصر ثلاثة تكميلية فيما بينها، بحيث لو تخلف أحدهما انحصرت عنه صفته الإدارية، وأول تلك العناصر أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وثانيها أن تتبع الإدارة بشأنه أسلوب القانون العام، وأخيراً أن يتصل العقد بمرفق عام[4].

وبناءاً على ما سبق فإننا سوف نستعرض ضوابط تمييز العقد الإدارية في كل من أحكام القضاء الفرنسي وأحكام القضاء المصري في الفروع التالية:

الفرع الأول: الاتجاهات الحديثة المتعلقة بالمعيار العضوي.

الفرع الثاني: الاتجاهات الحديثة المتعلقة بالمعيار الموضوعي.

الفرع الأول

الاتجاهات الحديثة المتعلقة بالمعيار العضوي

وجدير بالذكر أن العقود المبرمة عن طريق الأشخاص العامة سواء مع الأفراد العاديين أو بين الأشخاص العامة فيما بينهم حيث تنقسم بصفة عامة إلى نوعين، أولاً العقود الإدارية، والعقود القانون العام أو القانون الخاص للإدارة، وينطوي هذا التمييز على فائدة مزدوجة ألا وهى الاختصاص القضائي بالفصل

---

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (7) لسنة 16ق تناع، جلسة 1999/2/6، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (1969 – 2009)، ص 1269.

(4) د/ طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 2010، ص 17.

في كل نوع من أنواع عقود الإدارة ، ومن حيث أيضاً قواعد الموضوع القابلة للتطبيق عليها.

ولا يعد العقد من قبيل العقود الإدارية، مالم يكن أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام[5]، وتأكيداً لهذا الشرط ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها إلى أنه "حتى يعد عقداً إدارياً يشترط أن يكون أحد طرفي التعاقد من أشخاص القانون العام"[6].

وعليه فإن الشرط الأول في تمييز العقود الإدارية هو كون الإدارة طرفاً فيها، وهو أمر طبيعي لأن العقود الإدارية طائفة من عقود الإدارة، ومن ثم فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام، فإنه لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً، فإذا فقد العقد هذا الشرط صار العقد من عقود القانون الخاص[7].

فيعرف هذا الشرط بالمعيار العضوي (الثابت)، لأنه يرتكن في تمييز العقد الإداري على صفة أطراف العقد[8]، لأن هذا الشرط ثابت لا يتغير في العقود الإدارية[9]، ويقصد بهذا أن تكون أحد الأشخاص المتعاقدة من أشخاص القانون

)5(د/ أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 68؛ د/ عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، بدون ذكر ناشر، 1994، ص 36.

)6(حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 4151 لسنة 38ق عليا، جلسة 2004/9/4؛ وحكمها الصادر في ذات المعنى في الطعن رقم 11730 لسنة 54ق عليا، جلسة 2012/5/29؛ وحكمها أيضاً في الطعن رقم 27402 لسنة 55ق عليا، جلسة 2015/3/24.

)7(د/ يوسف بن مصبح بن سعيد، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية، دراسة مقارنة، 2019، دار الجامعة الجديدة، ص 36.

)8(د/ عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 34.

)9(د/ ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987، ص 65.

العام[10].

الوضع في فرنسا:

لا يمكن للعقد أن يكون إدارياً إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام[11]، فلا يمكن اعتبار العقد إدارياً إلا إذا كانت الإدارة طرفاً فيه[12].

وتماشياً مع ذلك فإن العقود الإدارية تعد طائفة من العقود التي تبرمها الجهة الإدارية والتي تخضع لقواعد القانون العام، وعلى عكس ذلك فإن العقود التي يتم إبرامها بين شخصين من أشخاص القانون الخاص تعد عقود مدنية، وبالتالي تختص بها القضاء العادي[13].

والدليل على ذلك أن الاتفاقات التي تبرم عن طريق الصناديق الإقليمية للضمان الاجتماعي والتي تنسب لمنظمات القانون الخاص مع نقابات الممارسين تعد من قبيل عقود القانون الخاص[14].

وبناءاً على ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي كان له اجتهادات كثيرة للوقوف على معيار مميز يمكن الاعتداد به كعنصر مميز للعقد الإداري. ففي بادئ الأمر

([10]) Nadine Poulet- Gibot Leclerc, Droit Administratif (sources, moyens, contrôes), Bréal, Paris, 3é medition, 2007, 130.

([11]) L. Richer, Droit des contrats administratfs, L.G.D.J., Paris 9 éme edition 2014, P. 106; G. Peiser, Droit administratif général, 26 éme éd, Dalloz, 2014, P. 82.
L'un des cocontractants doit être une personne publique. Un contrat entre deux particuliers n'est jamais un contrat administratif a moins que l'un des particuliers n'agisse pour le compte d'une personne publique.

([12]) C.E. 20 décembre, 1961, sté Autoroute de L'Estéretl, A.J.D.A., 1962, P. 326' C.E. 13 décembre, 1963, syndicat des praticiens de l'art dentaire du department du Nord, A.J., 1964, 11, No. 8.

([13]) C.E. 13 déc 1963, syndicates des praticiens de 1, art, dentaire du department du Nord C/Merin, D, 1963, 55, concl. Briababt.

([14]) د/ عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1997، ص 421؛ يراجع أيضا د/ عمر حلمي، مرجع سابق، ص 441؛ د/ جمال عباس عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص 48.

كان مجلس الدولة الفرنسي يعتمد على معيار السلطة العامة كما أوضحنا سلفاً وذلك كان الهدف منه هو تحديد وتوزيع الاختصاص بين محاكم القضاء الإداري والقضاء العادي فكانت الأعمال المتعلقة بأعمال سلطة يختص بها القضاء الإداري دون غيره، بينما كنا نجد أن التصرفات العادية يختص بها القضاء العادي وهى ما أطلق عليها من جانب الفقهاء بالعقود الإدارية بتحديد القانون.

وتأسيساً على ما سبق فإنه سوف نقوم ببيان العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام أولاً ثم العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص ثانياً، وأخيراً العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص.

وسوف نتناول كل عنصر من هذه العناصر وذلك للوقوف على الإشكاليات المصاحبة للتطبيق العملي.

أولا: العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام:

يستند هذا العنصر إلى صفة المتعاقدين، فالعقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة ومن ثم يتعين بداهة أن يكون أحد أطراف هذا العقد شخصاً معنوياً أي جهة إدارية، ويقصد بالأشخاص المعنوية العامة في هذا الصدد الأشخاص العامة الإقليمية وهى: الدولة – المحافظة – المركز – المدينة – الحي – القرية)، وأيضاً الأشخاص العامة المصلحية (الهيئات العامة) [15].

