مفهوم العقد الإداري وسماته

الباحث/ أحمد محمد البوشى عبده على

تحت اشراف

أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني

كلية الحقوق- جامعة الزقازيق

(ISSN: 2537 - 0758)

مفهوم العقد الإداري وسماته

الباحث/ أحمد محمد البوشى عبده على

ملخص البحث:

تحتل جهة الإدارة فى زمننا المعاصر مكانة لا تدانيها مكانة بين الافراد والشركات، فقد بلغت أنشطتها درجة كبيرة من التزايد والتعدد والإتساع والتشعب، إذ إمتدت إلى مجالات كثيرة لم تكن تمتد إليها من قبل وذلك على أثر إندثار مفهوم "الدولة الحارسة" بوظائفها التقليدية واختصاصاتها المحدودة وظهور "الدولة التدخلية" بإختصاصاتها الواسعة، ووظائفها المتعددة وتدخلاتها المتشعبة فى العديد من المجالات والميادين التى كانت وقفا على النشاط الفردى الخاص بقصد إحداث تطوير كلى وشامل وقادر على إشباع الحاجات الجماعية المتزايدة للمجتمع، وذلك من خلال إبرامها العقود الإدارية التى سنتعرض خلال بحثنا الماثل إلى مفهوم العقود الإدارية وسماتها وذلك على النحو التالى.

The Concept of the administrative contract and its features

Abstract

The administration in our contemporary age occupies a position that is not matched by a position between individuals and companies, as its activities have achieved a great degree of expansion, multiplicity, breadth and branching, as it has spread to many areas that were not in it before it was after the extinction of the concept of the "guardian state" with its traditional functions and its limited competencies from the judiciary The army, police, and the emergence of the “interventionist state” with its wide specialties, multiple functions and cross-cutting interventions in many fields and fields that were dependent on individual activity for the purpose of developing a comprehensive and comprehensive development and capable of satisfying the pilgrim present to the concept of administrative contracts and their features, as follows.

المقدمة

العقد فى القانون المدنى هو توافق إرادتين أو اكثر على إحداث اثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه(١).

والقانون المدنى المصرى قد نص فى المادة ٨٩ منه على أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينه لإنعقاد العقد".

ويتكون العقد من ثلاثة أركان(٢) هم الرضاء والمحل والسبب.

فركن الرضاء وهو التراضى يكون بوجود إرادتين صحيحتين متوافقتين والمقصود بالإرادة هنا هى الإرادة التى تتجه لإحداث أثر قانونى معين.

أما ركن المحل فهو الشئ الذى يلتزم المتعاقد بالقيام به، فإما أن يلتزم بنقل حق عينى أو بعمل أو بالإمتناع عن عمل.

أما ركن السبب فهو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه.

والعقد الإداري– شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه– لا يعدو أن يكون توافق إرادتي إيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية(٣).

ينقسم هذا البحث إلى مبحثين سنتناول فى الأول منهما مفهوم العقد الإدارى، ثم نتناول فى الثانى منهما سمات العقد الإدارى، وسيتم وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإدارى.

المبحث الثانى: سمات العقد الإدارى.

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الجزء الأول "نظرية الإلتزام بوجه عام"، ٢٠٠٤، صـ ١٧١ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهورى، المرجع سابق، صـ ٢١١، ٢١٢، ٥٠٢، ٥٥٤، ٥٥٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ ق.ع، تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٩/٤، مكتب فنى ٤٩، صـ ٩٥٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

المبحث الأول
مفهوم العقد الإدارى

الأصل العام أن العقود الإدارية غير محددة بنص القانون، إذ انها بطبيعتها وبرقابة القضاء عليها يتم تكييف المنازعة المتعلقة بها على أن التعاقد محل المنازعة إما أن يكون عقدا إداريا أو أن يكون عقدا من عقود الإدارة الخاصة.

فالقانون الإدارى قضائى الصنع، لم يضع المشرع إلا قليل من لمساته على نظريات القانون الإدارى، أو وضع تشريعات رسمها من قبل مجلس الدولة فما كان من المشرع إلا أن يكون مصدقا على تلك النظريات من خلال تشريع أو قانون.

إلا أن المشرع الفرنسى كان له رأى اخر فى هذا الأمر، فلم يكن اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى فى بادئ الأمر اختصاصا عاما، وإنما كان محددا بعقود معينة جعل فيها المشرع الفرنسى الإختصاص بنظر منازعاتها الى القضاء الإدارى، وقد إتفق الفقهاء على تسمية هذه العقود بإسم "العقود الإدارية المسماة"، حددها المشرع بالإسم لا بالصفات ولا بطبيعتها ولا مميزاتها الذاتية، ومن ثم فإنه حال إبرام تلك العقود فإنها تخضع لأحكام القانون العام ويختص بنظرها القضاء الإدارى[٤].

ولكن توسع مجلس الدولة الفرنسى فيما بعد ووضع معايير لمفهوم العقد الإدارى إذا ما وجدت تلك المعايير أو بعضها اصبح العقد الماثل عقدا إداريا.

اما مجلس الدولة المصرى فنجد انه وضع شروطا هى ذات المعايير التى سار عليها مجلس الدولة الفرنسى مع إختلاف بسيط عما سار عليه مجلس الدولة الفرنسى.

وسوف نتطرق فى هذا المطلب إلى كل ما سبق إيجازه على التفصيل التالى:

المطلب الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون.

المطلب الثانى: العقود الإدارية بطبيعتها.

المطلب الأول
العقود الإدارية بتحديد القانون

من أمثلة تلك العقود عقود الأشغال العامة، وعقود بيع الأبنية أو العمارات المملوكة للدولة، وذلك وفقا للمادة الرابعة من قانون ٢٨ بليفور السنة الثامنة، والذى عقد الإختصاص بالمنازعات المتعلقة بالأشغال العامة وعقود بيع املاك الدولة الى مجلس

(٤) د. عزيزة الشريف، دراسات فى نظرية العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٨١، صـ٥.

