



جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام



خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص -دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

تشوار جيلالي

إعداد الطالب:

صادق عباس

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. دايم بلقاسم
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. تشوار جيلالي
مشرفا مساعدا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة "أ"	د. صديقي نبيلة
مناقشا	المركز الجامعي لمغنية	أستاذ	أ.د. هاملي محمد
مناقشا	المركز الجامعي لمغنية	أستاذة محاضرة "أ"	د. ميساوي حنان
مناقشا	جامعة عين تموشنت	أستاذ	أ.د. تروزين بلقاسم

2021-2020



جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام



خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص -دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

تشوار جيلالي

إعداد الطالب:

صادق عباس

لجنة المناقشة

أ.د. دايم بلقاسم	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. تشوار جيلالي	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
د. صديقي نبيلة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة تلمسان	مشرفا مساعدا
أ.د. هاملي محمد	أستاذ	المركز الجامعي لمغنية	مناقشا
د. ميساوي حنان	أستاذة محاضرة "أ"	المركز الجامعي لمغنية	مناقشا
أ.د. تروزين بلقاسم	أستاذ	جامعة عين تموشنت	مناقشا

2021-2020



شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء وخاتم المرسلين، وعلى أهل بيته وصحبه أجمعين

أتقدم في هذا المقام بخالص شكري وامتناني وتقديري لأستاذي المشرف على هذه الأطروحة الأستاذ الفاضل الدكتور تشوار جيلالي، شاكرًا إياه على ما بذله لي من نصح وجهد وتوجيه وإرشاد، وإني لن أوفيه حقه وقدره مهما اخترت من الألفاظ والعبارات، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري واحترامي لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور دايم بلقاسم، مقدّرًا له قبول رئاسة لجنة المناقشة، فقد شرفني بذلك، أسأل الله أن يديمه حيا طيبا عالما، وأن يحفظه وسائر أساتذتنا أجمعين.

والشكر والامتنان موصولان لأستاذتي الفاضلة الدكتورة صديقي نبيلة المشرفة المساعدة، لها مني كل التقدير والاحترام.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور هاملي محمد، والأستاذ الدكتور تروزين بلقاسم والدكتورة ميساوي حنان على قبولهم عضوية لجنة المناقشة.

وفي مقام الشكر والعرفان، لا يسعني إلا أن أذكر فضل كل أساتذة ومنتسبي وموظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.

كما أتوجه بالشكر لكل من ساعدني ومدّ لي يد العون من الأهل والزملاء.

قائمة بأهم المختصرات:

ج.رج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د.ج	دينار جزائري
د.س.ط	دون سنة طبع
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
ص ص	من الصفحة رقم.. إلى الصفحة رقم...
ص	الصفحة رقم
م.ت.ر	مرسوم تنفيذي رقم
م.ر.ر	مرسوم رئاسي رقم

Liste des abréviations :

Éd :	Édition
LGDJ :	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N°:	Numéro
Op.cit:	Référence précédente cité
P.	Page
PP.	De la page jusqu'à la page
T:	Tome
V:	Volume

مقدمة

ليس بخافٍ أن العقود الإدارية في تطور مستمر، خاصة منذ اعتبارها أداة من أدوات التنمية الاقتصادية، ووسيلة هائلة من وسائل إدارة وتسيير المرافق العامة، ولا يمكن التسليم بأن تعريف العقد الإداري في الفقه والتشريع والقضاء قد استقر منذ ظهور نظرية العقود الإدارية إلى غاية اليوم، وأن قواعد القانون الخاص - ومنها التي قد تطبق على العقد الإداري - قد استقرت بدورها، وبصورة ثابتة وعلى نسق متجانس في كل العقود الإدارية منذ نشأة النظرية وإلى غاية الآن¹.

ولعل من المسائل الأولى التي طُرحت عند ظهور نظرية العقود الإدارية هو ما إذا كانت الأخيرة تخضع لقواعد القانون المدني أو أن لها نظاماً قانوني خاص بها؟ وبهذا الصدد قال الفقيه Duguít بأنه لا فرق بين العقود المدنية والعقود الإدارية " *il n'y a pas de différence, quant au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif* ". وأن التمييز بينهما لا يختلف عن التمييز بين العقود المدنية والتجارية... وأن إخضاع العقود الإدارية لقضاء خاص غرضه مراعاة اعتبارات الخدمة العامة الذي تهدف إليها هذه العقود، كما أن العقود التجارية تخضع للمحاكم التجارية مراعاة لاعتبار أغراضها التجارية²... إلا أن "معظم المؤلفين" كما يقول de LAUBADER والذين استندوا على السوابق القضائية " قد تبنا فكرة استقلالية قواعد العقود الإدارية" وإن سلموا بأن العقد مفهوم مشترك وشائع بين القانون الإداري والقانون المدني³.

إن قاعدة استبعاد تطبيق أحكام القانون الخاص على العقود الإدارية ليست قاعدة عامة أو مطلقة، ولفهمها حق الفهم لا بد من استحضار الأسس القانونية والقضائية والسياسية والاقتصادية التي بُنيت عليها هذه القاعدة، والتي برّرت لقبول الأثر المترتب عليها والدفاع عنه من قِبَل عامة فقهاء

¹ Clemmy FRIEDRICH, Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), thèse de doctorat, École doctorale : Sciences Juridiques et Politiques, L'UNIVERSITE DE TOULOUSE, 5-12-2016, p. 83.

² "La comparaison entre la théorie du contrat administratif et la théorie du contrat du droit civil a donné lieu à une importante controverse doctrinale: Selon Duguít ... «il n'y a pas de différence, quant au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif» car « dans ses éléments intrinsèques un contrat a toujours les mêmes caractères et les mêmes effets». D'après cette théorie, il n'existerait donc pas de contrats administratifs en tant que contrats différents des contrats conclus entre particuliers ; il existe seulement des contrats dont le contentieux relève des tribunaux administratifs parce qu'ils sont conclus en vue de services publics; la différence entre ces contrats et les contrats du droit civil est analogue à celle qui sépare ces derniers des contrats commerciaux, lesquels relèvent des tribunaux de commerce à cause de leur but commercial." André DE LAUBAERE, Yves GAUDEMMENT, Traité de droit administratif, T1, 2eme partie, édition 11, LGDG-DELTA, 2002, p. 671.

³ "La plupart des auteurs, tirant argument de la jurisprudence, adoptent au contraire la thèse de l'autonomie du contrat administratif. Jeze a notamment fortement développé l'idée qu'il existe entre les contrats administratifs et les contrats civils une « différence de fond » que l'on peut résumer ainsi : Les effets des contrats administratifs ne sont pas les mêmes que ceux des contrats civils » ... On retiendra de cette controverse que si, en effet la notion même de contrat est commune au droit administratif et au droit privé, le régime juridique des deux types de contrats reste au moins partiellement différent...". Ibid., p. 672.

القانون العام. والنظر مرة أخرى في تطور هذه الأسس ومآلاتها والبحث فيها كمعطيات مُتغيرة ومُتجددة.

فمن الناحية القانونية ارتبطت هذه القاعدة بالمكانة التعاقدية المتميزة للإدارة العامة والتي تعلق على مكانة الأفراد، باعتبار أن الإدارة العامة هي سلطة عامة تهدف لتحقيق الصالح العام الذي يتقوى على المصالح الخاصة للمتعاقدين مع الإدارة ويتغلب عليها. وهذا التبرير وجد مستندا قويا عندما كان للقاضي الإداري الدور الأكبر في صناعة قواعد القانون الإداري، وفي قبول المبررات التي تتحجج بها الإدارة في تنفيذ البرامج والخطط السياسية والاقتصادية والاجتماعية. خاصة وأن ذلك تزامن تاريخيا مع فترة إعلاء مبدأ سلطان الإرادة وتقديس الحرية الفردية في القانون المدني... مما دفع بالقضاء الإداري معززا بآراء كبار فقهاء القانون الإداري - حينها - بالقول بضرورة استبعاد الأحكام التي تُقدّس مصلحة الفرد من ساحة العقود الإدارية التي تهدف لتغليب المصلحة العامة...

أما بعد التطورات التي حدّت من مبدأ سلطان الإرادة، وبفعل كثرة النصوص المنظمة لنشاط الإدارة وتدخل المشرع المستمر في وضع قواعد القانون الإداري... فقد "تراجعت" مكانة القاضي الإداري كمنشئ لقواعد هذا القانون، بل استقبلت تشريعات المشتريات العامة - في فرنسا - التوجيهات الأوروبية وأُدججت ضمنها¹، وهي لا تعتمد في معظمها أي "تمييز بين قواعد القانون العام أو الخاص". كما أن القرارات القضائية الكبرى لمجلس الدولة الفرنسي والتي كرست استقلالية الأحكام والمبادئ التي تطبق على العقود الإدارية "قد ورد عليها الكثير من الاستثناءات المتعاقبة" للحد الذي يثور فيه التساؤل "عن مدى بقاء تلك المبادئ أصلا" على حد وصف الأستاذ Jean-Baptiste SEUBE² ففي فرنسا - وبعد تطورات متعاقبة - تصدت اجتهادات قضائية وفقهية حديثة لإعادة تشكيل نظرية جديدة للعقد الإداري، شعارها ضرورة تكييف أحكامه مع المستجدات الاقتصادية والتقنية

¹ "...En raison de ses origines européennes, le nouveau droit de la commande publique se présente donc a priori comme un droit détaché de la qualification de contrat administratif. Pourtant il n'en est rien : les nouveaux textes maintiennent artificiellement la qualification de contrat administratif alors même qu'elle n'est pas pertinente du point de vue du régime juridique applicable ... La notion de contrat administratif apparaît dès lors comme une notion en déclin qui ne répond plus aux exigences à l'origine de sa création...". Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, Mémoire (Habilitation à diriger les recherches), l'Université de Lille, 2020, p. 3.

² "...Les changements se font de manière insensible, presque sournoise. A la différence d'autres branches du droit qui évoluent de manière fracassante (le droit de la famille par exemple), le droit du contrat évolue à petits pas : les principes sont gravés dans le Code civil ou dans quelques grandes décisions du Conseil d'Etat, puis, par des touches successives, ils subissent de nombreuses exceptions d'innombrables atténuations... jusqu'à ce qu'on en arrive à se demander si ces grands principes existent encore...". Jean-Baptiste SEUBE, Contrats de droit privé-contrats administratifs: points de convergence?, La Revue Juridique de l'Océan Indien - RJOI, Faculté de droit et d'économie, Université de La Réunion, France, N° 6, 2006, p. 40.

والقانونية، وتطويع الأصول والمبادئ والممارسات القضائية لتكون أكثر استجابة لتلك المستجدات¹. أما محاولات تأصيل العقد الإداري في الفقه العربي فقد تجسدت في دراسات عديدة تناولت الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ودور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، وأثر القانون الخاص على العقد الإداري²، وهي دراسات حديثة كان لها أثرٌ عظيم في التأصيل لهذا العقد. كما تناولت دراسات أخرى بحث تطور العقد الإداري في ظل "العولمة القانونية"، ومدى تأثير النظم القانونية الداخلية التي تأخذ بنظام ازدواجية القانون والقضاء بالمبادئ والحلول التي أفرزها تدويل العقد الإداري³. واستندت هذه الدراسات على مواقف الفقه وجهود القضاء الإداري في مصر، وبهذا الصدد عبر البعض⁴ صراحة عن "جمود الاتجاهات القضائية في نظرية العقود الإدارية". ودعى لإعادة تنظيم حقوق المتعاقد والإدارة.

أما في الجزائر فقد تناولت بعض الدراسات العقد الإداري في إطار النظرية العامة "الكلاسيكية"، على الرغم من تخصص بعضها بمفاهيم ألمات اللثام عن خصوصية القانون الإداري في الجزائر وكانت تحت عنوان "العمل الإداري المركب"⁵، كما تطرقت دراسات أخرى لتطور العقود العامة في إطار

¹ أنظر في هذا الصدد:

*Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, Mémoire (Habilitation à diriger les recherches), op.cit., pp. 111-113; *Mathias AMILHAT, La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique: réflexions sur quelques évolutions récentes, Journal du Droit Administratif, chronique contrats publics 01 ; Art. 105, 2016, p p. 1-4; *Clemmy FRIEDRICH, De la prospective en passant par l'histoire : la commande publique nous dégage-t-elle un peu plus de la théorie des contrats administratifs ?, Journal du Droit Administratif (JDA), Dossier 05 : « La réforme de la commande publique, un an après : un bilan positif ? », Art. 212, 2017, p p. 7-12; *Yves GAUDEMET, Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005, pp. 4-5.

² مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005؛ مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، منشأة المعارف، مصر، 2002؛ علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج1، ج2، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2011.

³ ومن التساؤلات التي طرحتها هذه الدراسة وسعت لبحثها هي: "إلى أي مدى حافظت الثقافة القانونية اللاتينية... على هويتها إزاء المتغيرات التي حاقت بها، من اجتياح العولمة الثقافية القانونية، ومحاوله دمج وتدويل وتوحيد الأحكام المتعلقة بالعقد الإداري الدولي الجديد بحسبانه من صور القانون العام الاقتصادي؟ وماذا تبقى من نظرية العقد الإداري بأفكاره الأصولية التقليدية؟". محمد عبد المجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 25.

⁴ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص. 50-57.

⁵ "يثير موضوع العمل الإداري المركب، أزمة مفاهيمية عظمى أساسها تداعيات النزعة المدنية لفقهاء القانون الإداري على النشاط الإداري، الذي يتأكد يوما عن يوم أنه يأخذ من القانون العام والقانون الخاص، فلا يُفهم إن كانت الإدارة تأخذ من الأول أو من الثاني، وبقيت إشكالية تحديد المعايير التي على أساسها يمكن القول أن النشاط الإداري خاضع =

التحولات القانونية والاقتصادية التي مرت بها الجزائر¹.

ولا بد من الإشارة في البداية إلى أن تعريف العقد الإداري ليس محل انطباق على مستوى التشريعات والاجتهادات القضائية والفقهية في النظم محل الدراسة، وعلى الرغم من ذلك تسمح التشريعات بأن تبرم الإدارة بعض العقود وفقا لقواعد القانون الخاص، كما أن هذه التشريعات نصت على طوائف من العقود ووصفتها "بالإدارية" فهي عقود إدارية بتحديد القانون.

ففي فرنسا نص قانون الطلب العمومي² على أن "العقود التي تبرمها الهيئات العامة الخاضعة للقانون العام، والتي ينظمها هذا القانون، هي عقود إدارية"، كما نص على أن العقد يعتبر إداريا بحكم طبيعته أو بحكم الشروط الواردة فيه، ويكون فيه للإدارة المتعاقدة سلطة الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد، وهو يهدف لتقديم خدمة عامة واستمرار المرافق العامة، ويتضمن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويمكن للإدارة تعديله انفراديا أو فسخه لدواعي المصلحة العامة³.

والملاحظ من هذا النص، بالإضافة- إلى أنه أعاد ادماج بعض النصوص الموجود قبل إصداره- فقد قنن الاجتهادات السابقة لمجلس الدولة الفرنسي، وآراء الفقه، حيث أن معيار تحديد الصفة

= للقانون العام أم القانون الخاص، وهي الإشكالية الروتينية التي باتت تقليدية لأصحاب القانون الإداري، في حين إذا كان لا يمكن للقانون الخاص تنظيم النشاط الإداري الذي يبقى خاضعا للقانون العام الإداري فإن هذا ما استقرت عليه فلسفة القانون الإداري في الغرب والشرق، أما في الجزائر فليس الأمر مؤكدا، كون أن نظامها القانوني واحد وأن خضوع الإدارة للقانون الخاص أمر يمكن تقبله بكل بساطة عندنا... "مقتبس عن: حميد بن عليه، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري- تحول النشاط الإداري في الجزائر-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2005/2006، ص. 4.

¹ Ahmed MAHIOU, Les séquences du changement juridique en Algérie. Cinquante ans de droit (1962-2012), Revue Insaniyat (Revue algérienne d'Anthropologie et de Sciences Sociales), Centre de Recherche en Anthropologie Sociale et Culturelle CRASC (Oran - Algérie), n°s 57-58, juillet - décembre 2012, p. 79-81.

² قانون الطلب العمومي (CCP). (تاريخ الاطلاع 20-10-2019 الساعة 22:00) متاح على الرابط:

<http://www.marche-public.fr/Code-commande-publice-ccp.htm>

³ تنص المادة L6 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

" S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses. A ce titre: 1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ; 2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ; 3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; 4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ; 5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat."

الإدارية للعقد هو معيار موضوعي تخييري، بحيث يتوقف ذلك على توافر صفة واحدة من الصفات المذكورة حتى يعتبر العقد إدارياً. فيكتسي العقد هذه الصفة عندما يتضمن سلطات وشروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص¹، ويندرج ضمنها سلطات الإدارة في فسخ العقد أو تعديله انفرادياً لدواعي المصلحة العامة². وقد اعتبر جانب من الفقه الفرنسي بأن العقد الإداري يتم تعريفه وفقاً لمعيارين "تراكميين" (de deux critères cumulatifs) الأول معيار عضوي يفترض وجود شخص عام طرف في العقد، والثاني معيار موضوعي (مادي) ينظر فيه لارتباط العقد بالخدمة العامة، أو باحتوائه شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة³. كما يسمي البعض⁴ المعيار العضوي "بالمعيار التنظيمي"، ويقول بأنه "لكي يكون العقد إدارياً يجب أن يستجيب لفتي المعايير، وليست تختيارية، والمعايير داخل كل منهما هي تختيارية، بيد أن المعايير التنظيمية والمادية يجب أن تجتمع في عقد لكي يمكن الاعتراف به كعقد إداري".

وفي مصر تطابق التعريف القضائي للعقود الإدارية بين جهتي القضاء، حيث يشترط لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة العامة طرفاً فيه، وأن يتعلق بالمرفق العام، وأن يتضمن شروطاً استثنائية لا

¹ "... que si, par suite, ces contrats n'ont pas le caractère de contrats administratifs par détermination de la loi, il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés, d'une part, que ces marchés sont soumis à un cahier des clauses administratives particulières élaboré par le CNES, qui renvoie aux différents cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics ; que pour le marché litigieux, est ainsi rendu applicable le cahier des clauses administratives générales des marchés de fournitures courantes et de services ; d'autre part, que l'exécution de ce contrat est également régie par le cahier des clauses administratives particulières du CNES, lequel confère à l'établissement public des prérogatives particulières à l'égard de ses cocontractants pour assurer, pour le compte de l'Etat, sa mission régaliennne tendant à l'exécution des engagements internationaux liant la France à l'Agence spatiale européenne ; que ce renvoi au cahier des clauses administratives générales des marchés de fournitures courantes et de services et l'application du cahier des clauses administratives particulières du CNES doivent être regardés comme introduisant dans ces contrats des clauses impliquant dans l'intérêt général qu'ils relèvent d'un régime exorbitant de droit public ; que l'existence de ces clauses confère par suite à ces contrats un caractère administratif ...". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 05/02/2018, 414846. Disponible sur le site : (30-10-2020 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000036594221/>

² "...En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant...". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 10/07/2020, 430864, Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (28-10-2020 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042115650/>

³ "Elle est alors définie par la mise en œuvre de deux critères cumulatifs de définition. Le premier est un critère organique qui suppose la présence d'une personne publique au contrat ; le second est un critère matériel qui peut alternativement découler du lien entre le contrat passé et le service public ou de la présence d'une clause exorbitante à l'intérieur dudit contrat. Ces critères sont restés inchangés dans leur formulation, tant et si bien que la doctrine continue « à présenter le contrat administratif comme pouvaient le faire Gaston Jèze ou Georges Péquignot »...". Mathias AMILHAT, La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes, op.cit., p. 1.

⁴ جورج فودال وبيير دلفولفييه، القانون الإداري، ج1، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2001، ص ص. 313-314.

نظير لها في عقود القانون الخاص¹. حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "العقد الإداري يفتقر عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه أو تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقًا لا مقابل لها في روابط القانون... وتكون مصالح المتعاقدين غير متكافئة تغليبًا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه... دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولها حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد ودون تدخل القضاء". وفي ذات السياق قضت محكمة النقض المصرية² بأن: "العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر ذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص...".

وعلى هدي التعريف القضائي، سار الفقه المصري، مؤكداً على ضرورة استجماع العناصر الثلاث للقول بإدارية العقد³.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 4-9-2004 في الطعن رقم 4151 لسنة 39 قضائية عليا، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا (من أول أكتوبر 2003 إلى نهاية سبتمبر 2004)، المكتب الفني لمجلس الدولة، ص. 957.

² حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 18-11-2015 في الطعن رقم 14727 لسنة 81 قضائية، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض (تاريخ الاطلاع 30-10-2020 الساعة 17:45) متاح على الرابط:

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111311491&ja=120620

كما قضت بأن "عقد التوريد ليس عقداً إدارياً على إطلاقه بتخصيص القانون، وإنما يشترط لإسباغ هذه الصفة عليه أن يكون إدارياً بطبيعته وخصائصه الذاتية وهو لا يكون كذلك إلا إذا أبرم مع إحدى جهات الإدارة بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام واحتوى على شروط غير مألوفة من القانون الخاص، أما إذا كان التعاقد على التوريد لا ينطوي على شروط استثنائية... فإنه لا يكون من العقود الإدارية التي يختص القضاء الإداري دون غيره بالفصل في المنازعات الناشئة عنها". حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 12-12-2017 في الطعن رقم 9457 لسنة 83 قضائية، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض (تاريخ الاطلاع 30-10-2020 الساعة 17:40) متاح على

الرابط: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111368042&ja=112860

² جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 47؛ سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1991، ص. 10-11.

أما في الجزائر- ووفقا للبعض¹- يمكن تعريف العقد الإداري بأنه "كل عقد تبرمه الإدارة العامة، وهو تعريف سهل يتماشى مع المعيار العضوي المعتمد عليه في التشريع الجزائري لتحديد اختصاص القضاء الإداري فلا يأخذ القضاء الإداري أي معيار من المعايير المعتمد عليها في فرنسا، ويكتفي فقط بوجود الإدارة كطرف بالعقد من عدمه لتحديد إدارية العقد المعروض عليه....". ويستند هذا الرأي على بعض الاجتهادات القضائية، مثل قرار محكمة التنازع² القاضي بأن "... حضور شخص معنوي طرفا في النزاع، يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا للفصل فيه...".

إلا أن مجلس الدولة (قبل قرار محكمة التنازع) لم يثبت في هذا الاتجاه، فقد قضى في قراره الصادر بتاريخ 01-02-2005³ بأن "العقد التوثيقي المحرر من طرف موثق، يخضع لرقابة القاضي العادي حتى في حالة وجود إدارة عامة طرفا في النزاع...". ويتعلق الأمر بعقد بيع أبرم بين الوكالة العقارية ما بين البلديات و (ن-ح-ن ع) لقطعة أرض مخصصة للبناء. وأكد هذا القرار بأن "يبقى هذا العقد غير خاضع لرقابة القاضي الإداري ولا لاختصاصه وأن وجود إدارة عامة كطرف في النزاع- المجلس الشعبي البلدي للسحولة- لا يغير في شيء من طبيعة النزاع إذ يبقى من اختصاص القاضي العادي". والظاهر أن هذا القرار لم يطبق المعيار العضوي كما هو مقرر قانونا وكما قضت بذلك محكمة التنازع (بعد ذلك)، بل أخذ بالمعيار الموضوعي حيث قَدَّر بأن العقد وإن كان أحد طرفيه إدارة عامة إلا أنه ليس عقدا إداريا. وهذا الاتجاه لم يسلكه المجلس في قرارات أخرى مماثلة صادرة قبل هذا القرار، فقد قضى بتاريخ 31-1-2000 بأن "... وبعد أن أصبح البيع صحيحا وقانونيا فعلى البائع أي على البلدية أن تقوم بواجباتها التابعة لها كبائعة... إحدى هذه الواجبات هي إشهار العقد الإداري..."⁴

أما المحكمة العليا فقد فصلت في العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها متمسكة باختصاصها بالفصل في المنازعات العادية ولو كان أحد طرفيها إدارة عامة. فقد قضت بتاريخ 26-05-2010 بأن

¹ محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018-2019، ص 2-3.

² قرار محكمة التنازع، الصادر بتاريخ 09-12-2007، مجلة مجلس الدولة العدد 9، 2009، ص 150. مقتبس عن: عبد القادر محفوظ، المرجع السابق، ص 3.

³ مجلس الدولة، قرار رقم 013673، صادر بتاريخ 01-02-2005، قضية ع م ومن معه ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية السحولة ومن معه، مجلة مجلس الدولة، عدد 6، 2005، ص 161-162.

⁴ "ويلاحظ على قرار مجلس الدولة... أنه طبق قواعد القانون المدني بمخالفاتها وعلى وجه الخصوص المادة 361... وإن لم يذكرها صراحة..." تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 31-1-2000، قضية (ح م) ضد بلدية موزاية، مقتبس عن: حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 2، ط 3، دار هومه، 2008، ص 185-190.

"...عقد الإيجار من الباطن المحتج به أبرم بين المستأجر الأصلي (ك.ع) ووافق عليه المؤجر بلدية وادي الزناتي، كما هو ثابت من العقد، وبالتالي فإن عقد الإيجار تم طبقاً لأحكام المادة 188 من القانون التجاري... وأن المؤجر (البلدية) صادقت على عقد الإيجار ووضعت ختمها عليه، وسجل العقد في إدارة التسجيل.... وبذلك فإن الطاعن له حق تجديد إيجاره وله نفس الحقوق التي هي للمستأجر الأصلي طبقاً للمادة 189 من القانون التجاري"¹

وفي ظل قرار محكمة التنازع المشار إليه، واختلاف اجتهادات القضاء العادي والإداري، لا يمكن معرفة المعايير المعتمدة في اصباح الصفة الإدارية على العقد باستثناء كون الإدارة طرفاً فيه (المعيار العضوي) حيث لم تتطرق هذه الاجتهادات للمعايير الأخرى التي يذكرها القضاء الإداري والمشار إليها آنفاً.

وبوجه عام، وبغرض تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يقول الدكتور مازن ليلو راضي في كتابه "دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري"² ما يلي: "إن المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري هو معيار تحييري مناط بقاضي الموضوع يقوم على ثلاث مبادئ أساسية هي: أن اشتراك المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته، تضمن العقد شروطاً غير مألوفة، خضوع العقد لنظام قانوني غير مألوف. ففي حالة اشتغال العقد على أحد هذه المبادئ فإن العقد يُعدُّ عقداً إدارياً، أما إذا كان خالياً منها جميعاً فهو عقد من عقود القانون الخاص".

وإذا كان الهدف من دراسة مدى خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص يتمثل أساساً في بحث سبل "تجديد" النظرية العامة للعقد الإداري، فإن هناك نظريات ومفاهيم قانونية أخرى تتقاطع وموضوع البحث، وتتصل به اتصالاً وثيقاً لتعلقها بالنشاط الإداري، وفي أولها مفاهيم العمل الإداري المركب والعمل الإداري المختلط والعمل الإداري الانفرادي، ومفاهيم أخرى تتعلق بتطور العقد المدني كالتخلي عن اشتراط ركن السبب "كما في تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016" وكظاهرة عَيْمَمَة العقد وغيرها من المستجدات التي وإن كانت تمس العقد المدني، إلا أنها تتصل أيضاً بالعقد الإداري طالما افترض خضوع الأخير للأحكام المطبقة على الأول تبقى من صميم المسائل المفترضة في الفقه والقضاء الإداريين. وبناء على ما سبق تُطرح الإشكالية التالية: ما هي حدود تطبيق قواعد القانون الخاص عند إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، في ظل التطورات القانونية والقضائية والفقهية، في كل من فرنسا ومصر والجزائر؟ وما آثار ذلك على ثبات الأسس التقليدية لنظرية العقود الإدارية؟

¹ المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم 635697، صادر بتاريخ 06-05-2010، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2010، ص ص. 201-204.

² - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص. 146.

وعليه، سنسعى لدراسة مدى خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص دراسة مقارنة، في كل من فرنسا، ومصر، والجزائر. وذلك بالرجوع إلى الآراء الفقهية والأحكام القضائية المتصلة بعناصر البحث، وبالرجوع إلى الأحكام القانونية، ومنها بصفة خاصة:

التشريعات المدنية المنظمة للعقود: وتشمل التقنيات المدنية في الدول محل الدراسة، القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804، مع التركيز على التعديلات المدخلة على نظرية العقد بموجب التعديل الذي طرأ عليه سنة 2016¹. والقانون المدني المصري الصادر سنة 1948²، والقانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975³

والتشريعات المنظمة لتعاقدات الهيئات الإدارية: وتتمثل- في فرنسا- في قانون الطلب العمومي (Code de la commande publique CCP): وهو قانون تم إصداره بتاريخ 2018-12-05 ودخل حيز التطبيق بتاريخ 2019-04-01. ويشمل تقنين موحد⁴ ضم كل القواعد القانونية المتعلقة بالعقود والمشتريات العامة، التي كانت متفرقة في 30 نصاً قانونياً، وتنظم الصفقات العمومية، والسلطة العامة المتعاقدة، والتعاقد مع الخواص، والتعاقد من الباطن، والفوترة الإلكترونية...وقد جمعت المواد المذكورة (1747 مادة) في جزء تشريعي "من المادة (L1) إلى المادة (L3381-3)"، وجزء تنظيمي "من المادة (R2100-1) إلى المادة (D3381-5)"⁵.

¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26. Disponible sur le site: (6-10-2019 À l'heure 11:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>

² القانون رقم 131 لسنة 1948، الصادر في 9 رمضان سنة 1368 الموافق 16 يوليو 1948، المتضمن القانون المدني المصري. متاح على موقع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، وزارة التجارة والصناعة، مصر (تاريخ الاطلاع 10-10-2019 الساعة 11:00): <http://alamiria.laa-eg.com/NewTash/TashSrch>

³ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.رج.ج، عدد 78 مؤرخة في 30-9-1978. المعدل والمتمم.

⁴ بدافع توحيد النصوص القانونية المطبقة على تعاقدات الهيئات العامة في فرنسا، وتنسيقها ضمن تقنين موحد، كانت هناك ثلاثة محاولات سابقة؛ الأولى سنة 1997، والثانية سنة 2004، والثالثة سنة 2009، وكانت المحاولة الرابعة سنة 2018 وقد نتج عنها صدور قانون الطلب العمومي (CCP). (تاريخ الاطلاع 20-10-2019 الساعة 22:00) متاح

على الرابط: <http://www.marche-public.fr/Code-commande-publique-ccp.htm>

⁵ Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018 - Texte n°20. Disponible sur le site (8-10-2019 À l'heure 14:00) <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Ordonnances/-2018-1074-ccp-EC>

Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018 - Texte n°21. Disponible sur le site : (8-10-2019 À l'heure 14:00) http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Decrets/t_no_2018-1075-ccp-E

وفي مصر قانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018¹ الذي حل محل قانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998². وفي الجزائر قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247³.

ومن أجل الإحاطة بعناصر الموضوع، يُتبع المنهج الوصفي والمنهج المقارن في دراسة النصوص القانونية والاتجاهات القضائية والآراء الفقهية، والمنهج التاريخي والمنهج التحليلي لمعرفة خلفيات ودوافع وتحولات تلك النصوص والاتجاهات والآراء وتطورها في النظم محل الدراسة.

وجل ما يسعى إليه البحث هو حسن الإشارة لتطور العقود الإدارية ولبيان أسباب ودوافع هذا التطور خاصة الاقتصادية، ولانعكاساتها على النظرية الكلاسيكية للقانون الإداري، وذلك في ضل الاتجاه الظاهر لتبني قواعد القانون الخاص عند إبرام العقود الإدارية وتنفيذها وتسوية المنازعات المرتبطة بها.

ولم يخل البحث في هذا الموضوع من بعض الصعوبات، كان أهمها صعوبة المقارنة بين الأنظمة القانونية محل الدراسة وهي في حركة من التطور وإعادة التشكيل. سواء ما يتعلق بالتشريعات المدنية أو التشريعات الجديدة التي تنظم تعاقدات الإدارة، خاصة بالنسبة للتشريع الفرنسي. كما يلمس أيضا ما لاحظته البعض عند دراسة أحكام وقرارات القضاء الإداري والتعليق عليها من قبل الفقه⁴، حيث لا يستقيم الاستشهاد ببعضها وإهمال البعض الآخر، أو الاستشهاد ببعضها لتكوين رأي مستقر في

¹ قانون رقم 182 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، مؤرخ في 23 محرم 1440هـ الموافق 3 أكتوبر 2018 م، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 39 مكرر (د) في 3 أكتوبر 2018م.
² القانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، رقم 19 مكرر/1998، المؤرخة في 08 مايو 1998(المُلغى).

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ج.ج. عدد 50 مؤرخة في 20-09-2015.

⁴ "... بل إن بعض الدراسات أشارت إلى أحكام للقضاء المصري والفرنسي في الموضوع محل البحث، وعندما اطلعت عليها تبين لي أنها لا تمت للموضوع بصلة، وفي أحيان أخرى لم أستطع العثور على تلك الأحكام. ولعل مرجع ذلك إلى عدم الدقة في تثبيت المصدر، أو نتيجة السرعة، أو النقل بالخطأ عن بعض المؤلفات الأخرى دون الاطلاع على المصدر الأصلي... غير أن ما تكشف لي في مراحل البحث من اضطراب للمادة العلمية في كثير من تلك الأبحاث التي تناولت الموضوع، وعثوري على كثير من الأحكام القضائية والفتاوى التي لم يعرض لها أحد من الفقه، فضلاً عما شاب بعض تلك الأحكام من تناقض في حيثيات الحكم الواحد. لكل ذلك وجدت أنه من الأمانة العلمية أن أجمع شتات الموضوع... ومعالجته على أسس علمية سليمة، من خلال عرض معطيات الموضوع موثقة ومرتبعة بعناية...". علي سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء للتحكيم دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2012، ص. 18.

مسألة محددة دون التثبت من تطور موقف القضاء بصدد المسألة نفسها. وهذه الحقيقة قد لا يتم إدراكها بسهولة، لذلك تم لاعتماد في هذا البحث على توثيق الأحكام والقرارات من مصادرها الأصلية سواء الورقية أو الالكترونية، مع محاولة نقل موضع الاستشهاد خاصة بالنسبة للقرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي. كما أن عدم نشر اجتهادات القضاء الإداري الجزائري، ونشر بعضها بشكل مقتضب، لا يُمكن الباحث من معرفة موقفه على وجه الدقة بصدد أغلب جزئيات البحث¹.

هذا، ويتم التطرق للموضوع من خلال باين، يخصص الأول منهما لخضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في مرحلة الإبرام. أما الباب الثاني فيتم التطرق فيه لخضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في مرحلة التنفيذ.

¹ "بالاطلاع على قضاء مجلس الدولة يبرز جليا أن قراراته تأتي قصيرة جدا ومنصبة في الغالب على سرد الوقائع والاجراءات بينما تشح فيها-وقد تغيب تماما-الإشارة إلى المرجع أو الأساس القانوني المستند إليه وتبرير هذا البناء ومناقشته، فلا تظهر طبيعة الأساس بين مصادر القانون الإداري المعروفة ويغيب التركيز على المصطلحات التي تفيد المعنى المبتغى..." عبد الكريم بودريوه، القضاء الإداري في الجزائر: الواقع والآفاق، مجلة مجلس الدولة، العدد 6، 2005، ص. 25.

الباب الأول

الباب الأول: خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في مرحلة الإبرام

إذا كان العقد هو شريعة المتعاقدين، فإن وجود الإدارة كطرف فيه باعتبارها سلطة عامة، قد يُغيّر من مفهوم هذه القاعدة تغييراً جوهرياً. كما أنه وعلى الرغم من أن وجود القواعد القانونية المتميزة غير المألوفة في نطاق القانون الخاص صبغة أساسية في العقود الإدارية، إلا أن الرجوع إلى قواعد ذلك القانون الخاص أمرٌ ظاهر، بل قد يكون في توسّع مُطرد.

فالعقد الإداري شأنه شأن العقد المدني، لا بد أن يُبرم وفقاً لتطابق إرادتين قصد تحقيق آثار قانونية محددة، ووفقاً لأشكال وإجراءات حددها القانون. كما قد يسبق إبرامه إجراء التفاوض بين طرفيه، بل قد يتم إبرامه مع متعاقد محدد لا يجوز للإدارة التعاقد مع سواه وما عليها إلا أن تُذعن لشروطه دون اعتبار لسلطتها العامة. فما هي حدود وآثار

خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في مرحلة الإبرام؟

إجابة على ذلك، يتم التطرق لمجال تطبيق قواعد القانون المدني في تكوين الإرادة والتعبير عليها في العقود الإدارية (الفصل الأول). ولمجال تطبيق قواعد القانون المدني على الموضوع والسبب والشكل في هذه العقود (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مجال تطبيق قواعد القانون المدني في تكوين الإرادة والتعبير عليها في العقود الإدارية

استقرت أحكام القانون المدني المتعلقة بتكوين الإرادة والتعبير عليها ضمن النظرية العامة للعقد، وهي تجسد مبدأ سلطان الإرادة، حيث "حرية التعاقد حق مكفول لكل شخص متمتع بحقوقه وحرياته"، وحيث يتم العقد "بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين" دون الإخلال بنصوص القانون. ويكون التعبير عن الإرادة "باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف يدل على الرضا، وقد يكون صريحاً أو ضمناً... إذا أجازها القانون". كما يجب أن يكون التعبير عن الإرادة خالياً من عيوب الغلط والتدليس والإكراه، حتى يُعتدَّ به قانوناً ويكون منتجاً لآثاره¹.

وإذا كانت هذه الأحكام مقررة لتطبق على الأفراد "الخواص" الذين يسعى كلُّ منهم لتحقيق مصالحه الخاصة، ضمن ممارسته لحق من حقوقه وهو حرية التعاقد، بهدف بناء علاقات تعاقدية تعود عليه بالنفع مع غيره من أفراد المجتمع. فإن تقنيات التعاقد لا تقتصر على الأفراد، حيث أن الهيئات العامة -ومنها الهيئات الإدارية- بدورها تبرم العقود لتحقيق أهداف وغايات حددها القانون. ويجري التفريق في الدول الآخذة بنظام ازدواجية القانون والقضاء، بين نوعين من العقود التي تبرمها الإدارة العامة، وهي العقود المدنية "التي تبرمها الإدارة العامة بنفس الطريقة التي تُبرم بها العقود بين الخواص"². والعقود الإدارية التي "تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة"³، والتي يكون أحد طرفيها إدارة عامة، وتهدف لتحقيق المصلحة العامة، وتتضمن شروطاً استثنائية غير معروفة في نطاق القانون الخاص⁴. فما هو مجال تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بحرية التعاقد وتكوين الإرادة والتعبير عليها، وسلامتها من العيوب، في العقود الإدارية؟

إجابة على ذلك، ونظراً لأهمية الإرادة وغموض بعض جوانبها في العقود الإدارية، ونظراً لارتداداتها على أركان العقد الأخرى، فإنه يتم التطرق للإرادة من حيث مداها (المبحث الأول)، ومن حيث التعبير عنها (المبحث الثاني)، وعيوبها (المبحث الثالث).

¹ نظم هذه الأحكام القانون المدني الفرنسي (في المواد من 1112 إلى 1144)، والقانون المدني المصري (في المواد من 89 إلى 120)، والقانون المدني الجزائري (في المواد من 59 إلى 91).

² ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المُجدِّد، سطيف، الجزائر، د.س.ط، ص. 199.

³ محمد رضا جنيج، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص. 50.

⁴ وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص. 1.

المبحث الأول

الحرية التعاقدية ومداهها في العقود الإدارية

يرى البعض¹ بأن الحديث عن ذاتية الإيجاب والقبول في العقد الإداري، يعني محاولة إيجاد الملامح التي تُعطي لهذا المفهوم كيانه الخاص، مما يجعله مستقلا عن نظيره المدني، بمعنى أن الرضائية في نطاق العقود الإدارية، يجب ألا تؤخذ كمسلّمة، على أساس أنها حتمية للرضائية في العقود بين الأفراد، بل يجب أن تُطرح على أساس أنها تستقل بجملة من الخصائص والمُحدّدات تجعلها تأخذ وضعاً قانونياً متميزاً، وإذا كان الأمر كذلك، فإنه خلافاً للحرية التعاقدية المعترف بها للأشخاص الخواص، فإن القيمة القانونية للحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام تظل فكرة تمتاز بالغموض على حد وصف بعض الباحثين².

ولذلك يتم بحث مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإدارية (المطلب الأول)، ثم تكييف الروابط التعاقدية واستخلاص القيمة القانونية والدستورية للحرية التعاقدية للإدارة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة "الحرية التعاقدية" في العقود الإدارية

تقتضي الحرية التعاقدية أن يُترك تكوين العقد لإرادة الأطراف بشكل كامل، وذلك في حرية التعاقد من عدمه وحرية اختيار المتعاقد وحرية تحديد محتوى العقد، وعلى هذا الأساس يكون العقد شريعة المتعاقدين. ومن المعلوم أن انطباق هذه القاعدة ومستلزماتها في نطاق العقود الإدارية يثير الكثير من الإشكاليات والتعقيدات، بحيث أن الأحكام المقررة للعقد الذي هو شريعة المتعاقدين في القانون المدني، والذي يُبرم بين شخصين "خاصين" ويهدف لتحقيق المصلحة الخاصة والحفاظ على المال الخاص، قد لا تتلاءم والأحكام المطبقة على العقود الإدارية لكون أحد طرفيها إدارة عامة وأن الغاية من إبرامها تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على المال العام. كما أن التطورات التي حدّت من مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني، قد دفعت بالبعض³ للتساؤل هل يمكن الاعتقاد فعلاً بتمتع الشخص العام بحرية تعاقدية إذا كانت الأخيرة تفقد مكانتها تدريجياً حتى في القانون المدني؟

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 25.

² Muhanad AJJOUR, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse de doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, 2016-2017, p. 45.

³ " Constatant un affaiblissement du rôle de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle qui en découle dans le droit privé, nous pouvons nous interroger quant à la place de cette liberté et de son rôle dans le droit public, et particulièrement dans le droit administratif. Autrement dit, comment peut-on mener une analyse renforçant le dogme de la liberté contractuelle en droit administratif si cette dernière perd progressivement sa place en droit privé ? ". Muhanad AJJOUR, op.cit., p. 20.

وعليه يتم التطرق لتطور مبدأ سلطان الإرادة والمبادئ الكبرى المرتبطة به (الفرع الأول)، ثم لمواقف الفقه المختلفة بشأن الاعتراف بالحرية التعاقدية للإدارة العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطور مبدأ سلطان الإرادة والمبادئ الكبرى المرتبطة به

ظهر مبدأ سلطان الإرادة وتطور مدلوله بتطور التشريعات المدنية، كما تفرعت منه المبادئ الأساسية التي تحكم ممارسة حرية التعاقد. فما هي مراحل هذا التطور؟ وما هي أبرز المبادئ المرتبطة بسلطان الإرادة؟

برصد التطورات التي مسّت مبدأ سلطان الإرادة، يمكن التمييز بين أربعة مراحل أو محطات¹. حيث نشأ المبدأ في القانون الروماني مقيدا بالشكلية في العقود، ثم تطور وازدهر، ثم تراجع، ثم أعيد إلى نصابه. وكان هذا التطور نتيجة للتأثر بالمذهب الفردي الذي أطلق العنان للحرية الفردية، وقال بأن "الإرادة وحدها هي التي تصنع العقد"، فالإرادة مقدسة قداسة الفرد ولا يجوز تقييدها أو الحد منها كأصل عام. ثم تراجع المذهب الفردي مُفسحا المجال للمذهب الاجتماعي، الذي غلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وقال بأن الإرادة تخضع للقيود المتعلقة بمصالح المجتمع. فتدخلت الدولة في تنظيم العقود، آخذة في الاعتبار المصلحة العامة الاجتماعية والاقتصادية، ووضعت الضوابط التي تمنع التعاقد على مخالفتها. والخلاصة أن الفقه الحديث والقوانين المدنية الحديثة يقران بمبدأ سلطان الإرادة في انشاء التصرفات القانونية، ولكن ضمن حدود معقولة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام. وهناك عقود يضمن فيها دور الإرادة كعقود الإذعان، والعقود الشكلية التي يتطلب القانون إفراغها وفق شكل محدد كشرط للقول بصحتها². وقد قاس البعض مفهوم سلطان الإرادة على حرية التعاقد في الفقه الإسلامي، معتبرا أن "الإسلام حرر الإرادة من الإجراءات الشكلية... وجعلها طليقة وجعل المسلمين عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ومنح الإسلام أرضا جديدة للإرادة... وظلت حرية الإرادة في حدودها المعقولة عند الفقهاء المسلمين"³، ولم يستغ البعض الآخر هذا القياس، على اعتبار أن "محاولة البحث عن جذور دينية إسلامية لنظرية لا ينازع أحد في كونها لائكية الأصل الكثير من المغالاة، خاصة وأن هذا التحليل يُهمّش الطبيعة الموضوعية التي يتميز بها

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1952، ص. 111.

² منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، ط1، دار ثاراس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، 2006، ص. 45.

³ نفس المرجع، ص. 41.

الالتزام التعاقدي في التشريع الاسلامي وهي خاصية لا يجوز معها التركيز على سلطان الارادة في تحديد مفهوم العقد¹.

وقد نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1113 منه على أن يتكوّن العقد بالتقاء الايجاب والقبول بين الطرفين²، أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة 89 منه على أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"، كما نص القانون المدني الجزائري في المادة 59 منه على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بنصوص القانون".

وتفرع عن مبدأ سلطان الإرادة مبادئ أساسية، توضح مجاله وأبعاده. وينقل الأستاذ غستان في مؤلفه "تكوين العقد"³ ما أبرزته أطروحة Gounod فيقول "لقد أبرزت الأطروحة إلى النور المبادئ الثلاثة الكبرى المنذورة لتسوس قانون العقد والمشتقة من مفهوم سلطان الإرادة... وهي الحرية التعاقدية؛ والقوة الإلزامية للعقد؛ ومفعوله (أي أثره) النسبي". وذكر بأن "الحرية التعاقدية تظهر في امكانيات ثلاث: التعاقد أم لا، اختيار شخص المتعاقد، وتحديد شروط العقد. كما يفرض مبدأ السلطان أيضا الحرية العقدية بالنسبة إلى الشكل. فليس هناك، حسب مبدأ الرضائية، المشتق منها، أي شكل مفروض لصحة العقد. إذ لن تعود الإرادة مطلقا سيدة إذا كانت فعاليتها تخضع لشكل ما. والتطلبات الشكلية الباقية في مدونة القانون المدني ... تعتبر من بقايا الماضي الشاذة"⁴.

ومن جهة أخرى، فإن القوة الإلزامية للعقد، مفادها أن الإنسان وإن لم يكن ملزما عن طريق إرادة الآخرين فهو ملزم من ذاته، والاكراهات الخارجية يحل محلها الإكراه الداخلي، فالإرادة الأولية التي يتم التعبير عنها لدى إبرام العقد يكون كل فريق بعد ذلك متقيد بها. وقوة العقد الإلزامية لا تفرض نفسها على الفريقين "الطرفين" وحسب إنما على القاضي أيضا ... ومن جهة ثالثة، فإن "لمبدأ سلطان الإرادة لازمة منطقية هي مبدأ المفعول "الأثر" النسبي للعقد"⁵ فليس بإمكان غير الأطراف تحمل تبعات والتزامات لم يكونوا قد أرادوها.

¹ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، ط 2، د.د.ن، تونس، 1997، ص. 45.

² تنص المادة 1113 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

" Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur".

³ جاك غستان، المطول في القانون المدني - تكوين العقد-، ترجمة منصور القاضي، ط2، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة

الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008، ص. 53.

⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص. 54.

⁵ نفس المرجع، ص. 55.

وهذا بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة فلم يكن للفقه رأي متفق عليه بشأن تمتعها بجزية التعاقد وقدرتها على إنشاء الروابط التعاقدية.

الفرع الثاني

موقف الفقه من الاعتراف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة

كما هو مقرر فإن الحرية لا تملك وجوداً بذاتها، ولا يمكن القول بوجود حرية إلا ضمن الفلك القانوني، وعلى هذا الأساس ورد النص على الحرية في إعلان حقوق الإنسان والمواطن "إن الأشخاص يولدون ويظلون أحراراً، ومتساوين في الحقوق"¹، ونصت التقنينات المدنية على حرية التعاقد، فنصت المادة 1145 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016 على أنه لكل شخص طبيعي أهلية التعاقد إلا في الحالات المحددة قانوناً. كما يتمتع الشخص المعنوي بأهلية التعاقد وفقاً للغرض الذي أُنشأ من أجله². كما نص القانون المدني الجزائري في المادة 78 منه على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون". ونص التقنين المدني المصري في المادة 109 منه على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

وعلى خلاف الاستقرار "النسي" لمبدأ الحرية التعاقدية في نطاق القانون المدني، لازالت التشريعات الإدارية تتجاوز هذه المسألة، ولا تجد لها ذكراً إلا في قرارات المجلس الدستوري الفرنسي وقرارات القضاء الإداري وأراء الفقهاء. ويُشار في البداية إلى أنه "طبقاً للمبادئ العامة لا يمكن الاقرار بالحرية التعاقدية للشخص العام إلا إذا عُرف كشخص له كيان قانوني وقدرة قانونية وذلك عن طريق الاختصاص الذي يمنحه له القانون لتحقيق المصلحة العامة"³ وبهذا الصدد يثور التساؤل عن ماهية وقيمة الحرية التعاقدية للإدارة العامة؟

ويرى البعض⁴ أنه يصعب الإحاطة بالقيمة القانونية للحرية التعاقدية للأشخاص العامة، ومرد ذلك تعقيد الاعتراف باستقلال إرادة الأشخاص العامة من قبل القاضي الدستوري والقاضي الإداري، ومما يزيد من ذلك التعقيد عدم تكييف آثار ومتطلبات وعواقب الحرية التعاقدية مع المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، فهذه الأخيرة تحضى بالأولوية في حالة التعارض بينها وبين مقتضيات تلك

¹ المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن.

² "Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles."

³ علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج1، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2011، ص. 122.

⁴ Muhannad AJJOUR, op.cit., p. 43.

الحرية، حيث يغيب أي دور لحرية التعاقد في ممارسة بعض الاختصاصات المنوطة بالأشخاص العامة. وعلى هذا الأساس وعلى الرغم من اعتراف البعض بوجود حرية تعاقدية للأشخاص العامة، فقد أنكر البعض الآخر أي وجود لتلك الحرية لدى الأشخاص العامة بما في ذلك الجهات وهيئات الإدارية.

أولاً-الفقه المُنكر لإمكانية وجود رابطة عقدية بين الدولة وهيئاتها وبين الخواص

يشار بهذا الصدد للآراء الفقهية المختلفة بشأن إمكانية تصور وجود رابطة تعاقدية بين الدولة وهيئاتها العامة وبين الخواص. ويمكن القول في البداية بأن اتجاهها فقهيًا ظهر في ألمانيا أسس طرحه بعدم تصور وجود مثل هذه الرابطة على اعتبار انعدام المساواة بين أطرافها¹.

-موقف الفقيه **Otto Mayer**: يرى هذا الفقيه² بأنه " لكي يكون لدينا عقد يجب بالضرورة أن توجد مساواة قانونية بين المتعاقدين " واعتبر أن الدولة لا تمارس نشاطها القانوني إلا باعتبارها سلطة عامة، وهي بذلك تفرض إرادتها وسلطتها "الانفرادية" على المتعاملين معها، وكنتيجة فإنه لا توجد تصرفات قانونية للإدارة ما عدى القرارات الإدارية. ووفقا لهذه النظرية يمكن للإدارة أن تقوم ببعض التصرفات التي تستلزم وجود اتفاق مسبق بينها وبين غيرها، إلا أنه سماها تصرفات إدارية ذات طابع اتفاقي، تستلزم رضا الغير للقول بمشروعيتها، مثل التجنس وتسمية "تعيين" موظف... ولم يقر هذا الفقيه بوجود رابطة عقدية إلا بين هيئتين إداريتين متكافئتين.

-موقف الفقيه **FISKUSI**:

يتبنى هذا الفقيه³ الافتراض القائل بأن "شخصية الدولة يمكن أن يُنظر إليها على أنها مزدوجة، حيث أن شخصيتها باعتبارها ذات السيادة لا يمكن أن تتقيد بأي قيد مع الأفراد. أما شخصيتها في الجانب المالي "خزينة الدولة" يمكن أن تدخل من خلالها في علاقات مالية مع الأفراد. ولقد تبني بعض الفقهاء مثل **Jelena** و **Michoud** الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية، ولكن ليس على أساس انقسام شخصيتها بل على أساس أن الأخيرة يمكن أن تظهر بمظهرين؛ مظهر السلطة العامة عندما تأمر وتنتهى ... ويمكن أن تظهر بمظهر الأشخاص الخواص إذا تصرفت وفقا للقواعد المقررة

¹ ولقد أورد هذه الآراء مفصلة: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 76-80.

² Otto MAYER, droit administratif allemand, (édition Française par l'auteur avec une préface de H.BERTHELEMY), T1, LBRAIRS-EDITEURS, Paris, 1903. pp. 8-25.

³ "L'État a été très vivement critiquée par les juris-consultes allemands et français et notamment par Les professeurs Jellinek et Michoud. Ce dernier a imaginé la doctrine de la personnalité une à double caractère tantôt c'est le caractère puissance publique qui apparaît ; l'État alors commande, fait un acte d'autorité ; tantôt c'est le caractère de personnalité privée qui se manifeste ; FÉtat contrac.*Enfin Ihering a inventé et Jellinek a développé la théorie ingénieuse de l'autolimitation. Le propre de la volonté souveraine, c'est de ne se déterminer jamais que par elle-même. Or quand FÉtat contracte, il consent à se limiter, il s'oblige par sa propre volonté ; il s'autolimite ; sa volonté, même en se limitant ainsi, ne se détermine que par elle-même elle reste donc souveraine tout en s'obligeant par Contrat.' Léon DUGUIT, Les transformation du droit public, L.A.C. (Librairie Armand COLIN) Paris, 1913, p. 163.

لهم. كما تبنى بعض الفقهاء "كالعميد Duguit" الرأي القائل بالسيادة النسبية للدولة، فهي وإن كانت سيادة في عدم خضوعها لإرادة أخرى، إلا أن ذلك مقيد بما لا يتجاوز الحقوق الطبيعية للفرد¹، بحيث تلتزم أن يكون تصرفها تعاقديا كلما تعلق الأمر بصيانة حقوق الأفراد وحفظها. ولم يكن هذا التبرير لتعاقدات الدولة مقنعا، وعليه فقد أعيد تبني فكرة التفرقة بين الدولة كسلطة وبين أعمال الإدارة التي تظهر فيها باعتبارها ذمة مالية. وقد عبر عن هذا المعنى الفقيه Berthélémy بقوله "إن العقد يعد مصدرا للحقوق الشخصية ولا يمكن أن يبرم إلا بواسطة الدولة كذمة مالية." أما الفقيه Laferrière فقد رأى بأن عقود الإدارة تعتبر عموما من عقود القانون الخاص لأنها عقود إدارة بسيطة، واستثنى منها العقود التي نص القانون على اختصاص القاضي الإداري بالنظر في منازعاتها كعقود الأشغال العامة، معتبرا أن الامتيازات التي تحظ بها الإدارة في هذه العقود تعتبر "أعمال سلطة ذات طبيعة تعاقدية"².

ثانيا- الفقه المؤيد لإمكانية وجود رابطة عقدية بين الدولة وهيئاتها وبين الخواص

يشار إلى أن بعض الفقهاء الذين يقرون بقيام علاقات التعاقد بين الدولة والخواص يرون أن أساس التزام الدولة هو إرادتها المنفردة، وليس العقود في حد ذاتها، إلا أن الفقيه Gaston JEZE انتقد هذا التفسير واعتبر أنه ما من ضمان يحول دون توقع تحرير الدولة لنفسها من هذا الالتزام، وبوسعها ذلك، وبالتالي تحررها من العقود والالتزامات التي تفرضها دون مراعاة لحقوق المتعاقدين³. ومن جهة أخرى، وردا على القائلين بعدم وجود العقود الإدارية لانعدام التوازن بين الطرفين.... يرى البعض بأنه على خلاف المصالح الخاصة المتعارضة التي يضمنها العقد المدني، فإن العقد الإداري عقد يهدف لتحقيق المصلحة العامة، " وهذا يعني أنه عند إبرام العقود الإدارية تتواجه مصالح

¹ "... pour expliquer le caractère obligatoire des contrats de l'État, on a échafaudé théories sur théories. La doctrine indivi-dualiste expliquait assez heureusement ce caractère obligatoire, en disant que la souveraineté est toujours limitée par les droits naturels de l'individu, que l'État ne peut procéder que par voie de contrat, quand il opère une emprise sur la sphère des droits individuels réservés, qu'il est dès lors lié par le contrat, parce que, s'il le violait, il porterait atteinte aux droits naturels inviolables." Léon DUGUIT, op.cit., p. 162.

² Pierre TIFINE, ' Droit administratif français – Troisième Partie – Chapitre 3, Chapitre 3 : Contentieux administratif ' : Revue générale du droit on line, n° 4417, 2013. Disponible sur le site (7-10-2019 À l'heure 10:00) <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/08/14/droit-administratif-par-chapitre-3/>

³ "A parler franchement, il me paraît difficile de voir là autre chose que des formules pratiquement vides de sens Si l'État fixe lui-même les limites, Il est évident qu'il n'y a pas de garantie sérieuse qu'il ne les franchira pas. Cela ressemble fort aux serments solennels que se font gravement certains individus à eux-mêmes S'il en est ainsi pour l'État, quelle est la vertu juridique de la barrière opposée au caprice do l'État ? Ce qu'il a fait, il peut le défaire. Que signifie cette force obligatoire des contrats de l'État ? Qui l'empêche, si l'État en veut reculer et modifier les limites, de se dégager de ses obligations ? Dira-t-on que l'État est absolument lié par ces limites ? C'est alors abandonner l'idée essentielle de tout le système de la personnalité de l'État. N'a-t-on pas affirmé que le propre de la volonté do l'État est son caractère do volonté toute-puissante, de volonté incontrôlable. Si telle est l'essence mémo de la volonté de l'État, on ne peut pas dire que l'État est obligé absolument par les limites qu'il a posées. Il y a une contradiction dans les termes... ". Gaston JEZE, Droit administratif, Berger-Levrault, Paris, 1904, p.14.

الجماعة مع مصالح الفرد المتعاقد مع الإدارة، وبمحكم اللزوم المنطقي فإن هذين النمطين من المصالح لا يمكن أن يوضعا في كفتين متوازنتين ومتساويتين في الثقل العقدي¹. وهذا لا يعني إهدار المصلحة الخاصة، وإنما تقديم المصلحة العامة عليها. وعلى هذا الأساس فإن مبدأ المساواة شديد النسبية، حتى في روابط القانون الخاص، ولعدم امكانية تحقيق المساواة المطلقة بين المتعاقدين، يتم اللجوء لفكرة التعاون العقدي وتصوير العقد على أنه تضامن على تحقيق أهداف مشتركة. وقد يكون التعاون والتضامن قانونيا في بعض العقود كعقد الشركة، وقد يكون مؤداه تسهيل التزامات الطرف الآخر كما هو في عقد الإيجار، فالمستأجر يبلغ المؤجر بما تستلزمه العين المؤجرة من ترميم أو صيانة... وكذلك في عقد المقاولة².

ثالثا- المساواة والإذعان في العقود الإدارية

يُلاحظ أن الاصطلاحات المستخدمة للتعبير عن فكرة انعدام التوازن بين رضا المتعاقدين ليس محل انطباق، ففي حين يُرجع البعض مصطلح "عقد الانضمام" أو "contrat d'adhésion" والذي أُستخدم أول مرة من قبل الفقيه الفرنسي Saleilles، فقد فضّل بعض الفقه العربي مصطلح الاذعان، وذلك لتعبير عن فكرة خضوع وقبول أحد المتعاقدين لشروط الطرف الآخر³، وهو وصف يتحقق عندما يتقدم المتعاقد المحتكر لسلع أو خدمات ضرورية للجمهور بإيجاب غير قابل للنقاش⁴. وقد انتقد البعض تعريب "contrat d'adhésion" على أنه عقد الاذعان، بل رجّحوا معناه الأصلي في اللغة الفرنسية وهو عقد الاشتراك، حيث اعتبروا بأن "فكرة الاشتراك التي ذهب إليها الفقه الفرنسي أكثر دقة من فكرة الإذعان، لما للاذعان من دلالة على التفاوت في القوة بين أطراف العقد، والحقيقة خلاف ذلك... فعقود الانضمام تؤمّن للعقد أهم ركن، ألا وهو الرضى، إذ بدونها لا نكون أمام صيغة العقد بمفهومه القانوني، أما إذا أطلقنا عليه مصطلح الاذعان، بدلا من مصطلح الاشتراك،

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 82.

² عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص. 227.

³ "Le contrat d'adhésion est bien de nature contractuelle, car il s'agit de l'acceptation d'une offre. En effet, que le consentement soit nécessaire à la conclusion du contrat ne fait pas l'objet de débat, seulement la manière dont ce consentement apparait peut différer. L'absence d'une négociation préalable et libre dans le contrat d'adhésion ne signifie pas forcément une atteinte de la liberté contractuelle. Par ce fait, elle bouscule le principe de liberté contractuelle, d'un contractant au bénéfice de l'autre, vu que ce dernier fixe lui-même de façon unilatérale le contenu du contrat. Ainsi apparait la nouvelle classification du Code civil français, qui pour certains auteurs « est ...la plus importante de la réforme », qui tend à renforcer cette réalité. Elle permet de distinguer entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, par le fait que l'un est négocié alors que l'autre ne l'est pas... " Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, Thèse de doctorat en droit privé, école doctorale droit, science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], Université de Strasbourg, 2018, p. 46.

⁴ علي فيلاي، الالتزامات نظرية العقد، موفم للنشر، الجزائر، 2006، ص. 59.

فذلك دلالة على وجود الإذعان في العقد، وهذا يناقض الأساس القانوني لمفهوم العقد المتمثل بالرضى...¹

وخلاف الاتجاهات الفقهية التي تعتدُّ بالمساواة كشرط لوصف التصرف بالعقد، يرى رأي آخر² بأن عقد الإذعان "هو عقد بأتم معنى الكلمة، وأن القانون لا يفرض في الاتفاقات التعاقدية أن تسبقها مناقشات ومساومات بل المهم هو الرضى بين الفريقين" وقد عُرِّف هذا العقد بأنه "العقد الذي يُبلي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الآخر الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله"³.

وفي تعليقه على بعض التعريفات الفقهية لعقد الإذعان، لاحظ الأستاذ محفوظ لعشب⁴ بأنها "إما أن تتعرض إلى كون الإذعان مجرد إرادة تُبلي شروطها على إرادة أخرى لأفراد غير محددين دون أن تذكر محتوى العقد، وإما أن تأتي في صيغة شرح للعقد أكثر من اتجاهها نحو تعريف دقيق للإذعان، وذلك إما بالاعتداد بالأسباب الاقتصادية والاجتماعية التي استحدثت في النظرية العامة للعقد في العصر الحديث، وإما بالاتجاه إلى وصف القابل في عقود الإذعان" ويضيف هذا الرأي "بأن أبرز تعريف فقهي يمكن الاعتداد به هو ما توصل إليه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة⁵، إذ يصف هذا العقد بأن "القابل فيه يُسَلَّم بالمحتوى التعاقدية الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد، كتعلقه بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه"، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته".

وقد نص القانون المدني الفرنسي (في المادة 1110 منه) على أن العقد الرضائي هو الذي يمكن التفاوض بشأنه بين الطرفين، أما عقد "الاشتراك" *"Le contrat d'adhésion"* فهو الذي يحتوي على مجموعة من الشروط غير القابلة للنقاش ومحددة مسبقا من أحد الطرفين⁶. أما التشريعين المصري والجزائري فقد نصّا على أن "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مُقرَّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"⁷. وقد ثار الخلاف بين فقهاء القانون العام، بصدد أعمال نظرية

1 علي عبد الأمير فبلان، المرجع السابق، ص. 163-164.

2 موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص. 180.

3 علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 60.

4 محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 26.

5 نفس المرجع، ص. 26-27.

6 "Art 1110 : Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties."

7 تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وتقابلها المادة 100 من القانون المدني المصري."

الاذعان في نطاق العقود الإدارية، كما اختلفت في ذلك اتجاهات القضاء.

1-موقف الفقه من مبدأ الاذعان في العقود الإدارية:

اختلف فقهاء القانون العام في "تكييف" المركز القانوني المتميز الذي تخضى به الإدارة في نطاق العقود الإدارية، وبالمقابل المركز "الضعيف" للمتعاقد مع الإدارة، وفي تتبع آراءهم يمكن التمييز بين أربعة اتجاهات:

أ-الرأي القائل بنفي صفة العقد على عقود الاذعان:

يرى الفقيهان Duguit و Hauriou بأن استقلال أحد المتعاقدين بوضع شروط التعاقد وأحكامه "لا يمكن أن يُعتبر عملية تعاقدية، ويكيف على أنه تصرف انفرادي"، ويترتب على ذلك استبعاد خضوع هذه التصرفات للأحكام المنظمة للعقود¹.

ب-الرأي القائل بأن مبدأ الاذعان أكثر شدة في العقود الإدارية:

يرى الفقيه Pénquignot بأن مبدأ الاذعان "أشد بكثير في العقود الإدارية، ولا يتطابق مع نظيره في العقود المدنية، وهو ما يؤدي في رأيه إلى التقارب الشديد بين العقد الإداري والقرار الإداري"². أما الفقيه Pouyaud فيرى³ بأن "مبدأ الاذعان يتقيد في نطاق العقود بين الأفراد بخصوصية الأبرام وذاتيته، ويظهر هذا المبدأ ذاته في نطاق العقود الإدارية ليس في مرحلة الأبرام فحسب، وإنما في كل مساحات تنفيذ العقد، وضمن تفوق وسيطرة واضحين لإرادة الإدارة، في مقابل إذعان الإرادة الأخرى لشروطها، وذلك حتى في الحالة التي يسبق فيها إبرام العقد إجراء تفاوض حر بين الطرفين.

ج-الرأي القائل بأن العقد الإداري هو عقد إذعان:

يرى الفقيه Benoit⁴ بأن التحرير الانفرادي لشروط العقد الإداري لا ينفى طبيعته العقدية، إلا أنه يعطيها طبيعة عقود الاذعان، فإرادة الإدارة حرة في وضع المقترحات التعاقدية، وهي تقرر بحرية طبيعة وحجم الأداء المطلوب من المتعاقد معها، وهذا الأخير إرادته متوفرة في القبول والاذعان لما يُطلب منه. وكذلك يرى الأستاذ Sincondo بأن "العقد الإداري هو عقد إذعان بامتياز، لأن الإدارة تنفرد بشكل مسبق في وضع شروطه. وهو الرأي الذي أخذ به بعض الفقهاء في مصر، كالأستاذ ثروت بدوي

¹ Simon ASSOSIES, Contrat d'adhésion, L'actualité juridique et économique des réseaux de distribution par Simon Associés. Disponible sur le site (7-10-2019 À l'heure 10:00)

<https://www.lettredesreseaux.com/P-807-678-P1-contrat-d-adhesion.html>

² Clemmy FRIEDRICH, Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), op.cit., p. 581.

³ Ibid. pp581-583.

⁴ Stéphanie CLAMENS, La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel, Revue de l'Actualité juridique Française, 10 avril 2001. Disponible sur le site: (10-10-2019 À l'heure 19:00) <https://www.rajf.org/spip.php?article9>

الذي يرى بأن "وضع شروط العقد مقدما من جانب الإدارة وحدها لا ينفي عن العقود الإدارية طبيعتها العقدية، وإن كان يلحقها بعقود الاذعان"¹.

د-الرأي القائل بأن العقد الإداري لا يُعتبر عقد إذعان:

نفى الأستاذ Bruère² وجود مبدأ الاذعان في العقود الإدارية، بل توجد رضائية متبادلة على تطبيق النظام التعاقدى الإداري، فقبل إبرام العقد يعلم المتعاقد بالشروط غير المألوفة والسلطات المتعددة للإدارة، وهو إذ يعبر عن رضاه الالتزام بها يتمتع بحقه في التعاقد من عدمه. كما يرى الأستاذ سليمان الطماوي³ "بأن العقد الإداري لا يمكن أن ينظر إليه كعقد إذعان بشكل مطلق، فعلى الرغم من اتفاق العقدين في فرض شروط أحد الأطراف على الآخر، فإن الفرق يكمن في عدم امكانية تحلل الإرادة من الشروط التي وضعتها منفردة، وهي غير مختارة في وضعها (كدفاتر الشروط)، على خلاف الطرف القوي في عقد الاذعان الذي له كامل الحرية في إتمام شروط العقد وتعديلها وفقا لمصلحته.

2-موقف القضاء الإداري من مبدأ الاذعان في العقود الإدارية:

أ-موقف القضاء الإداري من مبدأ الاذعان في العقود الإدارية في فرنسا

سبقت الإشارة إلى نص المادة 1110 من القانون المدني، ولقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي لفكرة الاذعان من خلال مصطلح الانضمام أو الالتصاق...⁴ (Le contrat d'adhésion).

وفي حكمه الصادر بتاريخ 19-6-2017 الفاصل في مدى شرعة المرسوم رقم 2013-400 الصادر في 16 أيار/مايو 2013 والذي يعدل المرسوم رقم 2009-1603 الصادر في 18 كانون الأول/ديسمبر 2009 المتعلق بالتعريفات المنظمة لبيع الغاز الطبيعي، خلص المجلس إلى إلغاء هذا المرسوم على اعتباره يحد من المنافسة في سوق بيع الغاز الطبيعي بالتجزئة، فالجهة الإدارية ليست حرة في تقييد التعاقد في هذه السوق دون اعتبارات حرية المنافسة... "وأن المادة 3، الفقرة 2، من التوجيه... "تسمح للدول الأعضاء التدخل في تحديد سعر توريد الغاز الطبيعي للمستهلك النهائي، شريطة أن يسعى هذا التدخل إلى تحقيق مصلحة اقتصادية عامة، وألا يخالف التحديد الحر لأسعار توريد الغاز

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 82.

² Muhannad AJJOUR, op.cit., p. 96.

³ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص ص. 393-391.

⁴ Conseil d'Etat, Section, du 11 juillet 2001, 221458, publié au recueil Lebon. Disponible sur le site (10-10-2019 À l'heure 10:00)
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008066286&fastReqId=2025548805&fastPos=1>

الطبيعي إلا بالقدر اللازم لتحقيق هدف ذي مصلحة اقتصادية عامة من هذا القبيل، وبالتالي، خلال فترة محددة بالضرورة وشريطة أن يكون هذا التدخل محدد بوضوح، وشفاف، وغير تمييزي، ويمكن التحكم فيه، ويكفل وصول مؤسسات الغاز الطبيعي في الاتحاد الأوروبي على قدم المساواة إلى المستهلكين". كما رفض المجلس في قراره الصادر بتاريخ 11-7-2001 الاستجابة لطلب شركة " Société des aux du nord " القاضي بتطبيق بند تعاقد في عقد أبرمته مع أحد زبائنها، ويقضي بأن يتحمل الزبون أضرار الشبكة في محيط المبنى الذي يستخدمه، واعتبر بأن البند على النحو المذكور في العقد يعد غير مشروع... ويجوز إبطاله فحسب، كما يمكن أن يُبطل العقد في حال كان البند التعسفي من الأهمية التي لا يتم العقد إلا بتوافره¹.

ب- موقف القضاء الإداري من مبدأ الإذعان في العقود الإدارية في مصر:

تطرق بعض أحكام القضاء الإداري للتأكيد على الطبيعة العقدية للعقود الإدارية معتبرة بأن "العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله، وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم..."². كما تطرقت أحكام أخرى لفكرة الإذعان³، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: "يكون لفكرة الإذعان في العقود الإدارية معنى يختلف تماماً عنه في العقود المدنية، وهو معنى خاص يقوم على أن العقود الإدارية- من حيث الشكل- تأخذ شكل عقود الإذعان عندما تنفرد جهة الإدارة بوضع شروطها سلفاً، وبدون أن يناقشها عند وضعها المتعاقد المنتظر، وعلى أن الإذعان فيها لا يعني إلا تدعيم مركز الجهة الإدارية المتعاقدة

¹ "Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions que celles jugées abusives s'il peut souscrire sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public ... Considérant que les dispositions précitées du "b" de l'article 12 peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive au sens des dispositions précitées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ; qu'elles étaient, dès lors, illégales dès leur adoption ; qu'elles ne sont pas davantage conformes aux dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995, d'ordre public...". Conseil d'Etat, Section, du 11 juillet 2001, 221458, publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (13-10-2019 À l'heure 15:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008066286&fastReqId=2025548805&fastPos=1>

² المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في القضية رقم 1020 لسنة 09 ق، بتاريخ 08-04-1967، المكتب الفني، ج 12، مجلس الدولة المصري، ص. 878.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في القضية رقم 983 لسنة 9 ق، بتاريخ 30-06-1957، مقتبس عن: سمير صادق، المرجع السابق، ص. 42-43.

وإلزام المتعاقد معها بأن يقبل خضوعه لقانونها، وهذا بالبداية مشروط باحترام قاعدة حسن النية التي تلتزم بها الجهة الإدارية، كما يلتزم بها المتعاقد معها، وأن الشروط التي تنفرد بوضعها الجهة الإدارية ليست إلا مرادفاً أن للعقد طبيعة إدارية". وعلى الرغم من هذا التشبيه، فقد تناولت بعض أحكام هذه المحكمة مسألة المساواة بين المتعاقدين، مولية الاعتبار لرضا المتعاقد¹ ودوره في بناء العقد².

وتعليقا على بعض أحكام محكمة القضاء الإداري، يرى البعض بأن "القضاء الإداري في مصر يميل إلى عدم اعتبار العقد الإداري من قبيل عقود الإذعان"³، واستند هذا الرأي على سببين، أولهما إيلاء الاهتمام لإرادة المتعاقد ودورها في عملية التعاقد، وثانيهما تفسير العقود الإدارية على ضوء الأحكام المقررة للعقود كاملة الرضائية"، وهو ما يُستشف حقيقة من بعض الأحكام المشار إليها آنفاً⁴.

¹ "إن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد عليها إنما تُخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفروض، فإن أقبلوا - حال قيامها - على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتصير جزءاً لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام. ولما كان العقد المحرر مع المدعى عليه لم ينص على استبعاد أحكام لأئحة المناقصات والمزايدات أو لأئحة المخازن والمشتريات فإنه يتعين تطبيق نصوص هذه اللوائح". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0858 سنة 10 ق، بتاريخ 06-01-1968، المكتب الفني، ج 13، مجلس الدولة المصري، ص. 369.

² "الأصل أن من يُوجّه الإيجاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها، فإذا أراد الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يُستبعد هذا العطاء، إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة، ففي هذه الحالة أجزى للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العطاء الأقل للنزول عن كل أو بعض تحفظاته. ففي ضوء هذه الطبيعة المميزة لإجراءات التعاقد الإداري والتي يستقيم معها في الأصل المتقدم بعطاء مغاير للشروط الجوهرية التي تضعها الإدارة، يصح القول بالترام قواعد التفسير الضيق فيما يرد على خلاف هذا الأصل وبحيث تعتبر طبيعة العقد من العوامل التي يُستعان بها في ترجيح المعنى الذي يتفق مع هذه الطبيعة". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في القضية رقم 0333 لسنة 10 ق، بتاريخ 02-12-1967، ج 13، المكتب الفني، مجلس الدولة، مصر، ص. 166.

³ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 97-98.

⁴ ومن بينها أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 02-12-1967 المشار إليه، والذي رود به ما يلي: "إن الأصل في تفسير العقود -مدنية كانت أم إدارية- أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كانت غير واضحة فقد لزم تقصي النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. والمقصود بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر ففي هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذي = قصد

وأيضاً من حكم المحكمة القائل بأنه "من المتعين في تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، إذ العبرة بالإرادة الحقيقية على أن تكون هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا بالإرادة الفردية لكل منهما، لأن هذه الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان، وهي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لأي متعاقد منهما من إرادة فردية"¹.

ويرى المستشار سمير صادق بأنه "عند تفسير العقد الإداري يجب أن يكون مفهوماً أنه ليس لفكرة الإذعان نفس المعنى المعروفة به في القانون الخاص، ذلك أن القانون المدني عندما تعرض لفكرة الإذعان في العقود المدنية قصد إلى التخفيف مما يلزم هذا الضرب من التعاقد من شدةٍ وحرَجٍ بالنسبة للمتعاقد المدعن، فأقام لصالحه استثناءين من أحكام القواعد العامة للتفسير... "يتعلق الأول منهما بالشروط التعسفية، والثاني بتفسير العقد لمصلحة المدين دون الدائن"². والظاهر أن فكرة الشروط الجائرة لا تتسق مع طبيعة العقود الإدارية وبما تتميز به من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، كما أن هذه الفكرة "الإذعان" تستند في صورة أخرى إلى حماية "الطرف الأضعف" فإنها تقصد حماية الطرف الذي تضطره الظروف إلى القبول بدون مناقشة الإيجاب الذي يعرض عليه. وهو ما لا ينطبق على القبول الذي يصدر عن من يريد التعاقد مع الإدارة، إذ لا يمكن التسليم بأنه يوجد في ظروف تضطره إلى هذا القبول"³.

المطلب الثاني

العقد الإداري والقيمة القانونية للحرية التعاقدية للإدارة العامة

على الرغم من التأكيد الفقهي والقضائي على "عقدية" العقد الإداري، فإنه من الأجدر التذكير بتكثيف الروابط التعاقدية للإدارة العامة، ووصف العقد في القانون الإداري، خاصة وأن الأخير عمل مركب يدخل القرار الإداري في تكوينه وتنفيذه وتعديله وإنهائه، وفي ظل ذلك يطرح التساؤل عن

إليه المتعاقدان دون أن يرمى ذلك بالمسوخ والتشويه فالعبرة في تفسير العقود والتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها".

¹ محكمة القضاء الإداري، حكم صادر في الطعن رقم 0639 لسنة 9 ق، بتاريخ 20-05-1967، ج 12، المكتب الفني، مجلس الدولة، مصر، ص. 1070.

² وهو يشير إلى المادة 149 من القانون المدني المصري التي تنص على أن "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعن منه، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". والمادة 151 من ذات القانون التي تنص على أن "يفسر الشك في مصلحة المدين. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن"

³ سمير صادق، المرجع السابق، ص. 42.

العنصر المكون للعقد الإداري وعن قيمة حرية التعاقد في ظل تطور الآراء والاجتهادات القضائية. لذلك يتم التطرق لتكييف الروابط التعاقدية للإدارة العامة (الفرع الأول)، ثم استخلاص القيمة القانونية لحرية التعاقد في القانون الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تكييف الروابط التعاقدية للإدارة العامة

لقد آثر جانب من المختصين المعاصرين من جديد مسألة الطبيعة القانونية للعقود الإدارية، وفيما إذا كانت فعلا عقود كغيرها من طوائف العقود الأخرى، أو أن لها طبيعة تنظيمية خاصة، قد تجعلها خارج نطاق القواعد القانونية التي تخضع لها العقود¹.

أولا: وصف العقد بين فقهاء القانون الخاص وفقهاء القانون الإداري

يستمد العقد في الأصل قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه "والملفت للنظر أن السلطة الإدارية المتعاقدة لا تتمتع بحرية التعاقد نفسها التي يتمتع بها الأفراد فيما بينهم"²، سواء في اختيار الطرف الآخر في العقد أم لجهة الشكليات والأصول المفروضة لإبرامه، وهذا ليس محصورا في عقودها الإدارية فحسب بل حتى في عقودها المدنية، وتعليل ذلك هو الحرص على مصالح الإدارة المالية خاصة. وفي تحديد مفهوم العقد، يقول الأستاذ جاك غستان³ بأنه "يمكن اعتبار المفهوم التقليدي المستوحى من مبدأ استقلالية الإرادة أكيدا وغير قابل للمساس به مع نتائج الطبيعة الثلاث: الحرية العقدية والقوة الالزامية والمفعول النسبي، فكل عقد لا تتمثل فيه هذه الخصائص ليس عقدا، على الأقل من القانون الخاص"، ويقول⁴ "إن الرضا هو في الوقت عينه إرادة كل من الفريقين، واتفاق الإرادتين، هو طبيعيا العنصر الأساسي للعقد.... كان هناك جهد لتحديد اللحظة الدقيقة لالتقائهما. وترتب العناصر الأخرى المكونة للعقد بإرادة الفريقين، أو تفقد أي مدى حقيقي. ويحدد الموضوع "يقصد المحل" عن طريق تفسير العقد الذي يتقلص للبحث عن نية الفريقين الحقيقية. أما السبب فإن مذهب القرن التاسع عشر أعطاه تعريفا مجردا إلى درجة أن Planiol تمكن أن يرفض أي فائدة حقيقية له". وعلى هذا النحو، ومع تأكيد فقهاء القانون المدني على أن الرضا هو العنصر الأساسي في العقد، وعلى أن الإرادة بنتائجها الثلاث هي محور تكوين العقد بل وتنفيذه، يتم تأكيدهم أيضا على

¹ Yves GAUDEMET, op.cit., p. 1.

² علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 96.

³ جاك غستان، المرجع السابق، ص. 189.

⁴ نفس المرجع، ص. 55.

ضرورة المساواة "نسبياً" بين إرادة الطرفين، بل ذهب بعضهم¹ للقول "من قال عقداً قال حرية ومساواة"، إلا أن الرأي الغالب يقر بالمساواة النسبية التي لا تحتفي معها الإرادة والتي لا تجعل من حقيقة الرضا وهمية. وبالمقابل يكاد يجمع فقهاء القانون العام المعاصرون على حقيقة وجود العقود الإدارية². ويرى الدكتور سليمان محمد الطماوي بأن "العقد الإداري هو عقد بآتم معنى الكلمة"³، وأن التعريف الغالب للعقد - بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء بإنشاء أو بنقل أو بتعديل التزام، أو إنهائه - على أنه تعريف يصدق بالنسبة للعقود الإدارية كما هو الشأن بالنسبة لعقود القانون الخاص. إلا أن الرابطة التعاقدية في المجال الإداري تتأثر بعدة نواح، حيث تُفرض على الإدارة قيود فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها، وتكون دفاتر الشروط التي تحكم عملية التعاقد معدة سلفاً من قبل الإدارة، وأن الأخيرة تتمتع بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقدين معها. ولا شيء من هذه الاعتبارات "يمكن أن يؤدي إلى إهدار الرابطة التعاقدية في مجال عقود الإدارة"⁴. ومع التسليم بالطبيعة العقدية لتعاقدات الإدارة العامة، فإن الفقه الإداري اختلف بشأن تغليب البنود التعاقدية التي يحتويها العقد، أو تغليب مقتضيات تنفيذه بالنظر لتعلقه بالمرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

ثانياً: العقد الإداري عمل مركب أو عمل مختلط

لا يخفى أن العقود الإدارية تخضع للقانون العام، ولبعض مبادئ القانون الخاص أيضاً، من جهة، وتُبرم وفقاً لقرارات متعاقبة تُختتم بتوقيع العقد بين الإدارة والمتعاقد معها، من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس يشير البعض لمفهوم العمل الإداري المركب عندما يخضع نشاط الإدارة للقانون العام والخاص معاً⁵، والعمل الإداري المختلط عندما تساهم القرارات الإدارية في تكوين تعاقدات الإدارة. "والفصل في الاتفاق المركب (وحتى في نطاق العقد الواحد - بين الجوانب الإدارية والمدنية أمر شاق في بعض الحالات كنتيجة لإعمال قواعد الاختصاص، ومرد ذلك لإعمال فكرة المسائل الأولية... فإذا علق الفصل في موضوع النزاع على مسألة أولية تدخل في اختصاص جهة أخرى، فإنه يتعين الرجوع

¹ جاك غستان، المرجع السابق، ص. 247.

² "Mais l'enjeu véritable d'une évolution de la jurisprudence sur ce point est plus grave: il est ni plus ni moins de reconnaître dans le contrat administratif un véritable contrat, nettement dégagé de la gangue des procédures, un accord de volontés générateur d'obligations, et non plus seulement une modalité particulière d'administration". Yves GAUDEMET, op.cit., p. 5.

³ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 390.

⁴ وفي ذات السياق يقول الأستاذ برهان زريق "... إن صدور الدفاتر (يقصد دفاتر الشروط) بصورة مراسيم أو لوائح إدارية واتخاذها طابعاً تنظيمياً لا يجعل من عقد التوريد لائحة عامة وكل ما في الأمر أن هذه الدفاتر تعتبر نماذج تجب مراعاتها من رجال الإدارة، وبالتالي لا تلزم الأفراد المتعاقدين ما لم يقبلوها". برهان زريق، عقد التوريد الإداري، ط1، وزارة الإعلام، سوريا، 2017، ص. 8.

⁵ أنظر: حميد بن علي، المرجع السابق، ص. 11.

إلى تلك الجهة للحصول على حكم منها في تلك المسألة الأولية قبل التصدي للموضوع...¹.

ثالثا: الحدود الفاصلة بين القرار الإداري والعقد الإداري

يعتبر البعض² أن " من أكثر الأسئلة غموضا في تاريخ القانون العام، هو ذلك السؤال المتعلق بإطار العلاقة بين القرار الإداري والعقد الذي تبرمه الإدارة، وبكيفية تحديد مجالات كل منهما، وبإمكانية التداخل بين هذه المجالات، ذلك التداخل الذي يمكن أن ينتج تصرفات قانونية هجينة لا هي بالعقود ولا هي بالقرارات". ومع ذلك فقد اهتدى الفقه لوضع معيارين مساعدين بهدف تكييف التصرف القانوني باعتباره قرار أو عقد وترتيب الآثار القانونية الناتجة عن كل منهما.

1- المعيار الكمي:

ويقصد هذا المعيار أن العبرة عند التمييز بين العقد والقرار تكون بعدد أطراف التصرف القانوني، فالتصرف الصادر عن جانب واحد يُعتبر قرارا، والتصرف الصادر عن جانبين يعتبر عقدا. وإذا كان الأول "القرار" يسير الوضوح فإن الثاني على خلاف ذلك. إذ أن الفقيه Duguit³ يميز بين ثلاثة أصناف من الأعمال الاتفاقية، وهي العقد والعمل الجماعي والاتحاد. ويذهب إلى "إعطاء تعريف حصري جدا للعقد، يواجه تعريف الاتفاقية، فلكي يكون هناك عقد يجب أن تكون هناك مصالح متعارضة للفريقين وأن يتابعا أهدافهما المختلفة. وبالمقابل هناك "اتحاد" عندما يتفقان على إنشاء مؤسسة أو إقامة منهج يقارن بنظام. وبذلك توصف عقود البرنامج بين الدولة والمؤسسات الوطنية... بالاتحادات على الرغم من اعتراف قانون تموز 1982 المتعلق بإصلاح التخطيط بطبيعة عقدية آلية. كما أن هذا التحليل يقود إلى رفض وصف العقد على اتفاقيات التعاون المشترك، والاتفاقيات التي تعلن تطبيق وضع نظامي كعقود الاشتراك في الهاتف واتفاقيات الضمان الاجتماعي.

وقد أنتقد هذا المسلك في تحديد العقد، حيث أن "الاتفاق بعد أن يوضع يفلت من واضعيه" ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير كما يمكن ولحد ما أن يفرضه القانون أو القاضي من الخارج، بالإضافة إلى أنه لا يمكن استبعاد صفة العقد على الانضمام إلى وضع نظامي، طالما تم التوافق بشأنه مسبقا ولم ينتج على تطبيقه نزع الأثر الإلزامي له تجاه أحد طرفيه.⁴

¹ برهان زريق، عقد التوريد الإداري، المرجع السابق، ص. 40.

² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 153.

³ جاك غستان، المرجع السابق، ص. 249.

⁴ نفس المرجع، ص 249.

2-المعيار النوعي:

لقد واجه المعيار الكمي في التمييز بين العقد الإداري والقرار الإداري العديد من الانتقادات، وبعد أن ظل مُعتمدا لدى الفقه الفرنسي حتى منتصف القرن العشرين، كان لموقف الفقيه الألماني Charles Eiszmann¹ أثر واضح في تراجع ذلك المعيار، واقتراح استبداله بالمعيار النوعي، الذي يولي الاعتبار "لموضوع أو محل التصرف القانوني"، فالتصرف الجماعي هو التصرف المنتج لقواعد يخضع لها أطراف العقد أنفسهم، فهؤلاء إذ يقومون بتنظيم علاقاتهم المشتركة حول نقطة معينة فإنهم يُنتجون القواعد التي يخضعون لها في نفس الوقت. أما التصرف الانفرادي فهو كذلك لأنه صادر عن طرف واحد، أو صادر عن عدة أطراف لكنه لا يهدف لوضع قواعد خاصة تحكم علاقاتهم، بل لوضع قواعد تُفرض على المخاطبين بها بمعزل عن رضاهم.

ومما سبق، يتضح أن حقيقة وجود العقود الإدارية تتصل مباشرة بمدى الاعتراف بحق الإدارة في إبرام العقود، وهذا الأخير لم يصبح محل "شك"، بل ظهرت آراء تدعو للإعلاء من شأن هذه الحرية وإضفاء "قيمة دستورية" تليق بها.

الفرع الثاني

القيمة القانونية للحرية التعاقدية للإدارة العامة

نظرا لمكانة الإرادة في تكوين العقد، فقد تم اعتبارها "نقطة الالتقاء" بين العقدين المدني والإداري²، وهو ما أدى إلى الاهتمام ببحث الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، وتحديد ما إذا كانت تسمو لأن تكون لها قيمة دستورية كسائر الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ويتمتع بها الأفراد الطبيعيون، أم أن لها قيمة قانونية لا ترقى لهذا إلى هذا المستوى؟

أولا-موقف الفقه بشأن القيمة الدستورية للحرية التعاقدية للإدارة العامة

لم يتفق الفقهاء المعاصرون حول الاعتراف بالقيمة الدستورية للحرية التعاقدية للأشخاص العامة³، فذهب اتجاه إلى رفض الاعتراف بها على أساس أن هذه الحرية لا تجد لها أي مصدر في أي قاعدة دستورية، وأن الاعتراف بها سيؤدي لتدخل المشرع في عمليات التعاقد مما يعوق أساليب إدارة المرافق العامة، كما أن الأشخاص العامة لا يمكنها أن تكتسب الحقوق الأساسية نظرا لكونها أشخاص قانونية والقانون هو الذي ينشئ كل جزئياتها وهو الذي يوجدها ويلغيها...، ولا يمكنها أيضا

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص ص، 158-161.

² Muhannad AJJUB, op.cit., pp. 137-138.

³ لتفاصيل أكثر أنظر: سليمان رمضوي، الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، مجلة معارف، جامعة البويرة، المجلد 9، العدد 16، 2014، ص ص. 196-199.

أن تتمتع بالحقوق الأساسية الجوهرية كالحق في الكرامة الإنسانية أو الحق في الحياة أو الحق في المساواة... لأنها تتنافى وطبيعة الأشخاص العامة ودورها. وفي مقابل ذلك، ذهب اتجاه آخر للقول بوجود قيمة دستورية للحرية التعاقدية للأشخاص العامة، واعتبر أن عدم وجود الأساس الدستوري المباشر لهذه الحرية لا ينفي وجودها، فكثير من المبادئ والحريات ذات قيمة دستورية رغم أن أساسها الدستوري مثار شك، فمبدأ استمرارية المرافق العامة ألحق بمبدأ استمرار الدولة الذي يجب أن يسهر عليه رئيس الجمهورية واكتسب قيمته الدستورية من هذا اللاحق، وبهذه المثابة يمكن للمجلس الدستوري أن يلحق مبدأ الحرية التعاقدية بالحرية باعتبارها حقاً دستورياً أساسياً. كما يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن القول بإصابة الحياة التعاقدية بالشلل والجمود سيكون نتيجة مباشرة للاعتراف بالقيمة الدستورية للحرية التعاقدية للأشخاص العامة هي نتيجة غير صحيحة، حيث أن تدخل التشريع لتنظيم ممارسة الحقوق والحريات من الأمور المسلمة شريطة عدم تقييدها أو الانتقاص منها للحد الذي يلغونها. ويضيف أنصار الاعتراف بالقيمة الدستورية للحرية التعاقدية للأشخاص العامة، أن الاعتراف بها يؤدي لاستقرار العلاقات التعاقدية خاصة مع المستثمرين الأجانب، فالمجتمعات الحديثة مجتمعات تعاقدية لا يمكن أن تتدخل فيها التشريعات لتعديل الأحكام التي تعاقدت عليها الهيئات العامة¹.

وجدير بالذكر أن الاتجاه الثاني محل تأييد من قبل كثير من الباحثين²، الذين يرون "ضرورة رفع الحرية التعاقدية إلى مصاف الحقوق الدستورية... فالأشخاص العامة موجودة كحقيقة قانونية وهي قادرة على صياغة علاقات قانونية مع أشخاص آخرين". وقد ذهب الأستاذان Louis FAVOREU وRoux André في مقالهما المتعلق بمبدأ حرية إدارة الجماعات الإقليمية³ إلى بحث مدى اعتبار حرية التعاقد لدى هذه الهيئات من قبيل الحقوق الأساسية؟ وذكرنا في البداية بأن الهيئات العامة لا يمكن أن تتمتع بأي حقوق أو حريات تتنافى وطبيعتها القانونية، كحرية التنقل أو حق اللجوء... ولكن "من المعقول تماماً أن يطلب الشخص الاعتباري الاعتراف بحرية التعبير، أو الحق في الملكية، أو حرية تكوين الجمعيات، أو حرية المؤسسة وحرية التعاقد"⁴ وبعد تحليل بعض أحكام المجلس الدستوري، خلاص القول بأنه "يمكن للمرء أن يعتبر أن الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية تعد بمثابة

¹ سليمان رمضاوي، المرجع السابق، ص 200-202.

² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 48-50.

³ Louis FAVOREU, André ROUX, La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) - mai 2002, p p, 1-4. Disponible sur le site : (14-10-2019 À l'heure 15:00)

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2881/pdf>

⁴ "Il est tout à fait concevable qu'une personne morale demande que lui soit reconnue la liberté d'expression, ou le droit de propriété, ou la liberté d'association, ou encore la liberté d'entreprendre ainsi que la liberté contractuelle". Louis FAVOREU, André ROUX, op.cit., p. 1.

الحرية الفردية للأشخاص الطبيعيين¹.

وهذا عن موقف الفقه، أما القضاء الإداري والدستوري فقد كان لهما دوراً أساسياً في تحديد قيمة وأهمية الحرية التعاقدية للإدارة العامة، وهو ما يتم التطرق له فيما يلي.

ثانياً-موقف القضاء الدستوري والقضاء الإداري من الحرية التعاقدية للإدارة العامة

تطرق القضاء الدستوري والقضاء الإداري في فرنسا ومصر للحرية التعاقدية للأشخاص المعنوية العامة، وقرر ضمانات مهمة لممارستها على النحو الصحيح.

1-موقف القضاء الدستوري من الحرية التعاقدية للإدارة العامة:

1-1-في فرنسا:

أقر المجلس الدستوري في فرنسا، في قراره الصادر في 19 يوليو 1983، بعدم وجود أي مانع يحول دون إنشاء الأشخاص العامة للعلاقات التعاقدية، بما في ذلك مع الأشخاص العامة الأخرى²، وفي عدة قرارات تم تأكيد هذا السوابق القضائية³. "ولفترة طويلة، لم يقر المجلس بالحرية التعاقدية في نطاق العقود الإدارية"⁴، متحججا بحجتين أساسيتين، أولهما أن أحد طرفي العقد الإداري إدارة عامة، فلا تنطبق منظومة الحقوق والحريات المعترف بها لصالح الأشخاص الطبيعيين، والواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن...على الهيئات والجهات العامة، فهذه الأخيرة وإن تمتعت ببعض الصلاحيات والاختصاصات إلا أنه لا يمكن تسميتها على وجه الدقة حقوق وحريات، وبالتالي "لا يمكن للسلطات العامة وتحت أي ظرف من الظروف الاستفادة من حرية تعاقدية حقيقية". وثانيهما: أن العقود الإدارية تتميز بطابعها العام، فهي متعلقة بالمصلحة العامة وبخدمة الجمهور وتنحصر في نطاق تخصص الجهة الإدارية، على خلاف عقود القانون الخاص التي تهدف لتحقيق المصالح الخاصة المتنوعة. إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي، في قراره الصادر بتاريخ 10-06-1998 اعتبر أن الحرية

¹ "la libre administration est aux collectivités territoriales ce que la liberté individuelle est aux personnes physiques. ". Ibid, p. 4.

² "... que rien ne s'oppose à ce que, dans le cadre de la convention de droit interne passée par les autorités compétentes au titre de chacune des personnes morales contractantes, soient définis des droits et des obligations réciproques ; que, comme il a été dit plus haut, la définition de ces droits et obligations par la voie contractuelle ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de priver le législateur français des compétences que lui confère la Constitution ni d'attribuer aux autorités du territoire des prérogatives contraires à la Constitution..." Décision n° 83-160 DC, du 19 juillet 1983, Disponible sur le site : (02-10-2019 À l'heure 18:00) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1983/83160DC.htm>

³ Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Disponible sur le site : (25-09-2019 À l'heure 10:00) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/92316DC.htm>

⁴ Pierre-Yves GAHDOUN, Le Conseil constitutionnel et le contrat, Cahiers du conseil constitutionnel n° 31 (dossier : le droit des biens et des obligations) -mars 2011, p 3. disponible sur le site (20-10-2019 à l'heure 22:00) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2201/pdf>

التعاقدية التي تجربها مؤسسات القطاع العام ينبغي أن تُحترم لاتصالها بالحرية بمعناها العام¹، والتي كفلتها المادة 4 من اعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789. كما أن المجلس وفي القرار الصادر في 30 نوفمبر 2006² نص صراحة على الحرية التعاقدية للكيانات العامة من خلال تطبيق المبدأ على الاتفاقات المبرمة بين مؤسسة "GDF Gaz de France" والسلطات المحلية. وبعد ثلاث سنوات، أكد المجلس هذه الحماية للعقود الإدارية بقراره المؤرخ 16 يوليو 2009 بشأن الاتفاقات التي تبرمها مؤسسات الصحة العامة³. ويرى الأستاذ Pierre-Yves GAHDOUN⁴ في تعليقه على مجمل قرارات المجلس الدستوري الفرنسي المشار إلى بعضها أنفا: "...أنها تعمل على عدم تجزئة الحرية التعاقدية بغض النظر عن نوع العقد...".

1-2- في مصر:

قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 05-08-1995⁵ بأن " حرية التعاقد -وأيا كان الأصل الذي تتفرع عنه أو تُردُّ إليه -لا تعني على الإطلاق أن يكون لسultan الإرادة

¹ "... que le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789..." Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, Disponible sur le site: (7-10-2019 À l'heure 10:00) : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1998/98401DC.htm>

² Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006. Disponible sur le site : Disponible sur le site: (7-10-2019 À l'heure 19:00) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006543DC.htm>

³ " Considérant qu'aucune exigence constitutionnelle ne garantit l'autonomie de gestion des établissements publics de santé ; qu'en outre, les pouvoirs de l'agence régionale de santé ne portent, par eux-mêmes, aucune atteinte à la liberté de contracter de ces établissements..."

Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, Disponible sur le site : Disponible sur le site: (8-10-2019 À l'heure 19:00) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009584DC.htm>

⁴ "D'une manière générale, cette jurisprudence présente deux avantages pour le contentieux constitutionnel des contrats: elle évite, d'une part, un éclatement préjudiciable de la liberté contractuelle en fonction du type de contrat - public ou non ; elle renforce, d'autre part, la contractualisation de l'action publique en lui offrant un fondement constitutionnel complémentaire. Cela dit, pour l'instant, elle ne concerne que la formation du rapport contractuel en dépit d'une jurisprudence originale en matière d'exécution des contrats." Pierre-Yves GAHDOUN, op.cit., p3.

⁵ " حرية التعاقد -وأيا كان الأصل الذي تتفرع عنه أو تُردُّ إليه -لا تعني على الإطلاق أن يكون لسultan الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن العقود -حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص -قيودا يرمى على ضوءها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها. وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها مُحَوَّرًا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل. ولا زال يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعيا ثابتا ... كتلك التي تتضمن تنظيمها نقابيا، بما مؤدها أن للمشرع أن يرسم للإرادة حدودا لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعا في إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها، بدواعي العدل وحقائق الصالح العام. قانونا، ... وحيث إن مؤدى ما تقدم، أن ضمان الحرية لا يعني غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، ذلك أن الحرية تنفيذ بالضرورة مباشرتها دون

دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد المشرع في شأن العقود - حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص - قيودا يرمي على ضوءها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها. وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها مُحَوَّرًا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل...". كما قضت في حكمها الصادر بتاريخ 1997-08-02¹ " أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليحمّلها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها - والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحوا كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلا في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها..."

2-2- موقف القضاء الإداري من الحرية التعاقدية للإدارة العامة

تعرض القضاء الإداري - في فرنسا وفي مصر- للحرية التعاقدية للإدارة العامة، عند بحثه في حدود ما تحوزه من صلاحيات واختصاصات تعاقدية. ف قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 28-1-1998 بأنه: "...إن الأحكام المذكورة أعلاه من المادة 2-316 L² من قانون البلديات، والتي تنتقص من مبدأ حرية التعاقد، يجب تفسيرها بدقة"³. وقررت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه:

=قيود جائرة...". المحكمة الدستورية العليا، حكم صادر في القضية رقم 8 لسنة 16 ق "دستورية"، بتاريخ 5 أغسطس سنة 1995 م، الموافق 8 ربيع الأول سنة 1416 هـ، متاح على الموقع الرسمي لنشر أحكام المحكمة الدستورية العليا، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، (تاريخ الاطلاع 4-7-2019 الساعة 22:00)، الرابط:

<http://alamiria.laa-eg.com/NewTash/DestoriaNew>

¹ المحكمة الدستورية العليا، حكم صادر في القضية رقم 35 لسنة 17 ق "دستورية"، بتاريخ 2 أغسطس سنة 1997 م، الموافق 28 ربيع الأول 1418 هـ، متاح على الموقع الرسمي لنشر أحكام المحكمة الدستورية العليا، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، (تاريخ الاطلاع 4-7-2019 الساعة 23:00)، الرابط:

<http://alamiria.laa-eg.com/NewTash/DestoriaNew>

² تنص المادة 2-316 L من قانون البلديات المذكورة على ما يلي:

"Sont illégales les décisions et délibérations par lesquelles les collectivités locales renoncent soit directement, soit par une clause contractuelle, à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit" Code des communes, Version consolidée au 1 janvier 2017. Disponible sur le site:(10-8-2019 À l'heure 15:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=E2C5126A7664A170F26FF66=20190705>

³ "...les dispositions précitées de l'article L. 316-2 du code des communes, qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement ...". CE 28 janvier 1998, Société Borg Wagner, Disponible sur le site:(10-8-2019 À l'heure 21:00) :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007976102>

"من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إدارية كانت أم مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح..."¹ أما في الجزائر فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 09-04-2008 بأنه "كان على قضاة المجلس مناقشة عقد الايجار" الذي تم إبرامه بين ولاية معسكر وشركة ب " ومدى تطبيقه ولا يعتمدون على مقرر إداري صادر عن جهة واحدة لعقد أبرم بين طرفين وإيرادتين مستقلتين..."².

والظاهر مما سبق أن وجود الحرية التعاقدية للأشخاص العامة حقيقة لا يمكن إنكارها، وأنها تتمدد أو تتقلص وفقا لضيق أو اتساع اختصاصات الهيئات الإدارية، وفيما يلي يتم التطرق لكيفية وضوابط ممارسة هذه الحرية.

المبحث الثاني

التعبير عن الإرادة (الإيجاب والقبول) في العقود الإدارية

تتكوّن العقود الإدارية عادة من خلال عملية أكثر تعقيدا من العقود المبرمة بين الأفراد، وأكثر أنواع التعقيد "هو الخاص بالتعبير عن إرادة الجهة الإدارية"³، كما يسبق إبرام العقد سلسلة من القرارات والأعمال الإدارية التمهيدية التي تهيئ وتضمر لإبرامه.

وعلى الرغم من تميّز التعبير عن إرادة الإدارة بمجملته من الخصائص عن تعبير المتعاقد في العقود المدنية، إلا أن ذلك لا ينفي أن هناك بعض الحالات التي قد تسري فيها على التعبيرين أحكام متقاربة. وعلى ذلك يتم التطرق للدعوة التعاقد (المطلب الأول)، ثم لصيغ الإيجاب وتقنيات القبول وفقا للقواعد العامة لتعاقد الهيئات الإدارية (المطلب الثاني)، ثم التطرق للقواعد الاستثنائية للتعاقد وأثرها على ذاتية واستقلالية قواعد إبرام العقود الإدارية (المطلب الثالث).

¹ سمير صادق، المرجع السابق، ص 19.

² المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم 431239، صادر بتاريخ 09-04-2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2008، ص ص. 155-158.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في القضية رقم 1965 لسنة 8 ق، بتاريخ 23-12-1956، مقتبس عن: سمير صادق، المرجع السابق، ص. 84.

المطلب الأول

الدعوة للتعاقد

إذا كان الايجاب هو العنصر الأول في الاتفاق، وهو يتقدم على القبول، فإن هذا لا يعني حتماً أن المُبادر للتعاقد هو الموجب وأن المبادرة تكون دائماً إيجاباً، فقد تتمثل المبادرة في دعوة للتعاقد "وهي مرحلة تتقدم الايجاب وتميز عنه، بالإعلان مثلاً عن مناقصة أو طرح صفقة في المزاد أو بيع شيء معين دون تحديد ثمنه... ما هي إلا دعوة لتقديم عروض كاملة وشاملة أي تقديم الإيجابات"¹. ولقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن "إعلان الإدارة عن مناقصة أو مزيدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد، وأن التقدم بالعطاءات وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الايجاب الذي ينبغي أن يُتلقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد..."².

ولذلك يتم التطرق لأهمية مرحلة ما قبل الدعوة للتعاقد (الفرع الأول)، ثم صور الدعوة للتعاقد (الفرع الثاني)، والشروط الواجب توافرها فيها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أهمية مرحلة ما قبل الدعوة إلى التعاقد

تتعاظم أهمية مرحلة ما قبل التعاقد بشكل مطرد، سواء في عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، وإن كانت في الأولى بدافع المصلحة العامة وحماية أموال الدولة، وفي الثانية بدافع حماية الطرف الضعيف في عملية التعاقد³. وما يميز هذه المرحلة في العقود المدنية أنها "الفترة المهمة المتعلقة بالتفاوض على العقد، فهي المرحلة قبل التعاقدية التي يتبادل أطراف التفاوض، الاقتراحات والمناقشات

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 88.

² المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0951 لسنة 09 ق، بتاريخ 27-05-1967، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 1100.

³ "La formation des contrats, considérée d'un point de vue purement statique par le Code civil – centré sur les conditions de validité –, est envisagée désormais, également, sous un angle dynamique. Cette perception nouvelle de l'inscription du contrat dans le temps se traduit, entre autres, par l'importance croissante accordée à la phase précontractuelle (pour tous les types de contrats), la prise en compte du phénomène des accords et documents préparatoires (dans les contrats négociés), et l'élaboration progressive de la séquence offre/acceptation (aujourd'hui remise en cause en tant que seul modèle). La prise en considération des « contrats d'adhésion » par le droit a donné lieu à une adaptation significative d'un ensemble de règles et principes relatifs à la formation du contrat. A cet égard, on relève notamment qu'un souci de protection de la partie faible a succédé au postulat de l'égalité des parties, pour devenir un paradigme majeur, innervant tout le droit des contrats et, singulièrement, le régime de formation. Les lois particulières adoptées dans ce but protecteur dérogent fréquemment aux principes essentiels tels la liberté contractuelle et le consensualisme... ". Étienne MONTERO, Marie DEMOULIN, La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée, Faculté de droit, Centre de Recherche Information, Droit et Société, Université de Namur, France, 2004, p. 49.

والمساومات والمراسلات والمحركات والتقارير والأوراق والمستندات والدراسات الفنية والمالية والاستشارات القانونية، والاستعانة بالمختصين لوضع تصور العقد المزمع إبرامه في المستقبل؛ ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية والصيغ المقبولة التي تحقق مصلحة الأطراف¹.

أما في العقود الإدارية فإن مرحلة ما قبل التعاقد تشمل الأعمال الإدارية التحضيرية، وهي التي تقوم بها الإدارة قبل اعلان رغبتها في التعاقد، ويرى البعض بأن "تحقيق كفاءة تعاقدات الجهات العامة يتوقف على تحقيق عدة أمور، أولها التقدير الحسن والصحيح للاحتياجات..."²، ثم معرفة طريقة التعاقد الأنسب لتحقيقها.

أولاً: في القانون الفرنسي:

أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 26-6-2003 على أن "يتم ضمان كفاءة المشتريات العامة والاستخدام السليم للأموال العامة من خلال التعريف المسبق للاحتياجات، والامتثال لمتطلبات الدعاية والمناقصات التنافسية واختيار العطاء الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية"³. وقد أوجب قانون الطلب العمومي في المادة "L2111-1" على المصالح المتعاقدة تقدير حاجياتها على نحو دقيق ومفصل، قبل إطلاق الإجراء، مع مراعاة أهداف التنمية⁴ المستدامة في أبعادها الاجتماعية والاقتصادية والبيئية. وكذا تحديد المواصفات التقنية لمحل التعاقد. وينبغي أن يتم إعداد سياسات الشراء العمومي وعلانها على ضوء المساهمة في إدماج العاطلين عن العمل وذوو الاعاقة⁵.

هذا، وتحدد المواصفات الفنية الخصائص المطلوبة للأعمال أو اللوازم أو الخدمات التي هي موضوع العقد. وقد تشير هذه الخصائص إلى العملية أو الطريقة المحددة لإنتاج أو توفير الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المطلوبة أو إلى عملية خاصة بمرحلة أخرى من دورة حياتها حتى عندما لا

¹ العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري وأحدث اجتهادات المحكمة العليا دراسة مقارنة، طبعة جديدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص. 13.

² Grégory KALFLECHE, Des marchés publics à la commande publique, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004, p. 595.

³ قرار المجلس الدستوري الفرنسي 437-2003 DC المؤرخ في 26-6-2003 (تاريخ الاطلاع 24-10-2019) الساعة (15:00) متاح على الرابط: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473DC.htm>

⁴ وهي الغايات التي تضمنها أيضا قانون الصفقات العمومية لسنة 2006 (الملغى)، ينظر: Laure CATAL, La dimension sociale dans les marchés publics, 13 décembre 2017, Disponible sur le site : (8-10-2019 À l'heure 14:00) <https://marches-publics.legibase.fr/actualites/focus/la-dimension-sociale-dans-les-marches-publics-86190>

⁵ المواد L2111-3/ L2111-2/L2111-1 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

تكون هذه العوامل جزءًا من محتواها شريطة أن تكون مرتبطة بموضوع العقد وتتناسب مع قيمته وأهدافه¹.