وفي فرنسا: كانت محكمة التنازع الفرنسية منذ صدور حكمها في قضية Union des assurances de paris الصادرة بتاريخ 1983/3/21 قد اتخذت من ذلك الحكم قرينة على أن العقود التي يتم إبرامها بين أشخاص القانون العام تعد عقوداً إدارية وذلك لأن الأشخاص العامة تتبع عادة أسلوب من أساليب القانون العام وذلك عند القيام بتصرفاتها[16].

([15]) د/ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 63.

([16]) La babetoulle D. Conool sur T.C., Unin des assurance de Paris A.K.D.A., 1983, P. 356; Chapus (R.), Droit administratif, T. 1, 9e éd Montchresiemy 1995, P. 486, v. également, P.-L. Frier, et J. Petit ; Droit administratf, op. cit., p. 544 ; Un contrat ne peut être administratif si l'une des parties, au moins, n'est pas une personne morale de

ثم ذهب مجلس الدولة الفرنسي لاحقاً في معظم أحكامه إلى أنه "ليست كل العقود التي تبرم بين أشخاص القانون العام تصبح عقوداً إدارية"، وهو ما كان واضحاً في الحكم الصادر من ذات المجلس، حيث اعتبر الاتفاق الذي تم بين المكتب وبين إدارة الإسكان المعتدل الأجرة H.L.M وذلك ليتم تخصيص بعض عمارات هذا الإسكان للمكتب عقداً من عقود القانون الخاص وذلك بالنظر إلى موضوع وطبيعة العقد بالرغم من أن المتعاقدين أحدهم شخصاً من أشخاص القانون العام[17].

الوضع في مصر:

وقد أشار القانون رقم 182 لسنة 2018 الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة[18]، في المادة الأولى من مواد إصدار الخطاب التي تخضع

---

droit public Peu importe que le contrat contienne des clauses exorbitantes du droit commun ou porte sur l'exécution même du service public, voire concerne des travaux publics . Une telle solution présente les avantages de la netteté. Mais correspondelle aux réalités de l'action administrative et notamment de l'intervention sans cesse croissante d'organismes privés remplissant des fonctions administratives ? Un contrat entre deux personnes privées ne doit-il pas encertaines circonstances être administratif ? Inversement, qu'en est-il lorsque deux personnes publiques contractent entre elles ?, en même sens, CE Sect. 13 déc. 1963, *Synd. des praticiens de l'art dentaire du Nord*, R. 623, *D.* 1964.55, concl. Braibant. La nature juridique d'un contrat s'appréciant au jour de sa conclusion, la transformation ; v. aussi, V. T. confl., 19 janv. 1972, SNCF c/Solon-Barrault, R. 944, RDP 1972.465, concl. Braibant.

(contrats de la SNCF, à l'époque où elle était une société d'économie mixte, même relatifs aux travaux sur ses voies insusceptibles d'être administratifs). de l'une des parties de personne publique en personne privée (ou vice versa) est sans incidence sur la qualification du contrat.

([17]) E. 11 Mai 1990, Bureau d'aide sciale de Blenod- lés-pont-a-Mousson, Rec., Lebon, P. 132 A.J.P. 416, Not F. colly; CJEG 1990, P. 347, conc Hubert.

([18]) راجع في ذلك: القانون رقم 182 لسنة 2018 الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018.

لها أحكام هذا القانون فنصت على "يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة وتسري أحكامه على الجهات التي تضمنها الموازنة العامة للدولة، ووحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة الخدمية والاقتصادية، وما يتبع هذه الجهات من وحدات ذات طابع خاص، والصناديق الخاصة فيما عدا صناديق الرعاية الاجتماعية المنشأة بها والتي تعتمد في تمويلها بصفة أساسية على الاشتراكات المالية من أعضائها، والمشروعات الممولة من الحسابات الخاصة، دون الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية، وذلك فيما لم يرد في شأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بإنشائها أو تنظيمها، أو في لوائحها الصادرة بناء على تلك القوانين أو القرارات".

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد ما طبيعة العقد الذي نشأ في الأصل إدارياً وكانت له جميع المقومات التي تدل على الصفة الإدارية ثم بعد ذلك فقد أحد الشروط الأساسية للعقد الإداري؟

أجابت على هذا التساؤل المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 2013/3/20 حيث قضت بأنه وغني عن البيان أن تحديد طبيعة العقد تكون عند إبرامه إذا يظل العقد إدارياً، ولو تغيرت طبيعة الشخص الاعتباري العام الذي أبرمه من عام إلى خاص طالما توافرت بشأنه الشروط الأخرى اللازمة لاعتباره كذلك[19].

رأى الباحث: لم نتفق مع ما جاء به حكم المحكمة الإدارية العليا ونرى من جانبنا أن هناك ثلاثة شروط أجمع الفقه والقضاء على توافره لإضفاء الصفة الإدارية على العقد بحيث إذا فقد العقد أحدهم أصبح عقداً خاصاً ومن هذه الشروط أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام وأن يتعلق إبرام

---

[19] حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 8507 لسنة 51ق عليا، جلسة 2013/3/20؛ وأيضاً حكمها في الطعن رقم 11730 لسنة 54ق عليا، جلسة 2013/7/7، مجلة نادي القضاة، مجلس الدولة بدمياط، العدد الأول، يونية 2014، ص 128؛ حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعون أرقام 21023، 24411، 24494، 25434 لسنة 58 ق عليا، (الدائرة الثالثة)، جلسة 2015/12/22، غير منشور.

العقد بنشاط مرفق عام وتضمين العقد أيضاً شروطاً استثنائية، وبالتالي فإن تحول الشخص أثناء مدة العقد من شخص عام إلى خاص تزيل عن هذا العقد الصفة الإدارية، ويتبع ذلك سحب جميع السلطات والامتيازات الممنوحة للجهة الإدارية عن الشخص الخاص لأن هذا الأخير يكون هدفه المصلحة الخاصة وليست مصلحة المرفق العام الذي أنشأ العقد الإداري من أجلها، بالإضافة إلى عند تحويل الشخص العام إلى شخص تكون المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن ذلك العقد للقضاء العادي وليس الإداري.

وبناءً على ذلك يجب أن يظل العقد الإداري محتفظاً بصفته الإدارية طول مدة العقد وعدم فقد هذه الصفة لأي سبب من الأسباب وإلا تحول إلى عقد خاص.

ثانيا: العقود التي يتم إبرامها بين أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص:

في حقيقة الأمر "في فرنسا" لكى تضفي على العقد الصفة الإدارية لابد من توافر عدة معايير فيجب أن يبدو العقد عملاً أو تصرفاً من تصرفات الإدارة العامة وسواء ذلك بسبب بنوده أو نظامه أو موضوعه، وذلك بالإضافة إلى أن يكون طرفي لعقد شخصاً من أشخاص القانون العام[20].

