بحث بعنوان

العقد الإداري في القانون الروماني

د/ ثناء الشعراوي

مدرس بقسم فلسفة القانون وتاريخه

كلية الحقوق – جامعة المنوفية

العقد الإداري في القانون الروماني

ثناء الشعراوي

قسم فلسفة القانون وتاريخه ، كلية الحقوق، جامعة المنوفية ، مصر .

البريد الإلكتروني :hekal٢٠٠٥@hotmail.com

ملخص :

إذا كانت التشريعات الحديثة قد استقرت على أركان العقد الإداري، وكيفية إبرامه، وطرق تنفيذه فإن الأمر لم يكن واضحًا في القانون الروماني، ولعل هذا الدافع الرئيسي في دراسة الواقع العملي بالنسبة للمجتمع الروماني، وكيف كان يقوم بإدارة الأعمال العامة، وإشباع حاجات المجتمع، إذ لا توجد نظرية عامة لفكرة العقد الإداري في القانون الروماني، وإنما تتم دراسة الحالات الواقعية التي تدخل في نطاق العقد الإداري بالمفهوم الحديث لهذا المصطلح، مقارنًا بين فكرة العقود الإدارية في القانون الروماني، والأنظمة القانونية الحديثة، لدراسة مدى التماثل والاختلاف بينهما.

الكلمات المفتاحية : العقد ، العقد الإداري، القانون، الروماني، فلسفة القانون وتاريخه.

Administrative contract in Roman law

Thanaa Al-Shaarawi

Department of Philosophy of Law and History,

Faculty of Law, Menoufia University, Egypt.

Email: hekal٢٠٠٥@hotmail.com

Abstract :

If modern legislation had settled on the pillars of the administrative contract, how it was concluded, and the ways in which it was implemented, then the matter was not clear in Roman law, and perhaps this was the main motivation in the study of the practical reality with regard to Roman society, and how it was managing public works and satisfying the needs of society, as it does not There is a general theory of the idea of the administrative contract in Roman law, but real cases that fall within the scope of the administrative contract are studied in the modern concept of this term, comparing the idea of administrative contracts in Roman law, and modern legal systems, to study the extent of similarity and difference with Two.

Key words: contract, administrative contract, law, Roman, philosophy and history of law.

مقدمة

نظراً لما للعقود الإدارية من أهمية في حقل الدراسة القانونية ففكرة العقود الإدارية لم تحظ في المجتمع الروماني بدراسات كثيرة يستطيع معها الباحث أن يتعرف على ماهية هذا العقد ووضع تعريف محدد له وهذا ما دفعني إلى محاولة البحث عن هذا التعريف مسترشدا بما ورد عنه على لسان خطباء هذا العصر فاستعمل تعبير العقد على التصرفات التي يتولد عنها التزام بمجرد توافق الإرادتين، وما عداها يدخل في عداد العمل القانوني، بينما لم يضع الفقه الروماني نظرية عامة للعقود الإدارية، إذ أن مفهوم العقد لم يظهر حتى في نطاق القانون الخاص إلا بعد فترة طويلة من التطور القانوني. فمصطلح "Contractus"والذي يقصد به تصرف منشئ للالتزامات لم يظهر في المصادر القانونية أو الأدبية قبل القرن الأول الميلادي . هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الفقه الروماني لم يحاول وضع تصنيفات معينة على غرار تلك التصنيفات القائمة في القوانين والأنظمة القانونية الحديثة، وإنما استخدموا الصيغ القائمة آنذاك.

العقد الإداري هو الاتفاق الذي يكون أحد طرفيه شخص معنوي من أشخاص القانون العام مثل الدولة أو إحدى الهيئات اللامركزية الإقليمية أو المرفقية، والطرف الآخر شخص من أشخاص القانون العام، أو أحد أشخاص القانون الخاص كشخص عادي أو شركة أو جمعية أو نادي، ويهدف هذا الاتفاق إلى تنظيم أو تسيير مرفق عام قصد تحقيق النفع العام، ويجب أن تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمينه شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

والملاحظ بادئ ذي بدء أن الإدارة تبرم نوعين من العقود، النوع الأول وهو العقود التي تبرمها الإدارة لا باعتبارها صاحبة السلطة العامة، ولكن باعتبارها شخصا عاديا ومن أمثلة ذلك عقود البيع والشراء والإيجار وتنطبق عليها قواعد القانون الخاص كما تطبق عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وتخضع المنازعات التي تنشأ عنها إلى القضاء العادي.

أما النوع الثاني وهو العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة العامة وتخضع للقانون الإداري ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري مطبقا في ذلك قواعد القانون العام.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة في إبرام العقود ولا يحد من اختصاصاتها التعاقدية إلا النصوص القانونية، الخاضعة لها والمقيدة لسلطاتها.

أهمية الدراسة:

١- **الأهمية النظرية:** تتناول الدراسة موضوعاً مهماً وهو تحديد مفهوم الشروط العقدية ، ومدى حرية الأطراف المبرمين للعقد في وضع هذه الشروط وتطويعها طبقاً لحاجتهم.
٢- **الأهمية التطبيقية:** اعتبار البحث مسودة توضح مقدار الحرية المباحة للأطراف المبرمين للعقد، تمكن الجمهور، والقانونيين من الاستعانة بها في إبرام العقود دون إخلال بأي ركن من الأركان الواجبة التوافر فيها ، ودون تجاوز لمقدار الحرية التي يبيحها لهم القانون .
٣- كما تظهر أهمية الموضوع العملية من خلال ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج وتوصيات وتوثيقها للنظريات وأراء الباحثين قد تفيد المتخصصين والعاملين في هذا المجال ، وكذا الأجهزة المتخصصة في هذا الحقل .

حدود البحث:

١- **الحدود الموضوعية**: تحديد مفهوم العقد الإداري الروماني، والشروط العقدية ، ومدى حرية الأطراف المبرمين للعقد في وضع هذه الشروط وتطويعها طبقاً لحاجتهم.

٢- **الحدود المكانية**: تنحصر حدود البحث في قانون الرومان، مع بعض المقارنات البسيطة لقوانين دول أخرى

أهداف الدراسة:

يسعى البحث إلى تحقيق هدف أساسي يتمثل في تسليط الضوء على موقف القانون الروماني من العقد الإداري، وذلك من خلال ما يلي:

- التعرف على مفهوم العقد الإداري عند الرومان.
- الكشف على مدى حرية الأطراف المبرمين للعقد في وضع شروطها ، وصياغتها بما يتلاءم مع حاجتهم وظروفهم.
- التوصل إلى توصيات في ضوء نتائج الدراسة التي تعمل على أهمية العقد الإداري من خلال الرجوع إلى مختلف القوانين المعاصرة.

منهجية البحث :

وباعتبارنا بصدد جمع المعلومات للتعرف على مفهوم العقد الإداري في القانون الروماني، فإنه يمكن القول أن هذه الدراسة تندرج ضمن البحوث الوصفية، والتي تستدعي منا الاستعانة بالمنهج **الوصفي التحليلي، حيث** رأيت أنه من المناسب الاستعانة بهذا المنهج ، وهذا لتحليل موقف القانون الروماني من العقود الإدارية المختلفة وكذا القوانين المعاصرة،

وعلى هذا الأساس تم الاعتماد على أسلوب المسح المكتبي الذي يساعد على سرد حقائق الدراسة معززة بمختلف تطوراتها القانونية من خلال الاطلاع على المصادر والأدبيات ذات العلاقة.

تحديد مشكلة الدراسة

تتمثل المشكلة البحثية في دراسة وتأصيل العقد الإداري، فإذا كانت التشريعات الحديثة قد استقرت على أركان العقد الإداري، وكيفية إبرامه، وطرق تنفيذه فإن الأمر لم يكن واضحًا في القانون الروماني، ولعل هذا الدافع الرئيسي في دراسة الواقع العملي بالنسبة للمجتمع الروماني، وكيف كان يقوم بإدارة الأعمال العامة، وإشباع حاجات المجتمع، إذ لا توجد نظرية عامة لفكرة العقد الإداري في القانون الروماني، وإنما تتم دراسة الحالات الواقعية التي تدخل في نطاق العقد الإداري بالمفهوم الحديث لهذا المصطلح، مقارنًا بين فكرة العقود الإدارية في القانون الروماني، والأنظمة القانونية الحديثة، لدراسة مدى التماثل والاختلاف بينهما ؟

تساؤلات فرعية:

ومن أجل التحكم في الإشكالية الرئيسية، يجب طرح التساؤلات الفرعية التالية:

- نشأة العقد الإداري وأهم مميزاته في القانون الروماني.
- عناصر العقد الإداري في القانون الروماني.
- شروط التعاقد في القانون الروماني.
- أثار العقد الإداري في القانون الروماني.

الفصل الأول

العقد الإداري

(نشأته، تطوره، وأهم صوره)

نتناول في هذا الفصل نشأة العقد الإداري والإشكاليات حول تعريفه (مبحث أول) وخصائصه وأهم صوره (مبحث ثاني)

المبحث الأول

نشأة العقد وإشكالية تعريفه

- **تعريف العقد :**

يعرف جستينيان العقد (الالتزام) بأنه رابطة قانونية نكون بمقتضاها ملتزمين بالضرورة بأداء شيء معين وفقا للقانون السائد([1])

فالمضمون القانوني للالتزام بإعطاء في فقه القانون الروماني هو نقل الملكية، أي نقل ملكية شيء، وقد ذكر الفقيه جايوس في نظمه:" فالشيء لا يعد ملكا للفرد إلا إذا تم نقل ملكية ذلك الشيء إليه"([2]).

ويعد من نافلة القول أن مضمون الالتزام بنقل الملكية يختلف باختلاف طبيعة محل الالتزام ذاته.

والالتزام بعمل في القانون الروماني له معنى أكثر اتساعا من الالتزام بإعطاء، فمحور الالتزام هو العمل ذاته بصوره المتنوعة والمتباينة، فهو يشمل على سبيل المثال الالتزام بتشييد عقار.

- **خصائص العقد في العصر الروماني:**

نظرا لتطور المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع يتخذ من التجارة حرفة ونشاطا له تبين عدم ملائمة حصر مصادر الالتزام في بعض التصرفات على سبيل الحصر مع مقتضيات الحياة الحديثة([3]). وقد كان من نتيجة ذلك تعديل مضمون فكرة الالتزام على نحو يتلاءم مع التغييرات التي حدثت في المجتمع الروماني، وقد حدث هذا التعديل من جانبين:

([1]) صوفي أبو طالب، أحكام الالتزام، دار النهضة لعربية، سنة ١٩٦٥، ص ٣٤.

([2])نظم جايوس: ٤: ٤، أنظر المواد ٢٠٤، ٢٠٥ من القانون المدني المصري.

([3]) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٢م، ص ١٠

- جانب قانون الألواح الاثنى عشر
- إصباغ الحماية القانونية على بعض التصرفات القانونية التي لا تندرج الاطار التعاقدي المعترف به وهو ما كان مفاده تقرير فكرة العقد غير المسمى.

- **العقد الإداري في الفقه الروماني:**

بعد تصفح العديد من المصادر ذات العلاقة بموضوع الدراسة، لاحظنا بأنه لا يوجد نظرية عامة للعقود الإدارية في القانون الروماني، والجدير بالذكر أن الفقه الروماني لم يحاول وضع تصنيفات معينة للعقود الإدارية كما هو الحال في مختلف القوانين المعاصرة ، وإنما تم استخدام الصيغ القديمة آنذاك، وفي الحقيقة يجب القول أن مفهوم العقد في روما اعتمد على معيار موضوعي يتمثل في مبادلة الأداء([1]).

ويرى الفقيه جايوس أن مصطلح (Contractus) يعني تفاوض مباشر يتولد عنه التزام، فمفهوم العقد الرضائي لم يظهر إلا متأخراً، ومنه فإنه من غير المنطق البحث عن نظرية عامة للعقد الإداري في القانون الروماني، وبالرغم من أن كان هناك غياب للنظرية للعقد الإداري في الفقه الروماني، فإنه يجب تأكيد وجود العقود الإدارية في الواقع العملي للمجتمع الروماني من خلال تسليط الضوء على العقود التي تحمل مسمى شائع لدى الرومان، ومعرفة مضمونها وما إذا كانت تعتبر من قبيل العقود الإدارية مثل البيع بموجب مزاد علني، البيع بموجب مزاد حكومي، مثل بيع أسرى الحروب، الشراء بالمزاد العلني، إيجار الشركات لتحصيل الإيرادات الضريبية، فهذه العقود عقود قانونية صحيحة، كما يظهر من توظيفها بنفس الشكل في القانون الخاص، أضف إلى ذلك أن مصطلح العقد الإداري (Administratio)تم استخدامه في العديد من النصوص الفقهية الرومانية، واستخدمه العديد من الفقهاء الرومان بدون أن يضعوا له تعريفا محدداً([2]).