ثانيا: في القانون المصري

أوجب القانون² على الجهات المتعاقدة إعداد "كراسة الشروط" المتضمنة كافة البيانات والمتطلبات الضرورية للعملية لموضوع التعاقد. وعلى الرغم من تضمين الجهات المتعاقدة لبعض الشروط "كشروط عدم الاعتبار فقط لقاعدة أقل عرض مالي..." إلا أنها ملزمة وتحت طائلة البطلان، من اختيار أفضل العروض، مهما كانت القواعد أو المعايير المعتمدة المذكورة في دفاتر الشروط³.

ثالثا: في القانون الجزائري

ألزم قانون الصفقات العمومية كافة المصالح المتعاقدة، قبل البدء في إجراءات التعاقد، بأن تحدد الحاجات واللوازم والخدمات ... تحديدا دقيقا، وفقا لتقدير إداري "صادق وعقلاني"، وأن تعد عند بداية كل سنة مالية قائمة بالعقود المحتملة والحاجيات الضرورية اللازم توفيرها. وفي حالة بلغ التقدير الإداري الحدود اللازمة لإبرام صفقة، تلتزم المصلحة المتعاقدة بإعداد دفاتر الشروط المبينة لكيفية التعاقد وأوصاف محل العقد ومعايير التقييم... وتعد أيضا مشروع إعلان الدعوة للتعاقد (طلب العروض، مسابقة...) وتقوم بعرضه على لجنة الصفقات المختصة قصد حيازة التأشيرة، وفي حالة الرفض أو التحفظ على المصلحة المتعاقدة إعادة وضع الشروط وتكييفها ورفع التحفظات وإعادة العرض على اللجنة المذكورة مرة أخرى⁴. وعلى غرار أهمية هذه الخطوة في النظامين الفرنسي والمصري، فقد اعتبرها البعض في الجزائر "حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي"⁵.

¹ المادة 4-2111R من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

² تنص المادة 19 من القانون رقم 182 لسنة 2018 على ما يلي: "على الجهة الإدارية قبل الإعلان ... أن تعد كراسة للشروط والمواصفات تتضمن الإحالة لجميع القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولأتمته التنفيذية، ويجب أن تتضمن كراسة الشروط على وجه الخصوص طريقة التعاقد، والمواصفات والأطر الفنية لموضوع التعاقد ومكان التنفيذ، والبرنامج الزمني المتوقع للإجراءات ومواعيد ومكان انعقاد الجلسات، وشروط الطرح العامة والخاصة، والتأمينات، وطريقة السداد، وتوقيتات تقديم الشكاوى، وأسلوب التقييم، وشروط فسخ العقد، الجزاءات والغرامات، ونسخة من مشروع العقد المزمع إبرامه متضمنا حقوق والتزامات طرفي التعاقد، وأي بيانات أخرى بحسب طبيعة العملية."

³ برهان زريق، البطلان في العقد الإداري، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002، ص. 68.

⁴ المواد 27 و173-177 من م.ر.ر 15-247.

⁵ مصطفى زناتي، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي)، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 7، العدد 1، 2018، ص. 41.

الفرع الثاني

صور الدعوة للتعاقد

على اعتبار أن اعلان الجهة الإدارية عن رغبتها في التعاقد وفق الشروط والأحكام التي تعلن عنها يعد بمثابة دعوة للتعاقد، فإنه ووفقاً للقواعد العامة للتعاقد يمكن حصر الصور الأساسية لهذا الإجراء في المناقصة، والمزايدة، واطعان طلب العروض.

ويُقصد بالمناقصة فقهاً "أن يعرض المشتري شراء سلعة موصوفة بأوصاف معينة، فيتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقل، ويرسو البيع على من رضي بأقل سعر"¹. أما باعتبارها طريقة لإبرام العقود الإدارية؛ فتعرف المناقصة على أنها طريقة تعاقد الإدارة "للحصول على أفضل عطاء من الناحيتين الفنية والمالية"، وفي حال عدم إيلاء الاعتبار للجانب الفني "التقني" نظراً لتساوي موضوع العقد في الشروط التقنية بين العارضين، يرى البعض بأن المناقصة هي "الطريقة التي تهدف للحصول على أفضل عطاء" من الناحية المالية"². أي أقل عرض مالي وتعني المناقصة اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأقل الأسعار وأحسن الشروط، وتستهدف، تحقيق المساواة والمنافسة الشريفة في مجالات التعامل والتعاقد، وذلك بالإعلان عن المناقصة أو المزايدة على الوجه الذي يرسمه القانون، ليعلم كافة بالمناقصة والمزايدة، ولكل من تتوافر فيه شروط التقدم، أن يتقدم، وعلى قدم المساواة مع كل من تتوافر فيهم الشروط، وبهذا تتحقق مصلحة الإدارة، والتي تمثل المصلحة العامة"³.

أما المزايدة، فهي " أن يعرض البائع سلعته في السوق ويتزايد المشترون فيها، فتباع لمن يدفع الثمن الأكثر"⁴. ويقول الأستاذ السنهوري عن الدعوة للمزايدة " فإن طرح الصفقة في المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء، والتقدم بعطاء هو الإيجاب. أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه. وهذا هو الذي جرى عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولاً، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاد"⁵.

¹ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 9، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1987، ص. 9.

² رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، عقد التوريد ومقاولات الأشغال العامة، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط 1، 1999، ص. 10.

³ محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، د س ط، ص. 75.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 9، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1987، ص. 9.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، "مصادر الالتزام: العقد - العمل غير المشروع - الاثراء بلا سبب - القانون"، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952، ص. 188.

أولاً: صور الدعوة للتعاقد وفقاً للقواعد العامة في القانون الفرنسي

نص قانون الطلب العمومي على أن عقود الشراء العام يمكن أن تبرم وفقاً لإجراء مكيف، وفقاً لإجراءات شكلية، وذلك وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون¹. فبالنسبة للإجراءات المكيفة، فإن المصلحة المتعاقدة لها الحرية في اتباع طريقة التعاقد التي تحددها، بشرط احترام مبادئ النظام العام والقانون، والحدود المالية المقررة التي تتيح لها ذلك، والتي إذا تجاوزت العتبات المقررة أوروبياً تستلزم اتباع الإجراءات الشكلية².

ومهما يكن إجراء التعاقد المختار، ينبغي أن تلتزم الجهات المتعاقدة بمبادئ إبرام العقود العامة، فقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 26-06-2003 على ضرورة احترام القواعد والمبادئ الدستورية، وكذلك المعايير الدولية والأوروبية المطبقة... والمبادئ العامة المستمدة من المادتين 6 و14 من إعلان 1789 التي تقتضي بأن تحترم العقود العامة مبادئ حرية الوصول إلى المشتريات العامة والمعاملة المتساوية للمرشحين وشفافية الإجراءات...³. وذلك ما يقتضي المساواة بين المترشحين "حيث يفرض هذا المبدأ الأخذ بعين الاعتبار لوضعية كل الأشخاص الراغبين والمؤهلين للتعاقد مع الجهات العامة" أي كل مشغل اقتصادي "un opérateur économique" وهو "كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، وأي مجموعة أشخاص سواء كان لها شخصية قانونية أو لا، والتي بإمكانها توفير المنتجات أو الخدمات أو الأعمال..."⁴. حيث تلتزم الجهات المتعاقدة بعدم إقصاء أو تقييد حرية التعاقد دون سند أو تبرير⁵. وقد حدد قانون الطلب العمومي، تقنيات التعاقد، ومنها:

- الاتفاقية الإطارية (L'accord-cadre): من خلالها يمكن للمصلحة المتعاقدة اختيار واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين، بهدف إبرام عقد يحدد كل أو جزء من احتياجاتها خلال فترة معينة. ولا يجوز أن تتجاوز مدة الاتفاقيات الإطارية أربع سنوات للسلطات المتعاقدة وثمان سنوات للكيانات

¹ المادة L2120-1 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

² تم تحديد العتبة المشار إليها بـ 25000 يورو عند صدور القانون. وتم رفعها لـ 40000 يورو اعتباراً من 1 يناير 2020 (تاريخ الاطلاع 20-5-2021 الساعة 22:00) أنظر الرابط:

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Marche-public-negocie-sans-publicite-ni-mise-en-concurrence.htm>

³ قرار المجلس الدستوري الفرنسي DC 473-2003 المؤرخ في 26-6-2003 (تاريخ الاطلاع 24-10-2019 الساعة 22:00) متاح على الرابط <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003473DC.htm>

⁴ تنص المادة L1220-1 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services."

⁵ Grégory KALFLECHE, op.cit., p 476.

المتعاقدة، إلا في حالات استثنائية مبررة¹.

-المسابقة: والتي تمكن من اختيار مشروع أو دراسة أو تصميم... بعد التنافس، الذي تفصل فيه لجنة تحكيم خاصة.

-المناقصات وتكون "مفتوحة" عندما يمكن لأي متعامل اقتصادي مهتم بتقديم عطاءات. و"محدودة" عندما يسمح بتقديم عطاءات للمرشحين الذين جرى اختيارهم مسبقا وفقا لشروط وضوابط تقنية².

ثانيا: صور الدعوة للتعاقد وفقا للقواعد العامة في القانون المصري

نص القانون المتعلق بالتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، على مجمل الأحكام المتعلقة بعقود الهيئات الإدارية، وجعل من أسلوب " المناقصة العامة" قاعدة عامة في إبرام عقود الشراء والحصول على الخدمات. كما أجاز إبرامها وفق لصور (الممارسة العامة، الممارسة المحدودة، المناقصة ذات المرحلتين، المناقصة المحلية) شرط صدور قرار مُسَبَّب يبرر اللجوء إلى إحدى هذه الأساليب من قبل السلطة المختصة³.

أما عمليات البيع فالأصل "أن تتم عن طريق مزيدة علنية عامة أو مزيدة بالمظاريف المغلقة"، ويجوز استثناء بقرار مسبب من السلطة المختصة إجراء هذا التعاقد عن طريق (المزيدة المحدودة، المزيدة المحلية). كما يُمنع تحويل أسلوب التعاقد "بعد بدء الاجراءات" إلى أسلوب آخر.

¹ ويقصد بالسلطات المتعاقدة " (Les pouvoirs adjudicateurs) ثلاث فئات من الأشخاص: الأشخاص الاعتباريون الذين يحكمهم القانون العام، والأشخاص الاعتباريون في القانون الخاص الذين يتابعون مهمة المصلحة العامة ويتم تمويلهم بشكل رئيسي من الأموال العامة، والأشخاص الاعتباريين في القانون الخاص ذوي الشخصية الاعتبارية التي تشكلها السلطات المتعاقدة بغرض القيام بأنشطة معينة بشكل مشترك. وقد حددت المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية هذه السلطات المتعاقدة، وهي: الدولة ومؤسساتها العامة "غير ذات الطابع التجاري والصناعي L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial) والسلطات المحلية والمؤسسات المحلية (Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux). أما الكيانات المتعاقدة (Les entités adjudicatrices)، فهي هيئات تستفيد من حقوق حصرية وتشرف على بعض المؤسسات العامة والشبكات وتمارس نشاطا قد يؤثر على بقية المتعاملين الاقتصاديين... وقد حددتها المادة 135 من قانون الصفقات العمومية(المُلغى)، وتظم جل هيئات تشغيل شبكات الكهرباء والغاز ومعالجة المياه وشبكات النقل وشبكات استغلال المناطق الجغرافية لأغراض التنقيب...

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, [Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, Direction des Affaires Juridiques, France](http://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016), Disponible sur le site:(25-10-2019 À l'heure 18:00)

<https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016>

² المادة 2-R2124 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

³ وقد نصت عليها المادة 7 من القانون المذكور تحت عنوان "القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد".

- المناقصة:

يشكل طريق المناقصة العامة القاعدة في التعاقد من أجل شراء واستئجار المنقولات والعقارات ومقاولات الأعمال وتلقي الخدمات.... ويكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في حالات معينة فقط¹. وتكون المناقصة ذات مرحلتين: وذلك في الحالات التي يكون فيها موضوع التعاقد مرگبا ومعقدا من الناحية الفنية أو الهندسية أو التكنولوجية... بحيث يتطلب اختيار العرض المناسب إشراك المعارضين في تصور موضوع التعاقد، من خلال مقترحاتهم وتصوراتهم والدراسات المرتبطة بذلك، فتتم المناقصة على مرحلتين؛ مرحلة أولى لاختيار العروض المقبولة تقنيا، ومرحلة ثانية للمفاضلة بين العروض المالية والتقنية معا. ولا يجتاز المرحلة الثانية إلا أصحاب العروض المقبولة تقنيا. كما قد تكون المناقصة المحلية وذلك عندما لا يتجاوز قيمة العقد أربعة ملايين جنيه مصري، ويقتصر "الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين... الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائلتها تنفيذ موضوع التعاقد، ومن بينهم المشروعات المتوسطة والصغيرة والمتناهية الصغر"².

- الممارسة العامة والممارسة المحدودة:

يكون التعاقد بطريق الممارسة العامة، في حالات إتاحة التوصيف المحدد والدقيق لموضوع العقد، وتوافر معايير واضحة لتقييم العروض، والتأكد من وجود العدد الكافي من المعارضين المحتملين. أما طريق الممارسة المحدودة فيتم اللجوء إليه في حالات احتكار جهات أو مؤسسات محددة للخدمات أو الأصناف... موضوع العقد، أو حالات ضرورة الحصول عليه من قبل المصنّع أو المنتج مباشرة، وحالات العقود المرتبطة بالأمن القومي. ويتم "التمارس" بين أصحاب العروض الذين قبلت عروضهم فنيا "تقنيا" دون غيرهم، وذلك في جلسة أو جلسات تهدف لاختيار أفضل عطاء من الناحية الفنية والأقل سعرا من بين العروض المقبولة، ما لم يكن نظام التقييم بطريق النقاط³. " ويتم في نطاق

¹ وهي: -العمليات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو فنيين أو استشاريين أو خبراء بذاتهم، سواء في مصر أو في الخارج. والعمليات التي اتخذت الجهة الإدارية إجراءات تأهيل مسبق في شأنها، وبحيث يتم دعوة من تم تأهيلهم للاشتراك فيها. التعاقدات المرتبطة باعتبارات الأمن القومي. توفير المستحضرات والأجهزة الطبية والأدوية، وغيرها من المستلزمات المرتبطة بالمحافظة على الحياة والصحة. إذا كان الوقت أو التكلفة اللانهاية لل طرح بطريقة المناقصة العامة لا يتناسبان مع قيمة التعاقد. وعند عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة التي تم طرحها مرة أو أكثر وانتهت دراسة الجهة الإدارية إلى مناسبة تغيير طريقة الطرح. المادة 57 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

² المادتان 58 و59 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

³ المواد من 54 إلى 56 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

الممارسة بنوعيتها بعد استيفاء إجراءات العلانية وضمن مناخ المنافسة¹. وعلى الرغم من حرية الجهة الإدارية "المقيدة" في وضع معايير وشروط الممارسة، إلا أنها تنقيد هي ذاتها بما اشترطت، فلا يجوز لها أن تفضل ممارس على آخر بالمخالفة لتلك الشروط والضوابط².

-المسابقة:

يتم اتباع طريقة المسابقة، عند رغبة الجهة الإدارية في التعاقد للحصول على نماذج أو أعمال أو خدمات تكتسي طابع فني أو هندسي ابتكاري، يتصل بحقوق الملكية الفكرية لأصحابه، لذلك تنشأ لجان تحكيم خاصة للفصل في الأعمال الفائزة، والمكافئات أو التحفيزات المقدمة للفائز³.

-المزايدة:

تشكل طريقة المزايدة العامة القاعدة في بيوع الجهات الإدارية، ولا تلجأ الجهات المتعاقدة للمزايدة المحدودة إلا في حالات قصر التعامل في الأصناف محل البيع على متعاملين محددين، وحالات الخشية من تلف محل البيع، وحالات تطلب السرعة، وحالات عدم التمكّن من البيع بطريق المزايدة المفتوحة والمزايدة بالمظاريف المغلقة لأكثر من مرة وتكون المزايدة محلية فيما لا يجاوز ثمنه الأساسي ستمائة ألف جنيه، ويقصر الاشتراك فيها على المتزايدين المحليين الذين يقع نشاطهم داخل نطاق المحافظة التي ينفذ بدائلتها موضوع التعاقد⁴.

ثالثا: صور الدعوة للتعاقد في القانون الجزائري

بيّنت المواد من 39 إلى 52 من م.ر.ر 15-247 كيفيات إبرام الصفقات العمومية. ونصت المادة 39 على أن: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي". و"طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"⁵. وأيا كانت طريقة الإبرام على المصلحة المتعاقدة مراعاة حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. وبهذا الصدد تقول الأستاذة قدوج حمامة-تعليقا على قوانين الصفقات الصادرة حتى سنة

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 792.

² برهان زريق، البطلان في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 71.

³ المادة 66 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

⁴ المادتان 68 و69 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

⁵ المادة 40 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

2000- بأن المشرع الجزائري " وقع في خلط بين معايير كفاءات الإبرام"، حيث تم اعتماد أسلوب المناقصة كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية، في حين كانت الصفقة وفقا لهذا الأسلوب "تسند للعارض الذي يقدم أفضل عرض" وبالتالي قيام معيار أفضل العروض وليس معيار أقل الثمن فقط "كما هو متعارف عليه بالنسبة للمناقصة"¹.

هذا، ويأخذ طلب العروض² صورة طلب العروض المفتوح " ويمكن من خلاله أي مرشح مؤهل أن يقدم تعهدا"، وطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا " ويسمح للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا، بتقديم تعهد. ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة ". وطلب العروض المحدود: هو "إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد".

-المسابقة: هي " إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة " وتكون المسابقة مفتوحة أو محدودة مع اشتراط قدرات دنيا.

والملاحظ مما سبق أن التشريعات محل الدراسة تتقارب بشأن اعتماد مبادئ حرية المنافسة وشفافية الاجراءات والمساواة بين المرشحين للتعاقد، كمبادئ أساسية تحكم الطلبات العمومية. كما أنها تترك للإدارة المتعاقدة سلطة تقدير الإجراء الأنسب لتلبية احتياجاتها.

هذا، ويجب أن توافر في الدعوة للتعاقد شروط يجب احترامها.

الفرع الثالث

الشروط الواجب توفرها في الدعوة للتعاقد

قد تتضمن الدعوة للتعاقد كالمناقصة العامة أو المزايدة إدراج "شروطا لا تمت بصلة مباشرة إلى العقد، وانما تستهدف مقاصد اجتماعية وعمالية كضرورة التأمين على العمال وتقديم الاعانات الاجتماعية ووفاء الضرائب والرسوم المستحقة على التعاقد والأصح عدم التعويل على هذه الشروط إلا إذا نص عليها المشرع"³. ولا بد أن يستجمع طلب العروض بحسب شكله، عدة شروط ومواصفات،

¹ حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص ص. 148-149.

² نصت عليها المواد من 43 إلى 48 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

³ برهان زريق، عقد التوريد الإداري، المرجع السابق، ص. 63.

حيث لا بد أن يتم نشره والاعلان عليه، متضمنا لكافة البيانات والمعلومات اللازمة، بما فيها طريقة إبرام العقد وموضوعه وآجال تحضير العطاءات أو العروض... ويُقصد به " أنه عند إجراء عملية المناقصة يجب الإعلان عنها مُقدِّما. وحكمة النشر السابق على هذه العملية هي إحداث التنافس بين المتقدمين إلى المناقصة ووضعهم معا على قدم المساواة. كما أن الأمر يقتضي أيضا اطلاع المتقدمين على المستندات. وتختلف النشر في هذه الحالة يعتبر انتهاكا للشكلية الجوهرية في هذا الإجراء"¹. ويعتبر من أول واجبات الإدارة المتعاقدة "تحديد مهلة معقولة لذوي الشأن للتفكير في المناقصة والتقديم بالعطاءات. ومما لا ريب فيه أن مراعاة تلك المدة أمر ضروري للإدارة وللأفراد، تحت طائلة سقوط حق المناقص في الاشتراك، وعدم حق الإدارة في قبول العطاء بعد المدة المحددة"².

أولا: في القانون الفرنسي

أوجب قانون الطلب العمومي إشهار القرارات التي تعلن من خلالها السلطات والكيانات المتعاقدة عن رغبتها في التعاقد، حتى يعلم بها "المرشح" للتعاقد "Un candidat" وهو "كل مشغل اقتصادي يطلب أو يُدعى للمشاركة في تقديم العروض في إطار منح العقد العام"³، وذلك تحقيقا لأكبر قدر من المنافسة. على أن يتم النشر-بحسب طبيعة التعاقد- في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، بعد مراسلة مكتب منشورات الاتحاد الأوروبي بالوسائل الإلكترونية. ويحتفظ المشتري العمومي بدليل يثبت تاريخ إرسال هذا الإشعار، ولا يمكن إصدار المنشورات على المستوى الوطني قبل نشرها في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي. إلا إذا لم يتم إخطار المشتري العمومي بالنشر في غضون 48 ساعة بعد تأكيد استلام الإشعار بواسطة المكتب المذكور. ولا يمكن بأي حال أن توفر هذه المنشورات - على المستوى الوطني- معلومات أكثر من تلك المرسلة للنشر على المستوى الأوروبي.

ويحتوي اعلان الدعوة للتعاقد كل المعلومات والبيانات التفصيلية عن موضوع العقد ومواصفاته وشروطه، وآجال تقديم العروض، ويحيل على كافة الوثائق "المجانية" المتاحة بشكل الكتروني⁴. وقد تكون حاجات المصلحة المتعاقدة معقدة أو مركبة...بشكل يجعل من المتعذر تحديد وصفها على نحو شامل ومفصل ونهائي، وبهذا الصدد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 8-8-2008 أن الاعلان عن المناقصة يكون صحيحا ولو لم يتم تحديد الأوصاف أو معايير

¹ عبد العزيز الجوهري، القانون والقرار الإداري في الفترة ما بين الإصدار والشهر، دراسة مقارنة، ط 2، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص.100.

² برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 63.

³ تنص المادة L1220-2 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique".

⁴ المادتان L2131-1 و R2131-19 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

التفضيل بشكل "بالغ الدقة"، إذا تضمن الإشارة إلى الآلية المعتمدة في تقييم العروض وتفضيلها¹. كما أوجب القانون أن يكون تبادل المعلومات وتقديم العروض ومنح العقد إلكترونياً. ووسيلة الاتصال الإلكترونية هي معدات المعالجة الإلكترونية، بما في ذلك الضغط الرقمي، وتخزين البيانات التي يتم بثها وتوجيهها واستقبالها بواسطة الأسلاك أو الراديو أو الوسائل البصرية أو غيرها من الوسائل الكهرومغناطيسية. "وسائل الاتصال الإلكتروني وخصائصها التقنية ليست تمييزية ولا تقيد وصول المتعاملين الاقتصاديين إلى إجراءات التعاقد. وهي متوفرة ومتوافقة مع تقنيات المعلومات والاتصالات المستخدمة بشكل شائع..."².

ويجوز لمقدمي العروض الذين أودعوا مستنداتهم بالوسائل الإلكترونية أن يرسلوا نسخة منها في شكل ورقي أو على وسيط مادي إلكتروني، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها. هذا، ولا يلزم المشتري العمومي باستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في حالات محددة لا يكون فيها اللجوء لهذه الوسائل مجدياً أو ممكناً³.

هذا ويعد إعلان الدعوة للتعاقد "وفقاً لكافة صور الاعلان المتاحة" بما في ذلك إرسال الرسائل النصية، والوصول لكافة شرائح المتعاملين الاقتصاديين، خاصة أصحاب المؤسسة الناشئة، أو المشتغلين في أسواق محدودة، ضماناً هامة لتحقيق مبدأ المنافسة واضفاء الفاعلية على التعاقدات العامة⁴.

¹ Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 08/08/2008, 307143, Disponible sur le lien (16-10-2019 À l'heure 10:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000019309991&fastReqId=444774144&fastPos=1>

² المادتان R2132-8 و R2132-9 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

³ وذلك: - بالنسبة للعقود الخاصة بتلبية حاجيات قيمتها المقدرة أقل من عتبات الإجراء الشكلي؛ - بالنسبة لعقود الخدمة الاجتماعية وغيرها من الخدمات التي بسبب طبيعتها الخاصة لا تتطلب استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية بل أدوات أو أجهزة أو تنسيقات ملفات معينة ليست متوفرة أو مدعومة من قبل التطبيقات المتاحة عادة؛ - في الحالات التي يتم فيها استخدام تنسيقات الملفات التي لا يمكن معالجتها بواسطة أي تطبيق مفتوح أو متوفر بشكل شائع، أو تخضع لنظام حقوق الملكية الفكرية ولا يمكن إتاحتها عن طريق التنزيل عن بعد أو التنزيل من قبل المصلحة المتعاقدة؛ - عندما يتطلب استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية معدات مكتبية متخصصة لا يوجد لدى المصلحة المتعاقدة عادة؛ - عندما تتطلب وثائق المشاورة تقديم نماذج أو نماذج أولية أو عينات لا يمكن إرسالها إلكترونياً؛ - عندما يكون استخدام وسائل الاتصال الأخرى ضرورياً بسبب انتهاك لأمن وسائل الاتصال الإلكترونية، أو لا يمكن ضمان الطبيعة الحساسة للغاية للمعلومات التي تتطلب درجة عالية من الحماية بشكل مناسب عن طريق استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية المتاحة عادة للمتعاملين الاقتصاديين أو التي يمكن إتاحتها لهم بواسطة إحدى وسائل الوصول... المادة R2132-12 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

⁴ Grégory KALFLECHE, op.cit., p. 538.

ثانيا: في القانون المصري

أوجب القانون رقم 182 لسنة 2018 أن يتم الاعلان عن الدعوة للتعاقد بحسب موضوعها، على أن يتم في الاعلان وصف "موضوع الطرح" وصفا دقيقا ومفصلا، مع تبين الخصائص والمميزات والأنواع المطلوبة، مع تجنب الإشارة إلى مُنتج أو علامة محددة...¹، كما "يجب النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (7) من هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقا لما تقدره السلطة المختصة، ويبين في الاعلان طريق التعاقد وشروطه والأسباب المبررة لإتباع هذا الطريق، وأسلوب التقييم الفني والمالي، وغيرها من البيانات المطلوبة

وفي حالة التعاقد عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة الداخلية أو المزايدة العلنية العامة أو المزايدة بالمظاريف المغلقة، فيجب الإعلان مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، ويكون الإعلان عن المناقصة العامة والممارسة العامة الخارجية مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، وإحدى الصحف الدولية والإعلام عنها من خلال السفارات والقنصليات . وفي حالة التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو المزايدة المحدودة أو المزايدة المحلية، فيجب توجيه الدعوة لأكثر عدد ممكن من المسجلين المتخصصين أو المؤهلين المشتغلين بالنشاط موضوع الطرح .

وفي حالة إذا ما قررت الجهة الإدارية تأجيل موعد فتح المظاريف أو المزايدة، فيجب أن يتم الإعلان عن الموعد الجديد بالطريقة ذاتها .

وفي جميع حالات الإعلان أو الدعوة للتعاقد، يتعين الحصول على موافقة السلطة المختصة، ويجوز بموافقتها الإعلان في أكثر من صحيفة مصرية أو دولية وفقا لأهمية وطبيعة التعاقد في الحالات التي تقتضي ذلك².

ثالثا: في القانون الجزائري

لا بد أن يستجمع طلب العروض بحسب شكله، عدة شروط ومواصفات، حيث لا بد أن يتم نشره والاعلان عليه متضمنا لكافة البيانات والمعلومات اللازمة.

وقد نصت المادة 61 من م.ر.ر 15-247 على الحالات التي يكون فيها الإشهار الصحفي لازما، وهي طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض

¹ المادة 14 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

² المادة 20 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

المحدد، المسابقة، والتراضي بعد الاستشارة. ويقصد بالإشهار في هذا النص شهر طلب العروض والإعلان عليه في وسائل الإعلام المناسبة، قصد اطلاع المهتمين على محتواه وتمكينهم من معرفة تفاصيل المشروع أو الدراسة التي تعتمزم المصلحة المتعاقدة القيام بها¹.

ومن أجل النشر الموسع لطلبات العروض، فقد نصت المادة 65 من م.ر.ر 15-247 على أنه: "يجر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغتها الأجنبية واحدة، على الأقل. كما ينشر إجبارياً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي"، ولا بد أن يحتوي طلب العروض على البيانات والمعلومات الكافية، التي تتيح للمطلع عليه معرفة حاجات المصالح المتعاقدة على وجه دقيق ومحدد، فوفقاً لنص المادة 62 من م.ر.ر 15-247 يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على بيانات الزامية، أهمها التعريف بالمصلحة المتعاقدة، وصيغة طلب العروض، وشروط الانتقاء والتأهيل، ومدة تحضير العروض. فهذه البيانات تعد إلزامية في إعلان طلب العروض، غايتها التعريف المحدد لطبيعة وخصائص موضوع الصفقة المراد إبرامها²، وعنوان وتسمية المصلحة المتعاقدة التي أعلنت عنها، ويعد بمثابة الإعلان عن الرغبة في التعاقد³. هذا، وقد تُرك تحديد أجل تحضير العروض للمصلحة المتعاقدة⁴، وإن حددت المادة 66 من م.ر.ر 15-247 العناصر الأساسية التي يتم الاستناد عليها في ذلك وما يفهم من هذا النص، أن إعلان طلب العروض لا بد أن يستجيب لخصوصيات موضوع الصفقة، " وأن ينشر نشرًا سليماً"⁵، وأن يتيح فرصة المشاركة والتنافس لأكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين، وذلك بمنحهم الوقت الكافي لتحضير عروضهم وإيداعها لدى المصالح المتعاقدة المعنية في الوقت المحدد⁶. وتلي مرحلة الدعوة للتعاقد مرحلتها الإيجاب والقبول، على النحو التالي.

¹ حمزة خضري، المرجع السابق، ص. 178.

² وفي بعض النظم - يتضمن الإشارة أيضاً للمعايير المعتمدة في اختيار المتعامل المتعاقد: " L'appel d'offres peut être << ouvert >> - seules a partir d'un examen d'ensemble , tout à la fois notamment , du prix mais aussi de la qualité des prestations présentée ainsi que des garanties proposées par les entreprises en termes de délais notamment , que l'administration procédera au choix du titulaire du marché , en fonction des critères définis dans l'appel d'offres ". Martine LOMPARD & Gilles DUMONT, op.cit., p. 232.

³ حمزة خضري، المرجع السابق، ص. 187.

⁴ وهو أمر محل انتقاد، إذ كان من الأنسب تقييدها في ذلك وفقاً لمعايير واعتبارات محددة مسبقاً، تجدر الإشارة إلى أن قانون الصفقات العمومية الفرنسي (الملغى)، ضبط بدقة أجال تحضير العروض، ونص عليها في عدة مواد منه، في شرحها: - Patrick SCHULTS, op.cit., p. 120.

⁵ في قواعد النشر السليم وشروطه ينظر: عبد العزيز السيد الجوهري، المرجع السابق، ص. 118.

⁶ المادتان 26 و63 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

المطلب الثاني

صيغ الايجاب وتقنيات القبول في العقود الإدارية

ترتبط صيغ الايجاب وتقنيات القبول في العقود الإدارية بصورة الدعوة للتعاقد التي اعتمدها الهيئة الإدارية. حيث تراعي العروض التي يتقدم بها الراغبون في التعاقد ما ورد بتلك الدعوة (مزايدة، مناقصة، ممارسة...)، بل وتتقيد بها أيضا الجهة الإدارية، وكذلك القبول يكون في المزايدة على من رسي عليه المزااد وفي المناقصة على من اختارته لجنة البت أو لجنة تقييم العروض. ويعد اتباع هذه الصيغ والتقنيات مظهر مميز لإبرام العقود الإدارية. وليبيان ذلك يتم التطرق لصيغ الايجاب (الفرع الأول)، ثم لتقنيات القبول في العقود الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صيغ الايجاب

يُقصد بالإيجاب: " العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول" ويشترط ليكون التعبير عن الإرادة إيجاباً أن يكون دقيقاً ومحدداً، من جهة، وباتا من جهة أخرى¹ وقد عرّفت محكمة النقض المصرية الايجاب بأنه: " وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العرض الذي يُعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذ ما اقترن به قبول انعقد العقد"². وقد حددت التشريعات المدنية أحكام الايجاب³. أما في العقود الإدارية، فيسمى الايجاب وفقاً لبعض القوانين " تصدير العطاء"، حيث "يلزم من تقدم به من وقت استلامه من جهة الإدارة وحتى نهاية مدة سريان العطاء ولا يجوز رجوعه عنه طيلة تلك المدة"⁴. وهو بمثابة الإيجاب المقترن بأجل⁵ المقرر في المادة 1116 من القانون المدني

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 88.

² محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 3103 لسنة 38 ق، بتاريخ 16-11-1994، مجموعة أحكام محكمة النقض، 1994، ص ص. 1383-1392.

³ نص على أحكام الايجاب القانون المدني الفرنسي في المواد من 1113 إلى 1122، والقانون المدني المصري في المواد من 89 إلى 100، والقانون المدني الجزائري في المواد من 62 إلى 71، مشار إليها سابقاً (ص. 10).

⁴ أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص. 143.

⁵ في شرح هذه الصورة من صور الايجاب ينظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 92.

الفرنسي¹، والمادة 63² من القانون المدني الجزائري، والمادة 93 من القانون المدني المصري، وبمقتضاه يلتزم الموجب وهو العارض في هذه الحالة بما جاء في عرضه طيلة مُدة صلاحية العروض.

ولمعرفة الصيغ العملية للإيجاب وتحديد آثاره في العقود الإدارية يتم التطرق لأحكام وصيغ الإيجاب في قانون الطلب العمومي الفرنسي (أولاً)، ثم في قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر (ثانياً)، ثم وفقاً لقانون الصفقات العمومية في الجزائر (ثالثاً).

أولاً: صيغ وأحكام الإيجاب في قانون الطلب العمومي

ينص قانون الطلب العمومي على التقديم الإلكتروني للعروض من قبل العارض " Un soumissionnaire" وهو " كل مشغل اقتصادي يقدم عرضاً في إطار إجراءات منح العقد العام"³، في المدة المحددة، مع مراعاة إتاحة كافة الوثائق والنماذج الضرورية للراغبين في ذلك⁴. وفي حالة طلب وثيقة أو نموذج أو إجراء معين من قبل المصلحة المتعاقدة بعد إعلانها عن الدعوة للتعاقد⁵، يجب أن يتم ذلك قبل ستة أيام على الأقل من الموعد النهائي لقبول العروض، على ألا يقل الموعد في حالات الضرورة المبررة عن أربعة أيام. والقاعدة أنه "لا يجوز قبول أي عرض ورد بعد انتهاء الآجال".

وقد حدد القانون مدة (35) يوماً كأجل أدنى لاستقبال العروض في حالات طلب العروض المفتوح⁶، ويمكن تخفيضه إلى (15) يوماً في حالتي الضرورة المبررة، والإعلان المُسبق عن بدء إجراء استشارة أو تأهيل سابق على الدعوة للتعاقد بمدة لا تزيد عن (12) شهراً. ويمكن تخفيض المدة إلى

¹ " 1116. Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat."

² تنص المادة 63 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا عُيِّنَ أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل". تنص المادة 93 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد".

³ تنص المادة L1220-3 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique."

⁴ المواد من R2132-3 إلى R2132-5 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

⁵ على أن تعديل أوصاف أو خصائص أو كميات الأشغال أو اللوازم أو الخدمات ... بعد إطلاق الإجراء وبدء استقبال العروض، قد يخلّ اختلالاً واضحاً بمبدأ المساواة بين المترشحين:

" Le Conseil d'État a ensuite prolongé cette exigence en estimant que la modification du programme de construction d'un marché de travaux après le dépôt des offres créait une atteinte au principe d'égalité, dans la mesure où les candidats n'avaient pas été mis en situation de modifier leurs offres et que le candidat retenu l'avait été sur le fondement des nouveaux critères... " Grégory KALFLECHE, op.cit. , p. 510.

⁶ المواد R2132-6 - R2152-2 - R2161-2 - R2351-6 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

(30) يوما إذا كان تقديم العطاء إلكترونيا. أما في حالات طلب العروض المحدود، فتكون الآجال الدنيا (30) يوما، يجوز تخفيضها إلى (15) يوما في الحالات المبررة قانوناً¹. ويقدم العارض عرضه في مرة واحدة كما هو مقرر في اعلان الدعوة للتعاقد، وإذا قدم أكثر من عرض فإن الذي يؤخذ في الاعتبار هو آخر عرض قدمه.

ثانيا: صيغ وأحكام الايجاب في قانون تعاقدات الجهات العامة

تنص المادة 23 من القانون رقم 182 لسنة 2018 على أن: "تقدم العطاءات في مظهرين مغلقين، أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، وتلتزم الجهة الإدارية بالحصول على إقرار من مقدم العطاء يضمنه بمظروفه الفني يفيد التزامه بالتأمين على العمالة وفقا لقوانين التأمينات السائدة إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك. ويكون فتح مظاريف العطاءات في الوقت والمكان المحددين بكراسة الشروط والمواصفات في جلسة علنية عامة بحضور من يرغب من مقدمي العطاءات، ويجوز لمقدمي العطاءات تفويض من يرونه لحضور جلسة فتح المظاريف شريطة تقديم التفويض الدال على ذلك. ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا"².

ثالثا: صيغ وأحكام الايجاب في قانون الصفقات العمومية

نصت المادة 67 من م.ر.ر 15-247³ على الطريقة التي يتم من خلالها تقديم العروض. في أظرفة منفصلة خاصة بالعرض التقني والعرض المالي وملف الترشيح، تجمع داخل ظرف آخر ويقفل بإحكام. ويستمر تقديم العروض إلى المصلحة المتعاقدة حتى نهاية المدة المحددة في إعلان طلب العروض⁴.

وتعد مرحلة إيداع العروض على النحو المذكور، بمثابة الايجاب، وتليها مرحلة تقييم العروض وتكوين الإدارة لقبولها إذا ما وافق إيجاب أحد العرضين.

¹ المواد 3- R2161 / R2161-6 / R2161-7 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

² المادة 33 من القانون 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

³ المادة 67 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

⁴ على الرغم من نص المرسوم الجديد المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (كسابقه) على تحديد جدول زمني لبدء التعامل إلكترونيا في مجال إبرام الصفقات العمومية في المادة 204 منه، تظل إمكانية تطبيق التعاقد الكترونيا بعيدة المنال، على الأقل في الوقت الراهن، خاصة والتساؤل مطروح بصفة عامة حول آليات الإيجاب والقبول والعدول إلخ... في العقود الالكترونية وتطبيقاتها في الجزائر. لمزيد من التفصيل أنظر: نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/2013، ص. 108.

الفرع الثاني

تقنيات القبول في العقود الإدارية

يعرف القبول على أنه "التعبير اللاحق للإيجاب، والإرادة الثانية في العقد"¹. وتنص المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي على أن القبول هو مظهر من مظاهر إرادة المتعاقد في الالتزام بشروط العرض، وطالما لم يصل القبول إلى العارض، يمكن سحبه بحرية، بشرط أن يصل السحب إلى العارض قبل القبول. والقبول الذي لا يتوافق مع العرض يعتبر عرضاً جديداً². ونص القانون المدني المصري في المادة 96 منه "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً". ونصت المادة 66 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً". ولمعرفة مجال تطبيق هذه الأحكام على القبول في العقود الإدارية لابد من التفريق بين تكوين القبول (في العقود الإدارية) الذي يصدر بعد مرحلة تقييم العروض ووسيلة التعبير عنه، ثم النظر في شروطه ومدى توافقها مع النصوص المدنية سالفه الذكر.

وقد أنشأت التشريعات لجان محددة مهمتها تقييم العروض³، ومن المقرر أنه "لا بد أن تكون اللجان الإدارية وجهات الرقابة مكونة من أشخاص من ذوي الخبرة والسمعة الحسنة، لأن أي خلل في الخبرة أو في الأمانة يمكن أن يؤدي إلى التحايل أو التلاعب أو الرشوة أو الشفاعة السيئة"⁴. كما تثبت عملية فتح وتقييم العروض كتابةً، " وتمثل الكتابة هنا اجراء جوهريا يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات التي تقوم بها هذه اللجنة"⁵

أولاً: تقييم العروض في القانون الفرنسي

تختص لجان الصفقات بدراسة وتقييم العروض التي تتلقاها المصالح والكيانات المتعاقدة، وتتكون على مستوى البلديات والهيئات والمؤسسات الإقليمية من رئيس الهيئة أو المسؤول عن المؤسسة

¹ مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ط1، مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، مصر، 1996، ص. 101.

² " L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle."

³ يفترض ألا تكون الأشكال المتبعة في تقييم العروض والشروط المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات، تعجيزية أو مرهقة للمتعاملين الاقتصاديين، كما ينبغي أن تكون المصالح المتعاقدة مسؤولة في حال تعمدت ذلك، في هذا المعنى:

" Éviter le risque pénal au cours des procédures de passation des marchés publics et des délégation de service public ". Nicolas CHARREL, Marché et délégation des services public - Le risque pénal -, LE MONITEUR, 2001, p. 85.

⁴ رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، دار المكتبي، دمشق، 2009، ص. 18.

⁵ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 208.

أومن يمثله رئيسا، ومن ثلاثة إلى خمسة أعضاء يتم انتخابهم من مجلس البلدية أو الهيئة المعنية -
بحسب طبيعة الهيئة وعدد سكان البلدية¹.

ويمكن أن يُستدعى كل من له خبرة أو كفاءة قد تستعين بها اللجنة في أداء أعمالها²، وتعد اللجنة مسؤولة عن تقييم العروض، ومنح العقد لصاحب أفضل عرض وفقا للمعايير المعتمدة في التقييم، واستبعاد العرض الذي لا يستوفي صاحبه الشروط القانونية، وتعلن في حالة عدم نجاح الدعوة للتعاقد عن عدم جدوى الإجراء، كما تشرف على التفاوض مع المتعاقد المرشح في حال السماح به عند اختيار إجراء المناقصة... أما على مستوى الدولة والهيئات المركزية والوطنية، فإن لجان الصفقات تقوم بدور إداري واستشاري فحسب؛ وهي تتشكل وفقا لقرار من الوزير المعني.

1- نتائج تقييم العروض:

يترتب على عمل اللجان المكلفة بتقييم العروض صدور عدة قرارات:

1-1- استبعاد العروض:

نص قانون الطلب العمومي على حالات استبعاد العروض؛ ويأتي في أولها العروض التي لم يؤدي مقدموها التزاماتهم الجبائية ومساهماتهم واشتراكاتهم الاجتماعية المفروضة والواجبة الأداء قانونا³، ومن كان في حالة إفلاس أو تسوية قضائية أو حالة مماثلة في قانون أجنبي يخضع له، وتحرمه من حق المشاركة في تنفيذ الطلبات العمومية. ومن صدر في حقه حكم قضائي جنائي أو قرار إداري يقضي بجرمانه من هذا الحق، وحالات الاخلال السابق من المتقدم بالالتزامات التعاقدية، ... وفي مثل هذه الحالات لا يطبق الاستبعاد إلا عند تقرير منح العقد لعارض معين، ففي هذه المرحلة فقط تطلب المصلحة المتعاقدة من العارض المعني تقديم الأدلة والوثائق الجبائية والمالية والقضائية التي تثبت أنه ليس في أي حالة من حالات الاستبعاد المذكورة أنفا.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 25-1-2019 بأنه " ... إن الدليل على أن المرشح ليس في إحدى حالات الحظر المنصوص عليها ... لا يمكن طلبه في مرحلة إيداع

¹ المادة 22 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي سابق الإشارة إليه.

² المادة 23 من نفس القانون.

³ المادتين 3-L2141 / 2-L2141 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

ملفات الترشيح، ويجب طلبه فقط من المرشح الذي تعترم السلطة المتعاقدة منح العقد العام له...¹ أما حالات الاستبعاد الأخرى، كتلك التي يجوز فيها المتقدم معلومات أو بيانات من شأنها الاخلال بمبدأ التنافس، وحالات قيام شبهة التواطؤ بين مقدمي العطاءات، وحالات تضارب المصالح بالنسبة للمشرفين على إبرام عقود الشراء العام... فإن على المصلحة المتعاقدة أو من يدعي وجود هذه الحالة إثباتها². وقد اعتبر مجلس الدولة بأن "مشاركة أحد المعارضين في صياغة شروط التعاقد قبل اعلان المنافسة، ومشاركة أحد مستخدمي الشركة السابقين حديث الانفصال عنها (أقل من سنتين) في مناقصة أطلقتها... حالات وجيهة لاستبعاد هذه العروض، لما يشوبها من شكوك بشأن مشروعيتها³. واستثناء مما سبق، يجوز قبول عرض من صدر بحقه قرار إداري بالاستبعاد إذا بررت ذلك مصلحة الجهة العامة المتعاقدة، واستندت على أسباب مقنعة.

1-2- رفض العروض غير النظامية وغير المقبولة وغير المناسبة:

تقوم المصلحة المتعاقدة برفض العروض غير النظامية أو غير المقبولة أو غير المناسبة⁴. والعرض غير النظامي (Une offre irrégulière) هو العرض غير المكتمل من حيث الوثائق والبيانات، أو الذي لا يمثل للتشريعات المعمول بها خاصة في المسائل الاجتماعية والبيئية. والعرض الذي لا يلبي المتطلبات المنصوص عليها في وثائق المناقصة، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 20-5-2009 بأن المتطلبات المنصوص عليها لقبول العرض (كدرجة تأهيل معينة، أو حد أدنى من القدرات المالية أو التقنية...) يكون منصوصا عليها صراحة في الاعلان عن المناقصة، كما تكون معلومة من طبيعة ومضمون الوثائق والشهادات المطلوبة للمشاركة⁵. أما العرض غير المقبول (Une offre inacceptable) فهو عرض يتعدى سعره اعتمادات الميزانية المخصصة

¹ "...les preuves de ce qu'un candidat ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner énumérés à l'article,... ne peuvent être exigées au stade du dépôt des dossiers de candidature et doivent seulement être apportées par le candidat auquel le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer le marché public...". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 25/01/2019, 421844, Disponible sur le site : (28-10-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038077352&fastReqId=911377345&fastPos=1>

² وهي الحالات التي ذكرتها المواد: من L2141-4 إلى L2141-11 من قانون الطلب العمومي.

³ Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, 14/10/2015, 390968, Disponible sur le site: (26-10-2019 À l'heure 13:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000031315648>

⁴ Article L2141-6 - Article L2152-1

⁵ " Considérant que contrairement à ce que soutient la société Pat Eleck, les documents exigés par l'article 12 du règlement de la consultation au titre de la justification des capacités professionnelles, techniques et financières des opérateurs économiques sur lesquels les candidats s'appuient ne méconnaissent en tout état ...". Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 20/05/2009, 311379, Inédit au recueil Lebon, Disponible sur le site : (26-10-2019 À l'heure 19:00) :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000020868987&fastReqId=1212797488&fastPos=1>

للعلمية، والتي وضعت قبل بدء الإجراء. أما العرض غير المناسب (Une offre inappropriée) فهو الذي لا يلبي احتياجات المشتري العمومي¹.

1-3- رفض العرض المنخفض بشكل غير عادي-بعد التأكد-

تقوم المصلحة المتعاقدة برفض العرض المنخفض بشكل واضح، بشرط أنها لم تقتنع بالتوضيحات التي يمكن أن تستعلم عنها من قبل مقدم العرض، أو كان ذلك بسبب عدم مراعاة الالتزامات القانونية خاصة البيئية والاجتماعية... وقد تمت إضافة هذا الحكم في قانون الطلب العمومي (في المادة 6-2152 L)، بما يكرس الاجتهاد القضائي السابق لمجلس الدولة، فقد قضى الأخير في حكمه الصادر بتاريخ 29-5-2013² بأنه "ومهما تكن إجراءات المنح، يجب على السلطة المتعاقدة التي ترى أن عرضًا ما يبدو منخفضًا بشكل غير طبيعي، أن تطلب من العارض جميع التفاصيل والمبررات التي تفسر السعر المعروض، من أجل التحقق مما إذا كان العرض منخفضًا بشكل غير طبيعي أم لا، ولا يكفي مجرد ملاحظة الفرق الكبير في السعر بين المناقصات، دون التأكد مما إذا كان السعر المعني في حد ذاته مُقوّمًا بأقل من قيمته الحقيقية...".

2- معايير تقييم العروض:

يتم تقييم العروض وفقا للشروط والأوصاف المعلن عنها في الدعوة للتعاقد، وإذا كان اختيار العرض الفائز لا يعتمد فقط على معيار السعر، فيجب وزن وترجيح جميع المعايير الموضوعية لتحديد العطاء الأكثر فائدة اقتصاديًا. وقد أخذ قانون الطلب العمومي الفرنسي (في المادة 16-2362 R) بضرورة احترام مبدأ المنافسة، وبهذا الصدد يقول البعض³ "إن مبدأ المنافسة الحرة هو في المقام الأول حرية. ومن المسلم به أن المناقصة، التي يعتمد مبدأها على المعيار الوحيد للسعر، لا تؤدي من حيث المبدأ إلى أفضل عرض -فهي تجعل من الممكن الحصول على أرخص عرض- ولكن إرادة رواد الأعمال، أو مقدمو الخدمات إلى امتلاك أسواق أخرى في المستقبل تؤدي إلى اقتراح عرض يتناسب مع احتياجات الشخص العام، من أجل الحفاظ على حرية المنافسة، بينما يتم في نفس الوقت توجيه المعايير التي ستركز عليها هذه المنافسة: ليس فقط السعر ولكن أيضًا الجودة أو المتانة أو التكاليف غير

¹ نصت عليها المواد من L 2152-2 إلى L 2152-4 من قانون الطلب العمومي.

² " Quelle que soit la procédure de passation le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse doit solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Pour contrôler le caractère anormalement bas ou non d'une offre, il ne suffit pas de se borner à relever l'écart de prix important entre les offres sans rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché."، CE، 29 mai 2013، n° 366606، Ministre de l'intérieur / Sté Artéis، Disponible sur le site : (30-10-2019 À l'heure 23:00) :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000027479457&fastReqId=566590239&fastPos=1>

³ Grégory KALFLECHE، op.cit.، p. 519.

المباشرة لأي طلب. لذلك يبدو لنا من الناحية التاريخية أن نربط جميع نصوص المشتريات العامة بـ "مبدأ" المنافسة الحرة الذي يتطلب تعريفاً اقتصادياً تقنياً نسبياً... يسمح مبدأ المنافسة الحرة للأفراد بممارسة نشاطهم في نظام التنافس الذي يجب ألا تعوقه طبيعة وخصائص الحاجيات أو الخدمات المطلوبة من السلطات العامة".

وعليه، تكون معايير التقييم على أساس معيار واحد يمكن أن يكون: السعر، شريطة أن يكون الغرض الوحيد من العقد هو شراء خدمات أو لوازم موحدة تكون جودتها غير قابلة للتغيير من متعامل اقتصادي إلى آخر. أو التكلفة، المحددة وفقاً لنهج واضح. أو على أساس عدد من المعايير على أن تكون غير تمييزية، ومتعلقة بموضوع العقد أو شروط أدائه، بما في ذلك معيار السعر أو التكلفة وواحد أو أكثر من المعايير الأخرى التي قد تشمل الجوانب الاجتماعية¹.

ومن المعايير التي يمكن اعتمادها أيضاً في اختيار العروض ما يتعلق بجوانب الجودة والنوعية والآثار البيئية².

¹ مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكن يسلم بسهولة بحرية الإدارة في إدراج المعايير المرتبطة بالجانب الاجتماعي كالمساهمة في ادماج العاطلين عن العمل أو تكوين اليد العاملة أو تقديم خدمة للمعوزين، خاصة إذا لم تحدد آلية واضحة ومقنعة لتقييمها، أو لم تكن وثيقة الصلة بالخدمة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقها... إلا أنه بدأ تدريجياً في قبول هذه المعايير خاصة منذ قراره المؤرخ في 25-03-2013 (CE, 25 mars 2013, n° 364950).

"...La jurisprudence quant à elle n'a jamais été très favorable à l'application de critères sociaux d'attribution. En effet, le juge administratif a longtemps considéré que **l'utilisation du critère social était illégale en raison de son absence de lien avec l'objet des prestations demandées**. Dans une décision du 29 novembre 2011, la cour administratif d'appel de Douai avait ainsi considéré que le pouvoir adjudicateur ne pouvait fonder son appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse sur les performances des candidats en matière d'insertion de publics en difficulté, car ce critère ne présentait, en l'espèce, aucun lien avec l'objet des prestations attendues au titre du déménagement, du stockage et du transfert de mobilier et machines-outils dans des lycées de la région. Les offres sans lien avec l'objet du marché ne répondent en effet pas aux besoins de l'acheteur public et ne peuvent donc pas être retenues... Pour autant, depuis un arrêt du 25 mars 2013, la jurisprudence semble s'être assouplie (C.E., 25 mars 2013, n° 364950). En effet, si le juge du référé avait jugé la procédure d'attribution illégale en raison de l'emploi d'un critère social parmi les critères de choix alors que l'objet du marché concernait des travaux de renforcement et de renouvellement des chaussées et ne présentait donc, aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté, le Conseil d'État a, au contraire, considéré que **l'inclusion d'un critère social d'attribution pouvait être justifiée dès lors que le marché était susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion...**". Laure CATAL, La dimension sociale dans les marchés publics, 13 décembre 2017, Disponible sur le site : (26-11-2019 À l'heure 19:00) :

<https://marches-publics.legibase.fr/actualites/focus/la-dimension-sociale-dans-les-marches-publics-86190>

² قد تشمل هذه المعايير التالية: (أ) الجودة، بما في ذلك الجدارة التقنية والخصائص الجمالية أو الوظيفية، وإمكانية الوصول، والتعلم، والتنوع، وظروف الإنتاج والتسويق، وضمان الأجر العادل للمنتجين، والطابع المبتكر، الأداء فيما يتعلق بحماية البيئة، وتطوير الإمدادات المباشرة للمنتجات الزراعية، والتكامل المهني للفئات المحرومة، والتنوع البيولوجي، ورعاية الحيوانات... (ب) أوقات الإنجاز وشروط التسليم وخدمة ما بعد البيع والمساعدة التقنية وأمن=

ويُمنح العقد إلى مقدم العطاء أو، عند الاقتضاء، إلى مقدمي العروض الذين قدموا أحسن العروض من الناحية الاقتصادية، على أن يكون الاختيار مبرر، وتم إجراؤه في ظل احترام التنافس والمساواة بين العارضين¹، وعلى أسس ومعايير موضوعية تتعلق بموضوع العقد أو بشروط تنفيذه...².

هذا، وتقوم المصلحة المتعاقدة بوضع ونشر تقرير يحدد إجراءات منح العقود وأنظمة التفضيل الديناميكية التي تلبي المتطلبات التي تكون قيمتها مساوية أو أعلى من العتبات المالية المحددة لذلك. ولا يتم وضع هذا التقرير في العقود اللاحقة المستندة على اتفاقية إطارية عندما يتم الانتهاء من دون إعادة فتح المنافسة. ويجب أن يتضمن تقرير العرض على الأقل اسم وعنوان السلطة المتعاقدة والغرض من العقد وقيمه؛ أسماء المرشحين المستبعدين وأسباب رفض طلبهم؛ أسماء المرشحين المختارين وأسباب هذا الاختيار؛ أسماء مقدمي العروض الذين تم رفض عرضهم وأسباب هذا الرفض، بما في ذلك، عند الاقتضاء، الأسباب التي دفعت المصلحة المتعاقدة إلى الحكم على أنها منخفضة بشكل غير طبيعي؛ اسم الحائز وأسباب اختيار عرضه، والترخيص للمقاول من الباطن إذا ووجد...³.

ثانياً: تقييم العروض في القانون المصري

أخذ المشرع المصري بنظام اللجنتين عند استلام وتقييم العطاءات، " لجنة فتح المظاريف " و" لجنة البت"، إلا أنه في المناقصات التي لا تزيد قيمتها عن ثلاثمائة ألف جنيه مصري، يكون الفتح والبت من قبل لجنة واحدة. وتنشأ هذه اللجان بقرار من السلطة المختصة وتظم عناصر قانونية ومالية وفنية مؤهلة⁴. ومن الضروري التأكيد على أن تضم لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض موظفين أكفاء، لأن " نجاح الإدارة إنما يتوقف بدرجة كبيرة على مدى كفاية الموظفين العموميين ومدى قدرتهم على

=الإمداد وقابلية التشغيل البيئي وميزات التشغيل. (ج) تنظيم ومؤهلات وخبرات الموظفين المكلفين بأداء العقد، عندما يمكن أن يكون لنوعية الموظفين المعينين تأثير كبير على مستوى أداء العقد. ويمكن أخذ معايير أخرى في الاعتبار إذا كانت مبررة بموضوع العقد أو شروط أدائه، بشرط أن تكون قابلة للتطبيق على كل العروض. المادة R2152-10 من قانون الطلب العمومي.

¹ " Il suffit que l'autorité passant le marché mette effectivement en concurrence les offres qu'elle a reçues. La seule réserve à cela est une question de preuve, il faudra en effet que cette autorité puisse démontrer qu'elle a non seulement comparé effectivement les offres, mais aussi qu'elle l'a fait dans des conditions égales. On retrouve alors l'importance de la publicité qui, quelle que soit sa forme, devra donner par avance les critères de sélection afin d'assurer l'égalité de traitement, mais la preuve de la comparaison semble pouvoir être apportée par un acte motivé présentant le choix et ses motifs... " Grégory KALFLECHE, op.cit., p. 538.

² "Article L2152-7. Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution...."

³ المادة R2184-1 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

⁴ المادة 28 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

تحقيق أهدافها¹. وعلى هذا الأساس، يجب أن يشترك في عضوية لجان فتح المظاريف ولجان البت في المناقصات ولجنة الممارسة ممثل لوزارة المالية إذا تجاوزت القيمة التقديرية مليون جنيه، وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا تجاوزت القيمة التقديرية مليوني جنيه. ويشترك في عضوية لجنة البيع أو التأجير أو الترخيص بالانتفاع أو الاستغلال ممثل لوزارة المالية متى بلغ الثمن الأساسي مليون جنيه، وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى بلغ الثمن الأساسي مليوني جنيه.

أما في حالة شراء أو استئجار أو بيع أو تأجير العقارات التي تتم في الخارج، فيشارك في العضوية ممثل لوزارة المالية وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا تجاوزت القيمة التقديرية أو بلغ الثمن الأساسي ثمانية ملايين جنيه. ويجب اشتراك ممثل لوزارة الإسكان في عضوية اللجان المشار إليها في حالات شراء أو استئجار العقارات. وفي جميع الأحوال، لا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور ممثل وزارة المالية وعضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة بحسب الأحوال، وممثل لوزارة الإسكان في الحالات التي تتطلب ذلك. وعن النصاب اللازم لصحة اجتماع هذه اللجان، يرى البعض "أن غياب أحد أعضاء اللجنة سواء أكانت لجنة فتح المضاريف أم لجنة البت فيها أمر يخل بضمانات محققة نص عليها القانون هي في أساسها تعد أشكالاً جوهرية مقررة لصالح مقدمي العطاءات"².

1- عمل لجان البت:

تتولى لجنة "البت" دراسة العطاءات المقدمة وفق الشروط والمواصفات المعلن عنها، ويجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط، وعلى اللجنة التحقق من توافر شروط الكفاءة الفنية والملاءة المالية وحسن السمعة في مقدمي العطاءات، وذلك كله وفقاً للشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط، ولهذا اللجنة أن تستعين بكل من له خبرة ودراية في أي مجال من المجالات³. ويجب البت في العطاءات خلال مدة سريانها، كما هي محددة في الدعوة للتعاقد، ويمكن تمديدتها بشرط وجود مبرر لذلك، ويعلم السلطة المختصة وموافقة المتقدمين بعطاءاتهم⁴. كما يُشار إلى أنه في حالات التعاقد وفقاً لطريق الاتفاق المباشر، تتولى التأكد من مطابقة محل العقد للشروط والمواصفات ومناسبة الثمن، لجنة خاصة تتشكل لهذا الغرض. أما في حالات التعاقد وفقاً لطريق المسابقة فإن لجنة

¹ أنور أحمد رسلان، تقارير الكفاية، ط 3، مطبعة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر، 2006، ص. 8.

² جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 207.

³ المادة 34 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

⁴ المادة 27 من نفس القانون.

التحكيم "المتخصصة" هي التي تتولى البت في العروض¹.

وتُباشر لجان البت عملها باستبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات والمتطلبات المحددة بكراسة الشروط. وتتم ترسية المناقصة أو الممارسة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً أو الذي يتم ترجيحه وفقاً لنظام النقاط المحددة عناصره وأسسها بشروط الطرح²، " فعند البت في العروض قد يكون العرض الأقل سعراً ينقص بمزاياه الفنية قليلاً عن العرض الذي بعده، وعند الموازنة بين الأسعار والمزايا قد تكون مصلحة الإدارة في الأخذ بالعرض الذي بعده³. ويتم التقييم في كل الحالات بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية، وإعمال القواعد المتعلقة بتفضيل المنتج المصري... مع الأخذ في الاعتبار العناصر التي تؤثر في تحديد القيمة المقارنة للعطاءات بحسب ظروف موضوع التعاقد وطبيعته، وتتم ترسية المزايدة على مقدم أعلى سعر مستوف للشروط بشرط ألا يقل السعر المقدم عن الثمن أو القيمة الأساسية⁴.

وإذا تبين للجنة البت أن العطاء الأقل سعراً منخفض انخفاضاً غير عادي مقارنة بالعطاءات الأخرى والقيمة التقديرية، وجب عليها طلب تفاصيل العطاء المقدم كتابة، فإذا تبين لها من دراسة ما فُدم من تفاصيل ومعلومات أن العرض المقدم ما يزال يثير الريبة ويتعذر الأخذ به توصي اللجنة باستبعاده، ويتعين أن توثق اللجنة كل ما يتخذ من إجراءات أدت إلى ذلك. وترفع اللجنة محضراً متضمناً قراراتها وتوصياتها المُسببة للسلطة المختصة، لاعتماده أو لتقرير ما تراه. وبعد اعتماد قرارات لجنة البت، يتم تبليغ صاحب العطاء الفائز بقبول عطائه بموجب خطاب يرسل بمخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، مع تعزيده في ذات الوقت بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال، كما يحظر باقي مقدمي العطاءات كتابة بما انتهت إليه الجهة الإدارية من قرارات، مع وجوب إتاحة الفرصة لإيضاح أسباب عدم قبول العطاء للعارضين⁵.

وقد تقوم الجهة الإدارية بإلغاء المناقصة أو الممارسة... قبل البت فيها بقرار مسبب، إذا استغنت نهائياً عنها أو كان ذلك بدواعي المصلحة العامة، وبهذا الصدد " تتبدى المفارقة بين مركز الإدارة وبين

¹ المادتان 30 و66 من نفس القانون.

² تنص المادة الأولى من القانون رقم 182 لسنة 2018 على ما يلي: " التقييم بنظام النقاط: أحد أساليب تقييم العطاءات، يتم فيه تطبيق معايير الجودة الفنية والسعر مجتمعين عن طريق تحديد أسس وعناصر التقييم، والوزن النسبي للجانب الفني أو الفني والمالي للعطاءات بحسب طبيعة العملية، والحد الأدنى للقبول وصولاً إلى درجات أو نسب إجمالية لكل عطاء، بما يكفل تحديد أولوية ترتيبه..."

³ رفيق يونس المصري، المرجع السابق، ص. 79.

⁴ المادتان 35 و36 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

⁵ المادة 35 من نفس القانون.

مقدم العطاء، فالإدارة تستطيع إلغاء المناقصة دون مؤاخذة أو تقرير حق مقدم العطاء في التعويض، أما إذا أراد مقدم العطاء أن يسحب عطاءه أو يغيره فإنه لا يجوز ذلك، وإذا حدث فإنه يخسر التأمين الابتدائي الذي قدمه مع عطاءه¹. كما قد تقوم بهذا الإلغاء سواء بسلطتها التقديرية أو بناء على اقتراح من لجنة البت إذا ووجدت مؤشرات على وجود "تواطؤ بين مقدمي العطاءات" أو شبهة احتيال أو فساد²، كما يمكن إلغاء المناقصة أو الممارسة في الحالات التالية: إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو أفرزت عملية البت إلى عطاء وحيد مؤهل من مجموع العطاءات المقدمة؛ وإذا اقترنت كل أو أغلب العطاءات بتحفظات³، وإذا تجاوزت قيمة أقل عطاء القيمة التقديرية لموضوع العقد.

أما في المزايدة، فيمكن للجهة الإدارية إلغائها قبل البت فيها، إذا استغنت عنها نهائياً، أو اقتضت المصلحة العامة ذلك، ويمكن إلغاؤها إذا لم تصل نتائجها للثمن أو القيمة الأساسية، أو لوجود عرض واحد فقط مستوفٍ للشروط. أو لوجود تواطؤ أو احتيال أو فساد⁴.

2- اعتماد وتبليغ قرارات لجان البت:

تقوم إدارة التعاقدات "التي يتم إنشاؤها على مستوى كل جهة متعاقدة" بإخطار مقدمي العطاءات بنتائج قرارات اللجان بالقبول أو الاستبعاد أو الإلغاء فور اعتماد السلطة المختصة لها، بخطابات ترسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، مع تعزيره في ذات الوقت بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، بحسب الأحوال، وفقاً لعناوينهم وبياناتهم الواردة بالعطاء، ويكون لهم حق التقدم بشكواهم كتابة خلال سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لإخطارهم بالقرار. ويخطر صاحب العطاء الفائز بقبول عطاءه خلال مدة لا تتجاوز يومين بعد انقضاء السبعة الأيام المنصوص عليها في الفقرة الأولى كما يخطر باقي مقدمي العطاءات بذلك .

¹ جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص. 23.

² تنص المادة 1 من القانون رقم 182 لسنة 2018 على ما يلي: "التواطؤ: ترتيب يتم بين طرفين أو أكثر قبل أو بعد تقديم العطاء، لتحقيق غرض غير مشروع أو للإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، ومبدأ حرية المنافسة بما في ذلك التأثير بشكل مباشر أو غير مباشر على تصرفات طرف آخر، بهدف تقسيم العقود بين مقدمي العطاءات أو تثبيت أسعار العطاءات بشكل غير تنافسي. الاحتيال: أي فعل أو امتناع عن فعل يؤدي إلى تضليل الطرف الآخر بهدف الحصول على منفعة مالية أو عينية أو أي منفعة أخرى، أو التأثير في العملية المطروحة، أو لتجنب الالتزام في تنفيذ العقد. الفساد: أي عرض أو إعطاء أو استلام أو طلب لأي شيء ذي قيمة، أو الحث على ارتكاب أفعال غير مناسبة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، للتأثير بشكل غير مشروع على أداء طرف آخر في العملية المطروحة أو في تنفيذ العقد...".

⁴ المادة 38 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

كما تُنشر نتائج قرارات اللجان ونتيجة الترسية في لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض في مكان ظاهر للعامة وعلى بوابة التعاقدات العامة، ويتضمن النشر كل النتائج والأسباب التي استندت عليها، والقيمة النهائية للمشروع والنقاط المحصل عليها، وكذا البيانات الخاصة بموضوع العقد وبلد ومنشأ المنتجات¹... وتجدر الإشارة إلى أن "كل قرارات لجان البت... هي قرارات إدارية تخضع لما تخضع له هذه القرارات، كما أنها لا تملك قبول عرض غير مستوف للشروط، أو رفض عرض مقبول دون مبرر، وذلك تحت طائلة البطلان"².

ثالثا: تقييم العروض في القانون الجزائري

تنقسم قواعد تقييم العروض إلى قواعد عامة، يؤخذ بها في مختلف أشكال العروض وقواعد خاصة مرتبطة بشكل طلب العروض المعني وموضوع الصفقة المراد إبرامها³. وتستعمل هذه القواعد من أجل التوصل إلى أفضل العروض ومعرفة العارض المؤهل. وتتعلق قواعد تقييم العروض بضوابط قياس ووزن ما يقترحه العارض من خدمات وأسعار ومستويات خدمية أو تكنولوجية أو تقنية محددة، بينما يرتبط التأهيل أساسا بالوضع القانوني والمهني للعارض، وما يحوزه من مؤهلات وخبرات موثقة.

كما أن حسن تقييم ملفات الترشيحات، والتأكد من المعلومات الواردة بها، يعد مقدمة أساسية لتقييم العروض التقنية ومعرفة قدرات ومؤهلات المتعامل الاقتصادي، لذلك يجب أن تحرص المصلحة المتعاقدة على استخدام المعايير الموضوعية التي تحدد تلك القدرات والمؤهلات المطلوبة من جهة، وتؤكد من حيازتها فعليا من قبل أصحاب العروض، من جهة أخرى⁴.

وهناك عدة قواعد، تقيّد لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عند قيامها بتقييم وتحليل العروض التقنية، وتؤخذ في الحسبان خاصة عندما يكون "الطابع التقني" للعروض معيارا أساسيا في تحديد العرض المناسب، فقد تم إفساح المجال أمامها لتستعلم وتستعمل كل الوسائل القانونية المتاحة للتأكد من القدرات والمؤهلات التقنية لأصحاب العروض، فقد نصت المادة 79 من م.ر.ر. 15-247 على أنه: "يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية مهما يكن إجراء الإبرام المختار، متلائما مع طبيعة كل مشروع وأهميته وتعقيده". كما نصت المادة 78 من نفس المرسوم في فقرتها الأخيرة على أنه: "في

¹ المادة 39 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

² برهان زريق، البطلان في القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 67-68.

³ وفي كل الحالات، يجب تقييم العروض على ضوء المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام الصفقات العمومية، فلا يتضمن أسلوب التقييم معايير تمييزية أو غامضة تخل بالمساواة بين العارضين:

Nicolas CHARRL, op. cit., p. 92.

⁴ وهي المهام التي نصت عليها المادتان 54 و56 من م.ر.ر. 15-247 سابق الإشارة إليه.

إطار الصفقات العمومية للدراسات، يستند اختيار المتعاملين المتعاقدين أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات".

1- نتائج أعمال لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض

بمتبع مختلف النصوص التي تضمنها م.ر.ر 15-247، المتعلقة بمهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، يتضح أن أعمالها تنتهي بجملة من الاقتراحات¹ التي تُرفع للمصلحة المتعاقدة، لتتخذ بناء على ذلك قرارها بشأن الإجراء المُمهّد لإبرام الصفقة.

ووفقا لمراحل فتح وتقييم العروض، تتسلسل نتائج أعمال لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض حيث تصدر بداية اقتراحها بشأن قبول الترشيحات والعروض أو إقصائها، ثم تصدر اقتراحها بشأن جدوى تلك العروض ومدى مطابقتها لدفاتر الشروط ومواضيع الصفقات، ثم تصدر اقتراحها بشأن قبول أو رفض العروض المؤهلة، وأخيرا تقترح منح الصفقة للمرشح الملائم.

1-1- اقتراح إقصاء الترشيحات والعروض وعدم جدوى الإجراء

قد تلاحظ لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، توافر حالة من حالات الإقصاء لعرض أو أكثر من العروض، وقد تقرّر بعد فحص الأخيرة من جميع الجوانب اقتراح عدم جدوى طلب العروض، فمتى تتحقق هذه الاقتراحات؟

أ- اقتراح إقصاء ترشيحات وعروض المرشحين

ينبغي التفريق بهذا الصدد بين الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية المبني على اخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، وبين الإقصاء المقرر لتحقيق المصلحة العامة، وبين الإقصاء بسبب عدم استيفاء الشروط المعلن عنها. حيث أنه في الصورة الأولى "الحرمان الجزائي" تقرر الإدارة حرمان شخص طبيعي أو معنوي من دخول المناقصات العامة التي تدعو إليها بمثابة جزاء يوقع على هذا الشخص نتيجة اخلاله بالتزاماته التعاقدية، أما في الصورة الثانية "الحرمان الوقائي" فإن تقريره يكون مرتبط بتحقق المصلحة العامة² كحرمان بعض الأعوان والموظفين العموميين من دخول المناقصات. أما الصورة الثالثة فقد تضمنها نص المادة 72 من م.ر.ر 15-247، عند تعدادها للمهام التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، حيث نصت على إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى

¹ تنص المادة 161 من المرسوم المذكور: على أن: "تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة. وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا"

² جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.144.

دفاتر الشروط ولموضوع الصفقة. ونصت عليها المادة 46 من نفس المرسوم، عند ذكرها لكيفية تقييم العروض التقنية الأولية بقولها: "إقصاء المرشحين الذين لا يستوفون المتطلبات المحددة في دفاتر الشروط.

ب- إقصاء الترشيحات

وبحسب الحالة، تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " إقصاء الترشيحات غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط أو لموضوع الصفقة ".

وبالرجوع إلى مكونات ملفات الترشيحات يتبين أن مجمل تلك المكونات من الوثائق والشهادات والتصاريح تتعلق بشكل مباشر بالوضعية القانونية للمرشح، ومدى احترامه للقيود المتعلقة بممارسة الأنشطة التجارية والاقتصادية، وبقدراته ومؤهلاته الفنية والتقنية¹. فقد ترتبط بعض الصفقات العمومية بمسائل حيوية وحساسة، تدفع المصلحة المتعاقدة إلى تبني نظام مشدد في انتقاء المتعاملين المتعاقدين معها، وضمان تمتعهم بالقدر الكافي من الكفاءة والخبرة والتأهيل القانوني، لذلك تعدد منذ البداية إلى اختيار شكل طلب العروض بما يتناسب والغايات المشار إليها، وعليه يتم إعداد دفاتر الشروط على النسق المذكور. ويمكن القول أن إقصاء الترشيحات من أخطر القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في مواجهة مقدمي العروض، لذلك يجب أن تُقيّد بشروط محددة معروفة مسبقاً⁽²⁾ ومنصوص عليها في دفتر شروط الصفقة.

وبالإضافة إلى ما سبق، نصت المادة 74 من م.ر.ر 15-247 على حالات الإقصاء³ المؤقت والنهائي من المشاركة في الصفقات العمومية⁴. كما يشار أيضاً إلى حالة أخرى من حالات الإقصاء من

¹ الفقرة 2 من المادة 67 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

² لمزيد من التفصيل أنظر: سمير صادق، المرجع السابق، ص. 102.

³ وهذه الحالات في مجملها " لا تشكل مساساً بمبدأ المنافسة أو انتقاصاً منه " لحسين بن شيخ أث ملوبا، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومه، 2014، ص. 254.

⁴ تنص المادة 72 من م.ر.ر 15-247 على أن: " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون: الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه، الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، الذين هم محل عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية و شبه الجبائية ، الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،- الذين قاموا بتصريح كاذب ،المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع،- المسجلون في قائمة المتعاملون الاقتصاديون المنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم، المسجلون في البطاقة الوطنية

المشاركة في الصفقات العمومية أشارت إليها المادة 92 من نفس المرسوم¹ بقولها: " لا يمكن المصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع (4) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية، بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

ج-إقصاء العروض

في حالة قبول ملفات الترشح على النحو المشار إليه، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل تقييمي وتحليلي لما ورد بالعروض، وتصدر اقتراحاتها بشأنها، فقد تحمل تلك الاقتراحات إقصاء بعض العروض المخالفة لبنود دفاتر الشروط ولموضوع الصفقة.

وإذا كان تقييم الترشيحات يتعلق بالقدرات والمؤهلات المتعلقة بمقدمي العروض، فإن تقييم العروض ينصبّ حول ما ورد في العروض ذاتها، من معطيات واقتراحات وبدائل وتصورات، تبعا لموضوع الصفقة وشكل طلب العروض المحددين تفصيلا في دفاتر الشروط المقدمة للعارضين، لذلك فإن قبول أو إقصاء العروض مرتبط بمدى قدرة مقدميها على تحقيق الشروط والأوصاف المحددة والأكثر تحقيقا للحاجات المعلن عنها. ومن الحالات التي يتم فيها إقصاء العروض، حالة رفض المتعامل الاقتصادي استكمال الوثائق والبيانات التي طلبت منه. هذا، وتقوم المصلحة المتعاقدة عند إقصاء الترشيحات أو العروض، بإرجاع الملفات التي لم تفتح إلى أصحابها².

د-اقتراح عدم جدوى الإجراء

الواضح³ أن إعلان عدم جدوى الإجراء، يتم اللجوء إليه في ثلاث حالات: إعلان عدم جدوى الإجراء لعدم استلام أي عرض، أو لعدم مطابقة أي عرض، أو لعدم ضمان تمويل الحاجات.

ه-اقتراح رفض العرض المقبول

لقبول العروض يشترط تطابقها مع المبادئ والأسس المذكورة في دفتر الشروط والمتلائمة مع طبيعة الصفقة⁴.

=لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية... الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي، الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم. ...".

1 المادة 92 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

2 الفقرة الأخيرة من المادة 71 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

3 تنص المادة 40 من م.ر.ر 15-247 على أنه: " ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يتم ضمان تمويل الحاجات "

4 المادة 72 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

* رفض العرض المقبول منعا لحدوث وضعية احتكارية

تقترح لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول إذا ثبت لها "أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط"¹. ويعتبر هذا الإجراء من "أخطر" القرارات التي يمكن أن تواجه المتعاملين الاقتصاديين، إذ يمكن استبعاد عروضهم إذا ثبت أن بعض ممارساتهم تشكل وضعية هيمنة على السوق، وهنا تستند لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض على المعلومات أو الوثائق التي تثبت صحة اقتراحها.

ووضعية الهيمنة وفقا لقانون المنافسة هي: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها امكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مومنيها"² وهذا التعريف يشابه تعريف محكمة العدل الأوروبية³، التي عرفت الهيمنة على أنها "القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة معينة تمنحها القدرة على وضع العوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق المعني، وتمكنها من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسيها وعملائها وكذا المستهلكين".

ولقيام وضعية الهيمنة على السوق لا يكفي وجود مؤسسة مهيمنة، بل لا بد من توفر شرطي الممارسة الاحتكارية والإضرار بالسوق⁽⁴⁾. ولكن التساؤل المطروح كيف يمكن للدان فتح الأطراف وتقييم العروض التابعة للولايات والبلديات التحقق من توافر وضعية الهيمنة على السوق، خاصة إذا بنت هذا الاقتراح على "إمكانية" اختلال المنافسة في القطاع المعني مستقبلا؟

* رفض العرض المقبول بسبب انخفاض العرض المالي للمتعهد

قد تقترح لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول "إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه

¹ تعني المنافسة "فتح المجال أمام عدة متنافسين اقتصاديين لتقديم نفس المنتج أو نفس الخدمة للإدارة المتعاقدة وهي عكس الاحتكار". سهام عباسي، المرجع السابق، ص.3.

² المادة 03 أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج، عدد 2003/43، مؤرخة في 20 يوليو 2003. موافق عليه بالقانون رقم 03-12 المؤرخ في 29 شعبان 1424 الموافق 25 أكتوبر 2003، ج.ر.ج.ج، عدد 2003/64، مؤرخة في 26 أكتوبر 2003.

³ مقتبس عن: جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012-2013، ص.124.

⁴ نفس المرجع، ص.143.

المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار. وفي هذه الحالة، يسبق اقتراح الرفض قيام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عن طريق المصلحة المتعاقدة، بطلب التوضيحات والتبريرات اللازمة لسبب الانخفاض غير العادي للعرض المالي أو السعر والرد الكتابي عليها، وعلى إثر ذلك تقرر اللجنة وفقا لمدى اقتناعها بتلك التوضيحات والتبريرات اقتراح قبول أو رفض العرض المعني.

* رفض العرض المقبول بسبب المبالغة في قيمة العرض المالي

على عكس الحالة السابقة، فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حالة كان العرض المالي مبالغ فيه استنادا إلى مرجع أسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول. وعلى الرغم من أن تحديد المبالغة من عدمها مقترن بمرجع الأسعار المعد من قبل المصلحة المتعاقدة، تظل مسألة التأكد منها أمر في غاية الأهمية.

و- اقتراح المنح المؤقت للصفقة

من الطبيعي أن تنتهي أعمال لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض باقتراح إسناد الصفقة لصاحب العرض المناسب، على أن يتم ذلك بقرار تتخذه المصلحة المتعاقدة وفقا للكيفيات المحددة قانونا.

ويعتبر المنح المؤقت "إجراء اعلاميا بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي والتقني"¹، "وتهدف الأشكال أو الشكليات التي يفرضها القانون، والتي يجب أن تراعيها الإدارة أثناء إصدارها للقرارات الإدارية إلى حماية الحقوق والحريات أو ملكية المواطنين من اعتداء الإدارة"². وعلى هذا الأساس يشترط في إعلان المنح المؤقت للصفقة عدة شروط، أهمها أن يتم نشره نشرا سليما، ضمن المواعيد القانونية، ووفقا لشكل محدد. فقد حددت المادة 65 من م.ر.ر 15-247 كيفية القيام بنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، فهذا الإعلان لا يهم المتعامل الاقتصادي الذي وقع الاختيار المؤقت عليه بقدر ما يهم بقية المتعاملين المتنافسين معه، لذلك يجب أن يتضمن سعر الصفقة وأجال إنجازها وكل المبررات والأسباب التي دفعت المصلحة المتعاقدة لتفضيل واختيار العرض المعني، وأن ينشر في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض ما أمكن ذلك، ضمنا لاطلاع بقية المتعهدين عليه.

هذا، طبقا لنص المادة 99 من م.ر.ر 15-247، ترتبط القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة تمهيدا لإبرام الصفقات العمومية بصلاحيات العروض، إذ تقدم هذه العروض وفقا للمعطيات المتوفرة للمتعاملين الاقتصاديين حال تحضيرها وتمتد مدة صلاحيتها بحسب ما هو محدد

¹ جلول هزيل، المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد 1، العدد 2، 2016، ص. 4.

² حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 2، ط 3، المرجع السابق، ص. 355.

في دفتر الشروط¹. حيث يعد عامل الزمن من القيود الهامة التي لا يمكن الإخلال بها عند رغبة المصلحة المتعاقدة في منح الصفقة للمتعامل المقبول، ولو تطلب منها ذلك تمديد آجال صلاحية العروض بموافقة المتعهدين المعنيين².

والملاحظ بشأن تقنيات تقييم العروض في التشريعات محل الدراسة، هو التباين في تنظيم الهيئة المكلفة بذلك، ففي القانون الجزائري تضم موظفين تابعين للمصلحة المتعاقدة، وأعمالها تسمى "اقتراحات". وفي القانون المصري تضم موظفين من ذوي الكفاءات وممثلين عن مجلس الدولة ووزارة المالية إذا بلغ الطلب قدرا محددًا. وهي تصدر قرارات في مواجهة المرشحين والمصلحة المتعاقدة. وفي القانون الفرنسي تضم ممثلين عن المصلحة المتعاقدة والمنتخبين في المجالس المحلية، وتتخذ قراراتها بمعزل عن سلطة وتأثير مسؤول المصلحة المتعاقدة.

وبمقارنة هذه النظم، وعلى الرغم من أهمية مرحلة تقييم العروض والقرارات الهامة والخطيرة التي تتمخض عنها كاستبعاد العروض وإقصاء المرشحين، يظهر أن القانون الجزائري وعلى الرغم من إدراجه "للجان فتح الأظرفة وتقييم العروض" ضمن هيئات الرقابة، إلا أنها في واقع الأمر مصلحة من المصالح التابعة للإدارة المتعاقدة وللرئيس الإداري الذي يحدد تشكيلتها وقواعد عملها ويستدعيها للإنعقاد وله وحده سلطة اعتماد ما تصدره من اقتراحات.

الفرع الثالث

الموازنة بين التزامات الهيئة المتعاقدة والتزامات الفائز المؤقت بالعقد

يرى جانب من الفقه³ " أن الإرادة المنفردة هي أساس التزام مقدم العطاء بعهائه من وقت تصديده وحتى البت في المناقصة ". كما أن "التزام الإدارة والمتعاقد لا ينشأ بتاريخ واحد، فالعارض مرتبط بالعطاء فلا يجوز له سحبه أو تعديله واختيار المناقص عن طريق لجنة البت لا يعدو أن يكون اختياراً مؤقتاً، ولا يصبح نهائياً إلا بعد صدور قرار باعتماده من الإدارة، ولا تبدأ التزامات الإدارة التعاقدية إلا من تاريخ هذه المصادقة"⁴.

¹ تنص المادة 99 من م.ر.ر 15-247 على أنه: " يجب على المصلحة المتعاقدة تبليغ الصفقة للمتعهد المقبول قبل انقضاء آجال صلاحية العروض ... إن تجاوز مدة صلاحية العروض يعطي للمتعهد المعني الحق في تحيين الأسعار حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 100 أدناه. في حالة المؤسسة الحائزة صفقة عمومية، تمدد آجال صلاحية العروض تلقائياً بشهر إضافي " والغاية من هذا التمديد التلقائي ترتبط بالالتزامات التي تلقى على عاتق الحائز المؤقت للصفقة ".

³ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.194.

⁴ برهان زريق، عقد التوريد الإداري، المرجع السابق، ص.72.

أولاً: التزامات الفائز بالعقد

أوجبت التشريعات بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الفائز المؤقت بالعقد، ورتبت على الاخلال بها إمكانية توقيع بعض العقوبات عليه.

1- في القانون الفرنسي

سبقت الإشارة¹ إلى أن قانون الطلب العمومي يسمح في مرحلة المنح المؤقت فقط بإمكانية طلب المصلحة المتعاقدة من المعارض المعني بتقديم الأدلة والوثائق الجبائية والمالية والقضائية التي تثبت أنه ليس في أي حالة من حالات الاستبعاد من المتعاقد. وهو ما قرره مجلس الدولة الفرنسي كذلك²، وعليه بالإضافة إلى استمرار التزام الحائز المؤقت بما جاء في عرضه، يقع عليه الالتزام أيضاً بتقديم الوثائق والتوضيحات المذكورة.

2- في القانون المصري

نص قانون تعاقدات الجهات العامة في المادة 82 منه على أنه "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد...". كما نصت المادة 41 على أنه في حالة عدم أداء الفائز بالعقد للتأمين النهائي خلال المدة المحددة، جاز للجهة الإدارية التعاقد مع صاحب العطاء التالي في ترتيب العطاءات، ويؤول إليها الحق في مصادرة التأمين المؤقت والرجوع على المعني قضائياً لاستيفاء الحقوق التي لا يمكن استيفاؤها بالطريق الإداري. وقد أقرت محكمة القضاء الإداري بأن "القاعدة هي أن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة في شروط العطاء، وهذه القاعدة تطبيقاً للقاعدة العامة في مجال القانون الخاص (المادة 93 ق المدني) والتي لم يرى المشرع موجبا للخروج عليها في مجال عقود الإدارة"³.

3- في القانون الجزائري

نص قانون الصفقات العمومية على أن الحائز المؤقت للصفقة يلتزم بعدة التزامات، حيث يترتب على "التمديد التلقائي" لآجال صلاحية العروض بالنسبة إليه لشهر إضافي عدم جواز تحلله من

¹ ينظر: ص 53-54.

² Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 25/01/2019, 421844, Disponible sur le site : (28-10-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038077352&fastReqId=911377345&fastPos=1>

³ حكم محكمة القضاء الإداري، مصر، بتاريخ 17-6-1979، في الطعن رقم 965، لسنة 31 ق. مقتبس عن: جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص. 23.

عرضه المقدم، وبذلك "يبقى على ايجابه الملزم"¹، وإلا تعرض مستقبلا لعقوبة الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية². وفي حالة تحقق هذا التنازل³، فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تعود من جديد لتقييم بقية العروض.

ثانيا: التزامات الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد الفائز بالعقد

تسعى المصلحة المتعاقدة من خلال إبرام الصفقات العمومية لتحقيق المصلحة العامة ويعد طلب العروض على النحو السابق، آلية قانونية تحدد سبل وكيفيات اختيار أفضل المتعاملين الاقتصاديين الذين قدموا أفضل العروض وأكثرها تحقيقا لحاجات المصالح المتعاقدة. لذلك يفترض أن تلتزم تلك المصالح بنتائج أعمال لجان البت أو التقييم المنشأة لديها، والتي توجهها نحو المتعهد الذي قدم العرض المناسب، من خلال اقتراحها منح العقد له وإتمام عملية الإبرام بعد ذلك.

1- في القانون الفرنسي

أجاز قانون الطلب العمومي⁴ للهيئات المتعاقدة، إعلان التخلي عن إجراءات التعاقد "في أي وقت". على أن تبلغ مقدمي العروض بهذا القرار، في أسرع وقت، مع بيان الأسباب التي دفعته لذلك. ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي -في إطار تحقيق المصلحة العامة- بحق الإدارة في عدم توقيع العقد مع صاحب العرض الفائز، فقد "أقر بأن الشركة الفائزة ليس لها الحق في طلب توقيع العقد إذا كانت إجراءات الإدارة قانونية"⁵. بل ذهب بعض الأحكام إلى الاعتراف بأن إلغاء إجراءات التعاقد يكون محققا للمصلحة العامة، كما لو انسحب العارض المؤهل للفوز بالعقد ويكون العرض المسحوب والعرض الموالي مختلفان لحد بعيد في المعايير الاقتصادية وفي تحقيق أغراض الجهة المتعاقدة...⁶.

¹ جلول هزيل، المرجع السابق، ص. 14.

² - تنص المادة 75 من م.ر.ر 15-247 عند بيانها لحالات الإقصاء بقولها: "الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض..."

³ المادة 74 من م.ر.ر 15-247.

⁴ تنص المادتين 1-2185 / 2-2185 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"L'acheteur peut, à tout moment, déclarer une procédure sans suite". "Lorsqu'il déclare une procédure sans suite, l'acheteur communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommander la procédure aux opérateurs économiques y ayant participé."

⁵ Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 10 octobre 1984, 16234, publié au recueil Lebon. Disponible sur le site: (4 -11-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007692784&fastReqId=589974249&fastPos=1>

⁶ CAA(La cour administrative d'appel) de LYON, 4ème chambre - formation à 3, 25/02/2016, 14LY03280, Inédit au recueil Lebon Disponible sur le site:(3-11-2019 À l'heure 19:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000032150917&fastReqId=517675799&fastPos=1>

2- في القانون المصري

مع التسليم " بأن إرساء المناقصة لا يعني إلزام الإدارة بإبرام العقد مع من رسي عليه العطاء"¹، فقد أجاز قانون تعاقدات الجهات العامة إلغاء المناقصة أو المزايدة أو الممارسة... قبل البت فيها بقرار مسبب. ولم يأتي في أحكامه ما يتعلق بإمكانية الإلغاء بعد البت للمصلحة العامة أو لتقدير الإدارة، بل تم تنظيم تلك الحالات وفقا لنتائج تقييم العروض وعدم الامكان منح العقد لأي عارض². أما القضاء الإداري فقد أقر بسلطة الإدارة في إلغاء إجراءات التعاقد سواء قبل البت أو بعده، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا بأن "... قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس لخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلا إجراء تمهيديا في عملية العقد الإداري المركبة، ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد، حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص... إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية في حق هذه الجهة في عدم اتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة..."³.

3- في القانون الجزائري

أجاز المرسوم الرئاسي رقم 15-247 للمصلحة المتعاقدة إلغاء أي إجراء من إجراءات الإبرام، والرجوع عن المنح المؤقت للصفقة وإلغائه إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة، ودون أن يترتب على ذلك الحق في أي تعويض⁴.

4- موقف الفقه

إن كان أصحاب العروض غير المختارة لا يمكنهم المطالبة بأي تعويض، وأصحاب كل العروض كذلك في حالة إلغاء الإجراء في مواجهتهم جميعا، أمرٌ يمكن التسليم به بوجه عام، فإن حرمان الفائز بالعقد من إتمام عملية التعاقد، وحرمانه أيضا من أي تعويض، لا يعد أمرا مقبولا، على الرغم من التسليم بسلطات الإدارة وبمركزها المتميز في مواجهة المتعاقد معها في العقود الإدارية. حيث يرى البعض أنه وبعد كل "الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة" التي يتكبدها مقدم العرض، وإعلان

¹ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص. 83.

² المادتين 37 و38 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

³ المحكمة الإدارية العليا حكم صادر في الطعن رقم 313، لسنة 4 ق بتاريخ 13-2-1960. مقتبس عن: جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص. 26.

⁴ تنص المادة 73 من م.ر.ر 15-247 على أنه: " عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية."

منحه العقد مؤقتاً، وقيام الأمل لديه بالفوز بالصفقة وإتمام عملية التعاقد، بعد كل ذلك " لا يمكنه المطالبة بأي تعويض " عن القرارات التي تجعل من كل الجهود التي قام بها كأن لم تكن، وفي مقابل ذلك لا يجوز له أن يتنازل عن عرضه طيلة مدة صلاحية العروض، التي تمتد بالنسبة إليه لشهر إضافي، على النحو السابق بيانه، وإلا تعرض للإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وهنا يبدو أحد أهم مظاهر انعدام التوازن بين المتعامل الاقتصادي والمصلحة المتعاقدة في مرحلة إبرام العقود الإدارية¹. لذلك اتجه الأستاذ جابر نصار إلى "عدم التسليم بهذا المنطق، والقول بضرورة انعقاد العقد بمجرد صدور قرار الترسية، فهو يجب أن يمثل قبول الجهة الإدارية للإيجاب الذي يتمثل في تقديم العطاء، وفي هذه الحال إن كان القانون قد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية، فإن ذلك-لا يمنع في نظر هذا الرأي- من انعقاد العقد، وإنما يعتبر نفاذه موقوفاً لحين تحقق الشرط الواقف وهو ضرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى، وهذا الرأي يحقق هدفين أولهما إثارة مسؤولية الإدارة العقدية إن هي نكصت على أعقابها ولم تقبل سريان العقد... أما الهدف الثاني فيتمثل في تقييد سلطة الاعتماد المختصة في رفض اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتبره القانون"².

ويظهر أن مسألة ترك سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة بصدد عدم استكمال التعاقد، هي نقطة مشتركة في التشريعات محل الدراسة. وقد قيدت ذلك "بمراعاة تحقيق المصلحة العامة". وإذا كانت المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، فإن ذلك يدعو لإنصاف المرشح المختار للتعاقد، وتعويضه-ولو جزئياً-على ما تحمله من خسارة وما فاتته من كسب.

وهذا عن القواعد العامة للتعاقدات الإدارية. وقد قررت التشريعات عدة استثناءات تجيز الخروج على الأحكام المذكورة آنفاً، حيث أجازت التعاقد وفقاً لصيغ التراضي أو التعاقد المباشر.

المطلب الثالث

أساليب التعاقد الاستثنائية وأثرها على ذاتية قواعد إبرام العقود الإدارية

يعرف البعض الاستثناء بأنه "قاعدة خاصة تجعل من الممكن الخروج على القاعدة العامة لإخضاع الوضع المعني لنظام خاص"³، ولا يمكن معرفة الاستثناء ولا رسم حدوده إلا بعد معرفة القاعدة العامة أو الأصل. وإذا كان إيجاب الإدارة وقبولها محدد

¹ أنظر: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 58 - 68.

² جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق ص. 27.

³ "L'exception peut se définir comme une règle spéciale qui permet de déroger à la règle générale en vue de soumettre la situation concernée à un régime particulier...". Mathias AMILHAT, Les exceptions dans le Code de la commande publique, Cahiers de droit de l'entreprise, Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction (Toulouse), (n° 6), December 2019, p. 1.

بإعمال آليات المناقصة والمزايدة وطلب العروض والتقييم والإرساء ومنح العقد، وفق تسلسل إجرائي صارم¹، يهدف للحفاظ على المنافسة وحرية الوصول للطلبات العمومية وشفافية الاجراءات، وكان ذلك يشكل القواعد العامة للتعاقد، فإن القوانين التي نصت على هذه القواعد، نصت أيضا على الاستثناءات التي ترد عليها، "وهي تهدف لتعويض عدم فاعلية قواعد المنافسة"² في حالات حددها القانون.

وتتعدد الاستثناءات على القواعد العامة لإبرام العقود الإدارية، ويمكن تصنيفها إلى استثناءات تستهدف اخضاع بعض فئات العقود الإدارية لأنظمة قانونية خاصة³ خارج النظام الأساسي للتعاقد. ومثال ذلك ما نص عليه قانون الطلب العمومي "لا تخضع لأحكام هذا القانون... العقود المتعلقة بنقل المهارات والخبرات بين المصالح المتعاقدة بدون مقابل... والعقود المتعلقة بشغل أملاك الدولة..."⁴، وما نص عليه قانون الصفقات العمومية "لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود المبرمة بين الهيئات والإدارات العمومية، والعقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات، والعقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم والعقود المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل..."⁵

وهناك استثناءات أخرى تؤسس لإجراءات تعاقد خاصة داخل النظام العام للتعاقد، وبموجبها يتم استبعاد الآليات التنافسية ليحل محلها التفاوض بين الطرفين، وليس المقصود التفاوض الذي يكون مكملا لآليات التنافس كما هو مشار إليه سابقا، وإنما المقصود أن يتم التفاوض كإجراء أولي ووحيد لإبرام العقد. أو ما يطلق عليه بالاتفاق المباشر والذي يشكل "تقنية استثنائية لتبادل الايجاب والقبول في العقود الإدارية"، وهو أسلوب "يحق فيه للإدارة أن تلجأ إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه، للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد"⁶، وقد أطلقت عليه بعض التشريعات أسلوب "التراضي"، وكما هو ظاهر فهو أسلوب مبني على التفاوض والأخذ والرد بين الطرفين. لذلك يتم التطرق للتنظيم القانوني للتعاقد

¹ لمزيد من التفصيل أنظر: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 214.

² Mathias AMILHAT, Les exceptions dans le Code de la commande publique, op.cit., p. 5.

³ Ibid, p.2.

⁴ Article L. 1100-1 Ne sont pas soumis au présent code, outre les contrats de travail, les contrats ou conventions ayant pour objet : 1° Des transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ; 2° Les subventions définies à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; 3° L'occupation domaniale".

⁵ المادة 7 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

⁶ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 792.

المباشر (الفرع الأول)، ثم بحث مدى تأثير اللجوء إليه على ذاتية قواعد إبرام العقود الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التنظيم القانوني للتعاقد المباشر

اختلفت النظم محل الدراسة في تعبيرها عن صورة تعاقد الإدارة مباشرة مع متعاقد معين ومحدد بالذات، إلا أنها تشابهت في تنظيمه وتحديد حالات اللجوء إليه.

أولاً: أساليب التعاقد المباشر في القانون الفرنسي:

نص قانون الطلب العمومي على أن عقود الشراء العام يمكن أن تبرم دون إعلان مسبق أو تقديم عطاءات تنافسية¹. وأن اللجوء إلى هذا الأسلوب مُقَيّد بمرسوم يخضع لرقابة مجلس الدولة، ويكون في حالات². عدم إفلاح الاجراء الأول للتعاقد، أو لضرورة معينة، أو لكون الاجراء غير مجدي في مثل تلك الحالات. كما أجاز القانون استثناء أن تمنح السلطات المتعاقدة والكيانات المتعاقدة عقوداً بصفة مباشرة، دون اللجوء إلى إجراء الإشهار أو التنافس، إذا ارتبط ذلك بأغراض البحث أو التجريب أو الدراسة أو التطوير، دون هدف الربحية أو لتغطية تكاليف البحث والتطوير³. كما أجاز فقط للكيانات المتعاقدة شراء اللوازم عن طريق الاستفادة من فرصة انخفاض أسعارها في مدة قصيرة لا تسمح بإعداد الإجراءات العادية، وحيث يكون سعر تلك المنتجات أقل بكثير من أسعارها في الظروف أو في الأسواق العادية...⁴.

¹ تنص المادة L2120-1 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :
1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ..."

² تنص المادة L2122-1 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur."

³ تنص المادة R2122-10 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Un pouvoir adjudicateur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement."

⁴ تنص المادة R2122-11 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

" Une entité adjudicatrice peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables :
1° A des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs ;

وقد أجاز القانون منح العقد بعد التفاوض¹ في بعض الحالات المحددة² والمقيدة بضرورات تحقيق "مبدأ كفاءة المشتريات العامة، الذي يستلزم إجراء التفاوض في حالات معينة"³، منها:

- عندما لا يمكن تلبية الحاجة إلا بالتعاقد الفوري.

- عندما تكون هناك حاجة إلى الأعمال أو اللوازم أو الخدمات الجديدة أو المحسنة أو المبتكرة،

- عندما يتضمن العقد خدمات تصميم.

- عندما يكون منح العقد متوقف على ضرورة التفاوض مع العارضين بسبب طبيعة موضوعه أو خصوصيته... وعندما تكون السلطة المتعاقدة غير قادرة على تحديد المواصفات الفنية بدقة كافية بالرجوع إلى معيار أو تقييم فني أو مواصفات تقنية مشتركة أو مرجع فني...

ومن الجدير بالذكر بأن إدراج هذه الحالات هو تجسيد للتوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي (2014/24/UE)⁴. وقد ورد به " ... نظرًا لتأثيراته السلبية على المنافسة، يجب الاحتفاظ باللجوء إلى الإجراء التفاوضي دون نشر إشعار العقد مسبقًا في ظروف استثنائية للغاية. يجب أن تقتصر هذه الاستثناءات على الحالات التي يتعذر فيها النشر لأسباب الاستعجال الناتجة عن أحداث غير متوقعة لا تُعزى إلى السلطة المتعاقدة (كالكوارث الطبيعية)، أو عندما يكون من الواضح منذ البداية أن النشر لن يؤدي إلى مزيد من المنافسة أو تحقيق نتائج أفضل، لا سيما بسبب وجود مشغل اقتصادي واحد فقط - بشكل موضوعي - قادر على تنفيذ العقد. هذا هو الحال مع الأعمال الفنية، حيث تحدد هوية الفنان في حد ذاتها تفرد وقيمة العمل الفني. قد ينتج التفرد أيضًا عن أسباب أخرى، ولكن اللجوء إلى الإجراء التفاوضي عليه دون نشر لا يمكن تبريره إلا في حالة الحصرية الموضوعية، أي عندما لا يتم اصطناع الحصرية من قبل السلطة المتعاقدة نفسها بهدف منح العقد..."⁵.

2° Ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché"

¹ " Les contrats librement négociés peuvent être directement passés entre l'administration et son cocontractant, sans procédure préalable démise en concurrence. S'agissant des marchés publics, le recours à la négociation directe n'est autorisé qu'en deçà d'un montant inférieur à un seuil fixé par les textes ou lorsque les procédures de mise en concurrence se sont révélées infructueuses" Martine LOMPARD & Gilles DUMONT, Droit administratif, DALLOZ, Paris, 2004, p. 232.

² نصت عليها المادة 3-2124 من قانون الطلب العمومي.

³ أنظر في هذا المعنى، وفي دور النظام التفاوضي في تحقيق كفاءة نظام المشتريات العامة:

Grégory KALFLECHE, op.cit., p. 558.

⁴ DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), Journal officiel de L'Union européenne, 28-03-2014. Disponible sur le site: (22-10-2019 À l'heure 18:00) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=32014L0024&from=IT>

⁵ "Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles. Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de"

كما ذكرت المادة 32 من هذا التوجيه الحالات التي يتم فيها التعاقد دون إجراء اعلان مسبق أو منافسة، ومنها ما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريد وعقود الخدمات، وتشمل هذه الحالات حالة احتكار الخدمة من قبل مشغل اقتصادي محدد، وحالة عدم جدوى اجراءات الاختيار الأولي، وحالة انعدام المنافسة لأسباب فنية، وفي حالات الضرورة الملحة التي لا تسمح باتباع طرق التعاقد العادية.

ثانيا: أساليب التعاقد المباشر في القانون المصري

بالنسبة لعقود الشراء، يتم اللجوء إلى التعاقد بالاتفاق المباشر في حالات محددة¹، منها حالات الاستعجال المبررة، وحالات احتكار الخدمة من قبل مورد واحد، وحالات "تعزيز السياسات الاجتماعية أو الاقتصادية التي تتبناها الدولة"،... وقد اشترط القانون للجوء لهذا الأسلوب من التعاقد ضرورة الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، وهي مسؤول الجهة الإدارية، أو الوزير المختص، أو مجلس الوزراء بحسب طبيعة العقد وأهميته. كما أجاز القانون للهيئات الإدارية البيع أو التأجير بالاتفاق المباشر، وذلك في الحالات "العاجلة والطارئة" التي لا تشمل سلوك طرق المزادة، على أن تحصل الجهة الإدارية على ترخيص مباشرة هذا الإجراء من قبل رئيس الهيئة، أو الوزير بحسب أهمية البيع وثمنه².

ونص قانون تعاقدات الجهات العامة تحت عنوان "تعاقدات الجهات ذات الطبيعة الخاصة والتعاقدات بناء على مبادرة من القطاع الخاص"³ على جواز تصريح مجلس الوزراء للجهات

=concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché. Tel est le cas des œuvres d'art, pour lesquelles l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art. L'exclusivité peut aussi résulter d'autres motifs, mais le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une situation d'exclusivité objective, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché." DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL, op.cit., p. 74.

¹ المادة 62 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

² المادتان 63 و71 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

³ تنص المادة 76 من قانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 تحت العنوان المذكور على ما يلي: "في حالات الضرورة، يجوز لمجلس الوزراء أن يصرح لجهة إدارية بعينها، لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل تلك الجهة ونشاطها أو طبيعة العملية، بالتعاقد بأي من طرق التعاقد المنصوص عليها بالمادة (7) من هذا القانون وفقا للشروط والقواعد التي يحددها. كما يجوز لمجلس الوزراء أن يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملا التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة، وذلك بناء على عرض من الوزير المختص بنتائج الجدوى الفنية والاقتصادية والاجتماعية للمشروع والدراسة التحليلية للهيكال الفني والمالي له، وعلى أن يكون ذلك بعد موافقة وزير المالية والتخطيط، وذلك كله ما لم ينظم التعاقد قوانين أخرى. وإذا لم ينطوي المشروع المقدم على حقوق ملكية فكرية حصرية لمقدمه ورغبت الجهة الإدارية في تنفيذه، يحق لها في ضوء دراستها طرحه للحصول على عطاءات تنافسية له،"

الإدارية، في حالات الضرورة "بالتعاقد بأي من طرق التعاقد، ووفقا للشروط والقواعد التي يقررها"، ويجوز التصريح لجهة إدارية محددة "بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملا التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة... " مقيدا ممارسة هذا الاستثناء بقيود إدارية وإجرائية. كما نص هذا القانون تحت عنوان "عقود الصفقات والمشروعات المركبة والمتشابكة ومتعددة الأطراف"¹ على جواز التعاقد في العقود والصفقات التي تتطلب السرعة أو بحكم موضوعها أو التقلبات في أسعارها... بالطرق والقواعد التي تحددها "لجنة المؤشرات والتغيرات الاقتصادية التي تضم الوزراء المعنيين بالمالية والتخطيط..."، وعلى جواز التعاقد بالطرق التي تحددها ذات اللجنة بالنسبة للعقود المركبة والمتشابكة كعقود B.O.T. وقد نصت اللائحة التنفيذية المشار إليها في المادة 165 تحت عنوان "ضوابط وأوضاع إبرام عقود الصفقات والمشروعات المركبة والمتشابكة ومتعددة الأطراف" على القيود الإدارية والاجرائية التي يتم في ظلها الخروج على قواعد القانون بشأن التعاقد في الحالات المشار إليها².

= ويتم التعاقد وفقا للأطر العامة والإجراءات والشروط الواجب إتباعها وضوابط إبرامه، والتي تقرها اللجنة المنصوص عليها بالمادة (4) من هذا القانون ويعتمدها مجلس الوزراء ويصدر بها دليل إجرائي ينظمها.

¹ تنص المادة 79 من قانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على ما يلي: "استثناء من أحكام هذا القانون، يجوز للجهة الإدارية التعاقد على الصفقات التي تتطلب منها السرعة في اتخاذ قرار التعاقد بحكم طبيعتها أو التقلبات في أسعارها وكمياتها الاقتصادية أو التي تغطي مدى زمني مستقبلي أو العمليات المتعلقة بالمعاملات المنجزة في الأسواق المالية الدولية أو عقود المشتقات المالية والمشتريات الآجلة والمستقبلية وما يرتبط بها، وذلك كله وفقا للممارسات التجارية الدولية المطبقة التي تحددها السلطة المختصة بالجهة الإدارية وتقرها اللجنة المنصوص عليها بالمادة (4) من هذا القانون ويعتمدها مجلس الوزراء .

كما يجوز للجهة الإدارية استثناء من أحكام هذا القانون إبرام التعاقدات ذات الطبيعة المركبة أو المتشابكة أو متعددة الأطراف، أو التعاقدات التي تتطلب هيكل تمويليا كمشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT ، والبناء والتملك والتشغيل BOO ، والتصميم والاشتراء والتشييد + التمويل EPC+Finance وغيرها، وذلك إذا كانت هذه التعاقدات تحقق للجهة الإدارية المتعاقدة أهدافها الاقتصادية والتنموية العاجلة، أو استلزمت الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية سرعة إتمامها في توقيت معين . وتتم هذه التعاقدات وفقا للأطر العامة والإجراءات والشروط الواجب إتباعها وضوابط إبرامها والتي تقرها اللجنة المنصوص عليها في المادة (4) من هذا القانون، ويعتمدها مجلس الوزراء ويصدر بها دليل إجرائي ينظمها، على أن يضع الوزير المختص بالجهة الإدارية القواعد الخاصة بكل مشروع بالاتفاق مع وزيرى المالية والتخطيط، ويجب اعتماد هذه القواعد من مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بالجهة الإدارية . وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون ضوابط وأوضاع إبرام هذه التعاقدات".