الأقاليم، وهى المجالس التى اصبح اسمها المحاكم الإدارية إعتبارا من عام ١٩٥٣، وعقود القروض العامة للدولة، إذ تدخل المنازعات المتعلقة بها فى إختصاص مجلس الدولة وفقا لقانون ١٧ يوليو ١٧٩٠، وقانون ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣، وكذلك عقود شغل الدومين العام وفقا لنص المادة ٨٤ من المرسوم بقانون المتعلق بأموال الدولة الصادر فى ١٧ يونيو ١٩٣٨، والذى منح الإختصاص بالمنازعات المتعلقة بها لمجالس المديريات أو المحافظات– المختصة بنوع من المنازعات الادارية– وايضا الإتفاقيات المبرمة بين بعض المنظمات الخاصة بالضمان الإجتماعى ونقابات الأطباء، وفقا للمادتين ٤، ٧ من القانون الصادر فى ٢٠ يوليو ١٩٧٥[٥].

والعقود التى تنطوى على شغل للدومين العام وفقا للقانون المنظم لماكية الأشخاص العامة (الدومين العام)، إذ تنص المادة L2331-1 على اختصاص المحكمة الإدارية بالمنازعات المتعلقة بالتراخيص أو العقود التى تتضمن شغلا للدومين العام ايا كان شكلها، والعقود الممنوحة بموجب قانون المشتريات العامة رقم ٢٠٠١– ١١٦٨ الصادر فى ١١ ديسمبر ٢٠٠١، وايضا ما قرره الأمر رقم ٢٠٠٥– ١٠٨٧ الصادر فى ١ سبتمبر ٢٠٠٥ من اختصاص المحاكم الإدارية بالدعوى الناجمة عن توريد منتجات الدم، وكذلك عقود الإمتياز الخاضعة لأحكام الأمر ٦٥– ٢٠١٦ الصادر فى ٢٩ يناير ٢٠١٦، بالإضافة الى الأمر ٢٠١٥– ٨٩٩ الصادر فى ٢٣ يوليو ٢٠١٥ بشأن المشتريات العامة إذ اعتبر المشرع الفرنسى كافة العقود الخاضعة لأحكامه والتى تبرمها الأشخاص العامة عقودا إدارية[٦]. أما الوضع فى مصر فإننا نجد أن الفقرة رقم ١١ من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد نصت على إختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو بأى عقد إدارى اخر، وبالتالى فإننا امام تساؤل حول أن القانون قد إعتبر تلك العقود عقودا إدارية مسماه من عدمه؟

---

(5) J. Rivero, J. Waline, Droit administrative, 19e, éd, Dalloz, 2002, P114.
يراجع فى ذلك د. طارق سلطان، سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها فى العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، صـ٦ .

(٦) المستشار الدكتور. محمد علاء زعزع، الأثار الخاصة بالعقود الإدارية بالنسبة لغير اطرافها، دار النهضة العربية،طبعة ٢٠١٩، صـ٥٥.

(ISSN: 2537 - 0758)

الواقع أنه لا يوجد فى مصر عقودا إدارية بنص القانون إذ أن محكمة النقض المصرية قد إعتبرت أن عقد التوريد ليس عقدا إداريا على إطلاقه بتخصيص القانون وإنما يشترط لإسباغ هذه الصفة عليه أن يكون إداريا بطبيعته وخصائصه الذاتية، فإذا كان التعاقد على التوريد ما بين الإدارة لا يتضمن الشروط التى يتسم بها العقد الإدارى فإنه لا يكون من العقود الادارية التى يختص القضاء الإدارى دون غيره بالفصل فى المنازعات الناشئة عنها[٧].

الأمر الذى يتضح من خلاله انه لا توجد فى مصر عقودا إدارية مسماه، وإنما يتم تحديد طبيعة كون العقد إداريا من خلال طبيعته.

وقد ذهب إتجاه[٨] الى أن مسلك المشرع الفرنسى بتحديد عقودا إدارية مسماه يعد مفيدا فيما مضى حينما كان القانون الإدارى يقوم على معيار السلطة العامة، تلك الفكرة التى تستبعد العقود الإدارية بإعتبارها مجرد تصرفات عادية لا تنطوى بطبيعتها على عنصر السلطان من نطاق القانون الإدارى، ولكن بعد أن هجر المعيار السابق اصبحت طائفة العقود الإدارية المسماه محل نظر، بل واضحت لا تنسجم مع الأفكار التى يقوم عليها القانون الإدارى الحديث.

لكننا نرى أنه من الأفضل تحديد عقود مسماه لتصبح عقودا إدارية، إذ انه بتحديد المشرع عقودا إدارية مسماه نستطيع أن نسيطر على منازعات الإختصاص الإيجابى أو السلبى بين جهتى القضاء وجناحى العدالة، وهما القضاء العادى والقضاء الإدارى، فضلا عن توفير الوقت على المتقاضين بتحديد جهة التقاضى مباشرة.

المطلب الثانى

العقود الإدارية بطبيعتها

سعى القضاء نحو توسيع إختصاصاته فى مجال العقود الإدارية، فمجلس الدولة الفرنسى لم يكتف بالعقود المسماة، وقد ظهرت المعايير المميزة للعقد الإدارى نتيجة لتطور قضائى طويل.

---

(٧) حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٤٤٢٤ لسنة ٦١ ق، نقض مدنى، تاريخ الجلسة ١٩٩٧/١١/١٥، مكتب فنى ٤٨، الجزء الثانى، صـ١٢٤٥.

(٨) د. سليمان محمد الطماوى، نظرية التعسف فى استعمال السلطة، الإنحراف بالسلطة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٨، صـ٤٨وما بعدها.

وقد سبق لنا عرض سمات العقود الإدارية فى المطلب الأول من هذا الفصل، وكنا قد تعرضنا لتلك السمات قبل تحديد المفهوم القضائى للعقود الإدارية ليسهل علينا فى المطلب الحالى تحديد هذ المفهوم.

ونجد أن مجلس الدولة الفرنسى إعتبر انه وعلى الرغم من أن العقد المبرم بين شركتين خاصتين إلا أن إحدى تلك الشركتين تابعة للبلدية وقد ابرمت العقد لهدف تسيير مرفق عام، وبالتالى إعتبرت العقد وفقا لتكييفه القانونى الصحيح عقدا إداريا خالصا وفصلت فى النزاع فيه(٩).

وبالتالى فإنه يكتفى بأحد الشرطين اولهما أن تكون الإدارة طرفا فى العقد بنفسها أو من ينوب عنها من اشخاص القانون الخاص، وثانيهما إما أن يكون العقد بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه، أو أن تأخذ الإدارة بأحكام القانون العام بوضع شروط إستثنائة غير مالوفة فى القانون الخاص.

