

((النظام القانوني للاتفاقيات الإدارية))

اعداد

ا.م.د/ أمل لطفى حسن جاب الله

الأستاذ المساعد بقسم القانون العام

كلية الحقوق- جامعة حلوان

مقدمة

تقوم السلطة التنفيذية بنوعين من الأعمال القانونية الاتفاقية، اولهما: تتمثل في الاعمال المتعلقة بعلاقتها بالشئون الخارجية والتي تباشرها باسم الحكومة وهي الاتفاقيات الدولية المستبعدة من مجال دراستنا - والتي مألها على أي حال ان تصير اعمال مشرعة اذا ما وافق عليها البرلمان.

وثانيهما: - الاعمال القانونية التي تتصل بتسيير المرافق العامة والتي تمثل الجانب الإداري لنشاط السلطة التنفيذية وهي العقود الادرية واتفاقيات الادارة، والتي هي محل موضوع البحث.

حيث تستطيع الادارة، ان تبرم اتفاقات مع الافراد او مع جهة ادارية اخرى بقصد تسيير مرفق عام، وهذا العمل القانوني الاتفاقي الذي يمكن ان تباشره الادارة ليس من طبيعة واحدة، بل هو نوعين متميزين وبخضعان لنظاميين مختلفين، تبعا لماذا كانت الادارة قامت بتضمين اتفاقها شروط ملزمة (العقود) ام مجرد توجيهات ادارية ونظامية.

فالاتفاقيات الادارية تخضع لنظام قانوني مستقل وتفترق عن العقود الادارية في شروطها، بان تتضمن شروطا ذات طابع توجيهي يتعارض مع طبيعة الشروط الملزمة التي تتصف بطابع السلطة العامة في العقود والتي تدخل وحدها ضمن اختصاص القضاء الإداري.

لذلك تهدف الدراسة إلى تحديد المفهوم القانوني للاتفاقية الادارية والقواعد التي تطبق عليها، والمبادئ التي تحكمها في ضوء الخلط الواضح بينها وبين العقود في التطبيق العملي، بالرغم من الفروق الجوهرية بينهم.

بالإضافة إلى تعمد الادارة، احيانا تجاوز الاجراءات التعاقدية المنصوص عليها بالقانون، كضرورة اتباع اجراءات معينة في اختيار المتعاقد معها او عرض مشروع العقد على جهة معينة لمراجعته قبل ابرامه، فضلا عن تقادى ابرام عقود بشأن موضوعات يحظر التعاقد عليها، وذلك عن طريق اللجوء إلى الاتفاقية الادارية.

ونتيجة لظهور احتياجات عامة اقتصادية واجتماعية، تطلبت ضرورة تدخل الدولة لإشباعها عن طريق مراقفها الصناعية والاقتصادية من اجل تحقيق اهداف جديدة مرتبطة بسياسة الدولة ورغبتها في تنفيذ اهداف الخطة، من خلال عقود البرامج وعقود الخطة المبرمة مع الهيئات المحلية.

فان الصعوبة تكمن في تحديد الطبيعة التعاقدية لمثل هذه الاتفاقات، بغرض تحديد إلى أي نوع من الأعمال القانونية تنتمي إليها، فهل تعد عقد ملزم لجانبين، ام عقد ملزم لجانب واحد أو عملاً إدارياً صادراً بإرادة منفردة أم عبارة عن تعليمات وتوجيهات مجردة من أي قيمة قانونية؟ وذلك بهدف تحديد الأحكام التي تخضع لها الاتفاقيات الإدارية، ومعرفة ما إذا كانت لها نفس طبيعة العقود الإدارية، وبالتالي تخضع للقانون الإداري، أو ان لها طبيعة مغايرة مما يجعلها تخضع لأحكام مستقلة عن أحكام العقود الإدارية.

حيث تلجأ الجهات الإدارية في ممارسة نشاطها إلى عدة وسائل وأعمال متنوعة، منها التصرفات القانونية التي قد تكون تصرف قانوني من جانب واحد *un acte unilatéral*، وهي القرارات الإدارية، وقد تكون من جانبين وهي العقود *Les Contrates* سواء أُبرمت هذه العقود بين الجهات الإدارية ذاتها أو بين تلك الجهات والأفراد^(١).

مع الأخذ في الاعتبار، أن التصرفات القانونية أحادية الجانب في مجال القانون الإداري هي اساس ما تتمتع به الإدارة من سلطة حيث كانت تمارس نشاطها من خلال هذه التصرفات قبل ظهور فكرة العقد الإداري نتيجة لتولي السلطة العامة مهمة تحقيق المصلحة العامة، مما نتج عنه هيمنة العمل الأحادي الجانب على الأنشطة الإدارية.

وبناءً على ذلك فإن فكرة العقد الإداري هي امر قد ظهر لاحقاً على ممارسة الإدارة لنشاطها من خلال ما لها من سلطة، حيث كان العقد صورة مشتقة من العقد الملزم لطرف واحد، يمثل إجراء متخذ من قبل الإدارة اتجاهاً طرف آخر متعهد أو ممول، وكان مجرد إجراء مساعداً للقرار الإداري، ولكن تبين ان المصلحة العامة اقتضت ان تمارس الإدارة بعض جوانب نشاطها سواء في انشاء مرفق عام او تنظيمه او تسييره من خلال عمل قانوني شخصي أو اتفاقي وهي العقود الادارية، فظهرت العقود الادارية بتحديد القانون في فرنسا ثم فكرة العقود الادارية بصفة عامة، وما بين الصورتين السابقتين ظهرت الاتفاقيات الإدارية *Les Conventions Administratifs*.

(١) انظر أ. د/ محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ص ٥

لذلك فإن مسمى عقد Le Contrat يعتبر مصطلح مستحدث لم يظهر إلا مؤخراً في مصطلحات القانون الإداري تحت بند (أسواق وعقود)، حيث كان يعد العقد إجراء إداري شبيه بالعقد الملزم لطرف واحد. وبسبب التنوع الذي يسود قانون العقود الإدارية، فإن pequignot يُشكك في حقيقة الطبيعة التعاقدية للعقود الإدارية في ضوء سلطة التعديل أحادية الجانب التي تتعارض مع نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، على أن " تحوز الاتفاقات المبرمة بطريقة قانونية بين المتعاقدين قوة القانون "، بمعنى أن العقد شريعة المتعاقدين الأمر الذي من شأنه ان يؤدي إلى إنكار الصفة العقدية على العقود الإدارية^(١).

وبلاحظ في هذا الشأن، أن إضفاء الطبيعة العقدية على بعض العقود الإدارية أثار نوعاً من الجدل في فرنسا بعد التصويت على قانون اللامركزية وقانون رقم ٦٥٣-٨٢ الصادر بتاريخ ٢٩ يوليو عام ١٩٨٢ المتعلق بتأسيس عقود الخطة les contrats de plan.

وقد استطاع André de laubadère، من خلال مقال بعنوان التدخل الاقتصادي والعقد، أن يناقش هذا الأمر رافضاً إنكار أي قيمة تعاقدية للعقود المبرمة من قبل السلطة العامة في المجال الاقتصادي^(٢).

ونتيجة لتنوع التصرفات التعاقدية وتعددتها داخل الأجهزة الإدارية بالدولة، فإنها أدت إلى غموض مفهوم العقد، ويرجع ذلك إلى اعتبار أنه ليس كل إجراء اتفاقي تبرمه جهة الإدارة يمثل بالفعل عقداً.

(1) Pour pequignot lui-même, il en résulte " un doute envers le contrat administrative " – voir yves gaudemet , pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire ,doctrine, droit administratif, revue du droit public-n2-2010,p.315-316

(2) voir jean – david dreyfus, actualité des contrats entre personnes publiques,l' actualité juridique droit administratif, 20 juillet ,20 août 2000n 7-8/2000,p.575

ويؤكد andré de laubadère⁽¹⁾ على ذلك بقوله، أنه لا يوجد شيء أكثر إبهاماً من العقود الإدارية، إلا أن الوضع الراهن يختلف عما كان في منتصف القرن العشرين، فالمشكلة لا تكمن فقط في اللجوء للعقد وإنما ظهرت تقنيات حديثة في القانون العام، أدت إلى العديد من الصعوبات التي تواجه تعريف العقد في حد ذاته نتيجة إضفاء الطبيعة العقدية على تصرفات قانونية أخرى وفقاً للمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن "العقد هو اتفاق إرادة بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء أو تعديل أو نقل أو إلغاء التزامات".

وبذلك يستند هذا التعريف على عنصرين أساسيين هما: الرضا من جهة وإنشاء أو تعديل أو نقل أو إلغاء التزامات من جهة أخرى، وحول هاتان النقطتان، سوف يختلف التعاقد عن ما قد يشتبه به، وحول تحديد مفهوم للعقد.

ومن ناحية أخرى تتشابه العقود الإدارية بعقود القانون الخاص من حيث الشكل مع اختلاف جوهري يبدو الآن واضحاً من خلال الأحكام العامة للعقود الإدارية كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي لاعتبارات تتعلق بأن العقد الإداري هو وسيلة من وسائل نشاط الإدارة في مجال المرافق العامة وبالتالي يجب أن يخضع للقواعد الضابطة للمرافق العامة باعتبارها الغاية من العقد - ولا يمكن أن تكون الوسيلة - وهي هنا العقود الإدارية - مرجحة على الغاية وهي هنا المرفق العام، فيظهر الاختلاف في العقد الإداري عن العقد في القانون الخاص، وبنظرة متعمقة لأطراف التعاقد يزول هذا التشابه لوجود الجهة

(1) André de laubadère considérait ainsi que "rien n'est plus banal que les contrats de l'administration néanmoins, la situation actuelle diffère de celle observable lors de la première moitié du xxsiècle, le problème n'est pas seulement celui du recours au contrat, il provient également du développement d'un mouvement puissant et diffus par lequel la contractualisation, la négociation et le consensualisme tendent à devenir les nouvelles techniques du droit public,.....le première difficulté provient de la définition même de la notion de contrat. elle n'est en effet "qu'une catégorie juridique, construction intellectuelle nécessairement imparfaite en raison de sa diversité et de son incohérence". pourtant, cette difficulté ne doit pas être surévaluée. Il est "possible d'identifier et de distinguer "le contrat par rapport à d'autres catégorie. Selon l'article 1101 du code civil"le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations" - voir mathias amilhat, la contractualisation en droit public: bilan et perspectives, revue française de droit administratif, n1, janvier-février 2018, p.1-2

الإدارية طرفاً في العقد، فضلاً عن تضمُّنها شروط استثنائية غير مألوفة عن شروط عقود القانون الخاص، مما يؤدي إلى تغيير في طبيعة العقد نفسه وإضفاء الصفة الإدارية عليه.

وبناءً على ذلك، تعتبر عقوداً إدارية تلك التي " يبرمها شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام"^(١)، من خلال تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

لذلك يناشد Laure marcus بالبحث عن إنشاء نظرية لتوحيد نظام العقود العامة التي يحكمها نظام قانوني واحد، بحيث يعهد للقاضي الإداري بالاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها، مما جعل بعض الفقهاء تتجه إلى وضع نظرية مستقلة لعقود الأعمال العامة، بناءً على القرار الصادر بتاريخ ٧ مايو عام ٢٠٠٩ المتعلق بإجراءات الطعن المطبقة على عقود النظام العام، ومنهم Stéphane Braconnier ونتيجة لتطور العمليات التعاقدية، بدأت تظهر مفاهيم تعاقدية جديدة، تسمى الاتفاقيات الإدارية قريبة الشبه من مفهوم العقد، ولكنها مستقلة بعناصرها الجديدة، حيث لا يوجد ما يفسر أن يحكم نظام قانوني واحد هذه الاعمال الاتفاقية المختلفة.^(٢)

وعلى ذلك لا يمكن قبول التوسع في مفهوم العقد، بإدخال مجموع الاعمال الاتفاقية المبرمة من جانب الإدارة تحت مظلته.

ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تمييز واضح بين مفهوم الاتفاقية والعقد، وكذلك لم يطرح القاضي الإداري تساؤل حول التمييز بين هذين المفهومين، بل الأكثر من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى تطابق مفهوم الاتفاقية مع مفهوم العقد، واعتبار كلاهما مرادفاً للأخر، بالرغم من التقرير العام الصادر من مجلس الدولة عام ٢٠٠٨^(٣) الذي أشار تساؤلاً حول تعريف العقد ومصطلحاته، ويسمح بقبول دخول مصطلحات جديدة في القانون العام.

(١) انظر أ. د/ محمد عبد العال السناري ، المرجع السابق ، ص ١١

(٢) voir yves gaudemet,pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs:mesurer les difficultés d' une entreprise nécessaire,revue du droit public-n 2-2010,p.322-

(٣)C . E , rapport public, le contrat, mode d' action publique et de production de norms, EDCE 59,2008,p.95<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000313-rapport-public-2008-jurisprudence-et-avis-de-2007-le-contrat-mode-d'-action-publ>

ولكن لابد من التنويه إلى أن هذه الدراسة لا تتصّب بطريقة مباشرة على العقود الإدارية، وإنما تستهدف تحديد التكيف القانوني للاتفاقيات الإدارية من خلال عرض المقارنات، والتمييز بين الموضوع محل الدراسة والتصرفات التعاقدية المتنوعة داخل الجهات الإدارية، بهدف التوصل إلى تحديد عناصر خاصة بمفهوم يسمى الاتفاقية الإدارية، وإيضاً استقلالية عليها، يجعل لها مفهوم متميز عن الاستقلالية التعاقدية داخل العقود التقليدية.

وبناءً على ما سبق ذكره سوف يتم دراسة التوسع المفرط في مفهوم العقد الإداري والأسباب التي أدت إلى تجاهل الاعتراف بظهور مفاهيم جديدة للعمليات الاتفاقية للتخفيف من حدة التصنيفات الجامدة للمفهوم التعاقدية.

ولكي نحدد مفهوم متميز ومستقل للاتفاقية الإدارية، لابد من التعرف على خصائص العقد والجهود المتضافرة للمُشرع والقاضي والفقهاء للترقية بين الأعمال الاتفاقية المختلفة، والتي تختلف من حيث النتائج العملية المترتبة عليها.

وذلك من خلال دراسة المفهوم القانوني للاتفاقيات الادارة في فصل اول، والذي يتناول ماهية اتفاقيات الادارة في مبحث أول، والطبيعة الادارية لهذه الاتفاقيات في مبحث ثان، والقواعد المنظمة للاتفاقيات الادارة في مبحث ثالث.

ثم ننتقل لدراسة الطبيعة العقدية للاتفاقيات الادارية في فصل ثانٍ للتعرف على الطبيعة القانونية لمثل هذه الاتفاقات، لكي يتم تحديد إلى أي نوع من الأعمال القانونية تنتمي الاتفاقيات الإدارية ونتناول بالدراسة المعيار الشكلي للتمييز بين التصرفات الاتفاقية في مبحث اول والمعيار الموضوعي للتمييز بين العقد والاتفاقية الإدارية في مبحث ثانٍ.

ثم نتناول بالدراسة الاستقلالية الوظيفية للاتفاقيات الادارية في فصل ثالث للتعرف على الاستقلالية من خلال أطراف الاتفاقية في مبحث اول والاستقلالية بالنسبة لموضوعات الاتفاقيات. في مبحث ثانٍ.

الفصل الأول المفهوم القانوني لاتفاقيات الإدارة

Le Concept Juridique Des Conventions d'administration

تستطيع الإدارة إصدار قرارات فردية وإبرام عقود إدارية، وإيضاً اتفاقيات إدارية، ولكن هناك اختلاف حول تحديد هذه الصور المتنوعة لتصرف الإدارة، الأمر الذي يتطلب ضرورة التمييز بينهم، ويترتب على معرفة التكييف القانوني لاتفاقيات الإدارة، تحديد القاضي المختص والقانون الذي يطبق على هذه الاتفاقيات، وهذا يقتضى وضع معيار لتمييز الاتفاقيات ذات الطابع الإداري التي تبرمها الإدارة أو الطابع الإداري للاتفاقيات، لذلك سوف يقسم هذا الفصل إلى: ماهية الاتفاقيات الإدارية في مبحث أول، التكييف القانوني لاتفاقيات الإدارة في مبحث ثان، القواعد المنظمة للاتفاقيات الإدارية في مبحث ثالث.

المبحث الأول ماهية اتفاقيات الإدارة

توجد أهمية لتحديد مفهوم الاتفاقية الإدارية، لتمييزها عن التصرفات القانونية التي قد تختلط معها، في الوقت الذي لجأت فيه الإدارة إلى اتباع الأسلوب الاتفاقي، كبديل عن الأسلوب العقدي، بهدف الإفلات من الإجراءات القانونية المركبة التي يجب على الإدارة اتباعها في إبرام عقودها من ناحية، والإفلات من كل رقابة قضائية من ناحية أخرى.

لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:
المقصود باتفاقيات الإدارة وصورها، في مطلب أول
التمييز بين اتفاقيات الإدارة والتصرفات القانونية الأخرى، في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول المقصود بالاتفاقيات الإدارية وصورها

وللتعرف على مضمون الاتفاقية الإدارية وصورها، سوف نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:-

تعريف اتفاقيات الإدارة، في فرع أول.
صور اتفاقيات الإدارة، في فرع ثانٍ.

الفرع الأول تعريف اتفاقيات الإدارة

أقترح Jérôme valluy⁽¹⁾ تعريفا للاتفاقيات الإدارية، بأنها قد تكون نتاج مجموع من المفاوضات التي تتم عن طريق الاتفاقات المبرمة بين جهة ادارية، وشخص من أشخاص القانون الخاص، حول مضمون الأعمال التي يمكن أن يحققها، وهي الاتفاقيات التي يتم إبرامها بين الإدارات العامة، ونتيجة لذلك قد يُضفى على هذه الاتفاقيات الصفة العقدية.

أما تعريف Sébastien Hourson⁽²⁾ لمفهوم الاتفاقيات الإدارية، فإنه اتفاق ناتج أحيانا، عن تفاوض وتوافق إرادات بين أشخاص القانون العام، او بين شخص عام وشخص من أشخاص القانون الخاص، بشأن تنظيم مرفق عام، بهدف تحقيق المصلحة العامة على أن يتم تضمين شروطها نصوص توجيهية، بحيث تنفى على الاتفاقية الطبيعة العقدية وتجعلها تتشابه مع التعليمات الادارية.

وعلى ذلك نجد من الصعوبة تحديد الهوية التعاقدية للاتفاقيات الإدارية، في ظل وجود تكييف قانوني لنوعاً اخر من الاتفاقيات، التي يمكن أن تكون أحيانا، تصرف أحادي الجانب، أو عقد ملزم للجانبين تتوافر فيه كل صفات العقد.

وقد عرفت المحكمة الادارية العليا المصرية الاتفاقيات الادارية في مجال تعريفها للاتفاقيات، بانها الاتفاقيات التي يبرمها الأزهر الشريف في سبيل القيام بأداء ونشر الرسالة الإسلامية العالمية للبشرية جمعاء، فإنها لا تعدو أن تكون بروتوكولات تعاون علمي وثقافي مشترك، يُبرمها الأزهر الشريف وفق أحكام قانونه، ولا تعد من المعاهدات الدولية بالمعنى المتعارف عليه في القانون الدولي، ولا يتطلب الأمر لإنفاذ هذه الاتفاقيات مراعاة الإجراءات والضوابط المنصوص عليها في الدستور لإنفاذ المعاهدات الدولية، والمتمثلة في أن يُبرمها رئيس الجمهورية، ويبلغها للبرلمان للتصديق عليها، ونشرها طبقاً

(¹) propose de les définir comme " l'ensemble des négociations se concluant par un accord entre un autorité publique au moins et un (des) ressortissant (s) de son domaine d'intervention, sur le contenu d'actions finalisées à réaliser par l'un et/ ou l'autre des partenaires " voir jean – david dreyfus, actualité des contrats entre personnes publiques, op. cit. p. 575

(2) voir sébastien hourson, les conventions d'administration ,prix de thèse de l'université panthéon-Assas paris ii, lk p 34–39

للأوضاع المقررة قانوناً^(١).

وفي اعتقادنا ان الاتفاقية الادارية قد تكون عمل قانوني صادر من جانب واحد (شخص من اشخاص القانون العام) او من جانبين، على ان يكون احدهما شخص عام، ولا تنشئ التزاما او مركزا فرديا، وانما تسند إلى اشخاص معينين مركزا عاما موضوعيا، كان موجود من قبل، او محدد بإرادة الطرفين بشأن تنظيم او تسيير مرفق عام، بغرض تحقيق المصلحة العامة، على ان تتضمن شروطها مبادئ توجيهية لا تولد أي أثر قانوني. مما يجعل الاتفاقيات لا تنشئ مراكز شخصية بمعنى انها ليس اعمالا قانونية شخصية (عقود) ولكنها اعمال قانونية شرطية تستند لمركز قانوني موجود في القانون لمن يتوافر فيه شروط انطباق هذا القانون

الفرع الثاني

صور اتفاقيات الادارة

تظهر الاتفاقيات الادارية في عدة صور منها: -

اولا: - اتفاقات مبادئ او تفاوض *negociation*

قد تظهر اتفاقيات الادارة، في صورة اتفاق يبرم بين الادارة وطرف اخر، على ان يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الاخر بالتفاوض حول ابرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه الاساسية او الثانوية^(٢)، ويعنى ذلك ان هذا الاتفاق لا يستهدف ابرام عقد نهائي، وانما التزام بالبدء في التفاوض والاستمرار فيه بغرض التوصل لإبرام عقد^(٣) يرغبه كلا من الطرفين، وبذلك يمثل مرحلة تمهيدية، تسبق ابرام العقد النهائي، وتؤدي اليه.

وعلى ذلك يشغل الاتفاق المبدئي مرحلة وسطى، فهو يأتي دون العقد النهائي من جهة، ولكنه يفوق مجرد التفاوض من جهة اخرى، باعتبار ان التفاوض قد أثمر اتفاقاً من حيث المبدأ لا يعادل العقد النهائي.

وفي اعتقادنا، حتى يدخل هذا الاتفاق ضمن طائفة الاتفاقيات الادارية، لا بد ان يتم التفاوض في اطار غير تعاقدي، دون التزام أيا من طرفيه بالبدء في التفاوض، وفي هذه الحالة يتضمن الاتفاق اقتراح

(١) المحكمة الإدارية العليا -الطعن رقم ٢١٧٠٠ لسنة ٥٣ قضائية - تاريخ الجلسة- ٢٣/١/٢٠١٣ مكتب فني- ٥٨ رقم الصفحة ٢٠٦.

(٢) انظر د/ محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية (صورها-وأحكامها)، مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة السابعة والأربعون، يناير ٢٠٠٥، ص٧.

(٣) راجع في هذا المعنى د/ محمد حسين عبد العال، ابرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار، مقالة منشورة في مجلة الحقوق - بجامعة البحرين المجلد الثالث- العدد الاول-يناير عام ٢٠٠٦، ص٤٢- ٤٥

بالتفاوض، اذا تم الاتفاق عليه من الطرفين، تبدأ المفاوضات. الأمر الذي يجعل الاتفاق المبدئي ينشئ التزاما بالتفاوض فقط، دون ان يتضمن التزاما بقبول العقد النهائي.

وقد يسمى هذا الاتفاق، بروتوكول اتفاقي يظهر في صورة اتفاق مبدئي يتضمن ما توصل اليه الاطراف من نتائج، التي ترتبت على اجراء المفاوضات وهو مرحلة سابقة على ابرام العقد النهائي، لا تلزم طرفيها، لذلك يعتبر اتفاق على التفاوض في شان عقد (اتفاق ممهّد).

وقضت احكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن بقولها: (أنه إذا أجرى مجلس إدارة صندوق تعويض ضحايا الأسبستوس، مفاوضات مع ذوى الشأن، حول جدول التعويضات عن الأضرار المرتبطة بالأسبستوس، للبت في الطلبات المقدمة، فإن المفاوضات التي تكون شروطها، مجردة، من أي طبيعة إلزامية، لا يمكن أن تكون موضوعاً للطعن امام قاضى العقد، لافتقادها الطبيعة العقدية، عملاً بأحكام المادة 6 من المرسوم المؤرخ في 23 أكتوبر 2001 والتي تتضمن " ان تقتصر المفاوضات على تحديد المبادئ التوجيهية التي لا تمنع سلطات الصندوق من الانحراف عن هذه التوجيهات، عند اصدار قرارات التعويض، تبعاً لحالة مقدم الطلب)⁽¹⁾

وبذلك يقتصر هذا الاتفاق على مجرد مبادئ توجيهية، لا تلزم أي من الطرفين، ولا يتمتع بأي قيمة قانونية، لذلك لا بد من البحث في النية الحقيقية للطرفين، التي تكشف عن اتجاه ارادتهم إلى اسباغ الصفة العقدية على علاقاتهم ام لا.

(¹) En application des dispositions du 1° de l'article 6 du décret du 23 octobre 2001, le conseil d'administration du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante a adopté des délibérations fixant un barème d'indemnisation des préjudices liés à l'amiante et définissant une position destinée à guider les autorités du fonds lorsqu'elles statuent sur les demandes présentées par des personnes ayant obtenu des décisions juridictionnelles devenues définitives allouant une indemnisation pour les conséquences de l'exposition à l'amiante. Conformément à ce que prévoit le décret, ces délibérations se bornent à définir des orientations et ne font pas obstacle à ce que, en fonction de la situation de chaque demandeur, les autorités du fonds s'écartent des directives qui leur sont ainsi adressées. Dès lors ces délibérations dont les termes sont, ainsi qu'il a été dit, dénués de caractère impératif, ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir Conseil d'Etat, 1ERE ET 6EME SOUS-SECTIONS REUNIES 3 mai 2004 ,N° 254961 ,Publié au recueil Lebon

ويوضح ما سبق ان الاتفاق المبدئي على التفاوض، يولد التزام ببذل عناية تمهيدا لإبرام العقد النهائي، دون ان يثير مسؤولية، أي طرف في حالة عدم التوصل لإبرام العقد، عدا الحالات التي يخرق فيها احد الاطراف التزامه ببذل عناية خاصة عند التفاوض، في سبيل الوصول إلى العقد، ومن دون مبرر معقول.^(١)

ثانيا: - اعلانات النوايا Announces d' Intentions

يلجا بعض الاطراف اثناء المفاوضات السابقة على إبرام العقود إلى تبادل رسائل النوايا، وذلك لتدوين ما تم التوصل اليه، من خلال ما جرى من مفاوضات، وبذلك فهي مجرد علامات او اشارات، يتم من خلالها تحديد المراحل التي تم تجاوزها من المفاوضات، وتتميز عن اتفاقات المبادئ، بكونها تمثل اتفاقيات جزئية، حيث تعكس خطابات النوايا بعض الاجزاء التي تم الاتفاق في شأنها، على خلاف الاتفاق المبدئي الذي ينصب على المفاوضات ككل، ولا يختص بجزء منه،^(٢) وينتج عن ذلك، انها ليست لها طبيعة تعاقدية.

ثالثا: - اتفاقيات الادارة ذات الاثار التنظيمية Les conventions d'administration a effet reglementaire أو التصرف الشرطي Acte-Condition

هناك تصرفات قانونية ادارية تستلزم لأجل وجودها القانوني اتفاقا مسبقا او لاحقا مع طرفي التصرف، تسمى تصرفات ادارية ذات طابع اتفاقي، حيث ينظم المشرع موضوع معين، يكون محله تطبيق مراكز عامة وغير شخصية على الافراد، ولكي ينتج اثاره القانونية، لابد من تحقق شرط معين نص عليه القانون، ومن امثله الاتفاق المبرم بين بعض الممولين ومصالحة الضرائب، بهدف اعفائهم من الضرائب مقابل القيام ببعض الاعمال، وبذلك تكون الاستفادة من الاعفاء الضريبي مشروطة بقيام الممول بالتزاماته، وفي هذه الحالة تمثل الاتفاقية قرار اداري فردي ذات اثار تنظيمية، او تصرفات احادية ليست لها صفة القرار

les actes unilatéraux non- décisaires

(١) انظر أ. د/ جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، السنة العشرون، العدد الاول، مارس سنة ١٩٩٦، ص167، ص١٧٧-١٧٨

ويعتبرها تكون الاتفاقية الادارية شرط شرطي condition conditionnelle يجب تحقيقه وفقا لنص القانون او اللائحة، ولكي يتم انجاز النتيجة المرجوة لابد ان تخضع لإجراءات معينة لاحقة.^(١) حيث تهدف هذه الاتفاقيات إلى تنظيم وتسيير مرفق عام، وتفرض اثارها بقوة القانون على المخاطبين بها، بعد تدخل السلطة التنظيمية للتصديق على محل الاتفاقية، وفي حالة عدم اجازة التصرف من السلطة المختصة لا ينتج الاتفاق أي اثر قانوني.

مما ينفي عن هذه الاتفاقيات الطبيعة التعاقدية، لأنها لا تنشئ الامراكز لائحية وتنظيمية مرتبطة بالمرفق العام، ولا يمكن ان تكون محلا للتعاقد، مما يجعلها قرار اداري فردي ذات طابع تنظيمي ومن امثله الاتفاقية المبرمة بين الدولة والمرافق العامة تطبيقا لنص تشريعي او تنظيمي متبوعا بقرار اداري صادر من السلطة التنظيمية يقره ويوافق عليه، ومنها البروتوكول المعتمد بقرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم ٩٥٤ لسنة ٢٠١٣ لإقامة مركز تجاري إداري^(٢)، وقرار وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية المصري بشأن اعتماد المخطط التفصيلي المقدم من شركة الأهلي للتنمية العقارية^(٣)

ومثال ذلك نص المادة ٣ من لائحة ٢٤ يناير عام ١٩٩٥^(٤) المتعلقة بتحديد رسوم الطرق السريعة، على انه "اذا تم ابرام عقد الخطة بين شخص من اشخاص القانون الخاص والدولة، فانه يشترط لكي ينتج هذا العقد اثار قانونية، ان تكون معدلات الاسعار ثابتة بقرار صادر من وزير الاقتصاد ووزير المعدات بعد استشارة الشركة صاحبة الامتياز "

(١) voir Sebastien Hourson, op. cit., p.320

(٢) والكائن بمشروع تقسيم حي الملتقى العربي والمعتمد بقرار السيد الدكتور محافظ القاهرة رقم ٤٦١ لسنة ٢٠٠٠ اسم المالك/ شركة ماجد الفطيم العقارية مصر (ش.م.م) حالياً (شركة ماف مصر للاستثمار التجاري والعقاري) بموجب العقدين المسجلين رقمي ١٦٧ لسنة ٢٠٠٦ و ٤١٠٨ لسنة ٢٠٠٥ شهر عقاري شمال القاهرة. الوقائع المصرية العدد ٢٥٦ - بتاريخ ٢٠١٣/١١/١٢ يعمل به من تاريخ ٢٠١٣/١١/١٢

(٣) رقم: ٩٣٧ - لسنة: ٢٠١٧ - بتاريخ ٣-١-٢٠١٨ بشأن اعتماد المخطط التفصيلي المقدم من شركة الأهلي للتنمية العقارية قطعة الأرض رقم (C - R - A) بمساحة ١٠٨.٥٠٥ فدان ضمن المرحلة الأولى بمشروع شركة المستقبل للتنمية العمرانية والصادر لها القرار الوزاري رقم (٦٥) بتاريخ ١٣/٢/٢٠٠٨ باعتماد المخطط العام للمشروع.

(٤) décret n 95- 81 du 24 janvier 1995 relatif aux péages autoroutiers

وقد فسر مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾ هذه الآلية بطبيعة التصرف الشرطي لعقد الخطة الذي يستلزم التزام كلا من الشركة des autoroutes du sud de la france صاحبة الامتياز والدولة بتثبيت الاسعار، وفقا لنص اللائحة كشرط لكي ينتج العقد آثار قانونية

واتبع القاضي الإداري ذات النهج بالنسبة لعقود البرامج les contrats des programmes، حيث استلزم اصدار قرار خاص بتحرير السعر، كشرط أساسي لوجود هذه العقود.⁽²⁾

وكذلك الاتفاقيات المتعلقة بالضبط الاقتصادي المبرمة بين ممثلي الادارة وممثلي احدى المهن، والتي تتضمن مناقشات حول الاسعار، وحتى يحدث هذا الاتفاق اثار قانونية في مواجهة من شارك فيه والغير، لا بد ان يتم توثيقه بإصدار مراسيم وزارية، تحدد مضمون القواعد المطبقة في هذا الشأن.

وقد تتضمن هذه الاتفاقيات شروط تنظيمية متعلقة بتنظيم المرفق العام، وشروط تعاقدية تتضمن حقوق والتزامات شخصية بين الادارة ومتعاقديها، كما هو الحال في عقود التزام المرافق العامة، التي يكون لها طابع تنظيمي بشكل جزئي.

وتكمن أهمية التمييز هنا في تحديد طبيعة الدعوى، حيث لا تقبل دعوى تجاوز السلطة ضد هذه الاتفاقيات لأنها ليست في حد ذاتها قرارات ادارية، وانما يقبل الطعن بالإلغاء ضد قرار السلطة التنظيمية المتدخل، لتحويل الاتفاقية إلى طبيعة تنظيمية، تطبيقا لنظرية القرارات المنفصلة عن العقود.

رابعاً:- عقود الخطة والبرامج واتفاقات الإطار les contrats de plan et programmes et cadre

ينتهي التخطيط عادة بوضع خطة تبين كيفية الوصول -بأقصر الطرق- إلى الأهداف التي تم

(1) "est constant que l'état et la société des autoroutes du sud de la france étaient liés par un contrat de plan , que , des lors, la société des autoroutes du sud de la france était compétente pour fixer les tarifs de péages de l'autoroute» voir , C.E , 27 juill. 2001M époux millet,rec., p.890

(2) de sorte que , s'agissant des contrats de programme , "l'arrête particulier de liberalisation des prix est un élément essentiel a leur existence "voir c. piquemal-pastre, "une experience d'acte économique: le contrat de programme ",R D P ,1974,p.335

التخطيط لها، أي بأقل التكاليف وأفضل استخدام للموارد والامكانيات المتاحة وفي أقصر وقت ممكن^(١)، وتعد عقود الخطة، اتفاقيات تبرمها الادارة، تتضمن تنبؤات مستقبلية مصحوبة بتحقيق اهداف معينة، للتأثير على اتجاه السوق، لذلك تسمى خطة ارشادية، لما تمثله من دليل استرشادي لا يلزم المخاطبين بها، ويجردها من أي قيمة قانونية، حيث تقتصر على مجرد توجيهات حكومية، لا ترتبط بها الدولة، ولا الافراد، على سبيل المثال إرشادات مكافحة الفساد في مصر " والتي تعني، الدليل الإرشادي لمنع ومكافحة الغش والفساد في المشروعات التي تمويل بقروض من البنك الدولي لإعادة الإعمار والتنمية والاعتمادات والمنح المقدمة من هيئة التنمية الدولية.^(٢)

لذلك يطلق عليها اتفاقيات برامج اقتصادية، والتي يقصد بها عقود يتم إبرامها لاقتراح سياسات معينة للتأثير في اتجاهات السوق، بما يتفق وتحقيق أهداف معينة وتتوقف طبيعة السياسات المقترحة والأدوات المستخدمة على دور القطاع المؤم، وهو قطاع المشروعات العامة، ودرجة تدخل الدولة في التوازن الداخلي والتوازن الخارجي، وتحقيق معدلات نمو عالية^(٣) أي انها العمل القانوني للنشاط الاقتصادي التي تبرمه الدولة مع الهيئات المحلية، والتي تمثل تقدير لما سيتم تحقيقه في المستقبل مع الزام القائمين على امر تنفيذها في كافة القطاعات والمشروعات العامة بتحقيق الأهداف المقررة في الخطة.^(٤) وهي مجرد توجيهات تعتمد على الاقتناع والوعي، تضعها الإدارة العامة عن طريق قراراتها، ولكنها لا تتجرد من أي قيمة قانونية وادبية، وانما تلتزم التزاما ادبيا اتجاه المشروعات العامة بالعمل على

(١) راجع في ذلك أ.د/ رمضان محمد بطيخ، التخطيط بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- حقوق عين شمس، العدد الأول- السنة الواحد والأربعون - يناير عام ١٩٩٩-ص ٤٥

(٢) والمؤرخة، في ١٥ أكتوبر ٢٠٠٦، والمعدلة في يناير ٢٠١١، واعتبارا من ١ يوليو ٢٠١٦ المنصوص عليها في قرار رئيس الجمهورية -رقم: - 329 لسنة: - 2018 بتاريخ 11-15-2018 بشأن الموافقة الاتفاقية المتعلقة بقرض مشروع تطوير نظام الرعاية الصحية في مصر بين حكومة جمهورية مصر العربية والبنك الدولي لإعادة الإعمار والتنمية وذلك بمبلغ ٥٣٠ مليون دولار أمريكي، والموقع في القاهرة بتاريخ ١٠/٧/٢٠١٨.

(٣) أ.د/ شمس مرغنى على، الطبيعة الادارية لمنازعات الخطة، مقالة منشورة في مجلة العلوم الادارية، العدد الثالث، سنة ١٩٧٥، ص ١٠٠- 1

(٤) انظر د/ شمس مرغنى على، الطبيعة الادارية لمنازعات الخطة في مصر، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الاول، سنة ١٩٩٦، ص ١٠١، ١٠٨

تنفيذها^(١)

مع ملاحظة أن تنفيذ الخطة الأحادية، قد يتطلب في ظل شروط محددة منصوص عليها، بموجب مرسوم ابرام عقود الخطة بين الدولة والأقاليم، تعديل الخطة إذا ما طرأت ظروف جديدة، لم تؤخذها الإدارة في الاعتبار.

وبناءً على ذلك يعتبر القاضي الإداري الفرنسي^(٢) ان عقد المدينة contrat de ville يتضمن نصوص توجيهية، فيما يتعلق بالعمليات المنصوص عليها بالعقد، ومن ثم لا يولد أي آثار قانونية، ولكن يجوز اعتبار عقود البرامج تصرفات وسيطة les actes intermédiaires تولد آثار غير مباشرة متمثلة في اتخاذ اجراءات لاحقة بالإشارة لهذه الاتفاقية^(٣).

ويتسأل Hanri Btiffaol^(٤) عن الطبيعة القانونية لاتفاقيات الخطة، عندما تولد التزامات قانونية على عاتق ذوى الشأن، تتمثل في ابرام عقود تنفيذها لهذه الاتفاقيات؟

(١) ومن امثلتها إطار الإدارة البيئية والاجتماعية في مصر " أو "ESMF" الذى يعنى الإطار المحدد عنه في بلد المقترض وعلى الموقع الإلكتروني للبنك في ٢٦ أبريل ٢٠١٨، بما في ذلك خطة إدارة النفقات الطبية ووضع عملية فحص بيئي واجتماعي تمكن المقترض من تحديد الآثار البيئية والاجتماعية السلبية المحتملة وتقييمها، والقضاء على الآثار البيئية والاجتماعية السلبية أو موازنتها أو خفضها إلى مستويات مقبولة، أو تعزيز التأثيرات الإيجابية، ووفقا لما سيتم إعداده من تقييمات للأثر البيئي والاجتماعي (ESIAS) وخطط الإدارة البيئية والاجتماعية (ESMP) الخاصة بالموقع وتقديمها إلى البنك لاعتمادها، والتي يجوز تعديلها من وقت لآخر بعد الحصول على موافقة كتابية مسبقة من البنك المنصوص عليها في قرار رئيس الجمهورية -رقم: - 329 لسنة: - 2018 بتاريخ 11-15-2018 بشأن الموافقة على الاتفاقية المتعلقة بقرض مشروع تطوير نظام الرعاية الصحية في مصر بين حكومة جمهورية مصر العربية والبنك الدولي لإعادة الإعمار والتنمية وذلك بمبلغ ٥٣٠ مليون دولار أمريكي، والموقع في القاهرة بتاريخ ٢٠١٨/٧/١٠.

(٢) " n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou des operations qui prévoit ", voir, C .A. A. Douai, 17 mai 2000 ,commune d'hautmont,req.n 97 D. A. 01074

(٣) وعلى سبيل المثال برنامج المصروفات المؤهلة "الذى يعنى النفقات المؤهلة التي يتحملها المقترض لتنفيذ القسمين الأول والثاني من المشروع الممولة من خلال الفصل الأول (الرواتب والأجور) من الميزانية التقديرية المخصصة لوزارة الصحة والسكان والجهات التابعة لها. والمنصوص عليها في الاتفاقية المصرية المتعلقة بقرض مشروع تطوير نظام الرعاية الصحية في مصر بين حكومة جمهورية مصر العربية والبنك الدولي لإعادة الإعمار والتنمية وذلك بمبلغ ٥٣٠ مليون دولار أمريكي، والموقع في القاهرة بتاريخ ٢٠١٨/٧/١٠.

(٤) voir Hanri Btiffaol,"la crise du contrat " ,A. P. D. 1968p.29

وللإجابة على ذلك لابد من فحص شروط الاتفاقية، فإذا تضمنت شروط ملزمة، تتحول إلى عقود، ومثال ذلك، عندما ينص المشرع على ضرورة تضمين الاتفاقية شروط ملزمة للطرفين، كما في نص القانون الفرنسي الصادر في ٢٩ يوليو لعام ١٩٨٢ المتعلق بإصلاح التخطيط الذي ينص في المادة ١١ منه على " ان عقود الخطة تتضمن التزامات متبادلة بين طرفيه، بغرض تنفيذ الخطة والبرامج ذات الأولوية"^(١)، وفي هذه الحالة، ننتهي إلى اعتبارها عقود وليست توصية خطية.

وفي هذا السياق يسمى الاتفاق المبرم بين الطرفين بهدف إخضاع المعاملات المستقبلية بينهما لإطار واحد يتم تحديده سلفاً باتفاق الإطار. ومن ثم تكمن خصوصية هذا الاتفاق في انه يترك لعقود اخرى لاحقة مهمة تحقيق أهداف طرفيه^(٢).

المطلب الثاني التمييز بين اتفاقيات الإدارة والتصرفات القانونية الاخرى

اولاً: - التمييز بين الاتفاقية والعقد

يشابه كلا من العقد والاتفاقية الادارية، في ان كلا منهما، ينتج من عدة ارادات، ولكنهما يختلفان في أن:-

- العقد عبارة عن اتفاق ارادتين او اكثر على انشاء عمل قانوني، بحيث تتصرف فيه نيتهما المشتركة إلى ترتيب اثر قانوني، وذلك على خلاف الاتفاقية الادارية التي لا يستهدف طرفيها احداث، أي أثر قانوني.^(٣)
- تحتاج الاتفاقيات إلى تدخل الإدارة وتصديقها عليها، لتصبح ملزمة، على عكس العقود التي تلزم اطرافها بقوتها الذاتية، فضلا عن ان خرق هذه الاتفاقية، لا يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية للطرف الغير ملتزم، وانما المسؤولية التقصيرية.^(٤)
- ينتج عن العقد مراكز قانونية ذاتية، على خلاف الاتفاقية الادارية التي تولد مراكز قانونية موضوعية،

(١) voir la loi n 82-653 du 29 juill., 1982 portant réforme de la planification , J. O. R .F., 30 juill. , 1982,p. 2441

(٢) راجع في هذا المعنى د/ محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ١١

(٣) voi Sébastien Hourson,op. cit.,p. 310

(٤) انظر أ. د/ جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد ، مجلة الحقوق ، السنة العشرون ، العدد الاول ، مارس سنة ١٩٩٦ ، ص ١٣٦

تتضمن قواعد عامة ومجردة.

- قد يحظر التعاقد بشأن موضوعات معينة، اما بناءً على ارادة المشرع، او بسبب طبيعة النشاط ذاته، ومن امثلتها، الموضوعات المتعلقة بالحفاظ على النظام العام، فاذا ابرم عقدا بشأنها، تكون غير مشروعة، وذلك على خلاف الاتفاقيات التي تتسع لتشمل كل الموضوعات.

ثانياً: - التمييز بين الاتفاقية والقرار الإداري

يتميز القرار الإداري، بأنه تصرف قانوني صادر من جانب واحد، هو الادارة، على خلاف الاتفاقية التي تتكون من نتاج ارادات عدة اطراف، ولكن قد يتشابهان، في حالة تدخل اكثر من ارادة عضو اداري، ينتمى إلى شخص قانوني واحد، هو الدولة، حيث لا يوجد تعدد ارادات، وانما ارادة وحيدة هي ارادة الدولة، مما يجعل الاتفاقية تصرف قانوني صادر بإرادة منفردة، كما لو كان قرارا اداريا.

ومن ناحية اخرى يتميز القرار الاداري بترتيب اثار قانونية، بالنسبة للشخص المخاطب به والغير، رغما عنهم، ودون ابداء موافقتهم.

فاذا صادف القرار الاداري قبول، فان توافق الارادات حول القرار، لا يشكل عقدا لكونه صادرا بإرادة الادارة المنفردة، على خلاف الاتفاقية التي تتضمن مبادئ توجيهية، لا تنتج أي أثر قانوني.

وتكمن اهمية التمييز بينهم، في تحديد نوعية الطعن المثار، في حالة النزاع، حيث يتم الطعن على القرار الإداري بعدم المشروعية، عن طريق دعوى الالغاء، اما في حالة الاتفاقية، فانه يجب التمييز بين فرضين: -

- اولهما: - اذا تم ابرام الاتفاقيات داخل الاطار التعاقدية، فانه يختص بالطعن عليها قاضي القضاء الكامل.

- ثانيهما: - اذا تم إبرامها خارج الاطار التعاقدية، ففي هذه الحالة لا يقبل الطعن عليها سواء امام قاضي الالغاء او قاضي العقد، ولكن هذا لا يمنع الاعتراف بالمسئولية الغير تعاقدية، الناشئة من انتهاك او خرق الالتزام.

المبحث الثاني

الطبيعة الادارية لاتفاقيات الادارة

L' administrativité des conventions d'administration

تمثل اتفاقيات الادارة نوع من انواع التصرفات الادارية التي تحكم علاقات القانون العام، لذلك يثور التساؤل حول مدى ادارية اتفاقيات الادارة، وما هو المعيار المميز لإضفاء الصفة الادارية عليها، ومن ثم اختصاص القاضي الاداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بها؟

وللإجابة على ذلك، يجب الإشارة إلى ان القضاء هو الذى وضع معيار التمييز - والمشرع اكتفى بان نص على ان هناك عقود ادارية، فظهرت هذه العقود بتحديد القانون في بداية نشأة النشاط العقدي للإدارة في فرنسا وانتهت، وكان القاضي في هذه المرحلة لا يتعرض للبحث عن طبيعة المتعاقدين، او موضوع العقد، وانما يكتفى بطبيعة العقد المحددة من جانب المشرع، وذلك على خلاف اتفاقيات الادارة، التي تتحدد طبيعتها الادارية خارج النص القانوني،⁽¹⁾ مما يجعلنا نعتمد في دراستنا على المعيار القضائي.

ويجب ان ننوه إلى عدم اختصاص القاضي الإداري باتفاقيات الادارة، نتيجة غياب الزامية شروطها التي تفقدها الطبيعة العقدية، وبذلك لا يترك تكييف ادارية الاتفاقية لإرادة الاطراف كمعيار يتم الاستناد اليه.

و لكن يكون لأطراف الاتفاقية تأثير على تحديد نوعية الاتفاق، فاذا ارتضى الطرفان بوجود شروط مبالغ فيها تم تضمينها الاتفاقية وفقا لإرادتهما، فانه يحول الاتفاقية إلى عقد، فضلا عن الحاق الصفة الادارية عليه، ويبرر ذلك، بان هذه الشروط من شأنها الزام الاطراف، الامر الذى يؤدي بطريق المخالفة إلى انكار الصفة التوجيهية لشروطها،⁽²⁾ لذلك سمح مجلس الدولة لفرنسي بالاعتراف بالطبيعة العقدية للتصرفات المبرمة بين الصناديق الوطنية والمنظمات او الهيئات الممثلة لها، نتيجة لوجود شروط

(1) voir note l'art. 2 du titre II de la loi du 28 pluviôse an v III sur l'attribution de la compétence juridictionnelle au sujet des marchés publics de travaux. voir aussi not., quelques applications du texte, t c ,23 oct. 2000, société solycat,rec., p. 772

(2) voir p. amselek, "la qualification des contrats de l'administration par la jurisprudence", a j d a ,1983

ملزمة.^(١)

وباستخلاص هذه النتيجة، نتوصل إلى فشل المعيار المتعلق بالشروط الاستثنائية غير المؤلفه في عقود القانون الخاص، لإضفاء الصفة الادارية على الاتفاقية، لتعارضه مع الصفة التوجيهية لشروطها، والتي تمثل جزء لا يتجزأ منها.

لذلك يجب البحث عن المعايير القضائية التقليدية، لإضفاء الصفة الادارية على اتفاقيات الادارة.

المطلب الأول

المعيار العضوي (الشكلي) le critère organique

يمكن القول، بأن الاتفاقية تكون ادارية، اذا كان احد طرفيها شخص معنوي عام (جهة ادارية). ووفقا لهذا المعيار، توصف جميع اتفاقيات الادارة بالصفة الادارية، بصرف النظر عن القواعد التي تحكمها، أو المحاكم المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بها، حيث ان العبرة بالجهة التي ابرمت الاتفاقية، فمتى كانت جهة ادارية اصبحت الاتفاقية ادارية.

يقوم هذا المعيار على طبيعة الجهة القائمة بالتصرف القانوني، لإضفاء الصفة الادارية على التصرف، فوفقا لهذا المعيار، فإن الاتفاقية التي لا تكون الادارة طرفا فيها لا يمكن اعتبارها اتفاقية ادارية. ولكن قد يرى ان هذا المعيار لا يكفي وحده لتكييف الطبيعة الادارية للاتفاقية، في الوقت الذي فقدت فيه صفة مبرم الاتفاق اهميته. لذلك لابد من الاستعانة بالمعيار المادي (الموضوعي) المؤسس على التمييز بين اعمال السلطة العامة واعمال الادارة العادية، حيث تستمد الصفة الادارية للتصرف من موضوع العقد، وطبيعته الذاتية، وما يتضمنه من نصوص، وليس من اسباب او عناصر خارجية مستمدة من صفة الجهة المتعاقدة. مع مراعاة الحلول القضائية المعتمدة من جانب القاضي الإداري، وظهور اشخاص القانون الخاص التي تمارس أنشطة تستهدف تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى المرافق الصناعية والتجارية التي تخضع لقواعد القانون الإداري ويرجع ذلك للاستناد على معيار امتيازات السلطة العامة^(٢).

^(١) C.E sect., 18 oct., 1974,n 88076, publié au recueil lebon

^(٢) C.E , 17 fév. 1992, société Textron,rec., p. 66

وبناءً على ذلك، فإن العبرة في تكييف الطبيعة الادارية للتصرف ليست في الشخصية العامة، وإنما في صلاحيات السلطة العامة، ولئن كانت هذه الطريقة تصلح في تكييف العقود الادارية، فإنها لا تصلح لتكييف ادارية الاتفاقيات المبرمة من الادارة.

وبذلك فإن المعيار الشكلي هو الحاسم في تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقيات الادارية - فيبقى طبيعة الشخص الطرف في الاتفاقية موضع اعتبار في تحديد طبيعتها القانونية حيث يتم الابقاء على توقيع الشخص المختص بإبرام الاتفاقية، والذي يعبر عن إرادة القائمين بالتصرف، كمعيار للتكييف دون الاستناد إلى معيار الشروط الاستثنائية الغير مألوفة عن قواعد القانون الخاص التي تتعارض مع طبيعة الاتفاقية.

على ذلك فإن طبيعة اطراف الاتفاقية هم محل الاعتبار في تحديد طبيعتها الادارية

لذلك يجب الاخذ في الاعتبار بطبيعة الاطراف في تكييف الاتفاقية، ويترتب على ذلك انكار القاضي الإداري الطبيعة الادارية للعقد المبرم بين اشخاص القانون الخاص، بالرغم انه يمكن في ظروف معينة اخضاع هذه العقود لنظام القانون الإداري، ومن امثلتها حالة اذا تبين أن أحد المتعاقدين، انما كان يتعاقد في الحقيقة باسم ولحساب جهة ادارية⁽¹⁾، وذلك متى توافرت الشروط الاخرى.

وبذلك يكفي ان يكون احد طرفي العقد من اشخاص القانون العام لكي يكون اداريا، وقياسا على ذلك فان الاتفاقيات المبرمة بين اشخاص القانون الخاص تخضع للقانون الخاص، ولا يكون لها طبيعة ادارية.

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾ أن عقد الخطة المبرم بين الدولة والمحليات، يكون عقد ادارى استنادا لصفة اطرافه وفقا للمعيار الشكلي، حيث يكفي وجود شخص معنوي عام على الاقل، بناءً على ما تقضى به المادة 11 من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 29 يوليو لعام 1982 المتعلق

(1) voir C. E,3 juin 2009, société aéroports de paris,rec.,p. 216

(2) voir F. modern, "l' évolution récente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques",r f d a ,1984,p.18

بإصلاح التخطيط⁽¹⁾، بنصها على " امكانية ابرام الدولة لعقود الخطة مع الاقاليم المتعلقة بالمشروعات العامة او الخاصة او اشخاص معنوية اخرى... "

ويلاحظ في هذا الشأن، ان الاغلبية العظمى من الاتفاقيات الادارية، تكون بين الاشخاص العامة. وعلى سبيل المثال، اتفاقية التطوير الإقليمي الموقعة في الفترة من ٢٠٠٧ إلى ٢٠١٣، والتي تعنى بالأشخاص المعنوية، ومنها المقاطعات والمناطق والمؤسسات العامة، مما يجعل الطبيعة الادارية للاتفاقية قائماً على المعيار الشكلي.⁽²⁾ وعلى النقيض توجد تصرفات قانونية تشارك فيها الاشخاص الخاصة، ولا يخضع التصرف للقانون الإداري، لكون موضوعه متعلق بأنشطة الافراد الخاصة، وليست العامة.

وبذلك فان المعيار الشكلي، هو الذي يقيد الادارة بالالتزام بالإجراءات الاتفاقية او يساعدها على تجاهل هذه الاجراءات، وذلك حينما يكون الاطراف عامة او خاصة.

ولكن قد تنثور الصعوبة في تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقية اذا ابرمت بين اشخاص معنوية عامة وافراد او اشخاص معنوية خاصة؟ في هذه الحالة، فان العبرة تكون بوجود اغلبية الاشخاص العامة المتعاقدة التي من شأنها اعطاء مؤشر مؤكد لتحديد طبيعة التصرف.

ومن الطبيعي ان القاضي الإداري، لا يلجا إلى بحث مدى ادارية الاتفاقية، الا اذا كانت اطرافها من اشخاص القانون الخاص، اما اذا كانت من اشخاص القانون العام، فان القاضي يفترض ادارية الاتفاقية، إلى ان يثبت العكس، ومثال ذلك حكم union des assurances de paris⁽³⁾ الذي بموجبه قرر مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد عدم اختصاص القضاء الإداري بنظر الدعوى، بسبب الصفة المدنية لعقد تأجير الأماكن.

(1) voir la loi n 82-653 du 29 juill., 1982 portant réforme de la planification , j .o. r. f, 30 juill., 1982,p. 2441

(2) voir le contrat de développement territorial du chaonnais signes entre l'état et les régions pour le période allant de 2007 à 2013 "

(3) voir d. labetoulle ,concl. Sur la décision T C, 21 mars 1983, union des assurances de paris et autres,A. J. D. A. ,1983,p. 359

وقد اشار مفوض الحكومة، إلى ان المعيار الشكلي لا يجب تطبيقه، حينما يكون المتعاقدين اشخاص عامة، لان القضاء لا يكتفى لإضفاء الطبيعة الادارية على العقد كون المعيار شكلي، لافتراض الصفة الادارية للعقود التي لا تظهر فيها مظاهر السلطة العامة، مما يؤكد إلى الرجوع للتمييز بين اطراف من اشخاص القانون العام والخاص، التي يجب ان تبرم العقد بسلطة عامة ويتضح ذلك من وجود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص في العقد.

وقد استقر القضاء على ان العقد المبرم بين الاشخاص العامة هو كقاعدة عقداً ادارياً الا اذا تبين من خلال العقد اتجاه إرادة اطراف العقد لإخضاعه لقواعد القانون الخاص بسبب طبيعة العقد او ان ذلك يحقق مصلحة افضل لجهة الادارة المتعاقدة.

المطلب الثاني

معيار المرفق العام (المعايير البديلة) les critères alternatives

بعد انتهاء مرحلة العقود الادارية بتحديد القانون في فرنسا اصبح طبيعة العقد ذاته هي المعيار في تحديد اختصاص القضاء الإداري، إذا كان اتفاق الادارة متصلاً بتسيير او بتنظيم مرفق عام (العقد الإداري بطبيعته). ويتضمن شروط استثنائية غير مألوفة.

ويعتمد معيار المرفق العام على طبيعة النشاط او موضوعه، فاذا كان النشاط يستهدف اشباع حاجات عامة او يحقق مصلحة عامة، يكون مرفقاً عاماً، اما اذا لم يكن كذلك، فلا يمكن اعتباره مرفقاً عاماً، ومن ثم يكون الاساس في تعريف المرفق العام، هو طبيعة النشاط والهدف الذي يتغياه.

ونتيجة لظهور مشروعات خاصة تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فانه لا يمكن الاكتفاء بالمعيار الموضوعي وحده، لتكييف النشاط، بانه نشاط مرفق عام، الا بافتراض وجود شخص اداري وراء هذا النشاط، ولذلك لا بد من الاستناد إلى المعيارين معاً.

فقد اكدت محكمة التنازع الفرنسية على ان الاتفاقية المبرمة بين اشخاص القانون العام، يكون لها طابع اداري اذا كان موضوعها متعلق بتنظيم مرفق عام. ومن امثلتها اضفاء الصفة الادارية على الاتفاقية المبرمة بين الاشخاص العامة، لان موضوعها متعلق بتنفيذ مهام مرفق عام، وهو المسكن

المخصص للطلاب،⁽¹⁾ وفي حكم اخر اضافة الصفة المدنية على اتفاقية نقل اموال منقولات بين بلديتين، باعتبار موضوعها يتعلق بالأنشطة الخاصة، الذي يجعلها عقدا من عقود القانون الخاص⁽²⁾.

وبناءً على ذلك يستند مجلس الدولة الفرنسي، إلى ان العقد يكون من عقود القانون الخاص بالنظر لموضوعه، حينما لا يولد بين الاطراف الا علاقات القانون الخاص.⁽³⁾ وفي هذا المعنى صدر حكم، يقرر ان العقد المتعلق بتوزيع المياه والمبرم بين الاشخاص العامة، لا يكون موضوعه متعلق بمرفق عام، ولا يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة عن عقود القانون الخاص، ومن ثم لا يولد العلاقات خاصة، بالرغم من تمتع الاتفاقية بالصفة الادارية استنادا للمعيار العضوي فقط⁽⁴⁾.

ولكن ما الوضع بالنسبة للاتفاقيات في ضوء استناد القضاء إلى معيارين متداخلين، لتأكيد الصفة الادارية للعقود، وهو المعيار الشكلي المتمثل في نشاط السلطة التنفيذية، والمعيار الموضوعي او المادي المتعلق بمضمون وفحوى النشاط، وما اذا كانت السلطة التنفيذية، قد استخدمت السلطة العامة في مباشرة النشاط، او العمل، او لم تستخدمها، لإضافة الطابع الإداري على هذه العقود؟

المطلب الثالث: المعيار المزدوج الشكلي والموضوعي لإضافة الطبيعة الادارية للاتفاقيات

تطلب القضاء الإداري الفرنسي، توافر المعيار العضوي إلى جانب المعيار الموضوعي، لإضافة الطبيعة الادارية على الاتفاقات المبرمة بين الاشخاص المعنية العامة، لتنظيم وتسيير المرافق العامة مستخدمة امتيازات السلطة العامة، والتي تكمن في الشروط الاستثنائية المتضمنة الاتفاق، وتكشف عن نية المتعاقدين في اتباع اسلوب القانون العام. وبذلك يخرج من نطاق اختصاص القضاء الاداري، المنازعات التي تنشأ عن نشاط الافراد، والمرافق العامة الاقتصادية التي تخضع في الاصل للقانون الخاص، لان الادارة لا تستخدم في شأنها السلطة العامة الا استثناء.

(1) T.C, 7 oct. 1991, centre régional des oeuvres universitaires et scolaires (c r o u s) de l'académie de Nancy-Metz, rec., p. 472

(2) T. C ,15 nov., 1999, commune de bourisp, rec., p. 478

(3) A. menemenis, note sous l'arrêt C.E, 3 nov., 2003, union des groupements d'achats publics, D .A ,2004, comm.43,p.20

(4) C.E, 15 sept., 2004, minister de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/syndicat intercommunal de distribution d'eau du nord, rec., p. 628

وبذلك يلزم البحث في طبيعة كل اتفاق على حدة، بحيث يتم الاعتماد في تحديد الطبيعة الادارية للعقد على وجود الشروط الاستثنائية، بما يجعل معيار السلطة العامة هو المعيار الفعال.

ولكن يثور التساؤل عن مدى صلاحية معيار الشروط الاستثنائية الغير مالوفة في عقود القانون الخاص، لإضفاء الصفة الادارية على الاتفاقيات الادارية؟

لابد من التنويه إلى ان الطبيعة التوجيهية لشروط الاتفاقيات، تؤدي إلى استبعاد تصور وجود شروط استثنائية كمعيار لإضفاء الصفة الادارية عليها. وفي حالة افتراض وجودها، يكون للاتفاقية طبيعة عقدية، وليست اتفاقية، تجعلها تدخل ضمن طائفة العقود، مما يجعل معيار السلطة العامة، كمعيار موضوعي لا يصلح لتحديد الطبيعة الادارية للاتفاقية.

وقد قضت بذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأنه⁽¹⁾ إذا تم إبرام اتفاقية بين المكتب الوطني للغابات والسيد girard- mille، عهدت اليه بسلطة اشغال ارض في غابة حكومية في mimizan، من اجل استغلالها كمركز للفروسية، الا ان المكتب الوطني للغابات، قد قام بفسخ العقد قبل حلول اجله، مما دعا السيد girard- mille إلى رفع دعوى امام المحكمة الإدارية في pau، وطلب مبلغ قدره ١٠,000 يورو، لتعويض الاضرار التي لحقت به، الا ان المحكمة الإدارية، قد رفضت دعوى الطاعن، باعتبار انها قدمت امام جهة قضائية غير مختصة، إلا ان محكمة الاستئناف الإدارية في bordeaux، قد اقرت الاختصاص بنظر الدعوى، واعادت القضية إلى المحكمة الإدارية في pau، باعتبار ان العقد يستهدف تحقيق مصلحة عامة، فضلاً عن تضمينه بنوداً تمثل شروط استثنائية غير مألوفة عن عقود القانون الخاص، مما أضفى على العقد الصفة الإدارية، ومن ثم تكون من اختصاص القضاء الإداري، حيث قام مجلس الدولة بفحص مضمون العقد بغرض تفسيره دون المساس بتقدير قاضي الموضوع، وذلك لتحديد ما إذا كان قد أقرت خطأ قانوني، فيما يتعلق بالاختصاص القضائي أم لا، وانتهى الحكم بتأييد اختصاص القضاء الإداري بنظر الدعوى ورفض طلب المكتب الوطني للغابات، وعدم اختصاص القضاء العادي).

(1) voir jean- david dreyfus, la nature des conventions portant occupation du domaine forestier de l' état , l'actualité juridique ,n5/2011,14 février 2011,p.281-283

وتعليقا على هذا الحكم⁽¹⁾ نستخلص أن الإفراط في النص على الشروط الاستثنائية الغير مألوفة من جانب الجهة الإدارية، يؤدي إلى حدوث تغيير في نظام التعاقد، عن ما هو متبع في القانون الخاص، مع تصور وجود المغالاة من الطرف الأقوى في التعاقد، ونتيجة لتطور قواعد القانون العام، فإن كل ما يتضمنه الاتفاق من شروط استثنائية غير مألوفة، يسمح بتمييز عقود القانون العام، وإضفاء الصفة الإدارية عليه، يمكن رفضه. ومن هنا نجد أن هناك بعض من معايير العقد الإداري، في حاجة إلى إعادة التفكير بها، ومنها الشروط الاستثنائية الغير مألوفة، حيث اعتبر قاضي محكمة التنازع الفرنسية، بأن سلطة فسخ العقد لا تعتبر بالضرورة من الشروط الاستثنائية، وخاصة إذا كان موضوع التعاقد متعلق بنشاط الأفراد الخاصة، أو إذا كان العقد مُبرم بين شخصين عامين الامر الذي من شأنه يكفي لإضفاء الصفة الإدارية عليه في هذه الحالة، ومن ثم يندرج ضمن اختصاص القضاء الإداري. لذلك هل يمكن اعتبار عقد أمن عقود الادارة عقداً ادارياً بالرغم من انه ابرم وفقا لقواعد القانون الخاص ولم يتضمن نصوص استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص؟

وللإجابة على هذا التساؤل لابد من استعراض موقف القضاء⁽²⁾ :

وفي هذا الشأن قررت محكمة التنازع الفرنسية بمناسبة صدور حكم uap⁽³⁾، بان تضمين العقد

(¹) Les évolutions récentes du droit privé conduisent toutefois a nuancé le propos: au nom d'une "vision économique du droit " cette " montée en puissance de l'unilatéralisme" traduit un changement du rapport contractuel en droit privé au sein duquel l'exorbitance n'est plus bannie , en conséquence , ce qui était exorbitant et permettait de caractériser l'ambiance de droit public peut ne plus l' être en raison de l'evolution du droit commun. De là à considérer que certains critères du contrat administrative sont à repenser, il n'y a qu'un pas tel est le cas du critère des clauses exorbitantes. Le juge des conflits a déjà considéré qu'un pouvoir de resiliation unilatéral ne caractérisait plus nécessairement l'existence d'une clause exorbitante du droit commun , surtout quand est en cause l'occupation du domaine privé " –voir jean–david dreyfus, op. cit.,p.281–283

(²) voir jean–david dreyfus,actualité des contrats entre personnes publiques, op. cit.,p. 575–580

(³) Trib. Confl.21 mars 1983. ,leb.,p.537, A. J. D. A 1983,p.358,concl., d. labetoulle,rev. adm.1983,p.369,note b.pacteau

المبرم بين اشخاص عامة، احدهما مورد، والاخر مستخدم، شروط استثنائية غير مألوفة، يضى عليها الطابع الإداري، مما يدرجه ضمن اختصاص القضاء الإداري.