² نصت اللائحة التنفيذية المشار إليها في المادة 165 على ما يلي: "يجوز للجهة الإدارية استثناء من أحكام القانون التعاقد على الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ قرار التعاقد عليها بحكم طبيعتها أو التقلبات في أسعارها وكمياتها=

ويلاحظ أن المشرع المصري قد أعطى لرئيس مجلس الوزراء سلطة الاذن باللجوء إلى الاتفاق المباشر، في حالات الضرورة، والضرورة القصوى، مما يعطيه صلاحية واسعة في اللجوء إلى هذه التقنية، مما دفع البعض إلى توجيه النقد الشديد لموقف المشرع في هذا الشأن، لأن مثل هذا النص يخول لرئيس مجلس الوزراء الخروج على كل أحكام القانون، المتعلقة باختيار من تتعاقد معهم الإدارة، ويتنافى مع

=الاقتصادية، أو التي تغطي مدى زمنيا مستقبليا، أو العمليات المتعلقة بالمعاملات المنجزة في الأسواق المالية الدولية، أو عقود المشتقات المالية والمشتريات الآجلة والمستقبلية وما يرتبط بها، وذلك كله وفقاً للممارسات التجارية الدولية المطبقة التي تحددها السلطة المختصة بالجهة الإدارية . وتتولى السلطة المختصة بالجهة الإدارية طالبة التعاقد تحديد الممارسات التجارية الدولية ذات الصلة بالموضوع محل طلبها والتي ستبعتها عند اتخاذها إجراءات التعاقد استثناءً من أحكام القانون، على أن يتم عرضها على اللجنة الوزارية للمؤشرات والتغيرات الاقتصادية المنصوص عليها في المادة (4) من القانون لدراستها وإعداد تقرير بنتائج أعمالها وتوصياتها يعرضه مقرر اللجنة على مجلس الوزراء لاعتماده واتخاذ ما يلزم من إجراءات لتنفيذ ما ورد به . كما يجوز للجهة الإدارية استثناءً من أحكام القانون إبرام أي من التعاقدات الواردة بالفقرة الثانية من المادة (79) من القانون إذا كانت تحقق لها أهدافها الاقتصادية والتنموية العاجلة، أو استلزمت الظروف الاقتصادية، أو الاجتماعية سرعة إتمامها في توقيت معين . وبمراعاة الأطر العامة والإجراءات والشروط الواجب اتباعها والضوابط التي تعدها لجنة المؤشرات والتغيرات الاقتصادية المنصوص عليها في المادة (4) من القانون والتي يعتمدها مجلس الوزراء ويصدر بشأنها دليل إجرائي ينظم إبرام أي من تلك العقود ، يتعين على الجهة الإدارية عند النظر في التعاقد على أي منها التحقق من استيفاء دراسات الاحتياج للمشروع محل التعاقد وألوية تنفيذه ، وتوافر دراسات جدوى اقتصادية دقيقة ومقبولة لكافة الأطراف المعنية، ودراسات الجدارة الائتمانية للشركاء ومصادر التمويل والمخاطر ذات الصلة وغيرها ، ووجود خطة أو برنامج مالي واضح يبرر تكلفة المشروع ، وكيفية السداد وحجم رأس المال المقدم من القائمين عليه ، والتأكد من توافر مواصفات معيارية فنية للمشروع كاملاً ، ودراسات لاقتصاديات التنفيذ والتشغيل طوال مدة المشروع أو مدة العقد ، وإمكانية توفير جميع الموافقات والتراخيص اللازمة للتنفيذ، ودراسات تؤكد ربحية المشروع مع الأخذ في الاعتبار صيانه واستبدال الأصول المتقدمة خاصة في السنوات الأخيرة من مدة المشروع أو العقد ، وتكوين احتياطات من إيراداته لاستخدامها في عمليات التجديد والصيانة والإحلال وبما يتماشى مع طبيعة المشروع والعقد، وغيرها من أمور ذات صلة ترتبط بطبيعة المشروع . ويكون التعاقد على أي من هذه المشروعات إما بالإعلان عنه أو توجيه الدعوة لقائمة مختصرة من المستثمرين المرشحين لتقديم عروضهم ، أو بطريق الاتفاق المباشر في حالة عدم تقدم أكثر من مستثمر مؤهل ، أو إذا وصل أكثر من مستثمر مؤهل إلى قائمة المرشحين ولم يُقدم أكثر من واحد منهم عرضاً يستوفي المتطلبات ، أو في حالة وجود مصدر واحد فقط مؤهل لتنفيذ المشروع ، أو إذا كانت هناك حاجة عاجلة لتنفيذه مثل التأكد من استمرار تقديم الخدمات العامة ، أو غيرها مما يجعل اللجوء إلى تنفيذ إجراءات الاختيار التنافسية أمراً غير عملي ، وفي جميع الحالات يجب أن تحتوى كراسة الشروط والمواصفات على كافة المعايير والمتطلبات والاشتراطات الفنية والمالية والتعاقدية . ويتولى الوزير المختص بالجهة الإدارية المتعاقد وضع القواعد الخاصة بكل مشروع على حدة بالاتفاق مع وزيرى المالية والتخطيط، ويجب اعتماد هذه القواعد الخاصة من مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المختص بالجهة الإدارية، وذلك بما لا يتعارض مع الأطر العامة والإجراءات والشروط الواجب اتباعها وضوابط إبرام أي من تلك العقود والمعتمدة من مجلس الوزراء والصادر بشأنها دليل إجرائي ينظمها".

مبدأ تكافؤ الفرص وحرية المنافسة والمساواة، ولا سيما أن عبارات الضرورة والضرورة القصوى عبارات فضفاضة، ومرجع تقديرها سيكون لرئيس مجلس الوزراء¹.

ثالثا: أساليب التعاقد المباشر في القانون الجزائري

في الجزائر حددت المادة 49 من م.ر.ر 15-247 ست (06) حالات يمكن أن تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط²، الذي يقصد به "تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"³، ويشكل هذا الإجراء "قاعدة استثنائية" لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة المذكورة. كما نصت المادة 12 من نفس المرسوم على كيفية التعاقد في حالات السرعة والاستعجال الملح المبرر "بخطر داهم" يهدد ملك أو استثمار عمومي⁴.

¹ مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 794.

² " Les contrats librement négocié peuvent être directement passés entre l'administration et son cocontractant, sans procédure préalable démise en concurrence. S'agissant des marchés publics, le recours à la négociation directe n'est autorisé qu'en deçà d'un montant inférieur à un seuil fixé par les textes ou lorsque les procédures de mise en concurrence se sont révélées infructueuses" Martine LOMPARD & Gilles DUMONT, Droit administratif, DALLOZ, Paris, 2004, p. 232.

³ تنص المادة 49 من م.ر.ر 15-247 على أنه: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضيح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية، 2- في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، 3- في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، 4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، 5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و / أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، 6- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. تحدد كيفية تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية."

⁴ تنص المادة 12 من م.ر.ر 15-247 على أنه: " في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع

ولالإشارة فإن حالات اللجوء إلى التراضي تم تحديدها منذ صدور قانون الصفقات العمومية سنة 2002، وتعبيراً عن ذلك يقول البعض¹ "لقد أصبحت كفيات التراضي في قانون (02-250) أكثر وضوحاً وتحديداً من القوانين السابقة لأن المشرع الجزائري قد حدد الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط، والحالات التي يستخدم فيها التراضي بعد الاستشارة، وبذلك يكون قد تفادى كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية".

وبالرغم من ذلك، وكما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري (الحالي والمغني)، لا يظهر لنا بأن حالات اللجوء للتعاقد المباشرة محددة على سبيل الحصر، وذلك وفقاً لما يفهم من العبارات التي تجيزها، فهي تشمل حالات الضرورة والاستعجال ولا يمكن حصر هذه الحالات التي يعود الادعاء بوجودها لتقدير الجهات الإدارية.

وفي القانون المصري "يرخص لجهة إدارية بعينها بالتعاقد بالاتفاق المباشر مع الشخص الطبيعي أو الاعتباري المصري أو الأجنبي حال تقدمه بمشروع استثماري متكامل شاملاً التمويل إذا كان هذا المشروع يحقق للجهة الإدارية المتعاقدة الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة... ويجوز للجهة الإدارية التعاقد على الصفقات التي تتطلب منها السرعة في اتخاذ قرار التعاقد بحكم طبيعتها أو التقلبات في أسعارها وكمياتها الاقتصادية أو التي تغطي مدى زمني مستقبلي أو العمليات المتعلقة بالمعاملات المنجزة في الأسواق المالية الدولية أو عقود المشتقات المالية والمشتريات الآجلة والمستقبلية وما يرتبط بها... كما يجوز للجهة الإدارية استثناء من أحكام هذا القانون إبرام التعاقدات ذات الطبيعة المركبة أو المتشابكة أو متعددة الأطراف، أو التعاقدات التي تتطلب هيكل تمويلياً كمشروعات البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT، والبناء والتملك والتشغيل BOO، والتصميم والاشتراء والتشييد

=آجال إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية. ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه. وترسل نسخة من المقرر المذكور في الفقرة السابقة المعد حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية). عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة قبل البدء في تنفيذ الخدمات - يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل. ومهما يكن من أمر، فلا بد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلافاً لأحكام المادة 03 أعلاه خلال ستة (6) أشهر، ابتداءً من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 أدناه، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية".

¹ حمادة قدوج، المرجع السابق، ص. 149.

+ التمويل EPC+Finance وغيرها، وذلك إذا كانت هذه التعاقدات تحقق للجهة الإدارية المتعاقدة أهدافها الاقتصادية والتنموية العاجلة، أو استلزمت الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية سرعة إتمامها في توقيت معين¹.

وفي القانون الجزائري يتم اللجوء للتراضي البسيط "عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية... وفي حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية...وعندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا...وعندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و / أو الأداة الوطنية للإنتاج..."²

وكما هو ظاهر من هذه العبارات، وباستثناء حالة احتكار مورد محدد لموضوع العقد احتكار فعلي أو قانوني، فإن بقية حالات جواز اللجوء للتراضي البسيط تندرج ضمن أوصاف يصعب تحديد مدى توافرها أو غيابها في ظل استئثار الإدارة المتعاقدة "بسطة تقديرية" في ذلك.

وعلى خلاف القانونين المصري والجزائري، اللذان جعلتا من مجلس الوزراء (أو مجلس الحكومة في بعض الحالات في القانون الجزائري) كجهة تأذن بمخالفة القواعد العامة لتعاقد الهيئات الإدارية واللجوء للتعاقد المباشر، فإن القانون الفرنسي يشترط للجوء للتعاقد المباشر دون اعلان مسبق أو منافسة ضرورة صدور مرسوم يخضع لرقابة مجلس الدولة قبل إبرام العقد (المادة 1-2122 L من قانون الطلب العمومي) وهو ما يظهر لنا أنه يحد من وطأة تقرير الاستثناء، وعلى الأقل فإن الرقابة قبلية للقاضي الإداري تعد ضمان لعدم الانحراف أو التوسع في ممارسته.

الفرع الثاني

أثر طرق الإبرام الاستثنائية (المباشرة) على ذاتية قواعد إبرام العقود الإدارية

لقد أوردت التشريعات تقنيات التفاوض مع متعاقد محدد وإبرام العقد معه وفقا لنتائج ذلك التفاوض، تحت مظلة أساليب التعاقد الاستثنائية، وكأن العقد الإداري لا يُبرم من حيث الأصل بهذه الصورة، أو أن التفاوض على العقد-كإجراء أساسي ووحيد للتعاقد-يكون حصرًا في العقود المدنية. والحقيقة أن هذا التصور محل نظر على المستوى الفقهي والقضائي-على الأقل-من قبل البعض.

ولم تتوقف محاولات رصد المستجدات التي تلاحق نظرية العقود الإدارية من مختلف جوانبها، من خلال إعادة النظر في ما كان يعتبر ولمدة طويلة نوعًا من الخصائص التي تميز العقد الإداري بالنسبة

¹ المادة 79 من القانون رقم 182 لسنة 2018، سابق الإشارة إليه.

² المادة 49 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

لطريقة الإبرام، وبصفة خاصة اعتماد التفاوض بين الطرفين، فقد عبر البعض¹ بأن "التفاوت بين الطرفين وإعداد شروط التعاقد من جانب واحد وموافقة الطرف الآخر عليها دون تفاوض، لم تعد ميزة تستأثر بها العقود الإدارية، وأن أساليب التعاقد تتقارب سواء في هذه العقود أو في عقود القانون الخاص (إشارة إلى عقود الإذعان أو الانضمام)، فحتى في الأخيرة غالباً ما يكون هناك طرف قوي (يضع شروط العقد) في مواجهة طرف ضعيف، فالإنسان القانوني ليس مساوياً للطرف المتعاقد معه".

وتعليقاً على إقرار أسلوب التعاقد المباشر في القانون المصري يرى البعض² بأن "اتباع الدولة أو الجهة التي تمثلها لأسلوب الاتفاق المباشر يحولها إمكانية التفاوض مباشرة مع المستثمرين، دون التقيد بأية إجراءات شكلية... ويلاحظ على هذه الطريقة أنها أكثر فائدة للدولة ومشروعاتها العامة، من الناحية الاقتصادية، فهي لا تتطلب إجراءات النشر، أو غيرها من الإجراءات المطلوبة في المناقصات والممارسات، وتعد أيضاً من الطرق المناسبة لإبرام عقود الدولة التي يغلب عليها الطابع السري، مثل مشروعات القوات المسلحة والشرطة".

إلا أن اعتماد أسلوب التفاوض لإبرام بعض العقود الإدارية صاحبه نقاش فقهي حاد، امتد لبحث مدى صحة وصف العقد المبني على التفاوض بالصفة الإدارية، فعلى الرغم من رأي أغلبية فقهاء³ القانون الإداري الذي يرى بتوافر هذه الصفة من منطلق تعلق العقد بالمرفق العام ووجود الإدارة كطرف فيه واحتوائه بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في روابط الأفراد، إلا أن جانباً هاماً قد انتقد هذا الوصف وقال بمدنية هذه العقود "لأن الدولة عندما تقوم بإبرامها فإنها تتبع الأساليب التي يتبعها الأفراد في تعاقداتهم"⁴.

¹ "La négociation des contrats est comparable à une image d'Epinal : de façon caricaturale, les contractants de droit privé négocieraient librement, chacun cherchant à ajuster le contrat au mieux de ses intérêts alors que le contractant de l'Administration n'aurait aucune emprise sur le contrat, déjà dessiné par son tout puissant contractant. Cette opposition n'est plus vraie : le développement, en droit privé, des contrats d'adhésion a montré que la liberté contractuelle consistait le plus souvent à exprimer un simple accord au contrat, fut-il intégralement rédigé par l'un des contractants. De fait, les modes de passation des contrats, privés ou administratifs, se rapprochent : l'inégalité entre contractants n'est plus le propre des contrats administratifs ; même en droit privé, il y aura souvent un « fort » face à un « faible »..., un « indépendant » face à un « dépendant ». En droit privé comme endroit administratif, l'homo juridicus n'est pas l'égal de son co-contractant...". Jean-Baptiste SEUBE, op.cit., pp. 42-43.

² ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص ص. 86-87.

³ جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص. 53.

⁴ ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص. 12.

وقد طرح البعض¹ عدة تساؤلات حول "مفهوم العمل الإداري التفاوضي" بما في ذلك التفاوض المفضي لإبرام العقود الإدارية، مرجعا تزايد أهميته لاعتبارات الإدارة في "تحقيق النتائج والكفاءة والمشاركة العامة والتغيرات المترتبة عنها". وقد بحث هذا الرأي في تكييف الأعمال الإدارية التفاوضية في ظل المبادئ التي تسود القانون الإداري، وبصفة خاصة عندما يتم أعمال حرية التفاوض والتعاقد في ظل سلطات الإدارة وامتيازات القانون العام، وتصرف الإدارة المبني على القرارات الإدارية الانفرادية كجزء من عمليات التعاقد. ومما خلص إليه "... أنه لا يجب التخلي عن الدفاع عن الإطار المفاهيمي للقانون العام كما هو موجود، بما فيه من عيوب ومزايا.

في الواقع، هذا الإطار كافٍ في معظم الحالات لتأهيل الصكوك المتفاوض عليها، والاتفاقيات التي تنطوي على إشكالية قانونية لا تمثل سوى جزء ضئيل من القانون العام. ولا شك أن هذا يفسر إلى حد كبير اللامبالاة النسبية للفقهاء تجاه ظهور الإجراءات الإدارية التفاوضية. علاوة على ذلك، كما لاحظ (Richard MOULIN et Pierre BRUNET) في عمل حديث، فإن نظام العقود ونظام الأفعال الانفرادية يتطابقان في بعض النواحي، بحيث تكون الحلول القانونية المطبقة في الحالتين هي نفسها في الممارسة العملية"².

¹ Pierre-Hugues VALLEE, Le problème de la qualification juridique de l'action administrative négociée: un défi aux catégories classiques du droit ? , Les Cahiers de droit, Volume 49, numéro 2, juin 2008, p. 202.

² "Les préoccupations gestionnaires d'atteinte des résultats, d'efficacité et de participation publique et les changements qui en découlent ont donné naissance à deux solutions théoriques principales en doctrine. Ces solutions ... visent à répondre aux difficultés de qualification des instruments négociés. La première solution qui vient à l'esprit serait de redéfinir les critères du contrat et d'en élargir la notion. Cela participerait d'une mouvance plus large d'essor et de « dé romanisation » du contrat..., laquelle serait en rupture avec la tradition juridique civiliste et avec celle de la Common Law. De plus, cette solution risquerait de donner des conséquences contractuelles à des instruments négociés qui n'ont pas cette vocation. Pour ces raisons, il est peu probable qu'il s'agisse d'un développement souhaitable du droit. Une seconde solution possible consisterait à emprunter une approche empirique en créant à la pièce de nouvelles catégories juridiques qui viendraient s'ajouter à celles qui existent déjà, que ce soit en marge ou à l'intérieur du cadre conceptuel existant. Cependant, cette avenue est risquée puisqu'il faudrait alors renoncer à la simplicité relative du droit public et s'aventurer à définir les conséquences rattachées à ces catégories. Par contre, c'est une solution éprouvée. Les régimes des prélèvements, des prestations, des autorisations et des subventions en offrent des exemples. Il s'agit de catégories hétérogènes dont les conséquences juridiques sont définies dans les lois particulières. Il est possible d'imaginer, de la même manière, que les lois permettant le recours à des instruments négociés peuvent définir précisément l'effet à leur donner. Cela permettrait de lever, au moins en partie, l'incertitude pouvant découler du recours à des instruments négociés qui ne s'appuient que partiellement sur les catégories classiques du droit. Admettre cette hypothèse ne signifie pas qu'il faille renoncer à défendre le cadre conceptuel du droit public tel qu'il existe, avec ses inconvénients et ses avantages. D'ailleurs, ce cadre suffit dans la plupart des cas à qualifier les instruments négociés, et les ententes qui posent problème sur le plan juridique ne représentent qu'une infime partie du droit public. Voilà qui explique sans doute pour une bonne part la relative indifférence des juristes à l'égard de l'essor de l'action administrative négociée. De plus, comme l'observent Richard Moulin et Pierre Brunet dans un ouvrage récent, le régime des contrats et celui des actes unilatéraux se rejoignent à certains égards, de sorte que les solutions juridiques applicables dans les deux cas sont souvent les mêmes en pratique" Pierre-Hugues VALLEE, op.cit., pp. 202-203

الفرع الثالث

أهمية العقود المبرمة وفقا لقواعد الابرام الاستثنائية

إن تتبع النصوص التي تسمح بمخالفة القواعد العامة لإبرام العقود الإدارية، وتجزئ التعاقد المباشر، يظهر بأن هذا الاستثناء إنما ووجد لا ليحكم العقود والصفقات ذات الأثر المالي المحدود، إذ باستثناء ما نص عليه القانون الفرنسي حول جواز اللجوء للتعاقد المباشر إذا لم تبلغ قيمة العقد حدا معيناً، فإن بقية نصوص هذا القانون وكذا ما ورد في القانونين المصري والجزائري تؤكد على أهمية العقود المبرمة بالتعاقد المباشر، فالقانون المصري يذكر ضمنها عمليات التعاقد المتشابكة والمركبة كعقود B.O.T والحالات التي يتقدم فيها الخواص أفراد أو شركات بعرض تعاقد يوجه للهيئات الإدارية، وعادة ما يكون حول المشاريع والبرامج التي "تثقل" كاهل الخزينة العامة. أما القانون الجزائري¹ فقد ورد فيه "... يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر...". وكذلك بالنسبة للمشاريع "ذات الأولوية" بالنسبة للدولة... وكل هذا يظهر مدى أهمية هذه العقود، حيث أن الاستثناء في الواقع لا يحكم العقود العادية أو المحدودة القيمة، وإنما العقود الأكثر أهمية من النواحي الاقتصادية والمالية والاجتماعية².

وعلى هذا الأساس تكمن خطورة تقرير هذه الاستثناءات، فقد وُجّه النقد لاعتمادها عند إبرام بعض العقود، فعلى سبيل المثال وبصدد إظهار عيوب ونقائص تنظيم عقود B.O.T يقول البعض³

¹ المادة 49 من م.ر.ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

² "وأما بالنسبة للملاحظة المتعلقة باللجوء إلى صيغة التراضي البسيط، فقد أشار الوزير إلى أن ذلك راجع إلى البرنامج السكني الهائل المسجل لفائدة القطاع والذي استدعى الإسراع في انطلاقه، نظرا للطلب المتزايد على سكنات البيع بالإيجار (LV) من جهة، ومن جهة أخرى لتفادي الاستيلاء على العقار الذي كان موجهاً أساساً للمشاريع الكبيرة التي تفوق 1000 سكن، لاستغلاله في بناء السكنات القصدية... أما اللجوء إلى تطبيق المادة 12 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمتعلقة بالتسخيرات، فذلك يعود أساساً إلى إدراج مفهوم جديد يتعلق بالأحياء السكنية المدججة حيث تم الانتهاء من إنجاز السكنات وكان من الواجب إرفاقها بالتجهيزات العمومية اللازمة والتهيئة الخارجية التي تأخرت اعتماداتها المالية، وذلك بغرض تسليم سكنات للمواطن وفق شروط استغلال مثلي...". وزير السكن أمام لجنة المالية، المجلس الشعبي الوطني، جلسة 17-6-2020

<http://www.apn.dz/ar/plus-ar/actualite-ar/6075-2023>

³ ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص. 11.

"... ويعضد وجهة نظرنا حول أهمية هذه القضية التقرير الذي صدر مؤخراً عن اللجنة الاقتصادية بمجلس الشعب محذراً من التعاقدات التي يتم بها تنفيذ مشروعات الـ BOOT في مصر، ومحذراً من افتقار هذه التعاقدات للشروط =

"هذا العقد قد يفتح الباب على مصراعيه أمام الأجانب لاستغلال مشروعات البنية الأساسية ذات الأهمية القومية والاستراتيجية، هذا فضلا عن أن المستثمرين الأجانب كثيرا ما يلجؤون إلى البنوك المحلية للحصول على التمويل اللازم لتنفيذ هذه المشروعات (بلغ 400 مليون دولار في إحداها)¹. الأمر الذي يؤدي إلى نقص في السيولة المتاحة واستنزاف للعملة الأجنبية لدى البنوك الوطنية...".

ويضيف البعض² بالرغم من الفوائد الكبيرة التي يحققها نظام البوت للدولة المضيفة، فإن له مساوئ بالغة الخطورة متى ترك دون ضوابط قانونية تمكن من الاستفادة المثلى منه، حيث أن التسرع والتهافت على إبرام عقود البوت دون دراسة مستفيضة ومتأنية من قبل الدولة المضيفة قد يجعل من نظام البوت وبالأعلى عليها متى ما أسرفت هذه الدول في تقديم التنازلات التفاوضية للمستثمر وخصوصاً الأجنبي دون الحصول منه على ما يعادل ذلك من الاستفادة المثلى من نظام البوت، كما يجب على الدولة المضيفة في حالة رغبتها شراء المنتج أو الخدمة من شركة المشروع أن تكون بأسعار مناسبة غير مبالغ فيها.

وكذلك يشير البعض³ إلى ضعف وعدم فاعلية نظام عقود B.O.T في الجزائر، خاصة مع مشكلة تمويل البنوك العمومية الجزائرية للمشاركة، وإعمال قاعدة 49-51 التان تتناهيان مع فلسفة

=التي تضمن حق الدولة وتحقق أهدافها فيما يتعلق بمحاربة البطالة ونقل وتطوير التكنولوجيا العالمية وتشجيع الصناعات المحلية. كما أشار التقرير إلى عدم وجود بنود صريحة تضمن عودة المحطات بحالة جيدة بعد انتهاء فترة حق الانتفاع وعدم تحديد نسبة ملائمة من رأس المال المستثمر لأعمال الصيانة الدورية، بالإضافة لعدم وجود بنود واضحة تحظر استيراد أي مكونات أو تشغيل عمالة طالما يوجد مثلها في مصر، وأكد التقرير على أن الهدف من مشروعات الـ BOOT يتمثل في جلب وتشجيع الأموال الأجنبية على الاستثمار في مصر، ومن ثم لا يحق للشركات الأجنبية أن تقتصر من البنوك المصرية لإقامة هذه المشروعات بما يعرض الاقتصاد الوطني والأداء المصرفي إلى خطورة كبرى وتأثير ذلك على الصناعات الصغيرة وحرمان الطبقات الوسطى والفقيرة الشباب والخريجين من تحسين دخولهم وانعكاس هذه السلبيات وخطورتها حاضراً ومستقبلاً على معدلات التنمية في مصر...". د. ممدوح حمزة (عضو مجلس إدارة جمعية المهندسين الاستشاريين والأستاذ بجامعة قناة السويس) مشروعات حق الانتفاع BOOT في قطاع الكهرباء، مقال منشور بجريدة الأهرام بتاريخ 2001/6/18، ومتاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 13-9-2020 الساعة 21:27):

<http://mamdouhhamza.net/?p=221>

¹ أنظر في ذلك: جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص 55-62.

² جمال عمران المبروك، عقود التشييد والاستغلال والتسليم O.T.B وتكييفها القانوني دراسة تحليلية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد 19، نوفمبر 2017، ص 107.

³ L'application du mode BOT en Algérie est contraire à sa philosophie de financement, compte tenu de la faiblesse de l'expertise nationale dans ce domaine et la prise en charge des Banques publiques de la peine de financer ses projets. Et encore moins la contribution du secteur public dans les fonds propres des sociétés projet. Ajoutant à cela, le palais règlementaire législatif institutionnel Algérien qui ne correspond pas aux besoins du mode BOT, le fait qui peut provoquer beaucoup d'incertitude sur les dossiers d'investissement existants, notamment en cas de litige. Cette expérience, qui a été instaurée en-

هذا النمط من العقود، والتي عادة ما تبرم عن طريق الإجراءات التفاوضية الاستثنائية المشار إليها. وهو الأمر الذي يفقد العقود الإدارية أحد أهم الضمانات التي تقررها لحماية المال العام وإضفاء المشروعية اللازمة لعقود الدولة.

على أن حتى تقرير هذه الصور الاستثنائية للتعاقد كما هو الحال بالنسبة للقواعد العامة، لا بد وأن يكون فيه رضا الهيئة المتعاقدة سليما وصحيحا وخاليا من العيوب.

المبحث الثالث

صحة وعيوب الإرادة في العقود الإدارية

يرى جانب من الفقه المدني بأن " نظرية عيوب الإرادة تتصل بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً. فإرادة الفرد لها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها، ويجب أن تكون على هدى مختارة، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب ليست إرادة صحيحة، فلا يكون لها سلطان كامل...¹، أما في العقود الإدارية " فيجب أن يكون الرضا سليما، وصادرا عن الجهة المختصة، وفقا للشكل والاختصاص وأهلية التعاقد"². لذلك يرتبط الاختصاص والأهلية بمسألة سلامة الرضا في العقود الإدارية. وعلى ذلك يتم التطرق لشروط صدور الرضا وفقا لقواعد الاختصاص بإبرام العقود الإدارية (المطلب الأول)، ثم لضوابط صحة الرضا من العيوب (المطلب الثاني).

=Algérie en 2002 est très jeunes par rapport aux pays qui nous ont dépassés à l'image de la Turquie, la France et la Grande-Bretagne. Dans ce contexte, nous devons garder à l'esprit que la mauvaise application de ce mode peut conduire au maintien de la technologie chez la partie privée étrangère sans qu'elle soit transférer à la main d'œuvre nationale, pire encore l'existence d'un risque significatif liée à l'accès à l'information des projets nationaux stratégiques. À la lumière de ces résultats, il est possible de construire un ensemble de suggestions comme suit : - Pour obtenir un certain degré de symétrie dans l'information entre les secteurs public et privé, l'état est tenue de tirer profit de ses institutions exécutives en termes de fourniture de bases de données pour identifier même d'une façon approximative, le coût des projets BOT à implanter prochainement en Algérie;- Le secteur public ne devrait pas être persistant dans l'octroi des avantages au secteur privé dans le cadre du mode BOT, qui a été fondé principalement pour lever la charge sur le budget de l'état, au point où le gain récolté d'après le recours à ce mode devient moins que ce qui a été accordés comme privilèges ; - Le gèle d'application de la règle 49/51% en IDE en Algérie pour ce qui est du BOT uniquement, car la participation du secteur privé par un pourcentage inférieur ou égal à 49% empêche celui-ci de transférer la technologie en Algérie et en même temps oblige l'état d'investir dans des projets BOT, qui est contraire aux applications de ce mode de financement ; - L'état doit mettre l'accent sur deux volets, qui sont de l'emploi et le transfert de technologie et de maintenir les devises dans le territoire national dans le contrat de concession du mode BOT. Avec l'inclusion de pénalités en cas de non-respect de ces règles d'une part, et l'exclusion des projets stratégiques de la réalisation en BOT, ce qui est lié à la perte de l'information et le préjudice à causer à la souveraineté de l'état d'autre part...". Zohir AMMARI, Souhil GUEMMAZ, Le financement des projets en Algérie à travers le mode BOT, Cas du dossier dessalement de l'eau de mer, Revue académique des études humaines et sociales, Université Hassiba Benbouali de Chlef, N° 20, juin 2018, pp. 38-39.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المرجع السابق، ص. 255.

² علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. 244.

المطلب الأول

صدور الرضا من الجهة الإدارية المختصة "المؤهلة"

يُقصد بالأهلية "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهذه هي أهلية الوجوب. وقدرة الشخص على ممارسة الأعمال القانونية المرتبطة بهذه الحقوق، وتلك هي أهلية الأداء"¹، وتقاس قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة بوعيه، أي إدراكه وتمييزه بين الأمور المختلفة². وإذا كان الشخص الطبيعي المتمتع بكافة حقوقه قد أثبت له القانون أهلية التعاقد، فإن الأشخاص الاعتبارية العامة تتمتع أيضا بأهلية التعاقد، وتمارس هذا الحق ضمن نظرية الاختصاص، وفي حدود الغرض الذي أنشأت من أجله. ويعرف الاختصاص بأنه "صلاحية موظف أو جهة إدارية محددة في إبرام تصرف قانوني تعبيرا عن إرادة الإدارة، وتحدد هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون أو وفقا للمبادئ القانونية العامة"³.

ولمعرفة القيود التي يفرضها الاختصاص وآثار الخروج عليها، يتم التطرق لدوره في تحديد وتقييد الحرية التعاقدية للإدارة العامة (الفرع الأول)، ثم للشخص المختص بإبرام العقد الإداري (الفرع الثاني)، ولأحكام الانابة في ذلك (الفرع الثالث)، واستخلاص آثار الخروج على القواعد المقررة في هذا الشأن.

الفرع الأول

تقييد التعاقد وفقا لاختصاصات الهيئات المتعاقدة

بالإضافة إلى النصوص التشريعية والتنظيمية التي ترسم اختصاصات "وصلاحيات" الهيئات المتعاقدة، فقد كان للقضاء الإداري دور بارز في التعريف بنظرية الاختصاص وتوضيح معالمها خاصة عند عمومية النصوص أو النقص الذي قد يعتريها.

أولا: الاختصاص في القانون الإداري

اعترفت التشريعات في فرنسا ومصر والجزائر للإدارة العامة بأهلية إبرام العقود وفقا لقواعد القانون العام، أو وفقا لقواعد القانون الخاص في المعاملات التي تقتضي أن تنزل فيها منزلة الأفراد "كعقود الاشتراك في خدمة الهاتف، الأنترنت، وعقود التأمين...".

¹ مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 179.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 70.

³ طعيمة الجرف، قضاء الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 240. مقتبس عن: علي عبد الأمير قبلا، المرجع السابق، ص. 233.

وبغض النظر عن الحجج التي يقدمها مرجحوا كفة حث الإدارة على التعاقد بدل التصرف بإرادتها المنفردة، فإن الرجوع إلى التشريعات واستخلاص الحالات التي يمكن فيها للإدارة أن تتعاقد من أجل تحقيق أهدافها والأعباء المنوطة بها، هو الفيصل في تحديد نطاق اختصاصها، وبالتالي نطاق ممارستها لحريتها وإرادتها التعاقدية على نحو صحيح.

1- القانون الفرنسي:

تنص المادة 1145 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016 على أنه لكل شخص طبيعي أهلية التعاقد إلا في الحالات المحددة قانوناً. كما يتمتع الشخص المعنوي بأهلية التعاقد وفقاً للغرض الذي أنشأ من أجله¹. وعليه، فإنه " وإن كانت الأهلية - للشخص الطبيعي والمعنوي على السواء - شرط لصحة العقود، فإنها مطلقة للأشخاص الطبيعيين إلا في الحالات التي يحددها القانون، ومحدودة لدى الأشخاص الاعتباريين، بموجب مبدأ التخصص الذي يخضعون له، وبموجب الغرض الذي تُنشأ من أجله². وقد نص قانون الطلب العمومي في مادته الأولى على أن السلطات المتعاقدة، تختار بجرية الإجراء الذي يُمكنها من تحقيق احتياجاتها، بما في ذلك إبرام العقود³.

2- التشريع المصري:

لم يرد في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 أحكاماً خاصة بشأن تلبية حاجات أو لوازم أو خدمات معينة. بل قيد اللجوء للتعاقد "بمحدود الاحتياجات الفعلية الضرورية"، ومنعه "إذا كان الغرض منه استنفاد الاعتمادات المالية" أو "تم في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل"⁴. وجعل هذا القانون من طريقة المناقصة العامة هي الأصل المتبع في تعاقدات الجهات العامة⁵، كما سبقت الإشارة إليه.

¹ "Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles."

² "Pour les personnes physiques comme pour les personnes morales, la capacité est une condition de validité des contrats. Si la capacité est absolue pour les personnes physiques, sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ..., elle est limitée pour les personnes morales, en vertu du principe de spécialité qui les régit, à raison de l'objet pour lequel elles ont été constituées..." Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible sur le site : (28-10-2019 À l'heure 11:00) <https://www.senat.fr/rap/117-022/117-0228.html>

³ " Article L1. Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique."

⁴ تنص المادة 11 من القانون 182 لسنة 2018 على ما يلي: " يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها... ويكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية... ويحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية، كما يحظر التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية إلا في الحالات الاستثنائية... وبموافقة السلطة المختصة"

⁵ المادة 7 من القانون 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

كما تضمن القانون رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بالحكم المحلي، مجمل مسؤوليات واختصاصات الوحدات المحلية (وهي: المحافظة، المدينة، المركز، القرية، والحي) وأجاز لممثليها القانونيين التعاقد باسمها بغرض تحقيق الأهداف التي تنشدها¹.

3- القانون الجزائري

وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن المصلحة المتعاقدة تختار كيفية إبرام الصفقات والعقود بناء على اختصاصاتها، ووفقا لما يحدده القانون².

وبالإضافة إلى الحالات التي تكون فيها الجماعات الإقليمية ملزمة بإبرام عقد وفقا لقانون الصفقات العمومية المشار إليه، فقد ألزمت قوانينها أن تتم بعض التصرفات القانونية عن طريق عقود وإن كانت القرارات جزءا مهما من عملية التعاقد، إلا أن التصرف يجب أن يكون عقدا، وذلك كما في نص القانون المتعلق بالولاية³، في المادة 149 منه: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولائية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن المجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به. يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها. ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من هذا القانون". كما أجاز قانون الولاية المذكور في المادة 131 منه على أنه "يمكن الولاية اللجوء إلى توظيف خبراء ومختصين عن طريق التعاقد". ونص القانون المتعلق بالبلدية⁴، في المادة 156 منه على أنه: "يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا للأحكام

¹ تنص المادة 92 من القانون رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بالحكم المحلي على ما يلي: "... يحظر التعاقد بالذات أو بالواسطة بين الوحدة المحلية وأي عضو في مجلسها الشعبي المحلي ومع ذلك يجوز عند الضرورة وفي حالة وجود مصلحة محققة للوحدة المحلية أن يبرم العقد مع العضو بعد موافقة أغلبية أعضاء المجلس الشعبي المحلي والمحافظ المختص".

² تنص المادة 59 من م.ر.ر 15-247 على أن: "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات. ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف وفق هذا المرسوم".

³ قانون رقم 12-07 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، صادر في ج.ر.ج.ج عدد 12 مؤرخة في 29 فبراير 2012.

⁴ قانون رقم 11-10 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، صادر في ج.ر.ج.ج عدد 37 مؤرخة في 3 يوليو 2011.

التشريعية والتنظيمية المعمول بها". وقد أرست قوانين الجماعات الإقليمية قاعدة عامة فيما يخص نشاطاتها - ومنها إبرام العقود والتداول بشأنها في مجالها المنتخب - بحيث تبطل بقوة القانون المداولات "المتخذة خرقاً للدستور، وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات..."، ويضيف قانون الولاية "المداولة التي تتناول موضوعاً لا يدخل ضمن اختصاصاته (أي المجلس الشعبي الولائي)"¹.

ثانياً: الاختصاص في القضاء الإداري

يُشار إلى أن مجلس الدولة الفرنسي تطرق منذ مدة طويلة لمسألة الاختصاص، وجعل من قراره الصادر بتاريخ 7-2-1936 في قضية "Jamart"² من أهم وأبرز السوابق القضائية في تحديد الأساس القانوني لممارسة الاختصاص، فمن المعلوم أن اختصاصات الوزراء تمارس وفقاً للنصوص القانونية والتنظيمية فحسب، ومما خلص إليه المجلس في حكمه أنه: "حتى في حالة عدم استناد الوزراء على أي أحكام تشريعية، فالأمر متروك لهم، كما هو الحال بالنسبة لأي رئيس قسم، لاتخاذ التدابير اللازمة لحسن سير العمل في الإدارة تحت سلطتهم".

أما في مصر فقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا بأن "العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة، صادرة من يملك التعبير عن هذه الإرادة، ويجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، ولا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ونتيجة ذلك أن التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة لا تنتج أثراً في تعديل وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه"³. كما اعتبرت - ذات المحكمة⁴ وهي بصدد تأكيدها على أهمية ركن الاختصاص في العقد بقولها "... ويتبع في إبرامه أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة العامة أو الممارسة، ويخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة

¹ المادة 53 من القانون رقم 7-12، والمادة 59 من القانون 10-11 سابق الإشارة إليهما.

² "Considérant que si, même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité, et s'ils peuvent notamment, dans la mesure où l'exige l'intérêt du service, interdire l'accès des locaux qui y sont affectés aux personnes dont la présence serait susceptible de troubler le fonctionnement régulier dudit service, ils ne sauraient cependant, sauf dans des conditions exceptionnelles, prononcer, par une décision nominative, une interdiction de cette nature contre les personnes qui sont appelées à pénétrer dans les locaux affectés au service pour l'exercice de leur profession...". Conseil d'Etat, Section, du 7 février 1936, 43321, publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (10-11-2019 À l'heure 22:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007637062/>

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0845 لسنة 19 ق، بتاريخ 22-11-1980، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 68.

⁴ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1059، لسنة 07 ق، بتاريخ 25-5-1963، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 1225.

من حيث الشكل والاختصاص ...". كما قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 24-5-1981 بشأن التفويض في الاختصاص الذي يمنحه الأصيل للمفوض، بما يلي "التفويض في الاختصاص لا يُفترض ولا يُستدل عليه بأدوات استنتاج لا تعبر عنه صراحة ولا تؤدي إليه باليقين، إذ أنه إسناد للسلطة ونقل للولاية ومن ثم يتعين إفراغه في صيغة تقطع بإرادته، ويلزم في التعبير عنه أن يكون صحيحاً لا تشوبه مظنة ولا تعتريه خفية وأن يكون استظهاره مباشراً من مُسنده"¹

وعلى غرار القضاء الإداري المقارن، يراقب القضاء الإداري الجزائري مدى توافر ركن الاختصاص في الهيئات التي تبرم العقود الإدارية، وبهذا الصدد فقد قضى مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 08-04-2002 بما يلي: "... وبما أن العقد الإداري المستظهر به من المستأنف عليه الأول تم تحريره من طرف رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية خليل، ولكن هذا الأمر مخول للوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين دون سواهما، وبناء على ذلك، فالعقد الإداري المتمسك به من المستأنف عليه الأول غير نظامي، ولا يمكن أن يرتب أي حق مهما كان نوعه تجاه العارضة..."².

الفرع الثاني

المختص بإبرام العقد

بالإضافة إلى ضرورة توافق موضوع العقد الإداري مع الاختصاصات والاحتياجات المتعلقة بالجهة المتعاقدة، لا بد وأن يصدر الرضا وفقاً للشكل الذي حدده القانون ومن قبل الشخص المؤهل لإبرام العقد. وقد أقرت التشريعات المدنية بحق "الأشخاص المعنوية عامة أو خاصة" بأن يكون لها "نائب يُعبّر عن إرادتها"³ في حين تكفلت التشريعات الإدارية ببيان ممثل الهيئة الإدارية المتعاقدة.

ففي فرنسا حدد الملحق رقم 01 لقانون الطلب العمومي قائمة الأشخاص المعنوية العامة وممثليها في التعاقد على المستوى المركزي، وفي مقدمتها الدولة والمؤسسات الوطنية العامة والسلطات الوطنية المستقلة، سواء في عقودها أو في اعتماد عقود المؤسسات والهيئات تحت وصايتها⁴. أما على

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 08020 لسنة 26 ق، بتاريخ 24-5-1981، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص 1016.

² مجلس الدولة، قرار رقم 003808، مؤرخ في 08-04-2002، قضية ابن ش خ ضد الوكالة العقارية لبلدية خليل، مجلة مجلس الدولة، عدد 2 لسنة 2002، ص ص. 206-207.

³ تنص المادة 53 من القانون المدني المصري على ما يلي: "الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان... ويكون له نائب يعبر عن إرادته". ويقابله نص المادة 50 من القانون المدني الجزائري "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان... وله نائب يعبر عن إرادته"

⁴ Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (1) Disponible sur le site : (3-11-2019 À l'heure 16:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038319251>

المستوى المحلي فهي الهيئات والوحدات المحلية، وهذه الأخيرة يمثلها رئيسها في توقيع تعاقداتها، بعد أن تأذن بذلك المجالس المنتخبة بموجب مداولة¹ تخضع لرقابة المحافظ، وذلك قبل توقيع العقد.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 28-12-2009²: " ... بموجب أحكام المادة 2-1 من قانون 2 مارس 1982 بشأن حقوق وحرريات البلديات والإدارات والمناطق، أصبحت الآن مدونة في المادة 1-2131 L. من القانون العام للسلطات المحلية: "إن الأفعال التي تتخذها السلطات البلدية قابلة للتنفيذ تلقائياً عندما يتم نشرها أو إخطارها إلى الجهات المعنية وإرسالها إلى ممثل الدولة في الدائرة أو إلى مندوبه في القسم... ويعد توقيع العمدة على العقد قبل إرسال المداولة... يشكل خطأ يؤثر على الشروط التي بموجبها وافق الطرفان على ذلك؛ ومع ذلك، مع مراعاة شرط احترام العلاقات التعاقدية، لا يمكن اعتبار هذا العيب الوحيد خطيراً بحيث يجب على القاضي رفض العقد وأن النزاع الذي ينشأ بين الطرفين يجب ألا يتم البت فيه في النطاق التعاقدية... ". وقضى المجلس أيضاً في نفس القرار " بأن غياب المداولة التي تخول العمدة التوقيع على العقد، تؤثر على الشروط التي أعطى طرفا العقد موافقتهم في ظلها... ومع ذلك لا يمكن اعتبار هذا العيب الوحيد خطيراً إذا كان يمكن تصحيحه..."³.

وفرض المجلس رقابة موسعة على الظروف التي يتم فيها إجراء مداولات المجالس المنتخبة المتعلقة بالموافقة على العقود العامة، حيث يراقب مدى توافر الشروط التي تفرضها تشريعات الجماعات المحلية بهذا الصدد، ومنها أن يتم إرفاق مشروع المداولة بالبيانات التفصيلية المتعلقة بالكلفة الاجمالية للعقد، وطرق التمويل والتفاصيل المالية والمحاسبية...⁴

¹ كمثال على ذلك المداولة المتضمنة الإذن بعقد شراكة بين البلدية وهيئات أخرى، الوارد بالمادة 2-L2223 من قانون الطلب العمومي:

"L'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public local autorise la signature du marché de partenariat par l'organe exécutif"

² Conseil d'État, Assemblée, 28/12/2009, 304802, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (3-11-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022203485>

³ " L'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge saisi par une partie au contrat doive, soit l'annuler s'il est saisi de sa validité, soit l'écarter pour régler un litige d'exécution sur un terrain non contractuel."

⁴ CE, 11 mai 2016, M.B... Décision N°383768, 383769. Disponible sur le site : (3-11-2019 À l'heure 22:00)

https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions_importantes/_ce-11-mai-2016-m.b

أما في مصر فقد فرض القانون قبل البدء في إجراءات الطرح والتعاقد أن تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها، ونماذج كراسات الشروط، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية. وبعد إتمام المراحل السابقة على التعاقد يقوم الشخص المؤهل قانوناً بإبرام العقد، وبهذا الصدد نص القانون على أنه "مع مراعاة الحالات التي يحظر هذا القانون التفويض فيها (كحالات التعاقد بطريق الاتفاق المباشر المذكورة سابقاً)، يجوز للسلطة المختصة أن تفوض في أي من اختصاصاتها الواردة به لشاغلي الوظائف القيادية دون غيرهم، وذلك وفقاً للضوابط والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". ووفقاً للأخير فإن السلطات المختصة هم الوزير ومن له سلطاته، والمحافظ، ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو الصندوق، ومسؤولي المصالح والأجهزة التي لها ميزانيات خاصة، ومن يمنحه القانون سلطة إبرام العقود باسم الهيئة أو المشروع الذي يشرف عليه¹.

وفي الجزائر تنص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة: الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية، يمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها² في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال، بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

ويشار بهذا الصدد للإجراءات الخاصة بإبرام صفقات الجماعات الإقليمية والمؤسسات التابعة لها، حيث يسبق الإبرام إجراء المداولة التي يأذن ويوافق فيها المجلس المنتخب المحلي "البلدي أو الولائي" على إبرام الصفقة المعنية. والتي تخضع بدورها لمصادقة الوالي المسبقة الصريحة أو الضمنية³.

¹ ذكرتها المواد 1 والمادة 17 والمادة 90 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

² "يعد التفويض الإداري أسلوباً مستقلاً بذاته وذلك من حيث الأحكام القانونية التي يخضع لها، فهو يتميز عن غيره من الأنظمة القانونية المستعملة في ممارسة الاختصاصات الإدارية، كالإنابة والحلول وغيرها. كما أنه يكتسي أهمية بالغة من حيث استمرارية الوظيفة الإدارية في للدولة، وهو يسعى كذلك إلى تحقيق الإصلاح الإداري وتخفيف الأعباء عن مسؤولي الهيئات الإدارية، إلا أنه قد تواجهه مجموعة من الصعوبات التي تعيق عملية سيره، والمتمثلة خصوصاً في الصعوبات التنظيمية... ولنجاح أسلوب التفويض الإداري يجب أولاً تقرير التفويض الإداري بشكل واضح ودقيق في النصوص القانونية والتنظيمية، وكذلك تحسين مستوى الرؤساء الإداريين، وتكوين المرؤوسين..."
خليفي محمد، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص. 141.

³ "إن التصديق الضمني المنصوص عليه قانوناً قلما يتم استعماله من الناحية التطبيقية، حيث عادة ما يفضل المنتخب المحلي الانتظار قصد الحصول على الموافقة الصريحة من طرف السلطة الوصية والتي من شأنها أن تكون ضماناً لصحة =

هذا وقد ساوى القانون بين جميع الصفقات وطنية كانت أو محلية بخصوص حيازتها لتأشيرة لجان الصفقات وتأشيرة المراقب المالي قبل إبرامها، فبعد اعلان المنح المؤقت للصفقة تحال للجان الصفقات المختصة "الوطنية أو الجهوية، أو المحلية" لتتم مراقبة مراحل وإجراءات الاعلان عن الصفقة، وفتح العروض وتقييمها وقانونية المنح المؤقت، وتفصل في الطعون التي قد ترفع من قبل المشاركين أو المقصيين من المنافسة... وبعد حيازة التأشيرة، يُحال "مشروع" الصفقة إلى المراقب المالي ليراقب بدوره مشروعية محل الصفقة وتوافر الاعتمادات المالية وصحة الإجراءات¹. وإن كانت رقابته لا تشمل مدى ملاءمة النفقات لاحتياجات المصلحة المتعاقدة²، حيث تبقى الملاءمة من اختصاصات الأمر بالصرف وفقاً لقانون الصفقات العمومية.

إن حيازة تأشيرة لجنة الصفقات وتأشيرة المراقب المالي المُسبقين، شروط أساسية لا بد من استيفائها قبل التوقيع على الصفقة بصفة قانونية وصحيحة. على الرغم من أن قانون الصفقات العمومية قد أدرج حكمين في غاية "الأهمية" فيما يخص تجاوز هذه الإجراءات وإبرام الصفقة مباشرة دون

= أعمال المجالس الشعبية المنتخبة البلدية والولائية، أو كأنه يُفترض معها عدم مشروعية أعمالهم لغاية ثبوت العكس بمصادقة السلطة الوصية، وهذا من شأنه أن يكرس تبعية تلك الجماعات للسلطة المركزية حتى وإن اعترفت لها النصوص القانونية بنطاق واسع من الحرية". مقتبس عن: ثابتي بوحانة، استقلالية الجماعات الإقليمية في الجزائر بين الحقيقة القانونية والممارسة العملية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، العدد 07، ص.50.

¹ وهذه المهام من الناحية النظرية، تقارب المهام الموكولة للمراقب المالي في النظام الفرنسي: " Le contrôleur financier n'a pas qu'un rôle de vérification stricte des actes de dépenses. Sa mission est plus large s'apparente à celle d'un conseiller financier. Connaissant parfaitement les financiers de ministre auprès duquel il exerce et formule des avis sur les demandes de crédits. On pourrait penser que cette démarche est un moyen pour limiter les demandes de crédit ; en fait, le contrôleur financier soutient généralement celles-ci devant le ministre des Finances, lorsqu'elles correspondent à des besoins réels. Par ailleurs, la loi du 10 août 1922 a chargé le contrôleur financier d'une mission d'information. Il doit adresser périodiquement au ministre contrôle. Au ministre des Finances, à la Cour des comptes et au Parlement des situations comptables à ces mêmes autorités un rapport annuel sur les opérations de dépenses et de recettes du budget du ministère ...". Éric DEVAUX, Finances publiques, Bréal, 2002, p. 268.

² يحمل هذا الحكم آثاراً هامة في تحديد العمل الرقابي الذي يقوم به المراقب المالي، وذلك على خلاف مهام "الرقابة النظامية المسبقة" وفق الدليل الإرشادي الصادر عن المنظمة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة" تمثل الرقابة النظامية المسبقة شكلاً من أشكال رقابة المشروع والملاءمة على المعاملات المالية، وذلك قبل إصدار القرار الخاص بالعمليات المالية، أو قبل تنفيذه، وقبل إبرام العقد أو قبل تنفيذه، وذلك للحيلولة دون الوقوع في المخالفات، والأخطاء، والإسراف، قبل ترتب الالتزام على الجهة المصدرة للعمليات المالية إلخ..." متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 28-10-2019 الساعة 22:00)

<http://www.arabosai.org/Ar/>

استيفائها¹. وعلى الرغم من اعتباره من بين الأعمال الإدارية، يطرح التساؤل بشأن طبيعة مقرر منح التأشيرة أو رفضها من قبل لجان الصفقات، وهل يمكن الطعن فيه بالإلغاء أمام الهيئات القضائية المختصة أم لا؟

بالرجوع إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خاصة المادتان 800 و801²، وكذا النصوص المحددة لاختصاصات مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، فإن القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية التي تستجمع كافة أركان وخصائص القرار الإداري هي وحدها التي يجوز الطعن فيها أمام هيئات القضاء الإداري، فدعوى الإلغاء "هي الدعوى التي يحركها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أمام جهات القضاء الإداري المختصة طالبين فيها الحكم بإلغاء قرار إداري نهائي غير مشروع"³.

وعلى الرغم من تسمية العمل الذي تصدر بموجبه لجنة الصفقات قرارها بشأن منح التأشيرة أو رفض منحها "بالمقرر"، إلا أن الأخير يظهر أنه لا يشكل قرارا إداريا بالمعنى سالف الذكر. حيث تفتقد هذه المقررات لصفة "النهائية"، فهي ليست تصرفات قانونية نهائية تحدث أثرها بذاتها كما هو مشروط في القرارات الإدارية، وهذا باستثناء قرار لجنة الصفقات القاضي برفض التأشيرة لوجود مخالفات "للتشريع"، إذ يرى البعض⁴ بأنها "تحوز ذلك الوصف" ويمكن الطعن فيها أمام الجهات القضائية المختصة.

¹ إن " الانحراف بشكليات إبرام الصفقة وإعلانها هي من أخطر صور الفساد الإداري المتفشية في الصفقات العمومية ومثالها عدم استيفاء الإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد ". عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2013/2014، ص. 567.

² تنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها". وتنص المادة 801 من ذات القانون على ما يلي: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: 1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن: -الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية، -البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، -المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، 2- دعاوى القضاء الكامل، 3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة". قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، صادر في ج.رج.ج، عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

³ عمار عوايدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، د م ج، 1994، ص. 29.

⁴ بشيرة بجاوي، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2012/2013، ص. 94.

الفرع الثالث

النيابة في التعاقد باسم الجهة الإدارية أو لصالحها

من البديهي أن العقد لا يوصف بالإداري إلا لكون الإدارة العامة طرفاً فيه، والإدارة العامة هي الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري، وما يقوم مقامها من أشخاص القانون العام. وقد تقوم هذه الهيئات بإبرام عقودها بنفسها، كما قد ينوبها في ذلك هيئة خاضعة للقانون العام، بل وحتى للقانون الخاص. وفي هذه الحالة تتصرف تلك الهيئة بكونها نائبة عن الإدارة العامة ومتعاقدة لصالحها، وفي مثل هذه الحالات، وعلى الرغم من افتراض إبرام العقد بين طرفين خاضعين للقانون الخاص، فقد يكون العقد إدارياً. وقد قضت محكمة التنازع الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 14-12-2009 بأن "العقد المبرم بموجب القانون الخاص بين شخصين اعتباريين خاضعين للقانون الخاص، يفترض أنه عقد قانون خاص". "إذا تصرفا لحسابهما الخاص"¹، أما "العقود التي تبرمها لأداء مهمة الخدمة العامة الموكلة إليها فهي عقود إدارية" كما بين ذلك مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 21-3-2007².

كما هو مؤكداً أيضاً في قضاء المحكمة الإدارية العليا بمصر بقولها "...من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو لحساب الإدارة ومصالحها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري..."³. وفي

¹ « Le contrat conclu entre deux personnes morales de droit privé est présumé être un contrat de droit privé » dès lors en tout cas qu'elles ont agi pour leur « propre compte » Tribunal des conflits, 14 décembre 2009, 09-03.716, Publié au bulletin, Disponible sur le site:(4-11-2019 À l'heure 20:00)

<https://www.doctrine.fr/d/TCONFL/2009/JURITEXT000021953293>

² « Les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs ».Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 21/03/2007, 281796, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site:(4-11-2019 À l'heure 20:30)

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CE_TATEXT000018259435&fastReqId=719605297&fastPos=1

³ "من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز مجال أن يعتبر من العقود الإدارية. ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو في الحقيقة لحساب الإدارة ومصالحها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري. ومن حيث أنه متى كان الثابت مما تقدم أن شركة شل في العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ومصالح الحكومة. ومتى كان لا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفي أنهما اتبعتا فيما وسائل القانون العام، متى كان الأمر كذلك، فإن العقدين المشار إليهما بناء على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية وبهذه المثابة فإن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يختص دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بها ومنها المنازعة الراهنة وذلك بالتطبيق لحكم المادة 10 من كل من القانونين رقم 165 لسنة 1955 ورقم 55 لسنة 1959". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1558 لسنة 9ق، بتاريخ 7 مارس 1964، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 763.

مثل هذه الحالات تخضع المؤسسة العمومية الخاضعة للقانون لقواعد وشكليات العقود الإدارية التي تتحلل منها عادة بالنظر لطبيعة دورها التجاري والاقتصادي¹.

وقد نص قانون الطلب العمومي على إمكانية إناة الجهات الإدارية للأشخاص الخاضعين للقانون العام أو الخاص، من أجل إبرام وتنفيذ العقود لمصلحتها، وفقا لعقد تفويض يحدد حقوق وواجبات الطرفين². كما نص قانون تعاقدات الجهات العامة على أنه "... يجوز للجهات المخاطبة بهذا القانون ... أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقا للقواعد المعمول بها في الجهة الإدارية طالبة التعاقد..."³. أما قانون الصفقات العمومية في الجزائر، فقد نص على أن تخضع لأحكامه المؤسسات الخاضعة لتنظيم النشاط التجاري⁴، عندما تُكَلَّف بإنجاز عملية مموله كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية⁵. وفي ذلك قررت محكمة التنازع في قرارها الصادر بتاريخ 12-6-2012⁶ بأن "القاضي الإداري هو المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة باستثمار عمومي ممول بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة، الناجمة عن صفقة عمومية، مبرمة بين الوكالة الوطنية للسدود، مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وبين مؤسسة عمومية اقتصادية . كما

¹ "...que Tout ceci confirme également la grande utilité du droit commercial des contrats dans la gestion des entreprises publiques, gestion qui doit a fortiori échapper au formalisme et à la complexité du droit administratif. Par conséquent, l'autorisation préalable ainsi e les formalités indispensables à la préparation et à la conclusion du contrat ne sont parfois que des purs obstacles à la bonne marche de l'entreprise, voire d'inutiles exigences du droit administratif". D'où la souplesse du droit commercial...". Djilali TCHOUAR, La soumission des contrat des entreprise publiques au droit privé, Revue de L'ECOLE NATIONAL D'ADMINISTRATION IDARA, V 9, N° 1, 1999, p. 167.

² تنص المادة 6-2422 L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage a pour objet de confier au mandataire l'exercice, parmi les attributions mentionnées à l'article L. 2421-1, de tout ou partie des attributions suivantes :

1° La définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ; 2° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, du marché public de maîtrise d'oeuvre ainsi que le suivi de son exécution ; 3° L'approbation des études d'avant-projet et des études de projet du maître d'oeuvre ; 4° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution ; 5° Le versement de la rémunération du maître d'oeuvre et le paiement des marchés publics de travaux ; 6° La réception de l'ouvrage."

³ المادة 78 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

⁴ "...Toutefois, hormis ces deux types de contrats administratifs, d'autres contrats de droit publics peuvent également être soumis ces contrats ont pour objet la réalisation d'opérations financées totalement ou partiellement par le budget de l'Etat. En toute hypothèse, l'administration doit assurer la publicité de la commande publique et la liberté d'accès à celle-ci pour l'ensemble des prestataires intéressés, par le moyen de l'appel d'offre." Farid OUABRI, Droit administratif, Office des publications universitaires, Algérie, 2017, p. 153.

⁵ المادة 6 من م.ر.ر 15-247.

⁶ قرار محكمة التنازع بتاريخ 12-6-2012، الملف رقم 132، قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لإنجاز الجسور "سابطا" ضد الوكالة الوطنية للسدود". مجلة المحكمة العليا، العدد 2 لسنة 2013، ص ص، 461-456.

قضت ذات المحكمة في قررها الصادر بتاريخ 26-1-2015¹ بأن "القاضي الإداري هو المختص للفصل في النزاع القائم بين شخص معنوي يخضع للقانون الخاص (شركة ذ. أ مؤسسة أشغال البناء) وبين مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية بجاية) مُكَلَّفَة بإنجاز مشروع ممول من طرف الدولة بمساهمة المستفيدين". وقد اعتبر هذا القرار أن إنجاز السكنات التي يتم تمويل جزء منها بما تقدمه الدولة من مساعدات مالية للمستفيدين يعتبر بمثابة "مشروع ممول من الدولة". وهو ما يفهم منه أن التفسير الموسع "لتمويل الدولة" للمشروع قد يأخذ حتى شكل التمويل غير المباشر.

الفرع الرابع

أثر مخالفة قواعد الاختصاص عند التعبير عن رضا الإدارة

اتجه القضاء الفرنسي في القرن الثامن عشر إلى تشبيه القواعد التي تحكم الاختصاص بالقواعد التي تحكم أهلية الأشخاص، وعليه، فإن ما يترتب على مخالفة قواعد الاختصاص هو البطلان النسبي. كما تم تشبيه قوعد الوصاية الإدارية بالوصاية في القانون الخاص، حيث تم الاعتماد على نص المادة 1152 من القانون المدني التي تقضي بأن عديم الأهلية هو الوحيد الذي يمكنه أن يثير عيب الأهلية تمهيدا للمطالبة بإبطال العقد، وقياسا على ذلك، تم اعتبار السلطة الإدارية تحت الوصاية هي فقط التي يمكنها أن تتمسك بالبطلان، وأن هذا البطلان يقبل التقادم بمرور عشر سنوات².

ويقول الأستاذان (Georges VEDEL & Pierre DELVOLVÉ) "الشخص المعنوي الإداري الذي يبرم العقد يجب أن يمثل الموظف الذي تؤهله القوانين والأنظمة لهذه الغاية، وليس هناك ما يدعو إلى الاعتراف بصحة عقد أبرمه موظف يعتقد أن له هذه الصلاحية"³. كما يقول الأستاذ برهان زريق "ذهب بعض الفقهاء إلى أن العقد الذي يوقعه موظف غير مختص هو عقد باطل"⁴. وعلى ذلك حرصت التشريعات على تحديد المختص بإبرام العقد، ومراعاة قواعد الاختصاص⁵.

¹ محكمة التنازع، قرار صادر في الملف رقم 164، بتاريخ 26-1-2015، قضية الشركة ذ. أ مؤسسة أشغال البناء ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية بجاية. مقتبس عن: بوراوي عمر، المرجع السابق، ص. 83-85.

² مهندس مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 381-382.

³ جورج فيدال، ببيير دلفولفييه، المرجع السابق، ص. 335-336.

⁴ برهان زريق، البطلان في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 73-74.

⁵ أنظر: ص. 90-92 من هذه الدراسة.

المطلب الثاني

سلامة الرضا من الغلط والتدليس والإكراه

إذا صدرت إرادة الإرادة من قبل الشخص المؤهل قانوناً، وكان العقد يندرج ضمن العقود التي أجاز لها القانون إبرامها لتعلقها بممارسة اختصاصاتها وتلبية حاجياتها الأساسية، فإنه من الضروري أيضاً أن يكون " رضا الإدارة خالياً من العيوب"¹ وتعدد التشريعات المدنية² تلك العيوب في الغلط والتدليس والإكراه. كما ذكرت التشريعات المنظمة لتعاقدات الجهات الإدارية، بعضاً من الأسباب التي تؤدي إلى استبعاد التعاقد مع بعض الأشخاص، أو إبطال العقد، إذا تم إبرامه وفقاً لها. (التواطؤ والفساد، الاحتيال).

ولمعرفة مدى تأثير هذه العيوب على رضا الإدارة المتعاقدة يتم التطرق للغلط (الفرع الأول)، ثم التدليس (الفرع الثاني)، ثم الإكراه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الغلط

يعرف الغلط على أنه " وهمٌ يلحق بذهن الشخص، يصور له الأمر على غير الواقع، فيدفعه للتعاقد"³، ويتفاوت الغلط في درجة تأثيره على سلامة الرضا، فالغلط "المانع" يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول، فيمنع قيام العقد، ومثله الغلط في ماهية أو طبيعة العقد، ويترتب عليه بطلانه بطلاناً مطلقاً، أما الغلط "المعيب" فهو الذي يكون فيه الإيجاب مطابقاً للقبول ولكن قام اعتقاد خاطئ دفع المتعاقد لإبرام العقد... ويترتب عليه قابلية العقد للإبطال"⁴.

وقد تطرق القانون المدني الفرنسي للغلط، واعتبره سبباً لإبطال العقد إذا تعلق بصفة أساسية أو بفائدة معينة توهمها المتعاقد على غير حقيقتها، كما نص على أن سبب البطلان لغلط في صفة

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 370.

² تنص المادة 1130 من القانون المدني الفرنسي

"L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné."

وقد نص القانون المدني الفرنسي على الغلط والتدليس والإكراه (المواد من 1129 إلى 1144) ونص عليها القانون المدني المصري (المواد من 120 إلى 130)، ونص عليها القانون المدني الجزائري (المواد من 81 إلى 91).

³ مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 223.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 109.

المتعاقد يعتد به فقط إذا كانت هي الدافع الأساسي لإبرام العقد¹. أما القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري فقد صنفا الغلط إلى غلط جوهري يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، وذلك " إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع فيه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فيه، كالغلط في صفة المتعاقد، أو صفة الشيء²، وكانت تلك الصفة أو الشيء الدافع الرئيسي للتعاقد". والغلط في القانون الذي يجعل العقد قابلا للإبطال، إذا توافرت فيه شروط الغلط الجوهري³. وفي كل الحالات لا يعتد بالغلط المادي أو الغلط في الأرقام، الذي يمكن تصحيحه. كما لا بد من مراعاة شروط الاحتجاج بالغلط كسبب لإبطال العقد، كحسن نية المتعاقد الذي وقع فيه، واستحقاقه للحماية القانونية⁴ أي لم يقع في الغلط نتيجة لإهمال أو طيش بين.

وبضيف البعض⁵ شرطا آخر وهو أن يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 11-5-2016 بأن "الغلط" الذي وقعت فيه الجهة المتعاقدة " la commune de Bordeaux " عند تقديرها لبعض الموارد والتكاليف التي ستغطي نفقات العقد... وكذا قيامها بالقرارات المبدئية بناء على ذلك، قد يكون سببا في إبطال العقد⁶.

¹ تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne."

² وقد فرقت المحكمة العليا في الجزائر بين الغلط والعيب الخفي عند نقضها لأحد قرارات المجالس القضائية، ومما ورد في حكمها " ...إن القرار يخلط بين العيوب الخفية التي يلتزم البائع بضمانها حسب المادة 379 من ق.م. وبين الغلط الجوهري الوارد في المادتين 81 و82 من ق.م. بينما هما لا يجتمعان في أساس المسؤولية لاختلاف أثر كل منهما فكيف يجعل القرار أساس البطلان هو العيب الخفي بينما الجزء الذي رتبته القانون هو جزء الغلط الجوهري فالقرار لا يفرق بين الأمرين سيما وأن الغلط عيب في الرضا أما العيب الخفي هو عيب في الشيء ويختلف أثر كل منهما عن الآخر ومنه يتعين إلغاء القرار محل الطعن". المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 406468، بتاريخ 23-4-2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2008، ص ص. 119.

³ ومثاله " لو باع أحد الورثة نصيبه في التركة معتقدا أنه يرث الربع وإذا به يرث النصف، أو لو اعتقد خطأ بأن قانون معين هو الواجب التطبيق في حين أن قانونا آخر هو الواجب التطبيق...". مورييس نخلة، المرجع السابق، ص. 284.

⁴ يطبق القضاء المدني هذا الشرط بخصوص واجب الاعلام الذي يتحمله العون الاقتصادي كما في عقود الاستهلاك، وكمثال على ذلك ما قضت به المحكمة العليا في الجزائر "يقع على البنك ... قبل توقيع اتفاقية القرض، التزام اعلام وتوجيه المقترض بإمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن. يؤدي اخلال البنك بهذا الالتزام، إلى الايقاع بالمقترض في غلط جوهري، يبرر مطالبته بإلغاء اتفاقية القرض". المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 581228، بتاريخ 22-7-2010، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2010، ص ص 161-166.

⁵ علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص. 20-23.

⁶ " ... Considérant que l'illégalité de la délibération attaquée tenant à l'insuffisance de l'information des conseillers municipaux sur le coût prévisionnel global que représente le contrat litigieux pour la commune de Bordeaux en moyenne annuelle a affecté les conditions dans lesquelles le conseil municipal

كما قضت المحكمة الإدارية العليا "أن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن عقود القانون الخاص يقوم أساساً على وجود إرادتين متطابقتين، بحيث إذا لم يوجد هذا التراضي أو تخلفت شروط صحته كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال حسب الأحوال. وقد تناول القانون المدني بالبيان التراضي وأحكامه، ونص... على أنه "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه... ويكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن أبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط... وهذا المبدأ يقرر أصلاً عاماً من أصول القانون ليس في القانون الخاص فحسب بل وفي القانون العام أيضاً، وهو بهذه المثابة واجب التطبيق في العقود الإدارية وفي عقود القانون الخاص على السواء."¹ وقضت بشأن الغلط غير الجوهري "إن من المقرر قانوناً في مجال العقود إدارية كانت أو مدنية أن الغلطات المادية في الكتابة أو في الحساب... واجبة التصحيح، إذ تنص المادة 123 من القانون المدني على أنه لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم..."².

الفرع الثاني

التدليس

يُعرّف التدليس بأنه "إيهام شخص بغير الحقيقة باستعمال طرق احتيالية لحمله على التعاقد" وقد قرن بعض الفقهاء³ بين الغلط والتدليس، معتبرين أن الأخير "يعتد به نظراً للغلط الذي يثيره لدى المتعاقد ويدفعه لإبرام العقد...". واتفق هذا الرأي لإمكانية الاستغناء عن عيب التدليس والاستعاضة عنه بعيب الغلط. بينما فرق البعض الآخر⁴ بين العيبين، حيث أن المتعاقد يقع في الغلط من تلقاء نفسه بينما يقع في التدليس بسبب فعل الغير (أي بالخداع كما سماه البعض)، وإثبات

=a donné son autorisation à la signature du contrat ; que, par suite, à défaut pour la commune, dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision, de régulariser la signature du contrat par une délibération du conseil municipal ayant pour objet de confirmer l'approbation des termes du projet de contrat et l'autorisation donnée au maire de la commune de Bordeaux de le signer, il y a lieu, eu égard à la gravité du vice entachant la délibération annulée, d'enjoindre à la commune de Bordeaux de résilier le contrat... ". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 11/05/2016, 383768, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site:(5-11-2019 À l'heure 19:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000032528054>

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0297، لسنة 16 ق، بتاريخ 29-6-1974، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 450.

² المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1214 لسنة 16 ق، بتاريخ 24-11-1973، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 17.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المرجع السابق، ص. 332.

⁴ موريس نخلة، المرجع السابق، ص. 288.

التدليس أيسر من إثبات الغلط، وأن بعض العقود كعقد الصلح... لا يمكن الطعن فيه بالغلط ويجوز الطعن فيه بالتدليس، كما يشترط أن يكون التدليس بفعل المتعاقد المدلس أو بعلمه¹.

نص القانون المدني الفرنسي على التدليس أو الخداع "Le dol" كعيب من عيوب الإرادة²، يتحقق عندما يستخدم الطرف الآخر طرق احتيالية لدفع المتعاقد للموافقة على العقد، أو عندما يخفي معلومات أو حقائق معينة لتحقيق ذلك الغرض، ولا يعتبر تدليسا إخفاء المتعاقد لحقيقة أو قيمة "المنفعة" التي يحصل عليها من وراء التعاقد³.

كما نص القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري على جواز إبطال العقد للتدليس إذا بلغ من الجسامة الحد الذي لولاه لما أبرم الطرف الآخر العقد. ويحتج بالتدليس إذا وقع بتحايل أو بإخفاء لحقائق... من المتعاقد أو نائبه، أو كان على علم به أو كان يفترض علمه به⁴. كما نصت تشريعات التعاقدات العامة على مضمون التدليس بمصطلحات "الخداع والغش والتلاعب والتواطؤ والاحتتيال"، فنصت اللائحة التنفيذية لقانون تعاقدات الجهات العامة في مصر على ضرورة تجنب المتعاقد لهذه التصرفات تحت طائلة فسخ العقد وحرمانه من التعاقد مع الهيئات العامة⁵.

ونص قانون الصفقات العمومية في الجزائر على أنه ودون الإخلال بالمتابعات الجزائية، فإن كل

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 126.

² "On dénomme dol, l'ensemble des agissements trompeurs ayant entraîné le consentement qu'une des parties à un contrat n'aurait pas donné, si elle n'avait pas été l'objet de ces manœuvres. Le dol suppose à la fois, de la part de l'auteur des manœuvres, une volonté de nuire et, pour la personne qui en a été l'objet, un résultat qui lui a été préjudiciable et qui justifie qu'elle obtienne l'annulation du contrat fondée sur le fait que son consentement a été vicié...". Serge BRAUDO, Définition de Dol, 19-8-2020
<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dol.php>

³ نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1137 منه على ما يلي:

" Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation."

⁴ المادتان 125 و126 من القانون المدني المصري، وتقابلهما المادتان 86 و87 من القانون المدني الجزائري.

⁵ تنص المادة 100 من اللائحة التنفيذية لقانون تعاقدات الهيئات العامة على ما يلي: "يجب على المتعاقد مع الجهة الإدارية تجنب موجبات فسخ العقد، وبصفة خاصة الآتي- 1: تقديم أي بيانات أو مستندات غير صحيحة بالذات أو الواسطة وذلك بغرض الغش أو التلاعب... القانون أو التورط في أية ممارسات احتيالية، أو فساد، أو احتكار، ومن ذلك التواطؤ، أو منع أية منافسة لأحد أصحاب العطاءات الآخرين، أو الاتفاق معهم على أغراض غير مشروعة، وذلك بما يخل بعدالة المنافسة المشروعة والإخلال بمبادئ الشفافية والمنافسة وتكافؤ الفرص، وغير ذلك من ممارسات تُخل بتطبيق أحكام القانون وهذه اللائحة. تتولى إدارة التعاقدات فسخ التعاقد تلقائياً في هاتين الحالتين وإعداد مذكرة للسلطة المختصة لمخاطبة إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة للوقوف على رأيها في شطب اسم المتعاقد، على أن تتولى الإدارة فور ورود رأى مجلس الدولة إخطار الهيئة العامة للخدمات الحكومية بقرار الشطب...".

"الأفعال أو المناورات" التي ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص مكافئة أو امتياز، تكون سببا في فسخ الصفقة أو الملحق¹.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 01-2-2019 بأن من يدعي التدليس والاحتيال يتحمل عبئ اثباته، ومن الملاحظ أن هذا الحكم استند على نص المادة 1116 من القانون المدني قبل التعديل، والتي كانت تنص على أن الاحتيال سبب لبطلان العقد، إذا كان الأخير لم ينعقد إلا بسبب تلك المناورات الاحتيالية. وربما طبق القاضي الإداري هذا النص الذي كان معمولا به وقت إبرام العقد المتنازع فيه "سنة 2002"²، ولم يشر إلى نص المادة 1137 الذي أصبح يحكم "الاحتيال" بعد تعديل 2016 والذي وسع وصفه ليشمل حتى حالات الاخفاء المتعمد للمعلومات والحقائق بغرض دفع المتعاقد لإبرام العقد.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا "إن المادة 125 من القانون المدني تتطلب في التدليس الذي يجوز إبطال العقد بسببه، أن تكون هناك طرقاً احتيالية لجأ إليها أحد المتعاقدين، تبلغ من الجاسمة بحيث لولاها لما أبرم العقد، فمجرد إيهام الإدارة للطاعن بأن السعر الذي ارتضى التعاقد به هو سعر مُجَزَّ لا يعتبر من الطرق الاحتيالية"³.

الفرع الثالث

الإكراه

"الخوف هو الرهبة التي يولدها الاكراه في نفس الانسان فيؤثر في إرادته ويحمل على تعاقد لم يقرره بإرادته الحرة، فتكون إرادته مصابة دون أن تسقط"⁴. ويتكون الاكراه من "كل ضغط حسي أو معنوي يهدف إلى التأثير على إرادة شخص، بأن يجعله مرغما على الاختيار بين أمرين إما إبرام العقد المطلوب منه، أو تحمل ألام التعذيب المسلط عليه أو نتائج التهديد الذي تلقاه"⁵. وبهذا المعنى يرى

¹ المادة 89 من م ر 15-247 سابق الإشارة إليه.

² "2. Aux termes de l'article 1116 du code civil, dans sa rédaction alors en vigueur : " Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ".

³ La délivrance du quitus au maître d'ouvrage délégué fait obstacle à ce que la responsabilité de celui-ci envers le maître de l'ouvrage puisse être recherchée, sauf dans l'hypothèse où il aurait eu un comportement fautif qui, par sa nature ou sa gravité, serait assimilable à une fraude ou un dol...". Conseil d'État, 7ème chambre, 01/02/2019, 417966, Inédit au recueil Lebon, Disponible sur le site : (5-11-2019 À l'heure 23:00) ; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=00038104919>

³ المحكمة الإدارية العليا، مصر، حكم صادر في الطعن رقم 0877، لسنة 27 ق، بتاريخ 21-1-1984، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 505.

⁴ موريس نخلة، المرجع السابق، ص. 293.

⁵ محمد الزين، المرجع السابق، ص. 154.

البعض¹ بأنه " ولما كانت الإدارة طرفاً في العقود الإدارية، فإنه من النادر أن يقع إكراه في التعاقد". وقد نصت التشريعات على الإكراه كعيب من عيوب الإرادة، فنص عليه القانون المدني الفرنسي تحت مسمى " La violence"² واعتبره سبباً لبطلان العقد، سواء مارسه الطرف الآخر أو طرف ثالث خارج عن العقد، كما يتحقق لو كان المتعاقد في حالة تبعية لمن مارس ضده الإكراه أو التهيب ليدفعه للتعاقد...³. كما نص القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري على الإكراه⁴، واعتبرا الرهبة البينة والقائمة على أساس، والتي يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد الآخر أو يكون على علم بها -أو يفترض علمه بها- تعد سبباً لطلب إبطال العقد. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي بأن المقصود بالإكراه يشمل كافة صور التهيب التي تمارس لدفع الشخص للتعاقد، وإن "كانت الحالات التي يسلم فيها بوجود إكراه على المتعاقد هي حالات محدودة"⁵. وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن "المادة 127 من القانون المدني تشترط لجواز إبطال العقد للإكراه أن يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، وتكون الرهبة قائمة على أساس، وتكون الرهبة كذلك إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو المال... وعدم إقامة الدليل من قبل الطاعن على وجود إكراه... أثره سلامة العقد"⁶.

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص. 372

² تنص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

" La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers."

³ المادة 1144 من القانون المدني الفرنسي.

⁴ وذلك في المادتين 127 و128 من القانون المدني المصري، والمادتان 88 و89 من القانون المدني الجزائري.

⁵ وقد استعرض (Emmanuel GLASER) المقرر في القضية رقم 304802 التي فصل فيها مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28-12-2009، بعض السوابق القضائية التي تطرق فيها المجلس إلى عيب الإكراه وأثره على إرادة المتعاقد،

كالمناورات التي تهدف لإكراه المفاوض على التعاقد... وتوصل إلى أن المجلس لم يقر دائماً بأثر العيب المدعى به:

" Il en va ainsi du dol, c'est-à-dire des manœuvres qui ont été de nature à tromper le cocontractant (F. Moderne « Permanence et actualité d'une théorie classique : le dol dans la formation des contrats administratifs », CJEG 2001 p. 91). On trouve ainsi un arrêt de 1806 qui annule un arrêté d'une chambre des comptes prévoyant la location de terrains au profit d'un individu qui avait utilisé de subterfuges et de subtilité au moment de l'aliénation (18 septembre 1806, Collé, Jurisprudence du Conseil d'Etat, T. 1 p. 4). Et vous distinguez le dol principal, lorsque les manœuvres dolosives ont entaché la décision même de contracter, et le dol incident, lorsque ces manœuvres ont conduit à contracter dans des conditions plus onéreuses (14 décembre 1923, Société des Grands-Moulins de Corbeil, p. 851). Certes, le plus souvent, le dol est écarté (19 février 1919, Ville de Nanterre c/ Jaccaz, p. 164 ; 21 mai 1926, Ville de Honfleur, p. 533 ; Section, 25 juillet 1947, Soc. l'Alfa, p. 344 ; 1er décembre 1976, Berezowski... "

Conclusions du rapporteur public, M. Emmanuel GLASER, Conseil d'État, Assemblée, 28/12/2009, 304802, Publié au recueil Lebon. Pp. 9. 10. Disponible sur le site : (5-11-2019 À l'heure 10:00)

https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MARS_2015/ce28dec2009.pdf

⁶ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0877، لسنة 27ق، بتاريخ 21-1-1984، المكتب الفني،

مجلس الدولة، ص. 505.

الفصل الثاني

مجال تطبيق قواعد القانون المدني على الموضوع والسبب والشكل

في العقود الإدارية

تمت صياغة القانون المدني الفرنسي سنة 1804 في ظل التأثير الشديد بمبادئ الحرية والمساواة، وقد انعكس ذلك على مفهوم العقد والأركان التي يبني عليها. حيث تم اعتبار الحرية التعاقدية أو إرادة التعاقد هي الركن الأساس. بالإضافة إلى الأهلية والمحل والسبب¹، وعليه نصت المادة 1108 (قبل تعديلها) على أن للعقد أربعة أركان، هي الرضا والأهلية والمحل والسبب².

ومن ناحية أخرى، واستقراء النصوص القانون المدني المصري (الحالي) يقول الأستاذ السنهوري "أن للعقد ركنان: التراضي والسبب. وأما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد. ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد. فإن محل الالتزام غير التعاقدية يتولى القانون تعيينه فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط. أما محل الالتزام التعاقدية فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه، فوجب أن يراعى استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون. ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد."³

هذا، وأضحى من المستقر عليه في فقه القانون الإداري⁴ أن العقد الإداري "كما العقد المدني يتكون من الأركان الثلاثة المتمثلة بالرضى والموضوع والسبب".

كما أنه وإن كان الأصل في العقود أنها رضائية، أي أنها تنعقد صحيحة دون افرغها في شكل محدد، إلا أن احترام الشكلية المحددة قانوناً قد يكون ركناً آخر من أركان العقد.

وعليه ما هي الأحكام المطبقة على المحل والسبب والشكل في العقد المدني، وما حدود تطبيقها في مجال العقود الإدارية؟

إجابة على ذلك يتم التطرق لمحل العقد الإداري (المبحث الأول)، ثم للسبب (المبحث الثاني)، ثم للشكلية (المبحث الثالث).

¹ Étienne MONTERO & Marie DEMOULIN, La formation du contrat depuis le code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée, [Centre de recherche information, droit et société, Faculté de droit, l'Université de Namur](#), Bruxelles, 2004, pp. 2-4.

² "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation."

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المرجع السابق، ص. 149.

⁴ علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. 271.

المبحث الأول

المحل "الموضوع" في العقد الإداري

يُسمى محل العقد بالموضوع ويعرّف بأنه " العملية القانونية التي يهدف إليها المتعاقدون، كنقل ملكية أو تأدية خدمة أو إنهاء خلاف بالمصالحة"¹. كما يُعرّف محل الالتزام بأنه "الشيء الذي يلتزم المدين القيام به"، ويرى الكثير من الشراح² بأن المحل "ركن في الالتزام لا في العقد. ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد. فإن الالتزام غير التعاقدية يتولى القانون تعيينه، فليس ثمة احتمال بأن يكون غير مستوفٍ للشروط، أما محل الالتزام التعاقدية، فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه، فوجب أن يراعى استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون. ومن ثمة فالمحل يُذكر مقترنا بالعقد"³. ويضيف البعض⁴ "بأن محل العقد يقصد به العملية القانونية التي يراد تحقيقها كالبيع أو الإيجار... أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يتعين على المدين القيام به، فيكون قياما بعمل أو امتناعا عن القيام به أو إنشاء حق عيني".

ويترتب على التمييز بين كون المحل ركن في الالتزام "الموجب" وليس ركنًا في العقد بعض الفوائد؛ فقد يكون موضوع الالتزام مشروع ولكن موضوع العقد غير مشروع، "كما في حال التعاقد على تركة مستقبلية حيث يكون موضوع الالتزام مشروع بينما نقل الحقوق المستقبلية بإرث غير مستحق يبقى غير مشروع"⁵. ولكن البعض يقول بأنه "ليس في الحقيقة للعقد محل أو موضوع بآتم معنى الكلمة وما موضوعه سوى إنشاء التزامات"⁶.

هذا، ويقرر جانب من الفقه⁷ أن الموضوع في العقد الإداري " كما في العقد المدني أحد أركان العقد الثلاثة المتمثلة بالرضى والموضوع والسبب"، ويخضع بهذا الاعتبار للقواعد المقررة في القانون المدني إلا ما تعارض منها وطبيعة العلاقة التعاقدية في القانون الإداري⁸.

1 موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج 3، المرجع السابق، ص. 227.

2 محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات -1-العقد، ط2، د د ط، تونس، ص. 164.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 5.

4 مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 268.

5 موريس نخلة، المرجع السابق، ص. 227.

6 محمد الزين، المرجع السابق، ص 164؛ محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2009، ص. 158.

7 علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. 271.

8 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 390.

ومن أجل التعريف بمحل العقد الإداري الأحكام الخاصة التي يخضع لها يتم التذكير أولاً بالشروط العامة للمحل في العقد والقانون المدني (المطلب الأول)، ثم دراسة مدى انطباقها على المحل في العقد الإداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط المحل في العقد المدني

ليبين شروط محل العقد استخدم التقنين المدني الفرنسي مصطلح محل العقد (المواد 1126 و1128) وتعبير محل الالتزام (المواد 1129 و1130)¹. "ويقابل هذه المواد المادة 1163 بعد تعديل 2016". في حين استخدم التقنينين المصري (المواد من 131 إلى 135) والجزائري (في المواد من 92 إلى 98) تعبير "محل الالتزام". فما هي الشروط التي أوردتها هذه النصوص؟

الفرع الأول

أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود مستقبلاً وأن يكون ممكناً

تنص المادة 92 مدني جزائري "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً". وتنص المادة 93 "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته... كان باطلاً بطلاناً مطلقاً". وتنص المادة 1/131 مدني مصري "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً... إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً"، ونصت المادة 1163 مدني فرنسي على أنه "يجب أن يكون محل الالتزام ممكناً..."². وعليه، يجب أن يكون موضوع الالتزام ممكناً لأنه لا يلزم أحد بالمستحيل، فإذا تعهد شخص بتقديم شيء صدر قانون قبل التعاقد بمنع المتاجرة به أصبح الموجب مستحيلاً³. ويقول الأستاذ السنهوري⁴ "معنى الوجود: إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً. والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام لا أن

¹ "Parmi les quatre conditions essentielles à la validité du contrat, l'article 1108 pos selle d'un "objet certain qui forme la matière de l'engagement", exigence que le code reprend et développe dans les articles 1126 et suivants. Comme on l'a souligné bien souvent, la terminologie du Code est, en matière, imprécise puisqu'il emploie tour à tour les expressions " objet du contrat (art 1126 et 1128) et "objet de l'obligation" (arti.1129 et 1130. Pour désigner la même réalité : la prestation qu'un contractant s'engage à fournir à l'autre. Une langue juridique exacte voudrait qu'on pose que le contrat a pour effet de créer une ou plusieurs obligations, lesquelles ont pour objet une certaine e prestation. Utiliser l'expression objet du contrat pour désigner la prestation, c'est procéder à une ellipse qui peut prêter à confusion." François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit Civile (Les obligation), T1, 11^{em} édition, DALLOZ, 2013, p 300.

² " « Art. 1163. – L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. « Celle-ci doit être possible ..."

³ موريس نخلة، المرجع السابق، ص. 238.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المرجع السابق، ص. 321.

يكون ممكن الوجود بعد ذلك. وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا لا على شيء ممكن الوجود. فإذا لم يكن الشيء موجوداً في هذه الحالة - حتى لو أمكن وجوده في المستقبل - فإن الالتزام لا يقوم. كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام. أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به. فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا وقت نشوء الالتزام، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد في المستقبل". ويُقسّم الأستاذ السنهوري المحل من حيث وجوده إلى خمسة افتراضات:

- 1- الشيء بأكمله موجود وقت التعاقد،
 - 2- الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده،
 - 3- الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل،
 - 4- الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله ولكنه غير محقق الوجود في المستقبل،
 - 5- الشيء غير موجود وقت التعاقد وهو لن يوجد في المستقبل.
- ثم يقول بأن "من هذه الفروض الخمسة يوجد فرضان - الأول والأخير - ينتفي فيهما عنصر الغرر بتاتا. فالشيء الموجود بأكمله وقت التعاقد يصح التعاقد عليه، ما في ذلك شك لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي. والشيء غير الموجود أصلاً وقت التعاقد وبعده يكون التعاقد عليه باطلاً، ما في ذلك شك أيضاً لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي"¹.

هذا ويتطلب فهم إمكانية المحل التركيز على زمن الاستحالة، ونوعها².

- زمن استحالة المحل: وبهذا الصدد يجب التفريق بين استحالة المحل واستحالة التنفيذ؛ حيث يرى البعض³ بأن الاستحالة لا تبطل العقد إلا إذا جرت بعد إبرامه، أما الاستحالة التي تحدث بعد العقد فلا تبطله وإنما يترتب عليها الفسخ أو التعويض لتعلقها في هذه الحالة بتنفيذ العقد لا بتكوينه. فالتعاقد مثلاً على توريد سلعة صدر قرار بمنع استيرادها تستوجب بطلان العقد لاستحالة موضوعه، أما التعاقد على توريد سلعة صدر قرار بمنع توريدها بعد إبرام العقد فهنا ينعقد الأخير صحيحاً وينحصر للأحكام المقررة في تنفيذ العقود.

- نوع استحالة المحل:

على الرغم من تحديد استحالة المحل وقت إبرام العقد، إلا أن التشريع قد يتضمن صحة الالتزام

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، المرجع السابق، ص. 12.

² محمد الزين، المرجع السابق، ص. 175.

³ محمد الزين، المرجع السابق، ص. 176.

بشيء مستقبل وغير محقق الوقوع، ويستثنى من ذلك عدم الجواز التصرف في التركات المستقبلية وبعض المعاملات الأخرى المحددة قانوناً. وقد تكون الاستحالة مطلقة عندما يكون الالتزام مستحيلًا في ذاته أي أنه لا يمكن لأحد القيام به، وقد تكون الاستحالة نسبية عندما يكون الالتزام مستحيلًا على المدين فقط ويمكن لغيره القيام به، وهي استحالة لا تبطل العقد وإنما تحول الالتزام إلى تعويض... كما قد تكون الاستحالة طبيعية كما في حالة التعاقد على توريد سلعة غير موجودة بسبب إغلاق المصنع الوحيد الذي ينتجها، وقد تكون استحالة قانونية وهي التي ترجع لسبب في القانون، مثل التزام محامي استئناف حكم بعد فوات آجال الاستئناف.

وأخيرًا قد تكون الاستحالة قصدية إذا علم المتعاقدان وقت إبرام العقد بعدم إمكان المحل، وقد تكون غير قصدية إذا لم يعلم المتعاقدان وقت التعاقد بعدم إمكانية المحل¹. أما التعاقد بخصوص الشيء الموجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده، كالتعاقد على توريد سلعة على كميات معينة يوجد بعضها، وبعضها الآخر سيتم إنتاجه مستقبلاً، فهو محل جواز².

-التعاقد على محل مستقبل:

المقصود بالأشياء المستقبلية كمحل للالتزام هي تلك الأشياء التي ستوجد في المستقبل، أي بعد انعقاد العقد، وقد اشترط المشرع الجزائري على خلاف التشريعين الفرنسي والمصري، أن يكون وجود المحل محققاً في المستقبل. غير أن التعامل في الأشياء المستقبلية ينطوي لا محالة على احتمال عدم وجودها، بل قال البعض "الشيء المحتمل الوجود هو الشيء المستقبل"³. ويعتقد البعض⁴ بأنه إذا كان وجود الشيء المستقبل محقق الوقوع ينعقد العقد لأجل، أما إذا كان وجود الشيء مستقبلاً أمرًا احتماليًا، فلا بد من التمييز بين حالتين؛ فقد يتفق المتعاقدان على إبرام عقد على شيء محتمل الوجود دون قيد أو شرط بحيث نكون بصدد عقد غرر، ولا يكون لوجود الشيء أو انعدامه أي أثر على صحة العقد أو نفاذه. "كالتعاقد على بيع المحصول أو المنتج في حال إنتاجه". وقد يتفق الطرفان على إبرام عقد يقع على محل محتمل مستقبلاً مع اشتراط انعقاد العقد في حال وجود المحل، والعدول عنه عند عدم تحققه.

¹ محمد الزين، المرجع السابق، ص 178-179.

² ويذكر الأستاذ السنهوري معلقاً على جواز بيع الثمار والزروع التي تتابع في نضجها وصلاحتها... "هذا أصل جليل في الفقه الإسلامي ينبغي أن نقف عنده. فالغرر إذا كان يسيراً أو دعت إليه الضرورة هو غرر غير مؤثر في صحة العقود. وإنما تختلف الأنظار فيما هو اليسير وفيما تدعو إليه الضرورة، وينبغي أن تختلف من بيئة عن بيئة وفي مصر عن مصر..." عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، المرجع السابق، ص 23.

³ أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص.

123. مقتبس عن: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 172.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 173.

الفرع الثاني

أن يكون الموضوع محددًا

نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1163¹ على أن يكون محل الالتزام خدمة أو مصلحة حالة أو مستقبلية، محددة أو قابلة للتحديد ويمكن استنتاجها من العقد أو توجهات الأطراف... لكن دون الحاجة لاتفاق جديد. وتنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يكن محل الالتزام معينًا بذاته، وجب أن يكون معينًا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

ويكفي أن يكون المحل معينًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يُستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط". ونص القانون المدني المصري في المادة 133 منه على مضمون هذا الحكم².

ويعد تعيين المحل أمراً ضرورياً، حتى يكون المدين مُدرِكاً تمام الإدراك لما هو مطالبٌ به، وإذا كان تعيين المحل أمر لا بد منه تحت طائلة البطلان فهذا لا يعني أنه يكون في كل الحالات محددًا تحديداً دقيقاً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين³.

أولاً: المحل مُعَيَّن بذاته

تُسَمَّى الأشياء المعينة بذاتها بالقيمات، ويتم تعيين الأخيرة باعتبارها محلاً للالتزام بواسطة تعريفها أو وصفها. فقد تُخصَّص المصالح الإدارية بعض الأشياء بتعريف ووصف إداري من أجل تعيينها، كترقيم السيارات والمركبات... وأما الأشياء التي لا تحوز مثل هذا التعريف أو التصنيف فيتم تعيينها عن طريق الوصف "الذي يجب أن يكون مانعاً للجهالة"⁴، والذي يشمل إبراز كافة مميزات وخصائص الشيء.

¹ « Art. 1163. – L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire"

² تنص المادة 133 من القانون المدني المصري على ما يلي:

"1- إذا لم يكن محل الالتزام معينًا بذاته، وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

2- ويكفي أن يكون المحل معينًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط."

³ علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص. 176-177.

⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 177.

ثانيا: المحل مُعيّن بنوعه ومقداره

بالرجوع إلى النصوص سالفه الذكر، فإن المحل إن لم يكن معينا بذاته، وجب أن يحدد بنوعه ومقداره، والمقصود بنوع الشيء "جنسه" ومثله، وقد عرفت المادة 686 مدني جزائري -تقابلها المادة 85 مدني مصري- الأشياء المثلثية بقولها "...هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس أو الكيل، أو الوزن". وبالرجوع أيضا إلى نص المادة 94 مدني جزائري -تقابلها المادة 2/133 مدني مصري- "ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره...".

وما يلاحظ على هذا النص "مدني جزائري" أنه أشار إلى النوع "genre" بينما أشار بنسخته الفرنسية إلى الجنس "espèce"¹، والمقصود برأي البعض² هو وجوب تحديد الجنس لأنه مكون من مكونات الشيء الرئيسية، وإغفاله يمنع قيام العقد في حين أن النوع مسألة تفصيلية لا تنال من تحديد الشيء في حد ذاته، "ومنه فالعقد ينعقد ولو لم يعين المتعاقدان نوع الشيء". وكمثال فالقمح جنس والقمح المكسيكي نوع.

ثالثا: المحل مُعيّن بدرجة جودته

ورد بالنصوص (94 مدني جزائري-2/133 مدني مصري) سالفه الذكر أنه: "وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يُمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط". مع ملاحظة أن القانون المدني الفرنسي لم يستخدم هذا الحكم، حيث اقتضت المادة 1166³ أن يكون الشيء جيدا ومطابقا لتوقعات الطرف المتعاقد. وكانت المادة 1246 (الملغاة) تعفي المدين في حالة عدم تعيين جودة الشيء من تقديم النوع الأجود، وفي نفس الوقت عليه ألا يقدم أسوأ الأنواع⁴.

¹ art 94: " Toutefois, il suffit que l'objet soit déterminé quant à son espèce..."

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص. 178-179.

³ " Art. 1166. – Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie "

⁴ " Art. 1246. (Annulé)- Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise."

الفرع الثالث

أن يكون المحل مشروعاً وغير مخالفٍ للنظام العام

هناك إجماع على صعوبة تعريف النظام العام، وبرأي البعض¹ "وكما هو الحال في كثير من الأحيان عندما تكون التعاريف صعبة أو مثيرة للجدل وتصبح المفاهيم بعيدة المنال، فإن العودة إلى المبادئ الأساسية مطلوب..."، ولقد عمل مجلس الدولة ومحكمة النقض في فرنسا في مؤتمرها الرابع الذي انعقد سنة 2017 حول موضوع "النظام العام" على بحث كيفية التعامل مع المفهوم المتطور للنظام العام على المستوى الفرنسي والأوروبي ككل. ومما خلصت إليه بعض الاجتهادات " أن مفهوم النظام العام عليه أن يتكيف مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية وتغيرات السلوك البشري.

ومع ذلك، فقد نشأ عن فرضية فريدة يشترك فيها قضاة من جميع البلدان، ومن أوروبا ومن جميع مستويات الاختصاص، وهي أنه في أي مجتمع هناك عدد من القواعد الإلزامية التي، نظراً لقوتها، تحظى بالإجماع الاجتماعي وترتبط بالأشخاص وتبرر تقييد بعض الحقوق والحريات وتحد من صلاحيات الأشخاص العامين أو الخاصين. ويذكرنا النظام العام بأن مجتمعاتنا لا تستند فقط إلى حقوق وحريات الأفراد التي على السلطات العامة في الدولة حمايتها، ولكنها تستند أيضاً إلى مشروع مشترك وقيم مُلازمة لمفهوم مُعين للحياة الاجتماعية. وهو "أي النظام العام" ليس مجموعة فارغة من الإدانات دون محتوى قانوني... فهو مجموع المبادئ الإيجابية والأصول التي هي ضرورية للجميع. النظام العام هو أيضاً دعامة الميثاق الاجتماعي..."²

ويقول الأستاذ السنهوري³: " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة. ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد، فلا تتدخل الدولة في شؤونه، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعية اتسعت دائرة النظام العام، وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد...ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون

¹ Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, Introduction du colloque intitulé "L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation", le vendredi 24 février 2017, p 2. Disponible sur le site:(10-9-2019 À l'heure 19:00) <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation>

² Jean-Marc Sauvé, op.cit., p. 6.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص ص. 341-342.

أخرى، فهو شيء متغير، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة " مصلحة عامة ". ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد " النظام العام " تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما نستطيع هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار " المصلحة العامة "، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى".

أما في الجزائر، وتقصياً لمضمون فكرة النظام العام، فقد استعرض البعض¹ عينة من التشريعات المتعلقة بالجماعات المحلية، والاعلام والجمعيات. ورأى بأن المنع من مخالفة النظام العام " لم يعد قاصراً على النظام العام بعناصره المادية المعروفة والتي تستوجب وجود تهديد للأمن العام أو الصحة العامة أو السكينة العامة، بل اتسع إلى مجالات الثوابت الوطنية والدين الإسلامي وباقي الأديان والأخلاق والآداب العامة".

وقد اعتبرت المحكمة العليا أن "العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية باطلة، لمساسها بالنظام العام"²، وأن عقود البيع لا بد وأن تحرر وفق الأشكال التي حددها القانون وليس وفقاً لشهادة إدارية، وقد قررت بأنه "كان من الواجب على الطرفين تحرير العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون وليس فقط الاستناد إلى شهادة إدارية صادرة عن المدعى عليه ... حيث أن المادة المشار إليها جاءت بصيغة الوجوب وتحت طائلة البطلان أي أنها من النظام العام يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه"³. وبهذه المثابة، يعد احترام النظام العام قيماً على حرية التعاقد، التي لا يمكن أن تكون حقاً مجرداً أو مطلقاً⁴.

¹ نصر الدين بن طيفور، مضمون النظام العام باعتباره قيد على حرية التعبير، مجلة الحقوق والحريات، مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 01-2014، ص.16.

² المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر في القضية رقم 408837، بتاريخ 21-5-2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2008، ص. 212.

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر في القضية رقم 436937، بتاريخ 19-11-2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2008، ص. 193-196.

⁴ " Le principe de la liberté contractuelle postule que l'homme est libre de s'engager ou non, de choisir son cocontractant, de discuter avec lui, d'égal à égal, les conditions du contrat, et de lui donner l'objet et le contenu qu'il estime convenables, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs. On retrouve déjà cette idée dans les oeuvres de Domat, où la liberté revient comme un leitmotiv en matière de conventions : « il est libre à toutes personnes capables des engagements, de se lier par toutes sortes de conventions, comme bon leur semble, et de les diversifier selon les différentes affaires de toute nature (...), pourvu seulement que la convention n'ait rien de contraire [aux lois et aux bonnes moeurs] » l'origine, il existait peu de lois impératives susceptibles de brider la liberté des parties contractantes. Par la suite, le législateur a multiplié les interventions législatives visant à protéger l'ordre public, de sorte que le principe même de liberté contractuelle a été sérieusement battu en brèche... " Étienne MONTERO, Marie DEMOULIN, op.cit., p. 2.

وفي نطاق العقود الإدارية تأخذ فكرة النظام العام أهمية بالغة، وعلى أساسه يتم تبرير جزء مهم من الصلاحيات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة، وقد حاول البعض¹ تحديد "فكرة النظام العام التعاقدية في العقود الإدارية" معتبرين بأن العقوبات التي قد تسلط على المتعاقد وسلطة إنهاء العقد وتعديله بإرادة الإدارة المنفردة، مما يدخل في هذا المفهوم.

المطلب الثاني

مدى انطباق شروط المحل في القانون المدني على محل العقد الإداري

يقول الدكتور سليمان الطماوي عن ركن المحل في العقود الإدارية² "...وهنا أيضاً يُطبَّق القضاء الإداري المبادئ المدنية عدا ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية. وقياساً على ذلك، فإن هذا الموضوع تحكّمه في مصر المواد من 131 إلى 135 من المجموعة المدنية. ومن ثم فإننا نُحيل في هذا الخصوص إلى المراجع المدنية..."³، وهو الرأي الذي ذكره أيضاً الدكتور برهان زريق⁴ (وأحال بدوره للمواد 132 إلى 136 مدني سوري).

ويقول الأستاذان (Georges VEDEL & Pierre DELVOLVÉ) عند بيان نوعي العقود التي قد تبرمها الإدارة العامة "...إن النظام القانوني لعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة هو في الأساس نظام القانون المدني، لاسيما المادة 134 وما يليها، وبالعكس يخضع العقد الإداري لمجموعة قواعد خاصة تختلف أحياناً بشكل أساسي عن قواعد القانون المدني، والتعارض بين العقود الإدارية وعقود القانون المدني ربما كان مبالغاً فيه. فالطبيعة ذاتها للعقد في الحالتين، تستدعي حداً أدنى من الوحدة بينهما؛ وليس نظامهما القانونيان متعارضين بصورة جذرية دائماً. ولكل منها استقلالية كافية لإمكانية التفريق بينهما بوضوح"⁵.

ويُستفاد مما سبق، أن القواعد المدنية الحاكمة لركن المحل تُطبق على محل العقد الإداري، إلا في حالات تعارضها وطبيعة الأخير. وهذا الأمر يستدعي التذكير بأن محل العقد الإداري هو المرفق العام،

¹ Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, op.cit., p. 47.

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 378.

³ ويستدل الدكتور الطماوي على خضوع ركن المحل في العقد الإداري للأحكام الواردة في التقنين المدني، بحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 31-12-1966 "ومن حيث أنه يشترط في محل العقد أيّاً كان العقد-أن يكون قابلاً للتعامل فيه..."، ويتعلق الحكم بإبطال عقد توريد مجموعة من أدوات المطبخ "فُرش وسكاكين..." تحوي نسبة عالية من النحاس مما يجعلها ضارة عند استخدامها. مقتبس عن: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 378.

⁴ برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002، ص. 109.

⁵ جورج فودال وبيير دلفولفييه، المرجع السابق، ص. 312-313.

ولا يخفى أن تعلق العقد بالمرفق العام معيار أساسي - وإن لم يكن وحيد - في تمييز العقد الإداري عن المدني. ومن هنا تكمن خصوصية بعض الأحكام التي يخضع لها محل العقد الإداري والتي تكون متميزة عن تلك التي يخضع لها نظيره في العقد المدني.

وتوضيحا لذلك يتم التطرق لمحل العقد الإداري (الفرع الأول) ثم للشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد (الفرع الثاني)، ثم لبعض تطبيقات القضاء الإداري لركن المحل (الفرع الثالث)

الفرع الأول

المرفق العام محل العقد الإداري "وما لا يصلح أن يكون محلا لتعاقدات الإدارة"

إن "محل العقد الإداري يتعلق بمشروع عام أو مرفق عام"¹ تتولى الإدارة تسييره في إطار ممارسة صلاحياتها، ولا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى التعاقد بصدد تنفيذ بعض اختصاصاتها، نظرا لطبيعتها أو بسبب استبعادها بنصوص القانون، ولا تُنفذ هذه الاختصاصات إلا بالعمل الإداري الأحادي الجانب². ومن الواضح أن اختصاصات وصلاحيات الإدارة العامة قد تطورت في مداها ومدلولها بحسب التغير الذي طرأ على وظيفة الدولة، والذي بلغ مداه أيضا تأثير نظرية المرفق العام.

وفي بيان الفكرة السابقة يقول المستشار محمد أمين المهدي (رئيس مجلس الدولة المصري سابقا "2000-2001") "... يمكن القول بأن السمة الرئيسية للنظم المقارنة حتى أخرى القرن الماضي "العشرين"، كانت تتحصل في تكريس مفهوم الدولة الراعية مع ما يفرزه هذا المفهوم من ازدهار فكرة المرفق العام كدعامة أساسية لبنين القانون الإداري...، أما عمّا طرأ على مفهوم دور الدولة فيتمثل في ظاهرة تكاد تكون عامة في النظم السياسية المعاصرة، إذ تعددت التشريعات التي تحدد من تدخل الدولة في مختلف مجالات الخدمات العامة، مما كانت تقوم عليه مرافق عامة... بل انحسر دور الدولة إلى التخلي عن بعض ما كان من صميم اختصاصات السلطة العامة"³، مثل القبول بالتحكيم والتوسع في استخدامه كوسيلة لفض النزاعات عوض القضاء المختص "وما يترتب عليه من انحسار القواعد الموضوعية التي تنظم العقود الإدارية. بل قد يؤدي إلى الاستناد أساسا، عند الفصل في منازعات العقود الإدارية على المبادئ التجارية العامة، دون المبادئ الواجبة التطبيق المستمدة من أحكام القانون الإداري..."⁴. ومن الأمثلة على انحسار دور الدولة عن مجالات كانت تعد من صميم سلطاتها العامة،

1 محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 89.

2 جورج فودال وبيير دلفولفييه، المرجع السابق، ص. 334.

3 محمد أمين المهدي، منهج القاضي الإداري، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، 2008، ص. 16-19.

4 نفس المرجع، ص. 26-27.

"السماح بإنشاء شركات خاصة لتأمين الأفراد والممتلكات ونقل وحراسة الأموال...، وافساح المجال للاستثمارات الخاصة في مجالات الرعاية الصحية والتأمين والتعليم..."¹.

والظاهر مما سبق، أن المجال "النوعي" لتعاقدات الإدارة العامة تطور بتطور وظيفة الدولة ومفهوم المرفق العام، فما كان من خدمات ووظائف تُكَلِّف الدولة حصراً بالقيام عليها لتعلقها بالسلطة العامة وبفلسفة وجود الدولة في القرنين الماضيين، ليست هي ذاتها في مطلع الألفية الثالثة.

وعليه فإن المسائل التي كانت خارج نطاق التعاقد بطبيعتها أو بنص القانون قد تدخل الآن ذلك النطاق، بل ومن أفسح الأبواب. فإذا كانت النظرية الكلاسيكية للقانون الإداري ترفض أن تخضع الإدارة العامة لسلطة تحكيم أجنبي عوض قضائها الوطني، فإنها أصبحت تقبل بهذا الشرط وقد يكون جزء من محل التزامها في العقود التي تبرمها، وكذلك شرط الثبات التشريعي، الذي بمقتضاه تستثنى سريان التشريعات الجديدة التي تُعدّل في الالتزامات أو المزايا المالية للمستثمر من التطبيق على العقد الذي أبرمه مع الدولة، وذلك بعد دخوله حيز التطبيق...².

ويشار بهذا الصدد أيضاً لتطور العقود العامة في الجزائر، وإذا كان تحديد العقد الإداري يستند إلى معايير قانونية وقضائية وفقهية في مصر وفرنسا، إلا أن الوضع في الجزائر لم يكن بهذه الصورة، حيث العقود الإدارية-عندنا-هي عقود إدارية بتحديد القانون، فكل عقد تكون الإدارة العامة طرفاً فيه يعتبر عقداً إدارياً، أيا كان محله وسواء تعلق بالمرفق العام أو خفت علاقته به، كما سبق ذكره³.

الفرع الثاني

محل العقد والشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص

إن تكافؤ المصالح الخاصة في العقود المدنية لا يبرر للطرفين تفوق أحدهما عن الآخر، بخلاف العقود الإدارية التي تتميز فيها المصلحة العامة بالأولوية دون إهدار المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، ولضمان تحقيق تلك المصلحة العامة "تتقرر" للإدارة سلطة وضع بعض الشروط والأحكام التي توصف "بالاستثنائية"، وقد عرفها البعض بأنها "الشروط التي لا يستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم" وذلك "لارتباطها بفكرة السلطة العامة"، وقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ramon في

¹ محمد أمين المهدي، المرجع السابق، ص 27-28.

² وقد نص على هذه الأحكام المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج.ج.ج عدد 64، مؤرخة في 10-10-1993. ملغى بنص المادة 35 من الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم المتضمن ترقية الاستثمار الملغى أيضاً بموجب نص المادة 38 من القانون 16-09 المؤرخ في 3-8-2016 المتضمن ترقية الاستثمار، ج.ج.ج رقم 46 مؤرخة في 3-8-2016.

³ أنظر: ص 8-9 من هذه الدراسة.