ونجد ذلك فى المادة الرابعة من القانون الصادر فى ١١ ديسمبر عام ٢٠٠٠ إذ نصت على أن العقود المبرمه بالتطبيق لقانون العقود العام لها طابع العقود الإدارية(١٠).

الأمر الذى من خلاله نجد أن مجلس الدولة الفرنسى فى مجال تكييفه للعقد الإدارى قد اتجه الى الأخذ بمعيار تخييرى فيما بين إتصال العقد بمرفق عام أو شروط إستثنائية غير مألوفة متى كان ذلك العقد موقعا من قبل شخص عام أو لمصلحته، وقد اعانه على ذلك المشرع الفرنسى فى بعض الأحيان على نحو ما اسلفنا.

اما الوضع فى مصر فالأمر مختلف تماما إذ أن المحكمة الدستورية العليا بإعتبارها محكمة التنازع بين جهتى القضاء الإدارى والقضاء العادى قد وضعت تعريفا للعقد الإدارى، فقضت بأن المسأله الأولية التى يطرحها الفصل فى هذا التناقض هى تحديد الطبيعة القانونية للعقد محل الدعويين الصادر فيهما الحكمان موضوع التناقض المعروض، ذلك أن من المقرر أن العقود التى تكون الإدارة طرفا فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، ولا هى من العقود المدنية بالضرورة، وإنما مرد الأمر فى تكييفها إلى مقوماتها، وبوجه خاص الى ما إذا كانت شروطها تدل على إنتهاجها وسائل القانون

(٩) C.E, 21/3/2007, Inedit au recueil Lebon 7éme et 2éme sous-sections reunites, lecture du mercredi, N° 281796.
(١٠) F. Moderne: Faut Vraiment administrative, L ensemble des marches publics, D.1999, Chron. 169.

(ISSN: 2537 - 0758)

الخاص أو إسلوب القانون العام، وكان المسلم به كذلك أن هذه العقود لا تنتظمها مراحل واحدة تبرم بعد إنتهائها، بل تتداخل فى مجال تكوينها مراحل متعددة، يمهد كل منها لما يليه، ليكون خاتمتها العقد فى صورته النهائية، ذلك أن الإدارة لا تتمتع فى مجال إبرامها لعقودها بالحرية التى يملكها اشخاص القانون الخاص فى نطاق العقود التى يدخلون فيها، بل عليها أن تلتزم طرقا بعينها توصلا لإختيار المتعاقد معها، مع تقيدها فى كل ذلك بالقواعد التى تمثل الإطار العام المنظم للعلاقة العقدية التى تبرمها، هذا ويتعين لإعتبار العقد من العقود الإدارية أن يكون احد اطرافه شخصا معنويا عاما وان يتعاقد بوصفه سلطة عامة وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وان يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو إنتهاج إسلوب القانون العام فيما تتضمنه من شروط إستثنائية غير مألوفة فى روابط القانون الخاص[١١].

كما أن قضاء مجلس الدولة المصرى قد إنتهج ما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا فى قضائها سالف البيان، إذ انها قد قضت بأنه لا ينال من قضائها ما اثارته الشركة الطاعنة من الدفع بعدم إختصاص القضاء الإدارى بنظر النزاع المعروض لتعلقه بعقد مدنى من عقود القانون الخاص، إذ أن هذا الدفع مردود عليه بأن العقد مثار النزاع المعروض عقد إدارى توافرت فيه كافة مقومات العقد الإدارى من حيث تعلقه بإدارة مرفق من المرافق العامة وكان احد اطرافه من اشخاص القانون العام وتضمن شروطا إستثنائة غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص، مما يضحى معه هذا الدفع مفتقدا لسنده القانونى السليم متعينا رفضه مع الإكتفاء بإيراد ذلك فى اسباب هذا الحكم دون منطوقه[١٢].

كما أن محكمة النقض المصرية قد نهجت ذات النهج إذ قضت بأن عدم ثبوت كون ارض التداعى هى من الأموال العامة التى خصصت سواء بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار وزارى، كما أن العقد سند الدعوى المؤرخ ١٩٩٧٠/٧/١ والمقدم صورته الضوئية– غير المجحودة– بالأوراق لا تتوافر فيه الشروط الواجبة لإعتباره عقدا

---

(١١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٣٦ لسنة ٣٨ دستورية تنازع، تاريخ الجلسة ٢٠١٨/٥/٥، تاريخ النشر ٢٠١٨/٥/١٣، صـ٨٧ .

(١٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣٢٧٢٢ لسنة ٥٤ ق.ع، تاريخ الجلسة ٢٠١٧/٢/٢٨، غير منشور.

إداريا، إذ انه يتعين لإعتبار العقد إداريا أن تكون الدولة أو احد الأشخاص العامة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام إتصالا يتحقق به معنى المشاركة فى تسييره أو تنظيمه، وان يتسم الى جانب ذلك بالطابع المميز للعقود الإدارية التى تأخذ بإسلوب القانون العام فيما تتضمنه من شروط إستثنائية فى العقود المدنية، ومن ثم فإن العقد سالف البيان يكون خاضعا لأحكام القانون الخاص بإعتبار انه يرد على مال من الأموال الخاصة لأحد الأشخاص العامة ويكون الإختصاص بنظر الدعوى معقودا بالتالى لجهة القضاء العادى دون القضاء الإدارى[١٣].

ومن جماع ما تقدم نجد أن القضاء المصرى قد اخذ بثلاثة شروط هم معايير العقد الإدارى على نحو ما اسلفنا، دون الأخذ بالمعيار التخييرى على نحو ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسى.

من خلال ما إستعرضناه نجد أن الفقه قد حاول وضع تعريف محدد للعقد الإدارى، ويرى غالبية الفقة المصرى أن العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فى نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام، واية ذلك أن يتضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام[١٤].

---

(١٣) حكم محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٧٠ ق، نقض مدنى، تاريخ الجلسة ٢٠١٢/٦/٢٧، مكتب فنى ٦٣، صـ٩٥٩.

(١٤) انظر فى ذلك:-

- د. سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة فى العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، صـ٥٢.
- د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، صـ٢٩.
- د. محمد سعيد امين، العقود الإدارية معيار تمييزها – اهم صورها – احكام ابرامها وفقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد ولائحته التنفيذية وطبيعة الإختصاص القضائى بالمنازعات الناشئة عنها والتحكيم فيها، دون ناشر، طبعة ٢٠٠٥، صـ٩.
- د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، صـ٩.
- د. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإدارى عبر الحدود، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،٢٠٠٠، صـ٤٩ – ٥٠.
- د. انس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، صـ٥ – ٦ .