والحقيقة التي يجب ذكرها هنا أن العقد الإداري في القانون الروماني عبارة عن شكل خارجي وليس بناء موضوعي متكامل (يحتوي على الجانب الشكلي والموضوعي)، فهو عبارة عن قانون (Unelex)، هذا القانون يتمثل في كراسة الشروط ، قابلة للتعديل والتحديث وفقاً للأطراف المتعاقدة وليس وفقا لما تم نشره (المنشور). فمحصلي الرسوم(Les Publicains) يمثلون طبقة اجتماعية من ذوي السلطة الخاصة وقد كان ذلك في وقت مبكر جداً، إن هذا العقد مؤهل لكي يفرض على الدولة شروطاً تزيد عن

([1]) Paul. D: ٢٢-٤-٢. Callistrate. D. ٤٩-١٤-٣-٨- ulpien: D. ٤٩-١٤.

([2]) شفيق شحاتة، الالتزامات في القانون الروماني، (ب-د-ن)، (ب-س- ن)، ص ٧٥، عن:
Euregans:" les contrats administratifs en droit romain", These, Paris, ١٩٦٤, p. ٤٥.

القانون المشترك مثلما يحدث في الإعفاء من الخدمة العسكرية وتغيير شروط في القانون لصالحهم حتى إذا ما مثلت هذه التعديلات استثناءات([1]).

فكراسة الشروط ، يمكن أن يقبلها المتعاقد أو يناقشها أو يرفضها، وهذا يعتمد على المنافسة وقانون العرض والطلب، وإذا قل عدد المرشحين المتنافسين، فإن هناك نقاشاً يدور حول الشروط ومدى إمكانية تغيرها.

فالقانون يمثل مشروعا، والفرد حر في قبوله، وهذا ما يظهر الصفة التعاقدية، إذ ليس من الضروري أن يعتمد العقد على سلطة الحاكم، ومن ثم فإن قواعد العقود الإدارية تلعب دوراً مماثلاً للدور الذي تلعبه قواعد عقود القانون الخاص.

كما أن أساس القانون هو استشارة مجلس الشيوخ المحددة للعقد الذي ينفذ عقد إيجار الضرائب والإيرادات، عقد الزيادة في إيجار الضرائب والإيرادات، وعقود البيع، فلا يوجد مكان للاستناد إلى إدعاء مزعوم يتمثل في قوة القانون الذي يضعه الحاكم أو سلطته.

فأي عقد يهدف إلى عمل شيء محدد يجب إقراره من طرف مجلس الشيوخ، فهو يمثل مصدر السلطات([2])، فالقانون الذي يضعه الحاكم والمتمثل في كراسة الشروط كان يتم تحت إشراف الشيوخ إنه يوضع موضع التطبيق إذا وافق عليه المزايد، وهذا يستدعي قبول الصياغة من قبل المزايدين سواء وضعت بواسطة الحاكم أو بواسطة القانون المقترح من الحاكم والتي تم التصويت عليه من قبل مجلس الشيوخ، فإذا ما وضع قانون وأعقبه مزاد فإن القانون يقدم السمات الخاصة بكل مزاد بوجه عام سواء أكان خاصاً أو إدارياً، والفرق القاطع ذا أثر محدود، وهذه الفروق تتمثل في البيع إذا وجد نقل ملكية وفي الإيجار إذا حدث تحصيل أو تقديم خدمة، وكثير من الرومانيين قد أساؤا التمييز بين الإيجار والبيع([3]).

كما أن العقد الإداري، هو عقد اتفاقي خالص من كافة الشكليات التي لم تغب عن ذهن رجال القانون مثل جايوس، فلا وجود لعقد حرفي أو شفهي مع الدولة ولكن تعهدات اتفاقية ([4]). فالعقد الإداري هو حقيقة اقتصادية، يتضمن اتفاق على المصالح.

([1]) cicerone: verr: ٢, ٣, ٧, ١٨- ٢, ٣, ٧, ١٧-١٨-١٩.

([2]) محمد أحمد اسماعيل:" النظام القانوني للجماعات المحلية المصرية المركزية الفرعونية"، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٣م، ص ٨١.

([3]) منيرة عنتر الهمشري:" النظام الإداري والإقتصادي في مصر في عهد دقلديانوس ٢٨٤م-٣٠٥م، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأدب كلية الأداب، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٨٦م، ص ١٤٢.

([4]) محمد جابر محمد حسن المغربي: " الإيجارات في مصر الرومانية دراسات في البرديات اليونانية " ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأداب جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧م، ص ١٠.

- **محاولات تعريف العقد الإداري في الفقه المعاصر**

من الصعب التوصل إلى تعريف للعقد الإداري، وذلك لعدد من الأسباب، أولها أن الإدارة العامة لا تبرم عقوداً إدارية فقط، وإنما تعقد كذلك عقوداً مدنية من عقود القانون الخاص والتي تخضع لأحكام القانون الخاص،

وهنا تدق التفرقة ويصعب التوصل إلى تعريف، وفي هذا المعنى نجد حكم لمحكمة القضاء الإداري صادر في الطعن رقم ٨٧٠ لسنة ٥ ق بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩م: " ومن حيث أن الذي ينبغي المبادرة إلى التنبيه إليه هو أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بعقد إداري حكماً فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص في ظل قواعد القانون الخاص، فيختص بها قاضي القانون الخاص ولا تعني بأمرها مبادئ القانون الإداري. وليس بكاف أبداً مجرد أن يكون أحد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً للقول بأن هذا التصرف أو العقد إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، وتختص حتماً بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما يبرم عقداً إدارياً سواء ".

ومن ناحية أخرى، فإن فكرة العقود الإدارية لم تظهر، إلا عندما ظهر القضاء الإداري، كقضاء مختص بالفصل في المنازعات الإدارية. وبدأ ذلك في فرنسا، حين بدأ مجلس الدولة الفرنسي بالتعرض لمنازعات عقود الإدارة، وبداهة أن مجلس الدولة لم يكن أمامه قواعد إدارية تكفي أو تغطي مشكلات ومنازعات العقود الإدارية، ذلك أن القانون الإداري كان قانوناً وليداً لم تتسع دائرة أحكامه، ولم تستقر بعد مبادئه وأفكاره، ولهذا لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يلجأ للقانون المدني، فيأخذ من مبادئه ونصوصه ما يساعده على الفصل فيما هو معروض عليه.

وجرى قضاء مجلس الدولة على أن يصرح أحياناً بالنص المدني الذي اعتمد عليه، ويكتفي أحياناً باستلهام المبادئ العامة في القانون المدني كل ذلك إلى جانب ما قد يجده من قواعد ونصوص في القانون الإداري، وهكذا تحمل مجلس الدولة الفرنسي بأعباء بناء نظرية عامة للعقود الإدارية، في تطور مستمر، ونمو مطرد، وكانت هذه النشأة القضائية الدائمة التطور، وراء صعوبة التوصل إلى تعريف للعقد الإداري.

وفي مصر قام القضاء الإداري عام ١٩٤٦ ، وجاء القانون ١١٢ خالياً من اختصاص القضاء الإداري الوليد من الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية. وفي عام ٩٤٩ ١ تم تعديل قانون مجلس الدولة وأضاف المشرع

لاختصاصات القضاء الإداري، الاختصاص بنظر المنازعات في عقود إدارية ثلاثة فقط، وجعل هذا الاختصاص مشاركة بين القضاء الإداري والقضاء العادي، إلى أيهما يلجأ المدعي حسب إرادته ورغبته. ولم يمنح المشرع القضاء الإداري سلطة الاختصاص بمنازعات العقود الإدارية عامة، وعلى وجه الاستقلال، إلا بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥. ومن هنا يتبين أنه لم تتح الفرصة أمام العقود الإدارية لتكون لها نظرية ذات

مبادئ وأحكام وقواعد، إلا اعتباراً من عام ١٩٥٥ ، وهذه فترة لا تكفي لبناء نظرية قانونية هي بلا خلاف

قضية هامة وشائكة كذلك. وهكذا تضافرت العوامل لتأخر استكمال نظرية العقد الإداري بنيانها، ورغم هذه الصعوبات فقد ظهرت محاولات للتوصل إلى تعريف العقد الإداري يمكننا ذكرها على النحو التالي:

فالاجتهاد الإداري الفرنسي لم يستقر على مبدأ محدد في تعريف العقد الإداري، بحيث ينطلق تارة في تعريفه من مبدأ تسيير المرفق العام وبصفة خاصة تعتبر عقودا إدارية تلك العقود التي تنظمها الإدارات العامة والأجهزة العامة التابعة لها بقصد تسيير المرافق العامة وتأمين ديمومتها وينطلق تارة أخرى عن طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارات العامة قصد تسيير المرافق العامة والتي تحدد قصد الإدارة بتنظيم عقود إدارية([١]).

وينطلق الاجتهاد الإداري الفرنسي حاليا و بصورة خاصة منذ عام ١٩٥٠ من الشروط الخاصة التي تتطلبها الإدارات العامة والأجهزة التابعة لها لضمان حسن تسيير المرافق العامة، وعلى ضوء ذلك اتجه الاجتهاد الإداري الفرنسي لتعريف العقد الإداري الذي بأنه:" العقد الذي تبرمه الإدارات العمومية مع الأجهزة التابعة لها أو الأفراد، وتضمنه شروطا غير مألوفة في العقد المدني أو التجاري بتحديد الحقوق والالتزامات المتعاقد معها و ذلك لضمان تسيير المرافق العامة"([٢]).

أيضا، استقر قضاء مجلس الدولة المصري في الكثير من أحكامه، وعلى رأسها قضاء المحكمة الإدارية العليا([٣])

كما يعرف أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي العقد الإداري بأنه "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً

استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أني خول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"([٤]).

([١])LONG (M.) , WEIL(P) ,DELVOLVE (P), GENEROIS(B) les grands arrêts de la juris prudence administrative.., Dalloz, Paris , ١٣ e édition, ٢٠٠١, P٥١٢ .

([٢]) Ibid, p ١٥٦.

([٣]) مثل حكم المحكمة الإدارية العليا، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ١٣ ، ص ٥.

([٤]) سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٧٥م، ص٥٠.

واستناداً إلى ما استقر عليه الفقه وقضاء مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر، يمكن تعريف العقد الإداري بأنه اتفاق معقود بين جهة الإدارة كسلطة عامة، وبين فرد أو شركة خاصة بقصد إنجاز عمل محدد يحقق المنفعة العامة،

مع تضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في مجال التعاقدات الخاصة، أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام".

وتعريف العقد الإداري بأنه "اتفاق" يعلن أنه لا يكون بإرادة منفردة، وإنما نتيجة التقاء إرادتين، بمعنى أن العقد الإداري لا يوجد، إلا بالتقاء إرادة الإدارة، مع إرادة المتعاقد معها، سواء كان شخصاً عاماً أو خاصاً. وحسب المبادئ العامة في نظرية العقود، فإن الكتابة ليست ركناً من أركان العقد، ذلك أن الكتابة مجرد وسيلة لإثبات انعقاد العقد وشروطه كذلك. وإعمالاً لهذه المبادئ، فإنه لا يشترط لانعقاد العقد الإداري أن يكون مكتوباً، إلا إذا اشترط القانون ذلك. وعلى هذا المفهوم استقر رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، حسبما جاء بالفتوى الصادرة عنها في ٢٤/ ١٩٩٧/١٢م، والتي جاء بها أن العقد الإداري يقوم بتوافر الإيجاب والقبول، حتى ولو كان غير مكتوب.

وأصلت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه بقولها : أن عدم تحرير عقد إداري لا يعني عدم وجود علاقة تعاقدية، لأن الوثائق المتبادلة بين الطرفين، تدل على قيام هذه الرابطة التعاقدية، حيث إن العقد المقدم من الشركة والشروط

الواردة في الاعتماد المستندي المفتوح لصالحها تعتبر، بمثابة عقد إداري ملزم للطرفين([1]).

تجمع كل التعاريف للعقد الإداري على أن المعيار المميز له من وضع القضاء الإداري وأنه يشترط في العقود الإدارية توافر مجموعة من الشروط التي تميزها عن بقية العقود المدنية والتجارية وهي أن تكون الدولة طرفا في العقد وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص.

أما فيما يخص نشأة العقود الإدارية في فرنسا

لم تنشأ نظرية العقود الإدارية في فرنسا إلا في مطلع القرن العشرين حين كان المعيار المتبع للتميز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة هو معيار السلطة العامة فإذا تعلق النزاع بعمل من أعمال السلطة انعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية إما إذا تعلقت المنازعة بعمل من أعمال الإدارة فإن الاختصاص يخول للمحاكم العادية.

([1]) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٥٩٥٥ ، لسنة ٤٣ .

وتطبيقا لنظرية السلطة العامة فقد قسم البعض من (الفقه الفرنسي) وسايره في ذلك (أحكام القضاء) أعمال الإدارة إلى قسمين (القسم الأول) أعمال السلطة وهى التي تتعلق بالسلطة العامة في الدولة ما لها امتيازات خاصة وما لها من سلطة إجبار وإلزام بتنفيذ التزاماتها ، وبهذا ينعقد الاختصاص بنظر هذه المنازعات إلى جهة القضاء الإداري.