حكمه الصادر بتاريخ 6-11-1953 بأنها "الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقا غير مألوفة في القانون الخاص"¹. ويشار إلى أن احتواء العقد على شروط استثنائية كان معيارا كافيا لوصف العقد "بالإداري" ولو أبرمته هيئة عامة خاضعة للقانون الخاص (مؤسسة عمومية اقتصادية، تجارية...)².

وقد صنّف البعض³ الشروط الاستثنائية إلى صنفين، صنف أول يُعبّر عن امتيازات السلطة العامة كسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حال اخلاله بالتزاماته، وسلطتها في تنفيذ قراراتها مباشرة في مواجهته. أما الصنف الثاني فهو الشروط الاستثنائية غير المألوفة، ومثلها سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد وحق المتعاقد في إعادة التوازن المالي الناتج عن ذلك التعديل.

وعلى الرغم مما سبق، ووفقا لما يراه البعض⁴ فإن مفهوم "الشروط الاستثنائية"، وبصفة خاصة كمعيار مميز للعقد الإداري، يشهد بعض التطورات التي تصل حد "التشكيك" في استئثار العقد الإداري بها في حين قد يتضمنها العقد المدني أيضا، فإنتهاء العقد من جانب واحد مثلا، مقرر في القانون المدني، ولم تعتبره محكمة النقض الفرنسية "شرطا استثنائيا".

الفرع الرابع

نماذج لتطبيق القضاء الإداري لشروط المحل

إذا كان العقد المدني شريعة المتعاقدين، فإن كلا المتعاقدين ليس حرا في التعاقد على أي موضوع "محل"، بل يجب أن يكون محل العقد مشروعاً بالأساس وممكناً وغير مخالف للنظام العام. وبصفة عامة

¹ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص. 58.

² بهذا الصدد:

"...flexibilité de ses transactions et par le principe d'égalité qu'il confère aux parties contractantes cette spécificité le distingue nettement du régime des contrats administratifs, marqué par l'emprise essentielle du droit public et par les prérogatives propres qu'il confère l'une des parties, l'entreprise en l'occurrence, au nom de la satisfaction de l'intérêt général ? C'est dire que leur forme commerciale de société manifeste ouvertement la volonté du législateur de faire oublier le droit public et de les assimiler, au maximum, aux itreprises privées correspondantes C'est dire que l'entreprise publique, quelle soit économique ou un établissement à caractère industriel ou commercial, va se comporter à cet égard comme n'importe quelle entreprise commerciale privée. Ce qui n'était pas le cas en France où la jurisprudence considérait jusqu'à 1961 que les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers peuvent être changés en contrats administratifs s'ils contenaient des clauses exorbitantes". Djilali TCHOUAR, op.cit., pp. 153-154.

³ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص. 63-69.

⁴ "Si l'action unilatérale de l'administration témoigne du caractère exorbitant des moyens dont dispose la puissance publique pour exécuter ses missions, il n'en va pas de même de la notion de clause exorbitante en tant que critère de qualification d'un contrat administratif passé par une personne publique. Les ambiguïtés propres à cette notion ne font que s'accroître dans un environnement marqué par la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence. Pour le dire autrement, il n'existe pas de réelle différence entre les clauses stipulées dans les contrats administratifs et celles présentes dans les contrats de droit privé...". Stéphanie CLAMENS, La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel, Revue de l'Actualité juridique Française, 10 avril 2001. Disponible sur le site: (10-10-2019 À l'heure 19:00) <https://www.rajf.org/spip.php?article9>

يجب أن يستوفي المحل الشروط المنصوص عليها في المجموعات المدنية، ويتكفل قاضي العقد بالتأكد من توافرها في حال المنازعة بشأنها¹.

وفي سياق مقابل، يتكفل القاضي الإداري بالتأكد من "مشروعية وقانونية" ركن المحل في العقد الإداري، وله من السلطات الرقابية ما يفوق دور نظيره المدني بالنظر لطبيعة موضوع العقد الإداري وخصوصية الأحكام التي يخضع لها. وفيما يلي نماذج مما سبق ذكره:

أولاً: بالنسبة لمدى حرية الأطراف في تحديد الثمن في المزايدات والمناقصات

الأصل في العقود المدنية أن يُحدد محل التزام الطرفين بمحض إرادتهما، تحديداً كافيًا، وفي حال اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة، يجوز للطرف المتضرر - وحده - أن يطلب تدخل القاضي خلال مدة معينة حددتها النصوص². إلا أن العقود الإدارية لا تخضع لذات المبدأ، فلا تُعدُّ الجهة الإدارية "حرّة" في تحديد محل التعاقد في عمليات البيع مثلاً، وذلك ليس في البيع بالمزاد العلني "المزايدة" فحسب، بل حتى في البيوع الإدارية الأخرى التي أجازها القانون، ويجوز - علاوة على طرفي العقد - لكل ذي مصلحة أن يطلب التدخل في حال أبرمت الإدارة عقوداً تحتل فيها التزامات الطرفين، أو يشوب محلها عيب أو أكثر من العيوب التي قد ترد عليه.

ففي حكمها الشهير الصادر بتاريخ 14-09-2010³، لم تُجز المحكمة الإدارية العليا البيع الذي طال أملاك الدولة بمقابل "ضئيل"، والذي نتج عن عدم احترام إجراءات الاعلان والاشهار

¹ وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 4-4-2006 في الطعن رقم 7790 لسنة 74 قضائية: "إن المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن الأصل في الإرادة هو المشروعية فلا يلحقها بطلان إلا إذا نص القانون على بطلان الالتزام الناشئ عنها صراحة أو كان هذا الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الأداب محلاً أو سبباً أو كان على خلاف نص أمر أو ناه في القانون، ويتحدد نوع البطلان بالغاية التي تغيهاها المشرع من القاعدة محل المخالفة فإن كانت حماية مصلحة عامة جرت أحكام البطلان المطلق ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به".

² تنص المادة 90 مدني جزائري والمادة 1/129 و2 مدني مصري على ما يلي: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يُبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن تُرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة". وتنص المادة 57 مدني جزائري على أن: "يكون العقد تبادلياً متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء، يعتبر معادلاً لما يُمنح له، أو يُفعل له...".

³ "ومن حيث أنه قد بات معلوماً من المعارف العامة - التي لا تحتاج في تقصي حقيقتها وتمحيصها إلى إعمال خبرة أو تجربة - بات معلوماً أن الهيئة الطاعنة - بُعِدَ إبرام ملحق العقد ببضعة أشهر - بادرت في العام 2006 إلى إجراء مزايدات كبرى طرحت فيها للبيع مساحات شاسعة داخل زمام المجمعات العمرانية الجديدة، بعضها في ذات المنطقة

اللازمة، والتي تسمح بتحديد السعر المناسب للمبيع، والتي نص على ضرورة اتباعها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، فقضت "بتأييد حكم محكمة القضاء الإداري القائل ببطلان العقد والملحق الخاص به". كما أنه من الظاهر أن المحكمة استندت في إبطال العقد على نصوص القانون المدني بقولها "إن هذا التعاقد جاء مخالفاً لأحكام القانون المدني¹ التي تقضي بأن البيع يكون بمقابل نقدي وليس عينياً، فالثمن يمثل أحد أركان عقد البيع، وقد خلا العقد المبرم بين الهيئة والشركة سالفتي الذكر من الثمن النقدي للأرض محل هذا العقد، ومن ثمة فإن العقد لا يعتبر عقد بيع"². وبمقابلة هذا الحكم مع ما أورده محكمة النقض المصرية من أحكام عند تعرضها لبيع الأملاك الخاصة بالدولة، يُلاحظ بأنها كانت تنظر بدقة وبصرامة لمدى احترام إجراءات وشروط

=الكائن بها موقع عقد مشروع "مدينتي" وهي القاهرة الجديدة... وحيث أنه بمقارنة البيع الذي تم في الحالة المعروضة بالبيع التي تمت في الحالات الأخرى من حيث مُقابله وشروطه وإجراءاته...، فإن الوضع بدأ وكأنه أمر عجب، ففي الحالة المعروضة "عقد مشروع مدينتي" بدأ التصرف في المال العام محاطاً بالكتمان لا يعلم أحد من أمره شيئاً... فتمخض الأمر عن بيع لأراضي الدولة بمقابل عيني ضئيل - وهو منح الجهة البائعة نسبة 7٪ من الوحدات السكنية التي يتم إنجازها- يتم أداؤه خلال عشرين عاماً يمكن زيادتها إلى خمسة وعشرين، فضلاً عن اشتغال العقد على شروط مجحفة "كتعهد الجهة البائعة بتوصيل جميع المرافق لأرض المشروع"، فقد اشتمل العقد-بإحدى- على التصرف في خمسة آلاف فدان، زيدت في مُلحقه إلى ثمانية آلاف فدان، إضافة إلى تقرير حق الشركة سالف الذكر في الاستحواذ على مساحة 1800 فدان بالشفعة... أما في الحالات الأخرى فقد جرى الإعلان "عن البيع" داخل مصر وخارجها، بل جرت حملة إعلانية ضخمة للإخبار عن مزادات بيع تلك الأراضي ومواعيدها... وذلك قصد تحقيق أقصى درجات الشفافية والعلانية وتكافؤ الفرص...". حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 30952 و31314 لسنة 56 قضائية، بتاريخ 14-09-2010. متاح على الموقع الرسمي لنشر أحكام المحكمة الإدارية العليا، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، (تاريخ الاطلاع 2-7-2019 الساعة 22:00)، الرابط:

<http://alamiria.laa-eg.com/NewTash/AhkamSrch>

¹ وذلك إشارة لنص المادة 418 مدني مصري التي تنص على أن: "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

² وعلى الرغم من الحكم ببطلان العقد والملحق المُشار إليهما، إلا أن الموضوع أخذ اتجاهاً آخر، حيث ونظراً لأن المشروع المتعاقد عليه قد تم إنجاز بنسبة 97 ٪ عند صدور قرار البطلان، ونظراً للأثار الاجتماعية والاقتصادية المترتبة على حكم البطلان، فقد قررت الحكومة المصرية تشكيل لجنة من الخبراء القانونيين لدراسة المسألة، وخلصت إلى إعادة منح شركة المشروع للقطعة الأرضية بالاتفاق المباشر "استناداً للمادة 31 مكرر المضافة بالقانون رقم 148 لعام 2006 بتعديل أحكام قانون المناقصات والمزايدات، التي تجيز للتعاقد بالأمر المباشر طبقاً للحالات الضرورية، إذا كانت هناك مقتضيات اقتصادية واجتماعية تستلزم ذلك... على أن إبرام العقد الجديد يتم بين هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة والشركة العربية للمشروعات والتطوير العمراني "ذات الشركة القائمة بالمشروع" بالأحكام والنصوص نفسها الواردة في العقد السابق، وبما لا يتعارض مع أحكام محكمة القضاء الإداري العليا في مجلس الدولة، وبحيث لا يقل الثمن عن تسعة مليارات وتسعمائة وتسعة وسبعين مليون ومائتي ألف جنيه مصري، ويتم إعادة العقد الجديد على

عملية التعاقد، وترتب بناء على ذلك حُكمها¹.

ثانياً: بالنسبة لمخالفة المحل للنظام العام

سبقت الإشارة إلى "صعوبة" وضع تعريف محدد للنظام العام، وإذا اقتصرنا على أبرز تطبيقات هذه الفكرة في مجال تعاقدات الإدارة، يتضح أن مضمونها يتسم بنوع من الاتساع مقارنة بتعاقدات الخواص. ويمكن القول بأن مخالفة محل العقد الإداري للنظام العام تجدها صوراً عديدة، من بينها عدم مشروعية المحل لعدم جواز التعاقد بخصوصه، إذا منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص أمر معين، سواء أكان شيئاً يراد شراؤه أو عملاً يراد تنفيذه، فإن الإدارة ملزمة باحترام إدارة المشرع. "وكل مخالفة لهذا الحظر تؤدي إلى بطلان التعاقد"².

ومثال ما سبق، التعاقد على محل مخالف لشروط الصحة والنظافة والأمن، كأن تتعاقد الإدارة على توريد سلع أو منتجات تؤدي للإضرار بمستخدميها، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 31-12-1966 بأنه "وحيث أنه من الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد" وهي سكاكين وملاعق تحتوي نسب عالية من المعادن الضارة" تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم، وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها"³ أو التعاقد على محل يخالف الأدب العامة كأن تتعاقد الإدارة مع سرك يتضمن أداء عروض بالإساءة للحيوانات "مصارعة الثيران".

= هذا الأساس... وقد عارض البعض هذا الاتفاق بين الحكومة المصرية وشركة المشروع ووصفوه بأنه "غير قانوني"، في حين اعتبره البعض الآخر "باعث على الاطمئنان لدى المستثمرين"... وفي تفاصيل هذا الموضوع وتطورات، أنظر: عثمان الدلنجوي، مصر 2010 أحوال وطن، سلسلة كتاب الجمهورية، الفصل رقم 10، عدد يناير 2011، القاهرة، مصر، ص 263-268؛ تسوية نهائية لنزاع أرض مدينتي بين الحكومة و (ط م)، جريدة مصر العربية، عدد 26-02-2015. (تاريخ الاطلاع 12-9-2019 الساعة 13:00) متاحة على الرابط:

<http://www.masralarabia.com/%D8%A7%D9%82%D8%A>

¹ ففي حكمها الصادر بتاريخ 2 فبراير 2009 قد قررت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان التعاقد مع جهة الإدارة بشأن بيع الأملاك الخاصة بالدولة أنه يخضع لعملية مركبة لها جانبان أحدهما تعاقدية والآخر إداري وفيه تسير الإدارة على مقتضى النظام القانوني المقرر لذلك، وتتصل بالعقد من ناحية شروط البيع والإذن به أو إبرامه أو اعتماده وبالتالي فهي تُسهم في تكوينه وتستهدف اتمامه، بحيث إذا تبين وقوع العقد بالمخالفة لهذه القواعد اعتبر العقد معدوم الأثر قانوناً" بتاريخ 2 فبراير 2009، الطعن رقم 7745 لسنة 66 قضائية. محكمة النقض المصرية، (تاريخ الاطلاع 12-

9-2019 الساعة 13:00) متاح على الرابط: <http://www.cc.gov.eg/Images/H/111233097.pdf>

² علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ج1، ص. 277.

³ حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، صادر بتاريخ 31-12-1966. مقتبس عن: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 378.

ويظهر مما سبق ذكره بخصوص المحل في العقود الإدارية، أنه يخضع لشروط المحل في القانون المدني فيما يتعلق بإمكانية الوجود والتعيين والتحديد، إلا أن مشروعية المحل وعدم مخالفته للنظام العام لها مفهومها الموسع بحيث يشمل كل ما لا يمكن للإدارة التعاقد بشأنه، لذاته أو لمنع في القانون. وفيما يلي يتم تسليط الضوء على ركن السبب في العقود الإدارية.

المبحث الثاني

السبب في العقد الإداري

على الرغم من اعتبار السبب ركن من أركان العقد، إلا أن التجاذبات الفقهية والقضائية وأخيراً التشريعية، أعادت وضع "نظرية السبب" على المحك، خاصة منذ تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 وتخليه عن اعتبار السبب ركن من أركان العقد.

يُعرف البعض¹ السبب بأنه "هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه"². ويرى بأن "للسبب والإرادة معنيان متلازمان، ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان، وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية: كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد، وضعف حظ الشكل، زادت أهمية السبب. ذلك لأن الإرادة، من حيث إنها تحدث آثاراً قانونية، إذا انطلقت من قيود الشكل، وجب أن تتقيد بالسبب. وعندما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذي يُكوّن العقد، لم يكن للسبب من أثر. وبدأ السبب في الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل. وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب، إلى أن تم تحريرها، فوجدت نظرية السبب كاملة تحل محل الشكل".

وعلى النحو السابق، قل شأن السبب في القانون الروماني لاعتماده على الشكلية، وبدأ الاهتمام بالسبب يتطور بظهور الرضائية في العقود، خاصة في شروحات فقهاء القانون الكنسي، الذين أعطوا للسبب مفهوماً جديداً، يجد شقه الأول في قاعدة الوفاء بالعهود وشقه الآخر في اشتراط "المشروعية" في سبب التعاقد³.

ولبيان ركن السبب في العقود الإدارية يتم التطرق لموقف الفقه والتشريع من نظرية السبب (المطلب الأول)، ثم التطرق لنظرية السبب وتطبيقاتها في العقود المذكورة (المطلب الثاني).

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص. 354.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص. 353.

³ نفس المرجع، ص. 354.

المطلب الأول

موقف الفقه والتشريع من نظرية السبب

يقول البعض¹ "إن السبب هو محل تصورات مختلفة تعود لتعدد الاعتبارات الفلسفية والإيديولوجية المعتمدة؛ فمبدأ سلطان الإرادة المستمد من مذهب الفردية-مثلا- لا يُسند للسبب دوراً آخر غير حماية الفرد ومصالحه، وطالما كان الفرد حراً في تصرفاته فلا يحق للمجتمع أن ينشغل بالأسباب التي دفعته إلى إبرام العقد. ... وعلى عكس ذلك أخذ المذهب الاجتماعي-الذي يعتبر العقد ظاهرة اجتماعية-بتصور مغاير تماماً؛ حيث يرى في وظيفة السبب وسيلة لحماية المجتمع عن طريق مراقبة كل المعاملات والاطلاع على الأسباب الشخصية التي حملت كل متعاقد على إبرام العقد. ويقتضي هذا التصور أيضاً سلطة تقديرية واسعة للقاضي...". وكما اعترف البعض بالسبب، فقد أنكروه آخرون، إلا أن التشريعات محل الدراسة اعترفت به وجعلته ركناً من أركان العقد.

وتوضيحا لما سبق، يتم التطرق لموقف الفقه (الفرع الأول)، ثم لموقف التشريعات (الفرع

الثاني)

الفرع الأول

موقف الفقه من نظرية السبب

رأى جانب من الفقهاء يتقدمهم الأستاذ (PLANIOL) والفقير البلجيكي (Ernst) أنه "لا جدوى من نظرية السبب".² وتحججوا بما يلي:

-أنه لا يمكن القول بصدد العقود التبادلية بأن سبب التزام المتعاقد هو التزام الطرف الآخر، حيث أن هذا الادعاء يفترض وجود أحد الالتزامين قبل الآخر، فمثلاً يوجد التزام البائع قبل وجود التزام المشتري لأنه سبب له، وفي نفس الوقت يوجد التزام المشتري قبل أن يوجد التزام البائع لأنه أيضاً سبب له، و"بهذا ندور في حلقة مفرغة".

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 189.

² "Quant à la cause, on sait que les développements de Domat et de Pothier sont à l'origine d'une conception objective de la notion, envisagée comme un mobile abstrait, toujours le même selon le type de contrat. Cette définition abstraite de la cause, suivie par la majorité de la doctrine du 19e siècle, sera par la suite vivement critiquée par le mouvement anti-causaliste, qui lui niera toute utilité réelle. Laurent fut ainsi parmi les premiers à remettre en question la théorie de la cause, en affirmant que « la loi a tort de distinguer la cause de l'objet et d'en faire une quatrième condition essentielle pour la validité des contrats...". Étienne MONTERO, Marie DEMOULIN, op.cit., p. 6. Disponible sur le site : (16-9-2019 À l'heure 17:00). www.crid.be/pdf/crid/4563.pdf

- كما أن القول بأن تسليم الشيء في العقود العينية هو سبب الالتزام، لا ينصرف إلى علته المباشرة، وإنما معناه أن تسليم الشيء هو مصدر الالتزام.

- إن السبب لا يعتبر ركناً مستقلاً للالتزام وإنما يمتزج في الأركان الأخرى؛ ففي عقد البيع - كعقد تبادلي - يمتزج سبب العقد بالمحلين، وهما المبيع والثمن ومن ثم فإن سبب التزام كل طرف من طرفيه ليس إلا محلاً للالتزام الطرف الآخر... وفي عقد الهبة - وهو عقد تبرع - يمتزج السبب بالرضا، فإذا حدث خطأ في شخص الموهوب له، لم يتم الرضا ومن ثم لا ينعقد العقد.

وخلاصة ما سبق " أن كل عقد تبادلي وكل عقد عيني له محل صحيح وجائز قانوناً، يكون له وبطريق اللزوم سبب صحيح، وبالنسبة لعقود التبرع فإن الرضا الصحيح يكون له سبب صحيح، ومن ثم لا فائدة من السبب إذ هو ليس ركناً مستقلاً".

وفي مقابل الرأي المنكر لوجود السبب أكد جانب من الفقهاء¹ على استقلالية السبب، معتبرين أن "إنكار وجود السبب يؤدي إلى نتيجة شاذة، ألا وهي التسليم بصحة أمور غير مشروعة"، ويجري التفريق بين هؤلاء الفقهاء² حول سبب الالتزام وسبب العقد؛ فسبب الالتزام وقد يسمى "السبب القصدي" وهو غير متغير في طائفة واحدة من العقود، ففي عقود البيع فإن السبب هو المقابل، نقل الملكية مقابل الثمن، والثمن مقابل الملكية. أما الباعث أو سبب العقد فهو متغير، كمن يشتري شيئاً ليستخدمه، أو ليعيد بيعه... فهو باعث شخصي متغير، وعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون للسبب القصدي أو سبب الالتزام هي وحدها التي يترتب عليها بطلان العقد، في حين أن الباعث أو سبب العقد لا أثر له على وجود الالتزام³.

الفرع الثاني

موقف التشريعات من نظرية السبب

نص التقنين المدني المصري في المادتين 136 و 137 على السبب⁴، واستخلص الأستاذ السنهوري منهما أنه لا يشترط وجود سبب للالتزام، اكتفاء بسبب العقد أو الباعث، مستنداً على ما

¹ مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 287.

² نفس المرجع، ص. 289.

³ نفس المرجع، ص. 285.

⁴ تنص المادة 136 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً". وتنص المادة 137 على ما يلي: "كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً. ما لا يقيم الدليل على غير ذلك. - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

ورد بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني، فالمقصود برأيه هو سبب العقد لا سبب الالتزام. بينما ينقل البعض أن غالبية الفقه المصري يعتبرون أن المشرع المصري في المادة 136 من القانون المدني قد أخذ بمفهوم مزدوج أو مختلط؛ حيث اعتد بسبب الالتزام وهو السبب القصدي بالإضافة إلى سبب العقد أو الباعث الدافع، حيث اشترط وجود سبب للالتزام، وقرر بطلان العقد إذا كان سبب الالتزام مخالف للنظام والآداب العامة، مما يدل على ضرورة توافر المشروعية في السبب الدافع للتعاقد أي سبب العقد¹.

وفقا لنص المادتين 97 و 98² من القانون المدني، يظهر أن المشرع الجزائري اهتم بمشروعية السبب. وتعليقا عليهما يرى البعض³ "أن العبرة بمشروعية السبب لا بوجوده، مما يفيد أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة، من خلال مراقبة المعاملات والاطلاع على النوايا الحقيقية للمتعاقدين، ومعرفة الدوافع الرئيسية التي تحملهم على التعاقد..."، وقد ذهب رأي آخر إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالنظريتين التقليدية والحديثة معا، حيث أن النص الفرنسي للمادة 97 اشترط وجود السبب من جهة، ومشروعيته من أخرى، خاصة وأن النصين المذكورين "المادتين 97 و 98" أشارا إلى "سبب الالتزام" لا إلى سبب العقد⁴.

أما بالنسبة لتقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804، فقد ظل محتفظا بمبادئه طيلة قرنين من الزمن، إلا أن التطورات التشريعية التي شهدتها القارة الأوروبية نهاية الألفية الثانية وبداية الألفية الثالثة، مهّدت للقول بضرورة تعديل بعض أحكامه، خاصة ما يتعلق بالالتزامات، ففي حين تم إصدار مبادئ قانون العقود الأوروبي سنة 2003⁵، وإطلاق مشروع التقنين المدني الأوروبي، كانت فرنسا تحتفل بمرور مئتي سنة على إصدار تقنينها المدني سنة 2004، في نفس الوقت الذي صُنفت فيه

¹ مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص. 287.

² تنص المادة 97 من ق.م. ج "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا". وتنص المادة 98 من ق.م. ج "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

³ Art. 97." Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs "

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 202.

⁵ Principles of European Contract Law – PECL, Disponible sur le site : (16-9-2019 À l'heure 17:00) https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/

في المرتبة 44، من بين الأنظمة القانونية الجاذبة للتجارة الدولية بناء على تقرير البنك الدولي المعنون بـ "ممارسة الأعمال التجارية" الصادر في نفس السنة¹.

وهذه الأسباب المشار إليها كانت داعمة لجهود إعادة النظر في ذلك التقنين وبصفة خاصة العمل على مواكبته لقانون العقود الأوروبي المشار إليه. وعليه فقد تم في سنة 2005 نشر مسودة لتعديل التقنين المدني الفرنسي أعدتها لجنة برئاسة الأستاذ المتقاعد Pierre Catala والتي ضمت أزيد من 37 عضوا ينتمون لتخصصات القانون الخاص الفرنسي²، وعلى الرغم من التمهيد الذي ورد في مقدمتها بخصوص الرغبة في توحيد مبادئ واجتهادات فروع القانون الخاص ضمن التقنين المدني، والعمل على إضفاء مرونة على التعاقدات وافساح المجال لتنمية رأس المال وربط التشريعات الفرنسية بنظيراتها الأوروبية.... Notre espoir est que l'avant-projet serve l'entreprise qui donnera à la France un droit civil adapté à son époque et une voix dans le concert européen... فقد كانت المسودة وفقا لبعض الآراء خالية من الإشارة إلى مبادئ قانون العقود الأوروبي، بل كانت مؤكدة على تمسكها واعتزازها بالمبادئ الثابتة في قانون 1804³. وفي سنة 2008 أفرجت وزارة العدل الفرنسية عن مسودة أخرى استمدت الكثير من مبادئ القانون الأوروبي للعقود، أعدها الأستاذ (François TERRE)، وكانت أساس الإصلاحات التي وقعت سنة 2016. كانت المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 تنص على أن للعقد أربعة أركان، هي الرضا والأهلية والمحل والسبب⁴. وتنص المادة 1128 بعد التعديل على أنه يعتبر ضروريا لصحة العقد: موافقة الأطراف، وأهليتهم للتعاقد، والمحتوى القانوني المحدد للعقد⁵. أما المادة 1131

¹ Doing business in 2004, Understanding Regulation, The World Bank, p. 163. Disponible sur le site: (16-9-2019 À l'heure 19:00)

<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf>

² Pascal Clément, AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Ministre de la Justice 22 Septembre 2005, p. 6. Disponible sur le site : (17-9-2019 À l'heure 17:00)

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

³ جان سمتس وكارولان كلوم، الإصلاحات المُدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، ترجمة: أ.د. نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقدة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 20 ديسمبر 2017، ص.

⁴ "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation."

⁵ "Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain."

قبل التعديل¹ تقضي بأن الالتزام بغير سبب، أو لسبب كاذب أو لسبب غير مشروع لا يكون له أي تأثير². وبعد التعديل، فقد نصت المادة 1162 على أن العقد لا يمكن أن يمس بالنظام العام، سواء في نصوصه أو أغراضه، وسواء كانت تلك الأغراض معروفة لكلا الطرفين أم لا³.

المطلب الثالث

السبب في العقود الإدارية

يرى الفقه⁴ بأن الإدارة لا تتعاقد دون سبب أو لسبب باطل، ومن ثم يجب توافر ركن السبب في العقد الإداري، ويُذكر⁵ بأن القضاء الإداري "لم يتطرق إلا نادرا، في قراراته، إلى نظرية السبب في العقود. وحين فعل ذلك لا يبدو أنه كان في طور بلورة نظرية تختلف عن نظرية السبب في القانون المدني، ومبررات هذا الموقف هي التسليم جدلا بوجود سبب حقيقي ومشروع في العقود الإدارية، الأمر الذي لا يمكن مناقشته فهو من المسلمات". ويؤكد البعض⁶ أيضا أنه على الرغم من حرية القاضي الإداري في تفسير وتطبيق القواعد العامة للعقود، إلا أنه لا يمكنه تجاهل المفاهيم المدنية لمحل العقد وسببه.

¹ "l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet"
² وقائع الدعوى تتلخص فيما يلي: "عند وفاة عالم هندي كبير كان يعمل خبير في تخصصه، تولى ابن أخيه إدارة أعماله وأمور تجارته- وكانت غير راجحة- وفي ظروف غامضة، وبعد عدة سنوات حررت أرملة المتوفي إقرارا بالدين لصالح ابن أخيه قيمته 800 (الف فرنك) مقابل قرض وافق الأخير على منحه لها، إلا أنها رفعت عليه دعوى بعد ذلك تطالب فيها بإبطال هذا الإقرار، تحققت محكمة الاستئناف من أن الأرملة كانت مدينة فعلا لابن الأخ ولكن بمبلغ أقل من 200 (الف فرنك تقريبا) واستنتجت من ذلك أن سبب الالتزام غير صحيح، وقضت ببطلان الإقرار بالدين تطبيقا للمادة 1131 من القانون المدني الفرنسي (المتعلقة بالسبب) طعن ابن الأخ في الحكم السابق بالنقض فنقضت الدائرة المدنية الأولى حكم محكمة الاستئناف مؤكدة في ضوء المادة 1131 أن عدم صحة السبب جزئيا لا يترتب عليها بطلان الالتزام ولكن انقاصه بمقدار محدد. وبما أن محكمة الاستئناف قد تحققت من وجود الدين، حتى ولو ظهر أنه أقل من المبلغ الذي تعهدت به الارملة فإن حكمها ببطلان الإقرار بالدين رغم ذلك مخالف للمادة 1131. حكم محكمة النقض الفرنسية في 11 مارس 2003، Civ, 1er, 11 mars 2003, rev, trim, dir, civ, 2003, 287, obs. Mester (J.) et Foges (B.), JCP 2003, I, 142, obs. rechfed (J.).

³ " Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties".

⁴ علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ج1، ص. 235.

⁵ علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ج1، ص ص. 235-236.

⁶ "En définitive, l'étanchéité entre le droit privé et le droit public n'est pas absolue. En tant que contrats, les marchés publics ne sauraient ignorer les notions civilistes d'objet et de cause du contrat, même s'il demeure vrai que le juge administratif en fait une libre interprétation et application". François LEHOOX, La pénétration des notions civilistes d'objet et de cause du contrat dans le contentieux des marchés publics, Contrats publics, LJDJ, octobre 2016, N°169, p. 4.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه المؤرخ في 27-02-2015 بأنه: "بالنظر إلى أن الاتفاق المبرم بين شخصين عامين يتعلق بتنظيم الخدمة العامة أو بترتيبات التنفيذ المشترك لمشروع ذي منفعة عامة يمكن أن يكون موضوع إنهاء من جانب واحد فقط إذا كان سبب ذات المصلحة العامة يبرره، لا سيما في حالة تخلف سبب الاتفاق أو اختفاؤه؛ بينما، من ناحية أخرى، فإن مجرد ظهور خلل في العلاقات بين الطرفين، أثناء تنفيذ الاتفاق، ليس من الطبيعي أن يبرر هذا الإنهاء"¹.

ويتعلق الحكم بالفصل في النزاع بين بلديتي Villeneuve-lès-Béziers و Béziers. حيث أبرم بينهما اتفاق على اقتسام عوائد الضرائب التي تجبى من أنشطة المؤسسات العاملة في المنطقة الصناعية المتفق عليها بينهما، إلا أن بلدية Villeneuve-lès-Béziers أنهت العقد بإرادتها المنفردة بحجة أن السبب الذي أبرم من أجله غير متحقق فعليا وأن الإبقاء على هذا العقد لا يحقق مصلحتها العامة... " وخلص الحكم إلى عدم التسليم بهذه الحجج. وقال ببقاء تحقق "المصلحة العامة المشتركة" التي أراد الطرفان إيجادها من وراء تعاقدتهما، وبعدم مشروعية إنهاء العقد لهذا السبب..."² ويمكن القول بأن القاضي الإداري الفرنسي يطبق نظرية السبب في ثلاث فروض:

1- الفرض الأول: عند بحثه مدى توافر ركن السبب، ويقضي ببطلان العقد عند تخلفه، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26-9-2007³ بأن العقد المبرم بتاريخ 20-2-1990 بلا سبب،

¹ "Considérant qu'une convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause ; qu'en revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation" .Conseil d'État, 3ème / 8ème SSR, 27/02/2015, 357028, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (20-9-2019 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000030296244>

² " Considérant que, ainsi qu'il a été dit, la convention litigieuse avait été conclue par les communes de Béziers et de Villeneuve-lès-Béziers dans le but de partager les ressources de taxe professionnelle acquittée par les entreprises situées dans la zone industrielle qu'elles avaient créée et géraient en commun ; qu'elle répondait ainsi à un intérêt public commun aux deux collectivités ; que, dans ces conditions, la seule circonstance, à la supposer établie, que la convention ne satisfaisait plus l'intérêt de la commune de Villeneuve-lès-Béziers ne saurait être regardée comme un motif d'intérêt général de nature à en justifier la résiliation unilatérale ; que la commune de Villeneuve-lès-Béziers n'invoque aucun autre élément de nature à caractériser un motif d'intérêt général, apprécié en tenant compte des différents intérêts publics affectés par la convention litigieuse, justifiant la résiliation de cette convention ; que, notamment, il résulte de ce qui a été dit aux points 5 et 6 que la cause de la convention litigieuse n'avait pas disparu et que son équilibre n'avait pas été bouleversé... "

³ Conseil d'Etat, 26 sept. 2007, n° 259809, OPHLM du Gard, Disponible sur le site : (22-9-2019 À l'heure 17:00) <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-259809-ophlm-gard-2007-09-26.htm>

ويكون بذلك باطلا، فهو يهدف إلى تنفيذ أشغال الطرق والشبكات ذاتها التي يهدف إلى تحقيقها عقد آخر أبرم بتاريخ 8-12-1989...¹.

2-الفرض الثاني: عند بحثه عن مشروعية السبب: فقد قضى بتاريخ 15-2-2008 في قضية "la commune de la Londe-les maures" ضد "la SARL La Brûlade" بأن "أي اتفاق قد يكون باطلاً عندما يكون بدون سبب أو أنه يستند إلى سبب غير مشروع"². ورفض الحكم التسليم بمطالب البلدية المذكورة التي أرادت الحكم ببطلان اتفاقيتين خاصتين باستغلال عقارات مملوكة لها وضعت تحت استغلال الشركة، عندما طلبت الأخيرة ترخيصاً لتسوية مطعم تم إنجازه بطريقة غير مشروعة يقع ضمن العقارات المتعاقد عليها...واستند الحكم إلى أن طلب التسوية لا يدل على أن سبب إبرام الشركة للاتفاقيتين غير مشروع.

3-الفرض الثالث: عند اعتبار السبب الأساس القانوني للعقد:

فقد قضى مجلس الدولة بتاريخ 20-2-2008 في قضية "l'office national de la chasse et de la faune sauvage" ضد "la Haute-Vienne" بأن الاقتطاعات المالية التي يقدمها اتحاد الصيادين للمكتب الوطني للصيد تتم وفقاً لاتفاقية تم اعتمادها بموجب مرسوم، خلافاً لمقتضى التشريعات الأوروبية، وعليه فإن تطبيق الاتفاقية يستند على سبب غير مشروع "que la convention du 1er janvier 1987, qui a pour objet de mettre en oeuvre ces dispositions, repose sur une cause illicite"³.

أما في الجزائر فمن الاجتهادات القليلة المنشورة لمجلس الدولة، لا يمكن على وجه الدقة تحديد موقف القاضي الإداري من ركن السبب، وعلى الرغم من ذلك فإن ضرورة مراعاة المصلحة العامة في العقود الإدارية يمكن أن يُستشف من عدة قرارات قضائية. فقد قضى المجلس بتاريخ 12-7-2005 في قضية ق.ع. ب ضد مديرية الشباب والرياضة لولاية البويرة بأنه "إن الأشغال الإضافية

¹ في التعليق على الحكم، ينظر:

François LEHOOX, op.cit., p. 42.

² "... Considérant qu'une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite...". Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15/02/2008, n° 279045, Disponible sur le site : (25-9-2019 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000018259727&fastReqId=1403196392&fastPos=1>

³ Conseil d'État, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 20/02/2008, 302055, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (25-9-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000018396509&fastReqId=1163044429&fastPos=1>

وبما أنها كانت ضرورية لإنجاز مشروع "دار الشباب" حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يصدر أي أمر بإنجاز هذه الأشغال... خاصة وأنه اعترف بتلك الأشغال الإضافية الضرورية، وإنما نازع في تحديد أسعارها مما يستوجب تعيين خبير توكل له مهمة معاينة الأشغال وتحديد أسعارها¹.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية، يمكن القول أن العقد المعني أبرم في ظل سريان المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المُلغى)²، وبموجبه ينبغي على المصلحة المتعاقدة أن تحدد بدقة الأشغال الواجب إنجازها قبل البدء في المشروع، وعلى هذا الأساس يتم التعاقد بين المتعامل والمصلحة المتعاقدة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 42 من المرسوم المذكور عند بيانها لتحديد موضوع الخدمة أو الأشغال المراد إنجازها " الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتوجات أو الخدمات...".

وفي قضية الحال قرر مجلس الدولة بأنه "يكون مستوجبا الدفع للمؤسسة "المتعاقدة" حتى في حالة انعدام طلب من صاحب المشروع، مبلغ الأشغال الإضافية عندما تكون ضرورية للمشروع، ومنجزة وفق القواعد المقررة". ومن القواعد المقررة - خاصة في المادة 89³ من المرسوم الذي يحكم هذا العقد- أن هذه الأشغال الإضافية تثبت عن طريق ملحق يبرمه الطرفان ويكون تابعا للعقد الأصلي، ولا يُبدأ في تنفيذ مضمونه "إصدار أمر انطلاق الأشغال" إلا بعد المصادقة عليه من قبل الطرفين كأصل عام⁴.

والظاهر أن المجلس استند في قراره على أن الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإكمال إنجاز المشروع "وهو دار للشباب" من جهة، ومنجزة وفق القواعد -التقنية- المقررة من جهة أخرى، وهذا

¹ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 22350، مؤرخ في 12-7-2005، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 7، 2005، ص ص. 92-94.

² المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية (المُلغى). ج.ج.ج. عدد 52 مؤرخة في 28 يوليو 2002.

³ تنص المادة 89 من المرسوم الرئاسي 02-250 (المُلغى) على ما يلي: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقلييلها... ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي...".

⁴ تنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 02-250 (المُلغى) على ما يلي: "تُبرم الصفقة قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات...". وتنص المادة 92 من ذات المرسوم: "لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية...".

كان كافيا لتأسيس قضائه على هذا النحو. ولم يُبشر هذا القرار لنصوص تنظيم الصفقات العمومية التي تحكم العقد. بل أورد عبارة "... اعتراف صاحب المشروع بالأشغال الإضافية ونزاعه فقط في قيمة الأسعار..."¹. وعليه أمر بانتداب خبير لتحديد السعر المناسب لتلك الأشغال. ولم يتطرق لمسؤولية الإدارة المتعاقدة التي تفرض عليها متابعة الأشغال ومراقبة أدائها والأدوات التي تملكها في حال أفضى تنفيذ العقد لضرورة تعديله بإضافة الأشغال اللازمة.... ولا يخفى أن " مناط العقد الإداري هو احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. والعقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبْلَه، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك محل.

المبحث الثالث

الشكل في العقد الإداري

تسود قاعدة الرضائية نظرية العقد في القانون المدني، وعلى الرغم من ذلك هناك طائفة من العقود التي يتطلب المشرع إفراغها في شكل محدد، كما قد يتفق الأطراف على كتابة العقد أو توثيقه، ضمانا لحقوقهم وتوضيحا للأحكام والالتزامات المتبادلة فيما بينهم، فيكون العقد شكليا. أما العقود الإدارية فهي عادة ما تتكوّن عبر مراحل متتابعة، تتجسد باتخاذ الإدارة المتعاقدة لعدة قرارات إدارية، تُتَوَجَّح في النهاية بإبرام العقد الإداري. وبيانا لذلك، يتم التطرق لتعريف الشكلية في العقود المدنية (المطلب الأول)، ثم للتكوين الشكلي للعقد الإداري وخضوعه للأشكال والإجراءات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشكلية في العقود المدنية

يميز الفقهاء² بين العقد الرضائي والعقد الشكلي، فالعقد الرضائي هو " الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي بين طرفيه دون أي شكلية معينة، فالإيجاب والقبول وحدهما كافيان لتكوين العقد". ويرجع البعض³ مسألة الشكلية في العقود للقانون الروماني "الذي بدأت العقود فيه تكون شكلية

¹ وعلى الرغم من عدم الإشارة إلى نصها في هذا القرار، إلا أنه من الجدير التذكير بأحكام المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 49.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 126.

تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة. أما مجرد توافق إرادتين فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً. فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، ويكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للأداب. فالعقد الشكلي كان عقداً مجرداً صحتة تُستمد من شكله لا من موضوعه".

لكن تطور القانون والعلاقات التعاقدية عبر العصور المتعاقبة أدى إلى تراجع الشكلية لصالح الرضائية، حيث "أن أكثر العقود في القانون الحديث رضائية، إذ يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب والقبول. ولا يمنع من أن تشترط الكتابة لإثبات العقد الرضائي، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة اثباته. فما دام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته الكتابة. والفائدة العلمية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو باليمين أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد فإن العقد غير المكتوب يكون باطلاً، والقاعدة العامة في العقود هي الرضائية والاستثناء هي الشكلية"¹.

هذا، ويميز الفقه² بين الشكلية المباشرة والشكلية غير المباشرة؛ فالشكلية المباشرة هي " تلك التي تكون ركناً في العقد، إذ لا بد منه لقيام التصرف القانوني. وبالتالي يشترط في العقد الشكلي، إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ركن رابع هو ركن الشكلية. وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف ... ولها صورتان الأولى هي الكتابة والثانية هي فعل ما".

والعقود الشكلية³ هي تلك التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي بل يجب أن يقع التراضي في شكل خاص نص عليه القانون كعقد الشركة التجارية والرهن الرسمي أو التأميني"⁴. وقد يكون العقد رضائياً في أصله " ويتفق الطرفان على جعله شكلياً" فيصبح العقد شكلياً بإرادة الطرفين⁵.

ويرى البعض⁶ بأن " الغاية من الشكلية التي فرضها القانون هي حماية أطراف العقد نظراً لخطورة التصرف القانوني ففي وجودها تبصير بعواقب العمل القانوني. ومن المعلوم أن الشكلية أوسع

1 محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 96

2 علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 232-233.

3 كما يعرف العقد الشكلي بأنه: " العقد الذي لا يكفي لانعقاده اقتران الإيجاب بالقبول بل يتوجب التصريح عن الإرادتين بشكل خاص عينه القانون بحيث يعتبر ركناً في صحة العقد". موريس نخلة، المرجع السابق، ص. 176.

4 محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 96.

5 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 133.

6 مندر الفضل، المرجع السابق، ص. 51.

من مفهوم (الرسمية)"، فهذه الأخيرة "يراد بها أن ينعقد العقد أمام موظف عام ككاتب العدل أو موظف التسجيل العقاري أو غيره ويسمى "الموثق"¹.

المطلب الثاني

التكوين الشكلي للعقد الإداري (العقد والقرارات السابقة عليه)

ينقل البعض² إجماع الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على اعتبار "العقود الإدارية كما العقود المدنية لا تعتبر من حيث الأصل من قبيل العقود الشكلية، وإنما يكفي اتفاق الإيرادات لكي تُؤلّد الحقوق والالتزامات على عاتق الأطراف". وقد يكون العقد الإداري ضمنياً أو وفقاً لمجرد مذكرة أو فاتورة إقرار³... وذلك على الرغم من اشتراط المشرع للصيغة المكتوبة في نطاق عقود الأشغال العامة والتوريدات والخدمات... ويترتب على إغفال الكتابة هنا "بطلان العقد". وقد فضّل البعض كتابة العقد الإداري في جميع الحالات لما لها من دور في إثبات العقد واستقرار ووضوح أحكامه (Bref, rien ne vaut un bon contrat écrit...)⁴

كما ينبغي التمييز -في إطار شكلية العقد الإداري- بين قواعد الشكل "التي تتعلق بالمظهر الخارجي للعمل القانوني" ككتابة العقد، وقواعد الإجراءات "التي تتعلق بطرق الإجراء"، كعرض مشروع العقد على هيئة معينة⁵. ويرى البعض⁶ بأنه "وبصورة عامة فالكتابة في العقود الإدارية هي شرط لازم في العقود الكبيرة، أو ذات الأهمية الخاصة وفي حالة عدم وجود نص يفرض الشكل أو الإجراء فيجب التمييز هنا-حسب مبادئ القانون الإداري- بين الأشكال والإجراءات الجوهرية وغيرها، فتخلف الأولى هو الذي يُبطل العقد ليس إلا".

¹ نفس المرجع، ص. 176.

² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 407.

³ يرى البعض بأن "العقود الضمنية تتعلق أساساً بالعقود قليلة الأهمية أو التي تؤدي دوراً مكملًا لبعض أنواع العقود الإدارية وهي امتداد للعقد الإداري بعد نهايته... لكنه لا يتصور وقوعها بالنسبة للعقود التي تبرم كأصل عام وفقاً لإجراءات طويلة ومعقدة كالمناقصات... أما العقد غير المكتوب فيتخذ صورة العقد بناءً على مذكرة أو فاتورة إقرار ويتحقق كلما كانت قيمة العقد زهيدة...". سامر محمد دغمش، البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الحيزة، مصر، 2018، ص. 167.

⁴ Laure CATEL, Démonstration de l'existence d'un contrat oral : probation diabolica !, Publié le 2 mai 2017 - Mis à jour le 19 mai 2017, Disponible sur le site : (3-11-2019 À l'heure 15:00) <https://marches-publics.legibase.fr/actualites/veille-juridique/demonstration-de-l'existence-dun-contrat-oral-77688>

⁵ برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 78.

⁶ نفس المرجع، ص. 80.

كما أن طبيعة بعض العقود الإدارية تستلزم ضرورة مراعاة شرط الكتابة، وإن لم ينص المشرع على كتابتها، وتلك العقود لا يُتصور أن توجد دون أن تجسدها وثيقة مكتوبة، مثل عقد الامتياز، حيث تحدد الوثيقة حقوق وواجبات الملتزم الجزاءات التي تملكها الإدارة تجاهه... كما قد تتولد الصيغة المكتوبة للعقد من مجرد تبادل الرسائل والمكاتبات بين الإدارة والمتعاقد معها، إذ يعد ذلك بمثابة عقد رسمي بينهما لَمَّا كان من قام بكتابة هذه الرسائل وتلك المكاتبات من جانب جهة الإدارة موظفا عاما ومختصا بهذا الأمر وطبقا للأوضاع المقررة¹. وعليه، يقتضي النظر في أثر الشكل والإجراء وجوب الرجوع للنصوص القانونية. والتطرق للقرارات الإدارية الممهّدة للتعاقد، ثم للعقد الإداري ذاته.

الفرع الأول

الإجراءات والأشكال المتعلقة بالقرارات السابقة على إبرام العقد

(القرارات القابلة للانفصال عن العقد)

أخذ القضاء الإداري المقارن بنظرية القرار الإداري المنفصل، أو ما يُعرف بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال². وعليه فمن المقرر "جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية السابقة لإبرام العقد إذ كان يمكن فصلها عن العملية التعاقدية، وذلك على أساس أن العقد الإداري قد يسبق إبرامه صدور قرارات لها خصائص القرارات الإدارية فيمكن الطعن فيها بالإلغاء"³.

وتنطوي تحت مسمى "القرارات المنفصلة"، كل القرارات التي تتخذ تمهيدا لإبرام العقود الإدارية، بدأ بالإعلان عنها⁴. كما تنطبق أيضا على القرارات التي تؤسس على مقترحات وتوصيات لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض أو لجان البت. حيث تلتزم المصلحة المتعاقدة بنتائج أعمال تلك اللجان، منذ بدايتها، عندما تقترح إقصاء العروض أو الترشيحات، أو إعلان عدم جدوى الإجراء، وصولا إلى اقتراحها منح العقد لأحد المتعهدين أو رفض العرض المقبول.

إن القرارات المشار إليها تحوز كافة خصائص ومميزات القرارات الإدارية، فهي قرارات تنفيذية صادرة عن الهيئات الإدارية المختصة، وتهدف إلى إحداث أثر قانوني⁵. وبهذا الاعتبار تمس تلك

¹ سامر محمد دغمش، المرجع السابق، ص 165-166.

² أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ط 5، دم ج، 2003، ص. 171.

³ أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص. 362.

⁴ في هذا المعنى، عبد الحفيظ مانع، طرق إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص. 123.

⁵ أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص. 348.

القرارات بالمراكز القانونية لكل من له مصلحة¹، وللمتنافسين² على الصفقة. لذلك يجوز لهم طلب إلغائها في حال مست بتلك المراكز على نحو غير مشروع³. وإذا كان "الأصل هو حرية الإدارة في التعبير عن إرادتها بأي شكل يضمن وصول إرادتها إلى علم الأفراد، غير أن المشرع في كثير من الحالات يفرض على الإدارة أن تُفْرِغ إرادتها في شكل معين، بحيث يصبح القرار الإداري معيباً أو معدوماً إذا لم تحترم الإدارة هذا الالتزام"⁴. ويتحقق عيب الشكل والإجراءات عند عدم القيام بالشكليات والإجراءات المطلوب القيام بها عند إصدار القرار الإداري، أو كتابته، أو التوقيع عليه، أو إهمال التسبب إذا كان مطلوباً تسيبته قانوناً، أو عدم القيام بالإجراءات الإلزامية واللازمة لصدوره⁵. فكيف نظمت التشريعات ممارسة الطعن في القرارات القابلة للانفصال إذا صدرت بالمخالفة للأشكال المحددة قانوناً؟ وكيف يطبق القضاء الإداري ذلك التنظيم؟

في فرنسا:

تنص المادة L551 من قانون العدالة الإدارية على أنه يجوز اللجوء لقاضي المحكمة الإدارية في حالة عدم الامتثال للالتزامات الدعاية والمنافسة التي تخضع لها السلطات والهيئات المتعاقدة عند منح العقود الإدارية المتعلقة بتنفيذ الأعمال أو تسليم اللوازم أو تقديم الخدمات ... أو عند تفويض خدمة عامة... وذلك في إطار الإحالة قبل التعاقدية (**référé précontractuel**)⁶. كما بيّنت المادة -L551 10 الأشخاص الذين يمكنهم اللجوء لهذا الطعن وهم "أولئك الذين لديهم مصلحة في إبرام العقد والذين من المحتمل أن يتعرضوا للضرر بسبب الانتهاك المدعى به، وكذلك من ممثل الدولة في حالة إبرام العقد من قبل سلطة محلية أو مؤسسة عامة محلية".

¹ وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي توافر المصلحة في "كل شخص طبيعي أو معنوي يعطيه تخصصه المهني الحق في إبرام العقد" (قرار رقم 234298 - 08-08-2008) منقول: أمينة غني، المرجع السابق، ص. 259.

² " فقد أسس هذا الطعن لمصلحة غير المتعاقد"، وهيبه بوجازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2009-2010، ص. 39.

³ وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013-2014، ص. 203.

⁴ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص ص. 171-172.

⁵ مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 193.

⁶ "Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique."

وقد ألزم القانون الجهات الإدارية المتعاقدة بعدم توقيع العقد مباشرة بعد إجراء المنح، حيث تنص المادة L.551.20¹ على أنه في حالة توقيع العقد قبل انتهاء المدة المطلوبة بعد اعلان قرار التقييم الخاص بالمنافسة أو المناقصة... إلى المتعاملين الاقتصاديين الذين قدموا طلباً أو عرضاً، أو أثناء التعليق المنصوص عليه في المادة L. 551-4 (تعليق الاجراءات بسبب رفع دعوى قضائية) أو المادة-551 L. 9 (انتظار صدور الحكم قبل التوقيع) يجوز للقاضي إعلان إلغاء العقد أو إنهائه أو تخفيض مدته أو فرض غرامة مالية.

وعليه تلزم الجهات المتعاقدة تحت طائلة العقوبات المذكورة، بعدم التوقيع على العقد واحترام الآجال التي يمكن فيها للمتضررين من قرارات المنح أو الاستبعاد أو إعلان عدم جدوى الإجراء... من ممارسة حقوقهم في اللجوء إلى قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد. ويمكنها بعد صدور الحكم القضائي التوقيع على العقد في حالة سلامة الإجراءات.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه الأحكام حال نظره في الدعاوى التي ترفع قبل إبرام العقد، أو تلك المرفوعة لعدم احترام الجهات المتعاقدة للمدد والآجال المشار إليها. فقد قضى في قراره الصادر بتاريخ 25-1-2019 بضرورة التزام الجهات المتعاقدة بهته الأحكام، وفرض على المخالف غرامة مالية لتأكيد من توقيع العقد مع تأكيد علمه بوجود دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد². كما قضى بقراره الصادر بتاريخ 25-06-2018 بأن علم الإدارة بوجود دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد يتحقق ولو بإشعار المعني لها عن طريق الهاتف أو البريد الإلكتروني بما يفيد رفعه للطعن أمام الجهة القضائية المختصة وتسلم الأخيرة له³.

¹ Code de justice administrative - Dernière modification le 01 novembre 2019 - Document généré le 31 octobre 2019 Disponible sur le site : (2-11-2019 À l'heure 12:30) https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=099CBF7832866A5FC6484D1FE918D068.tplgfr36s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070933&dateTexte=20191103

² "... 12. Pour déterminer la sanction à prononcer, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat. 13. Il résulte de l'instruction que le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël, qui ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles un marché peut être signé lorsque le juge du référé précontractuel a été saisi, a signé le contrat litigieux alors qu'il était clairement informé de l'existence d'un référé précontractuel, qui lui avait été notifié. Il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 20 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative...". Conseil d'État, N° 423159, ECLI: FR : CECHR : 2019 :423159.20190125, Mentionné aux tables du recueil Lebon. Disponible sur le site : (30-10-2019 À l'heure 19:00 <https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true>

³ Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 25/06/2018, 417734 Disponible sur le site : (8-11-2019 À l'heure 16:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000037103092&fastReqId=19279488&fastPos=2>

ويشار إلى أنه قبل صدور القانون رقم 2000-1115 المؤرخ في 22 نوفمبر 2000، كان يُفرض اللجوء إلى الطعن الإداري المسبق قبل رفع الطعن قبل التعاقد، وذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى الأخيرة، إلا أن المشرع الفرنسي تراجع عن هذا الشرط، بحيث يمكن رفع الطعن مباشرة أمام الهيئة القضائية المختصة¹.

وبالرجوع إلى ما قرره قانون الطلب العمومي بشأن الشروط الواجبة في القرارات التي تمهد لإبرام العقد العام، مثل وجوب النشر على وجه مخصوص، والبيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن الإجراء والمواعيد المقررة لذلك ومعايير الاختيار... (والتي سبق ذكرها عند التطرق للإيجاب والقبول). يظهر منه وجوب تقيد الجهة الإدارية المتعاقدة بالأشكال والإجراءات والمهل والمواعيد المحددة قانوناً، بمعنى أن القانون يطلب صدور تلك القرارات وفقاً لأشكال معينة، يترتب على الخروج عليها بحسب الحال ما قرره المادة 1-551 سالف الذكر، التي مكنت القاضي من إلغاء العقد، أو فسخه، أو تصحيحه، أو الحكم بالغرامة على الجهة المخالفة لتلك الأشكال والإجراءات. زيادة على المخالفات الموضوعية التي قد ترتكبها تلك الجهة، فقد يصدر القرار صحيح من حيث الشكل ومشوب بعيب أو أكثر في موضوعه.

وما تجدر ملاحظته بهذا الصدد هو الحكم الوارد في نص المادة 7-551 التي تقضي بأن التدابير المنصوص عليها في المادة 6-551 (يجوز للقاضي أن يأمر مرتكب التقصير بالامتثال للالتزامات عن طريق تحديد موعد نهائي لهذا الغرض. يجوز له أن يأمره بتعليق تنفيذ أي قرار يتعلق بإبرام العقد).

علاوة على ذلك، يمكنه النطق بدفع غرامة دورية حالية عند انتهاء المهل الزمنية... يجب أن يطبقها القاضي ضمن مقتضيات المصلحة العامة، حيث يوازن بين تطبيق العقوبة المترتبة على المخالفة من جهة، وأثرها على المصلحة العامة من جهة ثانية.

أما عن آجال تقديم الطعن في القرارات السابقة على العقد، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 12-07-2017 بما يلي: "... بالنظر إلى أن هذه الأحكام أو أي حكم تشريعي أو تنظيمي آخر، يعني ضمناً أن الأشخاص الذين لديهم مصلحة في إبرام العقد والذين يعتبرون أنفسهم عرضة للتضرر من جراء خروقات قواعد الإعلان والمنافسة سيلجؤون لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقد في غضون فترة محددة من اللحظة التي يصبحون فيها على بينة من هذه المخالفات؛ أن عدم

¹ لمزيد من التفصيل أنظر: عبد الله كنتاوي، الاستعجال الإداري في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017-2018، ص ص. 204-200.

التأخير هذا لا يؤدي إلى إمكانية الطعن في هذه المخالفات إلى أجل غير مسمى، لأن توقيع العقد يضع حداً لإمكانية اللجوء لهذا القاضي؛ علاوة على ذلك، فإن الإمكانية الممنوحة بالتالي للأشخاص المهتمين بتكوين إجراءات ما قبل التعاقد في أي وقت من الإجراءات، عن طريق السماح بتصحيح هذه المخالفات، إذا لزم الأمر، قبل إبرام العقد، تميل إلى منع تقديم الطعن في العقد نفسه بعد توقيعه وأثناء تنفيذه...¹. لذلك يرى البعض² أن الراغب في الاستفادة من الطعن ما قبل التعاقد عليه أن يقوم بهذا الإجراء كما هو محدد قانوناً في أجل 16 يوماً من تلقيه قرار استبعاده أو رفض عرضه، أو خلال 11 يوماً إذا كان الإخبار تم بالطريقة الالكترونية.

في مصر:

أقرت المحكمة الإدارية العليا بأن "القرارات السابقة على التعاقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت، والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء"³.

بدايةً أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى أن "القرار الإداري هو عملٌ قانوني من جانب واحد، يصدر بالإرادة المُلزِمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح

¹ "... Considérant que ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'impliquent que les personnes ayant intérêt à conclure le contrat et qui s'estiment susceptibles d'être lésées par des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence soient tenues de saisir le juge du référé précontractuel dans un délai déterminé à compter du moment où elles ont connaissance de ces manquements ; qu'une telle absence de délai ne conduit pas à ce que ces manquements puissent être contestés indéfiniment devant le juge du référé précontractuel, dès lors que la signature du contrat met fin à la possibilité de saisir ce juge ; qu'au demeurant, la possibilité ainsi offerte aux personnes intéressées de former un référé précontractuel à tout moment de la procédure, en permettant que ces manquements soient, le cas échéant, corrigés avant la conclusion du contrat, tend à prévenir l'introduction de recours remettant en cause le contrat lui-même après sa signature et alors qu'il est en cours d'exécution ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion a commis une erreur de droit en jugeant qu'il découlait du principe de sécurité juridique une obligation de former un référé précontractuel dans un délai raisonnable, en fixant celui-ci, sous réserve de circonstances particulières, à trois mois à compter de la date à laquelle le requérant a eu connaissance du manquement allégué et en rejetant comme tardive, pour ce motif, la demande présentée par ..." Conseil d'Etat, 12 juillet 2017, n° 410832, Société études créations et informatique (ECI). Disponible sur le site : (3-12-2019 À l'heure 16:00)

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-410832-delai-refereractue1.htm>

² Louis LE FOYER, Le référé précontractuel, Publié le 7 mars 2020, Disponible sur le site : (6-12-2019 À l'heure 17:00) <https://louislefoyerdecostil.fr/le-refere-precontractuel/>

³ حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 5-1-1956، مجموعة السنة العاشرة، ص. 135. مقتبس عن: أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص. 362. وفي تطور موقف القضاء الإداري المصري والفرنسي من جواز الطعن في القرارات القابلة للانفصال، وتطبيقات ذلك في مجال العقود الإدارية، أنظر: محمد سمير محمد جمعة، المرجع السابق، ص. 199-203.

في الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إنشاء وضع قانوني معين ابتغاء تحقيق مصلحة عامة¹. أما عن شكل القرار الإداري، فقد قضت ذات المحكمة بأنه "لا يُشترط في القرار الإداري - كأصل عام - أن يصدر في صيغة معينة أو بشكل معين بل ينطبق هذا الوصف ويجري حكمه كلما أفصحت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني..."².

وقد قضت هذه المحكمة³ بشأن بطلان القرار الإداري لعدم احترام الأشكال والإجراءات المقررة بأنه "من المسلم أن القرار الإداري يبطل لعيب في الشكل إذا نص القانون على بطلان القرار عند إغفال الإجراء الشكلي أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته، بحيث يترتب على إغفاله بطلان القرار بحسب مقصود الشارع من جعل هذا الإجراء واجباً، ولما كان إثبات مضمون التحقيق الشفوي في المحضر - الذي يحوى الجزاء يعد إجراء جوهرياً لأن مقصود الشارع من تقريره هو توفير الضمانات اللازمة للاطمئنان إلى صحة الوقائع المستوجبة للجزاء، وتمكين القضاء من تسليط رقابته على قيامها وعلى مدى سلامة تقدير الإدارة لها، ومن ثم فإنه ينبغي على إغفال هذا الإجراء بطلان القرار".

وفي التمييز بين الأشكال الجوهرية وغيرها قضت هذه المحكمة بأن "تسبب القرار - عندما يستوجب القانون - هو إجراء شكلي جوهري يترتب على اغفاله بطلان القرار، إذ أن التسبب يعتبر في هذه الحالة من الضمانات الأساسية المقررة للخصوم إذ يمكنهم من مراقبة مشروعية القرار وتدارك الخطأ الذي شابهه وذلك عن طريق الطعن فيه"⁴.

وخروجاً على القواعد العامة للطعن في القرارات الإدارية الأخرى، فقد قرر القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتعاقدات الجهات العامة حكماً خاصاً بشأن الطعن في القرارات السابقة على التعاقد، فقد تتوقف عملية إبرام العقد في حال رفع شكوى أمام "مكتب شكاوى التعاقدات العامة" التابع لوزارة المالية، والذي ينظر في كافة الشكاوى المرفوعة ضد أي إجراء من إجراءات التعاقد،

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0979 لسنة 08، بتاريخ 29-02-1964، المكتب الفني، مجلس الدولة المصري، ص. 707.

² المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1475 لسنة 26، بتاريخ 06-03-1982، المكتب الفني، مجلس الدولة المصري، ص. 369.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0226 لسنة 09، بتاريخ 15-04-1967، المكتب الفني، مجلس الدولة المصري، ص. 909.

⁴ محكمة القضاء الإداري، حكم صادر في الطعن رقم 0170 لسنة 16 ق، بتاريخ 11-05-1965، مقتبس عن: سامي جمال الدين، دعاوى الإدارية والاجراءات أمام القضاء الإداري، دعاوى الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص. 265.

ويكون لرفع الشكوى أمامه أثر موقف للإجراءات إذا قدر المكتب وجوب الوقف¹، وفي كل الحالات ترفع الشكوى أولاً أمام الجهة الإدارية ويبلغ المكتب بنسخة منها، ولا يتدخل إلا إذا لم تبت تلك الجهة في الشكوى أو لم يقتنع الشاكي بجوابها². وعليه، فعند صدور قرار مكتب شكاوى التعاقدات العامة فقط يمكن لصاحب الطعن أن يلجأ إلى الجهات القضائية المختصة.

في الجزائر:

بالنسبة للتشريع الجزائري، يرى البعض³ بأنه "من الملاحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري، على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقانون الإجراءات المدنية السابق 66-154 جاء هزيباً جداً في هذا المجال، ولم يتضمن إلا مادة وحيدة هي المادة 171 مكرر التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حدّ سواء رغم الاختلاف الكبير بينهما... أما القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة والقانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية والقانون 98-03 المتعلق بمحكمة النزاع، لم تتناول بأي شكل من الأشكال القضاء الاستعجالي الإداري، وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في هذا المجال إلى غاية صدور القانون 08-09 سالف الذكر...".

¹ تنص المادة 05 من القانون رقم 182 لسنة 2018 على ما يلي: "يتولى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية التابع لوزير المالية مباشرة تلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وفحصها واتخاذ قرار في شأنها دون مقابل، ما لم تتطلب دراستها خبرات فنية متخصصة تمكنه من البت فيها، وتكون قراراته ملزمة لطرفي الشكوى، ويجب على الجهة الإدارية تنفيذ القرار خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلمه ودون أن يخل ذلك بحق مقدم الشكوى في اللجوء إلى القضاء .

= ويصدر بتنظيم العمل بالمكتب، واختصاصاته الأخرى، والمدد الزمنية لتلقي الشكاوى والبت فيها، وآليات الاستعانة بالخبرات الفنية قرار من رئيس مجلس الوزراء . ويكون لكل ذي شأن التقدم إلى الجهة الإدارية بشكواه كتابة بخصوص أي إجراء من إجراءات التعاقد وفي ذات التوقيت إخطار مكتب شكاوى التعاقدات العمومية بصورة منها، وإذا لم يفصل فيها بمعرفة الجهة الإدارية يكون له الحق في التقدم بشكواه إلى المكتب وذلك قبل اللجوء إلى جهات القضاء . ويجوز للمكتب وقف إجراءات العملية محل الشكوى لمدة يحددها قرار رئيس مجلس الوزراء للفصل فيها إذا كانت هناك ضرورة لذلك عدا الحالات الطارئة أو العاجلة التي يقدرها وفقاً للاعتبارات التي تقدمها الجهة الإدارية، ويلتزم المكتب بنشر نتيجة ما ينتهي إليه فحصه للشكاوى المقدمة له على بوابة التعاقدات العامة."

² المادة 81 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

³ عبد الله كنتاوي، المرجع السابق، ص 34-35.

كما يرى البعض¹ "عدم فاعلية الوسائل القضائية التقليدية التي توجه ضد القرارات المنفصلة، والتي ظهرت لفترة طويلة كظن عقيم من دون فعالية بحكم أن القاضي يبت فيها غالباً بعد إبرام الصفقة، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذها مما تنتفي معه أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء (وتبقى قيمة الإلغاء نظرية)". وتفادياً لهذا الوضع، نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-209، في المادتين 946 و947 منه على أحكام "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"³، حيث تعد الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية بالكيفية المشار إليها، وسيلة قضائية "وقائية"⁴، من شأن أعمالها حماية المبادئ التي تحكم إبرام الصفقات العمومية، وتمكين "كل من له مصلحة في إبرام العقد" من حماية مصلحته قبل إبرام العقد وتنفيذه، وهما "المتعاقد والشخص المقص من قبل السلطة الإدارية"⁵. وكذلك لمثل الدولة على مستوى الولاية⁶.

وتطبيقاً لهذه النصوص، قضت المحكمة الإدارية بسكرة، بتاريخ 14-12-2015 "بالغاء المنح المؤقت للصفقة المتعلقة بالمناقصة رقم وأمر المدعى عليها بالامتناع لالتزاماتها وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصة وفقاً لدتر الشروط"⁷.

إلا أن "أهم إشكالية يطرحها هذا الوضع هي الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، حيث التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى، من حيث أنها تهدف إلى إصلاح

¹ محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية - مجلة الكترونية - يونيو 2015، العدد الخامس، ص 15.

² القانون رقم 08-09 سابق الإشارة إليه.

³ تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لمثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد. يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال، بالامتناع لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه، ويمكن لها أيضاً أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انتهاء الأجل المحدد. ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً".

⁴ تنص المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقاً للمادة 946 أعلاه".

⁵ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج 3، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 209.

⁶ يرى البعض "أن طلب الوالي بإبطال العقود والصفقات التي تبرمها الجماعات المحلية قضائياً، هو أمر نادر الوقوع" حليمية بروك، المرجع السابق، ص 306.

⁷ أمر استعجالي صادر عن القسم الاستعجالي المحكمة الإدارية بسكرة، بتاريخ 14-12-2015، القضية رقم 00980/15 فهرس 001140/15، غير منشور، مقتبس عن: عبد الله كنتاوي، المرجع السابق، ص 343-346.

المخالفات قبل إبرام العقد، وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟ إذ كيف سيكون وضع المتعاقد مع الإدارة الذي بدأ فعلا في تنفيذ بنود الصفقة¹ وبعد ذلك صدر قرار قضائي يقضي بإلغاء قرار أو أكثر من القرارات المُهّدة لإبرامها، خاصة إذا ما عُلم أنه من المقرر أن "الالتزامات التي يفرضها حكم الإلغاء على عاتق الإدارة تدور حول إزالة القرار المُلغى، وإعادة الحال إلى ما كان عليه، بإصدار قرار تنفيذي يتضمن سحبه، وإذا كان القرار سلبيا، تعين على الإدارة إصداره وفقا للقانون، كما تقوم بإزالة الآثار المادية للقرار الإداري المُلغى، وأيضا تلتزم بهدم الأعمال القانونية المستندة إليه"². لذلك وعلى الرغم من صياغة نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "... إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد..." فقد أكد مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 21-06-2012 على أنه "... وحيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الاخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال قد نفذت، فالقرار المستأنف قد تعدي لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه"³.

وزيادة على جواز اللجوء للقضاء بصدد الاعتراض عن القرارات الإدارية المتخذة تمهيدا لإبرام الصفقة⁴، يجوز أيضا سلوك طريق الطعن "الإداري"، حيث تنص المادة 82 من م.ر.ر. 15-247 على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة" وهو طعن جوازي، ويترتب على رفعه تأجيل إتمام الإجراءات الأخرى إذا كان متعلقا بالمنح المؤقت، حيث لا يُحال مشروع الصفقة على المراقب المالي إلا بعد الفصل في الطعن.

¹ خاصة وأنها تتضمن "امتيازات" متعددة في يد المصالح المتعاقدة، تجبر من خلالها المتعاقد على البدء في تنفيذ الصفقة:

" Ces procédures sont plus ou moins contraignant selon qu'il s'agit de convention d'occupation du domaine public, pour lesquelles il n'est pas obligatoire d'organiser une procédure formalisée de mise en concurrence, de marchés publics ou contrat de délégation de service publics ". Martine LOMPARD & Gilles DUMONT, op.cit., p. 232.

² دايماً بلقاسم، مدى فعالية الجزاءات في إلزام الإدارة بتنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة ضدها، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 10، 2010، ص. 188.

³ مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 074857، صادر بتاريخ 21-06-2012، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014، ص ص. 265-267.

⁴ في "فاعلية وأثر" الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على أطراف الصفقة، وعلى الغير وما يثيره الحكم من إشكاليات، وما أُقترح من حلول بشأنها، ينظر: حورية بن حامد، المرجع السابق، ص ص. 38-43.

يشار أخيراً، إلى ما تضمنته المادة 2 من الأمر رقم 10-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹، حيث تنص على أنه: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة² وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص: ... ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية³."

الفرع الثاني

الأشكال والإجراءات المتعلقة بالعقد الإداري

نص قانون الطلب العمومي في فرنسا على أن عقود الطلب العمومي هي عقود مُبرمة بين المشتري العمومي أو سلطة الترخيص ومشغل "متعامل" اقتصادي واحد أو أكثر، لتلبية الاحتياجات المتعلقة بالأشغال أو اللوازم أو الخدمات⁴. وتكون عقوداً إدارية إذا كان أحد طرفيها إدارة عامة، وأُبرمت وفقاً لقواعد القانون العام، كأن تتضمن شروطاً استثنائية لجهة الإدارة...⁵. وقد نص هذا القانون على أن

¹ - الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المعدل والمتمم للقانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006، ج.رج.ج، عدد 50، المؤرخة في 01-09-2010.

⁴ " Le principe de mise en concurrence est ancien dans le Domain des marches publics. Des textes adoptés dès 1836 prévoyant de soumettre le marches de l'Etat à la concurrence et la publicité ... et pour longtemps =c'est l'adjudication qui servira de cadre à la mise en œuvre de la concurrence pour le passation du marchés publics ". Patrick SCHULTS, op.cit., p. 97.

³ حيث أن " الغرض الأساس من تسليط هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد. وإلزام الإدارات العمومية بالتقيد بأحكام قانون الصفقات بما يكسر خاصة المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين العارضين أو المتنافسين " عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط 1، جسور للنشر والتوزيع، 2007، ص. 68.

⁴ تنص المادة L2 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

" Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières."

وتنص المادة L1111-1 من نفس القانون على ما يلي:

"Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent."

⁵ المادة L6 من قانون الطلب العمومي المذكورة سابقاً.

² Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ; ³ Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; ⁴ L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant à droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ; ⁵ L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat."

العقد الذي تفوق قيمته العتبة المحددة أوروبياً "€ 25000 خارج الرسوم" يجب كتابته¹، كما يجب كتابة عقد المساهمة أو المساعدة الإدارية أو الفنية أو المالية... مهما كان مبلغه². أما بالنسبة لعقد تفويض إدارة المشروع (Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage) فقد رتب القانون صراحة بطلانه عند تخلف كتابة أي من البيانات المنصوص عليها اللازمة في العقد³. ونص قانون الطلب العمومي أيضاً على أوامر الشراء وعرفها بأنها "مستندات مكتوبة موجهة إلى حاملي اتفاقية الإطار تبين كمية...الخدمات المطلوبة"⁴.

هذا، ولم ينص قانون تعاقدات الهيئات العامة في مصر-وقبله-قانون المناقصات والمزايدات- على تعريف هذه العقود، وإن كان قد نص على أن "تتولى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها، ونماذج كراسات الشروط، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية..."⁵. وقد تم هذا فعلاً بإصدار دليل العقود النموذجية التي راجعتها

¹ تنص المادة 1-2112L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Le marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire est conclu par écrit."

وتنص المادة 1-2112R من ذات القانون على ما يلي:

"Le seuil à compter duquel les marchés sont conclus par écrit est fixé à 25 000 euros hors taxes."

² تنص المادة 3-2422L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Le maître d'ouvrage peut passer avec un conducteur d'opération un marché public ayant pour objet une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. Ce marché public est conclu par écrit quel qu'en soit le montant."

³ تنص المادة 7-2422L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est conclu par écrit, quel qu'en soit le montant, et prévoit, à peine de nullité : 1° L'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, le cas échéant les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié ;

2° Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'exécution du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ; 3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération ; 4° Les conditions dans lesquelles l'approbation des études d'avant-projet et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître d'ouvrage ;

5° Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître d'ouvrage."

⁴ تنص المادة 13-2162R من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires de l'accord-cadre qui précisent celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité."

⁵ المادة 90 من القانون 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري بتاريخ 28-3-2020¹.

وقد نصت المادة 32 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات لسنة 1998 (المُلغى) على أنه " يجب أن يُحرر عقد متى بلغ قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنية، أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد. ويُحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ." أما اللائحة التنفيذية للقانون 182 لسنة 2018 فقد نصت في المادة 88 على ما يلي: "... وتحجر العقود بين المتعاقد والجهة الإدارية متضمنة كافة الضمانات اللازمة للتنفيذ، وذلك كله وفقاً للنماذج الصادرة عن الهيئة العامة للخدمات الحكومية، ويجرر العقد من أصل وأربع نسخ على الأقل يسلم للأصل للإدارة المالية مرفقاً به كافة المستندات، ونسخة لإدارة التعاقدات لحفظها بملف العملية، ونسخة للمتعاقد، ونسخة للإدارة الطالبة أو المستفيدة، ونسخة للإدارة المشرفة على التنفيذ بحسب الأحوال".

وتنص المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية في الجزائر على أن "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تُبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات". وقد نصت المادة 9 من هذا المرسوم على أنه "يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات التالية..."².

¹ وهي مذكورة "العقود النموذجية" على الموقع الرسمي لبوابة التعاقدات العامة في مصر (تاريخ الاطلاع 28-8-2020 الساعة 23:10) متاحة على الرابط: <https://etenders.gov.eg/ArabicStaticDocs/ContractsTemplates.pdf>

² تنص المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الإشارة إليه، على أنه "يجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات التالية: -التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة، - هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لإمضاء الصفقة ووصفهم، -موضوع الصفقة محددًا وموصوفاً وصفاً دقيقاً، -المبلغ المفصل والموزع بالعملية الصعبة والدينار الجزائري، حسب الحالة، -شروط التسديد، -آجال تنفيذ الصفقة، -بنك محل الوفاء، - شروط فسخ الصفقة، تاريخ توقيع الصفقة ومكانه، ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية، فضلاً عن ذلك، على البيانات التكميلية الآتية: - كيفية إبرام الصفقة، -الإشارة إلى دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزءاً لا يتجزأ منها، -شروط عمل المناولين واعتمادهم، إن وجدوا، -بند التحيين ومراجعة الأسعار، -نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها، -كيفية تطبيق حالات القوة القاهرة، -شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ، -النص في عقود المساهمة التقنية على أنماط مناصب العمل، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم، وكذا نسب الأجور والمنافع الأخرى التي تمنح لهم، -شروط استلام الصفقة،

وفيه من الصيغ الواردة بهذه النصوص "يجب أن تشير، يجب أن تتضمن، يجب أن تحتوي..."¹ على أنها تفيد الوجوب والالزام¹. وهي ذات الصيغ المستعملة عند ذكر الملحق "الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة"²، والمناولة (التعاقد من الباطن) حيث "يجب أن يحتوي عقد المناولة، وجوبا" على البيانات الأساسية المتعلقة باسم المناول ولقبه وصفته وبيانات المؤسسة التي يمثلها وحدود المناولة وأحكام الدفع...³.

ويرى البعض⁴ -تعليقا على نص المادة 95 من قانون الصفقات العمومية- بأنه "يترتب على اعتبار البيانات المحددة في نص المادة 95 ... بيانات إلزامية أن الصفقة العمومية التي لا تحتوي على أحد تلك البيانات تعتبر باطلة، بالنظر للطبيعة الآمرة للمادة 95 ... وبالتالي فإن المشرع لم يكتفي باشتراط الكتابة على نحو ما هي محددة في التشريع، إنما اشترط في الكتابة أن تتضمن مجموعة من البيانات تحت طائلة بطلان الصفقة"، كما يعلق هذا الرأي على عبارة "...في مفهوم التشريع المعمول به" أن مدلول الكتابة يتغير بحسب تغير التشريع المعمول به، بمعنى أنه يجب أن تكيف الكتابة في الصفقات مع التعديلات المستحدثة أو تلك التي يمكن استحداثها على التشريع الذي يحكم الكتابة ... وهو ما يعني أن الكتابة في الصفقات العمومية مفهوم متغيرا وليس ثابتا"⁵.

وقد ذهب الأستاذ عزاوي عبد الرحمان⁶ للقول بأنه "... في النظام القانوني الجزائري فإن خضوع العقد الإداري الذي يتخذ تسمية الصفقة العمومية إلى الشكل المكتوب يعتبر من قبيل الأصول العامة في مجال العمل الإداري وتحديدًا في عملية التعاقد، وبذلك فالعقد الإداري هاهنا عقد مكتوب لدرجة

-القانون المطبق وشروط تسوية الخلافات، - بنود السرية والكتمان، - بند التأمينات، بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل، البنود المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة، - البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية، وبالإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين".

¹ عامر دحوان، بطلان الصفقة العمومية على ضوء التشريع الجزائري، مجلة القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، المجلد 8، العدد 01 لسنة 2019، ص 59.

² المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الإشارة إليه.

³ المادة 144 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الإشارة إليه.

⁴ نورة بن بوزيد دغبار، الكتابة في الصفقات العمومية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 09، العدد 01 لسنة 2016، ص. 69.

⁵ نورة بن بوزيد دغبار، المرجع السابق، ص. 69.

⁶ عبد الرحمان عزاوي، خصوصية المصطلحات القانونية وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 50، العدد 4، 2013. ص. 411.

يمكن القول معها بأن الكتابة أو الشكلية تعد ركنا في العقد وتدخل في تعريفه ووصفه وتصنيفه وطبيعته. فهي شرط انعقاد وصحة وإثبات، وهذا للأسباب والحجج والأسانيد المستمدة من أحكام مختلفة من النص القانوني المنظم للصفقات العمومية...".

لذلك اعتبر البعض¹ الصفة العمومية-وتطبيقا للشروط المذكورة في المادة 324² من القانون المدني-بأنها "عقد رسمي"، وقد أشار هذا الرأي لضرورة التمييز بين التصرف "العقد" والورقة المثبتة له، معتبرا أن "المشعر الجزائري وقع في لبس -شأنه شأن المشرعين المصري والفرنسي- فلم يميز بين التصرف وأداة إثباته، حيث أن الأصح أن يصف الأمر بقوله "الورقة الرسمية..." لأن التصرف الرسمي لا ينحصر في العقد فقط، فقد يشير إلى مجموعة من الأوراق³ بما فيها تلك التي تصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة مثل القرارات الإدارية...".

الفرع الثالث

موقف القضاء الإداري من كتابة العقود الإدارية

اختلفت مواقف القضاء الإداري في الدول محل الدراسة من مسألة كتابة العقود الإدارية.

أولا: موقف القضاء الإداري الفرنسي من كتابة العقد الإداري

إن تتبع اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي تبين أنه ينظر إلى مسألة كتابة العقد الإداري من عدة زوايا، يمكن ذكر أهمها فيما يلي:

1- حالات ضرورة كتابة العقد:

في حالات كثيرة يلزم القانون الأطراف بتحرير عقودهم "الإدارية" في شكل مكتوب، سواء ورد الإلزام صراحة (كما في عقود تفويض الخدمة العامة) أو ضمنا عندما تقتضي طبيعة العقد أو محله أن يكون مكتوبا. وفي كلا الحالتين يكون للقاضي الإداري دور في تطبيق وتفسير النصوص وفقا لاجتهاده. فقد قضى مجلس الدولة بأن "المقابل المالي لمدير المشروع لم يصبح قابلا للتحديد بعد انتهاء الأشغال، وإنما يجب تحديده على ضوء التوقعات قبل بداية الأشغال، وهذا يعني بالضرورة كتابة العقد المثبت لذلك"⁴.

¹ نورة بن بوزيد دغبار، المرجع السابق، ص. 69.

² تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي... ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

³ وقد نصت المادة 325 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل".

⁴ "Un tel régime, implique nécessairement la conclusion d'un contrat fixant ce coût, préalablement à l'exécution de la mission". Conseil d'Etat, Section, du 28 février 1986, 40381 40879, publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (3-12-2019 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007712079>

كما قضت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة Nancy بأن "العقد الذي يُبرم بين المهندس المعماري ومدينة... يجب أن يكون مكتوباً حتى يمكنه الاحتجاج به، وتختلف الكتابة هو تختلف لقيام العقد والمسؤولية العقدية التي ترتبط به..."¹.

2- حالات كون الكتابة دليل على وجود العقد وليست شرطاً لوجوده:

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن الكتابة- كأصل عام- لا تُعتبر شرطاً لوجود العقد وإنما هي دليل على وجوده، لذلك أقر- منذ زمن بعيد- في قرارات شهيرة، بإمكانية إبرام العقد الإداري شفويًا²، أو من خلال المكالمات أو المحادثة الهاتفية³.

3- حالات ضرورة كتابة العقد باللغة الفرنسية:

كما سبقت الإشارة، هناك عدة حالات يتم فيها فرض كتابة العقد، بل وفرض اللغة التي يجب أن يُجرَّر بها، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 08-02-2019 بضرورة كتابة العقد باللغة

¹ " Considérant en second lieu que si M. X, architecte, fait valoir qu'il a transmis par télécopie, le 13 décembre 2002, à la commune de Mirecourt, un projet de contrat portant sur une étude urbaine et des aménagements ponctuels sur le territoire de la ville, et qu'il aurait obtenu un accord verbal du maire, il résulte des dispositions combinées des articles 28 et 29 du décret du 29 novembre 1993 susvisé relatif aux marchés d'ingénierie et d'architecture remplis pour le compte des collectivités publiques que de tels contrats doivent nécessairement recevoir une forme écrite en raison, notamment, de ce que la rémunération de telles missions doit être fondée sur un coût forfaitaire dont la détermination implique nécessairement la conclusion d'un contrat ; qu'il s'en suit que les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable au litige, qui autorise la passation, sans formalités préalables, de certains marchés publics lorsque le seuil de 90 000 euros H.T n'est pas dépassé, ne pouvaient légalement recevoir application en l'espèce ; que, par suite, M. X ne peut, pour demander à être rémunéré des honoraires afférents à la dite étude, se prévaloir d'aucun contrat régulièrement intervenu ... ". Cour Administrative d'Appel de Nancy, 4ème chambre - formation à 3, 18/12/2008, 06NC01101, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (9-12-2019 À l'heure 16:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000020131668>

² "... Considérant qu'il résulte de l'instruction que, par un contrat verbal passé avec l'administration le 24 novembre 1944, les époux X... s'étaient engagés, pour une somme forfaitaire de 30 francs par homme et par jour, à assurer la nourriture des ressortissants soviétiques hébergés au centre de rapatriement de Meaux en attendant leur retour en Russie ; que ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ; que cette circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun, le litige portant sur l'existence d'un engagement complémentaire à ce contrat, par lequel l'administration aurait alloué aux époux X... une prime supplémentaire de 7 francs 50 par homme et par jour en échange de l'inclusion de nouvelles denrées dans les rations servies, relève de la compétence de la juridiction administrative ; Au fond : Considérant que les époux X... n'apportent pas la preuve de l'existence de l'engagement complémentaire susmentionné ; que, dans ces conditions, ils ne sont pas fondés à demander l'annulation de la décision en date du 1er juin 1949 par laquelle le Ministre des Anciens Combattants et Victimes de la Guerre a refusé de leur verser le montant des primes supplémentaires qui auraient été prévues audit engagement... ". Conseil d'Etat, Section, du 20 avril 1956, 98637, publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (9-12-2019 À l'heure 18:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636583>

³ CE, 29 déc. 1995, Cne de Beaumont-de-Laumagne, n° 151085

CE, 27 juin 1947, Hopital de Saint-Dizier. Disponible sur le site : (10-12-2019 À l'heure 19:00)

<http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/forme-ecrite-des-marches-publics>

الفرنسية، بما في ذلك الوثائق والقرارات السابقة الممهدة لإبرام العقد. وكذا الأوامر والمراسلات الخاصة بتنفيذه، في حالة وجود النص القانوني أو البند الاتفاقي الذي يوجب ذلك. كما ينبغي تفسير هذا البند أو ذلك النص وفقا لمقتضيات العقد فحسب، فلا يمتد استخدام اللغة الفرنسية للمقاول من الباطن في علاقته مع المتعاقد ولا للعمال الأجانب القائمين على تنفيذ موضوع العقد...¹.

كما قضت محكمة الاستئناف الإدارية "CAA de PARIS" بأن "العقد المبرم مع مؤسسة عامة للتعليم ... وتنفيذه يجب أن يتم باللغة الفرنسية"². وفي ذات السياق، قضى مجلس المحاسبة في فرنسا "بضرورة تحرير الوثائق التعاقدية التي تطبق على الأراضي الفرنسية باللغة الفرنسية، ضمانا للتنفيذ الحسن للنفقات العامة"³.

4- حالات وصف المعاملة بالعقد بناء على تبادل المذكرات أو وجود سند طلب بسيط

لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بقيام العلاقات التعاقدية دون وجود عقد مكتوب بين الطرفين في حالات عديدة، من بينها اعتباره بأن "المداولتان اللتان أقرهما المجلسان التداوليان لهيئتين عامتين،

¹ " ... Toutefois, les dispositions de l'article 8.5 citées au point précédent, qui figurent dans le règlement de la consultation, régissent seulement les relations entre les parties au contrat et n'imposent pas le principe de l'usage de la langue française par les personnels de l'usine d'épuration Seine Amont. Il ressort par ailleurs des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'article 4.3 du cahier des clauses administratives particulières du marché prévoit la possibilité pour le titulaire du marché de "recourir aux services d'un sous-traitant étranger". L'article 4.4 de ce cahier des clauses stipule que l'exploitant doit "remettre une attestation sur l'honneur indiquant son intention" de faire appel pour l'exécution des prestations, objet du contrat, à des salariés de nationalité étrangère". Ces stipulations contractuelles permettent le recours à des sous-traitants et des salariés de nationalité étrangère pour l'exécution des prestations objet du contrat et n'imposent pas davantage, ni directement ni indirectement, l'usage ou la maîtrise de la langue française par les travailleurs étrangers susceptibles d'intervenir. Dans ces conditions, en estimant que le moyen tiré de la contrariété de l'article 8.5 du règlement de la consultation avec les libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne était de nature à créer un doute sérieux sur la validité du contrat, la cour administrative d'appel de Paris a dénaté les pièces du dossier...". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 08/02/2019, 420296.

Disponible sur le site : (11-12-2019 À l'heure 20:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038135449&fastReqId=286794150&fastPos=1>

² CAA de PARIS, 6ème chambre, 13/03/2018, 17PA00477, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (11-12-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000036715037&fastReqId=1769780129&fastPos=1>

³ "... Considérant que la rédaction des documents contractuels en français par les personnes morales de droit public est une garantie de la bonne exécution des dépenses publiques; que, de surcroît, le dernier alinéa de l'article 5 de la loi de 1994 précitée, dispose qu'«une partie à un contrat conclu en violation du premier alinéa ne pourra se prévaloir d'une disposition en langue étrangère qui porterait préjudice à la partie à laquelle elle est opposée»; qu'ainsi, la conclusion d'un contrat en langue étrangère porte atteinte à la sécurité juridique des relations contractuelles lorsque le contrat est exécuté, même en partie, sur le territoire national; que le non-respect de l'article 5 de la loi de 1994 constitue ainsi une infraction aux règles d'exécution des dépenses au sens du code des juridictions financières ..."

Cour des comptes "Cour de discipline budgétaire et financière Seconde section", Arrêt du 4 juillet 2019«Chambre de commerce et d'industrie de La Rochelle» N°235-779, p. 6. Disponible sur le site : (11-12-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-07/20190704-arrete-235-779-CDBF-CCI-La-Rochelle.pdf>

يعدان بمثابة تعبير عن إرادتين متطابقتين، ويرتبان بينهما التزامات تعاقدية متقابلة...¹

ثانياً: موقف القضاء الإداري المصري من كتابة العقد الإداري

في عدة قرارات، تطرقت المحكمة الإدارية العليا لمسألة كتابة العقد، واعتبرت "بأن الحقوق تنشأ وتزول بالمحررات التي تتضمنها والتي تعتبر سند إنشائها أو زوالها، وأن التسجيل أو القيد ليس من شأنه أن يخلع الصحة على عقود ولدت باطلة كما أنه ليس من شأن إغفاله أن يبطل عقودا ولدت صحيحة، وكذلك الحكم في تجديد القيد إذ يأخذ حكم القيد إن تم في الميعاد"².

وعن الشكلية اللازمة لإبرام بعض العقود أكدت ذات المحكمة³ "إن العقد الإداري تتبع في إبرامه أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة العامة أو الممارسة ويخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص، وشرط الكتابة فيه التي تتخذ عادة صورة دفتر شروط لازم إذا ما أبرم بناء على مناقصة أو مزايدة عامة أو تم بممارسة جاوزت قيمتها قدرًا معيناً".

كما قررت ذات المحكمة⁴ بشأن كتابة عقد الصلح ما يلي "إن الصلح وفقا لحكم المادة 549 من القانون المدني هو "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

ومفهوم ذلك أن عقد الصلح تتوافر فيه مقوماته عندما تتجه نية طرفي النزاع إلى حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إذا كان قائماً وأما بتوقيه إذا كان محتملاً، وذلك بنزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فإذا ما تحققت هذه المقومات وقام العقد على أركانه القانونية وهي التراضي والمحل والسبب انعقد الصلح باعتباره من عقود التراضي، وإذا كان القانون المدني قد نص في المادة 552 منه على أن "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بحضور رسمي" فهذه الكتابة على أنها لازمة

¹ " ... qu'ils ont donc été établis en méconnaissance des obligations contractuelles résultant des délibérations du conseil municipal de Maurepas du 30 janvier 1992 et du comité syndical du syndicat d'agglomération nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines du 24 février 1992 ; que dès lors, la COMMUNE DE MAUREPAS est fondée à demander l'annulation des deux avis émis le 14 juillet 1992..."

Conseil d'Etat, 3ème et 8ème sous-sections réunies, du 5 octobre 2005, 256362, mentionné aux tables du recueil Lebon. Disponible sur le site : (11-01-2020 À l'heure 20:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008215254>

² المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 01042 لسنة 09ق، بتاريخ 12-02-1966، المكتب الفني، ج11، مجلس الدولة المصري، ص. 435.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1059 لسنة 07ق، بتاريخ 25-05-1963، المكتب الفني، ج08، مجلس الدولة المصري، ص. 1225.

⁴ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0802 لسنة 11ق، بتاريخ 10-02-1968، المكتب الفني، ج13، مجلس الدولة المصري، ص. 464.

للإثبات لا للانقضاء وتبعاً لذلك يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة".
ثالثاً: موقف القضاء الإداري الجزائري من الكتابة في العقود الإدارية

خلافاً لما قرره القضاء الإداري في فرنسا ومصر، اعتبر مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 14-05-2001 بأنه "من المقرر قانوناً وفق المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 فإن الصفقات العمومية تعتبر عقوداً مكتوبة وأنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام"¹. كما قضى في قراره المؤرخ في 21-12-2004 بأن لا مجال لتطبيق المواد من 99 إلى 101 من تنظيم الصفقات العمومية إذا لم تبلغ قيمة الطلب الحدود اللازمة لإبرام صفقة "وأن هذه الأحكام قابلة للتطبيق عندما يتعلق الأمر بعقد مكتوب مثلما تحدده المادة 3 من المرسوم 91-434..."².

الفرع الرابع

أثر بطلان القرارات السابقة على صحة العقد

يتبين مما سبق أن العقد الإداري عمل قانوني مختلط، يحتوي عادة على مجموعة من القرارات التمهيدية ومن العقد في حد ذاته، وقد يحدث وأن يكون إجراء تمهيدي أو أكثر محلاً للإلغاء القضائي أو الإداري، فما أثر ذلك على صحة العقد إذا ما تم إبرامه فعلاً؟
أولاً: موقف الفقه:

اختلف الفقه بشأن امتداد حكم الإلغاء الذي يطال قراراً أو أكثر من القرارات القابلة للانفصال على العقد ذاته؛ فقد ذهب بعض الفقهاء³ إلى القول ببطلان العقد، وكذلك القرار المردود الذي يدخل في تكوين العملية المركبة يترتب عليه بطلان العملية بطلاناً مطلقاً، حيث أنه "من المعارض للمنطق انهيار ركن من أركان عملية قانونية وتظل العملية رغم ذلك قائمة، وإذا كان المشرع قد استلزم اتباع سلسلة من الإجراءات الإدارية في سبيل إتمام العقد الإداري فإنما يقصد بذلك سلامة العقد وشرعيته"، كما أن بطلان العقد نتيجة مباشرة للحكم بإلغاء القرار القابل للانفصال⁴.

¹ مجلس الدولة، قرار رقم 001519، مؤرخ في 14-01-2001، مقتبس عن: موقع "المحامي" متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 10-1-2020 التوقيت 08:30): <https://elmouhami.com/%D9%82%D8%A9>

² مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 016348، فهرس رقم 883، مؤرخ في 21-12-2004، بلدية وهران ضد مؤسسة ب، مجلة مجلس الدولة، العدد 7، 2005، ص. 83-85.

³ برهان زريق، نظرية البطلان في القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 75.

⁴ لمزيد من التفصيل نظري: وهيبه بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة فرحات عباس سطيف، 2009-2010، ص. 50-52.

وإلا لما كان لذلك الحكم أي أثر. ويرى جانب آخر من الفقهاء مثل الفقيه Rivero بأن حكم الإلغاء لا ينسحب على صحة العقد، وأن الأخير لا يمكن القول ببطلانه إلا إذا قرر ذلك قاضي العقد بناء على طلب أحد طرفيه¹.

ثانيا: موقف القضاء:

عبر مجلس الدولة الفرنسي عن اتجاهه العام بشأن الأثر المترتب على إلغاء القرارات القابلة للانفصال، حيث "لا يترتب عليها بالضرورة إلغاء العقد"². وتطبيقا لحكم المادة 1-551 من قانون العدالة الإدارية، سابق الإشارة إليها (والتي مكّنت القاضي من إلغاء العقد، أو فسخه، أو تصحيحه، أو الحكم بالغرامة على الجهة المخالفة للأشكال والاجراءات المتعلقة بالإشهار والمنافسة) قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 06-10-2017 بإبطال العقد عندما "يكون لانتهاك قواعد الإعلان والمنافسة المتعلقة بمعايير الاختيار تأثير حاسم على منح العقد لأحد المتنافسين"³.

وفي قراره المؤرخ في 25-01-2019 ذكر المجلس بأن "تحديد العقوبة الناتج عن الطعن في صحة العقد الإداري، المستند على الادعاء بعدم مشروعية القرارات السابقة على العقد، يتوقف على تقييم القاضي لكافة ظروف القضية، مع الأخذ في الاعتبار مدى جسامه خطأ الإدارة ومدى تعمدتها في الإخلال بالتزاماتها ما قبل التعاقدية..."⁴.

¹ لمزيد من التفصيل أنظر: برهان زريق، نظرية البطلان في القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 196؛ وهيبه بوغازي، المرجع السابق، ص. 52.

² "...L'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement l'annulation de ce contrat...". C.E., 11 mai 2016, M.B... (Décision N°383768, 383769). Disponible sur le site : (12-01-2020 À l'heure 22:00) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres2016->

³ "Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, après avoir relevé que le juge du référé contractuel avait prononcé l'annulation du contrat signé entre le centre hospitalier de Narbonne et la société CEGELEC Sud-ouest en raison de plusieurs manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence relatifs aux critères de sélection des offres, qui avaient affecté les chances de la société Spie Sud-ouest d'obtenir le marché litigieux, la cour administrative d'appel de Marseille a, pour rejeter la demande d'indemnisation de la société CEGELEC Sud-ouest, retenu qu'elle ne pouvait " se prévaloir d'aucun droit à la conclusion du contrat " ; qu'elle a ainsi entendu juger que les manquements aux règles de passation commis par le pouvoir adjudicateur avaient eu une incidence déterminante sur l'attribution du marché à la société CEGELEC Sud-ouest et que, dès lors, eu égard aux motifs retenus en l'espèce par le juge du référé contractuel, le lien entre la faute de l'administration et le manque à gagner dont la société entendait obtenir la réparation ne pouvait être regardé comme direct ; que la cour n'a entaché son arrêt sur ce point d'aucune erreur de droit ni d'aucune erreur de qualification juridique ...". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 06/10/2017, 395268, Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (13-01-2020 À l'heure 20:00) https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAct...._stPos=1

⁴ "Pour déterminer la sanction à prononcer, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat...". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 25/01/2019, 423159. Disponible sur le site : (11-01-2020 À l'heure 23:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038077357&fastReqId=124529787&fastPos=1>

ويظهر مما سبق، أن عدم مشروعية القرارات السابقة على التعاقد لا تؤدّي بالضرورة لإبطال العقد أو فسخه، وإنما يوازن القضاء الإداري الفرنسي حسب كل حالة، وفقاً لجسامة المخالفة وتأثيرها في إبرام العقد. ويجدر التذكير هنا بما سبق ذكره عند التطرق لنص المادة 6-551L (يجوز للقاضي أن يأمر مرتكب التقصير بالامتنثال للالتزامات عن طريق تحديد موعد نهائي لهذا الغرض. يجوز له أن يأمره بتعليق تنفيذ أي قرار يتعلق بإبرام العقد. علاوة على ذلك، يمكنه النطق بدفع غرامة دورية حالية عند انتهاء المهل الزمنية....) يجب أن يطبقها القاضي ضمن مقتضيات المصلحة العامة، حيث يوازن بين تطبيق العقوبة المترتبة على المخالفة من جهة، وأثرها على المصلحة العامة من جهة ثانية.

أما في مصر فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه... فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير- كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلاً- ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال، أو حتى لو تجاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد، أو خالفت الغرض المقصود منه، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات- لو وجدت من جانب الإدارة- لا تمس صحة العقد ولا نفاذه...¹.

وفي هذا الحكم يظهر أن مخالفة الإدارة للقواعد التي تنظم ضرورة وجود اعتماد مالي قبل التعاقد... لا تقدر في صحة العقد، إلا أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا ما تعلق بمخالفة الإدارة لقواعد الإذن بالتعاقد، والذي يترتب عنه "إنعدام إرادة الدولة" كما أفتى بذلك قسم الفتوى بمجلس الدولة المصري². وهو ذات الاتجاه، الذي اتخذه المحكمة الإدارية العليا في قرارات أخرى³.

¹ "...العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصد، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح...". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0175 لسنة 1ق، بتاريخ 11-11-1956، المكتب الفني، ج1، مجلس الدولة، ص. 491.

² "إذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب، وإنما تكون منعدمة إطلافاً، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية... بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع، يعتبر منها طغياناً على السلطة التشريعية لعدم إرادة الدولة، ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً في نظر القانون... فتوى مجلس الدولة المصري، بتاريخ 22-09-1954، مجموعة فتاوى السنة الثامنة، ص. 226. مقتبس عن: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 135.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0954 لسنة 12ق، بتاريخ 11-04-1970، المكتب الفني، ج15، مجلس الدولة المصري، ص. 264.

الباب الثاني

الباب الثاني

خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في مرحلة التنفيذ

يقول البعض¹ "إذا أردنا الدقة في تحديد عبارة "تنفيذ العقد" لاستبان لنا أنها تفيد مجرد تحديد الالتزامات التي يُنشئها. فالعقد ينشأ ليوّلد الالتزامات التي من شأنه أن يرتبها. ومن هنا كان القول بأن العقد مصدر للالتزام. وإذا أنشأ العقد الالتزام، فإنه يجيء دور هذا الأخير في أن يُنفذ بدوره، أن يؤديه المدين، أي يفِي به.

ولكن اصطلاح "تنفيذ العقد" يفيد في الفكر القانوني تشريعا وفقها وقضاء، معنى آخر مختلفا، فيُقصد به أداء الالتزامات التي يولدها. وهو بهذه المثابة يختلط مع اصطلاح "تنفيذ الالتزام". فالذي يتنفذ في الحقيقة -بمعنى الأداء- هو الالتزام وليس العقد. ولكن طالما أن العقد ينشئ الالتزام ليتنفذ. ففي تنفيذ الالتزام تنفيذاً للعقد بدوره، وإن كان بطريق غير مباشر"²

ومن المقرر أن مرحلة التنفيذ تُظهر أهم الكواشف التي تبين نقاط الاختلاف بين العقد المدني والعقد الإداري، على الرغم من ترسخ الأحكام المشتركة بينهما سواء في هذه المرحلة أو في مرحلة الإبرام التي تسبقها. فما مدى إعمال القواعد العامة الواردة في القانون المدني عند تنفيذ العقود الإدارية، وعند الفصل في المنازعات الناشئة عن ذلك؟

إجابة على ذلك يتم التطرق لمدى إعمال القواعد العامة الواردة في القانون المدني عند تنفيذ العقود الإدارية (الفصل الأول). ولحدود تطبيق قواعد القانون الخاص عند تسوية المنازعات المرتبطة بتنفيذها (الفصل الثاني).

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، نقابة المحامين، مصر، 1984، ص. 605.

² نفس المرجع، ص. 605-606.

الفصل الأول

مدى إعمال القواعد العامة الواردة في القانون المدني عند تنفيذ العقود الإدارية

نصت التقنينات المدنية على أحكام تنفيذ العقد، تحت عنوان "آثار العقد"¹، فأقرت بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، ويجب تنفيذه-طبقا لما اشتمل عليه- وبما يتفق ومبدأ حسن نية، كما نصت على آثار العقد على طرفيه وعلى خلفهما العام والخاص، وبينت جزاء الاخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وإذا كان العقد أبرم ليتم تنفيذه، فقد لا تتحقق هذه النتيجة كما هو متوقع لها، فيتأخر التنفيذ، أو يتعذر بصورة مؤقتة، أو بصورة دائمة، وذلك بفعل أحد الطرفين، أو كليهما، أو لسبب أجنبي لا يد لهما فيه. وفي جميع هذه الحالات نصت التشريعات على أحكام تجب مراعاتها حفاظا على حقوق الطرفين وتوازن واستقرار الالتزامات التعاقدية.

كما أن طرفي العقد المدني يتمتعان بمساواة "نسبية" في أداء الحقوق والالتزامات العقدية، ولا يملك أي منهما إجبار الآخر على الوفاء بما عليه، بل يقع على عاتق القاضي، التدخل لإعذار المدين، أو لإجباره على الوفاء، أو التخفيف من التزامه بما يكافئ التزام الدائن، أو فسخ العقد إذا استحال تنفيذه.

وفي مقابل ما سبق، فإن تنفيذ العقد الإداري قد لا يخضع لبعض هذه الأحكام، خاصة وأن جملة من النظريات والمبادئ المميزة له إنما استمدتها مما يميز مرحلة تنفيذه عما يماثلها في العقد المدني. فإلى أي مدى يتم إعمال القواعد العامة الواردة في القانون المدني عند تنفيذ العقود الإدارية؟

إجابة على ذلك يتم التطرق لنطاق تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تنفيذ العقود الإدارية (المبحث الأول). ولسلطات الإدارة أثناء تنفيذها (المبحث الثاني). ولالتزامات وحقوق المتعاقد (المبحث الثالث).

¹ فنص عليها القانون المدني الفرنسي (في المواد من 1193 إلى 1209)، ونص عليها القانون المدني المصري (في المواد من 145 إلى 156) والقانون المدني الجزائري (في المواد من 106 إلى 118) سابق الإشارة إليها.

المبحث الأول

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين: مفهومها وأثرها عند تنفيذ العقود الإدارية

سبقت الإشارة إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد "فهو شريعة المتعاقدين" ومقتضى ذلك أن تنفيذه إنما يقع على نحو ما اتفق عليه الطرفين، إلا أن العقود الإدارية لها خصوصيتها في تطبيق هذا المبدأ وفي تحديد مداه وأثره، خاصة في ظل السلطات التي تستأثر بها الإدارة المتعاقدة والتي تمارسها- كما يفترض- باسم المصلحة العامة.

لذلك سيتم التطرق أولاً لموقف الفقه والقضاء من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تنفيذ العقود الإدارية (المطلب الأول)، ثم لمدى تأثير هذه القاعدة بحق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد (المطلب الثاني)، ثم التطرق للقواعد المدنية لتفسير العقد وتنفيذه بحسن نية ومدى انطباقها على العقود الإدارية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تنفيذ العقود الإدارية

أشارت الآراء الفقهية والاتجاهات القضائية لنصوص القانون المدني بصدد أعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تنفيذ العقود الإدارية. وإن كانت أحكام القضاء الإداري أكثر ثباتاً من اتجاهات الفقه، على أن التأثير والتأثر فيما بينهما كان على نحو غير خفي. وفيما يلي يتم التطرق أولاً لآراء الفقه (الفرع الأول)، ثم لموقف القضاء (الفرع الثاني)

الفرع الأول مواقف الفقه

لم يتفق الفقهاء الفرنسيون الذين يرون "بالطبيعة العقدية"¹ للعقود الإدارية² حول مدى خضوعها لنص المادة 1134³ من القانون المدني الفرنسي، حيث يُقرُّ (Georges VEDEL &

¹ Au contraire, la théorie des contrats administratifs, qui est une théorie du contrat, a acculturé ce concept privatiste au droit administratif. C'est en ce sens que le professeur parisien Achille Mestre écrivait – avec un a priori favorable à cette inclination doctrinale : « Le contrat constitue l'institution essentielle du droit civil, qui est demeurée longtemps si étrangère au droit public que l'expression même de "contrat administratif", combattue par nombre d'auteurs, n'est passée qu'assez récemment dans la langue juridique courante ". Clemmy FRIEDRICH, De la prospective en passant par l'histoire: la commande publique nous dégage-t-elle un peu plus de la théorie des contrats administratifs ?, op.cit., p. 3.

² حيث اعتبرت ولا تزال بعض الآراء الفقهية بأن "العقود الإدارية" هي خارج دائرة العقد، أنظر:

Pascale GOUNODE, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Traité de droit administratif, T2, DALLOZ, Paris, France, 2011, pp. 222-223.

³ تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016) على ما يلي:

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi."

(Pierre DELVOLVÉ) في مؤلفهما القانون الإداري " بأنه " قد ورد في الطبقات السابقة من هذا المؤلف أن المادة 1134 من القانون المدني لم تكن مطبقة على العقود الإدارية. وهذه الصيغة القاطعة مُفَرطَة، ولا شك أن أحكام القانون المدني، مع الأخذ في الحسبان استقلالية القانون الإداري، ولا سيما التي تسوس العقود، ليست بالتأكيد مطبقة تماما على العقود الإدارية. على أن هذه العقود، كعقود، تُحدّد بين الفرقاء الحقوق والموجبات الملزمين بمراعاتها. والقوة الإلزامية للعقد الإداري، وإن لم تكن ناجمة عن المادة 1134 من القانون المدني مباشرة، (فهي) مرتبطة بمفهوم العقد ذاته، وهو العمل الذي بمقتضاه حدد الفريقان علاقتهما: إذا أبرما العقد فذلك لكي يلتزم كل منهما بتنفيذه تجاه الآخر. وإذا كان للعقد الإداري، كعقد، قوة إلزامية، فإن طابعه الإداري يؤدي إلى نتائج تسبغ عليه فروقا دقيقة وتبتعد عن صلاية المادة 1134 من القانون المدني¹. وهو ما يعبر عنه "بأصالة القواعد التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية"².

ومن الجدير الإشارة إلى أن الاختلاف الفقهي في فرنسا حول مدى إعمال مبدأ القوة الملزمة للعقد في نطاق العقود الإدارية، قد تعاضم عندما تم الاعتراف بمبدأ آخر يناقضه، وهو مبدأ حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد. وجعله من المبادئ الأساسية التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية ولو لم يتم النص عليه في العقد³. وبخصوص تطبيق المبدئين، يذكر البعض⁴ ثلاثة اتجاهات أساسية:
- اتجاه أول: يرى بخضوع العقود الإدارية لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو اتجاه "يسعى لتأكيد وحدة القانون المطبق على العقود المدنية والإدارية"⁵. ومن مؤسسيه L'huillier الذي يقول بأن سلطة

=وبعد تعديل 2016 تم النص على مضمون المادة السابقة في ثلاثة مواد هي 1103، 1104، و1193. وهي تنص على التوالي على ما يلي:

"Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits."

"Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi."

"Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise".

¹ جورج فيدال وبيير دلفولفيه، القانون الإداري، ج1، المرجع السابق، ص. 344.