بينما العقود المبرمة بين أصحاب امتياز توزيع الغاز والمستخدمين، تنتمى لعقود القانون الخاص ماعدا في حالة إذا كان أحد المستخدمين يحمل صفة شخص عام، ويتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة، فإنه يضى على العقد صفة إدارية تجعله من اختصاص القاضي الإداري كما أكدته مجلس الدولة الفرنسي.⁽¹⁾

وفى حكم اخر يطبق القاضي الإداري المعايير التقليدية لإضفاء الطبيعة الادارية على العقد، مع عدم الاكتفاء بان يكون العقد مُبرم بين اشخاص عامة⁽²⁾. وبناءً على ذلك قضت محكمة التنازع أن عقد بيع العقار عن الممتلكات العقارية الذى ابرمته احدى البلديات رغم انه يمكن ان يكون من عقود القانون الخاص، فان اضافة الصفة الادارية على هذا العقد، لا يرجع إلى أن المشتري من أشخاص القانون العام، وإنما نتيجة إدراج بنود في العقد تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فضلاً عن الشروط الاستثنائية الغير المألوفة في عقود القانون الخاص، مما يعهد بالاختصاص للقاضي الإداري⁽³⁾.

وبذلك فإن بعض المحاكم القضائية أستمرت في اللجوء للشروط الاستثنائية الغير مألوفة، واحكام أخرى استندت إلى الاكتفاء، بأن يكون أحد الأطراف شخص عام لإضفاء الطبيعة الإدارية على الاتفاقية. ولم يحسم مجلس الدولة الفرنسي الأمر، حيث أصدر حكمه، بشأن اتفاقية لبيع المياه بين الأشخاص العامة باعتبار أن صفة العمومية التي يتحلى بها اطرافها، كافية بمفردها لإضفاء الصفة الإدارية على الاتفاقية، دون البحث عن مدى توافر الشروط الاستثنائية الغير مألوفة، ولكن ما هو الوضع في حالة العقود المُبرمة بين الاشخاص العامة؟.

⁽¹⁾ voir C.E 9 octobre 1959, Hospital-Hospice de dax, ville de moret sur oing
أقرت محكمة استئناف باريس ان العقود المبرمة بين اصحاب امتيازات معدات الطاقة الكهربائية والمستخدمين
C.E paris 30 décembre 1988, d.1988inf. rap. P. 250

⁽²⁾ voir C.E, 2 mai 2016, cmru de Montpellier, "les contrats" revue du droit public, 2017, n2, p.484

⁽³⁾ voir T.Confl. 6 juin 2016, c.n.e. d'aragnouet c/c.n.e. de vignec, revue du droit public, 2017, n2, p.484

أشار ^(١) Daniel labetoulle بأن الشروط الاستثنائية الغير مألوفة وفكرة العلاقات الغير متكافئة لا يعتد بها، في حالة إذا ابرم العقد بين الاشخاص العامة، ويرجع ذلك لندرة وجودها، وليس لاستحالة تصورها، مما يصعب وجود معيار ثابت لتحديدها، ونتيجة لذلك تناقضت احكام القضاء الإداري الفرنسي.

وفي حكم commune de bourisp، قضت محكمة التنازع الفرنسية بان العقد المُبرم بين الاشخاص العامة الذي لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، لا يعتبر عقداً ادارياً، مؤكداً أعلى أن وجود هذه البنود تعطي العقد الصفة الإدارية، ولكن نتيجة افتقاد التعاقد هذه الشروط خضع العقد للقانون الخاص^(٢).

وحكم آخر قضت محكمة الاستئناف الإدارية بمارسيليا بتاريخ ٢٧ اكتوبر عام ١٩٩٨، بأن عقد القرض المُبرم بين صندوق القرض وقطاع aude، هو عقداً ادارياً، لان طرفيه من أشخاص القانون العام، مما يضفي عليه الطبيعة الإدارية دون ان يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة والتي لاتعد معياراً حاكماً لطبيعة العقد الا اذا كان احد طرفيه من اشخاص القانون الخاص، أما إذا كانت الاتفاق لا ينشئ سوى روابط من القانون الخاص بين الأطراف، فانه يخضع للقضاء العادي، وبذلك لا يلعب معيار الشروط الاستثنائية الغير مألوفة دوراً إلا في حالة العقود المُبرمة بين شخص عام واخر خاص لإضفاء الصفة الإدارية عليه.^(٣)

وفي حكم حديث لمحكمة التنازع، انكر الطبيعة الإدارية للعقد، بالرغم من احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة.^(٤)

ونتيجة لهذا التضارب القضائي حول معيار الشروط الاستثنائية فقد كان هناك حاجة للبحث عن معيار اخر في مجال الاتفاقيات الادارية لتمييز الاتفاقيات الادارية عن الاتفاقيات الخاصة، بعيدا عن فحص الطبيعة القانونية لشروطها، في ضوء ان هذه اتفاقيات تعتبر تصرفات قانونية تتضمن شروط

^(١) voir jean-david dreyfus,actualité des contrats entre personnes publiques, op. cit.,p. 578

^(٢) voir T.C 15 novembre 1999,commune de bourisp, dr. adm.février 2000,p.17,

^(٣) voir C.A.A Marseille 27 octobre 1998, department de l'aude,b. J. C. P. 1999,n6,p.548

^(٤) voir jean-david dreyfus,actualité des contrats entre personnes publiques, op. cit.,p. 57 8

توجيهية غير ملزمة، ومن ثم لا يتصور امكانية وجود شروط استثنائية، لها طابع الالزام من جانب الدولة، والتي تتمثل في الرقابة المتعمقة التي تمارسها الجهة الادارية على المتعاقد معها، او احقيتها في انهاء العقد بإرادة منفردة، دون خرق للالتزامات من جانب المتعاقد معها، مما يشير إلى الزامية هذه الشروط، وينفى عنها الطبيعة الاتفاقية⁽¹⁾ ومثال ذلك المنازعة المتعلقة باتفاقية الشراكة الموقعة بين H. A. L. D. E . ووزير الدفاع⁽²⁾ التي تظهر محاولة تجنب الاتفاقية الادارية للشروط الاستثنائية، مما يجعل الادارة تتنازل عن سلطاتها، وتهبط لمستوى المتعاقد معها متنازلة عن استخدام امتيازاتها المقررة لها وفقا للدستور، وتقدم نفسها للمتعاقد معها، كشريك تفهم وتفتتح، ولم تأمر، وكل ذلك من اجل تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في الاستجابة للمتطلبات الواقعية التي تستلزم التعاون المرن من جميع الاطراف.

ولا يمنع ذلك من وجود احتمال ضئيل، لتضمين الاتفاقية بطريقة مباشرة شروط استثنائية او غير مباشرة من خلال ابرام اتفاقية تتضمن شروط توجيهية، ولكن بها احالة لمستند يتضمن شروط استثنائية امرة، كما هو الحال بالإحالة لكراسة الشروط الادارية، وفي هذه الفرضية لابد من معاملة الشرط المذكور، كشرط تعاقدى يجعل من الاتفاقية عقدا، يخضع للنظام التعاقدى، ومن ثم يكون له الطابع الإداري.

لذلك لابد من قبول معيار المرفق العام لتكييف الاتفاقية الادارية، لأنه من الموضوعات الملائمة لمهمة الجهة الادارية بالإضافة إلى المعيار الشكلي.

وبناء على ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي، بان عقود الخطة وعقود المشروعات والعقود الموقعة بين الدولة واشخاصها العامة، يكون لها الصفة الادارية من خلال طبيعة اطرافها ومحتواها، ويرجع ذلك لعدم كفاية المعيار الشكلي، لإخضاع هذه الاتفاقيات لمبادئ العقود الادارية. فيتولى القضاء

(1) T.C, 20 juin 2005, s.n.c. société Hoteliere guyanaise c/centre national d'études spatiales,rec., p. 663

(2) voir la convention de partenariat entre la H. A. L .D .E . et le ministère de la defense, signée le 3 mai 2007(document constitue sur le site www.halde.fr)

بحث طبيعة الاطراف المتعاقدة، وذلك بالإضافة إلى موضوع العلاقة القانونية بينهم⁽¹⁾.

وبذلك تراجع القاضي الإداري عن مسلكه السابق، بتكليف المنازعة المتعلقة بتوزيع المياه على انها من موضوعات القانون الخاص، بالرغم من ابرام الاتفاقية بين الاشخاص العامة. وكذلك استبعاد اختصاص القضاء الإداري بشأن المنازعة المتعلقة بعقد القرض باعتبار ان موضوعها ذو طبيعة مالية منفصلة عن عمليات بناء المعدات، ولا يتعلق بتسيير مرفق عام، ولا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة، مما يجعل علاقاته تخضع للقانون الخاص، ولا يكون لها الصفة الادارية.

ولكن توجد بعض الصعوبات التي تواجه هذا المعيار المزدوج، عندما يكون موضوع الاتفاقية متعلق بتقويض مهمة مرفق عام الذي يعنى تفويض احد اشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق عام وهو عقد ادارى بطبيعته، حيث انه من اكثر الموضوعات المتعلقة بالعقود الادارية، عن الاتفاقيات الادارية، فهل يمكن في هذه الحالة ان نكون امام اتفاقية ادارية ام ان الامر محسوم لصالح الطبيعة العقدية لهذه العلاقة؟

تقرر التطبيقات القضائية الفرنسية، ان الهيئات العامة في الدولة هي المسئول الاول عن ادارة المرفق العام والتي يجوز لها ان تعهد بإدارتها إلى الغير، عن طريق عقد امتياز، وفي هذه الحالة تثور صعوبة الاعتماد على المعيار الشكلي والموضوعي معا، لأنه وفقا للمعيار الشكلي، فان هذا التصرف يفقد الصفة الادارية، في حالة اذا كان المفوض اليه شخص من اشخاص القانون الخاص، بالرغم انه وفقا للمعيار الموضوعي، فان الموضوع متعلق بإدارة مرفق عام مما يضىف عليه الصفة الادارية. لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي الاهتمام بالمعيار الموضوعي فقط، لتمييز العقود الادارية وتكييفها مع تفسير موضوع العقد تفسير ضيق، وبناءً على ذلك قدر القاضي، انه اذا كان موضوع الاتفاقية متعلق بتحديد شروط استعمال فريق طبي لأمر صادر من هيئة الاطباء، فانه يفقد الصفة الادارية، لعدم اعتبار هذه الهيئة مرفق عام⁽²⁾، وبذلك انكر القاضي الإداري على نقابة الاطباء، ان تكون شخص من اشخاص

(1) voir m. long,p. well,g. braibant,b. genevois et p. delvolve,les grands arrêts de la jurisprudence administrative, dalloz,17 ème éd., 2009,p.554

(2) C.E , 30 mars 2005, s c p de médecins reichheld et sturtzer, rec.,p. 128

القانون العام، وعدل عن مسلكه السابق المتعلق باعتبار نقابة الاطباء تمثل تسيير لمرفقا عاما⁽¹⁾، على خلاف ما اذا كان التصرف يعهد لاحد الاطراف بتسيير مرفق عام للمعلومات الطبية، يكون له الصفة الادارية⁽²⁾.

وبذلك إذا كانت الاتفاقية الادارية متعلقة بتسيير مرفق عام او ان الهدف منها تحقيق كلى او جزئي للمصلحة العامة، من خلال ان يستهدف المتعاقد مع الادارة تلبية احتياجات المرفق واشباعها، يكون للاتفاقية الطابع الإداري في هذه الحالات. وعلى ذلك قضى مجلس الدولة⁽³⁾ بان قيام هيئة بتأجير اجهزة التليفزيون للمرضى بمستشفى عام، هو من قبيل النشاط المرفقى، بالرغم من ان موضوع التأجير في حد ذاته من الانشطة الخاصة، ولكن حينما تم ممارسته في اطار تحقيق مصلحة عامة، فانه اضى على العقد الصفة الادارية. ونستخلص من ذلك إلى ان أي عقد يكون مضمونه قيام المتعاقد مع الادارة بأداء الخدمة مباشرة، ولا يقتصر على مجرد اشراك المتعاقد في تحقيق هدف المرفق العام، او تسييره، يكون له الطابع الإداري، حتى ولو كان العقد خاليا من الشروط الاستثنائية، وفي جميع الاحوال يترك تقدير ذلك للقاضي الإداري.

وقد اكدت محكمة التنازع الفرنسية⁽⁴⁾ على عدم اعتبار السجون مرفقا عاما، ومن ثم لا تدخل التصرفات المتعلقة بها ضمن اختصاص القاضي الإداري، وفقا لما قرره مجلس الدولة.

وبناء على هذا القضاء اصدرت المحكمة حكم اخر بتاريخ ٢١ مايو لعام ٢٠٠٧ متعلق باتفاقية لإدارة شبكة لأجهزة التليفزيونات، واعتبر ان موضوعها لا يتعلق بتسيير مرفق عام، وانما يستهدف فقط اشباع احتياجاته، وبالرغم من ذلك اضى عليها الصفة الادارية، لاستهدافها تحقيق المصلحة العامة، ولا يدحض من ذلك عدم تتضمنها شروط استثنائي غير مألوفة، حيث تستجوبها طبيعة العقد، وليست الاتفاقية⁽⁵⁾. وبذلك استبعد القاضي الإداري في كثير من المنازعات المتعلقة بتكييف الاتفاقيات الادارية

(1) C.E, assemblée, du 2 avril 1942 bouguen, 72210, publié au recueil lebon

(2) C.E, 20 déc., 2006, association de médecine d'urgence de l'estuaire de la loire (A.M.U.E.I), rec., p.942

(3) C.E, 28 mai 2003, assistance publique-hopitaux de paris, req., n 248429

(4) T.C., 23 nov., 1998, bergas, rec., p. 550

(5) T.C, 21 mai 2007, sa codiam, rec., p.936

العلاقة بين موضوع الاتفاقية، ومعيار المرفق العام. واصبح التقدير من الان فصاعدا متروك لسلطة القاضي الإداري، ومن ثم لا يبدو ان المعيار الموضوعي المتعلق بامتيازات السلطة العامة مناسباً لتحديد طبيعة الاتفاقية الادارية، ويرجع ذلك لتضمينها مبادئ توجيهية لا تسمح، بان تعهد لاحد الاطراف بتنظيم مرفق عام، وانما موضوعات متعلقة بمرافق اجتماعية وصحية وتربوية.

ونستخلص من ذلك استحالة ابرام اتفاقية ادارية متعلقة بتفويض مرفق عام للغير، نتيجة عدم تضمينها شروط استثنائية غير مألوفة الامر الذي يتعارض مع طبيعة عقد الامتياز.

ومن التطبيقات القضائية الدالة على ذلك حكم ⁽¹⁾ société المتعلق بالعقد المبرم بين البلدية واحدى الشركات، حيث مارست الاخيرة انشطة اقتصادية على اقليم الهيئة المحلية، بهدف اشباع احتياجات جماعية، ولكن لم تتكفل بنفسها بتنظيم مرفق عام، ونتيجة تقدير القاضي، بان الاتفاقية تستهدف تحقيق تطوير اقتصادي على الاقليم المحلى من خلال البلدية بهدف تحقيق المصلحة العامة، اضى عليها الصفة الادارية.

وكذلك حكم matois ⁽²⁾ الصادر من محكمة التنازع بتاريخ ٢٣ اكتوبر لعام ٢٠٠٠ بشأن اعضاء الصفة الادارية على الاتفاقية المبرمة بين وزير الاقتصاد والمالية والصناعة المتعلقة بالموافقة على اعطاء منحة، لتنفيذ خطة اجتماعية تمويلها موارد من ميزانية الدولة.

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي من خلال قضاء ⁽³⁾ grimouard بالصفة الادارية للاتفاقيات المبرمة بين المؤسسات العلمية في إطار التعاون بينهم، في جميع مجالات الانشطة العلمية، ولتحقيق المصلحة العامة، مع ملاحظة ان التصرف الاتفاقي يعتبر اكثر ملائمة من التصرفات الاحادية في كثير من الموضوعات، ومنها دفع الاعانات إلى المستحقين.

وفى الواقع ان طبيعة الشروط التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة، كمعيار لإضفاء الصفة الادارية على الاتفاقية، يعتبر مصدر مشكوك فيه، اذا تم الاخذ في الاعتبار إمكانية ان تتضمن الاتفاقية

(1) C.E 26 juin 1974 ,société” la maison des isolants de france

(2) T.C, 23 oct., 2000, matois, rec., p. 773

(3) C.E,25 juill., 2008. Institute européen d’archeology sous- marine, rec., p. 802

شروط تنظيمية وليست اتفاقية (الاتفاقية ذات الاثر التنظيمي)، وهنا يميز القاضي بوضوح بين تكييف ادارية الاتفاقية وفحص شروطها التنظيمية، لتحديد الجهة القضائية المختصة. ففي الحالة الاولى يصلح معيار المرفق العام لتكييفها، اما الثانية فان المراكز الموضوعية الناتجة من الطبيعة التنظيمية للشروط التي تتضمنها، تجعلها تدخل ضمن اختصاص القضاء الاداري، ومثال ذلك الاتفاقية المبرمة بين الدولة وشركة الطيران التي تتضمن شروط ذو طبيعة نظامية متعلقة بتنظيم مرفق عام.

ولكل ما سبق عرضه لابد من دمج المعيار المادي (الموضوعي) والعضوي لإضفاء الطبيعة الادارية للاتفاقية، ولذلك قضى مجلس الدولة بموجب حكم national des personnels des affaires sanitaires et sociaux syndicat بان التصرف القانوني المبرم بين الدولة و احد الاشخاص العامة بشأن تنظيم مرفق عام، يكون له الطابع الاتفاقي، وليس تصرف قانوني احادي، وان الشروط التنظيمية التي قد يتضمنها التصرف، تضى على الطابع الإداري، وتسمح بقبول الطعن امام قاضي تجاوز السلطة.⁽¹⁾

وبذلك فان مجلس الدولة اعترف بالطبيعة الاتفاقية للتصرف، من خلال فحص القاضي الإداري للشروط المنظمة للمرفق العام، فاذا كانت الاتفاقية غير متعلقة بتنظيم مرفق عام، ولا يشارك الطرف الاخر في تنفيذ هذه الخدمة، ولا توجد شروط استثنائية غير مألوفة، فان الاتفاق المبرم بين الاطراف، يدخل ضمن اختصاص القضاء العادي، ويخضع للقانون الخاص.

ويلاحظ في هذا الشأن ان تكييف التصرف القانوني بالطابع الاتفاقي، وليس التعاقد من شأنه ترتيب اثار معينة، منها عدم خضوعه لقواعد الاعلان والمنافسة، وهي القواعد التي تخضع لها العقود، وتوسع مجال العقود الادارية بإبرام اتفاقيات ادارية في موضوعات محظور التعاقد عليها، فضلا عن استحالة ابرام اتفاقية متعلقة بموضوع تفويض مهمة المرفق العام، مما يؤدي إلى اختلاف القواعد القانونية المطبقة من جانب القاضي الإداري حال تكييف الاتفاقية بالصفة الادارية.

ولكن ما هو الوضع بالنسبة للقاضي الإداري المصري؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من استعراض التطبيقات القضائية المصرية المتعلقة بمعيار تكييف ادارية العقود، وادخالها ضمن اختصاص

(¹) C.E, 14 janv., 1998, national des personnels des affaires sanitaires et sociales syndicat (f. o),rec., p.9

القضاء الإداري، ومن ثم يحدد معيار ادارية الاتفاقيات بطريقة غير مباشرة، ويرجع ذلك لعدم وجود تطبيقات قضائية مصرية متعلقة بالاتفاقيات الادارية، حيث في الغالب يتم تكييفها كعقود نتيجة اعتياد الجهات الادارية ادراج شروط استثنائية غير مألوفة بها، مما يجعلها تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري. وقد اشارت العديد من احكام مجلس الدولة المصري إلى ان العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه احد اشخاص القانون العام بفصد تحقيق اهداف المرفق العام على ان يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة عن شروط عقود القانون الخاص.

حيث شيدت المحكمة الادارية العليا قضاءها، بانعقاد اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، مما يغدو معه الدفع بعدم اختصاصها بنظر هذا النزاع غير قائم على سند صحيح من القانون، حريا بالرفض (إذا كان أن أحد طرفي العقد موضوع التداعي من أشخاص القانون العام، وهو هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة، والهدف منه تحقيق أغراض المرفق العام، بإنشاء مجتمعات عمرانية جديدة وتميبتها، وتتضمن تعاقدها قيودا وشروطا استثنائية تخرج عن الشروط المألوفة في روابط القانون الخاص، ذلك أن إقامة المشروع تجرى على وفق اشتراطات الهيئة ومواصفاتها الفنية وطبقا للبرنامج الزمني المعتمد منها، وللهيئة وقف الأعمال وإنقاص أرض المشروع وفسخ العقد وسحب الأرض من الشركة بالطريق الإداري، وكل ذلك يعد شروطا استثنائية، بما يقطع بتوفر عناصر العقد الإداري في عقد البيع محل التداعي)^(١).

ومن حيث إن (العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وكان إبرامه يتصل بشأن نشاط متصل بمرفق عام، وتتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، ومتى اجتمعت هذه السمات في العقد الذي أبرمته الجهة الإدارية كان الاختصاص بنظر المنازعات التي تثور بشأنه معقوداً لمحاكم القضاء الإداري وحدها دون غيرها إعمالاً لحكم الدستور والقانون)^(٢).

(ولما كان الهدف من تخصيص هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة قطعة الأرض سائلة البيان هو تنفيذ مشروع سكني متميز ومتكامل لصالح أعضاء نقابة الصحفيين وموظفي هيئة الأوقاف وغيرهم وفقاً للاشتراطات المقررة والمتفق عليها وكان المشرع بوصفه المتقدم وما يستهدفه من أغراض هي في

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٤٦٣٣٢ - لسنة ٥٦ قضائية - بتاريخ ٢٥ - ٢ - ٢٠١٤

(٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٣٨٣٧ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢٠٠٨/٤/١٥

الأصل ذات علاقة وثقى بتوفير سكن استثماري للفئات التي يستهدفها المشروع ومن بينهم المدعين، بما ينفي عن إدارته مفهوم المرفق العام، ويضفى عليه صبغة المرفق الاقتصادي الذي تتولاه هيئة الأوقاف المصرية متجردة من مظاهر وامتيازات السلطة العامة، الأمر الذي يكون معه طلب المدعين على النحو المذكور يدور في فلك المنازعة المدنية، ومن ثم فإن المنازعة الماثلة بهذا المضمون تعد منازعة ناشئة ومرتبطة على عقد من عقود القانون الخاص، بما مؤداه انحسار الاختصاص عن محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعة الراهنة وانعقاد الاختصاص بنظرها للقضاء العادي^(١).

(وحيث إنه عن الدفع المبدي من الهيئة الطاعنة بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري ولائياً بنظر الدعوى، فإن ذلك مردود بأن الشروط والقواعد الحاكمة للعلاقة العقدية بين واضع اليد على الأرض والهيئة المختصة بتخصيص الأرض والتعاقد بشأنها في مختلف مراحلها، وهي شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وتنتهج الهيئة عند التعاقد لوسائل القانون العام، وتتمتع في هذا الشأن بمظاهر السلطة العامة، والتي تخرج العلاقة بينما وبين واضع اليد من نطاق علاقات القانون الخاص، لتندرج ضمن علاقات القانون العام، لتضحى المنازعة الماثلة التي تدور حول طلب المطعون ضدهم إلغاء القرار السلبي بالامتناع عن تملك قطعة أرض مساحتها ١٤٠٠ فدان بمنطقة الجميزة زمام محافظة الإسماعيلية التي قاموا باستصلاحها واستزراعها يعد منازعة إدارية ينعقد الاختصاص بالفصل فيها لمحاكم مجلس الدولة، الأمر الذي يتعين معه القضاء باختصاص محكمة القضاء الإداري، دون القضاء العادي، بنظر النزاع الماثل)^(٢)

اما قضاء محكمة النقض ففضى (أن النظام المصرفي في مصر تتولاه أصلاً شركات مساهمة تعتبر من أشخاص القانون الخاص وتباشر نشاطها وفقاً لقواعد هذا القانون، ولا أثر لمساهمة الدولة في رأسمالها على طبيعة عملياتها أو طرق إدارتها، وطبقاً لهذه التشريعات ليس للبنوك أي امتياز مما هو مقرر للمرافق العامة بل هي تباشر عملها كما يباشره أي تاجر آخر يخضع للقانون الخاص وعمالها لا يخضعون لقواعد الموظفين العموميين بل لعقد العمل، وإذا كان البنك المركزي يشرف عليها وعلى نشاطها فهي رقابة سببها أهمية النشاط المصرفي وذلك كله فيما عدا ما يرد بخلافه قانون خاص كبنك

(١) محكمة القضاء الإداري - الطعن رقم - ٣٤٨١١ لسنة قضائية - تاريخ الجلسة ٣١/١٠/٢٠١٧، حكم غير منشور ، حكم غير منشور ٤- المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٦٠٢ - لسنة ٥٦ قضائية - بتاريخ ٢٣ - ١ - ٢٠١٨

ناصر وغيره مما يعد هيئة عامة ذلك أن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام ومنها البنك المطعون ضده تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها، وأعمالها هذه بالنظر إلى طبيعتها تخضعها لقواعد القانون الخاص وهي تباشرها بوسائل هذا القانون ولو كان رأس مالها مملوكاً كلياً أو جزئياً للدولة ولا تعد بالتالي من أشخاص القانون العام إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها وموضوع نشاطها ولا بطرائقها في تسييره وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً أو منفصلاً عن ربحها باعتبارها غرضاً نهائياً تنغيها بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن البنك المحجوز لديه - المطعون ضده - قد انتظم في شكل شركة مساهمة ويتبع أساليب الإدارة على النحو سالف البيان وفقاً للعرف المصرفي دون التقيد بالنظم والقواعد الإدارية والمالية المعمول بها في المصالح الحكومية وليس من شأن مساهمة الدولة في رأس مالها أن يجعله جهة حكومية أو هيئة عامة فلا يندرج ضمن الجهات التي حددتها على سبيل الحصر المادة ٣٥٠ من قانون المرافعات سالف الذكر، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر قولاً منه بأن أموال البنك المطعون ضده تعد أموالاً عامة ويعد من الشركات التابعة للمؤسسات العامة وفق القانون الذي ينظمه مع غيره من بنوك القطاع العام فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن^(١). وبذلك تؤكد احكام القضاء المصري على اجتماع الشروط الثلاثة لإضفاء الصفة الادارية على عقود الادارة على خلاف نظيره الفرنسي الذي يكتفى في بعض الاحيان بتوافر شرط واحد فقط.

ونخلص من ذلك انه ليس من المتصور ان تختص محاكم مجلس الدولة المصري بنظر المنازعات المتعلقة بالاتفاقيات المبرمة من جانب الادارة ويرجع ذلك لتضمينها شروط ذات طبيعة توجيهية وليس شروط استثنائية غير مألوفة تضى عليها الطابع الإلزامي.

المبحث الثالث القواعد المنظمة للاتفاقيات الادارية

لقد اشرت الطبيعة التوجيهية للاتفاقيات الادارية على نوعية القواعد القانونية التي تحكمها، وجعلتها تخضع لنظرية مستقلة عن النظرية العقدية في القانون الإداري. ولا يتصور امكان اخضاع

(١) محكمة النقض - مدني - الطعن رقم ٤٥٨ - لسنة ٧٣ قضائية - بتاريخ ٥ - ٧ - ٢٠٠٤

الاتفاقيات الادارية للقواعد التي تخضع لها العقود الادارية من ناحية، والاتفاقيات المبرمة في اطار القانون الخاص من ناحية اخرى. ولتفادي الخلط بين الاتفاقيات والعقود، لابد من التعرف على اسباب استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالعقود من مجال تطبيق الاتفاقيات الادارية.

المطلب الاول اختيار اطراف العلاقة الاتفاقيه مع الادارة بنص القانون

يجب استبعاد اتفاقيات الادارة من الخضوع لقواعد المنافسة لسبب بسيط، وهو ان الادارة ليس لديها حرية اختيار المتعاقد معها في اغلب الاحوال، وعلى وجه الخصوص الموقعين على الاتفاقية، لتحديد عن طريق النصوص القانونية أو التنظيمية المنشأة للإجراء الاتفاقي، مما لا يسمح بإخضاعها للقواعد المطبقة على العقود الادارية. ومثال ذلك العقود متعددة السنوات المتعلقة بتحقيق الوسائل والاهداف التي تتضمنها خلال مدة معينة، كاتفاقيات المشروعات والتي تكون فيها الاطراف محددة بنص القانون، وغالبا ما تكون دولة أو منطقة، وكذلك عقود الخطة المنصوص عليها في القوانين الاقتصادية والمطبقة على الدولة وشركات القطاع العام التي تخضع لإشرافها، وايضا الاتفاقيات المبرمة بين الدولة ومؤسساتها العامة، كالاتفاقية الموقعة بين وكالة الصحة الاقليمية والمؤسسة العامة للصحة.

وبناءً على ذلك تخضع الادارة لقواعد معينة في اختيار المتعاقد معها، من اجل ابرام العقود الادارية من شأنها ان تمثل قيد على الحرية التعاقدية لها، مما يجعل الهيئات العامة لا تستفيد دائما من حرية اختيار متعاقدتها دون قيد، وعلى سبيل المثال تنص المادة ١ من قرار وزير التربية والتعليم -

بشأن العمل بأحكام اللائحة التنفيذية للوحدة ذات الطابع الخاص بمسمى "وحدة التنمية البشرية وتسويق الخدمات العملية". (على ان وحدة التنمية البشرية وتسويق الخدمات العلمية وحدة ذات طابع خاص بالمركز القومي للبحوث التربوية والتنمية تم إنشاؤها وفقاً لقانون تنظيم الجامعات ولائحته التنفيذية بموجب قرار وزير التربية والتعليم رئيس مجلس إدارة المركز القومي للبحوث التربوية والتنمية رقم ١٥٨ لسنة ٢٠١٤ تقوم بأنشطة علمية، وتسويقية، وتنمية بشرية، وتقدم خدمات اجتماعية وثقافية للمجتمع المحلي والدولي، وللعاملين بالمركز القومي للبحوث التربوية والتنمية بما يحقق دور المركز في خدمة المجتمع المحلي وتنمية الدور الثقافي والعلمي الذي يؤديه من خلال ما لديه من كوادر علمية بحثية متخصصة، وكوادر إدارية ومالية، وتتحدد أهداف الوحدة وفقاً لقرار إنشائها بالآتي: عقد الاتفاقيات

والبروتوكولات للتعاون العلمي والثقافي مع المؤسسات المحلية والدولية^(١).

وتبرر القيود المفروضة على الحرية التعاقدية للسلطات الادارية بحماية الاموال العامة وتحقيق المصلحة العامة، بالرغم من انها تمثل اعتداء على مبدأ الحرية التعاقدية المكرس دستوريا.

وعلى ذلك فان معظم العقود الادارية خاضعة للالتزام المنافسة، على عكس الاتفاقيات التي يكون اطرافها مفروضة بنص القانون الامر الذي من شأنه ان يقلل من الدور الذي تلعبه قواعد المنافسة في الاتفاقية الادارية. وبهذا المعنى فان العلاقات الاتفاقية بين الاشخاص العامة تكون اقل انتهاكا لقانون المنافسة، حيث لا يمكن للاتفاقيات ان تتدخل في مجال الادارة التعاقدية كما كتب (٢) m.delanay، وذلك لوجود حالات تستلزم ان تتعاقد الادارة مع كيان عام تحت رئاستها دون الالتزام بقواعد المنافسة، وهذا التبرير يصلح للاتفاقيات الادارية فقط، وكذلك للتصرفات المبرمة من نفس الشخص القانوني، وان خصوصية هذه الاجراءات يبرر غياب هذه القواعد، مما قد يؤدي إلى تحايل بعض الجهات الادارية لإبرام اتفاقيات كبديل للعقود، وذلك لتفادي الخضوع لقواعد المنافسة.

ومن العقود الخاضعة لقانون المنافسة عقود الطلب العام التي تراعى مصلحة المرشحين وتحقيق المصلحة العامة من خلال اختيار الافضل من جانب السلطات العامة.

ومن ناحية اخرى توجد قواعد تخضع لها العقود الادارية دون الاتفاقيات، تتمثل في مبدأ الشفافية المكرس دستوريا،^(٣) وبأحكام القضاء الأوروبي، ومثال ذلك حكم telaustria^(٤) المتعلق باختيار الكيانات المتعاقدة على اساس الالتزام بمبدأ الشفافية، والذي يعني عدم التمييز بين المرشحين للتعاقد مع الادارة بسبب الجنسية أو لأي سبب آخر والمساواة بينهم. ولكي يتم اجراء منافسة مشروعة بين المرشحين ولضمان تحقق مبدأ الشفافية، لا بد من الالتزام بإجراء العلانية الذي يكفل للجميع العلم بالتصرف، حتى

(١) قرار وزير التربية والتعليم -رقم ٤٨٩ لسنة ٢٠١٤ بتاريخ ٢٠/١١/٢٠١٤ بشأن العمل بأحكام اللائحة التنفيذية للوحدة ذات الطابع الخاص بسمى "وحدة التنمية البشرية وتسويق الخدمات العملية

(٢) B. Delanay, "l'exception in house aux exigences du droit de l'union européenne en matière de mise en concurrence », R. D. P , 2011, p. 723

(٣) C. C , 20 janv., 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiquesm 92-316 d c, rec., p. 14

(٤) C. J. C .E , 7 déc., 2000, telaustria et telefonadress,aff. C-32 ٤/ ٩٨ ,rec., i,p. 10745

يتسنى للمرشح صياغة عطائه بطريقة تتلائم مع الاسلوب الذي سيتم اتباعه.

وبالإضافة إلى كل ما سبق لابد من احترام القواعد المطبقة على العقود والاتفاقيات الادارية المتعلقة بالسلطة الموقعة على التصرف، والتي يجب ابرامها باسم الشخص العام وعن طريق السلطة المختصة.

مع ملاحظة ان السلطة المختصة بالتوقيع على العقد، هي نفس السلطة المختصة بالتوقيع على اتفاقيات الادارة، وهي السلطة التي لديها الصلاحية الكافية لممارسة اعمال السلطة التنفيذية، ومثال ذلك عمدة البلدية او رئيس مؤسسة عامة. لذلك لابد من احترام صفة الاشخاص القانونية واختصاص السلطات التي تكون مناسبة للمتطلبات الاساسية المشروطة بوجود اتفاقيات الادارة.

المطلب الثاني

خضوع الاتفاقية في مراحل تكوينها لإجراءات استشارية

قد ينص القانون على اجراءات معينة كشرط لمشروعية الاتفاقية لا تستلزمها العقود، مثال ذلك ضرورة استشارة جهة معينة او اجراء تفاوض قبل ابرام الاتفاقية. مع ملاحظة انه احيانا يكون الامر كذلك في العقود الادارية اذا زادت قيمتها عن مبلغ معين.

وفي هذه الحالة يجب ان تلتزم الجهات الادارية باستشارة الجهات المعنية بنص القانون اثناء اعداد الاتفاقية وقبل التوقيع عليها، ومن امثلتها عقود الخطة المحلية لتطوير الاشكال المهنية التي خضعت للالتزام بإجراء الاستشارة لدى المقاطعات التي تتعلق بها الاتفاقيات.⁽¹⁾

وكذلك عقود الخطة التي يجب ان تعرض على مجلس عقد الخطة، لفحص مدى ملائمتها للأهداف المستقبلية.

وقد ينص المشرع على الالتزام بإجراء التفاوض قبل التوقيع على الاتفاقية، كما في العقود المتعددة السنوات في موضوع الصحة حيث تنص المادة ٢١١-٢-٢ من قانون الامن الاجتماعي على ان " يلتزم مدير صندوق التأمين للمرضى على اجراء التفاوض معهم قبل التوقيع على الاتفاقية متعددة

(1) voir l' art., l. 214-13 du code de l'éducation

المطلب الثالث الطبيعة التوجيهية لشروط الاتفاقيات الادارية

La nature directif de les clauses aux conventions administrative

تعتبر الطبيعة التوجيهية لاتفاقيات الادارة مانعا لقبول الطعن القضائي عليها، سواء امام قاضي الالغاء او قاضي العقد، ولكن ليس معنى ذلك افلات الاتفاقيات الادارية من كل رقابة قضائية، ولمعالجة هذه المشكلة اتجه الفاضي الإداري إلى تكييف الاتفاقية الادارية، على انها تمثل نشاط ادارى جديد، كما قال roland drago،^(٢)

ومن قبيل حرص مجلس الدولة الفرنسي على توسيع مجال اختصاصه والحفاظ على اختصاصه التقليدي^(٣) فانه يعمل على ابتكار دعاوى جديدة، تسمح بفتح طريق قضائي للمنازعات المتعلقة بالاتفاقيات الادارية.

وبناءً على ذلك يفحص الفاضي الإداري شروط قبول الطعن، من خلال البحث عن الطبيعة القانونية لهذه التصرفات.

ومن ناحية اخرى، فانه من وجهة النظر الاقتصادية تولد الاتفاقيات الادارية آثار مشابهة، لتلك الناتجة عن العقود الادارية.

بالإضافة إلى خصوصية الروابط بين اطراف التصرف الاتفاقي، مع وضع في الاعتبار الطبيعة الاتفاقية له، والاكثر من ذلك الصفة التوجيهية لشروطه، تكون سبب في ندرة امكانية التنازع القضائي، ونستدل على ذلك بندرة الاحكام القضائية في هذا الصدد.

(¹) art l. 211-2-2 du code de la sécurité sociale : "le directeur dirige la caisse primaire d'assurance maladie....il négocie et signe le contrat pluriannuel de gestion "

(²) voir Sebastien Hourson,op. cit.,p. 478

(³) voir not. , ph. Terneyre, " le droit du contentieux des contrats administratifs a –t–il enfin atteint sa pleine maturite ? »,E. D. C. E. ,2008, p.384

ومنذ عديد من السنين، كان السبيل الوحيد امام اطراف العقد اللجوء لقاضي العقد، اما الغير فيلجا إلى الطعن بتجاوز السلطة ضد القرارات الادارية المنفصلة.

ولكن بالنسبة للاتفاقيات الادارية فان قاضي العقد يختص بنظر الطعون المقدمة من الاطراف المتعاقدة دون الغير في حالة توافر الطبيعة العقدية لها.

وبذلك فانه يكفى للقاضي ان يبرر عدم قبول الطعن ضد الاتفاقيات استناداً لشروط التصرف الاتفاقي المطعون عليه، الذي يفتقد الصفة الملزمة، سواء بالنسبة لأطراف التصرف او الغير.

وبالرغم من ذلك اتجه قاضي العقد حديثاً، بعدم قبول الطعن المقدم من الطاعن، اذا كان من الغير وليس طرفاً في الاتفاقية دون التكييف المسبق للطبيعة القانونية للتصرف الاتفاقي، وذلك قياساً على حكم (١) syndicat national de l' enseignement technique agricole public الذي بموجبه قرر أنه، إذا كان الطاعن لم يكن طرفاً في الاتفاقية المبرمة بين الدولة والاتحاد الوطني للمنازل العائلية الريفية للتربية بتاريخ ١٣ مارس عام ١٩٧٥، فانه يفتقد الصفة كشرط لقبول الطعن امام قاضي العقد لإلغاء الاتفاقية.

وتعليقاً على الاتجاه القضائي الحديث لقاضي العقد بعدم قبول الطعن بإلغاء الاتفاقية لافتقاد الطاعن الصفة، لا يعتبر سبب واقعي، في حالة اذا كانت شروط الاتفاقية الادارية ذات صفة توجيهية، حيث كان من الاجدى للقاضي، ان يبرر عدم قبول الطعن لإنكار الصفة العقدية على الاتفاقية، وليس لسبب اخر.

حيث كان الفاضي قديماً، يبرر رفضه للطعن، على انه موضوع لتصرفات احادية غير تقليدية. (٢) لا يختص بفحص مشروعيتها الفاضي الإداري، ولا يمكن قبول طعن موضوعه اتفاقية ادارية، وليس عقد.

وذلك على خلاف، اذا تضمن التصرف الاتفاقي شروط تنظيمية، فان الطعن المقدم من الغي،

(١) C.E sect., 20 janv. 1978, syndicat national de l'enseignement technique agricole public,rec., p. 22

(٢) voir b. seiller, " acte administrative (i- identification)",R. D. C. A. , 2010 , n 3 99 et s

في هذه الحالة، يكون مقبولاً أمام قاضي تجاوز السلطة (قاضي الإلغاء).

ولمعالجة هذا القصور القضائي، تم اقتراح فتح باب الطعن أمام التصرفات الاتفاقية التمهيدية بنص المشرع التي تصرح بقبول الطعن الموجه ضد العقود المبرمة عن طريق الهيئات الإقليمية أو المؤسسات العامة، مع جعل الية الإحالة للقاضي الإداري من اختصاص مدير المقاطعة دون الاطراف، والتي تسمى (تصرفات قانونية خاضعة للالتزام بالإحالة من مدير المقاطعة) بموجب نص المادة ٢٤-٢١٣١ من القانون العام للهيئات الإقليمية الصادر بتاريخ ٢ مارس لعام ١٩٨٢ المتعلق بحقوق وحرريات البلديات، والمقاطعات والمناطق^(١) والمحددة لنوعية هذه الاتفاقيات، بأنها المتعلقة بالحصول على القروض والاسواق واتفاقيات الاطار بشرط ألا تقل عن المبلغ المحدد باللائحة"، وكذلك اتفاقيات التنازل، او المتعلقة بإيجار المرافق العامة المحلية أو عقود الشراكة".

وكذلك نص المادة ٦-٢١٣١ الذي يحدد السلطة غير المركزية التي تتوسط هذه التصرفات "

ومن كل ذلك سمح نص المشرع بإمكانية الطعن ضد هذه الاتفاقيات، على عكس الاتجاه القضائي سالف الإشارة إليه دون اشتراط الطبيعة الالزامية لهذه التصرفات.

وبذلك اتجه القاضي لفتح الطريق القضائي للطعن ضد التصرفات الاتفاقية الغير تقليدية من خلال القانون سالف الإشارة إليه الذي جعل لممثل الدولة في المقاطعة الاختصاص بالإحالة للقاضي الإداري ضد التصرفات الصادرة من الهيئات الإقليمية أو مؤسساتها العامة، الامر الذي يؤدي إلى اغلاق طريق التقاضي بطريقة مباشرة امام الطاعنين العاديين، وبناءً على ذلك اصبح مدير المقاطعة المنوط له بالحفاظ على مشروعية التصرفات المحلية، من خلال الطعن على هذه التصرفات امام قاضي تجاوز السلطة.

ولكن هل يقبل الطعن بتجاوز السلطة اما قاضي الإلغاء ضد التصرفات القانونية المنفصلة عن

اتفاقيات الادارة؟

الاصل ان قاضي الإلغاء يرفض قبول الطعن على قرار التوقيع على اتفاقية الادارة، بسبب

(¹) la loi n82- 213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

غياب الصفة الالزامية لشروط الاتفاقية، وانكار الصفة العقدية لها، حيث يوجد علاقة بين عدم قبول الطعن ضد اتفاقيات الادارة والطعن الموجه للتصرفات القانونية المنفصلة، حيث يكون قبول الطعن ضد هذه التصرفات مشروط بفحص الفاضي السابق للتصرف الاتفاقي، كما هو الحال في حكم ricochet⁽¹⁾.

فاذا تبين للقاضي الإداري الطبيعة العقدية للتصرف الاتفاقي، يقبل الطعن المقدم من الغير، ضد قرار التوقيع على هذا التصرف وفقا لنظرية التصرفات المنفصلة، كما في حكم

fédération syndicaliste force ouvriere des travailleurs des postes et télécommunications⁽²⁾

الذي قرر قبول الطعن بالإلغاء ضد قرار التوقيع على عقد الخطة، بسبب الاعتراف بالطبيعة العقدية لهذا العقد، بالرغم من ان الفاضي لم يتحقق فعليا من هذه الطبيعة، لأنها محددة بنص القانون. وبذلك فان هذا الحكم ربط بين الطبيعة القانونية للشروط وقبول الطعن المتعلق بالتصرفات المنفصلة، سواء السابقة او اللاحقة على التصرفات الاتفاقية ذات الطابع التعاقدية، ويرجع ذلك للصفة الالزامية لشروط العقد التي من شأنها ترتيب اثار قانونية تمس الغير، الامر الذي يؤدي إلى توافر شرط المصلحة المباشرة للطاعن في الغاء القرار المنفصل عن العقد، وبذلك يعتبر وجود العقد شرط لقبول الطعن ضد التصرف المنفصل، الا اذا نص القانون على خلاف ذلك.

وكذلك الطعن على قرار توقيع عقد الخطة بين الدولة والمنطقة، والذي قدر فيه مجلس الدولة قبول الطعن ضد القرار الصادر من sncf⁽³⁾ والمنظم لمرفق النقل وعدم ملائمة مع الموضوعات الواردة بعقد الخطة.

لذلك نناشد المشرع الفرنسي والمصري بتطوير القانون الوضعي لمعالجة اتفاقيات الادارة، حتى يكون للقاضي سلطة الرقابة على مشروعية هذه التصرفات.

ولا يجوز قبول الرأي القائل، بانه يمكن معالجة الاتفاقية الادارية، كقرار اداري فردي حتى تمكن

(1),(2) C.E sect., 19 nov.1999, fédération syndicaliste force ouvriere des travailleurs des postes et télécommunications,rec., p. 354

(3) C.E, 13 nov., 2006, région pays de la loire,rec., p. 1082

الاطراف من الطعن عليها امام قاضى تجاوز السلطة، وذلك لعدة اسباب، منها الصفة التوجيهية الغير ملزمة لشروطها، على خلاف القرار الصادر من الادارة بإرادة منفردة الذى يلزم الافراد المخاطبين به، كما قال⁽¹⁾ richer، فضلا عن عدم قبول الطعن ضدها امام قاضى العقد لتعارضها مع المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي التي نصها " ان الاتفاق التعاقدى يحوز القوة الملزمة بين طرفيه"، حيث ان الاتفاقية الادارية لا تحوز على أي قيمة قانونية الا في حالة وحيدة، اذا تضمنت شروط ذات طبيعة تنظيمية، فانه يقبل الطعن عليها بتجاوز السلطة من الغير امام قاضى الالغاء، لذلك تم اقتراح نظام الاتفاقيات ذات الاثر التنظيمي.

وبذلك يوجد نظامين للشروط الواردة بالاتفاقية، اولهما: ان تكون شروطها تعاقدية وتدخل في طائفة العقود، وثانيهما ان تكون اعلانات نوايا، وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي فحصها وتواجه بعدم القبول.

المطلب الرابع

الاثر النسبي للاتفاقيات الادارية

تعنى اقتصار اثار الاتفاقية على اطرافها فقط. وكما أشار simon⁽²⁾ الى ان القضاء اعتبر ان الاتفاقيات الادارية تعبر عن التعاون الإرادي بين المؤسسات العامة ولا تولد اثار قانونية ملزمة للغير، ومن ثم لا يقبل طعنه بتجاوز السلطة.

و يرجع ذلك إلى اعتبار ان الشروط المستندة للتصرف الاتفاقي، لا تكون عقدا، ولكن اجراء توجيهي للنشاط العام، لذلك لا بد من مراعاة الخصوصية المقيدة للاتفاقية الادارية لتحديد طبيعة الرقابة القضائية عليها. حيث توجد عدة تطبيقات قضائية تشير إلى شروط الاتفاقية التي من شأنها الاخذ في

(¹) «cette solution découle à nos yeux de la nature meme du recours de légalité qu' est le recours pour excès de pouvoir, qui ne peut viser, dans la sphère contractuelle, qu'a vérifier que la mise en oeuvre du procédé contractuel s'est accomplie dans le respect des règles constitutionnelles, conventionnelles, législatives, jurisprudentielles et réglementaires applicables» –voir ,j.h. stahl, concl. Sur l'arrêt C. E sect., 30 oct. 1998 ,commune de lisieux, R. F. D. A. , 1999,p. 136

(²) voir Sebastien Hourson.op. cit.,p. 501

الاعتبار تقدير المنفعة العامة، من خلال ابرام اتفاقيات تمهد او تحضر فقط لعمليات التطوير، الامر الذى يجعل المصلحة العامة للمشروع، تكون مفترضة عندما يتم الاشارة اليها في الاتفاقية الادارية.

ومثال ذلك العقد المحلى للأمن في موضوع الاحياء الذى ترتب عليه اصدار قرارات ضبطية ملائمة للظروف المحلية للمقاطعة، حيث قضت المحكمة الادارية الاستئنافية بعدم توافر العقد المحلى للأمن كمبرر لإلغاء الاجراء الضبطي الصادر.

وبذلك فان الفاضي الإداري يفصل في المنازعة من خلال الاستعانة بالاتفاقية للرقابة على مشروعية التصرفات القانونية احادية الجانب (القرارات الادارية) وفقاً لما هو مقرر بالنص التشريعي.

وفى الواقع تنص المادة ٢٩ من قانون ٤ فبراير لعام ١٩٩٥^(١) المتعلق بتطوير وتنمية الاقليم على ان "كل قرار من شأنه اعادة تنظيم او الغاء لخدمة المستخدمين، لابد من خضوعه لدراسة سابقة لفحص الاثار الناتجة عنه، في حالة اذا كان غير مطابق للأهداف الثابتة في عقود الخطة او المرفق العام "

ويترتب على هذا النص، تتدخل هذه الاتفاقيات المبرمة ضمن عناصر الرقابة القضائية، مع مراعاة انه يجب التحقق من مدى مطابقة القرار الضبطي لتوجيهات الاتفاقية، حيث لا يستطيع الفاضي تقرير عدم مشروعية القرار المطعون عليه بطريقة مباشرة، وانما لابد ان يتبع الاجراءات الشكلية التي نص عليها المشرع، ومنها اجراء الدراسة السابقة لإثبات مدى مشروعية القرار المطعون عليه.

ولكن هل يمكن لأطراف الاتفاقية الادارية الحصول على تعويض، في حالة اذا ارتكب احد الاطراف خطأ وما هو الاساس الذى يمكن الاستناد اليه؟

قد يظهر خطأ السلطة العامة، في حالة عدم اختصاصها بالتوقيع على الاتفاقية، مما يثير مسئوليتها. بالإضافة إلى انه يجوز للأطراف تأسيس طلب التعويض على الخطأ المرتكب اثناء خرق وانتهاك الالتزامات الاتفاقية، بالرغم من ان الطبيعة التوجيهية لشروطها، تفترض غياب الالتزام، مما يجعلها لا تولد التزامات قانونية بين طرفيها، الا انها لا تؤثر على امكانية تقرير المسؤولية لاحد الاطراف

(¹) Art. 29 de la loi n 95- 115 du 4 févr., 1995,d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, J O R F , 5 févr. 1995, p. 1973

كما سوف نرى.^(١)

وهذا الاتجاه القضائي يعترف بالأثر القانوني لهذه النصوص الغير امرة، وبان الصفة التوجيهية للشروط، لا تمنع من الاعتراف بالمسئولية الاتفاقية من الوجهة النظرية، لإصلاح الضرر الناتج عن حدوث خطأ اثناء العدول عن تحقيق الاهداف المثبتة بالاتفاقية.^(٢) يجعلنا نتسأل عن مدى امكانية التعويض على اساس الخطأ، في حالة الخرق الصادر من احد الاطراف في تنفيذ الوعود الواردة في الاتفاقية، من وجهة النظر القضائية؟ وللإجابة على ذلك، فانه اعمالا للحرية التعاقدية، تخضع طبيعة الشروط الواردة بالاتفاقية، لمبدأ حرية العدول، فلا تقوم المسئولية عن العدول في حد ذاته، وانما تقوم اذا اقترن العدول بخطأ تقصيري، اما اذا اتجه احد الافراد لتنفيذ بنود الاتفاقية، واثناء ذلك احدث خطأ، فانه يتم تقرير المسئولية على اساس تجاهل شروط الاتفاقية، ويتم تقدير التعويض عن الاضرار المادية المثبتة عن طريق الفاضي، على ان تتوافر علاقة سببية تربط بينهم.

^(١) voir Sebastien Hourson, op. cit., p. 521

^(٢) voir J.-M. pontier , "les instruments prévisionnels non décisionnels de l'action administrative " d ; 1997, chron., p. 383

الفصل الثاني

حول الطبيعة العقدية للاتفاقيات الادارية

لابد من التعرف على الطبيعة القانونية لمثل هذه الاتفاقات، لكي يتم تحديد إلى أي نوع من الأعمال القانونية تنتمي الاتفاقيات الإدارية، بهدف تحديد الأحكام التي تخضع لها، وما إذا كانت لها نفس طبيعة العقود الإدارية، وبالتالي تخضع للقانون الإداري، أو ان لها طبيعة مغايرة، مما يجعلها تخضع لأحكام مستقلة عن أحكام العقود الإدارية. وقد تضافرت جهود الفقهاء، ومنهم bienvenu⁽¹⁾ إلى إمكانية تحديد ملامح تكوين الهياكل القانونية، ومنها العقود التي تحت على إيجاد صيغة لتكوينها مما يسمح باستخدامها كمعيار للفرقة بينها، وبين الاتفاقية الإدارية.

لذلك من الأهمية التركيز على دراسة تكوين العقد ومضمونه، أكثر من شكله، حيث يوجد تشابه شكلي حقيقي بين العمليات التعاقدية التي تُبرمها الجهات الإدارية، مما لا يسمح للمعيار الشكلي بتأسيس استقلالية للاتفاقيات الإدارية، لاستناده على الخصائص المشتركة بين العقد والاتفاقية على خلاف التفرقة المادية أو الموضوعية.

لذلك سوف نتناول بالدراسة الموضوعات الآتية: -

المعيار الشكلي للتمييز بين التصرفات الاتفاقية في مبحث اول
والمعيار الموضوعي للتمييز بين العقد والاتفاقية الإدارية في مبحث ثانٍ

المبحث الأول

المعيار الشكلي للتمييز بين التصرفات الاتفاقية

les actes conventionnels Administratif

تتشابه العقود والاتفاقيات الإدارية المبرمة بين أشخاص القانون العام رغم تعددية التسميات مما قد يحدث خلطاً بين مفهوم الاتفاق والعقد، نتيجة استناده أحياناً على مرحلة إعداد العقد، وأحياناً أخرى على مضمون العقد نفسه.

وعلى ذلك فإن العنصر الأول في كل اتفاق هو إرضاء أطراف العقد (الرضا) الذي يعتبر شرط جوهري لانعقاده والصفة الأساسية لإبرامه، فلا يوجد عقد بدون توافق إرادتيّ طرفيه، فهو ركن لا

(1) Voir Sebastien Hourson, op. cit. , p. 40

غنى عنه لقيام أي عقد. ويلاحظ في هذا الشأن أن هذه الخاصية الأولى كافية لتوحيد أشكال جميع أنواع التعاقدات التي تبرزها الإدارة، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاط طبيعة العقد بالاتفاقية الإدارية، في حالة توافر عبارة الرضا المتبادلة بين طرفيها، ويجعلها غير كافية بمفردها للتمييز بينهم، حيث تظهر الاتفاقية كعقد قانوني خاص من خلال تضمينها التزامات متبادلة الذي يمثل العنصر الثاني، مما يؤدي إلى تشابه شكلي بين مختلف العقود الإدارية للإدارة، ولذلك فإن الرضا والالتزامات المتبادلة يمثلان أساس الارتباك والخلط الذي يسود داخل العمل الاتفاقي، وبمفهوم أوسع في العمل الإداري بالكامل.

وللتعرف على ذلك سوف يتم دراسة التعبير عن الرضا في مطلب أول، وفكرة الالتزامات المتبادلة لتمييز التصرفات القانونية الملزمة لجانب واحد عن العقود الاتفاقية في مطلب ثانٍ

المطلب الأول

التعبير عن الرضا ' expression des consentement

يعتبر الرضا هو جماع إرادتين، أو هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني. وهو بذلك يُفترض، على الأقل، وجود شخصين (أو بالأحرى إرادتين) تنتج كل منهما لأحداث أثر قانوني^(١)، يستوي في هذا الأثر أن يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه^(٢)، وعلى ذلك فإن توافق الإرادات هو ارتباط القبول والإيجاب وتطابقهما بما يحقق التراضي بين طرفي العقد. فالعقد يقوم على الاتفاق والرضا في القانون الخاص وهو الأساس في إبرام أي عملية اتفاقية وبالأخص إبرام العقود، وبذلك يعني اتفاق بين ممثلي المصالح المختلفة والإرادة المشتركة بينهم، مما يجعل هذا العنصر يلعب دور ثانوي لفحص الطبيعة القانونية للاتفاق المبرم من جانب الإدارة. وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرع أول نتناول فيه الصعوبات المتعلقة بمفهوم الرضا وطرق صياغة الموافقات في فرع ثانٍ

الفرع الأول

الصعوبات المتعلقة بمفهوم الرضا

يتعرض القانون الإداري لعنصر الرضا بطريقة غير مباشرة من خلال دراسة عيوب الرضا

(١) انظر أ. د/ جلال محمد إبراهيم ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، مزودة بأحدث احكام محكمة النقض وأحدث المراجع الفقهية ، دار النهضة العربية ، ٢٠١١ ، ص ٢٨

(٢) انظر د/ إبراهيم الدسوقي ابو الليل مبدا الحرية التعاقدية مضمونه ومداه ،دراسة تحليلية لمدى دور الارادة في التعاقد ،مقالة منشورة في مجلة جمعية المحامين الكويتية ، المحامي ، السنة التاسعة عشرة /ابريل / مايو / يونيو ١٩٩٥ ،

واستقلالية الإرادة، وكذلك الحرية التعاقدية، حيث يمثل هذا العنصر في حد ذاته دور هام في العقود بوجه عام وبدونه لا يوجد اتفاق. لهذا فإن دراسة عنصر الرضا المتبادل بين الأطراف يتضمن كثير من التعقيدات بسبب الالتباس حول هذا المفهوم من جانب، والصعوبات التي يواجهها القاضي الإداري للتأكد من توافر عنصر الرضا داخل التعاقد من جانب آخر.

أولاً: - الخلط بين الرضا والإرادة **la confusion entre consentement et volonté**

يتجه القانون الإداري إلى قبول فكرة أن تكون مفاهيم الرضا والإرادة مترادفين، بحيث يمكن للمُشرع استخدامها دون تمييز للمعنى القانوني، باعتبارها عناصر إجرائية، لا بد من مراعاتها عند مرحلة إعداد عقد ما، حيث في الغالب يعتبر مفهوم اتفاق الإيرادات واضحاً ونادراً ما يتم تحليله من جانب الفقهاء، وبالرغم من ذلك توجد دراسات قليلة تتجه للتمييز بين مصطلح الرضا ومصطلح الإرادة ومنهم ^(١) georges pequignot الذي أشار إلى تعريف العقد بأنه اتفاقية منتجة للالتزامات، أي أن العقد يكون اتفاق لإرادات الأطراف ومنتج لالتزاماتهم. ويُعتبر هذا التعريف صحيح وذو قيمة بالنسبة لكل العقود سواء كانت إدارية أو خاصة، ولكن مع الوضع في الاعتبار أن كل عقد ينتج عن صيغة الرضا والموافقات دون الإيرادات، ويوجد ثلاثة أسباب تحث على تطبيق هذه التفرقة منها:

١- يُعد مبدأ الرضا الوجه الشكلي لمبدأ الحرية التعاقدية، حيث لا يمكن توافره بدون أعمال الإرادة في نفس الوقت، فالشخص الذي يرتضي بالتعاقد يظهر جزء من إرادته بطريقة لا يمكن تجاهلها مما يجعل هذه المفاهيم متقاربة أو متشابهة، فالإرادة والرضا لا يمكن لأي منهما الانتقاص من الأخرى. حيث ينقل بواسطتها وفقاً لنص المادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا بد من توافر أربعة شروط أساسية لسريان الاتفاقية: موافقة الطرف المعهود له بالتزام معين، أهليته للتعاقد، موضوع الالتزام مؤكداً، سبب واضح للتعهد "وبذلك فإن الرضا يمثل نتاج فرعي من الإرادة التي تكون أكثر عمومية منه. وكما يتجه hauriou ^(٢) إلى أن العقد الإداري مثل أي عقد يفترض وجود وتقابل اثنين من المتراضين أو الموافقين.

(١) georges pequignot donne la définition suivante du contrat: "le contrat est une convention génératrice d'obligations, le contrat est un accord de volontes générateur d'obligations " voir Sebastien Hourson ,op. cit.,p.44-45

(٢) "un contrat administratif, comme tout contrat, suppose l'existence et la rencontre de deux consentements"Sebastien Hourson,op. cit.,p.45

٢- التمييز المتعلق بالشروط التي تهيمن على تدخل الرضا (الموافقة) والإرادة حيث لا تكفى الأخيرة وحدها بإضفاء القوة الملزمة على العقد، وإنما يشاركها في ذلك القانون بما يفرضه من اعتبارات تجب مراعاتها عند اتجاه الإرادة إلى التعاقد، ويأتي في مقدمة هذه الاعتبارات مقتضيات الصالح العام والنظام العام وحسن الآداب والعدالة، فكل هذه الاعتبارات وغيرها تعد عوامل مقيدة للإرادة في مجال التعاقد^(١).

ويلاحظ في هذا الشأن، ان التعبير عن الإرادة العامة يكون من خلال هيئة مكونة من عدة أفراد تجمعهم إرادة واحدة، بحيث يكون لديهم نفس الاتجاه والهدف للوصول إلى تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في إبرام عمليات تعاقدية كما يشير إليها كلا من kelsen, david miez وبذلك يصبح قانون العقود الإدارية في خدمة المصالح الخاصة وليس فقط المصلحة العامة، الامر الذي يجعل للأفراد أهمية متميزة ويؤدي إلى تطور القواعد التعاقدية الفردية. ونخلص من ذلك إلى انه لم يعد القانون الفرنسي يمثل المصلحة العامة العليا فقط، وإنما توجد بجانبها مصلحة عامة أخرى تتمثل في مراعاة الإرادات الفردية. ويعد إذن اللجوء إلى العمليات التعاقدية هو وسيلة التعبير عن المصالح الفردية وليس المصالح العامة فقط في الوقت الذي أصبح جميع أفراد المجتمع لديهم الاستعداد للتعاون مع الدولة من أجل تحقيق مصلحة مشتركة، وبذلك يقع على عاتق الدولة التوفيق بين المصالح المختلفة، المصلحة العامة وتحقيق مصالح الافراد الشخصية^(٢).

(١) انظر د/ابراهيم دسوقي ابو الليل المرجع السابق، ص ٩،٨

(٢) considèrent ainsi que la " procédure de création d'une norme conventionnelle est....analogue à celle mise en oeuvre pour l'adoption d'une loi, la volonté générale s'exprimant alors au sein d'un "organe composé d'individus dont les volontes ont la même direction ,c est - à - dire ont le même contenu,ont le même but, sont dirigées vers le même objet ".les procédés contractuels ne seraient ainsi que les nouveaux vecteurs de l'intérêt général, en lieu et place des norms juridiques unilatérales.dans la nouvelle définition que propose le "modèle contractuel", le droit public n'est plus concu de manière globale, mais comme un droit au service des individus."l'individualisation" est en effet"consubstantielle à l'outil contractuel " et s' inscrit dans un mouvement plus large qui offer une place central aux individus , y compris en droit public.,voir Mathias Amilhat , op. cit. p.8

وبناءً على ذلك لا تخرج الرضائية في العقد الإداري إلى حيز الوجود القانوني إلا ضمن نطاق محدد سلفاً عن طريق المشرع أو السلطة التنظيمية^(١)، بحيث يجوز مبدئياً إعطاء موافقة على موضوع سبق تحديده، وتلك هي الحالة في العقد الذي يجب ان تتضمن بنوده ما ينص عليه القانون او اللائحة مما يجعل الموافقة أو الرضا تطلب دائماً الوجود المسبق لهذا النص^(٢).

٣- أن افتراض التشابه بين الموافقة والإرادة يقتضي إنكار وظيفتهم المتبادلة عند إبرام العقد الإداري، باعتبار أنهما يتداخلان عملياً في أوقات مختلفة، حيث يتم التعبير عن إرادة الأطراف خلال فترة إعداد الشروط التعاقدية إلا أن الموافقة الفعلية تكون وقت إبرام العقد، وعلى ذلك فإن التمييز بين الإرادة والموافقة يسمح بضمان وجود العقد من تاريخ الرضا المتبادل. والواقع العملي يبين أن القاضي الإداري يقوم بتطبيق هذا التمييز من خلال الحرص على توافر عنصر الرضا عند إبرام العقد. ومهما يكن الأمر فإن توضيح هاتين المرحلتين يسمح بأن يوضع في الاعتبار احتمالية عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري، ويرجع ذلك للطبيعة الإدارية التي بموجبها تكون الشروط التعاقدية غالباً ما تكون مفروضة من جانب الإدارة على الطرف الآخر، مما يجعل الجهة الإدارية تعبر عن إرادتها وحدها على خلاف العقود التقليدية التوافقية التي يكون فيها هذا الازدواج اقل وضوحاً، وتستلزم توقيع الأطراف في ختام العقد للتعبير عن الرضا.

وفى هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: (ومن حيث إنه من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود - إدارية كانت أو مدنية - ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية، وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للصالح العام بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من إبرام العقد، وجلي من ذلك إن العقد الذي تكون الإدارة أحد أطرافه - سواء كان عقداً إدارياً أو مدنياً - يتولد عن عملية مركبة - حيث أنه يمر حتى يكتمل تكوينه بمراحل متعددة ويسلك إجراءات شتى وفقاً للأحكام والنظم السارية حسب الأحوال. ومن حيث أنه من المستقر عليه أن العقد سواء كان مدنياً أو

(١) انظر د/ مهند مختار نوح ، الايجاب والقبول في العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، دون ناشر ، ٢٠٠١ ، ص ١٥٩

(٢) voir Sebastien Hourson ,op. cit., p.46

إداريا يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين وذلك خلال المدد المحددة للقبول، إذا لم يثبت أن الطرف الآخر الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وأن العقد يعتبر منعقدًا باتصال القبول بعلم من وجه إليه وذلك وفقا لما تقضي به أحكام القانون المدني. وقد جري قضاء هذه المحكمة على أن الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد أو لبيع بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد، وأن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد، وهذا القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه. ومن حيث إنه من المقرر أن العطاءات تظل نافذة المفعول من وقت تصديرها بمعرفة أصحابها حتى انتهاء مدة سريانها المعينة باستمارة كل عطاء ومن ثم يجب على جهة الإدارة أن تبت في العطاءات خلال المدة المحددة لسريانها وعند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدم العطاء استرداد التأمين المؤقت وفي هذه الحالة يضحى العطاء ملغياً وغير نافذ المفعول أما إذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلاً لاستمرار الارتباط بعطائه إلى أن يصل لجهة الإدارة إخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه ومن ثم يتعين على جهة الإدارة إبلاغ قبولها إلى صاحب العطاء خلال المدة التي يكون إيجابه فيها قائماً حسبما تحددها شروط المناقصة، فإذا وصل الأخطار بقبول العطاء بعد هذه المدة، فإنه لا ينتج أثره القانوني، إذ يتحلل الموجب من أيجابه بفوات الميعاد المتفق عليه إلا أنه يجوز له رغم ذلك الموافقة على القبول المتأخر وعندئذ ينعقد العقد، ويكون لجهة الإدارة أن تسلك طريق التنفيذ على حساب المتعاقد معها فإن هي فعلت تكون قد صادف صحيح حكم القانون. ومن ثم يكون الطعن المائل فاقدا لسنده القانوني الصحيح جديراً بالرفض وهو ما تقضي به هذه المحكمة^(١).