(أما القسم الثاني) أعمال الإدارة العادية ، وهى تلك الأعمال التي تتعامل بها جهة الإدارة دون إتباع وسائل القانون العام مثلها في ذلك مثل الأفراد العاديين ومن ثم ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات التي تثور بشأن هذه الأعمال لمحاكم القضاء العادي([1]).

واستثناء من القاعدة السابقة أن المشرع الفرنسي جعل الاقتصاص بنظر بعض المنازعات التي تثور بشأن بعض العقود التي تبرمها جهة الإدارة من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي ومن هذا القبيل قانون ٢٨ بليفوذا الذي جعل من اختصاص مجالس الأقاليم النظر في المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة والقانون الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٧٩٠ والقانون الصادر في ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣ الخاص بعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة([2]).

ولكن قواعد الفقه والقضاء في فرنسا عدلت عن الأخذ بمعيار السلطة العامة لتمييز أعمال الإدارة حيث عدل الاثنان الأخذ بمعيار آخر آلا وهو معيار المرفق العام ، وقد بدء القضاء في تغيير هذا المعيار منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر. ولقد طبق مجلسي الدولة الفرنسي معيار المرفق العام بصدد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة وكان ذلك في حكمه الصادر في ٦ فبراير ١٩٠٣ في قضية terrier ويعتبر هذا الحكم هو الأساس الذي قامت عليه نظرية العقود الإدارية بطبيعتها([3]).

وطبقا لمعيار المرفق العام ، نجد أن القضاء الإداري يختص بنظر المنازعات المتعلقة بتنظيم وتسيير المرافق العامة سواء أكانت مرافق قوميه أو مرافق محلية وسواء أكانت جهة الإدارة تتصرف بوصفها سلطة عامه أم بوصفها فرد عادى.

ولقد أكد مفوضي الحكومة Romieu في التقدير الذي أعده في هذه الدعوى أن اختصاص القضاء الإداري يستند إلى فكرة المرافق العامة سواء أكانت قوميه أم مرافق محلية ولكنه استثنى من ذلك تصرف الإدارة كفرد عادى حين يختص بنظر المنازعات الخاصة بها للقضاء العادي([4]).

([1]) شريف خاطر، التحكيم فى منازعات العقود الإدارية وضوابطه ، دار النهضه العربية ٢٠١١ صـ ١٧

([2]) شريف خاطر – مبادىء القانون الإدارى – دار النهضه العربية، ص ٥٦.

([3]) منصور محمد أحمد ، كتاب العقود الإدارية (الجزء الأول)، دار النهضه العربية، ص ٢٠.

([4]) شريف خاطر، التحكيم فى العقود الإدارية ، دار النهضه العربية، ص ١٢

أما بالنسبة لنشأة العقود الإدارية فئ مصر

رأينا أن نظرية العقود الإدارية هي من صنع مجلس الدولة المصري ، شأنها في ذلك شأن سائد النظريات في القانون الإداري ، وذلك بهدف التوفيق بين المصالح الفردية والمصالح التي تمثلها الدولة وعلى هذا الأساس لا يمكن الحديث عن نشأة العقود الإدارية في مصر قبل نشأة مجلس الدولة.

فقبل إنشاء مجلس الدولة وذلك الذي تم إنشاؤه في عام ١٩٤٦ لم يوجد في مصر قضاء إداري يختص بمنازعات العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفا فيها حتى هذا التاريخ (تاريخ الإنشاء) كانت منازعات العقود الإدارية والمنازعات الإدارية بصفه خاصة خاضعة للقضاء العادي المتمثل في المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية([١]).

وقد نتج عن ذلك الوضع تأخر ظهور نظرية العقود الإدارية حيث كانت المحاكم القضائية (أهلية ومختلطة) تطبق على المنازعات التي تنعقد بشأن عقود الإدارة القواعد الواردة في القانون المدني مما أدى إلى عدم تطبيق قواعد تداعى ذاتيه العقود الإدارية([٢]).

وعلى الرغم من ذلك حاولت بعض الأحكام إضفاء طبيعة خاصة على العقود الإدارية وضرورة تنظيمها بقواعد خاصة ومتميزة ومن ذلك ما أكدته محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ١٠ يناير ١٩٣٣ حيث قررت " أنه في حالة عدم وجود تشريعات خاصة تنظم العقود الإدارية فإنه يجب على المحاكم عند التصدي للمنازعات الناشئة عنها ، مراعاة المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية والتي تتفرع عن المبادئ العامة للقانون ، حيث يوجد القانون الإداري في أي دولة متحضرة بصورة حتمية([٣]).

ولقد بدأت محاولات لإنشاء مجلس الدولة في مصر في أواخر القرن التاسع عشر ولكن هذه المحاولات باءت بالفشل نتيجة لتدخل الحكومة البريطانية التي منعت إنشاء قضاء إداري مستقل يختص بالمنازعات الإدارية والعقود الإدارية.

ثانيا : الوضع بعد إنشاء مجلس الدولة:

عندما بدء التفكير في إلغاء الامتيازات الأجنبية ، بدأت الحكومة المصرية في وضع مشروع قانوني لإنشاء مجلس الدولة في مصر على غرار مجلس الدولة الفرنسي ثم توالت القوانين على مراحل مختلفة.

([١]) شريف خاطر مبادىء القانون الإدارى، دار النهضه العربية ، ص ٥١٨ .
([٢]) منصور محمد أحمد ، كتاب العقود الإدارية (الجزء الأول)، دار النهضه العربية ، ص.٢٧
([٣]) منصور محمد أحمد ، المرجع السابق ، ص٣٠

المرحلة الأولى : صدر القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ خاليا من أية إشارة إلى اختصاص المجلس بنظر المنازعات التي تثور بصدد عقود الإدارة ، وبالتالي لم يتغير الحال في ظل هذا القانون عن الوضع في سابقه ، حيث أن اختصاص مجلس الدولة محدود على سبيل الحصر وبالتالي ظلت المحاكم القضائية مختصة بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة([1]).

المرحلة الثانية : بدأت بصدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، وهو العام الذي ألغيت فيه الامتيازات الأجنبية ، وقد تضمنت المادة الخامسة من هذا القانون تحديد اختصاصات محكمة القضاء الإداري ومن بينها منازعات العقود الإدارية.

ولكن قد جاء اختصاص محكمة القضاء الإداري، بنظر منازعات العقود الإدارية محددا على سبيل الحصر، حيث أشارت المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ إلى اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بعقود الأشغال العامة، وعقود الامتياز، وعقود التوريد([2])

ولكن انتقد جانب من الفقه المصري نص المادة الخامسة سالف الذكر ، حين ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن النص حدد اختصاص محكمة القضاء الإداري في هذه العقود الثلاثة ، بينما ذهب البعض الآخر بأن النص لم يقصد تحديد بعض العقود بل أشار إلى أمثلة لأهم العقود وهى الأشغال العامة والامتيازات والتوريدات ومن ثم تختص محكمة القضاء الإداري بكافة المنازعات الإدارية([3]).

ولقد حاولت محكمة القضاء الإداري تفسير نص المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ تفسيرا واسعا.

حين قضت بأنها تختص بأي عقد يتصل بهذه العقود (عقد الأشغال العامة – عقد الامتياز – عقد التوريد) من قريب أو من بعيد ، ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكمها الصادر في ٢٦ ديسمبر لسنة ١٩٥١ الذي جاء فيه (طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ م الخاص بمجلسي الدولة) تختص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة ، وعقود التوريدات الإدارية اختصاصا مطلقا شاملا أنما نشأت عن العقد الإداري الذي تعهد فيه المدعون بالمساهمة في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة هو مشروع إنشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة

([1]) منصور محمد أحمد ، المرجع السابق ، ص٣٢

([2]) عبدالله حنفى : العقود الإداريه ، الكتاب الأول ، دار النهضه العربيه، ١٩٩٩ ، ص ص ـ ٢١ ، ٢٢ .

([3]) سعاد الشرقاوى ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ ،ص ٢٢.

الأراضي التي تقام عليها ، ومبلغ من المال فهي منازعه وثيقة الارتباط بعقد من عقود الأشغال العامة هو تشديد هذا المبنى([1]).

واستمر هذا الوضع قائما حتى صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الذي ألغى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ حين نص على اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بعقود الامتياز والأشغال العامة والتوريدات وأي عقود إداريه أخرى . وتم نقل نفس النص إلى القانون الحالي الخاص بتنظيم مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ومن ثم أصبح مجلس الدولة مختصا دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بأي عقد إداري دون أن يشاركه في ذلك القضاء العادي ، كما كان الوضع من قبل ([2]).

([1]) محكمة القضاء الإدارى ،٢٦ ديسمبر ١٩٥١ ، مجموعة الأحكام ، لسنة ٦ ، ص ٢١٤

([2]) شريف خاطر، التحكيم فى العقود الإدارية، دار النهضه العربية ، ص ١٤.

المبحث الثاني

خصائص العقد الإداري وأهم صوره

خصائص العقد الإداري في ظل القانون الروماني وأهم صوره

- **تدخل السلطة العامة**

إذا كانت الدولة الرومانية تتمتع بالشخصية القانونية، فهل تدخلها في إبرام العقد بما لها من سلطة يكفي لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد؟ وهل كان للدولة الرومانية حرية اختيار صيغ العقود المبرمة باستخدام سلطة القانون العام، وبدون الخضوع للمعايير القانونية الواردة في القانون الخاص؟

الجدير بالذكر هنا أنه يوجد طائفتان من القوانين: قانون خاص يطبق على علاقات الأفراد، وقانون عام يطبق على علاقات الدولة مع الأفراد، فهذان النوعان من القوانين لم يجهلهما الفقه الروماني([1]). وهناك البعض من الفقهاء الذين أجازوا فكرة العقد الإداري الذي يبرم وفقاً لقواعد القانون الخاص، والبعض الآخر تحفظ في ذلك.

وانطلاقا مما تقدم ذكره، يجب القول أن تدخل الدولة في إبرام العقد يظهر من خلال ممثليها أو من تفوضهم سواء أكان تفويضا صريحاً أو ضمنيا أو التمثيل القانوني للدولة أو ممثلي السلطة المركزية([2])، فصفة محرر التصرف القانوني هو الذي يضفي طبيعته الإدارية أو الخاصة على التصرف، فحينما يظهر ممثل الدولة صفته أثناء ممارسته لوظيفته وهو يبرم عقداً مع أحد الأفراد، فإنه يجب أن يطبق الصياغة التي تتفق مع هذا النوع من العقود، أي يطبق قواعد القانون العام.

- **تمويل العقد**

يوجد العديد من نماذج العقود التي تمولها الدولة، منها على سبيل المثال العقد الذي يبرمه الحاكم لصالح الدولة، وقد أصبح هذا النموذج من العقود شائعا في ظل العصر الجمهوري والإمبراطوري. والتمييز بين طرق تمويل العقود يقتضي التفرقة بين عقد

([1]) PEQ. GNO. T (G):" Contribution a la theorie generale du contrat administratif, These, U- Montpellier, ١٩٤٥, p. ٦٣.

([2]) محمد أحمد اسماعيل:" النظام القانوني للجماعات المحلية المصرية، (المركزية الفرعونية)، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، سنة ٢٠١٣م، ص ٧٣، عن جمال الخولي:" الوثائق الإدارية بين النظرية والتطبيق"، الدار المصرية اللبنانية للنشر، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٣م، ص ٣٠.

التمويل الخاص وعقد التمويل العام([1]). ومن أمثلة العقود الإدارية التي تدخل تحت نطاق القانون العام ما يلي:

- عقود النفقات العامة.
- عقود نفقات الدولة.
- عقود المصروفات العامة.
- عقود أموال الهبة.
- العقود المحررة بالنقود المتحصلة من الأموال الدينية.
- العقود المحررة بالنقود المتحصلة من القرارات المالية.

بالرغم من أن كل هذه العقود لم تذكر في فحواها ما يميزها كعقود إدارية إلا أنه يمكن القول أن كل هذه العقود المذكورة أعلاه هي عقود إدارية([2]).

أولا/ مسميات العقد

للعقود الإدارية في القانون الروماني مسميات متعددة تتمثل فيما يلي:

١- مصطلح الإيجار، كان يستخدم أساسا في العقود الإدارية، فقد تم استخدام هذا المصطلح من قبل العديد من فقهاء الرومان، فقد استخدمه الفقيه الروماني بلوت Plaute ([3]) للتعبير عن عقد إيجار إداري، أما النصوص القانونية التي تم فحصها من قبل الفقيه (TiTe-live)، " فهي إما تتعلق بالتسكين العسكري "، وإما القانون الإداري، وفي كلتا الحالتين تشير هذه العقود إلى استخدام مصطلح (lacare) بمعناه الإداري([4]).
والجدير بالذكر أن عقد الإيجار كان يأخذ شكلاً مميزا عن عقد الاستئجار، وهنا لا يجب أن يختلط مع عقد الإيجار بمعنى (location)، ومن ثم فإن السمة المميزة لمصطلح (location) هو الوضع والتسكين وهو يتم بطريقة واحدة تتمثل في المزاد، والمزاد هو الذي يميز العقد الإداريومن ثم فإن مصطلح (locare) كان يشير في المقام الأول إلى المزايدة باعتبارها الشكل الطبيعي لعقد الإيجار، ولذلك إذا لم هناك مزاد فلا يمكن أن يكون عقد إيجار.