² "... les règles gouvernant l'exécution des contrats administratifs revêtent une originalité certaine par rapport aux principes fondamentaux du droit privé qui veulent que (les conventions...art 1134)... ". Martine LOMBARD, Droit administratif, 4^{em} édition, DALLOZ, Paris, France, 2001, p. 245.

³ محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2012، ص. 141.

⁴ Ubaud-Bergeron MARION, L'identité de droit public "Exorbitance et droit des contrats : quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif ", Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France, 2018, pp. 234-237. Disponible sur le site : (27-03-2020 À l'heure 20:00) <https://books.openedition.org/putc/401>

⁵ "... s'attachera au contraire à démontrer l'inexistence sinon théorique du moins pratique d'un tel pouvoir et l'application pleine et entière du principe de la force obligatoire aux contrats administratifs : ce courant est pour sa part clairement inscrit dans une démarche de démonstration de l'unité du droit administratif et du droit civil des obligations... ". Ibid. p. 235.

التعديل الانفرادي لا تمارس إلا إذا نص عليها بموجب قانون أو في بند من بنود العقد¹.

-اتجاه ثان: يرى بتغليب مبدأ حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، بل ويجعله معياراً مميزاً للعقود الإدارية، ومن مؤسسيه Gaston JEZE و Georges PEQUIGNOT . وهذا الاتجاه على الرغم من اعترافه بالقوة الملزمة للعقود الإدارية وبخضوعها لبعض القواعد المدنية المتعلقة بتنفيذ وتفسير العقد²، إلا أنه يسعى "للتأكيد استقلالية قانون العقود الإدارية"³.

-اتجاه ثالث: يرى بالتوفيق بين مبدأ القوة الملزمة للعقد وبين حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، ومن مؤسسيه André de LAUBADERE⁴.

ويمكن القول إن الجانب الغالب من الفقهاء المعاصرون في فرنسا، يرون تبني الاتجاه الأخير، وهو التوفيق بين القوة الملزمة للعقد وحق الإدارة في التعديل الانفرادي، وعلى هذا الأساس يشيرون⁵ إلى نص المادة 1134 عند بيانهم للمبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية، وبعد ذلك يأتي التوكيد على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد⁶

أما في الفقه العربي يقول الأستاذ حسين عثمان "على الرغم من أنه من المبادئ المقررة في فقه القانون الخاص -أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا المبدأ -بكامل أبعاده- لا ينطبق على العقد

¹ "que le pouvoir de modification unilatérale n'existe que s'il est prévu par un texte ou par une clause contractuelle". Gilles LEBRETON, Droit administratif général, T2, DALLOZ, Paris, France, 2015, p. 316.

² "De fait, Gaston Jèze proclame la primauté de l'aspect contractuel au sein du contrat administratif. Ainsi, le chapitre consacré à l'étude de l'exécution des contrats administratifs s'ouvre par cette phrase exemplaire : «Le principe fondamental qui domine l'exécution des contrats de l'administration est celui-là même qui domine le Droit moderne ; c'est le respect de la parole donnée... Certes, les formules des articles 1134, 1135 ou 1156 et suivants du Code civil ne lient pas le juge administratif. Toutefois, les «idées qu'expriment ces formules régissent incontestablement les contrats administratifs...". Georges SALON, Gaston JEZE et la théorie générale des contrats administratifs, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, Institut Cujas, Université Paris II, N° 12, 1991, p. 75.

³ "Ce ... courant, assez daté du point de vue historique puisque l'on peut le circonscrire à la seule première moitié du XX^e siècle, est clairement sous-tendu par une volonté de démonstration de l'autonomie du droit administratif des contrats...". Ubaud-Bergeron MARION, op.cit., p. 234.

⁴ Ibid., pp. 234-235.

⁵ "Selon l'article 1134 du Code civil (Les conventions...), Cette affirmation célèbre n'est pas tout à fait vraie pour les contrats administratifs : les obligations qui en découlent ne trouvent pas en effet leurs sources seulement dans la commune intention des parties, mais aussi dans la volonté unilatérale de l'administration. Car contrairement aux contrats de droit privé, qui reposent sur le dogme (souvent illusoire, car déconnecté des réalités économique et sociale) de l'autonomie de la volonté et de l'égalité des parties, les contrats administratifs ont pour vocation d'être, au nom de l'intérêt général, profondément inégalitaires. Mais à défaut d'égalité, la jurisprudence s'est attachée à leur faire respecter une certaine équité. C'est ce qui explique que les prérogatives de l'administration soient toujours contrebalancées par le droit de son cocontractant à un équilibre financier...". Gilles LEBRETON, Op.cit., p. 314.

⁶ "le contrat administration, comme le contrat de droit privé, est l'acte dont les normes régissent les rapports mutuels de ses auteurs. Cependant, son régime comporte des particularités en ce qui concerne les prérogatives de l'administration et les droits du cocontractant ". Patrice CHRETIEN & Nicolas CHIFFLOT & Maxime TOURBE, Droit administratif, T2, DALLOZ, Paris, France, 2016, p. 516.

الإداري، فتنفيذ هذا الأخير يخضع لقواعد استثنائية غير مألوفة في علاقات القانون الخاص: ذلك أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تخضع للتعديل من جانب الإدارة وحدها، كما أن هذه الأخيرة تملك حق توقيع جزاءات على الطرف الآخر دون استصدار حكم قضائي. بالمقابل لذلك، يتمتع المتعاقد مع الإدارة بامتيازات -لا توجد عادة- في عقود القانون الخاص، أهمها هو حقه في التوازن المالي للعقد. وهكذا فإن تنفيذ العقد الإداري يخضع لمبدأين متناقضين ومتكاملين في نفس الوقت: تمتع الإدارة المتعاقدة بامتيازات خارقة للشريعة العامة، وحق المتعاقد معها في التوازن المالي للعقد¹، وهما مبدئان يحكمان العقود الإدارية بصفة عامة.

ويرى الدكتور أحمد محيو " ... تبدو عدم المساواة لمصلحة الإدارة حين تنفيذ العقد بشكل خاص، فالمادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن (العقد شريعة المتعاقدين) ليست محترمة تماما. إن القاعدة العادية للقانون الخاص تتضمن ثلاث نتائج: الطابع الإلزامي للعقد، وعدم تغييره، والمساواة بين (الفريقين). إلا أن كل من هذه النتائج يمكن أن توضع موضع التساؤل في القانون الإداري. إلا أنه لا ينبغي الاعتقاد بأن مصلحة الفريق الثاني في العقد قد ضُحِي بها، لأن الإدارة، لو حصل هذا، لن تجد أمامها شخصا تتعاقد معه..."².

ويقول الدكتور عبد الرحمان عزاوي "بالرغم من قيام العقد الإداري- كما العقد المدني- على وجود إرادتين متقابلتين وتطابقهما في نهاية الأمر بمقتضى ترتيبَي الإيجاب والقبول اللذين تم بموجبهما العملية التعاقدية، فإن الإدارة تظل محتفظة بمركز قانوني متميز تستمد من صفتها كسلطة عامة ومؤتمنة على المصلحة العامة، مما يمنحها سلطة تضمين العقد بعض الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، أو ممارستها حتى مع عدم التنصيص عليها في بنود العقد لاتصالها بضرورات ومقتضيات تسيير المرفق العام والمال العام وليس فقط بتنفيذ الالتزامات التعاقدية الصرفة كما هو الوضع في العقد المدني، مثل سلطة تعديل بعض جزئيات بنود العقد من جانب واحد دونما اشتراط موافقة الطرف المتعاقد معها... لكن يجب أن نعلم منذ البداية أن ذلك يجب أن يتم شريطة عدم فقدان العقد الإداري قيمته وأهميته ومردوديته الاقتصادية، وهذا يشترط بدوره ضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد..."³.

¹ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 628-629.

² أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ط4، دم ج، الجزائر، 1986، ص. 372.

³ عزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 385-386.

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تنفيذ العقود الإدارية

اعتبرت الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي في قرارها الصادر بتاريخ 29-6-2001 بأن القوة الملزمة للعقد تعتبر من المبادئ العامة للقانون¹.

وقضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنه "... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن حقوق المتعاقدين مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تُحدد طبقاً لنصوص العقد، ومن ثم فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام ويصح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه، مرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهم التي تلاقى عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته"². كما استفاض القضاء الإداري المصري في بيان العلاقة بين طرفي العقد الإداري وحقوق الإدارة المتعاقدة-ومنها حقها في تعديل العقد-والأسس التي تستند عليها، في كثير من أحكامه وقراراته³.

¹ "Considérant qu'aux termes de l'article 1134 du code civil: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ; que l'article L. 121-1 du code du travail dispose que: "Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter" ; que le principe général du droit dont s'inspirent ces dispositions implique que toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié ". Conseil d'Etat, Assemblée, du 29 juin 2001, 222600, publié au recueil Lebon2 Disponible sur le site : (23-02-2020 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008041475&fastReqId=1782471623&fastPos=1>

² حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ 16-05-1995، الطعن رقم 2340 لسنة 32 ق، ج 49، ص 153. مقتبس عن: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 261.

³ ومنها: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ 28-12-1963، الطعن رقم 1109 لسنة 8 ق، ج 9، مجلس الدولة المصري، ص 324. الذي ورد فيه ما يلي: "...ذلك أن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازنان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الأفراد والإدارة بل يجب أن تعلو المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساساً بتسيير مرفق عام وإنما تتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إذا كان ذلك على أساس من القانون، ذلك أنه مما يجب التنبيه إليه بادئ ذي بدء كأصل ثابت أصيل لا يقبل الجدل... أن من القواعد المسلمة في القانون الإداري أن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة فإذا ما عهدت إلى غيرها بأمر القيام بذلك لم يخرج المتعاقد مع الدولة في إدارته عن أن يكون معاوناً لها و نائباً عنها في أمر هو من أخص وظيفتها وخصائصها، وهذا النوع من التعاقد وبعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشر لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة له ومسئولة عن إدارته واستغلاله، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق وتعديل أركان تنظيمه وقواعد إدارته كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة، وتحقيقاً لغايات هذه السلطة وأهدافها تتمتع الدولة بامتياز وسلطان ينتفى معها كل طابع تعاقدى ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد واستغلالها وإدارتها على الوجه الأكمل وكفالة ذلك محققة بما لها من حقوق الإشراف والتدخل والتعديل حسبما تملية المصلحة العامة، وهي حقوق لا تملك جهة الإدارة التنازل عنها كما أنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحاج بأنها تمس الحق الأعلى أو تحل بشروط عقدية لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا

المطلب الثاني

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتعديل الانفرادي للعقود الإدارية

يشير البعض إلى أن التعديل الانفرادي لمحتوى العقد ممكن حتى في عقود القانون الخاص، على الرغم من الاتفاق بأنه من الأحكام الاستثنائية¹. وقد "أدخل القانون المدني استثناء هاماً للمبدأ التقليدي المتضمن عدم المساس بالعقد، وذلك بالسماح بتعديله المحتمل من قبل القاضي"².

ولتحديد الفرق بين التعديلين ومعرفة الأساس الذي يستندان عليه يتم التطرق للتعديل في العقد المدني (الفرع الأول)، ثم في العقود الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعديل العقد المدني

يقول الأستاذ السنهوري "لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضي، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين فإن العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة. هذا هو الأصل. ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو الأسباب يقررها القانون. فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً... وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة، كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م 224)، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م 346). وفي جواز الرجوع في الهبة (م 500)، وفي جواز تعديل اجر الوكيل (م 709)، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة..."³. وفي مقابل هذا الرأي، يرى الفقيه René DEMOGUE - بعد تبيينه لجمود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين - بأن العقد شيء حي ولا يمكن أن يعيش إلا إذا تغير أو تكيف بحسب الظروف، مع الاحتفاظ بجوهره...⁴.

= الشأن إنما تتناول نظاماً قانونياً خاصاً لأنه متعلق بمرفق عام فهي تملك تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد إدارته، بل أن لها أن تنهى العقد نفسه قبل الأوان متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضاً... "

¹ "La modification unilatérale du contenu du contrat est possible en droit privé même s'il faut convenir qu'elle demeure exceptionnelle ". Jean-Baptiste SEUBE, op.cit., p. 45.

² أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 381.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المرجع السابق، ص. 526.

⁴ "Le contrat est chose vivante et ne peut vivre qu'à condition de se modifier un peu suivant les circonstances, tout en conservant son essence, et cela est d'autant plus vrai qu'il doit produire ses conséquences pendant un temps plus long". René DEMOGUE, Traité des obligations en général, Tome 6 (Effets des Obligations), LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU, PARIS, France, 1932, p. 46.

وهكذا، تتراوح الآراء المذكورة من التشدد في إعلاء مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلى التخفيف من وطأته، والتذكير بإمكانية تغير الظروف والمصالح في المدة الفاصلة بين إبرام العقد وبين تنفيذه، وبالتالي فتح الباب لإمكانية تعديله جزئياً حتى يتعاش والمستجدات التي تعترض تنفيذه... أما بخصوص الاستثناءات المقررة - في الفقه المدني - بشأن تعديل العقد عند تنفيذه، فيمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

- قسم أول: يتعلق بما تنص عليه القوانين كحماية الطرف الضعيف في العقد، وإبطال البنود التعسفية، وتعديل الالتزام المرهق... وهو تعديل يتم على يد القاضي المختص.

- قسم ثانٍ: يتعلق بإعمال نظرية الظروف الطارئة، بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بها، وسيأتي تفصيلها بعد حين، ويتكفل أيضاً بالتعديل وفقاً لهذه النظرية القاضي المختص.

- قسم ثالث: يتعلق بتعديل العقد انفرادياً من قبل أحد المتعاقدين في مواجهة المتعاقد الآخر، أي أن المتعاقد الذي يعدل العقد يعدله مباشرة (وإن كان تحت رقابة القاضي المختص عند المنازعة من الطرف الآخر)، ومثال ذلك: تعديل المالك المتعاقد مع المقاول لمخطط البناء، ووجوب اتباع المقاول لتعليمات المهندس عند البناء، وحق رب العمل في تكليف العامل بمهام مؤقتة تستلزمها ضرورة العمل¹.

وبوجه عام، لا يمكن الحديث الآن عن ثبات النظرية العامة للعقد في القانون المدني، فهي نظرية مرنة ومتطورة ومتجددة، ومن أوجه التطور ما يتعلق بإعادة النظر في أساس الالتزام العقدي، والجهود البحثية التي تسعى لنقد الفكرة التعاقدية المستمدة من المفهوم الكلاسيكي لمذهب الإرادة والقول بأن "أخطر ما في هذه الفكرة أن كان جمودها وضيق أفقها سبباً في عزل القانون المدني عن واقع الحياة وتطوراتها..."، لهذا سعى هذا الاتجاه للكشف عن الأساس الصحيح للالتزام العقدي².

الفرع الثاني

التعديل الانفرادي في العقود الإدارية

ضمن بحثه في النظرية العامة للعقد المدني، نادى الأستاذ عبد الرحمان عياد بضرورة تصحيح³ الالتزام العقدي، وكنتيجة لذلك، تُؤسس سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي وسلطاتها الأخرى ضمن نظرية العقد المدني، ويرى هذا الرأي بأن هذه السلطة ليست مطلقة بل هي مقيدة، ويستدل على ذلك بآراء فقهاء القانون الإداري (الذين ذكروا بأن سلطة التعديل تتوقف على ضرورة سير المرافق العامة

¹ René DEMOGUE, op.cit., pp. 62-63.

² عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص. 8.

³ عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص. 418-422.

وضرورات تنفيذ العقد)، ويقول بأن تعديل العقد على هذا النحو مقرر أيضاً في القانون المدني، ومثاله تعديل المالك لمخطط عمل المقاول.

أما عن حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فيقول هذا الرأي بأن "هذه الأسباب (يعني أسباب الانهاء الأحادي)، ومثيلاتها تعني أن الإدارة كانت قد وقعت وقت إبرام العقد في غلط دافع إلى التعاقد قد يشمله جميعه أو قد يقتصر على بعض مراحلها، مما يبرر حقها في إنهاء العقد". ثم يقول "وهذا حق مسلم به حالياً في كثير من العقود المدنية" (ويشير إلى عقد الشركة وعقد المقاولة وعقد الإيجار).

ويذكر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي بأنه: "ولا يقف الأمر عند حد إمكان نقض العقد أو تعديل أحكامه بمقتضى الاتفاق بين طرفيه كليهما، بل يسوغ لأحدهما أن يصل إلى ذلك، برغم إرادة الطرف الآخر، إذا سمح له به القانون، وفي الحدود التي يرسمها. وهذا هو الاستثناء الحقيقي للقوة الملزمة للعقد، أو لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين"¹.

ومع التسليم باختلاف الغاية المرجوة من إبرام العقود-وهي تحقيق المصلحة الخاصة في عقود القانون الخاص والمصلحة العامة في العقود الإدارية-يمكن القول إن ما قرره القضاء المدني بشأن التعديل الانفرادي لمحتوى العقد، يتعلق بتحديد أو تعديل الثمن أو الأجر في حالة عدم النص عليه صراحة عند إبرام العقد، أو في حالة عدم تكافؤ الثمن المتعاقد عليه مع الخدمات أو الأشغال المنجزة فعلاً². وقد يتوسع لبعض الجزئيات الأخرى، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 01-12-1995 بأنه لا مانع يحول دون "تعديل" اختيار المتعاقد لطريقة تنفيذ التزاماته إذا لم يتعارض ذلك مع البنود المتفق عليها في العقد³.

ومن التطبيقات القضائية الأولى لسلطة الإدارة في تعديل محل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، القرار الشهير لمجلس الدولة الفرنسي، وهو قرار "Compagnie Nouvelle du Gas Deville-lès-Rouen" بتاريخ 10-1-1902. حيث منحت مدينة "Deville-lès-Rouen" في عام 1874 لشركة الغاز الجديدة "Deville-lès-Rouen" الامتياز الحصري للإضاءة بالغاز. ومع ذلك،

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 539.

² Jean-Baptiste SEUBE, op.cit., p, 46.

³ " ... ALORS QU'il n'y a pas clause d'exclusivité lorsque le locataire peut s'adresser à d'autres fournisseurs pour acheter ou utiliser des appareils semblables ou complémentaires ; qu'il résulte du contrat litigieux que le locataire pouvait s'adresser à d'autres fournisseurs pour se procurer un matériel semblable ou complémentaire et faire ainsi évaluer son installation en fonction de ses besoins et des progrès techniques ; qu'en considérant que le contrat litigieux contenait une clause d'exclusivité, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce contrat, violant ainsi l'article 1134 du Code civil...". Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 1 décembre 1995, 91-15.578, Publié au bulletin. Disponible sur le site : (20-02-2020 À l'heure 21:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035358>

كانت الإضاءة الكهربائية قيد التطوير، وقد حاولت البلدية إقناع الشركة بتوفير الإضاءة بالكهرباء ولكن الأخيرة رفضت ذلك، في وقت كانت الإضاءة بالكهرباء تعمل بالفعل في بلديات أخرى، فقامت البلدية بتعديل العقد انفراديا وفرضت على الشركة استخدام الكهرباء عوضا عن الغاز في تشغيل شبكة الإنارة العامة محل العقد. وقد أقر المجلس في حكمه بمشروعية تعديل البلدية لمحل العقد المبرم مع الشركة، بفرض تغيير نوعية الطاقة المستخدمة في الإضاءة من الغاز إلى الكهرباء، وذلك على الرغم من أن العقد الأول "1874" والعقد الثاني "1887" المبرمان بينهما كانا بموافقة البلدية¹.

وتوالى أحكام مجلس الدولة في نفس الاتجاه، فعلى الرغم من تحديد أوصاف الخدمة أو العقد من قبل الإدارة مسبقا وإعلانها في الدعوة للتعاقد وفقا لذلك، إلا أنها قد تعود لتعديل تلك الأوصاف المتعلقة بمحل العقد إذا ما بررت المصلحة العامة ذلك².

وفي نفس المضمار، سار مجلس الدولة المصري، الذي أقر مبكرا بسلطة الإدارة المنفردة في تعديل محل العقد، إذا بررت ذلك المصلحة العامة، فقرر بأنه " ... ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلية..."³.

ومن الظاهر تماما أن تحقيق المصلحة العامة هو المبرر المذكور في اجتهادات القضاء الإداري

¹ Conseil d'Etat, du 10 janvier 1902, 94624, publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (15-9-2019 À l'heure 17:00):

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007634664>

² وما يلاحظ بهذا الصدد، هو ما قرره قانون الطلب العمومي، عند تعدده لحالات تعديل العقد (التعديل الاتفاقي، التعديل بسبب ظروف غير متوقعة، التعديلات غير الجوهرية...)، فقد استنتج البعض من هذا التعداد "محدودية سلطة

الإدارة في تعديل العقد أحاديا" مقارنة بما هو مكرس بشأن هذه السلطة في النظرية الكلاسيكية للعقود الإدارية

"le Code établit une liste limitative de six conditions permettant de modifier le contrat en cours d'exécution : lorsque les « modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux », lorsque « des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires », lorsque « les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues », lorsqu' « un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché », lorsque « les modifications ne sont pas substantielles », ou enfin lorsque « les modifications sont de faible montant »... Ces conditions sont précisées et davantage encadrées dans la partie réglementaire du Code. Ainsi, le pouvoir de modification unilatérale traditionnellement reconnu au titre de la théorie générale des contrats administratifs est sensiblement limité s'agissant des contrats de la commande publique soumis au champ d'application du Code... La mutabilité se trouve ainsi « muselée »..., ce qui conduit à s'interroger sur l'avenir réel du pouvoir de modification unilatérale. Pour les contrats de la commande publique, ce pouvoir s'apparente de plus en plus à une coquille vide. Sa consécration à l'article L. 6 est d'autant plus surprenante...". Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, op.cit., p. 68.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1520 لسنة 2 ق، بتاريخ 20-4-1957، المكتب الفني،

مجلس الدولة، مصر، ص. 953.

الذي من خلاله تم الاعتراف للإدارة المتعاقدة بسلطة التعديل الانفرادي. ومن الجدير بالذكر بأن ذات المصلحة العامة هي التي كانت دافعا-أو يفترض كذلك- في إبرام العقد.

وعليه يمكن القول إن تغير أو تطور أو زوال تلك المصلحة وفقا لتقدير الإدارة المتعاقدة هو الذي يبرر لها سلطة التعديل الانفرادي¹. وتجدر الإشارة بهذا الصدد بأنه "من الطبيعي أن تجد سلطة التعديل هذه بعض الحدود، لأنه إذا كانت المصلحة العامة تحتم تغيير العقد فإنها لا يمكن أن تتجاهل حقوق ومصالح المتعاقدين. فالتعديلات يجب ألا تؤدي إل تغيير العقد تغييرا جذريا بشكل يطل مضمونه... ولا تسيء للفوائد المالية التي ينص عليها العقد لمصلحة المتعاقدين..."².

المطلب الثالث

القواعد المدنية لتفسير العقد وتنفيذه بحسن نية ومدى انطباقها على العقود الإدارية

قد يظهر للوهلة الأولى بأن تفسير العقد وتنفيذه بحسن نية من المبادئ التي تخضع لها مختلف العقود بغض النظر عن النظام القانوني الذي تخضع له، وهو ما يعترف به من حيث الأصل، إلا أن البعض أعطى لهذه المبادئ مفهوما وخصوصية لا يمكن انكارها عند اعمالهما في نطاق العقود الإدارية. وللإحاطة بذلك يتم التطرق لتفسير العقد وتحديد نطاقه (الفرع الأول)، ثم لتنفيذ العقد بحسن نية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تفسير العقد وتحديد نطاقه

يقول الأستاذ السنهوري "إن البحث في تفسير العقد إنما يأتي بعد البحث في انعقاد العقد والبحث في صحته. إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً، حتى يكون قابلاً للتنفيذ"³.

وإذا كان الأصل أن يتم تحديد الالتزامات بالرجوع إلى بنود العقد التي تم إقرارها وفقا للصياغة التي تعبر عن إرادة الطرفين، إلا أنه قد يكتنف بعض تلك البنود لبس أو غموض أو نقص... وتكون في حاجة لتفسير يبين مدلولها الحقيقي الذي ارتضاه الطرفان عند إبرام العقد، هذا الأخير الذي يجب تنفيذه وفقا لما يوجبه حسن النية، وشرف التعامل ونزاهة القصد. ولهذا يرتبط تفسير العقد بمرحلتين مهمتين في عمل القاضي عند فصله في النزاع بين الطرفين، الأولى هي تحديد المقصود بنود العقد على

¹ ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011-2012، ص. 19.

² أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 383.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص. 499.

النحو الذي اتجهت له إرادة الطرفين، والثانية هي تطبيق النص القانوني الذي يتلاءم مع هذا التفسير¹.

أولاً: مبادئ تفسير العقود

لقد تضمنت التقنيات المدنية المبادئ التوجيهية التي تعين القاضي على التفسير في حال اختلف الطرفان حول مدلول العقد:

***ففي حال وضوح العبارة:** نصت التقنيات المدنية على أنه لا يجوز أن يكون التفسير سبباً لتحريف عبارات العقد²، ويقصد بوضوح العبارة "أن الألفاظ أو الكلمات أو الإشارات المستعملة عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة العاقدين..." كما تعني "وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده"³. وهي ما يسمى أيضاً بالإرادة الظاهرة "وهي الأصل المعتمد عليه باعتبارها مظهر الإرادة الباطنة.

والقاعدة أن الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة حتى يثبت العكس"⁴. إلا أن وضوح العبارة لا يمنع القاضي من اللجوء إلى تفسيرها إذا تبين أنها لم تعبر حقيقةً عن إرادة الطرفين⁵، شريطة أن يتقيد بوضوح العبارة حتى يستمد من ظروف التعاقد ما يصرفه عن ذلك، وأن يكون انصرافه عن المعنى الظاهر لغيره مسبباً⁶.

¹ "La qualification fait ainsi office de charnière entre les deux fonctions attachée à l'opération d'interprétation que sont l'interprétation des données de fait et la solution apportée par le juge sur le contenu contractuel litigieux...". Alain LAGADEC, De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat, Thèse de doctorat, École doctorale 509 civilisations et sociétés euro-méditerranéennes et comparées, Université de Toulon, France, 12-04-2017, p. 288.

² تنص المادة 1192 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation"

وتنص الفقرة الأولى من المادة 150 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين". وتقابلها الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني الجزائري، التي استخدمت عبارة "تأويل العقد" بدل "تفسير العقد" إذا كانت... عن طريق تأويلها للتعرف...".

³ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 307-308.

⁴ حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في: نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، مصر، 1943، ص. 278.

⁵ "... يعتقد البعض أنه يمكن في هذه الحالة (وضوح العبارة) البحث عن الإرادة الباطنة دون الانحراف عنها، والمنع الذي أقره المشرع هو منع إجرائي يمكن تفاديه بتسبيب الحكم..." لحضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد دراسة لبعض العقود الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بكايد تلمسان، 2015-2016، ص. 65.

⁶ يقول الأستاذ السنهاوري: "...ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها. بل إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة، مهما بلغ وضوحها، وسلس معناها، وارتفع عنها اللبس والابهام، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة. فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا

* في حال غموض العبارة:

أوجب القانونين المدنيين المصري والجزائري¹ على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وما يجب أن يسود علاقة المتعاقدين من ثقة وأمانة، ووفقا لما يجري عليه العرف في المعاملات المماثلة². وتعتبر "هذه العوامل إرشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد، وليس ملزما بها، بحيث لا يقتصر عليها لذا عليه أن يبحث في وسائل أخرى للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين"³.

أما القانون المدني الفرنسي الحالي فقد ألزم القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وإذا تعذر ذلك، فوفقا لما يفهمه الرجل العاقل *personne "raisonnable"* في الوضعية المماثلة⁴. وقد اعتبر البعض⁵ أن الأخذ بمفهوم الرجل العاقل يعد بمثابة "مرجع جديد- للقاضي- من شأنه أن يعزز أسلوب التفسير الموضوعي ... كما أنه أول تعديل واضح

= استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدنا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى الآخر. ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان. وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسه أو يشوهه. ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين: (الشرط الأول) هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

(والشرط الثاني) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك، رجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب...". عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المرجع السابق، ص. 507.¹ وتنص الفقرة الثانية من المادة 150 من القانون المدني المصري على ما يلي "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". وتقابلها الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري، التي ورد فيها أيضا- كما في فقرتها الأولى- عبارة "تأويل العقد...".

² فقد تكون المفاوضات بين الطرفين مثلا، وما يسود ظروف التعاقد عاملا مساعدا في تحديد الإرادة الحقيقية للطرفين، ينظر: لخضر حليس، المرجع السابق، ص. 76.

³ محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 149.

⁴ تنص المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation."

⁵ "... par l'adjonction de ce second alinéa qui constitue la première modification visible apportée par la réforme des règles anciennes d'interprétation du Code civil, se fonde sur la notion de personne raisonnable qui est un principe d'interprétation par défaut où la volonté des parties n'apparaît pas et qui confirme bien la volonté du législateur de renforcer la méthode objective d'interprétation. Inspiré des Principes du droit européen des contrats, le juge va devoir s'en tenir à ce que les parties sont supposées avoir voulu, en prenant en compte tous les éléments subjectifs et objectifs qu'il aura pu déceler.". Alain LAGADEC, op.cit., pp. 73-74.

للقواعد الكلاسيكية لتفسير العقد، مستوحى من مبادئ القانون الأوروبي للعقود...".
كما انفرد القانون المدني الفرنسي الحالي بالنص على أن تفسير البند محل الخلاف - واستخلاص
النية المشتركة - يكون على ضوء بقية البنود أو الشروط الأخرى، وعلى ضوء العقود المتصلة بالعقد
المعني إذا كان التعاقد يضم أكثر من عقد¹.
والملاحظ أن التقنيات المدنية الثلاث قد تضمنت قاعدة عدم التمسك بالمعنى الحرفي
لمصطلحات والعبارات التي استخدمها الطرفان، وقاعدة عدم جواز تفسير البنود والشروط
الواضحة، وفي حين قال البعض² - تعليقا على نصوص القانون المدني الفرنسي - بصعوبة الجمع بين
القاعدتين، فقد لاحظ البعض الآخر³ "تناقضهما"، على اعتبار أن ما يستخدمه المتعاقد من عبارات
وألفاظ لا بد وأن تكون معبرة إلى حد ما عن إرادته، فكيف يجوز للقاضي بعد ذلك إعطاء تفسير
مختلف لما تدل عليه عبارات وألفاظ العقد التي استخدمها الطرفان...؟

*التفسير عند الشك والتفسير في عقود الإذعان: تضمنت التقنيات المدنية حكما خاصا بتفسير
العبارات أو الألفاظ التي قد يُشكُّ في أن لها أكثر من معنى محدد، فنص القانونين المدنيين المصري
والجزائري⁴ على أن يكون تفسيرها لمصلحة المدين، ما عدى في عقود الإذعان، حيث يجب ألا يكون
التفسير "ضارا بمصلحة الطرف المدعى". على أنه - وعلى غرار بقية العقود - إذا كانت عبارات عقد
الإذعان واضحة فلا يجوز تفسيرها وتحريف مضمونها، وكذلك إذا أمكن تفسير العقد واستخلاص
القصد الحقيقي للمتعاقدين عند عدم التوقف عند المعنى اللفظي لعبارات العقد⁵. أما القانون المدني
الفرنسي فقد نص على أن يتم تفسير الشك لصالح المدين، ما عدى في عقود الإذعان، التي يفسر فيها
الشك في مواجهة من اقترح البند محل الخلاف⁶. وذلك على أساس عدم وجود النية المشتركة بين

¹ تنص المادة 1189 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci."

² Clément FRANCOIS, Présentation des articles 1188 à 1192 du nouveau chapitre III « L'interprétation du contrat », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, 28-06-2016. Disponible sur le site : (23-02-2020 À l'heure 16:00)

<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap3-interpretation-contrat/>

³ Alain LAGADEC, Op.cit., p. 74.

⁴ وتنص المادة 151 من القانون المدني المصري، على ما يلي: "1 - يفسر الشك في مصلحة المدين.

"2 - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى". وتقابلها
المادة 112 من القانون المدني الجزائري، التي استخدمت على غرار المادة 111 عبارة "تأويل العقد...".

⁵ ينظر: محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص ص. 145-148.

⁶ تنص المادة 1190 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé".

المتعاقدين عند إبرام العقد، وإنما تتغلب إرادة الطرف القوي-الذي يملئ شروطه ويحرر العقد-على إرادة الطرف المضعن¹.

هذا، وقد كان للقضاءين المدني والإداري دور هام في تفسير العقود، يتم التطرق له فيما يلي.

ثانياً: قواعد تفسير العقد في القضاء المدني

تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية ومنذ صدور حكمها في قضية (Lubert) بتاريخ 02-02-1808 قضت بمراجعة سلطة قضاة الموضوع "السيادية" في تفسير بنود العقد، إذا بدا لها أن التفسير أدى إلى تحريف أو تشويه أحكام العقد...² وقضت ذات المحكمة "بعدم جواز تفسير شروط العقد إذا كانت واضحة ودقيقة، وبضرورة احترام البنود التعاقدية التي ارتضاها الطرفان..."³. كما قضت في قرارها الصادر بتاريخ 05-02-1971 بأنه: "كان على قضاة الموضوع البحث عن القصد المشترك للأطراف المتعاقدة، من خلال الشروط التي تعاقدوا عليها وبالنظر لسلوكهم اللاحق"⁴.

وفي مصر قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 02-06-2015 بما يلي: "المقرر- في قضاء محكمة النقض- أنه ولئن كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها للتعرف على مقصود المتعاقدين إلا أن ذلك مشروط بالألا يخرج في تفسيره عما تحتمله عبارات تلك العقود أو يجاوز المعنى الظاهر لها، وأنه على القاضي إذا أراد حمل عبارات المتعاقدين على معنى مغاير لظاهرها أن يبين الأسباب المقبولة التي تبرر العدول عن هذا المعنى الظاهر إلى خلافه وكيف أفادت تلك العبارات المعنى الذي أخذ به ورجح أنه مقصود العاقدين وأن يبين الاعتبارات المقبولة المسوغة لما انتهى إليه"⁵.

¹ Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, Thèse de doctorat, faculté de droit, Université de Strasbourg, France, 2017, p. 283.

² Cass., sect. réun., 2 février 1808, H. Capitant, F. Terré, Y. Disponible sur le site : (25-02-2020 À l'heure 20:00) https://www.courdecassation.fr/publications_2_denaturation_26208.html

³ Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 21 janvier 2016, 14-25.720, Inédit. Disponible sur le site : (25-02-2020 À l'heure 20:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031900476&fastReqId=681529524&fastPos=1>

⁴ "...mais attendu qu'il appartenait aux juges du fond de rechercher l'intention des parties contractantes dans les termes employés par elles comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester...". Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 5 février 1971, 69-12.443, Publié au bulletin. Disponible sur le site : (25-02-2020 À l'heure 22:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006985108&fastReqId=634199585&fastPos=1>

⁵ محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 5710، لسنة 77 قضائية، بتاريخ 02-06-2015، منشور

على الموقع الرسمي لمحكمة النقض، مصر، متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 26-2-2020 الساعة 15:00)

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111350945&ja=105540

كما قضت ذات المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 26-02-2014 بما يلي: "...على القاضي أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها فلا يلتزم القاضي بإيراد أسباب لقضائه إذا ما التزم بالمعنى الواضح لعبارات العقد ومراعاة هذه القواعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابه محكمة النقض"¹.

وفي الجزائر قضى المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 13-4-1983 بما يلي: "حيث أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك. أما بالنسبة لطرفي البيع فالعبرة بما اتفق عليه الطرفان. وبما أن العقد لم يشر إلى الرسم فالأمر أصبح موكولا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة"².

كما قضت المحكمة العليا بشأن تفسير بعض بنود عقد المقاول بما يلي: "يعد المقاول، مشيد البناء، حارساً له باعتبار الحراسة داخلية في مهامه، في انتظار تسليمه (أي البناء) لصاحب المشروع... لا حق للمقاول في المبالغ المصروفة على الحراسة، في غياب اتفاق خاص"³.

والملاحظ من هذه الأحكام والقرارات القضائية هو تأكيدها على دور القاضي في تفسير العقد، مع ضرورة التقييد بعدم تحريف أو تشويه ألفاظه ومعانيه.

ثالثاً: قواعد تفسير العقد في القضاء الإداري

سبقت الإشارة إلى أن العقد الإداري قد لا يشمل فقط العقد المكتوب الموقع عليه من الطرفين، بل يشمل أيضاً دفاتر الشروط العامة والخاصة، وكل وثيقة أو شهادة أو نموذج اعتبرها القانون أو اتجهت نية الأطراف لاعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد. ومن هنا تبدو أهمية التفسير في العقود الإدارية، أضف إلى ذلك ما يجوز للقاضي الإداري من سلطات عند مراجعة العقد الإداري الذي اختلف الطرفان على تحديد حكم أو أكثر من أحكامه، خاصة ذات الطبيعة التنظيمية (التي تصدر في شكل قانون أو لائحة وتكون جزء من العقد). لذلك فتفسير العقد الإداري في هذه الحالة الأخيرة لا يمتد

¹ محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 5784، لسنة 74 قضائية، بتاريخ 26-02-2014، منشور

على الموقع الرسمي لمحكمة النقض، مصر، متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 26-2-2020 الساعة 15:00)
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111249090&ja=122008

² المجلس الأعلى، قرار رقم 31315، مؤرخ في 13-04-1983، صادر بالمجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص.

19. مقتبس عن: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 311.

³ قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، مؤرخ في 21-10-2010، الملف رقم 591169، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2011، ص. 112-114.

فقط للأحكام التعاقدية الاتفاقية، بل قد يشمل أيضا الأحكام ذات الطابع التنظيمي. فما أثر ذلك على تطبيق قواعد التفسير المدنية عند تفسير العقد الإداري؟

قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 15-03-2019 بأن "ما يرد بدفاتر الشروط الإدارية العامة، يخضع للتفسير السيادي لقاضي الموضوع، وبالتالي لا يخضع هذا التقدير لرقابة مجلس الدولة، باستثناء حالات التحريف الظاهر"¹.

وقد قضت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة (MARSEILLE) في قرارها الصادر بتاريخ 18-11-2019 بأن القاضي الإداري عند نظره في مشروعية عقوبات التأخير، إنما يلجأ من حيث الأصل لبنود العقد، ويلجأ استثنائيا، إذا تبين له أن مقدار تلك العقوبات مفرط أو ضئيل بشكل لافت، إلى تقدير ادعاءات الطرف المتضرر، والاسترشاد بما يجري عليه العمل في العقود المماثلة... ويستنتج في النهاية تعديل مقدار العقوبة أو رفض الطلب المقدم له².

كما قضت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة (Nantes) في قرارها الصادر بتاريخ 10-02-2012 بأن التزامات الطرفين يتم تحديدها على ضوء مختلف الوثائق التعاقدية ودفاتر الشروط العامة والخاصة، طالما توجهت إدارة الأطراف لاعتبارها جزءا من العقد"³.

وفي بيان قواعد التفسير في العقود، قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بما يلي: "إن الأصل في تفسير العقود -مدنية كانت أم إدارية- أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كانت غير واضحة فقد لزم تقصى النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات. والمقصود بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى

¹ " L'interprétation de ces stipulations du CCCG-PI de la SNCF et de RFF relève, comme celle des stipulations du CCAP applicable au marché, de l'appréciation souveraine des juges du fond et échappe ainsi au contrôle du juge de cassation, sauf dénaturation...". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 15/03/2019, 416571. Disponible sur le site : (28-02-2020 À l'heure 16:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038234572&fastReqId=2060830577&fastPos=1>

² CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 18/11/2019, 17MA03805, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (28-02-2020 À l'heure 17:00)

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?jsessionid=99BC54DBFCB848D480B39806B344258C.tplgfr27s_2?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000039417082&fastReqId=590911560&fastPos=2030

³ CAA Nantes, 10 février 2012, n° 10NT02502, Sarl QUADRIA. Disponible sur le site : (28-02-2020 À l'heure 17:00)

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CAA-Nantes-10NT02502-QUADRIA .htm>

آخر، ففي هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان دون أن يرمى ذلك بالمسح والتشويه فالعبرة في تفسير العقود والتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها...¹. وقد بينت ذات المحكمة²، المراجع التي يستهدي بها القاضي عند التفسير، كطبيعة العقد ومستلزماته، وإعمال حسن النية، وتفسير البند المختلف فيه على ضوء البنود والشروط التعاقدية الأخرى... موضحة في نفس الوقت تطبيق القواعد الواردة بشأن تفسير العقود المدنية عند تفسير العقود الإدارية³.

الملاحظ مما سبق إشارة اجتهادات القضاء الإداري لنصوص القانون المدني بشأن تفسير وتنفيذ العقد بحسن نية. ومع ذلك، فقد قال البعض⁴ بأن "قواعد تفسير العقود الإدارية تختلف اختلافا جوهريا عن قواعد التفسير المذكورة في القانون المدني"، ومرد ذلك هو أن تفسير البنود اللائحية التنظيمية يكون دائما بمراعاة المصلحة العامة، وأن تفسير العقد يتم على ضوء الاعتراف للإدارة المتعاقدة بسلطة تعديل العقد وإنهاؤه من جانب واحد... وأن هذه الاعتبارات تبعد اعمال قواعد التفسير

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0333، سنة 10 ق، بتاريخ 02-12-1967، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، مجلس الدولة مصر، 1967، ص. 166.

² في أحكامها المتعاقبة، مثل: المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 3364، سنة 27 ق، بتاريخ 15-12-1985، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، ج31، مجلس الدولة مصر، 1985، ص. 11.

³ "من المتعين في تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ إذ العبرة بالإرادة الحقيقية على أن تكون هي الإدارة المشتركة للمتعاقدين لا بالإرادة الفردية لكل ... ومن العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القاضي أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل وهو العقد فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقة وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء قبلها أو بعدها وقد تكون العبارة مبهمة ونفسرها عبارة وردت في موضع آخر كذلك فإن من العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود وحيث لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام و من المسلم به أن قواعد التفسير المقررة في القانون المدني إنما تقوم على حسن الفهم والإدراك وأنها إنما وضعت لتعين القاضي على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإذا كان هذا هو الشأن في مجال القانون الخاص بقواعده المقننة فإن القانون الإداري - وهو غير مقنن - أولى بأن تسوده هذه الفكرة". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0639، سنة 09 ق، بتاريخ 20-05-1967 المكتب الفني، مجلس الدولة مصر، 1967، ص. 1070.

⁴ "... Therefore, the interpretation of administrative contracts is to be made by rules which differ substantially from those of civil law..." Catalin-Silviu SARARU, The interpretation of administrative contracts, The journal "Tribuna Juridică", Law Department, Bucharest University of Economic Studies, Romania, Volume 4, n° 1, June 2014, p. 152.

طبقاً للنية المشتركة للمتعاقدين ولمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يتوافر بينهما¹.

الفرع الثاني

تنفيذ العقد بحسن نية

يرى البعض² بأنه تاريخياً، ووجد مبدأ حُسن النية من أجل التقليل من حدة الشكلية القانونية التي ميزت العقود في القانون الروماني، وقل دوره مع ظهور مبدأ استقلالية الإرادة في بداية القرن التاسع عشر، إلا أنه أخذ أهميته مرة أخرى في الثمانينيات (من القرن العشرين).

أولاً: أهمية مبدأ حسن النية

يؤدي مبدأ حسن النية "دور المحرك في العلاقة العقدية"، وله مظهران:

*المظهر الأول هو الالتزام بالنزاهة: ويقتضي ذلك أن ينفذ المتعاقد التزاماته بنزاهة وإخلاص، وأن يمتنع عن الغش والتدليس. وعلى هذا الأساس فمن النزاهة تنفيذ العقد على أحسن وجه، واعدار المتعاقد الذي يواجه صعوبات التنفيذ.

*المظهر الثاني الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقد وذلك بإعلام المتعاقد بكل ما من شأنه تيسير تنفيذ العقد. والالتزام بالتعاون "تفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية فهي علاقة تعاون وليست علاقة خصام أو مجابهة كما كان يُعتقد ذلك"³.

وقد عبر البعض⁴ عن غموض مبدأ حسن النية، وذلك لم يمنع من محاولة وضع مفهوم له، فقد

¹ Catalin-Silviu SARARU, op.cit., pp. 154-156.

² " Historiquement, le principe de bonne foi est né de la nécessité de faire contrepoids à la toute-puissance du formalisme juridique qui caractérisait alors le contrat de droit romain. A l'autre bout du spectre, l'émergence de la théorie de l'autonomie de la volonté au début du XIXème siècle signifia un temps le glas juridique du principe de bonne foi. Entre les deux périodes, le principe de bonne foi trouva matières à consolidation au Moyen-Age et à l'époque moderne avant de resurgir à nouveau dans les années 1980. Sans en surestimer l'impact, le principe de bonne foi constitue un phénomène particulièrement prégnant du droit des contrats...". François CABBAGNOLA, Bonne foi et loyauté en droit des contrats, (date de publication septembre 2016), Disponible sur le site : (28-02-2020 À l'heure 19:00)
<https://www.village-justice.com/articles/Bonne-foi-loyaute-droit-des-contrats,23007.html>

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 295-296. وفي "علاقة التعاون" التي يفرضها مبدأ حسن النية، أنظر: فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017-2018، ص 355 وما بعدها.

⁴ "La "bonne foi" est la croyance qu'a une personne de se trouver dans une situation conforme au droit, et la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui. C'est une notion fréquemment utilisée dans notre législation pour atténuer les rigueurs de l'application de règles positives. Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. De même, L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi." Serge BRAUDO, Définition de Bonne foi, Dictionnaire du droit privé, Disponible sur le site : (2-03-2020 À l'heure 11:00)
<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php>

اعتبر بأن للمبدأ معنيان على الأقل، أحدهما نفسي والثاني أخلاقي بحت، وهو يتطلب "الصدق والوفاء في العلاقات التعاقدية، واستبعاد أي نية خبيثة...وفقا لمعيار الرجل العادي حسن النية"¹. كما أن من أغراضه "التخفيف من صرامة تنفيذ بعض النصوص القانونية".

وقد سبقت الإشارة إلى أن التقنيات المدنية² نصت على وجوب أعمال مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقود، بل وسع التقنين المدني الفرنسي-الحالي-ذلك ليشمل التفاوض والابرام والتنفيذ³. ولعل ذلك كان استجابة⁴ للآراء الفقهية والاتجاهات القضائية-السابقة-التي دعت لهذا التوسع في اعمال المبدأ⁵. واستحسان مد تطبيقه على المراحل الثلاث المذكورة⁶.

ولا يخفى أن توسيع نطاق تطبيق المبدأ على النحو المذكور في القانون المدني الفرنسي كان محل "تخوف" من قبل البعض⁷، خشية أن يؤدي ذلك إلى المساس باستقرار العلاقات التعاقدية، وفتح المجال

¹ "La notion de bonne foi est susceptible de revêtir au moins deux sens... Dans un premier sens, la bonne foi est une notion psychologique, intellectuelle ; c'est l'ignorance d'un fait ou d'une circonstance ou plutôt, la croyance erronée que l'on en a. Est de bonne foi celui qui ignore quelque chose. C'est ainsi qu'il faut comprendre la notion dans l'article 2279 du Code civil pour l'acquéreur de « bonne foi ». Dans un second sens, la bonne foi est une notion purement morale..., une norme de comportement qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante. Est de bonne foi celui qui se comporte conformément au standard de l'honnête homme. C'est ainsi qu'elle est comprise dans l'article 1134 alinéa 3 du Code civil." Laurent BRUNEAU, contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, thèse de doctorat, UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE, 02-09-2005, p. 440.

² تنص المادة 1/148 من القانون المدني المصري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وتنص المادة 1/106 من القانون المدني الجزائري مضمون هذا النص.

³ ذكرته المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016، والمادة 1104 بعد التعديل المذكور.

⁴ Mustapha Mekki, La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013, Date de publication 18-09-2015. Disponible sur le site : (8-06-2020 À l'heure 13:30)

<https://www.mekki.fr/publications/la-bonne-foi-dans-le-projet-de-reforme-de-droit-des-obligations/>

⁵ Radu STANCU, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, Thèse de doctorat, Ecole doctoral droit, science politique et histoire, Université de Strasbourg, France, 01-09-2015, pp. 94-95.

⁶ " Il reste que l'article 1104 est enrichi par rapport à la version antérieure, et pas seulement par l'adjonction d'un « devoir être » de bonne foi ..., par l'extension de l'exigence de bonne foi à la période de la négociation et de la formation du contrat, relayé d'ailleurs par l'article 1112 (principe de bonne foi dans la négociation des contrats) et 1112-1 (obligation précontractuelle d'information), voire les règles nouvelles relatives au contenu du contrat ou à l'imprévision). Dès lors, le principe de bonne foi est a priori complet, en ce qu'il s'impose, positivement, aux trois stades de la négociation, de la formation ou de l'exécution du contrat, en ce sens que le juge peut ajouter des exigences non envisagées par les parties, négativement, par la possibilité laissée au juge de supprimer certaines clauses ou de modifier le contrat en cas de changement de circonstances économiques. Curieusement, cependant, l'article 1104 ne s'étend pas formellement au stade de la rupture du contrat, alors pourtant que les thèmes de la rupture brutale ou abusive d'un contrat forment l'essentiel du contentieux contractuel." Daniel MAINGUY (Et d'autres), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016), Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, France, 2016, pp. 40-41.

⁷ "Comme le note un auteur..., face à l'édiction d'un principe directeur de bonne foi, certains craindront une judiciarisation du contrat, source d'insécurité juridique tandis que d'autres, au contraire, remarqueront que cette obligation, prégnante en droit contractuel, n'a pas provoqué le tsunami

لتقرير سلطة موسعة للقاضي لتعديل العقد بدواعي تحقيق العدالة وتفعيل حسن النية بين المتعاقدين، إلا أن ذلك مردودٌ عليه "بحسن الثقة في القضاة" وبأنه من الممكن تحديد نطاق تطبيق المبدأ بدقة، بل وجعله مبدأ من المبادئ التوجيهية للعقود.

وأسوة بتوسيع نطاق تطبيق المبدأ في القانون الفرنسي دعا البعض¹ "لتعميم هذا المبدأ على جميع مراحل العقد" في القانون المدني الجزائري، كما تم اقتراح² "تعديل" نص المادة 107 منه لتشمل مرحلتها التفاوض على العقد وتنفيذه.

ومن ناحية أخرى فقد لاحظ البعض³ الأهمية المتزايدة التي يحظى بها مبدأ حسن النية في مجال القانون الإداري، وعلى الرغم من ذلك ففي فرنسا لاحظ البعض الآخر⁴ بأنه "لا يوجد نص تشريعي ينص صراحة على التزام حسن النية في القانون الإداري الفرنسي، وأن تطبيق المبدأ يستند أساساً على القانون المدني".

أما في مصر، فقد نصت المادة 43 من قانون تعاقدات الجهات العامة على أن: "يكون تنفيذ العقود طبقاً لما اشتملت عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وفي الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية." وفي الجزائر نص قانون الصفقات العمومية في المادة 124 منه على أن "تحرص المصلحة المتعاقدة على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.... على أن تحدد هذه الضمانات حسب الحالة في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استناداً إلى الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها".

وعلى الرغم من خلو التشريعين الفرنسي والجزائري المشار إليهما من النص الصريح على مبدأ حسن النية، إلا أنهما يتفقان - مع التشريع المصري - في تقرير مستلزمات المبدأ بل وفي العناية الشديدة به في كافة مراحل إبرام وتنفيذ العقد الإداري، خاصة وأن طريقة إبرام العقود الإدارية تتم عادة بشكل

=contractuel attendu par les opposants à la bonne foi. L'appréciation de ce principe directeur dépend de sa propre conception du contrat, de la bonne foi, de la confiance accordée aux juges. Pour notre part, nous ne craignons pas l'intégration d'un principe directeur de bonne foi dans le paysage juridique dès lors que sa formulation est la plus objective possible." Marine GOUBINAT, Les principes directeurs du droit des contrats, Thèse de doctorat, UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES, France, 03-02-2016, p. 130.

¹ محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قلمة، العدد 26، جوان 2019، ص. 312.

² بإعادة صياغتها على النحو التالي: "يجب على أطراف العلاقة العقدية مراعاة مبدأ حسن النية (في) مرحلة التفاوض على العقد وفي مرحلة التنفيذ". فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص. 415.

³ Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, op.cit., p. 11.

⁴ "Pour autant, il n'existe pas de texte législatif consacrant explicitement l'obligation de bonne foi en droit administratif français. Aussi est-elle essentiellement le fait du droit prétorien...". François CABBAGNOLA, Bonne foi et loyauté en droit des contrats, (date de publication septembre 2016), Disponible sur le site : (28-02-2020 À l'heure 18:00)

<https://www.village-justice.com/articles/Bonne-foi-loyaute-droit-des-contrats,23007.html>

متسلسل وبإجراءات متتابعة تختلف لحد بعيد مع ما هو مألوف بالنسبة لعقود القانون الخاص، التي يلجأ فيها الأطراف للتفاوض الحر. لذلك حرصت هذه التشريعات على تقييد الإدارة المتعاقدة بمبادئ الشفافية والمساواة بين المتنافسين، كما ألزمت المتعاقد بالتصريح بنزاهته وبمحسن سمعته وباستعداده لتنفيذ العقد وفقاً للصورة المطلوبة، مع التزامه بتقديم الضمانات الكافية لتحقيق هذه الغاية. وقد اعتبر الفقه الإداري¹ كما هو الحال بالنسبة للفقه المدني بأن تنفيذ العقود بمحسن نية يعد "مبدأ عاماً من مبادئ قانون العقود" مدنية كانت أو إدارية. ويثور التساؤل: عن موقف القضاء من النص على تطبيق حسن النية عند تنفيذ العقد في التشريعين المدنيين المصري والجزائري، ومدى تطبيقه على كافة مراحل التفاوض والإبرام والتنفيذ في القانون المدني الفرنسي الحالي؟ وما مدى تأثير العقود الإدارية بذلك؟

ثانياً: تطبيق القضاء المدني لمبدأ حسن النية

بعد تعديل القانون المدني سنة 2016 اتجهت محكمة النقض للنص صراحة على التقييد بمبدأ حسن النية قبل وبعد التعاقد، فقد قضت في قرارها المؤرخ في 27-03-2019 "بضرورة التقييد-منذ مرحلة ما قبل التعاقد-بمبدأ حسن النية عند اختيار الشريك المتعاقد"². كما أكدت ذات المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 04-10-2018³ بأن تطبيق المادة 1104 من القانون المدني (التي توجب أن يتم

¹ "Le cocontractant doit exécuter ses obligations « de bonne f o i ». Le principe de la bonne foi, inscrit dans l'article 1134 du Code civil, constitue naturellement un de ces principes généraux du droit contractuel qui s'applique aux contrats administratifs comme aux contrats civils. Plus particulièrement le cocontractant doit exécuter le contrat en personne et dans les délais convenus." André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, op.cit., p. 8.

² "... le "concedant" est tenu, dès la phase précontractuelle, de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant et en déduit que le titulaire du réseau doit sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire ...". Arrêt n° 324 du 27 mars 2019 (17-22.083) - Cour de cassation - Chambre commerciale, financière et économique - ECLI : FR : CCASS : 2019 :CO00324. Disponible sur le site : (6-03-2020 À l'heure 17:00)

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/chambre_commerciale_financiere_economique_3172/2019_9124/mars_9190/324_27_42002.html

³ "...AUX MOTIFS QUE l'article 1104 du code civil dispose que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public » ; que Mme X... a bien demandé un devis à M. Y..., que ce dernier s'est rendu sur place et lui en a envoyé un pour un montant de 682 € ; que le montant de 682 € pour la démolition d'un pilier existant, l'évacuation des déchets et la construction d'un nouveau poteau entièrement ferrailé est un prix tout à fait conforme aux pratiques locales ; que Mme X... affirme avoir demandé d'autres devis à différents professionnels locaux qui se sont avérés tous moins chers mais qu'elle n'en justifie pas dans ses conclusions ; que pendant la durée des travaux (trois jours), Mme X... aurait pu s'opposer aux travaux n'habitant pas très loin du lieu de leur réalisation ; qu'elle utilise ledit poteau et fait fixer un portail dessus, qu'elle refuse de payer quoique ce soit se fondant sur des dispositions réglementaires du code de la consommation certes exactes, mais de valeur inférieure à celles de l'article 1104 du code civil et inadaptées dans le cas d'espèce elle a fait preuve de mauvaise foi dans le négociation, la formation et l'exécution du contrat avec M. Y... ; qu'au vu de ce qui précède, le tribunal condamnera Mme X... à verser la somme de 682 € à M. Y... et la débouter de ses demandes ; ALORS, D'UNE PART, QUE le contrat suppose l'existence d'un accord de volontés ; qu'en considérant que Mme X..., qui soutenait ne pas avoir donné son consentement pour la réalisation des travaux de démolition et de reconstruction d'un pilier, devait néanmoins exécuter le contrat de prestation de services

التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية) لا يمكن تطبيقه على العقود التي تم إبرامها قبل نفاذ هذا النص (أي قبل 01-10-2016) وأن تلك العقود تبقى خاضعة لنص الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني قبل التعديل. وما يفهم من هذا القرار هو معرفة حدود الرقابة التي يمارسها القاضي لمعرفة مدى توافر حسن النية قبل إبرام العقد، إذ تكون استنتاجاته بهذا الصدد متوقفة على الوقت الذي تم فيه إبرام العقد، وبالتالي معرفة النص الذي يحكم النزاع.

وحيث يتيح النص الجديد "1104" بسط القاضي رقابته وتأكده من مدى توافر حسن النية في كافة مراحل التفاوض والابرام والتنفيذ، فإن النص القديم "1134-03" يقيده بألا يتوسع في استنتاج مدى توافر حسن النية إلا في مرحلة تنفيذ العقد¹. وقبل تعديل 2016 اتجهت محكمة النقض الفرنسية للتركيز على أعمال حسن النية عند تنفيذ العقد، فقد قضت-مثلا- في قرارها الصادر بتاريخ 24-11-1998 بالزام الطرفين بإعمال حسن النية وإعادة التفاوض لاختلال التزامات الأطراف الناتج عن تغير الظروف².

أما في مصر فقد قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 17-01-2012 بما يلي:
"المقصود بحسن النية وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية. وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقدّم الدليل على العكس. ولئن كان لقاضي الموضوع مطلق السلطة في

=exécuté par M. Y..., au seul motif que « pendant la durée des travaux (3 jours), Mme X... aurait pu s'opposer aux travaux n'habitant pas très loin du lieu de leur réalisation » (jugement attaqué, p. 3, 7ème attendu), la juridiction de proximité, qui n'a pas caractérisé l'existence d'un consentement clairement et effectivement exprimé par Mme X... en vue de la réalisation des travaux litigieux, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 ancien du code civil, applicable en l'espèce ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE les obligations des parties s'apprécient au jour de leur engagement ; qu'en considérant que devaient prévaloir en l'espèce les dispositions de l'article 1104 nouveau du code civil, relatives à la bonne foi dans la formation du contrat, cependant que ce texte, entré en vigueur le 1er octobre 2016, ne pouvait régir les rapports des parties puisque M. Y... a émis sa facture le 8 juin 2016 (jugement attaqué, p. 2, alinéa 5), la juridiction de proximité a violé le texte susvisé par fausse application ALORS, ENFIN, QU'en tout état de cause, en affirmant que Mme X... avait « fait preuve de mauvaise foi dans la négociation, la formation et l'exécution du contrat avec M. Y... » (jugement attaqué, p. 3, 8ème attendu), au seul motif que « pendant la durée des travaux (3 jours), Mme X... aurait pu s'opposer aux travaux n'habitant pas très loin du lieu de leur réalisation » (jugement attaqué, p. 3, 7ème attendu), la juridiction de proximité n'a pas caractérisé, par ce motif d'où il ne ressort pas que Mme X... avait effectivement eu connaissance des travaux en cours, la mauvaise foi de celle-ci ; qu'en statuant comme il l'a fait, la juridiction de proximité a donc privé sa décision de base légale au regard de l'article 1104 nouveau du code civil, à le supposer applicable en l'espèce...". Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 4 octobre 2018, 17-24.287, Inédit . Disponible sur le site : (6-03-2020 À l'heure 18:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037495472&fastReqId=1231769821&fastPos=1>

¹ وهذا ما نفهمه من هذا القرار، وذلك في ظل استمرار البحث عن أي تعليق أو تحليل فقهي أو قضائي مرتبط به.

² Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 novembre 1998, 96-18.357, Publié au bulletin, Disponible sur le site : (28-05-2020 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040987&fastReqId=565834113&fastPos=1>

استخلاص النية من نصوص العقد ومن الظروف الملازمة لتحريره، إلا أن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقتها للتعريف القانوني لسوء النية إذ يعتبر ذلك من مسائل القانون التي تخضع لرقابة هذه المحكمة¹.

والظاهر من هذا الحكم إيلاء الاعتبار "لملابسات تحرير العقد"، وفيه إشارة إلى سلطة القاضي في تقدير ظروف التعاقد لاستخلاص حسن النية. على الرغم من نص المادة 3/148 على "تنفيذ العقد بحسن نية...". وقضت ذات المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 08-04-2008 بأن: "المقرر أن مفهوم حسن النية في عقد التأمين البحري معنى خاص إذ يجب تنفيذه بما يتفق وأكثر درجات حسن النية، بما مؤداه وجوب أن يلتزم المؤمن له بالامتناع عن كل ما من شأنه زيادة المخاطر المؤمن منها وأن يخطر المؤمن بما يجدر من وقائع أثناء تنفيذ العقد وأن يتخذ كل التدابير المناسبة لمنع تحقق الخطر أو الحد من آثاره عند تحققه"².

وفي الجزائر فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19-01-2017 بأنه يجوز للقاضي في الديون المدنية أن يمنح المدين السيئ الحظ والحسن النية أجلا مناسباً مراعاة في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه³. وبصدد تحديد بعض حالات عدم توافر حسن النية (بصفة عامة)، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10-03-2011 بأن المستمر في اقامة المنشأة في ملك الغير، لا يعتبر حسن النية إذا خالف الأمر بتوقيف الأشغال الصادر عن الجهات المختصة واستمر في عملية البناء⁴.

والملاحظ مما سبق، أن نصوص القانون المدني وإن كانت تنص على تنفيذ العقود بحسن نية، إلا أن ذلك لا يعني عدم اتساع سلطة القاضي لتقدير مدى توافر حسن النية في المراحل السابقة على التنفيذ، خاصة في بعض العقود كعقود التأمين وعقود الاستهلاك، حيث يأخذ فيها مبدأ حسن النية

¹ محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 18075، لسنة 80 قضائية، بتاريخ 17 يناير 2012، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض، مصر (تاريخ الاطلاع 28-5-2020 الساعة 20:00)
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111293358&ja=108445

² محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 10761، لسنة 59 قضائية، بتاريخ 08 أبريل 2008، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض، مصر (تاريخ الاطلاع 28-5-2020 الساعة 20:00)
<https://www.cc.gov.eg/i/H/111233184.pdf>

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 1092413، مؤرخ في 19-01-2017، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2017، ص. 35.

⁴ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 643997، مؤرخ في 10-03-2011، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2011، ص. 141-145.

حيزاً إضافياً، ويكون له دور ملموس في تكوين إرادة المتعاقد وتبصيره بطبيعة الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد¹.

ثالثاً: تطبيق القضاء الإداري لمبدأ حسن النية في العقود قبل وبعد الإبرام

لقد أولى القضاء الإداري الفرنسي اهتمامه بمبدأ حسن النية عند رقابته لمنازعات العقود الإدارية سواء المتعلقة بإبرامها أو المتعلقة بتنفيذها. ف قضى مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 11-09-2011 بأن "تصحيح بعض الأرقام الواردة خطأ في عرض المتقدم والذي لا يتعارض ومقتضيات المنافسة بين المترشحين يكون مقبولاً عملاً لحسن النية"². كما قضى ذات المجلس في قراره المؤرخ في 28-09-2017 بأن التراخي غير المبرر في التنفيذ يتنافى ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية³.

كما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 30-04-1957 ما يلي⁴:
"إن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية...".

¹ "...ويتحدد محل عقد التأمين انطلاقاً من إرادة الطرفين المتعاقدين كقاعدة عامة وهذا تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يسمح لهما بتحديد مدى الضمان ونطاقه، إلا أن المؤمن له يعتبر الطرف الضعيف في العقد إذ يجهل غالباً أصول التأمين وتقنياته، لذلك يساهم تبصيره ببنود وشروط التعاقد في تنوير رضاه... ولأن استغلال جهل المتعامل الآخر ببعض الظروف ودفعه إلى التعاقد يتنافى وواجب قيام العلاقة التعاقدية وفقاً لمبدأ حسن النية". لقمان بومزير، الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، العدد 46، 2016، ص.488.

² Conseil d'Etat, 21 septembre 2011, n° 349149, Département des Hauts-de-Seine - Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (11-06-2020 À l'heure 06:00)
<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-349149->

³ "Ce retard est ainsi entièrement imputable aux sociétés requérantes sur lesquelles pesait l'obligation d'exécuter de bonne foi l'engagement qu'elles avaient pris.". Conseil d'État, 28 septembre 2017, Société Altice Luxembourg Société SFR Group. Disponible sur le site : (11-06-2020 À l'heure 18:00)
https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisionsimportantes/_conseil-d-etat-28-septembre-2017-societe-altice-luxembourg-societe-sfr-group

⁴ "إن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، فإذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات في التركيب، وأن الشوائب العالقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال، فلم يكن ثمة ما يحول -تطبيقاً لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية- دون قبول هذه الكميات الموردة"⁴. وقررت ذات المحكمة بأنه "إذا كان الثابت أن شروط = المناقصة لم تتضمن تحديد مواصفات للبويات (نوع من الدهانات) المطلوبة وإنما تم التعاقد بين الشركة المدعية والقوات البحرية على أن يكون توريد البويات اللازمة لطلاء قاع اللنشات (القوارب) على أساس العينة التي قدمتها الشركة وقبلتها القوات البحرية، فهو من قبيل البيوع بالعينة التي نظمها المادة 420 من القانون المدني، وهي تنص على ما يأتي: "1" إذا

ومن مستلزمات حسن النية، قبل إبرام العقد، هو الشفافية والعدالة في معاملة المتنافسين¹، مع الإشارة إلى أن ذات المحكمة تميل إلى ممارسة رقابة مشددة على الحالات التي قد تعتمد فيها الجهة الإدارية "بسوء نية" إلى استبعاد المتنافسين بناء على أسباب أو تهمة مفتعلة، أو غير كافية لاتخاذ مثل هذا القرار².

= كان البيع بالعينة وجب أن يكون البيع مطابقاً لها "2" إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد الآخر بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق. وليس من شك في انطباق أحكام هذا النص على العقود الإدارية " ذلك لأنها تتفق مع القواعد العامة، كما أنها لا تتعارض مع التنظيم القانوني للعقود الإدارية... وينبغي على ذلك في شأن عقد التوريد محل المنازعة، أنه يجب أن تكون الأصناف الموردة مطابقة للعينة مطابقة تامة من حيث التركيب والمواصفات، فإذا لم تكن كذلك جاز للقوات البحرية رفض الأصناف والزام الشركة بسحبها وتوريد بدل منها أو قبولها مع إنقاص ثمنها إذا كانت قيمة الأصناف الموردة أقل من قيمتها في حالة مطابقتها للعينة... أما إذا كانت العينة المقبولة قد فقدت أو هلكت وهي في يد جهة الإدارة دون أن يكون ذلك بخطأ من الشركة، ادعت هذه الجهة أن التوريد غير مطابق للعينة فإنه يقع عليها في هذه الحالة عبء إثبات ذلك، ويكون الإثبات بجميع الطرق بما في ذلك البينة والقرائن". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في القضية رقم 0951، سنة 09 ق، بتاريخ 27-05-1967، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، مجلس الدولة مصر، 1967، ص. 1100.

¹ وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "متى ثبت أن قرار حظر التعامل مع المورد لم يتم على سبب صحيح واقعاً أو قانوناً فإنه يعتبر قراراً مخالفاً للقانون -تحقق ركن الخطأ في جانب الجهة الإدارية متى ثبت أن المتعاقد قد أصابه ضرر أدبي يتمثل في الإساءة إلى سمعته التجارية نتيجة لوصمه بالغش، كما أصابه ضرر مادي يتمثل في تفويت فرصته في الدخول في المناقصات العامة والتعامل مع الجهات الإدارية وكانت علاقة السببية قائمة بين خطأ الجهة الإدارية وبين الضرر الذي أصاب المتعاقد فإنه يحق له التعويض المناسب". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0436، السنة 22ق، بتاريخ 09-04-1985، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، ج 30، مجلس الدولة مصر، 1985، ص. 925.

² "وقد أفصحت الجهة الإدارية في مذكرتها عن أسباب قرارها المشار إليه، وحاصلها أن المدعى سبق أن قام بتوريد حضانتين وتبين من فحصهما أن وحدة التبريد بهما مستعملتان ومجددتان وأحدهما لا تعطى درجة التبريد المطلوبة، كما تبين عدم صلاحية بعض الأجهزة التي كان يقوم المدعى بتوريدها وارتفاع أسعارها، ولجوء المدعى أحياناً إلى طرق مريبة لسحب أصناف سبق توريدها قبل اتخاذ اجراءات فحصها عندما تتكشف للجهة طالبة التوريد عدم صلاحية تلك الأصناف. وكل ذلك بجانب ضخامة قيمة العمليات التي أسندت إلى المدعى... ومن حيث أن الجهة الإدارية وقد أفصحت عن أسباب قرارها، فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقيق من مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون، وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار، وهذه الرقابة القانونية تجدها في التحقق مما إذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصاً سليماً من أصول تنتجها مادياً وقانوناً، فإذا كانت منتزعة من غير أصول موجودة

ويندرج ضمن مستلزمات حسن النية، تمكين المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ مضمون العقد¹ والملاحظ من مجمل هذه الاجتهادات، أن القضاء الإداري يستخلص مدى توافر حسن النية في كافة مراحل إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، ويشير في ذلك لنصوص القانون المدني. إلا أنه وعلى غرار ما لوحظ بشأن تفسير العقد، فإن البعض² قال بأنه "تم إبطال" مبدأ حسن النية في العقود الإدارية، من خلال السماح-فقها وقضاء-بتمكين الإدارة المتعاقدة من فسخ العقد وتعديله أحادياً وفرض رقابتها وسيطرتها على تنفيذه. إذ يعتقد هذا الرأي بأن اجازة هذه السلطات يتضمن معارضة لمضمون مبدأ حسن النية. وهو رأي جدير بالملاحظة خاصة وأن أغراض المبدأ هو استقرار العلاقة التعاقدية واطمئنان المتعاقدين من أجل أداء الالتزامات المتقابلة في ظل الثقة المتبادلة بينهما.

= أو كان تكييف الوقائع- على فرض وجودها مادياً- لا ينتج النتيجة التي يتطلبها القانون، كان القرار فاقداً لركن السبب ومخالفاً للقانون ... كذلك فإن باقي الأسباب التي ذكرتها الجهة الإدارية تبريراً لرفض طلي المدعى، قد جاءت مجهولة وعامة غير محددة لوقائع معينة، وهي على هذا النحو لا تصلح سبباً للقرار المطعون، إذ لا يمكن أن يستخلص منها أن المدعى دأب على الغش في معاملاته، مما يفقده حسن السمعة الواجب توافرها فيمن تتعاقد معه الإدارة، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه غير قائم على سبب يبرره ومخالفاً للقانون، وإذا ذهب الحكم المطعون فيه غير هذا المذهب يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله ويتعين الحكم بإلغائه، والقضاء بإلغاء القرار المطعون فيه والزام الجهة الإدارية المصروفات" حكم المحكمة الإدارية العليا، صادر بتاريخ 26-06-1976 في الطعن رقم 0677، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 19، المكتب الفني، ج 21، مجلس الدولة مصر، 1976، ص. 288.

¹ وبهذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: "... ولا شك أن أخص التزامات الإدارة في عقد مقاوله الأعمال أن تمكن المتعاقد معها من موقع تنفيذ هذه الأعمال بحيث يبسط عليه سيطرته المادية بما يمكنه من البدء في التنفيذ كما يقع عليها أيضاً الالتزام بضمان استمراره بالموقع فلا يعترضه أحد ينزع عنه حيازته أو يحول بينه وبين إتمام الأعمال محل العقد فإن أخلت الإدارة بذلك ولم تمكن المتعاقد معها من موقع العملية لبدء في التنفيذ أو مكنته منه ولم تضمن له الاستمرار فيه كانت مرتكبة لخطأ عقدي يستوجب التزامها بتعويض المتعاقد معها عما يكون قد لحق به من الأضرار نتيجة لخطئها، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبتت جهة الإدارة أن الحادث نشأ عن سبب أجنبي أو عن خطأ الضرور أو خطأ من الغير". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 29932، السنة 59ق، بتاريخ 30-8-2018، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا. (غير منشور).

² "...In the administrative contract law, the defending of the public interest may lead to derogate from the principle of bona fides exigut ut, quod convenit fiat (the good faith requires to fulfil what was agreed). This principle is defeated, in the administrative law by jurisprudential and legal dirigisme which allows of the contracting public authority to alter unilaterally the regulatory part in the administrative contract⁷, and gives it the exclusive right to control and the right to denounce the contract when the public interest so requires ." Catalin-Silviu SARARU, op.cit, p. 153.

وهذا فيما يخص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتطبيقاتها والاستثناءات التي ترد عليها في مجال العقود الإدارية. وفيما يلي يتم التطرق لسلطات الإدارة المتعاقدة وحدودها في النظم محل الدراسة.

المبحث الثاني

سلطات الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري

حددت التشريعات محل الدراسة حقوق والتزامات طرفي العقد الإداري، وقد جمع قانون الطلب العمومي في فرنسا المبادئ الأساسية التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية، وذلك في المادة (L 6)¹ منه؛ وتتمثل في أن تمارس السلطة المتعاقدة رقابتها على تنفيذ العقد، وفقا لنصوص القانون ولما ينص عليه العقد ذاته؛ وأن العقود التي موضوعها أداء خدمة عامة، يجب أن تحترم وتضمن مبادئ استمرارية المرافق العامة؛ وأن وقوع الظروف والأحداث التي لا يمكن التنبؤ بها، والخارجة عن إرادة الطرفين، التي تؤثر على التوازن المالي للعقد، تؤسس لصالح الطرف المستمر في تنفيذ العقد الحق في التعويض؛ كما يحق للسلطة المتعاقدة بإرادتها المنفردة تعديل، أو إنهاء العقد، وفقا لما ينص عليه القانون، وتحقيقا للمصلحة العامة، ويحق للمتعاقد الحصول على التعويض عن ذلك، مع الإشارة إلى أن تنفيذ هذه المبادئ يختلف من عقد لآخر².

أما في مصر، فقد نصت المادة 43 من قانون تعاقدات الجهات العامة على أن: "يكون تنفيذ العقود طبقا لما اشتملت عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وفي الحدود ووفقا للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية".

وفي الجزائر نص قانون الصفقات العمومية في المادة 124 منه على أن "تحرص المصلحة المتعاقدة على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة... على أن تحدد هذه الضمانات حسب الحالة في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استنادا إلى الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها". والظاهر من هذه النصوص، أن تنفيذ العقد يكون على ضوء البنود المتفق عليها من جهة، وعلى ضوء القوانين المنظمة لتعاقدات الهيئات العامة، والمنظمة لسير المرافق العامة،

¹ المادة (L 6) من قانون الطلب العموميسابق الإشارة إليه.

² " ... Parmi les éléments de la théorie générale consacrés à l'article L. 6, le pouvoir de contrôle est probablement le mieux préservé. Pour autant, le pouvoir de contrôle tel qu'il est reconnu ne concerne pas l'ensemble des contrats soumis au Code. Celui-ci ne s'exerce en effet que « selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat »... Or, comme cela a été relevé, il n'y a que pour les marchés de partenariat et les contrats de concession que le Code impose une forme de contrôle... La reconnaissance de ce pouvoir est ainsi « relativisée par (la) référence aux conditions fixées par les textes ou le contrat, sans toutefois que cette référence au contrat signifie que la personne publique puisse y renoncer »... Pour autant, le Code de la commande publique ne crée pas d'obstacles particuliers à l'exercice du pouvoir de contrôle...". Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, op.cit., p. 64.

من جهة أخرى. وعلى هذا الأساس تم اعتبار جانب هام من العقود الإدارية، كعقود الامتياز، أنها ذات طبيعة مزدوجة. كما أن بعض السلطات المقررة لصالح الإدارة، تعد من أهم النقاط التي تميز تنفيذ العقد الإداري عن تنفيذ نظيره المدني.

ويذكر فقهاء القانون الإداري¹ بأن من أهم مميزات العقود الإدارية عن العقود المدنية، هو استثثار الإدارة المتعاقدة ببعض السلطات تجاه المتعاقد معها، كسلطتها في تعديل العقد انفرادياً، وسلطتها في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته، وسلطتها في الرقابة والإشراف وتوجيه المتعاقد عند تنفيذ العقد. على أنه من الملاحظ أن تمتع الإدارة بهذه السلطات يتفاوت من عقد لآخر، فمثلاً سلطة التعديل الانفرادي "تبلغ مداها" في عقود الامتياز، حيث يكون المتعاقد مع الإدارة بمثابة النائب عنها في تسيير المرفق، ومن هنا "لا خلاف بين الفقه والقضاء على ضرورة إخضاع الملتزم لأكثر المرفق العام، فيكثر اللجوء إلى حلول الإدارة محل المتعاقد معها في عقد الأشغال العامة، واللجوء للشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد². ويؤكد الجانب الغالب من فقهاء القانون العام³ بأن هذه السلطات "لا نظير لها في عقود القانون الخاص".

وعليه يتم التطرق لسلطات الإدارة المتعاقدة وللأسس القانونية التي يتم على أساسها الاعتراف لها بهذه السلطات، مع ذكر بعض مواقف وآراء فقهاء القانون الخاص بصددها. وهي حق الرقابة والتوجيه عند تنفيذ العقد (المطلب الأول)، وسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة الرقابة والتوجيه عند تنفيذ العقد

من المقرر أن المتعاقد يخضع عند أداء التزاماته لرقابة المتعاقد الآخر، على أن مدى هذه الرقابة وطبيعتها تختلف باختلاف العقد، ومن أجل التمييز بين سلطة الإدارة في رقابة وتوجيه المتعاقد في العقود الإدارية وبين بحق الرقابة على تنفيذ الالتزام في العقود المدنية، يتم التطرق أولاً للتعريف بسلطة الرقابة والتوجيه (الفرع الأول)، ثم لتنظيم ممارستها (الفرع الثاني)، ثم لرقابة القضاء الإداري عليها (الفرع الثالث).

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 401.

² نفس المرجع، ص. 506-512.

³ نفس المرجع، ص. 340؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 46.

الفرع الأول

تعريف سلطة الرقابة والتوجيه

ويقصد بها "حق الإدارة بمراقبة تنفيذ العقد للتأكد من مدى مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها بين الطرفين"¹، إلا أنه "ليس للإدارة أن تبالغ -تحت ستار الرقابة والتوجيه- إلى حد تغيير موضوع العقد أو الاعتداء على حقوق المتعاقد الآخر"²، وغالبا "ما يُعترف للإدارة بهذه السلطة في العقد نفسه، ولكن حتى في حال عدم وجود بند صريح فإن الإدارة تستطيع توجيه تعليمات للمتعاقد، إن هذه السلطة التي كان معترفا بها في القانون الإداري التقليدي، توجد أيضا ومن باب أولى، في الجزائر حيث تعترف الدولة لنفسها بسلطة تدخل أقوى بكثير، باعتبارها مسؤولة عن التخطيط...وجهة أساسية في تنظيم النشاطات الاقتصادية والاجتماعية"³.

وفي المقابل، يقول البعض⁴ بأنه "لا يوجد خلاف حاليا فيما يتعلق بهذا الحق بين العقد الإداري وبين العقد المدني، فالفقه المدني يسلم به تطبيقا لفكرة مستلزمات العقد". وقد ذكر الأستاذ حلمي بهجت بدوي⁵ بأنه: "على المدين أن يخضع لرقابة الدائن عند تنفيذ الالتزام". كما ذكر الأستاذ René DEMOGUE⁶ بأنه على المدين أن يضع نفسه تحت رقابة الدائن بالقدر الضروري لحسن تنفيذ العقد وأداء الالتزامات على النحو الصحيح. وتطبيقا لذلك فقد ذكر البعض⁷ قرارات قضائية "فرنسية"

¹ علي محمد بدير، عصام عبد الوهاب البزرنجي، مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة مصر، 2011، ص. 499.

² ماجد راغب الحلوي، المرجع السابق، ص. 591.

³ أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 378-379.

⁴ عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص. 419.

⁵ حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 395.

⁶ "Une obligation générale du débiteur est de se prêter à un contrôle du créancier dans la mesure où cela est nécessaire pour fixer l'étendue des obligations ou s'assurer de leur bonne exécution. Mais ce principe est limité par l'idée qu'il ne faut pas établir un contrôle qui gêne trop gravement le débiteur ou soit une atteinte excessive au secret de ses affaires. Sous réserve des mesures de contrôle que le contrat peut établir...". René DEMOGUE, op.cit., p. 35.

⁷ " .. فإذا كان عقد بيع البنجر يحدد السعر وفقا لكمية السكر في البنجر فللبائع (الدائن بالثمن)، أن يطلب حضوره أو حضور ممثل له عند تحليل البنجر لمعرفة كمية السكر التي يحتويها، وللموصي في شركة التوصية أن يفحص حسابات الشركة للاطلاع على مقدار أرباح الشركة، وفي عقود التأمين ضد إصابات العمل التي يحدد فيها قسط التأمين بنسبة مجموع أجور العمال، لشركة التأمين أن تفحص حسابات المؤمن للتأكد من صحة تقريره عن أجور العمال ولولم يقض عقد التأمين لها بهذا الحق... ولمن يطلب من شركة النور توصيل النور إلى منزله أن يطلب قيام الشركة بهذا العمل تحت إشراف مهندس من قبله...". حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 395-396.

طبقت حق الدائن في الرقابة على تنفيذ التزامات المدين¹.

ومما سبق، يظهر أنه بالفعل هناك تقاربٌ بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص بالنسبة لحق المتعاقد في مراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد الآخر، على الأقل في جانب مهم من نوعي العقود، ولكن ينبغي ملاحظة الفرق بين حق الرقابة وحق التوجيه والإشراف؛ وفي ذلك يفرق الأستاذ سليمان الطماوي بين حق الرقابة بالمعنى الضيق وهو "التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، ووفقاً لهذا المعنى الضيق (stricto sensu) يكون حق الرقابة مرادفاً لمعنى الإشراف (control)، ولا جدال في هذا الحق الذي نجد مرادفاً له حتى في عقود القانون الخاص...ولكن حق الرقابة يتجاوز المعنى الضيق السابق، ويسمح للإدارة أن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، في حالة ما إذا استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع (Le choix des modalités d'exécution)، وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد، ... ومن ذلك مثلاً أن تتدخل الإدارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعهد، وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه المتعاقد (pouvoir de direction)"².

ومنه يتبين أن معنى الرقابة الضيق "وهو حق الطرف في مراقبة تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية" وهو معترف به في العقود المدنية والإدارية على حد سواء-على الأقل وفقاً للآراء السابقة-يختلف عن معنى الرقابة الذي يتضمن أيضاً انصياع المتعاقد للتعليمات التي يتلقاها حول طريقة تنفيذ التزاماته...والتي تشمل توجيه لطريقة معينة...".

والرقابة بمعناها الضيق تشمل أعمال مادية كزيارة مواقع العمل والاطلاع على الوثائق... وأعمال قانونية كتلقي الشكاوى مثلاً. أما الرقابة بمعناها الموسع المذكور أنفاً (حق الرقابة والتوجيه) فلا تشمل إلا الأعمال أو التصرفات القانونية كإصدار التعليمات والقرارات والتوجيهات للمتعاقد...³، وهذا المعنى الموسع للرقابة والتوجيه لا نكاد نجده إلا كحق تستأثر به الإدارة المتعاقدة عند تنفيذها لعقودها الإدارية، وإن رأى البعض "بأنه حق محدود" في ظل تطور الأساليب المختلفة لإبرام وتنفيذ هذه العقود⁴.

¹ وهي ذات الحالات التي ذكرها الأستاذ René DEMOGUE، في مؤلفه المذكور، الفقرة رقم 27، ص. 35.

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 433.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007، ص. 255-256.

⁴ "احتفظ المشرع للإدارة بحق الرقابة والإشراف المحدود... وعلى الرغم من اجتياح أفكار العولمة الثقافية القانونية تحتفظ لنفسها بدور رب العمل والمنظم والمشرع بقدر محدود...". محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص. 352.

كما يمكن القول بأن فقهاء القانون الإداري قد أقرُّوا بالمبدأ ذاته المقرر في عقود القانون الخاص وهو "حق المتعاقد في اختيار طريقة تنفيذ التزاماته التعاقدية"، وما تقرير حق الرقابة الذي يختلف باختلاف طبيعة العقد كما هو مقرر في الفقه المدني-أو حق الرقابة والتوجيه كما هو معروف في العقود الإدارية، إلا لهدف ضمان سير المرفق العام وتنفيذ العقد وفقا لتلك المقتضيات. كما عبر عن ذلك الأستاذ André de LAUBADERE¹.

الفرع الثاني

التنظيم القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه

عادة ما تنص القوانين والنظم واللوائح الإدارية-وكنتيجة لذلك العقود-على سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة على تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد وفق لطريقة وإجراءات التنفيذ التي تراها ملائمة²، وفي حال خلو تلك القوانين أو النظم والعقود من تحديدها فلا يثور إشكال في تقرير سلطة الرقابة بمعناها الضيق كما ذكر سابقا، ولكن يثور التساؤل حول مدى تمتعها بسلطة التوجيه والإشراف عند عدم النص عليها في القوانين وفي العقد محل التنفيذ؟

إجابة على ذلك يرى البعض³ بأن "خلو العقد الإداري من نص يعطي للإدارة حقا في الرقابة على تنفيذه لا يحرم الإدارة من هذا الحق، فهو حقٌ أصيل مقررٌ لها كسلطة عامة تستمد من المبادئ العامة للقانون الإداري وليس من نصوص العقد، ويقتصر دور النص إذا ووجد على الكشف عن حق الإدارة في استعمال هذا الحق وتنظيمه وبيان وسائل وشروط مباشرة الإدارة له". كما يرى بعض الفقهاء⁴

¹ "Exercice de plein droit l'administration a le droit de surveiller et contrôler l'exécution du contrat. Elle dispose aussi d'un certain pouvoir de direction de cette exécution. Mais ce pouvoir est variable selon les catégories de contrats. En principe, le cocontractant a le choix des moyens d'exécution de ses obligations. Mai dans certains contrats il doit se plier aux directives des agents de l'administration ; il en est spécialement ainsi dans le marché de travaux publics, dans lequel l'entrepreneur est tenu d'exécuter les ordres de service que lui donne l'administration en sa qualité de "maitre de l'ouvrage...". André de LAUBADERE, Traité de droit administratif, T1, 2^{em} partie, 16^{em} édition, L.G.D.G, Paris, France, 2002. p. 699.

² فقد نصت المادة 105 من اللائحة التنفيذية لقانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على أن: " يلتزم المقاول بتنفيذ محل العقد في الميعاد، أو المواعيد المحددة بأمر التوريد، أو الاسناد، وعليه اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسؤولا عن حفظ النظام العام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل، أو يرفض تنفيذ التعليمات، أو يحاول الغش، أو يخالف ذلك...". كما نصت المادة 106 من ذات اللائحة على أنه لا يجوز للمقاول نقل أو التصرف في كل أي من المعدات والأدوات التي استحضرت لمنطقة العمل دون اذن من الجهة الإدارية إلى غاية التسليم المؤقت لموقع العمل... وفي الجزائر، نص قانون الصفقات العمومية في المادتين 126 و129 على أنه "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها...".

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 258.

⁴ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 435-436.

بأن العبرة في حال خلو القوانين والنظم والعقد من النص على حق الرقابة والتوجيه، هي بمدى صلة العقد بالمرفق العام، ففي عقود الامتياز تصل سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه مداها، أما في عقود التوريد مثلاً تتقلص فيها تلك السلطة، إذ يبقى الأصل أنه من حق المورد تنفيذ العقد بما لا يخالف البنود المتفق عليها فيه.

الفرع الثالث

رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

تطابقت مواقف مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر "في مجال تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عقد التوريد الإداري على المتعهدين عند القول بأنه إذا قام المتعهد بتوريد ما التزم به قبّل جهات الإدارة فإن على هذه الأخيرة أن تفصح عن قبولها للمواد الموردة، ويكون ذلك عن طريق موظف أو لجنة خاصة تقرر ما إذا كانت الأصناف مطابقة تماماً للمواصفات المشروطة في العقد. فإذا جاءت المواد مخالفة تعين على جهة الإدارة الا تتردد لحظة في رفضها... ليستبدلها بأخرى مطابقة للمواصفات المشروطة في المدة المقررة أو في تلك التي تقررها لجنة الفحص..."¹.

أما في الجزائر، فقد قرر مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 20-1-2004² بأنه "لا تسديد مبلغ الأشغال مؤسسة لم تقدم الدليل المثبت أداء الخدمة، ويتمثل هذا الدليل في محضر استلام الأشغال أو في فاتورة مؤشر عليها قانوناً، من طرف الإدارة المستفيدة من الخدمات". ويعتبر محضر استلام الأشغال الوثيقة الرسمية التي تعبر عن قبول الإدارة لاستلام الأشغال بدون تحفظ عند مطابقتها للمواصفات، وبتحفظ في الحالة العكسية، كما يمكن في حالة عدم المطابقة الكلية إصدار قرار "عدم استلام الأشغال" وتبليغه للمتعاقد³. وفي حالة تعدد الأشغال أو اللوازم أو التعديل في نسبتها، أو التحفظ بشأن مواصفاتها... يجب أن يؤخذ كل ذلك في الحسبان قبل امضاء التسليم النهائي، حيث لا يمكن التعديل في محتوى العقد أو التحجج بعدم مطابقة المواصفات بعد إمضائه⁴. وقد قضى مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 15-4-2003 بأن "الحساب العام والنهائي DGD هو الحساب الختامي الذي يحدد المبلغ النهائي للصفقة، كما أنه يحدد جميع الأشغال المنجزة والتغيرات الطارئة على الأشغال،

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في القضية رقم 97، السنة 2ق، بتاريخ 30-4-1957، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، مجلس الدولة مصر، 1957، ص. 943.

² مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 013401، الفهرس 75، بتاريخ 20-1-2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 7، 2005، ص. 74.

³ وفقاً لأحكام المادة 148 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الإشارة إليه.

⁴ وفقاً لأحكام المادة 4/138 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الإشارة إليه.

ويوضح الرصيد الباقي المستحق لصاحب الصفقة، ويصبح بعد توقيع طرفي العقد عليه سندا نهائياً، منها لجميع المطالبات، بحيث تكون كل الاحتياجات اللاحقة له غير مقبولة".

المطلب الثاني

سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد

من الحقوق المقررة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، سلطة توقيعها للجزاء على المتعاقد معها، وذلك في حال امتنع عن تنفيذ التزاماته، أو تراخى في تنفيذها، أو نفذها على نحو غير مرضي.

وعلى ذلك يتم التعريف بسلطة الإدارة في توقيع الجزاء (الفرع الأول)، ثم التطرق لأهم صور الجزاءات الإدارية على المتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد

كان هذا الحق مقرراً للإدارة ضمن ما يسمى "مبدأ كفاية الجزاءات التعاقدية"، أي أن الجزاءات تمارس وفقاً لما تنص عليه بنود العقد، هذا المبدأ الذي ظل سائداً حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين¹، وتطور بعد ذلك حق الإدارة في توقيع الجزاءات "كحق مقرر للإدارة ولو لم يرد النص عليه صراحةً في العقد"². وقد تكون هذه الجزاءات مالية عندما تفرض بسبب التأخير في التنفيذ، كما قد تكون قهرية أو ضاغطة عندما تحل الإدارة بنفسها أو تختار طرفاً ثالثاً لتنفيذ التزامات المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزاماته، مع تحميله مسؤولية ذلك وبقائه طرفاً في العقد³. بمعنى آخر إنه "وكما أن جهة الإدارة تملك توقيع الجزاءات المالية على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإخلاله بالتزاماته، فإنها تملك إلى جانب ذلك أن ترغم المتعاقد معها على تنفيذ العقد، ويكون ذلك بأن تحل الإدارة نفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذه. وهذا جزء من الجزاءات التي تملك جهة الإدارة ممارستها، فهي وسائل ضغط وإجراءات قهرية يبررها أن العقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك. وغني عن القول إن التجاء الإدارة إلى هذه الإجراءات القهرية لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام

¹ سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن عكنون، 2007-2008، ص 45-51.

² ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 591.

³ Martine LOMBARD, op.cit., p. 246.

جهة الإدارة وتتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته...¹.

وتختلف "الجزاءات المالية في العقود الإدارية عن الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في القانون الخاص في أن الإدارة توقعها على المتعاقد معها دون تدخل من جانب القضاء، وبغير حاجة إلى إثبات ما لحقها من ضرر بسبب الاخلال بشروط العقد"². وهو ما قرره الاجتهادات القضائية المتواترة الصادرة عن القضاء المدني والقضاء الإداري في بعض الدول³.

وعلى غرار بقية سلطات الإدارة المتعاقدة الأخرى، يحاول البعض⁴ تفسير هذه السلطة ضمن دائرة العقد المدني فيقول بأن "الجزاء-وكما يقول الفقه الإداري-إنما هو تعويض عن الاخلال بالالتزام، ولذلك كان من المسلم به بصفة عامة وجوب إعدار الإدارة المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، وأن يكون الجزاء مبررا وأن يكون قدره ملائما لقدر التقصير المنسوب إلى المتعاقد، أي بقدر المخالفة التي وقعت. وتخضع الإدارة لرقابة القضاء الإداري في هتين الناحيتين. وعلى ذلك فليس في هذه السلطة مخالفة للأحكام العامة في العقد. ما دام أنه يجب على الإدارة أن تراعي في توقيع الجزاء أن يكون لقاء مخالفة وقعت، وإنما الأمر هنا مجرد خروج على قواعد التداعي يبرره أن سير المرافق العامة وانتظامها

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1345، السنة 8ق، بتاريخ 01-02-1964، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، ج09، مجلس الدولة مصر، 1964، ص. 541.

² ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 591.

³ ومنها: *قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 20-12-1966، الطعن رقم 119، لسنة 33 ق، المكتب الفني، العدد الرابع، السنة 17، ص. 1962. والذي ورد فيه ما يلي: "يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد الإداري بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها، وأن تستنزل قيمة هذه الغرامة مما يكون مستحقا في ذمتها للمتعاقد. كما يحق لها مصادرة التأمين من تلقاء نفسها دون أن يتوقف ذلك على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بالتزامه. ذلك أن الغرامات ومبالغ التأمين التي ينص عليها في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية...".

* حكم المحكمة الإدارية العليا، صادر بتاريخ 21-09-1960 في الطعن رقم 0061، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية، المكتب الفني، ج05، مجلس الدولة مصر، 1960، ص. 1317. والذي ورد به ما يلي: "إنه ولئن كان من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية، ذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر، وإعدار للطرف المقصر، وصدور حكم به، وللقضاء أن يخفضه إذا ثبت أنه لا يتناسب و الضرر الذي يلحق بالمتعاقد، بينما الحكمة في الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد...".

⁴ عبد الرحمان عياد، المرجع السابق، ص. 419.

يستدعي الالتجاء إلى هذا الإجراء السريع...".

ورداً على هذا الرأي: يمكن القول بداية بأن الفقه والقضاء الإداريين لم يقولوا بأن الجزاء الذي يمكن للإدارة توقيعه على المتعاقد معها ينحصر في كونه "تعويضاً عن الإخلال بالالتزام" فحسب، بل تم اعتباره أيضاً جزاءً أو عقوبة على التقصير في التنفيذ، وتم اعتباره أيضاً وسيلة لإرغام وإجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته كما سيأتي ذكره في الاجتهادات والآراء التي تعرض لاحقاً. وفي حين تغلب بعض الآراء أحد هذه "التكيفات"، يرى البعض الآخر بالقول بها جميعاً¹، وهو رأي يستوعب ويؤلف بين مختلف الآراء الفقهية والاتجاهات القضائية.

كما أن القول "بضرورة إعدار الإدارة للمتعاقد المقصر" قبل توقيع العقوبة ليس إجراء متفق عليه في التشريعات محل الدراسة ولا يعمل به في بعض الحالات (كفسخ العقد المبرم بطرق احتيالية...)، وإضافة على ذلك قد يسمح في حالات كثيرة للإدارة بتوقيع جزاءات غير منصوص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط الملحقة به² (لأنه لا يمكن حصر كل المخالفات والأخطاء مسبقاً وتفصيل العقوبات المناسبة لها على نحو مفصل ودقيق...)، بل قد تعدل العقوبات أو تلغى بعمل السلطة العامة. وهو في الحقيقة ما يوسع الهوة بين الأحكام العامة للعقد والأحكام الخاصة التي تحكم تنفيذ العقد الإداري في بعض جوانبه، ولهذا "فإن الجزاءات في المجال الإداري لا نظير لها في القانون المدني، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الجزاءات المتشابهة في القانونين تخضع لنظام قانوني مختلف"³.

كما أنه من الجدير بالذكر في هذا الصدد ما لاحظته البعض من "إنه ومع المتغيرات التشريعية والقضائية المتعددة في مجال عقود الدولة كأثر للعولمة الثقافية القانونية على العقد الإداري بأنماطه وقواعده ونواميسه التقليدية، فإننا نسجل أنه لم يبق من نظرية العقد الإداري في صورته التقليدية إلا فكرة الجزاءات وهي غرامات التأخير (كجزاء ضاغط) وفي طريقها في المستقبل القريب إلى الكثير من المتغيرات، والفسخ مع مصادرة التأمين أو سحب الأعمال والتنفيذ على الحساب مع مصادرة التأمين بحسبان أنه لا يجوز إعمال كلا الجزاءين معاً. وهذا الجزء المتبقي من نظرية العقد الإداري هو في واقع الأمر الجزء المتبقي من الهوية الثقافية القانونية التي وإن طرأ عليها بعض التعديل إلا أن أصولها ستظل باقية كجزء من الهوية للثقافة القانونية اللاتينية كدولة من دول النظام القانوني اللاتيني..."⁴.

¹ حسام محمد عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضماناتها (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص. 43.

² نفس المرجع، ص. 44.

³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 475.

⁴ محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص. 357.

وما يظهر لنا، هو أن في هذا القول بعض الاضطراب، إذ كيف يمكن القول ببقاء الأصول وثباتها ووجود "بعض التعديل" لاستنتاج ما "تبقى" من نظرية العقد الإداري"، إذ أن عبارة بعض التعديل مع بقاء الأصول يستقيم معها القول ما "طراً أو ما تطور" وليس ما تبقى. كما أن سلطات الإدارة الأخرى كتعديل العقد انفرادياً وفسخه دون خطأ المتعاقد لدواعي المصلحة العامة، وهي خارج دائرة الجزاءات، لازالت نظرية العقود الإدارية تحتفظ بها وإن بشكل متفاوت من عقد لآخر. هذا، وتتعدد الجزاءات التي يمكن للإدارة فرضها على المتعاقد المخالف.

الفرع الثاني

بعض صور الجزاءات التي قد تفرضها الإدارة على المتعاقد معها

تتنوع الجزاءات التي قد تفرضها الإدارة على المتعاقد معها بتنوع المخالفات التي قد يرتكبها الأخير¹، كما يكون لطبيعة العقد ذاته دورٌ في توسيع دائرة العقوبات أو تضييقها. ويمكن القول بأن الجزاءات تشمل المخالفات المرتبطة بعدم تنفيذ إحدى الالتزامات التي يكون مصدرها المباشر العقد "كالتأخير في التنفيذ..."، وتشمل أيضاً المخالفات المتعلقة بشخص المتعاقد وبمشروعية حصوله على العقد المعني "كجرائم الفساد، والاحتيال وتزوير شهادات ووثائق العروض ...".

أولاً: توقيع غرامات التأخير

غرامة التأخير "هي مبلغ من المال يتفق في العقد على أداء المتعاقد له لصالح جهة الإدارة المتعاقدة، جزاء اخلاله بالوفاء بالتزاماته في الميعاد المقرر بنصوص العقد أو في مدته الاضافية التي توافق عليها الإدارة"². كما عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها³ أنها: "لا تعدو أن تكون تعويضاً اتفاقياً جزائياً عما أصاب المرفق العام من ضرر، مرده إخلال المتعاقد بحسن سيره وهو ضرر مفترض يجيز للإدارة جبره بفرض الغرامة متى توافرت شروط استحقاقها". كما أكدت ذات المحكمة⁴ على الغاية من فرض هذه الغرامات بقولها: "الحكمة في الغرامات التي يُنصُّ عليها في العقود الإدارية هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء

¹ محمد جمال مطلق ذنبيات، المرجع السابق، ص. 40.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 284.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1772، السنة 29 ق، بتاريخ 05-02-1985، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، ج30، مجلس الدولة مصر، 1985، ص. 559.

⁴ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0061، السنة 2 ق، بتاريخ 21-09-1960، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، ج05، مجلس الدولة مصر، 1960، ص. 1317.

نفسها دون حاجة إلى صدور حكم بها إذا توافرت شروط استحقاقها بحصول الاخلال من جانب المتعاقد معها...".

1- التنظيم القانوني لعقوبات التأخير

نص قانون الطلب العمومي في فرنسا على أن يتم تحديد شروط تنفيذ العقد وفقا "لدفاتر الشروط الإدارية" التي تطبق على فئات العقود الإدارية، و"دفاتر الشروط التقنية" التي تطبق على الخدمات التي تكون من طبيعة تقنية واحدة¹.

وتظم دفاتر الشروط الإدارية² أحكاما تكاد تكون متطابقة. وبالنسبة لعقوبات التأخير فالغالب أن تنص عليها في المادة 14³. التي تقضي بأن عقوبات التأخير تفرض دون الحاجة لإشعار رسمي مسبق، وتطبق من اليوم الموالي لانتهاؤ الآجال التعاقدية لتنفيذ الخدمات أو الأشغال، مع مراعاة حالات تمديد تلك الآجال أو توقيف احتسابها مؤقتا⁴. وما يلاحظ بهذا الصدد عبارة دون الحاجة لإشعار رسمي مسبق " sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en "

¹ تنص المادة 2-R2112 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Les clauses du marché peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :
°1 Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés °2 ؛ Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés."

² تصدر دفاتر الشروط الإدارية العامة في النظام القانوني الفرنسي بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزراء المعنيين بالقطاع "الأشغال العمومية، الطرق، الري، الصحة..." والوزير المكلف بالمالية. وقد دعت مديرية الشؤون القانونية التابعة لوزارة الاقتصاد والمالية بتاريخ 16-09-2019 إلى مراجعة وتقويم هذه الدفاتر بغرض "تعزيز مبدأ اليقين القانوني عند تنفيذ العقود العامة، وتحسين توازن العلاقات التعاقدية..."، وفي ذلك ينظر:

Laure BÉDIER (Directrice des affaires juridiques des ministères économiques et financiers), Réforme des cahiers des clauses administratives générales – Réunion de lancement des groupes de travail, 16-09-2019. Disponible sur le site : (19-04-2020 À l'heure 1:00)

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/ccagt/presentation_reforme_CCAG_16-09-2019.pdf

³ تكاد تكون دفاتر الشروط الإدارية العامة متطابقة عند تنظيمها للشروط الإدارية لتنفيذ العقد. تنظر القرارات الوزارية التالية على سبيل المثال:

*Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication.

*Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles

*Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels

JORF n°0240 du 16 octobre 2009. Disponible sur le site : (19-04-2020 À l'heure 14:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJO.do?idJO=JORFCONT000021158127>

⁴ المواد: 14، 13، 20 من دفاتر الشروط الإدارية العامة المشار إليها.

"demeure"¹. وهو الأصل، والذي يمكن للمتعاقدين الاتفاق على مخالفته، بحيث يتفقا في العقد على أن يكون توقيع عقوبات التأخير بعد إشعار أو إجراء تتخذه الإدارة. وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 15-11-2012².

وفي مصر تنص المادة 48 من قانون تعاقدات الهيئات العامة على ما يلي: "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعا لسبب خارج عن إرادته. وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ، لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر وفقا للآتي..."³.

¹ تنص المادة 14-1 المذكورة على ما يلي:

"Les pénalités pour retard commencent à courir, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en demeure, le lendemain du jour où le délai contractuel d'exécution des prestations est expiré..."

² "... Considérant qu'aux termes de l'article 20.1 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché de travaux en cause : " En cas de retard dans l'exécution des travaux, (...), il est appliqué, sauf stipulation différente du CCAP, une pénalité journalière de 1/3000ème du montant de l'ensemble du marché ou de la tranche considérée. (...) Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'œuvre " ; qu'il résulte de ces dispositions que, sauf stipulation contraire du cahier des clauses administratives particulières du marché, les pénalités de retard sont dues de plein droit et sans mise en demeure préalable du cocontractant, dès constatation par le maître d'œuvre du dépassement des délais d'exécution ; qu'en l'espèce, le cahier des clauses administratives particulières, qui dérogeait seulement au cahier des clauses administratives générales quant au montant des pénalités, ne prévoyait pas de mise en demeure du cocontractant avant application des pénalités de retard ; que, par suite, la société Tonino n'est pas fondée à soutenir que les pénalités de retard infligées par l'hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue seraient irrégulières, faute de mise en demeure préalable...". Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 15/11/2012, 350867. Disponible sur le site : (22-04-2020 À l'heure 14:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000026636547&fastReqId=1915249623&fastPos=1>

³ تنص المادة 48 من قانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 عند تحديدها لنسب غرامات التأخير على ما يلي: "1...- في مقاولات الأعمال بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (10٪) من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (10٪) من المدة الكلية للعملية، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (15٪) إذا تجاوزت مدة التأخير ذلك . ويجسب مقابل التأخير من قيمة الأعمال المتأخرة فقط إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بما تم تنفيذه بشكل مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم تنفيذه فيكون حساب مقابل التأخير من قيمة ختامي العملية . ويتم تطبيق معادلة تغير الأسعار للكميات التي نفذت خلال المهلة بشرط أن يكون التأخير راجعا لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد، على أن يعدل الجدول الزمني بما يتفق عليه الطرفان إذا تطلب الأمر ذلك وبما يتناسب مع مدة التأخير .

-2- في باقي العقود بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (3٪) من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (10٪) من المدة الكلية للعقد، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (5٪) إذا تجاوزت مدة التأخير ذلك .

أما في الجزائر فقد نصت المادة¹ 147 من قانون الصفقات العمومية على أنه: "يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذه غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به... يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد... وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير...".

كما نصت المادة 84 من نفس القانون على ما يلي: "... وإذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقا للبرنامج الزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط، لخطأ من المتعامل المتعاقد الأجنبي، فإنها يجب أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المحددة في المادة 149 أدناه، بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدد في الإعذار، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية..."².

= ويحسب مقابل التأخير من قيمة الجزء المتأخر فقط إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر لا يمنع الانتفاع بما تم توريده أو تنفيذه بشكل مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم توريده أو تنفيذه فيكون حساب مقابل التأخير من القيمة الإجمالية للعقد. وفي جميع حالات تحصيل مقابل التأخير، يكون الإعفاء منه بقرار من السلطة المختصة إذا تبين أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد، وللسلطة المختصة في غير هذه الحالة إعفاء المتعاقد من مقابل التأخير جزئيا أو كليا إذا لم ينتج عن التأخير ضرر، ويجوز للسلطة المختصة استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ارتأت ذلك. ولا يحل تحصيل مقابل التأخير بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير."

¹ تنص المادة 147 من قانون الصفقات العمومية على أنه: "يمكن أن ينجر على عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذه غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الاخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكور في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.

تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة. يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها. وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة. وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخير، تحرير شهادة إدارية"

² المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 سابق الإشارة إليه.

2- رقابة القضاء الإداري على تطبيق عقوبات التأخير

بسط القضاء الإداري رقابة واسعة على سلطة الإدارة في توقيع غرامات التأخير، خاصة ما يتعلق بمقدار الغرامة مقارنة بالمبلغ الاجمالي للعقد، وللغرض الذي أُبرم من أجله، وظروف ومبررات التأخير¹.

ومن الجدير بالذكر أن أعمال بعض النصوص المدنية كان ظاهرا بشدة عند مراجعة القضاء لمقدار الغرامة. فقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في كثيرٍ من أحكامه على نص المادة 1152 من القانون المدني التي تقضي بأنه عندما ينص العقد على أن الشخص الذي "فشل" في تنفيذ التزاماته يلتزم بدفع تعويض محدد للطرف الآخر، وأن القاضي يجوز له إنقاص أو زيادة مقدار التعويض إذا تبين له أنه كان مفرطا أو ضئيلا بشكل واضح². وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 29-12-2008³.

كما طبق القضاء الجزائري هذا التوجه في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13-12-1968، حيث طبقت الإدارة المتعاقدة عقوبة تأخير قدرها 0.01% من مبلغ العقد عن كل يوم تأخير، إلا أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا خفضت من هذه النسبة، عندما تحققت من أن الإدارة كانت مسؤولة جزئيا عن التأخير في التنفيذ⁴.

¹ محمد جمال مطلق ذنيبات، المرجع السابق، ص. 149.

² أعيد ترقيم المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 2016، وأصبحت المادة 1231-5، وهي تنص على ما يلي:

"Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure."

³ "Considérant par ailleurs qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ; qu'après avoir estimé que le montant des pénalités de retard appliquées par l'office, lesquelles s'élevaient à 147 637 euros, soit 56,2 % du montant global du marché, était manifestement excessif, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en retenant une méthode de calcul fondée sur l'application d'une pénalité unique pour tous les ordres de service émis à la même date, aboutissant à des pénalités d'un montant de 63 264 euros...". Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 29/12/2008, 296930, Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (15-04-2020 À l'heure 16:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000020026364>

⁴ قرار المحكمة العليا مؤرخ في 13-12-1968 قضية سيبي V. ضد الدولة، قرار منشور في المجلة الجزائرية 1969، ص. 1284. مقتبس عن: أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 379.

هذا، وإن ارتفاع نسبة غرامات التأخير مقارنة بمبلغ العقد لا يُفسَّر دائماً على أنه "إفراط" أو مبالغة في توقيعها، فقد أجازت محكمة الاستئناف الإدارية في مدينة باريس في قرارها الصادر بتاريخ 24-06-2019¹ بأن "بلوغ نسبة غرامات التأخير 61% من مبلغ العقد لا يجعلها مُفرطة مقارنة بعدد أيام التأخير وهي 465 يوماً في حين أن المدة المقررة لتنفيذ العقد هي 6 أشهر".