ثانياً: - انتقاد جانب من الفقه^(٢) عنصر الرضا والصعوبات التي يواجهها القاضي الإداري للتأكد من توافر عنصر الرضا داخل التعاقد.

يتناول مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن المشكلات المتعلقة بعيوب الرضا التي قام بتطبيقها على

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٧٠١٦ - لسنة ٥٥ قضائية - بتاريخ ٢٧ - ٢ - ٢٠١٨، حكم غير منشور
(٢) voir Sebastien Hourson ,op. cit., p. 47 et s.

العقود الإدارية وأشار إليها في أحكامه، بعبارة (موافقات غير معيبة بعبء التدليس، الخطأ أو الإكراه).⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى تطابق مبدأ الرضا في كلا من العقد الإداري والعقد المدني، ويرجع ذلك إلى أن أحكام القانون المدني ليست مستبعدة من مجال تطبيق العقود الإدارية، بالرغم من أن مفهوم هذه العقود تعد مؤسسية مما يجعلها تختلف جذريا عن عقود القانون الخاص التي تعتبر مجموعة من الالتزامات المتبادلة.⁽²⁾ إلا أنه لا يوجد ما يمنع القاضي الإداري، من أن يستمد القواعد الأساسية المتعلقة بعنصر الرضا من القانون المدني لتطبيقها في مجال العقود الإدارية، وفي هذا المعنى يتبنى القاضي الإداري الفرنسي نظرية عيوب الرضا وفاعلية القواعد التي تحدد خاتمة العقود الإدارية والعقوبات التي يجوز له إصداره⁽³⁾

ومن جهة أخرى تكشف دراسة قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁽⁴⁾ بأن القاضي لا يتردد بذكر عبارة (عدم كفاية الالتزامات المتفق عليها) والتي يتم الرجوع إليها لتحديد مدى توافر الشروط الاستثنائية الغير مألوف التي يتضمنها العقد. وبناءً على ذلك لا يمكن تصور استبعاد الرضا كشرط لصدور الاتفاقيات المبرمة بين اشخاص القانون العام، وإنما يفترض القاضي الإداري صحة التعاقد إلى أن يتم إثارة منازعة بشأنه.

ولا يكفي لاستقرار العقد توافر رضا كلا من المتعاقدين، وإنما يجب أن يكون صحيحا، لذلك لا يهتم القاضي الإداري بالتطرق إلى فحص مشروعية الرضا إلا من خلال الطعن القضائي، عندما يتمسك

(1) voir Terneyre, "la liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ?", A. J.D.A., 1998, p.667

(2) voir Yves Gaudemet, pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire, doctrine, droit administratif, revue du droit public-n2-2010, p. 316

(3) B. Plessix, "la théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs", R.F.D.A., 2006, p.17. pour sa part. Y. Weber y préconise une théorie permettant d'assurer la continuité du service public: "on peut affirmer que la théorie administrative des vices du consentement est significative du service public",

(4) voir C.E., 3 nov., 2003, SARL Meridian France, rec., tab., p.763, c.e., 1 mars 2004, société as représentation, rec., p.108

أحد الأطراف بأن موافقته كانت معيبة. وعلى ذلك تبدو الموافقة في الواقع عنصر جوهري لإبرام العقود الإدارية التي تستند إلى تبادل الموافقات حول شروط العقد.

الفرع الثاني طرق صياغة الموافقات

les modalités de la formulation des consentements

تعتبر صياغة العقد الطريقة التي يتم التعبير من خلالها عن حقيقة إرادة اطراف العلاقة التعاقدية ولا تعد ترجمة لرغبات المتعاقدين ما لم تكن عبارات العقد والفاظه دقيقة، او محددة، وواضحة، وكاملة، ويترتب على تخلف احد الشروط، فتح الباب لمنازعات محتملة نتيجة لعيوب في صياغة وثائق التعاقد او مستنداته⁽¹⁾ وفي هذا الشأن تتبع عبارة الموافقات طريقين متميزين توصلنا إلى إبرام العقد ألا وهما:

التفاوض والقبول ولا يجوز القول انهم متشابهين، ولكن يمكن القول أنهما يتتابعان وفقا لزمين صياغة العقد وعلى اية حال، فانه من المناسب الإشارة إلى أن القبول فقط يكون أساس عبارة الرضا ولا يظهر التفاوض إلا ثانويا.

أولاً: -- التفاوض كأسلوب ثانوي للصياغة:-

la négociation comme mode secondaire de formulation

يشمل التفاوض عمليات مختلفة، مثل المباحثات وتبادل وجهات النظر والاستشارات سعياً للوصول إلى اتفاق⁽²⁾.

ولا يوجد شك في ارتباط التفاوض بإبرام العقد، ولكنه لا يمثل عنصر أساسي لصياغة الموافقة مما يؤدي إلى عدم اعتباره من بين معايير تعريف العقد.

ولكن قد يأتي اضافة الطابع التعاقدي على المفاوضات نتيجة دخول طرفيها في مساومات وتبادل للمقترحات في محاولة للتفاهم حول شروط عقد يرغبان إبرامه مع اتجاه نية كل منهما إلى التعهد

(1) انظر أ.د/ احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد،مقالة منشورة في مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ، العدد الثالث - السنة الخامسة والعشرون - ٢٠٠١، ص١٧٨

(2) voir Mathias Amilhat, la contractualisation en droit public: bilan et perspectives,op.cit.,p.2

والالتزام بالتفاوض، وفي هذه الحالة يكون التفاوض في صورة عقد يسمى بعقد المفاوضة، أما إذا انتقلت نية الالتزام بالتفاوض، فإنه يفقد الطابع التعاقدية، حتى ولو توافرت لدى كل طرف ارادة التفاوض (١) وتطبيقا لذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي (بأن المفاوضات التي تباشرها الهيئة التداولية للسلطة المحلية لا تؤثر سلباً على التعاقد، ومن ثم لا تكون عرضة للطعن عليها بتجاوز السلطة أمام قاضي الإلغاء لافتقادها صفة القرار). (٢).

ومن ناحية أخرى قد يتفق الطرفان على إدراج شرط التفاوض، كبند في العقد القائم بينهما، بغرض تسوية أي ظروف تعترض تنفيذ العقد.

١ - الجمع العملي بين التفاوض والرضا:-

L' association pratique entre négociation et consentement

يرتبط التفاوض غالباً بصيغة الرضا، حينما يتم اعتباره إجراء لإعداد العقود القانونية القائمة على المساومات، والتي يلتزم بمقتضاها كل طرف في مواجهة الآخر بالتفاوض حول إبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه الأساسية او الثانوية مما يجعله عقدا يستهدف إلزام طرفيه بالبدا في التفاوض والاستمرار فيه، بغرض التوصل إلى إبرام عقد يرغبه كل منهما، لذلك يمكن تعريف التعاقد بأنه مجموعة من الاجراءات التعاقدية التي تتضمن التفاوض والتراضي واللذين يحتلون مكانا جوهريا في العقد (٣).

وأشار Jean Rivero (٤) إلى اعتبار العقد نهاية للتفاوض القائم بين الاطراف وتوافقهم عليه.

وكذلك André de laubadère الذي يرى أنه عندما تتجزأ عملية التفاوض، فإن كلمة عقد تأتي بسهولة بالتوقيع بالموافقة، بحيث يندمج التفاوض في ايدلوجية العقد، بينما يشارك أحيانا في هندسة

(١) انظر د/ محمد ابو زيد ، المفاوضات في الاطار التعاقدية (صورها-واحكامها)،مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة السابعة والاربعون، يناير ٢٠٠٥، ص ١١٠-١١١

(٢) La délibération par laquelle l'organe délibérant d'une collectivité territoriale émet un voeu ne constitue pas un acte faisant grief et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours devant le juge de l'excès de pouvoir même en raison de prétendus vices propres. Conseil d'État 3ème et 8ème sous-sections réunies 30 décembre 2009N° 308514 Mentionné dans les tables du recueil Lebon

(٣) voir Mathias Amilhat , op., cit., p.2

(٤) voir Sebastien Hourson , op. cit., p.52

الاتفاقية الإدارية، حينما يسمح بالتوقيع على اتفاق مبدئي يستهدف متابعة المفاوضات، وعلى ذلك توجد علاقة اكيده بين التفاوض والرضا تتمثل في أمرين: -

- أولهما: أهمية التفاوض كمرحلة سابقة على إبرام العقد، في حالة إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد، وخاصةً حينما يكون موضوع العقد اقتصادي، والذي بمقتضاه يتم اتفاق طرفي العقد على ادراج بند التفاوض ضمن نصوصه، حتى يتسنى لطرفيه تعديل العقد واعادة التوازن العقدي ويجعل للتفاوض دورا هاما لتحقيق التوازن الاقتصادي والمالي للعقد.

ومن ناحية اخرى قد ينص المُشرع الفرنسي على ضرورة التفاوض كشرط سابق لموافقة الإدارة تطبيقا لنص المادة ١٤١١-١ من القانون العام للهيئات الإقليمية على أنه "يجب على اشخاص القانون العام اجراء التفاوض لاختيار المفوض اليه قبل إبرام عقد تفويض المرفق العام" وبذلك يكون التفاوض ناتج عن إلزام قانوني ولا ينتج عن اختيار متروك لإرادة الاطراف وقضى مجلس الدولة الفرنسي بحكم له في هذا الشأن^(١) (أنه بموجب المرسوم الصادر بتاريخ ١٩ أكتوبر ٢٠٠٤، في وزارة الاقتصاد والمالية، فانه قد تم دعم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من خلال الترخيص للأشخاص بالتفاوض وإبرام اتفاقيات شراكة للتأكد من مدى توافر الشروط القانونية للتعاقد، بحيث تجرى قبل ابرام هذه العقود التي تحدد المقابل المالي الذي يتحصل عليه المتعاقد في صورة ثمن محدد يتم النص عليه في ضوء تكلفة الأعمال التي قام بها وذلك على خلاف عقود تفويض المرافق العامة التي يرتبط فيها المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض اليه بنتائج الاستغلال).

وقد لا يشترط المُشرع التفاوض ومن ثم اذا لجا الأطراف لهذا الاجراء يكون غير مشروع كما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: (ومن حيث ان حقيقة المخالفة المنسوبة للطاعن في هذا الطعن تنصرف إلى مفاوضة مع آخرين شركة. وبالمخالفة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ لائحته التنفيذية. فهي ثابتة بحقه ثبوتاً كافياً بما ورد باعترافه الصريح بارتكابه لهذه المخالفة وذلك للضغط علي الشركة المتعاقدة للنزول بأسعارها في الكميات الإضافية في

(١) Conseil d'État,Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris,n275531,publie au recueil lebon

2- المحكمة الادارية العليا - الطعن رقم ٥٦٣١٠ - لسنة ٦٠ قضائية - بتاريخ ١٨ - ٢ - ٢٠١٧، حكم غير منشور

ضوء خفض أسعار بعض المواد الخام للبسكويت لتوفير بعض الاموال لصالح الخزانة العامة للدولة فذلك كان مردود عليه بان هذا استناد غير صحيح وذلك لأن موافقة رئيسه (الموجه العام للتغذية) علي المفاوضة مع تلك الشركة أنت بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتي أنت نصوصه خالية تماما من النص علي إجراء المفاوضة مع الشركات باي وصف كان وبالتالي لا يجوز ان تنسب الموافقة علي ما يخالف القانون فضلا)

ومن جهة أخرى يتفق كلاً من الفقه والمشرع الفرنسي على تشبيه المناقشة القائمة بين اطراف التعاقد بالتفاوض، مما جعل احكام مجلس الدولة الفرنسي تكتفي بالنص على التفاوض دون المناقشة، ولكن هل يشترط المناقشة والمقابلة بين الاطراف كإجراء يسبق المرحلة المحتملة للتفاوض؟

وللإجابة على هذا التساؤل يشير^(١) richer الى الفائدة المتحصلة من التفاوض بغرض الوصول إلى نتائج افضل من الدعوة إلى المناقشة، الامر الذي يجعلنا نستدل على الاكتفاء بمرحلة التفاوض، دون ان يسبقها مرحلة المناقشة.

-ثانيهما: استنتاج علاقة التفاوض بعبارة الرضا المستخلصة من المناقشات السابقة على إبرام العقد، بل يمكن القول أن نجاح العملية التعاقدية تعتمد في الجزء الأكبر منها على مرحلة الإعداد، وبالرغم ان اجراء التفاوض، يكون نادرا في عقود القانون العام، إلا انه يضيف مشروعية على اعمال الإدارة ونتيجة للرجة في تطوير العقود الادارية، يشجع التفاوض اشخاص القانون العام على إبرام عقود حقيقية دون النظر إلى طبيعتها.

٢ - الفصل النظري بين التفاوض والرضا:-

la dissociation théorique entre négociation et consentement

يتم التراضي في عقد المفاوضة بتلاقي إرادة الطرفين دون حاجة إلى مراعاة اجراءات أو أوضاع محددة، ومن ثم فان الاستدلال على وجود عقد التفاوض، يكون بالرجوع إلى إرادة الاطراف^(٢) وللكشف عن هذه الإرادة، لا بد من البحث في الوثائق المتبادلة، سواء بروتوكول اتفاق أو خطابات نوايا قبل إبرام العقد النهائي، لتحديد ما اذا كان التفاوض تم في إطار تعاقدي، ام خارج الإطار التعاقدي. واكد مجلس

(١) voir Sebastien Hourson , op. cit.,p. 53

(٢) انظر د/ محمد ابو زيد ، المرجع السابق ، ص ١٢

الدولة الفرنسي في تقريره عام ٢٠٠٨ على أن وجود تفاوض حقيقي بين طرفي العقد، يشكل إحدى العلامات الدالة على تعريف وجود العقد^(١)، لذلك يرى بعض الفقهاء^(٢) ومنهم: Bonnard بأن مرحلة اعداد العملية التعاقدية هي التي تحدد طبيعة الاتفاق، ما اذا كان عقد ام اتفاقية بل أن أي معارضة للمناقشة تمثل مخالفة لجوهر الاتفاقية، ومثال ذلك اتفاقية الفائدة الاجتماعية Convention d' utilité sociale^(٣) المنصوص عليها بالقانون في ٢٥ مارس ٢٠٠٩ المتعلق بالتعبئة العامة للإسكان ومكافحة الطرد.

وقد أشار jegouzo الى اعتبار التفاوض عنصر في التصرف الاتفاقي، ولكن يلاحظ على هذا الرأي، أنه خلط ما بين الوصف ومرحلة اعداد العقد، ويؤيده في الراي Colsonا بقوله ان العقد هو اتفاق الارادات الناتج عن تفاوض. وقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: (كما أنه يتعين الإشارة إلى أن الأصل في العقد الإداري أن الإيجاب يوجه على أساس الشروط العامة المعلن عنها فإذا كان للمتعاقد مع الإدارة شروط خاصة لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلن عنها ففي هذه الحالة للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العطاء الأقل للنزول عن كل أو بعض تحفظاته فإذا ما أسفر التفاوض عن تمسكه ببعض التحفظات وقبلت الإدارة هذا التمسك أصبحت هذه التحفظات جزءاً لا يتجزأ من العقد، وعلى ذلك فإن عدم إجراء مفاوضات لنزول المتعاقد معه وقبول لجنة البت عطاء المتعاقد بشروطه يقع في قبول جهة الإدارة لكافة التحفظات التي لم يتنازل عنها المتعاقد وأعلن تمسكه بها تصبح جزءاً من العقد المُبرم بين الطرفين ويتعين الالتزام به ويعتبر تعديلاً للشروط العامة التي طرحت بها المناقصة وقبول جهة الإدارة التحفظ ينطوي على نسخ ضمني لما يخالفه من الشروط العامة وتكون العبرة

(^١) "dans son rapport public pour 2008, le conseil d' état affirme que" l'existence d'une veritable négociation en amont de l'acte constituel'un des indices permettant normalement d'identifier la présence d'un contrat –voir m. fornacciariconcl. sur l'arrêt C.E SEC.,31 mars 1989,département de la moselle, R. F. D. A. ,1989,p.468

(^٢) "m. jegouzo semble ainsi percevoir dans la libre négociation un élément de l'acte conventionnel ", A. colson,le contrat accord de volentes resultant d'une négociation ",Sebastien Hourson , op. cit.,p. 5٤ -55

(^٣) loi n 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion

بأحكام العقد نفسه)^(١) .

أما j.ghestin فإنه يرى إلى أن التفاوض لا يكفي وحده لإضفاء الصفة العقدية على التعاقد والعكس بالعكس، ويتجه مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه بالاتفاق مع هذا الرأي حيث قضى بأنه^(٢) (إذا كان ميثاق الحوار الاجتماعي في المديرية العامة للضرائب، هو وثيقة موقعة من المدير العام للضرائب مع رؤساء خمس منظمات نقابية، يمثل بيان بسيط للنتائج التي تم التوصل إليها بعد إجراء المفاوضات مع هذه المنظمات النقابية وكان يستهدف توجيه سلوك الشركاء الاجتماعيين في علاقاتهم المتبادلة. فإن الوثيقة ليس لها طابع تعاقدي بالرغم من إجراء المفاوضات مما يجعلها لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القاضي الإداري).

وعلى خلاف ذلك يميل جانب آخر من الفقه الفرنسي^(٣) إلى اعتبار انه يوجد عقد، اذا فرضت الادارة سلطة كافية للتفاوض مع الشركة المتعاقدة حول شروط واجراءات المساعدة.

نخلص من دراسة القوانين الإدارية الفرنسية، عدم كفاية التفاوض من أجل التعاقد، فإذا كان التفاوض مرحلة أساسية ومقبولة من أجل تحقيق التوازن المالي للعقد، فإنه ليس بالضرورة توافره لإضفاء وصف الاتفاقية على التصرف القانوني اللاحق المبرم بين الأطراف، حيث تم إبرام العديد من الاتفاقيات دون الالتزام بمرحلة التفاوض، وبوجه عام فإن التوافق لا ينتج دائما من التفاوض، والتفاوض لا يكفي وحده لوجود العقد، ويرجع ذلك إلى وجود بعض أنواع من العقود بصفة خاصة تستلزم إجراء التفاوض وفقا للمادة ٣٥ من قانون العقود الإدارية التي "تتشرط إجراء التفاوض في صياغة العقود العامة واعتبارها عنصرا فيها"، ومثال ذلك عقود الشراء العام، وفي المقابل لا يستطيع الأطراف اللجوء إلى هذا الاجراء في عقود اخرى، ومنها العقود الادارية. ومن ثم لا يؤدي التفاوض بالضرورة إلى توقيع اتفاقية كما يشير chapus^(٤). وبذلك لا تعطي عملية التفاوض أية إشارة حول طبيعة العقد.

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٢٨٠ - لسنة ٥٨ قضائية - بتاريخ ٢٣ - ١ - ٢٠١٨، حكم غير منشور
(٢) Conseil d'État , 4ème et 5ème sous-sections réunies , 19 juin 2006 , du SYNDICAT NATIONAL UNIFIE DES IMPOTS , N° 279877 , Publié au recueil Lebon
(٣) voir S. Saunier, "l'autonomie de la volonté en droit administrative: une mise au point", R. F. D. A. , 2007,p.609
(٤) voir Sebastien Hourson ,op.,cit.,p.56

وعقب نهاية الحرب العالمية الثانية استطاع⁽¹⁾ Jean Donnedieu de vabres بصفة خاصة التعرف على العقود التنظيمية التفاوضية المحددة لسعر الغلال من خلال توقيع ذوي الشأن على الاتفاق، بعد اجراء مفاوضات دبلوماسية.

وبذلك فإن التفاوض يكون عنصر إجرائي بسيط، يدخل في إعداد العقد، ولكن لا يشترط لوجود الاتفاقية، بحيث ان غيابه لا يشكل مخالفة، إذا لم يشير النص القانوني لضرورته، ولا يوجد ما يمنع من موافقة الأطراف على إجرائه.

ولكن الواقع العملي يستلزم وجود مرحلة التفاوض بالنسبة للاتفاقيات الإدارية، وبذلك لا تشكل هذه الضروريات العملية من المفاوضات عنصر جوهري لصياغة الرضا، حيث يعتبر الأساس هو قبول الأطراف.

ثانيا: - القبول كطريقة جوهريّة للصياغة:-

L' acceptation comme mode primordial de formulation

تتعارض الصفة الثانوية للتفاوض مع الصفة الجوهرية للقبول من أجل الاعتراف بوجود عقد، حيث من الضروري الاكتفاء بالقبول لصياغة الموافقة، ولا تستبعد هذه القاعدة اتفاق الأطراف على شروط شكلية خاصة لإنشاء عقد فيما بينها، ولكن بالرغم من ذلك توجد صعوبات متعلقة بهذا العنصر، تفترض أن إحدى الموافقات يمكن الحصول عليها من خلال قبول بسيط، في حالة إذا كان الطرف في الاتفاقية هو المختص بالتوقيع عليها دون أن يكون محررها، ويجب التمييز هنا بين مصطلحات (المحرر) و(الموقع) على العقد، حيث يعتبر التوقيع على العقد القانوني محدد لأشخاص معينة، تقتصر مشاركاتهم على هذا العقد، وباعتبار أن العقد اتفاقي فإنه لا يتواجد إلا بتبادل الموافقات، لذلك من الجائز أن يكون أحد طرفي العقد موقعه دون أن يكون محرره، الامر الذي لا يجعل طريقة الإعداد من شأنها، ان تؤثر على مفهوم العقد.

ويلاحظ في هذا الشأن أن الإدارة تتولى تحرير اتفاقياتها بمفردها، بحيث يخضع الطرف الآخر

(¹) "Jean Donnedieu de vabres à notamment pu identifier des actes réglementaires négociés fixant le prix des cereals", voir J.Donnedieu de vabres , concl. Sur l'arrêt C.E, 25 juin 1954, syndicat national de la meunerie à seigle,d.,1955,jur.,p.50

لنصوص المضمونة في الاتفاقية دون أن يكون للمتعاقد معها إمكانية مناقشة الشروط.

ويرى Jean Rivero⁽¹⁾ أنه لا يوجد اليوم مكان إلا لعقود الدمج 'des contrats d'adhésion بالمعنى الواسع (وهي مزيجاً من عقود مختلطة أدمجت في عقد واحد)، وتعتبر من طرق إبرام العقود، ومثال ذلك عندما يعهد لشخص ما بسلطة إشغال مال عام من خلال تفويضه مهمة مرفق عام، وفي حالة الموافقة عن طريق الدمج، تُثار الشكوك حول الطبيعة القانونية لهذه العقود والتي ينتج عنها عقود المسؤولية الأسرية والاتفاقيات المُبرمة مع C.S.A. بقصد التصريح باستخدام الترددات أو عقود التنمية الإقليمية.⁽²⁾

ولكن يبدو الأمر متناقضاً بالنسبة لعقود الخطة les contrats de plan التي لا تنشأ باللجوء لتقنية الدمج مع بعض الاتفاقيات الأخرى التي تؤكد هذه الفكرة، ولكن لا يمنع ذلك، ان يتم الاستناد إلى التفاوض لصياغة هذه العقود وإدراج الشروط التقليدية في حالة الضرورة. -- وبالرغم من هذه التحفظات تسمح الاتفاقيات الإدارية، أن تنشأ عن طريق الدمج، ولكن هل تتعارض هذه التحفظات مع العرض المطروح الذي يقدمه Georges Pequignot⁽³⁾ بشأن تشبيه كل العقود الإدارية بعقود الدمج 'des contrats d'adhésion؟ يجب الأخذ في الاعتبار ان العقد الإداري لا ينشأ من دمج إرادتين متساويتين، ولكنه يبدو كإظهار الإرادة غالبية على إرادة أخرى ترضي بالانضمام إليها، أما الاتفاقية فلا بد ان يوجد بها تفاوض، فضلاً عن انها توطن العلاقة بين اشخاص القانون العام مما ينتقص من هيمنة احد الأطراف ان لم يكن إفلاسها، ومن المبالغ فيه رؤية العقود الإدارية بعقود الدمج.

وعلى ذلك فإذا كان التفاوض ضروري من أجل إعداد الاتفاقيات الإدارية، فإنه ليس جوهري بالنسبة للعقود الإدارية.

⁽¹⁾ voir Sebastien Hourson , op. cit.,p. ٥٨

⁽²⁾ voir cette convention a été instituée par l'article 28 de la loi n 86-1067 du 30 septembre 1986, J.O.R.F., 1 oct 1986,p.11755,not., C.E ass., 8 avr., 1998, société serc fun radio,rec., p.138

⁽³⁾ "georges pequignot consistant à assimiler tous les contrats administratifs à des contrats d'adhésion ,voir Sebastien Hourson , op. cit.,p. 59

وفي بداية القرن الأخير تم إثارة الشكوك من جانب بعض الفقهاء⁽¹⁾ حول طبيعة هذه العقود لنفي الصفة التقليدية لعقود الدمج.

وركز Raymond sallilles على هيمنة الإرادة الواحدة التي تتحرك كإرادة أحادية الجانب والتي من شأنها، ان تفرض قانونها، مع ملاحظة أن العقد الإداري ليس نتيجة لإرادتين، وإنما هو إظهار لإرادة واحدة قادرة على الالتزام وخضوع ارادة الأطراف الاخرين لها حال ابداء موافقتهم.

أما بالنسبة إلى Maurice hauriou، فإنه لاحظ في عقد الدمج أنه عقد دمج لخدمة تنظيمية (عقد تنظيمي) وحول هذه النقطة يقترب رأي léon duguit كثيراً من رأي Maurice Hauriou الذي يعتبر ان عقد الدمج يتشابه مع العقد الذي يخضع شخصاً ما بإرادته لقانون وضعي سابق الوجود دون مناقشة طبيعة العقد بسبب آلية القبول.

ومن الآن فصاعداً فإن عقود الدمج يتم معاملتها على أنها عقود قديمة في أغلبية نصوص القانون ونتيجة لذلك لا يعطي هذا التطبيق الفرصة لظهور نوع جديد للعقود الاتفاقية كما اشار اليه Jean Rivero.

وكما أشار Georger Ripert أن هذه الشكوك جعلت من الصعب تعريف العقد، الا ان مفهومه مازال مرتبط ظاهريا بالشكل القانوني الوحيد المتمثل في التراضي بين طرفي العقد بعيداً عن أي إجراء تفاوضي ورغم قبول هذا التطبيق الا أنه يحمل بعض المخاطر بالنسبة للعلاقات الاتفاقية.

ومن ناحية أخرى يختص القاضي الإداري بتفسير النية العامة للأطراف وليس نية المحرر الوحيد للعقد وبذلك تم التخفيف من التفاوت الظاهري بين التحرير أحادي الجانب للعقد وطبيعته القانونية، حيث أن العقد يفلت من محرره بمجرد الابرام لكي يصبح خاصا بالأطراف، وبذلك لا يهم كثيراً الإجراء المتبع لإعداد العقد. مع الوضع في الاعتبار أن المساواة بين الأطراف عند إنشاء العقد لا يكون لها الأفضلية عن حفظ التوازن خلال تنفيذه بحيث يجوز لأحد طرفي العقد قبول تحمل التزامات اكثر من الطرف الآخر مما يجعله الطرف الأضعف والأقل في التعاقد في مقابل الفائدة المتحصلة من هذه الالتزامات

(1) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 59-60

وذلك كما أشار Maurice hauriou⁽¹⁾ بقوله أنه ليس من الضروري أن تنتج المواقف التعاقدية إلى الميل للمساواة وإنما أن يؤسس العقد على الموافقة، لذلك نقبل أن نكون أدنى وغير متساوين استناداً إلى أن هذه الدونية، تجد لها تعويض في الفائدة التي يتحصل عليها الطرف الأدنى في العقد.

لذلك يتجه إلى تشجيع إبرام عقود الخطة بين الدولة والأقاليم، والتي توضع في قبضة شريكين غير متكافئين، ويجوز تصور ذلك لبعض الاتفاقيات الإدارية المبرمة لنفس الشخص القانوني، والتي تكمن في أطراف غير متساوية. وبالفعل يكون من المعتاد من الآن فصاعداً ان يتم التوقيع على الاتفاقيات بين الوزارات مثل عقد التخصيص الموقع في ٢٦ يوليو عام ٢٠٠٧ بين وزير الموازنة ووزير الإمداد، بالرغم من التدرج الوظيفي السائد بين الوزراء داخل الحكومة. وفي المقابل لم يكن الحال كذلك عندما توجد رابطة تبعية بين الأطراف في العقود المبرمة لذات الأهداف داخل القانون الإداري، ومثال ذلك حينما يختص نائب رئيس مجلس الدولة ورؤساء محاكم الاستئناف الادارية بالتوقيع على عقود لإدارة مرفق القضاء الإداري، وبالرغم انه يبدو لنا ان سلطة الاول رئاسية على الاخرين، الا انه يمكن ملاحظة ان هذه العقود تركز على عدم مساواة مؤسسية بين الأطراف، ولا يعنى ذلك نفي صفة الاتفاقية على هذه العقود في اطار رؤية القاضي الإداري، لإضفاء صفة العقد على الأطراف الغير متساوية، وكما أشار long⁽²⁾ بأن القانون العام لم يكن حكراً للعقود القائمة على عدم مساواة المتعاقدين، حيث نجد في القانون الخاص عقود قائمة على عدم المساواة بين طرفيها بخصوص عقود الدمج او العقود المبرمة بين الشركات التجارية.

لذلك يكفي لهذه الاتفاقيات المبرمة لنفس الشخص القانوني وجود توازن في العلاقة التعاقدية يتم استخلاصها من الشروط الواردة بالتعاقد، ولا يجوز الاستناد إلى الضغوط المحتملة التي يمكن أن يخضع لها احد الأطراف كمعيار يحدد توصيف العقود، وأخيراً فان الاقرار بتعددية أطراف الاتفاقيات، يكفي أن

(1) "les situations contractuelles peuvent tender vers l'égalite , elles ne l'impliquent pas nécessairement à leur base. Le contrat est fondé sur le consentement, or on peut consentir à être inférieur et inégal "Sebastien Hourson , op. cit.,p. 61

(2) voir m. long, concl. Sur c.e,11 mai 1956, société française des transports gondron freres, A. J.D.A., 1956,p.437

تظهر صياغة الموافقة كعنصر جوهري ومشارك في كل اتفاقية.

وعلى أساس ذلك لم يكن التفاوض مرحلة ضرورية تسبق إبرام العقود مما يؤدي إلى صعوبة الاعتماد عليه كمعيار للتمييز بين العقود والاتفاقيات الإدارية.

المطلب الثاني

فكرة الالتزامات المتبادلة لتمييز التصرفات القانونية الملزمة لجانب واحد unilatéraux عن العقود الاتفاقية

فيما يتعلق بنظام العقد الإداري، أثبت jeze أن المبادئ والقواعد العامة التي تطبق عليه، ليست مختلفة في مبادئها، عن تلك التي تطبق على العقد الملزم لطرف واحد.⁽¹⁾

ونتيجة لذلك لم يولى فقهاء القانون العام، أي أهمية بشأن التمييز بين التصرفات الملزمة لجانب واحد والعقود الاتفاقية، مع وضع في الاعتبار أن المفهوم الكمي أو العددي للأطراف المتعاقدة لا يسمح بتحديد طبيعة العقد، حيث في الغالب تستند الاتفاقية على تعددية أطرافها، لذلك لا بد من البحث عن معيار آخر، يكمن في فحص مدى توافر التبادل كمعيار لوصف العقد الاتفاقي.

بحيث يركز هذا المعيار على العلاقة بين أطراف التعاقد، وبذلك تشترك مجموع العقود في مطابقة الموافقات والشروط، ويرجع الفضل في إثارة هذا المعيار إلى André de laubadère⁽²⁾ نتيجة لانتشار التصرفات الملزمة لجانب واحد التي تهيمن على تعاقدات الدولة. سوف تناول الموافقات المتبادلة في فرع اول والشروط أو الالتزامات المتقابلة في فرع ثانٍ

الفرع الأول

الموافقات المتبادلة (الرضا)

la réciprocité des consentements

لا تستند الاتفاقيات على صيغة الموافقة الخاصة بكل طرف من الأطراف فقط، ولكن من الضروري أن تتبادل هذه الموافقات، بحيث يشهد العقد تبادل حقيقي في صياغته.

⁽¹⁾ voir yves gaudemet , op. cit. p. 317

⁽²⁾ Sebastien Hourson , op. cit.,p. 64

ومنذ بداية القرن العشرين اشار Léon duguit إلى أن فكرة المعيار الكمي التي تعنى تعدد إرادات الأطراف المتعاقدة ينقصها الدقة، ولا تصلح للتمييز بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الاتفاقية، لذلك يجب معاملة معيار تبادل الموافقات كمعيار مكمل، وليس كبديل، يتم قبوله. ولتجنب العديد من مخاطر الالتباس قام مجلس الدولة، بأخذ هذا الرأي في الاعتبار، واقترح اطلاق لفظ عقد على الأعمال متعددة الأطراف، بما يتماشى مع معايير العقد الإداري، وبالتبعية حدد مفهوم الاتفاقية ونظامها القانوني.^(١)

ويرجع ذلك إلى النقد الموجه لمعيار تعددية الموافقات في منتصف القرن الأخير، وكما سبق القول، فإنه لا يكفي تعدد اطراف التعاقد لتحديد طبيعته، لذلك لابد الاستعانة بمعايير أخرى.

وقد استند تقرير مجلس الدولة الفرنسي عام ٢٠٠٨^(٢) إلى كتابات Léon duguit الذي أعترض فيها على معيار تعددية الإيرادات، كمعيار لوصف العقد، حيث أن تعدد الإيرادات يفترض وجود منافسة بينهم، تنفي عن الاتفاق صفة العقد، لذلك اتجه إلى وضع تصنيف ثلاثي في القانون العام يتمثل في التمييز بين العقد، وعقد العمل الجماعي، والاتحاد الذي كان غير معروف للقاضي الإداري.

ويرى duguit أنه يجب توصيف العمل التعاقدية، كعقد في الحالات التي تظهر فيها تعددية الإيرادات دائن ومدين في ذمة كل من المتعاقدين، مما يعني بمفهوم المخالفة أن الاتفاقيات تفترض تجاور الإيرادات الأحادية الجانب المجردة من أي روابط بينها، فيكون أحد طرفيها دائناً وليس مديناً ويكون الطرف الآخر مديناً وليس دائناً، أما عقد العمل الجماعي^(٣) فإنه اتفاق يتم بمقتضاه تنظيم شروط العمل وظروفه بين نقابة او اكثر من نقابات العمال وبين واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال أو المنظمات الممثلة لأصحاب الأعمال تفرض فيه غالبية اطرافه سائر شروطها على الأقلية حتى من لم يقبل منهم هذه الشروط بما يكفل شروطاً او مزايا أفضل للعمال يجب احترامها عند أبرام عقود العمل الفردية، على خلاف العقد الذي يؤسس على التقاء الإيرادات وتراضيتها، كما أنه يشير إلى أن بعض العقود يمكن أن

(١) voir Mathias Amilhat ,la contractualisation en droit public: bilan et perspectives,op. , cit.,p. 2

(٢) voir C.E , rapport public , le contrat, mode d action publique et de production de norms, E.D.C.E.,n 59, 2008, p.92 et s.

(٣) راجع في هذا المعنى د/ محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٣١-٣٢

تكون تقليدية باستنادها إلى تبادل الموافقات دون أن تكون مُبرمة وتندرج تحت مصطلح اتحاد، أي أنه لا يولد مراكز قانونية ذاتية كما هو الحال بالنسبة للعقد، إنما يولد مراكز قانونية موضوعية تتضمن قواعد عامة مجردة مثل الاتفاقية، التي يخضع اطرافها لقاعدة موضوعية، لذلك تكيف التصرفات الاتحادية باتفاقية قانون، مما يميز الاتحاد عن العقد.

وبذلك يرتكز القاضي الإداري على الآثار الناتجة من التعاقد أكثر من الاستناد على توافق الإيرادات، ولكن في الغالب يتحد العقد الملزم لجانب واحد مع العقد الاتفاقي في تشابه الآثار الناتجة عن كلاً منهما.

ثم أهمل Charles Eiseimmenn⁽¹⁾ لمعيار الكمي واستند إلى الالتزامات المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة، بحيث تعتبر بمثابة قانون لعلاقاتهم مما يستلزم كتابة بنود التعاقد. وبذلك اجمع الفقهاء على عدم كفاية تعددية الأطراف كمعيار لوصف العقد الاتفاقي والعقد الملزم لجانب واحد بكونه لواحد فقط، بالرغم من انعقاده بين عدة اطراف، إلا أنه يعبر عن إرادة واحدة وهي الإرادة الجماعية الممثلة لشخص اعتباري وحيد.، بحيث تستند الأطراف المتعددة على نفس الشخص القانوني، وفي حالة توافقتها تظهر باسم الدولة، ولكن في حالة توافر تبادل الالتزامات بينهم يتم تحويل الاتفاقية إلى عقد اتفاقي، وبذلك فإن تعددية أطراف الاتفاقية سواء كان موقعا من كيانات عديدة مرتبطة بتبعية لنفس الشخص القانوني أو مستقلين لا تمنع من وصفها عقود ملزمة لجانب واحد أي اتفاقيات، دون عقود ملزمة للجانبين، ونتيجة لعدم كفاية هذا المعيار تم الالتجاء إلى معيار آخر وهو التبادل.

وبذلك فإن القانون يستند إلى معيار تبادل الموافقات الذي يظهر في صورة توافق للإرادات وفقاً لما ورد في المادة رقم ١٥٨٩ من القانون المدني الفرنسي والتي نصها "أن الوعد بالبيع يعادل البيع في حالة الموافقة المتبادلة للطرفين على الشيء المبيع والسعر مما يستلزم وجود تنازل من الجانبين". وبذلك يسمح اللجوء لهذا المعيار بتحديد الأسلوب المعبر عن تبادل توافق الإيرادات كما أشار Hans Kelsen⁽²⁾ إلى أنه يجب على أحد الأطراف أن يعلن إرادته للطرف الآخر، وعلى الأخير أن يقبلها من خلال إعلانها للطرف الأول، لكي يرى العقد النور مع مراعاة تحديد الجهة التي يلتزم الأطراف بالإعلان عن

(1) voir Sebastien Hourson , op. cit.,p. 66

(2) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 67

إرادتهم بها، على خلاف العقود الملزمة لجانب واحد التي يمكن في بعض الحالات أن تشهد منافسة للإرادات وبذلك يهتم هذا الراي بالإرادة المتبادلة بين الأطراف أكثر من تعددهم، الامر الذي يؤدي إلى إمكانية تحديد طبيعة الاتفاق دون فحص محتوى العقد كما في تعريف Charles Eisemenn للعقد، بأنه الاتفاق الثنائي أو متعدد الأطراف ذو الارادات المتبادلة " أما إذا كانت الموافقات متطابقة وغير متبادلة، فهي إشارة إلى طبيعة العقد الملزمة لجانب واحد مع ملاحظة أن تقدير التبادل ينصب ليس على العقد المُبرم، وإنما على طريقة إبرامه، وتطبيقا لذلك لابد من البحث عن النية المشتركة للأطراف لإضفاء الطبيعة العقدية للاتفاق المُبرم بينهم، بحيث يتكون العقد من اتفاق الإرادات الفردية على إنشاء عمل قانوني الامر الذي يجعل كل اتفاق مبرم بين الأفراد، ولا تنصرف فيه نيتهما المشتركة إلى ترتيب أثر قانوني، لا يكون عقداً^(١). حيث توجد كثير من الاتفاقيات التي تُبرم بين الأفراد ولا تنصرف فيها نية المتعاقدين إلى إحداث أي أثر قانوني، وبالرغم من ذلك فإن تبادل الموافقات يمثل عنصر يتم إدراجه في عملية تكييف الاتفاق. وطبقاً لما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر فإنه من المقرر (أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبما يتفق وحسن النية فذلك أصل عام في الالتزامات جميعها ولا فرق في إعماله بين عقد إداري وآخر مدني، ومن مقتضيات هذا الأصل أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بها إذ أن ما اتفقا عليه يقيدهما باعتباره شريعتهم التي التقت عندها إرادتهما وقبلأ ترتيب حقوق والتزامات كل منهما على أساسه وإذا كانت عبارات العقد واضحة وصريحة في تحديد هذه العقود والالتزامات فلا يجوز الانحراف عنها وتفسيرها بما يؤدي إلى الخروج عليها أو مخالفتها أو النأي بينهما وبين ما استهدفه العاقدان من صياغتها)^(٢).

وبذلك تترجم التطبيقات القضائية فاعلية هذا المعيار الذي يتجه إلى أن وجود تبادل الموافقات أو الإرادات يلعب دور قوي لصالح تكييف الاتفاق، بأنه عقد اتفاقي، ولكنه توصيف قابل لإثبات العكس من خلال تبادل الشروط أو الالتزامات.

وعلى ذلك لا يمكن استبعاد تصور تبادل الموافقات في العقود الملزمة لجانب واحد المفروضة

(١) انظر د/ محمد يونس محمد على ، خصوصية العقد الملزم لجانب واحد ،دراسة مقارنة ،مقالة منشورة في مجلة الدراسات القانونية ، هيئة النشر العلمي بكلية الحقوق - جامعة اسيوط، العدد الرابع والثلاثون ،الجزء الثاني -عام ٢٠١٣، ص٢٩٩

(٢) يراجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٨٣٧ لسنة ٥٠ ق.ع - جلسة ٢٠٠٨/٤/١٥.

من أطراف متعددة حيث يوافق كل طرف فيها على العقد دون التمكن من إقامة رابطة بينهم، فضلاً عن إجراءات الإعداد السابقة على إبرامهم والمتشابهة في كلاً من الاتفاقية والعقود الاتفاقية، وبذلك لا يكفي معيار تبادل الموافقات للتمييز بينهم، ولا بد من الاستناد إلى تبادل الشروط.

الفرع الثاني

الشروط أو الالتزامات المتقابلة

La réciprocité des stipulations

تتضمن الاتفاقيات الإدارية شروط يتعهد بها احد الاطراف في مواجهة الاخر، فهل يعني ذلك صلاحية معيار تقابل الشروط أو الالتزامات لتكييف العقد الإداري؟

يرى⁽¹⁾ Duguis أن العقد الملزم لجانب واحد هو الذي يحوز على قيمة قانونية مستقلة عن موافقة أطرافه، على خلاف العقد الاتفاقي الذي يستمد قيمته القانونية (المشروعية الموضوعية) من موافقة أطرافه، وبذلك يعتمد هذا المعيار على اختصاص (أهلية) السلطات الإدارية التي تكون مؤهلة للتعاقد.

ووفقاً لنص المادة رقم ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي، نجد أن الاتفاقيات ليس لها تأثير بين الأطراف المتعاقدة ولا يتضرر منها طرف ثالث، على عكس العقود الإدارية التي لديها تأثير قانوني مباشر على الغير، سواء كان منتفع من المرفق العام أو شركات اقتصادية منافسة لصاحب العقد، حينما يتضمن العقد شروط تعاقدية ذو طبيعة نظامية، حيث يوجد هذا النوع من الشروط في معظم العقود التي تعهد إلى شركة اقتصادية عامة أو خاصة بحق إدارة مرفق عام⁽²⁾.

وفي بداية القرن العشرين قضى مجلس الدولة الفرنسي بقوله، أن الأطراف في عقد الامتياز لم يلتزموا إلا عن طريق شروط العقد المُبرم بينهم، وعلى العكس لا يجوز لأحد الأطراف الاستفادة من

(1) voir Mathias Amilhat , la contractualisation en droit public: bilan et perspectives, op. , cit., p. 2

(2) voir Philippe Terneyre, réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère réglementaire" des contrats administratifs à objet de service public, revue française de droit administratif, n5, septembre- octobre 2011, p.894

الشروط المنصوص عليها في أحد العقود الذي لم يكن طرفاً فيها، حيث لا يؤثر العقد إلا لصالح المتعاقدين فقط، ولا يمنع ذلك من النص على استفادة طرف ثالث، وهي آلية شائعة في القانون المدني، حيث يعد الاشتراط لمصلحة الغير، الاستثناء الحقيقي الذي يرد على القاعدة العامة الثابتة في القانون المدني، وهي نسبية أثر العقد، والتي مؤداها أن أثر العقد يقتصر على طرفيه. ولا يجوز أن ينتقل إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد، وبذلك يكتسب الغير حقا من عقد لم يكن طرفاً فيه في حالة تحقق الشروط المتفق عليها⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك إذا تم تضمين العقد المُبرم بين طرفين بند يشترط فيها أحد الأطراف، ويسمى المُشترط على طرفه الأخر، ويسمى المُتعهد على تعهد سوف يعطيه أو يقوم بعمل شيء لصالح طرف ثالث أجنبي عن العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع الذي يصبح دائن دون أن يكون طرفاً في العقد، فبنشأ هذا العقد حق مباشر قبل المُتعهد، ومنذ حكم Croixde Seguey-Tivoli⁽²⁾ والأطراف الثالثة يمكنها الادعاء أمام القاضي الإداري بخرق وانتهاك الشروط اللائحية في العقود الإدارية، وكذلك يمكن للطرف الثالث ذوي المصلحة أن يطلب مباشرة بإلغاء الشروط التعاقدية ذات الصفة النظامية كما في حكم Cayzeele⁽³⁾، مع ملاحظة أنه بخصوص الاتفاقيات الإدارية يكون نادراً فيها اللجوء إلى الاشتراط لصالح آخر، نتيجة لنص المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي، على أنه " ليس للاتفاقيات أي تأثير إلا بين الأطراف المتعاقدة فهي لا تضر الأطراف الثالثة الأخرى، ولا تفيدهم إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121. وكثيراً ما يحدث الاشتراط لمصلحة الغير في العقود المتعلقة بالمرفق العام التي تسمح للمتعاقد بإدارته من خلال ممارسة نشاط عام، مما ينشئ مسؤولية اتجاه من توجه إليهم الخدمة العامة، وبالرغم من ذلك يجوز لأطراف الاتفاقية تضمينها شروط لصالح شخص ثالث مستفيد، من شأنها أن تؤدي إلى عدم صلاحية هذا المعيار في بعض الحالات⁽⁴⁾ .

ويرجع ذلك لمبدأ الحرية التعاقدية التي تهيمن على العلاقة الشخصية بين الأطراف، حيث

(1) انظر د/ ابراهيم محمد عبد الحليم ، اثر العقود الادارية بالنسبة للغير دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة بكلية الحقوق - جامعة عين شمس ، 1994، دون ناشر ، ص 206

(2) C.E 21 déc., 1906, Synd. Des propriétaires et contribuables du quartier de croixde-seguey Tivoli, lebon p.962, g.a.j.a. 18 ed., 2011, p. 97

(3) voir C.E 10 juill. 1996, cayzeele lebon p.274, A.J. D. A. 1996,732, chron.

(4) voir Philippe Terneyre, réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère réglementaire" des contrats administratifs à objet de service public, revue française de droit administratif, n5, septembre- octobre 2011, p. 893-894

يفترض الاشتراط لصالح الغير مصلحة شخصية للمنتفع مؤسّسة على إرادة الأطراف، على عكس الأساليب المستخدمة من الجهة الإدارية لإبرام عقودها، حيث لا يتوافر لها مصلحة شخصية، لذلك من الصعوبة التوفيق بين الصفة العامة للإدارة والغير شخصية لبعض الشروط والاشتراط لصالح شخص آخر.

فضلا عن ان إتباع هذا النهج (الاشتراط لصالح آخر) سوف يؤدي إلى خرق النظام القانوني للاتفاقيات الإدارية التي لا تتصف بالتعددية والتي تستقل بها العقود الاتفاقية.

ولكن لا بد من التفرقة بين العقود التي تتضمن شروط ذات صفة لائحية واتفاقيات ذات صفة لائحية، فاذا احتوى العقد على شرط لائحي، فهذا لا يعني لدى القاضي أن يكون العقد ذاته ذو صفة لائحية، أي أن الشروط اللائحية دوماً ما تكون في العقود القانونية ذات الطبيعة التعاقدية، وفي المقابل فإن الشروط اللائحية لا توجد كما هي في اتفاقيات القانون العام ذو الصفة اللائحية والتي ليست تعاقدية، حيث يمكن لأطراف ثلاثة أن تطلب الغاء جميع البنود اللائحية دون المساس بالمسؤولية التعاقدية للإدارة، كما هو الحال بالاتفاقيات التي تجمع بين الحفاظ على الأمن العام والمهنيين الصحيين، وكراسة الشروط الموقعة من قبل الدولة والمنشآت العامة لـ Grand Louvre من أجل تحديد شروط تسليم السلطات الإشغال المؤقت لحدائق Tuileries، والاتفاقية المبرمة بين الدولة والاتحاد الوطني للعمل في مجالات الصناعة والتجارة المتعلقة بإعادة التأهيل بدلا من التدريب، والعقود بين وكالات الاستشفاء الإقليمية والمستشفيات الخاصة، والاتفاقية الموقعة بين وزارة العدل والمجلس الوطني للمحامين أو عقود الزراعة الدائمة⁽¹⁾.

ولكن انتقد جانب من الفقهاء⁽²⁾ بعض الآراء التي أشارت إلى أن تبني هذا الاتجاه سوف يؤدي إلى الخلط بين الاتفاقية والعقود إذا استفاد شخص ثالث من الاشتراط، بقوله أنه في هذه الحالة سوف يتم اعتباره طرف ثالث خاص له قدرات محدودة بالمقارنة بالقدرات المعروفة للأطراف (الشركاء المتعاقدين الاصليين) المحصورة في الاشتراط.

واتجه جانب آخر إلى تبرير افتراض وجود الاشتراط لمصلحة الغير في الاتفاقيات الإدارية، من

(1) voir Philippe Terneyre, op. cit. ,p. 893

(2) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 81-83

خلال الأثر النسبي الناتج من العمل الملزم لجانب واحد الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة بنفس قدر العقود الإدارية الاتفاقية المبرمة بين الشخصيات العامة.

ووجه Georges Pequignot النقد للرأي القائل بالأثر النسبي المرتبط بالعمل التعاقدى في القانون الإداري، حيث لم يكن هدف العقد الإداري هو تنظيم فقط العلاقات بين شخصيتين قانونيتين، وإنما خلق رابط قانوني بين الإدارة وأحد الأفراد، بهدف تنفيذ أو تشغيل مرفق عام يستهدف استفادة جموع من الجماهير كأطراف ثالثة، من أجلها تم إبرام العقد، ويرجع ذلك لاختلاف العقد الإداري عن عقود القانون الخاص.

ونتيجة لذلك تبنى André laubadère معيار المعاملة بالمثل، حيث أثقل تطور الإدارة بطريق الاتفاق إلى جانب العقود الملزمة لجانب واحد، وبذلك أثبت أن العقد الاتفاقي لا يعتمد على الموافقات المتبادلة، بل لابد من توافر معاملات بالمثل حقيقية، تكفي لإضفاء الصفة العقدية على الاتفاق في غياب هذا التبادل.

ويثار هنا التساؤل عن أهمية التعريف القانوني كأساس لفهم العقود من خلال التبادل؟

ذهب (1) Drago إلى أن العقود تختص بالمخصصات المتبادلة، وأكدت على ذلك Mme Hecquard-Theron (2) على أن العقد يمثل ترجمة للشراكة من خلال الالتزامات المتبادلة التي تتضمنها الاشتراطات، ورغم انتقاداته الموجهة للعقود الإدارية يقبل مع ذلك Georges Pequignot أن يكون هدفه هو إيجاد التزامات متبادلة بين الأطراف، وبصفة خاصة للتأكيد على الطبيعة التعاقدية لعقود الخطة وقد دفع ph. Terneyre (3) للأمام معيار تبادل الالتزامات.

وأسس ذلك بالاستدلال على المادة 11 من قانون 29 يوليو عام 1982 سالف الإشارة إليها،

(1) voir R.Drago, " le droit de l'expérimentation", l'avenir du droit. Mélanges F. Terre , Dalloz, Juris- classeur,1999,p.245

(2) Mme Hecquard- Theron ,la contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention ", A.J.D.A.,1993,p.455-456

(3) ph. Terneyre, réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère règlementaire "des contrats administratifs à objet de service public" , (R. F. D. A), 2011,p.894

والتي تخص عقود تتضمن تعهدات متبادلة بين الأطراف، مما يؤكد ميل المشرع الفرنسي إلى تصنيف عقود الخطة وإضفاء الصفة التعاقدية عليها من خلال تبادل التزامات النتيجة والسلوك.

وكذلك توصيف العقود الضريبية les contrats fiscaux والعقود الداخلية للإدارة وعقود البرامج les contrats de programme باعتبارها عقود اتفاقية وقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: (ومن حيث إن قضاء المحكمة قد استقر على أنه يجب تنفيذ العقود وفقا لما اشتملت عليه شروطه وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقاً للأصل العام المقرر في الالتزامات عموماً ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته إنما تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بها، وبذلك فإن الحكم الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيّد طرفيه كأصل عام، ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتها التي تلاقى عندها إرادتهما وقبلاً تبعاً لذلك ترتيب حقوق والتزامات كل منهما على أساسه إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين)^(١). وفي أحيان أخرى، تظهر الالتزامات المتبادلة ليس فقط كمعيار لتعريف العقد، ولكن كسبب، وفي هذه الحالة لا يكون عقداً، لذلك توضح الاتفاقيات بصفة خاصة التبادل وفقاً لقراءة تقارير مجلس الدولة الفرنسي عام ٢٠٠٨ الذي يخصص مصطلح العقد نتيجة لتربط الالتزامات المتبادلة.^(٢)

ومن ناحية أخرى انتقد Hans Kelsen تطبيق معيار التبادل لتمييز العقود التي تسمى اتفاقيات - قوانين وهذه الأعمال يكون محلها صياغة قواعد قانونية أو إنتاج مراكز قانونية عامة وغير شخصية، على خلاف اتفاقيات - عقود التي يكون محلها انشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني فردي، وتتصف هذه المراكز الفردية بأن السلطات والواجبات القانونية التي تشكل محلاً لها، تكون خاصة بفرد محدد^(٣).

ومن الممكن توافر علاقة بين تبادل الشروط وسبب الالتزام، حيث يفترض أن صفة تبادلية

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٢٧١ لسنة ٤٦ق. عليا - جلسة ٢٠١٠/٣/١٦، وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ١٢٥٦٣ لسنة ٥١ق. عليا - جلسة ٢٠١٠/٤/٢٠

(٢) voir C.E , rapport public , le contrat, mode d'action publique et de production de norms, E.D.C.E.,n 59, 2008, p. 250 et s.

(٣) انظر د/ ثورية لعيونى ، معيار العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، عام ١٩٨٧ ، ص ١١٤

الشروط لم تكن إلا إظهار للمفهوم الموضوعي للسبب، وتدعم مواد القانون المدني الفرنسي هذا الرأي، ومنها نص المادة ١١٣١، على أن "كل التزام لم يذكر له سبب أو قائم على سبب خاطئ أو على سبب غير واضح لا ينتج أي أثر قانوني" ونص المادة ١١٣٢ على أن "لا تعتبر الاتفاقية غير مشروعة مهما كان السبب المذكور"، وكذلك نص المادة ١١٣٣ على أن "السبب يكون غير مشروع حينما يكون محظوراً قانوناً ومخالفاً للنظام العام" (نظرية السببية الخاصة).

إن لا يمكن إدراك السبب مبدئياً كعنصر لتكييف العقد، حيث لا يستخدم السبب في معرفة طبيعة هذا العقد، لكن للحكم على مشروعيته. ونادراً ما يقتبس القاضي الإداري نظرية السبب على عكس القاضي المدني، ولكنها وجدت شيئاً فشيئاً مكانها في المنازعات الإدارية، وبالرغم من هذا التطور إلا أن بعض أحكام مجلس الدولة ترفض وضع هذا المعيار في الاعتبار.

مع ملاحظة أنه عندما تتضمن الاتفاقية شروط لائحية، فإنها لا تمنع الطرف الثالث من اللجوء للطعن عليها، باعتبارها عقداً وبذلك لا تشكل الشروط التنظيمية، أية مخالفات لتبادل شروط إحدى الاتفاقيات، وتأكيداً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي للمرة الأولى، بأن الطرف الثالث يكون لديه مصلحة في الطعن مباشرة بتجاوز السلطة ضد احد الشروط اللائحية للعقد الإداري^(١).

ويعتبر أشهر حكم قضائي في هذا الصدد ذلك الخاص بـ Léon Duguit^(٢) الذي كان متضرراً من إلغاء خط الترام المار من أمامه من قبل إدارة المواصلات بـ Bordeaux. ويتجه البعض للقول بأن تنازع الطرف الثالث لبند التعاقد، ترجع لاتصال العقد بمرفق عام يستهدف تحقيق مصلحة عامة، وأنه لا يمس الشروط التعاقدية بين طرفي العقد التي غالباً ما تكون شروط مالية، وقد اكدت المحكمة الادارية العليا المصرية على ذلك بقولها، (ومن حيث إن المحكمة قد استقرت على حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة وليس على أساس مكاتبات أو منشورات أو كتب دورية تصدرها الوزارة أو أجهزتها الإدارية المختلفة، فالشروط المتعلقة بتحديد المقابل النقدي في العقد -

(١) voir philippe terneyre, réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère réglementaire" des contrats administratifs à objet de service public, revue française de droit administratif, n5, septembre- octobre 2011, p. 897, 893

(٢) voir C.E, dec., 1906, synd. Des propriétaires et contribuables du quartier de Croix- de- Seguey Tivoli, lebon, p. 962,

بصفة عامة - شروط تعاقدية، وتتحدد باتفاق الطرفين، ولا يملك أي طرف التحلل منها أو تعديلها بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر^(١).

ومن خلال ملاحظات Raymond odent حول قضية الشركة العامة للمياه، وملاحظات Qlivier Dutheill et De Lamothe حول قضية شركة لوكسمبورج للبث التلفزيوني، يلاحظ وجود مصلحة متعلقة بطرف ثالث تسمح له بالطعن على الشروط اللائحية، بالإضافة إلى أحقية الإدارة المتعاقدة بتعديل الشروط اللائحية من جانب واحد، كما هو الحال في كافة العقود الملزمة لجانب واحد، فضلا عن انه لا يتصور وجود عقود إدارية تتضمن شروط ذات طبيعة تنظيمية فقط، لأن جميع شروط العقود الإدارية التقليدية ذات طبيعة تعاقدية مما يضي عليها القيمة التعاقدية^(٢).

وفي حالة عدم مشروعية شرط لائحي في العقد الإداري أثار نزاعاً بين المتعاقد مع الجهة الإدارية والمنتفع بالمرفق العام من خلال تضمينه في عقود مدنية مُبرمة بينهم، فإن القاضي العادي يختص بالنزاع. وقد أقرت محكمة التنازع^(٣)، بأحقية القاضي المدني بإقرار مشروعية العقد الإداري من خلال فحص الشرط اللائحي، ومن ناحية أخرى أفترض القاضي الإداري، أن الشروط التنظيمية ينتج عنها أثار تمتد لأفراد لا يكونوا أطرافاً في الاتفاقية، وبالتالي يكون لها معالجة مختلفة عن الشروط الأخرى.

ويؤكد القانون على طبيعة الاتفاق، وفقاً لجوهر الشروط التنظيمية، ولكن حول هذه النقاط، يبدو أن القانون أخذ في الاعتبار الاعتبارات العملية، أما القاضي الإداري يبحث عن مساندة منطقية في مجمل العقد الاتفاقي. بإخضاع الشروط التنظيمية لبعض القواعد الاتفاقية الخاصة بالشروط في إطار العلاقات بين الأطراف، ولا تطرح مشكلة الشروط اللائحية إلا في العقود الإدارية أي في عقود قانونية تشمل التزامات متبادلة وعقوبات قانونية.

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥١١ لسنة ٤٧ ق.ع بجلسة ٢٠/١٢/٢٠٠٥، وحكمها في الطعن رقم ٩٥٥٩ لسنة ٤٧ ق.ع بجلسة ٢٠/١٢/٢٠٠٥

(٢) voir philippe terneyre, réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère réglementaire" des contrats administratifs à objet de service public, revue française de droit administratif, n5, septembre- octobre 2011, p. 894

(٣) voir T.Confl. 2 mai 1977, paraiso c./ société lyonnaise des eaux, lebon p. 739

ونجد أن القاضي الإداري أعترف ضمناً في أحكام مجلس الدولة الفرنسي بمعيار الشروط المتبادلة لإضفاء الصفة التعاقدية على الاتفاق.

ولفهم هذا المعيار ولتسهيل تطبيقه من قبل القانون والقاضي، يوجد نوعين للشروط المتبادلة، منها النوع الأول المتعلق باتفاقيات ملزمة لجانب واحد، ورغم مظهرها الخارجي إلا أنه يمكن، أن يتم تصنيفها كعقود اتفاقية من خلال فحص العقد ونتيجة لصفة التبادل، أما النوع الثاني يتمثل في الآثار الناتجة من تبادل الشروط، والقواعد التي تحيط بتنفيذ الاتفاقيات الإدارية باستثناء عدم التنفيذ. حيث يحق لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا طالبه المتعاقد الآخر بذلك حتى يقوم هذا المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، بحيث يجد التزام كل متعاقد سببه في التزام المتعاقد الآخر.

وبذلك فإن تخصيص التبادل كعنصر لتعريف العقد، لم يكن بالتأكيد يمثل نتيجة طبيعية لإدراج استثناء عدم التنفيذ في القانون العام، مع وضع في الاعتبار أن الاتفاقيات الإدارية لا تنشئ إلا آثار محدودة في القانون العام.

لذلك لا بد من فحص شروط تبادل الاشتراطات على الوضع التالي: -

١- الشرط المتعلق بالاتفاقية الملزمة لجانب واحد:

ولتحديد طبيعة العمل التعاقدية، لا بد أن يكون العقد ملزم للأطراف، بأن يتضمن تعهد الأطراف بطريقة تبادلية إحداها تجاه الأخرى، مما يجعل هذه النوعية من العقود، تشكل بدون شك المصطلح الأكثر شيوعاً للعقد الاتفاقي، فالمعيار الذي يمكن من خلاله التحقق من أن العقد ملزم لجانب واحد، هو أحادية الالتزام، أي وجود التزامات يتحملها فقط أحد الأطراف دون الطرف الآخر، مما يجعل العقد ملزماً لجانب واحد^(١) وفي المقابل تشمل الاتفاقيات، ما يسمى باتفاقيات ملزمة لجانب واحد، وهي نادراً استخداماً في القانون الإداري، ولا تظل هذه الاتفاقيات إلا كنوع من الاتفاقيات الفريدة بحيث يجد أحد الأطراف نفسه ملزماً دون الطرف الآخر، ويجوز أن يكون العقد الاتفاقي ليس فقط لاستناده على تعدد الأطراف، وإنما لتوافق الإرادات، أي^(٢) تنشأ عن العقد الملزم لجانبين التزامات متقابلة بين طرفيه في

(١) انظر د/ محمد يونس محمد على ، خصوصية العقد الملزم لجانب واحد ، مقالة منشورة في مجلة الدراسات القانونية،

هيئة النشر العلمي بكلية الحقوق، جامعة اسبوط، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الثاني، ٢٠١٣، ص ٣٢٧

حين أن العقد المُلزم لجانب واحد لا يتولد عنه إلا التزام وحيد يقع على عاتق طرف واحد منها، بحيث يصبح طرف واحد دائناً والطرف الأخر مديناً، أما العقد المُلزم للجانبين فكل طرف دائن ومدين بشيء في نفس الوقت، وبذلك لا يتم الاستناد لمضمون الاتفاقية لتكليف التصرف، وإنما يكمن في الالتزامات الناتجة عنها، مما يجعل وصف الالتزام أحادي الجانب ينصب على شروط العقد فقط، لذلك يجب تكليف هذه الأعمال الخاصة بالاتفاقيات بأنها ذات التزامات احادية الجانب.

وقد أشار Hans Kelsen⁽¹⁾ إلى أن الاتفاقية الملزمة لجانب واحد، تستلزم اتفاق الإرادات، لذلك يتصور تعدد أطرافها، مما يؤكد على معيار التبادل لهذه الاتفاقيات، بالإضافة إلى ظهور العقود المُلزمة للأطراف بصفة خاصة في داخل العقود ذات الالتزامات الأحادية الجانب مما يسمح بتصنيفهم وسط العقود الاتفاقية.

وبإقرار مبدأ حرية المنافسة الذي يمثل إحدى المرتكزات الهامة والضرورية للحرية الاقتصادية في إطار إدارة واستثمار المرافق العامة، والذي يحظى باهتمام المشرع الفرنسي بغرض تحقيق الشفافية والمنافسة، فإنه حظر إبرام عقود تفويض المرافق العامة لمدة غير محددة.

وبتحليل المشرع للشروط العملية للعروض التنافسية، (المسماة بعقود تنافسية أو عقود لعروض تنافسية)، تم تعريفه، كعقد تلتزم بواسطته شخصية عامة أو خاصة بتوفير مخصصات مالية أو عينية لهيئة عامة ما، بغرض تنفيذ عمل عام أو لتنظيم مرفق عام. ويكشف أحد مفوضي الدولة أن العرض التنافسي هو عقد ملزم لجانب واحد من أجل تنفيذ أشغال عامة وأنه نوع من الهبة المتعلقة بتنفيذ أعمال عامة. ومنذ القرن التاسع عشر، تم تعريف العرض التنافسي، على أنه اتفاقية بواسطتها يتعهد أحد الأفراد، أو الإدارة بالتنافس بتقديم مبلغ مالي، أو باشتراك تنفيذ عمل عام لصالح الغير، بشرط أن يكون تنفيذ هذا العمل وفقاً لطرق معينة وخلال مهلة محددة.

وعلى ذلك أصبحت الدولة، تلجأ للإجراءات التعاقدية، وتفقد سلطتها عن طريق إلزامها بقانون الأسواق العامة وباحترام القواعد التنافسية، وفقاً لمبدأ التنافس الحر المنصوص عليه بموجب المرسوم الصادر في الأول من ديسمبر ١٩٨٦ المتعلق بالثمن والمنافسة. ولذلك على الدولة، أن تتعاون مع

(1) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 91

الجهات الاقتصادية من أجل تحقيق أهداف سياسية واقتصادية، ومن غير المتصور، أن يكون هذا التعاون من جانب واحد ومن ثم، فإن الطبيعة التعاقدية للعقود الإدارية لا تثير الشك، حيث يتم استخدامها على نطاق واسع من قبل الأشخاص العامة⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى قررت نقابة المحامين في باريس⁽²⁾ دعم النشاط الاقتصادي، من خلال خضوعه لقيدين: -

أولاً:- حرية التجارة والصناعة

ثانياً: - احترام قانون المنافسة.

ويعني احترام حرية التجارة والصناعة أن الكيانات العامة لا يمكنها التدخل لممارسة نشاط تجاري أو صناعي إلا في حدود صلاحياتها وإرضاء للمصلحة العامة، علاوة على ذلك، عندما يُسمح بهذا التدخل، يجب ألا يتم ممارستها بطريقة تتعارض مع حرية المنافسة.