(ISSN: 2537 - 0758)

وعرفه البعض بأنه العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، ويكون هذا الشخص المعنوى العام قد اظهر نيته فى الأخذ بإسلوب القانون العام، وتستخلص هذه النية مما ينطوى عليه العقد من شروط إستثنائية خارجة على نصوص القوانين العادية، أو غير مألوفة فى تلك النصوص[١٥].

والعقد الإدارى هو عقد مثله مثل عقود القانون الخاص من حيث انه يقوم على توافق إرادتين[١٦] على إحداث اثر قانونى معين، وان كلا المتعاقدين يقبلان الإلتزام بما يفرضه العقد من إلتزامات، وهذا هو ما يميز الرابطة العقدية عن القرارات الإدارية التى تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة، وعلى ذلك فإنه ينطبق على العقد الأحكام المدنية فيما يتعلق بأركان الرابطة العقدية، وايضا فيما يخص عيوب الرضا.

وعلى ذلك فإن الجهة الإدارية حال إبرامها للعقد الإدارى فتنفرد بصياغته ووضع الشروط الخاصة به، دون إشراك المتعاقد معها فى شئ من ذلك، إلا أن ذلك لا يعنى أن المتعاقدين معها يقبلون بهذه الشروط دون رضائهم عنها، ذلك انهم يطلعون على هذه

– د. سعاد الشرقاوى، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، صـ٥.

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطابع الولاء الحديثة، ٢٠٠٥، صـ٨.

(١٥) انظر فى ذلك:–

– د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإدارى، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى ١٩٥٥، صـ٧٥٨.

– د. خميس السيد اسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،١٩٩٤، صـ٢٦.

(١٦) الأشخاص الإعتبارية العامة تتمتع بالحرية التعاقدية لإبرام العقود الإدارية، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة من اى قيد، وإنما تحدها مقتضيات الصالح العام وضرورات سير المرفق العام بإنتظام وإضطراد، وايضا الطرق والوسائل والشروط التى يتطلبها القانون للتعبير عن الإرادة، وقد افتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بأنه "من المقرر أن عقود الإدارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، مالم يشترط المشرع إجراء شكليا معينا فى ابرام عقد محدد، إذ يكفى التقاء ارادة الطرفين لقيام الرابطة التعاقدية"، فتوى رقم ٢٣٥ لسنة ٦١ فى ٢٠٠٧/٤/٢، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢١، ملف رقم ٣٥٢٩/٢/٣٢، صـ٣٢٧، كما افتت بأن "تطابق إرادتى البائع والمشترى إنما تتم وفقا للنظام الذى يخضع له كلا منهما فى التعبير عن إرادته" فتوى رقم ٥٠٣ لسنة ٣٤ بتاريخ ١٩٨٠/٤/٢٧، جلسة ١٩٨٠/٤/٢، ملف رقم ٣٨/١/٧، صـ٢٤٥.

الشروط ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات ترفق بعطاءاتهم، ويقدرون المزايا التى تعود عليهم منها والإلتزامات المفروضه عليهم بمقتضاها، ثم ينتهوا بكامل إرادتهم إما الى قبولها أو رفضها أو تعليق القبول على شروط أو تحفظات، على أن المظهر الذى يبدو فى استقلال جهة الإدارة بوضع شروط العقد وحريتها فى التعاقد ليس فى حقيقته مركزا متميزا عن مركز الأفراد، أو انها تتمتع فى هذا الشأن بحرية تمتنع عن الأفراد، بل الواقع من الأمر انه إذا وضعت حرية التعاقد موضع الإعتبار والموازنة، لظهر بجلاء أن لحرية الإدارة فى التعاقد حدودا وقيودا صارمة، منها ما يتصل بموضوعه وبما يتضمنه العقد من نصوص، ومنها ما يتصل بحرية إختيار الشخص الذى تتعاقد معه[١٧]. وقد إنتهى مجلس الدولة الفرنسى إلى أن الجهة الإدارية تتمتع بالحرية التعاقدية[١٨]، غير أن القانون قد يحد من هذه الحرية للمصلحة العامة، وهنا يتعين تفسير الشروط التى تنتقص من هذه الحرية بدقة[١٩].

([١٧]) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٧ق، تاريخ الجلسة ١٩٥٧/٦/٣٠.
يرى الدكتور. سليمان الطماوى أن هناك فارقا بين عقود الإذعان فى القانون الخاص وبين العقود الإدارية، فالشروط الواردة فى دفاتر الشروط ولو أن الإدارة هى التى تستقل بتحريرها مقدما، إلا انها فى حقيقة الأمر ملزمة بتلك الشروط، ولا تستطيع أن تعدل فيها أو تتحرر منها، وهذا بعكس عقود الإذعان التى يفرضها الطرف الأقوى على الطرف الأضعف بمطلق حريته.
د. سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة فى العقود الإدارية، المرجع سابق، صـ٤٠٩.
بينما يرى جانب اخر من الفقه أن العقد الإدارى هو عقد إذعان بشكل مطلق.
يراجع فى هذا الرأى كلا من:-
- د. ثروت بدوى، النظرية العامة فى العقود، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣، الجزء الأول، صـ١١١.
- د. عبد الحميد كمال حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الثانى، ديسمبر ١٩٦٢، صـ٨٨.
- د. سعاد الشرقاوى، المرجع السابق، صـ٣٣٦.
- المستشار الدكتور. محمد ماهر ابو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات المزايدات، وجيز الأحكام والفتاوى، المرجع السابق.

([18]) C.C., 30/12/2006, Décision N°2006-543 DC.
([19]) "Mais considérant que les dispositions précitées de le article L.316-2 du code des communes, que dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement…"
C.E., 28/1/1998, Section, société Borg Warner, req. N°138650.