كما ذكّر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 19-07-2017 بأن الغاية من غرامات التأخير في العقود العامة هو التعويض عن الضرر الذي يُحتمل أن يلحق بالإدارة المتعاقدة نتيجة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وأنه لا يحق للأخير الادعاء بأن تقصيره لم يُلحق أي ضرر بالإدارة العامة "المصلحة العامة" للتوصل من دفع غرامات التأخير².

وعلى الرغم من الدور المهم الذي يقوم به القاضي بصدد رقابته لمقدار غرامة التأخير في العقود الإدارية، والتي عادة ما يكون منصوصاً عليها ضمن بنود العقد الذي يتم إعداده مسبقاً من الإدارة المتعاقدة، إلا أن البعض يرى بأنه وفي عقود إدارية أخرى كعقد تفويض الخدمة العامة مثلاً... وهو من العقود التي يسبق إقرار بنودها تفاوض بين الطرفين - خاصة في مسائل كغرامات التأخير - سيقبل دور القاضي الإداري لأن الطرف المتفاوض سيسعى جاهداً لمناقشة مقدار الغرامة وشروط فرضها عليها، والتحسب لذلك مسبقاً³.

¹ "Il résulte de tout ce qui précède qu'en l'absence de démonstration de caractéristiques particulières du marché ou de pratiques sensiblement différentes pour des marchés comparables, le montant des pénalités qui découle des stipulations contractuelles, alors même qu'il représente 61,15 % du montant du marché, ne peut être regardé comme manifestement excessif pour un retard cumulé de 465 jours sur une période de travaux prévue au marché de six mois. La société GBR Ile-de-France n'est donc pas fondée à en demander la réduction et le CHIPEA est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Melun a réduit ce montant à la somme de 106 708,22 euros... ".
CAA de PARIS, 7ème chambre, 24/06/2019, 17PA02639, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (15-04-2020 À l'heure 19:00)

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?jsessionid=5B6FD8C7B7E8B7DD5FC56A5F63676D9D.tplgfr37s_2?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038691122&fastReqlD=1942303506&fastPos=474

² " Considérant que les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus ; qu'elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi ;...

Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 que lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge... ". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 19/07/2017, n° 392707, Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (15-04-2020 À l'heure 16:28)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000035245504>

³ Hervé LETELLIER, Le pouvoir de modulation des pénalités de retard définitivement confirmé, Contrats Publics – n° 86 - mars 2009, p. 70. Disponible sur le site : (15-04-2020 À l'heure 22:00)

https://www.swavocats.com/les_publications/Le_pouvoir_de_modulation_des_penalites_de_retard_definitivement_confirme.pdf

هذا ولا تقتصر العقوبات التي قد تطال المتعاقد في على غرامات التأخير، بل قد تشتد وتتطور لعقوبة فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد.

ثانيا: فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد

من العقوبات التي قد تفرضها الإدارة على المتعاقد الذي يتخلف عن تنفيذ التزاماته عقوبة فسخ العقد وهو "قمة الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد معها جزاء اخلاله بالتزامه التعاقدية بعد أن تكون كافة الوسائل قد أجريت في إصلاحه، مما يفقد الإدارة الثقة في التعامل معه..."¹، ويسمى فسخ العقد إسقاط الالتزام بالنسبة لعقود الامتياز².

1- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد

تجدر الإشارة إلى الاختلاف الفقهي بصدد الأساس القانوني المستند عليه عند توقيع عقوبة فسخ العقد (الإداري) في حق المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته:

ففي حين اعتبر البعض³ بأن ذلك الأساس يعود للقواعد الواردة في القانون المدني، حيث أن الشرط الفاسخ يكون دائما مقررًا في العقود الملزمة للجانبين، وذلك في حالة مالم يتم المتعاقد المقصر بأداء التزاماته. فقد قصر البعض الآخر الاستناد على نصوص القانون المدني بالنسبة لفسخ عقد الأشغال العامة فقط (باعتباره عقد مقاول)، حيث أنه يمكن لرب العمل فسخ عقد المقاول ولو بدأ المقاول في تنفيذ التزاماته، ومن حق المقاول الحصول على التعويض. وتبعًا لذلك فإن تطبيق جزاء فسخ الأشغال العامة ليس إلا تطبيقًا لهذه المادة (1194 مدني فرنسي). في حين أنكر جانب من الفقه الاستناد على قواعد القانون المدني عند توقيع عقوبة الفسخ، معتبرين أن هذا الجزاء إنما يرتبط بفكرة النظام العام. ويقول رأي آخر⁴ "أما مسألة تعلق طبيعة سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد أو في غيرهما، بنصوص القانون المدني كالمادتين الفرنسييتين اللتين أوردناهما سلفًا، أو حتى فيما يقابلهما في القانون المدني المقارن، فإننا في الواقع لا نرى أنها تطبيقًا لها، إذ تجد هذه السلطة مصدرها وأساسها القانوني في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري".

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 307.

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 522.

³ لمزيد من التفصيل أنظر: سعيد عبد الرزاق باخيرة، المرجع السابق، ص. 325.

⁴ نفس المرجع، ص. 327-328.

وعلى الرغم مما أورده أنفاً، من المفيد التذكير بما يقرره الفقه المدني بخصوص مسألتَي فسخ العقد وطلب تنفيذه. وفي ذلك يشير البعض¹ إلى أنه " في العقود الملزمة للجانبين، للدائن، إذا أخل مدينه بالتزاماته، أن يطلب فسخ العقد، حتى يتحرر هو بدوره من التزاماته التي يرتبها العقد عليه. ولكن هذا الأمر ليس واجبا عليه. فالفسخ أمر جوازي للدائن الذي يقع الاخلال بحقه، إن شاء تمسك به، وإن شاء أحجم عنه، وأصر على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه. فهو يمثل مجرد رخصة تحول الدائن الذي يحصل الاخلال بالتزامه التحلل من العقد، من غير أن يجبر عليه، وهو رخصة تضاف إلى حق الدائن الأصيل في التمسك بالعقد والاصرار على تنفيذه التزام مدينه، وليست بديلة عنه...".

ويستفاد من ذلك أن إخلال المدين بالتزامه يمنح الدائن الحق بين طلب الفسخ أو طلب تنفيذ العقد بإجبار المدين على ذلك.

أما في نطاق تشريعات العقود العامة: ينص قانون الطلب العمومي في فرنسا على أن تقصير المتعاقد "الجسيم" قد يكون سببا في إنهاء العقد²، كما قد يعاقب المتعاقد الذي أصبح في حالة من حالات الاقصاء من المشاركة في العقود العامة، بعد إبرامها، من فسخ العقد وعدم تمكينه من مواصلة تنفيذه وفقا للسلطة التقديرية للإدارة³. كما تنص دفا تر الشروط الإدارية العامة على حالات متعددة يمكن فيها للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد بسبب خطأ أو تقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، كالتأخير في التنفيذ، أو التنفيذ المعيب، أو عدم احترام الشروط التقنية... ويلحق بهذه الأخطاء التأكد بعد إبرام العقد من عدم صحة أو دقة المعلومات والشهادات التي قدمها المتعاقد...⁴. أما التنفيذ على حساب المتعاقد، فهي إحدى السلطات التي تملكها الإدارة ولا يجوز لها التنازل عنها، ولها أن تمارسها

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 618.

² تنص المادة 3-2195 L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier:

°1En cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant ..."

³ تنص المادة 4-2195 L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif. Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition que celui-ci l'ait informé sans délai de son changement de situation".

⁴ بعض حالات الفسخ الجوازي الواردة في دفتر الشروط الإدارية العامة:

"Résiliation pour faute du titulaire

.42.1. Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché pour faute du titulaire dans les cas suivants :

a) Le titulaire contrevient aux obligations légales ou réglementaires relatives au travail ou à la protection de l'environnement . b) Des moyens ont été mis à la disposition du titulaire, et celui-ci se trouve dans un des cas prévus à l'article 17 . c) Le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels . d) Le titulaire a fait obstacle à l'exercice d'un contrôle par le pouvoir adjudicateur dans le cadre des ..."

ولو لم ينص عليها العقد¹.

كما نص قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر²، وقانون الصفقات العمومية في الجزائر³، على حالات جواز فسخ العقد والتنفيذ على حساب المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته.

¹ "Cette prédominance de l'administrativité du contrat sur son caractère contractuel se retrouve également à propos de la faculté reconnue aux personnes publiques d'effectuer une mise en régie ou de passer un marché de substitution lorsque le cocontractant ne respecte pas les obligations prévues par le contrat. Dans l'arrêt Société Fostmax⁷², le Conseil d'Etat affirme que ce pouvoir constitue une règle générale applicable aux contrats administratifs ; il en fait même « une règle d'ordre public »⁷³. Une telle consécration ne paraissait « pas évidente » selon le rapporteur public Gilles Pellisier⁷⁴. Au-delà de la règle consacrée, le raisonnement retenu par le juge administratif permet de mesurer à quel point la nature administrative du contrat est importante. Après avoir affirmé « qu'il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que le maître d'ouvrage de travaux publics qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce ou par lui-même », le Conseil d'Etat confronte la règle qu'il vient d'énoncer avec « l'aspect contractuel » du contrat administratif. Il affirme en effet que la mise en régie « peut être prononcée même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément » et que « les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer ». En l'espèce, le Conseil d'Etat lie cette règle générale à la notion d'ouvrage public mais, quelques mois plus tard il applique cette même règle aux contrats de concessions en tant que règle applicable à l'ensemble des contrats administratifs, quel que soit leur objet⁷⁵. En toutes hypothèses, et même si cette règle n'a pas été codifiée dans le code de la commande publique, il s'agit d'une règle générale qui l'emporte sur d'éventuelles clauses du contrat." Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, op.cit., p. 16.

² تنص المادة 51 من قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر على أنه: "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه. ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة، يخطر به المتعاقد بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، مع تعزيره في الوقت ذاته بالبريد الإلكتروني أو الفاكس بحسب الأحوال على عنوانه المبين في العقد. ولا يجوز للجهة الإدارية الجمع بين كل من الإجراءين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة لأي سبب. وفي جميع حالات الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد يكون التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من مقابل التأخير وقيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري".

³ نص قانون الصفقات العمومية في المادة 149 على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليعفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة...". كما نص في المادة 152 منه على ما يلي: "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها. وزيادة على ذلك، يتحمل الأخير التكاليف الإضافية التي تنجم عن الصفقة الجديدة...".

كما نصت المادة 84 من نفس القانون على ما يلي: "...ويمكن المصلحة المتعاقدة... فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواء، بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، حسب الحالة...".

2- رقابة القضاء الإداري على توقيع عقوبات الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد

في تطبيق عقوبات الفسخ والتنفيذ على حساب المتعاقد، يمارس القضاء الإداري رقابة واسعة تشمل مشروعية العقوبة وملاءمتها لخطأ المتعاقد¹. وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 9-11-2016² بأنه "ينتج عن القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية أن صاحب العمل والذي أخطر دون جدوى الطرف الآخر بتنفيذ الأعمال التي التزم بتحقيقها وفقاً لبنود التعاقد، يملك تنفيذ هذه الأعمال، على حساب الطرف الآخر، وذلك بواسطة شركة من الغير أو بواسطته هو. إن التنفيذ على الحساب، المقرر للتغلب على تقصير ومخالفات أن سوء نية الطرف الآخر، عندما يعطل تنفيذ عقود الأشغال العامة يمكن اللجوء إليه حتى في غياب أي بند ينص عليه صراحة في العقد وذلك للمصلحة العامة... وهي قاعدة من النظام العام لا يجوز للأشخاص العامة التنازل عنها..."³.

كما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الحديث الصادر بتاريخ 23-01-2018⁴ القواعد الأساسية والإجراءات والضوابط التي تحكم سلطة الإدارة التقديرية في فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر في أداء التزاماته. وميّزت ذات المحكمة بين غرامة التأخير والتنفيذ على الحساب وما يرتبط بهما من أحكام⁵، وقررت بأن التنفيذ على الحساب يُبقي على العلاقة

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 532.

² " même dans le silence du contrat, le maître d'ouvrage peut toujours faire procéder aux travaux publics objet du contrat aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public ; que, par suite, les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer ". Conseil d'État, Assemblée, 09/11/2016, 388806, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (10-9-2019 À l'heure 17:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000033364623>

³ في ترجمة الحكم والتقديم له، أنظر: القاضي/كريم يحيى الصاوي، ترجمة حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم 388806 الصادر بتاريخ 9-11-2016، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إعداد مجلس الدولة المصري، العدد الأول، سبتمبر 2017، ص. 6-14.

⁴ حيث ورد في هذا الحكم ما يلي: "من المقرر أن التنفيذ على الحساب في مجال العقود الإدارية هو وسيلة جهة الإدارة في تنفيذ الالتزام عيناً إعمالاً للامتيازات المقررة لها، فهو تنفيذ تقوم به الإدارة بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته... والتنفيذ على الحساب بهذه الصورة لا يستقيم عقاب للمتعاقد مع الجهة الإدارية على تقصيره بقدر ما يكون إجراءً يضمن عدم تعرض المصلحة العامة للضرر... والقاضي الإداري في جميع الأحوال يسلط رقابته على عمل الجهة الإدارية وقرارها في هذا الشأن لاستبيان مدى مشروعية سحب الأعمال من المتعاقد معها وتنفيذها على حسابه من خلال استجلاء مدى تحقق الأسباب التي كانت المبرر في الوصول بها إلى هذه النتيجة". **حكم المحكمة الإدارية العليا - الدائرة الثالثة، الطعن رقم 21726 لسنة 56 ق. عليا جلسة 23 يناير 2018.**

⁵ "...غرامة التأخير هي تعويض اتفاقي جزائي عما أصاب المرفق العام من ضرر مرده إلى الاخلال بحسن سير هذا

التعاقدية قائمة بين جهة الإدارة والمتعاقد المقصر¹ إلا إذا قررت الأخيرة إنهاؤها².

3- حالات وجوب فسخ العقد عقاباً للمتعاقد (أو جراه أفضله أو اعساره)

على خلاف الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية في توقيع بعض العقوبات عند تنفيذ العقود الإدارية، فقد "ألزمتها" التشريعات بوجوب فسخ العقد عقاباً للمتعاقد³، أو نتيجة

=المرفق نتيجة تعطيل حصوله على الأصناف المتعاقد على توريدها في الوقت المناسب الذي قدرت الإدارة احتياج المرفق إليها فيه، إلى أن تم لها شراؤها على حساب المتعهد المتخلف من متعهد آخر بموجب مناقصة محلية، وهو ضرر مفترض يختلف في طبيعته وسببه عن الضرر الناتج من تحمل الإدارة فرق الثمن وملحقاته، والتعويض المستحق عن كل من هذين الضررين مكمل للآخر. ومتى كان شقاً هذا التعويض معلومي المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء بهما فإنه يرتكب بذلك خطأً يختلف عن خطئه الأصلي في التقصير في التوريد، هو مجرد التأخير في ذاته في الوفاء بهذا المبلغ من النقود الذي عين مقداره سلفاً على الأسس المتقدمة بمقتضى شروط العقد، والذي أصبح معلوماً له ومستحقاً في ذمته وإن تازع في التزامه به. وينبغي على هذا سريان الفوائد القانونية في حقه عن المبلغ المذكور حتى تاريخ المطالبة القضائية بها وفقاً لنص المادة 226 من المديني". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0531، بتاريخ 26-03-1960 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الرابعة، المكتب الفني، ج5، مجلس الدولة مصر، 1960، ص. 524.

¹ "إن الشركة وإن كانت توقفت عن التنفيذ بنفسها إلا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها. ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم إنهاء الرابطة العقدية واستمرار العقد منتجاً لآثاره واعتبار الشركة هي المسئولة أمام الوزارة عن عملية الشراء، فالشركة تعتبر من الناحية القانونية قد واصلت التنفيذ فيقع على عاتقها غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 2150، بتاريخ 09-06-1962 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 6، المكتب الفني، ج7، مجلس الدولة مصر، 1962، ص. 1024.

² "إنه في حالة لجوء جهة الإدارة إلى طريقة الشراء على الحساب، إذا رأت أن صالح المرفق يقتضي هذا الإجراء لا يكون ثمة موجب لأعذار المورد المتأخر أو إعطائه مهلة إضافية للتوريد، بعد تنحيته لتأخره في التوريد وإسناد التوريد إلى غيره وعلى حسابها سواء بالممارسة أو مناقصات محلية أو عامة". المحكمة الإدارية العليا، حكم في صادر الطعن رقم 0933، بتاريخ 08-02-1964 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 9، المكتب الفني، ج9، مجلس الدولة مصر، 1964، ص. 622.

³ في مصر تنص المادة 50 قانون تعاقدات الجهات العامة على أنه: "يجب فسخ العقد في الحالات الآتية :

1- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد. 2 - إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيالية أو فساد أو احتكار. 3- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر. ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائياً، ويشطب اسم المتعاقد في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (1، 2) من

لإفلاسه أو اعساره¹ وهي حالات محددة على سبيل الحصر، ويجب على الإدارة المتعاقدة التأكد من توافر شروطها² وعدم اتخاذ أي إجراء من شأنه الاضرار بسمعة المتعاقد³.

ثالثا: سلطة فسخ العقد أو إنهاؤه للمصلحة العامة

إن حقوق الإدارة المتعاقدة في العقود الإدارية لم تتقرر إلا تحقيقا للمصلحة العامة، بل لا يتم إبرام العقد إلا تحقيقا لهذا الغرض. وهي ذات المصلحة التي قد يوجب تحقيقها إنهاء العقد أو فسخه. "وهي خاصة من خصائص العقود الإدارية"⁴، لذلك حرصت التشريعات على تضمين النصوص التي

=سجل المتعاملين بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة ..."

¹ في الجزائر: تنص المادة 89 من قانون الصفقات العمومية " من القسم الثامن مكافحة الفساد" على ما يلي: " دون الاخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة...مكافئة أو امتياز...من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردي، لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني، وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية". كما نصت المادة 37 دفاتر الشروط الإدارية العامة على أن: "يفسخ العقد كذلك بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة افلاس المقاول وباستثناء الحالة التي يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاول وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل. ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله".

² "... فجزاء توريد أصناف مخالفة للمواصفات... هو رفض الأصناف وتكليف المتعهد بتوريد غيرها أو قبول الأصناف المخالفة مع تخفيض ثمنها أو قيام جهة الإدارة بشراء أصناف مطابقة للشروط على حسابه أو إنهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف ... وذلك كله مع توقيع غرامة تأخير ...، أما جزاء " استعمال الغش أو التلاعب ... فهو فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب أسم المتعهد من بين المتعهدين، وعدم السماح له بالدخول في مناقصات الحكومة. وعلة تغليظ الجزاء على استعمال الغش أو التلاعب، ظاهرة وهي أن المتعاقد الذي يستعمل الغش أو التلاعب إنما يقوم على خداع جهة الإدارة بسوء نية وهو عالم أن ما يقوم بتوريده لها مغشوش أو مخالف للمواصفات أو بما يقع من تلاعب ". حكم المحكمة الإدارية العليا، صادر بتاريخ 16-05-1970 في الطعن رقم 0086، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 12، المكتب الفني، ج15، مجلس الدولة مصر، 1970، ص. 324.

³ "قضى بعدم جواز قيام الإدارة بفسخ التعاقد مع مورد جبن بحجة أن الجبن مخالف لشروط التعاقد بالغش، حيث ثبت أن المورد يشتري الجبن من آخرين ارتكبوا هذا الغش ولم ثبت علمه به". حكم المحكمة الإدارية العليا، صادر بتاريخ 09-04-1985 في الطعن رقم 436، لسنة 22ق، مقتبس عن: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 311.

⁴ "...des contrats passés par l'administration.... En effet, même lorsque certaines règles et théories se retrouvent à la fois en droit public et en droit privé, une différenciation continue d'être opérée « en raison principalement du but d'intérêt général que doit poursuivre toute personne publique »... C'est notamment le cas pour le pouvoir de résiliation unilatérale et pour la théorie de l'imprévision... Dans un cas comme dans l'autre, l'intérêt général permet d'expliquer les différences de régime entre le droit des contrats administratifs et le droit des contrats privés...". Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, op.cit., pp. 43-44.

تؤكد هذه السلطة في يد الإدارة المتعاقدة، ففي فرنسا نص قانون الطلب العمومي على جواز إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة¹. كما نص قانون تعاقدات الهيئات العامة في مصر وقانون الصفقات العمومية في الجزائر على هذا الجواز. والتشريعات الثلاث تضمنت حق المتعاقد في الحصول على التعويض المترتب على الانهاء.

وتطبيقا لهذه النصوص، وفي فرنسا، قضت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة باريس في قرارها الصادر بتاريخ 2020-07-07 بما يلي "في حالة إنهاء العقد للمصلحة العامة... يحق للمقاول المتعاقد، حتى في صمت العقد، الحصول على تعويض عن الخسارة يشمل جميع الأضرار التي لحقت نتيجة الانهاء، وتشمل صافي الربح الذي يكون قد حرم منه للفترة المتبقية من العقد..."².

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بما يلي "... كما يترتب عليها كذلك (احتياجات المرفق العام) أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر..."³.

وقد قضت الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر في 8-11-1967 بأن "فسخ العقد من قبَل الإدارة، حتى لو حصل للمصلحة العامة، يتضمن بالمقابل حق المتعاقد في التعويض الذي ينبغي أن يأخذ بالاعتبار كل الفوائد التي كان سيحصل عليها فيما لو نفذ العقد"⁴.

هذا، وبعد التطرق لسلطات الإدارة في العقد الإداري على النحو المشار إليه، تجدر الإشارة إلى أن البعض⁵ قد سعى لتفسيرها ضمن إطار نظرية العقد المدني ولكن كما يذكر "وفقاً للفهم الصحيح للالتزام العقدي"، وفي ذلك يقول: "...وهكذا يبين مما تقدم جميعه في شرح حقوق الإدارة قبل المتعاقد معها أن هذه الحقوق ليست إلا إعمالاً للفكرة التعاقدية الصحيحة في رحابها وعمقها، وأنه على ذلك

¹ " Article L2195-3 : Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier :...2° Pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5° de l'article"

² "En cas de résiliation d'un marché pour un motif d'intérêt général, qui n'est en l'espèce pas débattu, le cocontractant a droit, dans le silence du contrat, à la réparation de l'intégralité du dommage subi du fait de la résiliation, lequel comprend le bénéfice net dont il a pu être privé pour la période du contrat restant à couvrir...". CAA, de PARIS, 6ème chambre, 07/07/2020, 18PA02436, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (2-11-2020 À l'heure 11:00)
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000042117361/>

³ المحكمة الإدارية العليا بمصر، حكم صادر الطعن رقم 1520 لسنة 2 قضائية، بتاريخ 20-4-1957، المكتب الفني، مجلس الدولة، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، ج2، 1957، ص. 937.

⁴ قرار الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر، صادر بتاريخ 8-11-1967، حوليات القضاء، عدد 1 لسنة 1967، ص. 294. مقتبس عن: أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 384.

⁵ عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 423.

لا يكون هناك فرق بين العقود الإدارية وبين باقي العقود من ناحية الأحكام التي تخضعان لها".
ويظهر-لنا- بأن هذا التحليل وإن التقى مع ما يقره الفقه والقضاء الإداري بشأن خضوع العقود الإدارية لنظرية العقد من حيث الأصل، إلا أن الفرق يكمن في أنه يسعى للبحث عن تصحيح "الفكرة التعاقدية" في القانون المدني ورد الاستثناءات إلى أصولها، في حين أن الفقه والقضاء الإداري يعتبران بوجه عام أن الاستثناءات التي تتيح للإدارة التمتع بالحقوق والصلاحيات المذكورة في مواجهة المتعاقد، هي أحكام مستقلة وذاتية تميز العقد الإداري وتبرر على ضوء فكرة المصلحة العامة.

المبحث الثالث

التزامات وحقوق المتعاقد

إن استئثار الإدارة المتعاقدة بالسلطات الاستثنائية في مواجهة المتعاقد مبرر باعتبارات حسن وانتظام سير المرافق العامة، على أن أولوية المصلحة العامة لا تعني مجال من الأحوال إهدار مصلحة المتعاقد أو النيل من حقوقه المالية. وحتى تتحقق المعادلة بين المصلحتين ينبغي أن يفى المتعاقد بما عليه من التزامات، سواء كان مصدرها العقد أو القانون الذي يخضع له المرفق. ولمعرفة التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، وتحديد السمات التي تميزها عن التزامات وحقوق المتعاقد في العقود المدنية، يتم التطرق لالتزامات الشريك المتعاقد (المطلب الأول)، ثم لأهم حقوقه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التزامات الشريك المتعاقد

يمكن القول بأن المتعاقد في العقود الإدارية لا يلتزم فقط بما قد يلتزم به نظيره في أي عقد آخر، لأن مصادر تلك الالتزامات ترجع للعقد أولاً، كما ترجع لمصادر أخرى خارجه، وأولها النصوص الآمرة في القوانين واللوائح التي تنظم التعاقد "ولولم يتم الإشارة إليها في بنود العقد"¹، وثانيها الأعراف والتقاليد المتعارف عليها في تنفيذ بعض العقود، وثالثها هو الأوامر التي قد تصدرها السلطات العامة أو الإدارة للمتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد. ويقول جانب هام من الفقهاء²: "إن نظرية العقود الإدارية

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 416-417.

² " La théorie des contrats administratifs comporte en effet sur ce point un élément très remarquable d'originalité par rapport à celle des contrats civils et cet élément différencie en même temps le régime des obligations du cocontractant de celui des obligations de l'administration. On verra plus tard (infra, Livre VI, Les interventions de l'administration dans l'exécution du contrat administratif) que, dans certaines conditions, l'administration dispose du pouvoir de donner au cocontractant, au moyen d'ordres de service, des directives sur la manière d'exécuter le contrat et qu'elle peut même parfois imposer par ce moyen à son cocontractant des obligations nouvelles, non prévues initialement. Dans cette mesure par conséquent, certaines obligations du cocontractant ont leur source, en dehors des clauses du contrat, dans des décisions unilatérales de l'administration ; il est évident que la théorie des

لديها بالفعل عنصر أصالة مميز للغاية في هذا الصدد مقارنةً بالعقود المدنية، وهذا العنصر يُميز في الوقت نفسه نظام التزامات الشريك المتعاقد عن نظام التزامات الإدارة... حيث تتمتع الإدارة بسلطة إعطاء الشريك المتعاقد، عن طريق أوامر الخدمة، توجيهات بشأن طريقة تنفيذ العقد، وبذلك قد يُفرض في بعض الحالات- من خلال هذه الوسائل- التزامات جديدة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، لم يكن منصوصاً عليها ضمن بنود العقد...".

وعلى الرغم من تعدد التزامات المتعاقد في العقود الإدارية (المشار إلى بعضها سابقاً كالتزامه بتنفيذ العقد بحسن نية، والتقييد بمدة التنفيذ...) إلا أن التزامه بالتنفيذ الشخصي لمحل الالتزام يعد أحد أهم التزاماته، حيث يثير عدداً من المسائل ذات الأهمية البالغة عند تنفيذ العقد. فما المقصود بهذا الالتزام، وما هي أبرز صور الاستثناءات التي قد ترد عليه؟

الفرع الأول

أهمية مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي لمحل الالتزام

نظراً لأهمية دور المتعاقد مع الإدارة- خاصة في عقود الامتياز- فإن مختلف التشريعات تحرص على اختيار أفضل المرشحين وأقدرهم على التنفيذ الجيد لما تطلبه من خدمات، لذلك تشترط بأن يكون المرشح مؤهلاً ومقتدراً من الناحية المالية والتقنية، كما تشترط أن يكون أهلاً وثقةً للمتعاقد مع الإدارة والمساهمة في تسيير أو إنشاء أو إدارة المرافق العامة... لذلك اتجهت الآراء الفقهية¹ إلى اعتبار تنفيذ المتعاقد لالتزاماته شخصياً من أهم الالتزامات التي تُفرض عليه في العقود الإدارية.

والأساس الرئيسي لهذا المبدأ هو الاعتبار الشخصي المهم للمتعاقد مع الإدارة، حيث أن مفهوم "intuitus personae" يعني أن الإدارة قد اختارت شريكها المتعاقد بسبب صفاته وقدراته الشخصية²، وهي فكرة لم يتم استبعادها حتى في العقود المبرمة وفق صيغ "تقديم العطاءات..."، حيث "أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترضيه، حتى لو اختارته لجنة البت"³. وبالرغم مما سبق، فقد سمحت التشريعات للمتعاقد الأصلي مع الإدارة، بأن يتعاقد بدوره مع غيره من أجل تنفيذ بعض بنود العقد. على أن يتم ذلك وفقاً لشروط مقررة لا يجوز الخروج عليها. كما قد يطرأ على شخصية المتعاقد إذا كان شخصاً معنوياً (شركة) تغيير في طبيعته أو قدراته أو في وجوده. وقد تضعف قدراته أو تحتل أو قد يتوفى إذا كان شخصاً طبيعياً.

=obligations du cocontractant revêt alors une originalité très nette". André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, 2^{em} édition, L.G.D.G, Paris, France, 1984. p. 6.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، 191.

² André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, op.cit., p. 10.

³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 418.

الفرع الثاني

التنازل عن العقد كصورة من صور الخروج على مبدأ التنفيذ الشخصي لمحل الالتزام

اختلف تنظيم مسألة التنازل عن العقد في العقود المدنية والعقود الإدارية. كما شهدت تطورا في القانون المدني الفرنسي على وجه الخصوص.

أولاً: التنازل عن العقد في القانون المدني

في فرنسا: قبل تعديل 2016 تم الاعتراف بإمكانية التنازل عن العقد في حالات محددة، كما في حالة نقل عقد الايجار عند نقل ملكية العين المؤجرة الذي نصت عليه المادة 1743¹، كما نصت المادة 1717 عن التنازل عن الايجار والايجار من الباطن²، "والتنازل عن الايجار يُستبدل بموجبه مستأجرا جديدا (المتنازل له) بمستأجر أولي (المتنازل)، وللمستأجر الجديد علاقة تعاقدية مباشرة مع المؤجر... وهذا التنازل الذي يشكل تنازلا عن عقد ويتضمن قسما إيجابيا وقسما سلبيا، يكون عقد إيجار. أما العقد بين المتنازل والمتنازل له يمكن أن تكون له طبيعة مختلفة (بيع، هبة، تقديم لإحدى الشركات...)".³ وقد أجازت المادة 1717 التنازل عن عقد الايجار "مبدئيا"⁴، مع مراعاة الأنظمة الخاصة (فهو مستبعد في الايجارات الريفية، وفي ايجارات السكن إلا مع موافقة المؤجر الصريحة)، ومن جهة أخرى فإن التنازل عن العقد لا يحرر المستأجر الأولي إلا إذا وافق المؤجر عليه صراحة وألا يبقى المستأجر الأولي ضامنا لكل المدة الباقية".

أما بعد تعديل 2016 فقد نظمت المواد 1216 إلى 1216-03 التنازل عن العقد. وأوجبت كتابته تحت طائلة البطلان⁵، على أن يكون "عقدا ثلاثيا" (un contrat tripartite) يضم المتنازل والمتنازل له والمتعاقد الآخر، وأن يحدد بدقة مسؤولية كل طرف، خاصة ما يتعلق بالحقوق والديون

¹ تنص المادة 1743 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 على ما يلي:

"Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine.

Il peut, toutefois, expulser le locataire de biens non ruraux s'il s'est réservé ce droit par le contrat de bail."

² تنص المادة 1717 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 على ما يلي:

"Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie. Cette clause est toujours de rigueur"

³ ألان بينابنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، الكتاب الأول، المؤسسة الجامعية

للدراسات والنشر والتوزيع، د.س.ط، ص. 292.

⁴ نفس المرجع، ص. 294-295.

⁵ "Art 1216 : Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité."

والالتزامات والضمانات، وتاريخ سريان التنازل¹. وفي هذا الصدد يكون المتنازل والمتنازل له مسؤولين مسؤولية تضامنية على تنفيذ العقد ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك².

كما نص القانون المدني المصري على حالة واحدة للتنازل عن العقد، وهي حالة التنازل عن عقد الإيجار، وذلك في المواد من 593 إلى 597 منه، وهي ذات الحالة التي نص عليها القانون المدني الجزائري في المادتين 505 و506 منه.

وإن أجاز التشريع التنازل عن عقد الإيجار، فإن المشرع المصري نص على أنه "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك" (593). أما المشرع الجزائري فقرر بأنه: "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك" (505). والظاهر أن المشرع المصري يعتبر جواز التنازل هو الأصل والاستثناء هو أن يكون اتفاق يقضي بخلاف ذلك، على عكس المشرع الجزائري الذي "لم يجز التنازل عن الإيجار إلا بموافقة مكتوبة من المؤجر وهي القاعدة العامة، والتي يرد عليها استثناء هو جواز التنازل بشرط الموافقة المكتوبة من المؤجر"³.

ومن الأحكام التي انفرد المشرع المصري بالنص عليها صراحة، هو أن منع المستأجر من الإيجار من الباطن يقتضي منعه من التنازل عن الإيجار، كما أن منعه من الثاني يقتضي أيضا منعه من الأول. كما نص على أنه إذا تعلق الأمر بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق.

هذا، وقد ألزم التشريعين-المصري والجزائري-على المستأجر المتنازل أن يبقى ضامنا للمستأجر المتنازل له في تنفيذ التزاماته⁴. وانفرد المشرع المصري بالنص على أنه: "ولا تبرأ ذمته (أي المستأجر الأصلي) إلا إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار، أو إذا استوفى المؤجر أجرته مباشرة من المتنازل له دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي"⁵.

¹ Clément FRANCOIS, Présentation des articles 1216 à 1216-3 de la nouvelle section 4 « La cession de contrat », Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 29-06-2016, Disponible sur le site : (10-10-2020 À l'heure 17:00) <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/s...4-cession-contrat/>

² "Art 1216-1 : Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat."

³ ليلي لبيض، الضمان في التنازل عن الإيجار في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 7، العدد 1، جويلية 2014، ص. 101.

⁴ المادة 595 من القانون المدني المصري والمادة 506 من القانون المدني الجزائري.

⁵ المادة 597 من القانون المدني المصري.

والملاحظ مما سبق، أن المشرع الفرنسي نظم التنازل عن العقد بأحكام خاصة، أما المشرعين المصري والجزائري فلم ينصا على التنازل عن العقد إلا في حالة التنازل عن عقد الإيجار. كما أنه وبصدد المقارنة بينهما يرى البعض¹ "أن ابقاء المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته رغم اشتراط موافقة المؤجر، كما أن عدم إبراء ذمة المستأجر من هذا الضمان رغم انتقال حق الإيجار بالتنازل لصالح المتنازل له بموافقة المؤجر المكتوبة، فيه خطأ يستوجب تداركه بإلغاء نص المادة 506 من القانون المدني الجزائري ومنه إعفاء المستأجر من مسؤولية الضمان مادام التنازل لا يتم إلا بموافقة المؤجر الكتابية، أو الإبقاء على نص المادة 506 من القانون المدني الجزائري وتعديل نص المادة 505 والقول أن تكون القاعدة العامة هي جواز التنازل عن الإيجار مادام لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، مع إضافة نص قانوني يبرئ ذمة المستأجر من هذا الضمان في حالة موافقة المؤجر عن التنازل صراحة أو ضمنا".

ولنا بهذا الصدد أن نتساءل عن التنازل عن العقد في العقود الإدارية؟

ثانيا: التنازل عن العقد في القانون الإداري

التنازل الكلي عن العقد وفقا لفقهاء القانون الإداري هو أن "يقوم المتعاقد باستبدال طرف ثالث للأداء الاجمالي للعقد"²، وكذلك هو ما "يترتب على موافقة الإدارة على حلول المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في التزاماته في مواجهة الإدارة"³. فالتنازل عن العقد يؤدي لنقل كل الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد الأولى للطرف المتنازل له⁴. وعليه فالتنازل عن العقد "la cession de contrat" ينقل مسؤولية تنفيذ العقد للمتعاقد الجديد، ويؤدي إلى تحلل المتعاقد الأصلي من أي التزام، لذلك تم اعتباره من أهم صور الخروج على مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري. وهو بهذا المعنى يختلف عن التعاقد من الباطن، كما يختلف عن حالات انتقال الالتزام بالتوارث أو بضم ودمج الشركات.

وقد نص قانون الطلب العمومي في المادتين (R2194-6/ L2194-1) على حالات التنازل عن العقد العام. والتي تكون إما بصورة اتفاقية وبموجب ملحق، حيث "يمكن تعديل العقد دون دعوة جديدة للمنافسة وبموجب الشروط المنصوص عليها تنظيميا عندما: ... يحل متعاقد جديد محل المتعاقد الأولي"⁵. أو تكون في حالة إعادة هيكلة وضعية المتعاقد الأصلي بشروط (ألا يؤدي ذلك

¹ ليلي لبيص، المرجع السابق، ص. 107.

² André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, op.cit., p. 12.

³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 426.

⁴ Grégory KALFLECHE, op.cit., p. 516.

⁵ تنص المادة L2194-1 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

لتعديلات جوهرية على موضوع العقد، ألا يكون ذلك بغرض التهرب من التزامات المنافسة والاعلان، وأن يكون المتعاقد الجديد مستوف للشروط المطلوبة عند إجراءات التعاقد الأولى¹. ويقصد بإعادة الهيكلة "restructuration"² في مفهوم القضاء الإداري الفرنسي إعادة تنظيم الشركة أو اندماجها أو تغيير في رأس مالها، وليس العملية التي قد تؤدي إلى إنشاء شخص قانوني مستقل³. كما أن أثر التنازل تظهر في نقل كل الحقوق والالتزامات من المتعاقد الأصلي إلى المتعاقد الجديد، وفقاً لرأي مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 08-06-2000⁴.

وقد منع قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر التنازل عن العقد⁵، أما قانون الصفقات العمومية في الجزائر فقد سلط "عقوبة الاقصاء المؤقت أو النهائي" على المتنازل عن تنفيذ الصفقة خلال مدة صلاحية العروض، كما بينت دفاتر الشروط الإدارية العامة الأحكام المرتبطة بالتنازل عن العقد. وما يجب التنبيه عليه هو أن التنازل المذكور في قانون الصفقات العمومية يقصد به التخلي

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :... 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché...."

¹ تنص المادة 6-2194 R من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants : 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ; 2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial."

² "Action de réorganiser quelque chose selon de nouveaux principes, avec de nouvelles structures : La restructuration d'une entreprise." LAROUSSE, Disponible sur le site : (10-5-2020 À l'heure 17:00)
<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/restructuration/68779>

³ " Considérant, d'une part, que la cession des actions consentie par la SOCIETE LEDOYEN à la société Cerus n'a pas entraîné la dissolution de la SOCIETE LEDOYEN non plus que la création d'une personne juridique distincte ; que, pour l'application des stipulations précitées de l'article 18, qu'il y a lieu d'interpréter en rapprochant les diverses hypothèses qu'elles prévoient, cette cession de droits sociaux ne peut non plus être assimilée à une cession qui aurait dû être précédée d'une autorisation préalable de la Ville de Paris..." Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 4 avril 1997, n° 137065, inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (11-5-2020 À l'heure 02:25)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007974473&fastReqId=865597586&fastPos=1>

⁴ "La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat". Section des finances - Avis n° 364 803 ñ 8 juin 2000. Disponible sur le site : (11-5-2020 À l'heure 17:00)

<https://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-avis-364803-cession-marches-dsp.pdf>

⁵ تنص المادة 92 من قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر على أنه: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يحل قبول نزوله عن المبالغ المستحقة له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق".

عن مواصلة عملية إبرام العقد، وليس التنازل عن العقد لفائدة متعاقد جديد كما هو مدلوله في التشريعات المدنية وفي القانون الفرنسي والمصري، أما التنازل المذكور في دفاتر الشروط الإدارية فمعناه مطابق لما ورد بالنصوص المذكورة¹.

وبهذا الصدد يرى البعض² بأنه: "ولكن ما نسجله على المشرع الجزائري في هذا المجال هو النقص الواضح والقصور في معالجته بأحكام باتة في بعض المسائل الأساسية. ففيما يتعلق بإجراء التنازل تفهم المشرع احتمال تفضيل اللجوء إليه بدلا من وسائل قانونية أخرى كما أشرنا فأجاز استثناء وأبقى على مسؤولية المتعاقد الأصلي مثل معظم التشريعات. إلا أن المشرع الجزائري لم يبين نوع هذه المسؤولية إذا علمنا أن الموافقة على التنازل تعني انتهاء العقد القديم الذي يعتبر المتعاقد الأصلي أحد طرفيه وحلول عقد جديد محله، طرفاه هما الإدارة والمتنازل إليه الذي يحل محل المتعاقد الأصلي المتنازل في كل شيء، مما يعطي الحق لهذا الأخير من استرداد ما دفعه من ضمان، والمشرع الجزائري لم يبين حقوق المتعاقد الأصلي المتنازل وهو ما نراه قصورا منه".

ولئن كان هذا الرأي يُقبل منه ما يتعلق "بقصور التنظيم التشريعي لحالة التنازل عن العقد" في التشريع الجزائري، إلا أنه ليس صحيحا بأن المشرع أجاز استثناء التنازل وأنه أبقى المسؤولية على عاتق المتعاقد الأصلي، إلا إذا قُيد ذلك بما ورد في دفاتر الشروط الإدارية المشار إليها. لأن قانون الصفقات العمومية الحالي-والذي سبقه-"وهو مرسوم رئاسي لم يجز التنازل، ولم يتفهم المشرع احتمال تفضيله كما ذكر.

ولعل أساس هذا الإشكال هو عدم التناسق بين ما ورد في دفاتر الشروط وبين ما قرره قانون الصفقات العمومية، وإن كان-وفق تقديرنا-العبرة بما ينص عليه هذا المرسوم، خاصة وأنه لم يتضمن جواز التنازل. كما أن دفاتر الشروط الإدارية العامة ذاتها، فتحت الباب لمخالفة ما ورد بها استثنائيا، حيث نصت في المادة الثالثة منها على أنه: "عندما يتضمن دفتر الشروط الخصوصية مخالفات استثنائية

¹ تنص المادة 75 من قانون الصفقات العمومية في الجزائر على أنه: "يقصى، بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون...الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض...". في حين -وتحت عنوان حضر التنازل للغير أو المشاركة بدون إذن- نصت المادة 11 من دفاتر الشروط الإدارية العامة في فقرتها الأولى والثانية على ما يلي: "لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة منها بدون إذن صريح من الإدارة. وفي كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصيا سواء كان تجاه الإدارة أو تجاه الإدارة والغير".

² علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، العدد 41، جوان 2014، ص. 456.

لدتر الشروط الإدارية العامة، يجري إدراج قائمة بالمواد التي وقعت عليها المخالفة في المادة الأخيرة من دفتر الشروط الإدارية الخصوصية".

وإضافة إلى ما سبق فإن الإشارة ضمن بنود الصفقة-عادة-إلى اعتماد دفاتر الشروط الإدارية وفي نفس الوقت اعتماد نصوص قانون الصفقات العمومية، وفي ظل تعارض بعض ما ورد فيهما، دون الإشارة إلى نقاط الاختلاف كما ورد بالمادة الثالثة المشار إليها، يبقى الإشكال قائماً¹.

ويظهر بأنه في التشريعين المصري والجزائري يمنع التنازل الكلي عن العقد، إذ يشكل ذلك مخالفة تستحق توقيع الجزاء على المتعاقد، يشمل بدايةً مصادرة التأمينات "الضمانات المالية"، ويصل حد إقصاء المخالف مستقبلاً من المشاركة في إبرام العقود العامة. وعلى الرغم من ذلك، فإن تجريم التنازل على النحو المذكور يجافي ما قد تفرضه الظروف، حيث أن "أن المتعاقد الأصلي قد يفقد الكثير من صفاته التي كانت محل اعتبار في شخصه من قبل الإدارة أثناء إبرام العقد، كأن يختل مركزه المالي بشكل كبير، أو يطرأ ضعف على قدراته الفنية، إلى غير ذلك من العوامل التي تؤثر سلباً على المصلحة العامة² ورغم ذلك لا يمكنه التنازل عن العقد وفقاً للنصوص المذكورة.

وعلى الرغم مما سبق ذكره، فإنه ودون اعتبار لتغيير النصوص والاجتهادات في مصر، ينقل البعض³ "استقرار الفقه والقضاء الإداري" على ضرورة موافقة الإدارة المسبقة على التنازل عن العقد كي يكون نافذاً في مواجهتها...، ويضيف بأنه "وليس من الضروري أن يكون منصوصاً على اشتراط موافقة الإدارة على التنازل عن العقد فهو أمر تملكه الإدارة، وإن لم ينص عليه في العقد وذلك لارتباطه بمتطلبات سير المرفق العام...". ويستند هذا الاتجاه على بعض الآراء الفقهية التي استندت بدورها على

¹ " Sur le plan strictement juridique bon nombre de dispositions et de clauses du CCAG 1964 ont été abrogées, le plus souvent implicitement. Aussi en continuant à s'en prévaloir et à l'imposer dans son intégralité, l'administration publique algérienne crée des situations inextricables, met inutilement les cocontractants dans des difficultés supplémentaires et surtout, donne une piètre idée du système juridique algérien, au mépris de la hiérarchie des normes.". Chérif BENNADJI, Des comites de reglement amiable...au mediateur des marches publics, Annales de l'université d'Alger, Volume 25, N°1, 2014, p. 297.

² علي بن شعبان، أثر عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2011-2012، ص. 232.

³ من المراجع الحديثة التي لاتزال تنقل (فقط) موقف الفقه المصري القائل بجواز التنازل عن العقد والذي كان متسقاً مع التشريعات النافذة قبل صدور القانون رقم 9 لسنة 1983 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات، ولا تذكر الآراء التي تقرر المنع والصادرة بعد نفاذ هذا القانون، أنظر: رفاه كريم رزوقي كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد 8، العدد 3، سبتمبر 2016، ص. 594؛ جهاد زهير ديب الحرازين، الأثار المترتبة على عقد الامتياز (دراسة نظرية مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2015، ص ص. 270-271.

تشريعات ملغاة¹. حيث كانت التشريعات المنظمة للمناقصات والمزايدات والصادرة قبل بدء العمل بالقانون رقم 09 لسنة 1983 تجيز التنازل عن العقد². أما بعد صدور هذا القانون والتشريعات التي تلتها وصولاً للقانون الحالي رقم 182 لسنة 2018 فإنها لم تجز التنازل عن العقد كما ذكر سابقاً.

ومن جهة أخرى، واعتباراً لطول مدة بعض العقود كعقود B.O.T، يرى البعض بأن قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد "ليست من النظام العام... ومن ثم فقد ترى جهة الإدارة المتعاقدة أن هذا التنازل أو أي تصرف آخر يؤدي إلى إحلال شركة أخرى محل الأولى قد يحقق مصلحتها. وعلى ذلك فإن مرد الأمر في النهاية يكون رهنا بموافقة الإدارة وقبولها الذي يجب أن يكون صريحاً"³.

ولكن ما يجري عليه الأمر حالياً- في مصر والجزائر- هو المنع الذي ذكرته النصوص الصريحة المشار إليها، وعلى هذا الأساس وتعليقاً على ما سبق ذكر البعض بأنه "لقد تأكد مبدأ حضر تنازل المتعاقد عن تنفيذ العقد للغير أو إحلاله محله بنص المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات (المُلغى)⁴... حيث أن ذلك يشكل خطأ جسيماً يترتب مسؤولية المتعاقد عن الأضرار الناجمة عنه كما يعطي الحق للإدارة في توقيع أقصى الجزاءات عليه..."⁵.

ثالثاً: التنازل عن العقد في القضاء الإداري

قضت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة بوردو في فرنسا في قرارها الصادر بتاريخ 26-06-2018 بأن العقود الإدارية تبرم بمراعاة اعتبارات خاصة تتعلق بالمتعاقد، ويترتب على ذلك عدم جواز التنازل عن العقد إلا بعد إعلام الإدارة المتعاقدة وأخذ موافقتها مسبقاً...⁶. كما قضت محكمة

¹ من تلك التشريعات الملغاة التي كانت تجيز التنازل الكلي عن العقد في مصر: لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم 542 لسنة 1957، والتي تنص في المادة 83 منها على ما يلي: "لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها إلا بعد أخذ موافقة السلاح أو المصلحة المختصة كتابة. ويجب أن يكون مصدقاً على التوقيعات الواردة فيه من مكتب التوثيق المختص، ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولاً بطريق التضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد ولا يحل قبول نزوله عن المبالغ المستحقة له بما يكون للمصلحة قبله من حقوق".

² المحكمة الإدارية العليا بمصر، حكم صادر في الطعن رقم 3596 لسنة 36 قضائية، بتاريخ 25-11-1997، المكتب الفني، مجلس الدولة، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 43، ج1، 1997-1998، ص. 341.

³ جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص. 135.

⁴ والتي حلت محلها بنفس الصياغة تقريباً المادة 92 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بشأن تعاقدات الجهات العامة، المشار إليها سابقاً.

⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 194.

⁶ "Les contrats administratifs sont conclus en raison des considérations propres à chaque contractant. Il résulte de ce principe que la cession d'un marché ou d'une concession ne peut avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'après information et assentiment préalable de la personne publique contractante. Cet assentiment peut n'être que tacite et un comportement positif de

الاستئناف الإدارية لمدينة مارسيليا بتاريخ 14-03-2016 بأن التنازل عن أداء كل أو جزء من عقود الامتياز لا يكون مشروعاً إلا بموافقة مسبقة من سلطة الترخيص، وهذه قاعدة عامة تطبق حتى في حال عدم وجود نص يقضي بها في العقد¹. وفي هذين القرارين تطبيق للنصوص والمبادئ المذكور بشأن إجازة التنازل عن كل أو بعض العقد لطرف ثالث وفق الشروط المقررة وأهمها موافقة الإدارة المسبقة. وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: "أن المشرع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية - إذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد الإداري في حالات معينة - وأوجب فسخ العقد ومصادرة التأمين في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة حيث يعتبر العقد في هذه الحالة مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية في هذا الشأن. كما وأن الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره إذ أنه لا يجوز للمتعاقد أن يجل غيره في تنفيذ التزاماته... إذا حصل التنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ، بما يؤكد ذلك أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983 على خلاف اللائحة الملغاة لم تمنح الإدارة سلطة تقديرية بالموافقة أو عدم الموافقة على تنازل المتعاقد مع الإدارة..."².

الفرع الثالث

التعاقد الفرعي (من الباطن) كصورة من صور الخروج على مبدأ التنفيذ الشخصي للالتزام

نص قانون الطلب العمومي في فرنسا على أنه يجوز للمتعاقد الاقتصادي أن يلدجاً إلى التعاقد من الباطن عند منح العقد، وطوال مدى تنفيذه، شريطة أن يتم ذلك بموافقة الجهة المتعاقدة، وموافقة المتعاقد من الباطن على شروط الدفع³.

=la collectivité, démontrant son acceptation du nouveau titulaire du contrat, peut, notamment, être regardé comme constituant une telle autorisation...". CAA de BORDEAUX, 2ème chambre - formation à 3, 26/06/2018, 16BX01768, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (25-4-2020 À l'heure 16:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000037113351>

¹ "Considérant que l'exécution de tout ou partie d'un service concédé ne peut être cédée ou transférée par le concessionnaire à un tiers qu'avec l'accord de l'autorité concédante ; que cette règle générale s'applique même en l'absence de stipulation en ce sens dans le contrat de concession...". CAA de MARSEILLE, 5ème chambre - formation à 3, 14/03/2016, 14MA01872, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (11-5-2020 À l'heure 02:35) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000032227479>

² المحكمة الإدارية العليا بمصر، حكم صادر في الطعن رقم 3596 لسنة 36 قضائية، بتاريخ 25-11-1997، المكتب الفني، مجلس الدولة، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 43، ج1، 1997-1998، ص. 341.

³ تنص المادة 4-2193 L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

وقد أجاز قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر¹، وقانون الصفقات العمومية في الجزائر التعاقد من الباطن². كما "شدد"³ هذا الأخير على أن يبقى "المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة". ويمكن التصريح باللجوء للمناولة وتحديد موضوعها بدقة عندما تسمح دفاتر الشروط أو بنود الصفقة بذلك - عند تقديم العرض، أو عند تنفيذ الصفقة - شريطة الموافقة المسبقة الصريحة والكتابية للمصلحة المتعاقدة، التي يبقى لها الحق في تقدير مدى كفاءة المناول وحيازته الشروط والمؤهلات اللازمة.

ويذكر أن التشريع الفرنسي قد شهد بعض التطورات خاصة فيما يتعلق بالمادة الأولى من القانون رقم 75-1334⁴ التي عرفت التعاقد من الباطن بأنه "العملية التي يعهد بها المقاول من خلال عقد من الباطن، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يسمى المقاول من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من عقد شركة أو جزء من العقد العام المبرم مع السلطة المتعاقدة"⁵. حيث وفي ظل سريان هذا القانون فقد "أوضحت" تشريعات الصفقات العمومية لسنة 2015 وسنة 2016 (الملغاة) بأنه من الممكن التعاقد من الباطن على جزء محدد فقط من العقد⁶.

"L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement."

¹ تنص المادة 25 من قانون تعاقدات الجهات العامة على أنه: "يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقا للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات. ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة. وفي جميع الأحوال، يظل المتعاقد دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد".

² نص قانون الصفقات العمومية على أنه: "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة... لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة (40%) من المبلغ الاجمالي للصفقة. ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية (وهي التي لا يشترط فيها مواصفات خاصة) محل مناولة". تنظر المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ "وفي هذا التشدد نلمس الاهتمام البالغ للنصوص القانونية بالجزائر بالاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، سعياً منها لاختيار أحسن شخص يمكن الوثوق به لتلبية حاجيات المصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام". محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص. 158

⁴ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Version consolidée au 23 avril 2020 Disponible sur le site : (23-4-2020 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000889241>

⁵ " La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage."

⁶ "Il y avait donc contradiction entre ces textes, la loi MURCEF y mer, fort à propose, fin. Désormais, il est donc établi que la sous-traitance totale est interdite, L'ordonnance de 23 juillet 2015 se contente pour sa part, en son article 62, de renvoyer aux conditions de la loi du 31 décembre 1975. L'article 133

وبعد إلغاء قوانين الصفقات العمومية المشار إليها، ودمج القانون 75-1334 المتعلق بالتعاقد من الباطن المذكور أعلاه ضمن النص الموحد لقانون الطلب العمومي¹، فقد نص الأخير في المادة L2193-2 منه على أن يبرم العقد من الباطن من أجل تنفيذ جزء من العقد المبرم مع الجهة المتعاقدة². وبالمقابل، يلاحظ من النصوص جواز اللجوء للتعاقد من الباطن من أجل تنفيذ "جزء" محدد من العقد، إلا في بعض العقود أو الخدمات المحددة حصرا، وشريطة الموافقة الصريحة والمُسبقة للإدارة على ذلك، مع بقاء المتعاقد الأصلي مسؤولا شخصيا عن تنفيذ العقد المبرم من الباطن.

وفي حين وضع القانون الجزائري حدا أقصى لما يمكن للمناول إنجازه وهو 40% من مبلغ العقد، لم يضع المشرعين المصري والفرنسي حدودا قصوى، وأوكلا ذلك لدفاتر الشروط ولبنود العقد، وفقا لما يتم التوافق عليه بين الطرفين، وعدم وضع حد أقصى "نهج مستحسن في نظر البعض" لما له من أثر في توسيع مجال التعاقد من الباطن³.

أولا: العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن

مع التذكير بآراء الأقلية من الفقه التي تنكر قيام أي رابطة تعاقدية بين الدولة وهيئاتها وبين الخواص⁴، ينبغي القول بأن تحديد طبيعة العلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن ليست محل اتفاق تام بين فقهاء القانون الإداري، كما أن تكييف العلاقة بين رب العمل والمقاول الفرعي، بدورها، ليست محل اتفاق بين فقهاء القانون الخاص.

=du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics est plus précis cependant puisqu'il prévoit que le titulaire d'un marché public peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché public...".
Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, T2, 6^{em} édition, (Gualino éditeur, Lextenso édition), Paris, France, 2017, p. 461.

¹ أنظر: المقدمة، ص. 3.

² "Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants."

³ "La comparaison entre les dispositions du droit français et algérien concernant le champs d'application de la sous traitance nos montre qu'en France, le champs d'application est plus vaste qu'en Algérie, car en France il n'existe pas de seuil précis pour déterminer si le pourcentage sous-traité est acceptable ou non. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas selon les situations. Par contre en Algérie le législateur a fixé la sous traitance à 40% du montant global du marché public, et il a exclu les marchés des fournitures courantes de la sous traitance. Par contre le législateur français a permis aux acheteurs d'exiger aux titulaires que certaines tâches essentielles ne peuvent être l'objet d'une sous traitance..." Abdelkader GHAITAOUI, La sous-traitance dans les marchés publics: Étude comparative entre la France et l'Algérie, El-Hakika Review, Université Ahmed Draya d'Adrar, Volume 16, Numéro 42, 2017, p.26

⁴ حيث اعتبرت ولا تزال بعض الآراء الفقهية بأن "العقود الإدارية" هي خارج دائرة العقد، كما سبقت الإشارة إليه.

أنظر: Pascale GOUNODE, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, op.cit., pp. 222-223.

ويمكن القول بأن بعض¹ الآراء في الفقه المدني اتجهت للقول بأن " العلاقة بين الما قول من الباطن وصاحب المشروع ليست علاقة تعاقدية، على خلاف علاقته بالما قول الأصلي، ولهذا يعتبر الما قول الفرعي من الغير بالنسبة لصاحب المشروع... لذلك، يمكن لرب العمل الخيار في حالة تضرره من فعل الما قول الفرعي، إما الرجوع على الما قول الأصلي بالمسؤولية العقدية عن فعل ماقوله الفرعي، وإما الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية على الما قول الفرعي مباشرة بسبب عدم تنفيذ الما قولة الفرعية، ولكن عليه إثبات الخطأ التقصيري الصادر من الما قول الفرعي طبقاً للقواعد العامة".

في حين، يميز البعض² بين اتجاهين في الفقه المدني، اتجاه تقليدي يقول بنفي الطبيعة التعاقدية لعلاقة رب العمل بالما قول من الباطن، وهو المذكور أنفاً، واتجاه "حديث" يقول بالطبيعة التعاقدية لتلك العلاقة، ويرى بأن " عقد الما قولة من الباطن يعد وسيلة لتنفيذ كل أو جزء من الالتزامات محل عقد الما قولة الأصلي. فضلاً عن ذلك فإن الما قول من الباطن يكون ملتزماً بالتزام مطابق لالتزام الما قول الأصلي تجاه رب العمل، ويترتب على ذلك أن اخلال الما قول من الباطن بالتزاماته يؤدي إلى إخلال الما قول الأصلي بالتزاماته تجاه رب العمل...".

وللاشارة فإن بحث تكييف العلاقة بين الإدارة والمتعاقد الفرعي، في الفقه والقضاء الإداري، يستلزم تحديد مختلف العلاقات التي من المتصور أن تنشأ عند تنفيذ العقد الإداري، وبهذا الصدد يقول بعض الفقهاء في فرنسا بأنه " وبشكل أعمق، يختلف نظام التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، وفقاً لمدى الحرية التي يتمتع بها الطرف المتعاقد"³. وهو ما يؤدي إلى تصور ثلاثة فرضيات:

*الفرض الأول: أنه قد يفرض أحياناً على المتعاقد -وفقاً لبنود العقد- ضرورة الاستفادة من خدمات منتج أو شركة أو مؤسسة معينة، وتُلزم الإدارة المتعاقد معها بالتعاقد مع تلك الشركة أو المؤسسة من الباطن.

*الفرض الثاني: أنه قد تحضر الإدارة على المتعاقد صراحة اللجوء إلى التعاقد من الباطن، ويشترط بهذا الصدد أن يكون الحضر مؤسساً على أسباب مشروعة تقضي بحرمان المتعاقد من هذا الحق، حيث أن

¹ حنان مازن، التعاقد من الباطن في عقد ماقولة البناء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، 2015-2016. ص. 250.

² أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والما قول من الباطن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007، ص ص. 8-10.

³ "Plus profondément, le régime des cessions et sous-traités se différencie en fonction de la plus ou moins grande liberté dont dispose le cocontractant... Tantôt il est tenu de procéder à une cession ou à un sous-traité, tantôt il lui est interdit de le faire, tantôt il doit obtenir une autorisation. Il faut évoquer successivement ces trois hypothèses...". André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, op.cit., p. 15.

"حق الإدارة في رفض التنازل الجزئي عن العقد يندرج في باب السلطات التقديرية للإدارة، والسلطة التقديرية مشروطة بحسن استعمالها، ومقيدة باستهداف الصالح العام دائماً"¹.

*الفرض الثالث: أن الإدارة تجيز للمتعاقد أن يتعاقد من الباطن شريطة حصوله على موافقتها مسبقاً. وهو الأصل، الذي أشارت له النصوص سالفه الذكر.

وقد وصف البعض التعاقد من الباطن بأنه "عملية ثلاثية" (une opération triangulaire) تضم الإدارة المتعاقدة، والمتعاقد الأصلي، والمتعاقد من الباطن... إلا أنه أكد على عدم وجود رابطة تعاقدية بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن². وفي ذات الاتجاه، أشارت آراء أخرى بأن "المتعاقد من الباطن ليس طرفاً في العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد الأصلي"، وأن العقد المبرم من الباطن "هو عقد مدني يخضع لأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بالفصل في المنازعة المتعلقة به"³.

ويرى جانب⁴ آخر بأنه "لا علاقة تعاقدية البتة بين الإدارة وبين المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن إذا لم توافق الإدارة مقدماً على التنازل أو التعاقد من الباطن". وفي التوصيف الأخير لبس لا بد من تسليط الضوء عليه. فلا بد أن يفهم بأن موافقه الإدارة على إبرام العقد من الباطن لا يعني قيام علاقة تعاقدية بينها وبين المتعاقد من الباطن. فموافقتها "تجعل هذا التعاقد مشروعاً"⁵، بينما تبقى علاقتها التعاقدية قائمة فقط مع المقول أو المتعاقد الأصلي. وإن كان، المتعاقد من الباطن يكون مسؤولاً أمامها لا على أساس المسؤولية العقدية، ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية.

وقد انتهت بعض الآراء⁶ البحثية إلى القول "بوجود رابطة عقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن"، حيث ينشأ عن المساواة من الباطن-على الأقل-عقدان هما عقد المساواة الأصلي، وعقد المساواة من الباطن، وهذان العقدان يرتبطان برابطة موضوعية، فالعقد الثاني وسيلة لتنفيذ العقد الأول ويستعير العقد الثاني محله من العقد الأول". كما ارتكز هذا الرأي على ترجيح اعتبار السداد

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 426.

² "La sous-traitance : une opération triangulaire entre le maître d'ouvrage, le titulaire du marchés et le sous-traitant. Il y a un contrat de base, contrat principal, qui le maître d'ouvrage à l'entrepris attributaire et un contrat de sous-traitance ou sous-traité qui unit cette dernière à une autre entrepris.

Mais il faut souligner que le sous-traitant n'est pas lié contractuellement avec le maître d'ouvrages".
Christophe LAJOYE, op.cit., p. 461.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 196.

⁴ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 222-223.

⁵ جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص. 136.

⁶ ناصر سيد أحمد محمد هلال، الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الإدارية والمقاول من الباطن في نطاق العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2017، ص. 2-10.

المباشر والدعوى المباشرة-التان يستفيد منهما المتعاقد من الباطن في مواجهة الإدارة-على أنهما تطبيقين من تطبيقات العلاقة التعاقدية التي تنشأ بينهما، وليس استثناء من قواعد المسؤولية العقدية.

ثانيا: تطبيق القضاء الإداري لشروط التعاقد من الباطن

يراقب القضاء الإداري مدى مشروعية التعاقد من الباطن، وحدود التزام طرفي العقد بالقوانين واللوائح وما ورد بالعقد الفرعي. "كما يثير القاضي الإداري المسائل المرتبطة بالنظام العام من تلقاء نفسه، كتحققه من الموافقة المسبقة للإدارة على التعاقد من الباطن"¹. وقد أشارت محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة ليون في فرنسا لمجمل الشروط المرتبطة بالتعاقد من الباطن في العقود العامة في قرارها الصادر بتاريخ 02-09-2019، حيث أكدت رفض الإدارة المتعاقدة منح أي دفع للمقاول من الباطن الذي لم يصرح به المتعاقد الأصلي مسبقاً، والذي لم يحترم شروط الدفع اللازمة قبل تنفيذه للأشغال، كما أكدت على مسؤولية المتعاقد الأصلي على تنفيذ العقد وتحمل التبعات المرتبطة به².

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر: "إنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة بالتزامات شخصية لا يجوز له أن يحمل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة³، كما هو

¹ André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, op.cit., p. 40.

² "...aux termes de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : " L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande. (...) ". Aux termes de l'article 5 de cette loi : " Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous- traitants auxquels il envisage de faire appel. / En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage. ". Aux termes de l'article 6 de la même loi : "Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. (...) ". Enfin, selon l'article 14-1 de cette loi : " Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics : / - le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ; (...) ". Il résulte de ces dispositions que le maître d'ouvrage, qui ayant eu connaissance d'une sous-traitance irrégulière, s'abstient de toute mesure propre à y mettre fin, commet une faute de nature à engager sa responsabilité..." COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON, 4ème chambre, 02/09/2019, n° 17LY02724, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (28-4-2020 À l'heure 01:20)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000039036485&fastReqId=1133773276&fastPos=20>

³ ويلاحظ أن هذا الحكم صدر في ظل قانون كان يجيز التنازل عن العقد، بعد موافقة الإدارة. كما أشير له أنفا.

الحاصل في هذه المنازعة فإن التنازل يعتبر باطلاً ولا يجتج به في مواجهة الإدارة فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أي علاقة - ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين. فضلاً عن هذا فإن ذلك منصوص عليه تشريعاً في لائحة المناقصات والمزايدات...¹. كما أن التنفيذ الشخصي لا يعني عدم الاستعانة بالغير عند تنفيذ العقد.²

كما قضت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 08-10-2008 بما يلي: " لا تشكل الكتابة وموافقة صاحب المشروع شرطين لصحة عقد المقاولة من الباطن، ما لم يرد بذلك شرط في عقد المقاولة وما لم تكن طبيعة العمل تستوجب الكفاءة الشخصية للمقاول"³.

الفرع الثالث

موت المتعاقد

لا تعتبر المقاولة من الباطن أو التنازل عن العقد، هي الصورة الوحيدة للخروج على مبدأ التنفيذ الشخصي للالتزام، فالأخير وإن كان رابطة بين شخصين "ولكنه مع ذلك مال متقوم له حظه من التداول والتعامل، وهو على هذا الوصف الأخير في حاجة للاستقلال عن أطرافه فلا تعقد حياته بحياتهم. وإذا كانت حياة الأشخاص معقودة بالموت فالالتزام معقود بأدائه كما أن الحق معقود باستيفائه. ولن يمكن أن تستقر معاملة إذا كانت الديون تعقد بحياة أطرافها أو بأشخاصهم فتتقضي بموت الدائن أو المدين أو لا يمكن أن تؤدي إلا من هذا الدائن لذلك المدين. من أجل ذلك قضى القانون بنفاذ

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1109، بتاريخ 18-12-1963، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة، المكتب الفني، ج 9، مجلس الدولة مصر، 1963، ص. 324.

² فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: " لا يسوغ بالنسبة لعقود التوريد وما تقتضيه من توريد أصناف متعددة لجهات متفرقة وعلى فترات دورية، لا يسوغ القول بأن يقوم المتعد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره، والا وضع أمام استحالة مطلقة، وبناء على ما تقدم، وإذ جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجائزة في العقود الإدارية فإنه من غير المستساغ فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب أسم المتعهد من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية، الا إذا قام الدليل المقنع من واقع الأوراق على تواطؤ المدعى أو علمه بغش أو تلاعب من استعان بهم في أداء التزامه، والقول بغير ذلك يؤدي إلى أحجام الموردين في الدخول في المناقصات العامة، وقد يكون منهم كفايات وحسنو السمعة". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0943، بتاريخ 16-01-1971، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 13، المكتب الفني، ج 16، مجلس الدولة مصر، 1971، ص. 150.

³ المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم 488542، صادر بتاريخ 08-10-2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2009، ص. 187-189.

حكم العقد في حق طائفة من الأشخاص هم الخلفاء (ayants-cause)¹.

وعليه، فقد يطرأ على المتعاقد إحدى الحالات التي لا تمكنه من أداء التزامه بتنفيذ العقد كأن يتوفى، أو يصاب بعجز بدني يمنعه من القدرة على الوفاء بالتزاماته. كما قد يكون المتعاقد شركة تنتهي شخصيتها القانونية. فكيف نظمت التشريعات هذه الحالة، وما هي الحالات التي يمكن فيها الاستمرار في تنفيذ العقد رغم وفاة المتعاقد أو عجزه؟

أولاً: وفاة المتعاقد في التشريعات المدنية

يرجع البعض² فكرة استمرار العلاقات التعاقدية بعد وفاة المتعاقد- في التشريعات الوضعية- لأصول تاريخية وفلسفية قديمة، تتمحور حول تطور مبدأ الاستخلاف الذي يحكم العلاقات الإنسانية في شقها القانوني. وتأثراً بما ورد في التشريعات الرومانية، نص القانون المدني الفرنسي- قبل تعديله- في المادة 1122 منه على أنه يفترض في الشخص أنه تعاقد لحسابه ولحساب ورثته ومن يخلفه، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل خلاف ذلك³. "On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention."

وللإشارة، فقد اختلف في تحديد المقصود بمصطلح "stipulé" وبالتالي معرفة حكم هذا النص. لذلك اختلف حول مدى انتقال الحقوق والالتزامات التي ينشئها السلف إلى الخلف:
* اتجاه قائل بأن الاستخلاف يقع في الحقوق دون الالتزامات:

كما نصت المادة 145 من القانون المدني المصري-وتقابلها المادة 108 من القانون المدني الجزائري- على أن "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام. دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام." ومنه، تنظم التشريعات المدنية حالة وفاة المتعاقد عند بيانها للخلف العام، وهذا الأخير لكونه محل السلف، فهو يتحمل الحقوق والواجبات ليس بالاعتبار الشخصي، ولكن على أساس انصراف آثار العقد للخلف العام. ويقصد بالأخير " هو من يخلف سلفه في كل حقوقه، سواءً

¹ حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 285.

² ينظر:

Georges-Charles MARSEILLE, Continuation de la personne d'une défunte conséquence de cette fiction en Droit romains et en droit française, thèse de doctorat, faculté de droit de Paris, 1873, p p. 10-14. Disponible sur le site : (14-5-2020 À l'heure 08:35)

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56843517/f3.item.r=contrat.texteImage>

³ تنص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي- قبل تعديل 2016- على ما يلي:

أخلفه فيها لوحده، أو خلفه فيها مع غيره...ويكون بذلك الخلف العام هو الوارث والموصى له بنسبة من مجموع التركة¹.

وتسري قاعدة انصراف آثار العقد الذي يبرمه السلف إلى خلفه العام بالنسبة إلى الحقوق التي يرتبها العقد، فإذا مات البائع مثلا خلفه وارثه في الحقوق التي تنشأ من البيع، لاسيما الثمن. وإذا مات المشتري، خلفه وارثه في حقوقه، وعلى الأخص ما يتعلق منها بنقل الملكية وبتسليم المبيع.

أما بالنسبة للديون فلا يعمل في القانون المصري والجزائري أيضا شأنهما في ذلك شأن غيرهما من قوانين البلاد التي تقضي بخضوع الميراث لحكم الشريعة الإسلامية بأحكام الخلافة كقاعدة عامة. إذ يحول دونهما المبدأ العام الذي يسود نظام الميراث الإسلامي، وهو مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون. فإذا مات العاقد، وكان من شأن العقد الذي أبرمه أن يحمّله بالتزام معين، فالأصل أن يبدأ بتصفية هذا الالتزام عن طريق أدائه من أموال التركة، ثم يوزع الفائض من هذه الأموال على الورثة. فكأن الوارث لا يخلف سلفه في دينه، وإنما الذي يخلفه فيه، في الحقيقة، هو تركته. وهذا هو ما أراد المشرع أن يتحفظ بشأنه بقوله "دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث"².

ويُشار³ إلى أن مفهوم الخلف العام "أثار جدلا واسعا بين الفقهاء، خاصة بالنسبة للدول الإسلامية، حيث نجد المشرع جمع بين مفهومين مختلفين:

*الأول مفهوم استلهمه المشرع من القانون المدني الفرنسي نص عليه في القانون المدني عند تنظيمه الأحوال المالية والذي يتعلق أساسا بانتقال ذمة المورث كاملة من حقوق والتزامات إلى الخلف العام (المادة 108) وبالتالي يحل الخلف محل السلف.

* أما الثاني فاستلهمه المشرع من أحكام الشريعة الإسلامية ونص عليه في قانون الأسرة (المادة 180) يقوم أساسا على فكرة أن الإرث حق شخصي للمورث ولا تركة إلا بعد سداد الدين، هذا ما يجعل انصراف آثار العقد غير وارد، ومن ثم لا يمكن اعتبار الوارث خلفا عاما كما هو الأمر في القانون المدني بل هو من الغير".

ومن ناحية أخرى "يعبر مصطلح الغير عن شخص أجنبي عن وضع قانونية معينة، وتطبيقا لذلك يعتبر الخلف العام غيرا أصلا عن الوضعية القانونية التي تربط بين مورثه وشخص آخر، لكن

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 570-572.

² عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 574.

³ فاطمة الزهراء تبوب، الخلف العام والوارث مفهومين مختلفان لا يتعايشان المادة 108 قانون مدني جزائري كمثال، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، المجلد 27، العدد 1، 2015، ص 64.

سي تدخل في هذه الوضعية القانونية ليصبح طرفا فعلا فيها، على أن ذلك متوقف على شرط موت مورثه ليحل محله في الحقوق وذلك بالنسبة للدول التي تأخذ بالشريعة الإسلامية، وفي الحقوق والالتزامات بالنسبة للدول التي تأخذ بغير الشريعة الإسلامية كفرنسا¹.

وبالرغم مما سبق ذكره، فإن انصراف آثار العقد للخلف العام ليس نتيجة تلقائية ترتبها وفاة المتعاقد وفي كل الحالات، بل يتوقف ذلك مسائل أخرى، حيث لا تنتقل آثار العقد للخلف العام إذا اتفق الطرفان على أن "ينقطع حكم الالتزام بوفاة أحدهما"، وما ذلك إلا إعمال لمبدأ سلطان الإرادة. كما قد تكون الالتزامات والحقوق شخصية، يعتمد أداؤها على شخصية المتعاقد أو قدراته أو كفايته... فينقضي الالتزام بوفاته، كأنقضاء شركة الأشخاص (على عكس شركة الأموال) بوفاة أحد الشركاء، وانقضاء عقد الوكالة بوفاة الموكل².

وبالإضافة إلى هتين الحالتين، قد يمنع القانون أو يقيد سريان آثار العقد على الخلف العام، كعدم نفاذ الوصية التي تتجاوز ثلث التركة، وكعدم سريان أثر الاشتراط لمصلحة الغير على غير من قرر لصاحبه.. أما الخلف الخاص "فهو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه، ومن ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائنا به من قبل"³. وبذلك "فهو من يُستخلف لا على ذمة سلفه وإنما على حق معين بذاته. وهو إذ يُستخلف على ذلك الحق قد يخلف سلفه في بعض حقوق تتصل بالحق الذي استخلف عليه صلة التبعية، فإذا كان مصدر تلك الحقوق عقد بين السلف وآخر فكأن حكم هذا العقد ينفذ في حق الخلف وإن لم يكن طرفا فيه. مثال ذلك مالك لعقار يؤمن عليه ضد الحريق لدى شركة تأمين فينشأ له بهذا العقد حق قبل الشركة ثم يبيع العقار فينتفع المشتري (الخلف الخاص) بحق التأمين الناشئ عن عقد لم يكن طرفا فيه"⁴. ومثاله أيضا حلول الشركة الداخلة محل الشركة المندمجة في تحمل الحقوق والالتزامات⁵...

وإذا كان مما يُفهم مما سبق، أن آثار العقد في القانون المدني تمتد للعاقدين، ولخلفهما العام والخاص، ما لم تقضي طبيعة الالتزام، أو ينص القانون أو العقد على خلاف ذلك. فكيف هو الوضع بالنسبة للعقود الإدارية؟

¹ يحي بدير، الغير في القانون الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018-2019، ص. 106-107.

² حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 295.

³ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 572-576.

⁴ حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 292.

⁵ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 571.

ثانيا: وفاة المتعاقد في العقود الإدارية

لعل تنظيم مسألة استمرار العقد بعد وفاة المتعاقد في العقود الإدارية من بين أهم النقاط التي يختلف فيها الوضع عنه في العقود المدنية، فطبيعة العقد الإداري المُبرم لتحقيق مصلحة عامة، والذي يرتبط بتسيير المرافق العامة، يتم فيه إيلاء أهمية خاصة لشخصية المتعاقد، تستلزم بالضرورة تأكيد نتيجة مفادها "عدم إمكانية الإدارة في التعاقد مع أي شخص"¹. خاصة إذا ما عُلم أن إبرام العقود الإدارية منظم بقواعد موضوعية وإجرائية واجبة الاحترام، ومن أهمها أعمال قواعد المنافسة وحرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين، ومن أهمها أيضا اتباع أساليب التعاقد الإداري التي تختلف عن أساليب التعاقد في القانون الخاص.

على أن ذلك الاختلاف لا يعني عدم استمرار العقد الإداري بوفاة المتعاقد مع الإدارة، ولكن أن يتم وفقا لخصوصية الأخير وعلى ضوء السلطات التي تستأثر بها الإدارة. كما أن الأخيرة أيضا، قد تفقد شخصيتها القانونية، مما يثير التساؤل حول مصير العقود التي أبرمتها جهة إدارية تم إلغاؤها، أو إلحاقها بشخص معنوي عام أو خاص آخر؟

أ-تنظيم حالة وفاة المتعاقد في التشريعات الإدارية

في فرنسا نص قانون الطلب العمومي في المادة 2-2195 L منه على حق الجهة المتعاقدة في امكانية فسخ العقد في حالات القوة القاهرة (force majeure)، ونصت دفاتر الشروط الإدارية العامة على أن وفاة المتعاقد أو عاقته أو عجزه البدني...من بين حالات القوة القاهرة، التي تجيز للإدارة فسخ العقد إذا لم يكن بإمكان ورثته مواصلة تنفيذه. على أنه إذا تضمن العقد بندا خاصا بهذه الحالة، فإنه يكون واجب التطبيق عند تحققها².

¹ "Le premier facteur qui justifie la contrariété de principe de la règle de la continuation par le contrat administratif résulte de son objet même qui explique, par ailleurs, son caractère intuitu personae. N'oublions pas que lorsque l'administration recourt au procédé contractuel, c'est exclusivement pour remplir les missions qui lui sont confiées, celles de police administrative et de services publics. Or, la finalité même de ces missions, c'est de satisfaire l'intérêt général, c'est-à-dire de celui de l'ensemble des administrés, à l'inverse du contrat de droit privé qui, lui, a pour seule finalité de satisfaire les intérêts exclusifs des seuls contractants. C'est cette spécificité du contrat administratif qui explique, dans une large mesure, la différence des règles de fond qui lui sont applicables par rapport à celles régissant le contrat de droit privé... Ce qui donne, par voie de conséquence, à l'administration le pouvoir de conclure des contrats en considération des qualités propres à chaque cocontractant, selon le Conseil d'Etat. Et c'est ce fait, en fin de compte, qui permet de qualifier le contrat administratif de contrat intuitu personae. Car, au regard de la spécificité des missions de l'administration, on comprend aisément qu'elle ne peut se permettre de contracter avec « n'importe qui ». Adamou ALBORTCHIRE, Le Sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales, Thèse de doctorat, Faculté de droit et de science politique, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 24-06-2005, p. 360.

² " Décès ou incapacité civile du titulaire: En cas de décès ou d'incapacité civile du titulaire, le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché ou accepter sa continuation par les ayants droit ou le curateur. Un avenant de transfert est établi à cette fin. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date du décès Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales

ونص قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة في مصر على جواز استمرار تنفيذ الورثة للعقد بعد وفاة مورثهم إذا سمحت الإدارة بذلك¹.

أما في الجزائر، فلم يذكر قانون الصفقات العمومية حالة وفاة المتعاقد، في حين نصت دفاتر الشروط الإدارية العامة في المادة 37 منها على أن: "يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المفاوض، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكامل الأشغال".

ب- مواقف الفقه بشأن وفاة المتعاقد في العقود الإدارية

تميز مواقف الفقه بين ما إذا كان المتعاقد شخص طبيعي أو معنوي: فإذا كان المتعاقد شخصا طبيعيا: يرى الفقيه Gaston JEZE بأن الوفاة تؤدي حتما لفسخ العقد في عقود الالتزام. غير أنه يمكن للإدارة إبرام عقد جديد مع الورثة المؤهلين لتنفيذ العقد كزوجة المتعاقد المتوفي².

أما الفقيه André de LAUBADERE فيقر بدوره "بخصوصية عقود الالتزام" إلا أنه يرى -بالنسبة لمختلف العقود الإدارية- بأنه في الحالات التي لا يذكر فيها العقد أو دفاتر الشروط حكما خاصا بوفاة المتعاقد، يقرر الفقه بأن المبدأ العام هو أن ذلك لا يؤدي لفسخ العقد تلقائيا، وأنه يبقى من حق الإدارة تقرير الفسخ إذا قدرت أن شخصية المتعاقد ضمانا أساسية في التنفيذ السليم للعقد، و "قد يكون الورثة ملزمون بتنفيذ الالتزامات التعاقدية لمورثهم"³. وفي ذات الاتجاه سار

=applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication ou de l'incapacité civile. Elle n'ouvre droit pour le titulaire ou ses ayants droit à aucune indemnité." Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales, op.cit., art 40.

¹ نص قانون تعاقدات الجهات العامة في المادة 52 منه على أنه: "في حالة وفاة المتعاقد أثناء التنفيذ، يحق للجهة الإدارية إنهاء العقد ورد التأمين النهائي للورثة ما لم يكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح لهم بالاستمرار في تنفيذ العقد، وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، جاز للجهة الإدارية إنهاء العقد مع رد التأمين النهائي ما لم يكن لها مطالبات، أو السماح لباقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه" وهو الحكم الذي أكدته اللائحة التنفيذية لهذا القانون في المادة 103 منها، حيث تنص على أنه: "...ويجوز السماح للورثة أو ممثلهم حال تقديمه طلبا بذلك وتوافر المقدرة الفنية والمالية للاستمرار في تنفيذ العقد بالشروط والمواصفات ذاتها المحددة به، شريطة أن يعينوا عنهم وكلاء خلال فترة لا تتجاوز شهرا من تاريخ الوفاة لإتمام الجزء غير المنفذ من العقد، وفي حال عدم مقدرتهم أو عدم رغبتهم في اتمام العقد يتم محاسبتهم وتنفيذ الجزء المتبقي عن طريق طرح عملية أخرى وفقا لأحكام القانون وهذه اللائحة..."

² Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen Etude comparative, Thèse de doctorat, École doctorale et discipline : ED SJP Science Politique, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE, 04-06-2016, p. 253.

³ "... les héritiers ne sont pas dégagés de l'obligation de poursuivre l'exécution des engagements contractés par le de cujus Mais ces principes comportent des particularités, comme on va le voir, en matière de concession de service public." André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, op.cit., p. 47.

أغلب الفقه في فرنسا أنه لا يترتب على وفاة المتعاقد أو عجزه الفسخ التلقائي للعقد، إنما يبقى من تقدير الإدارة الفسخ أو السماح للورثة بمواصلة تنفيذ العقد¹.

أما إذا كان المتعاقد شخصا معنويا: يرى البعض² بأن نهاية الشخص المعنوي، كحل الشركة مثلا، يؤدي إلى فسخ العقد، مع مراعاة كون الحل قد تم بالفعل، فالشركة التي تكون قيد التصفية بإمكانها مواصلة تنفيذ العقد ما لم ينص الأخير على خلاف ذلك. أما في حالة اندماج أو ضم الشركات "فتكون الشركة الداخلة خلفا عاما للشركة المندمجة"³.

ومع مراعاة تنوع الشركات التجارية، واختلاف القوانين التي تخضع لها، خاصة عندما تمارس نشاطا يتجاوز حدود دولة معينة، يمكن القول إن لنصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، حيزا هاما في التطبيق، إلى جانب قواعد القانون التجاري وما تنص عليه عقود تأسيس الشركات. إلا أنه بالنسبة لحالات اندماج الشركات أو تواريخها... يرى البعض بأن تطبيق التوارث وانتقال الالتزامات والحقوق التعاقدية من شركة لأخرى ينبغي أن يتم تجسيده أكثر مما هو عليه الحال في عقود الأفراد، وسبب ذلك حماية تلك الشركات وضمن استمرار نشاطها، بل إن منع استمرار آثار العقد وفقا للاعتبار الشخصي للمتعاقد "تعارض مع الضرورة القانونية لحماية الشركات خاصة المتعثرة منها"⁴.

ج- موقف القضاء الإداري بصدد وفاة المتعاقد في العقود الإدارية

تنوعت اجتهادات القضاء الإداري، بتنوع العقود الإدارية، فلم يكن له توجه محدد يمكن اعتماده بشأن وفاة أو عجز المتعاقد، أو حل أو اندماج أو ضم الشركة أو الكيان المتعاقد مع الإدارة. ومن القرارات الجديرة بالذكر في هذا الصدد، قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 03-04-1925، والذي فصل في منازعة وقعت بمدينة معسكر بالجزائر، حيث استفاد المتعاقد (Merlo) من عقد امتياز توزيع الطاقة الكهربائية بموجب عقد أبرمه مع إدارة المدينة⁵. ومما قرره المجلس بهذا

¹ Christophe LAJOYE, op.cit. , p. 527.

² Aiad SHWEKAT, op.cit. , p. 254.

³ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، ج7، دار محمود للنشر، القاهرة، مصر، ص. 1097.

⁴ " Selon cet article, une fusion ou scission entraîne la transmission universelle du patrimoine des sociétés qui disparaissent au profit des sociétés bénéficiaires, ce patrimoine étant transmis dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Cette formulation est telle qu'une certaine doctrine a cru y voir une disposition d'ordre public ...Affirmer, d'une manière péremptoire et sans réserves, que la seule considération personnelle du contrat empêche sa survie, en cas de fusion, heurte, par ailleurs, l'impératif légal de sauvegarde de l'entreprise en difficulté...". Adamou ALBORTCHIRE, op.cit. , p. 182.

⁵ Paul BOUGAULT, Les obligations du concessionnaire strictement limitées à son cahier des charges (Arrêt du Conseil d'Etat du 3 Avril 1925), La Houille Blanche - Revue internationale de l'eau, la Société Hydrotechnique de France, N°3 (Mai-Juin 1925), pp. 88-91. Disponible sur le site : (16-5-2020 À l'heure 20:30) <https://www.shf-lhb.org/articles/lhb/abs/1925/03/lhb1925016/lhb1925016.html>

الصدد أن العقد المعني "لم يتضمن أنه في حالة وفاة صاحب الامتياز، يجب أن يحصل الورثة على إذن من أجل مواصلة توزيع الطاقة الكهربائية، أي مواصلة تنفيذ العقد". واعتبر البعض أن هذه العبارة ملفتة للغاية وجديرة بالاهتمام، وعلى ضوءها يمكن فهم اتجاه مجلس الدولة في إمكانية عدم لزوم إذن الجهة المتعاقدة من أجل مواصلة الورثة تنفيذ عقد مورثهم، بصدد هذا العقد، خاصة وأن الأخير عندما استفاد من الامتياز كان يبلغ من العمر 40 سنة، ومدة العقد هي 40 سنة. وعليه كان من المتوقع تماما ألا يتمكن المتعاقد من تنفيذ العقد بنفسه، وأن يحل ورثته محله في ذلك¹.

وبعد عقود من صدور هذا القرار، وظهور التشريعات المطبقة على المشتريات العامة، وتطور قواعد امتياز الخدمات العامة... فقد كان لرأي مجلس الدولة المؤرخ في 08-06-2000² أهمية خاصة في تحديد أحكام استمرار العقد الإداري عند فقد المتعاقد لشخصيته، خاصة إذا كان شخصا معنويا (شركة). ويستنتج من هذا الرأي ما يلي:

* أنه استند على القانون المدني، قانون العقوبات، وذلك للإجابة على ثلاثة أسئلة قدمها وزير المالية والاقتصاد والصناعة تتمحور حول مدى تطبيق قانون الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته: عند التنازل بصفة مباشرة على صفقة عمومية أو تفويض خدمة عامة لطرف ثالث، وعند استحواذ شركة أخرى (وفقا لنصوص القانون التجاري) على الشركة التي تتولى تنفيذ الصفقة العمومية أو عقد تفويض المرفق العام، وعند استحواذ شركة على شخص معنوي له شركات تابعة تقوم بتنفيذ صفقات عامة أو عقود تفويض خدمات عامة؟

وإجابة على ذلك، وبعد ذكر مبادئ ابرام الصفقات العمومية وعقود تفويض الخدمة العامة (حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين...)، ذكر هذا الرأي بأن "اجتهاد مجلس الدولة ومنذ وقت طويل أرسى مبدأ ابرام هذه العقود بالنظر للاعتبارات الشخصية للمتعاقد، ولفت إلى أن التنازل عن العقد أو نقله، لا يمكن أن يتم -حتى في حالة عدم وجود نص- إلا بموافقة مسبقة من الجهة المتعاقدة"³. كما ذكر الرأي بأنه "حتى عندما يكون التنازل أو نقل الامتياز مصرحا به، فإن مجلس الدولة دائما ما يعبر بأن اختيار المتعاقد الجديد لم يخضع لأي اجراء منافسة عامة"⁴.

¹ Paul BOUGAULT, op. cit., p. 90.

² CE-Avis n° 364 803 ñ 8 juin 2000, Section des finances : Disponible sur le site : (14-5-2020 À l'heure 10:00) <https://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-avis-364803-cession-marches-dsp.pdf>

³ "Le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, en revanche, posé depuis fort longtemps le principe selon lequel ces contrats sont conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant («intuitu personae»); il en a tiré la conséquence que la cession d'un marché ou d'une concession ne pouvait avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité cocontractante."

⁴ "Lorsque l'autorisation de cession peut être légalement accordée, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a toujours jugé que le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant de l'administration n'était soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence."

كما ميز هذا الرأي بين حالات اندماج أو ظم الشركات التي تقوم بتنفيذ الصفقات وعقود امتياز الخدمة العامة، أو تغيير مالكي الأسهم في نفس الشركة، وبين الطرف الجديد في العقد، وهو الذي يكون منفصلاً ومتميزاً عن المتعاقد السابق " la notion de tiers auquel le contrat est cédé doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat".

وخلص هذا الرأي إلى ضرورة تقييد الجهات الإدارية المتعاقدة بقواعد المنافسة وشفافية الإجراءات، والتأكد عند تنفيذها للعقود التي قد تتغير فيها وضعية الطرف المتعاقد أو يحل محله متعاقد آخر، من الكفاءة المطلوبة لتنفيذ العقد، وذكر بالعقوبات الجنائية التي تسلط على مرتكبي التحايل أو التلاعب الذي يهدف لاستبعاد قواعد المنافسة والشفافية واللجوء غير المشروع للتنازل أو لإحلال طرف محل الطرف الأصلي في الصفقات العمومية، أو عند التنازل عن عقود تفويض الخدمة العامة¹.

والظاهر مما سبق، أن الالتزام بالتنفيذ الشخصي لمحل العقد يعد الالتزام الأساسي للمتعاقد مع الإدارة، وعلى الرغم من ذلك سمحت التشريعات بالتعاقد من الباطن من أجل تنفيذ جزء من العقد، حددها لمشرع الجزائري أقصاه (40٪) ولم ينص التشريعين المصري والفرنسي على حدوده القصوى، كما منع التشريعين المصري والجزائري التنازل عن العقد فيما اعتمده المشرع الفرنسي وحدد ضوابط اللجوء إليه. أما حالة وفاة المتعاقد فلا يترتب عليها بالضرورة نهاية العقد الإداري، خاصة وأن الإدارة في الغالب تتعاقد مع أشخاص معنوية خاصة (الشركات والمقاولات والمؤسسات).

وكما يلقي على عاتق المتعاقد التزامات محددة، فقد مكنه القانون من مجموعة من الحقوق أهمها الحق في المقابل المالي والحق أيضاً في التوازن المالي للعقد. يتم التطرق لذلك فيما يلي.

المطلب الثاني

حقوق المتعاقد (الحق في التوازن المالي للعقد)

بالإضافة إلى حقوقه المثبتة في العقد الأولي، يستفيد المتعاقد مع الإدارة من حقوق مالية أخرى تستمد من طريقة وتطور تنفيذ العقد، وإذا كان الحصول على المقابل (المالي) هو حق أساسي لأي متعاقد في العقود التبادلية، إلا أن هذا المقابل في العقود الإدارية له بعض الأحكام والخصائص المميزة، حيث يرى البعض بأن "الحق في التوازن التعاقدية هو أساس مناسب- وإن لم يكن شامل- لتبرير النظريات الرئيسية المطبقة على العقود الإدارية"². ولتوضيح ذلك يتم التطرق للآثار المالية لنظرية القوة القاهرة (الفرع الأول)، ثم لنظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني)، ولنظرية عمل الأمير (الفرع الثالث).

¹ Grégory KALFLECHE, op.cit., p. 513.

² Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, op.cit., p. 46.

الفرع الأول

نظرية القوة القاهرة

القوة القاهرة هي "حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية أو أحد هذه الالتزامات"¹، وهي أيضا "الحادث غير المتوقع، الذي لا يمكن دفعه، والذي يجعل الالتزام مستحيلا"². "وبصورة عامة فإن شروط القوة القاهرة في القانون الإداري هي ذاتها في القانون المدني"³، فالحدث الذي يشكل قوة القاهرة له ثلاث خصائص: أنه سبب خارج عن إرادة المدين، لا يمكنه التنبؤ بوقوعه، وليست له القدرة على مقاومته أو دفعه⁴.

أولا: آثار تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقود المدنية

نظمت التقنيات المدنية آثار العقد، وكما أن الأخير في الحالات العادية يتم تنفيذه وفقا لما اتفق عليه الأطراف عند إبرامه، فقد يحدث أيضا في حالات أخرى أن يعوق التنفيذ العادي حوادث خارجة عن إرادة الطرفين. وفيما يلي يتم التطرق لنظرية القوة القاهرة في أحكام القانون المدني، ثم لشروط وآثار تطبيقها أمام القضاء المدني.

1- القوة القاهرة في القانون المدني

يُستحسن الإشارة في البداية إلى أن القانون المدني الفرنسي عرف نظرية القوة القاهرة منذ صدوره سنة 1804، وأعاد النص عليها بعد تعديله سنة 2016. وقد نص هذا القانون في المادة 1218 منه على ما معناه أن "القوة القاهرة" في المسائل التعاقدية، تتحقق عندما يمنع حادث خارج عن قدرة المدين، ولم يكن من الممكن توقعه بشكل عادي عند إبرام العقد، والذي لا يمكن تجنب آثاره، ويمنع المدين من أداء التزامه. وإذا كان العائق مؤقتا، يتم تعليق الالتزام، وإذا كان العائق نهائيا يتم

¹ محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998، ص. 14.

² سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، 2005، ص. 633.

³ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 15.

⁴ " L'événement constitutif du cas de force majeure présente trois caractères: extériorité par rapport au défendeur, imprévisibilité quant à sa survenance et irrésistibilité durant à ses effets". Agathe VANGLANG & Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, Dictionnaire de droit administratif, 7^{me} édition, DALLOZ, France, 2015, p. 221.

إنهاء العقد ويجرر الأطراف من التزاماتهم وفقا لما نصت عليه المادتين 1351¹ (استحالة التنفيذ النهائية لقوة القاهرة) والمادة 1-1351² (الشروط المتفق عليها في حالة القوة القاهرة).

كما نصت بعض مواد القانونين المدنيين المصري والجزائري على القوة القاهرة، وقرنت ذكرها "بالسبب الأجنبي الذي لا يد للمدين فيه"، وقررا-بصياغة متقاربة-انقضاء الالتزام وفسخ العقد عند استحالة الوفاء بسبب أجنبي، كما قررا عدم تحمل المدين للتعويض إذا أخل بتنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة أو السبب الأجنبي. كما قررا أيضا بجواز "الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة"³.

ويرى البعض⁴ بأن "السبب الأجنبي ينحصر في القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، خطأ المضرور، وخطأ الغير" معتبرا أن ما أورده مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مثل "العيب الملاصق للشيء" والمرض المفاجئ" لا تعد من قبيل السبب الأجنبي.

2- القوة القاهرة وفقا للقضاء المدني:

عرّفت محكمة النقض الفرنسية القوة القاهرة بأنها "الظرف الاستثنائي، الأجنبي على الشخص الذي ثبت في حقه، والذي نتج عنه منعه من أداء الخدمات المستحقة للدائن". ولكي يكون للقوة

¹ " Article 1351: L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure."

² "Article 1351-1 : Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose."

³ نص القانون المدني المصري في المادة 373 منه، والتي تقابلها المادة 307 من القانون المدني الجزائري على أن "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه". ونصت المادة 159 من القانون المدني المصري يقابلها المادة 121 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (بقوة القانون)".

ونصت المادة 165 من القانون المدني المصري ويقابلها المادة 127 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

وتنص المادة 215 من القانون المدني المصري ويقابلها المادة 176 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وتنص المادة 217 من القانون المدني المصري ويقابلها المادة 178 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة".

⁴ علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 101.

القاهرة تأثير من هذا القبيل، من الضروري أن يلاحظ القاضي أن الحدث الذي يعتمد عليه المدين كان شديداً لدرجة أنه لم يستطع مقاومته¹.

أما في مصر فقد قضت محكمة النقض² بأنه "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة- أنه يُشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي". وأكدت ذات المحكمة تمسكها بشرطي "عدم إمكان التوقع، واستحالة دفع الحادث"، للقول بتوافر وصف القوة القاهرة، في كثير من أحكامها، مقررته بأن "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 373 من القانون المدني قد تكون سرقة بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع وينقضي بها التزام المدين".

أما في الجزائر فقد قضت المحكمة العليا بأنه يُشترط لوصف التوقف عن النشاط بالقوة القاهرة "هو أن يكون مفاجئاً وغير متوقع، لا يمكن تفاديه أو مقاومته أو التحكم فيه، خارجاً عن نطاق إرادة المستخدم، وغير ناتج عن خطأ تعود مسؤولية ارتكابه إليه. مع الإشارة إلى أن التوقف الناتج عن أسباب اقتصادية لا يدخل في هذه الحالة، ويخضع للمواد 69... من القانون 90-11...³".

ثانياً: آثار تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقود الإدارية

نصت تشريعات العقود العامة على القوة القاهرة. كما راقب القضاء الإداري مدى توافرها، وما يترتب على ذلك من آثار.

1- القوة القاهرة في القانون الإداري

في فرنسا نص قانون الطلب العمومي في المادة 2-2195 L على أنه "يجوز للجهة المتعاقدة (المشتري العمومي) فسخ العقد في حالة القوة القاهرة". وفي مصر، لم ينص قانون تعاقدات الجهات العامة على

¹ "La "force majeure" est la circonstance exceptionnelle, étrangère à la personne de celui qui l'éprouve, qui a eu pour résultat de l'empêcher d'exécuter les prestations qu'il devait à son créancier. Pour que la force majeure entraîne un tel effet il est nécessaire que le juge constate que l'événement dont le débiteur se prévaut ait eu une intensité telle, qu'il ne pouvait y résister."

<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/force-majeure.php>

² محكمة النقض، مصر، حكم صادر في الطعن رقم 139 لسنة 60 قضائية، جلسة 14 أبريل 1997، مجموعة أحكام محكمة النقض، الجزء 1، السنة 48، ص. 649.

³ المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 534176، بتاريخ 03-12-2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، جوان 2011، ص. 169-172.

الأحكام المتعلقة بحالة القوة القاهرة صراحة. أما في الجزائر فقد نص قانون الصفقات العمومية ودفتر الشروط الإدارية العامة على امكانية فسخ الصفقة في حالة القوة القاهرة¹.

2- القوة القاهرة وفقا للقضاء الإداري

تجدر الإشارة إلى قرارات مجلس الدولة الفرنسي، والتي فصل فيها حول الادعاء بالقوة القاهرة كسبب للتحلل من الالتزامات العقدية، والتي من خلال النظر إليها-مجمعة ومتعاقبة(تراكمية)²- يمكن استخلاص شروط إقراره بالقوة القاهرة، ومن هذه القرارات الصادر بتاريخ 29-01-1909 في قضية (Compagnie des messageries maritimes) الذي أكد فيه أن من أهم شروط القوة القاهرة "أن تكون خارجة عن إرادة المدين، ولا يمكنه دفعها"³. ومنها أيضا القرار الصادر بتاريخ 17-12-1926 في قضية "Sté des chantiers de l'Adour" الذي أكد فيه شرط عدم توقع الحدث "عند إبرام العقد" لاعتباره قوة القاهرة⁴.

وتماشيا مع هذا التطبيق، أصدرت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة Nantes حكمها بتاريخ 05-11-1998، وتتلخص وقائع النزاع في أن العاصفة التي ضربت المدينة ليلي 15-16 أكتوبر 1987، أدت إلى تدمير أجزاء من مباني السوق المغطاة في المدينة، ورغم تحقق شروط عدم التنبؤ وبعدم

¹ نصت المادة 151 من قانون الصفقات العمومية على أنه: "...يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض". كما نصت المادة 27 من دفا تر الشروط الإدارية العامة، في فقرتيها الرابعة والخامسة، وبعد ذكرها لمسؤولية المقاول بشأن تدابير الوقاية والحرص على تأمين الورشة ومحتوياتها من الأخطار المتوقعة، على ما يلي:

"4- لا تدخل في عدد التدابير المتقدمة حالات القوة القاهرة، التي يقوم المقاول بالإعلام بها كتابيا في أجل عشرة أيام على الأكثر من حصولها، وفي هذه الحالة مع ذلك، لا يؤدي للمقاول تعويض ما إلا بمصادقة الإدارة ولا يقبل من المقاول أي مطلب بعد انقضاء أجل العشرة أيام.

5- يجوز أن يتضمن دفتر الشروط الخصوصية بالنسبة للميزات ومختلف الحوادث الطبيعية كالجليد وسرعة الرياح وسرعة التيار واتساع الاضطراب البحري وارتفاع الفيضانات، تعيين حدود القوة القاهرة القصوى التي لا يمكن للمقاول التمسك في كل الأحوال بها".

² Pascal GAREAU, Alima MIAL, L'impact de la crise sanitaire sur les marchés de travaux en cours d'exécution, p. 2. Mise à jour le 26 mars 2020, UNION NATIONALE DES FEDERATIONS D'ORGANISMES HLM, (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 12:00) Lien :

<https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Mise+%C3%A0+jour+le+26+mars+2020+UNION+NATIONALE+DES+FEDERATIONS+D%E2%80%99ORGANISMES+HLM>

³ Conseil d'Etat, du 29 janvier 1909, n° 17614, publié au recueil Lebon (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 13:00) Lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATE63516>

⁴ Conseil d'Etat, 17 Décembre 1926, "Sté des chantiers de l'Adour" (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 14:00) Lien : <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Entrees/Force-majeure.htm>

امكانية دفع هذا الحادث، وهي شروط القوة القاهرة، فقد قضت المحكمة بمسؤولية من قام ببناء المباني والإشراف على عملية البناء... لما تأكد لها من "سوء الإنجاز"¹. ويتبين من هذا الحكم أن حالة القوة القاهرة لا تنفي إلزام المتعاقد المقصر بالتعويض، أي أنها لا تنفي قيام التعويض عند توفر شروطه.

أما في مصر: قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "القوة القاهرة تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري على النحو الذي عليه في ميدان القانون الخاص. ولا تتوفر حالة القوة القاهرة إلا إذا اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تماما عن إرادة المدين، وأنه ما كان يمكنه توقعها، وأنه أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ التزامه". كما يجب الجمع بين شروط "القوة القاهرة" للقول بتوافرها².

الفرع الثاني

نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة (Théorie de l'imprévision) وكما يسميها البعض "تغير الظروف"³ و"نظرية الطوارئ غير المتوقعة"⁴، فهي "أقرب ما يكون إلى نظرية القوة القاهرة من حيث هي تفترض طروء حادث مفاجئ أثناء العقد لم يكن يتوقعه المدين ولم يكن في طاقته دفعه. على أنها إذا اتفقت معها من حيث طبيعة الحادث وعدم نسبته للمدين فهي تختلف معها من حيث أثر الحادث:

¹ Cour administrative d'appel de Nantes, 3e chambre, du 5 novembre 1998, 94NT00398, mentionné aux tables du recueil Lebon (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 17:00) Lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT00000752988>

² حيث قضت بأنه: "إن كان الإجراء الذي اتخذته مصلحة الآثار بمنع العمل في الموقع لمدة تسعة أشهر يستند إلى ما لهذه المصلحة من سلطة عامة في تنفيذ القوانين المتعلقة بالآثار، غير أنه مع ذلك لا يعتبر بمثابة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي يعفي جهة الإدارة المتعاقدة من تنفيذ التزامها المشار إليه، ذلك لأنه من الأمور المسلمة أنه يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون غير ممكن التوقع مستحيل الدفع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه أو أمكن دفع الحادث ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه أعباء المدين من التزامه، والذي يبين من الاطلاع على المادة السادسة والعشرين من عقد الأشغال العامة المبرم بين المدعى وجهات الإدارة المدعى عليها أن العمل كان يجري في منطقة أثرية وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار في الموقع، ويترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وإيقاف العمل كان أمراً متوقعاً ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سبباً أجنبياً أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعى عليهم من التزامهم بتمكين المدعى من المضي في تنفيذ العمل المتعاقد عليه حتى يتم إنجازه، و كان يجب عليهم قبل أن يكلفوا المدعية بالعمل أن يتأكدوا من مصلحة الآثار أنه لا يوجد بالموقع ما يحول دون تنفيذ العملية المتعاقد عليها في الأجل المتفق عليه". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1320، لسنة 12ق، بتاريخ 15-02-1962، المكتب الفني، ج14، مجلس الدولة، ص 373.

³ حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 460.

⁴ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع لسابق، ص. 634.

إذا كان الحادث يجعل التنفيذ مستحيلا فنحن في صورة القوة القاهرة ونفي مسؤولية المدين اطلاقا. أما إذا كان الحادث يزيد كلفة المدين فنحن في صورة تغير الظروف... ولا تعرض هذه النظرية إلا إذا كان تغير الظروف يؤثر في ميزان العقد تأثيرا غير مألوف¹. وتعبيرا عن التقارب بين المفهومين، يطلق البعض على الظروف الطارئة تسمية "القوة القاهرة الإدارية"²، كما ووصفت أيضا بأنها "مركز وسط"³ بين الظروف العادية التي يستطيع فيها المتعاقد تنفيذ التزاماته وبن القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام اطلاقا. على أن بعض الآراء⁴، تؤكد على "معنى الاستحالة" فهي "تعني في القانون الخاص الاستحالة المادية المطلقة، أما في القانون الإداري فيمكن أن تكون الاستحالة اقتصادية"⁵.

وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ حلمي بهجت بدوي⁶ يرى بأن الأسانيد التي تمت الاستعانة بها لتبرير نظرية تغير الظروف في القانون المدني "وإن توفر فيها حسن المقصد إلا أنها لا تنجح في صياغة النظرية صياغة فنية سليمة"، فتنفيذ العقود بحسن نية لم يُشرع لإجازة المطالبة بتعديل ميزان العقد تعديلا جوهريا، وإنما يتعلق بتحديد نطاق الالتزام العقدي وما يرتبط به من التزامات تبعية... كما أن نظرية التعسف شُرعت للحد من استعمال الحقوق بقصد إضرار الغير، والدائن في صورة تغير الظروف لا يقصد إضرار المدين عندما يطالب بتنفيذ العقد طبقا لأحكامه.... وانتهى هذا الرأي للقول "بأن الحقيقة أن هذه النظرية لا يمكن إدخالها في حضيرة القانون المدني لا بإسنادها إلى نصوص القانون المكتوب ولا إلى المبادئ العامة التي تتحكم في هذا القانون. فهي على العكس تناقض هذه النصوص وتتعارض مع هذه المبادئ".

ووفقا لبعض الآراء⁷؛ فإن هذه النظرية التي تم قبولها في نطاق العقود الإدارية، منذ قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Gaz de Bordeaux"، فقد تم رفض الأخذ بها من قبل محكمة النقض الفرنسية، من خلال حكمها في قضية "Canal de Craponne".

¹ حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 460.

² عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975. ص. 156. مقتبس عن: بشار رشيد حسن المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-

المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص. 80.

³ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع لسابق، ص. 633.

⁴ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ط4، د م ج، الجزائر، 1986، ص 393.

⁵ وهذه إشارة إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 9-12-1932. وسيأتي التعرض له.

⁶ حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص 464.

⁷ Jean-Baptiste SEUBE, op.cit., p. 46.

إلا أن التطورات اللاحقة أظهرت مدى تأثير العقد المدني بالعوامل الخارجية التي تحيط بتنفيذه. بل قد تقرر بعض القوانين "تعديل" العقود بهدف تكييفها مع الظروف الاقتصادية (على غرار نص المادة 1/833 من القانون المدني)، كما يشار أيضا إلى الحلول القضائية التي اعتمدت رؤية ديناميكية لتطبيق نص المادة 1134 من القانون المدني " Ces solutions se fondent sur une vision dynamique de l'article 1134".

أولا: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية

تبني القانون المدني المصري-الجديد-وكذا القانون المدني الجزائري، نظرية الظروف الطارئة، كما تبناها المشرع الفرنسي بعد تعديل 2016. وطبق القضاء المدني شروطها على النحو التالي:

1- نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني

قن المشرع الفرنسي نظرية الظروف الطارئة حديثا بموجب تعديل القانون المدني الصادر سنة 2016، وذلك في المادة 1195¹ والتي تنص على ما يلي: "إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض. في حالة رفض أو فشل التفاوض يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في الوقت وبالشروط التي يحددها، أو أن يطلبوا من القاضي تكييف العقد مع الظروف، فإذا لم يتفقا خلال مدة معقولة جاز للقاضي بناء على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو إنهائه في الوقت وبالشروط التي يحددها".

وبعد أن ذكر قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" نص القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 147 منه على أنه "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". وقد نصت الفقرة

¹ " Article 1195: Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري-على مضمون هذا النص¹.