وقد أدت حرية التجارة والصناعة في البداية إلى حظر تدخل الأشخاص العامة في السوق، باستثناء حالة الظروف استثنائية.

ثم خفف مجلس الدولة من هذا المبدأ، من خلال السماح للأشخاص العامة بممارسة نشاط تجاري، عادة ما يكون مخصصاً للأفراد من خلال مرفق عام، على أن يبرر هذا التدخل بظروف معينة من الزمان أو المكان، وتحقيق المصلحة العامة،

(1) Mathias Amilhat,op.cit.p.5

(2) « la décision Ordre des avocats au barreau de Paris précise que si les personnes publiques entendent prendre en charge une activité économique, elles sont soumises à une double limite: d'une part, la liberté du commerce et de l'industrie et, d'autre part, le respect du droit de la concurrence. Le respect de la liberté de commerce et d'industrie implique que les personnes publiques ne peuvent intervenir sur un marché que dans la limite de leurs compétences et pour satisfaire un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée. Par ailleurs, lorsque cette intervention est admise, elle ne doit pas être exercée selon des modalités telles qu'elle fausserait le libre jeu de la concurrence." Conseil d'État,Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris,n275531

وبتطبيق هذا المبدأ، تمكن مجلس الدولة في وقت لاحق من النظر في أن تتولى الإدارة المشاركة في المساعدة الاجتماعية عن بعد، بتقديم خدمة عن بعد للمسنين والمعوقين، مع وضع في الاعتبار أن الإدارة تشارك في تقليل التكلفة الحقيقية للخدمة لجميع المستخدمين، من أجل تلبية احتياجات السكان وتحقيق المصلحة العامة المحلية، حتى لو كانت الشركات الخاصة تقدم هذه الخدمات، وبذلك يكون مبدأ تدخل شخص عام في الاقتصاد لا ينتهك بشكل غير قانوني مبدأ حرية التجارة والصناعة،

وبناءً على ذلك، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه بموجب أحكام المادة 1-227 L. من قانون الضمان الاجتماعي التي تنص على "ان تتولى السلطة المختصة للدولة إبرام اتفاقيات مع الصندوق الوطني للعلاوات العائلية والوكالة المركزية لمؤسسات الضمان الاجتماعي، لضمان تحسين الخدمة المقدمة للمستخدمين والمتعلقة بنظام التأمين على المرض والشيخوخة للعاملين بأجر من خلال مواقع الانترنت، مع مراعاة الالتزامات المتبادلة من قِبَل الموقعين. على ان تحدد هذه الاتفاقيات، بالنسبة للفروع المذكورة الأهداف الإدارية متعددة السنوات، ووسائل التشغيل، ويتعين على المنظمات الالتزام بتنفيذها وتحقيق أهداف العمل الاجتماعي" وبذلك فأن هذا النص يسمح للدولة، بتشجيع بث بيانات الانترنت من خلال ابرام اتفاقية CNAF بشأن الوظائف في المنشآت المخصصة لمرحلة الطفولة المبكرة.

وتطبيقاً لذلك فان أهداف الاتفاقية المُبرمة بتاريخ 9 أبريل 2009 تعني مجرد تشجيع CNAF للبحث مجاناً من خلال موقع Mon-enfant.fr لجمع معلومات عن مرافق رعاية الأطفال التي تتحصل عليها من السلطات المحلية في مرحلة الطفولة المبكرة ؛ وبذلك فإن مثل هذه الاتفاقيات لا تمثل ممارسة لنشاط اقتصادي، ومن ثم فهي اتفاقيات ذو آثار تنظيمية وليست عقداً الامر الذي من شأنه يجعل عدم التزام الادارة بإجراءات العلانية والمنافسة لا يكون مخالفة لمبدأ حرية التجارة والصناعة ولا قانون المنافسة⁽¹⁾.

ومنذ حكم communauté de communes du piemont de barr لم يعد هناك مجالاً للشك في أن الاتفاقيات الإدارية يمكن أن تصبح عقوداً إدارية⁽²⁾.

(1) Conseil d'État 1ère et 6ème sous-sections réunies 28 mai 2010N° 328731 Mentionné dans les tables du recueil Lebon

(2) voir C. E sect., 20 mai 1998, R. F. D. A. 1998, p. 609,

وعلى ذلك تخضع اتفاقيات المرفق العام المُبرمة بين الكيانات الإدارية إلى القواعد التي طرحها قانون ٢٩ يناير عام ١٩٩٣ المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة التي تضمن لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام ويسمى بقانون Sapin

وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكماً بتاريخ ١/٤/٢٠٠٩ متعلق Keolis,Bordeau "الذي قرر فيه بأن نصوص المواد ١٤١١-٢١، ١٤١١-١. من القانون العام للهيئات الإقليمية لا يجوز أن تتجاهل إجراء العلانية الرسمي، مع الوضع في الاعتبار المبلغ المالي والأوضاع الاقتصادية لتفويض المرفق العام"^(١).

ومع ذلك يجوز للسلطات المحلية ان تعهد لهيئة عامة بالقيام بمهمة المرفق العام دون الالتزام بإبرام عقد تفويض المرفق العام، في حالة انفراد الدولة وحدها بإنتاج سلعة ما، أو أداء خدمة ما مع الاستئثار بعناصر السوق وانتقاء المنافسة، أو إذا كان المقابل المالي للمتعاقد لا يرتبط بنتائج استغلال المرفق^(٢).

ومن ناحية أخرى قررت محكمة الاستئناف الإدارية في Douai ان الاصل هو عدم التزام الادارة بقانون الاسواق العامة في حالة ابرام اتفاقية اشغال العامة، اذا كان هدفها وموضوعها يخرج عن نطاق

(¹) voir Camille vinet, chronique de jurisprudence des cours administrative d'appel, l'actualité juridique droit administrative,n26 2010 /,p.1467

(²) Une collectivité territoriale peut créer une association pour exercer une mission de service public sans être obligée de conclure un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service. Elle peut toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, que si le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel.

La collectivité peut accorder des subventions à cette association, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle. Conseil d'Etat, 6 avril 2007, n° 284736, Commune d'Aix-en-Provence,<http://www.légifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXBX2007X09X000000262607>

تطبيق المرسوم رقم ١٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١/٧، ولكن اذا كانت الاتفاقية تعتبر مكمل أساسي لعقود الأسواق العامة،، فان ذلك يستلزم اخضاع الاتفاقيات الإدارية إلى قواعد إبرام العقود العامة، فيما يتعلق بضرورة العلانية وتنفيذ قواعد المنافسة، لذلك يجوز لهيئة عامة إبرام عقد اشغال عامة والخضوع طواعيةً إلى قانون الأسواق العامة، الذي يؤدي إلى التزام الإدارة باحترام كل القواعد التشريعية بما أن الأمر يتعلق بخضوع الشخص العام للالتزام بإرادته^(١).

وذهب^(٢) Gaston Jeze إلى أن العرض التنافسي عملية مشابهة للهبه مع تكليف، وهي آلية معروفة في القانون الخاص، ولكن من الصعب تطبيق مبادئ القانون الخاص في مجال القانون الإداري ولذلك لم يلق هذا النهج أي نجاح.

وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي لتجميع المبادئ التي على أساسها يتم تقدير مشروعية الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة في المجال الاقتصادي والى التمييز بوضوح في هذا الصدد بين نوعان من الأنشطة. من ناحية، الأنشطة اللازمة لإنجاز الأشخاص العامة لمهام المرافق العامة التي يستثمرون فيها، ومن ناحية اخرى الأنشطة التي يتمتعون فيها بامتيازات السلطة العامة.

ويفترض كل من Mme de laubadère Modern et Delvolve^(٣) أنه يمكن تمييز العقود الملزمة للأطراف التي يلتزم فيها المتعاقدين بالتزامات متبادلة بينهم، وبين العقود الملزمة لجانب واحد التي لا تفرض التزامات إلا على مسئولية أحد الأطراف دون تبادل. ويبدو أن هذا التصنيف ينفي صفة المبادلة في الاتفاقيات الملزمة لجانب واحد، ولكن من غير المؤكد أن الاتفاقيات المسماة أحادية الجانب تكون خالية من المبادلة، حيث يوجد مظاهر خاصة للالتزامات المتبادلة داخل العقود الملزمة لجانب واحد. وعلى ذلك فإن الإدارة التي تستفيد من منافسة شخص عام أو خاص لا تخضع تجاه هذا الأخير لأي التزام وفقاً لما قرره حكم مجلس الدولة الفرنسي بخصوص العروض التنافسية والتي بمقتضاها، تظل الإدارة حرة في تقدير مدى مواصلة مشروعات الأعمال المنتظرة في الاتفاقية. ومنذ ذلك الوقت، فإنه من الخطأ إبرام التزامات ذات صفة تبادلية، إذا كان من شأن هذه الالتزامات، أن يتحملها أحد الاطراف، وبذلك لا يمثل تبادل المنافع عيباً في العقود الملزمة لجانب واحد، حيث من المتصور ان يتصرف احد

(١) C.A.A Douai 15 juin 2010,m. dufour, req.n 09d.a01456

(٢) , (٣) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 92

الاطراف بطريقة مباشرة تجاه الاخر، ويأمل في تعويض لا يمثل التزام إجباري إذن يجوز غياب الالتزام في الاتفاقيات الملزمة للأطراف على مسئولية أحد المتعاقدين الشركاء. ولا يكون غريباً على القاضي الإداري تكييف اتفاق الشراء العام الذي تبرمه الدولة بكونه عقداً ملزماً لجانب واحد، حيث تعود أحادية أو فردية هذه العقود على الصفة الملزمة للشروط، وفي المقابل لا تستبعد جزء من المبادلة المحصورة في التخصيصات المفروضة على كل طرف من الاطراف، وبالرغم من ذلك لا بد من الاعتراف، أن إبرام الإدارة لعقودها الإدارية، تكون بهدف تحقيق المصلحة العامة وليس لصالح المتعاقد الشريك، الامر الذي من شأنه جعل تبادل الالتزامات لا يبدو غائباً تماماً.

وبناء عليه يجوز للاتفاقيات الإدارية أن تكون تربة ملائمة لظهور اتفاقيات ملزمة لجانب واحد، وبالأخص عقود مبرمة داخل الإدارات ومهما يكن، فإن وجود اتفاقيات لا تلزم شروطها الا أحد الأطراف فقط لا يمثل عقبة أمام إقرار تبادل الشروط.

٢- الشرط المتعلق بأعمال التبادل.

بالرغم من تحليل الاتفاقيات، على أنها عقود قابلة للتصنيف من خلال توافر شرط التبادل، إلا أنه يجب على هذا الافتراض أن يكون ملائماً مع الشروط المتعلقة بالأعمال المرتبطة به أحياناً، حيث يمكن لصفة تبادل الشروط، على سبيل المثال افتراض إمكانية تطبيق قاعدة استثنائية، ألا وهي عدم التنفيذ من جانب أحد المتعاقدين، استناداً إلى أن الالتزامات المتبادلة تعتمد بعضها على بعض. ولكن يثور التساؤل عن مدى إمكانية استفادة المتعاقد الشريك من تقصير الإدارة حتى يتصل من الالتزام بتعهداته؟

مبدئياً لا تكون هذه الإمكانية ذات قيمة بالنسبة للاتفاقيات العامة التي تبرمها الدولة، حيث ان عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها لا يجيز بالفعل للشريك المتعاقد عدم تنفيذ التزاماته الخاصة إلا عندما يكون تنفيذ هذا الاخير مستحيلاً، وبذلك لا يجوز للمتعاقد الشريك الاستفادة من الأخطاء التعاقدية للإدارة لتبرير تعليق تنفيذ العقد، وهذه القاعدة تترجم عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، على خلاف عقود القانون الخاص وفقاً لما تقرره المادة ٣٠١-٩ من مبادئ القانون الأوروبي المتعلقة بالعقد والتي تسمح بحل العقد

في حالة عدم التنفيذ الجوهري من جانب أحد الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾.

وبالتالي لا يتعارض إدراج استثناء عدم التنفيذ في التعاقد مع تبادل الشروط، لذلك لا بد من التمييز بين قيمة التبادل، كعنصر لتعريف عقد اتفاقي، وبين الآثار الناتجة عن تنفيذ هذه العقود، حيث لا توجد علاقة ضمنية بين هذين الشكلين، مع مراعاة أن إدراج هذا الاستثناء يخضع للحرية التعاقدية لأطراف العقد، ويتم تفسير ذلك بهدف الحفاظ على المركز القانوني للطرفين، وفي المقابل يجوز للإدارة أن تحظر استثناء عدم التنفيذ من جانب شريكها المتعاقد، لكي تضمن تنفيذ التزاماته تحقيقاً للمصلحة العامة المرتبطة بتنفيذ العقود الإدارية، على خلاف ما تقرره نصوص القانون المدني بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين من جواز امتناع أي من المتعاقدين عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ وبذلك فإنه لا يوجد في القانون الإداري مبدأ عام لاستثناء عدم التنفيذ لما يمثله من تعارض مع استمرارية المرفق العام وإشباع الاحتياجات الجماعية تحقيقاً للمصلحة العامة. ويؤكد على ذلك Waline⁽²⁾ أن هذه القاعدة محظورة من أصولها الأساسية بالنسبة للاتفاقيات الإدارية المبرمة بين الكيانات العامة مما يبرر استبعاد استثناء عدم التنفيذ. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذلك بقولها (ويبين من ذلك إنه إذا كانت الجهات الإدارية ترمي من تعاقدها الحفاظ على مبدأ ضرورة دوام استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد وعدم تعرضه للتوقف وهذا المبدأ يعد نبزاً لها تقتضي به في سائر التعاقدات ومن ثم تبغي على الدوام توريد الأصناف المنشودة في المواعيد التي حددتها وبالمواصفات التي أقرتها سلفاً حفاظاً منها على المصلحة العامة للمرفق الذي تديره فإن المورد على الضفة الأخرى من التعاقد ينشأ من تعاقدته مصلحة الشخصية التي تنصب في الربح المادي والمقابل العادل لما قام بتوريده مطابقاً للمواصفات لتوظيفه في أموره الشخصية أو احتياجاته الاستثمارية لذلك فإنه بمجرد توريد الأصناف المكلف بها بالتعاقد مطابقة للمواصفات يتولد له في الحال حق في اقتضاء ثمن هذه الأصناف بالمقدار المتفق عليه فيكون لزاماً على الجهة الإدارية الوفاء للمتعاقد الذي حافظ على عهده وورد الأصناف المقبولة فنياً على هذا الوجه بالمقابل المادي المقرر في التعاقد كثن من نصف لهذه الأصناف بعد

(1) voir Jean- David Dreyfus, la nature des conventions portant occupation du domaine forestier de l'état , l'actualité juridique ,n5/2011,14 février 2011,p.281

(2) voir-J.Waline,"les contrats entre personnes publiques",R.F.D.A,2006,p.233"on peut se demander si, dans les relations contractuelles entre personnes publiques il ne serait pas possible, par dérogation à la théorie générale, de faire jouer l'exception d'inexécution. "

خصم مستحقاتها إن وجدت، على نحو لا يسوغ لها التحلل من هذا الالتزام أو الفكاك منه لما في ذلك من أهدار لمصلحة مشروعة للمتعاقد^(١).

ونستخلص من العرض السابق عدم كفاية العناصر الشكلية للتمييز بين التعاقدات المختلفة، حيث يوجد تقارب شكلي بين العقود والاتفاقيات الإدارية، يجمع عقود قانونية متباينة، ولا يسمح بتمييز دقيق للعقود وبالرغم من ذلك لا بد من وضع المعيار الشكلي في الاعتبار لتعارض العقود الاتفاقية مع العقود الملزمة لجانب واحد، وبذلك يترك للقاضي سلطة تقدير وجود عقد من عدمه، من خلال البحث عن الموافقات التي عبر عنها كل طرف، ثم بتطبيق معيار التبادل الاتفاقي على الموافقات بنفس القدر على الشروط مما يمكنه من تعريف أو عدم تعريف الاتفاقية.

المبحث الثاني

المعيار الموضوعي للتمييز بين العقد والاتفاقية الادارية

La distinction materielle entre contrat et convention administrative

نتيجة لمفهوم الدولة الذي يكمن في السلطة العامة المتمثلة في قيادة الكيانات العامة، لا يوجد مكان للإدارة المرنة فكانت العقود الملزمة لجانب واحد شبيهة بالعقود الاتفاقية، ثم ظهرت تقنيات جديدة للإدارة تتمثل في اللجوء إلى توصيات وتوجيهات مع إجراءات إدارية منظمة قانوناً أدت إلى غموض المفهوم التعاقدية. وعلى ذلك لا بد من الاستناد إلى المعيار القانوني المرتبط بالنص القانوني للتمييز بين التعاقدات المختلفة وبذلك يرتكز التمييز الطبيعي بين العقود والاتفاقيات الإدارية على مدى إلزامية الشروط ويتبع ذلك أن تحديد طبيعة التعاقد يكون خاضعاً لإرادة الأطراف المتعاقدة.

لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى: - المطلب الأول: - التمييز بين العمليات التعاقدية الادارية القائم على الإلزام.

المطلب الثاني: - التمييز بين العمليات التعاقدية الادارية القائم على معيار إرادتي طرفي التعاقد.

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٩٥١٦ - لسنة ٥٨ قضائية - بتاريخ ٢٧ - ٢ - ٢٠١٨، حكم غير منشور

المطلب الاول

التمييز بين العمليات التعاقدية الادارية القائم على الالزام

Une distiction fondée sur l' impérativité

يعتبر التمييز القائم على الإلزام مستوحى من نظرية العقود الملزمة لجانب واحد والتي تسمح بتحديد العمليات التعاقدية، من خلال محتواها مع امكانية تكييف العقد الملزم لجانب واحد، وفقا لدرجة إلزاميته التي تتضمنها نصوصه، واستبعاد مفهوم العقد على الاتفاق الذي يتضمن نصوص خالية من الالزامية، ولكن التكييف المقترح يكشف عن صعوبات جادة، منها أن الاستناد للشروط الملزمة فقط للتمييز بين العمليات التعاقدية المختلفة، من شأنه أن يؤدي إلى افتراض تطابق جميع أنواع التعاقدات واضفاء على العملية التعاقدية الصفة العقدية سواء كانت تعليمات أو اتفاقيات إدارية. لذلك يثار التساؤل عن مدى صلاحية هذا المعيار، وهل يؤدي إلى تشابه جميع العمليات التعاقدية وإدخالها في المفهوم العقدي بطريقة غير مباشرة؟

سوف يتم دراسة صفة الالزام في فرع اول والنتائج المترتبة على الإلزام في فرع ثانٍ

الفرع الأول

صفة الالزام l' impérativité

في الغالب يدرك القانون الإداري الشروط الاتفاقية وفقاً لتفسيرها، ويبدو أن الأحكام القضائية اعترفت بمعيار النص التعاقدى الملزم، وعلى ذلك يلتزم القاضي الإداري بتحليل جوهري للعقد توصلاً لتمييز العقود الملزمة لجانب واحد عن العقود الاتفاقية، حيث يتم الاستناد إلى توضيح الشرط الاتفاقى لتحديد طبيعته الملزمة، لذلك فمن المتصور وجود نص غامض، ولكنه مُلزم أو العكس مما يجعل هذا المعيار يعتمد على تفسير القاضي الإداري لنصوص التعاقد. وتقتصر صيغة أحكام مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال، بذكر أن بروتوكول الاتفاق يشكل إعلاناً للنوايا، مجرد من أي قيمة قانونية أو قوة جبرية، وهو يمثل كل اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي ويتعلق بتنظيم عملية التفاوض، لذا يسمى باتفاقات التفاوض.^(١) وبنفس القناعة تبنى القاضي الإداري ذات الاتجاه بخصوص عقود الخطة. لذلك قرر، بأن الادعاء بعدم اتباع إجراء المفاوضات قبل إبرام الاتفاق بالمخالفة لأحكام

(١) انظرا. د/ احمد السعيد الزقرد، المرجع السابق ، ٢٣٢-٢٣٣

مواد مدونة تخطيط المدن، يجب عدم قبوله، اذا تبين انه قد تم بالفعل تنظيم مفاوضات بشأن المشروع الذي سبق الإعلان عنه للمنفعة العامة.⁽¹⁾

وتفترض Mme prada- Bordenave⁽²⁾ أن الاتفاقيات المتضمنة تعهدات مالية لا يجب اعتبارها إعلانات بسيطة عن النوايا، وإنما عقود حقيقية قابلة لتوليد حقوق والتزامات بين الأطراف، ويعود هذا الاستدلال إلى الإشارات التي أعطتها القوانين الداخلية في فرنسا بالارتباط بين الصفة المرنة للنص وغياب الالتزام. وأكد على ذلك⁽³⁾ Guy braibant الذي أقام هذه العلاقة، حيث توضح السياسة القانونية الحالية أصلها في الاتفاقيات المتعلقة بالأسعار والتي بمقتضاها لجأت الإدارة إلى إبرام اتفاقات مع المنظمات المهنية لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتحديد الأسعار، ومن خلال تصديق السلطة التنظيمية على هذا الاتفاق ينتج مرسوم يحدد القواعد المطبقة في هذا الصدد، وبذلك فإن الأثر المترتب على هذه الاتفاقات ذو طابع تنظيمي، الامر الذي يؤدي لاستبعاد الطبيعة التعاقدية لهذه العقود المُبرمة في مجال

⁽¹⁾ Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 122-1 du code de l'urbanisme, relatif aux schémas directeurs, dans sa rédaction applicable à la date à laquelle a été pris le décret attaqué: « Les programmes et les décisions administratives qui les concernent doivent être compatibles avec leurs dispositions ». Il en résulte qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si elle est compatible avec les orientations du schéma directeur en vigueur. Toutefois, une déclaration d'utilité publique ne constitue pas une mesure d'application d'un schéma directeur non plus d'ailleurs que d'aucun autre document d'urbanisme. Par suite, le moyen tiré de l'illégalité d'un schéma directeur ou de sa modification ou de l'illégalité d'un autre document d'urbanisme ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'une déclaration d'utilité publique, alors même que ce document d'urbanisme ou sa modification aurait eu pour objet de rendre possible l'opération déclarée d'utilité publique.

Conseil d'Etat, 25 février 2005, l'association PRESERVONS L'AVENIR A OURS MONS TAULHAC ,N° 248060 ,Publié au recueil Lebon

⁽²⁾ E. Prada- bordenave, concl. Sur l'arrêt C.E, 21 déc. 2007, région du limousine, R.J.E.P, 2008

⁽³⁾ voir G. Braibant, concl. Sur l'arrêt C.E sect., 2 mars 1973, syndicat national du commerce en gros des équipements, pieces pour vehicules et ouillages, A. J. D. A,1973,p. 324

الأسعار، واعتبار أن الدولة لم يصدر منها إلا تعهدات ذات صفة مرنة وعامة لم يكن لها أي مضمون قانوني واضح، وهذا الاتجاه يتبناه القاضي الإداري اليوم بخصوص الاتفاقيات الإدارية.

وقد اتفق العديد من رجال الفقه على هذا الكيف، ومنهم Dreyfus⁽¹⁾ الذي قرر أن القانون الإداري اخضع الوصف التعاقدى لاشتراط تضمين العقد الاتفاقي لشروط واضحة لها قوة الإلزام، وفي هذا الصدد يشير Gaudemet⁽²⁾ إلى أنه لا يوجد تعهد تعاقدى في حالة مرونة نصوصه، أو تجرده من أي مضمون ومع ذلك يؤيد القضاء هذا التمييز الخاص بالتعهد في تقرير مجلس الدولة الفرنسي عام ٢٠٠٨،⁽³⁾ حيث صرح بالفعل عن تخليه القانوني تجاه هذه العقود التي لا تتضمن دائماً تعهدات حقيقية. وتطبيقاً لذلك⁽⁴⁾ (إذا كان ميثاق الحوار الاجتماعي في المديرية العامة للضرائب، هو وثيقة موقعة من المدير العام للضرائب مع رؤساء خمس منظمات نقابية، يمثل بيان بسيط للنتائج التي تم التوصل إليها بعد المفاوضات مع هذه المنظمات النقابية ويهدف إلى توجيه سلوك الشركاء الاجتماعيين في علاقاتهم المتبادلة، فإن الوثيقة ليس لها طابع تعاقدى مما يجعلها لا تقبل الطعن عليها أمام القاضي الإداري).

ومن ناحية أخرى، يلاحظ في هذا الشأن وجود خلط واضح، ما بين صفة توضيح الشرط المتروك لإرادة الاطراف وبين صفة الإلزام، حتى يتبين وجود أو عدم وجود التزام على مسئولية الأطراف، وبناءً على ذلك فإن مثل تلك الازدواجية قابلة للرفض فضلاً عن ارتباط الموافقات بمفهوم الإلزام، حيث يتضمن النص التعاقدى إجبار أحد الأطراف على القيام بالتزام معين، في حين قد يوجد نص تعاقدى يتضمن صيغة الإلزام، ولكنه غير مُلزم للطرف الآخر، مما يؤدي إلى عدم وجود تلازم بين الموافقة وبين الإلزام، بمعنى أنه من الممكن أن نتصور وجود تبادل موافقات سواء كان العقد مُلزماً أم غير مُلزم، ويتوقف ذلك على تعريف الإلزام كنتيجة له، وعلى ذلك لا بد من تحليل دقة ووضوح الشرط التعاقدى قبل

(1) voir j.- d. dreyfus, " l'actualité des contrats entre personnes publiques", A. J. D. A , 2000,p. 576

(2) voir -sebastien hourson , op. cit.,p. 105

(3) voir C.E , rapport public , le contrat, mode d' action publique et de production de norms E . D .C.E .,n 59, 2008.

(4) Conseil d'État , 4ème et 5ème sous-sections réunies , 19 juin 2006 , du SYNDICAT NATIONAL UNIFIE DES IMPOTS , N° 279877 , Publié au recueil Lebon

البحث عن الصفة الملزمة في حالة افتراض مطابقتهم، بهدف تقدير الشرط الملزم، وقد أشار⁽¹⁾ roymond udent إلى افتراض غموض مضمون النص التعاقدى بالرغم من إلزامه.

وبناءً على ذلك، فإن اعتبار أحد الشروط في التعاقد مبهم وغير واضحة لا تؤثر على طبيعته الملزمة أو الإلزامية وعلى سبيل المثال إذا كانت إحدى الشركات لا تستطيع الاستفادة من ثغرات التعهد للتعامل من التزاماتها، فلا يجوز اعتبارها غير ملزمة بدفع تعويض بسبب التأخر المبالغ فيه في تنفيذ العمل الموكول إليها من الجهة الإدارية بعد انتهاء مهلة غير مذكورة في شروط العقد، وفي هذه الحالة فإن سكوت النص التعاقدى لا يسمح باستنتاج غياب الإلزام، وبذلك لا توجد علاقة تلقائية بين الصفة الغامضة لأحد النصوص وغياب الإلزام، مع الأخذ في الاعتبار أن الصفة الملزمة الخاصة بأحد الشروط لا ترتبط بدقته.

وتتجه عديد من الآراء الفقهية⁽²⁾ حول وجود نصوص واضحة وغير ملزمة، حيث أشار m. weil إلى أن النص الغير ملزم كثيراً ما يكون له مضمون محدد، وعلى ذلك يجوز اعتباره نص توجيهي أو تقريري.

ومما يؤكد التفسير السابق، أنه قد تكون شروط الاتفاقية الإدارية، يكتنفها بعض الغموض وبالرغم من ذلك تكون ملزمة، بينما تحتوي العقود على شروط واضحة ولكنها تتضمن تعليمات مما يجردها من أي قيمة قانونية.

ويشير Léon Duguit إلى تطابق مفهوم الإلزام ومفهوم العقد على مر القرون، حيث أنهم يمثلان اتحاد راسخ ومتلازم، مما يؤكد على الرابط الذي لا ينفك بين العمل التعاقدى ومحتواه ويجعل من الالتزام عنصر معياري للتمييز بين العقد والاتفاقيات الأخرى. ولكن قد تحتوي بعض العقود على شروط مجردة من الإلزام الأمر الذى يجعل القاضي الإداري لا يتجه إلى التحقق من العلاقة التعاقدية لهذه العقود.

⁽¹⁾ voir R. Odent, concl. Sur l arrêt C.E, ass., 1945 Aramu,1946,p4

⁽²⁾ Sebastien Hourson , op. cit.,p.112 -11 5

les stipulations obligatoires des contrats

لم يخصص القانون الإداري نظرية عامة للالتزامات كمنظيره المدني، تسمح للقاضي الإداري بالاستعانة بقواعد القانون المدني في هذا الخصوص وفقاً لما أشار إليه البعض : b. plessix بأنه إذا كانت مادة الالتزامات في القانون المدني، تشكل المصدر الرئيسي المعتمد عليه من جانب القاضي الإداري، فإن هذا الأخير يستند لقواعد القانون المدني، لكي يبني ما لم يوصي به القانون العام. وعلى ذلك يرى الفقهاء تعريف موحد للإلزام، ألا وهو الرابطة القانوني الذي يوحد بين الدائن والمدين من خلال فرض تصرف ما للمتعاقد، يستوجب تنفيذه مما ينشأ حقوق للدائن وفقاً للمادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي، بحيث يمكن تعريف الإلزام كمؤسسة قانونية بموجبها يلتزم شخص، يسمى دائن تجاه شخص آخر مدين بتخصيص أو إعانة، مما يجعل من الإلزام رابط قانوني يوحد شخصية دائن ومدين. ونستنتج من ذلك ان تكون العقود محصورة في انشاء التزامات، بينما الاتفاقيات يمكن ان يكون لها اثار أخرى، مثل انقضاء أو نقل الإلزام. ويقر القانون الإداري، بأن مفهوم الإلزام توغل في قانون العقود الإدارية، وكما أشار francis- paul Benoit أنه لا بد على العقد الإداري، أن يولد التزامات، من شأنها إلزام كل طرف من الأطراف، بتنفيذ تعهداته التي التزم بها، وعلى ذات النهج عرف Charles Eisenmann العقد بأنه الاتفاق المُبرم بين المتعاقدين، والذي ينشأ بمقتضاه نظام للالتزامات يقابلها حقوق في علاقاتهم، ويتضمن شروط تعاقدية يتولى وضعها الأطراف. ومع ذلك يكاد يجمع الفقه المعاصر على أن الإلزام يشكل عنصر قانوني ضروري لوجود العقد الإداري. وقد اختلف الفقهاء حول تحديد مفهوم الإلزام في القانون الإداري، فذهب chevalier^(١) إلى اختلاف المبادئ المكونة للقانون العام عن تلك المبادئ التي يتضمنها القانون الخاص، أي ان مفهوم الإلزام في القانون الإداري لا يلعب دوراً مماثلاً، لذلك الدور الذي تتضمنه العلاقات المدنية، لوجود اختلافات في تفسير نظرية العقود الإدارية المتضمنة ممارسة مظاهر السلطة العامة. ويفضل الفقهاء تبني المفهوم الضيق للإلزام في القانون الخاص لصالح العلاقات التعاقدية للقانون الإداري، بحيث يصلح أن يكون معياراً لتحديد الطبيعة القانونية للعقود الإدارية فقط، وإنكارها على العقود الملزمة لجانب واحد الصادرة من السلطات العامة، واعتبارها بمثابة تعليمات وتطبيقاً لذلك (فإن تعاقد canda dry الذي يكيف بأنه عقد ملزم لجانب واحد، بالرغم من تدخل أطراف أخرى

(١) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 114

ليس شركاء لصاحب العقد، لا ينشئ التزامات متبادلة، فمحرر العقد ليس مُلزماً تجاه أي طرف آخر، ومن ثم لا يضيف على الاتفاق الصفة العقدية^(١)

وبالرغم من ذلك قد أثرت المفاهيم المشتركة على كلاً من القانون العام والخاص، وأياً كان نوع العقد، فإن طبيعة الرابطة العقدية التي من شأنها توحيد الأطراف، من أجل العقد تكون مطابقة. ومن الآن فصاعداً تعتبر نوعية العقد لا تغير من الطبيعة التعاقدية له، وعلى ذلك أخضع القاضي الإداري الإدارة المتعاقدة للقانون، رغم اختلاف الأنظمة القانونية مما يجعل قانون العقود الإدارية ناتج عن قانون الالتزامات، مع افتراض أن العقد الإداري لم يولد كمجموعة التزامات على عكس القانون الخاص.

وبناءً على ذلك يوجد عنصرين لمفهوم الإلزام: - من جانب يشكل الإلزام الإداري رابط قانوني بين الأطراف، ويؤكد على ذلك ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن (حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة، وبذلك فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام، ويصبح واجب النفاذ ويمتنع الخروج عليه، ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفاً العقد هو شريعتهم التي تلاقحت عندها إرادتيهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته).^(٢)

ومن جانب آخر يجبر الأطراف على تنفيذ الالتزام، ويتناسب هذا المفهوم مع طبيعة القانون الإداري بسبب النهج القانوني الذي يغلب عليه والمتطابق مع الأصول الرومانية للالتزام، لذلك يبدو الإلزام الإداري متأثراً بقواعد القانون المدني، بكونه وريث لقواعد القانون الروماني، وإثبات ان الإلتزام يفترض دائماً فكرة الإلزام، وفي هذا المعيار يمكن اعتبار أن مفهوم الإلزام، يستخلص ضمناً من نصوص ملزمة.

وعلى سبيل المثال في موضوع العقود الاقتصادية، لا يجوز الإفلات من وجوب توافر التزامات راسخة كما أثبتته كلاً من De Laubadère, Modern, Delvolve^(٣) بقوله أن الإلزام يمثل الصفة الإلزامية للشروط التعاقدية، وبذلك يكون الإلتزام معيار قانوني، يتم استخلاصه من خلال فحص شروط

(١) voir Mathias Amilhat, op. cit. p.4

(٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٥٩٨٣ - لسنة ٤٧ قضائية - بتاريخ ٢٦ - ٤ - ٢٠١٦، حكم غير منشور

(٣) Sebastien Hourson , op. cit., p. 116

التعاقد لوجود رابط بين النص التعاقدى المُلزِم والعمل التعاقدى.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾ على أنه (إذا كان العقد المتنازع عليه المُبرَم بين إحدى البلديات du maire de Lambesc وشركة "Silim Environnement" لجمع النفايات المنزلية يتضمن شرط تلتزم بمقتضاه البلدية بدفع مقابل مالي للطرف المتعاقد معها، فإن هذا الشرط يعتبر شرط مُلزِم مما يجعل العقد يخضع للقواعد التي تحكم العقود الإدارية).

وفي الآونة الأخيرة، تم إبرام عقود إدارية، تهدف إلى تخفيض العبء الضريبي للشركات العامة عن طريق شركات المراجعة والاستشارات على سبيل المثال (في مجال الضرائب حيث، تم إبرام الاتفاقية مقابل رسوم يتم دفعها من المؤسسة العامة للوفاء باحتياجاتها الخاصة ؛ أن السعر المحدد تكون بنسبة من الإيرادات التي يحتمل أن تتحقق، وبالتالي، كان من الممكن تحديدها ؛ وأن هذه الاتفاقية، بالنظر إلى قيمتها والغرض منها، تشكل عقداً ادارياً يدخل ضمن تطبيق قانون المشتريات العامة⁽²⁾).

(¹) Considérant que le contrat litigieux, conclu entre la commune de Lambesc et la société "Silim Environnement" prévoyait que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la commune ; , cette stipulation obligeait à regarder ledit contrat comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics ; qu'il n'est pas contesté que les règles dont il s'agit n'ont pas été, en l'espèce, respectées ; que, par suite, ledit marché ainsi que la délibération du conseil municipal le concernant étaient entachés d'irrégularité ; Conseil d'Etat , 15 avril 1996, N° 168325 , la société "SILIM Environnement" c/au préfet des Bouches du Rhône à la commune de Lambesc

(²) Plus récemment, fleurissent des marchés publics dénommés « cost killing », ayant pour objet la recherche de réduction des coûts d'une personne publique par des cabinets d'audits et de conseils (par exemple en matière de fiscalité) qui se rémunèrent sur un pourcentage obtenu sur le montant réel des économies, représentant ainsi le caractère onéreux de la prestation. Pour la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), la convention « (...) a été conclue à titre onéreux par l'établissement public en vue de répondre à ses besoins propres ; que son prix défini par l'ordre de mission signé concomitamment à la convention a été fixé en proportion des économies susceptibles d'être réalisées et, ainsi, était déterminable ; que, compte-tenu de son montant et de son objet, cette convention constituait un marché public entrant dans le champ du code des marchés publics ». En l'espèce, la Cour était saisie du cas d'un directeur de maison de retraite auquel il était reproché d'avoir conclu, sans publicité ni mise en concurrence, un contrat ayant pour objet de diminuer les charges patronales et fiscales supportées par l'établissement (CDBF, 11/10/2013, Maison de retraite intercommunale de Champcevais, n° 191-701). La jurisprudence communautaire précise aussi que seul un contrat conclu à titre onéreux peut constituer un marché public relevant de la

وفي حكم آخر قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه (إذا أبرمت مدينة باريس اتفاقاً مع شركة لتكريب وتشغيل ما يسمى بأعمدة "أعمدة موريس"، وهي أعمدة المصقات المخصصة للإعلان عن العروض والأحداث الثقافية والاقتصادية والاجتماعية والرياضية، وبالرغم أن هذه الاتفاقية لا تتعلق بالأنشطة التي تقوم بها المرافق البلدية أو التي يتم تنفيذها نيابة عنها، تم اعتبارها تلبّي احتياجات المجتمع، فضلاً عن عدم دفع مقابل مالي للخدمة المقدمة، مما يجعل الاتفاقية ليست عقداً إدارياً نتيجة غياب المقابل المالي، ولكن يمكن أن تشكل عقداً بسيطاً للاستغلال المؤقت للأماكن العامة⁽¹⁾ .

أنواع الالتزام: تقسم الالتزامات إلى نوعين منها: - الالتزام بنتيجة الذي يفترض الوصول إلى هدف محدد لكي يتم تنفيذها، ونوع آخر الالتزام بوسيلة أو ببذل عناية ويتمثل في فرض وسائل معينة لتنفيذ طرق العمل، دون أن يكون المُلتزم مجبراً إلى الوصول إلى نتيجة معينة، وبذلك فإن الالتزام كمعيار لتكثيف العقود لا يأخذ في الاعتبار درجة معينة من الإلزام المفروض أو صعوبة تنفيذ الالتزام، بحيث يمكن الوصول إلى النتيجة المحددة من خلال الحرية المتروكة للأفراد في اختيار الوسائل، وعلى العكس قد تفرض وسائل معينة يلتزم بها الأطراف في تنفيذ العقد دون التقيد بنتيجة محددة.

ومن ناحية أخرى ارتبط مفهوم المسؤولية التعاقدية بالمسؤولية المضرة، حيث تتطابق آليات تنفيذ

directive 2004/18. Le caractère onéreux du contrat est identifié s'il comporte un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur (CJUE, 25/03/2010, aff. C-451/08 Helmut Müller c/ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben).voir, gmorales,Le caractère onéreux des marchés publics le 18 octobre 2016 | Qualification sous le prisme du caractère onéreux du contrat Un élément primordial dans la définition du marché public le 18 octobre 2016 ,<https://www.sebastien-palmier-avocat.com/le-caractere-onereux-des-marches-publics/>

(¹) En l'espèce, la ville de Paris avait passé une convention portant sur l'installation et l'exploitation de colonnes dites « colonnes Morris » et des mâts porte - affiches destinés à la publicité de spectacles et de manifestations culturelles, économiques, sociales et sportives. Le Conseil d'Etat estime que la convention ne peut être regardée comme comportant un prix payé car la société verse une redevance à la ville. En effet, si l'affectation culturelle du mobilier urbain répond effectivement à un intérêt général communal de promotion des activités culturelles, "elle ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte". N'étant pas conclue pour répondre aux besoins de la collectivité, la convention n'est pas un marché public.CE, 15/05/2013, Ville de Paris c/société JC Decaux, req. n° 364593).

التعاقد بالمسئولية، والتي تكون خاضعة دائماً لوجود التزام بوسائل أو نتائج. وعلى ذلك ينتج عن قوة الالتزامات نتائج عملية تخص مسئولية الأطراف، مما يؤثر على تصنيف الخطأ المحتمل ارتكابه من أحد المتعاقدين الشركاء، حيث تَقل درجة الإِجبار بالنسبة لالتزام المتعاقد باستخدام وسائل معينة، فإذا أساء التنفيذ يتحمل المسئولية بنفس درجة هذا الالتزام، مما يسمح بتعويض الأضرار المحتملة للدائن مع احترام تعهدات المدين، ومن جانب آخر يكون دليل التقصير أكثر وضوحاً للطرف المتضرر في حالة الالتزام بوسيلة، حيث يعتبر أقل صعوبة من إثبات أن نتيجة ما لم يتم بلوغها خاصة بإثبات قصور المدين في تنفيذ وسائل مطلوبة عن طريق الشروط.

وتطبيقاً لذلك نجد في القانون العام بعض العقود التي لا تتضمن التزامات بنتيجة، بالرغم من تضمينها نصوص مُلزِمة مما يولد العديد من الفرضيات المتعلقة بالاتفاقيات الإدارية.

وتأكيداً لذلك قررت المحكمة الإدارية d'ORLEANS⁽¹⁾، في ١٦ يونيو ٢٠٠٩، مبدأ ينص على أنه: --- يجب أن يراعي مؤلفي الخطة المتعلقة بتدعيم الترابط الإقليمي تضمينها مبادئ توجيهية وأهداف من أجل تنفيذ أفضل للأنشطة الاقتصادية، ولا سيما الأنشطة التجارية، ولتحقيق هذا الغرض لابد من تحديد أفضل المناطق المحلية في ضوء متطلبات التخطيط الإقليمي، وحماية البيئة أو نوعية

(¹) Le Tribunal administratif d'ORLEANS a partiellement annulé, le 16 juin 2009, le SCOT qui avait été approuvé par le Comité du Syndicat mixte d'étude et de programmation (ci-après SMEP) de Chartres, le 15 mai 2006.

Dans ce jugement, le Tribunal administratif a sanctionné l'une des dispositions de ce SCOT en retenant un considérant de principe selon lequel:

« les auteurs d'un schéma de cohérence territoriale peuvent fixer des orientations et des objectifs d'implantations préférentielles des activités économiques, notamment commerciales, et identifier à cet effet des zones préférentielles définies en considération des exigences d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement ou de qualité de l'urbanisme spécifiques à certaines parties du territoire couvertes par le schéma ; qu'en revanche il ne leur appartient pas, par des dispositions impératives, d'interdire les opérations de création ou d'agrandissement relevant des qualifications et procédures prévues au titre V du Livre VII du Code de commerce et de préciser leur localisation exclusive [souligné par nous] » (TA Orléans 16 juin 2009, Société Sodichar SAS et Commune de Barjouville, req. nos 0602577 et 0602688).

التخطيط الحضري الخاص بأجزاء معينة من الأراضي التي تغطيها الخطة وبناءً على ذلك، اعتبرت المحكمة الإدارية أن ما تتضمنه عقود الخطة، كان لها تأثير على حظر نقل وتوسيع علامة هايبر ماركت "لوكير" نتيجة وجود منافسين في هذه الأماكن.

ويكمن قيمة هذا الحكم في الإشارة إلى الأهمية القانونية لمفهوم الأهداف، عندما ينص المشرع على ضرورة أن تتضمن الخطة تحديد أهداف معينة، فإنه من الواجب السعي إلى تحقيقها لما تمثله من معايير إلزامية يجب مراعاتها ولذلك، فهو ليس التزاماً بالنتائج ولكنه التزام بسيط بالوسائل.

قد يبدو هذا الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية d'ORLEANS متناقضاً، للوهلة الأولى، مقارنةً بحكم أصدره مجلس الدولة في ١٠ يناير ٢٠٠٧ الذي أشار إلى أنه "يجوز لمؤلفي الخطة الرئيسية أن يعتمدوا بشكل قانوني على أهمية أنشطة معينة في الإقليم المشمول بالخطة لتوفير متطلبات محددة لتوجيه تطوره وضمن توافقهم مع تحقيق الأهداف الأخرى المخصصة بموجب القانون، بشرط ألا تتعارض هذه المتطلبات مع تطبيق لوائح أو إجراءات إدارية أخرى بحيث لا تتدخل، مع تلك المتعلقة بوثائق التخطيط المحلية، وعلى وجه الخصوص، خطط تخطيط المدن المحلية."

باعتبار أن مدونة de l'urbanisme تنص على أن الخطط الرئيسية يجب أن تضع مبادئ توجيهية أساسية للتخطيط للمناطق المعنية وعلى الرغم من أن الخطة الرئيسية ILE-DE-RE تفرض معايير ملزمة، إلا أن مجلس الدولة لم يلغى هذه الوثيقة.

وبناءً على ذلك يعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية تضمين معايير ملزمة في الخطة الرئيسية^(١).

ومن ناحية أخرى قد اتجه الفقه قديماً إلى وجود نوع ثالث للالتزامات يخص اتفاقيات تتضمن شروط لا تحوز أي قوة ملزمة، مما جعل هذه الاتفاقيات تمثل شبه عقد لا يتضمن التزام بوسيلة ولا التزام بنتيجة وإنما يمثل التزام بسيط.

(١) voir Aurelie. Benech , SCOT et normes impératives en matière commerciale

07/01/10, https://blogavocat.fr/space/aurelie.benech/content/scot-et-normes-imperatives-en-matiere-commerciale_

وبالرغم من هذه الاجتهادات الفقهية إلا إنها لم تطبق على الممارسات الإدارية المعاصرة، بالإضافة إلى أن الاتجاه إلى تكييف الالتزامات لا يجب أن يبرر التوسع في مفهوم العقد بالنسبة للعقود التي لا تتضمن التزامات حقيقية، وعلى ذلك فإن العقد الإداري وفقاً للمفهوم التقليدي، يعني اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو أكثر بعمل إيجابي أو سلبي من أجل تلبية احتياجات الإدارة.

وهذا الموقف الفقهي يضع المشتري العام في مواجهة تحدٍ مزدوج: فمن ناحية، فإن مفهوم العقد الإداري يواجه مشاكل التكييف القانوني، وهو ما يحد من تطبيق أنظمة قانونية محددة، ومن ناحية أخرى، لا بد من فهم مضمون تعريف عقود الاسواق العامة لتكون قادرة على تحديد وتمييز العقود العامة للخدمات أو الأعمال من عقود امتياز المرافق العامة، مع مراعاة ما تنص عليه التوصية الأوروبية رقم ٢٣/ ٢٠١٤ الصادرة من الاتحاد الأوروبي بتاريخ ٢٦ فبراير ٢٠١٤ في المادة ٥ منه على أن الامتياز هو "عقد مبرم كتابيا بين واحد أو أكثر من السلطات المتعاقدة أو الكيانات المتعاقدة، بموجبه يعهد بتنفيذ الأعمال أو الخدمات إلى واحد أو أكثر من المشغلين الاقتصاديين، ويكون متعلق فقط بالحق في استغلال الأعمال أو الخدمات التي هي موضوع العقد،.....^(١) .

ثانياً: - الشروط التوجيهية للاتفاقيات الإدارية:-

les stipulations directives des conventions administrative

تتميز شروط الاتفاقيات الإدارية بغياب التزاماتها، حيث تميل هذه الشروط إلى تكوين نوع جديد من الشروط الاتفاقية التي تتجه إلى توجيه عمل الأطراف، وتتصرف بحرية أكبر مقارنة بالرابطة التعاقدية المنشأة للالتزام القانوني، أما بالنسبة للنتيجة النهائية لا يستطيع احد الأطراف، أن يفرض على الطرف الآخر إنجاز الأهداف التي وضعتها الاتفاقية. وعلى سبيل المثال المبادئ التوجيهية التشغيلية للعاملين

(¹) voir, Gmorales, Le caractère onéreux des marchés publics le 18 octobre 2016 | Qualification sous le prisme du caractère onéreux du contrat
Un élément primordial dans la définition du marché public le 18 octobre 2016 ,
<https://www.sebastien-palmier-avocat.com/le-caractere-onereux-des-marches-publics->

المجتمعيين في مجال الصحة "المنصوص عليها في قرار رئيس الجمهورية^(١) المتعلق بالموافقة على الاتفاق على قرض مشروع تطوير نظام الرعاية الصحية في مصر بين حكومة جمهورية مصر العربية والبنك الدولي لإعادة الإعمار والتنمية، والتي تعني المبادئ التوجيهية الصادرة عن وزارة الصحة والسكان خصيصاً من أجل العاملين المجتمعيين في مجال الصحة في ٢٠١٧ وقد خص القانون الإداري العقود الملزمة لجانب واحد للتمييز بين النصوص الملزمة والنصوص التوجيهية، حيث لم يستنتج من كتابات Hans Kelsen إمكانية وجود نصوص قانونية توجيهية في هذه العقود. ومن ناحية أخرى يرى Amselek^(٢) تعارض الإنذارات مع التوصيات، لما لها من نزعة توجيهية أقل إلزامية، لأنها توجه لصالح المخاطبين بها فقط. لذلك تتركز هذه الدراسة على النصوص الملزمة لجانب واحد، وبالرغم من أنها متعلقة بسلطة الإدارة إلا أنها تشير إلى وجود مظاهر قانونية بعيداً عن الإلزامية. وتوجد أعمال أخرى ما بين الإنذارات والتوصيات تظهر من خلال التمييز بين الإلزام الصنفي والإلزام الشرطي، حيث يعتمد المرور من الأول إلى الثاني على قبول من يوجه إليه، ولكن الفرضيتان تخص نصوص ملزمة وينتج عن هذا التمييز مجرد التوصيات من أي قيمة قانونية.

وقد اهتم القانون الإداري بالتمييز الفعال بين النصوص الملزمة والنصوص الموجهة، وحالياً يحصر مجلس الدولة الفرنسي هذا النهج في العقود الملزمة لجانب واحد فقط، ولكن هذا الاتجاه يجب رفضه لأنه يمكنه بناء أساس قوي ليشرح أصل الاتفاقيات الإدارية انطلاقاً من تجربة التعليمات الإدارية التي من شأنها أن تعكس نظرية الشروط التوجيهية. وعلى ذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي على وجود عقود غير نهائية ينتج عنها آثار قانونية غير مباشرة، يكون فيها للمتعاقدين سلطة تقديرية واسعة، نتيجة عدم وجود نصوص قانونية تفرض على المتعاقدين التزامات إجبارية على خلاف النصوص الملزمة التي تقيد المتعاقدين باتباع سلوك محدد.

مع إجازة تضمين العقود مقترحات تمثل عقود قانونية غير نهائية نتيجة غياب الإلزام في

(١) قرار رئيس الجمهورية -رقم: ٣٢٩ لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ١٥-١١-٢٠١٨ المتعلق بالموافقة على الاتفاق على قرض مشروع تطوير نظام الرعاية الصحية في مصر بين حكومة جمهورية مصر العربية والبنك الدولي لإعادة الإعمار والتنمية وذلك بمبلغ ٥٣٠ مليون دولار أمريكي، والموقع في القاهرة بتاريخ ١٠/٧/٢٠١٨

(٢) voir P.amselek, ' l'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales ',R. D. P , 1982, p.285-286

نصوصها، ومن أمثلة ذلك التطبيقات القانونية لأشكال الترابط الإقليمي^(١).

(¹) La délégation supposant l'exploitation d'une entreprise de service public. On peut alors considérer que la délégation porte sur une activité qui peut directement ou indirectement engendrer des recettes identifiables, qu'elle suppose une mission globale susceptible de constituer une unité économique et qu'elle suppose enfin des rapports avec des usagers ou bénéficiaires du service. Néanmoins, la passation de ces conventions de délégation de service public ne se fait pas sans condition, c'est pourquoi nous nous attacherons dans une seconde partie à voir les critères indispensables à la signature d'une telle convention pour une commune. [...] [...] La question qui se pose alors au Conseil d'État fut alors de savoir quelles étaient les conditions nécessaires à la formation d'un contrat administratif de délégation de service public, et si en l'espèce ces critères de validité étaient respectés. Ainsi, cet arrêt offre un double intérêt, il aborde tout d'abord la délicate question de la gestion des services publics puis semble se consacrer par la suite à déterminer les critères nécessaires à la conclusion de la convention de délégation de service public entre une commune et une entreprise privée (II). [...] [...] Il faut ici bien entendu rappeler ce que nous avons déjà évoqué: la collectivité ne se débarrasse pas du service public, elle le confie à un tiers pour un temps déterminé. [...] [...] Conseil d'État janvier 2007: les conditions nécessaires à la formation d'un contrat administratif de délégation de service public Un contrat administratif, comme tout contrat, suppose l'existence et la rencontre de deux consentements (Conclusion G. Guillaume sous CE Section 11 février 1972) Bien loin de toute considération portant la collectivité publique au-delà de la normalité, il n'en reste pas moins qu'un contrat passé par l'Administration reste un contrat et la rencontre de deux consentements se retrouve alors un critère impératif à sa formation. [...] [...] Cependant, si on essayait de retirer des dispositions législatives applicables aux conventions de délégation de service public, on en dirait que c'est un contrat de durée variable qui confie un service public à une entreprise moyennant une rémunération qui peut provenir ou ne pas provenir de l'utilisateur. Toutefois, cette description s'applique également aux marchés publics c'est pourquoi il faut tenter maintenant de mieux comprendre ce terme de délégation. La principale condition à la passation d'une convention de délégation de service public est bien évidemment la dévolution du service c'est-à-dire que ce contrat doit avoir pour objet d'organiser le service. [...] Conseil d'État, 10 janvier 2007 – les conditions nécessaires à la formation d'un contrat administratif de délégation de service public <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/commentaire-d-arret/conseil-etat-10-janvier-2007-conditions-necessaires-formation-contrat-administratif-456970.html>,

ومن ناحية أخرى، فإن الاتفاقيات الإدارية قابلة للمقارنة لبعض العقود الملزمة لجانب واحد الغير نهائية والتي تتضمن شروط مشابهة لنصوص التعليمات مجردة من الإلزام. واليوم تستند الشروط الادارية التي يتم إدراجها بالاتفاقيات الإدارية إلى دعوة مستقبلية من خلال إقامة مشروعات وتحديد الاتجاهات والحفاظ على ارتباط العمل الإداري، ومن أمثلتها عقود الخطة المُبرمة بين الدولة والجماعات المحلية وكما أشار إليه Bazex⁽¹⁾ في هذا الشأن على عدم ارتباط الطرفين بطريقة نهائية، حيث توجد بعض الحرية في التنفيذ، فضلاً عن أن بعض الاتفاقيات الإدارية تركز على طموح مستقبلي، ومنها في مجال الطب، الاسكان، البيئة، الثقافة. وكذلك العقود التنظيمية الاقتصادية المُبرمة بين الدولة ومطارات باريس، ويلاحظ في هذا الشأن ظهور نوع من العقود التقديرية التي تختلف عن جوهر العقد القانوني الناتج عنه آثار مستقبلية قريبة أو بعيدة وفقاً للمادة ٢ من القانون المدني الفرنسي والتي لا تتضمن أي تقدير من الأطراف، بجانب الأنواع التعاقدية الأخرى، فضلاً عن ما يحققه للأمن القانوني. ولكن من جانب آخر يشير⁽²⁾ Lecuyer إلى إمكانية تتطابق تنبؤات المتعاقدين مع المستقبل مما يُمكّن الأطراف من تنفيذ العقد وتلبية احتياجاتهم، حيث تركز فكرة التنبؤ على الغموض الذي يثقل تنفيذ الالتزامات التعاقدية مع توقع تصرف الأطراف بطريقة أخرى لتنفيذ العقد، لان الشروط تتنبأ بما يجب ان يحدث في ضوء الزامية إعلان العقوبات في حالة الضرورة، الا انه اذا فرضت الشروط الإجبارية درجة من التنبؤ، تم اعتبارها شروط توجيهية، مع وضع في الاعتبار انها مجردة من أي الزامية. وتتميز الصفة التوجيهية للشرط باعتبارها إعلانات بسيطة للنوايا، يمكن أن نجدها في مقدمة العقود التقليدية، وعلى ذات النهج، فإن ملاحق العقد الملزم لجانب واحد لا تقوم إلا بوظيفة الإعلام، على خلاف الشروط التي تتضمنها الاتفاقيات الإدارية. ويلاحظ في هذا الشأن ان الآثار القانونية الناتجة عن الاتفاقيات الإدارية لا ترتبط بوجود شروط إجبارية أو ملزمة. وكما يحدث أن نصوص غير ملزمة تنتج آثار قانونية، ومن ثم فإن الشروط الغير الملزمة يمكن أن تنتج أعمال قانونية، لذلك لا بد من فحص النتائج الطبيعية للإلزام. وتطبيقاً لذلك إذا كانت الفقرة الأخيرة من المادة L.122-1 من قانون التخطيط الحضري، المتعلقة بالخطط الرئيسية، والتي تنص على أنه: " لا يجوز للبرامج والقرارات الإدارية مخالفة الخطط الرئيسية "؛ فانه يترتب على ذلك أن القرار الإداري بإعلان المنفعة العامة، يكون مشروع إذا كان متوافق مع المبادئ التوجيهية للخطة الرئيسية السارية ؛ بالرغم من الادعاء بعدم مشروعية الخطة الرئيسية أو عدم قانونية

(1), (2), Sebastien Hourson , op. cit.,p. 123,125

تعديلها، الأمر الذي لا يمكن التذرع به لإلغاء القرار بإعلان المنفعة عامة^(١). وفي حكم آخر إذا كانت المادة L. 224 من قانون الطيران المدني تنص على أنه: "إذا عهدت الدولة إلى شركة Aéroports de Paris بتشغيل المطارات المملوكة لها بموجب اتفاق مُبرم بينهم، فإنه يجب على الأطراف المتعاقدة عدم مخالفة الالتزام الوارد في العقود المتعددة السنوات التي تبلغ مدتها خمس سنوات كحد أقصى والمُبرمة مع الدولة والتي تضمن تحديد شروط تعديل رسوم المطار، والتي من شأنها ان تعكس توقعات التكاليف والإيرادات والاستثمارات وأهداف جودة الخدمات العامة التي يقدمها مشغلي المطارات. مع مراعاة تضمينها في عقود امتياز المطارات المُبرمة مع الدولة.."^(٢)

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على الإلزام les corollaires de l'imperativité

أولاً: - القوة الملزمة للعقد

تعتبر القوة الملزمة للعقد، الأساس الذي تستند إليه شروط تنفيذ الالتزامات، والتي تشكل نتيجة طبيعية للشروط التعاقدية الملزمة وفقاً للقانون الوضعي، حيث تنص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، على أن القوة الملزمة للعقد تستمد بصفة أساسية من نص القانون وليس من الإرادة الفردية

(¹) Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 122-1 du code de l'urbanisme, relatif aux schémas directeurs, dans sa rédaction applicable à la date à laquelle a été pris le décret attaqué: « Les programmes et les décisions administratives qui les concernent doivent être compatibles avec leurs dispositions ». Il en résulte qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si elle est compatible avec les orientations du schéma directeur en vigueur. Toutefois, une déclaration d'utilité publique ne constitue pas une mesure d'application d'un schéma directeur non plus d'ailleurs que d'aucun autre document d'urbanisme. Par suite, le moyen tiré de l'illégalité d'un schéma directeur ou de sa modification ou de l'illégalité d'un autre document d'urbanisme ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'une déclaration d'utilité publique, alors même que ce document d'urbanisme ou sa modification aurait eu pour objet de rendre possible l'opération déclarée d'utilité publique..=Conseil d'Etat, 25 février 2005,l'association PRESERVONS L'AVENIR A OURS MONS TAULHAC ,N° 248060 ,Publié au recueil Lebon

(²) Conseil d'État 2ème et 7ème sous-sections réunies ,25 avril 2007N° 291976 ,,Publié au recueil Lebon

لأطراف التعاقد، ومن ثم تكون خارجة عن العقد ومستقلة عن إرادة الأطراف. وفي هذا المعنى أكد. Ghestin⁽¹⁾ على أن العقد يحوز قوته الملزمة حينما يتضمن القانون الوضعي النص على الأثر القانوني المتمثل في تحقيق المصلحة العامة، وبذلك تستند هذه القوة على الاقرار القانوني لها، بحيث لا يكون للأطراف أي تأثير. لذلك يجب ان يقرر النص القانوني خضوع الأعمال التعاقدية للقانون، وتضمينها شروط ملزمة، حتى يكون العقد ملزماً، وبذلك تلتزم الأطراف باحترام التعهدات المبرمة فيما بينهم. ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي أهمل القوة الملزمة للاتفاقيات، باتجاه القاضي الإداري إلى ضرورة تقديس الإرادة الفردية وجعلها الأساس الذي يقوم عليه الالتزام التعاقدية، فكل التزام يقوم على إرادة الأفراد هو التزام حق وعادل، ومن ثم يكون واجب الالتزام به في العلاقات التعاقدية حيث أن تطبيق العقد يرجع إلى القوة الملزمة التي تتضمنها نصوصه، وبذلك أصبحت الإرادة الحرة لطرفيه بديل للقوة الملزمة دون الحاجة إلى الاستناد على سلطة القانون، فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة.

١ - إقرار القوة الملزمة بنص القانون:-

ونتيجة لأن العقد مصدر الالتزام، فإن الفقهاء يهتمون الأعمال المرتبطة بالقانون الوضعي عند إبرام العقد، وبذلك ينحصر قانون العقود الخاصة في قانون الالتزامات، كما أشار m. Ancel⁽²⁾ للتمييز بين القوة الملزمة للعقد وبين محتواه الإلزامي، وهو ما يطلق عليه قوة ملزمة للعقد لا تنتقص من محتواه الإلزامي، وبذلك يتم الفصل بين محتوى الشروط سواء كانت ملزمة أم لا عن القوة الملزمة للعقد، مما يجعل محتوى العقد الذي يتضمن شروط غير ملزمة بمثابة شروط توجيهية، بحيث تفرض الشروط المستهدفة على الأطراف الالتزام بعملاً ما بإنشاء التزام أو نقله في الوقت الذي يوجد فيه ارتباط بين النص الملزم والقوة الملزمة والذي يجعل من الصعوبة، أن تحوز الشروط التوجيهية الصفة الإلزامية.

٢ - إقرار القوة الملزمة للفعل التعاقدية.

تعتبر القوة الملزمة المعترف بها في العمل التعاقدية مستقلة عن طبيعة شروطها، وبذلك لا يهتم كثيراً محتوى العقد وفقاً لرأى Georges Pequignot، مما يؤدي إلى تطبيق القوة الملزمة المعترف بها قانوناً على مجموع العقود كما أشار M. Ancel، وذلك مهما يكن محتوى العقد ملزم أو غير ملزم، أي

(1) "j. contrat a force obligatoire parce que le droit objectif lui confere un tel effet juridique"-j. ghestin," l utile et le juste dans les contrats",d.,1982,chron.,p.1-3

(2) p. Ancel,"force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ",R. T. D. Civ.,1999,p.774

أنه لا يصلح بتعريف الصفة الملزمة للمعيار التعاقدية ولكن إذا وضعنا في الاعتبار احتمالية توافر القوة الملزمة للاتفاقيات فإنه سوف يؤدي إلى الالتباس. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾ أن قاعدة *pacta sunt servanda* تفرض أن كل اتفاقية مبرمة بين الأطراف تعتبر سارية ويجب تنفيذها بحسن نية، رغم النقد الذي تتضمنه المادة ١١٣٤ سالف الإشارة إليها.

وتحوز العقود الإدارية على القوة الملزمة نتيجة استعارة القاضي الإداري للمادة ١١٣٤ من القانون المدني، حيث طبق مجلس الدولة القانون المدني، وتولى القاضي تطبيق المبادئ التي تم استنبطها من هذا النص، فهو لا يستبعد القوة الملزمة للعلاقات التعاقدية في القانون العام، وبذلك تفصل العلاقة بين فحص طبيعة الشروط والقوة الملزمة التي أقرها العقد الاتفاقي. ويبدو من العسير أن تحوز شروط العقد صفة الإلزام دون أن يُقر لها القانون الوضعي قوة ملزمة، وعلى ذلك يتحقق القاضي الإداري من وجود شروط ملزمة، ثم يحكم على القوة القانونية للعقد، فإذا كان بروتوكول الموافقة المطعون عليه لم يكن يتضمن الا على اعلانات نوايا بسيطة، فإنه يكون مجرداً من القوة الملزمة وكما أشار m.⁽²⁾ Lafaix أنه يجب التمييز بين محتوى العقد القانوني بكونه تفاوض، والقوة الملزمة للعقد التي تولد نتيجة قانونية، والتي من شأنها إلزام الأطراف بما يتضمنه العقد، بكونه المعيار التعاقدية.

وعلى ذلك فإن المعيار التعاقدية والقوة الملزمة مستمدة من نفس المصدر، بحيث يعود للأطراف أن تتوافق حول الصفة الملزمة. وبذلك يثور التساؤل حول القوة القانونية المرتبطة بالعقد والتي يمكن اكتشافها عن طريق الرقابة القضائية؟

وللإجابة على ذلك فإنه يتم إدراك المعيار التعاقدية انطلاقاً من محتوى العقد بتحليل القوة الملزمة من وجهة النظر القضائية، مما يجعلها تتجاوز الأطراف، ومن ثم فإن مجموعة القرائن التقليدية المستندة على وجود صلاحيات للسلطة العامة، انتهت بوضع القاضي معياراً جديداً، في حالة غياب الصلاحيات الخاصة بالسلطة العامة، مما يستلزم مراعاة الأفراد، بأن ينظر اليهم بعين القانون، للتأكيد على مهمة المرفق العام، فيما يتعلق بالمصلحة العامة أو نشاطه أو ظروف نشأته أو الالتزامات المفروضة عليه.

(1) C.E ass., 9 juill., 2010, Cheriet-Benseghir, rec., p. 251

(2) J. -F. Lafaix, essai sur le traitement des irregularities dans les contrats de l'administration, Dalloz, 2009, p.208

لذلك اكتفى مجلس الدولة الفرنسي بوجود نشاط يحقق المصلحة العامة، لتحديد مفهوم تفويض المرفق العام وفقاً للمادة ٧١١-٤ من القانون التجاري حيث تسهم غرف التجارة والصناعة في التنمية الاقتصادية للإقليم مما أدى إلى تضييق هذا المفهوم^(١).