(ISSN: 2537 - 0758)

ويتميز العقد الإدارى عن نظيره المدنى بأن الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها؛ وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو بهدف تغليب مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما انه يختلف عنه ايضا فى كون الشخص المعنوى العام يعتمد فى إبرامه وتنفيذه على اساليب القانون العام ووسائله، إما بتضمينه شروطا إستثنائية غير مألوفه فى عقود القانون الخاص، سواء اكانت هذه الشروط واردة فى ذات العقد أو مقرره بمقتضى القوانين واللوائح، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقا لا مقابل لها فى روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية، بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها فى إدارة المرفق العام أو تسييره أو إستغلاله تحقيقا للنفع العام، فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقد المدنى متساوية، فإن كفتى المتعاقدين غير متكافئة فى العقد الإدارى تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه اعمال التنفيذ وإختيار طريقته، وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التى يؤديها، وذلك كله بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الأخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إدارى دون رضاء هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء، وعلى ذلك فإن العقد الإدارى هو العقد الذى تكون الإدارة طرفا فيه، ويتعلق بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة اغراضه وتحقيق إحتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بإسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط إستثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص، فإذا توافرت تلك العناصر الثلاثة فى العقد اضحى عقدا إداريا[٢٠].

المبحث الثانى
سمات العقد الإدارى

يتميز العقد الإدارى والذى تبرمه الدولة عن العقد المدنى– بصفة عامة أو بصفة خاصة حال قيام الدولة بإبرامه بالنزول الى مستوى الشخص العادى– أن العقد الإدارى مناطه إحتياجات المرفق العام، الأمر الذى يترتب عليه تغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد مع الإدارة.

---

(٢٠) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ ق.ع، تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٩/٤، مكتب فنى ٤٩، صـ٩٥٧.

فحقوق وإلتزامات المتعاقدين فى العقود المدنية تعتبر متساوية، اما فى العقود الإدارية فإنها تكون غير متكافئة، بما تمتلكه الإدارة من سلطات اثناء مرحلة إبرام العقد وتنفيذه وحتى انتهاؤه. ولذلك فإنه لتمييز العقوم الإدارية اهمية كبرى فى تحديد سلطات جهة الإدارة، والجهة المختصة بالمنازعات الناشئة عن هذا العقد.

فالفقه يكاد يجمع على أن العقد تسبغ عليه صفة العقد الإدارى بتوافر ثلاثة شروط، اولهم أن تكون الإدارة طرفا فيه، ثانيهم إتصال محل العقد بنشاط مرفق عام، ثالثهم إذا تضمن شروطا إستثنائية غير مألوفة بعقود القانون الخاص[٢١].

فكل عقد تتوافر فيه الشروط الثلاثة سالفة الذكر يعد عقدا إداريا ايا ما كان محل هذا العقد، وعلى هذا نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد اسبغت صفة العقد الإدارى على انواع كثيرة من العقود، ومنها على سبيل المثال عقد إستغلال جزء من شاطئ، العقد المبرم مع الطالب المتطوع فى الجيش الموفد فى بعثه[٢٢]، وسيتم تفصيل ذلك فى المطالب التالية:

المطلب الأول: أن يكون احد اطراف العقد الإدارى شخصا من اشخاص القانون العام.

المطلب الثانى: أن يستهدف العقد الإدارى إدارة مرفق عام أو تسييره.

المطلب الثالث: أن يتضمن العقد الإدارى شروطا استثنائية غير مألوفة.

المطلب الأول

ان يكون احد اطراف العقد الإدارى شخصا من اشخاص القانون العام

يعتبر هذا العنصر هو عنصر مفترض، إذ أن لا عقد إدارى بلا إدارة، فالعقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة، ويقصد بالإدارة هنا الأشخاص العامة الإقليمية (وهى الدولة والمحافظة والمركز والمدينة والحى والقرية) وايضا الأشخاص العامة المصلحية (الهيئات العامة)[٢٣]، وكذا الأشخاص الإعتبارية الأخرى التى يعترف لها

([٢١]) يراجع د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، صـ ٢٧.

([٢٢]) لمزيد من امثلة العقود الإدارية يراجع فى ذلك المستشار الدكتور. محمد ماهر ابو العينين، موسوعة العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات وجيز الأحكام والفتاوى، دار ابو المجد للطباعة، الطبعة السادسة، ٢٠١٣، صـ ٦٨.

([٢٣]) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، صـ ٦٣.

(ISSN: 2537 - 0758)

القانون أو القضاء بالصفة العامة كنقابة الأطباء التى اعتبرتها المحكمة الإدارية العليا من اشخاص القانون العام إذ قضت المحكمة أن انشاؤها يتم بقانون واغراضها واهدافها ذات نفع عام وبالتالى فإن قرارات النقابة التى تصدر فى موضوع التأديب وفى مسائل القيد وغيرها تعتبر قرارات إدارية وبالتالى فإن قرار مجلس النقابة بإحالة الطبيب إلى هيئة التأديب هو قرار إدارى نهائى فى خصوص تلك الإحالة، الأمر الذى يرتب جواز الطعن بالإلغاء فى قرار الإحالة مستقلا عن الحكم التأديبى النهائى إذا شابه عيب من العيوب المنصوص عليها فى قانون مجلس الدولة[٢٤].

وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسى إلى أن الإدارة تتمتع بالحرية التعاقدية[٢٥]، غير أن القانون قد يحد من هذه الحرية للمصلحة العامة، وهنا يتعين تفسير الشروط التى تنتقص من هذه الحرية بدقة[٢٦].

ومن الملاحظ أن بعض الكيانات على الرغم من ملكية الدولة لها لا تعد من عداد الأشخاص العامة، فشركات القطاع العام لا تعتبر من اشخاص القانون العام بل تظل رغم ملكية الدولة لها شخصا من اشخاص القانون الخاص، وتعتبر العقود التى تبرمها عقودا مدنية[٢٧]. إلا أنه هناك بعض التساؤلات والتى قد تثار حول إنابة شخص من اشخاص القانون الخاص عن شخص عام فى إبرام العقد.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الشأن بأن العقود التى تبرمها شركات الإقتصاد المختلط– وهى من اشخاص القانون الخاص– الملتزمة بمرفق الطرق السريعة مع المقاولين كعقود اشغال عامة هى عقود لها الطبيعة الإدارية إستنادا إلى أن هذه الشركات تتعاقد نيابة عن الدولة ولحسابها[٢٨].

---

(٢٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥١٣ لسنة ٢٧ ق.ع، تاريخ الجلسة ١٩٨٣/٦/١١، مكتب فنى ٢٨، الجزء الأول، صـ٧٩٠.

(25) C.E, 30/12/2006, Décision N° 2006– 543 DC.

(26) C.E, 28/1/1998, Section Société Borg Warrner, req. N° 138650.
"Mais considérant que dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement…."

(٢٧) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ١٦ق تنازع، تاريخ الجلسة ١٩٩٩/٢/٦، مكتب فنى رقم ٩، الجزء ١، صـ ١١٥١.