([1]) حسين الشيخ:" دراسات في تاريخ الحضارات القديمة الرومان"، الاسكندرية، دار المعرفة الجديدة، سنة ٢٠٠٠، ص ١٤٤.

([2]) Aulu-Gelle: ١٦, ٤, ٢.

([3]) Plaute Amphitruo: ٢٧٦, “ engagement de service”.

([4]) محمد أحمد اسماعيل:" النظام القانوني للجماعات المحلية المصرية المركزية الفرعونية"، مرجع سابق ذكره، ص ٧٦، عن منيرة محمد عنتر الهمشري، النظام الإداري والاقتصادي في مصر في عهد دقلدينوس ٢٨٤م- ٣٠٥م، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأدب، كلية الأداب، جامعة الاسكندرية، سنة ١٩٨٦م، ص ٧١.

انطلاقا مما تقدم يعتبر المزاد الركن الأساسي في إبرام عقود الدولة سواء تمت في نطاق القانون العام أو الخاص، وذلك لأنه كان يحقق لمجموعة من تتمثل فيما يلي:

- المزاد يجذب أكبر عدد من المتنافسين، وبالتالي يمكن للدولة أن تختار أقل الأسعار، ومنه تتجنب الدولة الوسطاء ونفقات الأعمال المكتبية.
- المزاد هو مادة لتحصيل الضرائب على المصاريف.
- المزاد مرتبط بصلاحيات الحاكم الروماني.
- المزاد يشكل الجانب الرادع لأي من التصرفات السلبية والسيئة من طرف الحكام أو الآخرين.
- المزاد يساعد على تحفيز المنافسة لإبرام العقد بناءً على الشروط القانونية الصحيحة مقدماً أفضلها لتنفيذ العقد، ومن ثم فإن الحاكم الروماني لا يمكنه الاختيار كيفما يشاء وإنما يجب عليه أن يعمل طبقاً لقواعد المزاد، ومن ثم فإنه يكون تحت المراقبة.
- المزاد يتماشى مع فكرة الديمقراطية السائدة في العصر الروماني، وهو ما يعني اتباع نظام المزايدة في جميع العقود التي تبرمها الدولة.

وإذا كان المبدأ العام في روما هو إبرام العقود الإدارية عن طريق المزايدة، فإن هذا المبدأ له مخالفاته واستثناءاته:

- المخالفات، يمكن ارتكابها من طرف الحاكم ذاته، إذ أنه يجب أن يتمتع بقدر كبير من الحرية عن أي شخص أخر، ويُلزم المتزايد يقبل اختياره، ولعل أحسن مثال على ذلك سيزار قرر إرساء المزاد على سيرفولا خلال الحرب الأهلية على أساس أدنى سعر لمساحة شاسعة من الأملاك([1]).
كما كانت هناك مخالفات تصدر من الأفراد، مثل أن يحدث تواطؤ بين المعلنين والحاكم كما هو مذكور مراراً في كتابات شيشرون([2]).
- الاستثناءات تتمثل في نقص المتنافسين ، حيث تضطر الدولة إلى إجراء التعاقد بدون مزاد، وقد تبين من خلال نص تيت لايف (TITE LIVE) الذي جاء فيه أن :" المنافسة ضئيلة ، وقد تقاسمت الشركات الثلاثة في العمل والأرباح، ومن ثم فقد اعتبرها خطوة وسيطة بين العقد بالمزاد والعقد بدون مزاد"([3]).
وعلى الرغم من هذه الاستثناءات، فإن العقد الإداري كان دائما يتم عن طريق المزاد، وقد كان يحدث حتى عندما يكون التعاقد عن طريق الإيجار.

([1])Suetone: " Caes, ٥٠- Texte repris pare Macrobe: ٢.٢.
([2]) Cicerone: Verr: ٢, ٢, ٧٤, ١٨٢ et ١٨٣ sur certaines combinaisons douanieres peu recommandables.
([3]) Lemergans. Op. cit, p ١٨.

انطلاقا مما تقدم تبين أن مصطلح الإيجار هو مصطلح فني خاص بالعقد الإداري، وهو يتم بصفة أساسية عن طريق المزاد.

٢- مفهوم عقد الإيجار والاستئجار ، مصطلح التأجير ينطوي على الإيجار، وهذا المصطلح الأخير يتمتع دائما بالسمو، فالدولة أو الموظف العام أو القائد أو رب العائلة هو الذي يضع الإيجار، فالمستأجر يظهر باعتباره خصماً ومن ثم يخضع للعقد، فالرومانيون لم يستخدموا الإرادة الحرة بصدد الإيجار([١]).
كما أن مصطلح التأجير (conducere) ينطوي على الإيجار (locare)، وهذا المصطلح الأخير يتمتع دائما بالسمو، فالدولة أو الموظف العام أو القائد أو رب العائلة هو الذي يضع الإيجار (qui locat).
فالمستأجر يظهر باعتباره خصما ومن ثم يخضع للعقد، فالرومانيون لم يستخدموا الإرادة الحرة بصدد الإيجار([٢]). فالإيجار (la locatio) لا يتضمن في حد ذاته فكرة الإذعان، فهذه الموافقة تترجم بواسطة فعل مختلف عن الإيجار هو التأجير.

٣- البيع بالمزاد، يتم إبرام هذه العقود عن طريق المزايدة، وفي هذه الفئة من العقود يبرز الفارق الواضح بين الإيجار والذي يقصد به التسكين في مكان ما، والبيع الذي يعني نقل الملكية التام إذ دائما ما يتم الإيجار عن طريق المزاد، ومن ثم يدخل في نطاق العقود الإدارية، بعكس البيع الذي يظل خاضعا لأحكام القانون الخاص إذا كان الغرض منه نقل الملكية الحقيقي، ولكل قاعدة استثناء تتمثل في العقود المبرمة بدون مزاد، حيث نجد أن هذه العقود حررت باستخدام مصطلحات القانون الخاص: مثل حالات تملك الأملاك الخاصة بأحد الأفراد للدولة، فهده العقود توصف بأنها عقود شراء والدولة هي المشتري، وقد ذكر كاتون (Caton) عن (TiTe-Live) أنه اشترى لصالح الدولة ردهتين وأربعة دكاكين، أما سمبرونيوس (Sempronius)، فقد اشترى للدولة منزلاً وأربعة محلات جزارة مع الدكاكين المجاورة وذلك باستخدام المبالغ المخصصة لذلك، ونفس الشيء قد تم فيما يخص شراء العبيد. أما فيما يخص شراء الأراضي من الأفراد فقد أعطى شيشرون مثال على ذلك من خلال القرض (الدائن) المبعوث من مجلس الشيوخ لشراء أراضي من الأشخاص .

([١]) محمد جابر محمد حسن المغربي:" الايجارات في مصر الرومانية دراسات في البرديات اليونانية"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأدب، كلية الأداب، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧م، ص١٤٣.

([٢]) المرجع السابق ذكره، ص ٣١٥.

ومن خلال ما تقدم يمكن استخلاص ما يلي:

- وفقا للقانون الروماني، فإن مصطلح البيع مثل مصطلح الإيجار كان يستخدم بصفة أساسية في العقود.
- النصوص المتعلقة بالبيع كانت أقل بكثير من تلك النصوص المتعلقة بالإيجار خاصة في العقود الإدارية، ويرجع السبب في ذلك إلى وجود اختلاف جوهري بين الإيجار والبيع، فالإيجار يعني استعمال المكان، أما مصطلح البيع يعني بصفة أساسية نقل الملكية الفعلي من شخص إلى شخص أخر.

ثانيا/ الإلزام أو الضرورة (La Hasta)، هذا المصطلح يعني أو يشير إلى العقد الإداري في الإمبراطورية السفلى، ويمكن التطرق إليه من خلال الإيجارات والبيوع، والملاحظ أن ارتباط مصطلح الإيجار بمصطلح (La Hasta) نادراً ما يوجد في الأدب اللاتيني لأن مصطلح (Locatio) فقط يشير إلى العقد الإداري بدون أن يختلط مع القانون الخاص([1])، ونفس الأمر نجده متماثلا مع مصطلح البيع بالمزاد، وكذلك مصطلح بيع بموجب مزاد حكومي، فهي مألوفة الاستخدام أيضا في الأدب اللاتيني.

والجدير بالذكر أن فإن دور(La Hasta) في القانون القديم كان له دوراً هاماً، فهو أفضل وسيلة تملك محتملة في كافة التصرفات القانونية، ونجد ذلك في العقود الإدارية، حيث أنها ترمز إلى الملكية التامة للدولة الرومانية، كما أن الغزاة لهم ملكية تامة على أملاك العدو، وللوصول إلى خلاصة عامة ، فإنه منذ عصر الجمهورية إلى أواخر عصر الإمبراطورية وجد المعيار الحقيقي للعقد الإداري الروماني.

- **استنتاج ما يتسم به العقد الإداري الروماني:**

من خلال ما تقدم يمكن استخلاص المميزات الخاصة التي يتسم بها العقد الإداري الرومان، فالعقود المسماة جميعها تشير إلى ضرورة إجرائها عن طريق المزاد، وهذا ما يميز هذه العقود عن مثيلتها في القانون الخاص، وانطلاقا من ذلك فالعقد الإداري الروماني سواء تم في صورة إيجار أو بيع فإنه يتم من خلال المزاد، ويتميز عن القانون الخاص بعلامة مميزة تتمثل في الإلزام (La Hasta)، وقد وضع موني تعريفا شاملا للعقد الإداري يتمثل في ما يلي :

([1]) Bengte. Thomasson:" Die Statthalter der Romischen prowinzen Nordafricas von augustus bis Diocletianus. T.I. lund ١٩٦٠, p. ٦٥.

" يعتبر عقداً إداريا كل التصرفات التي تبرمها الدولة مع الأفراد والتي بمقتضاها تصبح الدولة دائنة أو مدينة، بحيث يتم ذلك عن طريق المزاد سواء كان التصرف بيعاً أو إيجارا" ([1]).

ثالثا/ خصائص العقد الإداري في الفقه العاصر وأهم صوره

توجد أنواع عديدة للعقود الإدارية فهي تتعدد بتعدد الأغراض التي تهدف جهة الإدارة إلى تحقيقها من عملية التعاقد . ويلاحظ حاليا صعوبة تحديد العقود الإدارية نظراً للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي سادت المجتمع مما يصعب وضع تحديد أو تصنيف دقيق للعقود الإدارية.

فقد كان الاتجاه التقليدي يحصر العقود الإدارية في صور محددة ومن أشهرها عقود الأشغال العامة وعقود التزام المرافق العامة وعقود التوريدات.

وقد أدى التطور في الحياة الاقتصادية والاجتماعية إلى ظهور طائفة أخرى من العقود اختلف الفقه حول طبيعتها القانونية واصطلح على تسميتها بعقود البوت ، وإن كان الغالبية من الفقه ترى أنها عقود إدارية.

ويوجد إلى جانب التحديد التشريعي لبعض العقود الإدارية ، العقود الإدارية بطبيعتها وإن كان أحد أطرافها على الأقل شخص معنوي عام وكانت تتعلق بتنظيم أو تسيير مرفق عام أو كانت تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وسوف نعرض بعض هذه الصور التقليدية والحديثة للعقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر على النحو التالي:

أولا: عقد امتياز المرافق العامة

ثانيا : عقد البوت في مصر

ثالثا : عقود الأشغال العامة

رابعا : عقد التوريدات

خامسا : عقود تقديم المعاونة

سادسا : عقد التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الحكومة

([1]) منيرة محمد الهمشري، مرجع سابق ذكره، ص ١٤٤.

أولا: عقد امتياز المـــرافق العامة:

وفقا للتعريف التقليدي فإن عقد التزام المرافق العامة هو (عقد تعهد بمقتضاه السلطة المانحة إلى أحد أشخاص القانون الخاص ، (الملتزم) بإدارة مرفق عام إقتصادى على نفقة ومسؤليته على أن يتقاضا عوضا ماليا في شكل رسوم يقوم بتحصيلها من المنتفعين بالمرفق.

يتضح لنا من التعريف السابق أن جهة الإدارة تقوم بمنح الامتياز إلى شخص خاص غالبا ما يكون شركة خاصة ويطلق عليه اسم الملتزم ويتولى إدارة موقف عام على مسؤليته ، ويكون للملتزم الحق في الحصول على مقابل مالي من المنتفعين بالمرفق وغالبا ما يتولى إدارة مرفق عام إقتصادى.