أما في مصر: فقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على اعتبار العقود التي تنظم العلاقات بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها من روابط القانون الخاص، وذلك لانتفاء المقومات والعناصر المميزة للعقود الإدارية[21]. وبناءً عليه قررت ذات المحكمة باعتبار العقد الذي يربط بين الهيئة العامة للاتصالات اللاسلكية وهى مرفق اقتصادي وبين المنتفعين بخدماتها عقوداً مدنية لانتفاء

---

(20) د/ جورج شفيق ساري، مرجع سابق، ص 82.

(21) حكم رقم 30/2644ق، 33/1194ق (1989/2/18)، 568/87/34، مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً.

مقومات العقد الإداري[22].

ثالثا: العقود التي يتم إبرامها بين أشخاص القانون الخاص:

القاعدة العامة هى أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص عقوداً خاصة[23]، وبالتالي تخضع لاختصاص القاضي العادي[24]، وذلك إعمالاً للمبدأ الثابت وهو وجود الإدارة طرفاً في العقد، فهذا المبدأ هو شرط لازم وأساسي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد[25].

الاستثناءات: إذا كانت القاعدة السابقة التي تتمثل في أن العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص لا تعتبر عقوداً إدارية، إلا أن الأمر قد يختلف إذا كان أحد أطراف العقد على الأقل إن لم يكن الطرفان يمثلان في هذا العقد أحد أشخاص القانون العام والتمثيل قد يأخذ مظهراً من مظاهر ثلاثة[26]:

1 – التعاقد بالوكالة لشخص عام.

2 – التعاقد لحساب الشخص العام.

3– التعاقد باسم الشخص العام.

1 – التعاقد بالوكالة عن الشخص العام:

في الواقع يمكن اعتبار العقد الذي يتم إبرامه بين شخصين من الأشخاص

---

(22) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1977/2/5، والمنشور بمجموعة العقود، س47، ص 380؛ كذلك حكم الإدارية العليا رقم 182 لسنة 29ق، جلسة 1985/2/28، قد صدر قانون رقم 19 لسنة 1998 بتخصيص الهيئة العامة للاتصالات وجعلها شركة مساهمة مصرية، فهذا يبغي صفة الشخص العام على الهيئة وتصبح من أشخاص القانون الخاص، ومن ثم تعتبر كافة العقود المبرمة بينها وبين المنتفعين من عقود القانون الخاص.

(23) حكم المحكمة الإدارية العليا، في القضية رقم 1558، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، ص 1042.

(24) د/ زكي محمد محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1981، ص 26.

(25) C.E., 21 Novembre 1947, sté Boulanger, Réc., 436.

(26) د/ طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، مرجع سابق، ص 30.

العادية عقداً إدارياً وذلك في حالة إذا تبين أن أحدهما قد تصرف وفقاً للوكالة باسم شخص من أشخاص القانون العام[27]، وذلك بالاستناد إلى ما يسمى (بالوكالة الضمنية)[28]، مثال ذلك حالة تعاقد إحدى اللشركات الخاصة المنوط بها إنجاز الأشغال مع شركة أخرى خاصة، ففي هذه الحالة يمكن اعتبارها وكالة ضمنية عن الشخص العام، وبالتالي تم التصرف لحسابه وبالتالي يتم إضفاء العقد بالصفة الإدارية[29].

وفي مصر: قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه"لئن كان من البديهي أن العقد الذي تكون الإدارة طرفاً لا يجوز بحال من الأحوال اعتباره من العقود الإدارية، وذلك لأن قواعد القانون العام قد وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه ومن المقرر أن متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكسب الصفة الإدارية إذا توافرت فيه العناصر الأخرى التي تقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري[30].

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 2007/3/21 إلى أنه عندما يقوم شخص خاص بتوفير الموارد الضرورية لشخص عام فإنه

---

(27) فالمفوض أو الموكل هو صاحب سلطة اتخاذ القرار يعهد إلى المفوض إليه بأداة قانونية بمهمة التصرف باسمه في إبرام العقود والاستثناء لا يكون حقيقاً إذا وجد تعويض أو توكيل صريح من جانب الإدارة لأحد طرفي العقد، وذلك لأن العقد وإن كان مبرماً بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، من حيث الظاهر، فإن أحد هذين الشخصين يمثل الإدارة قانوناً ويتصرف لحسابها وباسمها، وبذلك تعتبر الإدارة أحد طرفي العقد بحسبانها الموكل الذي تعود إليه آثار العقد، لذلك فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي منذ فترة طويلة بالصفة الإدارية لمثل هذه العقود، مشار إليه د/ ماجد رغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص17.

(28) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 71.

(29) Janv. 1931, Société Brosette, Rec., P. 213; 18 déc. 1936, Prade, Rec. P. 1124.

(30) C.E., 30 mai 1975, Société d'équipement de la region montpelliéraine, Rec., P. 213; T.C., 7 Juill. 1975, Cne d'Adge, A.J.D.A., 1975, P. 345 et 361; C.E., 17 décembre 1999, Sté Ansaldo Industrie, et S.A. Bouygues, P. 423.s

يلزم النظر إلى ذلك الشخص الخاص باعتباره يتصرف باسم هذا الشخص العام وبناءً عليه فإن التي يقوم بإبرامها لأداء خدمة عامة وكلت إليه فهي عقود إدارية[31].

2 – التعاقد لحساب الشخص العام:

بعيداً عن فكرة الوكالة فإنه يمكن تكييف بعض العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص بالعقود الإدارية[32].

وقيد حكم (Peyrot) فكرة العمل لحساب الجهة الإدارية بشرطين:

أولا: أن يكون العقد مبرماً مع شركة اقتصاد مختلط ملتزمة بصيانة وبناء وتنفيذ الطرق.

ثانيا: أن يكون العقد مبرماً لإنشاء طرق عامة.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي ذات المبدأ على عقود الأشغال العامة المتعلقة بالطرق متى عهد إليها بتنفيذ ذلك إلى شركات الاقتصاد المختلط[33].

([31]) **أحكام محكمة النقض:** حكمها في القضية رقم 779 لسنة 10ق، جلسة 1957/2/24؛ وحكمها في القضية رقم 223 لسنة 10ق، جلسة 1956/12/16؛ وحكمها في 1957/5/12، مجموعة سنة 11، قاعدة رقم 291، ص 454؛ وحكمها في 1969/11/30، مجموعة سنة 24، قاعدة رقم 20، ص 129؛ وحكمها في 1973/3/18، مجموعة سنة 27، قاعدة رقم 92، ص 189.