(28) C.E, 14/10/1966, Montdidier de Ville.
- C.E, 31/10/1973, Soc des Marseille de travaux grands.

أما مجلس الدولة المصرى فقد قضى فى هذا الشأن انه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو فى الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإدارى إذا ما توافر فيه العناصر الأخرى التى يقوم عليها معيار تمييز العقد الإدارى[٢٩]. أيد هذا الإتجاه بعض الفقه بجواز وصف العقد الذى يكون احد اطرافه شخص من اشخاص القانون الخاص وكيلا عن شخص معنوى عام بأنه عقدا إداريا تطبيقا لقواعد الوكالة[٣٠].

وخلاصة القول فإن المبدأ يقتضى لإعتبار العقد اداريا أن تكون الإدارة طرفا فيه، وبالتالى فإن العقود التى تبرم بين شخصين من اشخاص القانون الخاص تبقى مدنية حتى ولو كانت قد ابرمت نتيجة لتدخل الإدارة ووساطتها[٣١].

كما أن تدخل الإدارة فى المنازعات التعاقدية وتوقيع ممثلها على العقد المبرم بين هؤلاء الأفراد لا يكف لإعتبار الإدارة طرفا فى العقد، فإن دعوة الإدارة لبعض المقاولين لتقديم عطاءاتهم لإقامة مبان لأفراد تهدمت مساكنهم لا يجعل من العقود التى ابرمها الأفراد مع المقاولين عقودا ادارية، فالإدارة فى هذه الحالة إنما تدخلت فقط للحصول على افضل الشروط لمصلحة الأفراد المنكوبين[٣٢].

المطلب الثانى

ان يستهدف العقد الإدارى إدارة مرفق عام أو تسييره

يتعين أن يتصل العقد الإدارى فى هذا الشأن سواء أكان الإتصال فى مجال التنظيم أو الإدارة أو الإستغلال بتسيير مرفق عام إداريا كان أو مهنيا حتى يكتسب الصفة الإدارية.

المستشار. حمدى ياسين عكاشه، موسوعة المشكلات العملية فى منازعات العقود الإدارية، ٢٠١٥، الكتاب الأول، صـ ٤٢ وما بعدها.

([٢٩]) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ق.ع، تاريخ الجلسة ١٩٦٤/٣/٧، مكتب فنى ،٩ الجزء الثانى، صـ ٧٦٣.

([٣٠]) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤلية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، دار الكتب المصرية ، ٢٠٠٧ صـ ٧٤.

([٣١]) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢١ تشرين الثانى ١٩٤٧، اشار اليه د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، صـ ١٢٣.

([٣٢]) د. ثروت بدوى، العقد الإدارى، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٣، صـ ٦٠ .

(ISSN: 2537 - 0758)

وبالتالى فإن المرفق العام هو النشاط الذى تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة أو تعهد به الى اخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجة ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام(٣٣).

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن جمعية مركز الفن والثقافة في Marne-la-Vallée تم إنشاءها من قبل نقابة التجمع الجديد ومن قبل الدولة من أجل إدارة مركز الفن والثقافة في Marne-la-Vallée، كما اعتبر أن مهمة هذه الجمعية كانت تشتمل بشكل أساسي على تحقيق مهام مرفق عام محددة في نظامها الداخلي، ويتبين في الواقع من اوراق الملف المقدمة إلى قضاة الأساس أن حصة إيرادات الجمعية المرتبطة بنتائج تشغيل مركز الفن والثقافة في Marne-la-Vallée كانت تتراوح بين ١٤% و٢٢% من إجمالي إيراداتها(٣٤).

ومقتضيات سير المرافق العامة هى وحدها التى تبرر ما يتضمنه القانون الإدارى من خروج على المألوف فى القانون الخاص، وعلى منطق القواعد التى تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم(٣٥). ولإصطلاح المرفق العام مدلولين مختلفين، قد يقصد به المدلول العضوى اى الهيئة أو الجهة التى تتولى إشباع حاجة عامة، وقد يراد به المدلول المادى اى الخدمة ذاتها التى تؤدى الى الجمهور أو النشاط الذى يمارس لتحقيق النفع العام

---

(٣٣) يراجع فى ذلك كل من:

– د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، الاتجاهات النموذجية الحديثة في صيغ العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٧، صـ ٢٥.

– د. محمد فؤاد مهنى، القانون الإدارى المصرى والمقارن، الجزء الأول، ١٩٥٨، صـ ٨٩.

– د. ثروت بدوى، مبادئ القانون الإدارى، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٣، صـ ٨٠.

– د. عثمان خليل عثمان، نظرية المرافق العامة، القاهرة، ١٩٥٨، صـ ٢٤٥.

– د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإدارى، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٤–١٩٥٥، صـ ٣٧٨.

– د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، صـ ٦٥.

– د. على محمد بدير، مبادئ واحكام القانون الإدارى، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٣، صـ ٤٨٢.

(34)C.E 17/6/2016, Publié au recueil Lebon, SYNDICAT D'AGGLOMERATION NOUVELLE DE MARNE-LA-VALLEE- VAL-MAUBUEE, req. N° 363047.

(٣٥) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، صـ ٦٥.

وسد الحاجة العامة للأفراد، فلفظ مرفق عام ينسحب على نشاط كما ينسحب على الجهاز القائم عليه[٣٦].

ويمكن تعريف المرفق العام بأنه نشاط تضطلع به الإدارة سواء بنفسها أو تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة لدى الجمهور[٣٧]، وبالتالى لا يهدف المرفق العام إلى تحقيق ربح من وراءه.