والجدير بالملاحظة عقد الامتياز أو الالتزام من أهم العقود الإدارية ، ولذلك كان على رأس قائمة العقود الثلاثة التي بداء المشرع المصري بتقدير الاختصاص في شأن القضاء الإداري بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وله صورتان الأولى عقد امتياز الأشغال العامة وفيه يقتصر دور صاحب الامتياز على إقامة منشآت عامه والثاني عقد امتياز المرافق العامة([1])

الطبيعة القانونية لعقد إلتزام المرافق العامة:

اختلف الفقه حول طبيعته على أنه عقد مدني والثاني ذهب إلى أنه عقد مركب . فالأول يرى أنه عقد مدني وذلك لأنه يتضمن اشتراطات لمصلحة المنتفعين بالمرفق تقدرها جهة الإدارة (السلطة المانحة لصالحهم بما ينشىء لهم حقوق قبل الملتزم وقبل السلطة العامة ولقد أيد جانب من الفقه والقضاء الفرنسي هذا الرأي.

بينما ذهب البعض الآخر إلى عقد الالتزام عقد مركب يحتوى على نوعين من الشروط:

شروط تعاقدية وهى تلك الشروط المتعلقة بالجوانب المالية للملتزم ولا يجوز تعديلها إلا بموافقة الطرفين.

والنوع الثاني الشروط اللائحية وهى تلك الشروط المتعلقة بتنظيم وتسيير المرفق العام – مثل تحديد طريقة الاستغلال وقوائم الأسعار فهذه الشروط وغيرها يجوز للإدارة مانحة الالتزام أن تعدلها بالإدارة المنفردة([2]).

([1]) طعيمة الجرف، القانون الإدارى، مرجع سابق ذكره، ص ٢١٠

([2]) محمد سعيد أمين:" دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها"، الإسكندرية ، دار الثقافة الجامعية، سنة ١٩٩٢م، ص ٤٥

السلطة مانحة الالتزام:

في فرنسا السلطة مانحة الالتزام تتمثل في الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة باعتبارها أشخاص معنوية عامه يكون لها الحق في منح إلتزام المرافق العامة للغير.

الوضع في مصر:

أما عن الوضع في مصر فإن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ المعمولة به في مصر حتى الآن وتعديلاته هو الذي يطبق هذا الشأن ويؤكد بأن منح امتياز المرافق العامة يكون بقرار من رئيس الجمهورية.

رابعا : مدة عقد الامتياز:

يتميز عقد الالتزام بأنه عادة ما يمنح لفترة زمنيه طويلة حتى يتمكن الملتزم من تعويض ما يكون قد تكبده من نفقات لإنشاء إداري واستغلال المشروع ولا يتسنى له ذلك إلا بمضي مدة ليتحقق فيها الربح.

ومما يدل على ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بتنظيم المرافق العامة على أنه " لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة " فإذا ما جدد الملتزم مدة الثلاثين عاما كفل ذلك للملتزم الانتفاع به للمدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء"

ويلاحظ أن القانون لم يضع ضوابط لتجديد عقد الالتزام للمرافق العامة ولكن يجوز تجديد العقد لمدة أخرى بشرط ألا تتجاوز ٣٠ سنه بمعنى أنه إذا كانت المدة الأصلية ٢٠ فلا يجوز التجديد لغير ١٠ سنوات.

ثانيا: عقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية

بعض الفقهاء عرفها بأنه العقد الذي بمقتضاه تقوم السلطة المانحة (أحد أشخاص القانون العام) بتكليف أحد أشخاص القانون الخاص شخص طبيعي أو معنوي ، وطني أو أجنبي ، بمهمة إنشاء واستغلال المرفق العام على مسؤوليته ولمدة محدودة ، ويحصل على مقابل الانتفاع من المنتفعين بالمرفق وفى نهاية مدة الالتزام يلتزم بإعادة المرفق بحالة جيده وبدون مقابل إلى الجهة المانحة.

وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنيه محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق وأية رسوم أخرى شرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء ، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي إستنثرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار ، وفى نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم

الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخصية خاصة جديدة ، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة([1]).

- القوانين المنظمة لعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية:

- أول قانون صدر في مجال عقود البوت هو القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ الخاص بإنشاء الطرق العامة وإدارتها واستغلالها وصيانتها المعدل لأحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨.
- صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ الخاص بإنشاء هيئة كهرباء مصر.
- صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ الخاص بمنح إلتزام المرافق العامة لإدارة وإنشاء واستقلال المطارات وأراضى النزول.
- وأخيرا صدر القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ المعدل للقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن المواني المتخصصة وصرح فيه بمنح الالتزامات التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم في الداخل والخارج

ثالثا: عقد الأشغال العامة

هو عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشأة عقارية لحساب الإدارة ولمنفعة عامة([2])

ومن ثم وجب في عقد الأشغال العامة أن يتصل بعقار أو عقار بالتخصيص ، حتى لو لم تكن أعمال الملتزم تتصل بالبناء أو الترميم ، فقد يكفى في عقد الأشغال العامة أن تتصل بأعمال الصيانة ومن ذلك يتبين لنا عناصر العقد الإداري.

- عناصره

- يجب أن ترد الأشغال العامة على عقار:

فكما أشارنا سابقا أن يكون موضوع عقد الأشغال العامة عقارا ، سواء أكان عقارا بطبيعته كالأراضي والمباني أو عقارا بالتخصيص كخطوط التليفون أو مد أسلاك تحت الماء ، ولذلك فلا يجوز أن يكون منقولا.

- يجب أن يكون العقد لحساب شخص معنوي عام:

([1]) عمر أحمد حسبو:" التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ Bot "، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢م، ص ٩٠

([2]) محمد عبد الله النعيمي:" الالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الإداري تجاه الغير"، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٤م، ص ٦٧

يجب أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام سواء كان شخص معنوي عام كالدولة أو شخص معنوي عام إقليمي كالمحافظة أو المدينة أو المركز أو شخص معنوي مصلحي كالمؤسسات العامة أو الهيئات العامة.

- يجب أن يكون الغرض من الأشغال العامة تحقيق نفع عام:

يشترط أن يكون الغرض من الأشغال العامة هو تحقيق مصلحة عامه سواء أكانت العقار مملوك للدولة ملكية عامة أو ملكية خاصة.

- تمييز عقود الأشغال العامة عن عقود إلتزام الأشغال

يتميز عقد الأشغال العامة عن عقد امتياز الأشغال العامة في المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد ،ـ فالملتزم يتقاضى المقابل في صورة رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق ، أما في عقد الأشغال العامة فالمقابل هو ثمن يحدد في العقد ويتقاضاه المتعاقد مع الإدارة.

أما عقد الأشغال العامة يتعلق موضوعه بإنشاء مرفق دون أن يكون للمقاول حق استغلاله أما عقد المرفق فيتعلق العقد بإدارة مرفق دون إنشائه([1]).

رابعا: عقـــد التـــــوريد والنـــقل

- **عقد التوريد:**

<u>تعريفه :</u> هو اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة تتعهد بمقتضاه توريد منقولات معينه لازمه لمرفق عام مقابل ثمن معين وبمقتضاه تنتقل المنقولات المتفق على توريدها إلى ملكية جهة الإدارة بمجرد توريدها

ويتضح من ذلك أن عقد التوريد يرد على المنقولات مثل توريد ملابس أو مواد غذائية للمستشفيات ولا يرد على العقارات.

وإذا كان الفقه والقضاء اتفقا على الطبيعة الإدارية لعقد الأشغال العامة وعقد الالتزام إلا أن عقد التوريد يمكن أن يكون مدنيا ولا يكون إداريا إلا إذا توافرت فيه معايير العقد الإداري.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٥ فبراير ١٩٩٠ حيث قررت بأن عقد التوريد ليس عقدا إداريا على إطلاقه بتخصيص القانون وإنما يشترط لإسباغ هذه الصفة أن يكون عقدا إداريا بطبيعته.

([1]) عمر الخولي :" الوجيز في العقود الإدارية"، الطبعة الثانية، سنة ٢٠١٢م، ص ٥٦

العقود المرتبطة بعقود التوريد:

- **عقود التوريد الصناعية:**

في عقود التوريد الصناعية يقوم المورد بصناعة المنقولات المتفق عليها وتوريدها لجهة الإدارة وبالتالي يكون لها سلطة الرقابة والإشراف على المورد.

- **عقد التحويل:**

بمقتضى هذا العقد تسلم الدولة إحدى الشركات منقولات بقصده تحويلها وإعادتها إلى الدولة ، ويعتبر القضاء الفرنسي الإداري هذه العقود عقود توريد إذا كان للتوريد الغلبة في العقد([1]).

- **عقد النقل:**

تعريفه : هو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة أو أشخاص لحساب شخص معنوي عام ، وذلك مقابل ثمن محدد في العقد.

فموضع العقد هو نقل الأشخاص والأشياء ، ويحدث في الواقع الاختلاط بنية عقد النقل من ناحية وعقد الامتياز من ناحية أخرى إذا أنصب عقد الامتياز على نقل الأشياء كما في امتيازات نقل الخطابات بالسفن.

خامسا: عقد تقـــــديم المعاونة

تعريفه : هو عقد بمقتضاه يلتزم فرد أو شركة أو شخص من أشخاص القانون العام بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات مرفق عام أو أشغال عامه ومثاله تعهد المتعاقد مع الإدارة بتقديم عدد معين من الأنفار لتنقية لطع فقس دودة

القطن.

يتميز عقد تقديم المعاونة بالميزات الآتية:

- أن عقد تقديم المعاونة قد يكون من أحد الأفراد من أجل المساعدة في بناء مدرسة أو وحدة صحية أو مستشفى وذلك بتقديم الأراضي أو الموارد.
- أن عقد تقديم المعاونة ليس تعبيرا عن الإدارة المنفردة كمصدر للالتزام وإنما اتفاق بين إدارتين هما إدارة مقدم المساعدة أو المعاونة وإدارة جهة الإدارة وينعقد العقد بقبول جهة الإدارة له .

([1]) ماجد راغب الحلو:" العقود الإدارية"، منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، سنة ٢٠١٢م، ٤٩.

- يتميز عقد المعاونة بأنه عقد إداري حيث أقرت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٥ مارس عام ١٩٨٠ بأنه " ومهما اختلفت صور هذا العقد تباينت أوصافه فهو يقوم على المساهمة، فهو عقد إداري وثيق الصلة بعقود الأشغال العامة.
- أن هذا العقد يتم بالتزام من المتعهد وقبول من الإدارة وإلى أن يتم هذا القبول لا يجوز للمتعهد سحب عرضه، وإذا تلاقى الإيجاب والقبول ينشأ الالتزام من الجانبين ، إلا أنه بالرغم من ذلك فإن جهة الإدارة لا تلتزم بالقيام بالمشروع إذا تثبتت من عدم ملائمة تنفيذه وفى هذه الحالة يسقط التعهد بالقيام بالالتزام .

ولكن من الممكن أن تتعهد جهة الإدارة المستفيد ة من العرض بعمل شيء وفى هذه الحالة يكون عقد تقديم المعونة عقد ملزم للجانبين.

سادسا: عقود التعهد بالانتظام في الدراسة وخدمة الحكومة

تعريفه : هو عقد إداري يتعهد بمقتضاه شخص بأن يتم دراسته أو تدريبه في أحد الجامعات أو المعاهد أو مراكز التدريب داخل البلاد أو خارجها على نفقة الجهة الإدارية مقابل أن يخدم الجهة الإدارية التي أوفدته مدة معينة ويلتزم في حالة إنذاره بهذا الالتزام بأن يرد جميع ما تكبدته الجهة الإدارية من نفقات.

مثال ذلك : إلتزام طالبات مدارس التمريض بخدمة المستشفيات لمدة خمس سنوات.

خصائصه:

يتميز عقد التعهد بالانتظام في الدراسة بعدة خصائص:

- استقرار أحكام القضاء الإداري في مصر على اعتبار عقد التعهد بالانتظام في الدراسة عقد إداري([1]).
- إذا اشترطت جهة الإدارة في بعض عقودها على الطالبة عدم الزواج أثناء الدراسة فيجب على الطالبة الوفاء به.

- تتميز هذه العقود بأنها تحدد مسبقا الجزاء الذي يتم في حالة الإخلال بالالتزام ، ويقتصر هذا الجزاء على رد كافة المصروفات للجهة الإدارية([2]).
- يلتزم المتعهد قبل سفره للخارج بأن يقدم كفيل ضامن في المصروفات إذا أخل المتعهد بالتزامه في خدمة الحكومة للمدة المحددة قانونا([3]).
- ولكن يعفى المتعهد من المصروفات التي أنفقت عليه إذا أقامت الجهة الإدارية بتغيير الدراسة دون موافقة المتعهد.