أما بالنسبة لأطراف العقود الإدارية، فإنه يتم تقييم القوة الملزمة بالنسبة لهم بطريقة مختلفة مع افتراض المراكز الغير متساوية، ويجب على الإدارة رفض إمكانية فرض سلطات غير مألوفة في القانون العام، باعتبار وجود تعارض بين القوة الملزمة وسلطات التعديل التي تتم بإرادة منفردة وبطريقة تعسفية من جانب الإدارة وأن إقرار هذه السلطة من شأنها نفي القوة الملزمة للتعاقد. وقد لاحظ الفقهاء أن سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادة منفردة، تشكل خرق أكيد لمبدأ استقرار الشروط التعاقدية، ولا تنفي القوة الملزمة للعقد بالنسبة للإدارة، لأن هذه القوة تخص العقد وتلازمه، ولا يتوقف أعمالها على طبيعة الأطراف، ومن ثم إذا قامت الإدارة المتعاقدة بتعديل بنود العقود الإدارية من جانب واحد، لا يعد ذلك بسبب الطبيعة اللائحية للشروط، ولكن لممارسة سلطة التعديل أحادية الجانب التي قد تفسرها دوافع المصلحة العامة بحيث تتدرج هذه السلطة ضمن القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية^(٢). وبناءً على ذلك، إذا تم إبرام عقد التنظيم الاقتصادي في ٦ فبراير ٢٠٠٦ بين الدولة، ممثلة بوزير الاقتصاد والمالية والصناعة ووزير النقل من جهة، والشركة العامة Aéroports de Paris، من ناحية أخرى، في ضوء برنامج الاستثمارات المخطط لها، وتحديد أهداف جودة خدمة مطارات باريس خلال هذه الفترة؛ فإن الطلبات المقدمة من قبل الاتحاد الوطني للطيران، و union of, Association Of وممثلي شركات الطيران في فرنسا بفسخ العقد تكون مقبولة لان تعديل الدولة لرسوم المطار كانت بالمخالفة لما هو وارد في الشروط التنظيمية أو اللائحية بالتعاقد^(٣).

ومن ناحية أخرى تعبر الإدارة عن إرادتها من تاريخ التوقيع على العقد احتراماً لمبدأ استقرار الشروط التعاقدية، ولكن ذلك لا يفرض عليها أن تتخلى عن بعض الامتيازات، بالإضافة أنه إذا ربط

(١) voir Pascal Caille,op. cit., p.1331

(٢) voir Philippe Terneyre, reflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public, revue française de droit administratif, n5, septembre- octobre 2011, p.89

(٣) Conseil d'État 2ème et 7ème sous-sections réunies, 25 avril 2007N° 291976 „Publié au recueil Lebon

القانون الوضعي هذه القوة بالعقد، فإنها تمتد إلى العقود الإدارية وتفسر المصلحة العامة من خلال احترام العقد المُبرم وبصفة خاصة السلطات التي أقرها المُشرع للإدارة، لكي تلبي احتياجات المجتمع، لذلك يجب إجراء مصالحة بين هذين الأمرين، لأنه لا يمكن التخلي عن أحدهما أو الآخر. مع ملاحظة انه إذا كان العقد الإداري لم يكن له قوة مُلزِمة، فلا يكون هناك مكان للأخذ في الاعتبار بالتوازن المالي الأساسي، من خلال تدخل الإدارة بتعديل شروط التعاقد، وبالرغم من احترام الأطراف مبدئياً لشروط التعاقد إلا انها لا تمنع من قلب اقتصاديات العقد، وفي ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾ أنه يجوز للسلطة الإدارية تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، وأن استخدام هذا الامتياز يمكن أن يؤدي إلى مراجعة الشروط المالية للعقد، وبناءً على ذلك تكون القوة المُلزِمة وسلطات الإدارة في التعديل متناغمين بحيث يكون تطبيق الثانية يأخذ في اعتبارها احترام الأولى. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذلك بقولها (ومن حيث إنه إذا كان من المقرر في مجال العقود المدنية، أن العقد شريعة المتعاقدين ونصوص العقد وبنوده هي التي تحكم العلاقة بين الطرفين فإن هذه القاعدة تحكم أيضا العقود الإدارية باعتبارها إحدى الوسائل التي تلجأ إليها جهة الإدارة وهي بصدد مباشرة نشاطاتها المختلفة المرفقية منها والطبيعية، وإذا كان العقد الإداري ينشأ نتيجة تلاقي إرادتي الجهة الإدارية والمتعاقد معها فإن شأنه شأن العقود المدنية في خضوعه لقانون العقد والذي يجد مردوده الطبيعي في مبدأ سلطان الإرادة المستند إلى الالتزام التعاقدية الوارد به المرتكز على إرادة الطرفين التي انصبت على جملة من الأحكام والبنود التعاقدية التي تشكل بنیان التعاقد ودعائمه التي تحدد بموجبه حقوق والتزامات الطرفين باعتبارها هي التي توافقت عليها مشيئتهما، بما لا يجوز الخروج عنها أو الفكاك منها لما في ذلك من مخالفة لإرادتهما الصريحة التي تكونت ملامحها وثبتت عناصرها على هذا النحو، ومادامت إرادة الطرفين هي المهيمنة على نصوص التعاقد بهذه الصورة فقد صار لعقد قانونهما الخاص ذو القول الفاصل -بينهما ونبراسهما في كل ما يواجهانه من وقائع حال نفاذ فهو الذي تمت صياغته بالإرادة الحرة لهما وهو ما يعبر عنه بالقوة مُلزِمة للعقد، وإذا كانت سائر ما يحكم التعاقد من أحكام على الوجه المتقدم واضحة الدلالة في فحواها وقاطعة في مضمونها فلا معدى من ترتيب آثارها وإعمال مقتضاها والأحكام فحسب بما نصت عليه، وبالتالي لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بنقض أو تعديل العقد إنما ينبغي أن يكون ذلك رهين بإرادة الطرفين مجتمعة، والقاضي الإداري في هذا الخصوص ينبغي عليه احترام هذا القانون الخاص بالطرفين فيقوم بتطبيقه وتنفيذه وفقا لما انصرفت إليه إرادتهما المشتركة، وعليه وتطبيقا لذلك وكان الثابت مما سبق بسطه من وقائع أن الجهة الإدارية المطعون ضدها حينما أبرمت مع

(1) C. E , 2 févr., 1983, union des transports publics urbains et régionaux, rec., p. 33

الشركة الطاعنة عقدا للقيام بالعملية موضوع التداعي فقد تضمنت هذا العقد عدة شروط تتعلق بمدة تنفيذ العملية وقيمتها وغير ذلك من أحكام تعاقدية والتي منها ما جاء بالبند السادس من العقد الذي يقضي بمنع الشركة الطاعنة من المطالبة بأي زيادة تطراً بسبب قرارات وزارية إلا بحكم قضائي وقد وافق الطاعن على هذا البند ووقع على العقد، وإذ يبين من فحوى هذا البند أنه ينصرف - بلا جدال - إلى اتفاق الطرفين على تثبيتت السعار عند الحد المنصوص عليه بالتعاقد دون زيادة حتى ولو حلت على المواد المستخدمة في العملية زيادة في أسعارها نتيجة قرارات وزارية إلا إذا تحصل الطاعن على حكم قضائي يؤيده في وجهة نظره، ومن ثم فإن هذا البند وما يحمله من معنى على هذا الوجه واجب الاحترام من قبل الطرفين فحقوقهما والتزاماتهما تسير على دربه باعتباره هو الذي عنده التقت إرادتهما واتحدت مشيئتهما على العمل بموجباته وإعمال مقتضاه ويات هذا البند يمثل شرعيتها في خصوص أسعار تلك المواد فلا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بنقضه أو تعديله، فالعقد قد انعقد على هذا الحال وشيدت دعائمه على بنوده التي منها ما جاء بالبند المذكور فوجب احترام ذلك البند باعتباره أضحي المعول عليه فيما انطوى عليه من تثبيت الأسعار الواردة به ومادامت ألفاظ البند المذكور ومبانيه واضحة الدلالة في مراميها ومقاصدها فلا يجوز الانحراف عنها وابتداع معنى وتفسير له يجافى ما اتفق عليه الطرفين بمقولة أن مؤدي هذا البند وتفسيره أن الطرفين اتفقا على تعديل نصوص العقد في حالة زيادة السعار السيادية للدولة، فذلك التفسير التي تلوح به الشركة في تقرير طعننا ينطوي على محاولة منها على إقحام التزامات لم يأت بها العقد بسلطان وخت الأوراق مما يقطع بأنها كانت محل توافق وتراضي بين الطرفين نظراً لأن التفسير الصحيح لهذا البند يغاير ذلك على ما سلف بيانه على نحو لا يقبل من الطاعن بعد ذلك التصل من هذا البند في ظل خلو الأوراق مما يفيد أن إرادة الطرفين مجتمعة قد جنحت إلى مخالفة هذا البند بعد توقيع العقد أو اجتمعت مشيئتهما معا على العدول عنه في وقت لاحق على إبرام العقد وأخذاً في الاعتبار أن الجهة الإدارية على مدار نظر النزاع الراهن لم بيدر منها ما ينبئ عن العدول عن ما جاء بالعقد فيما يخص أسعار المواد المذكورة، كما لا يسعف الطاعن في هذا الصدد أيضاً التعلق بأهداب نظرية الظروف الطارئة للفرار من وطأة هذا البند ذلك أن عماد هذه النظرية ومرجعها الأساسي ينهض حينما يحل على التعاقد ظروف قهرية لم تكن بالحسبان ولا يمكن توقعها بحال أثناء انعقاد العقد وفقاً للمجرى العادي للأمر وهذه الظروف تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد على نحو يستوجب معه إعادة هذا التوازن، وعليه فإن أركان هذه النظرية غير متحققة في الحالة المعروضة باعتبار أن مسألة ارتفاع أسعار المواد المذكورة ليست ببعيد عن نطاق التوقعات وفقاً لمعيار الرجل العادي ولا تستقيم أمراً غريباً في سوق هذه المواد وبالتالي لا يجدي الطاعن نفعاً الاعتصام بهذه النظرية للتحرر من ربة البند السادس

المشار إليه، ومن ثم وبالبناء على ما تقدم جميعه وفي ظل ما هو مقرر من أنه لا يجوز للمحكمة انتهاك بنود العقد وأن تحل نفسها محل الطرفين وإلزامهما بالتزام لم يتفقا عليه أو تفسير للالتزام لا يتسع له البند المذكور، يغدو مطلب الطاعن في النزاع المائل غير قائم على أساس صحيح من واقع أو قانون^(١).

واخيرا فان سلطة التعديل لا تخالف القوة الملزمة للعقد في ضوء القواعد العامة السارية على العقود الإدارية، حيث يجوز للشخص العام، من جانب واحد، إجراء تغييرات على عقوده للمصلحة العامة ؛ وبناءً على ذلك اذا كانت السلطة المنظمة للتنقل يمكنها من خلال العقد، إجراء تغييرات من جانب واحد على الخدمات المقدمة وإجراءات التشغيل الخاصة بها، فان الطرف المتعاقد، ملزم باحترام التزاماتها التعاقدية المعدلة، في مقابل الحفاظ على الرصيد المالي لعقده ؛ وبالتالي اذا تم ابرام اتفاق بين شركة Azur Pullman Voyages للرحلات والهيئة العامة للنقل Stip بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٩٦ وواصلت تقديم خدماتها إلى خط النقل الذي كانت مسؤولة عنه، بموجب الشروط المنصوص عليها في الاتفاق المبرم بينهم، وباعتبار انه قد تم تعديل الاتفاقية من جانب واحد من قبل الهيئة العامة، فان رفض شركة الرحلات الأخذ بعين الاعتبار للتنظيم الجديد لخدمة النقل العام، ولا سيما ترتيبات إصدار التذاكر الجديدة، دون اثبات أن التعديلات التي تم اجرائها من جانب واحد قد أدت إلى قلب اقتصاديات العقد، فإنها تكون قد ارتكبت خطأ يبرر إلغاء الاتفاقية، ولذلك ليس من المبرر للشركة Azur Pullman Voyages أن تطلب إدانة STIP لتعويضها بسبب هذا الإلغاء^(٢).

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٣٢٢٩٩ - لسنة ٥٧ قضائية - بتاريخ ١٨ - ٤ - ٢٠١٧، حكم غير منشور

(٢) En application de l'article 29 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, alors en vigueur, un syndicat intercommunal de transports publics a pu devenir, à la suite d'un arrêté préfectoral autorisant l'adhésion d'une commune au syndicat, l'autorité compétente pour organiser les services de transports urbains sur le territoire de la commune - et donc, également, pour y organiser le transport scolaire en lieu et place du département. 39-03 En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement, dans l'intérêt général, des modifications à ses contrats. Erreur de droit d'une cour à avoir écarté la faute d'une société assurant le transport scolaire ayant refusé de prendre en compte la nouvelle organisation du service relative à la desserte et aux modes de tarification., Conseil d'État 7ème et 2ème sous-sections réunies 27 octobre 2010 N° 318617 Mentionné dans les tables du recueil Lebon

ومن ناحية أخرى يمكن للإدارة أن ترتكب خطأ حينما يتم اختلال التوازن العقدي وفقاً للتفسير الذي قدمه richer الذي من شأنه أن يوضح حكم مدينة Saint- Malo حيث أن في هذه الفرضية لا يذكر الحكم بصورة علانية خطأ الإدارة بتعديل العقد من جانب واحد، وحتى مع افتراض وجود خطأ فإن الطرف المخطئ لم يفي بالتزام مسبق، وأن تغيير شروط العقد من شأنه، أن يقلل من احترام الاتفاق المبرم. وبعبارة أخرى يمثل إنكار لقوته الإلزامية⁽¹⁾ وتأكيداً لذلك، إذا نصت المادة ١٥ من اتفاقية ١٩ أبريل ١٩٨٢ على أنه "يجوز تعديل مرفقات الاتفاقية المذكورة شريطة اتفاق الطرفين"، مع الأخذ في الاعتبار ما نصت عليه الوثيقة المرفقة بهذه الاتفاقية، والتي تتضمن تعهد إدارة قسم تكنولوجيا المعلومات، بأن تواصل، نيابة عن الدولة، بتقديم خدمة كشوف المرتبات لأفراد الشرطة المحلية، عن الفترة المشمولة بالاتفاقية، وبالتالي تطبيقها على موظفي الأمانة العامة لشرطة police de Metz ، فان القرار الصادر بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٨٣ من رئيس المجلس العام du département de la Moselle والذي من شأنه الحد من مشاركة إدارة قسم تكنولوجيا المعلومات في إدارة هذه الخدمة العامة قد خرق أحكام المادة ١٥ من الاتفاقية ؛ حيث قام بتعديل شروط الاتفاقية من جانب واحد دون موافقة الطرف الآخر مما يستوجب إلغاء هذا القرار⁽²⁾ .

(1) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 132

(2) En application des dispositions de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982, le commissaire de la République et le président du conseil général du département de la Moselle ont signé, le 19 avril 1982, une convention qui a été approuvée par arrêté du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation en date du 29 juin 1982. Conformément aux dispositions de la convention type départementale approuvée par le décret du 15 mars 1982, les règles relatives au service informatique départemental ont fait l'objet d'une annexe à ladite convention du 19 avril 1982. Par décision en date du 25 octobre 1983, le président du conseil général de la Moselle a décidé de modifier, à compter du 1^{er} janvier 1984, la liste des opérations de traitement informatique effectuées par le département pour le compte de l'Etat, telle qu'elle avait été établie par l'annexe à la convention susmentionnée, notamment par son article 4-2-4. Conformément aux dispositions de la convention type départementale approuvée par le décret du 15 mars 1982, l'article 15 de la convention susmentionnée du 19 avril 1982 stipule que les annexes à ladite convention peuvent être modifiées à condition que les deux parties soient d'accord. Par le document annexé à cette

وإذا كانت القوة المُلزِمة للعقد مستقلة عن مضمون الشروط، فإنه يجوز نقلها إلى الاتفاقيات الإدارية، بالرغم من أنها لا تتضمن أي التزام، ولكن لا يوجد ما يمنع من إلزام الأطراف بالاتفاقية المُبرِمة، في الوقت التي تكون فيه بعض الاتفاقيات لا تتضمن أي التزام، ومع ذلك تحوز القوة الملزمة. مع امكانية استفادة الاتفاقيات الإدارية من هذه الخاصية. ووفقاً لرأي Waline⁽¹⁾ تكون الاتفاقية الإدارية مُلزِمة لما لها من فائدة ولا تدوم الا اذا كانت مشروعة.

فإذا قامت الأقاليم بتوقيع اتفاقا مع الدولة والجمعية الوطنية للسكك الحديدية الفرنسية (SNCF) والشبكة الحديدية لفرنسا (RFF) ، (اتفاقية الإطار) بتاريخ ٢١ فبراير ٢٠٠١ والتي تهدف إلى تمويل وتنفيذ وتحديث خط السكك الحديدية باريس أورليان - يموج تولوز، ولا تتضمن سوى هدف يتوقع تحقيقه من خلال الاتفاقيات اللاحقة، وهي مذكرة تفاهم بسيط ليس لها اي أثر قانوني، بينما الاتفاقيات التي وقعت في ١٣ نوفمبر ٢٠٠١، و ١٢ سبتمبر ٢٠٠٢، لها طابع العقود التي يحتمل أن تؤدي إلى

convention, le département s'est engagé à continuer d'assurer, pour le compte de l'Etat, notamment le service de la paye des personnels de police de l'Etat, pour la période couverte par la convention. Cette stipulation couvrait les services de police de l'Etat établis dans le département quel que soit le ressort d'activité de ces services et s'appliquait donc au personnel du secrétariat général de la police de Metz. En décidant, le 25 octobre 1983, de ne plus faire assurer cette prestation par le service informatique du département et de réduire ainsi, de façon unilatérale, la participation du département à la gestion de ce service public, le président du conseil général de la Moselle a méconnu les stipulations de l'article 15 de la convention. Il appartient au juge du contrat de sanctionner, par l'annulation de cette décision, l'atteinte ainsi portée par l'une des parties aux clauses du contrat. (1 Si le juge du contrat n'a pas, en principe, le pouvoir de prononcer, à la demande de l'une des parties, l'annulation de mesures prises par l'autre partie comme contraires aux clauses du contrat et s'il lui appartient seulement de rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir un droit à indemnité, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes publiques en application de l'article 26 de la loi du 2 mars 1982 et ayant pour objet l'organisation d'un service public. Conseil d'Etat, Section, du 31 mars 1989, DEPARTEMENT DE LA MOSELLE, 57000 60384, publié au recueil Lebon

(¹) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 133

المسؤولية التعاقدية للدولة في حين أن لجنة التخطيط والتنمية المشتركة بين الوزارات (CIADT) بتاريخ ١٨ ديسمبر ٢٠٠٣ قامت بتعديل المشروع المتفق عليه لبناء السكك الحديدية السريع الرابط "ب" POLT"، المنصوص عليه في الاتفاقية الإطارية؛ وباعتبار أن الدولة قامت من جانب واحد بتعديل موضوع الاتفاقية الإطارية في ١٣ نوفمبر ٢٠٠١، ونتيجة لارتباطها الوثيق بالاتفاقية المتعلقة بتمويل وتنفيذ دراسة التصميم التفصيلية والاتفاق على تمويل المراقبة الخارجية؛ فإنه يجب اعتبار أن الدولة قد أنهت الاتفاقيات التي تربطها بالأقاليم الثلاثة من أجل تحقيق الاتصال بـ"POLT".

وبالرغم من أن الدولة قد تمكنت من إنهاء التزاماتها التعاقدية من جانب واحد على أساس المصلحة العامة، لا سيما بالنظر إلى التكلفة المرتفعة لهذه المشروعات والربحية الاجتماعية والاقتصادية المنخفضة، فإن للمتعاقدين معها الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار الناجمة عن إنهاء هذه العقود من جانب واحد من قبل الدولة، حتى في حالة عدم وجود أي خطأ من هذا الأخير.

وتبرر كلا من بلدية Midi، Limousin تحمل الدولة مسؤوليتها التعاقدية فيما يتعلق بها بسبب القرار الانفرادي بالتعديل الذي صدر بتاريخ ١٨ ديسمبر ٢٠٠٣ من أجل التخلي عن الوفاء بالالتزامات التي تعهدت به للأقاليم^(١).

ثانياً: - العقوبة كنتيجة طبيعية اختيارية: -

يقصد بالمفهوم الواسع للعقوبة، أنها النتيجة المرتبطة بالقانون عند خرق قاعدة قانونية، سواء المتعلقة منها بإنشاء التزامات جديدة أو بإسقاط حقوق، نتيجة خرق التزام فضلاً عن أنها تمثل كخاصية للقاعدة القانونية، وتكون معيار خاطئ بالنسبة للاتفاقيات، وبذلك فإن العقوبة ضرورية لتعريف الشرط الملزم، وأساسية لتنفيذه، مما يؤدي إلى صعوبة تلازم العقوبة للشرط التوجيهي.

وبناءً على ذلك يوجد تلازم بين العقوبة والشرط الملزم. بحيث يشكل معنى الشرط الملزم معيار لاشتراط وجود عقوبة اجتماعية تم اعدادها، حيث يجب على هذه العقوبة، أن تكون قابلة للتطبيق في حالة قصور أو خرق الإلزام المسبق. ووفقاً لرأي Michel virally^(٢) لا ينفصل مفهوم الإلزام عن العقوبة، اما بالنسبة لرأي Hans Kelse فإنه يمكن القول بأن سلوك ما، قد يكون مفروضاً بطريقة

(١) voir C.E, 21 déc., 2007, région du limousine, rec., p. 534

(٢) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 135

موضوعية في القانون، ويجوز اعتباره كموضوع التزام قانوني، إذا ارتبط المعيار لقانوني لسلوك مخالف بعقوبة الفعل المخالف، وبذلك توجد علاقة متلازمة بين المعيار والعقوبة والقاضي. وهذا الاتجاه الفقهي كان له تأثير على المشرع خلال القرن العشرين، بكون العقود المبرمة بين الإدارات منشئة لحقوق والتزامات، بحيث يوقع جزاء على من يخالفها، لذلك يوضح حكم مجلس الدولة الفرنسي Deplanque الصادر في ٣١ مايو عام ١٩٠٧ اتجاه القاضي الإداري لتوقيع جزاء على المتعاقد مع جهة الإدارة، في حالة عدم تنفيذ التزامه، ويبدو الاتجاه إلى إدراك الالتزام من خلال العقوبة، وتشهد على ذلك كتابات Jean Romieu التي تتضمن توقيع عقوبة على مخالفة كل التزام تعاقدي، وفي حالة عدم تضمين العقد النص على توقيع جزاءات، فإن قواعد القانون العام تكون واجبة التطبيق لمعاقبته كبديل لإعلان عدم الالتزام، وعلى ذلك فإن العقوبة تمثل معيار للالتزام^(١).

ويفترض kelsen أن العقوبة تصلح معيار للتمييز بين الاتفاقيات الإدارية والعقود، حيث يوجد ارتباط بين مخالفة السلوك المفروض والعقوبة، فلا بد من وجود تقصير ما وبالتالي لا يتصور تنفيذ السلوك المفروض إلا من خلال الإلزام. ويجدر بنا الإشارة إلى أن هذا المفهوم غير صحيح بخصوص الاتفاقيات بمجرد إبرامها، حيث يتولى الأطراف طواعية تنفيذ التزاماتهم بعد التعبير عن موافقتهم، بغرض الحصول على المنفعة والمزايا المرجوة من هذا الاتفاق، وفي هذه الحالة فإن تنفيذ الأطراف لتعهداتهم أو التزاماتهم لا تنتج من الخشية من توقيع عقوبة، لذلك لا بد من رفض الرأي القائل بأن العقوبة تمثل معيار للإلزام القانوني وتمييز للعمل التعاقدي كما يرى Michel virally^(٢). وقد أشار Claude Du Pasquier إلى أن الغرض من العقوبة هو ممارسة ضغط على المتقاضين، لكي يخضع كلا منهما للقانون، ولتنفيذ سلوك مطابق لقاعدة قانونية. كما يرى Jean Rivero، بأنه يمكن الاعتماد على الغرامة كرادع يجبر الأطراف على تنفيذ التزاماتهم ومن جانب آخر تسمح العقوبة بضمان الحماية القانونية للأطراف في العقد، حيث يتم الاستعانة بالغرامة المالية لإصلاح الأضرار، وبذلك تشارك العقوبة في ضمان التامين القانوني للعلاقات التعاقدية^(٣).

(١) voir, J. Romieu, concl. Sur l'arret C. E , 31 mai 1907, deplanque, rec., p. 515

(٢) voir-Sebastien Hourson , op. cit.,p. 136

(٣) voir J. Rivero," sur l' effet dissuasive de la sanction juridique",daloz, Sirey, 1985, p.

ومن خلال تقرير مجلس الدولة الفرنسي بخصوص العلاقة بين العقد والعقوبة، يشير الفقهاء إلى أن العقد الإداري ربما لا يكون في حاجة دائماً لعقوبة قانونية لإحداث آثار قانونية، حيث يرجع ذلك لفاعلية العقد. وبالرغم من ذلك اتجه الفقه إلى أن العقوبة تشكل نتيجة طبيعية للإلزام فضلاً عن ملازمة العقوبة للعقود التقليدية الإدارية، ولضمان الفصل بين الإلزام والعقوبة، يكون من الضروري استنتاج وجود الشروط الغير مُلزمة التي رغم ذلك تكون مرتبطة بالعقوبة كما أشار Auby⁽¹⁾.

وعلى المستوى المحلي يمكن أن يتم توقيع الاتفاقيات الإدارية من قبل السلطات المنتخبة ولا يتم تنفيذها، مما يجعل العقوبة تتمثل في عدم انتخاب هذه السلطات مرة أخرى في المستقبل، والتي امتنعت عن تنفيذ المشروع، وبذلك تمارس العقوبة خارج الأنظمة القانونية.

وقد أكد Ternyee⁽²⁾ على أن بعض شروط العقود الخاصة بالخطة تكون قابلة لتطبيق عقوبة في حالة مخالفتها، وفي المقابل توجد التزامات حقيقية، ولكن الصفة الملزمة للشرط توجه لعقوبة الطرف الذي يخالفها، مما يعني افتراض أن الشروط الإدارية لا يمكن أن تكون محل عقوبة. وهذه النتيجة لا يمكن قبولها. وقد أشار Ghestin إلى إمكانية إبرام العديد من الاتفاقيات خارج مجال القانون، مما يؤدي إلى عدم تضمينها أي عقوبة قانونية، وعلى ذلك يجوز أن تكون العقوبات مطبقة على الشروط الإدارية، فمن جانب تفرض القوة الملزمة المرتبطة بالنظام القانوني احترام شروط العقد الاتفاقي، وبذلك تشير هذه الملاحظة إلى معالجة بعض التجاوزات. ومن جانب آخر تلعب المنفعة العامة دوراً هاماً لصالح الاتفاقيات المبرمة بين الأشخاص العامة، وبذلك فإن الغاية التي تسعى إليها، تفرض ضمانات لاحترامها، ذلك فمن المناسب تسجيل أن هذه الامكانيات يجب أن تخضع لشرط مزدوج- ينصب الشرط الأول على الحالات التي يجوز توقيع العقاب عليها، ويكون الشرط الثاني متعلق بعقوبات قابلة للتطبيق مع الأخذ في الاعتبار الطبيعة الإدارية للشروط⁽³⁾.

وبذلك لا يكون وجود العقوبة مؤشراً ناتجاً من الصفة الإلزامية للشرط والطبيعة التعاقدية للعقد، حتى ان القوة الملزمة للعقد لا تمثل نتيجة طبيعية للشرط التعاقدية، حيث يتم التطابق بينهم نتيجة صفة الإلزام وبذلك تتحدد الصفة التعاقدية من إلزامية شروطها.

(1) voir . J. -B . Auby , "prescription juridique et production juridique", . R .D p , 1988, p. 679

(3) , (4) voir Sebastien Hourson , op. cit.,p. 141

المطلب الثاني

معيار إرادتي طرفي التعاقد للتمييز بين العمليات التعاقدية الإدارية

I es volontes des parties contractuelles

قام كبار رجال القانون Henry Summer Maine منذ القرن الـ ١٩، بالاتجاه إلى أن التعاقد هو قانون متطور بإرادة طرفي العقد، وأن اللجوء للتراضي والوسائل التعاقدية، هو أبلغ صوره للترابط الاجتماعي، الذي يجوز أن يحل محل النصوص القانونية الامرة الملزمة لجانب واحد. مع ملاحظة وجود ترابط بين التطور التعاقدى والدور الجديد للدولة، ومن ثم إعادة تعريف سبل تدخلها، وخاصته فيما يتعلق بالحفاظ على الاقتصاد. وبذلك أصبح كلاً من التعاقد والتفاوض والتراضي يمثل الديمقراطية التشاركية، ويرجع هذا التحول الإرادي، إلى ان استخدام الاشخاص العامة للوسائل التعاقدية امراً اختيارياً وليس إجبارياً، وذلك تأكيداً لما قرره رئيس الوزراء الفرنسي عن طريق تقريره الصادر في ٢٦ مارس ٢٠١٣، بأنه "يجب على الدولة اللجوء للطرق التعاقدية، بحيث يعد التعاقد الملزم لجانب واحد، أمر استثنائياً بهدف تحقيق المصلحة العامة، ويظهر القانون العام كقانون مفاوض، ويجد الاشخاص العامة أنفسهم متساويين مع الأشخاص الخاصة"^(١).

لذلك يستمد العقد الإداري قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه دون الحاجة إلى الاستناد على سلطة القانون، فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة. والعقد الإداري كما كل عقد ينشئ الحقوق والالتزامات شأنه في ذلك شأن القانون^(٢)، وبذلك يفترض التمييز الموضوعي الاستناد إلى التكييف المتفق عليه من جانب الأطراف المتعاقدة، مع إمكانية تحديد ما إذا كانت تأمل إبرام عقد أو اتفاقية إدارية، بحيث ينسب لهم مبدئياً التكهن بشروط إلزامية أو توجيهية. وبذلك تظهر إرادة الأطراف الموقعة، كأساس لمضمون الشروط التعاقدية، ويمثل الاتفاق كتالوج لحسن النوايا.

ولكن يرى Terneyre^(٣) أن المساحة القانونية التعاقدية تظل محددة من قبل القانون، حيث تفرض النصوص القانونية جانب من الشروط، كان لها تأثير على مفهوم العقد نتيجة فحص بعض

(١) voir mathias Amilhat, op.cit.p.7-8

(٢) انظر د/ مهند مختار نوح ، المرجع السابق ص ٨٥

(٣) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 142

الاتفاقيات، وعلى ذلك توضح عقود الخطة بصفة خاصة رفض النتائج التي يمكن أن تترتب عن نص قانوني غامض.

وسوف نتناول التأثير الغامض للمُشرع في فرع اول والتأثير المحدود لإرادة الأطراف في فرع ثانٍ

الفرع الأول

التأثير الغامض للمُشرع

L'influence confuse du législateur

تكشف العلاقة بين القانون والعقد، العديد من التساؤلات التي تفسر المزايا القانونية. ويبدو أن تدخل المُشرع أحياناً مشكوك فيه بشأن العلاقات الإدارية، وعلى وجه الخصوص بالاتفاقيات الإدارية.

أولاً: - غموض الاختصاص التشريعي les confusion sur la competence législative

لا يقتصر المُشرع على التمييز بين العقود المتضمنة التزامات حقيقية والاتفاقيات الإدارية، ولكن تتمثل فائدة الاختصاص التشريعي في تحديد القانون لموضوع الاتفاقيات الإدارية.

١- اختصاص المُشرع في تحديد موضوع العقود الإدارية

تتجه فرنسا مؤخراً بتشجيع مشاركة القطاع الخاص في المجالات الاقتصادية المختلفة، ومن بينها المرافق العامة.

لذلك أشارت المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي الحالي إلى توزيع الاختصاصات بين السلطة التشريعية والتنفيذية، من خلال تحديد موضوعات، تختص بها السلطة التشريعية على سبيل الحصر، وماعدا ذلك متروك للسلطة التنفيذية لتنظيمها عن طريق اللوائح، وبناءً على ذلك نص الدستور على ضرورة تدخل السلطة التشريعية للنص على الالتزامات المدنية والتجارية، دون أي إشارة للعقود الإدارية، وبذلك فإن المُشرع ومجلس الدولة استبعد العقود الادارية من نطاق الاختصاص التشريعي ولا يظهر piveteau أي تردد بشأن تنظيم المُشرع لعقود الأسواق العامة^(١).

(^١) voir D. piveteau, concl. Sur l'arrêt C. E ass., 5 mars 2003, ordre des avocats à la cour d'appel de paris, rec., p. 93

ولكن اتجه الفقهاء^(١) إلى انتقاد تفسير القراءة المغلوطة للنص الدستوري من حيث النقاط التالية:
- تكشف الأعمال التحضيرية للدستور عن تطور جوهري، بشأن ما تنص عليه المادة ٣١ ما قبل مشروع دستور ٢٦-٢٩ يوليو ١٩٥٨ باختصاص المُشرع، وتدخله لمعالجة المشاكل المتعلقة بقانون الالتزامات، وذلك عقب فحص النص من قبل اللجنة الاستشارية الدستورية، وتم استبعاد صراحةً الالتزامات الإدارية، لذلك يجب لتفسير هذا النص الآخذ في الاعتبار نص المادة ٣١.

يلاحظ عديد من الفقهاء أن مفهوم الالتزام المدني لا يتعارض مع مفهوم الالتزام الإداري، حيث يرى Lauchaired إن الالتزام المدني يمثل رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر، يسمى أحدهما دائن، والآخر مدين، وبموجبها يقتضي الأول من الثاني فائدة قابلة للتقويم أو للتقدير بالنقود، ومن وجهة النظر هذه لا يهم كثيراً نوع الالتزام.

وبالرغم من غياب العقوبة القانونية، فإن الالتزامات الطبيعية لا يتم تصنيفها عادة وسط الالتزامات القانونية، ولا تؤثر هذه الخاصية على وحدة الالتزامات القانونية، سواء كانت في القانون المدني أو الإداري. وإذا كان قانون الأسواق العامة هو قانون الإجراءات الإدارية الذي يتضمن التزامات قانونية، فإنه يعرض اختصاص المُشرع للمخاطرة حينما يفوض اختصاصه إلى السلطة التنفيذية، للفصل في الصفة الإدارية لتكييف بعض العقود دون اللجوء للعقوبة كمعيار.

أشار Terneyre إلى وجود التزامات إدارية تعاقدية وشبه تعاقدية، مما يعني عدم التلازم بين الالتزامات الإدارية التي تم التعاقد عليها من قبل الدولة وتلك المُبرمة عن طريق الأشخاص الإقليمية، وبقراءة كلا من المادة ٣٤ و ٧٢ من الدستور الفرنسي، نجد أنها تصرح لمجلس الدولة الفرنسي بحل هذين الوضعين حيث تحفظ للمُشرع الاختصاص في تحديد المبادئ الأساسية المتعلقة بحرية إدارة الهيئات الإقليمية، مما يؤدي إلى ارتباط الأهلية القانونية بالشخصيات العامة الموقعة بينما الأهلية المنسبة على الالتزامات الإدارية تكون ناتجة عن السلطة القانونية أو اللائحية تبعاً للأطراف.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٣٨ من قانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ المتعلق باحتمالية وجود فساد أو نزاهة في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، على أن تفويض المرفق العام يمثل عقداً يعهد من خلاله

(١) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 144 - 148

شخص معنوي عام إلى فرد أو هيئة عامة أو خاصة، بإدارة مرفق عام، وبمقتضاه يرتبط المقابل المالي بنتائج استغلال المرفق "

٢- استبعاد موضوعات الاتفاقيات الإدارية من نطاق الاختصاص التشريعي

لا يختص المُشرع الفرنسي بالتدخل في الاتفاقات المُبرمة بين الاطراف المتعاقدة، في حالة غياب الالتزام التعاقدية، وبذلك تشكل الشروط الاتفاقية التي يتضمنها التعاقد التزامات، في ضوء اعتراف القاضي الإداري بمبدأ الحرية التعاقدية للإدارة وفقاً للمواد ٣٤ و ٧٢ من الدستور الفرنسي، ومن ثم الاختصاص التشريعي الذي يمكن الهيئات الإقليمية من إبرام العقود بغرض تحسين العمل الإداري على المستوى المحلي، وتطبيقاً لذلك يستوجب رفض الطعن لتجاوز السلطة المقدم ضد القرار الصادر من جانب رئيس الوزراء برفض طلب البدء في الإجراء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٧ من الدستور بشأن اصدار مرسوم لتعديل النص الخاص بالموافقة على إبرام الاتفاقية المتعلقة بفرص ضريبة ملزمة على الطاعن ذات طبيعة مالية، يلتزم بدفعها لصالح الدولة، لفترة غير محددة، , على الرغم من ان الموافقة على الاتفاقية التي أبرمتها الدولة، لا تعتبر من بين الموضوعات المحالة إلى المُشرع بموجب المادة ٣٤ من الدستور، باستثناء النص المتعلق بإنشاء ضريبة، يكون له طبيعة تشريعية^(١).

(^١) Recours pour excès de pouvoir dirigé contre un refus implicite opposé par le Premier ministre à une demande d'engagement de la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution pour procéder par décret à la modification d'un texte de forme législative approuvant la conclusion d'une convention. Pour apprécier la nature législative ou réglementaire des dispositions du texte en cause, il y a lieu d'examiner le contenu de la convention. Convention prévoyant, à la charge d'une personne au bénéfice de laquelle l'Etat avait procédé à des avances, un prélèvement de 50% de ses bénéfices annuels, puis de 25% de ceux-ci à compter de l'extinction du remboursement des avances consenties, sans limitation de durée. En pérennisant la participation de l'Etat à ses résultats, la loi doit être regardée comme ayant imposé à cette personne, sans aucune contrepartie pour elle, l'obligation d'avoir à acquitter au profit de l'Etat, pour une durée indéterminée, un prélèvement obligatoire de caractère fiscal. Ainsi, alors même que l'approbation d'une convention conclue par l'Etat n'est pas, en principe, au nombre des matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution, les dispositions en cause, qui créent une imposition de toute nature, ont un caractère législatif.

Conseil d'État 3ème et 8ème sous-sections réunies ,27 juillet 2009,N° 295637 ,Mentionné dans les tables du recueil Lebon

ولتقدير الطبيعة التشريعية أو التنظيمية لأحكام النص المعني، لا بد من فحص محتوى الاتفاقية.

ولكن هل ينتبأ القانون بمضمون الاتفاقيات المحدد سلفاً لطرق التوقيع عليها وتنفيذها، ومثال ذلك قانون التوجيه في أول اغسطس عام ٢٠٠٣، عقود التكتلات، عقود الاهداف الاقليمية، وكذلك الاتفاقات التي تبرمها الدولة والتي تتمثل في عقود المشروعات التي حلت محل عقود الخطة المقررة بنص القانون والمحددة اليها بمنشور ٦ مارس عام ٢٠٠٦، وكذلك المنشورات التي تسمح بتوقيع اتفاقيات إدارية ومن امثلتها العقود المحلية للأمن، وبعض عقود البرامج، وعقود الطفولة والشباب.

وعلى ذات النهج نشرت غرفة التجارة والصناعة بـ *pointe a pitre* بتاريخ ٢١ ديسمبر عام ٢٠٠٩ مشروع حول إبرام اتفاقية إشغال مال عام وهو استغلال بوتيك بشرط عدم خضوعه للضرائب المقررة في *Guadeloupe* استناداً للمادة ٥٥١-٥ من قانون القضاء الإداري الفرنسي مما جعل قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة الإدارية في *Basse-Terre* يرفض عرض شركة *sori* بسبب خضوع المنتجات المحلية التي يتضمنها العرض للضرائب، وإلزام المالك الجديد بأن يستغل البوتيك خارج إطار تطبيق الضرائب، وذلك بالخضوع لمجموعة من الشروط المتعلقة بجودة الخدمة وتنظيم المواعيد، مع ملاحظة أن هذه الاتفاقية تحظر إبرام عقود تفويض المرفق العام بشأن هذا الموضوع^(١). ولكن لا يجب إهمال العديد من الاتفاقيات الإدارية المُبرمة دون نص يوفر لبعض الإدارات، في إطار عقود المرافق العامة، تقديم خدمات متعلقة بالمعلومات المُحوسبة وتحديثها بالبيانات المتعلقة بالأماكن المتاحة في مرافق رعاية الطفل؛ مع ضمان تحقيق وصيانة مواقع الإنترنت التي من خلالها تنشر الإدارات هذه المعلومات، ومن خلال التقسيم الدستوري للاختصاصات والاهلية يمكن التمييز بين الشروط الملزمة والتوجيهية.

وكذلك نص المادة ٥ من -قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصري^(٢) بشأن محضر اجتماع الجمعية العمومية العادية للنقابة العامة لعمال الغزل والنسيج والملابس الجاهزة وحلج وكبس القطن. التي تنص على

(^١) voir Pascal Caille, le Référé précontractuel est inapplicable aux procédures de mise en concurrence des conventions domaniales, l'actualité juridique droit administratif, n 23 2011/, p.1331

(^٢) قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصري -رقم: - 0 لسنة: - 2018 بتاريخ 30-8-2018

اختصاصات الوظائف الواردة في الهيكل الإداري للنقابة إدارة العلاقات العمالية التي تختص بوضع وتنفيذ الخطط التي تؤدي إلى ضمان توفير شروط العمل الملائمة والعدالة بما يكفل تحقيق الاستقرار بالمنشآت التي يتبعها أعضاء النقابة، وتهيئة المناخ الملائم لعلاقات عمل متوازنة تحقق مصلحة طرفي الإنتاج، وتدعم الاقتصاد القومي ومن ثم السلام الاجتماعي، ولها في سبيل ذلك القيام بالأعمال التالية:

١- العمل على فض وانقائ منازعات العمل الجماعية بالطرق الودية وصولا لإبرام اتفاقيات عمل جماعية تحقق شروط وظروف عمل أفضل للعمال، ومتابعة تطبيقها.

ثانياً:- الصعوبات التي تواجه التدخل التشريعي

فقد يتدخل المُشرع لإقرار الطبيعة التعاقدية بطريقة مسبقة لأحد الشروط التي تتضمنها العقود الاتفاقية من خلال نص المادة ١٢ من قانون ٢٩ يوليو عام ١٩٨٢، حيث أعلن المُشرع على أن عقود الخطة معروفة بتضمينها فقط، على شروط تعاقدية، نتج عنه غموض مزدوج. فضلا عن تدخل إرادة المُشرع في إجراء تكييف قانوني لتمييز العمليات التعاقدية، ولكن يثور التساؤل عن مدى إلزامية النصوص القانونية وبصفة خاصة للأطراف وللقاضي الإداري مع الوضع في الاعتبار، ان التدخل التشريعي يتضمن اسبقية التكييف القانوني، لذلك لا بد أن تكون شروط الاتفاقيات الإدارية ذات طبيعة تعاقدية، لضمان أمن العلاقات التعاقدية، ولكن هل يمكن اعتبار ان أولوية الوصف التشريعي، تمثل مصدر التباس بين نية المُشرع والنية الخاصة بالأطراف؟.

وللإجابة على ذلك لا بد من الاستعانة بالتطبيقات التشريعية، حيث يتم تكييف عقود المشتريات العامة بالعقود الإدارية، وفقا للمعنى المقصود في المادة ١ من قانون المشتريات العامة الفرنسي، بان "العقود الادارية، هي العقود المبرمة بين السلطة العامة والجمهور، بهدف تلبية احتياجاتها من الأعمال أو التوريدات أو الخدمات." ووفقا لأحكام المادة ٢ من القانون رقم ٢٠٠١-١١٦٨ الصادر في ١١ ديسمبر ٢٠٠١ الذي يسمى "MURCEF" المتعلق بالتدابير الطارئة في سبيل تحقيق اصلاحات اقتصادية ومالية، بان "العقود المنصوص عليها بموجب قانون المشتريات ذات طبيعة عقدية ادارية". وبذلك فان التكييف التشريعي، قام بإضفاء الطبيعة العقدية الإدارية على عقود الشراء العامة، وعلى جميع العقود العامة من خلال قانون العقود الادارية. ولكن من الانتقادات التي وجهت لهذا القانون، انه يؤدي إلى

اتساع طائفة العقود الادارية عن طريق ادراج عقود من القانون الخاص ضمنها، كما هو الحال في اغلب العقود المالية، او عقود التامين.⁽¹⁾

حيث توجد عقود مُبرمة من قِبل أشخاص خاصة، وتدخل ضمن طائفة العقود الإدارية المعرفة بنص القانون، بالرغم من انها لا تمثل أياً من الخصائص المادية للعقد الإداري وفقاً للمعايير القضائية. وبذلك يوجد نوعين من العقود، عقود إدارية المصدر تتميز بهدفها او خصائصها، وتلك التي لديها معيار رسمي ويميزها القانون كنوع من العقود الإدارية المنشأة⁽²⁾.

وكما أشار tERNEYRE، فإن العقود الاتفاقية تتضمن المعايير التعاقدية، وتلك هي النية الواضحة للمُشرع، الذي اعتنى بالإشارة إلى أن هذه العقود تضمنت تعهدات متبادلة للأطراف، والتي كانت معروفة أنها لا تتضمن إلا شروط تعاقدية.

وبذلك فرض القانون إلصاق الصفة الخاصة بالعقد على عقود الخطة، وفقاً لما أكده. Trucher، بأن قانون ٢٩ يوليو عام ١٩٨٢ المتضمن اصلاح التخطيط - ازال كل شك اتجاه العقود التي أصبحت معروفة، بأنها لا تتضمن إلا شروط تعاقدية. وقد اعتبر الفقهاء أن الطبيعة التعاقدية لعقود الخطة، أصبحت غير قابلة للنزاع واكدت على ذلك كتابات. jacquet⁽³⁾.

وعلى ذلك فإنه بموجب المادة ١١ من قانون ٢٩ يوليو ١٩٨٢ المشار إليه أعلاه: "يجوز للدولة إبرام عقود خطة مع السلطات المحلية والمناطق والشركات العامة أو الخاصة والأشخاص الاعتباريين مع التزامات متبادلة من الطرفين لتنفيذ برامجها ذات الأولوية"، ووفقاً للمادة ١٢ من القانون: ". .. لا يجوز انهاء عقود الخطة من قبل الدولة قبل تاريخ انتهائها الطبيعي، طبقاً للأشكال والشروط المحددة سلفاً، فضلاً عن أنها تتضمن شروط تعاقدية فقط. .. "

إذ تضع في اعتبارها، ان الدولة لم تستفيد إلا من سلطتها لإنهاء العقود الخاصة من جانب واحد

(1) voir yves gaudemet , op. cit.,p. 320

(2) voir yves gaudemet , op. cit.,p. 320

(3) voir H. Jacquot, " la planification (loi n 82-653 du 29 juillet 1982)", A.J.D.A,1982,p.581

التي أبرمتها مع المؤسسة المعنية ووكالة مياه لوار بريتاني.⁽¹⁾

وأخيراً ظهر التطابق القانوني للطبيعة التعاقدية لعقود الخطة، بإخضاع هذه العقود للقانون، الذي يقوى دعم الاطراف حول تعهداتهم التعاقدية الملزمة لهم معنوياً وسياسياً، باعتبار أن الضمانات التي يقدمها النظام التعاقدى استطاع حث القانون على الاحتفاظ بوصف العقد. وبذلك أصبح من المستحيل استبعاد القاضي الإداري للطبيعة التعاقدية لعقود الخطة. وبناءً على ذلك، يتقيد مجلس الدولة الفرنسي باحترام الوصف القانوني لهذه الاتفاقات، لكي يتم الحكم على قانونية العقد، حيث رفض الطعن لتجاوز السلطة المقدم من لجنة CSG ASSOCIATION ، بإلغاء اتفاقية الإدارة للفترة ٢٠٠٦-٢٠٠٩، المُبرمة بتاريخ ٣١ مايو ٢٠٠٦ بين الدولة والوكالة. ومؤسسات الضمان الاجتماعي المركزي (ACOSS)، باعتبار ان النصوص التشريعية ومحتواها، تضى على الاتفاقية الطابع التعاقدى.⁽²⁾ وفى

⁽¹⁾ Aux termes d'un protocole d'accord prévu par un contrat de plan interrégional dans le cadre du IXème plan, l'Etat, l'Agence financière de bassin et l'Etablissement public d'aménagement d'un fleuve ont décidé la réalisation d'un barrage. Ce protocole d'accord et la charte ultérieure, par laquelle les mêmes parties ont confirmé leurs engagements, constituent, au sens des dispositions de l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, des contrats particuliers dont les stipulations mettaient des obligations précises tant à la charge de l'Etat et de l'Agence de bassin, pour le financement de la construction du barrage, qu'à la charge de l'Etablissement public d'aménagement, pour ce même financement, ainsi que pour les modalités de réalisation de l'opération. La décision par laquelle le Premier ministre a décidé qu'à la suite de l'adoption d'un nouveau programme interrégional pour les années 2000 à 2006, l'Etat n'apporterait plus son concours financier à la construction du barrage, doit être regardée comme emportant, pour un motif d'intérêt général et par application des règles générales s'appliquant à tous les contrats administratifs, résiliation du protocole et de la charte. Dès lors, en vertu des mêmes règles et en l'absence de toute stipulation y faisant obstacle, l'Etablissement public est en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant pour lui de cette résiliation unilatérale

Cour administrative d'appel de Nantes , 30 décembre 2005, N° 04NT00123 , Mentionné dans les tables du recueil Lebon

⁽²⁾ Il résulte tant de l'article L. 227-1 du code de la sécurité sociale que du contenu de ce document que la convention d'objectifs et de gestion conclue entre l'Etat et l'agence

حكم اخر اذا ابرمت اتفاقية التدريب الوظيفي بين صاحب العمل والدولة طبقا لأحكام المرسوم الصادر في ٢٢ سبتمبر ١٩٨٢ الذي قام بإضفاء الطبيعة العقدية عليه، فإنه لا يحق لصاحب العمل، أن يطلب من القاضي إلغاء العقد لتجاوز السلطة، وإنما اقتصر الاختصاص القضائي على نظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد.^(١)

وتكشف أحكام مجلس الدولة الفرنسي عن رفضها، لما تتضمنه نصوص القوانين، ومنها قانون ٢٩ يوليو لعام ١٩٨٢ الذي يتضمن مفهوم آخر لعقد الخطة المُبرم بين الدولة والأقاليم، يختلف عن مفهوم الشرط التعاقدي. وبذلك أبدى القاضي الإداري رأيه دون غموض لصالح التكييف التعاقدي، بالرغم من إخضاع المشرع، أعمال عقود الخطة لشروط غير مألوفة كما في العقود الاتفاقية. لذلك اعتبر القاضي الإداري ان عقد الخطة الموقع بتاريخ ١٩٨٤ بين الدولة وشركة كهرباء فرنسا، يعد عقدا اداريا، نتيجة نص المادة ١٢ من قانون ٢٩ يوليو ١٩٨٢، مما تسبب في حدوث التباس فترة طويلة.

ولكي يتم التطابق بين التكييف القانوني والتطبيق القضائي، يجب الاستناد إلى تفسير أكثر مطابقة للنصوص القانونية، لذلك لابد من الاستعانة بنص القانون ٢٩ يوليو لعام ١٩٨٢ الذي يجعل شروط عقود الخطة دائماً ما يتم التمسك بها المتعاقدين، مع استبعاد إمكانية تدخل الدولة بشروط تنظيمية في هذه الاتفاقيات. وقد أكد S.dael على ان المشرع استبعد إمكانية دمج الشروط التنظيمية، وأشار إلى افتراض توافر الشرط التعاقدي، من اجل التنبؤ بآثار مستقبلية، وبذلك أصبحت صياغة المادة ١٢ من القانون غامضة وتشكل عائقاً أمام إدماج النصوص التنظيمية داخل عقود الخطة. لذلك لابد أن تتضمن

centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) a un caractère contractuel.

Il résulte tant de l'article L. 227-1 du code de la sécurité sociale que du contenu de ce document que la convention d'objectifs et de gestion conclue entre l'Etat et l'agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) a un caractère contractuel. Par suite, et dès lors que les conclusions du requérant ne tendent pas à l'annulation d'un acte détachable de cette convention et qu'elles ne sont pas non plus dirigées contre des clauses règlementaires qui s'y trouveraient incluses, le recours en excès de pouvoir introduit contre cette convention est irrecevable. Conseil d'État 1ère et 6ème sous-sections réunies ; 18 février 2009 ;N° 295233 Mentionné dans les tables du recueil Lebon

(¹) Conseil d'Etat ,1 / 4 SSR23 septembre 1987 ,N° 65224 ,Publié au recueil Lebon

عقود الخطة النص على شروط تعاقدية ملزمة، وفي المقابل يجوز اتفاق الاطراف على ادراج شروط توجيهية.⁽¹⁾

وعلى ذلك لا بد من استبعاد رأي⁽²⁾ Turpin الذي أشار إلى عدم مخالفة الشروط التعاقدية التي تتضمنها عقود الخطة مع الشروط التنظيمية التي تنص عليها بعض العقود الإدارية، حيث تجاهل هذا الرأي الطبيعة التفاوضية لهذه الشروط التي تظهر، كنقاط توصلت على أساسها الدولة والأقاليم إلى إبرام اتفاق، بالإضافة لذلك توجد شروط تفاوضية ذات طبيعة تنظيمية، تظهر حينما يتدخل المشرع بتحديد هذه الشروط. وبكل وضوح أدرك مجلس الدولة التمييز بين الشروط التعاقدية واللائحية، من خلال الاعتراف بالصفة التعاقدية لعقد الأشغال العامة، وعدم قبول الطعن عليه أمام القضاء بالانحراف في السلطة. وبذلك افترض القاضي الإداري ضمناً استبعاد الدمج المحتمل للشروط التنظيمية كوسيلة قانونية، تسمح باللجوء إلى القضاء للطعن بالإلغاء. لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي، على أنه لا يجوز أن يكون عقد المرفق العام المُبرم بين الدولة وبنك فرنسا، موضوعاً لإساءة استخدام السلطة، لاعتباره ذو طبيعة تعاقدية، ولكن هذا لا يمنع من قبول الطعن بالإلغاء في قرار التوقيع على هذا العقد.⁽³⁾

ومن ناحية اخرى لجأ المٌشرع بالنص على الشروط التعاقدية التي يجب تضمينها للاتفاق، فيما يخص علاقة الوصاية بين الدولة والهيئات الاقليمية أو شركات قطاع عام. مع ملاحظة ان هذه التقنية لم تكن مستخدمة من قبل في العلاقة بين الهيئات الاقليمية، ولكن يمكن تفسير ذلك، بأن المٌشرع قد استخدم هذه الصيغة، لكي يمنح ضمانات للأطراف.

⁽¹⁾ voir S. Dael, concl., sur l'arrêt C.E ass., 8 janv., 1988, min. charge du plan et de l'aménagement du territoire c/communaute urbaine de Strasbourg, R F D A, 1988, p.25

⁽²⁾ Sebastien Hourson , op. cit.,p. 157

⁽³⁾ Un contrat de service public conclu entre l'Etat et la Banque de France, dès lors qu'il revêt un caractère exclusivement contractuel, n'est pas susceptible de faite l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.,b) La décision de signer ce contrat est en revanche susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Conseil d'Etat ,7EME ET 2EME SOUS-SECTIONS REUNIES , 7 mars 2005 comite central d entreprise de la banque de France ,rec., p.546 ,N° 259320 , Mentionné dans les tables du recueil Lebon

وبناءً على ذلك، لا يمكن اعتبار شروط عقود الخطة في جميع الأحوال تعاقدية، حيث ان القانون لا يحدد الطبيعة القانونية للعقد، وإنما يلغي فقط دمج الشروط التنظيمية ويترك مساحة لتقدير القاضي حول مدى الزامية مضمون الشروط لحفظ الطبيعة التعاقدية لهذه العقود، وبناءً على ذلك لا يمكن تكييف شروط الخطة بالطبيعة التنظيمية. وقد فسر قضاء *cazeele* اللجوء إلى الطعن بتجاوز السلطة ضد البنود اللائحية للعقد بظاهرة ارتباط العصر الراهن بأنظمة السلطة الإدارية في الاتفاقات المُبرمة في عدد من مجالات القانون العام الاقتصادي، مما قد يؤدي إلى اندماج العقد المُلزم لطرف واحد في العقد التعاقدى الامر الذى يسمح بغياب الحدود الحقيقية بينهم⁽¹⁾.

وبالنسبة للاتفاقيات الإدارية المُبرمة بين اشخاص القانون العام، يستطيع القاضي اعتبار أن شروط العقود الحالية للمشروعات لا تتصف بالطبيعة الملزمة، لكى يتم اعتبارها شروط تعاقدية، على سبيل المثال عقد مشروعات الدولة - اقليم *Ilede France* لا يتضمن الا ثلاث مواد تنص المادة الأولى منه، على تعهد شامل للأطراف لمدة سبع سنوات بتنفيذ تضامني للإجراءات والأعمال التي تتضمنها الوثيقة الحالية. وبالتالي يتم تقديم الأعمال حول البطالة والبيئة والتكافل الاجتماعي، وتشير قراءة هذه الوثائق إلى أن الشروط هي تعليمات بسيطة لا تكشف عن رغبة الأطراف في الارتباط بالتزامات قانونية⁽²⁾، وبذلك فإن عقود الخطة أوضحت الصعوبات التي وضعها تدخل المُشرع لتحديد الوصف التعاقدى، وعلى سبيل المثال اضعاء الطبيعة الإدارية لعقود الشراكة العامة دون تحديد الطبيعة العقدية لها من قِبَل المُشرع الامر الذى يسمح بتوحيد الاختصاص التشريعي المتعلق بالعقود الادارية، وفي المقابل فيما يخص عقود الخطة، أثارت الصيغة المستخدمة الكثير من الغموض آخذين في الاعتبار الخلط بين النص التشريعي وعدم ملائمة التكييف التعاقدى مع التطبيق. وفي الظاهر يتقيد مجلس الدولة بالتحديد المسبق الذي أجراه المُشرع، ولكن اليوم تم الفصل بين التكييف القانوني وطبيعة مضمون الاتفاقيات الإدارية، مما يولد نوع من التقارب بين عقود الخطة التي تحدد نظامها طبقاً لمضمون نص قانون ٢٦ يوليو ١٩٨٢ والوصف القانوني لها، وبذلك يشير مثل ذلك التطور إلى الدور الرئيسي للأطراف بخصوص الالتزام بالتكييف القانوني.

(1) voir Yves Gaudemet , op.cit. ,p. 317

(2) voir G. Marcou, " les contrats entre l'état et les collectivites territoriales. Réflexions sur quelques problemes juridiques et administratifs", A. J. D. A , 2003,p. 983

الفرع الثاني

التأثير المحدود لإرادة الأطراف

L'influence déterminante des parties

يفترض عند تحرير أحد العقود الاتفاقية، الرجوع للأطراف الذين توافقوا على مضمون النصوص التعاقدية، لتمييز هذه العقود، ولكن يمكن للتكييف القانوني اجبار القاضي على التمسك بتطابق الشروط التعاقدية للنص القانوني المحدد سلفاً، وبذلك يركز التمييز المقترح على إرادة الأطراف، بحيث يمكن التعهد بالشروط الملزمة أو التوجيهية في حدود نص القانون.

أولاً: - مضمون محدد من قِبَل الأطراف:-

تحدد الطبيعة القانونية للاتفاقية من خلال الهدف الذي يتغياه الأطراف، حيث يكون لهم كامل الحرية في تحديد شروط العقد⁽¹⁾.

وفي حالة تحديد نص المشرع المسبق، يشير الفقهاء بإجماع الآراء على أن إعداد العقود الإدارية، يركز في الأساس على وثائق عامة ذات قيمة قانونية كما يؤكد Richer⁽²⁾، بالإضافة إلى الشروط الملزمة التي يمكن للنصوص القانونية أن تفرضها. ومن جانب آخر، فإن أولوية تحديد مضمون العقود الاتفاقية بنص قانوني يمثل الأمن القانوني للعلاقات التعاقدية، مما يسمح بتجنب الأخطاء المحتملة عند تحرير العقود ومخاطر اللجوء إلى نزاع قضائي. وهكذا يزود القانون الوضعي العديد من التوضيحات من خلال معايير تحديد العقود الإدارية، ومن بين التوضيحات الكاشفة التي تشكل آلية التحديد المسبق، تفويض المرفق العام. لذلك يثور التساؤل عن مدى الحرية التي يحتفظ بها الافراد، عندما يكون النص القانوني ملزم، ويحدد محتوى الشروط التي يجب أن تتضمنها العقود المستقبلية، وعلى سبيل المثال تقرير الشروط التوجيهية العامة المصدق عليها بقرار ١٩ يناير ٢٠٠٩ والتي تشير المادة ١٠٥ منه إلى احترام شرط السرية الذي لا يستطيع الأطراف تفعيله في العقود الادارية لتعارضه مع قواعد المنافسة؟ ويلاحظ في هذا الشأن تتداخل مفهوم الاتفاقيات الادارية مع العقود الادارية، نتيجة للتحديد

(1) voir Pierre-Yves Gahdoun, la liberté contractuelle dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Dalloz, 2008, p.31-32

(2) Sebastien Hourson , op. cit., p.160- 161

المسبق للنص الذى يؤدى إلى بعض التناقض والتداخل في العلاقات التعاقدية، ولكن قد يسبب التحديد المسبق للنص إهدار لحرية الأطراف، من خلال اتجاه كلاً من المتعاقدين إلى إعداد الشروط في إطار ضيق رسمته النصوص التشريعية الامر الذى يؤدي إلى تقليص دورهم في إعداد العقد، بحيث يكون الاعتماد الجوهري على تطبيق النص التشريعي.

ثانياً: -- مضمون خاضع لتقدير القاضي الإداري:--

يلتزم القاضي الإداري بتفسير العقد، بهدف التوصل للنية المشتركة التي انصرفت إليها ارادة كلا من المتعاقدين، وبذلك اذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يكون للقاضي أحقية في التفسير، إما اذا كانت غامضة، فان القاضي يتدخل لتفسير النص الغامض.

مع ملاحظة أن المقصود بالوضوح، هو وضوح الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أما إذا احتملت العبارة أكثر من معنى، فيجب على القاضي ترجيح المعنى الذي يتفق مع طبيعة العقد مالم يتم الاتفاق بين المتعاقدين على خلاف ذلك. ويلاحظ في هذا الشأن، ان حرية الأطراف منقوصة في علاقات القانون العام بالنسبة لتحديد الشروط التعاقدية، وبذلك يثور التساؤل حول مدى نجاح السياسة التعاقدية؟ وهل تفرض على الأطراف حرية إبرام عقود تتلائم مع توقعاتهم؟ وللإجابة على هذا التساؤل نجد ان عقود المشروعات تتضمن العديد من الشروط التي لها قابلية للتفاوض بالرغم من انها، تنص على مشروعات يمكن أن تتضمنها اتفاقية. وفي المقابل تظهر عقود أخرى خاضعة لتعليمات، منها عقود الأمن المحلية التي يتم تضمينها بعض العناصر المذكورة في الجزء الثاني من النشرة الصادرة في ٢٨ أكتوبر ١٩٩٧^(١). وبناءً على ذلك يمكن استنتاج ان دور الأطراف في إبرام الاتفاقات، يكون أضعف في حالة تحديد الشروط بنص قانوني مسبق، لذلك لا يجب على القاضي إهمال دور إرادة الأطراف، عندما يعهد إليه بتحديد التكييف القانوني للاتفاق، وفي حالة غياب التدخل التشريعي لا يمكن تكييف الاتفاق المبرم بين الاطراف إلا بعد فحص الشروط التي يتضمنها. وعلى ذلك يشكك^(٢) Waline في صحة الفرضية التي تعيد للأطراف فقط، إمكانية إدراك الالتزامات داخل العقود الاتفاقية، حيث ينكر هذا الرأي دور المشرع والسلطة التنفيذية وعلى الاخص دور القاضي، حينما يتولى سلطة تقدير مضمون الشروط،

(١) circulaire du 28 oct.,1997 relative à la mise en oeuvre des contrats locaux de sécurité,J.

O. R. F , 30 oct., 1997,p.15757

(٢) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 163

والذي بدوره يبحث في إعادة فحص النية المشتركة للأطراف، لتفسير الشروط ويساهم نوعاً ما في إنشاء اتفاق منفذاً لإرادة الأطراف. وقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر في بقولها: (تضمنت الأعمال التحضيرية للقانون المدني فيما يتعلق بحكم المادة " ١٤٨ " المشار إليه ما يلي: " تتناول الفقرة الثانية من المادة المذكورة تعيين المقصود بمضمون العقد، فهو لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد، بل يلزمه كذلك بما يقتضيه طبيعته وفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة، فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية، وما يقتضيه العرف في شرف التعامل"، وبهذا يجمع المشرع المصري بين معيارين: أحدهما ذاتي قوامه نية المتعاقد، وقد اختاره التقنين الفرنسي، والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به القانون الألماني، ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المباني دون المعاني، كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان، فحسن النية يظلل العقود جميعاً، سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها، أم فيما يتعلق بتنفيذها. (١).

ولكى يتم التعرف على دور القاضي الإداري في تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقية، لابد من دراسة بعض التطبيقات القضائية كما يلي: -

١ - القاضي وعقد الخطة: -

قرر مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر تأكيد اتجاه وزير التخطيط، بإضفاء الطبيعة التعاقدية على عقود الخطة المبرمة بين الدولة والأقاليم، وقد أثار حكم Association Estuaire Ecologie الشك في النفوس حينما اعتبر أن الاتفاقيات لا تمثل في حد ذاتها عقبة مباشرة تجاه تنفيذ الأعمال أو العمليات المنفق عليها. وبناءً على ذلك قد أعرب القاضي الإداري في حكمه الصادر بتاريخ ١٩ نوفمبر عام ١٩٩٩ الخاص بالاتحاد النقابي للعاملين بالبريد والاتصالات، بأن عقد الخطة المبرم بين الدولة والبريد ذو طبيعة تعاقدية ولا يمنع ذلك الطرف الثالث، بإلغاء بعض بنوده ذات الطبيعة اللائحية (٢). وبذلك يتمتع القاضي الإداري بسلطة تفسير العقود الإدارية طبقاً للتقرير العام لمجلس الدولة عام ٢٠٠٨، مما يؤدي إلى التساؤل عن سلطة القاضي الإداري في تكييف الاتفاقيات إلى عقود وبروتوكولات اتفاقيات؟

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٧٢٨٩ - لسنة ٥٨ قضائية - بتاريخ ٢٣ - ١ - ٢٠١٨، حكم غير منشور
(٢) voir jean - David Dreyfus, actualité des contrats entre personnes publiques, l'actualité juridique droit administratif, 20 juillet, 20 qout 2000n 7-8/2000,p.576

وفي هذا المعنى استطاع مجلس الدولة إعلان ان محكمة الاستئناف الإدارية في مدينة Nantes قامت بتقدير الطبيعة التعاقدية لبروتوكول الاتفاق في ١٣ فبراير ١٩٨٦ والملحق المكمل له والصادر بتاريخ ٦ يوليو ١٩٩٤، ولم ترتكب المحكمة خطأ في القانون بتكليف بروتوكول الاتفاق كعقد بالمعنى المقصود في النصوص السابق ذكرها في المادة ١١ من قانون ٢٩ يوليو ١٩٨٢ والمتضمنة إصلاح للخطة، حيث تنتج الطبيعة التعاقدية للعقد عن تحليل موضوعي للشروط. مما يجعل القاضي من خلال حكمه يولى الاهتمام إلى توافق الأطراف والارتباط بالحقوق والالتزامات وفي هذه الحالة، تنتج طبيعة العقد من تطبيق التوجيهات المتوقعة من عقد الخطة وتلبية الشروط القانونية. وعلى النقيض يجوز للقاضي الإداري استبعاد وصف العقد عن الاتفاقيات المبرمة من جانب الدولة واقليم Limousine الذي افترض فيه، أنه إذا كان بروتوكول الاتفاق المبرم بتاريخ ٢١ فبراير ٢٠٠١، لم يحدد الهدف وتضمن توقعات عن طريق اتفاقيات لاحقة، فانه يشكل اعلان بسيط للنوايا دون أي أثر قانوني، وفي المقابل فإن الثلاث اتفاقيات الموقعة في ١٣ نوفمبر ٢٠٠١، ١٢ سبتمبر ٢٠٠٢ تحوز الطبيعة العقدية لتقرير المسؤولية التعاقدية للدولة، ولكن هل يشير هذا الحكم إلى عدم توافق الأطراف على الارتباط بالالتزامات تعاقدية؟ وقد استند القاضي الإداري لبعض الوسائل لتكليف الاتفاقيات^(١)، كما توضح تقارير مفوضي الحكومة، بأنه لكي يتم تحديد النية المشتركة للأطراف، يجب على القاضي الإحالة إلى الشروط التقليدية التي يتضمنها النص التعاقدية مما يلزم القاضي بالاستناد إلى تفسير الالتزامات المبرمة بين الأطراف^(٢). وكما اشار Georges Pequignot إلى أن تفسير العقد، يجب أن يضع في الاعتبار ضروريات المرفق العام على التوازي مع نية الأطراف، لذلك يجب على القاضي الرجوع إلى مرحلة إعداد العقد، وعلى سبيل المثال، المداولة المشتركة للأطراف التي تركز على المساومات والمشاورات التي سبقت إبرام العقد. ومن ناحية أخرى استخدام مقدمة الاتفاقية في تفسير شروطها، مما يجعل التفسير القانوني لا يتبع شكل ثابت كما لاحظ Leorens، بقوله أن مجلس الدولة، يتمتع بسلطة تقدير واسعة حيال تفسير مصطلحات الاتفاقية، بما يتلائم مع النية المشتركة للأطراف.