ومن الملاحظ إتجاه بعض الأحكام الصادرة من مجلسى الدولة المصرى والفرنسى إلى التوسع فى إعتبار العقود المتعلقة بالدومين الخاص عقودا إدارية.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر تقضى فى قضايا التنازع بالإعتداد بالأحكام الصادرة من جهة القضاء العادى بشأن هذه المنازعات، إذ قررت أن العقود التى تكون الإدارة طرفا فيها لا تعتبر جميعها من العقود الإدارية، إنما مرد الأمر فى تكييفها القانونى إلى مقوماتها، إذ كان ذلك وكان البين من عقد البيع المشار اليه انه قد خلا من اى شروط استثنائية فلا تظهر فيه جهة الإدارة بمظهر السلطة العامة، كما لا يتصل موضوع هذا العقد بتسيير مرفق عام، إنما هو عقد بيع بالممارسة لقطعة ارض من املاك الدولة، مما تدخل فى نطاق دومينها الخاص وتظل نائية عن مفهوم المرفق العام بالنظر إلى هذه الأموال تشبه فى خصائصها ونظامها القانونى بالملكية الخاصة وتدار بأساليب القانون الخاص التى تلائم اغراض استخدامه واستثمارها، ومن ثم يعتبر من عقود القانون الخاص التى تختص بنظر المنازعات التى تثور بشأنها جهة القضاء العادى[٣٨]. كما أن العقود التى تبرمها المرافق الإقتصادية الصناعية أو التجارية مع المنتفعين بها تخرج من عداد العقود الإدارية، وبالتالى يختص بنظرها القضاء العادى، وقد اخذ بهذا الإتجاه مجلس الدولة الفرنسى[٣٩].

([٣٦]) د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨١، صـ ١٦.

([٣٧]) د. جورجى شفيق سارى، تطور طريقة ومعيار تمييز العقد الإدارى فى القانون المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٦، صـ ٤٣.

([٣٨]) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٧ لسنة ٢٢ ق . تنازع، تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٥/٥، مكتب فنى ٩، الجزء الأول، صـ ١٢٦٢.

وفى ذات المعنى:

– حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٢٣ لسنة ٣٢ ق . تنازع، تاريخ الجلسة ٢٠١١/٧/٣١.

([39]) C.E, 4/11/2005, 7ème et 2ème sous-sections réunites, Ville de Dijon, req. N° 278895.

(ISSN: 2537 - 0758)

المطلب الثالث
أن يتضمن العقد الإدارى شروطا إستثنائية غير مألوفة

دعا طائفة من الفقه الى ضرورة إبراز دور السلطة العامة فى تمييز العقد الإدارى وذلك من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقدين فى إتباع أسلوب القانون العام وإخضاع العقد لقواعده واحكامه(٤٠).

ومن أمثلة الشروط الإستثنائية أن يتضمن العقد شروطا تخول للجهة الإدارية الحق فى تعديل الإلتزامات محل التعاقد، وسلطة الإدارة فى انهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الأخر، وحق الجهة الإدارية فى تغيير طريقة التنفيذ، وحقها فى توقيع عقوبات على المتعاقد معها دون حاجة الى وقوع ضرر أو الإلتجاء الى القضاء(٤١).

مؤدى ذلك انه إذا لم يتضمن العقد شروطا استثنائية فإنه يخضع لأحكام القانون الخاص وينفى عنه وصف العقد الإدارى(٤٢).

ولا شك أن فكرة الشروط الإستثنائية غير المألوفة قد اثارت حولها جدلا كثيرا فقها وقضاء، والتى يتضح من خلالها عدم تحديد– وبصورة قاطعة– مضمون هذه الشروط.

إذ يرى البعض(٤٣) أن فكرة الشروط الإستثنائية تبدو صعبة التحديد فى احكام القضاء الإدارى وانه من الصعب أن نجد فى احكام القضاء الإدارى تحديدا للشروط التى يعدها هذا القضاء غير عادية.

بينما يرى البعض الاخر(٤٤) أن معيار الشروط الإستثنائية هو المعيار الحقيقى للعقد الإدارى والذى يكشف عن إرادة المتعاقدين فى اتباع اسلوب القانون العام لإضفاء

---

(٤٠) د. ثروت بدوى، مرجع سابق، صـ٧٦.

(٤١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢٧٤٠٢ لسنة ٥٥ ق.ع، تاريخ الجلسة ٢٠١٥/٣/٢٤، مكتب فنى ٦٠، الجزء الاول، صـ ٧٢٩.

(٤٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق.ع، تاريخ الجلسة ١٩٩٥/١/٢٤، مكتب فنى ٤٠، الجزء الأول، صـ ١٠١١.

(43) Pequignot, theorie general du contrat administrative, these, mnotpllier, 1945, p130-131.

(44)Vedel (G), La Nation de claus exorbitante, Levolution de droit public, (Melanges A. Mester), 1956,p 545.

الصفة الإدارية على العقد، فمضمون العقد هو الذى يبين الشروط الخارجة عن القانون الخاص ونية الإدارة فى تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة ومعرفة التصرف الذى تتخذه الإدارة فى ظل نظام السلطة العامة لا يتحقق إلا عن طريق واحد وهو الإختيار الذى قررته الإدارة بموافقة المتعاقد وذلك ما يكشف عن وجود الشروط الإستثنائية أو غيابها.

ولا يوجد تعريف محدد للشروط الإستثنائية، إذ يرى بعض من الفقه انها الشروط التى لا يقابلها مثيل عادة فى عقود القانون الخاص، وذلك لأنها باطلة لمخالفتها للنظام العام، أو لأنها ادرجت فى العقد بقصد تحقيق مهام متعلقة بالمصلحة العامة، ومنهم من يرى أن الشروط الإستثنائية غير المألوفة هى التى تنص على إعمال احد إمتيازات السلطة العامة فى دائرة العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بما من شأنه قلب المساواة بينهما، بينما يرى البعض الأخر أن اغلب الشروط التى يمكن إعتبارها غير مألوفة لا تكون بالضرورة غير مشروعة فى عقود القانون الخاص، بل هى شروط غير معمول بها[٤٥].

والرأى عندنا وفقا للمستقر عليه فى هذا الشأن أن الشروط الإستثنائية غير المألوفة تعد من الأمور التى يعول تقديرها الى القاضى والذى يتولى تحديد ماهيتها عند نظر النزاع، وهو الأمر الذى يؤدى فى العديد من الأحيان الى وجود تضارب فى الأحكام بين القضاء العادى ومجلس الدولة، الأمر الذى يثير دعاوى التنازع السلبى والإيجابى امام المحكمة الدستورية العليا لتتولى الفصل فى تحديد ماهية هذه الشروط والإعتداد بأى من الحكمين فى هذا الشأن.

وهناك العديد من الأمثلة التى لا يعد فيها العقد إداريا ومنها عقد إشتراك الهاتف– التليفونات– مع المشترك وذلك لكونه عقدا من عقود القانون الخاص التى تنظم العلاقة بين المرافق الإقتصادية والمنتفعين بخدماتها[٤٦]، عقد بيع ممتلكات الدولة المملوكة لها ملكية خاصة تعتبر من عقود القانون الخاص طالما تصرفت فيه الدولة على النحو الذى

([٤٥]) يراجع فى ذلك المستشار. حمدى ياسين عكاشة، موسوعة المشكلات العملية لمنازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، صـ٧١–٧٢.