([1]) محكمة القضاء الإداري ، ١٢ مايو ١٩٥٧ دعوى رقم ١٠/١٤٧٢
([2]) المحكمة الإدارية العليا ، أول يوليو ١٩٦٧ ، ص ١٢١٧
([3]) المحكمة الإدارية العليا – ٢ يناير ١٩٦٠ ، ص ١٢٦

المبحث الثالث

معيار تمييز العقد الإداري

أولا/ معايير العقد الإداري مقارنة بالبنية الدستورية الرومانية

الفقه الروماني أشار إلى معايرين، أولها عقود الخزانة العامة، وثانيها عقود المجالس البلدية، يمكن ذكرها على النحو التالي:

الأول: عقود الخزانة العامة، والمقصود به الثروة أو المال، وقد حاول الكثير من فقهاء القانون الروماني بين خزانة الإمبراطور وخزانة الدولة مستندين في ذلك إلى أن أموال خزانة الإمبراطور لم يحصل عليها من الرسوم والضرائب وإنما من المبالغ المحتجزة من الجنود الحربيين والذي يقوم الجنرال باحتجازها على سبيل العقوبة، وقد أشار إلى ذلك الفقيه فيستوس (Festus) بقوله:" أن الجندي المخلوع من الجيش كان يقول أنه لم يمنح راتبه بسبب تنزيل رتبته أو عزله من درجته إلى درجة أدنى، ولذلك كان ينخفض البرونز في الخزانة تحت حكم الجيش"([1]).

الثاني: عقود المجالس البلدية، المجالس النيابية كانت تتصرف كشخص قانوني وتبرم العديد من العقود مع الأفراد، فالمجلس النيابي يستطيع على سبيل المثال أن يؤجر أرضا لأحد الأفراد من أجل تشييد حائط، فهل هذا العقد يُعد عقداً إدارياً؟

إن الحكام الرومانيين كانوا يبرمون العقود([2]) وأن نظام المجالس المحلية كان يسير على خطا النظام الإداري الروماني، ومن ثم فإن المجالس البلدية والحكام في الأقاليم كانوا يديرون أموال الأقاليم ويبرمون العقود، وهذه المحاكاة بين المجالس البلدية في الأقاليم وبين مثيلتها في العاصمة بأت في العصر الجمهوري وتطورت تطوراً كاملاً في ظل العصر الإمبراطوري.

ثانيا/ العقـــود الإدارية بنص القانون في ظل النظام الفرنسي:

ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة يعد عقدا إداريا بل إن بعض العقود تبرمها جهة الإدارة تعد عقودا خاصا أو مدنيه والبعض الأخر عقدا إداريا.

([1]) Leuregans:" les aspects de l'adjudication publique a Rome", Conference l' I.D.R. du ١٣/٠١/١٩٦١.

([2]) Boulver- Dupont (cl):" la reglementation economique dans les constitutions de Constantine, Lille, ١٩٦٣, p. ١٤٤.

ومن ثم فإننا نميز بين العقد الإداري والعقد المدني ، حيث تظهر أهمية التمييز في تحديد جهة القضاء المختصة بنظر النزاع هل القضاء العادي أم القضاء الإداري ، وبناء على تحديد جهة القضاء المختصة نستطيع أن نحدد القانون الواجب التطبيق هل هو القانون المدني أم القانون العام.

ولذلك فإننا سوف نتناول تحديد العقود الإدارية بنص القانون أولا، حيث توجد طائفة من العقود الإدارية بنص القانون في فرنسا ثم في القانون مصر ، ثم نتناول المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية وبما أخذ به مجلس الدولة المصري وبما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي وذلك على النحو التالي:

- العقود الإدارية بنص القانون: قرر المشرع الفرنسي الطبيعة الإدارية لبعض العقود الإدارية بطريقة غير مباشرة وذلك بأن نص في القوانين المختلفة على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات هذه العقود. ومن هنا فإن قواعد القانون العام التي تطبق على هذه المنازعات وهذا يعنى أن مثل هذه العقود ذات صفه إداريه لمجرد إبرام الدولة لها طالما أن القضاء الإداري هو المختص بنظر هذه المنازعات. فالمشرع الفرنسي يتبع أحد أسلوبين لتحديد طبيعة العقد إما أن يجعل الاختصاص بنظر النزاع إلى القضاء الإداري أو العادي أو ينص صراحة على أن هذا العقد عقدا إداريا ، فالنتيجة في الحالتين واحده وهى إضفاء الصفة الإدارية على العقد.

ونجد أن الحالات التي لجأ إليها المشرع في تحديد العقود الإدارية متعددة ومتنوعة منها:

- ✓ عقود الأشغال العامة : وهى التي صدر بشأنها قانون ٢٨ بليفوزا للسنة الثامنة وذلك بأن جعل المنازعات التي تثور بصدد الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم التي تحولت حاليا إلى محاكم إدارية ولقد كان للقضاء دور كبير في تحديد ما يدخل في نطاق الأشغال العامة مما أدى إلى التوسع في العقود التي تدخل في هذا الإطار وإدخال أي عقد له علاقة ولو بسيطة بالأشغال العامة ضمن إطارها.
- ✓ عقد بيع عقارات الدولة: ونص قانون (٢٨) بليفوزا للسنة الثامنة على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بهذا العقد([1]).
- ✓ العقود التي تتضمن شغلا للدومين العام : نص المرسوم الصادر في ١٧ يونيو ١٩٣٨ حيث قضى بأن جميع القيود التي تتضمن شغلا للدومين العام تدخل في اختصاص مجالس الأقاليم التي تحولت بعد ذلك إلى المحاكم الإدارية عام ١٩٥٣ ويقرر الفقه الفرنسي بأن المشرع الفرنسي ترك الباب مفتوحاً بحيث يمكن إدراج أي عقد ما عدا العقد الإداري متى توافرت فيه صفة شغل الدومين العام

([1]) عبد الله حنفي، العقود الإدارية ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ١٩٩٩ ، ص ص ٢١ ، ٢٢ .

- ✓ عقد التوريدات :لقد نص مرسوم ١١ يونيو ١٨٠٦ في المادة ١٤ من هذا المرسوم تقرر(أن عقود التوريدات التي تبرمها الدولة تدخل في اختصاص القضاء الإداري) ([1]).
- ✓ حالة عقود القرض العام :كان كثير من الفقه الفرنسي يرى في القروض العامة للدولة عقوداً إدارية بتحديد القانون ومن ذلك قانون ١٧ يوليو ١٧٩٠ وقانون ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣ م وعلى العكس من ذلك فإن عقود القروض التي تبرمها الأشخاص العامة غير الدولة (كالوحدات المحلية) كما يعتبرها الفقه عقودا تابعة للقانون الخاص. ومنذ عام ١٩٧٧ بدأ الفقيه (Jezo) يعارض هذا الاتجاه وقرر أن النصوص التشريعية سالفة الذكر لا يمكن فهمها على نحو يجعل عقود القروض التي تبرمها الدولة عقودا إدارية وتلك التي تبرمها وحدات غير الدولة عقوداً مدنية ولقد أيد القضاء هذا الاتجاه الجديد وأصبح أي عقد قرض تبرمه الدولة لا يعتبر بالضرورة عقداً إداريا وتخضع للقانون العام وإنما يمكن أن يكون عقداً مدنيا ([2]).

- العقود الخاصة بنص القانون:

- ✓ -عقود المزارعة ذات الرسوم القروية: حيث نص القانون الصادر في ١٧ مايو ١٨٠٩ على أن العقود الإيجارية التي تبرمها البلديات تعد عقود خاصة تخضع للقانون المدني.
- ✓ العقود الخاصة بمرفق خدمة إطعام الجنود : حيث ورد المرسوم الصادر في ٢٢ ابريل ١٩٠٥ والمرسوم الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٣٠ نص كل منهما على عقود التغزية المشتركة لفرق الجنود([3])
- ✓ عقود إيجار الصيد المتعلقة بالدومين العام : حيث نص قانون ٢٩ يونيو ١٩٨٤ المتعلقة بالمياه العذبة والمصادر السمكية على أن عقود الصيد المتعلقة بالدومين العام عقود خاصة.
- ✓ عقود هيئة البريد وشركة التليفونات الفرنسية مع عملائها : حيث نص القانون ٢ يوليو ١٩٩٠ الخاص بمرفق البريد والاتصالات على أن تعاملات هذه الشركات مع عملائها أو مع الموردين يحكمها القانون الخاص وتختص بها المحاكم العادية([4]).

([1]) شريف خاطر ، مبادئ القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، ص ٥٢٦
([2]) عبد الله حنفي، العقود الإدارية ،الكتاب الأول ،العقد الإداري ، مرجع سابق ذكره، ص ٢٣
([3]) عبد الله حنفي، المرجع السابق ، ص٢٤
([4]) شريف خاطر ، مبادئ القانون الإداري ، مرجع سابق ذكره، ص ٥٢٧

ثالثا/ الوضع في مصر:

في حقيقة الأمر أن مصر لم تعرف نظام القضاء المزدوج إلا منذ عام ١٩٤٦ وهو تاريخ إنشاء مجلس الدولة في مصر وإن كان المشرع المصري لم يضف جديد بالنسبة للعقود الإدارية حيث ظلت حتى عام ١٩٤٩ من اختصاص المحاكم العادية.

ولكن قد صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بإعادة تنظيم مجلس الدولة المصري حيث قضت المادة الخاصة على أن (تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات الإدارية) في ظل هذا لقانون نجد أن محكمة القضاء الإداري لم يكن اختصاصها مطلق في مجال المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية لأن المحاكم العادية كانت أيضا مختصة بنظرها حيث يمكن رفع دعوى أمام إحدى جهتي القضاء ولكن رفع الدعوى أمام إحداها يمنع من رفعها أمام الأخرى([1]).

.ثم جاء القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥: حيث نصت المادة العاشرة على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات أو بأي عقد آخر ([2]).

فالمسلم به فقهاً وقضاء أن عقود الامتياز وعقود الأشغال العامة عقود إدارية بطبيعتها أي دون حاجة إلى نص خاص أما عقود التوريدات فقد تكون عقود إدارية أو عقود مدنية حسب إدارة جهة الإدارة ولكن المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٩ السابقة قاطعة الدلالة على اختصاص مجلس الدولة المصري بأي عقد إداري آخر حيث ذكرت العقود ثلاثة على سبيل المثال لا الحصر.

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٥٥ من سنة ١٩٥٩ أن تختص محكمة القضاء الإداري وحدها بالمنازعات الخاصة بهذه العقود الثلاثة أو بأي عقد إداري أخر . وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي أيضا مؤكداً أن العقد الإداري لا يتحد بالنص بقدر ما يتحدد بطبيعته الإدارية المتمثلة فيه ([3]).

وجاءت المادة العاشرة فقرة ١١ من القانون الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ متضمنة نفس العبارات الواردة في القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ومن ذلك أصبح مجلس الدولة هو المختص دون غيره بمنازعات العقود الإدارية جميعها بعد ما زيل في القوانين المتتالية بعبارة (أو بأي عقد إداري آخر).

([1]) المرجع السابق ذكره، ص ٥٩٢

([2]) عبد الله حنفي ، العقود الإدارية (الكتاب الأول)، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩ ، ص ٢٨

([3]) طعيمه الجرف ، القانون الإداري ،دار النهضة العربية ، ص ٢٠١

من جميع ما تقدم يتضح لنا أن القانون المصري لا يعرف فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون وهذا اتجاه محمود من المشرع حيث وضع بانتهاجه هذا الأسلوب حداً فاصلا بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي وقصر اختصاص القضاء الإداري على مجال القانون العام واختصاص المحاكم العادية بمجال القانون الخاص ([1]).

المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية

بالنسبة للعقود الإدارية ينص القانون التي نص عليها المشرع الفرنسي فلم تثر أي مشكلة فيما يتعلق بالقاضي المختص والقانون الواجب التطبيق، حيث يختص بنظر النزاع بشأنها القاضي الإداري، ويطبق عليها أحكام القانون العام.

ولكن المشكلة تثار بسبب العقود الأخرى التي لم يحددها المشرع الفرنسي والمصري، حيث نجد أن مجلس الدولة المصري مازال يأخذ بالنظرية التقليدية في تمييز العقد الإداري التي تقضى بأن يكون العقد إداريا إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر ([2]):

١ -أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد.

٢ -أن يتصل العقد بمرفق عام.

٣ -أن يحتوى العقد على شروط استثنائية أو غير مألوفة في القانون الخاص([3]).

ولقد أشارت العديد من الأحكام القضائية إلى المعايير الثلاثة فيها أوردت من تعاريف في أحكامها المختلفة.

حيث قضت محكمة (القضاء الإداري) المصرية بأن العقد الإداري حسبما استقرت علية أحكام القضاء والفقه الإداري - هو العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة المرفق عام أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تسمى شروطاً غليظة([4]).

ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى نفس المعنى في حكمها الصادر في ٣١ مارس عام ١٩٦٢ حيث قضت (بأن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفية شخصاً معنويا عاماً ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون

([1]) عبد الله حنفي، مرجع سابق ذكره، ص ٢٠.
([2]) شريف خاطر، مرجع سابق ذكره، ص ٣٠.
([3]) عبد الله حنفي، مرجع سابق ذكره، ص ٣٤
([4]) محكمة القضاء الإداري ٢٥ /١٩٦١/٤ دعوة رقم ١١٨٤ ، عن شريف خاطر ، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق ذكره، ص ٤٥

الخاص فإذا تضمنت عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إداريا يختص بنظرة القضاء الإداري حسب ولايته المحدودة ([1]).