أحكام المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 559 لسنة 11ق، جلسة 1968/2/24، والمنشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في 40 عاماً، قاعدة رقم 2، ص 91 – 92؛ ومن أحكامه الحديثة الطعن رقم 2184 سنة 29ق، جلسة 1987/1/21، والمنشور بذات المجموعة، قاعدة رقم 4، ص 94 – 95.

أحكام الدستورية العليا في القضية رقم 7 لسنة ق، جلسة 1980/1/19، مجموعة أحكام المحكمة، قاعدة رقم 244؛ وفي نفس المعنى راجع حكمها الصادر في القضية رقم 10 لسنة 4ق، جلسة 1974/6/29.

([32]) د/ عمر حلمي، المرجع السابق، ص 86.

([33]) C.E., 5 Mai 1975, sté d'équipement de la Region montellieranaine, Réc. P. 326, A.J.D.A., 1975, P. 345, D. 1975, 3, Note Moderne, R.D.P., 1975, P. 1728, obs Robert; C.E., 30 mai 1975, Société d'équipement de la region montpelliéraine, A.J.D.A. 1975, P. 375, Chron. Jur., D. 1976, P. 4, note Moderne, Les Cas de Travaux d'équipement.s

3 – التعاقد باسم الشخص العام:

لم يمنح القضاء الصفة الإدارية للعقد إلا إذا كان أحدهما شخص من أشخص القانون العام أو شخص خاص ولكنه يتعاقد باسم ولحساب شخص آخر عام، كما يجوز أن يكون هذا الشخص الخاص وكيلاً عن الشخص العام.

وبناءً على ما سبق فإنه يتضح لنا أن مجلس الدولة الفرنسي يضع للوكالة الضمنية والتعاقد لحساب الغير نفس الوصف الإداري، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن شركة (روان) المختلطة لا يمكن إضفاء الصفة الإدارية عليها لأن الأوراق قد خلت من أنها أبرمت ذلك العقد باسم أو لحساب أو عن طريق الوكالة عن الدولة[34].

وخلاصة القول: أن هناك عقود تبرم بين أشخاص القانون الخاص وبالرغم من ذلك تعد عقوداً إدارية، وذلك في حالات تعاقد أحد أطراف العقد باسم ولحساب الدولة، ففي هذه الحالة يمكن إضفاء الصفة الإدارية على العقد بالرغم من عدم ظهور الأداة فيه.

الفرع الثاني

الاتجاهات الحديثة فيما يتعلق بالمعيار الموضوعي

أن التوصيف القضائي لا يلعب دوره إلا حينما لا يكون هناك تحديد قانوني للعقود، بمعنى أن المعيار القضائي يندر في أغلب الحالات، ولقد استقر القضاء وبعد مرور فترة من التردد وعدم الاستقرار بين معياري المرفق العام وبين معيار الشروط الاستثنائية على أن العقد الإداري هو العقد المبرم بطريق شخص عام، ويشتمل إما على شروط استثنائية وإما على مشاركة في تنفيذ أحد مقام مرفق عام،

---

(34) د/ جمال عباس عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص 59؛ د/ عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1997، ص 26.

C.E. 24 actulité Juridique, R. P. 189; C.E. 30 Jan. 1951, sté prosette, R. P. 123.s

أو أن يخضع لنظام استثنائي[35].

وقد استقر قضاء مجلس الدولة على ضرورة توافر ثلاثة شروط لكي يعتبر العقد إدارياً، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 2018/1/23 "بأنه من المستقر عليه أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً وكان إبرامه بشأن نشاط متصل بمرفق عام، وتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، فمتى اجتمعت هذه السمات في العقد الذي أبرمته الجهة الإدارية كان الاختصاص بنظر المناعات التي تثور بشأنه معقوداً لمحاكم القضاء الإداري وحدها دون غيرها إعمالاً لحكم الدستور القانون وهو اختصاص مطلق وشامل لأصل النزاع وما يتفرع عنه سواء كان النزاع عاجلاً أو موضوعياً[36].

وإذا رجعنا إلى تعريف العقد الإداري الذي أورده القضاء الإداري الفرنسي أو المصري والذي ينص على أن العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأساليب القانون العام[37].

وعليه فسوف نستخلص من هذا التعريف شروط اعتبار العقد إدارياً على النحو التالي:

وفقا للمعيار الموضوعى:

أولا: المرفق العام واتصاله بالعقد.

ثانيا: احتواء العقد شروطاً استثنائية.

)[35](د/ طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات، مرجع سابق، ص 37.

)[36](حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعنين رقمى 21626 لسنة 62ق، 22571 لسنة 62ق، عليا، بجلسة 2018/1/23، حكم غير منشور.

)[37](حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 4811 لسنة 42ق، جلسة 1998/11/24؛ د/ محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى سنة 2004، الجزء الأول، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، ط2، 2004، ص 44.

أولا: المرفق العام واتصاله بالعقد:

مناط العقد الإدارى إلى جانب أن تكون الإدارة أحد أطرافه، أن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته، مراعاة لوجه المصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة[38].

وقد تأكد ذلك بقضاء محكمة القضاء الإداري ولتي ذهبت فيه إلى وجوب اقتران شرط تعلق العقد بالمرفق العام بشرط تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص وبدرجة متساوية، وذلك لاعتبار العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام عقداً إدارياً[39].

والمرفق العام: هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين فى إنشائه وتسييره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة[40].

ولا يهدف هذا المشروع إلى تحقيق ربح من وراء تزويده للمتعاملين معه بالحاجات العامة، بل يقصد المساهمة فى حماية النظام العام وخدمة المصالح العامة فى الدولة[41].

وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى

---

(38) دكتور ثروت بدوى، المعيار المميز للعقد الإدارى، مرجع سابق، ص 122.

(39) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 184 لسنة 14ق، جلسة 1976/6/25، السنة 15، صفحة 270؛ وفي ذات المعنى أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 431 لسنة 33ق، والصادر بجلسة 29 يونية 1991، مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السادسة والثلاثون، العدد الثاني من أول مارس 1991 إلى آخر سبتمبر 1991، ص 1483.

(40) محكمة القضاء الإدارى جلسة 1957/6/2، مجموعة المبادئ، السنة الحادية عشر، ص 493.

(41) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 353 جلسة 1965/3/31، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 22، ص 1067؛ يراجع أيضاً فتوى الجمعية العمومية رقم 200 بتاريخ 2004/3/21، ملف رقم 3434/2/32، مجموعة المبادىء التي اقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع خلال الفترة من أكتوبر 2003 حتى سبتمبر 2004، ص 264.