([٤٦]) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٢٩ ق.ع، تاريخ الجلسة ١٩٨٥/١٢/٢٨، مكتب فنى ٣١، الجزء الأول، صـ٧١١.

(ISSN: 2537 - 0758)

يتصرف فيه الإفراد فى اموالهم حتى ولو إستخدم عائد البيع لموازنة عجز إيرادات المرفق البائع ما لم تكن الجهة الإدارية قد استخدمت وسائل القانون العام، والمثال على ذلك تعاقد الإدارة على بيع الزلط المستخرج من محاجرها حيث أن العقد لا يتصل بتسيير مرفق عام ولا يعدو سوى أن يكون عقد بيع مال مملوك للدولة ملكية خاصة(٤٧).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا على انه إذا كان العقد محل المنازعة لا يتعلق بتسيير مرفق عام وإنما يقف عند حدود بيع المحافظة لقطعة ارض فضاء للجمعية التعاونية للبناء والإسكان لأهالى مدينة شرم الشيخ لإقامة مساكن لأعضائها عليها ولم يتضمن العقد بعد ذلك اية شروط إستثنائية تدخله فى عداد العقود الإدارية الأمر الذى يجعل المنازعة بشأنه تخرج عن إختصاص محاكم مجلس الدولة لتختص بها المحاكم العادية(٤٨).

خاتمة

تبين من خلال صفحات البحث الماثل اننا تناولنا فيه مفهوم العقد الإدراى وقمنا بإستعراض سمات العقد الإدراى التى تميزه عن غيره، وبينا أن العقد لكى يكون إداريا يجب أن يكون احد اطرافه شخصًا من اشخاص القانون العام، كما انه يجب أن يستهدف إدارة العقد مرفق عام أو تسييره، كما انه يجب أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وتعرضنا لعناصره مستعرضين فى هذا الشأن الإشكاليات التى تثار بشأن هذه العناصر فى بعض الحالات، ومدى تأثيرها على الصفة الإدارية للعقد. ولقد تأكد لدينا من خلال هذه الدراسة مدى أهمية بيان السمات المميزة للعقد الإدارى بالمقارنة بعقود القانون الخاص، بهدف تحقيق الصالح العام من جهة، وألا يضار المتعاقد مع جهة الإدارة في مصلحته الخاصة من جهة أخرى.

وقد خلصت هذه الدراسة الى عدة توصيات نوجزها على النحو الآتى:

أولا: إلغاء الشروط الإستثنائية الغير مألوفة كعنصر لازم لإعتبار العقد إداريا، والإكتفاء بكون احد اطراف العقد شخصا من اشخاص القانون العام، وأستهداف العقد إدراة مرفق عام أو تسييره، وذلك لإضفاء الصفة الإدارية على العقد.

(٤٧) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق .ع، تاريخ الجلسة ١٩٦٨/٢/٢٤.

(٤٨) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٨٨٣٦ لسنة ٤٥ ق.ع، تاريخ الجلسة ٢٠٠٨/٣/٢٣.

ثانيا: تقنين القضاء المستعجل فى العقود الإدارية اسوة بالقضاء المدنى، سواء فى الطعون على القرارات السابقة على التعاقد، أو الطعون اللاحقة على التعاقد، مع إعطاء القاضى الإدارى إمكانية إنهاء العقد أو الإبقاء عليه مراعاة للمصلحة العامة، مع تعويض المتعاقد المضرور.

ثالثا: العمل على وضع تشريع يسمح بالتقاضي الإلكتروني عن بُعد في منازعات العقود الإدارية، بداية من إيداع صحيفة الدعوى حتى صدور حكم فيها، والهدف من ذلك العمل على سرعة إنجاز وإنفاذ الدعاوى والأحكام المنبثقة منها، تيسيرا على المتقاضين، وسعيا للعدالة الناجزة.

قائمة المراجع

١. د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.
٢. د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإدارى، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى ١٩٥٥.
٣. د. ثروت بدوى، النظرية العامة فى العقود، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣، الجزء الأول.
٤. د. ثروت بدوى، مبادئ القانون الإدارى، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٧٣.
٥. د. جورجى شفيق سارى، تطور طريقة ومعيار تمييز العقد الإدارى فى القانون المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٦.
٦. د. خميس السيد اسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،١٩٩٤.
٧. د. سعاد الشرقاوى، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
٨. د. سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة فى العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.
٩. د. سليمان محمد الطماوى، نظرية التعسف فى استعمال السلطة، الإنحراف بالسلطة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٨.
١٠. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة فى توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها فى العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

١١. د. عبد الحميد كمال حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الثانى، ديسمبر ١٩٦٢.
١٢. د. عبد الرزاق احمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، منشأة المعارف بالإسكندرية، الجزء الأول "نظرية الإلتزام بوجه عام"، ٢٠٠٤.
١٣. د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، الاتجاهات النموذجية الحديثة في صيغ العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٧.
١٤. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطابع الولاء الحديثة، ٢٠٠٥.
١٥. د. عثمان خليل عثمان، نظرية المرافق العامة، القاهرة، ١٩٥٨.
١٦. د. عزيزة الشريف، دراسات فى نظرية العقد الإدارى، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
١٧. د. على محمد بدير، مبادئ واحكام القانون الإدارى، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٣.
١٨. د. محمد سعيد امين، العقود الإدارية معيار تمييزها– اهم صورها– احكام ابرامها وفقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد ولائحته التنفيذية وطبيعة الإختصاص القضائى بالمنازعات الناشئة عنها والتحكيم فيها، دون ناشر، طبعة ٢٠٠٥.
١٩. د. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإدارى عبر الحدود، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،٢٠٠٠.
٢٠. د. محمد فؤاد مهنى، القانون الإدارى المصرى والمقارن، الجزء الأول، ١٩٥٨.
٢١. د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨١.
٢٢. المستشار الدكتور. محمد علاء زعزع، الأثار الخاصة بالعقود الإدارية بالنسبة لغير اطرافها، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١٩.
٢٣. المستشار الدكتور. محمد ماهر ابو العينين، موسوعة العقود الإدارية والمناقصات والمزايدات وجيز الأحكام والفتاوى، دار ابو المجد للطباعة، الطبعة السادسة، ٢٠١٣.