ولكن يثار التساؤل في حالة اذا كانت الاتفاقية مختلطة، وتتضمن إشغال مال عام وتفويض

(١) voir C.E, 21 déc., 2007, Région du Limousine, rec., p. 534

(٢) voir M.morisot, concl. sur l' arrêt C.E sect., 28 janv. 1977, minister des finances c/société Heurtey-Metallurgie, A.J.D.A,1977,p.394

في هذه الحالة، لابد ان يحدد قاضي العقد طبيعة الاتفاقية، بالبحث عن الهدف الأساسي منه في ضوء تفسير نية المتعاقدين اثناء إبرام الاتفاق، فاذا كانت الاتفاقية المبرمة بين شخص من اشخاص القانون الخاص وجهة إدارية بهدف تلبية احتياجات عامة، وكانت تتضمن شروطها تنظيم موضوعين، (اولهما) يعهد لشخص بسلطة إشغال مال عام بهدف تنظيم مجموعة من الاختبارات الرياضية من خلال تفويضه مهمة مرفق عام (ثانيهما) مما يؤدي لتعدد أهدافه، فما هو موضوع الاتفاقية؟ وقد أجابت المحكمة على ذلك بأن الموضوع الغالب في الاتفاقية هو تفويض مرفق عام، مما يجعلها تخضع لقواعده، ويكون للاتفاقية الطابع التعاقدية مما يدخلها في نطاق تطبيق قانون العقود الادارية، فاذا تبين تجاهل الاطراف لإجراءات العلانية وقواعد المنافسة بالمخالفة لقانون العقود الادارية، يستوجب الغاء العقد، وبذلك يتحدد مدى الالتزام بإجراءات الإعلان المسبق وقواعد المنافسة طبقا للطبيعة القانونية للعقد المقررة من جانب القاضي كما ذكر Boulouis⁽¹⁾

ولكن في بعض الفرضيات، يبدو اتجاه مجلس الدولة قابل للنقد، عندما يستسلم لتفسير قائم على إرادة الأطراف المتعاقدة، حيث يجوز للقاضي الإداري أن يغير من طبيعة الشروط بالبحث عن إرادة الأطراف في وقت إبرام العقد، وبذلك يكون القاضي مسئولاً عن تصويب الإرادة المفترضة للأطراف مما يجعل سلطته الابتكارية تتعدى تفسير الشروط كما أشار .، .Bienvenu.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ما انتهت إليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأنه (كما وأن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في تفسير العقود (المدنية والإدارية) أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كانت العبارة غير واضحة فيجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي توافره من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات والمقصود بوضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التفسير الواضح ففي هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يعدل عنه ذلك لأن العبرة في تفسير العقود والتعرف على النية

(¹) voir Jean- Marc favret,office du juge du contrat à l' égard d'une convention mixte, chronique de jurisprudence des cours administrative d'appel, l'actualité juridique droit administratif , 16 janvier 2017-n1-2017,p.28-30

المشتركة للمتعاقدين يكون عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها^(١).

٢ - القاضي واتفاقيات نقل الخدمات:-

تم توقيع اتفاقية متعلقة بنقل بعض خدمات الإدارات للمعدات، وتم التصديق عليها بقرار وزاري بتاريخ ٦ نوفمبر عام ١٩٧٨، وفي هذا العقد تعهدت الدولة بنقل مجموعة من العمال إلى قسم البريد، ولكنها اخلت بالتزامها، مما اضطر المجلس العام إلى ارسال بعض من موظفيه لسد العجز الموجود، وفي ضوء إضفاء الطبيعة التعاقدية على الاتفاقية، فإن المجلس العام يتحمل المسؤولية التعاقدية امام القاضي الإداري بناءً على نص المادة ٨ من قانون ٧ يناير عام ١٩٨٣ بأن " يكون للأطراف المسؤولة عن أداء الخدمات، الاختصاص داخل حدود الإقليم أو المحافظة، ويتم إعادة التنظيم عن طريق اتفاق بين رؤساء المجالس العامة والاقليمية وممثل الدولة^(٢) .

٣-القاضي واتفاقيات الشراكة بين شبكات الصحة والعاملين بمجال الصحة:-

تستهدف هذه الاتفاقيات اختيار مهنيين صحيين وإحاقهم بالعمل في هذه الشبكات، وقام المُشرع بنص قانون le ROUX في عام ٢٠١٤ بتحديد قواعد الحماية المطبقة على المهنيين الصحيين والمرضى، وهي قواعد لا يجوز لهذه الاتفاقيات أن تحيد عنها، فإذا تم اعتبار الاتفاقية مذكرة تفاهم متبادل، يمكن أن تشكل ممارسة مانعة للمنافسة، مع ملاحظة أنها تؤدي إلى حماية الحقوق الأساسية للمرضى من خلال الفوائد الطبية التي يسلمها المهنيين الصحيين للشبكة وتمثل المعدات والادوات والمنتجات الصحية موضوع النصوص القانونية في قانون الصحة العامة، وكلما زاد نظام المعالجة القانونية للمهن والمنتجات الطبية، كلما قلت قدرة الاتفاقية على خلق بنود تعاقدية حقيقية، حيث تعتبر معظم نصوص قانون الصحة العامة من قواعد النظام العام، باعتبار أن كل بند يقابله التزام قانوني يكون ملغي، لأن المهني الصحي يجد مسؤوليته تجاه المريض، وان التزامه يتعارض مع نصوص قانون الصحة العامة، في حين أن هذا الالتزام منصوص عليه في الاتفاقية، ومن ثم فإن هذه الاتفاقيات لا يمكنها إنكار النصوص القانونية المذكورة في قانون الصحة العامة، لذلك نتساءل عما يمكن أن تقدمه هذه الاتفاقيات من التزامات يمكن أن تمثل بنوداً تعاقدية حقيقية^(٣) .

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٤٩٥٠٦ - لسنة ٦٢ قضائية - بتاريخ ١٨ - ٣ - ٢٠١٨، حكم غير منشور

(٢) voir Jean - David Dreyfus, actualité des contrats entre personnes publiques, l'actualité juridique droit administratif, 20 juillet ,20 août 2000n 7-8/2000,p.576

(٣) voir Anne-Sophie Ginon, les conventions de partenariat dans les réseaux de santé: un modèle à développer ?,recueil Dalloz-1 février 2018-n4,p.184-

الفصل الثالث

الاستقلالية الوظيفية للاتفاقيات الإدارية

une autonome fonctionnelle

ويقصد بها استقلالية تكوين الاتفاقيات الإدارية، بالنسبة للتكوين الخاص بالعقد، مما يجعلها لا تقتصر على مفهوم وظيفي بسيط، على عكس مفهوم ⁽¹⁾ vedel الذي يرى أن كل فروع القانون وبصفة خاصة القانون الإداري، تتضمن مفاهيم غامضة ومتناقضة، ولكن إذا تم تحليل هذه المفاهيم من وجهة النظر الوظيفية، نلاحظ أنها تشير إلى وحدة الوظائف التي تنفرد بها. ونتيجة لهذا التعارض، تم الاكتفاء بتوضيح التمييز بين العقود والاتفاقيات الإدارية، بالالتجاء إلى عبارة الاستقلالية الوظيفية، حيث تقدم الاتفاقيات الإدارية فائدة وظيفية واضحة من خلال أعمالها، وعلى سبيل المثال، صياغة المفاوضات المنصبة على العمل الإداري، والتي لا ترقى إلى إبرام العقد نتيجة وجود مانع لإتمام العقد، ولكن بمجرد التوقيع عليها، تصلح أن تكون اتفاقية، مما يجعلها بديل لأبطال العقد.

وقد تبرم الاتفاقية الإدارية كإجراء مكمل للعقد، وفي أحيان أخرى تحل محل العقد، مما يجعل إرادة الأطراف أساس جوهري في تحديد طبيعة الاتفاق، وبذلك يمكن اعتبار الاتفاقيات الإدارية بديل عن العقد، في حالة الفشل في إتمام العقد، بسبب موضوع العقد نفسه أو توقيع الأطراف في خاتمة العقد.

وبذلك تظهر الاستقلالية الوظيفية للاتفاقيات الإدارية من خلال الأطراف المتعاقدة وأسباب التعاقد، على النحو التالي:⁽²⁾

المبحث الأول: - الاستقلالية من خلال أطراف الاتفاقية.

المبحث الثاني: - الاستقلالية بالنسبة لموضوعات الاتفاقيات.

المبحث الأول

الاستقلالية من خلال أطراف الاتفاقية

L' autonomie au regard des sujets de convention

تظهر أنواع مختلفة من الاتفاقات المبرمة من جانب الإدارة، منها عقود ملزمة لجانب واحد أو

(1)، (2)، Sebastien Hourson , op. cit.,p. 173

من جانبين وكذلك الاتفاقيات الإدارية، حيث يتجه أشخاص القانون العام لإبرام عديد من العقود الداخلية، بهدف تحقيق جودة إدارة المرافق العامة. ولكن هل تعد الاتفاقات المبرمة من جانب اشخاص القانون العام، اتفاقيات مع ذات الكيان العام وليس عقود، مع اعتبار ان خاتمة الاتفاقية تقتصر على الخدمات التي يجب ان يقدمها الشخص الاعتباري لنفسه، وعلى سبيل المثال، إبرام عقد بين عدد من الوزراء يتضمن موضوعه، التصرف في أحد أملاك الدولة⁽¹⁾، بما يجعله يمثل عقود إدارية داخلية تفتقد الطبيعة التعاقدية؟ هذا التساؤل يشير إلى التمييز على المستوى الوظيفي بين العقود التعاقدية التي تركز على الصفة التبادلية بين إرادات الأطراف وبين الاتفاقيات الادارية، وبناءً على ذلك تفرض خاتمة العقود التقليدية، وجود طرفين متميزين في التعاقد، بحيث يجب أن يمثل كل طرف كيان قانوني مختلف عن تلك التي ترتبط بها الأطراف الأخرى الموقعة، ولا يكفي تعدد الكيانات المشتركة، بل لابد من أن ينتج العقد من تقابل إرادتين وذلك وفقاً لاتجاه مجلس الدولة الفرنسي بموجب الحكم الصادر بتاريخ 6 مارس عام 1958⁽²⁾ الذي يقرر عدم الاعتراف بالطبيعة العقدية للاتفاق إلا إذا تم إبرامه بين كيانين قانونيين متميزين، لذلك يشترط الكيان القانوني المبرم للعقد، أن يكون لديه القدرة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، حيث يفترض Leon Michoud أن مفهوم الشخص القانوني، يجب أن يظل مفهوم قانوني، بحيث يكون قادراً على أن يكون لديه حقوق ذاتية تخصه شخصياً مما يجعل القدرة القانونية تنحصر في معنى أهلية التصرف، لذلك يمكن للكيانات أحياناً إبرام إحدى الاتفاقيات الإدارية دون إمكانية إبرام عقود⁽³⁾.

وسوف نتناول بالدراسة الموضوعات الآتية: - المطلب الأول: - تحديد اهلية اطراف الاتفاقية.
المطلب الثاني: - تحديد الاختصاص الاتفاقي لبعض الاقسام الإدارية في الدولة
رغم وحدة الكيان الاعتباري.

المطلب الأول تحديد اهلية الاطراف

Identification de la capacité des sujets

تكمن استقلالية الاتفاقيات الإدارية بصفة خاصة في وجود اهلية لأطرافها تتميز عن تلك الاهلية

(1) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 176-175

(2) C. E avis, Sect. trav. Pub., 6 mars 1958, n. 274337

(3) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 177

الضرورية لإبرام أحد العقود، وبناءً على ذلك فإن الطرف المؤهل لإبرام العقد يستطيع التوقيع على الاتفاقية الإدارية، ولكن تعتبر هذه الفكرة ناقصة، لأنها لا تأخذ في الاعتبار الفروق الأساسية، بين امكانية إبرام اتفاقية إدارية بسيطة، أو أحد العقود، كالأهلية التعاقدية، وجانب آخر لا يتطابق مفهوم الأهلية الاتفاقية مع الاختصاص القانوني، ولتوضيح ذلك سوف يتم دراسة

التمييز بين الأهلية والاختصاص في فرع أول، الانفصال بين الأهلية الاتفاقية والأهلية التعاقدية في فرع ثانٍ

الفرع الأول التمييز بين الأهلية والاختصاص

la distinction entre capacité conventionnelle et competence

يبدو أن سبب الخلط بين اهلية إبرام التعاقد والاختصاص الذي يسمح بالتوقيع على الاتفاقية الإدارية، يرجع إلى الاهتمام المسبق للقانون الإداري بالاختصاص، مع ملاحظة أن كلتا الاثنتين ضروريتين لتقدير مدى مشروعية العقد.

لذلك اتجهت بعض الآراء⁽¹⁾ إلى اعتبار أن الاختصاص والأهلية يمثلان نقيضين، حيث أن الأهلية المطلوبة في العقد تختلف عن الأهلية الواجبة في الاتفاقية، بحيث يفرض وجود إحداها في نظام قانوني معين استبعاد الأخرى، وتتحصر الأهلية في حالات تستهدف كيانات خاصة، أما الاختصاص، فإنه يقتصر على الأشخاص العامة. لذلك لابد من دراسة الاختلاف الفقهي في هذا الصدد، من خلال الآراء الآتية: -

أولاً: - الوظائف المتشابهة لكلاً منهما بالرغم من معانيها المختلفة:-

ذهب جانب من الفقه إلى تبرير التماثل الوظيفي بين الأهلية والاختصاص إلى وجود تفرقة تقليدية مشار إليها من خلال التطور التشريعي في تكوين القوانين، حيث أنشئ القانون الخاص مفهوم الأهلية منذ القرن الـ ١٩، وفقاً لما أكده ضمناً⁽²⁾ Charles Eisemann ورفضت عديد من نصوص

(1) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 17٩

(2)،(٣) -voir , sans y consacrer des developpements particuliers, ch. Eisenmann renvoie implicitement à cette acception de la notion de capacité , Sebastien Hourson , op. cit.,p. 81

القانون المدني العلاقة بين الشخص الطبيعي والاهلية القانونية ويؤيده في هذا الرأي Jean Carbonnier الذي قرر بأنه فيما يتعلق بالأشخاص الطبيعية في باب الكيانات في القانون المدني، يلاحظ على العكس عدم اكتمال أهلية الفرد المتعاقد والتي تشير بطريقة ضمنية لعدم الاهلية.^(١) لذلك يمكن لمثل هذا النهج الخاص بالأهلية أن يشكل عائقاً أمام انتقاله إلى القانون العام نتيجة وجود الكيانات الاعتبارية العامة.

ومن ناحية أخرى تسمح الأهلية لأحد أطراف العقد، بالاحتفاظ بممارسة الحقوق أو التضطلع بالالتزامات، بحيث يكون الاختصاص شرط يخول سلطة ما تحقيق المصلحة العامة، لذلك يمكن التأكيد على أن الاختصاص يعتبر أساس القانون العام، وأن القانون الإداري هو أرضية الاختصاص، حيث لا تتمتع الأشخاص العامة بصفتها القانونية إلا عن طريق الاختصاصات التي يعهد إليها من جانب القانون في سبيل تحقيق المصلحة العامة، والتي تشكل جوهر الشخصية القانونية. وكما يشير^(٢) Malaurie إلى أن وراء كلمة عديم الأهلية يرتسم الضعف الإنساني بكل أشكاله، لأن المشرع يستهدف من اشتراط اهلية الشخص المتعاقد هو توافر الإرادة لحماية شخصه وممتلكاته، وعلى العكس فإن عدم الاختصاص تكون أحد عيوب المشروعية الموضوعية التي تشكل وسيلة للحفاظ على النظام العام، وبالرغم من أن أوجه التشابه يمكن ادراكه في وظيفة كلا من هما، إلا أن الأهلية والاختصاص تضطلعان بأهداف مختلفة، وبذلك لا تلعب نظرية الأهلية لصالح الكيانات العامة كما يشير إليه^(٣) André Laubadère. وبذلك يعتبر المتعاقد هو الأساس سواء كان جهة إدارية أم شخص من الأشخاص الخاصة، حيث يتم تكييف صفة المتعاقد، سواء في شكل مفهوم الاختصاص كمفهوم للقانون العام الناتج عن مبادئ القانون العام، أو في شكل مفهوم الأهلية كمفهوم مختلف تماماً يخص القانون الخاص.

وعلى ذلك يفرض هذا التمييز تكييف صفة المتعاقد، لتحديد طبيعة التعاقد، بحيث يجب فحص التمييز الخاص بالكيان العام على أساس وحيد هو الاختصاص، بينما يتم فحص الكيان الخاص بالأهلية المنصوص عليها بالمادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي وفي نفس الاتجاه أشار البعض^(٤) Yves weber على أن الاختصاص والأهلية تلعب كلاً منهما دوراً في صياغة شروط العقد أما Marcel waline قد أشار إلى ضرورة توافر الأهلية القانونية للمتعاقد مع الإدارة بجانب اختصاص الجهة الإدارية

^(٢), (5), Sebastien Hourson , op. cit.,p 182-183

^(٤) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 183

كشروط لمشروعية التعاقد.

واخيراً يرى Auby أن مفهوم الاختصاص يتشابه مع مفهوم الأهلية القانونية من حيث النشاط القانوني للجهة التي تمثله، ولكن لا يمنع ذلك من وجود اختلافات بينهم، ترجع إلى طبيعة قواعد القانون العام، من خلال مفهوم الامتيازات القانونية التي تستوحى من النظرية التقليدية للقانون الإداري، وبقول آخر يجوز توقيع الاتفاقية من السلطة العامة المختصة والكيان الخاص الذي لديه أهلية قانونية.

وعلى العكس شدد. Tusseau⁽¹⁾ بصفة خاصة على استبعاد هذا التعارض المزعوم بين ثنائية مفاهيم الأهلية والاختصاص.

ولكن وجه النقد إلى الآراء السابقة، بأنه ليس من الأهمية التفرقة بين الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري في نطاق الكيانات القانونية، حيث أن الأهلية تكون متطابقة في كلا منهما، فضلاً عن أن النظرية القانونية لا تشير إلى أي اختلاف أساسي بينهم، لكن بالأحرى إلى نظام الإجراءات المتبعة بين طرفي الاتفاق. ومن جهة أخرى يرجع التقدير الموضوعي لمفاهيم الأهلية والاختصاص إلى البحث عن نية طرفي التعاقد. ومن كل ما سبق نستخلص أن التماثل الوظيفي لا يكون مقنعاً تماماً.

ثانياً:- تشابه وظائف ومعاني كلا من الأهلية والاختصاص

وعلى نقيض التفسير السابق ذهب جانب من رجال الفقه⁽²⁾ إلى إمكانية استنتاج التطابق بين المفهومين سالف الذكر، من خلال ادراك التطابق الوظيفي، ومع ذلك يؤيد هذا الاتجاه عدد قليل من الفقهاء، ولكن يمكن أن نجد في الفقه الكلاسيكي،⁽³⁾ من يدافع عن المطابقة بين المفهومين السابقين، وعلى ذلك يكون رأي Gaston Jeze واضحاً جداً ومتفقاً مع رأي Sebastien في اشتراك كلا من اختصاص الشخص العام وأهلية الكيان الخاص في نفس الطبيعة القانونية ظاهرياً، حيث أن الاختصاص هو القدرة على إحداث أثر قانوني وممارسة هذه القدرة هي ظاهرة الإرادة، الذي يظهر في صورة عقد

(1) "rien ne s' oppose à ce que l' on estime que competence et capacité visent l' une et l' autre la promotion de l' intérêt général , ou pérennisent l' une et l' autre l' oppression de la classe dominante" voir G . T usseau, les norms d' habilitation, Dalloz, 2006, p. 373

(2) () , sebastien hourson , op. cit.,p. 184

- voir « dans d'autres travaux, on retrouve la fonction de la competence pour la conclusion de contrat par les personnes publiques, qui remplit celle de la capacite pour les personnes privees " , G: Jeze , essai de théorie generale de la competence pour l' accomplissement des actes juridiques en droit public francais", R. D. P. , 1923, p. 58

قانوني. وقد أكد على ذلك Léon Duguit، أما العميد Bordeau فإنه يرى أن الأهلية هي إذن المقدرّة على إبرام عقد قانوني، وفي مصطلحات القانون العام تستخدم بالأحرى كلمة اختصاص في معناها الضيق، وتعبّر كلمة أهلية عن نفس المعنى، ويشير هذا التأكيد إلى إثبات داخل مدرسة المرفق العام، أن الاختصاص والأهلية متطابقين دون اشتراط خضوع كلا منهما لنظام مشابه.

ويوضح Gaston Jeze أن التمييز بينهم سوف يجري على أرضية القواعد المطبقة، وبدون تشابه مفاهيم الأهلية والاختصاص، ويؤكد Richer بأن حق التعاقد مرتبط بالنسبة للكيان الخاص بمفهوم الأهلية، وبالنسبة للكيان العام بمفهوم الاختصاص، باعتبار أن الشخص العام وحدة إدارية تتمتع بالشخصية والاختصاص القانوني مع إرادة وذمة مالية مما يجعله قادراً على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

ثالثاً: تماثل المعنيين

يشير التقرير العام الذي قدمه مجلس الدولة الفرنسي في عام ٢٠٠٨^(١) إلى إعلان أن " العقد الإداري يتشابه في كثير من الأمور مع العقد المدني، وينتج عن ذلك عنصرين: من جانب لا تكون مفاهيم الأهلية والاختصاص موضوع أي تمييز نظري داخل دراسة أحكام مجلس الدولة، فهما مترادفتان وبالتالي قابلتان للتبادل، ونتيجة لذلك فإنه يمكن الخلط بينهما في عملية صياغة إحدى الاتفاقيات، ومن جانب آخر فإن غياب التمييز بينهم ملائماً لفرعي القانون الإداري والمدني الفرنسي، بهدف توحيد القوانين في هذا الشكل، وبذلك فإن هذا التفسير يحث بصفة خاصة إرادة القاضي لإثبات التقارب بين مختلف العقود دون النظر إلى نوعية العقد التي لا تبدو دائماً خاضعة لقواعد الاختصاص التي يمكن أن تنسب بطريقة مختلفة إلى الأهلية أو الاختصاص، وحول هذه النقطة يتوافق هذا الإقرار مع دراسات الازدواجية القانونية.

وبناءً على ذلك يوجد ثلاثة عوامل تساهم في التقارب القانوني للاتفاقيات مع العقود وتؤدي لهذا

الخلط: -

(١) C.E, rapport public, le contrat, mode d'action publique et de production de norms, E D C E N 59, 2008,p.95 <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000313-rapport-public-2008-jurisprudence-et-avis-de-2007-le-contrat-mode-d-action-publ>

أولاً: - حالة استثناء الاتفاقيات من الالتزام بالخضوع للمنافسة والشفافية الناتجة عن الإجراء فإن أغلب المنازعات المتعلقة بخاتمة الاتفاقيات، تنصب على اختصاص السلطة الموقعة، مع مراعاة أن القاضي الإداري يعتبر أن الأشخاص الاعتبارية العامة تبرم الاتفاقيات الإدارية من خلال وكلاء مؤهلين لتمثيلهم، حيث يفترض الطاعنين، أن هذا الطرف دائماً لديه الأهلية القانونية على إبرام التصرف على خلاف الأشخاص الطبيعية، وعلى ذلك فإن القاضي لا يواجه صعوبة بشأن فرضية عدم الاختصاص، مما يؤدي إلى عدم أهمية التمييز بين مفاهيم الاختصاص والأهلية.

ثانياً: - يأتي الخلط بين مفاهيم الاختصاص والأهلية، بنتائج مشابهة للعقد في حالة عدم الاختصاص وعدم الأهلية، وفي هاتين الحالتين، يجب على القاضي الحكم بالفعل بإلغاء الاتفاقية، مع ملاحظة أن العقد المبرم من أحد أطراف التي لا تتوافر فيه شرط الاختصاص يؤدي إلى الإلغاء المطلق، بينما العقد الموقع من أحد الأطراف التي لا تتمتع بالأهلية القانونية يستوجب الإلغاء النسبي، وقد اتجهت محكمة الاستئناف الفرنسية إلى التخفيف من حدة هذا الاختلاف، بتطبيق الإلغاء المطلق على العقود المبرمة من أحد الأطراف الغير مؤهلة قانوناً، والغير مستفيدة

وعلى ذلك يبدو أن التفسير الكلاسيكي مناسباً لاقتصاره على أهلية الأشخاص الخاصة فقط، ولكن هل يتبنى القاضي الإداري حل مماثل متعلق بأحدي الكيانات العامة؟

لا يوجد اتجاه يتبناه القاضي الإداري مخالف عن نظيره المدني، لأن احترام أهلية التعاقد من شأنها تحقيق مصالح عليا، ومهما يكن تظل النتيجة في كل مرة الإلغاء، وكذلك نفس الأمر بالنسبة لعدم الاختصاص وعلى سبيل المثال، إلغاء الاتفاقية المرتبطة بمطار باريس وشركة زنيق المبرمة مع سلطة غير مختصة دون أن تولد آثار قانونية، حيث يجب النظر إلى الاتفاقية الملغاة على أنها لم تبرم من الأساس، ويرجع ذلك لنص المادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي الذي يقرر " أن اهلية التعاقد تعتبر من بين الأربع شروط الأساسية لمشروعية الاتفاقيات: والتي تنحصر في موافقة الطرف الذي تم إلزامه، اهليته على التعاقد، موضوع التعاقد، سبب مشروع للالتزام ". وبناءً على ذلك فإن العقد المبرم من طرف غير مؤهل للتعاقد، يكون مصيره بطبيعة الحال الإلغاء، وكذلك بالنسبة للموافقة، فإن تجاهل الموضوع أو السبب يؤثر على شرط الأهلية القانونية، ويستوجب إلغاء العقد.

ثالثاً: - ينتج الخلط بين الأهلية والاختصاص، من أن هاتين الوسيلتين من قواعد النظام العام التي لا

يجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث أن إمكانية إبرام عقد إداري وأسباب إغائه تعتبر من النظام العام، في ضوء أن القاضي الإداري، يبحث عن الحل الأقل ضرراً للعلاقات الاتفاقية، وعلى سبيل المثال، المشكلات المتعلقة باختصاص السلطات المؤهلة للتوقيع على العقود باسم الهيئات العامة، تكون من النظام العام، ولا يجوز اعتبارها موضوع للاتفاق بين الأطراف على مخالفتها، ولكن توجد صعوبات تخص القانون الإداري، منها على سبيل المثال، حالة إذا نص القانون على اشتراط اختصاص الكيان العام، فإنه يجب على المؤسسة العامة للدولة، ان تكون مختصة. ولهذه الأسباب الثلاثة حاول القاضي الإداري إقامة تشابه في المفهوم بين الاختصاص والأهلية القانونية.

ويقترح Tusseau⁽¹⁾ الجمع بين المعنيين تحت مفهوم معيار الاختصاص، نتيجة عدم ثبوت انفصال واضح بين الاختصاص والاهلية، مما يجعل المفهوم المقترح قادراً على معالجة كل أوضاع القانون الوضعي مهما يكن فرع القانون، وفي ذلك لا يبتعد هذا المقترح عن رأي بعض الفقهاء ومنهم⁽²⁾ kelsen الذي يرتكز على قبول فكرة التقريب بين الاختصاص والأهلية حتى تتطابق هذه المفاهيم في القانون العام كما في القانون الخاص وفقاً لرأي linditch وتتواجد الاهلية والاختصاص جنباً إلى جنب، فيما يخص المركز القانوني للشخصيات الاعتبارية في القانون العام. مع ملاحظة تلازم الاختصاص لصفة الشخص الاعتباري العام، حيث يفترض Moderne أن الكيانات العامة تمتلك القدرة على التعاقد والاستقلالية المالية وإمكانية التعاقد، وفي المقابل يوجد ارتباط بين هذه الأهلية الخاصة بإبرام الاتفاقيات وبالوجود القانوني لها، فهي ذات قيمة لجميع الأعضاء المنضمة إلى إبرام العقد.

وقد افترض مجلس الدولة الفرنسي من خلال حكم⁽³⁾ Sieur Larue بأن الشركة التي قامت بالشراء لم يكن لها وجود قانوني، حيث أن الكيان الاعتباري الذي قام بإبرام العقد لم يكن لديه هوية قانونية، ومن ثم لا توجد أي اهلية قانونية معترف بها كما أشار⁽⁴⁾ Marcel Waline بأنه لم يكن للمدير المالي، أية هوية قانونية، لإبرام عقود توريد لصالح مدرسته الخاصة، ويشير هذا التوضيح إلى ضرورة

(1) voir G. Tusseau, les norms d'habilitation, Dalloz,2006,p.380

(2) voir- Sebastien Hourson , op. cit.,p. 184

(3)- voir R. Denoix de saint- marc et d. labetoulie, chronique sous l arret c.e sect., 13 mai 1970, sieur larue, A. J. D.A. 1970.,p. 493

(4) Sebastien Hourson , op. cit.,p. 193

توقيع عقد من جانب اطراف متميزة، ولكن انتقد هذا الحكم لغياب العقد والمسئولية العقدية، باعتبار ان الاختصاصات تتلازم مع الشخصية القانونية.

ومن جهة اخرى يجوز لسلطة مختصة بإبرام عقد، أن تفوض هذا الاختصاص، وتطبيقاً لذلك إذا كان الاتفاق المبرم بين هيئة التضامن الاجتماعي وصناديق التأمين الصحي بشأن تنظيم حقوق وواجبات كلا من المتعاقدين كان بناءً على نص قانون التضامن الاجتماعي الذي اشار صراحة إلى تفويض وزير الصحة بالتوقيع على مثل هذه الاتفاقات وفقاً للفقرة الأولى من المادة 1-14-162.L من قانون التضامن الاجتماعي التي تنص على أنه: " إذا تم إبرام اتفاق بين وزير التضامن الاجتماعي، والصندوق الوطني للتأمين الصحي Caisse D'Assurance، والمنظمات التي تمثل المختبرات الطبية يتم اعتباره مذكرة تفاهم" وكذلك المادة 1 و 2 من المرسوم الصادر بتاريخ 10 يونيو 1991 المتعلق بصلاحيات وزير الصحة والذي ينص على ان " يتولى وزير الصحة المسئوليات الصحية للتضامن الاجتماعي نيابة عن وزير الشؤون الاجتماعية والتكامل، من خلال تفويض صادر منه بالتوقيع نيابة عنه على الاعمال والقرارات الصادرة منه في حدود الصلاحيات الموكلة إليه "؛ فإن رفض مجلس الدولة الفرنسي الطلب المقدم بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة ضد "مذكرة التفاهم" المؤرخة في 18 ديسمبر 1991 يستند على سبب يبرره⁽¹⁾

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر اكدت على ذلك بقولها (، ولما كان البين من قانون الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 ان المادة الأولى منه بينت وحدات الإدارة المحلية وقررت لكل منها الشخصية المعنوية بنصها على أن "وحدات الإدارة المحلية هي المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى، ويكون لكل منها الشخصية الاعتبارية ويتم إنشاء هذه الوحدات وتحديد نطاقها وتغيير أسمائها وإلغائها على النحو التالي." وتحديداً لأهلية التقاضي فقد نصت المادة 4 على أن "يمثل المحافظة محافظها، كما يمثل كل وحدة من وحدات الإدارة المحلية الأخرى رئيسها وذلك أمام القضاء وفي مواجهة الغير" وكانت الجهة التي طرحت المناقصة في العمليتين محل التداعي هي الوحدة المحلية لمدينة شرم الشيخ بمحافظة جنوب سيناء، ولها شخصية معنوية مستقلة وأهلية التقاضي فإن رئيس هذه الوحدة دون

(1) conseil d' état , ¼ sss, 10 juin 1994, n 141685,141686, mention dans les tables du recueil lebon

محافظ جنوب سيناء أو وزير الحكم المحلي هو صاحب الصفة في الدعوى إذ أن عقدي مقاوله الأعمال مثار النزاع مبرم بين الوحدة المحلية المطعون ضدها الثانية وبين المقاول (الجمعية) ولم يكن الطاعن الأول أو الثالث طرفاً فيه، ومن ثم فلا صفة لأى منهما في الخصومة وإقامة الدعوى عليه للحكم عليه مع رئيس الوحدة المحلية، الأمر الذي تضحى معه الدعوى مقامة على غير ذي صفة بالنسبة لوزير الحكم المحلي وللمحافظ مما يستوجب إلغاء الحكم المطعون فيه فيما قضى به ضمنا من قبول الدعوى بالنسبة لهما، والقضاء بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة بالنسبة لهما) (١)

وكذلك يجوز للوزير ان يفوض الاختصاص في التعاقد لاحد الاعضاء التابع لإدارته، كما يرى Linditch (٢) ولكن تم انتقاد هذا الرأي، بوصف هذا التفسير بالغموض، وأن الاهلية تمثل مفهوم داخلي للاختصاص.

وقد عرف Mayer (٣) الاختصاص بأنه صفة معروفة لشخص محدد، لسلطة أو لعضو وأن الكيان الاعتباري يستمد اختصاصه من القانون الوضعي الذي يعين حدوده.

وعلى سبيل المثال: يعهد بالاختصاص لنائب رئيس الدولة لإبرام عقود القانون الإداري وفقاً للمادة ١٢١-١٤ من قانون القضاء الإداري الفرنسي التي اثارته ضمناً، ولا يجوز أن تمنح السلطة التنظيمية هذا الاختصاص إلى سلطة أخرى، بينما توجد حالات أخرى يكون الاختصاص فيها واضح، مثل الوزير الذي يعهد اليه بالاختصاص لإبرام عقود الدولة، باعتباره السلطة المختصة لإبرام العقد.

و كذلك وفقاً للمادة ١١٢٣ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن اهلية التعاقد تم إقرارها لكل شخص، والتي تشكل أحد أساسيات الشخصية القانونية المقررة للأشخاص الطبيعيين مثل الأشخاص الاعتباريين، ورغم ارتباط الاختصاص بالكيان الاعتباري، فإنه من الضروري لإبرام عقد اتفاقي، أن يكون لكلاً من أعضائه أهلية التعاقد. ولكن لماذا أخذ مفهوم الاختصاص في الاعتبار فكرة تقسيم العمل؟ حيث يتدخل تقسيم الاختصاصات كضرورة طبيعية لعمل أي كيان اعتباري ولتحديد هذه الظاهرة استخدم الفقهاء عبارة الاختصاص من أجل تنفيذ التعاقد ولتسمح بتعاونهم ولمنع أي انحراف داخل العمل الإداري.

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٢٥٧٧٦ - لسنة ٥٥ قضائية - بتاريخ ٢٨ - ٢ - ٢٠١٧، حكم غير منشور (٢)،(٢)، Sebastien Hourson , op. cit.,p. 195-196

وقد أكد. Tusseau على هذا المعنى بقوله أن الأفراد لا تستطيع التصرف بمفردها، بينما يشترط لممارسة الأهلية التعاقدية وجود إرادات متقابلة، ولم يقابل هذا الاقتراح بالرفض، لكن إذا افترض توقيع إحدى الاتفاقيات وجود أهليتين متميزتين، فذلك لا يعني أن كل طرف احتفظ بجزء من الأهلية الاتفاقية، وإنما نكون أمام أهليتين كاملتين، كلاهما مختص بإبرام اتفاقية، والدليل على ذلك عندما يتم توقيع أحد العقود بواسطة طرف مختص وآخر غير مختص، فإن عدم إمكانية التعاقد المتعلقة بالطرف الأخير لا تؤثر على الأهلية التي يتمتع بها الطرف الأول مما يجعل العقد قابل للإلغاء.

وعلى ذلك فإن الاختصاص يهدف للوصول إلى إبرام العقد، وفي موضوع أقره القانون لصالح شخص اعتباري وهو الترخيص بإبرام عقد مع طرف آخر.

ومن جانب آخر قد تفرض النصوص القانونية توقيع عقد ما، مع النص على أن الاختصاص يشكل التزام قانوني على سبيل المثال، عقود الضمان والمسئولية الخاصة بسائقي السيارات في القانون المدني، أما في القانون العام توجد فرضيات تتعلق بالاتفاقيات الإدارية التي تكون فيها الكيانات العامة ملزمة باستخدام اختصاصها، ومنها عقود مشروعات الدولة.

وكذلك المادة ٢١٢٢-٢١ من القانون العام للهيئات الإقليمية الفرنسية، التي تنص على اختصاص رئيس المدينة الذي يمارسه، من خلال تدخل مجلس التداول الممنوح له الامتياز بنفس النص، وبموجب هذه الحالة يمكن للمجلس المحلي أن يكلف السلطة التنفيذية بالتوقيع على العقد باسم المدينة، بحيث يسمح للاختصاص أن ينطلق منه اختصاص آخر، يجري ممارسته بطريقة متتالية. ومن جهة أخرى، قرر مجلس الدولة الفرنسي^(١) بأنه يجب إلغاء الاتفاقية الموقعة من السلطة التنفيذية لإحدى الأقاليم، بسبب انعدام الصفة الناتج عن خطأ في تداول الاختصاص.

ويرى^(٢) Maurice hauriou أنه يعتبر قرار التوقيع مرتبط بعدم الاختصاص، حينما تتجاوز سلطة ما اختصاصها، وبذلك لا يكون العقد الموقع مشروع قانوناً، وعلى ذلك تكون كلاً من الأهلية والاختصاص ضروريين لتوقيع الاتفاقية، لكنهما تتدخلان بطريقة مختلفة، وتطبيقاً لذلك (إذا تم إبرام

(١) voir C.E, 20 janvier 1989, ville de millau c/vincens, D.A, 1989, n87

(٢) voir M. Hauriou, note sous l'arrêt C.E, 8 avr., 1911, commune de ousse-suzan, 1913, p.50

اتفاقية مصالحة بين الدولة (ويمثلها وزير العدل) وبين BRACE INGENIERIE أمام المحكمة الإدارية في كليرمون فيران؛ وأنه قد تم التسوية الودية للنزاع الذي سبق عرضه على القاضي الإداري، فإن في تاريخ التوقيع يعتبر الوزير المعنى هو المنوط له بالتصرف نيابة عن الدولة؛ إلا إذا وجد نص يفوض المديرين الإقليميين في دوائر السجون بوظائف الشخص المسؤول عن العقد^(١).

وفي ذات المعنى شيدت المحكمة الإدارية العليا في مصر (قضاءها على سند من نص المادتين ١٤٧ و ١٤٨ من القانون المدني ومبدأ حسن النية الذي تستوجبه تنفيذ العقود بين أطرافها وخلصت إلى أن الشركة المدعية قد اشترت من الجهة الإدارية أرض مساحتها ٤٢٠٠ متر مربع بناحية الحبييل بالأقصر وتم سداد كامل الثمن وسلمت الأرض للشركة بتاريخ ١٢/٨/١٩٩٩، ومع ذلك سلمت الجهة الإدارية عقد البيع للشركة دون توقيع ذي الصفة بتلك الجهة مما يعد إخلالا منها بالتزاماتها العقدية، ومن ثم يتعين الحكم بإلزامها بتوقيع عقد البيع المشار إليه من المختص بتلك الجهة مما يعد إخلالا منها بالتزاماتها العقدية ومن ثم يتعين الحكم بإلزامها بتوقيع عقد البيع المشار إليه من المختص بتلك الجهة وإلزامها بالمصروفات^(٢).

وإذا كان (قرار الفسخ صدر من المحافظ وهو غير مختص قانونا، ذلك إن رئيس الوحدة المحلية هو الموقع على العقد، كما إنه صدر دون مراعاة للإجراءات ودون منح مهلة لتصحيح أي خطأ أن وجد، وإن الغرامة التي فرضتها الجهة الإدارية كانت دون سند من العقد، الأمر الذي يكون معه مسلك الجهة الإدارية في فسخ العقد وتوقيع الغرامات ومصادرة التأمين النهائي غير قائم على أساس صحيح من القانون، ومن ثم خلص تقرير الطعن إلى الطلبات سائلة البيان^(٣))

وحيث(أنه عن شكل الطعن فان توافر الصفة الإجرائية لازمة لقبول الدعوى أو الطعن فيمن خاصم أو خوصم، وأن البين من مطالعة العقود المبرمة مع المقاول أن الجهة الإدارية المتعاقدة هي مديرية الإسكان والمرافق بالإسماعيلية وان من مثلها في العقد هو المطعون ضده الثاني بصفته، وبالتالي تكون مديرية الإسكان هي صاحبة صفة في اختصاصها في الطعن باعتبارها الجهة المتعاقدة، وإن لم تكن

(^١) COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON 4ème chambre – formation à 3 , 7 janvier 2010, N° 08LY00326, Inédit au recueil Lebon

(^٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٣٦٢٩٧ - لسنة ٥٧ قضائية - بتاريخ ٢٧ - ٢ - ٢٠١٨ ، حكم غير منشور

(^٣) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٤٠٤١٢ - لسنة ٥٧ قضائية - بتاريخ ٢٧ - ٢ - ٢٠١٨ حكم غير منشور

لها أهلية التقاضي لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية وأن اختصاص المطعون ضده الأول (محافظ الإسماعيلية بصفته) باعتباره صاحب الصفة الإجرائية في التقاضي قد تم وفقاً لما تقضى به المادة ٤ من قانون نظام الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ معدلاً بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ من أنه يمثل المحافظة محافظها، كما يمثل كل وحدة من وحدات الإدارة المحلية الأخرى رئيسها، وذلك أمام القضاء وفي مواجهة الغير. ومن ثم يكون الطعن قد استوفى أوضاعه الشكلية^(١).

الفرع الثاني

الانفصال بين الأهلية الاتفاقية والأهلية التعاقدية

la dissociation entre conventionnelle et capacité contractuelle

يبدو أن الأهلية المطلوبة لإبرام عقد، تصلح لإمكانية إبرام اتفاقية إدارية، باعتبار من يملك الأكثر يملك الأقل، ولكن لماذا تفضل الهيئات العامة إبرام الاتفاقية التي تتضمن شروط غير إلزامية بدلاً من العقد؟ حيث يحدث في التطبيق العملي أن أحد الكيانات يمكنها إبرام اتفاقيات إدارية دون أن تكون مؤهلة للتعاقد، وبعض الافتراضات المرتبطة بالأهلية التعاقدية التي لا نجدتها بخصوص الاتفاقيات الإدارية، تبرهن هذه الحالة وبذلك يبدو أن الأطراف لا تبحث إلا بطريقة استثنائية عن إبرام العقد، حيث تنتج إلى إقامة علاقات دون خلق التزامات أو حقوق.

ويعتبر^(٢) Mescheriakoff إن الاعضاء المنتمين لنفس الكيان العام قادرة على إبرام اتفاقيات تماماً، مثل العقود، ويكشف تحليل العديد من العقود المبرمة بين هذه الاعضاء، أنها لا تتضمن أي شرط إلزامي، ومن أمثلتها العقود المبرمة بين المحليات والحكومة المركزية.

واستطاع Modern^(٣) أن يدرك أهمية الاتفاقيات المبرمة بين الكيانات العامة كأسلوب إعداد داخلي للإدارة، من خلال التعاقدات الداخلية داخل الشخص العام الواحد. وقد انتشرت الاتفاقيات الإدارية الموقعة بين الأعضاء المنتمين لنفس الكيان الاعتباري، ليتم من خلالها تجديد النظام الداخلي. وقد يكون

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٨٥١٤ - لسنة ٥٩ قضائية - بتاريخ ٢٢ - ٣ - ٢٠١٦، حكم غير منشور
(٢) voir A.-S.Mescheriakoff "ordre interieur administrative et contrat", R.F. D. A ,1997,p.1130et s.

(٣) voir F.moderne,"l'évolution recente du droit des contrats administratifs:les conventions entre personnes publiques ", R. F. d. A, 1984, p.2

توقيع هذه الاتفاقيات أحياناً إجبارياً، بموجب نصوص قانونية أو لائحية في هذا الشأن طبقاً لما اقترحه منشور ٧ يوليو ٢٠٠٨ المتعلق بتنظيم الإدارة الإقليمية للدولة وإنشاء أرضية للتبادل وإدارة الموارد البشرية، وبذلك تكون هذه الأرضية ملائمة لتوقيع الاتفاقيات بين الوزارات. وكذلك المادة ٧١٤ - ٢٦ - ١ من قانون الصحة العامة التي تنص على أنه "يجوز لمؤسسات الصحة اجراء تصرفات تعاقدية داخلية، بشأن اتفاقيات مبرمة بين مدير المؤسسة ومدير مركز المسؤولية الذي يمثل فرع من الكيان القانوني. وأخيراً يوجد العديد من الاتفاقيات الداخلية في داخل الفروع الوزارية والتي ترجع لندرة إبرام عقود بين الإدارات. ويجب ملاحظة ان العبارة المستخدمة في نشرة رئيس الوزراء بتاريخ ٢٦ يوليو ١٩٩٥ أدخلت غموض بخصوص العقود المُبرمة بين الفروع، وأن مفهوم عقد الخدمة يعرف كعقد بمقتضاه يتعهد أحد الأطراف مقدم الخدمة في مواجهة طرف آخر مصدر الأمر الذي يُسمى العميل أو صاحب العمل بمتوسط سعر او كمجاني، على أن يمول بطريقة مستقلة خدمة أو نشاطه الفكري أو اليدوي أو الاثنين.

ويستنتج. Douence أنه إذا كانت الاتفاقية مُبرمة دون سند قانوني ولكن محتواها ملائماً مع القانون بما يسمح بتنفيذها بكامل إرادة الاطراف المتعاقدة دون أن تعارضها الأطراف الثالثة، فإنها تعتبر كإعلان نوايا دون أن تحوز على أي قوة جبرية^(١).

ويشير تقرير مجلس الدولة الفرنسي لعام ٢٠٠٨^(٢) على أنه يفضل إثبات العلاقات التقليدية القائمة في داخل نفس الكيان الاعتباري، ووفقاً للتقرير يمكن أن تصبح اتفاقية الأهداف والوسائل إدارة داخلية للجهة الإدارية بنفس طريقة المنشورات أحادية الجانب، وبالرغم من ذلك أقر القاضي الإداري مشروعية أحد العقود الموقعة بين الدولة واحد اعضائها من خلال تفسير حكم Dupuis الذي تم إقراره في ١١ يوليو ٢٠٠١، أما بالنسبة لاختصاص القاضي الإداري تجاه مؤسسات الدولة الفرنسية في الخارج، فأن القاضي أشار إلى أن المدرسة الفرنسية ليس لها كيان اعتباري متميز عن كيان الدولة الفرنسية في حالة اقامة مؤسسة مدرسية في دلهي، وتم إبلاغ أحد معلمي اللغة الفرنسية والفلسفة، أن عقده لن يتجدد العام التالي، كما قرر مفوض الحكومة بأن الوضع المؤسسي للمدرسة، يعتبر جزءاً من سفارة فرنسا، وانطلاقاً من هذه الملاحظة وفي غياب الاختصاص، لا يجوز إبرام أي عقد بين الدولة

(١) sebastien hourson , op. cit.,p.205

(٢) C.E, rapport public, le contrat, mode d'action publique et de production de norms, E. D. C. E. N 59, 2008,p.95

والمدرسة الفرنسية، ومع ذلك تم توقيع اتفاقية بين هذين الكيانين الاعتباريين، مما يجعل هذا الحكم يمثل تناقض مزدوج، فمن جانب يقر امكانية ابرام عقد بين الكيان الاعتباري وبين احد اعضائه، ومن جانب آخر يؤكد أن المدرسة الفرنسية تتصرف لحساب دولة فرنسا، ومن ثم لا تتمتع بكيان قانوني خالص، وأنها مرتبطة بالدولة ويفترض ذلك أنها تتصرف باسم ولحساب هذه الأخيرة. ورغم ذلك يوضح قانون dupuis أن القاضي الإداري لم يعارض الاعتراف بإقرار الاختصاص الاتفاقي لصالح بعض الفروع، ولم يحظر المشرع ابرام بروتوكولات بين الكيان الاعتباري واحد مكوناته، حيث تنص المادة ٢٣ من قانون ١٠ فبراير ٢٠٠٠ المتعلقة بتحديث وتطوير القسم العام للكهرباء "بأن العقود التي تم إبرامها بين مديري الشبكات العامة للنقل والتوزيع ومستخدمي هذه الشبكات لا تمثل كيانات اعتبارية متميزة، مما يجعل هذه الاتفاقات مكونة لبروتوكولات من شأنها تنظيم علاقاتهم " وعلى سبيل المثال، البروتوكول المؤرخ في ١١ أكتوبر ٢٠٠١ المُبرم بين شركة كهرباء فرنسا e d f وشبكة نقل الكهرباء t e والتي تم توقيعه بين الكيان القانوني وأحد فروع. ويبدو أن الظاهرة التعاقدية داخل الأجهزة الإدارية مقبولة، مما يجعلها لا تتعارض مع الاستخدام البسيط للاتفاقيات الإدارية^(١).

ومن ناحية اخرى تتفق آراء الفقهاء حول عدم إمكانية التعاقد بين الفروع، لأن هذا الإجراء إذا كان من شأنه تطوير العلاقات المؤسسية الداخلية، فإنه يختلف مع بعض المبادئ القانونية الأصلية، ومن بين هذه المبادئ ربط عبارة الإرادتين المتميزتين بنفس الكيان القانوني. ويذكر^(٢) Jegouzo أن العقد ينتج عن اتفاق لإرادتي طرفي التعاقد الذين لديهم القدرة على التعاقد، ويولد التزامات قانونية، مما يؤدي لاستبعاد وجود مثل تلك العقود بين فروع نفس الكيان الاعتباري. ويرى جانب آخر من الفقه أن العقد بالمعنى القانوني، يتكون من مشاركة كيانين قانونيين متميزين، بحيث لا يتعاقد مع ذاته، لأن الفروع ليس لديها القدرة على التعاقد. وبذلك نستنتج ان العقود الداخلية للإدارة، ما هي إلا عقود وهمية في غياب الأطراف المتميزة قانوناً. وكما يرى جانب من الفقه^(٣) Richer انه من الصعوبة، ان ينص القانون الإداري على النقاء الإيرادات الخاصة بعضوين من الدولة، حيث تكون الإرادة واحدة، والعقد بين عضوين أو سلطتين في الدولة. أما Rolin فإنه يرى بالنسبة للقدرة على التعاقد، انه يوجد رابط قوي بين الكيان

(١) voir R. Schwartz, note sous l' arrêt C.E, 11juill. 2001,d a,2001,comm.240

(٢) voir Y. Jegouzo, "l'administration contractuelle en question ",Dalloz,2004,p.547

(٣) voir -Sebastien Hourson , op. cit.,p 210

القانوني والقدرة على التعاقد، حيث لا يتصور وجود إرادة دون تجسيد. ومن ناحية أخرى اتجه مجلس الدولة الفرنسي لاعتبار أن القدرة المالية تمثل عائقاً حقيقياً، بدونها لا يتم توافر هذه الإرادة. وحينما تتجرد الدولة من الكيان القانوني، لا تكون قادرة على إبرام عقود، وعلى سبيل المثال إذا كان مصنع البارود الوطني Pont-De-Buis ليس له كيان متميز عن كيان الدولة، باعتبار أنه يمثل قانوناً فرع تابع لوزارة الدفاع الوطني، مما يؤدي إلى عدم اجازة إبرام عقود مع الدولة، حيث تتركز عدم إمكانية التعاقد في الأساس، على عدم الاختصاص. وبناءً على ذلك فإن الأهلية التعاقدية تفترض وجود قدرة مالية، على عكس الاتفاقيات التي لا تنتج أي آثار مالية، فإذا كان غياب القدرات المالية يمنع إبرام العقد، فهو يسمح على الأقل بصياغة اتفاقية إدارية ويفسر ذلك، بأن الاتفاقية لا تتضمن أي شروط ملزمة، ولا يترتب عليها حقوق والتزامات، ومن ثم لا تؤسس أي مسؤولية تعاقدية. ويعتبر وجود أطراف متميزة في التعاقد، شرط لتبادل الحقوق والتزامات، حيث تتضمن الاتفاقيات الإدارية توجيه أعمال أو أهداف، وعلى ذلك توصف بكونها شبه عقد، لعدم ارتباط إبرام الاتفاقية الإدارية بأهلية تخصيص مالي معين. مع ملاحظة أن المقصود بأهلية توقيع العقد ليس فقط إمكانية إبرامه، ولكن أيضاً تنفيذ شروطه⁽¹⁾ ويلاحظ في هذا الشأن عدم اختلاف المبادئ التي تستند عليها العقود الإدارية عن العقود المدنية، حيث إن القانون المطبق على تنفيذ العقود الإدارية، يخضع لمبدأ القوة الملزمة للشروط المقررة، والآثار المتعلقة بالعقود، والمسئولية التعاقدية للأطراف الذين لم ينفذوا التزاماتهم، كما في القانون الخاص. وعلى سبيل المثال، الاتفاقية المبرمة بين الدولة وبعض المتاحف، ومنها اتفاقية متحف اللوفر التي بموجبها تقدم إدارة المتحف الاتفاقية المبرمة لعامي ٢٠٠٦-٢٠٠٨، كعمود فقري حقيقي لكيفية إدارة الأهداف. ويرى رجال الفقه ومنهم Rene Carre De Malberg⁽²⁾ أن جوهر الكيان القانوني هو الوحدة، وأن الدولة هي كيان جماعي تمثل تجسيد لمجموعة من الأفراد، ويفترض Leon Michoud أنه لا يمكن إدراك كيان اعتباري دون الأعضاء الطبيعيين الذين يشكلونه، وأكد Maurice Haurio إن هذا الكيان القانوني واحد، رغم أن ممارسة الحقوق موزعة بين العديد من الوزراء أو الإدارات. ومن ناحية أخرى تظهر وحدة الكيان القانوني، في رغبة وإرادة أعضائه لتحقيق هدف مشترك، وأنه لا يتصور إبرام عقد داخل نفس الكيان العام، ولكن على خلاف ذلك اتجه بعض الفقهاء إلى إمكانية توقيع عقود رغم وجود كيان قانوني واحد.

(1) voir -Sebastien Hourson , op. cit.,p. 210-217

(2) voir -Sebastien Hourson , op. cit.,p.221-voir I. michoud, ' la notion de personnalité morale " , R. D. P , 1899,p. 8

مع ملاحظة أن الالتزام لا يرتب أثراً إلا بالنسبة إلى الكيان القانوني الذي أبرم العقد، لذلك افترض الطعن القضائي طرح تساؤلات متعلقة بمدى انقسامية الدولة؟

وللإجابة على هذا التساؤل، لابد من الوضع في الاعتبار الحل الذي تبناه مجلس الدولة، بشأن الاحالة للقاضي وتحليل نشاط كل وزير، مع فحص مدى إمكانية انتمائه إلى نفس الكيان الاعتباري، وفقاً لما أكدته مفوضي الحكومة. ومن ناحية أخرى، فإن عدم تجزئة الدولة أستاذ في عقود السلطة العامة، حيث اعتبر القانون أن تجزئة الدولة إلى وزارات، تجعلهم يتصرفون ككيانات مستقلة، من خلال إبرام عقود إدارية، وينتج مثل هذا الانفصال بصفة خاصة من اتجاه Saint-Paul. والقول بأن العقود المصدّق عليها من أحد الوزراء، تُلزم كل ممثلي الدولة الآخرين، لا يمكن الاستناد عليه، حينما توجد عقود تعاقدية للإدارة، تقتصر الاستفادة منها على الوزارة التي تدخل ضمن نطاق اختصاص الوزير الذي أبرمها.

يلاحظ كذلك أن القانون يشير إلى الإدارات التي كانت أطراف في العقود، وليس إلى الدولة، وبمعنى آخر تخصيص المشرع للأهلية التعاقدية الخاصة بالأقسام الإدارية.

وقد خالف Maurice hauriou ما انتهى إليه حكم مجلس الدولة الفرنسي prevet بشأن إبرام عقد بين وزير الدفاع ووزير المستعمرات، من أجل توريد لحوم محفوظة قادمة من كاليدونيا الجديدة Nouvelle-Caledonie، حيث أصدر وزير المستعمرات، قراراً برفع أسعار اللحوم الطازجة فوق هذه الأراضي، مما أثار حفيظة المتعاقدين الشركاء للإدارة الذين طالبوا بالتعويض عن فرق التعريف، استناداً إلى نظرية التدبير الإلزامي. وكان رأي Maurice أن تقرير المسؤولية دون خطأ، كان مشروطاً بالإقرار المسبق للكيان الذي باسمه تصرف الوزراء، وكان أقل تحفظاً بالنسبة لانقسام الدولة، حيث أشار إلى أن عقود التوريد التي تم إبرامها وتوقيعها باسم نفس الدولة لا ينتج عنها آثار متبادلة وإنما تولد مراكز نسبية قاصرة على طرفيها. إلا أن هذا الرأي لم يكن مقنعاً، ويبدو أن قاعدة التأثير النسبي التي استند عليها Maurice Hauriou لم تسمح بتبرير رأيه الذي يركز على مفهوم الكيان القانوني، على الرغم من أن القاضي الإداري سمح بالحفاظ على وحدة الكيان القانوني.⁽¹⁾

ونتيجة لإهمال نظرية الكيان المزدوج، فقد القانون أهميته العملية، وفي المقابل أدى إلى تفعيل

(1) voir note, M. Hauriou, note sous l'arrêt C.E, 8 mars 1901, prevet et cie c /min. de la guerre, rec., p. 279

الاتفاقيات الإدارية بين الأقسام الإدارية فيما بينها، وليس بينها وطرف خارجي. وعلى خلاف ذلك يرى⁽¹⁾ Delcros أن الدولة تتكون من هيئات متنوعة ومختلفة بسبب وظائفها، مما يجعل كلاً منها يتمتع باستقلالية الأعضاء المكونة لهذا الكيان القانوني واستمراريته، وعلى عكس التقسيم الشكلي (العضوي)، فإن الفردية هي السبيل لإدراك الاتفاقيات الداخلية التي تركز على فكرة تجاوز التركيبة الإدارية، بالأخذ في الاعتبار الأفراد الذين يكونونها، بحيث يمكن التحايل على وحدة الكيان الاعتباري، ويحكم هذا النهج خلاصة الاتفاقات المشابهة، لتلك الاتفاقات التي حددتها عبارة اتفاق جنتلمان في القانون الدولي العام، التي تعني أن الاتفاق المُبرم بين حكام سياسيين لا يُلزم الدول التي يمثلونها، وفقاً للقانون وبذلك تهدف هذه العبارة إلى اتفاق من نوع خاص في إطار العلاقات بين الكيانات الاعتبارية، حيث أن احترام الكلمة المعطاة تمثل واجب وصفة أساسية للجنتلمان.

وأن جانب من الفقه المعاصر يتجه إلى أن اتفاقات الجنتلمان أدوات ناتجة عن تفاوض بين الكيانات المؤهلة للتعاقد، ألا وهي الدولة أو التنظيم الدولي، لذلك اتجه عديد من الفقهاء إلى تشبيه الاتفاقات الداخلية المُبرمة من قِبَل الإدارات مع عقود القانون الدولي، ومنهم Seiller، مما يدل على تأثير السلوكيات الدولية على قانون الإدارة، بنقل هذا المفهوم في القانون الداخلي، فضلاً عن إن تبنى هذه النظرية سوف يؤدي إلى الاهتمام بالأفراد الذين يشكلون الأقسام الإدارية وافلات الأخيرة وسحبها من القانون العام، وهذه النظرية غير مقبولة لاهتمامها بالعلاقات الفردية حتى ولو استهدفت المصلحة العامة، مما يتطلب استبعاد الاتفاقيات الإدارية الداخلية لاتفاق الجنتلمان، لتعارضها مع الممارسات الإدارية بالرغم من صفاتهم المشتركة، وأن الاهتمام بالعلاقات الفردية من شأنها أن تؤدي إلى استبعاد العلاقات الاتفاقية بين أعضاء الكيان العام الخاضع للقانون الإداري.

(¹) "Il est possible d'envisager un contrat dans lequel serait présente une seule personne. un exemple peut être fourni par le contrat avec soi-même, analyse plus spécialement par la théorie civiliste dans ce cas, un contrat pourra mettre en relation non pas deux personnes juridiques, mais deux patrimoines distincts. ... nous seulement possible, cette idée que des contrats puissent être passés entre organismes de l'état, est encore souhaitable", voir -Sebastien Hourson, op. cit., p. 228-230

المطلب الثاني

تحديد الاختصاص الاتفاقي لبعض الأقسام الإدارية في الدولة رغم وحدة الكيان الاعتباري

تتوسع فرنسا في استخدام الآلية التعاقدية ضمن علاقات الشخص العام الواحد، وكذلك العلاقة بين السلطات المركزية واللامركزية داخل الدولة، في الوقت الذي ظهرت فيه نظرية وحدة الشخصية القانونية للدولة، نتيجة تنوع المرافق الإدارية التابعة للدولة، والتجاء القائمين على إدارتها بإبرام عقود تهدف للتنسيق بينهم، مما أدى إلى إمكانية إبرام الدولة عقوداً مع نفسها، باعتبارها شخصاً عاماً. وبذلك يمكن التفكير في الاختصاص الاتفاقي، باللجوء إلى آلية إبرام العقد مع ذاته. ويبدو أن هذه النظرية قادرة على فهم خاتمة الاتفاقيات الإدارية الداخلية، في ضوء وجود كيان قانوني وأحد فقط، وإن تطبيقها على العلاقات بين الأقسام المنتمية لنفس الكيان القانوني يبدو قانونياً، ولكنها غير كافية لسببين: - أولهما: - أنها تمثل موضوع مناقشات متنوعة داخل مذهب القانون الخاص نفسه، مما يمنع استخدام هذا المفهوم في القانون الإداري. وثانيهما: استبعاد نظرية العقد مع الذات لتعارضها مع اتفاقات الإدارات التي يتم تكييفها بالاتفاقيات الإدارية. وسوف نتناول كلا منهما في فرع مستقل

الفرع الأول

مناقشة نظرية العقد مع الذات من قبل المذهب الخاص

الأصل أن ينعقد العقد بالتراضي الذي يستلزم وجود طرفين على الأقل في العقد، غير أنه يمكن تصور تعاقد الكيان الاعتباري مع نفسه، أي يقوم شخص واحد بدور طرفي العقد، مما يجعله يتعارض مع فكرة العقد الذي يستلزم وجود إرادتين صادرتين بتعبيرين من شخصين، يعبر كل منهما عن إرادة صاحبه، إحداهما بالإيجاب، والأخرى بالقبول، وهذا غير متحقق في حالة التعاقد مع النفس، إذ لا يوجد الأشخاص واحد وإرادة واحدة.

ولكن في اعتقادنا أنه إذا كان الوضع الظاهر يبين وجود إرادة وحيدة من خلال تعاقد شخص واحد مع نفسه، فإن حقيقة الأمر تكمن في وجود إرادتين متميزتين، لكلاً منهما مصلحة متميزة عن مصلحة الأخر. وقد ارتبط مذهب القانون الخاص بتعريف مفهوم العقد مع ذاته، من خلال إمكانية إبرام عقد يكون طرفيه شخص واحد وعلى سبيل المثال العقد مع الذات الذي يتم تحليله بموجب النظرية الفردية وبصفة خاصة الذي يسمح لمؤسسات الدولة، بأن تبرم عقوداً فيما بينها. وبناءً على ذلك يفسر Pierre

Raynaud, Cabriel Marty^(١) هذه العبارة بان الفرد الذى يتصرف طبقا لصفات مختلفة، يخفى في شخصه بالتبادل صفة المتعاقدين. بمعنى آخر أن العقد مع الذات هو الوضع الذي ينتج، عندما يتصرف ممثل ما بصفتين مختلفتين على سبيل المثال، ممثلاً لأخر، وممثل عن نفسه شخصياً أو كممثل مزدوج لممثلين لديهما مصالح متناقضة، ولكن في الحقيقة يوجد بالفعل طرفان في العقد، ومن أمثلتها العقد المُبرم بين مدير شركة ما شخصياً وبين الشركة (كيان اعتباري)، او عندما يشتري مدير الكيان الاعتباريين لأحدهما ويبيع للأخرى، يكون العقد مُبرماً بين الشركتين، ونستنتج من الحالتين السابقتين، أنه يوجد طرفان مما يتعارض مع المصطلح السابق،

منذ ذلك الوقت فإن مصطلح العقد مع ذاته يمثل خطأ لغوي، حيث أنه من غير المتوقع، أن أحد الأشخاص يمكنه إبرام عقد مع ذاته إلا إذا تصرف بصفة وحيدة فقط، وبالتالي لا يوجد في الحقيقة عقد مع ذاته بمعنى أنه يجب أن يكون الشخصان المختلفان قانوناً موجودين أو ممثلين كما أوضحه غالبية الفقهاء ومنهم^(٢) Larroumet .

ويجد هذا التفسير صداه في بداية القرن العشرين، حيث أشار Léon Michoud إلى إمكانية إبرام أحد الأشخاص الطبيعيين لاتفاقية من خلال تمثيله لشخصين مختلفين حيث يكون دائماً شخص طبيعى - بدون شك - الذي يوقع على العقد، لكن نفس الشخص الطبيعي فقط، يمكنه التوقيع في آلاف من الحالات المتنوعة لنفسه، للدولة التي يكون عضواً بها، لمدينة أو الإدارة التي يديرها، للشركة التجارية التي يديرها، الدائرة أو الجمعية التي يرأسها، للقاصر الذي يدير أملاكه، للطرف الثالث الأخر الذي وكله.... إلى آخره. وفي كل هذه الحالات لا يوقع العقد مع نفسه.