2017/4/26 بأن "وحيث أن المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 7 لسنة 22 ق (تنازع) بجلسة 2001/5/5 أكدت أن المقرر قانوناً أن العقود التى تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعد جميعها من العقود الإدارية، وإنما مرد الأمر فى تكييفها القانونى إلى مقوماتها، وبوجه خاص إلى ما إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوسائل القانون العام، إذ كان ذلك وكان البين من عقد البيع المشار إليه "محل الدعوى" وما أحال إليه من أحكام تكميلية أنه قد خلا من أي شرط استثنائى، فلا تظهر فيه جهة الإدارة بمظهر السلطة العامة، كما لا يتصل موضوع هذا العقد بتسيير مرفق عام، وإنما هو عقد يتبع بالممارسة لقطعة أرض من أملاك الدولة مما تدخل في نطاق دومينها الخاص وتظل نائية عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه الأموال تشبه فى خصائصها ونظامها القانوني الملكية الخاصة، وتدار بأساليب القانون الخاص التي تلائم أغراض استخدامها واستثمارها، فمن ثم يعد من عقود القانون الخاص التي تختص بنظر المنازعات التي تثار بشأنها جهة القضاء العادي[42].

اتصال العقد بنشاط مرفق عام يعد أمراً ضرورياً لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد، وأن مدى اتصال العقد بنشاط المرفق العام هو مسألة موضوعية يراعيها القضاء الإداري في كل حالة على حدة بحيث إذا انقطعت صلة العقد بالمرفق العام، فإن القضاء الإداري يعتبر العقد مدنياً[43].

فلا يكفي مجرد وجود الإدارة طرفاً في العقد كي يوصف بالطبيعة

---

(42) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 22845 لسنة 59ق عليا، الدائرة العاشرة،جلسة 2017/4/26، غير منشور.

(43) د/ عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص 60؛ يراجع أيضا د/ محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1983، ص 46؛ د/ وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، دراسة مقارنة في القضاء الفرنسي والمصري، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الرابع، السنة 55، ص 18 وما بعدها؛ د/ ثوريه لعيبوني، معيار العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987، ص 47؛ د/ علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 66، 67.

الإدارية، فهناك عقوداً تبرمها الإدارة وتخضع لقواعد القانون الخاص شأنها شأن الأفراد في تلك العقود، وإنما يجب أن ينصب موضوع العقد على تسيير مرفق عام، ويقصد بالمرفق العام كل نشاط للإدارة تبتغي به تحقيق المصلحة العامة، وقد يقصد به الجهاز الذي يضطلع بهذا النشاط[44].

ويترتب على اشتراط اتصال بنشاط مرفق عام لاعتباره إدارياً أن العقود المتعلقة بالدومين الخاص أي المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة لا تعتبر عقوداً إدارية حتى لو تضمن العقد نصاً يحيل إلى أحد دفاتر الشروط العامة، على الرغم من أن هذه الإحالة تعتبر في بعض الأحيان شروطاً استثنائية[45].

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن درجة صلة العقد بالمرفق العام، بمعنى هل مجرد ارتباط العقد بنشاط مرفق عام كافي لإضفاء الصفة الإدارية على التعاقد، أم أن يشترط درجة معينة أو معايير أخرى بين المرافق والعقد[46].

للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نفرق بين لوضع في فرنسا عنه في مصر.

أولا: الوضع في فرنسا:

يتساءل الفقيه الكبير "أندريه دى لوبادير" هل غاية المرفق العام شرطاً أساسياً للعقد الإداري، وقد أجاب في معرض رده على السؤال بالآتي:

الصورة الأولى: العقود التي يكلف بها المتعاقد بمهمة تنفيذ المرفق العام:

وهذه الصور من العقود تسمى بعقود تفويض المرفق العام، ومن أمثلة ذلك

---

(44) د/ صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، مرجع سابق، ص 17؛ راجع أيضا د/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، 1981، ص 16.

(45) C.E. 26 Janin 1957, Société anonyme minière. Ric. p. 49.

(46) G. Vedel et P. Delvolvé: Droit administratif, Thémis, P.U.F., 1992, P. 386; A. de, Laubadère, et Atures: Traité des contrats administarif, op. cit., P. 191.

عقد التزام المرافق العامة، ويدخل قضاء "برتان" ضمن هذه الصورة[47]. والتي عرّفها مجلس الدولة الفرنسي، في حكم حديث له، بأنها " العقود، التي ترتبط، بحكم موضوعها، بتنظيم وتسيير مرفق عام"[48]، وهناك أمثلة عديدة للفقه الفرنسي تؤكد ذلك العقود التي تتعلق بشروط الدخول إلي مرفق، وطريقة النقل، وهو ما ينطبق على المرفق العام للنقل، والنظام الأساسي للأشخاص المنتفعة بالمرفق العام، وأيضاً تحصيل تعريفه لهذه الخدمات المخصصة بالمرفق العام[49]. كما تؤكد محكمة التنازع الفرنسية على أن عقود تفويض المرفق العام هي االأنسب على تنفيذ المرفق العام، على اعتبار أن دفتر الشروط، هو الذي يحدد ماهية الشروط المحددة لتنفيذ المرفق العام، أو على أدنى تقدير بعض هذه العقود[50].

([47]) G. Péquigot, Les contrats administratifs Jur. Class A face 500, n° 161.

([48]) CE 9 févr. 2018, n° 404982, Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération, AJDA 2018.1168, note Q. Alliez, CMP 2018, comm. 88, note G. Eckert.

([49]) P.-L. Frier, et J. Petit, Droit administratif, op. cit., n°746, p.563.

En raison des évolutions dans la structure et les fonctions de l'administration, le juge fut confronté à la délicate question de la *place du critère organique*. Fallait-il s'en tenir à la fiction (caractère privé de la personne émettrice) ou faire prévaloir la réalité (de nombreuses fonctions administratives sont remplies par des personnes privées) ? À partir de 1942 et de l'arrêt *Monpeurt* le juge administratif, conscient des évolutions de la vie administrative et souhaitant exercer un contrôle sur des décisions qui imposent des obligations importantes, a assimilé, dans certaines hypothèses,les actes pris par des personnes privées à des actes administratifs. Dans cet arrêt, il soumet à son contrôle les décisions prises par un comité d'organisation professionnel « bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics».

([50]) Par ex., T. confl., 28 sept. 1998, Soc. Grands moulins italiens de Venise, R. 544 (contrat par lequel l'ONIC charge une société de meunerie de l'exécution même du service public d'aide alimentaire à l'Égypte), T. confl., 5 juill. 1999, Soc. international Management Group, R. 463 (prise en charge par le cocontractant des opérations de communication destinées à promouvoir l'image d'un département).