فيتضح لنا من خلال الأحكام القضائية المختلفة وتعريفاتها التي نصت عليها في أحكامها أن العقد الإداري يجب أن يتضمن الثلاثة معايير السابقة مجتمعة وهى إبرام العقد بواسطة أحد أشخاص القانون العام ، وان يتصل العقد بمرفق علام ، وان يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ولكن على العكس من ذلك نجد أن القضاء الفرنسي اكتفى بتوافر شرطين فقط في العقد الإداري : إبرام العقد بواسطة شخص معنوي عام وتعلق العقد بإدارة أو تسير مرفق عام أو احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وفيما يلي التوضيح لهذه الشروط:

أولاً : أن تكون الإدارة طرفاً في العقد:

كمبدأ عام لا يجوز أن يوصف عقد بالصفة الإدارية إلا إذا كان أحد أطرافة على الأقل شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام فهذا شرط ضروري ولازم لوصف العقد بأنه عقد إداري ، فالعقد الذي لا يكون أحد إطرافه شخصاً معنوياً عاماً لا يعتبر إدارياً كما إن وجود الإدارة كطرف في العقد لا يوصف بأنه عقد إدارياً إلا إذا توافرت باقي الشروط ، وهى تعلق العقد بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص([2]).

وفى ضوء هذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٧ مارس ١٩٦٤ بأنه (من البديهي إن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافة لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك لان قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة ([3]).

ولكن مفهوم الإدارة هنا يؤخذ بالمعنى الواسع فيشمل الدولة والأشخاص العامة الإقليمية الأخرى كالمحافظات ، المركز ، المدينة ، القرية ، الحي ، أو الهيئات العامة التي يطلق عليها الأشخاص العامة المصلحية أو المرافق العامة الأخرى الجديدة التي اعترف لها القضاء بالصفة المعنوية العامة مثل المرافق العامة الاقتصادية والمهنية وغيرها([4]).

([1]) المحكمة الإدارية العليا – ٣١ – مارس ١٩٦٢ طبعت سنة ١٨٨٩م.
([2]) المحكمة الإدارية العليا ، ٧ مارس ١٩٤٤ ، طعن رقم ٥٥٨
([3]) عبد الله حنفي، مرجع سابق ذكره، ص ٣٣
([4]) شريف خاطر، مرجع سابق ذكره، ص ٥٣٣.

ولكن يوجد استثناءات على هذا المبدأ وهو أن يكون احد أطراف العقد شخصا معنوي عام منها:

١ – التعاقد بالوكالة عن الشخص العام:

المبدأ العام أن العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص هو عقد مدني يخضع لأحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنه فلا يتصور عقد إداري إذا كان كل من طرفية من أشخاص القانون الخاص

ولكن يمكننا تكيف العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص بأنه عقد إداري إذا كان أحد أطرافة يتعاقد بصفته وكيلاً عن أشخاص القانون العام ([١]).

وفى مصر أجازت محكمة النقد إبرام العقد عن طريق الوكالة حيث قضت بأن " الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرفات إلا انه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يكون شخص نيابة عن الأصل بإبرام التصرف بإسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف إفادة إليه ([٢]).

ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في أحكامها وفى الحقيقة هذا الاستثناء بعد استثناء ظاهرياً وليس استثناء حقيقياً.

٢ – المتعاقد بحساب الشخص العام

في الحقيقة أن الاستثناء السابق إستثنأ ظاهرياً ولكن الاستثناء الحقيقي من المبدأ العام الذي يقرر أن العقود التي تبرم بين الأشخاص تعتبر عقود مدنية هو التعاقد لحساب الشخص العام فقد أعتبر القضاء أن هذا التعاقد يضفى على الشخص الثقة الإدارية وذلك بأن احد الأشخاص يتعاقد بإسم الشخص العام ولحسابه وقد أيدت محكمة التنازع الفرنسية هذا الاستثناء([٣]).

ثانيا : اتصال العقد بمرفق عام

في الحقيقة نجد أن العقد الإداري لا يكفى أن يكون أحد أطرافة شخص معنوي عام بل لابد من اتصال العقد بمرفق عام.

([١]) محكمة النقض المصرية ٢٩ ديسمبر ١٩٧٩ ، عن شريف خاطر، التحكيم فى العقود الإدارية ، مرجع سابق ذكره، ص ٢٤ .

([٢]) عبد الله حنفي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ذكره، ص ٣٦

([٣]) المرجع السابق ذكره، ص ٣٧

ولكن ما هو المرفق العام : هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واطراد ويستعين بسلطات الإدارة من أجل تقديم حاجات عامه للجمهور بهدف تحقيق النفع العام والصالح العام.

ويوجد مدلولان للمرفق العام أحدهما شكلي أو عضوي ويقصد به المشروع أو المنظمة أو الهيئة التي تنشئها الإدارة لإشباع حاجات عامة والثاني موضوعي وهو النشاط الذي تؤديه الإدارة للجمهور من أجل إشباع حاجات عامة ويأخذ غالبية الفقه بالمدلولان معاً ([1]).

ولكن ما هي صور اتصال العقد بالمرفق العام :

وذلك مثل العقود التي يعهد فيها المتعاقد بمهمة تسير مرفق عام مثل عقد إلتزام المرافق العامة حيث تعهد جهة الإدارة لبعض الأفراد أو الشركات بإدارتها الثاني العقد الذي يكون موضوعة التنفيذ ذاته لمرفق العام.

ثالثا : أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير موجودة في القانون الخاص لكي يعتبر العقد عقداً إداريا يجب أن يتضمن أساليب القانون العام ، وهو ما يعبر عنه بالشروط الاستثنائية ، ولكن ما هي الشروط الاستثنائية وما هي صورها ؟

لم يضع المشرع تعريف لشروط الاستثنائية ولكن حاول الفقه والقضاء وضع تعريف للشروط الاستثنائية.

تعريف القضاء للشروط الاستثنائية:

لقد عرفت محكمة النقد الفرنسية ومحكمة التنازع ومجلس الدولة الشروط الاستثنائية بأنها (تلك الشروط التي لا توجد عادة في القانون الخاص).

ثم نجد أن محكمة النقض الفرنسية عرفتها بأنها (الشرط الذي يفرض التزامات لم توجد بحسب طبيعتها في عقود القانون الخاص)

تعريف الفقه لشروط الاستثنائية:

لقد حاول بعض الفقه وضع تعريف لها بأنها (الشروط التي لا يمكن إدراكها في عقد القانون الخاص كالشرط المستحيل)

([1]) إبراهيم محمد على ، جمال عثمان ، العقود الإدارية ، ١٩٩٥/١٩٩٦، ص ٥٧

أمثلة الشروط الاستثنائية:

١ – الشروط التي تتعلق بامتيازات السلطة العامة:

وذلك إما بتمتع جهة الإدارة بامتيازات السلطة في مواجهة المتعاقد معها مثل سلطتها في تعديل العقد أو التنفيذ المباشر أو اتخاذ ما تراه من إجراءات بسببه.

أداء سلطة المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير مثل أن يعهد إليه بتحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق([١]).

٢ – الإحالة إلى دفاتر الشروط:

وذلك إذا قامت الإدارة بإبرام أي عقد من أحد الأشخاص وخلا هذا العقد من شروط استثنائية وتم الإحالة إلى دفاتر الشروط ، فيعتبر العقد عقداً إدارياً وذلك إذا كانت دفاتر الشروط ، فيعتبر العقد عقداً إداريا وذلك إذا كانت دفاتر الشروط تحتوى على عقود استثنائية([٢]).

٣ – النص في العقد على جعل الاختصاص للقضاء الإداري:

وذلك إذا كان العقد مدنيا وانفق طرفاه على جعل الاختصاص بالنزاع للقضاء الإداري.

([١]) شريف خاطر ، التحكم في العقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص ٣٦.
([٢]) المرجع السابق ذكره، ص ٣٧.

الفصل الثاني

إبرام العقد الإداري في القانون الروماني

نتناول في هذا الفصل أطراف العقد الإداري وكراسة الشروط (مبحث أول) وآثار العقد الإداري في القانون الروماني (مبحث ثاني)

المبحث الأول

العقد الإداري : أطرافه، كراسة الشروط

أولا/ أطراف العقد الإداري الروماني

١- ممثلو الدولة ومدى حدود اختصاصهم

إن كل العقود الإدارية التي كان يبرمها الوكيل الروماني تعتبر قد أبرمت من جانب الدولة، ويعتبر الفرد قد خاطب الدولة مباشرة([١])، فالعقد الروماني هو أمر خاص بمجلس الشيوخ وبالأخص منذ ظهور السنسور الذين عهد إليهم جميع العقود الإدارية لا سيما العقود المتعلقة بالإيجار أو البيع، وعقود الأشغال العامة مثل العقود المتعلقة بمشروعات المياه، إنشاء الطرق والشوارع، إنشاء المباني العامة.

٢- الأفراد كطرف في العقد الإداري

يحظى اختيار المتعاقد مع الإدارة بأهمية كبيرة، إذ يجب أن يكون هناك حرية واسعة للترشح للتعاقد معها، فمجلس الشيوخ أو الإمبراطور يمنح أمرا أو يسمح لممثل الدولة في إبرام العقد، ويمنحه سلطة محددة في اختيار موضوع العقد. والجدير بالذكر هنا أن القانون الروماني لم يستلزم المواطنة الرومانية، إذ أوجب القانون الروماني فقط وجود ضمان للوفاء من خلال تأمين كاف وقدرة على المنافسة، وقد أكد الفقيه شيشرون ذلك من خلال قوله:" لا يجب أن يكون هناك تساهل في تحصيل الضرائب من المزارعين اليونانيين، لأن كل الضامنيين يدفعون الضرائب للرودنيين والتي تم تحصيلها عن طريق القائد سولا للرودنيين"([٢]).

ومن ثم فإن القانون الروماني أجاز للأجانب التقدم للترشح في المزايدات من أجل إبرام العقود الإدارية، وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون الروماني أجاز للمرأة أن تتقدم للمزاد

([١]) قانون (La Lex agrarian) من المادة ١١١ إلى آخره.

([٢]) Lemregans, op.cit, p. ٩٩.

العام بدون أي قيود، وقد أشار إلى ذلك الفقيه شيشرون من خلال مثال يوضح مشاركة المرأة في المزادات العامة وذلك بقوله:" المرأة ترفض ما يمنح لها بمقدار عشر حصيلة الضرائب، ولكنها تطلب هامشاً أعلى من حصيلة الضرائب على الشراء"[١]

ثانيا/ كراسة الشروط (قانون التعاقد)

١- مضمون قانون التعاقد

في القانون الروماني يتم الإطلاع على أجزاء الملف عن طريق لصق الإعلانات عن قانون وفي اليوم المحدد لإبرام العقد يجب إبلاغ المتنافسين والمرشحين بكافة شروط المزاد والمصاريف والالتزامات الناتجة عن التعاقد، ويشير مصطلح "La Lex " إلى كراسة الشروط، وتتميز كتابة الشروط تم تحريرها في نموذج قواعد آمرة أو مطلقة حينما تعبر عن التزامات الأفراد التي لا تقبل الجدل أو النقاش.

- الشروط الشائعة في القوانين، يبدأ قانون التعاقد باسم محرره وتاريخ تحريره، وبعد ذلك تأتي الشروط المتعلقة بالمتقدمين للمزاد والتي يتضمنها قانون بوتولاني، وفيما يتعلق بالطرق الخاصة بالدفع فإنها كانت معلنة، وفي الغالب الأعم كانت الدولة بعد تقديم الضمان تدفع مقدما في العقود الخاصة بإيجارات الزيادة في الضرائب والإيرادات، فالذي يشار إليه في كراسة الشروط هو طريق الدفع، فوجوب دفع الأموال هو القاعدة العامة.
- عقود إيجار الضرائب والإيرادات، القانون الروماني كان ينص على شروط خاصة لكل عقد من العقود، مثلا: العقود الخاصة بالمناجم كان لها تنظيم خاص جداً يراعي فيه التالي([٢]):
  - أ- عدد العمال المستخدمين.
  - ب- طريقة التعامل مع المعدن واستخدامه.
  - ت- سعر بيع المعدن.
- إدراج بعض البنود لصالح صاحب المنفعة من العقد:

كانت الدولة دائما ما تدرج بعض البنود لصالح صاحب المنفعة من العقد وهم:

- أ- أطراف العقد: وهم دائما ما يرغبون تجنب كافة المفاجآت في حسن تنفيذ العقد.
- ب- الأغيار: فإنه يحتاج أحياناً إلى حمايته من جشع المتعاقدين.

([١]) D; ٤٦-١٤-٤٧.

([٢]) Macaueron-J:" le travail des hommes libres dans l'antiquite romaine", ٢eme edition Aix-en-provence. ١٩٥٨. P. ١٦٨.

٢- الطبيعة القانونية لكراسة الشروط

الحقيقة التي يجب ذكرها هي أن قانونا أو مشورة مجلس الشيوخ([١])، يمكن أن تجيز إبرام عقد إداري، كما أن فكرة البحث عن أساس قانوني خاص لفاعلية قوانين التعاقد هي فكرة خاطئة، إذ لا يوجد أي دليل ووفقاً للأستاذ هيروفسكي، يمكن القول بأن هذه القوانين تجد فاعليتها من قرارات الشعب، ففي كل الحالات الأساس القانوني هو الحاكم([٢]).