وينبغي بهذا الصدد ملاحظة ما قرره هذان النصان "ويقع باطلا..." ومقابلته بما تم ذكره أنفاً "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة". إذ كيف يمكن الجمع بينهما؟

لقد أجابت محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها: "لما كان الحكم قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني، وانتهى من ذلك إلى تقرير ذات التخفيض تأسيساً على أن تطبيق هذه النظرية من النظام العام، في حين أن النص في الشرط الأخير من المادة المشار إليها على أن "يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" يدل على بطلان الاتفاق مقدماً على استبعاد تطبيق هذه النظرية أما بعد وقوع الحادث الطارئ حيث تنتفي مظنة الضغط على المدين المرهق فيجوز له النزول عن التمسك بذلك التطبيق، مما مؤداه ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب، لما كان ذلك وكان البين من أوراق الطعن أن المطعون ضده الأول لم يتمسك بتطبيق هذه النظرية ولم يؤسس دعواه عليها، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبب يوجب نقضه.."².

وعليه، يُعدّد بعض الفقهاء³ ستة شروط للقول بتوافر الظروف الطارئة⁴: وهي أن يقع حادثٌ استثنائي، وهو الذي يندر حصوله. بحيث يكون شاذاً. بحسب المؤلف من شؤون الحياة، وأن يكون الحادث عاماً، وليس خاصاً بالمدين، كانهخفاض سعر العملة، وأن يكون الحادث غير متوقع الحصول وقت إبرام العقد، وخلاف هذا الشرط القول بعدم توقع نشوب حرب مع أن مؤشرات وقوعها معلومة

¹ كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري-على مضمون الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني المصري-وبصياغة متقاربة-على ما يلي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بحسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

² محكمة النقض المصرية حكم صادر في الطعن رقم 269، لسنة 49 قضائية، بتاريخ 9 يناير 1984، المكتب الفني، ج 1، السنة 35، ص. 168.

³ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 546-555.

⁴ ويذكر الأستاذ السنهوري أربعة شروط، الشرط الأول وهو أن يكون العقد متراخياً، وهو شرط "لم يأخذ به القانون المدني المصري الجديد"، أما الشروط الأخرى فهي: وقوع الحادث الاستثنائي العام بعد إبرام العقد، وأنه لم يكن بالوسع توقعه عند الإبرام، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص. 539-541.

لدرج العادي. وأن الحادث لا يمكن توقيه أو دفعه. وأن يقع الحادث يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه. وأن يكون الحادث سببا لإرهاق بالغ للمدين عند تنفيذ التزامه.

ولقد ثار الخلاف حول تفسير هذه الشروط، خاصة شرط العمومية، الذي تم انتقاده من قبل البعض، على أساس أنه يضييق ويحصر نطاق تطبيق النظرية¹. كما كان للقضاء دوراً بارزاً في تحديد هذه الشروط وبيان المقصود بها، كما سيتم التطرق له فيما يلي.

2- نظرية الظروف الطارئة وفقاً للقضاء المدني

فقد عرف القضاء المدني الفرنسي تطورات ملحوظة بخصوص هذه النظرية، وعلى الرغم من مناداة جانب من الفقه إلى الأخذ بها، لم يتحقق ذلك تشريعياً إلا بعد تعديل سنة 2016، كما سبقت الإشارة إليه. وعلى الرغم من ذلك، وإن لم تقر محكمة النقض الفرنسية في البداية بالنظرية²- إلا أنها أقرت في عدة أحكام حديثة تدخل القاضي لمراجعة العقد والتخفيف على المدين المهق بسبب ظروف خارجة عن إرادته، فاعتبرت بأن رفض الشركة مراجعة شروط العقد لتغيير الظروف تعسفاً في حق المدين³. كما ألزمت الطرفين بإعمال حسن النية وإعادة التفاوض لاختلال التزامات الأطراف الناتج

¹ يقول الأستاذ السهنوري بصدد "شرط عمومية" الحادث الطارئ ما يلي: "وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية، كما فعل القانونان البولوني والايطالي. ولكن لجنة المراجعة، رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تززع كثيراً من القوة الملزمة للعقد، اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة." والمراد بإضافة هذا الوصف - كما قيل في اللجنة- أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض، أو غارة غير منتظرة للجراد، أو انتشار وباء". ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين - كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محموله- لا تكفي لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة". عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص. 540.

² "... La sécurité des affaires étant incompatible avec l'instabilité qu'induirait une révision tous azimuts, on préfère ainsi voir le contrat se poursuivre tel quel. Le changement des circonstances ne rendant pas l'exécution du contrat absolument impossible, il devrait être sans effet sur celui-ci. Certains arguments sont généralement avancés pour conforter cette thèse. En premier lieu, on fait remarquer que l'imprévision, dès lors, qu'elle ne s'identifie pas à un cas de force majeure, elle ne pourrait en principe entraîner une quelconque adaptation du contrat et, donc aucune modification de celui-ci. En second lieu, elle ne signifie pas, non plus, lésion... Contrairement à la jurisprudence administrative, celle judiciaire est, d'une manière générale hostile à la révision du contrat. Alors que la Cour de cassation refusait toute modification du contrat, quelle qu'en ait été le changement des circonstances, sous prétexte du respect de l'article 1134 du Code civil, le Conseil d'Etat, lui, admettait le contraire. Pour la Haute juridiction administrative, le changement des circonstances économiques ayant motivé la conclusion d'un contrat entraîner le versement d'une indemnité aux contractants victimes du déséquilibre en résultant, indemnité que justifie le rétablissement de l'équilibre financier du contrat...". Adamou ALBORTCHIRE, op.cit., p. 42.

³ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 novembre 1992, 90- 18.547, Publié au bulletin, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007029915>

عن تغير الظروف¹. هذا وقد طالب البعض ومنهم الأستاذ (Daniel Mainguy) بتطبيق المادة 1195 المستحدثة- كقانون جديد- حتى على العقود المستمرة التي تم إبرامها قبل نفاذها على اعتبارها "من النظام العام" وأن استبعاده سيحرم المدين المُرَهق من تحقيق العدالة التي يضمنها النص الجديد². إلا أن محكمة النقض الفرنسية وفي قرارها الصادر بتاريخ 19-09-2018 رفضت تطبيق النظرية على العقود المُبرمة قبل نفاذ النص الذي يقرها (المادة 1195)، ولو استمرت آثار العقد بالسريان على العلاقة بين الطرفين، وعززت المحكمة قرارها استناداً على مبدأ الأمن القانوني واستقرار العلاقات التعاقدية...³.

أما في مصر، وفي حكمها المهم⁴، تطرقت محكمة النقض المصرية لتفصيل شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وبيّنت المقصود بشرط "عمومية الحدث" فبيّنت بأن مفهومه موضوعي وليس ذاتي، يستخلصه القاضي من طبيعة الحدث الخارجي.

¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 novembre 1998, n° 96-18.357, Publié au bulletin, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040987&fastReqId=565834113&fastPos=1>

² Aloïse Quesne, *Le changement de circonstances imprévisible, source de caducité du contrat ? Approche de droit transitoire et de droit substantiel*, 16-01-2019 (Date de lecture 29-05-2020 à l'heure 22:00) Lien: <https://www.actu-juridique.fr/civil/obligations-contrats/le-changement-de-circonstances-imprevisible-source-de-caducite-du-contrat-approche-de-droit-transitoire-et-de-droit-substantiel/>

³ Arrêt n° 837 du 19 septembre 2018 (17-24.347) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2018:C100837 (Date de lecture 27-05-2020 à l'heure 13:00) Lien :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publicies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2018_8490/septembre_8937/837_19_40225.html

⁴ "تشترط الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذي يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له، أن تكون هذه الحوادث عامة غير متوقعة الحصول وقت التعاقد، والبحث فيما إذا كان الحادث غير عام وبما وسع الشخص العادي أن يتوقعه أو أنه من الحوادث العامة الطارئة الغير متوقعة هو مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع ما دام يقوم على أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر تخفيض المساحة التي تزرع قصباً - بالأطيان المبيعة - إلى 40٪ حادثاً استثنائياً عاماً من شأنه تخفيض الربح ويبرر تخفيض الثمن، وأقام قضاءه على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها. فإن النعي يكون في غير محله.... إن تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقاً للمادة 147/2 من القانون المدني رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهديد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ومناطق هذا الإرهاق الاعتبارية الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر الإرهاق من ظروف الصفقة وملابساتها ومن أن ما طرأ على انخفاض القيمة الإيجاري للقدان بالإضافة إلى خفض المساحة التي تزرع قصباً وما ترتب على ذلك من هبوط الربح السنوي للأطيان المبيعة هو من قبيل الخسارة التي ترهق كاهل المشتريين إرهاباً يتجاوز حد السعة، لما كان ذلك وكان ما أورده الحكم في هذا الشأن سائغاً

أما بالنسبة للقضاء المدني الجزائري فلعل نقص أو ندرة الاجتهادات بصدد تطبيق النظرية قد ترد وفقا لبعض الآراء لهذا الشرط. حيث يقول "ومن التأثيرات المترتبة على اشتراط وصف العمومية في الظرف الطارئ في نص المادة 107/3 مدني جزائري النقص الملحوظ في الأحكام القضائية والاجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة. إذ كيف تطبق والقانون يشترط العمومية، لا شك أن قلة قليلة من الذين أصابهم إرهاب كانوا محظوظين بتوفر شرط العمومية وإلا أين هي هذه القرارات والأحكام القضائية"¹.

ثانيا: آثار نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية

من المستحسن التذكير بأن هذه النظرية: "نظرية قضائية تسمح للشريك المتعاقد مع الأشخاص العامين، الذي يتحمل خطر اقتصادي. الحصول على مساعدة مالية من الإدارة لمواصلة تنفيذ العقد الإداري... ويبرر الأخذ بهذه النظرية، الحق في التوازن المالي للعقد ومبدأ استمرارية الخدمات العامة"².

1- نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري

إن كان تقرير النظرية في القانون المدني مبعثه تحقيق العدالة بين المتعاقدين، إلا أنه في القانون الإداري مستند أيضا على مبدأ استمرارية المرافق العامة. وبصدد نظرية الظروف الطارئة في القانون

=ويدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإن النعي عليه - بأن الخسارة التي لحقت بالمشترين هي خسارة ضئيلة ومألوفة - يكون في غير محله. مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني أنه متى توافرت الشروط التي =يتطلبها القانون في الحادث الطارئ فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا إلى الحد المعقول، وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجه لا يرفع كل خسارة عن عائق المدين ويحملها للدائن وحده، لكنه يجد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك أقسط في مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية المدين، لأن المشرع - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون - أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية ولم يأخذ فيها بمعيار ذاتي أو شخصي، وإنما جعل معيارها موضوعيا". محكمة النقض، مصر، حكم صادر في الطعن رقم 580 لسنة 43 قضائية، جلسة 01 مارس 1970، مجموعة أحكام محكمة النقض، الجزء 1، السنة 28، ص 600.

¹ شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، عدد4، 2010، ص 52.

²Théorie jurisprudentielle permettant au cocontractant des personnes publiques, victime d'un aléa économique. D'obtenir une aide financière de L'administration, afin de poursuivre l'exécution du contrat administratif ... L'imprévision se justifie par le droit à l'équilibre financier du contrat et par le principe de continuité des services publics " Agathe VANG LANG & Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, op.cit., p. 239.

الإداري، يتجسد أحد أهم خصائص هذا القانون وهو أنه قانون قضائي النشأة، حيث تبني القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية دون وجود أي نص في القانون المدني، أما القضاء الإداري المصري فقد "سلم بالنظرية منذ أن اختص بالنظر في العقود الإدارية، على أساس أنها من الأحكام الرئيسية التي تقوم عليها فكرة العقد الإداري. ومن ثم فقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية أن القانون رقم 129 لسنة 1947 في شأن-نظام المرافق العامة التي تدار عن طريق الامتياز-كاشف ومنظم لما ورد به من أحكام، وأنه مجرد تقنين لأحكام العقود الإدارية في خصوص عقد الامتياز"¹.

وفي مصر، لم ينص قانون تعاقدات الجهات العامة على الأحكام المتعلقة بحالة الظروف الطارئة صراحة، وإن نصت المادة 98 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أنه: "...وفي حالة حدوث تأخير في البرنامج الزمني، أو في تنفيذ العقد خارج عن إرادة المتعاقد فيجوز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل تأخير منه".

كما نصت تشريعات المشتريات العامة، في فرنسا ومصر والجزائر، على الأحكام الخاصة بمراجعة الأسعار، خاصة عند تغير الظروف الاقتصادية، مما ينتج معه حق المتعاقد في رفع سعر العقد عند ارتفاع المواد الأساسية المرتبطة بتنفيذه. كما نصت ذات التشريعات، على حالات اعفاء المتعاقد من التعويض عند تأخر التنفيذ لسبب خارج عن إرادته².

وهذه الحالات تدخل في مجملها تحت مظلة نظرية الظروف الطارئة عندما تتوافر فيها الشروط المذكورة أنفاً. لذلك وتبعاً لتكفل المشرع بالنص على تطبيقات متعددة لهذه النظرية يقول البعض: "لقد أصبحت نظرية الظروف الطارئة ذات الأصل الاجتهادي نظرية تقليدية. وقد كرس النصوص وخاصة في العقود الإدارية التي تنص على بنود لتعديل الأسعار تبعاً للهزات الاقتصادية. إن بنود تغيير الأسعار وتحديد التعريفات تجنب الطوارئ غير المتوقعة واللجوء لنظرية الظروف الطارئة التي أصبح استخدامها محدوداً حالياً"³.

2- نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري:

في فرنسا كان لمجلس الدولة الفرنسي السبق في تقرير النظرية وتطبيقها في نطاق العقود الإدارية، وقد كان ذلك في قراره الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية (Compagnie générale

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 638.

² تنظر على سبيل المثال بشأن مراجعة الأسعار: المواد 6-2112 R وما بعدها من قانون الطلب العمومي C C P الصادر سنة 2018 في فرنسا، والمادة 48 من قانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 في مصر، والمواد 100 وما بعدها من قانون الصفقات العمومية م ر 15-247 في الجزائر، السابق الإشارة إليها.

³ أحمد محيو، المرجع السابق، ص 394.

(d'éclairage de Bordeaux) الذي قرر فيه بأن الأحدث الطارئة غير المتوقعة والتي تجعل تنفيذ العقد مرهقا، تؤدي إلى الاستمرار في تنفيذه مع تحمل الإدارة المتعاقدة لجزء من الخسائر التي يتكبدها المتعاقد¹. وهو ذات الاتجاه الذي دأب المجلس على اتباعه في قراراته اللاحقة، كلما توفرت شروط عدم التوقع، وكون الحادث خارج عن إرادة الأطراف، ووقوع الازهاق للمتعاقد في تنفيذ التزاماته².

أما في مصر: وبشأن شروط وأثار تطبيق النظرية، قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: "مناطق أعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف طبيعية أو اقتصادية لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دعفاً وأن تكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً... ومقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً، ودرستوى أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه"³. وهو ذات الاتجاه الذي سلكته هذه المحكمة في كثير من أحكامها⁴.

وفي الجزائر:

من القرارات القضائية التي أشارت لنظرية الظروف الطارئة، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13-12-1968، الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B "حيث عقدت صفقة لتوريد خيم للإدارة، وبعد الإبرام فوجئت الشركة بزيادة على رسوم الانتاج بنسبة 2.5٪، فطلبت تعويضاً مقابل هذه الزيادة، ولكن بما أن الحدث ليس غير متوقع أو غير عادي. فقد رفض القاضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة"⁵.

¹ Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 22:00) Lien :

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>

² Conseil d'Etat, du 9 décembre 1932, n° 89655 01000 01001, publié au recueil Lebon (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 15:00) Lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.d000007636689>

³ المحكمة الإدارية العليا بمصر، حكم صادر في الطعن رقم 0877، لسنة 27 ق، بتاريخ 21-1-1984، المكتب الفني، ج29، مجلس الدولة، ص 505.

⁴ منها حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر في الطعن رقم 2150، لسنة 6 ق، بتاريخ 09-06-1962، المكتب الفني، ج7، مجلس الدولة، ص 1024.

⁵ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13-12-1968، الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B، المجلة الجزائرية، عدد 4، سنة 1969، ص. 1284. مقتبس عن: أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 392-393.

الفرع الثالث

نظرية عمل الأمير

على الرغم من قدم نظرية عمل الأمير (la théorie du fait du prince)، إلا أن الفقه والقضاء لم يتفقا على كلمة سواء في تعريفها وحصص الحالات التي تندرج تحت مضلتها؛ ولعل أول من أبرز هذه الحقيقة هو العميد Maurice Hauriou في تعليقه على قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 11-03-1910 في قضية "Compagnie générale française des tramways"¹، حيث اعتبر أن حالات تطبيق النظرية متباينة ولا تُمكن من إيجاد تصور موحد بشأنها، وأن الاجتهادات القضائية بصدها غير متجانسة...².

كما كان لأطروحة الدكتور ثروت بدوي (Le fait du Prince dans les contrats administratifs)³ دور بارز في التعريف بنظرية عمل الأمير⁴، فأدرج تحتها مختلف حالات التعديل الانفرادي الذي يؤدي لانعدام التوازن المالي للعقد، سواء كان التعديل من الإدارة المتعاقدة، أو من سلطة أجنبية عن العقد، أو وقع كأثر لصدور قانون لاحق على إبرام العقد.

أما الأستاذان (Georges VEDEL & Pierre DELVOLVÉ)، فقد أدرجا تحت عنوان "نظريات التوازن المالي للعقد" حالات التعديل الانفرادي، وكذا الظروف الخارجية عن

¹ CE, 11 mars 1910, Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways. Disponible sur le site : (16-5-2020 À l'heure 20:40) https://fiches.dallozestudiant.fr/fileadmin/content_fiches/Public/Le_contrat_administratif_regime/GraudsArrets_11mars1910.pdf

² "...Le point de vue de la réglementation, qui s'impose au concessionnaire en dehors des stipulations de son contrat ou malgré ces stipulations, et sauf indemnité, avait déjà attiré l'attention sous le nom de fait du prince ... Mais, d'une part, le fait du prince n'est pas uniquement relatif au cas de la concession du service public ni à l'institution du service concédé ; il s'étend à toutes sortes de modifications apportées aux éléments d'un contrat administratif par la réglementation de la Puissance publique, par exemple aux répercussions que peut avoir, sur l'exécution d'un marché de fournitures, l'établissement d'un droit de douane ; d'autre part, dans notre hypothèse spéciale de la concession de travaux publics, le libre jeu laissé à la réglementation a chance de se justifier d'une façon plus satisfaisante,....". Maurice HOURIOU, La double nature de la concession de tramways : à la fois réglementaire et contractuelle, Revue générale du droit on line, numéro 14928, 2015, : Disponible sur le site : (16-5-2020 À l'heure 22:40) <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/11/la-double-nature-de-la-concession-de-tramways-a-la-fois-reglementaire-et-contractuelle/>

³ Saroit BADAOU, Le fait du Prince dans les contrats administratifs, thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris, France, 1954.

⁴ " Il est rare de voir un juriste étranger manifester une connaissance du droit administratif français aussi étendue que celle dont fait preuve M. Saroit Badaoui, auditeur au Conseil d'Etat égyptien. L'ouvrage qu'il consacre à la théorie du fait du Prince, et qui est une thèse de doctorat de la Faculté de droit de Paris entreprise sous la direction du professeur Vedel, constitue une contribution très remarquable à l'un des (problèmes les plus difficiles de la théorie générale des contrats administratifs.". Jean-Marie AUBY, S. Badaoui, Le fait du Prince dans les contrats administratifs, Revue internationale de droit comparé. Vol. 8 N°1, Janvier-mars 1956, p. 158.

المتعاقدين، والتي تؤدي لتعديل العقد ولفقدان التوازن المالي¹.

هذا، ويرى البعض² بأن المقصود بفعل الأمير " كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويرتب له الحق في التعويض. وقد يظهر فعل الأمير في إجراء فردي يصدر بتعديل شروط العقد أو نظام المرفق المتعلق به، كما قد يكون إجراءً عاماً ولكنه يؤثر في موضوع العقد بتعديل الظروف التي وضعت في الاعتبار عند إبرامه. وذلك كما في حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد أو رفع أجور العمال أو زيادة الضرائب". وفعل الأمير وفقاً لبعض المعاجم "إجراء أو قرار يصدر من السلطة العامة يؤدي إلى زيادة أعباء تنفيذ الالتزام ويعتبر من حالات القوة القاهرة"³.

وعلى ذلك، تظهر نظرية فعل الأمير من خلال تطبيقين مختلفين "يؤديان إلى نتائج مختلفة". يتعلق الأول بتدخل السلطة العامة باعتبارها طرفاً في العقد. أما الثاني فهو تدخل السلطة العامة الأجنبية عن العقد⁴. إلا أن بعض الآراء⁵ تعتبر "أن الإجراء الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة هو الذي يدخل ضمن إطار نظرية عمل الأمير".

أولاً: موقف الفقه من نظرية عمل الأمير

يرى بعض الفقه-تعليقا على اجتهادات القضاء الإداري- أنه يمكن القول بأن هناك شروطاً متعددة لتطبيق نظرية فعل الأمير، على الرغم من "أن شروط التعويض كانت محل اجتهادات متناقضة من الصعب جمعها"⁶، ووُصِف بعضها بأنها " كانت معقدة ومتناقضة وضبابية"⁷. وقد اعتبر الدكتور أحمد محيو بأن الشرطان الأساسيان لإعمال النظرية هما: الشرط الأول أن يكون التعديل الانفرادي صادراً من السلطة المتعاقدة.... والشرط الثاني: وهو محل جدل فقهي يمتد للخلاف حول الاعتراف

¹ جورج فيدال وبيير دلفولفيه، القانون الإداري، ج1، المرجع السابق، ص. 353-357.

² ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2000، ص. 597.

³ عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية (معجم عربي انجليزي فرنسي)، ط1، عالم الكتاب ومكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، المرجع السابق، ص. 351.

⁴ Patrice CHRETIEN & Nicolas CHIFFLOT & Maxime TOURBE, op.cit., p. 521.

⁵ "... ومن ثم فالضرف الطارئ الذي يبرر إعمال نظرية الظروف الطارئة يمكن أن يكون اقتصادياً أو طبيعياً أو سياسياً أو إدارياً صادراً عن غير جهة الإدارة المتعاقدة، حيث يدخل الإجراء الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة في إطار تطبيق نظرية عمل الأمير". عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2009، ص. 186.

⁶ أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 389.

⁷ جورج فيدال وبيير دلفولفيه، القانون الإداري، ج1، المرجع السابق، ص. 356.

للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي، فمنكروها يعتبرون "ضمن عمل الأمير" كل الإجراءات التي تتخذها السلطة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة لا باعتبارها طرفاً في العقد، كمسائل الشرطة وتنظيم المرفق. فوفقاً لهذا الرأي "يجب الابتعاد عن الافتراض القائل بأن الشخص العام المتعاقد يتصرف في ممارسة الامتيازات التي يتمتع بها بالاستناد لبند تعاقدي ولسلته في التعديل"¹.

كما يوجز البعض² شروط تطبيق النظرية بأن يتعلق الأمر بعقد إداري، أن يكون تصرف الإدارة مشروعاً، أن يؤدي تصرف الإدارة لزيادة في الأعباء المالية للمتعاقد، وأن يحدث انعداماً للتوازن المالي في العقد. ويترتب على توافر هذه الشروط تعويض المتعاقد "تعويضاً كاملاً" عن كل الأعباء والخسائر التي لحقت به والأرباح التي فاتته" إذا كان في وسعه الاستمرار في تنفيذ العقد. أما إذا أدى تدخل الإدارة لاستحالة تنفيذ العقد، فللمتعاقد الحق في طلب فسخه والتعويض عن الخسائر التي لحقت به إن كان لطلب التعويض داع.

ولقد كان للقضاء الإداري تطبيقات متعددة سعى فيها لتوضيح شروط وآثار تطبيق النظرية.

ثانياً: تطبيق القضاء الإداري لشروط نظرية عمل الأمير

في فرنسا طبق مجلس الدولة نظرية عمل الأمير وفقاً لطبيعة تدخل السلطات العامة وأثر ذلك التدخل على تنفيذ العقد، ورغم اقتضاء النظرية تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً، فقد قضى بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي تلحق بالمتعاقد "دون ما فاتته من ربح" في بعض قراراته، كقراره الصادر بتاريخ 22-1-1952 في قضية "secr. C champouvet" حيث قامت الإدارة بفسخ العقد نتيجة لغزو الألمان لجوب فرنسا. وفي قرارات أخرى قضى المجلس بعدم تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً إذا ساهم بخطئه في إحداث الأضرار الناتجة عن أعمال نظرية عمل الأمير، كما في قراره الصادر بتاريخ 28-11-1924 في قضية "Tanti"³.

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: "إن صدور القانون رقم 204 لسنة 1960 خلال فترة الامتداد هذه يترتب عليه أن تتحمل الهيئة، دون الشركة، بقيمة الزيادة في رسم الإحصاء الجمركي المقررة بموجب هذا القانون دون حاجة إلى الخوض في نظرية فعل الأمير لأن هذه النظرية إنما يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد ولكن الثابت أن المتعاقدين قد توقعوا، عند إبرام العقد، زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها ووضعاً نص البند

¹ أحمد محيو، المرجع السابق، ص 388-389.

² ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 598.

³ في التعليق على القرارين ينظر: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 631.

الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة¹

وفي الجزائر: فقد قضت الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر في حكمها الصادر بتاريخ 11-12-1964 بأن تدفع بلدية "فوكة" تعويضا للشركة صاحبة الامتياز "شركة الكهرباء والغاز الجزائر". حيث أن البلدية المذكورة أرادت بناء مدرسة وطلبت من الشركة أن تنقل على نفقتها مكان الخطوط الكهربائية استنادا لما تنص عليه النصوص التنظيمية ودفتر الشروط. إلا أن حالة بناء مدرسة لم تكن حقيقة ضمن البنود المذكورة في دفتر الشروط الذي ذكر أسباب الأمن العام، أو لأجل شق الطرق... فبناء مدرسة لم يكن من بين الأسباب التي تسمح بالنقل على نفقة صاحب الامتياز، ولم تكن من بين الأمور المتوقعة عند إبرام العقد، فهي تعتبر عملا جديدا يخل بالتوازن المالي للعقد، لذلك قضت المحكمة بضرورة منح تعويض للشركة لقاء نقلها لخطوط الكهرباء².

¹ المحكمة الإدارية العليا، مصر، حكم صادر في الطعن رقم 0147 لسنة 11 ق، بتاريخ 11-01-1969، المكتب الفني ج 14، مجلس الدولة، مصر، ص. 232.

² محكمة الجزائر، الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 11-12-1964، قضية شركة كهرباء وغاز الجزائر ضد بلدية فوكة. مقتبس عن: أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 389.

الفصل الثاني

تطبيق قواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية

على الرغم من أن المقصود بمنازعات تنفيذ العقود الإدارية ينصرف للعقود الصحيحة التي تم إبرامها بتوافر شروط الصحة والانعقاد، إلا أن هذه الحقيقة قد يثبت خلافها- في بعض الحالات- بعد البدء في تنفيذ العقد، حيث يقرر القضاء بطلان العقد، أو بطلان بعض بنوده، أو يقرر إلغاء قرار أو أكثر من القرارات السابقة على التعاقد كل ذلك بعد البدء في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بل في بعض الحالات بعد اتمام تنفيذ العقد، مما قد يخرج الطرفان من حيز المنازعة العقدية. إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود سبل التسوية القانونية القضائية والودية الكفيلة بتعويض المضرور، وبتفضيل سلوك أيسرها للحصول على الحقوق المثبتة للطرفين.

ويعبر عن الوسائل غير القضائية بالوسائل البديلة لحل النزاعات وهي "الوسائل التي قد يلجأ لها الأطراف اتفاقاً أو جبراً عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء نزاع، بغية التوصل لحل لذلك النزاع أكثر سرعة وأقل كلفة"¹. كما اعتبر البعض الوسائل البديلة بأنها الطرق التي يتم فيها تسوية المنازعات "دون رفع دعوى أمام المحاكم"²، وهي أيضاً "أساليب محددة قانوناً لحل المنازعات خارج المؤسسات القضائية"³. وتشمل الصُّلح (التفاوض بين الطرفين) والوساطة (التوفيق) والتحكيم⁴.

وعلى الرغم من "أن المشرع سمي تلك الوسائل بالطرق البديلة، فهذا لا يعني أنها تتم بمعزل عن مرفق القضاء، فهي طرق تتم تحت رقابة القاضي وإشرافه، ولا يمكن إقرار ما ينتج عنها إلا إذا كان موافقاً لمبادئ التقاضي ومقتضيات النظام العام. ومستجيبة لما يشترطه القانون فيها"⁵.

¹ سامي الطوخي، الوسائل البديلة لفض المنازعات وأبعاد أزمة العدالة، مؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، 04-06 ديسمبر 2012، فندق هولندي ان السالمية، الكويت، ص. 2. متاح على الرابط (20-6-2020 الساعة 10:00) <https://issuu.com/spatialco.com/docs/121206065313-fd9688e0022a4b45b6157b47297439ce>

² عمر مشهور حديثه الحجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، ندوة الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، 28 كانون الأول 2004، جامعة اليرموك، إربد، المملكة الأردنية الهاشمية، ص. 9. متاح على الرابط http://www.jcdr.com/pdf/jcdr_january_05.pdf (10:00 الساعة 2020-6-20)

³ مهند مختار نوح، الصُّلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية (الذاتية المستقلة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة حمد بن خليفة، قطر، العدد 16، سنة 2017، ص. 3.

⁴ Kaline SANTOS FERREIRA, Le contentieux administratif en dehors du juge, Étude comparée des Droits Français et Brésilien, Thèse de doctorat, École Doctorale de Droit, Université Montesquieu-Bordeaux 4, France, 12-07-2013, p. 24.

⁵ محمد الصالح روان، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الصُّلح والوساطة باعتبارهما طرقاً قضائية-نموذجاً-، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 9، العدد 02، جوان 2018، ص. 492.

ويقر البعض¹ بأن "الأصل هو حق كل شخص في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي إلا إذا رأى بحرية إرادته أن اللجوء لإحدى الوسائل البديلة تحقق له مصلحة أفضل، أو اشترط المشرع لقبول الدعوى أمام القاضي الطبيعي سبق اللجوء إلى إحدى الوسائل البديلة".

وتحتل هذه الوسائل مكانة هامة بالنسبة للعقود الإدارية، نظرا لكثرة المنازعات المرتبطة بها- فهي قد تشكل سدس المنازعات التي ينظرها القضاء الإداري في فرنسا- ولطابعها التقني والمعقد في بعض الحالات، حيث تشمل هذه النزاعات مواضيع متعددة كالمقاولات والمهندسين والشركات وصناديق الضمان... وهي في مجملها حالات تتطلب الفحص التمهيدي من أصحاب الخبرة، فحتى القاضي الإداري قد يستعين بتلك الخبرة عند نظره في المنازعات، مما يعزز دور أساليب التسوية البديلة التي يتولاها في الغالب من قد يستعين بهم القاضي في تسوية النزاع².

وقد نص قانون الطلب العمومي في فرنسا على أن تسوى النزاعات التي تنشأ عند تنفيذ العقود الإدارية بطرق: التسوية الودية، والتحكيم، و"التوفيق والوساطة"، والتقاضي³. ونص قانون تعاقدات الهيئات العامة في مصر- وفقا لما يجيزه القانون ولما يتم الاتفاق عليه بين الأطراف- على جواز تسوية الخلافات التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد الإداري، عن طريق "التوفيق والوساطة" والتحكيم والتقاضي⁴.

أما قانون الصفقات العمومية في الجزائر، فقد "ألزم" المصالح المتعاقدة بالبحث عن حل ودي مع المتعاقد في حال الخلاف الذي ينشأ عند تنفيذ العقد، ثم نص على عرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات، ثم اللجوء للقضاء. أو اللجوء للتحكيم إذا كان العقد ينص على ذلك⁵.

ويتضح مما سبق، أن تسوية نزاعات تنفيذ العقود الإدارية تتخذ صورا متعددة، فإلى جانب اختصاص القضاء الإداري بذلك، أجازت النصوص المذكورة اللجوء للتحكيم والتوفيق والوساطة والتسوية الودية. ومن المقرر أنه وإن كان تنفيذ العقد الإداري يخضع بصورة عامة لقواعد القانون الإداري، إلا أن إقرار وسائل التسوية المشار إليها، والتي عرف بعضها وطبق على العقود المدنية أساسا، يثير مسألة أثر وسائل التسوية المذكورة على التوسع في تطبيق قواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات تنفيذ العقد الإداري.

¹ ساي الطوخي، المرجع السابق، ص. 2.

² Kaline SANTOS FERREIRA, op.cit., p. 49.

³ وذلك في المواد: L2197-5، L2197-6، L2197-7، L2197-25، من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

⁴ المادة 91 من قانون تعاقدات الجهات العامة سابق الإشارة إليه.

⁵ المواد من 153 إلى 155 من قانون الصفقات العمومية سابق الإشارة إليه.

توضيحا لذلك، سيتم التطرق للصلح بين طرفي العقد الإداري كوسيلة لتوقي النزاعات أو لتسويتها وديا بينهما (المبحث الأول)، ثم التطرق لوسائل التسوية التي تشمل التظلم (الطعن) الإداري، وتقنيات تقريب وجهات نظر المتنازعين (التوفيق والوساطة) واقتراح الحلول الملائمة وديا بينهما بتدخل طرف ثالث (المبحث الثاني)، ثم التطرق لنظام التحكيم ولطبيعته القضائية وللأحكام المرتبطة به (المبحث الثالث). واستخلاص مدى إعمال قواعد ومبادئ القانون الخاص في هذه الوسائل، وأثر ذلك على استقلالية وأصالة القواعد التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية.

المبحث الأول

الصلح من عقد مدني

إلى أسلوب لتسوية وتوقي النزاعات بين طرفي العقد الإداري

يستخدم الصلح كوسيلة لحل النزاعات أو توقيها في تشريعات العمل وقانون الأسرة، والقانون التجاري، والقانون الجنائي والقانون المالي (قانون الضرائب) ... وتتعدد صورته فيمكن أن يعقد الطرفان الصلح خارج مجلس القضاء وقبل رفع الدعوى...¹ ويمكن أن يكون الصلح قضائياً "عندما يحصل بسبب خصومة قائمة أثناء السير في إجراءاتها...". وحتى في هذه الحالة فهو "عقد"² وإن اشترك في آثاره مع الحكم القضائي³.

وللصلح أهمية بالغة في تسوية النزاعات وتوقي وقوعها، لذلك كان محل اهتمام التشريعات، وإن اختلفت في تعريفها له وفي تحديد أحكامه. ففي القانون التجاري مثلاً يُعرَّفُ⁴ الصلح بين التاجر ودائنيه

¹ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد، المجلد الرابع (الافلاس والصلح الوافي من الافلاس)، دار محمود، القاهرة، مصر، ص. 505.

² "Malgré des effets qui s'apparentent à la décision judiciaire, la transaction demeure avant tout un contrat, non un acte de l'autorité publique. A elle seule, la volonté des auteurs de l'acte est impuissante à produire tous les effets de nature juridictionnelle qui découlent nécessairement du jugement...". Martine LACHANCE, Le contrat de transaction, Chambre des notaires du Québec, Canada, 2010, p. 18.

³ بصدد بيان طبيعة دور القاضي عند اثباته لعقد الصلح قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: "القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقداً وليس حكماً له حجية الشيء المحكوم به وإن أعطى شكل الأحكام عند إثباته، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام وإنما يجوز رفع دعوى مبتدأة ببطلانه إلى المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة...". محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 595، لسنة 59 قضائية، بتاريخ 23-2-1994، المكتب الفني، محكمة النقض، مصر، السنة 45، 1994، ج 1، ص. 412.

⁴ محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص. 675.

بأنه "عقد بين المدين المتوقف عن الدفع ودائنيه يتضمن منح المدين أجلا للوفاء بديونه أو حط جزء منها أو الأمرين معا... وهو صحيح قانونا لا مخالفة فيه للنظام العام أو الأداب متى وقع قبل الإفلاس"¹. ولبحث مدى أهمية عقد الصلح كوسيلة لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية، وما ينتج عن إعماله من التوسع في خضوع العقد الإداري لأحكام القانون المدني عند تنفيذه، يتم التطرق للصلح في التشريعات المدنية (المطلب الأول)، والصلح في القانون الإداري (المطلب الثاني)، ثم المقارنة بينهما (المطلب الثالث). ثم تقييم الصلح الإداري كوسيلة ودية لتسوية نزاعات تنفيذ العقود الإدارية (المطلب الرابع).

المطلب الأول

الصلح في التشريعات المدنية

نظمت التشريعات المدنية عقد الصلح، وبينت آثاره على طرفيه، وفيما يلي يتم التطرق لهذا العقد في القانون المدني الفرنسي، ثم في القانونين المدنيين المصري والجزائري.

الفرع الأول

الصلح في القانون المدني الفرنسي

يشار في البداية إلى أنه قبل إصدار القانون المدني سنة 1804 فإن الصلح الذي تجرته السلطات العامة كان متوقفا على "الترخيص" وعلى القيود الشكلية المفروضة على إجراءاته²، وعلى سبيل المثال فقد تطلب المرسوم الصادر في 31-08-1791 الذي يحدد مهام "الوكيل القضائي للخزانة"³ بأن الصلح الذي يجريه الأخير بشأن نزاعات الخزانة العامة "لا يكون له أثر إلا بعد موافقة الهيئة التشريعية"⁴.

¹ مع ملاحظة خصوصية إبرام هذا العقد، ودور حكم القاضي في تقريره بعد اتمام الاجراءات الشكلية، والتي هي محل نقد لتعقيدها وتأثيرها السلبي على نظام الصلح "الواقى". لمزيد من التفصيل أنظر: رقية أحمد داود، دور الصلح الواقى في تجنب الشركات المتعثرة شهر الافلاس-دراسة مقارنة-، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد الأول، العدد الأول، 2017، ص. 37.

² Anne-Laure PONSARD, La transaction administrative, Thèse de doctorat, Ecole doctorale de Droit et de Sciences politiques, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France, 19 novembre 2015, p. 20.

³ في تطور مسميات ووظائف الوكيل القضائي للخزانة في النظام القانوني الفرنسي أنظر: Jean-Paul BESSON, Nordine LATRECHE, L'Agent judiciaire de l'État : 1790-2012, de la Révolution à la nouvelle dénomination, Le courrier juridique des finances et de l'industrie n° 69 - troisième trimestre 2012, p. 1. Disponible sur le site : (16-8-2020 à l'heure 20:40)

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/aje/article_aje-cjfi69.pdf

⁴ "S'il s'agit de transiger, l'Agent du Trésor Public pourra y être autorisé par les Commissaires de la trésorerie, mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après approbation du Corps législatif".

وبعد صدور القانون المدني سنة 1804 فقد عرّفت المادة¹2044 منه الصُّلح بأنه "عقدٌ يقوم من خلاله الأطراف بإنهاء نزاع قائم، أو يتقون به نزاعاً محتملاً..."، وقد عدل هذا النص بالقانون 2016-1547 فأدرجت "التنازلات المتقابلة" ضمن تعريف عقد الصلح²، مع الإشارة إلى أن القضاء المدني الفرنسي كان يشترط التنازلات المتقابلة لإقرار هذا العقد قبل التعديل المذكور.

وقد نصت المادة 2045 من نفس القانون (قانون 1804) على أنه "لا يجوز للبلديات وللهيئات العامة أن تلجأ إلى الصُّلح إلا بإذن من الملك..."³. واستمر العمل بهذا النص إلى غاية تعديله سنة 2011⁴، حيث أصبحت صياغته الحالية "لا يجوز للهيئات العامة للدولة أن تلجأ إلى الصُّلح إلا بإذن من رئيس الوزراء"⁵. وينبغي الإشارة بهذا الصدد أن مجلس الدولة الفرنسي قبل هذا التعديل قد طبق مبدأ "استقلالية الجماعات المحلية" الذي كرسه قانون 1983، وأفتى "بعدم وجود حاجة لتطبيق المادة 2045 على الجماعات المحلية..." وبالتالي عدم وجوب طلب الأخيرة للإذن من السلطات المركزية عند رغبتها إجراء الصُّلح.

الفرع الثاني

الصُّلح في القانونين المدنيين المصري والجزائري

عرّف القانون المدني المصري (في المادة 549 منه) الصُّلح بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل على جزء من ادعائه"، أما

¹ نصت المادة 2044 كما تمت صياغتها في قانون 1804 على ما يلي:

"La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit."

وبعد تعديلها بالمادة 10 من القانون 2016-1547 أصبحت صياغتها كالتالي:

"La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit."

² LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle. Disponible sur le site : (16-5-2020 À l'heure 22:50)

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=395C1722098B4DE97E7F727AA1F856A0.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000033418805&idArticle=LEGIARTI000033423938&dateTexte=20200714&categorieLien=id#LEGIARTI000033423938

³ نصت الفقرة الثانية من المادة 2045 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها سنة 2002 على ما يلي:

"Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi (du Premier ministre)."

⁴ LOI n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

Disponible sur le site : (16-5-2020 À l'heure 22:50)

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=8DD763253839B637774A22D5C8BCBEBAtplgfr22s_2?cidTexte=JORFTEXT000024021430&dateTexte=20200709

⁵ تنص الفقرة الثانية من المادة 2045 بعد تعديلها (بموجب المادة 158 من القانون 2011-525) على ما يلي

"Les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre."

القانون المدني الجزائري فقد عرفه (في المادة 459 منه) بأنه "عقدٌ ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

وبمقارنة عبارات النصين يتضح أن المشرع المصري استخدم عبارة "يختم النزاع"، وقد قال البعض¹ بأفضلية الأخذ بها "لأنها تفيد وجود نزاع إما ماضٍ أو مستقبلي ويفيد عدم العودة إليه بعد إبرام الصلح، على خلاف مصطلح (يُنهي) الذي استخدمه المشرع الجزائري، فقد ينهي الأمر مسائل لا تتسم بطابع المنازعة والخصومة...".

كما استخدم المشرع المصري عبارة "عن جزء" وهي أيضاً أدق في نضر البعض² من "التقصير اللغوي الذي وقع فيه المشرع الجزائري عند استخدامه عبارة (حقه)" فلا يتصور أن يتنازل الطرف في عقد الصلح عن كامل حقه وإنما يتنازل على وجه التقابل عن جزء من حقه. ووفقاً لهذا الرأي فإن استخدام عبارة "حقه" أسلم من استخدام عبارة "ادعاءاته" التي أوردها المشرع المصري.

إلا أنه، وبخلاف الرأي المذكور، يميز البعض³ بين الادعاءات (actions) والمطالبات (pretentions) والحقوق (droits)، فالصلح الذي يتم في أروقة القضاء يتم فيه التنازل عن الادعاءات، والصلح السابق على الدعوى يتم فيه التنازل عن المطالبات، والصلح الذي يتم بعد الحكم في الدعوى يتم بموجبه التنازل عن الحقوق". لذلك يرى هذا الرأي⁴ بأن بعض التشريعات التي تنص على التنازل عن الادعاءات فقط أو التنازل عن الحقوق فقط...بأنها "تعرف نوعاً واحداً من الصلح" إذا ما أُخذ بحرفية النصوص، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ذكر مختلف حالات التنازل عن الادعاءات، وعن المطالبات، وعن الحقوق، لإبرام عقد الصلح⁵، وهو التمييز الذي تؤكد أيضاً قرارات محكمة النقض الفرنسية⁶. إلا أن ما يجب أن يذكر هنا أن القانونين المدنيين المصري والجزائري قد نصا أيضاً على

¹ الطاهر بريك، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2001-2002، ص. 19.

² نفس المرجع، ص. 19.

³ في هذا المعنى: مهند مختار نوح، المحل في عقد الصلح الإداري دراسة مقارنة، المحل في عقد الصلح الإداري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة حمد بن خليفة، قطر، العدد 25، سنة 2019، ص. 207.

⁴ مهند مختار نوح، المحل في عقد الصلح الإداري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 207-208.

⁵ تنص المادة 2048 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu."

⁶ "...que les transactions se renferment dans leur objet, et la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu...".

Cour de cassation, Chambre commerciale, 02 octobre 2019, 17-31224. Disponible sur le site : (20-8-2020 À l'heure 22:50) <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20191002-1731224>

التنازل عن الحقوق والادعاءات صلحا في بعض نصوصهما¹، وهو ما درج على ذكره القضاء المدني أيضا².

وقد نص التقنين على أن العبارات الواردة في عقد الصلح "تفسر تفسيرا ضيقا، ولا يشمل التنازل إلا الحقوق المبينة بصفة جلية³. ومن جهة أخرى واعتبارا "لنهائية التنازلات المترتبة عنه" فإنه "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون"⁴.

المطلب الثاني

الصلح في القانون الإداري

وبالإضافة إلى نصوص القانون المدني سالفة الذكر، فقد نص المنظم الفرنسي في عدة تعليمات وقرارات وزارية على تشجيع اللجوء لوسائل التسوية الودية للنزاعات، بما فيها التشجيع على عقد الصلح بين المتنازعين. ومن أهم ما يذكر بهذا الصدد المنشور الوزاري المؤرخ في 06-02-1995 المتعلق بتطوير اللجوء للصلح لتسوية النزاعات وديا⁵. أما قانون الطلب العمومي فقد نص في المادة L2197-5 منه على أنه "يجوز للطرفين اللجوء للصلح وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 2044 من القانون المدني"⁶.

وفي مصر فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تعاقدات الجهات العامة⁷ على جواز تضمين العقد آليات ووسائل تسوية الخلافات والمنازعات بالطرق الودية "وبما لا يحل بحقوق والتزامات

¹ تنص المادة 553 من القانون المدني المصري على أنه "1- نتحسم بالصلح المنازعات التي تناولها - 2. ويترتب عليه انقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أي من المتعاقدين نزولاً نهائياً" وتقابلها المادة 462 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها. ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية".

² ينظر على سبيل المثال: حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 20-1-1991، الطعن رقم 44، لسنة 51 قضائية، المكتب الفني، محكمة النقض، مصر، السنة 42، 1991، ج1، ص. 262.

³ المادة 555 من القانون المدني المصري، والمادة 464 من القانون المدني الجزائري.

⁴ المادة 556 من القانون المدني المصري، والمادة 465 من القانون المدني الجزائري.

⁵ Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, Disponible sur le site: (16-6-2020 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000551329&categorieLien=id>

⁶ تنص المادة L2197-5 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Les parties peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil"

⁷ تنص المادة 180 من اللائحة التنفيذية للقانون 182 لسنة 2018 على ما يلي: "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (51) من القانون، على طرفي العقد بذل أقصى جهد للالتزام بنود التعاقد طوال مدة تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق ما يوجبه حسن النية. وبمراعاة أحكام المادة (91) من القانون، يجوز أن تتضمن شروط الطرح والعقد مراحل وآليات تسوية الخلافات والمنازعات بين طرفيه، وفي هذه الحالة يتعين على الجهة الإدارية قبل مباشرة إجراءات

الطرفين"، وإذا ترتب على التسوية الودية أي أعباء مالية فيجب الاتفاق على عرضها على السلطة المختصة للموافقة عليها مع تقديم كافة المستندات والبيانات المبررة لتسوية الخلاف.

أما في الجزائر: فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية- في المادة 990 منه- على أنه "يجوز للخصوم التصالح تلقائياً، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة". أما قانون الصفقات العمومية فلم يذكر "الصلح" صراحة، وإن نص على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، قبل عرضها على لجان التسوية الودية للنزاعات...¹.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، كان ينص على أنه "...ويقوم القاضي بإجراء محاولة صلح في مدة أقصاها ثلاثة أشهر"²، وفي ظل سريان هذا النص كان من الواجب على القاضي إجراء محاولة الصلح بين الخصوم في المنازعات الإدارية، تحت طائلة بطلان الاجراءات اللاحقة بكاملها³، وهو ما أكده مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 22-5-2000 الذي ورد فيه "...ودون حاجة للتعرض لدفع وطلبات الأطراف، خرق الأشكال والقواعد الجوهرية في الاجراءات المتعلقة بالصلح في المواد الإدارية المنصوص عليه في المادة 3/169 التي توجب إجراء الصلح بين الأطراف خلال ثلاثة (3) أشهر كمدة قصوى وكخطوة إجرائية سابقة للتحقيق والمرافعات، وهو الأمر المنعدم

=فسخ العقد مع المتعاقد اتخاذ الإجراءات الآتية...تسوية الخلافات التي نشأت بالطرق الودية بما لا يخل بحقوق والتزامات طرفي العقد، وإذا ترتب على التسوية الودية أي أعباء مالية فيجب الاتفاق عليها وعرضها على السلطة المختصة للموافقة عليها بعد تقديم كافة المستندات والبيانات والمبررات لتسوية الخلاف... إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب ما تنص عليه شروط التعاقد".

¹ تنص المادة 153 من قانون الصفقات العمومية على ما يلي: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. يجب على المصلحة المتعاقدة... أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي: - إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، - التوصل لأسرع إنجاز لموضوع الصفقة - الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة. وفي حال عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة...".

² تنص المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى) على ما يلي: "على كاتب الضبط أن يرسل العريضة عقب قيدها، إلى رئيس المجلس القضائي... ويقوم القاضي بإجراء محاولة صلح في مدة أقصاها ثلاثة أشهر.

في حالة ما إذا تم الصلح، يصدر المجلس قرار يثبت اتفاق الأطراف... وفي حالة عدم الوصول إلى اتفاق، يحرر محضر عدم الصلح، وتوضع القضية إلى إجراءات التحقيق المنصوص عليه في هذا القانون".

³ لمزيد من التفصيل: حسين كمون، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص ص. 25-26.

في قضية الحال نصا وعملا، مما يتعين معه تلقائيا إلغاء القرار المستأنف وإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس للفصل في القضية طبقا للقانون¹.

المطلب الثالث

مقارنة بين الصلح المدني والصلح الإداري

لقد لاحظ البعض² مدى الاهتمام بالصلح كوسيلة للتسوية الودية للنزاعات في إطار العلاقات الخاصة، وبالمقابل "قلة" الاهتمام به في روابط القانون العام، وقلة الأبحاث المتخصصة بهذا الصدد، خاصة وأن الصلح قد يقتضي التنازل على أموال وأملاك الدولة الخاصة، وهو ما لا يتم بسهولة في ظل القيود المفروضة على ذلك بغرض حماية المال العام. كما أن عقد الصلح يعد نظاما قانونيا معقدا " Le contrat de transaction est une institution complexe"³ ولهذا تبقى الكثير من التساؤلات المرتبطة به محلا للبحث والاجتهاد، فما هي طبيعة عقد الصلح الذي تكون الإدارة طرفا فيه، وهل يخضع في كل الحالات لرقابة ولولاية القضاء الإداري⁴؟

الفرع الأول

طبيعة عقد الصلح

لقد أكد البعض⁵ بأن القضاء الإداري الفرنسي قال "بالطابع المدني لعقد الصلح" من حيث الأصل، ولم يُسبغ عليه الصفة الإدارية إلا إذا تحقق من توافر أحد المعيارين التاليين: إما أن يتضمن العقد شروطا استثنائية تجسد صلاحيات السلطة العامة، وإما أن يؤدي لإشراك المتعاقد في تقديم الخدمة العامة إلا أن بعض الاجتهادات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي تثبت بأنه اعتبر بأن عقود

¹ قرار مجلس الدولة مؤرخ في 22-5-2000، مقتبس عن: حسين كمون، المرجع السابق، ص. 26. نقلا عن: لحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج. 1، دار هومه، 2005، ص. 337-345.

² Anne-Laure PONSARD, Op.cit., p. 25.

³ Michel MORIN, La nature du contrat de transaction et le problème de la novation, Revue générale de droit, Université d'Ottawa, Canada, Volume 20, numéro 2, juin 1989, p.197.

⁴ في الحقيقة إن التساؤل الذي يطرح ينبغي أن يستوعب أركان عقد الصلح من محل ورضا وسبب وشكل. ولكن توكيا للتكرار يتم التطرق لهذه الأركان عند موضعها المناسب بصدد المقارنة بين الصلح المدني والصلح الإداري كما سيأتي.

⁵ " ...La transaction conclue par une personne morale de droit public, est, « en principe », un contrat de nature civile. Ce principe est ancien. Pendant tout le dix-neuvième siècle, c'est un contrat de droit privé (CE, 20 janvier 1819, Caillat c. Tempier, S. 1819-1821, p. 10, transaction sur une vente du domaine national, CE, 21 juillet 1870, Pourteau : rec., p. 916, transaction à propos de la propriété d'un terrain communal, CE, 7 mai 1897, Sieurs Cimetière de la Boutresse : rec., p. 345, dont on ne connaît pas l'objet, TC, 11 juillet 1908, Caisse d'épargne de Caen c. Hospices civils de Caen : rec., p. 772, attribuant le litige à l'ordre judiciaire)...". Julien MARTIN, La nature d'une convention de transaction conclue par une personne publique, Revue générale du droit on line, 2008, numéro 1903 : Date de publication 03-04-2008, Disponible sur le site : (24-7-2020 À l'heure 12:25)

<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/04/03/la-nature-dune-convention-de-transaction-conclue-par-une-personne-publique/>

الصلح المتعلقة بعقود المشتريات العامة¹... تعد أيضا عقودا إدارية يختص القاضي الإداري بنظر المنازعات المتصلة بها.

وفي نفس اتجاه القضاء الإداري-والذي ظل ساريا لحد الآن-فقد قضت محكمة النزاع الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18-06-2007 بما يلي: "إن عقود الصلح التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية التي يحكمها القانون العام هي-من حيث المبدأ-عقود ذات طبيعة مدنية، ما لم تتضمن شروط استثنائية لصالح الإدارة (كسلطة عامة)، أو تؤدي لمشاركة الطرف الآخر في مهمة الخدمة العامة، أو كان من الواضح أن النزاع الذي تثيره يدخل بشكل رئيسي ضمن اختصاص القاضي الإداري"². كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26-06-2001 بأن القاضي الإداري هو المختص بنظر الصلح المتنازع فيه والذي موضوعه التعويض عن "أضرار الأشغال العامة"³.

ومن هذه الاجتهادات، يظهر لنا أن عقد الصلح هو عقد مدني بطبيعته، وأن امكانية ادخاله تحت مضلة العقود الإدارية لا تُطرح إلا عند التحقق من صلته الوثيقة بالخدمة العامة أو بعقود الأشغال العامة... أما المعيار المتعلق بالشروط الاستثنائية فهو مستبعد على الأقل من الناحية النظرية، فالصلح باعتباره طريقا وديا "اتفاقيا" لتسوية المنازعات يعتمد على تقارب وجهات النظر والتنازل المتبادل بين الطرفين... كل ذلك يُبعد من ساحته أساليب الاكراه وتفوق طرف على آخر، أو إذعان طرف

¹ Conseil d'Etat, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 10 novembre 2004, 256031, inédit au recueil Lebon , Disponible sur le site : (24-7-2020 À l'heure 14:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008170523>

² "... Considérant que la transaction conclue par une personne morale de droit public, est, en principe, un contrat de nature civile, sauf si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique ou aboutit à la participation du cocontractant à une mission de service public ; que, sous cette réserve, l'homologation de la transaction et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence du juge judiciaire, hormis le cas où il est manifeste que les différends qui s'y trouvent compris ressortissent principalement à la compétence du juge administratif ; Considérant que la transaction litigieuse tendait principalement à mettre fin à une pluralité de litiges entre, d'une part, la ville de Briançon et, d'autre part, la SOCIETE BRIANÇON BUS et son dirigeant, nés de la mise en place, par la collectivité locale, de deux lignes de transport public de voyageurs exploitées par une société d'économie mixte, en concurrence avec la société de droit privé qui exploitait une ligne identique dont elle avait acquis la propriété ; que ces litiges, consécutifs à la mise en œuvre par la commune de ses pouvoirs d'organisation du service public de transport de voyageurs, ressortissaient à la compétence administrative ; que, dès lors, le contentieux relatif aux conditions d'exécution de cette transaction relève de la compétence du juge administratif...". Tribunal des Conflits, , 18/06/2007, C3600, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (25-7-2020 À l'heure 14:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000018314144>

³ "... alors que, la transaction litigieuse ayant pour objet les modalités de réparation d'un dommage causé par un travail public, le juge administratif était seul compétent pour connaître des difficultés de son exécution, sans que les parties puissent déroger par voie conventionnelle à cette règle d'ordre public...". Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 26 juin 2001, 99-17.586, Publié au bulletin, Disponible sur le site : (25-7-2020 À l'heure 16:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046101>

لآخر... على أن ذلك لا ينفي - كما يرى البعض¹ - قيام الصلح الإداري على أساس الاذعان.

كما يلاحظ أنه وعلى الرغم من الطابع المدني لعقد الصلح، إلا أن محكمة النزاع الفرنسية أكدت بأن القرارات التي تقبل الانفصال عنه - عندما تبرمه إدارة عامة - يكون النظر فيها من اختصاص القضاء الإداري².

أما الفقه الفرنسي، فقد نادى بعضه بتطبيق معيار طبيعة النزاع الذي يسويه أو يتوقاه عقد الصلح، فإذا كان الفصل في ذلك النزاع يدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري عُدد العقد إدارياً.

وقد بين مجلس الدولة الفرنسي في رأيه الصادر بتاريخ 12-01-2003 بأن القاضي الإداري إذا كان مختصاً بنظر عقود الصلح التي تبرم بين الطرفين أثناء سير الإجراءات، فهو لذات الأغراض، مختص للنظر في عقود الصلح الإدارية التي تبرم دون وجود منازعة قضائية³.

أما في مصر: فقد كان معيار اسناد الاختصاص للقضاء الإداري بنظر ما ينشأ عن العقود والتصرفات المدنية - فيما يظهر - أشد وضوحاً، حيث يقيم اختصاصه استناداً على قاعدة أن الفرع يتبع الأصل، وفي ذلك على سبيل المثال قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: " إذا كان النزاع حول عقد الكفالة وهو عقد مدني وكل منازعة بشأنه تدخل في اختصاص القضاء المدني، إلا أنه طبقاً للأصول العامة التي تقضي بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع... ومن ثم متى كانت محكمة القضاء الإداري هي المختصة دون غيرها بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار وهو عقد إداري... فإذا كان ذلك كذلك كان القضاء الإداري مختص بما تفرع عن هذا العقد كالكفالة في المنازعة المطروحة..."⁴.

وفي الجزائر نظر مجلس الدولة بتاريخ 18-6-2001 في نزاع بين إحدى الهيئات الإدارية (القطاع الصحي) وبين أحد العمال التابعين له، حيث بعد أن أبرم مدير القطاع الصحي بالنيابة عقد

¹ لمزيد من التفصيل أنظر: مهند مختار نوح، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية (الذاتية المستقلة)، المرجع السابق، ص ص. 25-26.

² Tribunal des conflits, du 15 décembre 1980, 02164, publié au recueil Lebon, Disponible sur le site (26-7-2020 À l'heure 10:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007607443>

³ "Si un juge administratif peut donner acte, approuver ou homologuer un accord intervenu en cours d'instance sous la forme d'une transaction entre les parties aux fins de réparation d'un dommage, peut-il être saisi aux mêmes fins, au titre de ses attributions contentieuses et en faisant application de celles des règles de la procédure ordinaire qui sont compatibles avec une telle demande, alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui...". Avis rendu par le Conseil d'Etat sur des questions de droit posées par un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel, JORF n°10 du 12 janvier 2003 page 728 texte n° 20, Disponible sur le site : (26-7-2020 À l'heure 12:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000411405&categorieLien=id>

⁴ حكم المحكمة الإدارية العليا، صادر في الطعن رقم 108، لسنة 1 ق، بتاريخ 24-03-1960، مقتبس عن: لدى سمير صادق، المرجع السابق، ص 49.

صلح مع العامل المعني وأثبتناه أمام رئيس الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تلمسان، قدم المدير المذكور استثناء لمجلس الدولة بهدف إلغاء الصلح مستندا على أنه مدير بالنيابة ولا يحق له إبرام مثل هذا الصلح، وأن المحكمة الاجتماعية هي المختصة بنظر النزاع طبقا لقانون الاجراءات المدنية (الملغى).

وفيما كان رد مجلس الدولة حاسما بشأن "اعتبار المدير بالنيابة يجوز كافة الصلاحيات التي تدخل في اختصاص المدير"، وأن الصلح المبرم حاسم لأي نزاع بين الطرفين، فإنه لم يرد على الادعاء المتعلق بعدم اختصاص القضاء الاداري بنظر النزاع حول الصلح المذكور. وتمسك فعليا باختصاصه من خلال التأكيد على صحة الصلح المبرم. إلا أنه وتعليقا على هذا القرار ذكر البعض¹ بأن القضاء الإداري هو المختص فعلا بنظر النزاع.

كما قال البعض² بأن الصلح (التراضي) "لحل النزاعات الإدارية هو عقد إداري بحكم وجود سلطة إدارية كطرف فيه، وبالتالي ففي حالة خلاف ناتج عن تراضي يعود لاختصاص القاضي الإداري حسب قواعد توزيع الاختصاص النوعي والاقليمي".

الفرع الثاني

الصلح الصريح والصلح الضمني والتنازلات المتبادلة بين الطرفين

على الرغم من اعتماد الصلح الإداري على مقومات الصلح الواردة في القانون المدني، إلا أن "تبني التعريف المدني في إطار الصلح الإداري فقها واجتهادا في فرنسا لا يعني أن للصلح النظام القانوني ذاته في القانونين المدني والإداري، بل يعني أن الصلح هو تقنية بديلة لحل المنازعات الإدارية مستوحاة من القانون المدني، وقد تم تكييف نظامها القانوني المدني وفقا لمقتضيات القانون الإداري، مما أدى إلى انتاج نظام قانوني خاص لهذه العقود من جوانب مختلفة"³. وفي ذات الاتجاه، فقد أكد البعض⁴ على أن استقبال القاضي الإداري لنظام الصلح لا يؤثر على استقلالية القانون الإداري وعلى قدرته في استيعاب الأحكام المدنية القابلة للاستعارة.

¹ قرار مجلس الدولة مؤرخ في 18-6-2001، قضية مدير القطاع الصحي بسبدو ضد (ب.ع)، ينظر نص القرار والتعليق عليه، لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج2، ط3، دار هوم، الجزائر، 2008، ص. 393-403.

² رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 215.

³ مهند مختار نوح، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية (الذاتية المستقلة)، المرجع السابق، ص. 4-5.

⁴ " La transposition de la transaction au droit du service public et de l'intérêt général en France démontre que, mise à part l'autonomie du droit administratif par rapport au droit privé, le juge administratif peut emprunter au code civil quelques instituts qui lui semblent utilement transposables. 178 Cette réception de la transaction ne nie pas l'autonomie et la préservation de toutes les particularités du droit administratif qui conserve encore une portée pratique et théorique incontestable et capable d'assimiler et adapter les instituts empruntés...". Kaline SANTOS FERREIRA, op.cit., pp. 76-77.

وللوقوف على الدلائل الموضحة لخصوصية (ذاتية) عقد الصلح الإداري، مقارنة بالصلح المدني، كوسيلة للتسوية الودية لمنازعات تنفيذ العقود الإدارية، وبتتبع اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي والمصري المتعلقة بعقود الصلح، يتبين أن هناك بعض الأحكام المتميزة للصلح الإداري مقارنة مع نظيره في العقود المدنية، ولعل أظهر أوجه التمييز يكمن فيما يلي:

1- الصلح الضمني والصلح الصريح:

يقول الأستاذ مهند مختار نوح (مستندا على بعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي وأراء الفقه): "...إضافة إلى هذا الأصل المتمثل في الصلح الصريح، فإن مجلس الدولة الفرنسي أضاف حالة أخرى للصلح، بحيث يوجد الصلح ليس من خلال التعبير الصريح عن إرادة الأطراف، إنما من خلال التعبير الضمني عن إرادتهم. ويكون ذلك عندما يقوم القاضي في معرض دعوى قائمة باستنتاج تقارب بين الطرفين من خلال الدفع والطلبات والملاحظات المقدمة من قبلهم. حيث يدرك القاضي تقاربا بين الطرفين حول نقطة معينة من نقاط النزاع محل الدعوى، مما يدعو لولادة اتفاق ضمني (accord implicite) فيما بينهم، وهو يشكل عقد صلح قضائي (contrat judiciaire) والذي لا يمكن تجاهله، ومن ثم يقوم القاضي بتصديق هذا الصلح القضائي الضمني من أجل اعطائه القوة التنفيذية، ويقره في منطوق حكمه الصادر بالنزاع، ومع استمرار الدعوى بالنسبة لباقي نقاط النزاع محل الدعوى. ويكمن وجه الأصالة في هذا النمط من الصلح القضائي في عدم وجود محرر مكتوب بين الأطراف يتضمن الصلح، ومتى ما صادقت محكمة الدرجة الأولى على مثل هذا الصلح، فلا يجوز إثارة جزء النزاع الذي انقضى بطريق الصلح الضمني أمام محكمة الاستئناف. وعلى أساس ما تقدم، يمكن القول إن القضاء الإداري يأخذ في الاعتبار قصد الأطراف حول نقاط النزاع المختلفة، من أجل استنتاج الوجود القانوني للصلح الإداري، وهذه مسألة يتفرد فيها الصلح الإداري عن نظيره المدني، وهي من ملامح الأصالة لنظام الصلح في القانون الإداري"¹.

والواضح من هذا الرأي القول بإمكانية عقد الصلح الإداري "ضمنيا" بين طرفي المنازعة القضائية. واعتبار ذلك دلالة من دلالات "ذاتية" الصلح الإداري التي تميزه عن الصلح المدني، فهل يمكن التسليم بهذا القول على إطلاقه؟

أ- الصلح الصريح والصلح الضمني في القانون المدني:

بداية لا بد من الإشارة إلى أن الفقه المدني عند شرحه للتعبير عن الإرادة، أورد ما يفيد بأنه يجوز التعبير على الإرادة صراحة أو ضمنا، إلا في الحالات التي تقتضي فيها النصوص أو اجتهادات

¹ مهند مختار نوح، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية (الذاتية المستقلة)، المرجع السابق، ص. 7.

القضاء المدني أن يكون التعبير فيها صريحا، ومن النصوص نص المادتين 1202 و2015¹ من القانون المدني الفرنسي، ومن اجتهادات القضاء "أن يكون الاتفاق على الفوائد صريحا في عقد القرض..." كما أنه "يشترط التعبير الصريح لاستبدال الدين بغيره"².

ومن المؤلف عادة أن الصلح لا يتم "إلا بعد مفاوضات طويلة ومساومات وأخذ ورد. فيجب متى تم الاتفاق نهائيا بين الطرفين، ... ولكن لا يجوز استنتاج الصلح من مبلغ التعويض بين الجاني والمجني عليه في جريمة من قبض الثاني مبلغا من المال قدمه إليه الأول في ظرف مغلق مع رجاء صرف النظر عن الموضوع. كما لا يجوز استنتاج الصلح من قبول المضرور من المتسبب في الضرر عطية على سبيل الإحسان أو على سبيل التخفيف من مصابه دون أن يقصد المتسبب في الضرر بذلك إقرارا بمبدأ المسؤولية ولم يرد المضرور بقبولها أن يصلح على حقه في التعويض. والصلح لا يفترض، فسكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يستفاد منه حتما قبوله إياه، بل يجب أن يقترن السكوت بما يقطع في الدلالة على القبول، لأنه من مقتضى الصلح التنازل عن بعض الحقوق، وهو ما لا يجب أن يُترك للمجرد

¹ تنص المادة 1202 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016) على ما يلي:

"La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée.
Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi."

وتنص المادة 2015 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016) على ما يلي:

"Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté".

² "إن التعبير عن الإرادة "قد يكون صريحا أو ضمنيا ... ويكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا اتبعت فيه مظاهر قصد بها الكشف عن الإرادة أي احاطة الغير علما بها كمن يريد أن يعرض على الآخر عقدا من العقود أو كمن يوقع المحرر المتضمن شروط التعاقد. فالكتابة أو التوقيع تعبير صريح عن الإرادة... وكذلك المشافهة بإيجاب عقد أو قبوله... ويكون التعبير ضمنيا إذا كان المظهر المتبع لم يقصد باتباعه الكشف عن الإرادة واحاطة الغير علما بها، بل قصد به أمر آخر ولكنه رغم ذلك يكشف عن الإرادة لأن التعبير عنها من مدلولاته. مثال ذلك أن يعرض شخص على آخر بيع عين بثمن معين فلا يعبر الموجب له عن إرادته بالقبول صراحة ولكنه يتصرف في العين المعروض بيعها له... هذا المظهر ألا وهو التصرف في العين، لم يقصد به الكشف عن القبول واعلام الموجب به ولكن القبول رغم عدم توفر هذا القصد يعتبر من مدلولات هذا التصرف، إذ لا يستقيم تفسيره إلا بذلك. فالفرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني ليس في الشكل المتبع للتعبير عن الإرادة بل في القصد من اتباع هذا الشكل أو المظهر، ولذلك يظهر أثر الفرق بين التعبيرين في قوة الدلالة على الإرادة، فالصريح أدل من الضمني لأن دلالاته مباشرة أما الضمني فهو يستند إلى جانب كبير من الاستنتاج، ولذلك يختلف فيه ويتفاوت النظر تبعاً لدرجة الاقتناع... والأصل أن كلا من التعبيرين جائز، إلا أن الشارع قد يتطلب التعبير الصريح للدلالة على الإرادة في أحوال معينة... كما أن القضاء يذهب إلى ذلك في أحوال لم يقض بها الشارع... فهو يتطلب في عقد القرض أن يكون الاتفاق على الفوائد صريحا... كما أنه يشترط التعبير الصريح لاستبدال الدين بغيره...". حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص 82-83.

الاستنتاج والاحتمال. ويقدر قاضي الموضوع ما إذا كان الرضاء متوافرا وفي أي وقت حصل توافق الإرادتين¹.

وفي اجاه الدفع "بوجود الصلح الإداري الضمني" يقول الأستاذ مهند نوح² بأنه "قد يتقدم الأطراف بعقد صلح أمام المحكمة إلا أنهم يتخلفوا عن الحضور كلاهما أو أحدهما أو يرفض أحدهما التوقيع أمام المحكمة على الصلح، ففي هذه الحالة لا يجوز للمحكمة أن تصدق على الصلح لتخلف شروط التصديق، ولكن تنظر المحكمة النزاع، ويجوز لها أن تعتبر عقد الصلح أحد مستندات الدعوى وتقضي مستندة إليه، حيث تصدر حكمها يتضمن أسباب ومنطوق يعلن الحل الذي استقرت عليه عقيدة المحكمة. وهو يتفق مع الحل الذي ارتضته الخصوم على نحو ما تكشف عنه مذكراتهم المتبادلة، وهذا بالتحديد ما يطلق عليه الفقه تسمية أحكام التلجئة jugements (d'expédients)³ ويقصد بذلك الحكم الذي تكشف مراجعة أسبابه ومنطوقه أن القاضي- وإن انتهى إلى اعتماد حل يتفق مع ما أراده الخصوم- إلا أنه نظر الدعوى وكون رأيا وعقيدة خاصة وأعلن عنها بصفة رسمية في الحكم الصادر منه، فإرادة القاضي في هذه الحالة تجبُّ إرادة الخصوم وتستغرقها، ولذلك فإن الحكم الصادر يعد من أعمال القضاء وليس من أعمال الصلح ويرتب نفس آثار الأحكام، ويخضع ما تخضع له من قواعد".

ويضيف القول "قد تستشف المحكمة من مذكرات الخصوم وأقوالهم أمامها عن وجود اتفاق أو عناصر اتفاق على الحل الذي يرتضونه دون أن يتقدموا بطلب لإثبات الصلح بينهم، بل وحتى دون أن يصرحوا بوجود مثل هذا الصلح"⁴.

لكن، وبالرجوع إلى القضاء المدني، نجد أن محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 02-10-2019 أكدت بأن "الصلح محدد بالغرض الذي أبرم من أجله، ولا يفهم منه إلا التخلي عن الادعاءات والحقوق والمطالبات المرتبطة بذلك... وأن التنازل عن الحق لا يفترض ويجب أن يُستدل عليه بأفعال تُظهر بشكل واضح لا لبس فيه إرادة التخلي عنه..."⁵. كما قضت ذات المحكمة في قرارها

1 محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص. 503.

2 طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص ص. 60-61.

3 "On désigne par "jugement d'expédient" une décision d'un tribunal qui, à la demande des parties, leur donne acte de leurs accords transactionnels lesquels à partir du moment où le juge les a homologué acquièrent l'autorité d'une décision de justice exécutoire.". Serge BRAUDO, Définition de Jugement d'expédient, , Disponible sur le site : (17-7-2020 À l'heure 9:40) <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/jugement-d-expedient.php>

4 نفس المرجع، ص. 60.

5 "...que les transactions se renferment dans leur objet, et la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ; qu'en jugeant

الصادر بتاريخ 03-7-2013 بأن "التنازل عن الحق في معاش العجز في عقد الصلح ... لا يمكن أن ينتج إلا عن مظهر واضح لا لبس فيه لإرادة المعني ... وأن عقد الصلح لم ينص صراحة أو ضمنا على هذا التنازل..."¹.

ويشار إلى أن القانون المدني الفرنسي نص في الفقرة الثانية من المادة 2044 منه على أن يتم تحرير عقد الصلح كتابةً، كما نص القانون المدني المصري في المادة 552 منه على أنه "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي". إلا أن الفقه والقضاء اعتبر أن الكتابة شرط للإثبات وليس للانعقاد. وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز إثبات الصلح وفقا للقواعد العامة للإثبات².

أما القانون المدني الجزائري فلم يشر إلى حكم خاص بصدد اثبات عقد الصلح، مما يفهم منه الرجوع إلى القواعد العامة بشأن الإثبات، ولقد قال البعض³ بأنه "كان على المشرع الجزائري اتباع التشريعين المصري والفرنسي في استحداث نفس الاستثناء (إثبات الصلح بالكتابة) وذلك للأسباب التالية... أن أحسن طرق الإثبات هي الكتابة من حيث التقييد والحصر لمضمون الصلح... ومثل ما ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المصري الحالي فإن الصلح جاء لحسم النزاع فلا يجوز أن يثير هو نزاعا آخر... والمتصالحون يحرصون عادة على إثبات ما تفقوا عليه لحسم النزاع في ورقة مكتوبة...".

=que M. J...était irrecevable à demander le remboursement de son compte courant d'associé, tout en constatant que le litige auquel le procès-verbal de conciliation avait mis fin était relatif au retrait de M. J... du GAEC, et sans constater l'existence d'un accord exprès sur le sort du compte courant d'associé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2048 du code civil... que la renonciation à un droit ne se présume pas et doit résulter d'actes manifestant de façon claire et non équivoque la volonté de renoncer ; qu'en jugeant que M. J... était irrecevable à demander le remboursement de son compte courant d'associé, sans constater l'existence, dans le procès-verbal de conciliation, d'une renonciation claire et non équivoque à sa créance de remboursement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2048 du code civil...". Cour de cassation, Chambre commerciale, 02 octobre 2019, 17-31224, Disponible sur le site : (27-7-2020 À l'heure 12:25)

<https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20191002-1731224>

¹ "...que la renonciation à un droit ne se présume pas ; qu'elle ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté ; qu'en considérant que M. X... avait « expressément, librement et définitivement renoncé à revendiquer le bénéfice d'une pension d'invalidité » prévue au sein de la société Air France « en vertu du « capital réforme » ou du contrat d'assurance de groupe souscrit » en signant la transaction, cependant que ladite transaction ne prévoyait ni expressément, ni implicitement, ni par voie de conséquence, une renonciation à ce droit à pension d'invalidité, à titre de concession de M. X..., la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil...". Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 juillet 2013, 12-14.022, Inédit, Disponible sur le site : (27-7-2020 À l'heure 16:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027675252>

² والكتابة شرط لإثبات العقد وليس لصحته، فقد أجازت محكمة النقض اثبات عقد الصلح من خلال وسائل الإثبات الواردة في القانون المدني (المادة 1341)، ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية:

Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 mars 1986, 84-16.817, Publié au bulletin, Disponible sur le site : (27-7-2020 À l'heure 22:20)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007016279>

³ الطاهر بريك، المرجع السابق، ص 121-122.

كما يرى البعض¹ -استنتاجا من المادة 900 من قانون الإجراءات المدنية- بأن "القانون اشترط في الصلح نظرا لخطورته كونه يحمل بين طياته تنازلات متقابلة أن يوثق، ويفصل فيه بكل دقة كيفية، مكان، وزمان وقوعه، وبالأخص التنازلات المتبادلة التي أقدم عليها كل طرف في سبيل الوصول إلى الصلح التي تترجم في شكل التزامات، وتظهر مهمة التوثيق في عملية التنفيذ، إذ أنه متى أخل أحد الطرفين بالتزامه، كان بإمكان الطرف الثاني جبره على التنفيذ بموجب اتفاق الصلح...".

وقد قضت المحكمة العليا في الجزائر بما يلي: "لما كان من المقرر قانونا أن الصلح المعتد به هو الذي يتم بموجب عقد رسمي أو بحكم قضائي ما دام الأمر يتعلق بقسمة عقار طبقا لنص المادتين 1/424، 459 من القانون المدني..."².

ب- الصلح الصريح والصلح الضمني في القانون الإداري:

يقر البعض³ بأن التأكد من مدى توافر إرادة الأطراف الضمنية في العقد الضمني، يعود للقاضي الذي يُقدّر كل حالة على حدة، وهي قاعدة تطبق على عقد الصلح الإداري من حيث المبدأ، ويضيف هذا الرأي "بأن القاضي الإداري-قد يعترف بوجود عقد الصلح غير المحرر رسميا في وثيقة مكتوبة كما هو الشأن في سائر العقود الضمنية"، إلا أن ما تجدر ملاحظته بهذا الصدد، هو أن العقود التي يكون أحد طرفيها شخص عام، قد يُشترط لتكوينها-بالإضافة لقواعد الاختصاص-مراعاة قواعد الشكل والإجراءات...حيث يعود للقاضي الإداري مراقبة مدى توافر هذه الأركان، وتقرير عدم قيام العقد عند التحقق من تخلفها⁴.

وما يفهم مما سبق، أن الصلح الإداري الضمني وإن كان مقبولا ومسلما به من القاضي الإداري قياسا على العقود الضمنية ككل، إلا أن ذلك مقيد بما قد يرد من اشتراط لأشكال وإجراءات محددة يجب مراعاتها عند تكوين العقود الإدارية، وعندها لا يمكن قبول العقد (أكان صلحا أو غيره) إلا إذا كان مستوفيا للأركان اللازمة لانعقاده. وفي ذات السياق، لا يخفى أن إجراءات التعاقد الإداري خاضعة للقواعد الشكلية والإجرائية في الغالب، ولقد سبق الذكر أن المراحل المتتابعة لإبرام العقود الإدارية-سواء التي تخضع لقواعد المنافسة والاعلان أو العقود المباشرة-تتطلب التوثيق والكتابة،

¹ نضال سالمي، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2015-2016، ص. 58.

² قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، صادر بتاريخ 10-06-2010، ملف رقم 586004، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد 01، ص. 126-128.

³ "Le juge administratif reconnaît l'existence d'une transaction non formalisée dans un écrit, comme dans le cadre d'un contrat tacite". Anne-Laure PONSARD, Op.cit., p.124.

⁴ Anne-Laure PONSARD, Op.cit., p p. 124-125.

واستيفاء التأشير والآراء السابقة.

ففي فرنسا:

بالإضافة إلى النصوص التشريعية المذكورة أنفاً، فإن منشور الوزير الأول-المؤرخ في 06-04-2011¹ المتعلق بتطوير اللجوء إلى الصلح لتسوية المنازعات وديا قد حدد ما يلزم اتخاذه من إجراءات لتوثيق وكتابة عقد الصلح الإداري- وإن نص على أنه لا يوجد شكل محدد لهذا العقد- إلا أنه "يجب أن يحرر كتابة"². كما يجب أن يتم تحديد المقابل المالي الذي ستتنازل عنه الإدارة بالرجوع للسوابق القضائية والقضايا المماثلة، وبإجراء الخبرة إن لزم الأمر، وبعد استشارة هيئات الرقابة المالية القبلية³. كما نص على أنه "ولتجنب أي نزاع لاحق" ينبغي صياغة بروتوكول الصلح بدقة، وبصفة مفصلة، على أن يحتوي البيانات التفصيلية للأطراف ولحقوق والتزامات الطرفين.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 09-07-2015 بأن الموافقة على عقد الصلح المرتبط بإدارة تُشرف عليها هيئة تداولية، لا بد وأن يتم وفقاً للأطر القانونية والأنظمة الداخلية المتعلقة بعمل هذه الهيئة "رابطة كرة القدم"، حيث أن جدول مشروع عقد الصلح لا بد وأن تسمح لأعضاء مجلس الإدارة بالتعرف على محتواه مسبقاً، وذلك من خلال إرساله للأعضاء قبل الاجتماع بوقت كافٍ، وأن عدم احترام هذا الإجراء قد يؤدي لإبطال المداولة...⁴.

¹ Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits NOR: PRMX1109903C, JORF n°0083 du 8 avril 2011 page 6248 texte n° 1, Disponible sur le site : (28-7-2020 À l'heure 12:00)

² " Art 2.3. La rédaction du protocole transactionnel. Pour éviter toute contestation ultérieure, la rédaction du protocole doit être précise et complète. La transaction doit être constatée dans un écrit. Il n'existe pas de formalisme particulier, mais les mentions suivantes doivent toujours s'y trouver: ...le nom, l'état civil ou la raison sociale, les coordonnées des parties et la qualité des signataires ...".

³ arts: 2.2.2-2.2.4.

⁴ "...Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, peu de temps avant la séance publique du Conseil d'Etat du 29 janvier 2014 au cours de laquelle devait être examinée sa requête contre la délibération du 21 mars 2013, l'AS Monaco Football Club a proposé à la Ligue de football professionnel de transiger ; que cette proposition a donné lieu à la délibération du bureau de la Ligue du 20 janvier 2014 autorisant le président de la Ligue à signer une transaction visant à mettre un terme définitif au litige opposant la Ligue à l'AS Monaco FC devant le Conseil d'Etat ; qu'en raison du souhait de l'AS Monaco que cette délibération soit reprise par le conseil d'administration de la Ligue, les membres de ce conseil ont été convoqués par un courrier électronique adressé le 23 janvier 2014, à 13 heures 31, pour une réunion sous forme de conférence téléphonique prévue le jour même à 18 heures 30 ; que le message adressé et la convocation jointe ne comportaient aucun ordre du jour ; que n'ont été adressés aux membres du conseil ni le projet de transaction, ni aucun document de nature à les informer de la teneur et de la portée des projets d'actes soumis à la délibération du conseil, au nombre desquels figurait en particulier la modification du règlement administratif de la Ligue ; que, dans ces conditions, et alors même que la transaction concernait un litige connu d'eux, les membres du conseil d'administration n'ont pas été mis en mesure de se prononcer en connaissance de cause sur la portée et les conséquences de la transaction et de la modification du règlement administratif proposées lors de la réunion du 23 janvier 2014 ; que, par suite, les requérants sont fondés à soutenir que la délibération du conseil d'administration de la Ligue du 23 janvier 2014 a été adoptée dans des conditions irrégulières ; En ce qui concerne la légalité interne de la délibération du 23 janvier 2014 : S'agissant de la licéité de la transaction et de la légalité de la

أما في مصر، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 24-01-1974¹ بأن "... مؤدى المكاتبات المتبادلة بين طرفي النزاع على الوجه آنف الذكر قيام هذا الصلح كتابة طبقاً لحكم القانون، فإن عقد الصلح يكون قد تحقق وجوده وتوافرت خصائصه وأركانه". وأكدت ذات المحكمة² على أن عبارات عقد الصلح تفسر تفسيراً ضيقاً، وتستمد من إرادة الطرفين، وأن المحكمة لا "تستنتجها".

=délibération en tant qu'elle en autorise la signature...". CE, 9 juillet 2015, Football club des Girondins de Bordeaux et autres, Disponible sur le site : (28-7-2020 À l'heure 14:00)
<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/ce-9-juillet-2015-football-club-des-girondins-de-bordeaux-et-autres>

¹ "... ومفهوم ذلك أن عقد الصلح تتوافر فيه مقوماته عندما تتجه نية طرفي النزاع إلى حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائماً وإما بتوقيه إذا كان محتملاً، وذلك بنزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، فإذا ما تحققت هذه المقومات وقام العقد على أركانه القانونية وهي التراضي والمحل والسبب انعقد الصلح باعتباره من عقود التراضي. وإذا كان القانون المدني قد نص في المادة 552 منه على أن "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي" فهذه الكتابة لازمة للإثبات لا للاعتقاد، وتبعاً لذلك يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة ولما كان الأمر كذلك وكان الثابت من استظهار الأوراق على الوجه السالف البيان ما يقطع في تلاقى إرادة طرفي الدعوى رقم ... في حسم هذا النزاع صلحاً ... ومؤدى ذلك انعقاد الصلح فعلاً بين طرفي النزاع بعد تلاقى إرادتهما على حسم النزاع وذلك بنزول كل من طرفي النزاع على وجه التقابل عن جزء من ادعائه فتنازلت الجهة الإدارية عن تمسكها بتطبيق البند الثامن من كراسة شروط التوريد وسلمت بمحاسبة المتعهد على أساس الفقرة السابعة من البند العشرين وبالتفسير الذي ارتآه المتعهد لهذه الفقرة، وتنازل المتعهد عن دعواه وعن الفوائد المطالب بها وتحمل مصروفات الدعوى. إذ كان الأمر كذلك وكان مؤدى المكاتبات المتبادلة بين طرفي النزاع على الوجه آنف الذكر قيام هذا الصلح كتابة طبقاً لحكم القانون، فإن عقد الصلح يكون قد تحقق وجوده وتوافرت خصائصه وأركانه...". المحكمة الإدارية العليا، ب حكم صادر في الطعن رقم 0920، لسنة 14 ق، تاريخ 24-01-1976، المكتب الفني، ج21، مجلس الدولة المصري، 1976، ص. 32.

² " يجب تفسير عبارات التنازل التي يتضمنها عقد الصلح تفسيراً ضيقاً - التنازل لا ينصب إلا على الحقوق التي كانت وحدها أصلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح - صدور قرار اللجنة الاستثنائية للفصل في المنازعات الزراعية والطعن عليه أمام محكمة القضاء الإداري - انصراف عقد الصلح إلى تحديد ما يتحمل به طرفي العقد من التزامات مترتبة على تنفيذ قرار اللجنة الاستثنائية للفصل في المنازعات الزراعية لا يعتبر بذاته صلحاً منهيماً للنزاع أو رضاء بما انتهت إليه اللجنة أو تركها للخصومة... عبارات الصلح أو التقرير بترك الخصومة أو التنازل عن الحق يجب أن ترد في عبارات قاطعة حاسمة في مجال تحقيق انصراف إرادة صاحب الشأن إلى تحقيق النتيجة التي ارتضاها سلفاً دون أن تلجأ المحكمة إلى استنتاجها". المحكمة الإدارية العليا بمصر، حكم صادر في الطعن رقم 0832، لسنة 23 ق، بتاريخ 14-

1981-04، المكتب الفني، ج26، مجلس الدولة، ص. 895.

ومما سبق يظهر لنا بأن القول إن القضاء الإداري أجاز الصلح الضمني وأن ذلك خاصة من خصائص الصلح الإداري، قول لا يتسق مع الاجتهادات القضائية المشار إليه، فضلاً عما تطلبت النصوص التنظيمية من كتابة وتوثيق عقد الصلح إذا تم باتفاق الطرفين، وبإصداره في حكم قضائي إذا تم أمام القاضي.

2- تكافؤ تنازلات طرفي عقد الصلح:

يشار في البداية إلى أن بعض التشريعات المدنية - كالقانون المدني الكندي - لم تأخذ بشرط التنازلات المتبادلة، حيث اعتبرت عقد الصلح "بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً لم ينشأ بعد، عن طريق التنازلات أو التحفظات التي يبديها أحد الطرفين أو كليهما"¹.

أما ما قرره النصوص المدنية - في الدول محل الدراسة - بشأن عقد الصلح هو وجود تنازلات متبادلة بين الطرفين، ولم تشترط تلك النصوص أن يكون ما يتنازل عنه الطرف الأول مكافئاً أو مساوياً بالضرورة لما يتنازل عنه بالمقابل المتعاقد الآخر. وإن قال البعض² - عند وصفه لعدم تجزئة عقد الصلح - بتوازن التنازلات "والتضحيات" التي يقدمها طرفيه.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 15-10-2016 بما يلي "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة 549 من القانون المدني أن من أركان عقد الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء مما يدعيه. وإن كان لا يُشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر، ومن ثم فلا محل لادعاء الغبن في الصلح، وكان القانون المدني لم يجعل الغبن سبباً من أسباب الطعن في العقود إلا في حالات معينة ليس من بينهما الصلح، إذ تقتضي طبيعته ألا يرد بشأنه مثل هذا النص"³.

أما محكمة النقض الفرنسية، فقد كانت تقضي بضرورة وجود التنازلات المتبادلة (حتى قبل إدراج التنازل ضمن المادة 2044 كما سبقت الإشارة)⁴. وهي وإن لم تشترط التنازل المتساوي أو

¹ " La transaction est un contrat par lequel les parties terminent un procès déjà commencé, ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions ou de réserves faites par l'une des parties ou par toutes deux". Michel MORIN, op.cit., p. 198.

² "... L'indivisibilité sert alors à respecter l'équilibre des sacrifices consentis par chacune d'elles...". Martine LACHANCE, op.cit., p. 10.

³ محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 2644، لسنة 73 قضائية، بتاريخ 15-10-2016، منشور

على الموقع الرسمي لمحكمة النقض: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111350025&ja=130714

⁴ "C'est l'élément le plus caractéristique de la transaction, l'existence de concessions réciproques. Cette condition n'est pas prévue par les textes mais résulte de la jurisprudence. La concession doit donc être effective, celle qui place l'employeur dans une situation où il tire lui même profit n'en est pas une.". Chantal MEININGER BOTHOREL, La transaction : étude d'ensemble, Publicité 04-07-2004, Disponible sur le site : (30-7-2020 À l'heure 22:00)

<https://www.village-justice.com/articles/transaction-etude-ensemble-Chantal.624.html>

المتكافئ، فقد اشترطت وجود التناسب بين التنازلات ورفضت تفاوتها بالشكل غير المعقول¹، كما اشترطت تحديد تلك التنازلات على نحو واضح وقت التوقيع على عقد الصلح أو وقت اتفاق الطرفين على تقريره².

وبالرجوع إلى بعض اجتهادات القضاء الإداري، فإن مجلس الدولة الفرنسي وإن لم يجد عما هو مقرر في القضاء المدني، بشأن الاكتفاء بمشروعية محل عقد الصلح وعدم مخالفته لقواعد النظام العام³. فإنه وفي عدة اجتهادات وازن بين تنازلات الطرفين ورتب على انعدامها أحكاماً مهمة، فقد قضى في قراره الصادر بتاريخ 05-06-2019 بأنه يترتب على الأحكام الواردة في القانون المدني (يشير إلى المادتين 2044 و2052) أنه يجوز للإدارة من أجل تسوية نزاع أو توقي وقوعه إبرام عقد الصلح، بشرط مشروعية الهدف (محل العقد) ووجود تنازلات متبادلة ومتوازنة بين الطرفين واحترام قواعد النظام العام...⁴ وهي ذات الشروط التي دأب المجلس والمحاكم الإدارية على الإشارة إليها في أحكام كثيرة⁵.

ولعل الغاية من "فرض" توازن التنازلات" في عقود الصلح الإدارية هو ضمان عدم تنازل الإدارة عن حقوقها بغير مقابل، فهي في النهاية حقوق وأموال عامة لا يجوز اهدارها دون وجه حق.

¹ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 juillet 2001, 99-40.987, Publié au bulletin. Disponible sur le site : (29-7-2020 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007045378>

² "L'existence de concessions réciproques devant être appréciée lors de la signature de ladite transaction ; qu'ainsi celle signée fait apparaître qu'elle reposait bien sur des concessions réciproques ; qu'en décidant le contraire la cour d'appel viole l'article 2044 du code civil...".

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 19 février 1997, 95-41.207, Publié au bulletin. Disponible sur le site : (29-7-2020 À l'heure 23:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035976>

³ Conseil d'État, Assemblée, 11/07/2008, 287354, Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (29-7-2020 À l'heure 23:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000019161151>

⁴ " Aux termes de l'article 2044 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce : " La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ". En vertu de l'article 2052 du même code, un tel contrat a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. L'article 6 du code civil interdit de déroger par convention aux lois qui intéressent l'ordre public. Il résulte de ces dispositions que l'administration peut, ainsi que le rappelle désormais l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration, afin de prévenir ou d'éteindre un litige, légalement conclure avec un particulier un protocole transactionnel, sous réserve de la licéité de l'objet de ce dernier, de l'existence de concessions réciproques et équilibrées entre les parties et du respect de l'ordre public...". Conseil d'État 412732, lecture du 5 juin 2019, ECLI : FR : CECHR : 2019 : 412732.20190605. Décision n° 412732. Disponible sur le site : (30-7-2020 À l'heure 14:00)

<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2019-06-05/412732>

⁵ ينظر على سبيل المثال:

*Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 26/10/2018, 421292 Disponible sur le site : (30-7-2020 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000037534175&fastReqId=1475446560&fastPos=5&oldAction=rechJuriAdmin>

*CAA de BORDEAUX, FORMATION PLENIERE, 30/12/2019, 19BX03235, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (30-7-2020 À l'heure 17:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000039728685>

وعلى الرغم مما سبق، قال البعض بأن "القاعدة هي عدم اشتراط التوازن في التنازلات في نطاق عقود الصلح المدنية، ما عدا حالات استثنائية، وبالمقابل فإن ما يميز فكرة التنازلات المتبادلة في عقد الصلح الإداري هو التوازن في التنازل، بحيث لا يؤدي تنازل الإدارة صلحاً إلى دفع ما هو غير متوجب عليها، وهذه الآلية ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي، وأطلق عليها رقابة (السخاء)"¹.

إلا أنه يظهر لنا، أن هذا القول، قد لا يُغطي اجتهادات القضاء المدني التي اشترطت "تكافؤ" التنازلات والتي وازنت بينها ووضعت ضوابط إجرائية للتأكد من وجودها، وعبرت عن تفاوتها غير المبرر بأنه أمرٌ "يثير السخرية"²، مع أنها تعلم بأن الخواص لهم الحرية الكاملة في التنازل عن دعاوهم ومطالباتهم وحقوقهم، في إطار النظام والآداب العامة. كما أن "ابتكار مجلس الدولة الفرنسي لآلية التوازن" لا يعني أنها حكر على القاضي الإداري، وأنها بالضرورة "فكرة مميزة للتنازلات المتبادلة في عقد الصلح الإداري"، وقد تكون-فيما يظهر لنا-مسألة مشتركة بين الصلحين المدني والإداري، وإن كان لكل عقد أغراضه وأحكامه الخاصة.

الفرع الثالث

بعض مجالات الصلح في منازعات تنفيذ العقود الإدارية

على الرغم من سعة مجالات الصلح بسعة مجال التنازع بين المتعاقدين، إلا أن ثمة بعض التطبيقات المعروفة بصدد منازعات العقود الإدارية:

1- اقتراح الصلح في حال التسوية خارج نطاق المنازعة العقدية

أفتى مجلس الدولة الفرنسي في رأيه الصادر بتاريخ 12-01-2003 بأن "اللجوء إلى عقد الصلح قد يكون سبيلاً أمام الطرفين المتنازعين... كما في حال تم إلغاء العقد أو اكتشاف عدم

¹ مهند مختار نوح، المحل في عقد الصلح الإداري، المرجع السابق، ص. 199.

² منها قرار محكمة النقض الفرنسية الذي أولى الأهمية لادعاء الطرف بأنه وقع تحت طائلة الغش لانعدام توازن التنازلات التي قدمها في مقابل ما سيحصل عليه من امتيازات، ونص هذا القرار على ما يلي:

"... qu'il incombe au juge du fond de requalifier une action en annulation d'une transaction pour dol introduite par un salarié contre son ancien employeur, en action en annulation pour absence de concessions réciproques, en présence de concessions dérisoires de l'employeur par rapport à celles du salarié; qu'en l'espèce, à supposer que dans la transaction consécutive à son licenciement, M. X... se soit interdit d'agir contre la société Air France aux fins d'obtenir la pension d'invalidité qu'il revendiquait, il résultait des constatations de l'arrêt que les dommages-intérêts concédés au salarié pour l'indemniser du préjudice subi du fait du licenciement et pour obtenir cette renonciation étaient dérisoires par rapport à des droits à pension d'invalidité ; qu'en cet état, la cour d'appel devait requalifier l'action exercée par M. X... ; qu'en s'abstenant de procéder à cette requalification, la cour d'appel a violé l'article 2044 du code civil, ensemble l'article 12 alinéa 2 du code de procédure civile..." Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 3 juillet 2013, 12-14.022, Inédit. Disponible sur le site : (2-8-2020 À l'heure 17:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027675252>

شرعية إبرامه أو مواجهة صعوبات في تنفيذه..."¹.

ولعل إصدار مثل هذه الفتوى كان من باب التصدي لما قد تقوم به الجهات المتعاقدة عند الحكم بإلغاء أو بطلان العقد، حيث تلجأ لإبرام "عقود التسوية" بعد تنفيذ الأشغال، على الرغم من أن هذه التسويات محددة بمجالات حصرية ذكرتها النصوص. وبهذا الصدد فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 27-05-1998 "بعدم مشروعية إبرام عقود تسوية بعد تنفيذ العمل المقابل في غير الحالات المحددة قانوناً لإبرام عقد مع متعامل محدد دون منافسة مسبقة". حيث أرادت الجهة المتعاقدة إبرام عقد بعد تنفيذ الأشغال، إلا أن مجلس الدولة لم يقر ذلك لكون تنفيذ هذه الأشغال "تجهيز المطاعم المدرسية" ليس من بين الحالات التي يمكن فيها إسناد العقد لمرشح محدد "حصري" ودون الدعوة للمنافسة حتى يمكن قبول التسوية معه².

2- اقتراح الصلح لتسوية النزاعات الناشئة عن إلغاء القرارات القابلة للانفصال دون الحكم ببطلان العقد:

قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 29-12-2000 بأن "المبلغ الذي اقترحت الإدارة المتعاقدة كتعويض للطاعن نتيجة الخلل الذي حدث في مرحلة ما قبل التعاقد، يقل بكثير عن التعويضات التي ستتحملها في حال لجوء الطاعن للقضاء والحكم ببطلان العقد والتي ستستفيد منها الشركة المتعاقدة... وعليه فلا حاجة للإدارة أن تترك الصلح مع الطاعن وفق الشروط المتفق عليها..."³.

¹ " En vertu de l'article 2052 du code civil, le contrat de transaction, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, a entre ces parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique. Par suite, en dehors des cas où la contestation à laquelle il est mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif, des conclusions tendant à ce que celui-ci homologue une transaction sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables. La recevabilité d'une telle demande d'homologation doit toutefois être admise, dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peut donner lieu à régularisation ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public...". Avis rendu par le Conseil d'Etat sur des questions de droit posées par un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel, JORF n°10 du 12 janvier 2003 page 728 texte n° 20. Disponible sur le site : (2-8-2020 À l'heure 18:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000411405&categorieLien=id>

² "Considérant que les marchés litigieux qui avaient pour objet l'aménagement des cuisines satellites de douze établissements scolaires de la COMMUNE D'AGDE, n'entraient dans aucun des cas prévus à l'article 104 II susvisé dans lesquels il peut être passé des marchés négociés sans mise en concurrence préalable ; que, la COMMUNE D'AGDE ne pouvait, en conséquence, légalement procéder à leur régularisation en passant des marchés postérieurs à l'exécution des travaux correspondants ; qu'il suit de là que ces marchés sont irréguliers et que la COMMUNE D'AGDE n'est donc pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montpellier a annulé lesdits marchés..." Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 27 mai 1998, 165109, mentionné aux tables du recueil Lebon. Disponible sur le site : (2-8-2020 À l'heure 19:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007962955>

³ "Considérant que M. X... a demandé l'autorisation d'intenter une action en nullité de la transaction conclue le 29 juin 1999 entre la ville de Grenoble et la société des eaux de Grenoble, anciennement

المطلب الرابع

تقييم الصلح الإداري كوسيلة ودية لتسوية نزاعات تنفيذ العقود الإدارية

على الرغم من مزايا الصلح كوسيلة ودية لتسوية نزاعات تنفيذ العقود الإدارية إلا أن كونه عقدا ملزما لجانبه يثير بدوره ما يثار من صعوبات قد تعترض تنفيذ أي عقد آخر، خاصة التنفيذ السيئ أو عدم التنفيذ لسبب يعود للأطراف أو لسبب أجنبي¹، لذلك فإن وجود عقد الصلح بين الطرفين لا يحول دون استمرار المنازعة القضائية في بعض الحالات، خاصة عندما يستمر الطرف في الخصومة ولا يقدم الطرف الآخر دفعا بوجود عقد صلح². وعلى هذا الأساس، ومن أجل تفادي إفشال

=compagnie de gestion des eaux du Sud-Est ; que cette transaction avait pour objet de mettre fin à deux conventions conclues le 3 novembre 1989 et confiant à la compagnie de gestion des eaux du Sud-Est une délégation pour gérer les services publics de distribution des eaux et d'assainissement ; que si l'action en nullité de cette transaction, au cas où elle aboutirait, permettrait à la ville de se faire rembourser l'indemnité de 86,2 millions de francs versée en contrepartie de la fin anticipée des conventions de 1989, elle la mettrait également dans l'obligation soit de résilier ces conventions en versant à la société des eaux de Grenoble une indemnité de 282 millions de francs conformément à leurs stipulations, soit de saisir le juge du contrat d'une action tendant à ce que soit constatée leur nullité ; que cette dernière action risquerait d'aboutir à ce que la ville soit tenue de verser à la société des eaux de Grenoble une indemnité supérieure à celle qu'elle s'est engagée à verser dans le cadre de la transaction ; que, par suite, l'action que M. X... envisage d'engager pour le compte de la ville de Grenoble ne présente pas pour cette dernière un intérêt suffisant, ni d'ailleurs de chance de succès ; que M. X... n'est, dès lors, pas fondé à demander l'annulation de la décision du 6 mars 2000 par laquelle le tribunal administratif de Grenoble lui a refusé l'autorisation qu'il sollicitait...". Conseil d'Etat, 1 / 2 SSR, du 29 décembre 2000, 219918, publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (2-8-2020 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008067093>

¹ "La transaction administrative ne met pas nécessairement les parties à l'abri de toute difficulté, ni même de tout litige. C'est là une contrepartie de la souplesse que ce mode de règlement des litiges offre aux parties. Certes, la transaction administrative bénéficie de la force obligatoire des contrats, consacrée par l'article 1134 du Code civil. Pour autant, comme tout contrat, sa bonne exécution, c'est-à-dire son exécution spontanée et conforme à la volonté des parties telle que manifestée par les clauses contractuelles, est parfois compromise. Elle risque d'être mal exécutée, voire inexécutée, du fait des parties ou de circonstances extérieures...". Anne-Laure PONSARD, Op.cit., p. 598.

² "عقد الصلح وإن كان يحسم بين طرفيه المنازعات التي تناولها ويفرض على كل منهما التزاماً بعدم تجديد المنازعة قبل الطرف الآخر فيما تم التصالح عليه إلا أن الدفع بانقضاء المنازعة بالصلح هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حق مقرر لمصلحة كل من الطرفين يجوز له أن يتمسك به إذا جدد الطرف الآخر المنازعة في الحق المتصالح فيه، كما يجوز التنازل عن الدفع صراحة أو ضمناً، فإذا لم يقم أحدهما بما التزم به في عقد الصلح وجدد المنازعة في الأمر المتصالح عليه بأن استمر بعد الصلح في إجراءات الدعوى، ولم يكن الطرف الآخر قد تمسك بالدفع بحسم المنازعة بالصلح حتى صدر فيها حكم حاز قوة الأمر المقضي فإنه لا يكون في استطاعة الطرف الذي أسقط حقه في هذا الدفع الاحتجاج بعقد الصلح الذي كان يجوز له تقديمه في المنازعة التي صدر فيها الحكم، ولا يجوز الاستناد إليه في دعوى مستقلة كدليل لنقض حجية الحكم الذي حاز قوة الأمر المقضي...". محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 315، لسنة 43 ق، بتاريخ 07-12-1979، المكتب الفني، محكمة النقض، مصر، السنة 27، 1976، ج2، ص. 1711.

الصُّلح بين الأطراف، فقد اقترح البعض عدم التسرع في اقرار مختلف بنود هذا العقد¹، وتضمينه "الشروط الجزائية" التي تطبق على الطرف المتراخي في تنفيذ التزاماته، وعدم جعل ميزة "الرضائية والودية" التي يتميز بها سببا في إفشاله عند التنفيذ².

أما بالنسبة للصُّلح كوسيلة لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية فقد اعتبره البعض³ "قليل الاستخدام" مقارنة باستخدامه في تسوية النزاعات الإدارية الأخرى. وما يؤكد هذه الملاحظة هو ما ذكره مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الصادر سنة 2008 بشأن "تخوف" مسؤولي الهيئات المتعاقدة من إجراء الصُّلح، خاصة عندما يرتب أعباء أو تنازلات مالية قد تكون بعد ذلك محل اعتراض من مصالح المحاسبة العامة، أو تكون أعلى من التنازلات أو الأعباء التي قد تتحملها هيئاتهم الإدارية في حال اللجوء للقضاء...⁴.

¹ قد قرر القضاء الإداري المصري أعمال القاعدة العامة التي قررتها التشريعات المدنية، والتي مفادها "عدم جواز التمسك بالغلط كسبب لإبطال عقد الصُّلح"، وذلك لدرء التحجج غير المشروع الذي قد يبديه أحد الأطراف عند رغبته في التحلل من التزاماته بداعي أنه وقع في الغلط. ففرض بما يلي: "إن المادة 556 من القانون المدني ردت أصلاً عاماً يقوم على طبيعة الصُّلح باعتباره تنازلاً من كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته إذ نصت على أنه "لا يجوز الطعن في الصُّلح بسبب الغلط في القانون". ومرد ذلك -على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لتلك المادة- إلى "أن المتصالحين كلاهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون، ويتعين الأخذ بهذا الأصل الطبيعي في المجال الإداري في شأن الحقوق المالية لذوي الشأن ما دامت لا تمس مراكزهم اللائحة". المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في القضية رقم 0095، سنة 03 ق، بتاريخ 09-03-1957 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، مجلس الدولة مصر، 1957، ص. 679.

² Anne-Laure PONSARD, op.cit., p. 600.

³ " Il est fait recours également au procédé transactionnel pour l'indemnisation des préjudices résultant d'accidents de la circulation, d'attroupements, de manifestations et du refus du concours de la force publique en matière d'expulsion. Enfin, il est assez utilisé par l'Agence judiciaire du Trésor et l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, conformément à leur politique de résolution des litiges. A l'inverse, de nombreux services administratifs n'y recourent pas, et des contentieux importants, comme les dommages de travaux publics et les marchés publics, ne sont pas résolus par cette voie." Ibid, p.28.

⁴ "Toutefois, la mise en œuvre des avis des CCRA, lorsqu'ils donnent lieu à une transaction, se heurterait parfois à la réticence des comptables publics. En effet, ces derniers craignent de s'exposer à d'éventuelles sanctions pénales s'ils paient des sommes déterminées en équité, alors que des irrégularités auraient été commises. Ils recherchent souvent l'homologation juridictionnelle des transactions, par crainte d'engager leur responsabilité financière si le résultat de la conciliation diffère de ce qu'aurait donné le recours au juge, en dépit de la jurisprudence du Conseil d'Etat jugeant les transactions exécutoires...". Les recours administratifs préalables obligatoires, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008, Disponible sur le site : (9-8-2020 À l'heure 18:00)

file:///C:/Users/DARELC~1/AppData/Local/Temp/2008_recours_administratifs_pr%C3%A9alables_obligatoires-1.pdf

وأخيراً، يشار إلى أن "مشروعية الصلح الإداري" وإن ارتكزت على قواعد القانون المدني إلا أنها أيضاً ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمبادئ التي تحكم العقود الإدارية من حيث الأبرام والتنفيذ. حيث أن محكمة الاستئناف الإدارية CAA de BORDEAUX في قرارها الحديث الصادر في 30-12-2019 قضت بأن "اتفاق الأطراف لم يحدد بدقة النزاع محل الإنهاء وتجاهل المادة 2048 من القانون المدني، وبذلك انطوى على عقد جديد بين الطرفين لم تراعى فيه مبادئ الاعلان والمنافسة وأنه كشف عن تنازلات غير متقابلة بين الطرفين..."¹.

هذا وبالإضافة إلى الصلح بين الطرفين، فقد تضمنت التشريعات وسائل أخرى يمكن من خلالها تسوية المنازعات خارج ساحة القضاء، وهي التظلم الإداري، والتوفيق والوساطة، ويتم التطرق لها فيما يلي.

المبحث الثاني

تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية

بطريقتي التظلم الإداري والتوفيق والوساطة

يعد كلا من التظلم الإداري والتوفيق والوساطة من السبل الودية لتسوية المنازعات الإدارية، بما فيها منازعات تنفيذ العقود الإدارية، ولعل تفضيل جمعتهما تحت عنوان واحد هو الصفة المشتركة لهما وهي عدم تقييد طرفي النزاع بما ينتج عنهما من حلول، وإمكانية تجاوزها باللجوء للقضاء المختص، كأصل عام، وذلك على خلاف الصلح والتحكيم، حيث يلتزم أطراف النزاع ببند عقد الصلح الذي أبرماه بينهما، أو بحكم التحكيم إذا اتفقا على اللجوء إليه.

ونظراً لسعة وتشعب هذين الموضوعين، سيتم التطرق لأهم النقاط ذات الصلة بموضوع

¹ "... Pour refuser d'homologuer l'accord dont s'agit, le tribunal administratif de Bordeaux a estimé que l'avenant n°1 ne définissait pas clairement la contestation à laquelle il a mis fin en méconnaissance de l'article 2048 du code civil, qu'il comportait la passation d'un nouveau marché avec la société Baudin-Châteauneuf en méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence et qu'il révélait des concessions manifestement déséquilibrées en faveur du groupement d'entreprises. En ce qui concerne l'application des dispositions du code civil relatives aux transactions : ... D'une part, aux termes de l'article L. 213-1 du code de justice administrative : " La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ". L'article L. 213-3 de ce code précise que " l'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition ". Enfin, l'article L. 213-4 du même code prévoit que " Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation ". CAA de BORDEAUX, FORMATION PLENIERE, 30/12/2019, 19BX03235, Inédit au recueil Lebon. Disponible sur le site : (14-8-2020 À l'heure 18:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000039728685>

البحث، من خلال محاولة البحث عن مدى تطبيق قواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية بطريقي التظلم الإداري والتوفيق والوساطة.