سابقاً كان هدف المرفق العام يعتبر شرطاً غير كاف في حد ذاتـــه، وذلـــك منذ عام 1912، كان يعد هذا الشرط ضرورياً حتى يصبغ الصفة الإدارية للعقـــد، وهذا ما أقر به الفقه والقضاء[51]، وقد أكد ذلك صدور حكـــم Berlin، لـــم يكـــن استخدام معيار المرفق العام إلا مع التحوط من جانب القضاء بـــأن العقـــد يمكـــن وصفه بالإداري لأنه يشكل طريقة لتنفيذ مهام مرفق عام[52].

ويتعين في فرنسا حتى يمكن اعتبار العقد بأنه إدارياً أن يتم الأخذ بمعيار المرفق العام واتصال الأخير بالعقد اتصالاً وثيقاً، وأن تكون هذه الصلة قوية وجوهرية ومباشرة ومحددة مع المرفق[53]. على هذا الحال، وبحسب مجلس الدولة الفرنسي، إن عقد نقل خدمات بين الدولة والإقليم، يعتبر عقد الإداري لإتصاله بالمرفق العام، ويعطي أمثلة على ذلك، حيث عقد إنشاء مجموعة المصلحة العامة GIP، والعقد المبرم بين شركة كهرباء فرنسا والشركة الوطنية لإقيلم الرون، لتنسيق مهامهم الخاصة بتسيير مرفق عام[54].

فيجب أن تكون الغاية تنظيم المرفق أو تنفيذه أو تسييره[55]، وقـــد وضـــع الفقيه دى لوبادير بأنه ليس بالمستطاع تحديد إطار لصور اتصال العقد بـــالمرفق وحصر ذلك في قوائم محددة، كما يذكر أن الأمر الأكثر انتشاراً حسبما هو متبـــع في القضاء هو محاولة لطرح نماذج ثلاثة لصور اتصال العقد بالمرفق العام مـــن

---

(51) A. de laubadère, op. cit., P. 127.

(52) C.E., 20 Avril 1956, Berin et Ministre de L'agriculture, R.P. 167. R.D.P., 1956, P. 868, concl, Long, Note Waline; D. 1956, 433, Note De laubadère; M. de Villiers, Droit public général, Litec, 2004, N. 806 P. 662.

(53) C.E., 29 Mai 1925, Décetoire, Rec., P. 534; C.E., 6 Novembre 1925, Lefévre utile, Rec., P. 868.

(54) Respect. CE Sect. 31 mars 1989, Départ. Moselle, R. 105, RFDA 1989.466, concl. Fornacciari ; CE 14 janv. 1998, Synd. national du personnel des affaires sanitaires et sociales FO, R. 9, LPA 18 déc. 1998, p. 20, concl. Bonichot ; T. confl., 16 janv. 1995, Préfet Région Île-de-France, R. 490, CJEG 1995.259, concl. Martin (EDF était alors un établissement public.

(55) C.E., 11 Mai 1956, Société des transports, R.D.P., 1957, P. II Note Waline.

حيث المبدأ[56].

الصورة الثانية: العقد الذي يكون غايته إسهام المتعاقد في تسيير المرفق العام عن طريق المعاونة في تسييره وتنظيمه:

مثل عقد تقديم خدمات للمرفق كما هو الحال بالنسبة لعقود النقل والتوريد والبيع أو خدمات الأشخاص[57].

مثال ذلك، العقد المبرم بين إحدى المدارس الراهبات وإحدى العاملات لمراقبة التلميذات في غير النوم الخاص بهن أثناء استيقاظهن وذهابهن للفراش[58].

الصورة الثالثة: العقد الذي يمثل وسيلة تنفيذ المرفق العام نفسه بواسطة الإدارة:

وهذه الصورة من العقود تأخذ إحدى الصورتين التاليين:

1 – التنفيذ بواسطة الإدارة نفسها:

ولقد ذكر حكم (Grimmouard) بأن العملية التي تمت بطريق العقد تمثل أحد الطرق الخاصة بتنفيذ مهام مرفق عام، فالملاك هنا يعدوا منتفعين من خدماته[59].

([56]) A. De. Labadère et Autres, op. cit., P. 193.

([57]) T.C., 24 Juin 1968, Société disitlleries briestonnes, D. 1969, P. 116, P. 116, Note, Chevaller.

([58]) T.C., 12 Juin 1978, Houen, Réc., P. 735 D. 1979, P. 169 Note Y-Sait-Jours.

([59]) C.E., 20 Avril 1956, Crimouard, Réc., Lébon, P. 168 A.J. 1965, 2, P. 178, COncl. M. 1long., T.C., 22 Avril 1985, Goujard de la planche R.D.P., 1985, P. 1679.

وفي حقيقة الأمر فإن ما تتمتع به حكم بيرتان من شهره قد غطته على حكم آخر صدر في ذات اليوم من مجلس الدولة، وهو حكم وزارة الزراعة ضد اشركاء Grimouard، ففي هذا الحكم لم يثر التساؤل حول العقد الذي يقوم بطبيعته على تنفيذ مهام مرفق عام، ولسبب ما نجد أن العقد قد عهد إلى القليل من المتعاقدين (ملاك الغابات) تنفيذ مهام مرفق عام إعادة تكون الغابات عقب الحرب – والدولة قد تولت من جانبها القيام بمهمة التشجير ولكن على نفقة ولكن على نفقة

2 – العقد الذي يكون موضوعه ذاته تنفيذ المرفق العام:

في هذه الصورة متى تحقق غرض المرفق العام يعتبر العقد إدارياً.

مثال ذلك، العقد الذي يتعهد فيه أحد الأفراد بنقل الجنود والمؤن عن طريق سفينة مملوكة له وتحت سيطرته وذلك لأن نشاط المتعاقد هو تنفيذ هدف المرفق العام[60].

وقد أكدت محكمة التنازع الفرنسية في حكم لها صادر في 2014/4/7 أن العقود التي تبرمها المؤسسات العامة التجارية أو الصناعية لأغراض أنشطتها تدخل في نطاق القضاء العادي، وذلك باستثناء تلك التي تضمن شروط استثنائية أو يخرج موضوعها عن نطاق القانون الخاص، بالإضافة إلى المتعلقة بأنشطتها التي هى في طبيعتها من اختصاصات السلطة العامة.