واتجه أغلبية الفقهاء إلى اعتبار أن تطبيقات نظرية العقد مع الذات فكرة نادرة وقليلة الفائدة كما أشار Hauser وأن الندرة ناتجة من وجود نصوص قانونية تحظر استخدامها، ومنها المادة ١٥٩٦ من القانون المدني إلى تحظر أسلوب التعاقد على مديري الأملاك لإحدى القرى أو مؤسسة عامة في إطار مناقصتهم وكذلك المادة ٥٠٩-٤ التي تنص على أن الوصي لا يستطيع - حتى مع وجود تصريح - شراء أملاك الشخص الموصي عليه، وكذلك استئجارها أو بيعها نهائياً. والغرض من هذا الحظر هو منع استخدام هذه الأداة في الاحتيال، بالإضافة إلى ذلك لم تكن نظرية العقد مع الذات مطبقة بوضوح على الاتفاقيات الداخلية

(١) voir -Sebastien Hourson , op. cit.,p. 231--٢٣٢ (٢)

الفرع الثاني

نظرية العقد مع الذات غير مناسبة في مجال التطبيقات الإدارية

Une théorie du contrat avec soi- même

نجد ان الاتفاقيات الإدارية المتنوعة، تم استبعادها من نطاق تطبيق العقود، ويرجع ذلك لعدم إلزامية شروطها، ومن جانب آخر فإن العقود المستهدفة، من قبل نظرية العقد مع الذات تكون منتجة للحقوق والواجبات، ولا تتميز عن العقود العادية إلا من خلال التوقيع.

وعلى العكس أفترض بعض الفقهاء، ومنهم⁽¹⁾ . Devolve بأن العقد مع الذات ليس عقداً، وبالرغم من ذلك إلا أنه من الخطأ استنتاج غياب اهلية التعاقد، كما أنه غير صحيح إنكار الطبيعة التعاقدية للعقود مع الذات، كما يفهمها المذهب الخاص. ومن هذه الاختلافات يتضح عدم اهتمام المشرع بالاتفاقيات الإدارية الداخلية والضمانات التشريعية التي تحيط بالعقود مع الذات، حيث لم تكن النتائج المتولدة عن العقود مع الذات مماثلة، لتلك النتائج الخاصة بالاتفاقيات الإدارية، لهذا لم يكن من المأمول نقل النظام المطبق في القانون الخاص للقانون العام.

حيث تفترض الاتفاقية الداخلية أثنين من الموقعين، لكن لكيان قانوني واحد، بينما يطالب العقد مع الذات بموقع واحد، لكن بكيانان قانونيان، وفي ذلك تختلف الاتفاقيات الموقعة بين أقسام نفس الكيان الاعتباري عن الفرضيات الموجودة في القانون الخاص، وتشير الاتفاقيات إلى ظاهرة تتعارض فطرياً عن تلك الظاهرة التي يصفها عقد مع الذات.

يستنتج من ذلك Fabre Magnan أن أحياناً يتم توقيع العقود في داخل نفس الإدارة بين قسمين، بحيث يكون كلا منهما كيان واحد قانوني، يولى اهتمامه بجانب العقد، ليس فقط في وقت إبرامه، لكن أيضاً في وقت تنفيذه، وبذلك تتطابق العمليات الإدارية مع مصطلحات العقد مع الذات في الفرضيات المتعلقة بالعلاقات الخاصة. وأن نظرية العقد مع الذات مستوحاة من المذهب الألماني Selbsteintuit الذي يرى ان التعاقد مع الذات، يتم تحليله كعقد ثنائي الأطراف، يكون إبرامه ناتج عن نفس الإرادة. ومع ذلك توجد عمليات مشابهة للتفسير في القانون الإداري في حالة عدم امكانية توقيع

(¹) voir –Sebastien Hourson , op. cit.,p. 234–235

الكيان الاعتباري الذي لا يجوز له فعلياً توقيع العقد وانما مندوبه. وبذلك عرفت الاتفاقيات العامة تطبيقات لنظرية الوكالة أو التفويض خارج هذا التفسير المؤسسي، إلا أن هذه الآلية تقترح اللجوء إلى التفسير، كما عبرت عنها Mme Canedo بأن جوهر التفويض أن أكون في كل مكان، لكن يبدو ان مجلس الدولة يميل إلى الحد من اللجوء إلى التفويض مبرراً ذلك، بان الشخص الاعتباري لا يتصرف لمصلحته الخاصة، لذلك لا يمكن لهذه التفويضات، أن تمثل الهيئة العامة حينما يقبل القاضي الإداري، ان يتصرف الكيان العام بنفسه.

وفي النهاية فإن نظرية العقود مع الذات لا تتلائم مع طبيعة القانون العام التي تتعامل مع الاشخاص الاعتبارية، وليس الاشخاص الطبيعية كما في القانون الخاص.

ونتيجة لذلك اتجه الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى نظرية الكيان الجزئي للأخذ في الاعتبار الاتفاقيات الداخلية، وكما أشارت إليه Mme Rouyere أن الموضوع لم يكن بخصوص الكيان العام الجزئي، ولكن الكيان العام ككل وتختلف نظرية الكيان الجزئي عن الكيان المزدوج، حيث يقصد بالأخيرة وجود كيانين في الدولة، ألا وهما كيان سلطة عامة -- وكيان فني، ولفهم خصائص الكيان الجزئي لابد من فهم أن الاختصاص لا يعتبر عنصر قابل للتجزئة، بما أنه جزء من الكيان العام، حيث أن الاتفاقيات الإدارية كما في العقود تطلب بوجود الاختصاص الاتفاقي.

وبالإشارة إلى محاولة Mescheriakoff التي تعتبر أن الاتفاقيات التي يجوز توقيعها بين مختلف المؤسسات، يمكن أن تدخل في المعنى القانوني للعقود والتي بطبيعتها تشكل جزءاً من النظام القانوني الداخلي للإدارة، إذا توافرت شروط التزامات تلاقي الإرادات، وبذلك فإن هذه النظرية تعترف بوجود اختصاص اتفاقي لكيانين تابعين لنفس الكيان العام، مما يمكنهم من أبرام اتفاقيات إدارية فيما بينهم، وأن كلاً منهما يعبر عن إرادة مستقلة، وتطبيقاً لذلك سمح القاضي الإداري بقبول دعوى رفعها احد الوزراء ضد قرار صادر من وزير آخر، ولكن يتناقض مع هذا الوضع أن الطعن القضائي المقدم من الوزير في المحكمة يكون بصفته ممثل قانوني للدولة وبكونها كيان اعتباري ضد شخص آخر مسئول تابع لنفس الكيان. ولذلك يجب التساؤل عن مدى إمكانية قبول الطعن المقدم من الوزير ضد القرارات

(1) voir A. Rouyere, "la personnalité publique partielle", A. F. D. A , 14 et 15 juin 2007 , "colloques, débats", 2007, p. 103, voir -Sebastien Hourson , op. cit., p.238-239

الصادرة من ممثل آخر لنفس الكيان الاعتباري، حيث وفقاً للظاهر تقاضى الدولة نفسها، وبذلك يفترض اختصاص اتفاقي لصالح نفس الكيان لكي يقيم علاقات ذاتية، مع كيان ناتج عن نفس الكيان الاعتباري يتمتع باختصاص اتفاقي آخر، لذلك أقر. Moreau تقسيم مفهوم الكيان الاعتباري القانوني، ولكن مع الوضع في الاعتبار، طبيعة الأنشطة الإدارية.

المبحث الثاني

الاستقلالية بالنسبة لموضوعات الاتفاقيات

L'autonomie au regard des objets des conventions

لا يكفي لإبرام العقد، اتجاه الإرادة لترتيب أثر قانوني، أيّاً كان هذا الأثر، بل يتعين أن يتم ذلك في الحدود وبالشروط التي يقرها القانون، فالإرادة ليست مطلقة الحرية في هذا المجال، وإنما هي مقيدة بالشروط والأوضاع التي فرضها القانون⁽¹⁾، ومن هذه الشروط التي تحد من حرية الإدارة في اتجاهها للتعاقد، ما يتعلق بمحل العقد، مما يمثل قيوداً على الحرية التعاقدية. ويعتبر العقد وسيلة مألوفة تلجأ إليها الجهة الإدارية على مر التاريخ، ويؤيد هذا القول أغلبية الفقهاء ومنهم⁽²⁾ Georges Pequignot الذي يرى أن العقد يلعب دوراً أساسياً في ممارسة النشاط الإداري والتوسع في استخدامه يتزايد مع تمدد واتساع مجال هذا النشاط. ويتعين للتعاقد وصحة الالتزام، أن يكون محله مشروعاً، أي غير مخالف للقانون أو النظام العام أو حسن الآداب، وإلا وقع العقد باطلاً، وذكر André De Laubadère أن الإدارة لا تستطيع التعاقد، حول أي موضوع، لأنه لا بد من مشروعية محل الالتزام، وإلا وقع الالتزام باطلاً، مما يجعل العقود الإدارية غير مشروعة بسبب موضوعها، لذلك يجب توضيح مفهوم الموضوعات التي يحظر على الجهة الإدارية التعاقد بشأنها. ويشير حكم مدينة montelimar⁽³⁾ الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية الفرنسية، بعبارة موضوعات أساسية للعقد التي استخدمت بالفعل لتحديد عناصر أساسية للعقد، وتعود هذه الأخيرة بصفة خاصة للسعر في إطار سوق العمل و، وعلى ذلك لا تشير المادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي إلى موضوع العقد لكن بالأحرى موضوع الالتزامات، وبذلك

(١) انظر ابراهيم دسوقي ابو الليل مبدأ حرية التعاقد مضمونه ومداه (دراسة تحليلية لمدى دور الإرادة في التعاقد ، المرجع السابق ، ص ٢٦

(2) voir -Sebastien Hourson , op. cit.,p. 244-245 -

(3) C.A.A Bordeaux , 6 mai 2008 , commune de montelimar , req., n. 05bx00917

تتصب الدراسة على موضوع شروط العقد، وليس موضوع العقد

ويرى جانب آخر من الفقه دراسة موضوع الالتزامات ثم موضوع العقد، بحيث يتم البحث في العملية القانونية في مجملها، وبذلك يهتم اصحاب المذهب الخاص بالالتزامات، على خلاف القاضي الإداري الذي يتولى تحليل أشمل للعقد، ولكن الموضوعات محل الحظر التعاقدية لم يتضمنها نص عام، رغم تقنين القانون العام الفرنسي، ولا توجد قائمة بالموضوعات المحظورة التي تسمح بالتمييز بين العقود الإدارية والمدنية، حيث أن الموضوعات المحظورة التعاقدية بشأنها سجلت بالقانون المدني بنص المادة ١١٢٨ منه، بحيث أصبح لا يوجد إلا الموضوعات التي تدخل في مجال التجارة والتي تصلح، أن تكون محل للاتفاقيات وعلى العكس، توجد موضوعات يطلق عليها خارج مجال التجارة، تكون قابلة للتطبيق على العقود الإدارية، وهي محددة على سبيل الحصر من قبل القانون.

وإذا كان من الممكن قانوناً التعاقد على موضوع، فإنه يمكن بصفة خاصة إبرام اتفاقية إدارية، وهنا لا تتمتع الاتفاقية باستقلالية، حيث تختلط مع العقود، بما أنها تقر نفس الموضوعات، ولكي ينتج التمييز اثار مثمرة، لابد من التركيز على الموضوعات التي من أجلها، يكون التعاقد عليها محظوراً، وفي هذه الحالات لم تصطدم الاتفاقيات الإدارية بنفس الحظر.

وسوف نقسم دراستنا في هذا المبحث الى: -

المطلب الأول: - اتساع مجال الموضوعات محل إبرام الاتفاقيات الإدارية.

المطلب الثاني: إعادة تكييف العقد (التحول).

المطلب الأول

اتساع مجال الموضوعات محل إبرام الاتفاقيات الإدارية

أن تزايد الموضوعات المصرح بها لإبرام الاتفاقيات، يجب ان يفسر بضعف الحظر التعاقدية، حيث توجد علاقة منطقية بين الظاهرتين، بسبب التحايل على الحظر التعاقدية، بإبرام اتفاقيات إدارية. ومع ذلك لم تكن هذه العلاقة صحيحة دائماً. ولتوضيح ذلك، سوف يتم دراسة الموضوعات الآتية: -

الفرع الاول: - تزايد الموضوعات محل إبرام الاتفاقيات الإدارية.

الفرع الثاني: - معالجة الموضوعات المخالفة الغير مشروعة

الفرع الاول تزايد الموضوعات محل إبرام الاتفاقيات الادارية

يتنوع الحظر التعاقدى فإذا نص القانون على منع الإدارة صراحة من التعاقد بخصوص مسألة معينة، سواء كان هذا الأمر يتعلق بشيء يراد شراؤه أو عملاً يراد تنفيذه، يجب على الإدارة احترام صريح النص، والا ترتب على مخالفة الإدارة للحظر المنصوص عليه، بطلان العقد، وقد يكون محل العقد غير مشروع لمنافاة التعاقد بشأنه مع طبيعة الروابط في القانون الإداري، مثل الاتفاق التي تُبرمه الإدارة مع موظفيها لإنقاص المزايا التي تضمنها لهم المراكز النظامية العامة، وكذلك إذا تضمن الاتفاق بعض الشروط التي تتعارض مع ضرورات أداء المرافق العامة لمهامها^(١).

أولاً:- الحظر وفقاً للموضوع

١- (الضبط الإداري أو البوليس الإداري) le contrat en matière de police administrative

يعتبر الضبط الإداري من الموضوعات محل الحظر التعاقدى، وله وسيلتين تحت تصرفه هما التنظيم والالتزام، ويعنى ذلك، أنه يحظر على مرفق الشرطة إسناد إدارة وتسيير المرفق العام إلى شخص آخر من اشخاص القانون الخاص أو العام، حيث يعد من المرافق الدستورية التي تتصل بسيادة الدولة، لذلك تحظر أغلب دساتير الدول، تفويض مرفق الشرطة للقطاع الخاص. وتأكيداً لذلك صدر حكم مدينة Castelnaudary الذي قرر أن مرفق الشرطة المحلي بطبيعته، لا يعرف هذا النوع من التعاقدات باستثناء ما يعهد لممثلي الإدارة، تطبيقاً لما قرره مجلس القضاء الأعلى الذي يستهدف إقامة قاعدة عامة لحماية امتيازات الشرطة^(٢).

ويمكن استخلاص ذات الغرض من قضاء Consorts Amoudruz، ولكن بمنظور مختلف، من خلال تقرير مسؤولية الجهة الادارية في حالة ارتكاب هذه المخالفة^(٣)، وبذلك يكتفي القاضي الإداري، على سبيل المثال بإعلان أنه لا يجوز لشركات المراقبة والحراسة، أن تتعهد بالقيام بمهام مراقبة الطرق العامة، من خلال تفويض معهود إليها من الشرطة المحلية في المدن

(١) انظر أ. د/ محمد جمال عثمان جبريل، العقود الادارية، الطبعة الرابعة، دون ناشر، دون سنة، ص ٢٦٦، ٢٧٠

(٢) C.E ass., 17 juin 1932 , ville de castelnaudary, rec., p. 595

(٣) voir C.E sect., 23 mai 1958, Consorts Amoudruz, rec., p. 301

وكذلك محكمة الاستئناف الإدارية في مدينة Marseille⁽¹⁾ التي قررت أن من شروط أحد الاتفاقات، عدم تفويض امتيازات مرفق الشرطة المختص بالوقوف على الطريق العام لشركة خاصة. وبذلك نستنتج من الاحكام السابقة، أن مجلس الدولة لم يشير إلى الموضوع المحظور التعاقد بشأنه، ولم يمنع من الرجوع بموضوعية لطبيعة المرفق العام.

ويفضل القاضي الإداري أحياناً الاستناد إلى النص القانوني الذي يولد سلوك ما بطريقة قانونية شكوك متعلقة بعمومية الحظر التعاقدية، إلا أن هذه المخاوف يمكن تجاهلها لأن القاضي الإداري يجتهد للتوصل لحل، لذلك لا بد من الإشارة إلى أن القيمة القانونية للحظر التعاقدية في موضوع الضبط الإداري، لم تكن متكاملة، حيث ان مجلس الدولة الفرنسي لم يستدل إلى عدم مشروعية الشرط التعاقدية المفوض بامتيازات الشرطة إلى اشخاص خاصة، إلا من خلال الشروط المشار إليها في المادة ١٣ من الاتفاقية الفرنسية الإيطالية في ١٤ مارس ١٩٥٣ المتعلقة بإنشاء واستغلال نفق Mont- Blanc والتي تمسك الوزير بتعديلها، ويعني هذا الحكم ضمناً أن الحظر التعاقدية يخضع للرقابة الدستورية، حيث طبق القاضي الإداري على سبيل المثال هذا المبدأ على الاتفاقات التعاقدية الموقعة في مجال الانشاءات، وبناءً على ذلك قرر مجلس الدولة⁽²⁾ بأنه لا يجوز أن يعهد لشرطة الطرق الريفية بمرفق الكباري والممرات استناداً إلى المادة ١ من قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٥٨ والمنوط بموجبها لجهاز الشرطة الحفاظ على الطرق⁽³⁾.

ويسمح هذا التجرد القضائي بالإشارة إلى مقاومة الحظر التعاقدية المتعلق بموضوع الضبط الإداري ولكن في حالة القانون الوضعي لا يؤثر ذلك بعمق على المبدأ الأصلي الذي استنتجه مجلس الدولة والذي يهتم القاضي الإداري بموجبه فقط بتدخل المشرع.

(1) "prérogatives de police du stationnement sur la voie publique " voir C.A.A Marseille ,26 juin 2003 ,

(2) , C.E٢ 8 avr., 2004, association pour le respect du site du mont- blanc, req. n 236076

(3) C.E٣ 0 sep. 1983, fédération départementale des association agréées de pêche de l'ain et autres rec., p. 392

٢- (التعاقد في موضوع الضرائب): le contrat en matière de fiscalité:

على غرار موضوع الضبط الإداري، فإن الحظر التعاقدى المتعلق بموضوع الضرائب، يتعلق بصفة خاصة بقواعد النظام العام، ولكن يجوز أن يكون موضوع إحدى الاتفاقات، وفقاً لما أكده المشرع والقاضي وكما أشار إليه m.Devolve وتطبيقاً لذلك ودون الحاجة إلى النظر في أسباب الطعن الأخرى؛ إذا نص العقد على افتراض إلغاء المبيعات المعفاة من الرسوم للمسافرين الذين يتنقلون داخل الدول الأوروبية مع السماح لهم، بأن تقوم الشركة ببيع المنتجات الخاضعة للضريبة؛ فإنه في حالة تحويل النشاط المعفى من الضرائب إلى نشاط يخضع السلع للضريبة، فإنه من المناسب لتفسير العقد أن يتم وفقاً للإرادة المشتركة للطرفين^(١) كما أشار مجلس الدولة الفرنسي.

وماعدا الاستثناءات المنصوص عليها في القانون الضريبي يؤكد حكم مجلس الدولة أن الاتفاقات المبرمة بين أحد الممولين ومصالحة الضرائب، تتجرد من أي قيمة قانونية، ولا يجوز ان يتمسك بها الأطراف أو القاضي، ولا يتعارض مع ذلك إبرام اتفاقات بين الإدارة والممولين، لتحديد قيمة العقوبات، عندما لا يرضى الفرد بدفع قيمة ضرائبه في المهلة الممنوحة، ومع ذلك تظهر اتفاقات الضرائب دائماً موضوع للعمل الإداري الملزم لجانب واحد، من خلال اقتطاع مالي قامت به السلطة العامة بطريق الإجبار، رغم الحوار الذي أجرى بين الإدارة والممول، الذي لا ينفى عن اعمالها الطبيعة أحادية الجانب. وفي هذا الشأن أكد تقرير مجلس الدولة أن التصرفات القانونية الصادرة من مصلحة الضرائب لا تمثل اتفاق تفاوض لكن قرار ادارى، تم اتخاذه لمواجهة امتناع الممول عن دفع الضريبة، ورغم ذلك فان العقد الضريبي تم تكييفه عادة باتفاق، لا تكون له طبيعة تعاقدية، وإذا لم تستطع الإدارة- بطريقة قانونية- أن تخرق النصوص التشريعية الضريبية من خلال التعليمات أو الاتفاقات فهي لا تستطيع إبرام عقداً.

ثانياً:- الحظر التعاقدى التابع للمهمة المكلف بها

Les prohibitions suivant la mission

فاذا تضمن العقد الإداري بعض الشروط التي تتعارض مع ضرورات أداء المرافق العامة لوظيفتها، فإن البطلان لا يلحق بهذه الشروط فقط بل يمتد إلى العقد الإداري ذاته ومن أمثلتها التطبيقات

^(١) Conseil d'État 7ème et 2ème sous-sections réunies ,11 juillet 2008 ,N° 281512 ,

Inédit au recueil Lebon

أكد مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر لمدينة Aix-en-provence على ضرورة الالتزام بإجراء العلانية عند إبرام التعاقد بالنسبة لتفويض إدارة المرفق العام، وبالرغم أن هذا المبدأ عرف بعض التقلبات ولم يعرض الحظر التعاقد للخطر، فيما يتعلق بتنظيم المرافق العامة، وتجد هذه القاعدة تطبيقات عديدة، فيما يخص أنشطة المصلحة العامة التي يسيطر عليها الشخص الاعتباري العام، وعلى ذلك لو عهد لغرفة التجارة والصناعة بإدارة مرفق التنمية الاقتصادية للجوادلوب التي دعت إلى مشاريع تمثل تفويض لمرفق عام، فإنه يجب الالتزام باتباع الإجراءات التنافسية وفقاً للمواد ٥٥١-١، ٥٥١-٥ من قانون القضاء الإداري والمطبقة من قبل قاضي الأمور المستعجلة، والتي تنص على ضرورة التعرف على أوجه القصور في أداء الالتزام بالإعلان والتنافس، الذي تخضع له وسيلة إبرام العقد عن طريق السلطات والكيانات المتعاقدة، وعلى ذلك فإن تطور القضاء الإداري، يعتمد على إبرام اتفاقيات حكومية في مجال المواد السالف ذكرها، من قانون القضاء الإداري من أجل اتساع دائرة اختصاص قاضي الأمور المستعجلة لمعرفة الإجراءات التنافسية للاتفاقيات التي يكون موضوعها نشاط عام، ولكن يثار التساؤل عن مدى إمكانية تجاوز الصعوبات التي تواجه الاتفاقيات في مجال النشاط العام من أجل اشباع احتياجات المرافق العامة أم لا؟^(١)

وتطبيقاً لذلك^(٢) يجوز للشخص المختص منح عقد تفويض المرفق العام، أثناء عملية المفاوضات، على أساس نص القانون الصادر بتاريخ ٢٩ فبراير ١٩٩٣ المتعلق بمكافحة الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، التي تضمن لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام ويسمى قانون Sapin،. حيث تتلخص وقائع القضية، في أنه بعد أن قررت الدولة، في يناير ١٩٩٩، الدخول في مفاوضات مع شركة الطرق السريعة المالية والصناعية، طلبت الدولة من الشركة التي تفاوضت معها، الأخذ في الاعتبار النتائج التي انتهت إليها اللجنة المشتركة بين الوزارات المكلفة بدراسة سلامة أنفاق الطرق والاضطلاع بتعديل مشروعها لتنفيذ الأشغال وزيادة سلامة المستخدمين في الأنفاق ليتم تضمينها في قسم الطريق السريع الذي هو موضوع عقد الامتياز ؛ مع

(١) voir pascal caille,op. cit.p.1333-1334

(٢) Conseil d'Etat , 7 / 5 SSR ,29 avril 2002 ,GROUPEMENT DES ASSOCIATIONS DE L'OUEST PARISIEN (GALOP), N° 216902 Mentionné dans les tables du recueil Lebon ,

وضع في الاعتبار ؛ إن شركة الطرق السريعة المالية والصناعية، هي الوحيدة التي تتنافس في هذه المرحلة، وأن التعديل لنطاق موضوع العقد، والذي كان مبرراً من قبل مصلحة المرفق، لم يكن له طبيعة مختلفة.

فإذا كانت اتفاقية الامتياز المُبرمة بتاريخ ٣ سبتمبر ١٩٩٩ بين الدولة وشركة الطرق المالية والصناعية الرئيسية، تكون لها العديد من الملحقات التي تفرض على صاحب الامتياز التزامات أمنية صارمة داخل النفق ؛ في ضوء الأحكام التي يتعين على الدولة اتخاذها، من ناحية، وممارسة سلطتها الشرطة، مع مراعاة الاحتياطات الضرورية للسلامة على الطرق، ومن أجل تحديد تنفيذ تدابير مراقبة حركة المرور، وحظر نقل بعض المواد وإعداد وسائل الإنقاذ المناسبة لضمان سلامة مستخدمي العمل، من ناحية أخرى، بصفتها السلطة المانحة.

ومع الوضع في الاعتبار أنه عندما تكون السلطات العامة مسؤولة عن المرفق العام، وعهدت بإدارتها إلى طرف ثالث ؛ لهذا الغرض ما لم ينص على خلاف ذلك، بغض النظر عن وضعه القانوني، وحتى إذا كان قد أنشأ أو ساهم في إنشائه الأعضاء أو الشركاء أو المساهمين في عقد تفويض المرفق العام، أو إذا كانت مكافآت المتعاقد معهم لا ترتبط بشكل جوهري بنتائج تشغيل المرفق، أي عقد مرفق عام ؛ إلا أنها لا يمكن تمرير مثل هذا العقد، نظراً لطبيعة النشاط المعني والظروف المحددة التي يمارس في ظلها، ولا يمكن اعتبار أنها تتناول كمشغل اقتصادي في سوق تنافسية.

علاوة على ذلك، عندما يمارس شخص خاص، تحت مسؤوليته إدارة مرفق عام، دون أن يعهد إليه شخص عام بهذه المهمة، يكون نشاط قام بمبادرته الخاصة، ولا يجوز تكييفه على أنه تفويض صادر من شخص عام لإحدى خدمات المرفق العام.

مع الأخذ في الاعتبار أنه عند النظر في إمكانية قيام إحدى الجمعيات بإدارة مرفق عام والاستفادة منها باعتبارها منحة فقط، بشرط أن يكون صاحب عقد تفويض المرفق العام بموجب أحكام المادتين ٣٨ وما يليها من القانون المؤرخ في ٩ يناير ١٩٩٣ أو عملاً بالمواد L. 1411-1 وما يليها من القانون العام للمجموعات الإقليمية، وكان من الممكن استبعاد التوقيع على مثل هذا العقد، وطعنت محكمة الاستئناف الإدارية في مرسيليا في حكمها على خطأ في القانون ؛ وباعتبار أن COMMON D'AIX-EN-PROVENCE ؛ يمكن أن تقدم إعانات إلى المرفق العام الثقافي للمهرجان الدولي في

إيكس أون بروفانس، فإن أحكام المادة 2-2224 L. من القانون العام للسلطات المحلية، والتي تحظر إمكانية قيام البلدية بتحمل المسؤولية في ميزانيتها من نفقات المرفق العام ذات الطابع الصناعي والتجاري، لا يمكن التذرع بها ؛ وبذلك فإن بلدية آكس أون بروفانس لم تتجاهل أحكام المواد-1511 L. 1 وما يليها من نفس القانون، لأن الغرض منها، هو تنظيم الظروف التي يمكن للسلطات المحلية توفيرها وتقديم المساعدة للشركات، وأن الجمعية، التي يدير نشاطها، بناءً على طلب السلطات العامة التي أنشأتها وتحت سيطرتها، المرفق العام للمهرجان الدولي في إيكس أون بروفانس، لا يمكن اعتباره عقداً بالمعنى المقصود في تلك الأحكام⁽¹⁾.

ويلاحظ في هذا الشأن أنه لا يجوز للمرفق العام ان يفوض كامل اختصاصاته للغير، لأنه يتكفل بمسئولية تنظيم المرافق العامة التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة والجهة الإدارية وحدها، هي التي تستطيع أن تتكفل بإدارة المرفق، وأن الطبيعة التنظيمية للشرط تمثل نوعاً من الضمانة للكيان العام.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذلك بقولها (ومن حيث إن الدولة وهي تمارس دورها في إدارة المرافق العامة إنما تستهدف كفالة الحقوق والخدمات الأساسية للمواطنين وفق ما تحدده لها التشريعات من اختصاص وسلطات ويأتي على رأس هذه الحقوق ما يكفله الدستور من حقوق اقتصادية واجتماعية تلتزم الدولة بالعمل على توفيرها لهم وهو ما تضطلع به الدولة مستهدفة كفالتها وإتاحتها للجميع ملتزمة في ذلك بموجبات الشفافية تكافؤ الفرص ومبادئ العدالة الاجتماعية والمساواة)⁽²⁾

ولكن يلاحظ أن الإدارة تلجأ لإدراج شروط تنظيمية (لائحية) في عقد تفويض المرفق العام ومن بينها، الحظر التعاقد الذي يجوز تعديله من جانب الأطراف، حيث لا يمثل قرارات، وإنما تكون شبيهة بالشروط التعاقدية، ولكن مع ملاحظة اختلاف تعديل الشروط التنظيمية عن ذلك التعديل الخاص بعقد ملزم لجانب واحد، لأنه لا يتم ممارسته في إطار تعاقدية، لذلك لا بد من تحقيق التوازن بين امتياز السلطة العامة التي تتمتع بها الجهة الإدارية وحماية المتعاقد الشريك للإدارة. وقياساً على ذلك يوضع في الاعتبار الطبيعة التنظيمية للشروط المنصبة على تنظيم المرفق العام، ومنها شرط الحظر التعاقدية،

(1) Conseil d'État, 6 avril 2007, N° 284736, Publié au Recueil Lebon

(2) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٤٩٥٠٦ - لسنة ٦٢ قضائية - بتاريخ ١٨ - ٣ - ٢٠١٨ حكم غير منشور

حيث يجد في القانون الإداري ما يدعمه، وفي هذا المعنى صدر حكم⁽¹⁾ *barbars et de la marniere* الذي أعلن أن اللجنة الإدارية لا يجوز قانوناً منعها من التعديل خلال فترة التعاقد دون موافقة أحد الجراحين الذي يتكفل بتنظيم المرفق الجراحي في المستشفى. ويرى بعض الفقهاء أنه إذا كان موضوع أحد العقود يتضمن تنظيم مرفق عام، فإنه يجب الاستناد إلى ما قرره القاضي الإداري في حكم مدينة *ivry-sur-seine*⁽²⁾ الذي أكد فيه على إمكانية توقيع عقد بين كيانيين عامين وموضوعه تنظيم مرفق عام، وفي هذا الحكم يستند مجلس الدولة على حكم إدارة *la moselle*⁽³⁾ الذي تم الإشارة إليه في الاتفاقيات المبرمة بين ممثل الدولة في الإدارة ورئيس المجلس العام لتطبيق المادة ٢٦ من قانون ٢ مارس ١٩٨٢. وتأكيداً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي⁽⁴⁾ بأنه لكي يتم إبرام عقد إداري لا بد أن يكون العقد قد تم التعاقد عليه من قبل جهة عامة للحصول على السلع أو الأعمال أو الخدمات التي تحتاج إليها؛ وأن يكون موضوع العقد المبرم بهذا الشأن، يقع ضمن نطاق المجالات المسموح التعاقد عليها، فإذا قضت المحكمة بأن العقد لم يكن تفويض مرفق عام، لا سيما لأن الشركة المتعاقدة لم تتولى بالفعل إدارة مرفق عام؛ فإن الاتفاق المبرم بينهم لا يتم تكييفه كعقد من العقود الإدارية ووفقاً لما أقره تقرير مجلس الدولة الفرنسي لعام ٢٠٠٨⁽⁵⁾ فإن العقود المبرمة بين الكيانات العامة لا تختلف عن نموذج العقد الملزم لجانب واحد والذي يعتبر نموذج طبيعي وغالب في تنظيم المرفق العام، ومن ثم تصبح الفرضية التي أقرها القاضي تأكيداً على العكس للحظر التعاقدية، وهي لا تضعف استحالة توقيع عقد من قبل كيان خاص ينصب على تنظيم مرفق عام، بل تعني استثناءً أن الكيانات العامة يمكنها، أن تتوافق حول تنظيم مرفق عام، وفي هذه الحالة تحتفظ الشروط المنصوص عليها بطبيعة تنظيمية، والتي يتم تحليلها كما قيل كنتائج طبيعية للحظر التعاقدية⁽⁶⁾

(1) voir C.E , 11 janv.1961, *Barbaro et de la marniere*, rec.,p.25

(2) voir C.E., 13 mai 1992, *commune d'ivry-sur-seine*, rec., p. 197

(3) C.E sect., 31 mars 1989 , *département de la moselle*, rec., p.105

(4) Conseil d'État, Assemblée, 4 novembre 2005, *la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX*, n. 247298, Publié au recueil Lebon

(5) C.E, rapport public, *le contrat, mode d'action publique et de production de norms*, E. D. C. E n 59, 2008

(6) voir -Sebastien Hourson , op. cit.,p.255

ثالثاً:- الحظر وفقاً للقانون :-

على خلاف الحظر السابق ينتج الحظر - المرتبط بالقوانين والذي ينتج مباشرة من النصوص، ومن وجهة النظر التاريخية استنتج القاضي الإداري وجود إطار قانوني وتنظيمي، لاستبعاد العقود. ويثبت هذا التمييز بين الحظر المتعلق بالوظيفة العامة، وذلك الحظر الذي تم استنتاجه والمتعلق بالضبط الإداري والمرفق الضريبي أو تنظيم المرفق العام. وبالحكم الصادر من مجلس الدولة المتعلق بمدينة Portebois⁽¹⁾ والذي يتضمن حظر الاتفاقات التعاقدية بين العاملين والجهة الادارية بشأن تعديل المراكز القانونية المكتسبة بمقتضى القوانين واللوائح، أكد جموع الفقهاء المنطق الذي قدمه مجلس الدولة ومنهم⁽²⁾ Chapus . الذي يرى أن النظام القانوني واللائحي استبعد كل إمكانية قانونية لتعديل المراكز القانونية بين الإدارة والعاملين بها، ومع مزيد من الحذر استنتج Jegouzo انه بخصوص العلاقة بين العاملين والجهة الإدارية، فإنه يوجد إطار نظامي قانوني ولائحي يحكمها ولا يجوز مخالفتها، مع وضع في الاعتبار أن المحظورات التعاقدية، تقبل نوعاً من التعديل من جانب المشرع. ومنذ بداية القرن العشرين أجاز القاضي الإداري للكيانات الخاصة بممارسة أنشطة مادية للشرطة ومن أمثلتها إعلان حكم مدينة la Bassee⁽³⁾ المتعلقة بموضوع مرفق الإطفاء، والذي يتضمن تفويض لجهاز خارج الجهة الإدارية بتنفيذ مهمة يختص بها المرفق العام، من خلال تزويده بوسائل مادية، ويقول اخر فقد اعتبر Maurice Hauriou⁽⁴⁾ فيما يتعلق بالتعاقد مع كيان خاص، أن المجلس المحلي لمدينة la Bassee لم ينيو تنظيم تنظيم مرفق عام، لكنه فقط أقرح تخصيص قرض لشراء وصيانة معدات للإطفاء ومقابل مادي تم تخصيصه لشركة خاصة، من أجل الإنقاذ، وبذلك فإن العلاقة القائمة لا تحمل إذن، أي ضرر مباشر للحظر التعاقدية، مع ملاحظة عدم المبالغة في السماح للكيانات الخاصة بممارسة بعض الأنشطة المادية للشرطة، ونتيجة لذلك تراجع المرافق العامة في الدولة، عن إبرام عقود تتضمن موضوعات محظورة تعاقدياً، على سبيل المثال، عدم إمكانية إبرام عقد بخصوص أنشطة رفع ونقل وحراسة العربات التي تقف بطريقة مخالفة على الطريق العام.

(1) C.E , 25 oct. 1929 , portebois, rec., p. 930

(2) voir not., R. Chapus, droit administrative général, montchrestien ,droit public. 2001 , p. 700

(3) C.E, 24 déc. 1909, commune de la basseé, rec., p. 1023

(4) M. Hauriou, note sous l'arrêt C.E, 24 dec. 1909 commune de la basseé, 1910, p.50

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٣ أكتوبر عام ٢٠٠٣ إلى إضفاء صفة المرفق العام لنشاطات كازينوهات الشواطئ والمنتجعات، لأنها تسهم في التنشيط الثقافي والسياحي، فإذا كانت المادة ١ من القانون ١٢ يوليو ١٩٨٣، تنص على حظر ألعاب الحظ والقمار، فإنه "يجوز منح إذن مؤقت لفتح المكان الخاص للعامة وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية". على أن يحدد هذا التفويض مدة تشغيل الألعاب وفقاً لفترة أو فترات نشاط الكازينو "وبموجب أحكام المادة ٢ من القانون ذاته: "يمنح وزير الداخلية الأذن بعد التحقيق مع مراعاة الشروط التي يحددها المجلس البلدي لتنظيم الألعاب في الكازينوهات في المنتجعات الساحلية والحرارية والمناخية "

ويستنتج من هذه الأحكام، أنه إذا كانت لعبة القمار، هي من حيث المبدأ يحظرها القانون الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٨٣، فإنه يجوز تقييدها في بعض البلديات، والكازينوهات بإصدار ترخيص استثنائي ومؤقت. وإذا كان تفويض المرفق العام الممنوح على أساس هذا الترخيص، من قبل البلدية لمشغل الكازينو يخضع لاختيار المفوض، فإن أحكام قانون ٩ يناير ١٩٩٣ والمادة ٤٠ منه، التي أعيدت مرة أخرى في المادة 2-1411 L. من القانون العام للمجموعات الإقليمية، تنص على ما يلي: "يجب أن تكون اتفاقيات تفويض المرفق العامة محدودة في مدتها. ويتم تحديد ذلك من قبل الدولة وفقاً للخدمات المطلوبة من المفوض.، حيث أن المرافق هي من مسؤولية المفوض، ويأخذ الاتفاق بالتفويض بعين الاعتبار في تحديد مدة وطبيعة وحجم الاستثمار، ولا يمكن في هذه الحالة أن تتجاوز فترة الاستهلاك العادي والتسهيلات التي يتم تنفيذها عن ثمانية عشر عاماً مدة مواصفات الترخيص الممنوح من قبل البلدية لمشغل الكازينو،، ولا يجوز إبرام هذه التفويضات إلا وفقاً لمتطلبات الشرطة الخاصة للألعاب والشروط المنصوص عليها في قانون ١٥ يونيو ١٩٠٧ والنصوص الصادرة لتطبيقها"^(١)

ومن جانب آخر:- أقر القاضي الإداري بطريقة ضمنية إمكانية الدولة في نقل سلطاتها الخاصة المتعلقة بالشرطة لصالح هيئات محلية، لأن المتعاقدين الشركاء هم كيانين مع مراعاة أن الهيئات المحلية مازالت خاضعة تحت وصاية الدولة وفي الوقت الحالي، تلاشى الحظر التعاقدية، خاصة بالنسبة لإجراءات مراقبة الأماكن العامة، حيث يلجأ القاضي الإداري إلى تحقيق التوازن بين الحفاظ على

(¹) Conseil d'Etat ,10EME ET 9EME SOUS-SECTIONS REUNIES,3 octobre 2003 ,N° 248523 ,Mentionné dans les tables du recueil Lebon

امتيازات السلطة العامة والاستعانة بالشركات الخاصة، وبذلك إجازة محكمة الاستئناف الإدارية في مدينة Marseille⁽¹⁾ لإحدى الشركات، بأن تختص بإعادة نقل المعلومات على الطريق العام ومنطقة الميناء في إطار التزام مرفق مراقبة تليفزيونية، وقد أكد هذا الحكم في 9 نوفمبر 2009 بأن الشركة لم تتكفل بالحماية الفعالة للأماكن ولم تباشر التحقيق ولا ردع المخالفات التي ارتكبت وفقاً للوائح الشرطة، ومنذ ذلك الوقت إذا وجدت مشاركة محدودة في الضبط الإداري، فهي محصورة في عمليات الاستعلام وظلت إجراءات العقوبة الخاصة بالمخالفات المحتملة تحت إرادة سلطات الشرطة وقد حكمت المحكمة الإدارية في مدينة Versailles حديثاً، بأن الحظر التعاقدى يهدف ليس فقط لنقل الاختصاص لكيان خاص، وإنما أيضاً لممارسة أنشطة مادية للشرطة،⁽²⁾ ولكن يبدو اتجاه القاضي الإداري من الآن فصاعداً بأن يعهد لمؤسسات خاصة بتنفيذ بعض الأنشطة المادية البسيطة، بما فيها مراقبة الطريق العام، وبوجه عام يتجه التطور التشريعي إلى تضيق نطاق الحظر التعاقدى حول السلطات الإدارية، ويقول آخر يسمح القاضي الإداري بمنافسة الكيانات الخاصة، وتعاونها مع المرافق العامة بشرط عدم التدخل أو تخطي السلطات السيادية. ويبدو أن الحل الذي تبنته محكمة الاستئناف الإدارية في Marseilles يتطابق في كل الأحوال مع تفسير مجلس الدولة⁽³⁾ والمجلس الدستوري الفرنسي⁽⁴⁾ وأن القانون الإداري كان أكثر تعقيداً، حيث أن المراقبة تفترض في الحقيقة تعديلاً للحظر في موضوع الشرطة التي اعتبرها القاضي، أنها تشارك في حماية اضطرابات محتملة، قد تهدد النظام العام، وأن تولي هذه المهام لن تؤدي إلى الإضرار بالشرطة الإدارية، بالإضافة إلى ذلك يوجد سببين عمليين يحثان مجلس الدولة بالاختصاص بهذا التحليل، من جانب يحتفظ الكيان العام في كل فرضية بالسيطرة على المرفق العام وتحكم صاحب

(1) voir C.A.A Marseille, 9 novembre 2009, société vigitel c / commune de frejus, req.n 07ma 00594

(2) voir T.A Versailles, 17 janv. 1986, commissaire de la république du département de seine- et- marne, rec., p.303

(3) C.E ,20 mars 1998 , société d'économie mixte de sécurité active et de télématique , rec., p. 1022: sur une concession comportant une mission de " télésurveillance " d'édifices publics, le conseil d' état a estimé que " convention de concession.ne confié pas à la sociétédes missions relevant du domaine de la police municipal, mais lui délégué l'exploitation d'un service public à caractère commercial "

(4) C. C., 29 août 2002 , loi d'orientation et de programmation pour la justice , 2002- 461 D.C ,rec., p.204

الامتياز، ولكن ذلك لا يمثل دليل على تكييف تفويض الاختصاص الذي يفترض، أنه قرار أحادي الجانب، ولكنه يخفف من المخاطر المتمثلة في تفويض أنشطة مادية من الشرطة لكيانات خاصة، ومن جانب آخر فإن عدم مشروعية موضوع العقد، قد يؤدي إلى إلغائه، ولأن هذا الحل غير مرغوب فيه، يلجأ القاضي الإداري إلى قرار أقل تدميراً للعقد. ويتصدى معظم الفقهاء في هذا الشأن لقرار المجلس الدستوري المتعلق بالاتفاقية الضريبية المبرمة بين فرنسا ومدينة Nouvelle Calédonie⁽¹⁾ والسماح بإبرام عقود موقعة بين الدولة وكيانات عامة أخرى ويحظر على القاضي الإداري الاعتراف بالاتفاقات المخالفة للدستور، حيث تفترض آراء الفقه أن هذه العقود ليست عقود حقيقية، ويلاحظ في هذا الشأن تقنين السلطات الإدارية لنصوص خارقة للحظر التعاقدى لأسباب مختلفة، ورغم أن الإثبات التاريخي لهذه الطبيعة يتضمنها المرسوم الفرنسي الصادر في 17 مايو 1809، فإن العقود يمكن أن يستمد منها ذات الدليل، إلا أن القاضي الإداري يعتبر الشروط التعاقدية كتوجيهات، تضمن تفعيل للمبالغ المفروضة على المكلفين بدفعها، والتي يكون أثرها متمثل في حجب الكيان العام من تحديد هذه الإيرادات، ويضاف إلى حماية هذا الامتياز استنتاج طبيعة المبالغ المجابهة. وكما أشار Devolve بأنه يمكن لهذه المبالغ أن يتم وصفها كعائدات لخدمة مقدمة، وعلى أية حال فإن هذه الفرضية لا تخالف الحظر التعاقدى بما أن أي عائد ضريبي لم يكن في الحسبان، وفي النهاية لا يبدو القاضي الإداري الأفضل تسليمًا لتعديل مختلف المحظورات التعاقدية.

وبعد استنتاج تزايد الموضوعات التي يتم إبرام الاتفاقية بخصوصها، يجب تقدير الدور الذي لعبته الاتفاقيات الإدارية، لذلك تسمح هذه المرحلة بالإجابة على التساؤل عن أسباب اللجوء إلى إبرام اتفاقية إدارية، في الوقت الذي يكون موضوعها محظور عليه التعاقد، ومن ناحية أخرى لا بد من توضيح سبب المحظورات التعاقدية الذي أدى إلى تزايد الموضوعات المصرح بها بالفعل ضمن الاتفاقيات الإدارية.

اتجه الفقهاء⁽²⁾ إلى اعتبار أن بعض الموضوعات مستبعدة من مجال العقد بسبب طبيعتها ولكن من الأفضل عدم التوسع في تبني هذه الفكرة، ويرجع ذلك إلى أن الرابطة بين طبيعة الموضوع وحظر

(1) C.C., 19 juill., 1983, loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outré-mer de la nouvelle-calédonie et dépendances, 83-160 D.C, rec., p.43

(2) voir -Sebastien Hourson , op. cit., p.2 68- 270

التعاقد، يركز على اسس فكرية غامضة، ولكن هل هي تستند لنصوص القوانين ام طبيعة الموضوعات المحظور التعاقد عليها، والتي تعتبر من النظام العام؟ وللإجابة على ذلك لابد من الاستناد إلى الرأي المقدم من جانب مجلس الدولة بتاريخ ٧ أكتوبر ١٩٨٦ الذي يقرر انه يجوز تفويض الفروع والاقسام الادارية للتعاقد، حيث ان طبيعة الخدمة المقدمة واردة المشرع تتلائم مع الهيئة العامة.

وكما ذهب رأى petit بان النصوص في موضوع الشرطة، تشكل سلطات اتخاذ قرار أحادي الجانب نتيجة الضروريات الطبيعية لوظيفة الشرطة، وقد فرض المشرع في هذه الفرضية عقد ملزم لجانب واحد، لاستحالة التعاقد فيه، على انشاء حقوق مكتسبة تعاقديا لصالح المتعاقد الشريك، كما يشير اليه Truchet، ومن ناحية اخرى لا يتطابق طبيعة الموضوع الذي يتم استبعاده من نطاق امكانية التعاقد مع الحظر التعاقدى لموضوعات معينة منصوص عليها بالقانون الإداري، حيث اتجه مجلس الدولة منذ زمن طويل إلى استبعاد امكانية التعاقد نتيجة طبيعة موضوع الضبط الإداري، ولكن من الان فصاعدا يكتفى القانون بتطبيق الحظر التعاقدى، فلا يساهم بالرجوع إلى طبيعة الموضوع كمييار للفصل في النزاع من جانب القاضي، وقد يكون الحظر التعاقدى للموضوعات ذات الطبيعة السيادية مما يستحيل معها تدخل الكيانات الخاصة للتعاقد.

وعلى العكس فان استبعاد المؤسسات لا يمثل معياراً لاستبعاد العقد، وعلى ذلك فان عقد التفويض يكون ملزم لجانب واحد او عقد تقليدي، يستبعد الكيانات الخاصة التي لا يعهد اليها بالاختصاص، ولا يمنع هذا الحظر توقيع عقد بين كيانات عامة. وبذلك يستهدف الحظر التعاقدى استبعاد الكيانات الخاصة من التعاقد وفقا لطبيعة الخدمة، وبالتالي لا يوجد تلازم بين الحظر التعاقدى وطبيعة الموضوع، وبذلك من الصعب حصر الانشطة التي لا يمكن التعهد بها بسبب طبيعتها، ورغم الاتفاق عليها، تبدو القائمة المقدمة من قبل القانون متجاوزة.

وفي الواقع ترتبط المحظورات التعاقدية دائما بالسلطة الاحادية الجانب المرتبطة بسلطة ادارية، لذلك يجب الاستناد للقانون الوضعي، لاختراق هذا المبدأ، ويعنى الحظر التعاقدى، استحالة تفويض ممارسة سلطة اتخاذ القرار الأحادي الجانب، وتكون هذه الاستحالة مقصورة على الكيانات الخاصة دون الكيانات العامة مع وضع في الاعتبار ان الادارة لا تميل إلى التنازل عن اختصاصها، وبذلك تترك للسلطة الادارية الحرية في استخدام سلطتها الضبطية، فهي من جانب لا يمكنها ابرام عقد يتضمن احد

شروطه اجبار الادارة على تقنين موضوع معين، وهذا ما اسماه. Moreau⁽¹⁾ حول عقد مستقبلي، ومن جانب اخر لا يجوز اجبار الادارة على عدم استخدام سلطاتها الضبطية بحظر التفويض، أو عندما تفرض السلطة المختصة اتباع سلوك معين على الطرف الاخر وفي هذا المعنى يشير. Auby⁽²⁾ على ان هذين الامرين يحظر على الادارة التعاقد بشأنهم، فلا يجوز التنازل او التعهد بهما إلى طرف ثالث وفقا لاختصاصها الضبطي.

وقد أشار Richer⁽³⁾ بأن العقد يجب ان يحترم الحدود التي لا يجوز المساس بها، والتي تحمي ممارسة سلطة اتخاذ قرار أحادي الجانب، وذلك حينما يشير النص القانوني إلى اهلية المتصرف، فانه لا يوجد مكان للعقد ويشير نائب رئيس مجلس الدولة، إلى انه كل ما هو محظور من تعاقدات على السلطات الادارية، يمثل محاولة لضمان حماية النظام العام، حيث لا تستطيع هذه السلطات الا فرض قوانين واصدار قرارات احادية الجانب. واخيرا بالنسبة للموضوعات الاقتصادية اكد Guy Braibant⁽⁴⁾ ان التعاقدات التي ابرمتها السلطات الادارية لا تؤثر على السلطات التقديرية، وان الادارة ليس لها الحق في التنازل مقدما عن عمل مرتبط باختصاصها، لذلك فان انكار سلطة جهة الادارة في اتخاذ القرار أحادي الجانب يستند لعدم اختصاصها.

وكما ذهبت mme Pouyau⁽⁵⁾ إلى انه يحظر على الادارة التنازل عن اختصاصاتها لطرف اخر وابرام تعاقدات تتعلق بممارستها، ويختص القاضي بالفصل بين الانشطة التي تصلح ان تكون موضوع للعقد وتلك الانشطة التي لا تصلح.

وقد عبر Jean Rivero⁽⁶⁾ عن وجود ارتباط بين مفهوم عدم الاختصاص السلبي، وبين ان

(1) voir J. Moreau, " de l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel ", A. J. D. A, 1965,p.9-10

(2) voir J.-B. Auby, note sous l'arrêt C. E, 1 avril 1994, commune de menton, R. D. P , 1994,p.1827

(3) voir I. Richer, " presence du contrat ", A. J. D. A , 1999,p.35

(4) voir G. braibant , concl. sur l'arrêt C. E sect., 24 avr. 1964, société des huileries de chauny , rec., p. 250

(5) voir D. pouyau, " contrats entre personnes publiques" , j.-cl.adm., .675, 1998,p.13

(6) voir J. rivero , " existe – t-il un critère du droit administratif?", R. D. P , 19 53 , p. 287

الإدارة ليس لديها دائماً إمكانية للاختيار بين الطريقة التعاقدية، وتلك الطريقة الخاصة بالعقد الملزم لجانب واحد، وبذلك فإن الإدارة ليست دائماً حرة في اختيار نوعية العملية التعاقدية، ولكن أبعد من الوسائل المقررة، يفترض عدم الاختصاص السلبي، استحالة أن تنتكر الإدارة اختصاصها عن طريق مضمون العقد المفروض، وبعبارة أخرى فإن احترام الالتزام بالتصرف بطريقة أحادية الجانب لا يجيز للسلطة العامة انكار امتداد اختصاصها بإحالة هذه المشكلة إلى خاتمة الاتفاقية في هذا الاجراء، حيث تترجم المحظورات التعاقدية، مفهوم عدم الاختصاص السلبي، حتى تسهل التفرقة بين الموضوعات التي تسمح بالتعاقد، والموضوعات التي تنصب عليها الاتفاقيات الإدارية.

وبالرغم من ذلك فإن عقد الامن المحلي، يجب ان يتم تقديره كعقد حقيقي، ينتج عنه تدعيم سلطات الحاكم وعلى العكس تم التعبير عن شكوك الفقهاء⁽¹⁾ حول الطبيعة التعاقدية لهذه العقود لذلك اشار m. petit انه من المحتمل بوضوح ان عقود الامن المحلية ليست عقود، ويبدو ان مضمونها يستبعد أي التزام قانوني، ولكن قد تكون الاستحالة التعاقدية مقررة من جانب القاضي، لذلك يقرر المقرر العام حول حكم مدينة Toulouse⁽²⁾ أن مبدأ الحظر التعاقدى لإجراءات الشرطة، لا يبدو انه مقصور على العقود فقط، وانما ايضا يمكن ان يمتد الحظر إلى الاتفاقيات، وبذلك لا تشير ظاهرة التعاقد إلى ضعف عدم إمكانية إبرام عقود حول بعض الموضوعات بالنسبة إلى الإدارة، وبذلك توضح هذه الآراء الفقهية مدى الغموض الذي ينصب على نقل الحظر التعاقدى إلى الاتفاقيات الإدارية، ولكن في معظم الفرضيات، فإن الاتفاقيات الإدارية البسيطة لا تدعو إلى خلق حقوق والتزامات للأطراف، ولا تهدد الصفة الإدارية لشروطهم الامتيازات الإدارية، كما اشار بعض الفقهاء، حيث يمكن ان يؤدي حظر التعاقد في بعض الموضوعات بطريق الخطأ إلى إبرام عقود تقليدية لا شكلية. ولكن يثور التساؤل عن مدى ملائمة عقود الامن المحلية والضبط الإداري في ضوء وجود اعمال مشتركة بينهم دون سحب اختصاص الإدارة بالضبطية الإدارية لعدم المساس باختصاص الشرطة؟⁽³⁾ لم تصطدم هذه العقود بالحظر التعاقدى، حيث لا تتضمن شروط هذه العقود الا مؤشرات رمزية او توجيهات لاتباعها، كما هو منصوص عليه في

(1) voir –Sebastien Hourson , op. cit.,p. 270–277

(2) l' arret C.E ass., 28 déc.,2009, commune de béziers, R. F. D. A , 2010, p. 524

(3) voir Ch. Mauge ,”les réalités du cadre contractuel dans l’action administrative. L’ exemple des contrats locaux de sécurité », A. J. D. A ,1999,p.38

منشور ٢٨ أكتوبر ١٩٩٧ مما يستلزم تعريف العقود بدقة.

ويلاحظ في هذا الشأن أن هذه الاتفاقيات لا تنتقل ممارسة التفويض للسلطات الإدارية، حيث تنحصر في توجيه سلوكيات الموقعين دون ان تفرض عليهم، تطبيق هذا او ذاك السلوك تحت طائلة اللجوء إلى عقوبة، وبذلك يجوز ابرام هذه الاتفاقيات خارج الحدود التعاقدية، مثل باقي الاتفاقيات التي لا تغطي نفس القيمة، لهذا يكون من المناسب عمل تفرقة بين الاتفاقيات الإدارية واتفاقيات الشرطة المقترحة من قبل E. picard

حيث تتوسط بين تعليمات الشرطة والعقود والاتفاقيات الإدارية، وقد أراد مجلس الدولة حماية الفروض الوظيفية للشرطة بنفي العنصر الاتفاقي للعقود.

ولكن هل يجوز للقانون ان يقبل إمكانية التوافق حول موضوع الشرطة الخاصة، حيث انه لا يؤدي إلى المساس بتعهد السلطة الادارية باتخاذ القرار الا بخصوص موضوع ادارة العلاقات الدولية، وهو ما اشار اليه^(١) Dael. ضمناً بالنسبة لعقود الخطة، وبذلك تشكل الاتفاقيات تقنية مؤثرة لحفظ الحظر التعاقدى نفسه.

الفرع الثاني

معالجة الموضوعات التعاقدية الغير مشروعة

le traitement des objets Irréguliers

قد فرض القاضي الإداري سلطات معينة تحكم إبرام التعاقد، بحيث تؤدي عدم المشروعية إلى إلغاء العقد، ولكن قد يلجأ القاضي أحياناً إلى حل أخر من شأنه إعادة تكييف الاتفاق، وبذلك تتكشف الوظيفة التبادلية للاتفاقيات الإدارية التي من شأنها تكملة أدوات القاضي.

أولاً: - إنقاص العقد: -

لا تقتصر فكرة الانقاص على العقود وانما تشمل كافة التصرفات القانونية عقوداً كانت أم غيرها،

(^١) voir S. Dael , concl. Sur l'arrêt C.E ass., 8 janv., 1988, min. charge du plan et de l'aménagement du territoire c/communaute urbaine de Strasbourg, R. F. D. A , 1988, p0 28-29

طالما كانت معيبة جزئياً بأن كانت باطلة أو قابلة للإبطال في شق منها دون شقها الآخر، لذلك فإن مجال ونطاق الانقاص يتحدد بالعقود والتصرفات القانونية المعيبة جزئياً، أي في جزء أو شق من التصرف دون بقيته التي تظل صحيحة، شريطة أن يكون لهذا الشق المتبقي صحيحاً وجود ذاتي مستقل قابل لإحداث آثار قانونية ذاتية مع مراعاة قابلية التصرف القانوني للانقسام وذلك من خلال البحث عما إذا كان الشق الصحيح المتبقي من التصرف، بعد اسقاط أو انقاص الشق الباطل منه يمكنه القيام مستقلاً عن هذا الشق أم يتمتع ذلك فإذا أمكن للتصرف القيام في شقه الصحيح دون شقه الباطل كان التصرف في ذاته قابلاً للانقسام والتجزئة ويتعين إلى جانب ذلك أن يكون التصرف قابلاً للانقسام أيضاً في قصد طرفي التصرف، بأن تتصرف نيتهما إلى إمكان التصرف بعد اسقاط شقه الباطل. أي أن الشق الباطل غير دافع للتعاقد أو التصرف فأن كان هو الدافع إلى التصرف امتد البطلان ليشمل الشق الصحيح فيبطل كل التصرف^(١)

وبناءً على ذلك إذا لم يكن العقد كله باطلاً، وإنما كان كذلك في جزء منه فقط، ولكنه صحيحاً في الجزء الآخر، فإنه يستبعد الجزء الباطل ويستبقى الجزء الصحيح، باعتباره عقداً مستقلاً، إذا كان يصلح لذلك مع اشتراط ألا يكون الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد، فإذا تبين أن أحد الأطراف المتعاقدة لم يكن ليرضى بإبرام العقد بغير الشق المعيب امتد البطلان للعقد كله، لأن الشق المعيب يعد في نظر المتعاقد السبب الدافع للتعاقد، فانقاص العقد مشروطاً بالألّا يتعارض مع قصد الطرفين، حتى لا يخل بمبدأ حرية التعاقد، أما إذا كان باطلاً برمته أي في جميع أجزائه، فإنه لا يكون عرضة للانقاص وإنما يكون عرضه للتحويل في حالة إذا كان العقد قابل للانقسام أو التجزئة^(٢).

وحيثما يتضمن العقد شروط غير مشروعة، بإدراج موضوعات محظور التعاقد عليها، تكون العقوبة الطبيعية للعقد هي الإلغاء، لذلك لا بد من تحديد مضمون الشروط الملزمة التي يتضمنها العقد لتحديد معيار للتفرقة بينه وبين الاتفاقية، وبذلك يتم إدراك عقوبة الإلغاء لسببين، من جانب الاستفادة من إعادة التكيف، حينما يكون موضوع الاتفاق مخالفاً، حيث يشكل الإلغاء عقوبة، يجب أن يصدرها القاضي الإداري نتيجة تضمين العقد شروط غير مشروعة، ورغم أهمية عدم المشروعية المتعلقة

(١) راجع في ذلك د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق - جامعة

الكويت - السنة الحادية عشرة - العدد الثاني - يونيو ١٩٨٧ - ص ١٠٣، ٩٠، ١٣

(٢) انظر أ.د/ جلال محمد إبراهيم، مصادر الالتزام، ص ١٥٥-١٥٦

بالموضوع، فإنه من الممكن ان يلغى القاضي الشرط الوحيد للعقد la possible annulation d' une clause إذا كان شرط واحد فقط مخالف، حيث يعود إلى القاضي بطبيعة الحال تقدير، ما إذا كان منفصلاً عن باقي العقد مما يجعله ممكن إلغائه فقط أو إذا لم يكن كذلك، فإنه يؤدي إلى إلغاء مجمل العقد، مع وضع في الاعتبار أن عزل أو فصل الشرط المخالف، يشكل فائدة للقاضي الإداري تتمثل في إيجاد توازن دائماً بين طبيعة المخالفة التي تم استنتاجها وموضوع استقرار العلاقات التقليدية، وعلى سبيل المثال حكم اقليم⁽¹⁾ Béziers وبالتالي يجب تشجيع هذه التقنية في كل مرة، على أن يتم تنفيذها في حالة العقود المنصبة على موضوع محظور.

وبذلك فإن القاضي الإداري لا يخرج عن ارادة المتعاقدين ورجبتهما، كقاعدة عامة، بل هو يجري الانقاص استناداً إلى هذه الارادة، بحيث يبقى العقد كما هو دون تغيير في طبيعته ولا في تكييفه ومن ثم تعتبر فكرة الانقاص تصحيح للعقد دون تعديله على خلاف فكرة تحول العقد التي تتطلب استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل اذا توافرت اركان هذا التصرف الصحيح في التصرف الباطل، وكانت نية طرفي التصرف تتصرف إلى ابرام هذا العقد. بالإضافة إلى ان التحول يفترض عقداً او تصرف قانونياً باطلاً بأكمله على عكس الانقاص الذي لا يعمل الا في نطاق التصرفات القانونية الباطلة جزئياً فقط⁽²⁾.

ويوجد أمرين يدعوان القاضي لتطوير أحكامه: -

أولهما: - ضمان استقرار العلاقات التعاقدية من خلال تفريغ العقد من شرطه المخالف، لكي يتم منح الأطراف إمكانية متابعة العلاقات القانونية.

ثانيهما: - إجبار القاضي الإداري على إصدار حكم، فيما يتعلق بتجزئة العقد في فرضية عدم المشروعية التي من شأنها جلب الإلغاء، وأن بعض الأحكام تمثل تطبيقاً لهذه القاعدة الإجرائية واكدها مجلس الدولة الفرنسي، حينما قرر أن القاضي الإداري هو المنوط له إلغاء بعض شروط العقد، لمعرفة إذا كانت هذه الشروط منفصلة أم لا عن العقد من أجل تحديد، ما إذا كان إلغاؤها ينصب أم لا على مجمل العقد وبذلك يفترض كل إلغاء لمثل هذا الشرط المنفصل إثبات مسبق لعدم تقسيم أو تجزئة

(1) voir , Part., C.E ass.,28 déc., 2009, commune de Béziers, rec. ,p.509

(2) راجع د/ ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية ، مجلة حقوق - جامعة الكويت ، السنة الحادية عشرة - العدد الثالث - سبتمبر عام ١٩٨٧ ص ١٢٦، ١١٢-١٢٧

العقد، وتطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي أن عدم تجزئة الشرط التعاقدى عن مجمل العقد، لا يحول دون قبول دعوى البطلان التي قدمها أحد طرفي العقد، باعتبار أن هذا الشرط وحده يعتبر باطلاً، أمام قاضي العقد، ويكون الشرط قابل للتجزئة عند اكتشاف وجود عيوب في صحة هذا الشرط، مما يجعل القاضي يقرر من تلقاء نفسه الآثار التي يمكن أن تؤثر على العقد بأكمله، بعد أن يقوم عند الضرورة، بإبلاغ الأطراف بموجب المادة 611-7 R. العدالة الإدارية⁽¹⁾. وفي حكم آخر فإن الشروط اللاتحوية للعقد ذات طبيعة انقسامية عن مجمل العقد، ويجب إلغاء الاستثناء المتعلق بحق الطرف الثالث بالطعن بتجاوز السلطة في الشروط اللاتحوية للعقد الإداري أمام القاضي الإداري، بهدف عدم انفصال هذه البنود عن بقية شروط العقد، ولكن وفقاً لملاحظات Boulouis حول قضية Alcaly فإن طبيعة تعريف الشروط اللاتحوية يتطلب انفصالها عن باقي العقد⁽²⁾. فضلاً عن وجود صعوبات تحيط بإمكانية إلغاء الشروط المخالفة فقط، تكمن الصعوبة الأولى في طريقة القاضي، وكما أشار Richerl⁽³⁾ يجوز للقاضي أن يعدل من العقد، بما أنه لا يتردد في إعلان إلغاء شرط واحد، ومعيار ذلك قياس مدى أهمية الشرط للأطراف عند إبرام العقد، وقد يحدث تقسيم العقد بطريقة ضمنية، حيث لا يعلن القاضي في الحكم الأسباب التي تثبت عدم تقسيم مجمل الشروط التي يتضمنها العقد، لذلك لا بد من معرفة الشرط الذي يمكن فصله عن باقي شروط العقد، أما الصعوبة الثانية، فتكمن في تقسيم العقد الذي يمثل نتيجة آلية لعدم المشروعية. ومن النادر أن الشروط المخالفة لحظر التعاقد لا تكون ضرورية للعقد وعلى سبيل المثال الشروط المفوضة لسلطات الشرطة للتوقف على الطريق العام، حيث يعتبر القاضي الإداري، أن مثل تلك المهمة التي تكشف عن اختصاص شرطة حاكم المدينة التي عرفتها المادة ٢٢١٢-٢ من القانون العام للهيئات الإقليمية لا يجوز تفويضها إلى شركة مراقبة وحراسة، وبذلك لا يجوز تجزئة العقد المُبرم بتاريخ ٤ يوليو عام ١٩٩٨، لأن الشروط الغير مشروعة، هي شروط ضرورية للتعاقد، مما يؤدي إلى عدم إمكانية إلغائها وقد لجأ القاضي الإداري إلى هذا النهج من أجل الحفاظ على العقد، ولكن لماذا يبقى

(1) Conseil d'Etat, SSR., 1 juillet 2009, Compagnie des transports de la Roche-sur-Yon, requête numéro 306756, publié au recueil Décision citée par: Pierre Tifine, Droit administratif français – Quatrième Partie – Chapitre 2

(2) voir philippe terneyre, op. cit. ,p.897

(3) voir I. Richer, "présence du contrat", A. J. D. A, 1999, p.35

المبدأ هو إلغاء العقد دون اللجوء إلى حل آخر، يتمثل في فصل الشروط الغير مشروعة وإلغائها دون المساس بالعقد الأصلي.؟

ثانياً: - إلغاء العقد: -

لابد أن يؤدي مخالفة الحظر التعاقدية إلى إلغاء التصرف القانوني في مجمله عن طريق القاضي ولكن لا يوجد منفعة للأطراف من إلغاء العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم. لذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال اعتبار أن اتفاقيات البرامج الموقعة بين الدولة وفروع إحدى الشركات حول تفويض سلطة الضبط الإداري، تكون القرارات الإدارية الصادرة تنفيذاً لها مجردة من أي قيمة قانونية، إذا كان الشرط الذي نقل ممارسة حقوق السلطة العامة إلى الطرف المتعاقد، كان مشوب بعدم المشروعية نتيجة إلغاء النصوص اللائحية لهذا الشرط، مما يجعل هذه الشروط مجردة من أي قيمة قانونية⁽¹⁾، استناداً إلى حكم سبق إصداره من مجلس الدولة الفرنسي يقضي بأن العقد المتعلق بتنظيم مرفق عام وتكون شروطه ذات طابع قانوني أو لائحي وتسري جميعها في مواجهة الغير يعتبر اتفاق ذا أثر تنظيمي.