٣- كيفية إجراء المزاد (تحرير العقد)

يتم تطبيق القانون على النحو التالي:

أ- المزاد: كان للمزاد مكان محدد، حيث يشمل المزايد والمحصل، والرقباء والمنادي، والأشياء محل التصرف

ب- القائمون على المزاد، هناك ثلاث شخصيات تلعب دوراً كبيراً في إجراء المزاد يتمثلون في: المنادي، المزايدون، ممثلي الدولة.

([١]) جمال الخولي:" الوثائق الإدارية بين النظرية والتطبيق"، الدار المصرية اللبنانية للنشر، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٣م، ص ٦٨.

([٢]) منيرة الهمشري، مرجع سابق ذكره، ص ٣١.

المبحث الثاني

آثار العقد الإداري في القانون الروماني

١- الآثار المشتركة للعقود، تتمثل فيما يلي:

أ- دفع الثمن، يتم دفع النقود في خلال مدة محددة بين يدي الوالي الروماني، حيث يرى بعض من الفقهاء المؤيدين لفرضية أن الدولة المتعاقدة هي التي تفرض سلطتها والمتحكمة في بنود العقد من خلال القانون والواقع، إذ تبرم العقد باعتبارها هي التي تسن القوانين وتضع المنشورات بتدخل من حكامها، ففي عقود إيجارات الضرائب والإيرادات يجب أن تنظر مدة شهر على الأقل، وهذا ما تشير إليه بوضوح النصوص والدساتير المتعلقة بالضمان([١])، ونفس الشيء يتم بصدد عقود الإيجارات المتعلقة بالزيادة في الضرائب والإيرادات، فمصطلح دفع الإيجار بالعملة النقدية ينص عليه دائما في الشروط الواردة في كراسة الشروط.

فالدفع المؤجل من قبل الدولة يعد بمثابة استثناء في حالة عدم توفر المال في الخزانة العامة، والمقصود في هذه الحالة وجود ظروف حرب حيث تكون الخزينة خالية، لاسيما مع وجود شرط بأن يقوم مدينين الدولة بالسداد أولاً([٢]).

وفي بعض الأحيان تلزم الدولة الأفراد على تقديم ضمان، أو تحثهم على التعاقد مع عدم طلب الدفع قبل نهاية الحرب.

ب- كيفية تحديد المبلغ الذي تسدده الدولة أو يدفعه الفرد، يتم الدفع عن طريق الإيجار، وبالنسبة لإيجار الضرائب والإيرادات فإن الدولة كدائنة تطالب بالحد الأقصى للإيجار، ويتم دفع النقود في خلال مدة محددة بين يدي الوالي الروماني.

أما بالنسبة لعقود الزيادة في الإيجارات المتعلقة بالضرائب والإيرادات فإن الراسي عليه المزاد يدفع الحد الأدنى للأسعار، والدفع يتم بواسطة الوالي الروماني([٣]).

والجدير بالذكر هنا، أن السعر يحدد مرة واحدة من أجل الكل ومن ثم لا توجد مشكلة في تقدير الثمن.

وفيما يخص العقود المتعلقة بالبيع، فإن الدفع يكون مباشرة بين يدي الحاكم المختص بتحرير العقد.

([١]) Leuregans: op. cit. p. ١٥٧.

([٢]) TiTe- live: ٢٣,٤٨, ١٠-١١; ٢٣-٤٩-٤; ٣٤,٦,١٣.

([٣]) Cicerone: Pro Flacco: ١٩, ٤٤- voir egalement phil: ٩,٧.

أما فيما يتعلق بالعقود التي تبرم بدون مزاد، فإنه توجد مناقشات حول السعر بين الحاكم والفرد المتعاقد.
وقد أشار الفقيه "شيشرون" ([1]) إلى عقد الإيجار، وكان يقتضي شراء أراضٍ من الأفراد، وفيه يتم مناقشة السعر، كما كانت طريقة الدفع نقدية وليست بالمبادلة([2]).
أما الفقيه " كانتيليانَ)Quintilien)"، فقد أشار إلى تدبير الأموال بمحاصيل الحبوب ووجد أن هناك مشكلة مهمة تثور في هذا الصدد تتمثل في ما الحكم في حالة حدوث تضخم؟
إذا كانت الرسوم طبيعية فإن الدولة لن تجد حسابها، ولهذا السبب فقد تم إلغاء محصلي الرسوم، وفي حالة التأخر في السداد تجاه الدولة، فإنها تطلب فوائد.

٢- الآثار غير المألوفة لمختلف العقود، إن الملكية تكون واجبة بشكل واضح بالنسبة للفرد الذي قام بالبيع، وعلى العكس من ذلك بالنسبة للدولة، فإن فيرون قد رأى أن المزايد يكتسب من خلال البيع الملكية بالقيراط، أما المشتري بالأموال فإنه يكتسب عن طريق الدعوى المدنية عائد الملكية فقط([3]).
ومن ناحية أخرى، فإن الدولة لم تكن ملتزمة بالضمان، وقد أكد الفقيه " ألبيان" ذلك من خلال أحد نصوص موسوعة " جستنيان"، والذي يقضي بإمكانية الحجز على خزينة الدولة بسبب العيوب الخفية في الشيء المبيع([4]).
فقد ورد بأحد نصوص تقنين " جستنيان" أن حماية مكتسب الملكية يتم عن طريق صيانتها ضد أي عدول عن البيع([5]). وتجدر الإشارة هنا إلى أن البيع الذي كان يتم بهذه الطريقة كان يوقع بالخاتم الملكي.

([1]) Cicerone: ATT. ٤, ١٦.
([2]) TiTe-live: ٦, ٤, ٢.
([3]) Gaius, L' instutations: ٤: ٢٨.
([4]) Gaius: op. cit: ٣, ٨٠.
([5]) Code: ٢, ٣٦-٣٧-٤, ٣٦, ٣.

خاتمة

إن العقد بصفة عامة هو توافق الإرادتين على خلق وإنشاء إلتزام متبادل فيجب أن يقوم العقد بين الإدارة والمواطن على شروط مستوفاة قبل التعاقد ولا يجب أن يتجاوز أي طرف هذه الالتزامات وإلا أعتبر العقد ملغى أو باطل ومن خلال هذه العملية تهدف الدولة إلى تسيير مرفقها العام بطريقة قانونية وتعزيز علاقتها مع المواطن لإنماء المشاريع الاقتصادية .

وما يمكن استخلاصه بخصوص العقد الإداري الروماني عبارة عن كراسة الشروط قابلة للتحديث وفقا للأطراف المتقابلة وفقا للإعلان والمنشور، حيث يمكن أن لأحد الأطراف أن يقبلها أو يرفضها أو يناقشها، معتمدا في ذلك على قانون العرض والطلب، كما تجدر الإشارة إلى أن هناك مجموعة من النتائج التي يمكن ذكرها على النحو التالي:

١- لم يضع المشرع الروماني تعريفا محددا لماهية العقد الإداري، بحيث يمكن من خلاله تحديد العقود الإدارية التي تستخدمها الإدارة.
٢- العقود الإدارية في روما دائما تصب في شكل عقد إيجار.
٣- تعتبر المزايدة هي أساس إبرام العقد الإداري الروماني.
٤- مشاركة المجالس البلدية في إبرام العقد الإداري مثلها مثل الحكام.
٥- عدم اشتراط المواطنة الرومانية للدخول في المزاد ، فقد أجاز القانون الروماني للأجانب الحق في التقدم للمزادات ، ومن ثم إبرام العقود.
٦- أجاز القانون الروماني للمرأة الحق في دخول المزادات التي تبرمها الدولة .
٧- قانون التعاقد الروماني يتمثل في كراسة الشروط التي كانت تحتوي على الشروط الخاصة بالمزاد مع الإشارة إلى المحظور والمباح.

قائمة المراجع:

١- إبراهيم محمد على ، جمال عثمان ، العقود الإدارية ، ١٩٩٥/١٩٩٦م.
٢- المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٥٩٥٥ ، لسنة ٤٣
٣- المحكمة الإدارية العليا – ٣١ – مارس ١٩٦٢ ، طبعت سنة ١٨٨٩م.
٤- المحكمة الإدارية العليا ، ٧ مارس ١٩٤٤ ، طعن رقم ٥٥٨
٥- المحكمة الإدارية العليا ، أول يوليو ١٩٦٧ م.
٦- المحكمة الإدارية العليا – ٢ يناير ١٩٦٠ م.
٧- جمال الخولي:" الوثائق الإدارية بين النظرية والتطبيق"، الدار المصرية اللبنانية للنشر، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٣م.
٨- حسين الشيخ:" دراسات في تاريخ الحضارات القديمة الرومان"، الإسكندرية، دار المعرفة الجديدة، سنة ٢٠٠٠م.
٩- شريف خاطر – التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه – دار النهضة العربية ٢٠١١.
١٠- شريف خاطر – مبادئ القانون الإداري – دار النهضة العربية.
١١- شفيق شحاتة، الالتزامات في القانون الروماني، (ب-د-ن)، (ب-س- ن).
١٢- سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٧٥م
١٣- سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
١٤- طعيمه الجرف ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية
١٥- عبد الله حنفي ، العقود الإدارية (الكتاب الأول)، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ .
١٦- عمر أحمد حسبو:" التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ Bot "، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢م.
١٧- عمر الخولي :" الوجيز في العقود الإدارية"، الطبعة الثانية، سنة ٢٠١٢م.
١٨- محمد أحمد اسماعيل:" النظام القانوني للجماعات المحلية المصرية، (المركزية الفرعونية)، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، سنة ٢٠١٣م.
١٩- محمد جابر محمد حسن المغربي:" الإيجارات في مصر الرومانية دراسات في البرديات اليونانية"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأدب، كلية الأداب، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧م.
٢٠- منيرة محمد عنتر الهمشري، النظام الإداري والاقتصادي في مصر في عهد دقلدينوس ٢٨٤م- ٣٠٥م، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الأدب، كلية الأداب، جامعة الإسكندرية، سنة ١٩٨٦م.
٢١- محمد سعيد أمين:" دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها"، الإسكندرية ، دار الثقافة الجامعية، سنة ١٩٩٢م.
٢٢- محمد عبد الله النعيمي:" الالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الإداري تجاه الغير"، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٤م.

٢٣- ماجد راغب الحلو:" العقود الإدارية"، منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، سنة ٢٠١٢م.
٢٤- منصور محمد أحمد ، كتاب العقود الإدارية (لجزء الأول)، دار النهضة العربية.
٢٥- محكمة القضاء الإداري ،٢٦ ديسمبر ١٩٥١ ، مجموعة الأحكام ، لسنة ٦.
٢٦- محكمة القضاء الإداري ٢٥ /١٩٦١/٤ دعوة رقم ١١٨٤.
٢٧- محكمة النقض المصرية ٢٩ ديسمبر ١٩٧٩م.
٢٨- محكمة القضاء الإداري ، ١٢ مايو ١٩٥٧ دعوى رقم ١٠/١٤٧٢.
٢٩- ناصر لباد : القانون الإداري ، النشاط الإداري (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٤.
٣٠- Aulu-Gelle: ١٦, ٤, ٢.
٣١- Bengte. Thomasson:" Die Statthalter der Romischen prowinzen Nordafricas von augustus bis Diocletianus. T.I. lund ١٩٦٠.
٣٢- Boulver- Dupont (cl):" la reglementation economique dans les constitutions de Constantine, Lille, ١٩٦٣.
٣٣- Cicerone: Pro Flacco: ١٩, ٤٤- voir egalement phil: ٩,٧.
٣٤- Cicerone: Verr: ٢, ٢, ٧٤, ١٨٢ et ١٨٣ sur certaines combinaisons douanieres peu recommandables.
٣٥- Euregans:" les contrats administratifs en droit romain", These, Paris.
٣٦- Gaius, L' instutations: ٤: ٢٨.
٣٧- LONG (M.) , WEIL(P) ,DELVOLVE (P), GENEROIS(B) les grands arrêts de la juris prudence administrative.., Dalloz, Paris , ١٣ e édition, ٢٠٠١.
٣٨- Leuregans:" les aspects de l'adjudication publique a Rome", Conference l' I.D.R. du ١٣/٠١/١٩٦١.
٣٩- Paul. D: ٢٢-٤-٢. Callistrate. D. ٤٩-١٤-٣-٨- ulpien: D. ٤٩-١٤.
٤٠- PEQ. GNO. T (G):" Contribution a la theorie generale du contrat administratif, These, U- Montpellier, ١٩٤٥.
٤١- Plaute Amphitruo: ٢٧٦, " engagement de service".
٤٢- Suetone: " Caes, ٥٠- Texte repris pare Macrobe: ٢.٢.
٤٣- TiTe- live: ٢٣,٤٨, ١٠-١١; ٢٣-٤٩-٤; ٣٤,٦,١٣.