ويرى الباحث: إن وجوب ارتباط العقد بنشاط مرفق عام هو شرط كاف بدوره لإضفاء الصفة على العقد مع شرط أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وذلك لأن سمات اتصال العقد بنشاط مرفق عاماً تظهر جليا في تنظيم وتسيير المرفق (عقود التوريد) وتتعلق أيضاُ بإنشاء المرفق (عقود الأشغال العامة) وأيضاً ما يتعلق باستغلال المرفق العام (عقود الامتياز)، وذلك من أجل ضمان تحقيق المصلحة العامة، وقد اجتمع كلاً من الفقه والقضاء سواء الفرنسي أو المصري على أن المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته لخدمة المصالح العامة، فإذا انقطعت الصلة بين العقد والمرفق العام يفقد العقد صفته الإدارية.

ثانيا: استخدام الإدارة لوسائل القانون العام:

العقد، مشار إليه لدى: د/ طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع zالمتعاقدين معها وذلك وفقاً لبنود الجزاء، مرجع سابق، ص 46.

(60) T.C., 7 Nov 1922, Manon, R.D.P., 1923, 433; C.E., 16 décembre 1992, S.A. international décor, Rec., lebon, P.207.

إن وجود شخص من أشخاص القانون العام طرفاً في العقد لا يفصح بذاته عن طبيعة العقد لاسيما مع تشعب مجالات الأنشطة التي تماسه المرافق العامة، وبالتالي فإنه لا يمكن الاستناد إلى فكرة المرفق العام وحدها لتكون معياراً مميزاً للعقد الإداري، وتعد الشروط الاستثنائية الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية في مصر منذ اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية[61].

وقد يكون العقد مرتبطاً بمرفق عام ولكن بدون وجود شروط استثنائية سيكون خاضعاً للقانون الخاص، ويعد هذا الشرط هو المحور الرئيسي في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن جهة الإدارة ترتدي ثوب السلطة العامة وذلك تضمين عقودها شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، تختل فيه الرابطة العقدية ويسمو فيه مركز الإدارة عن مركز المتعاقد فعندما ترى الجهة الإدارية أن القواعد العامة في القانون المدني لا تصح أن تحكم العلاقة بينها وبين الطرف الآخر نظراً لارتباط هذا العقد بتسيير أو تنظيم المرافق العامة التي تقوم على إشباع الحاجات العامة للإفراد، فإنها حينئذ تخضع العقد لأحكام القانون العام[62].

ومن المسلم به في فقه القانون الإداري أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لكي يصبح العقد إدارياً، فإنه لا يكفي بذاته لكي يضفي على العقد تلك الصفة، ومن أمثلة ذلك أن يتضمن العقد شروطاً تخول للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد بإراداتها المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر[63]، فإذا فقد العقد هذا الشرط فإنه يكون عقداً خاصاً

)[61](د/ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 36 وما بعدها.

)[62](د/ عطية عبد المقصود عطية، إبرام وتنفيذ التعاقدات العامة (المناقصات والمزايدات)، دراسة مقارنة وفقاً للقانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية بالقرار الوزاري رقم 692 لسنة 2019 دار النهضة العربية، 2020، ص 33.

)[63](حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 27402 لسنة 55ق عليا، الصادر بجلسة 2015/3/24.س

وبالتالي يخضع لأحكام القانون الخاص[64].

في فرنسا: عرف مجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية على أنها شروط تحدد حقوق والتزامات المتعاقدين والتي تختلف جوهرياً عن الحقوق والالتزامات لأطراف العقد في القوانين المدنية والتجارية[65].

وعرف أيضاً الشروط الاستثنائية الفقيه André De Laubadere بأنها "هى الشروط التي تمنح حقوقاً والتزامات لأطراف العقد وتكون هذه الشروط مختلفة في طبيعتها عن التي تمنح في العقود المدنية والتجارية[66].

ومن جانب آخر يمكن القول بأن هناك إجماع على تعريف واحد للشروط الاستثنائية، فعلى الرغم من ذلك يمكن أن تكون (شروط غير مألوفة في القانون الخاص) [67]، أو يمكن تحددها بأنها الشروط التي تظهر فيها جهة الإدارة بمظهر السلطة العامة[68].

وقد قررت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 2001/10/22

([64]) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 27402 لسنة 55ق عليا، جلسة 2015/3/24؛ حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 3128 لسنة 35ق عليا، جلسة 1995/1/24.

T. Confl., 17 décembre 2007, Société Clinique de l'espérance, Req. no C3646; T. confl., 23 novembre 1998, Bergas, Req. no 03124; T. confl. 21 mai 2007, SA CODIAM, Req. no C3609.

([65]) C.E. 20 Octobre, 1950, steim, Recueil Lebon, P. 505.

([66]) De Laubdere, Traité des contrats administratifs, Tome 2, L.G.D.J., Paris, 1984, P. 85.

([67]) C.E. 20 octobre, 1950, Steim, Recuiel Lebon, P. 505.

([68]) "Attendu que les clasuses exorbtantes du droit commun d'un contrt conférant à celui-ci le caractère administratif sont les clauses qui different par leur nature de celles qui peuvent être stipulées dans un contrat analogue de droit pruvé".

Cass., 1ère civ., 18 février 1992, req. no 90- 18826; Cass., 1ère civ., 25 janvier 2005, req. no 02-20771; C.E. 19 novembre 2010, 7éme et 2éme sous-sections réunies, Office national des forêts, req. no 331837; C.E., 29 septembre 2004, 9éme et 10éme sous-section réunies, Office national interprofessionnel des viands, reqq.no 261790.ss

على أن العقود التي لا تشتمل على شروط غير مألوفة (استثنائية)، لا تعد عقوداً إدارية، بل هى عقود خاصة بفصل في النزاع الناشئ عنها قاضي القانون الخاص[69].

وهناك عقود تدخل في اختصاص مجلس الدولة دون حاجة لتضمينها شروطاً غير مألوفة وتعد عقوداً إدارية وهى ما تسمى بالعقود الإدارية بتحديد القانون[70].

أما في مصر: يعد هذا الشرط هو الفاصل في تمييز العقود الإدارية، فاحتواء العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة يعد شرطاً لازماً لاعتبار العقد إدارياً ولكنه غير كافي وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 2013/9/4 إذ قضت بأن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً بنشاط مرفق عم ومتضمناً شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص[71].

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا الشروط الاستثنائية التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد[72].

كما عرفتها محكمة النقض بأنها الشروط التي تقرر للإدارة امتيازات غريبة على القانون الخاص وتخرج عن المألوف فيه، وتكشف عن نية المتعاقدين في

([69]) Cass. 3éme civ., 13 mars 2002, req. no 00-18218; T. confl. 20 juin 2005, SNC Société hotelière Guyanaise C. Centre national d'études spatiales, req. noC3446.s

([70]) د/ محمد علاء زعزع، الآثار الخاصة بالعقود الإدارية بالنسبة لغير أطرافها، دراسة تحليلية مقارنة معلقاً عليها بأحدث أحكام مجلس الدولة المصري والفرنسي حتى 2019، دار النهضة العربية، ص 59.