أما فيما يتعلق بإصدار قرارات إدارية فردية قائمة على شروط العقد المتعلق بمركز أحد العمال، يكشف مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾ بأن الاتفاقات من هذا النوع بين الإدارة وعمالها لم يكن لها أي أثر قانوني، ولا يجوز الطعن عليها بتجاوز السلطة. .

(¹) C.E 8 mars 1985 , association les amis de la terre, rec., p.73,v. pour des hypothèses similaires, C.E 25 oct. 1929, Bortebois, rec., p. 930, C.E, 11 janvier 1961, Barabaro et de la manière, rec.,p.25, c.e, 17 mars 1989, syndicat des psychiatres francais et autres, rec., p.94 ,et s' agissant d'une décision refusant l'application d'un protocole d'accord dans la fonction publique, celui-ci « est dépourvu de valeur juridique ou de force contraignante, dès lors que les fonctionnaires étant placés dans un situation légale et réglementaire ...ne peuvent être régis par un accord collectif du travail »C A A Douai, 23 sep.,2003, M. Claude x., erq.n01da00728,aussi , C.E sep. 1990, Fabre, rec., p.857

(²) voir C.E, 28 juill., 1943, Giret, rec., p. 206

وكما فسره Jean- Francois lafaix⁽¹⁾ أنه يجوز اعتبار إلغاء العقد عقوبة ملائمة مع الأضرار المترتبة على العقد، أو مع عدم مشروعيته التي تؤثر على القيمة القانونية للعقد في ضوء تحقيق الصالح العام أو لصالح أحد الأطراف، وبما تقتضيه متطلبات احترام المشروعية الإدارية بإلغاء القاضي الإداري لأحد العقود المنصبة على إحدى المحظورات المتعلقة بالموضوع، ويطلب مبدأ المشروعية إعلان هذه العقوبة التي تمثل إلغاء للعقد ويتم إثبات هذا الإلغاء من جانبين، أحدهما من خلال تقلص شروط تنفيذه التي تجبر القاضي على اختيار الإلغاء، ومن جانب آخر أن تنفيذ العقد سوف يترتب عليه نتائج أكثر خطورة مما يستوجب الإلغاء، وقد يكون الإلغاء نتيجة لاتفاق الأطراف حول الفسخ الودي للعقد، وفقاً لما أشار إليه Moreau⁽²⁾ بأنه يجوز إلغاء العقد والآثار المترتبة عليه، إذا رفضت الأطراف مشروعية الاتفاقات، وبذلك فإن الإلغاء يكون نتيجة لحالة العقد وليس عقوبة مقررة لمخالفة القانون.

وبذلك اتجه مجلس الدولة الفرنسي⁽³⁾ إلى إتباع نهج أكثر واقعية أخذاً في الاعتبار تدخل القاضي الذي يستوجب عليه إقرار عقوبة منصوص عليها، ويمكن القول إن القاضي من الآن فصاعداً تولى مهام دوره عندما تكون مشروعية العقد مرفوضة من جانب الأطراف نتيجة عدم مشروعية موضوعها.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها (وحيث أنه فيما يتعلق بمدى مشروعية إلغاء هذه العقود، فإنه من المقرر أن العقد يزول بالانقضاء، والانحلال، والأبطال. فينقضى العقد بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وقد ينحل العقد قبل انقضائه بإلغائه بالتفاسخ (التقاييل)، أو بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين أو بالفسخ، ويتحقق التفاسخ (التقاييل) بتراضي الطرفين على إلغاء العقد ولا يكون له أثر رجعي إلا إذا اتفقا على ترتيب هذا الأثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذي تفاسخا عنه. وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد بإرادته المنفردة كما في عقود القانون الخاص ومنها الوكالة والوديعة والمقاوله والشركة، وتضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أن الأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بتراضي المتعاقدين.... ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون

(1) voir J. F. lafaix, essai sur le traitement des irregularities dans les contrats de l'administration, Dalloz, 2009, p.148

(2) voir j. Moreau, "les matierés contractuelles", A. J. D. A., 1998, p.747

(3) voir D. pouyaud, note sous l'arrêt C. E ass., 28 déc., 2009 , commune de béziers, R. F. D. A , 2010, p. 524

حاجة إلى التراضي في أحوال ثلاث: أولها حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالزراعة فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته محلاً للاعتبار. والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء، فيكون له أن يلغي العقد بإرادته المنفردة، ويكون للعائد الآخر أن يقتضي ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق. والحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون على تخويل حق الإلغاء بإرادة منفردة، والأصل في هذه العقود أن تكون محددة المدة (كالشركة والإجازة) أو أن تكون قابلة للنقض بطبيعتها (كالوكالة) ويقع الإلغاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي خولها القانون ذلك".

والفسخ هو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي في العقود الملزمة للجانبين. وقد يكون الفسخ قضائياً بناءً على حكم يقضي به أو اتفاقاً أي باتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ تلقائياً عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه دون حاجة للقاضي. وقد يفسخ العقد بحكم القانون إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه. وفي جميع حالات الفسخ فإن العقد ينشأ صحيحاً مستوفياً أركانه من الرضا والمحل والسبب، أما إبطال العقد فإنه يتحقق جزاءً على تخلف أركان العقد أو شروطه. وفي مجال القانون العام فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقود الإدارية التي تُبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق، على أن حق الإنهاء المخول للجهة الإدارية ليس مطلقاً بل إنه مشروط بأن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد بأن تستجد ظروف تستدعي هذا الإنهاء كما لو أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام أو أضحى لا يحقق المصلحة العامة المقصودة في ظل تغير ظروف الحال عنها وقت التعاقد. وأن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية بألا يكون القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة^(١). -- ولكن هل يجوز للقاضي الإداري من تلقاء نفسه أن يقوم بإلغاء العقد دون طلب من الأطراف؟ وللإجابة على ذلك لابد من استعراض حكم مدينة Toulouse المتعلق بعقد يتضمن موضوع محظور التعاقد عليه، وفي هذه الحالة يتم فحص عدم المشروعية، ويكون القاضي الإداري مجبراً بصفة خاصة على اختيار العقوبة لتطبيقها.

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٣٣٢٩٢ - لسنة ٥٥ قضائية - بتاريخ ٢٨ - ١١ - ٢٠١٧، حكم غير منشور

ولخصت^(١) Mme Pouyard بطريقة مقنعة السلوك الذي طالب به القاضي حيث وفقاً لمصطلحاتها، فإن عدم مشروعية محتوى العقد، يكون عيب خاص، حيث يفترض القاضي أن جزاء عدم قانونية موضوع العقد هو الإلغاء، ولا يمكن تفاديه، ولكن مع الأخذ في الاعتبار تحقيق المصلحة العامة يجوز تجنب إلغاء العقد، وقد أشار^(٢) Terneyre, Mm. Gourdou إلى أنه يجب توقيع العقاب على المخالفات الجسيمة المرتكبة فقط إذا كان تنفيذ العقد يرتبط بتحقيق المصلحة العامة ويتوافق معه، وبالإشارة إلى حكم مدينة Beziers^(٣) الذي يدعم هذه الرؤية يبدو أن مجلس الدولة، قرر أن الضرر المتولد من إجراءات الفسخ مثل إجراءات الإلغاء، يتجاوز تحقيق الصالح العام، وتم تكرار ذلك بموجب حكم شركة^(٤) Société Tropic Travaux Signalisation

ومع ذلك يتشكك البعض من فاعلية هذا المزج، في حالة عدم المشروعية الجسيمة المتعلقة بموضوع العقد، الأمر الذي من شأنه تعريض الصالح العام للخطر في حالة إجازة العقد، مما يجعل إلغاء العقد ملائماً للمصلحة العامة والتي تميل إلى احترام مبدأ المشروعية الذي يرجح إلغاء العقد، باعتباره العقوبة الوحيدة لمنع الأضرار بالصالح العام، حيث أن نقادي الإلغاء من خلال تنفيذ الالتزامات التعاقدية رغم مخالفة الواقع للقانون، سوف يؤدي إلى تحقق ضرر متجاوز للصالح العام.

وعلى خلاف الفسخ يتولد عن الإلغاء آثار مدمرة للعقد بسبب الأثر الرجعي، وأن قليل من المنازعات تتعقد أمام القضاء لرفض مشروعية العقد نتيجة عدم قانونية موضوعه، ويترتب على إعلان العقوبة إلغاء هذا العقد، ولا يسمح في حالة الضرورة إلا بالتعويض، حيث ان من آثار إعلان عدم مشروعية العقد نتيجة استناده إلى نص لائحى غير مشروع، هو إلغاء الشروط اللائحية في حالة إقرار القاضي الإداري بعدم مشروعيته، وفي ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية، على أن عدم مشروعية نص لائحى من قبل القاضي الإداري، سوف يؤدي إلى إلزام القاضي المدني بعدم تطبيق هذا النص، مما يعني أنه في حالة إذا ما ألغى القاضي بند لائحى، فعلى الإدارة المتعاقدة إجراء مفاوضات مع الطرف

(١) voir D.pouyaud, note sous l'arrêt C.E ass., 28 déc., 2009, commune de béziers, R. F. D. A , 2010, p. 524

(٢) J.Gourdou et ph. Terneyre, note sous l'arrêt C.E ass., 28 dec., 2009 , commune de beziers, R. J. E. P. , 2010 ,

(٣) C.E 28 déc ., 2009, béziers, rec., p. 509

(٤) voir, C.E Ass., 16 juil. 2007, Sté Tropic Travaux Signalisation, n° 291545

الثاني، من أجل تعديل الشرط، إذا ما اقتضى الأمر، حيث تستخدم هنا الإدارة سلطتها في التعديل أحادي الجانب من أجل تجنب وقوع الضرر⁽¹⁾.

ونستخلص من أحكام مجلس الدولة الفرنسي عدة مبادئ أهمها: -

أولاً: - يؤكد القاضي الإداري أن موضوع العقد الغير مشروع، يتجرد من أي قيمة قانونية أو أثر قانوني، وبهذا المفهوم يعني أن الاتفاقية، تم اعتبارها كأن لم تكن، وأن إلغاء آثار العقد لم يكن إلا تطبيقاً لمبدأ عام يقضى، بأن العقد القانوني الملغى كأن لم يكن، حيث كان العقد سارياً حتى تاريخ تدخل القاضي بمعنى kelsen.

وحول هذا الشكل يختلف الإلغاء عن عدم الوجود (الانعدام)⁽²⁾، وفي الفرضية الثانية لم يتم استيفاء بعض شروط مشروعية العقد بطريقة موضوعية، حينئذ يعتبر العقد كأن لم يكن، إلا أن حكم مدينة Beziere

حفظ هذه الفرضية التي تتكهن بإمكانية الحكم في حالة الضرورة مع ترتيب آثار مختلفة بفسخ العقد بنفس قدر الغائه، حيث كرس مجلس الدولة الفرنسي مبادئ أساسيين في قضاء Béziers Commune، الأولوية لمتطلبات مبدأ الشرعية. مع حكم الأطراف في العقد، حيث أنه لا يمكن الاستناد إلى جميع الجوانب غير القانونية، بل يجوز للقاضي المعني تغيير الآثار المترتبة على عقد الفعل غير المشروع المرتكب. وهذا يعني أن المخالفة لن تبطل العقد تلقائياً. وبذلك يكون، لدى القاضي الإداري مجموعة من الصلاحيات، تبدأ من قرار مواصلة العقد، إذا لزم الأمر، مع إجراءات التنظيم، إلى إلغائه⁽³⁾. ويتعين على قاضي أطراف العقد في أن يبت في اجراء إنهاء العقد الإداري،. وحيث أن القاضي الإداري قد استفاد من حكم Commune de Béziers بسلطته في التعديل عندما تم الطعن ضد قرار الغاء العقد فإنه، من الآن فصاعداً، يجوز للقاضي ان يأمر باستمرار العلاقات التعاقدية. وله الاختيار بين الاستمرار في هذه العلاقات أو التعويض عن إلغاء العقد، وتبين هذه الحالة أن القاضي يواجه، في المنازعات التعاقدية، الحاجة إلى التوفيق بين عدة أهداف: احترام الشرعية والمصلحة العامة ومبدأ استقرار العلاقات التعاقدية، الأمر الذي يتيح للقاضي سلطة إعادة تكييف العقد والشرع في إعادة

(1) philippe terneyre, op.cit., p. 897 -898

(2) voir p. Delvolve , l'acte administratif , siry , " droit public"1983, p. 76

تعريف سلطات قاضي العقد. وفي هذا الصدد، من الضروري التأكيد على الحكم الصادر، والذي يشرح بدقة البدائل المعروضة على قاضي العقد عندما تحدث مخالفات.

إذن يمكن الإشارة إلى أن القاضي يلتزم بفحص الحالات التي يجوز من خلالها استبعاد إلغاء العقد والبحث عن طرق بديلة تتلائم مع كلاً من المصلحة العامة ومبدأ المشروعية من شأنها استمرار العلاقات التعاقدية

ثانياً: - يكون للقاضي سلطة اختيار إلغاء العقد بأثر رجعي مما يسمح له بحماية مصالح الأطراف المتعاقدة ولا يجوز للأطراف الادعاء، بأنه يجب إعادة الأشياء إلى الحالة التي كانت عليها سابقاً قبل إبرام العقد برد المبالغ المدرجة بالعقد استناداً إلى شروط تعاقدية تم الاتفاق عليها، بحيث يبقى للمتعاقد الشريك المتضرر إمكانية طلب تعويض لضرر واقع عليه أمام القاضي وقد استخلصت⁽¹⁾ mme Pouyaud أن هذه الخاصية ترجع إلى اختيارات القاضي وفقاً للمصلحة العامة، وأن إلغاء الأثر الرجعي للعقد تمثل نتائج أساسية، لأن تلازم مفهوم الإلغاء يبدو ثانوي بالنسبة للتعويض الذي ينتظره المتعاقد الشريك الذي تم إضراره بهذا الإلغاء، ويمكننا الاكتفاء بذكر أمرين سواء الحق في تعويض منصوص عليه في إطار المسؤولية شبه الجنائية للإدارة عندما يرتكب خطأ ما، أو أن هذا الحق يتطابق مع المسؤولية شبه التعاقدية في حالة غياب الخطأ.

توضح هذه التطورات أن الإلغاء يكون عقوبة لا بد من تجنبها، ولكن بخصوص المخالفات المؤثرة على موضوع العقد تكون الأولوية للعقوبة التي يجب على القاضي أن يحكم بها.

المطلب الثاني

إعادة تكييف العقد (التحول)

تهدف فكرة التحول إلى تأكيد احترام الإدارة للقواعد القانونية حيث يخول مبدأ المشروعية القضاء سلطة تحويل التصرفات القانونية الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة من جانب ومبدأ احترام استقرار الأوضاع والمراكز القانونية من جانب آخر بحيث يتم إعادة تلك الأوضاع والمراكز إلى وضعها الصحيح

⁽¹⁾ voir D.Pouyaud, note sous l'arrêt C.E ass., 28 déc.,2009, commune de béziers, R. F. D. A , 2010, p. 524

مما يحقق المصلحة العامة^(١).

إذا تم اعتبار أن العقد الذي أبرمه المتعاقدان باطلاً بطلاناً كلياً وليس جزئياً (لأنه في البطلان الجزئي يتم اعمال نظرية انقاص العقد لا تحوله) وكان هذا العقد يتضمن بذاته كافة عناصر عقد آخر لم يقصده المتعاقدان، فإنه يمكن القول بانعقاد هذا العقد الأخير، متى تبين أن نية المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك، فإنه يمكن التحول إليه، أما إذا كان العقد الباطل لا يتضمن عناصر أي عقد آخر، فإنه يتمتع التحول، وبذلك فإن هذه النظرية تنشئ عقداً جديد على أثر إلغاء العقد الأصلي، بهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة بإحلال محلها تصرفاً مغايراً للتصرف الأصلي في الطبيعة والآثار، على خلاف إنقاص العقد الذي يرد على كفه دون التغيير من طبيعته^(٢).

وبناءً على ذلك يشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر ثلاثة شروط^(٣) هي:

- يجب أن يكون التصرف باطلاً وإما تصرفاً قابلاً للإبطال
- أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه
- جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى المنصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي، وليست إرادة حقيقية، وإلا لما كان هذا تحولاً بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها، لأن التحول لا يقوم على إرادة حقيقية، بل هو استخلاص لإرادة حقيقية ضمنية مفروضة، يستخلصها القاضي فيفرضها القانون. ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة وقع التحول منذ البداية، وانقلب التصرف الأصلي الباطل إلى تصرف آخر ينتج آثاره في الحال، ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضي.

ويتم إعادة تكييف العقد بحيث يتطابق إعادة التكييف مع المطالبات التي صاغها مجلس الدولة^(٤) ولا يمثل ذلك عقوبة، حيث لا يتم إدراك إعادة التكييف كتنقية لإخضاع العقد لنظام تعاقدية

(١) راجع في ذلك د/أحمد سلامة أحمد، تحول تصرفات الإدارة الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق- جامعة عين شمس -العدد الثاني - الجزء الأول، السنة التاسعة والخمسون- يوليو ٢٠١٧، ص ٤٧١-٤٧٥

(٢) انظر أ.د/ جلال محمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٥٨-١٦١

(٣) راجع في ذلك د/ عبد الحميد محمود البعلی، تحول العقود وإعادة تكييفها واثر العوارض الطارئة في ذلك ،دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ،العدد(١)- السنة الأولى - مارس ٢٠١٣-ص١٩٢-١٩٦

(٤) voir 28 déc., 2009, béziers ,p.509

خاص وإنما بخصوص سحبه من كل المعايير المطبقة على الأعمال التعاقدية وبواسطة هذه التقنية نعيد تأسيس الإطار القانوني الذي تهرب إليه الأطراف بطريقة عمدية أو غير عمدية، بينما لا تستطيع الأطراف انتظار ابرام عقد حول موضوع محظور، وكان من الممكن فرض عقد ملزم لجانب واحد او التوقيع على اتفاقية إدارية بسيطة، بقولٍ آخر لا تظهر إجراءات تنظيم الطبيعة القانونية للعقد الذي يحرص القاضي على الاحتفاظ بها، وبذلك تقيم تقنية إعادة التكييف على العكس نوعاً من الحقيقة، فهي تسمح للقاضي أن يطابق التكييف القانوني الملائم على الاتفاق الواقعي، وفي هذا المعنى لا يمثل إعادة تكييف العقد إعلان عقوبة. ولكن لماذا يشير أحد الفقهاء إلى أن إعادة التكييف ترجع إلى إنكار القاضي لوجود العقد؟ والإجابة أن القاضي لا يهدف إلى تحقيق نظرية عدم الوجود في حالة غياب العناصر المكونة للطبيعة القانونية لهذا العقد الساري من وجهة النظر القانونية.

لقد ركز Sebastien⁽¹⁾ اهتمامه على عدم المشروعية وليس الصفات الجوهرية للعقد، حيث لم يكن لهذه التقنية أية أهمية، بما أنها تستند على البحث في طبيعة العقد. ومن وجهة أخرى أنها تؤدي إلى التقريب بين الأعمال التعاقدية والأحادية الجانب، ولا يوجد ما يمنع القاضي من تكييف العقد كاتفاقية إدارية بسيطة بعد الاطلاع على شروطه، وبذلك فإن الغموض الذي يحيط بتعريف هذه العقود يدعو إلى ضمان الطبيعة القانونية لهم بطريقة غير مباشرة، ويسمح إعادة التكييف بمعالجة عدم المشروعية المتعلقة بموضوع العقد، حيث يكون كاشفاً نوعاً ما عن الوظيفة التبادلية للاتفاقيات الإدارية كما كانت في السابق حالة التصرفات القانونية احادية الجانب.

لذلك سوف نقسم دراستنا في هذا الموضوع إلى :-

الفرع الأول: إعادة تكييف العقد إلى تصرفات قانونية احادية الجانب

الفرع الثاني: إعادة تكييف العقد إلى اتفاقية ادارية

الفرع الاول

اعادة تكييف العقد إلى تصرفات قانونية احادية الجانب

منذ عدة سنوات اعتاد القاضي الإداري على إعادة تكييف العقد ظاهرياً، كتصرفات قانونية احادية الجانب، بهدف تفادي إلغاء العقد. حيث من الممكن إعادة تكييف العقد كقرار اداري فردي، ويبدو ذلك منطقياً بقدر كاف بالنسبة للطبيعة الذاتية للعلاقة التعاقدية الضمنية، ويجب في هذه الفرضية ان

(¹) voir –Sebastien Hourson , op. cit.,p.2 91

يتضمن العقد خصائص القرار الأحادي الجانب.

من ناحية يفترض إعادة التكييف في تنظيم عقدٍ مقدم من قِبَل الأطراف، باعتباره اتفاق تعاقدي، أن يكون أحد الموقعين مختص قانوناً، وهو يمثل شرط لمشروعية إبرام العقود القانونية ومرحلة ضرورية، حيث يوجه القاضي للحكم الذي يجب إصداره، وإذا لم يكن لأياً من الأطراف، أهلية تعاقدية، سوف يؤدي إلى الإلغاء بسبب عيب عدم الاختصاص، ولكن لماذا يشترط في الحالات التي يقوم فيها القاضي على إعادة تكييف العقد إلى تصرف قانوني صادر من جانب واحد، ان يكون صادر من سلطة ادارية مختصة؟

ولتوضيح ذلك نجد عدم إمكانية توقيع عقد في موضوع شرطة الأسعار، حيث كان تحديد الأسعار خاضعاً مبدئياً لإرادة الدولة المنفردة، ولكن منذ القرار الصادر من النقابة الوطنية للتجارة في التجهيزات المتعلقة بقطع غيار العربات والأدوات، لجأت الإدارة إلى أسلوب التعاقد لا اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحديد الأسعار، وفي هذا الشأن قرر مجلس الدولة الفرنسي،⁽¹⁾ بأن هذه العقود تمثل اعتداء على الاختصاص التنظيمي للسلطات الإدارية الموقعة. وتتأكد هذه القاعدة بحكم *sieur valet*⁽²⁾، حيث يشير القاضي الإداري فيه إلى أن قرار تحديد الأسعار، لا يشكل اتفاق تعاقدي للإدارة، وإنما قرار اداري أحادي الجانب ذو صفة تنظيمية (اتفاق ذو آثار تنظيمية)، يصدر في صورة مرسوم وزاري، يحدد القواعد التي تم الاتفاق عليها، ويكون له آثار ذو طابع تنظيمي في مواجهة المتعاقد مع الإدارة والغير، وبناءً على ذلك إذا قامت الإدارة بالاتفاق مع كوفيدالية وطنية بتحديد الأسعار وهو من الموضوعات المحظور التعاقد عليها، وترتب على ذلك ان يكون لهذه العقود صفة تنظيمية، فإنه يجوز للقاضي الإداري استخدام تقنية إعادة التكييف كبديل لإلغاء الاتفاقية مما يؤكد على ان الاتفاقات التي تُبرمها الإدارة مع المنظمات المهنية أو الاشخاص الخاصة بشأن تحديد الأسعار ليست عقوداً، بل هي قرارات ادارية ذات طابع تنظيمي، وهذا هو ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي ولكن هل من الممكن الإشارة إلى ان الإدارة تقبل أن يتم التفاوض في مضمون التصرف الأحادي الجانب المستقبلي.؟

(1) voir not., C.E rapport public, le contrat , mode d'action publique et de production de norms, E. D. C. E , n 59, 2008, p. 59

(2) voir C.E , 23 oct., 1974, *sieur valet et association pour la défense des interest professionnels de la boucherie du'basin parisien* , rec., p. 500

وللإجابة على ذلك فإنه إذا كانت إحدى الاتفاقيات على سبيل المثال المحددة للشروط العامة والمتعلقة بالاستغلال المؤقت للنشاط العام، قد أعيد تكييفها مسبقاً من جانب القاضي الإداري، ثم صدرت من قبل أحد الوزراء في صورة مرسوم، واستناداً إلى اختصاص رئيس المؤسسة العامة لمتحف اللوفر الكبير - بالتوقيع مما يجعله تصرف صادر من جانب واحد صادر من قبل وزير التربية الوطنية والثقافة، هنا يقود الاختصاص التنظيمي لأحد الأطراف إلى إعادة تكييف العقد وتفسيره كتصرف قانوني أحادي الجانب ذو آثار تنظيمية⁽¹⁾ وأخيراً قد يستلزم إعادة التكييف أحياناً، وجود اختصاص تنظيمي ومن أمثلتها، حق الترقية بالتساوي في الوظيفة العامة والذي وضع ضمناً بتاريخ ٢ ديسمبر ٢٠٠٨ من قبل وزير الموازنة العامة وسكرتير الدولة المكلف بالوظيفة العامة ورئيس الـ h.a .l.d .e⁽²⁾

وجعل هذا التصرف القانوني أحادي الجانب، بالرغم أنه لم يعهد لمصدره بسلطة تنظيمية، ولكن باعتبار أن من يملك الأكثر يملك الأقل⁽³⁾ وفي هذا المعنى أشار القاضي الإداري إلى أن الميثاق الذي يحل محل بروتوكول الاتفاق، يجب أن يتم تفسيره كعقد خاص لتنفيذ عقود الخطة بالمعنى الموجود في المادة ١١ من قانون ٢٩ يوليو ١٩٨٢.

(1) C.E sect., 23juin1995, minister de culture et de la francophonie c/ association défense tuilerie, rec., p.268

(2) "une charte de mise en valeur de sites protégés se borne pour le juge administratif "à exposer des principes selon lesquels pourraient être mis en valeur et a présenter une estimation des montants financiers qui devraient y être consacrés ", elle " constitue , dès lors, une simple déclaration d' intention , dépourvue de valeur juridique et de force contraignante " -C.E ,11 juillet 1994, association pour la protection des gorges de l'ardeche, req. n 149200)il en va encore ainsi d'une charte d'objectifs ,Enfin, le conseil d' état a juge que "la charte pour le développement pérenne de l'agriculture et de l'agroalimentaire en Bretagne, signée le 14 mai 2001 entre l'état, des collectivités locales, des professionnels de l'élevage et divers autres organismes concernés par les pratiques agricoles, et l'élevage en Bretagne est un document d'orientation dépourvu de caractère réglementaire ou contractuel "

(3) "en ce sens, le juge administratif a estimé qu' une charte se substituant a un protocole d'accord doit être analysée comme un "contrat particulier " d'application du contrat de plan au sens de l'article 11 de la loi du 29 juillet 1982 " t.a Orléans, 25 nov. 2003, établissement public

وكما أشار^(١) Guy Brailant بخصوص موضوع ضبط الأسعار إذا كان سياسياً وعملياً مفيداً، فإن توقيعات المديرين النقابيين السياسيين ليس لها أي تأثير، وكذلك قرار وزير الثقافة والفرانكوفونية، يجب الإشارة إلى أن ضرورة الاختصاص التنظيمي هي خاصية متعلقة بإعادة التكييف الذي تم ممارسته بالنسبة لموضوع العقد، بكون الأهلية التعاقدية مرتبطة تماماً بالاختصاص، فليس من المفيد التساؤل عن مدى توافر الاختصاص التنظيمي، حيث أنها موجودة بالفعل، وكما أشارت Mme pouyaud^(٢) بأن عدم تكييف التصرف القانوني من جانب القاضي لا يسمح بإفلاتها من الرقابة القضائية.

ومن ناحية أخرى فإن إعادة تكييف التصرف سوف تؤدي إلى حفظ العقد بتبديل التسمية المحسومة من قبل الأطراف إلى تصرف قانوني من جانب واحد، ولكن هل يستطيع القاضي إعادة تكييف العقد بغرض انقاذ العمل الإداري دون الأخذ في الاعتبار تناسب التصرف الأحادي الجانب مع طبيعة العقد محل النزاع؟ ويكشف جانب من الفقهاء الغموض الذي يحيط بهذا النوع من إعادة التكييف القانوني، ولكن أشار petit^(٣) إلى أنه يجب أن ينكر إعادة التكييف في حالة عدم ملائمة الاتفاق الواقعي مع أي تكييف قانوني آخر، حيث يختار القاضي إرادياً الإلغاء الخاص بالعقد المبرم حول موضوع محظور، وفي هذا المعنى حكم مجلس الدولة بأن العقود محل النزاع تتجرد من أي قيمة قانونية.

ويجب تشجيع القاضي دائماً على البحث عن تكييف أكثر ملائمة، حيث يفضل القاضي غالباً تجاهل شكل العقد دون إجراء إعادة تكييف، بحيث يكون هذا التكييف الضمني مرفوضاً في ذاته.

ومن الآن فصاعداً يشير التطبيق القضائي إلى أن القاضي الإداري يستخدم سلطته في إعادة التكييف، ويمكن لهذا الإجراء أن يتم نقله للاتفاقيات الإدارية، وفقاً لمضمون الاتفاقية التي قد تكون معيبة، لإعادة وصفها لتصرف قانوني صادر من جانب واحد.

(١) voir –sebastien hourson , op. cit.,p.294-295 (٢)

(٣) , voir –Sebastien Hourson , op. cit.,p.2 96-٢٩٧ (٤)

الفرع الثاني

إعادة تكييف العقد إلى اتفاقية الإدارية

La requalification de la convention administrative

بما ان الاتفاقيات الإدارية لم تكن خاضعة لنفس المحظورات تماماً مثل العقود بخصوص الموضوعات التي تنصب عليها، فإنه من الممكن إدراك فرضيات لإعادة التكييف على غرار التقنية المستخدمة للتصرفات القانونية احادية الجانب .

وقد أشار جانب من الفقه⁽¹⁾ ومنهم Fatome بأن الذي كان يعد عقداً في فكر الأطراف المتعاقدة، تم اعادة تكييفه بطريقة آلية إلى تصرفات تمهيدية، مما ينتج عن هذا التأكيد عنصرين مكملين: من جانب يستنتج أن القاضي أعاد وصف العقد، وذلك العمل يمنع من إلغائه، ومن جانب آخر، وبصفة خاصة أن التكييف المتفق عليه لم يكن تكييف لتصرف قانوني أحادي الجانب، وأنه بافتراض وجهة النظر الفنية من الممكن اعادة تكييف العقد إلى اتفاقية تكون شروطها توجيهية وتعليمات، مما يشجع هذا التمييز إلى تعميق هذه الفرضية.

وتشير Mme pouyaud إلى احتمالات إبرام الاتفاقيات الإدارية التي تعني ضمناً إدراك نقل تقنية إعادة الوصف لتصرفات مماثلة، وفقاً لمصطلحاتها بسبب الموضوعات التي تنصب عليها هذه التعاقدات، ولا يمكنها ان تكون موضوع عقد، وإنما تم اعتبارها من جانب القضاء تصرفات قانونية احادية الجانب، وبذلك فإذا لم تكن هذه العقود عقود بالمعنى التقليدي، فإنها لا تكون إطلاقاً تصرفات احادية الجانب.

وبناءً على ما سبق نستخلص أن القاضي الإداري يقوم بإعادة تكييف الشرط المجرد من القيمة الملزمة داخل العقد، والغاء الشرط الغير مشروع، مما ينتج عن ذلك عديد من المزايا المرتبطة بإعادة تكييف العقد المقدم من قبل الاطراف إلى اتفاقية إدارية أو تصرف قانوني أحادي الجانب. فمن جانب يضمن استمرارية العلاقة الاتفاقية مع عدم تغير العلاقات الذاتية القائمة بالفعل، وتحويل الاتفاق إلى عمل قانوني يتلائم مع الشروط الواردة بالاتفاق، مما يؤدي إلى حماية مصلحة الاطراف بهذا الفعل

ويحافظ على تبادل العلاقات، ومن جانب آخر الاحتفاظ بالصفة الاتفاقية للعملية التعاقدية التي تقود القاضي الإداري إلى استبعاد لجوء الأطراف الثالثة الأخرى إلى القضاء هادفين إلغاؤه فضلاً عن أن المضمون التوجيهي لشروط العقد، يدعم هذا الاتجاه الذي يؤدي إلى استبعاد لجوء طرف ثالث إلى الطعن القضائي.

وبالتالي فإن إعادة تكييف العقد باتفاقية إدارية لم يكشف عن نفس الصعوبات التي كشفت عنها عملية الوصول إلى تصرف قانوني من جانب واحد. إذن ليس من المفيد التساؤل حول الاختصاص التنظيمي لأحد الأطراف، بما أن الجهة الإدارية القادرة على إبرام عقد لديها إمكانية إبرام الاتفاقية الإدارية، مع مراعاة الالتزامات الذي ينص عليها القانون الوضعي، وأن قانونية العملية مفترضة في هذا الشكل. ومن جهة أخرى تتادي هذه التقنية بقليل من النقد بخصوص الاتفاقية الإدارية التي لا يتم اعتبارها تصرفات قانونية من جانب واحد.

بالإضافة إلى ذلك نجد بعض التصرفات القانونية، تظهر على أنها تصرفات اتفاقية، في حين أنها في الواقع قرارات إدارية فردية، حيث لا يوجد ما يمنع، أن يكون اتفاق إرادتين مجرد قراراً إدارياً فردياً. لأن الموافقة على هذا القرار بقبوله من المخاطبين به لا يمثل عقداً، لأنه ينشئ مراكز لائحية وتنظيمية مرتبطة بالمرفق العام يحظر أن تكون محلاً للتعاقد.

الخاتمة

يمكن القول، في نهاية هذه الدراسة، بأنه ليس كل اتفاق تبرمه الإدارة، يُعد عقداً نظراً إلى أن الإدارة تبرم نوع آخر من الاتفاقات تحت مسمى اتفاقية، وتعنى كل اتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مقدماً كيفية إبرام عقود أخرى لاحقة دون الزام أياً من الطرفين بمراعاة هذه القواعد والتقييد بها فيما يبرمونه من عقود في المستقبل وذلك لتضمينها شروط توجيهية غير ملزمة، لذلك كان يجب التمييز بين هذين النوعين من اتفاقات الإدارة لتقادي كثيراً من الصعوبات، أهمها تحديد المعيار الصحيح الذي يبسر على القاضي مهمته كما يبصر المتقاضين بطبيعة الدعوى التي يجب عليهم رفعها، فإذا كانت الاتفاقية المُبرمة من جانب الإدارة تتضمن شروطاً توجيهية، فإنها تكون مجردة من أي قيمة قانونية، الامر الذي يجعلها لا ترقى إلى اعتبارها قرارات إدارية بالمعنى الذي يجيز الطعن فيها إلغاءً أو تعويضاً، حيث أنها لا تمس مراكز فردية خاصة مما لا يتحقق بالنسبة للطعن فيها شرط المصلحة، فضلاً عن ما تتميز به من كونها لا تولد التزاماً ولا تحمل حقاً على عكس العقود التي تقوم على أمرين أساسيين هما: توافق إرادتين أو أكثر وأن يكون الهدف من هذا التوافق أحداث اثر قانوني، أما إذا كانت الاتفاقية المُبرمة تتضمن توافق إرادتين متقابلتين وتنشئ التزاماً، أي مركز قانوني فردياً كأثر مترتب عليه، فإنه يضاف على الاتفاق الطبيعة العقدية، لذلك كان يجب البحث عن معايير وضوابط تميز الاتفاقية الإدارية عن العقد، من خلال تحليل تكوين التصرفات الاتفاقية المُبرمة من جانب الإدارة، بإنشاء تمييز بينهم قائم على معيار مادي (موضوعي)، في ضوء عدم كفاية المعيار الشكلي لتمييز التصرفات الاتفاقية المُبرمة بين الأشخاص العامة بالرغم من صلاحيته للتمييز بين العقود المُلزِمة لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، حيث أن الالتزامات المتبادلة بين طرفي الاتفاقات يمثل المعيار الحقيقي للتمييز بينهم ومواجهة صعوبات التكييف القانوني للاتفاق.

وبذلك فإن الاتفاق المتمثل في الالتقاء والتوافق بين إرادتين بقصد أحداث اثار قانونية فيما يرتبه من حقوق والتزامات بين طرفيه تبرر الاعتراف للعقد بقوة ملزمة، ومن شأنها توحيد التكييف القانوني للتصرفات الاتفاقية وإضفاء الطبيعة العقدية عليها، باستثناء ما يسمى بالاتفاقية الإدارية الذي لا يكفي فيها المعيار الشكلي لتحديد الطبيعة العقدية عليها، وإنما لابد من فحص وتحليل جوهري لمضمون الشروط التي يتضمنها الاتفاق بهدف التوصل إلى مدى إلزامية الشروط المتعلقة بالحقوق والالتزامات المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة، فإذا تبين أن النصوص التي يتضمنها الاتفاق مُلزِمة لطرفيه، فإنه

يضيف على الاتفاق الطبيعية العقدية مما يدرجه تحت طائفة العقود وذلك على خلاف حالة الاتفاقية الإدارية التي لا تتضمن شروطها، إلا أهداف أو مشروعات تبتغي تحقيقها. ولكن لكي يكيف العقد بالطبيعة الإدارية، يلزم أن يكون الطرفان المتعاقدان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص وللاستدلال على ذلك يتعين فحص العقد في نصوصه ومضمونه واستظهار ما قد يحتويه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص حتى يضيف على العقد الطبيعة الإدارية التي تجعله يدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري بشأن المنازعات المتعلقة به (قاضي العقد).

وذلك على خلاف المعيار الذي يتم الاستناد عليه لإضفاء الطبيعة الإدارية على الاتفاقيات محل الدراسة ومن ثم لا يبدو ان المعيار الموضوعي المتعلق بامتيازات السلطة العامة مناسباً لتحديد طبيعتها، ويرجع ذلك لتضمينها مبادئ توجيهية مما يفقدها الطبيعة العقدية ومن ثم لا يقبل الطعن فيها على غرار طرق الطعن المقررة للعقود الإدارية. وبناء على ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي، بان عقود الخطة وعقود المشروعات والعقود الموقعة بين الدولة ومؤسساتها العامة، يكون لها الصفة الإدارية من خلال طبيعة اطرافها ومضمونها، ويرجع ذلك لعدم كفاية المعيار الشكلي، لإخضاع هذه الاتفاقيات لمبادئ العقود الإدارية. وبذلك اذا كانت الاتفاقية متعلقة بتسيير مرفق عام او بتحقيق المصلحة العامة عن طريق التجاء المتعاقد مع الادارة بتلبية احتياجات المرفق واشباعها، يكون للاتفاقية الطابع الإداري في هذه الحالات. وعلى ذلك فأن مجلس الدولة الفرنسي اعترف بالطبيعة الاتفاقية للتصرف، من خلال فحص القاضي الإداري للشروط المنظمة للمرفق العام، فاذا كانت الاتفاقية غير متعلقة بتنظيم مرفق عام، ولا يشارك الطرف الاخر في تنفيذ هذه الخدمة، ولا توجد شروط استثنائية غير مألوفة، فان الاتفاق المبرم بين الاطراف، يدخل ضمن اختصاص القضاء العادي، ويخضع للقانون الخاص. وذلك على عكس التطبيقات القضائية المصرية المتعلقة بمعيار تكييف الطبيعة الإدارية للعقود، وادخالها ضمن اختصاص القضاء الإداري، حيث اشارت العديد من أحكام مجلس الدولة المصري إلى أن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه احد اشخاص القانون العام بقصد تحقيق اهداف المرفق العام على ان يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة عن شروط عقود القانون الخاص، وبذلك اشترطت توافر الثلاث شروط مجتمعة حتى يضيف على العقد الطابع الإداري مما يستتبع استحالة اختصاص القضاء الإداري المصري بالاتفاقيات المبرمة من جانب الادارة لتضمينها شروط توجيهية غير ملزمة. لذلك يتحدد معيار الطبيعة الإدارية على الاتفاقيات بطريقة غير مباشرة، قياساً على معيار الطبيعة الإدارية للعقود، ويرجع ذلك لعدم

وجود تطبيقات قضائية مصرية متعلقة بالاتفاقيات الادارية، . حيث في الغالب يوجد خلط بين الاتفاقية والعقد نتيجة عدم اهتمام المشرع والقاضي المصري بتحديد مفهوم الاتفاقيات الادارية والنظام القانوني التي تخضع لها، في الوقت الذي تعمد فيه الادارة، احياناً باللجوء إلى ابرام هذه الاتفاقيات بهدف تجاوز الاجراءات التعاقدية المنصوص عليها بالقانون، كضرورة اتباع اجراءات معينة في اختيار المتعاقد معها او عرض مشروع العقد على جهة معينة لمراجعته قبل ابرامه، فضلاً عن تقادى ابرام عقود بشأن موضوعات يحظر التعاقد عليها، مما يؤدي بالتبعية بالإفلات من كل رقابة من جانب القاضي الاداري(قاضي العقد).

يلاحظ في هذا الشأن ان تكييف الاتفاقات المبرمة من جانب الادارة بالطابع الاتفاقي، وليس التعاقد من شأنه ترتيب اثار معينة، منها عدم خضوعه لقواعد الاعلان والمنافسة، وهي القواعد التي تخضع لها العقود، وتوسع مجال ابرام اتفاقيات ادارية في موضوعات محظور التعاقد عليها، فضلاً عن استحالة ابرام اتفاقية متعلقة بموضوع عقد امتياز المرافق العامة، مما يؤدي إلى اختلاف القواعد القانونية المطبقة من جانب القاضي الإداري حال تكييف الاتفاقية بالطبيعة الادارية.

ومن ناحية اخرى ان الطبيعة التوجيهية لشروط الاتفاقية، لا تمنع من تدخل القاضي بافتراض مسؤولية الادارة على اساس الخطأ عن التصرفات الاتفاقية غير التعاقدية.

لإصلاح الضرر الناتج عن حدوث خطأ اثناء العدول عن تحقيق الاهداف المثبتة بالاتفاقية. وذلك اعمالاً للحرية التعاقدية، حيث تخضع طبيعة الشروط الواردة بالاتفاقية، لمبدأ حرية العدول، فلا تقوم المسؤولية عن العدول في حد ذاته، وانما تقوم اذا اقترن العدول بخطأ تقصيري، اما اذا اتجه احد الافراد لتنفيذ بنود الاتفاقية، واثناء ذلك احدث خطأ، فانه يتم تقرير المسؤولية على اساس تجاهل شروط الاتفاقية، ويتم تقدير التعويض عن الاضرار المادية المثبتة عن طريق القاضي، على ان تتوافر علاقة سببية تربط بينهم.

ونتيجة لقيام اللامركزية ظهرت وحدات إقليمية (وحدات إدارية) متفرعة عن الدولة، تتمتع بالشخصية المعنوية مع الوضع في الاعتبار عدم تشجيع تجزئتها، فإن تقسيم الاختصاصات المرتبطة بالكيان القانوني (الدولة)، يشكل جزءاً منها. ولا يتعارض مع وحدة الدولة، أن يتم السماح للأقاليم بإمكانية إبرام اتفاقيات إدارية داخلية بينهم أو بين المرافق العامة فيما بينهم، في ضوء ظهور الأشخاص المعنوية

المصلحية أو المرفقية التي تتمثل في الوحدات الإدارية التي تنشأها الدولة وتمنحها الشخصية الاعتبارية لإدارة مرفق عام تحت وصايتها، فضلاً عن اكتسابها اهلية التعاقد. وبناءً على ذلك يمثل إبرام الاتفاقيات الإدارية داخل نفس الكيان القانوني (الدولة) الحل الأفضل لإشباع احتياجات المرافق العامة في ضوء النصوص القانونية التي تحظر عليها إبرام تعاقدات، حيث تسمح الاتفاقيات الإدارية للكيانات الاعتبارية العامة الغير مؤهلة للتعاقد أن تتوافق، تحت مسمى الاتفاقية الإدارية، مما يجعلها تشغل الفراغ الذي تركته العقود الإدارية. وفي المقابل تسمح الاتفاقيات الإدارية بمواجهة المفهوم الحقيقي للعقد لأنها تجعل فرضية إهمال الحظر التعاقدية الذي من شأنه التأثير على الأقاليم بلا فائدة، وبذلك يكون المؤهلين لإبرام اتفاقية إدارية أكثر من أولئك المؤهلين لإبرام عقد مما ينتج عن ذلك استقلالية نوعية للاتفاقيات الإدارية. لذلك من الضروري إجراء تحليل جوهري لفصل الاتفاقيات الإدارية عن العقود من خلال تعريف مضمون الشروط الملزمة مما يمثل فائدة للتفرقة بين التصرفات الاتفاقية المُبرمة.

من ناحية أخرى ينتج عن تنوع الموضوعات التي تنصب عليها التصرفات الاتفاقية للإدارة تعديل الحظر التعاقدية أحياناً، حيث يوجد عدد قليل من العقود تكون مُبرمة حول مواضيع محظورة بنص المُشرع، فضلاً عن أن العديد من هذه التعاقدات المحظورة تشكل بالفعل تصرف قانوني آخر، فقد يتم تكييفها كاتفاقات ذات آثار تنظيمية أو كاتفاقيات إدارية، وفي هاتين الفرضيتين نجد أنه بما أن الاتفاق لا يمثل عقداً، فإن الحظر التعاقدية ليس له محل الأمر الذي من شأنه أن يجعل لتدخل القاضي الدور الرئيسي في الوصول لتكييف قانوني مناسب في الوقت الذي يوجد فيه تنوع للتصرفات الاتفاقية مع عدم توافر علاقة تبادلية حقيقية بين أطرافها، مما يؤدي إلى احتمالية عدم إمكانية التعاقد. مع ملاحظة أنه من المتوقع أن يتضمن الاتفاق شروط ملزمة تفرض التزامات وحقوق على طرفيها أو شروط إدارية تنصب على موضوعات يحظر أن تكون محل للعقود، مما يسمح بإدراجها ضمن طائفة آخر للتصرفات القانونية، وباعتبار أن أشخاص القانون العام تتميز بكونها تملك استخدام امتيازات السلطة العامة وتخضع لقيود والتزامات استثنائية مقابلة، فإن الاتفاقية الإدارية لا بد أن تتضمن إرادة أساسية عليها قدرة على احتواء الأطراف المتعاقدة رغم إرادتهم بهدف الحفاظ على سلطات الإدارة في اتخاذ القرارات الإدارية، مما يسمح للقاضي الإداري بإعادة تكييف العقود أو الاتفاقيات الإدارية في حالة إلغائها بأن تشكل قرار إداري فردي. ومن جانب آخر يلجأ قاضي العقد إلى معالجة الموضوعات التعاقدية الغير مشروعة لتفادي الغائها، ويهدف الحفاظ على الاتفاقات التي تتضمن موضوعات محظور التعاقد بشأنها من خلال إعادة تكييف العقود وتحويلها إلى تصرفات قانونية تحت مسمى آخر، ولكن هذا لا يتعارض

مع كون إلغاء العقد هو العقوبة الرئيسية الذي يمثل أفضل ضمانة للعقود التي تتناول موضوعات متعلقة بالحظر التعاقدى حينما يكون لدى القاضي قناعة حقيقية بالطبيعة التعاقدية للعقد. وبذلك يجوز للقاضي إعادة التكييف القانوني للعقود الغير مشروعة كحل من الحلول البديلة لإلغائها مما قد يؤدي إلى الخلط بين إعادة التكييف والإلغاء، بالإضافة إلى أن الاتفاقيات الإدارية من شأنها الحفاظ على الموضوعات المحظور التعاقد بشأنها بطريقة فعالة. وتبدو هذه الوظيفة كنتيجة طبيعية لاستقلالية هذه الاتفاقيات عن الموضوعات التي تضمنها مما يدعم الاستقلالية الوظيفية للاتفاقيات الإدارية وبذلك تتجسد تلك الاستقلالية بإمكانية التوافق حول موضوعات أكثر عدداً من تلك الموضوعات التي تسمح بها العقود مما يعطي فائدة عملية للتمييز بين الأعمال التعاقدية والتصرفات الاتفاقية.

ويشير هذا التطور عديد من التساؤلات حول الأشكال الحالية للتصرف الإداري وبعبارة أخرى هل اللجوء إلى إبرام الاتفاقيات الإدارية يشكل أسلوب دائم للإدارة أم يكون مرحلة مؤقتة للوصول لإبرام عقود حقيقية؟

وفي كثير من الفرضيات تبدو أهمية استمرارية الاتفاقيات الإدارية كضرورة من أجل حماية امتيازات السلطة العامة التي تفوق تطور العقد، لذا يتجه القانون الوضعي إلى تبني نظام الاتفاقيات الإدارية كحل جزئي بالرغم من وظيفتها التبادلية التي تظهر على مستويين متميزين أولهما أنها نتيجة انعقاد علاقات اتفاقية بين اشخاص القانون العام صادرة من نفس الشخص الاعتباري القانوني(الدولة) وثانيهما يتم تأكيدها بوضوح أكثر من خلال إبرام عقد حول بعض الموضوعات المحظورة بنص القانون ويتم إعادة تكييفها، لكي يصلح أن يكون تصرف قانوني جديد كبديل لإلغاء العقد الغير مشروع. لذلك تنتج الدولة لإبرام أكبر عدد ممكن من الاتفاقيات الإدارية في كل المجالات المتعلقة بالنشاط الإداري من أجل تفادي إبرام عقود متعلقة بموضوعات محظور التعاقد بشأنها مما يسمح بالتوفيق بين العديد من الالتزامات.

لذلك تكمن أهمية هذا البحث في مناقشة المشرع المصري بمحاولة وضع نصوص تشريعية تعالج فكرة الاتفاقيات الادارية من خلال تحديد مفهومها والجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بها، لتفادي مخالفة القواعد العامة للعقود الادارية مع ضرورة مساهمة فقه القانون العام بكتابات متعددة لمواجهة القصور في المؤلفات المعالجة لهذه الفكرة في مجال القانون العام.

قائمة المراجع العربية والاجنبية

اولا: - قائمة المراجع العربية

- ١- د/ ابراهيم محمد عبد الحليم، اثر العقود الادارية بالنسبة للغير دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة بكلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٤، دون ناشر
- ٢- د/ ثورية لعبوني، معيار العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ١٩٨٧
- ٣- أ.د/ جلال محمد ابراهيم، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، مزودة بأحدث احكام محكمة النقض واحديث المراجع الفقهية، دار النهضة العربية، ٢٠١١
- ٤- أ.د/ محمد جمال عثمان جبريل، العقود الادارية، الطبعة الرابعة، دون ناشر، دون سنة نشر
- ٥- أ.د/ محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دون ناشر، دون سنة نشر
- ٦- د/ مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، دون ناشر، ٢٠١٠

المقالات العربية

- ١ - د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل مبدا الحرية التعاقدية مضمونه ومداه، دراسة تحليلية لمدى دور الارادة في التعاقد، مقالة منشورة في مجلة جمعية المحامين الكويتية، المحامي، السنة التاسعة عشرة /ابريل / مايو / يونيو ١٩٩٥
- ٢- د/ أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مقالة منشورة في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثالث - السنة الخامسة والعشرون - ٢٠٠١
- ٣- أ.د/ شمس مرغني على، الطبيعة الادارية لمنازعات الخطة، مقالة منشورة في مجلة العلوم الادارية، العدد الثالث، سنة ١٩٧٥
- ٤- د/ محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية (صورها- وأحكامها)، مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة السابعة والاربعون، يناير ٢٠٠٥

٥- د/ محمد يونس محمد علي، خصوصية العقد الملزم لجانب واحد، دراسة مقارنة، مقالة منشورة في مجلة الدراسات القانونية، هيئة النشر العلمي بكلية الحقوق - جامعة اسبوت، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الثاني - عام ٢٠١٣

٦- د/ محمد حسين عبد العال، ابرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار، مقالة منشورة في مجلة الحقوق - بجامعة البحرين المجلد الثالث - العدد الاول - يناير عام ٢٠٠٦

٧- أ.د/ رمضان محمد بطيخ، التخطيط بين النظرية والتطبيق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - حقوق عين شمس، العدد الأول - السنة الواحد والأربعون - يناير عام ١٩٩٩

٨- د/ ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط انقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - السنة الحادية عشرة - العدد الثاني - يونيو ١٩٨٧ -

- د/ ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية، مجلة حقوق - جامعة الكويت، السنة الحادية عشرة - العدد الثالث - سبتمبر عام ١٩٨٧

٩- د/ عبد الحميد محمود البعلي، تحول العقود واعادة تكييفها واثر العوارض الطارئة في ذلك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد(١) - السنة الأولى - مارس ٢٠١٣

١٠- /احمد سلامة احمد، تحول تصرفات الإدارة الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - العدد الثاني - الجزء الأول، السنة التاسعة والخمسون - يوليو ٢٠١٧

١١- احكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الادارية العليا والمحكمة الدستورية العليا منشورة على موسوعة شبكة قوانين الشرق على الموقع الإلكتروني <https://www.eastlaws.com>

قائمة المراجع الاجنبية

1. Sébastien Hourson, les conventions d'administration ,prix de thèse de l' université panthéon-assas paris ii, lk ,2014
2. Pierre-Yves gahdoun, la liberté contractuelle dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, dalloz, 2008,

المقالات الاجنبية

1. Yves Gaudemet , pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire ,doctrine, droit administratif, revue du droit public-n2-2010
2. Jean – David dreyfus, l' actualité des contrats entre personnes publiques,l' actualité juridique droit administratif, 20 juillet ,20 août 2000n 7-8/2000,
– jean- david dreyfus, la nature des conventions portant occupation du domaine forestier de l' état , l' actualité juridique ,n5/2011,14 février 2011
3. Mathias Amilhat, la contractualisation en droit public: bilan et perspectives,revue française de droit administratif, n1,janvier-février 2018 ,
4. Ph. Terneyre , "la liberté contractuelle est-elle un droit fondamental?",a j d a,1998,
–ph. Terneyre, " le droit du contentieux des contrats administratifs a –t- il enfin atteint sa pleine maturite? »,e d c e ,2008,
– philippe terneyre, réflexions nouvelles sur les "clauses à caractère règlementaire » des contrats administratifs à objet de service public,revue française de droit administratif,n5,septembre- octobre 2010
5. B. Plessix," la théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs", r f d a,2006,
6. M. Fornacciari,concl.sur l' arrêt c.e sec.,31 mars 1989,département de la moselle, r f d a ,1989,

7. S. Saunier, "l' autonomie de la volonté en droit administrative: une mise au point", r f d a , 2007
8. B. Seiller, " acte administrative (i- identification)",r d c a , 2010
9. D. Labetoulle ,concl. Sur la décision t c, 21 mars 1983, union des assurances de paris et autres,a j d a ,1983,
10. B. Delaunay,"l' exception in house aux exigences du droit de l' union européenne en matière de mise en concurrence », r d p , 2011
11. M. Long,p. well,g. braibant,b. genevois et p. delvolve,les grands arrêts de la jurisprudence administrative, dalloz,17 ème éd., 2009
12. Drago," Le droit de l' expérimentation", l' avenir du droit. Mélanges f. terre , dalloz , juris- classeur,1999,
13. Mme Hecquard- theron ,la contractualisation des actions et des moyens publics d' intervention ", a j d a,1993,
14. Camille vinet, chronique de jurisprudence des cours administrative d' appel,l'actualité juridique droit administrative,n26 / ۲۰۱۰,
15. J.Waline,"les contrats entre personnes publiques",r f d a,2006,
16. E. Prada- bordenave, concl. Sur l' arrêt c.e, 21 déc. 2007, région du limousine, r j e p, 2008
17. G. Braibant, concl. Sur l' arrêt c.e sect., 2 mars 1973, syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et ouillages, a j d a,1973

18. Gmorales, Le Caractère onéreux des marchés publics le 18 octobre 2016 | Qualification sous le prisme du caractère onéreux du contrat Un élément primordial dans la définition du marché public le 18 octobre 2016 , <https://www.sebastien-palmier-avocat.com/le-caractere-onereux-des-marches-publics/>
19. Aurelie. Benech , SCOT et normes impératives en matière commerciale 07/01/10, <https://blogavocat.fr/space/aurelie.benech/content/scot-et-normes-imperatives-en-matiere-commerciale>
20. P. Amselek, ' l' évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales ', r d p , 1982, " - -p. amselek, "la qualification des contrats de l' administration par la jurisprudence", a j d a , 1983
21. J. Ghestin, " l' utile et le juste dans les contrats", d., 1982, chron.,
22. P. Ancel, "force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ", r t d civ., 1999,
23. J. -F. Lafaix, essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l' administration, Dalloz, 2009
24. C.E., 2 Mai 2016, cmru de Montpellier, "les contrats" revue du droit public, 2017, n2,
25. T. Conf. 6 juin 2016 , cne d' aragnouet c/ cne de vignec, revue du droit public, 2017
26. J.-M. Pontier , "les instruments prévisionnels non décisionnels de l' action administrative "; d : ; 1997, chron .

27. J. Rivero, " sur l' effet dissuasive de la sanction juridique", dalloz, sirey, 1985,
28. J.-B. auby, "prescription juridique et production juridique", r d p , 1988,
29. D. Piveteau, concl. Sur l' arrêt c. e ass., 5 mars 2003, ordre des avocats à la cour d' appel de paris, la lettre du droit public et de l'entreprise, n15-mars2003
30. Pascal Caille, le référé précontractuel est inapplicable aux procédures de mise en concurrence des conventions domaniales, l' actualité juridique droit administratif, n23/, 2011
31. H. Jacquot, " la planification (loi n 82-653 du 29 juillet 1982)", a j d a, 1982
32. S. Dael, concl., sur l' arrêt c.e ass., 8 janv., 1988, min. charge du plan et de l' aménagement du territoire c/communaute urbaine de Strasbourg, r f d a, 1988
33. G. Marcou, " les contrats entre l' état et les collectivites territoriales. Réflexions sur quelques problemes juridiques et administratifs", a j d a , 2003
34. M. Morisot, concl. sur l' arrêt c. e sect., 28 janv. 1977, minister des finances c/société heurtey-metallurgie, a j d a, 1977
35. Jean-Marc favret, office du juge du contrat à l' égard d' une convention mixte, chronique de jurisprudence des cours administrative d' appel, l' actualité juridique droit administratif , 16 janvier 2017-n1-2017,

36. Anne–Sophie ginon, les conventions de partenariat dans les réseaux de santé: un modèle à développer?,recueil dalloz–1 février 2018–n4,
37. G. Tusseau, les norms d’ habilitation, dalloz, 2006
38. C.E,2 Mai 2016, cmru de Montpellier, “les contrats”revue du droit public, 2017, n2
39. R. Denoix de saint– marc et d. labetoulie, chronique sous l’ arrêt c.e sect., 13 mai 1970, sieur larue, a j d a 1970
40. A. Menemenis, note sous l’ arrêt c.e, 3 nov., 2003, union des groupements d’ achats publics, d a ,2004, comm.43
41. A.S.Mescheriakoff "ordre intérieur administrative et contrat",r f d a ,1997.
42. F.Moderne,"l’ évolution récente du droit des contrats administratifs:les conventions entre personnes publiques ", r f d a, 1984
43. R. Schwartz, note sous l’ arrêt c.e, 11juill. 2001,d a,2001,comm.240
44. Y.Jegouzo, "l’ administration contractuelle en question ",daloz,2004, –rouyere," la personnalité publique partielle ",a f d a , 14 et 15 juin 2007, "colloques, débats",2007,
45. J. Moreau," de l’ interdiction faite à l’ autorité de police d’ utiliser une technique d’ ordre contractuel ", a j d a, 1965,
46. J.–B. Auby, note sous l’ arrêt c. e, 1 avril 1994, commune de menton, r d p , 1994
47. L. Richer, " présence du contrat ", a j d a , 1999
48. G. Braibant , concl. sur l’ arrêt c.e sect., 24 avr. 1964, société des huileries de chauny ,

49. D. Pouyaud, " contrats entre personnes publiques" , j.-cl.adm., .675, 1998,
50. Ch. Maugue ,”les réalités du cadre contractuel dans l’ action administrative. l’exemple des contrats locaux de sécurité », a j d a,1999
51. S. Dael , concl. Sur l’ arrêt c.e ass., 8 janv., 1988, min. charge du plan et de l’ aménagement du territoire c/communaute urbaine de Strasbourg, r f d a , 1988,
52. J.-F. Lafaix, essai sur le traitement des irregularities dans les contrats de l’ administration, dalloz, 2009,
53. J.Moreau,"les matières contractuelles", a j d a.,1998
54. D. Pouyaud, note sous l’ arrêt c. e ass., 28 déc., 2009 , commune de béziers, r f d a , 2010,
55. J.Gourdou et ph. Terneyre, note sous l’ arrêt c.e ass., 28 déc., 2009 , commune de béziers, r j e p. ,2010 ,
56. C.E, raPport public, le contrat, mode d’ action publique et de production de norms, e d c e n 59, 2008,p.95https:
[//www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000313-rapport-public-2008-jurisprudence-et-avis-de-2007-le-contrat-mode-d-action-publ](https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000313-rapport-public-2008-jurisprudence-et-avis-de-2007-le-contrat-mode-d-action-publ)
57. Les Décisions du Conseil d’État Recherche simple dans la jurisprudence administrative
[-https://www.légifrance.gouv.fr/initRechJuriAdmin.do](https://www.légifrance.gouv.fr/initRechJuriAdmin.do)

قائمة المختصرات الاجنبية

r f d a: revue française de droit administratif

e d c e: études et documents du conseil d' état

D.: dalloz(recueil dalloz sirey)

a j d a: l' actualité juridique droit administratif

j.-cl.adm: juris classeur administratif

r d p: revue du droit public

c.e:conseil d' état

d a: droit administratif

t.confl.:tribunal des conflits

r t d civ:revue trimestrielle de droit civil

r j e p: revue juridique de l'économie publique

r d c a: répertoire dalloz de contentieux administratif

op: cit.: ouvrage précité

j o:journal officiel

رقم الصفحة	الموضوع
٣	مقدمة
٩	الفصل الأول: المفهوم القانوني لاتفاقيات الإدارة
٩	المبحث الأول: ماهية اتفاقيات الإدارة
٩	المطلب الأول: المقصود بالاتفاقيات الإدارية وصورها
١٠	الفرع الأول: تعريف اتفاقيات الإدارة
١١	الفرع الثاني: صور اتفاقيات الإدارة
١٨	المطلب الثاني: التمييز بين اتفاقيات الإدارة والتصرفات القانونية الأخرى
٢٠	المبحث الثاني: الطبيعة الإدارية لاتفاقيات الإدارة
٢١	المطلب الأول: المعيار العضوي (الشكلي)
٢٤	المطلب الثاني: معيار المرفق العام (المعايير البديلة)
٢٥	المطلب الثالث: المعيار المزدوج الشكلي والموضوعي لإضفاء الطبيعة الإدارية للاتفاقيات
٣٧	المبحث الثالث: القواعد المنظمة للاتفاقيات الإدارية
٣٨	المطلب الأول: اختيار أطراف العلاقة الاتفاقية مع الإدارة بنص القانون
٤٠	المطلب الثاني: خضوع الاتفاقية في مراحل تكوينها لإجراءات استشارية
٤١	المطلب الثالث: الطبيعة التوجيهية لشروط الاتفاقيات الإدارية
٤٥	المطلب الرابع: الأثر النسبي للاتفاقيات الإدارية
٤٨	الفصل الثاني: حول الطبيعة العقيدة للاتفاقيات الإدارية
٤٨	المبحث الأول: المعيار الشكلي للتمييز بين التصرفات الاتفاقية
٤٩	المطلب الأول: التعبير عن الرضا
٤٩	الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بمفهوم الرضا
٥٥	الفرع الثاني: طرق صياغة الموافقات
٦٥	المطلب الثاني: فكرة الالتزامات المتبادلة لتمييز التصرفات القانونية الملزمة لجانب واحد عن العقود الاتفاقية
٦٥	الفرع الأول: الموافقات المتبادلة (الرضا)
٦٩	الفرع الثاني: الشروط أو الالتزامات المتقابلة
٨٤	المبحث الثاني: المعيار الموضوعي للتمييز بين العقد والاتفاقية الإدارية

رقم الصفحة	الموضوع
٨٥	المطلب الأول: التمييز بين العمليات التعاقدية الإدارية القائم على الإلزام ...
٨٥	الفرع الأول: صفة الإلزام
٩٩	الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الإلزام
١١١	المطلب الثاني: معيار إرادتي طرفي التعاقد للتمييز بين العمليات التعاقدية الإدارية
١١٢	الفرع الأول: التأثير الغامض للمشروع.....
١٢٢	الفرع الثاني: التأثير المحدود لإرادة الأطراف
١٢٨	الفصل الثالث: الاستقلالية الوظيفية للاتفاقيات الإدارية
١٢٨	المبحث الأول: الاستقلالية من خلال أطراف الاتفاقية.....
١٢٩	المطلب الأول: تحديد أهلية الأطراف
١٣٠	الفرع الأول: التمييز بين الأهلية والاختصاص
١٤٠	الفرع الثاني: الانفصال بين الأهلية الاتفاقية والأهلية التعاقدية.....
١٤٦	المطلب الثاني: تحديد الاختصاص الاتفاقي لبعض الأقسام الإدارية في الدولة رغم وحدة الكيان الاعتباري
١٤٦	الفرع الأول: مناقشة نظرية العقد مع الذات من قبل المذهب الخاص ...
١٤٨	الفرع الثاني: نظرية العقد مع الذات غير مناسبة في مجال التطبيقات الإدارية
١٥٠	المبحث الثاني: الاستقلالية بالنسبة لموضوعات الاتفاقيات
١٥١	المطلب الأول: اتساع مجال الموضوعات محل إبرام الاتفاقيات الإدارية
١٥٢	الفرع الأول: تزايد الموضوعات محل إبرام الاتفاقيات الإدارية
١٦٦	الفرع الثاني: معالجة الموضوعات التعاقدية الغير مشروعة
١٧٥	المطلب الثاني: إعادة تكييف العقد (التحول)
١٧٧	الفرع الأول: إعادة تكييف العقد إلى تصرفات قانونية أحادية الجانب....
١٨١	الفرع الثاني: إعادة تكييف العقد إلى اتفاقية الإدارية
١٨٣	الخاتمة
١٨٨	قائمة المراجع العربية والأجنبية
١٩٧	المحتويات