([71]) حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الأولى، في القضية رقم 12671 لسنة 64ق، جلسة 2013/9/4، غير منشور.

([72]) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 3124 لسنة 43ق عليا، الصادر بجلسة 1990/11/24، الموسوعة الإدارية الحديثة، ط 1994- 1995، الجزء رقم 35، ص 284.

اختيار وسائل القانون العام[73].

ولذلك يرى معظم الفقه أن هذا الشرط هو المعيار الأساسي المعول عليه في تمييز العقود الإدارية، ويعني أن إرادة السلطة الإدارية قد اتجهت إلى الظهور بمظهر السلطة العامة فيما تبرمه من عقود تتعلق بإدارة وتسيير المرافق العامة تحقيقاً للمصلحة العامة، وهو الأمر الذي يبرر تمتعها بامتيازات القانون العام في مواجهة المتعاقد معها والذي لا يسعى إلا لتحقيق مصالحه الخاصة، مما يؤدي على تمتع جهة الإدارة كطرف في العقد بمركز رسمي من مركز المتعاقد معها، وذلك خلافا لمبدأ المساواة بين أطراف العقد الذي يحكم العقود المدنية[74].

وفي ذلك تذهب المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 1994/1/18 إلى أن العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية وهو كون الإدارة طرفاً فيها أمر طبيعي لأن العقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً[75].

وقد ذهبت أيضاً المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص إلى أن، وحيث تبين من ظاهر الأوراق أن العقود الحالية التي أبرمتها وزارة السياحة مع الطاعنين على تأجير محلات بمنطقة الأقصر، قد تضمنت في البند السادس عشر التزام المستأجرين باتباع التعليمات المنظمة بمواعيد فتح وغلق المحال العامة، وكذا القوانين واللوائح المعمول بها، هذه المنطقة والتي تحددها الجهات المختصة والمتعلقة أعمالها بالإشراف على تلك المحلات، كما أكد البند السادس تمس على

---

(73) حكم محكمة النقض في الطعن رقم 42 لسنة 31ق، جلسة 1965/11/11، مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة 16، ص 1048.

(74) د/ سامي جمال الدين، مبادئ القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، دار الجامعة الجديدة، ط 2013، ص 287؛ د/ الصفا محمود محمد عسل، عقود الأشغال العامة وإشكالياتها العملية والحلول في ضوء الفقه والقضاء، بدون دار نشر، 2021، ض 25.

(75) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1386 لسنة 33ق عليا، جلسة 1994/1/18، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 46.

كما تنص المادة 61 من الدستور المصري على أن تقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية هى المحافظات والمدن والقرى ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكن لها الشخصية الاعتبارية إذا اقتضت المصلحة ذلك.

أنه يجوز لوزارة السياحة فسخ العقد دون الاعتراض من المستأجرين مع حفظ حقها في التعويض، وذلك للأسباب التي ترى فيها الوزارة ذلك، ويتم الفسخ كتاب موصي عليه دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء قانوني آخر، ومثل هذه الشروط إنما هى شروط غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم يكون العقد المذكور وقد تكاملت فيه العناصر الثلاثة.... عقداً إدارياً[76].

وفي ذلك أيضاً تقرر المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 2019/1/27 على أنه "الشركة الطاعنة تستأجر من محافظة السويس عدد سبع وحدات سكنية هى أقام 1-2-3-4-5-6-7-8 والكائنة بالعمارة رقم 23ص الرياض بمدينة فيصل بمحافظة السويس وذلك بقصد استعمالها كسكن إداري للعاملين بها بمحافظة السويس، وبتاريخ 2012/9/19 أصدر رئيس حي فيصل القرار رقم 42 لسنة 2012 متضمناً فسخ عقود تلك الوحدات لانتهاء الفحص المرخص من أجله هذه الوحدات، وكانت هذه العقود على النحو الوارد بها لا تتصل بتنظيم أو تسيير مرفق عام، كما لم يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم لا تتوافر في شأنها شروط اعتبارها عقوداً إدارية وتعتبر بذلك عقوداً من عقود القانون الخاص الذي تخرج المنازعات التي تثور بشأنها عن الاختصاص الولائي لمحاكم مجلس الدولة[77].

ومما سبق يتضح لنا ضرورة توافر الشروط الثلاثة السابقة لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، فإذا كان العقد المبرم أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون دون توافر باقي الشروط المتمثلة في ارتباط العقد بنشاط مرفق عام، وأيضاً

---

(76) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1383 لسنة 35ق، جلسة 1995/1/8، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 49، ص 59؛ راجع أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 1961/5/13، مجموعة السنة 6، س 1012، مجموعة العشر سنوات، ص 1043؛ حكمها في 1962/3/31، القضية رقم 1889، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 18، ص 672، قاعدة رقم 37؛ راجع أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 2017/3/24، الموسوعة الإدارية الحديثة، مجلد 18، الطعن رقم 2054 لسنة 48ق، جلسة 2017/3/24، الموسوعة الإدارية الحديثة، مجلد 18، الطعن رقم 2054 لسنة 48ق.

(77) T.C 22 Octobre 2001, Commune de villepinte, Société NRG, Recueil Lebon, 2001, P. 748.

احتواء وتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون العام (أي اتباع الإدارة أساليب القانون العام)، فإن العقد في هذه الحالة يفقد الصفة الإدارية ويتحول إلى عقد خاص يخضع في المنازعات الناشئة عنه للقضاء العادي، فلابد من توافر الشروط الثلاثة مجتمعة لاعتبار العقد إدارياً.

رأى الباحث:

أنه من الأجدى إلغاء شرط احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص لاعتبار العقد إدارياً والاكتفاء بضرورة ارتباط العقد بنشاط مرفق عام وأن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام وذلك لأن شرط (تضمين العقد شروط استثنائية) في الوقت الحالي ليس له أهمية كبرى هذا من جانب، وعلى الجانب الآخر نجد أن الهيئات الخاصة تقوم بتضمين عقودها مثل هذه الشروط وذلك طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وبناء عليه نجد أن العقود سواء إدارية أو خاصة تحتوي على شروط استثنائية وأن الفيصل الوحيد في تحديد العقد أو في إضفاء الصفة الإدارية عليه هو أن يكون أحد أطرافه شخصاً من الأشخاص المعنوية وارتباطه بمرفق عام وذلك على الرغم من تشبث وحرص الفقه والقضاء الإداري المصري والفرنسي من ضرورة اجتماع الثلاث شروط لاعتبار العقد إدارياً.