وعلى ذلك يتم التطرق لتسوية نزاعات تنفيذ العقود الإدارية بطريق التظلم الإداري (المطلب الأول)، ثم بطريق التوفيق والوساطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التظلم الإداري كطريق للتسوية المنازعات

وكأسلوب من أساليب القانون العام

أقرت التشريعات الإدارية بحق الأفراد في التظلم من قرارات الإدارة العامة، كما حددت كفاءات معينة للتظلم إذا كان المعني بالقرار موظفا لدى الإدارة، أو متعاقدا معها. وذلك بإيجاد لجان وهيئات خاصة بالنظر في هذه الطعون. كما أن اللجوء للتظلم قد يكون أمرا إلزاميا وليس مجرد حق. وفيما يلي يتم التطرق للتظلم كطريق لتسوية المنازعات الإدارية بصفة عامة (الفرع الأول) ولمنازعات تنفيذ العقود الإدارية بصفة خاصة (الفرع الثاني)، ثم استخلاص أثر تنظيم التظلم وفقا لقواعد القانون العام على فاعليته في تسوية المنازعات الإدارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التظلم الإداري كطريق للتسوية المنازعات الإدارية

التظلم "هو قيام صاحب المصلحة بالشكوى من قرار يرى عدم مشروعيته، أو إلحاقه الضرر بمركزه القانوني، طالبا من أصدره، أو من رئيسه الأعلى، إلغاء هذا القرار، أو تعديله، أو سحبه، أو التعويض عما سببه من ضرر"¹.

ويقول البعض² "المراجعتان الإداريتان هما المراجعة الرجائية والمراجعة التسلسلية، والمراجعة الرجائية هي التي تقدم إلى السلطة نفسها التي اتخذت القرار المطلوب تصحيحه أو ابطاله... أما المراجعة التسلسلية فهي المراجعة التي تقام أمام سلطة أعلى من السلطة التي اتخذت القرار المطعون فيه: مراجعة الوزير ضد قرار صادر من المحافظ مثلا... وكلتا المراجعتان موجودتان "دائما بقوة القانون حتى في غياب النص".

¹ نجم الأحمد، التظلم الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 29، العدد الثالث، 2013، ص. 9.

² بيير دلفولفيه وجورج فيدال، القانون الإداري، ج 2، المرجع السابق، ص. 15-16.

ويسمى الأستاذ محيو التظلم "بالدعوى الإدارية" ويقول "ترفع هذه الدعاوى أمام الإدارة نفسها وتتميز عن الدعاوى القضائية ودعاوى المنازعات التي ترفع أمام القاضي. وتمارس هذه الدعاوى وفق طريقتين دعوى التظلم التي ترفع أمام الموظف الإداري الذي أصدر القرار... والدعوى التسلسلية التي ترفع أمام رئيس من صدر عنه العمل... هذه الدعاوى الإدارية ليست بحاجة لأن ينص عليها من نص ما فممارستها حرة تماماً ولا تخضع، من حيث المبدأ، لأي قاعدة شكلية أو إجرائية..."¹.

"ومما يعزز مكانة التظلم لجهة حسم المنازعات أنه يؤدي إلى نتائج لا يمكن الوصول إليها فيما لو أريد اللجوء إلى القضاء، ذلك أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية في الأعم الغالب، أمام الإدارة فإنها تستطيع أن تعدل القرار، أو أن تلغيه، وهي إذ تفعل ذلك فليس بالضرورة ألا يكون القرار مشروعاً، إذ يكفي ألا يكون ملائماً"²، كما أن التظلم "من حيث الأصل" يشمل جميع الأعمال الإدارية وليس القرارات فقط.³

ويمكن تقسيم التظلم من حيث مدى وجوب اللجوء إليه إلى تظلم إجباري أو الزامي، وتظلم اختياري. كما يمكن تقسيمه باعتبار الجهة التي يرفع أمامها إلى تظلم ولائي وتظلم رئاسي، والتظلم أمام اللجان الإدارية المتخصصة. ويقول البعض⁴: "القاعدة أن التظلم الإداري هو إجراء اختياري يلجأ إليه صاحب الشأن بمحض ارادته متى قدر أنه يغنيه عن دعوى الالغاء. فإذا قدم التظلم فليس من اللازم انتظار رد الإدارة الصريح أو الضمني، حيث استقر القضاء الإداري عندنا على قبول دعوى الالغاء التي ترفع بعد تقديم التظلم وقبل البت فيه بشرط ألا يصدر الحكم في الدعوى إلا بعد رد الإدارة على التظلم".

والطعن الاختياري "يقصد به قيام الشخص اختياريًا وبياراته الحرة برفع شكوى للجهات الإدارية المختصة طاعنا في القرار الصادر في حقه مبينا أوجه الخطأ أو عدم المشروعية فيه، طالبا إنصافه سواء بتعديل مضمون القرار بما يتوافق ومبدأ المشروعية، إلغائه، أو سحبه. ويكون هنا للشخص الاختيار بين رفع دعوى قضائية ضد قرار الإدارة مباشرة، وهذا يكون لاعتقاده أنه لا فائدة مرجوة من القيام بالتظلم أمام تعنت الجهات الإدارية، ويظهر ذلك من مواقفها تجاهه أو من خلال مضمون القرار، أو أنه يختار تحريك التظلم الإداري أملا في قبول الإدارة لطلباته، خاصة

¹ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص. 377.

² نجم الأحمد، المرجع السابق، ص. 10.

³ "Les recours administratifs sont possibles, en principe, contre tous actes, les simples manifestations d'opinion aussi bien qu' les actes juridiques...". Gaston JEZE, op.cit., p. 97.

⁴ محمد أبو السعود حبيب، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية، مجلس الدولة، قضاء الالغاء)، جامعة عين شمس، مصر، د.س.ن، ص. 258.

مع وضوح عدم المشروعية أو الخطأ في القرار الصادر ضده، ما يجنبه اللجوء للقضاء وإرهاق نفسه مع طول الإجراءات.¹ وعلى هذا الأساس "يعتبر التظلم الإداري إجراء من الإجراءات الإدارية غير القضائية التي تهدف إلى حل النزاعات بدون تدخل القاضي، وفي حالة الفشل تدخل الإجراءات القضائية في التطبيق"².

أولاً: التظلم الإداري في القانون الفرنسي

عرف قانون العلاقات بين الجمهور والإدارة³ التظلم الإداري بأنه "الشكوى الموجهة إلى الإدارة بهدف تسوية نزاع ناشئ عن قرار إداري". "La réclamation adressée à l'administration". "La réclamation adressée à l'administration" en vue de régler un différend né d'une décision administrative" ويمكن حصر حالات التظلم الاجباري في المنازعات الضريبية، ومنازعات الوصول للوثائق الإدارية، ومنازعات العضوية في المهن الحرة المنظمة، ومنازعات الخدمة العامة العسكرية، ومنازعات وضعية الأجانب كحق الإقامة والتجنس...، ومنازعات الضمان الاجتماعي. أما في بقية المنازعات فالتظلم فيها جوازي. ويشار إلى أن قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية⁴ (الملغى)، كان ينص في المادة R104 منه على حكم في غاية الأهمية، مفاده عدم جواز الاحتجاج بمواعيد أو طرق الطعن على القرار الإداري إلا إذا تم تحديدها في وثيقة الاخطار أو إعلان القرار. وبهذا الصدد فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي⁵ بأنه من مقتضى هذا النص "أنه يجب أن يتضمن هذا الاخطار البيانات التي تفيد

¹ مرية العقون، محمد بركات، تنظيم التظلم الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، العدد الأول، 2017، ص. 393-394.

² شريفة بوزيفي، التظلم الإداري كآلية لفض النزاع الإداري-دراسة مقارنة-بين نصوص قانون الإجراءات المدنية 154/66 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 وقانون الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 1، ماي 2020، ص. 887.

³ Disponible sur le site : (9-8-2020 À l'heure 18:00)
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=127203712DEB700E04DA7942788D2AA2.tplgfr27s_1?cidTexte=LEGITEXT000031366350&dateTexte=202008

⁴ Article R104: "Les délais de recours contre une décision déferée au tribunal ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision." Disponible sur le site : (9-8-2020 À l'heure 18:00)
[Décret n°89-641 du 7 septembre 1989 - art. 1 \(V\) JORF 10 septembre 1989.](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000031366350&dateTexte=202008)

⁵ "...Considérant qu'aux termes de l'article R. 104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en vigueur à la date de la décision contestée devant le juge du fond et dont les dispositions sont désormais reprises à l'article R. 421-5 du code de justice administrative: " Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision. " ; qu'il résulte de ces dispositions que cette notification doit, s'agissant des voies de recours, mentionner, le cas échéant, l'existence d'un recours administratif préalable obligatoire ainsi que l'autorité devant laquelle il doit être porté ou, dans l'hypothèse d'un recours contentieux direct, indiquer si celui-ci doit être formé auprès de la juridiction administrative de droit commun ou devant une juridiction spécialisée et, dans ce dernier cas, préciser laquelle..." Conseil d'État, Assemblée, 13/07/2016, 387763, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (10-8-2020 À l'heure 18:00) : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idT... 2892416>

مدى وجوب التظلم الإداري من القرار من عدمه، وبيان السلطة المختصة بنظر التظلم، ويجب أن يتضمن أيضا بيانا بالمحكمة المختصة بنظر الدعوى...¹. وقد ألغى القانون المذكور بموجب قانون العدالة الإدارية، وقد نص الأخير في الفقرة الثانية من المادة R421-1² منه على أن الدعاوى التي تهدف للحصول على مبلغ مالي لا تكون مقبولة إلا إذا سبقها طلب أولي يوجه للإدارة المعنية لذات الغرض قبل اللجوء للقضاء. وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 27-3-2019 قبول الدعوى إذا ثبت أن المعني قدم طلبا أوليا للإدارة، ولو قبل صدور رد الأخيرة عليه، إلا أن القاضي لا يصدر قراره إلا بعد تبين موقف الجهة الإدارية الصريح أو الضمني من ذلك الطلب الذي ووجه إليها...³. ويشير البعض⁴ إلى أن القضاء الإداري الفرنسي -حتى قبل سريان قانون العدالة الإدارية- قد سمح بتدارك إجراء الطلب للإدارة حتى بعد رفع الدعوى، وبالتالي لم يكن تخلف تقديم الأخير سببا لرفض الدعوى القضائية، طالما تم بعدها تقديم الطلب. ومثل ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 11-4-2008⁵.

إلا أن ما ينبغي ملاحظته أن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع استثناء قضى بموجبه بضرورة تقديم الطلب الأولي للإدارة تحت طائلة عدم قبول الدعوى القضائية في حالة محددة، فقد تضمنت

¹ في ترجمة هذا القرار والتعليق عليه ينظر: عمرو عبد الحليم، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ط2، اعداد المكتب الفني لمجلس الدولة المصري، 2018، ص ص. 81-90.

² Article R421-1 : "...Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle."

³ "...En revanche, les termes du second alinéa de l'article R. 421-1 du code de justice administrative n'impliquent pas que la condition de recevabilité de la requête tenant à l'existence d'une décision de l'administration s'apprécie à la date de son introduction. Cette condition doit être regardée comme remplie si, à la date à laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision, expresse ou implicite, sur une demande formée devant elle. Par suite, l'intervention d'une telle décision en cours d'instance régularise la requête, sans qu'il soit nécessaire que le requérant confirme ses conclusions et alors même que l'administration aurait auparavant opposé une fin de non-recevoir fondée sur l'absence de décision..."

Conseil d'État, Section, 27/03/2019, 426472, Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site : (9-8-2020 À l'heure 22:00) : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte0038279170>

⁴ Chloé SCHMIT-SARELS, Etat des lieux de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'obligation de liaison du contentieux, Date de publicité 11-2009, Disponible sur le site : (9-8-2020 À l'heure 23:00) <https://www.village-justice.com/articles/obligation-liaison-contentieux-condition-recevabiliteobligati-on-regularisable,32927.html>

⁵ "Requérant ayant introduit devant le juge administratif un contentieux indemnitaire à une date où il n'avait présenté aucune demande en ce sens devant l'administration. Lorsque le requérant a formé, postérieurement à l'introduction de son recours juridictionnel, une demande auprès de l'administration sur laquelle le silence gardé par celle-ci a fait naître une décision implicite de rejet avant que le juge de première instance ne statue, cette décision lie le contentieux. La demande indemnitaire est recevable, que le requérant ait ou non présenté des conclusions additionnelles explicites contre cette décision, et alors même que le mémoire en défense de l'administration aurait opposé à titre principal l'irrecevabilité faute de décision préalable, cette dernière circonstance faisant seulement obstacle à ce que la décision liant le contentieux naisse de ce mémoire lui-même..." Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 11/04/2008, 281374, Publié au recueil Lebon, Disponible sur le site : (10-8-2020 À l'heure 18:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000018624303>

فتواه الصادرة بتاريخ 23-9-2019¹ بأنه يجب تقديم طلب للإدارة قبل اللجوء للقضاء، وذلك في حالة اللجوء لقاضي الاستعجال من أجل إثبات أو تحصيل الديون، وفقاً لنص المادة R541-1² من قانون القضاء الإداري. وبهذا الصدد، فقد كان قبول القضاء الإداري الفرنسي للدعاوى التي ترفع أمامه، وسماحه باستدراك تقديم الطلب للإدارة أثناء سير الإجراءات القضائية، محل استحسان، وقد تساءل البعض³ هل سيمدد القضاء الفرنسي "هذا الاستثناء" إلى فئات أخرى من الدعاوى مستقبلاً؟ كما انتقد البعض⁴ ما ورد في فتوى 23-9-2019 (المذكورة آنفاً) معتبراً أن فيها "تقليل للضمانات الإجرائية" لنظام الأحكام المؤقتة "Le référé-provision".

ثانياً: التظلم الإداري في القانون المصري

حدد قانون مجلس الدولة المصري الحالات⁵ التي يجب فيها رفع التظلم الإداري قبل اللجوء للقضاء، وهي تتعلق بالقرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالموظفين العموميين والخاصة بالتوظيف والترقية ومنح العلاوات والاحالة على المعاش والفصل التأديبي والاستيداع. وقد استعمل نص المادة 12 من هذا القانون عبارة "التظلم للهيئات الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية..." مما يفيد الزامية الطعن المسبق مع تخير الطاعن بين الجهة مصدرة القرار والجهة الرئاسية لها. خاصة إذا كانت الأخيرة تملك سلطة إلغاء أو سحب القرار المتظلم منه، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي في

¹ " ...Il résulte des dispositions de l'article R. 421-1 du code de justice administrative (CJA), qui sont applicables aux demandes de provision présentées sur le fondement de l'article R. 541-1 de ce code, qu'en l'absence d'une décision de l'administration rejetant une demande formée devant elle par le requérant ou pour son compte, une requête tendant au paiement d'une somme d'argent est irrecevable...". Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 23/09/2019, 427923, Disponible sur le site : (11-8-2020 À l'heure 18:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000039127753>

² Article R541-1: "Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie."

³ Chloé SCHMIT-SARELS, Etat des lieux de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'obligation de liaison du contentieux, Date de publicité 11-2009, Disponible sur le site : (11-8-2020 À l'heure 20:00) <https://www.village-justice.com/articles/obligation-liaison-contentieux-gation-regularisable,3.html>

⁴ Cédric MEURANT, Le référé-provision est-il encore un référé ?, Disponible sur le site : (12-8-2020 À l'heure 18:00): <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/10/30/le-refere-provision--refere/>

⁵ تنص المادة 12 من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة على ما يلي: "لا تقبل الطلبات الآتية: ... (ب) الطلبات المقدمة رأساً بالطعن في القرارات الإدارية النهائية المنصوص عليها في البنود ثالثاً ورابعاً وتاسعاً من المادة (10) وذلك قبل التظلم منها إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت في هذا التظلم، وتبين إجراءات التظلم وطريقة الفصل فيه بقرار من رئيس مجلس الدولة" وتنص البنود ثالثاً ورابعاً وتاسعاً من المادة 10 المشار إليها على ما يلي: "...ثالثاً: الطلبات التي يقدمه ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات. رابعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي...تاسعاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية."

أحكامه. كما أن إجراء الطعن الوجوبي في هذه الحالات يوجه ضد القرارات التي يمكن سحبها لعدم مشروعيتها وتحقيقاً للتيسير على الموظفين وتخفيفاً للعبء عن جهات القضاء¹.

وعلى غرار القضاء الإداري الفرنسي، فقد أبدى القضاء الإداري المصري "مرونة في مسألة التظلم الوجوبي بحسبانه شرطاً لقبول دعوى الالغاء"²، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه³ "...لا يشترط لقبول الدعوى الالتزام بأسبقية التظلم طالما قد تم التظلم في خلال الميعاد المقرر قانوناً لتقديمه وانتهى أثناء سير الدعوى وقبل الحكم فيها إلى رفضه، والأثر المترتب على ذلك: إذا استجابت جهة الإدارة للتظلم أثناء سير الدعوى تتحمل مصاريفها قبل الأوان...".

ثالثاً: التظلم الإداري في القانون الجزائري:

عرف القانون الجزائري التظلم الوجوبي والاختياري:

1- التظلم الإداري في ظل الإجراءات المدنية (1966-2008)

مما يجدر التنبيه عليه أن قانون الاجراءات المدنية الصادر بالأمر 66-154 (الملغى)⁴ تطرق للتظلم الإداري عند صدوره، وذلك بموجب الماد 275 منه⁵، كما أعاد النص عليه عند تعديله

¹ "إن التظلم الوجوبي السابق سواء إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار إن كانت هي التي تملك سحبه أو الرجوع فيه، أو إلى الهيئات الرئيسية إن كان المرجع إليها في هذا السحب وهو الذي جعله المشرع شرط لقبول طلب إلغاء القرارات الخاصة بالموظفين العموميين التي عينها، وقرنه بوجود انتظار المواعيد المقررة للبت فيه، لا يصدق إلا بالنسبة إلى ما كان قابلاً للسحب من هذه القرارات للحكمة التي قام عليها استلزام هذا التظلم، وهي الرغبة في تقليل المنازعات بإنهائها في مراحلها الأولى بطريق أسير للناس، وذلك بالعدول عن القرار المتظلم منه إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه، فإذا امتنع على الإدارة إعادة النظر في القرار لاستنفاد ولايتا بإصداره أو لعدم وجود سلطة رئيسية تملك التعقيب على الجهة الإدارية التي أصدرته، فإن التظلم في هذه الحالة يصبح غير مجد ولا منتج. وبذلك تنتفي حكمته وتزول الغاية من التبرص طوال المدة المقررة..." المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 1692، لسنة 6 ق، بتاريخ 17-03-1962، م ف، ج7، مجلس الدولة المصري، 1962، ص. 445.

² نجم الأحمد، المرجع السابق، ص. 21.

³ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 0396، لسنة 26 ق، بتاريخ 17-1-1984، المكتب الفني، ج29، مجلس الدولة المصري، 1984، ص. 486.

⁴ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون لإجراءات المدنية. ج.ر. ج.ج 47 لسنة 1966 مؤرخة في 9 يونيو 1966.

⁵ تنص المادة 275 من الأمر 66-154 المتضمن قانون المدنية (الملغى) على ما يلي: "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه".

بموجب الأمر 69-177 الذي استحدث المادة 169 مكرر²، والتي نصت على وجوب الطعن المسبق قبل اللجوء للقضاء عندما يتعلق الأمر بالقرارات الإدارية. وعلى الرغم من أن ظاهر نص هذه المادة أن المتظلم مخير في رفع تظلمه رئاسياً أو ولائياً إلا أن صياغة النص بالنسخة الفرنسية³ وما تنص عليه المادة 275 أيضاً يُفهم منه أن التظلم يوجه رئاسياً للجهة التي تعلق مصدر القرار، وفي حالة عدم وجود مثل هذه الجهة، فأمام مصدر القرار نفسه⁴. وهو ما أكد عليه قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 26-6-1982 الذي ورد به ما يلي: " ليكون الطعن الإداري مقبولاً يجب أن يوافق مقتضيات المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية القاضية برفع الطعن الإداري التدريجي أمام السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار فإن لم يوجد فأمام من أصدر القرار نفسه"⁵ وهو ما أكدته الاجتهاد الإداري في عدة قرارات أخرى⁶.

¹ الأمر رقم 69-77 مؤرخ في 7 رجب عام 1379 الموافق 18 سبتمبر 1969 يتضمن تعديل وتمتيم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية. ج.ج.ج. عدد 82 لسنة 1969، مؤرخة في 26-9-1969، ص. 1236.

² نصت المادة 169 مكرر، والتي تم استحداثها بموجب المادة 21 من الأمر 69-77 على ما يلي " لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بطريق الطعن في قرار إداري. ولا يقبل هذا الطعن إلا إذا سبقه طعن عن طريق التدرج الرئاسي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلق من أصدر القرار مباشرة أو طعن ولائي يوجه إلى من أصدر القرار. ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه أنفاً خلال الشهرين التابعين لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره. إن سكوت السلطة المختصة عن الرد على شكوى أو على طعن ولائي أو رئاسي مقدم ضد القرار يعتبر بمثابة قرار بالرفض ويجوز رفع طعن قضائي في ميعاد شهر من تاريخ انقضاء الميعاد المذكور... ويجب إثبات تاريخ ايداع الشكوى أو الطعن الإداري بكافة الطرق وذلك تأييداً لعريضة الطعن".

³ نصت النسخة الفرنسية من المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية (الملغى) المذكور أعلاه على ما يلي: "... Ce recours n'est recevable que lorsqu'il a été précédé d'un recours hiérarchique porté devant l'autorité administrative immédiatement supérieure ou, à défaut d'une telle autorité, d'un recours gracieux adressé à l'auteur de la décision..."

⁴ أحمد بركات، المرجع السابق، ص. 214.

⁵ المجلس الأعلى، القرار رقم 29935، مؤرخ في 26-6-1982، قضية (و.م) ضد والي ولاية وهران، مجلة نشرة القضاء، العدد الأول، 1989، ص. 168.

⁶ "... لم تقتصر المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية على اشتراط قبول الطعن بالطلان، وجوب حصول تظلم إداري تدريجي مسبق بل حددت في نفس الوقت الجهة التي يرفع إليها التظلم الرئاسي المتمثلة في السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة مصدرة القرار، ولم تجز رفع التظلم الرئاسي أمام من أصدر القرار نفسه إلا في حالة عدم وجود سلطة إدارية تعلقه في المرتبة...". المجلس الأعلى، القرار رقم 28292، مؤرخ في 12-06-1982، قضية (س.ح) و(ب.أ) ضد والي ولاية خ ط - وزير الداخلية، المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1989، ص. 225.

وبعد تعديل قانون الاجراءات المدنية بموجب القانون 90-23¹، فقد تم الابقاء على المادة 275، في حين تم تعديل المادة 169 مكرر²، وبموجب هذا الاصلاح فقد تحلى المشرع الجزائري عن فكرة التظلم الإداري بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرف الإدارية بالمجالس القضائية (المحاكم الإدارية)... وأبقى عليه بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (مجلس الدولة)³، مع ملاحظة ما أضافه هذا التعديل في المادة 169-3 المستحدثة، حيث "فرض" على القاضي إجراء الصلح بين طرفي المنازعة الإدارية قبل البدء في إجراءات الخصومة⁴.

2- التظلم الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

على الرغم من كونه طريقاً مباشراً لتسوية النزاعات الإدارية، فقد كان تنظيم التظلم المسبق وفرضه قبل اللجوء للقضاء- في التشريع الجزائري- إجراء محل نقد، وعليه فقد "كرس المشرع الجزائري الطبيعة الجوازية للتظلم الإداري... فلم يعد إجراءً يقي الإدارة من مقاضاتها أمام القضاء"⁵ سواء في المنازعات التي يعود اختصاص الفصل فيها للمحاكم الإدارية أو لمجلس الدولة.

وقد تم تنظيم إجراء التظلم بموجب المادتين 830 و 907 من القانون 08-09، وما يلاحظ منهما- بالإضافة إلى تقرير اختيار سلوك التظلم من عدمه- هو جعل الجهة المختصة بنظره هي الجهة مصدرة القرار المتظلم منه (التظلم الولائي)، على خلاف ما قرره قانون الإجراءات المدنية (الملغى)، وتوسيع آجال رفع التظلم إلى أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، ومن جهة أخرى فقد تم تقليص الآجل الممنوح للإدارة من أجل الرد على التظلم إلى شهرين من تاريخ تقديمه (عوض ثلاثة أشهر في القانون الملغى).

¹ القانون 90-23 مؤرخ في 27 محرم عام 1411 الموافق 18 غشت سنة 1990 يعدل ويتم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية. ج.ج.ج. عدد 36 لسنة 1990، مؤرخة في 22 غشت 1990، ص. 1149.

² تنص المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى) بعد تعديلها بموجب المادة 06 من القانون 90-23 على ما يلي: "لا يجوز رفع دعوى من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري.

ويجب أن يرفع الطعن المشار إليه أنفاً خلال الأربعة أشهر التابعة لتبليغ القرار المطعون فيه أو نشره".

³ حسين كمون، مدى فاعلية التظلم الإداري كإجراء للتسوية الودية للمنازعة الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاصة، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 6، 2018، ص. 156-157.

⁴ وهوما سيتم الإشارة إليه في المطلب الموالي.

⁵ حسين كمون، المرجع السابق، ص. 158.

3-التظلم في بعض التشريعات الإدارية الأخرى:

يعد كل من قانون الضرائب وقانون الانتخابات من بين التشريعات التي أبتت على إلزامية التظلم كوسيلة لتسوية النزاعات الضريبية والانتخابية... قبل اللجوء للقضاء، وقد قضى مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 25-02-2003 بما يلي: " أن كل نزاع ضريبي يشترط فيه رفع تظلم إداري مسبق طبقا للمادة 337 ق ض م ... ويعد هذا الإجراء من النظام العام يتعين على القاضي إثارته تلقائيا، وعدم رفع الطعن المسبق يؤدي إلى عدم قبول الدعوى المرفوعة مباشرة أمام القضاء...¹ كما قضى في قراره الصادر بتاريخ 12-06-2000 بما يلي: "... في حالة سكوت مدير الضرائب بعد فوات الآجل المنصوص عليه في المادة 334 في فقرتها الأولى، فإن المكلف بالضريبة له الحق أن يرفع دعواه القضائية في أجل أقصاه ثمانية أشهر ابتداء من تاريخ رفع تظلمه أمام مدير الضرائب"². وللإشارة قد يسقط شرط التظلم الإداري المسبق حتى لو اشترطه القانون³ كما في حالة الاستعجال.

وتعليقا على تطور الطعن المسبق في التشريع الجزائري يرى البعض⁴ بأنه: "... ويلقى التظلم الإداري نجاحه ويحقق أهدافه متى كان محل اهتمام من الإدارة سواء أكان ولائيا أو رئاسيا، وعلى الرغم من أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعل منه أسلوبا اختياريا، إلا أنه وفي حقيقة الأمر أثبت دوره وفعالته في حل العديد من المنازعات وديا في وقتها دون الحاجة إلى اللجوء إلى الجهات القضائية، وصحيح أنه أصبح إجراء اختياري قانونا وقضاء، إلا أنه بالنظر إلى إيجابياته صار إجباري بالنسبة للشخص الشاكي باعتباره أمر فرضه توفير الجهد والوقت مقارنة بالوقوف أمام القضاء...".

¹ مجلس الدول، القرار رقم 6325، مؤرخ في 25-02-2003، قضية (ش.ع.ب) ضد مديرية الضرائب لولاية بجاية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، لسنة 2003، ص.124.

² مجلس الدولة، القرار رقم 185670، مؤرخ في 12-06-2000، غير منشور، مقتبس عن: هشام باهي، محمد بن محمد، شروط رفع الدعوى الجبائية من طرف المكلف بالضريبة أمام القضاء الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 21، مارس 2020، ص.478.

³ "... متى كان تدبير الاستعجال يمتاز بطابع السرعة التي يتطلبها الإجراء، وجب عدم إخضاع الدعوى الاستعجالية للطعن الإداري المسبق ومن ثمة إعفاؤها منه دون التقيد بالأجل المنصوص عليه تحت طائلة البطلان في المادة 445 من ق ض م التي توجب في هذا المجال عرض الطلب مسبقا على نائب مدير الضرائب للولاية المختص في أجل شهر من تاريخ القرار...". المجلس الأعلى، قرار رقم 44299، مؤرخ في 28 / 12 / 1985، في قضية (ح ع) ضد مدير الضرائب المباشرة لولاية ... ومن معه، المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1989، ص.210.

⁴ مرية العقون، محمد بركات، المرجع السابق، ص.401.

الفرع الثاني

التظلم الإداري كطريق لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية (لجان التسوية الودية للنزاعات)

نصت التشريعات محل الدراسة على أن تتولى لجان متخصصة النظر في الطعون والتظلمات المرتبطة بتنفيذ بعض العقود الإدارية، وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن دور هذه اللجان لا يمتد إلا للنظر في المنازعات أثناء مرحلة التنفيذ، ولا تشمل المنازعات المرتبطة بالإبرام أو باختيار المرشحين أو التي قد تنشأ بعد اتمام العقد كالمنازعات المتعلقة بالضمان، ولا تختص هذه اللجان بمنازعات عقود الهيئات والمؤسسات الصناعية أو التجارية¹.

أولاً: في فرنسا

نص قانون الطلب العمومي على "لجان التسوية الودية للنزاعات" (Comités consultatifs de règlement amiable des différends) وأجاز لطرفي العقد اللجوء إليها في حال وجود نزاع يتعلق بأدائه، وعلى الأخيرة- التي قد تكون وطنية أو محلية- البحث ضمن الوقائع والقانون، من أجل الوصول لاقتراح حل ودي وعادل للنزاع².

وتختص اللجان الوطنية بالاستشارة في نزاعات تنفيذ عقود الإدارات المركزية، والعقود التي يتجاوز نطاق تنفيذها حدود جهة محلية واحدة³، وهي تتشكل بقرار من وزير الاقتصاد⁴. بينما تختص اللجان المحلية⁵ بالاستشارة في نزاعات تنفيذ العقود المبرمة من الهيئات الإقليمية والمؤسسات التابعة لها، وعقود الإدارات غير المركزية للدولة، والعقود الوطنية المُسندة لها عندما يقتصر تنفيذها على إقليم

¹ Anne-Laure PONSARD, op.cit., p. 48.

² R2197-1 : "En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés. Les comités consultatifs de règlement amiable des différends, qui peuvent être national ou locaux, ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés".

³ المادة 2-R2197 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

⁴ وتظم ستة أعضاء يعينون لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، ولهم حق التصويت (قاضيان يختاران من مجلس الدولة أو مجلس المحاسبة، ويكوفان رئيساً ونائباً لرئيس اللجنة، وهما دائمان في أشغالها، وممثلان عن الوزارة أو الهيئة المعنية بالنزاع، وممثلان عن قطاع النشاط الذي ينتمي إليه الطرف المعني بالنزاع، وهؤلاء يتغيرون بحسب موضوع النزاع وأطرافه)، ويجوز لممثل عن المديرية العامة للمحاسبة حضور أشغال اللجنة بصوت استشاري، أنظر:

ESPACE COMMANDE PUBLIQUE Rubrique Le règlement amiable des différends. Disponible sur le site : (14-8-2020 À l'heure 18:00)

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/ccra/contacts/comite_national%2024%20fevrier%202020.pdf

⁵ المادة 4-R2197 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

محدد، وعلى غرار اللجان الوطنية تنشأ هذه اللجان أيضا بقرار من وزير الاقتصاد¹.

وتفصل لجان التسوية الودية للنزاعات، عندما يقدم لها طلب من أحد الأطراف، في غضون ستة أشهر، وتبلغ رأيها للمعنيين ولوزير الاقتصاد، فإذا توصلت لحل يرضي الطرفين يتم اثبات ذلك بالمصادقة على اقتراحها، دون الحاجة لإبرام ملحق أو عقد يتضمن ذلك وفقا لما قضى به مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 04-11-2005². وفي حال تعذرت التسوية يثبت رئيس اللجنة استئناف أجل الطعن القضائي ابتداء من اليوم الموالي لذلك³. ويظهر مما سبق، أن اللجوء لهذه اللجان هو أمر جوازي "وهي ليست محاكم أو هيئات تحكيم، ويحق للأطراف الأخذ بمقترحاتها أو رفضها"⁴.

ثانيا: في مصر

نص قانون تعاقدات الجهات العامة⁵ على أن تلقي الشكاوى والرد عليها من بين مهام إدارة التعاقدات، التي تنشأ على مستوى كل إدارة متعاقدة. كما نصت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية

¹ وتتشكل هذه اللجان أيضا من ستة أعضاء يعينون لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، ولهم حق التصويت (قاضيان يختاران من هيئات القضاء الإداري المحلية، ويكونان رئيسا ونائب لرئيس اللجنة، وهما دائمان في أشغالها، وممثلان عن السلطات المحلية المنتخبة المعنية بالنزاع، وممثلان عن قطاع النشاط الذي ينتمي إليه الطرف المعني بالنزاع على المستوى المحلي، وهؤلاء يتغيرون بحسب موضوع النزاع وأطرافه)، ويجوز لممثل عن المديرية العامة للمحاسبة حضور أشغال اللجنة بصوت استشاري، أنظر:

PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES COMITÉS LOCAUX CONSULTATIFS DE RÈGLEMENT AMIABLE DES DIFFÉRENDS. Disponible sur le site : (14-8-2020 À l'heure 18:00) https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/ccra/contacts/presentation_generale_comites_locaux.pdf

² Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 04/11/2005, 263429. Disponible sur le site : (15-8-2020 À l'heure 18:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmins=1>

³ المواد من R2197-14 إلى R2197-16 من قانون الطلب العمومي سابق الإشارة إليه.

⁴ "les comités ne sont ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage. Ils émettent des avis, que les parties sont libres de suivre ou non". Le règlement amiable des différends. Disponible sur le site : (15-8-2020 À l'heure 19:00) : <https://www.economie.gouv.fr/daj/reglement-amiable-des-differends>

⁵ تنص المادة 5 من قانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على ما يلي: "يتولى مكتب شكاوى التعاقدات العمومية التابع لوزير المالية مباشرة تلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وفحصها واتخاذ قرار في شأنها دون مقابل، ما لم تتطلب دراستها خبرات فنية متخصصة تمكنه من البت فيها، وتكون قراراته ملزمة لطرفي الشكاوى، ويجب على الجهة الإدارية تنفيذ القرار خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلمه ودون أن يحل ذلك بحق مقدم الشكاوى في اللجوء إلى القضاء . ويصدر بتنظيم العمل بالمكتب، واختصاصاته الأخرى، والمدد الزمنية لتلقي الشكاوى والبت فيها، وآليات الاستعانة بالخبرات الفنية قرار من رئيس مجلس الوزراء . ويكون لكل ذي شأن التقدم إلى الجهة الإدارية بشكواه كتابة بخصوص أي إجراء من إجراءات التعاقد وفي ذات التوقيت إخطار مكتب شكاوى التعاقدات العمومية بصورة منها، وإذا لم يفصل فيها بمعرفة الجهة الإدارية يكون له الحق في التقدم بشكواه إلى المكتب وذلك قبل اللجوء إلى جهات القضاء . ويجوز للمكتب وقف إجراءات العملية محل الشكاوى لمدة

لهذا القانون¹ على أن "تلتزم إدارة التعاقدات بدراسة الشكاوى المقدمة لها، ويجوز لها الاستعانة بمن تراه من المختصين بحسب طبيعة الشكاوى المقدمة، وترفع تقريراً مفصلاً للسلطة المختصة بنتيجة ما انتهت إليه دراستها من قرارات لاعتمادها وذلك كله خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من تاريخ استلام الشكاوى المستوفاة. وفي حال صحة الشكاوى يجب أن يتضمن القرار المعتمد من السلطة المختصة التدابير الواجب تنفيذها لإزالة أسبابها واتخاذ أي إجراءات يوصى بها. وفور اعتماد السلطة المختصة لقرارات نتيجة دراسة الشكاوى تلتزم إدارة التعاقدات بإخطار مقدم الشكاوى بها، كما يختر مكتب شكاوى التعاقدات العمومية بتلك القرارات، بالإضافة إلى نشرها على بوابة التعاقدات العامة".

والظاهر من هذه النصوص- خاصة الفقرة الثالثة من المادة 5 من قانون تعاقدات الجهات العامة- أن اللجوء للشكاوى إجراء إلزامي قبل اللجوء للقضاء.

ثالثاً: في الجزائر

يرى البعض² بأن "المشروع الجزائري تبني مبدأ الحل الودي لنزاعات تنفيذ الصفقات العمومية كقاعدة عامة واللجوء للقضاء هو الاستثناء"، إلا أن ما يظهر لنا هو عدم امكانية استساغة هذا الاستنتاج على اطلاقه، حيث أن فرض اللجوء لإجراءات التسوية الودية مبرر بالحرص على السرعة في تسوية منازعات تنفيذ الصفقة الذي يهدف بدوره لسرعة التنفيذ بوجه عام، كما أن المشروع الجزائري فرض البحث عن حل ودي وفرض الطعن المسبق من خلال لجان التسوية الودية فقط، دون بقية وسائل التسوية الودية الأخرى، وأن هذا الإجراء ليس من شأنه احلال الأصل "التقاضي" محل الاستثناء "الوسائل البديلة". ويمكن الإشارة بشأن "تطور" مدى وجوب اللجوء للطعن أمام لجان التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية إلى المراحل الثلاث التالية:

أ- قبل صدور المرسوم الرئاسي 02-252:

نص الأمر 67-90³ المتضمن قانون الصفقات في المادة 152 على أن "تشكل بقرار لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية من عناصر عادلة يمكن قبولها من

= يحددها قرار رئيس مجلس الوزراء للفصل فيها إذا كانت هناك ضرورة لذلك عدا الحالات الطارئة أو العاجلة التي يقدرها وفقاً للاعتبارات التي تقدمها الجهة الإدارية، ويلتزم المكتب بنشر نتيجة ما ينتهي إليه فحصه للشكاوى...".

1 تنص المادة 03 من اللائحة التنفيذية لقانون تعاقدات الجهات العامة على ما يلي: "...تتولى إدارة التعاقدات القيام بالآتي...التعامل مع الشكاوى بالرد عليها، وتقديم المعلومات، واتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها...".

2 عبد الحق غلاب، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، 2018، ص. 118.

3 أمر رقم 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1378 الموافق 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية (ملغى)، ج.ج.ج عدد 1967/52 مؤرخة في 27 يونيو 1967.

أجل إيجاد تسوية ودية. وأن الاجراءات أمام هذه اللجنة هو واجب يسبق كل دعوى قضائية¹. وهي لجنة يرأسها قاض وتتكون من ثلاثة من كبار موظفي الوزارة المعنية وممثلين اثنين عن المنظمات المهنية، ولا يتم اللجوء إلى هذه اللجنة إلا من خلال التظلم السلمي الذي يقدمه الطاعن².

وتطبيقاً لهذه النصوص قضى المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) بتاريخ 09-11-1985 بأنه " من المقرر قانوناً أن عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ صفقات عمومية على اللجنة الاستشارية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه المنازعات هو إجراء يتم وجوباً قبل رفع الدعوى القضائية، ومن ثم فإن الطعن عن طريق التدرج الرئاسي لا يحل محل إجراء عرض النزاع على هذه اللجنة، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد... مطابقاً للقانون"³.

ومما يلاحظ بهذا الصدد أن التظلم الإداري لا يقدم بشكل مستقل كقناة لتسوية النزاع، وإنما يقدم لغرض الطلب من الجهة الإدارية بأن تعرض النزاع على اللجنة الاستشارية المختصة. لذلك ورد في قرار الغرفة الإدارية (بالمحكمة العليا) المؤرخ في 9-1-1985 "...ولما كان في قضية الحال أن الطاعن أهمل إجراء تقديم طلب طبقاً لأحكام المادة 100 من قانون الصفقات العمومية، إلى السيد وزير الري، لعرض النزاع على اللجنة الاستشارية، واكتفائه بالطعن عن طريق التدرج الرئاسي، يجعله غير محق في تأكيده على أن المجلس القضائي قد أخطأ عند الفصل في القضية كما فعل"⁴. وتأكيداً لذلك قضى المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) بتاريخ 31-12-1988 بما يلي "...وإن الاجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لاتخاذ ذلك الإجراء فإن العارض أمام صمت السلطة الإدارية عرض في الآجال القانونية النزاع على الجهة القضائية..."⁵. أما المرسوم التنفيذي 91-434⁶ فقد نص على الطعن الإداري السلمي "الذي يرفعه المتعامل المتعاقد قبل كل

¹ إلا أن ما يلفت الانتباه في نصوص هذا الأمر هو ما نصت عليه المادة 159 منه "يعتبر رأي اللجنة وثيقة داخلية سرية، ولا يجوز أن يقدمه الأطراف إلى المحاكم".

² المادتين 153 و158 من الأمر 67-90 (الملغى).

³ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية قرار رقم 43731، مؤرخ في 19-11-1985، المجلة القضائية، 1990، العدد 02، ص. 175.

⁴ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 42731، مؤرخ في 9-1-1985، قضية ش ذ م س ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر، المجلة القضائية، 1990، العدد الثاني، ص. 175.

⁵ المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 62252، مؤرخ في 31-12-1988، المجلة القضائية، 1992، العدد 02، ص. 161.

⁶ المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 9 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى)، ج.ر.ج.ج، عدد 57/1991، مؤرخة في 13-11-1991.

مقاضاة...¹، إلا أنه نص في المادة 101 منه على أن "تحدث لدى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس لشعبي البلدي، حسب الحالة، لجنة استشارية تكون مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن العناصر المنصفة الممكن اعتمادها أساسا لتسوية ودية..."، وبناء على هذا النص تم مد إنشاء لجان التسوية الودية على المستوى المحلي.

ب- بعد صدور المرسوم الرئاسي 250-02

بصدور المرسوم الرئاسي 250-02² فقد نصت المادة 102 منه على أنه "... يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية للصفقات...". وهو نفس الحكم الذي أعاد النص عليه المرسوم الرئاسي 10-236³ (الذي حل محل المرسوم الرئاسي 02-250). وعليه تخلى المشرع عن إلزامية الطعن المسبق⁴. وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 07-06-2005 بما يلي "... حيث أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-07-2002، ويمكن للمتعاقد قبل رفعه الدعوى قضائيا، تقديم طعن أمام اللجنة

¹ المادة 100 من المرسوم التنفيذي 91-434 (الملغى).

² مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى)، ج.ر.ج.ج، عدد 52/2002، مؤرخة في 28 يوليو 2002.

³ المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الملغى)، ج.ر.ج.ج، عدد 58/2010، مؤرخة في 7 أكتوبر 2010.

⁴ "L'on découvre donc une situation quelque peu inédite : l'existence d'une obligation légale à la charge de l'administration publique de rechercher une solution amiable sans pour autant disposer d'un organe idoine ou d'un cadre précis. C'est assez dire que l'on est, à partir de 2002, face à un dispositif de règlement amiable qui n'en est pas un. Dit autrement c'est un dispositif de règlement amiable sans les comités dédiés à cette fin. Ce faisant les rédacteurs du code de 2002 donnèrent à l'administration publique une totale liberté dans le choix des modalités de recherche de solutions amiables. Ainsi, tout se serait passé comme si, après avoir éliminé les magistrats de ce dispositif en 1991, l'administration publique (initiatrice et auteur du nouveau code) faisait, en 2002, un pas supplémentaire et décisif dans sa maîtrise totale des mécanismes tendant au règlement amiable.

La seule contrainte qui persiste à la faveur de cette réforme de 2002 est l'obligation juridique à la charge de l'administration maître d'ouvrage de rechercher, dans tous les litiges afférents à l'exécution de ses marchés publics, une solution amiable. Le non-respect de cette obligation édictée par l'article 102 du décret présidentiel 02-250 du 24 juillet 2002 est constitutif d'une faute susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administration concernée.

Quoiqu'il en soit l'option ainsi retenue par le législateur en 2002 sera reconduite dans le cinquième et dernier code des marchés publics, celui du 7 octobre 2010 modifié le 18 janvier 2012 et le 13 janvier 2013. Il reste que dans la pratique, les cocontractants de l'administration, et notamment les étrangers, n'ont pas toujours une bonne lisibilité de ce dispositif de règlement amiable. Cette situation de grande difficulté pour les partenaires étrangers résulte essentiellement du fait que l'administration maître d'ouvrage fait systématiquement référence dans ses marchés de travaux et autres contrats programmés au cahier des clauses administratives générales des marchés de travaux de 1964 plus connu sous la dénomination « CCAG 1964 ». Or, ce cahier des charges qui est en vigueur à ce jour et n'a pas été actualisé, comporte lui également un titre V (article 50 à 53) dédié au règlement des contestations. Dans ce dispositif, l'article 52-2 prévoit que l'entrepreneur a la possibilité de demander au ministre de soumettre les litiges et différends nés à l'occasion de l'exécution de marchés au comité consultatif de règlement amiable...". Cherif BENADJI, op.cit., pp. 295-296.

الوطنية للصفقات العمومية طبقاً لأحكام المادة الجديدة 102 ولكن مجرد اختيار وليس إلزامياً¹.

ج- بعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247:

بعدما تخلى قانون الصفقات العمومية عن الطعن الإلزامي المسبق أمام لجان التسوية الودية للنزاعات التي تنشأ عند تنفيذ الصفقات، أعاد النص عليه من جديد في المرسوم الرئاسي 15-247، حيث تنص المادة 153 بعد بيانها لضرورة عمل المصلحة المتعاقدة على حل المنازعات ودياً مع المتعامل المتعاقد على ما يلي "...وفي حال عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه... يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة..." وهذه اللجان تنشأ على مستوى الوزارات والهيئات العمومية الإدارية الوطنية والولايات².

ويظهر مما سبق أن التشريعين المصري والجزائري (الحالي) قد جعلاً من الطعن أو الشكوى أمام اللجان الإدارية إجراء واجب قبل اللجوء للقضاء في منازعات تنفيذ العقود الإدارية، أما المشرع الفرنسي فقد جعله أمراً اختيارياً.

كما أن التشريعين الفرنسي والجزائري حددا دور اللجان تحديداً متقارباً، فنص قانون الطلب العمومي الفرنسي على أن اللجان تبحث ضمن القانون والوقائع لإيجاد حل ودي عادل للنزاع³. ونص قانون الصفقات العمومية على أن "ويجب على اللجنة أن تبحث عن العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها" (المادة 4/153). أما المشرع المصري فلم يذكر هذه العناصر بل أورد عبارة "فحص الشكوى وإمكانية الاستعانة بذوي الخبرة للتأكد من صحتها" (المادة 5 من قانون تعاقدات الجهات العامة).

الفرع الثالث

أثر التظلم الإداري كأسلوب من أساليب القانون العام في تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية على الرغم من إيجابيات التظلم الإداري وكونه طريقاً مباشراً لمراجعة قرارات الإدارة، إلا أن ما يواجهه من نقد وما يعتره من نقائص تشريعية قد أدت في مجملها لإضعافه وتهميش دوره.

¹ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 21173، مؤرخ في 07-06-2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 7، 2005، ص. 90.

² المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

³ R2197-1 : "...Les comités consultatifs de règlement amiable des différends, qui peuvent être national ou locaux, ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés".

وقد رأى البعض¹ بأن عوامل عدم فاعلية الطعن الإداري تعود لتعدد النصوص القانونية المنظمة لهذا الاجراء وغموض بعضها، وتعدد الجهات المكلفة بنظر الطعن كما هو الحال في المنازعات الضريبية مثلاً... بالإضافة إلى أن عقد الاختصاص بنظر التظلم للجهة المتظلم من قرارها جعل الأخيرة "تقوم بدور الخصم والحكم، وقد يصعب على مصدر القرار أن يرجع عنه، وقد يناصره رئيسه الإداري..."².

لذلك تم اقتراح³ إنشاء "لجان" أو جهاز إداري خاص بنظر الشكاوى على مستوى الإدارات العمومية. وهذا في الحقيقة نظام معمول به، وهو بدوره محل نقد، فهذه اللجان في معظمها تتكون من عناصر تتبع الإدارة أو ترتبط بها أو تخضع لها أصلاً، وقد يشوبها ما يشوب العمل الإداري من عيوب. وعلى الرغم من عدم إلزامية "أراء" لجان التسوية الودية للمنازعات، إلا أن البعض اعتبر أن في تدخلها "سلطة معنوية على طرفي النزاع"⁴.

إلا أنه مما يظهر لنا زيادة على ما سبق، أن التظلم قد لا يجدي نفعا في بعض منازعات تنفيذ العقود الإدارية، خاصة إذا استحضرننا ما تتميز به خصائص القرارات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود من جهة، وخصوصية العلاقة بين المتعاقد والإدارة المتعاقدة من جهة أخرى.

فالقرارات الإدارية التي تصدر بمناسبة تنفيذ العقد الإداري تتعدد وتتنوع بحسب موضوعها، وقد يتم اتخاذ بعضها ليس باعتبار الإدارة طرفا في العقد فحسب بل باعتبارها سلطة عامة، تستمد مكنة اتخاذ تلك القرارات مما تقضي به القوانين واللوائح الإدارية، فقد تقرر تقليص حجم العقد أو الزيادة في الأشغال أو توقيفها، أو تعديل مسار التنفيذ... وحتى انتهاء العقد بإرادتها المنفردة، كل ذلك تحت غطاء المصلحة العامة... وعلى الأقل من الناحية النظرية يستبعد أن تستجيب الإدارة لإعادة النظر في هذه القرارات إذا ما رفع تظلم بشأنها، فهي قرارات تنفيذية- لها كافة خصائص ومقومات القرارات الإدارية- كقرينة المشروعية والتنفيذ المباشر...⁵.

¹ حسن كمون، المرجع السابق، ص. 168.

² محمد ميرغني خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج1، منشورات جامعة عين شمس، مصر، 2000/1999، ص. 76.

³ مرية العقون، محمد بركات، المرجع السابق، ص. 402.

⁴ "Cet avis ne s'impose pas aux parties, mais il comporte une autorité morale importante, issue de sa composition paritaire et de sa procédure quasi juridictionnelle garantie par l'intervention d'un rapporteur indépendant, une instruction contradictoire, l'audition personnelle des intéressés et la possibilité du recours à tout moyen d'information utile...". Kaline SANTOS FERREIRA, Op.cit., p. 52.

⁵ "وعليه يشترط القضاء الإداري في التظلم الوجوبي بصفة عامة أن يكون مجدياً، فإذا امتنع عن الإدارة إعادة النظر في القرار لاستنفاد ولايتها بإصداره، أو لعدم وجود سلطة رئاسية تملك التعقيب على الجهة الإدارية التي أصدرته، فإن

أما بالنسبة لعلاقة المتعاقد مع الإدارة، فإن فكرة كونه "متظافرا معها ونائبا عنها في إدارة وإنشاء المرافق العامة..." وما ينتج عنها من إضعاف لمكانته، قد جعلت من إجازة التظلم دون تقرير ضمانات حقيقية عائقا مباشرا في تفعيله كوسيلة لتسوية النزاعات والخلافات، حيث لازالت النصوص تمنح آجالا بالأشهر للإدارة حتى تنظر في التظلم الذي يرفع أمامها، مما يحتم على المتعاقد المتضرر سلوك طريق القضاء والاستغناء عن هذه الوسيلة.

هذا وإن القصد من أن التظلم يخضع لقواعد القانون العام هو أن موقف الإدارة المتعاقدة فيه يمتاز "بالتفوق" بل وبالاستعلاء في مواجهة المتعاقد، وعند نظر التظلم هي محاطة بالسلطة التقديرية (وبشعار تحقيق المصلحة العامة) وبالتنفيذ المباشر لقراراتها وبقرينة سلامتها حتى يثبت العكس. على أن هذا لا يعني أن قواعد القانون الخاص مستبعدة تماما من ساحة التظلم الإداري، خاصة فيما لا يعارض السلطات المذكورة.¹

وبالإضافة إلى التظلم، على النحو المشار إليه، فقد أقرت التشريعات أيضا بجواز تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية بطريق التوفيق والوساطة، وهو ما سيتم التطرق له فيما يلي.

المطلب الثاني

التوفيق والوساطة كسبيل لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية

تعرف الوساطة بأنها "تقنية إجرائية يحاول من خلالها الوسيط- باستخدام المساعي الحميدة - حل النزاعات أو منع نشوئها، ويتم سلوك الوساطة بإرادة الأطراف خارج نطاق القضاء أو بتدخل الأخير عند النظر في نزاع يطرح عليه"². أما التوفيق "فهو بالإضافة لكونه يقدم حلوًا أكثر مرونة

=التظلم في هذه الحالة يكون غير مجد ولا منتج... وكذلك إذا أفصحت الجهة الإدارية أنها لن تنظر في تظلم المدعي مقدما...". سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 127-128.

¹ فعلى سبيل المثال يخضع توكيل الأشخاص للقيام بالتظلم الإداري لقواعد الوكالة في القانون المدني، وبهذا الصدد فقد أفتى مجلس الدولة الفرنسي بما يلي:

"Tout mandataire a, selon l'article 1984 du code civil, le pouvoir d'agir "pour le mandant et en son nom". Tout recours administratif formé par un mandataire, dans l'exercice du mandat qui lui a été confié, conserve donc nécessairement et dans les conditions de droit commun le délai du recours contentieux au profit du mandant...Si toute personne est libre de désigner le mandataire de son choix pour former un recours administratif, aucune disposition législative ne permet de présumer qu'une association qui, quel que soit son objet, aurait assisté un étranger lors de son audition par la commission de séjour des étrangers, disposerait de ce seul fait d'un "mandat tacite" pour représenter l'intéressé lors d'une phase ultérieure de la procédure". Conseil d'Etat, Avis 2 / 6 SSR, du 7 mai 1997, 184499, mentionné aux tables du recueil Lebon. Disponible sur le site : (19-8-2020 À l'heure 18:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007956459&fastReqId=1866491242&fastPos=1>

² "La "médiation" est une technique procédurale de solution des conflits par laquelle des personnes qu'un différend oppose, ou qui souhaitent en prévenir l'arrivée. tentent de parvenir à une solution transactionnelle en utilisant les bons offices d'une personne dite "médiateur" (en anglais "a neutral" ou "médiateur"). La médiation est, soit décidée par les parties en dehors de toute procédure judiciaire, soit

وسرعة من القضاء الإداري، فإنه أيضا يمثل على المدى الطويل تحسنا نوعيا مهما للغاية في العلاقات التعاقدية بين الإدارة العامة والأفراد، وهذا التحسن في المجال التعاقدية له تأثير إيجابي في المجال الاقتصادي...¹.

ويقتر البعض "بتعذر التفريق بوضوح بين التسوية الودية والتوفيق. فالتسوية الودية تدل بصورة أخص على النتيجة التي توصل إليها الفريقان اللذان يواجهان صعوبة ما، والتوفيق هو الإجراء الذي ينزع إلى تسهيل وفاقهما. فالتسوية الودية قد تكون موضوع إجراء منظم منهجيا، أما التوفيق فيوصل إلى حل يذلل المشكلة. وقد يتم السعي إلى التسوية الودية والتوفيق عفوا من قبل الفريقين بالاستقلال عن النصوص التي تنظمهما..."².

وللتعريف بأهمية التوفيق والوساطة كسبيل لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية، يتم التطرق لتنظيمها في التشريعات محل الدراسة (الفرع الأول)، ثم النظر في طبيعة القواعد القانونية المطبقة عليها عند اعتمادها كوسيلة لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التنظيم القانوني للتوفيق والوساطة

فيما أفرد المشرعين الفرنسي والمصري أحكاما خاصة بالتوفيق والوساطة في العقود الإدارية، فقد أوردها المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولا: التوفيق والوساطة في القانون الفرنسي

نص قانون الطلب العمومي في المادة L2197-1³ منه على أنه "يمكن لطرفي العقد الإداري اللجوء إلى موفق أو وسيط ثالث، وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين الأول والثاني من الباب الثاني من الكتاب الرابع من قانون العلاقات بين الجمهور والإدارة".

وقد حدد المرسوم 566-2017 المؤرخ في 18-04-2017 (الذي صدر تطبيقا لقانون تحديث

décidée par la juridiction saisie d'un conflit contentieux". Serge BRAUDO, Définition de Médiation.

Disponible sur le site : (19-8-2020 À l'heure 20:00) : <https://www.dictionnaire-juridique.com/..php>

¹ "La conciliation dans ce cas n'est pas seulement idéale pour présenter des solutions plus souples ou plus rapides que les juridictions administratives, mais elle représente surtout à long terme une amélioration qualitative très importante dans les relations contractuelles entre l'administration publique et les particuliers. Cette amélioration, dans un domaine contractuel, se répercute favorablement dans une sphère économique...". Kaline SANTOS FERREIRA, op.cit., p. 48.

² جورج فيدال وبيير دلفولفيه، القانون الإداري، ج 2، المرجع السابق، ص. 28.

³ تنص المادة L2197-1 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration."

العدالة في القرن الواحد والعشرون) كيفية إجراء الوساطة في النزاعات التي تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري¹. وبموجبه تم استحداث الوساطة الالزامية في بعض منازعات الموظفين ومنازعات اعانات الاسكان والحقوق الاجتماعية... وجعلها "مجانبة" للتشجيع على تسوية الخلافات المتزايدة خارج إطار القضاء². ووفقا لهذا المرسوم يمكن للطرفين أن يتفقا على أن تسوى النزاعات التي قد تطرأ عند تنفيذ العقود عن طريق الوساطة، كما يمكن اللجوء إليها بعد قيام النزاع بطلب من أحد الطرفين أو كليهما، أو باقتراح من القاضي عندما يقدر بأن أعمال الوساطة من شأنه إنهاء الخلاف وتسوية النزاع³. ووفقا لذات المرسوم أيضا، فإن الوساطة يمكن أن تنصب على جانب محدد من جوانب النزاع ويمكن أن تشملها جميعا. كما يجوز أن تسند مهام الوساطة إلى شخص معنوي ويقوم ممثله القانوني بتعيين الوسيط، أو إلى شخص طبيعي مؤهل (له خبرة مثبتة في مجال النزاع)⁴. وفي كل الحالات فإن إجراء الوساطة "لا يؤدي لإبعاد" دور القاضي الذي له أن يأمر بأي تحقيق أو إجراء من شأنه تسوية النزاع سواء اتخذته من سلطته التقديرية أو بطلب من الوسيط، بما في ذلك الأمر بإنهاء الوساطة عندما يتبين له عدم فعاليتها في تسوية الخلاف⁵.

ثانيا: التوفيق والوساطة في القانون المصري

نص قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر على جواز اللجوء "للتوفيق والوساطة" لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم، بشرط أن يسمح العقد بذلك وبعد موافقة الإدارة المتعاقدة⁶. وقد تم تحديد مهام لجان التوفيق بواسطة القانون 7 لسنة 2000

¹ Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, JORF n°0093 du 20 avril 2017 texte n° 23. Disponible sur le site : (20-8-2020 À l'heure 18:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034443537&categorieLien=id>

² Jean-Marc LE GARS, L'ouverture de la juridiction administrative à la médiation, Date de publication avr 2017, Disponible sur le site : (14-8-2020 À l'heure 10:00)

<https://www.village-justice.com/articles/ouverture-juridiction-administrative-meditation,24769.html>

³ المواد من 5-2013 R إلى 9-2013 R من المرسوم 566-2017 سابق الإشارة إليه.

⁴ المواد من 1-2013 R إلى 3-2013 R من نفس المرسوم.

⁵ المادتين 8-2013 R و9-2013 R من نفس المرسوم.

⁶ تنص المادة 91 من قانون تعاقدات الجهات العامة على ما يلي: "يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف أثناء تنفيذه، وقبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب الأحوال، الاتفاق على تسويته عن طريق التوفيق أو الوساطة، وذلك إذا تضمنت شروط الطرح أو العقد جواز ذلك، وبموافقة السلطة المختصة مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد. كما يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقه من أضرار نتيجة إخلال الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، ما لم يوافق الوزير المختص بالجهة الإدارية على اللجوء إلى التحكيم وتضمنه شروط العقد، ويتفق عليه الطرفان وفقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994".

المتضمن إنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها¹، ووفقاً لهذا القانون تتشكل لجان التوفيق من ممثل عن الجهة الإدارية المعنية (بدرجة مدير عام على الأقل)، والطرف الآخر في النزاع أو من ينوب عنه، ويرأسها أحد رجال القضاء (بحوز درجة مستشار على الأقل)². وقد حددت المادتان الرابعة والحادية عشر من القانون³، المنازعات التي تدخل في اختصاص لجان التوفيق، وعلى وجوب إجراء التوفيق قبل اللجوء للقضاء بشأنها. وبهذا الصدد وباستدكار ما تم التطرق له بشأن لجان تلقي الشكاوى، يثور التساؤل عن دور لجان التوفيق في منازعات تنفيذ العقود الإدارية، وهل يعتبر اللجوء لهته اللجان إجراءً واجباً قبل اللجوء للقضاء برغم اللجوء مسبقاً للجان تلقي الشكاوى؟

يشار في البداية إلى أن تطبيق القانون رقم 7 لسنة 2000 كان محل تطورات قضائية مهمة، حيث قوبلت بعض نصوصه بما ينص عليه قانون مجلس الدولة، خاصة بشأن طلب إلغاء القرارات الإدارية التي تقترن بطلب وقف تنفيذها⁴. وبصدد نظرها في منازعات تنفيذ العقود الإدارية، قضت

¹ قانون رقم 7 لسنة 2000، بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، صادر بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 13 (مكرر) مؤرخة في 04-04-2000. ونصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يلي: "ينشأ في كل وزارة أو محافظة أو هيئة عامة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة لجنة أو أكثر، للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين هذه الجهات وبين العاملين بها، أو بينها وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة."

² المادة الثالثة من القانون 7 لسنة 2000.

³ تنص المادة الرابعة من القانون 7 لسنة 2000 على ما يلي: "عدا المنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفاً فيها وكذلك المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية وتلك التي تفردها القوانين بأنظمة خاصة، أو توجب فضها أو تسويتها أو نظر التظلمات المتعلقة بها، عن طريق لجان قضائية أو إدارية أو يتفق على فضها عن طريق هيئات تحكيم، تتولى اللجان المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون التوفيق بين أطراف المنازعات التي تخضع لأحكامه. ويكون اللجوء إلى هذه اللجان بغير رسوم." ونصت المادة 11 على ما يلي: "عدا المسائل التي يختص بها القضاء المستعجل، ومنازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بالأوامر على العرائض، والطلبات الخاصة بأوامر الأداء، وطلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلبات وقف التنفيذ، لا تقبل الدعوى التي ترفع ابتداءً إلى المحاكم بشأن المنازعات الخاضعة لأحكام هذا القانون إلا بعد تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية، أو الميعاد لعرضها دون قبول، وفقاً لحكم المادة السابقة."

⁴ عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، حسين إبراهيم خليل، موسوعة الاجراءات السابقة على رفع الدعوى الإدارية (اللجوء إلى لجان التوفيق في بعض المنازعات، التظلم الإداري الوجوبي) دراسة تطبيقية مقارنة في ضوء أحدث أحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2013، ط1، المركز القومي للمنشورات القانونية، مصر، 2014، ص. 118 وما بعدها؛ إبراهيم سيد، عبد الوهاب أحمد، موسوعة العدالة في أحكام المحكمة الإدارية العليا (في الفترة من عام 1990 حتى 2016)، ج1، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص. 82.

المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري بتاريخ 14-9-2010 بما يلي: "ومن حيث إن اللجوء إلى التوفيق في بعض المنازعات - الذي فرضه المشرع في القانون رقم (7) لسنة 2000 المشار إليه - ليس طقساً في ذاته، ولم يفرضه المشرع عبثاً، وإنما أوجبه المشرع لرغبة قصدها وغاية أرادها، تتمثل في تقليل حجم المنازعات التي تطرح على القضاء الإداري، بالفصل فيها من قبل اللجان المشكلة طبقاً لهذا القانون، وبناء عليه فلا غرو أن جرى قضاء هذه المحكمة على أنه متى رفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة وكانت الطلبات فيها مستثناة من العرض على اللجان المنصوص عليها في القانون (7) لسنة 2000 المشار إليه، أو كانت الدعوى قد رفعت بطلبات لجأ المدعي بشأنها إلى لجنة التوفيق المختصة، ثم عدلت الطلبات أمام المحكمة، وكانت هذه الطلبات المعدلة لا تعدو أن تكون طلبات مكتملة للطلب الأصلي في الدعوى أو مترتبة عليه أو متصلة به اتصالاً لا يقبل التجزئة، فلا يكون ثمة جدوى من المطالبة مرة أخرى باللجوء إلى تلك اللجان بعد تعديل الطلبات، ولا سيما أن الدعوى قد أصبحت مطروحة بالفعل أمام المحكمة المنوط بها أصلاً الفصل في النزاع..."¹.

ومن المعلوم أن تنفيذ العقد أو فسخه أو تعديله أو فرض الجزاءات على المتعاقد... تصدر بشكل قرار إداري، والظاهر من هذا الحكم-الذي يتمحور حول بطلان عقد إداري-دخول منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاص لجان التوفيق، وهو ما أكدته ذات المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 1-1-2011²، إلا أن ذلك يتوقف على طبيعة الطعن، وطبيعة القرار محل الطعن. حيث تؤكد نصوص القانون 7 لسنة 2000 أن اللجوء للجان التوفيق يقتصر على حالات طلب إلغاء القرارات الإدارية أو طلب التعويض عنها، أما طلب إلغاء القرارات الإدارية المقترن بطلب وقف التنفيذ يعد من الحالات التي لا يتم فيها اللجوء للجان التوفيق، أما اجتهاد القضاء الإداري فقد ذهب للقول بإخضاع الأخيرة أيضاً للجان التوفيق إذا كانت ترتبط بطلبات أخرى لا يمكن فصلها³.

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر الطعن رقم 30952 والطعن رقم 31314 لسنة 56 قضائية العليا، بتاريخ 14-9-2010، المكتب الفني، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، (أكتوبر 2009 إلى سبتمبر 2011)، ص. 614 وما بعدها. و متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 10-8-2020 الساعة 20:00) <http://176.9.154.100/framePlain.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=91807&NID=49526>

² المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن رقم 23182 لسنة 51 قضائية العليا، بتاريخ 1-1-2011، المكتب الفني، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المكتب الفني، ج55، ص. 77.

³ "ومن نافلة القول أن طلبات التعويض عن القرارات الإدارية يسري في شأنها ما يسري على طلبات وقف التنفيذ والالغاء من حيث اللجوء إلى اللجان المشكلة طبقاً للقانون رقم 7 لسنة 2000، حتى لا تتبعض المنازعة ولا تتجزأ في هذا الخصوص. ومن حيث إنه ابتداء على ما سلف بيانه فإنه يكون متعيناً العدول عن المبدأ الذي قضت به هذه الدائرة في الطعن رقم 13762 لسنة 49 ق.ع ... والقضاء بأن طلبات إلغاء القرارات الإدارية المقترنة بطلب وقف التنفيذ،

والظاهر مما سبق، أن اللجوء للجان التوفيق التي أنشأها القانون رقم 7 لسنة 2000 يعد إجراء واجباً في منازعات تنفيذ العقود الإدارية من حيث الأصل، طالما يتم تنفيذ هذه العقود أو فسخها أو توقيع العقوبات المترتبة على سوء تنفيذها... عن طريق القرارات الإدارية. وبالرغم من ذلك، فقد أجازت المحكمة الإدارية العليا استدراك تقديم طلب للجان التوفيق بعد رفع الدعوى، خاصة إذا تم الفصل فيه قبل الفصل في الدعوى القضائية، وبهذا الخصوص قضت هذه المحكمة¹ بأنه: "... إذا تم تقديم طلب التوفيق بعد رفع الدعوى فإن الإجراء المطلوب قانوناً يكون قد استوفى وتحققت الغاية منه، ولا محل للدفع بعدم قبول الدعوى..."².

ومن جهة أخرى، وباستدراك التظلم الوجوبي سابق الإشارة إليه، والجمع بينه وبين اللجوء للجان التوفيق كقيد لقبول الدعوى القضائية، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بما يلي: "...فيتعين على صاحب الشأن قبل اللجوء للمحاكم التأديبية أن يتقدم بطلب التوفيق إلى اللجنة المختصة خلال المواعيد المقررة للطعن فيه بالإلغاء وبعد تقديم التظلم منه وانتظار المواعيد المقررة للبت فيه..."³.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 8-1-2017 بما يلي "النص في المادة الأولى من القانون رقم 7 لسنة 2000 الخاص بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، مفاده أن مناط اختصاص لجان التوفيق بنظر تلك

=الواجب التظلم منها تخضع لأحكام القانون رقم 7 لسنة 2000". المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1-1-2011 حكم صادر في الطعن رقم 23182 لسنة 51 قضائية عليا، سابق الإشارة إليه.

¹ المحكمة الإدارية العليا، حكم صادر في الطعن 35979 لسنة 52 ق، بتاريخ 15-6-2010، م ف، ج 55، ص. 553.

² كما قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: "... أن الإلزام بولوج طريق التوفيق أمام هذه اللجان لا يمس بحق التقاضي الذي يكفله الدستور في المادة 68 منه ولا ينال منه، ذلك أن اشتراط تقديم طلب التوفيق إلى هذه اللجان وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية أو الميعاد المقرر لعرضها دون قبول قبل الالتجاء إلى القضاء في هذه المنازعات يمثل مرحلة أولية مستقلة عن درجات التقاضي باستنفادها يفتح الطريق أمام ذوى الشأن لعرض النزاع على القضاء للحصول على الحماية القانونية للحق المدعى به، وبالتالي فمتى كانت الدعوى قد رفعت أمام القضاء ابتداءً بطلبات سبق لذوى الشأن اللجوء بشأنها إلى لجنة التوفيق المختصة وانتهت إجراءات الخصومة فيها بحكم لم يفصل في موضوع النزاع أو في الحق الموضوعي المدعى به فيها وهو قضاء لا يجوز قوة الأمر المقضي بالنسبة لموضوع الدعوى، فلا يكون ثمة جدوى من اللجوء مرة أخرى إلى تلك اللجنة عند معاودة ذوى الشأن رفع الدعوى أمام القضاء مجدداً بإجراءات جديدة في القانون". محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 11205 لسنة 79 ق، بتاريخ 28-4-2011، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 10-8-2020 الساعة 7:00)

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111130812&ja=40832

³ المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 10-5-2008، حكم صادر في الطعن رقم 13762 لسنة 49 ق، ص. 15. مقتبس عن: عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، حسين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص. 138-141.

المنازعات أن يكون أحد أطرافها شخصية اعتبارية عامة ومن ثم تخرج المنازعات التي يكون أطرافها من الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة - كالشركات والجمعيات الخاصة والنقابات - من نطاق اختصاص هذه اللجان ويظل الاختصاص بنظرها معقوداً للقضاء العادي صاحب الولاية العامة¹.

كما يشار إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد تطرقت لنص المادة 11 من القانون رقم 7 لسنة 2000 وقررت بأن فرض اللجوء للجان الوساطة لا يتنافى والحق في التقاضي وسرعة الفصل في المنازعات المنصوص عليهما في الدستور المصري².

¹ محكمة النقض المصرية، حكم صادر في الطعن رقم 433 لسنة 74 قضائية، صادر بتاريخ 8-1-2017، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 11-8-2020 الساعة 08:00) https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111356093&ja=111093

² "... وحيث إن المادة الحادية عشرة من القانون رقم 7 لسنة 2000 بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها تنص على أنه: "عدا المسائل التي يختص بها القضاء المستعجل، ومنازعات التنفيذ ... وحيث إن المدعي ينعى على النص الطعين إخلاله بحق التقاضي بوضعه قيدياً يجد من حريته في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي إلا إذا لجأ إلى لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تصدر توصية غير ملزمة، كما اشترط النص مرور فترة زمنية قبل عرض النزاع على القاضي الطبيعي بما يصيب المتقاضي بأضرار بالغة، فضلاً عن بعد مقار اللجان عن محل إقامة المتقاضين، وأن هذه المثالب التي انطوى عليها النص المطعون عليه تخل بالحماية المقررة بنص المادة (68) من الدستور وما كفلته من ضمانات التقاضي. وحيث إن ما ينعاه المدعي على نحو ما تقدم مردود، وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أولاً: بأن أداء اللجان المنصوص عليها في المادة الحادية عشرة من القانون رقم 7 لسنة 2000، لا ينال من حق التقاضي سواء في محتواه أو في مقاصده. ذلك أن نشاطها يمثل مرحلة أولية لفض النزاع حول حقوق يدعيها ذوو الشأن، فإن استنفذتها، وكان قرارها في شأن هذه الحقوق لا يرضيهم، ظل طريقهم إلى الخصومة القضائية متاحاً ليفصل قضاتها في الحقوق المدعى بها، سواء بإثباتها أو بنفيها. ومردود ثانياً: بأن ضمانات سرعة الفصل في القضايا المنصوص عليها في الدستور، غايتها أن يتم الفصل في الخصومة القضائية بعد عرضها على قضاتها خلال فترة زمنية لا تتجاوز باستطاعتها كل حد معقول، ولا يكون قصرها متناهياً، وإذ كان نص المادة الحادية عشرة المطعون عليه قد اشترط تقديم طلب التوفيق إلى اللجنة المختصة وفوات الميعاد المقرر لإصدار التوصية أو الميعاد المقرر لعرضها دون قبول قبل الالتجاء إلى القضاء في هذه المنازعات، وكان هذا الميعاد معقولاً، وكانت سرعة الفصل في القضايا شرطاً في الخصومة القضائية لا يثور إلا عند استعمال الحق في الدعوى، ولا يمتد إلى المراحل السابقة عليها كلما كان تنظيمها متوخياً تسوية الحقوق المتنازع عليها قبل طلبها قضاءً، فإن النعي بمخالفة النص الطعين لنص المادة (68) من الدستور يكون شططاً...". المحكمة الدستورية العليا مصر، حكم صادر في الدعوى 11 لسنة 24 دستورية، بتاريخ 09-05-2004، منشور بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية عدد 24 تابع، بتاريخ 10-06-2004. ومنشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا:

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=p6wulvhfs&Adf-Page-Id=1>

ثالثا: التوفيق والوساطة في القانون الجزائري

وَحَدَّ قانون الاجراءات المدنية والإدارية الأحكام العامة للوساطة، وألزم القاضي بعرضها على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام¹. وفي حال قبولها من الأطراف يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهات النظر والتوفيق بين الخصوم. كما يمكن أن تمتد الوساطة لكل عناصر النزاع أو تقتصر على جزء محدد، مع احتفاظ القاضي بسلطة اتخاذ ما يراه ضروريا².

وعلى الوسيط-الذي قد يكون شخصا طبيعيا معيناً بذاته أو معيناً من قبل ممثل الشخص المعنوي الذي اختاره الأطراف- أن يقوم بالمهام المسندة إليه في أجل ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة، وعند انتهاء مهامه يدعى الأطراف في حال قبولهم نتائج الوساطة للتوقيع على المحضر المثبت لذلك، والذي يصادق عليه القاضي "بموجب أمر غير قابل لأي طعن"، وفي حال فشل الوساطة أو أمر القاضي بإنهائها بناء على سلطته التقديرية أو بناء على طلب أحد الأطراف، تعاد "القضية إلى الجلسة" التي يدعى لها الأطراف والوسيط³.

وفي حين اعتبر البعض بأنه "يمكن القول بأن النصوص التي تناولت إجراءات تنظيم الوساطة باعتبارها طريقا غير تقليدي في حل النزاع قد كفلت نجاحها واعتبارها أحد أهم الطرق الودية في حل النزاع، خاصة وأنها قيمة راسخة في مجتمع المتخصصين..."⁴ تطرق البعض الآخر⁵ للنقائص التشريعية التي تعترى تنظيم الوساطة في الجزائر، واقترح إضافة بعض الأحكام "كوجوب عرض القاضي للوساطة على الخصوم (وليس وكلاؤهم) في حضورهم عند أول جلسة، تحت طائلة البطلان، قبل السير في إجراءات الخصومة"⁶. واقترح إضافة نص يقضي "بجواز إجراء جهات القضاء الإداري للوساطة في مادة القضاء الكامل" واقترح النص على "تاريخ أول جلسة للوساطة كميعاد لبدء سريان أجل الثلاثة أشهر التي تعطى للوسيط بغرض اتمام مهامه".

¹ ينظر في هذا المعنى: عيسى لحاق، سليمان النحوي، الوساطة القضائية كمبدأ إجرائي لحل المنازعات المدنية، مجلة أفاق علمية، المركز الجامعي تمنراست، المجلد 11، العدد 1، 2019، ص ص. 65-67.

² المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ المواد من 995 إلى 1005 من نفس القانون.

⁴ محمد الصالح روان، المرجع السابق، ص. 496.

⁵ فاتح خلاف، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015، ص. 384.

⁶ ويستند اقتراح عرض الوساطة على أشخاص الأطراف وليس موكلهم، هو التأكد من تعريف المتقاضي شخصا بهذا الإجراء ومزاياه وتشجيعه على سلوكه. لمزيد من التفصيل أنظر: فاتح خلاف، المرجع السابق، ص. 373.

كما اقترح هذا الرأي أيضا إضافة بعض المواد ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الخاص بالوساطة)، من خلال النص على أن يكون طلب الوساطة بمبادرة من الوزير في منازعات الدولة وبمبادرة من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي في النزاعات التي تكون الولايات والبلديات أطرافا فيها... وذلك كسبيل لتشجيع اللجوء للوساطة في تسوية المنازعات الإدارية¹.

الفرع الثاني

طبيعة القواعد القانونية التي تنظم التوفيق والوساطة كسبيل لتسوية منازعات تنفيذ العقد الإداري إن الحث على استخدام الوساطة لتسوية النزاعات يرتبط في نظر البعض² "بتحقيق الأهداف الحديثة لعدالة القرن الواحد والعشرون... كمبدأ تقريب العدالة من المواطن، ومبدأ تعزيز الأساليب البديلة لتسوية النزاعات، وإعادة تركيز المحاكم على وظائفها الأساسية..."، كما دعم جانب من الفقه الفرنسي³ توسيع الاعتماد على الوساطة لتسوية المنازعات الإدارية، بما فيها منازعات تنفيذ العقود الإدارية، وذلك "في ظل الاعتراف بصعوبة التوفيق بين المرونة التي يفرضها البحث عن حل وسط لطرفين متنازعين، وبين مقتضيات مبدأ الشرعية الذي يحكم نشاط السلطة العامة، والذي ظل القضاء الإداري ضامنا له لمدة 150 عاما".

وعليه وكما سبق البيان، فإن جوهر التوفيق والوساطة "هو تقريب وجهات النظر" بين الأطراف المتنازعة، وعلى الرغم من المجالات المتعددة التي تستخدم فيها هذه التقنية لدرء أو لتسوية النزاعات، إلا أنه -ووفقا لما يراه البعض- لازالت هناك مجالات محجوزة حصرا للقاضي الإداري باعتباره "قاضي السلطة العامة"، وأن إدخال الوسائل البديلة -بما فيها الوساطة- لهذا المجال المحجوز تشكل⁴ "ثورة

¹ فاتح خلاف، المرجع السابق، ص ص. 385-386.

² "La justice du XXIe siècle poursuivie par la loi no 2016-1547 du 18 novembre 2016 apparaît comme une justice idéale, mais il lui reste encore beaucoup à faire pour être considérée comme telle. Par ses objectifs principaux — ceux : de rapprocher la justice du citoyen ; de favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges ; d'améliorer l'organisation des juridictions pour un traitement plus efficace du contentieux ; de recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles ; de coordonner l'accès collectif au juge...". Amos MOURICE, La justice du XXIe siècle : une justice plus soigneuse de la sécurité humaine ?, date de publication 11-4-2018, Disponible sur le site : (2-7-2020 À l'heure 15:00) <https://www.village-justice.com/articles/justice-xxie-siecle-une-justice-plus-soigneuse-securite-humaine.28204.html>

³ "...Difficulté intellectuelle à concilier les souplesses qu'impose la recherche d'un compromis avec le principe de légalité qui régit l'activité de la puissance publique et dont la juridiction administrative se fait fort d'assurer le respect depuis 150 ans...". Vincent BRENOT, Emmanuelle MIGNON, Faut-il croire à la médiation dans les litiges administratifs ?, Date de publicité 05-02-2018, p. 1. Disponible sur le site : (3-7-2020 À l'heure 17:00) <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1117-faut-il-croire-a-la-mediation-dans-les-li-administratifs>

⁴ "Si le juge administratif, avec l'aide des pouvoirs publics, a su, sous la pression de la nécessité, organiser et mettre en place des procédés destinés à prévenir et régler le contentieux avant sa saisine, de plus en plus axés sur la concertation, il reste un noyau dur réservé traditionnellement au juge.

ثقافية حقيقية" ولعل استبعاد الاعتماد على الوساطة في تسوية بعض المنازعات الإدارية يمتد بلا شك لكل المجالات التي تسوّغ فيها الإدارة لنفسها اتخاذ القرارات الإدارية باعتبارها سلطة عامة تهدف لتحقيق الصالح العام، وقد قال البعض بأن "الدور الأولي للقاضي الإداري هو ضمان مراقبة الإجراءات الإدارية، ولا يمكنه تفويض هذه المهمة إلى موفق أو وسيط، إلا في إطار احترام توزيع الاختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية، وعلى هذا الأساس فالوساطة "غريبة بطبيعتها" عن رقابة الشرعية ولا يجوز إلا للقاضي أن يأمر بإلغاء فعل يقع في دائرة صلاحيات السلطة العامة..."¹.

ولنا أن نتساءل-على سبيل المثال-هل يمكن أن يتوسط وسيط أو موفق ليثني الإدارة المتعاقدة التي اتخذت قرارا بتسليط عقوبة فسخ العقد على المتعاقد المتقاعس في تنفيذ التزاماته؟ وهل يمكن له أن يتوسط إذا قامت الإدارة بتعديل العقد، أو بفسخه، أو بفرض نمط محدد في تنفيذه... "الدواعي المصلحة العامة"؟ هل يتصور أن يتم التوسط حول طريقة تحقيق المصلحة العامة؟

والحقيقة أن الاجابة على هذه التساؤلات لم تتشكل بعد، خاصة إذا ما أخذ في الاعتبار أن المشرع الجزائري يعرف الوساطة القضائية فحسب، والمشرع المصري يفرض اللجوء للوساطة الالزامية في بعض المنازعات الإدارية، ولا تذكر نصوصه الوساطة القضائية، أما المشرع الفرنسي فينظم نوعين من الوساطة، الأولى تتم بين الطرفين دون تدخل القضاء، والثانية وساطة قضائية تتم بأمر من القاضي، إلا أن الوساطة في التشريعات الثلاث تخضع لمراقبة القضاء الإداري، فحتى لو اتفق الأطراف على تنظيم الوساطة وعيّنا وسيطا أو موفقا، لا يمكن أن ينجز هذا العقد إلا إذا لم يخالف النظام العام، والقاضي وحده الضامن لهذا القيد.

=L'immixtion des modes alternatifs de règlements des différends dans ce noyau dur, voire même à sa périphérie, est une véritable révolution culturelle. On touche ici à ce qui, traditionnellement, relève de l'imperium du juge. Or la notion du « pouvoir » est au cœur de l'action du juge administratif. Juge de la puissance publique, il considère tout à la fois qu'il doit contrôler l'usage que l'administration fait de ses pouvoirs et lui permettre d'exercer ceux-ci dans le sens de l'intérêt général, tel qu'il le définit...". Jean-Marc LE GARS, L'ouverture de la juridiction administrative à la médiation, Date de publication avr 2017, Disponible sur le site :(14-8-2020 À l'heure 10:00)

<https://www.village-justice.com/articles/ouverture-jurisdiction-administrative-mediation,24769.html>

¹ "... Le rôle initial du juge administratif est celui d'assurer le contrôle des actes administratifs. Cette mission ne peut pas être déléguée à un médiateur, ne serait-ce qu'en raison de la séparation des autorités administratives et judiciaires... Ainsi, la médiation est, par nature, « étrangère au contrôle de légalité »... Un acte, relevant des prérogatives de puissance publique, ne peut être annulé que par le juge. Néanmoins, même en cas de médiation, le juge administratif est amené à contrôler la légalité, essentiellement quand il est saisi d'une demande d'homologation de la transaction, point d'aboutissement d'un processus de médiation... Un tiers peut aussi contester la transaction... Le juge administratif vérifie notamment qu'elle ne porte pas atteinte à l'intérêt général et au principe d'égalité devant les charges publiques... C'est ici l'application de l'office d'annulation du juge administratif, gardien de la légalité...". Georgina BENARD-VINCENT, Les enjeux de la médiation en droit administratif, Date de publication 28-7-2017. Disponible sur le site :(14-8-2020 À l'heure 14:00)

<https://blogdroitadministratif.net/2017/07/28/les-enjeux-de-la-mediation-en-droit-administratif/>

المبحث الثالث

تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية عن طريق التحكيم

لمدة طويلة احتدم الخلاف الفقهي حول مدى قبول التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية، حيث لم يكن من السهل تبني هذه الوسيلة التي يعتمد عليها الخواص في تسوية منازعاتهم وإدخالها ساحة العقود الإدارية التي تبرم في كل الحالات لتحقيق المصلحة العامة، وعلى ذلك شكّل نظام التحكيم "نقطة تقاطع بين القانون العام والقانون الخاص"¹.

ونظرا لسعة موضوع التحكيم، فإن التطرق له سيتم من خلال بحث مدى تأثيره على "توسيع" الأخذ بقواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية. ومدى حرية محكمة أو هيئة التحكيم في تطبيق القواعد الموضوعية في منازعات العقود الإدارية. ومن أجل ذلك يتم التعريف بالتحكيم وتحديد موقف الفقه بشأنه (المطلب الأول)، ثم التطرق لأثر التحكيم على استقلالية وخصوصية قواعد القانون العام التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية (المطلب الثاني)

المطلب الأول

التحكيم: تعريفه وموقف الفقه من اعتباره وسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية

اختلف في تعريف التحكيم وفقا لوجهات النظر المتعددة بشأن طبيعته، حيث يرى البعض بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية، ويرى البعض الآخر بأنه ذو طبيعة اتفاقية عقدية². وذهب اتجاه ثالث لاعتباره ذو طبيعة مختلطة³ (اتفاقية وقضائية)، فيما ذهب رأي آخر⁴ لاعتبار التحكيم نظام مستقل له خصائصه وقواعده التي تميزه عن العمل التعاقدية والعمل القضائي. وقيل⁵ بأن التحكيم "لا يعتبر

¹ "Cette notion de d'arbitrabilité des contrats administratifs est longtemps restée vague et dans l'ombre d'autres développements de la doctrine. Il s'agit pourtant d'examiner l'intersection du droit public et du droit privé. La façon de traiter ces litiges est dès lors une question cruciale." Ching-Lang LIN, L'arbitrage en matière de contentieux des contrats administratifs : dans une perspective comparée, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 30-6-2014, p. 2.

² ASSILA Yassine, Le caractère contractuel et juridictionnel de l'arbitrage commercial, Article publié le 15/04/2016, Disponible sur le site : (16-10-2020 À l'heure 13:00)
<https://www.conseil-juridique.net/assila-yassine/article/caractere-contractuel-juridictionnel-arbitrage->

³ علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج2، المرجع السابق، ص. 288.

⁴ لمزيد من التفصيل أنظر: سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012، ص ص. 56-68.

⁵ "... car l'arbitre est un juge privé qui se substitue aux juges étatiques ordinaires pour rendre une sentence faisant office de jugement. L'arbitrage n'est donc pas à proprement parler un mode alternatif de règlement d'un litige, c'est principalement une alternative radicale à la justice de droit commun puisque, par exemple, la sentence rendue par le ou les arbitres peut reposer sur le principe d'équité...". Laurent JOURDAA, Le développement des règlements conventionnels des litiges en droit administratif, Colloque "De la mobilisation du fait à la réalisation du droit", Oct 2014, TOULON, France, p. 15.
<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01911627>

بالمعنى الدقيق طريقا للتسوية الودية للنزاعات، ولكنه بالأساس بديل جذري لعدالة القانون المشترك". وعلى هذا الأساس تنوعت تعريفات التحكيم، واختلف الفقه بشأن مدى قبوله كوسيلة لتسوية النزاعات الإدارية، بما في ذلك منازعات العقود الإدارية.

ولبيان ذلك يتم التطرق لتعريف التحكيم (الفرع الأول) وموقف الفقهاء منه في مجال القانون الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول تعريف التحكيم

يعرف التحكيم بأنه " اتفاق أطراف النزاع - اتفاقا يجيزه القانون - على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلا من القضاء المختص، ويكون القرار في هذا الشأن ملزما لهم"¹، فهو "نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بخصوص علاقاتهم التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"². وقد يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد، أو في اتفاق مستقل ملحق بالعقد يتفق فيه الأطراف على أن يتم الفصل في المنازعات التي قد تطرأ بينهم مستقبلا عن طريق التحكيم، وفي هذه الحالة يسمى شرط التحكيم " clause compromissoire"، أما إذا وقع هذا الاتفاق بعد نشوء النزاع فيسمى حينها مشاركة التحكيم "le compromis"³.

وقد قال البعض⁴ بأنه لا يوجد اتفاق حول تعريف التحكيم في القانون الخاص، وهي الملاحظة التي تصح أيضا بالنسبة للتحكيم في القانون العام، ويرى هذا الرأي بضرورة توافر أربعة عناصر

¹ ماجد راغب الحلو، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2004، ص. 162.

² أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، 2006، ص. 19. مقتبس من: وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص. 18.

³ محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص. 6.

⁴ "Il n'existe pas, en droit privé, de définition communément admise de l'arbitrage... La même remarque s'impose lorsque l'arbitrage se pratique dans la sphère publique... La notion de « vrai » tribunal arbitral ou « d'arbitrage au sens propre »..., par opposition aux institutions où l'un des éléments considérés comme caractéristiques fait défaut, varie d'un auteur à l'autre. La définition usuelle en droit privé est formulée comme suit: « l'arbitrage est un mode conventionnel de résolution des litiges par des particuliers (les arbitres), choisis par les parties et investis de la mission de juger à la place des juridictions étatiques » Compte tenu de l'origine incontestablement privatiste de l'arbitrage, il convient d'emprunter cette définition au droit privé... Ainsi, de cette définition, on retiendra les quatre critères suivants : l'origine de l'arbitrage est conventionnelle, les arbitres sont des particuliers, choisis par les parties, et ils ont pour mission de rendre une sentence arbitrale. Avant d'examiner plus en détail ces différents critères, deux remarques méritent d'être formulées. Il convient de préciser d'abord que ces critères sont cumulatifs... Ensuite, il importe de souligner que ni la qualité des parties (personnes publiques ou privées), ni la nature du litige (privée ou publique) ne sont retenues comme critères

(معايير) لوصف وسيلة التسوية بالتحكيم وهي "أنه نظام اتفاقي للتسوية، يقوم من خلاله محكم أو محكمون (أفراد)، يختارون من قبل الأطراف، لإصدار قرار يفصل في النزاع". مع الإشارة إلى أن طبيعة الأطراف أو طبيعة النزاع ليست معايير محددة أو معرفة.

وقد اختلف الفقه في إمكانية قبول التحكيم في منازعات القانون الإداري.

الفرع الثاني

موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية

لقد عبر جانب من فقهاء القانون الإداري عن عدم تقبلهم لفكرة التحكيم- كما هي مقررّة في القانون الخاص- في علاقات القانون الإداري، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Pierre DELVOLVÉ "إن العلاقة بين التحكيم والقانون الإداري متضاربة... يمكن للمرء أن يقول بأن القانون الإداري لا يسمح باللجوء إلى التحكيم، فلا يوجد تحكيم في القانون الإداري...¹. إلا أن هذا الموقف يتعلق بالتحكيم كتقنية لتسوية النزاعات بين الخواص. لذلك أشار صاحبه لإمكانية وجود نظام للتحكيم يراعي قواعد القانون الإداري، حيث قال "إن العلاقة بين التحكيم والقانون الإداري يمكن أن تنشأ... وأن القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية هما أساسا اللذان يحددان طرق التحكيم...". ثم يطرح التساؤل عن مدى إمكانية استبعاد أحكام هذين القانونين من التحكيم المقصود في القانون الإداري؟ وبعد تبينه لبعض الأمثلة التي يطبق فيها القاضي الإداري نصوص القانون المدني "كالقواعد المطبقة على الفائدة ومسؤولية البناء..." يشير بعد ذلك إلى أن طبيعة التحكيم تجعله خاضعا لقواعد قانونية متعددة مصدرها القانون المدني والقانون الدولي...²، ويقر بأن التحكيم "الإداري" لا يمكن

=déterminants...". Eleanor MCGRIGOR, L'arbitrage en droit public suisse Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, L.G.D.J, 2015, pp. 9-11.

¹ " Les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif sont des rapports conflictuels. En schématisant, on pourrait dire que le droit administratif ne permet pas le recours à l'arbitrage, il n'y a donc pas d'arbitrage de droit administratif. Mon exposé devrait donc être clos aussitôt après avoir été commencé. Si je peux le poursuivre, c'est grâce aux encouragements et aux éclaircissements des maîtres contemporains de l'arbitrage et du droit administratif. C'est grâce aussi à des écrits, paru notamment cette année ; je dois citer ici l'article de Maître Dominique Foussard sur l'arbitrage en droit administratif qui m'a beaucoup servi et beaucoup gêné..." . Pierre DELVOLVÉ, (INTERVENTION) Colloque du 17 septembre 1990 à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Association Française D'arbitrage, Paris, 1990, p. 13.

² " Dès lors, les rapports entre l'arbitrage et le droit administratif vont pouvoir se nouer. Mais, je le disais il y a un instant, ce sont essentiellement le Code civil et le Code de procédure civile qui déterminent les modalités de l'arbitrage. Or pour reprendre ou paraphraser les termes de l'arrêt Blanco de 1873, les règles du Code civil sont écartées dans les relations entre les particuliers et les personnes publiques, car les personnes publiques sont soumises à des règles propres, qui varient selon les besoins du service et les nécessités de concilier les droits de l'Etat et les droits privés. Faut-il donc écarter le Code civil et le Code de procédure civile dans leurs dispositions relatives à l'arbitrage? Il ne faut pas oublier cependant que le Conseil d'Etat, dans d'autres domaines, recourt éventuellement à des dispositions du Code civil, par exemple les articles 1153 et 1154 sur les intérêts et la capitalisation des intérêts : il applique les principes dont a "inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil concernant la responsabilité des constructeurs. Il recourt aussi aux dispositions du Code de procédure civile, par exemple l'article 541 de l'ancien Code de procédure civile relatif au caractère définitif et irrévocable des comptes. Il n'est donc pas exclu que la=

أن يوجد إلا بتحقيق شرطين أساسيين أولهما أن يجيزه القانون، وثانيهما أن يراعي سلطات الإدارة ومبادئ القانون الإداري¹.

ويذكر البعض² بأنه وعلى الرغم من كون التحكيم "نظام غريب بطبيعته عن القانون العام" إلا أن عدة عوامل مجتمعة تدعو لتبنيه كوسيلة لتسوية منازعات العقود العامة، ومن هذه العوامل- وفقا لهذا الرأي- مرونة التحكيم واطاحة اختيار قواعد التسوية باتفاق إرادة الطرفين، واعتماده على ذوي الخبرة والتخصص، والتسوية السريعة والسرية للخلافات.

هذا ويعتبر من العناصر الحساسة في عملية التحكيم هي ما يعرف بالقابلية للتحكيم (l'arbitrabilité)³. ويقصد بهذا المصطلح "مدى امكانية تسوية النزاع عن طريق التحكيم، وذلك مرتبط بالإجابة على السؤال: ما إذا كان موضوع الدعوى مخصصا للمحاكم الوطنية أم لا بموجب أحكام القوانين الوطنية" وهي "القابلية للتحكيم الموضوعية" فقد يكون موضوع النزاع يتعلق بمسألة حساسة تتعلق بالسياسة العامة للدولة ويقع الفصل فيها حصرا ضمن اختصاص المحاكم الوطنية بموجب القانون الوطني. كما أن القابلية للتحكيم قد تتوقف على مدى السماح لهيئات أو كيانات قانونية معينة باللجوء للتحكيم بناء على قانون أو إذن وهي "قابلية التحكيم الشخصي". وعلى هذا الأساس ترتبط القابلية للتحكيم بتطور القواعد العامة للعقود الإدارية، فلا يقبل شرط التحكيم إلا

=jurisdiction administrative, que le droit administratif réintègre dans la mesure où cela est possible, des dispositions du Code civil et des dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage. Il n'y a pas que le droit administratif qui puisse ainsi s'appliquer à l'arbitrage où sont parties des personnes publiques. 1 faut évidemment ici faire mention du droit international public, régissant les relations entre Etats ou entre Etats et organisations internationales. L'arbitrage international est réglé par le droit international public. Je suis trop incompetent pour en parler, et de toute façon il ne rentre pas dans mon sujet qui est le droit administratif..." Pierre DELVOLVÉ, op.cit., p. 17.

¹ Ibid p p. 34-35.

² Jean-Marc SAUVÉ, L'arbitrage et les personnes morales de droit public, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, Disponible sur le site (7-10-2020 À l'heure 22:00)

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-arbitrage-et-les-..de-droit-public>

³ " L'arbitrabilité consiste à savoir si un type de différend peut ou ne peut pas être réglé par arbitrage. En termes pratiques, l'arbitrabilité répond à la question de savoir si l'objet d'une demande est ou non réservé à la sphère des tribunaux nationaux, en vertu des dispositions des lois nationales.

Si le différend n'est pas arbitral, le tribunal arbitral est limité dans sa compétence et la demande doit plutôt être soumise aux tribunaux nationaux. Il peut y avoir des restrictions concernant la capacité d'une partie à conclure des conventions d'arbitrage, ce qui signifie que certaines entités, (par ex., États ou entités étatiques) en raison de considérations politiques, peut ne pas être autorisé à conclure des conventions d'arbitrage ou peut nécessiter une autorisation spéciale pour le faire ("arbitrabilité subjective"), ou limitations basées sur le sujet ("arbitrabilité objective"). Certains différends peuvent concerner des questions délicates d'ordre public qui relèvent exclusivement de la compétence des tribunaux nationaux en vertu du droit national.

إذا أجاز القانون صراحة، أو لم يمنع من اتباعه، أو يستنتج إجازته من خلال الصلاحيات التي يخولها القانون للسلطات العامة¹.

ويقول البعض² بأن "للعدالة الإدارية صلة بالقانون الإداري بقدر ما تحدده قواعد اختصاص القضاء الإداري. حيث أن اختصاص السلطة القضائية بالفصل في كل المنازعات هو اختصاص أصيل، يعبر عن سيادة الدولة في فرض قانونها الداخلي بواسطة السلطة المختصة بذلك "القضاء". وهذا الوضع الطبيعي والدستوري لم يواءم نظرة المؤسسات التجارية والصناعية كالشركات متعددة الجنسيات مثلاً، فهذه الأخيرة أبدت تحوُّفها من خضوعها للقانون وللقضاء الوطنيين في الدول المضيفة، في حال نشبت بينهما خلافات حول تنفيذ العقود التي تُبرمها معها، واستعاضت عن ذلك باشتراطها للتحكيم. ولم يكن هذا الأمر محل موافقة من قِبل الدول³، إذ رأت في هذا الاشتراط اهتزازاً للثقة في مؤسساتها القضائية الوطنية. إلا أن الحاجة الماسّة لخدمات تلك المؤسسات والشركات، وعجز كثير من الدول على الاستغناء عنها في تنفيذ برامجها وإصلاحاتها الاقتصادية، دفعها للقبول بشرط التحكيم وتنازلها عن ممارسة سلطاتها القضائية⁴.

وبصدد بحث مشروعية الفصل في النزاع عن طريق التحكيم يمارس القضاء الإداري دوراً هاماً في التحقق من العناصر سالفة الذكر (القابلية للتحكيم)، عند مراجعته لحكم التحكيم. وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 9-11-2016 بأن القاضي الإداري يختص بالفصل- في المقام الأول- فيما إذا كان النزاع يمكن أن يكون بالفعل موضوع تحكيم، ثم يسلط رقابته على نقاط محددة في حكم التحكيم وهي: صحة تشكيل محكمة التحكيم وسلامة صدور حكمها، والتأكد من حيادها. ثم ينظر ما يتعلق بالرقابة الموضوعية من حيث صحة إبرام العقد المعني بالتحكيم من حيث تكوينه ومشروعيته... وأنه لا يتضمن تنازلاً عن أي من صلاحيات السلطات العامة ولا ينطوي على أي مخالفة للنظام العام⁵.

¹ "Nous avons montré que l'arbitrabilité suit de près l'évolution des règles générales du régime juridique des contrats de droit administratif. Aussi la clause arbitrale n'est-elle admissible que si la loi aménage une place pour un arrangement contractuel sur la résolution des litiges en cause. Dans ce cas, point n'est besoin que la loi le prévoit expressément, il suffit qu'elle ne l'exclue pas implicitement. Pour les litiges opposant plusieurs personnes publiques entre elles, il suffit de vérifier que celles-ci agissent sur la base des compétences conférées par la loi." Eleanor MCGRIGOR, op.cit., p. 449.

² "La justice administrative a un lien avec le droit administratif dans la mesure où le fond détermine la compétence. Si un litige relève du droit administratif, normalement c'est au juge administratif que ce droit appartient : il n'y a pas matière à recourir au juge judiciaire." Pierre DELVOLVÉ, op.cit., p. 16.

³ وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص ص 36-46.

⁴ نفس المرجع، ص 16.

⁵ CE, 9 novembre 2016, société Fosmax LNG, Disponible sur le site (7-10-2020 À l'heure 20:00) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/ce-9-novembre-2016-societe-fosmax-lng>

الفرع الثالث

جواز التحكيم في التشريعات المنظمة للعقود الإدارية

أجازت التشريعات الإدارية في الدول محل الدراسة التحكيم في العقود الإدارية، وفقاً لشروط محددة.

أولاً: جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي

يرجع البعض¹ حث المشرع الفرنسي على سلوك سبل التسوية البديلة للنزاعات وبصفة خاصة التحكيم إلى قانون 16-24 أغسطس 1790، حيث أن ثوار "الثورة الفرنسية" أبدوا قلقهم من القضاة ومن تفسيرهم للقانون مما دفعهم لمأسسة التحكيم. وقد قررت المادة الثانية من هذا القانون حرية المحكمين في عدم الالتزام بالتطبيق الصارم للقانون والأشكال والاجراءات القضائية، وبجربة الاختيار بين قواعد القانون ومبادئ الانصاف عند إصدار أحكامهم التحكيمية.

إلا أن القانون المدني عند صدوره سنة 1804 أرسى مبدأ عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم²، وهو ما تضمنته المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي³. واستثناء من ذلك أجاز قانون الطلب العمومي لجوء الهيئات العامة المتعاقدة للتحكيم "بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالتنفيذ المالي للأشغال العامة وعقود التوريد للدولة والسلطات المحلية"، وفي الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك⁴.

¹ "Pendant la Révolution française les modes alternatifs de règlement des conflits, et en particulier l'arbitrage, bénéficient d'une remarquable promotion. En effet, même si les Révolutionnaires nourrissent un véritable culte pour la loi, ils se méfient des juges et de leur interprétation de la loi. Cette défiance vis-à-vis de la magistrature les pousse à institutionnaliser l'arbitrage..., lui offrant une place de choix dans le nouveau paysage juridique et judiciaire qu'ils dessinent... Grâce à la loi du 16-24 août 1790 sur la nouvelle organisation judiciaire l'arbitrage figure au premier rang des modes de règlements des conflits. L'article 1er de son premier titre présente l'arbitrage comme « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens » tandis que l'article 2 autorise les particuliers à compromettre « dans tous les cas et toutes les matières ». En cette période de troubles politiques, la logique de conciliation se pérennise en pratique et les arbitres continuent de choisir entre droit et équité au moment de prononcer leur sentence..., les parties prenant le soin d'écarter l'application stricte du droit et des formes judiciaires, même sous l'empire des codes napoléoniens...". Christophe JUHEL, ARBITRAGE EN ARBITRAGE, ARBITRAGE EN ÉQUITÉ : perspectives historiques, Annales de l'université d'Alger, Volume 25, N°1, 2014, pp. 132-133.

² François DESSEILLESS, op.cit., p. 506.

³ تنص المادة 2060 من القانون المدني على ما يلي:

"On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre."

⁴ تنص المادة 6-2197L من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet."

على أن يأذن بالتحكيم بموجب مرسوم صادر عن الوزير المختص والوزير المسؤول عن الاقتصاد بالنسبة لعقود الإدارة المركزية¹.

ثانيا: جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري

بعد جدل فقهي وقضائي امتد لعقود أجاز التشريع المصري صراحة التحكيم في العقود الإدارية بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 المعدل للقانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، واشترطت المادة الأولى منه أن تتم إجازة شرط التحكيم بموافقة الوزير المختص ولا يجوز له تفويض هذا الاختصاص².

وقبل التعديل المذكور (سنة 1997) تعددت آراء الفقه واجتهادات القضاء إزاء تفسير نصوص القانون المحدد لاختصاصات مجلس الدولة، ثم إزاء القانون 27 لسنة 1994، وأثناء سريان هذا الأخير قبل تعديله وحسما للمسألة، أفتى مجلس الدولة " بعدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية"³. مما أثار الخلاف بين مجيز للتحكيم ومانع له-بدليل عدم ورود العقود الإدارية ضمن مواد هذا القانون-وحلًا للخلاف المشار إليه صدر تعديل لقانون التحكيم بالقانون رقم 9 لسنة 1997

¹ تنص المادة 25-2197R من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage dans les cas mentionnés à l'article [L. 2197-6](#) est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie".

² في بيان ذلك: محكمة القضاء الإداري بمصر، حكم صادر في الدعوى رقم 11498 لسنة ق 53، بتاريخ 23-04-2006، مقتبس عن: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 590 وما بعدها.

³ "...بالنسبة لفتاوى الجمعية العمومية السابقة التي أجازت التحكيم في العقود الادارية فقد كان يقابلها أحكام للمحكمة الادارية العليا في ذات الفترة رفضت خضوع العقود الادارية لنظام التحكيم، وأحد هذه الاحكام لم يعتد بهذا الشرط في قانون صادر بعقد امتياز لأن القانون اشتمل على موافقة فردية تخالف نصا عاما مجردا. والحاصل أن شمول نظام التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الادارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها انما يتعلق أيضا بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية ابرامه لمن يبرمه في شأن نفسه وماله وتوافر كمال ولاية ابرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو مال غيره، والأصل عند عدم النص صحة ما يجريه الشخص في شأن نفسه وماله والأصل عند عدم النص صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله. وإذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الاهلية الا باكتمال أهليته وصيا ومحكمة فإنه في منازعات العقود الادارية لا يصح هذا الشرط الا باكتمال الارادة المعبرة عن كمال الولاية العامة في اجرائه ولا تكتمل الولاية هنا الا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن به في أية حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الاباحة لأي هيئة عامة أو وحدة ادارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام - مؤدى ذلك: عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية". مجلس الدولة بمصر، فتوى صادرة في الملف رقم 339/1/54، بتاريخ 22-2-1997، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ج1، من أكتوبر سنة 1996 إلى يونيو سنة 2000، ص. 132 وما بعدها.

<http://176.9.154.100/framePlain.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=84518&NID=42265>

بإضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى منه، وذلك على النحو التالي: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وبرغم ذكر هذا النص أن الموافقة على التحكيم تكون حصراً من قبل الوزير المختص، فقد ظهر خلاف آخر حول المقصود بهذه العبارة، وهل يكفي الموافقة على إدراج بند التحكيم ضمن بنود العقد أو لا بد من الموافقة على اتفاق أو مشاركة التحكيم بحد ذاتها؟

اجابة على ذلك ذهبت الدائرة الثالثة¹ من المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بجلسة 2005/5/17 (في الطعن رقم 3603 لسنة 48 قضائية عليا) إلى أن موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه على اللجوء إلى طريق التحكيم تكفي لتحقيق قصد المشرع من الإجراء الجوهري الذي تطلبه النص المشار إليه، وأنه ليس بلازم أن يوافق أو يوافق بعد ذلك على مشاركة التحكيم. إلا أن الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا (أثناء نظرها للطعن رقم 8256 لسنة 56 قضائية عليا) ذهبت خلاف ذلك، فقد قررت أنه يتعين لقيام وصحة مشاركة التحكيم في منازعات العقود الإدارية يجب تضمن المحرر التي تمت بموجبه موافقة الوزير المختص - أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة - تحديدا لموضوع التحكيم وجميع المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كانت المشاركة باطلة، وبطل تبعاً لذلك حكم التحكيم وذلك دون الاكتفاء بموافقته المبدئية على اللجوء إلى التحكيم.

وفي ظل ذلك الخلاف تم إحالة الموضوع إلى دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا والتي تم اذائها بمقتضى المادة 54 مكرراً من قانون مجلس الدولة والتي تشكل من أحد عشر مستشاراً من مستشاري المحكمة الإدارية العليا للفصل في الخلافات المشابهة. فانتتهت الهيئة بجلسة 2016/3/5 إلى وجوب توقيع الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اتفاق (مشاركة) التحكيم دون غناء عن ذلك بموافقتهم المبدئية على الالتجاء إلى التحكيم لفض النزاع المثار، وببطلان اتفاق التحكيم بطلانا مطلقاً عند توقيعه من غير من وسد إليهم المشرع اختصاص الموافقة عليه. كما ذهبت أيضاً محكمة النقض في اتجاه التفسير الضيق للفقرة الثانية من المادة الأولى لقانون التحكيم (وذلك في جلسة 2015/05/12) حيث أوجبت موافقة الوزير - أو من

¹ شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية في مصر، موقع International Arbitration Law Firm (26-8-2020)

ينوبه في المؤسسات التي لا تتبع وزارات- على شرط التحكيم ذاته وعدم كفاية الموافقة المبدئية وعدم الاعتداد بوقائع تدل على مشاركته في إبرام العقد¹.

ومما يجدر التنبيه عليه، أن البعض² قد دعا "لإلغاء" شرط موافقة الوزير المختص على التحكيم كقيد للقول بمشروعيته. معتبرا أن الإدارة المتعاقدة هي التي تهيمن على عملية التعاقد وهي المسؤولة عن استيفاء الإجراءات اللازمة لذلك"، ولا يمكن والحالة هذه ترتيب البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير على شرط التحكيم وإلا كان في مكنة الطرف المخطئ (إشارة إلى الإدارة المتعاقدة) الاستفادة من خطئه على حساب الطرف الآخر وهو أمر لا يمكن القول به ويتنافى مع أبسط مبادئ العدالة...³.

ثالثا: جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية في القانون الجزائري

في الجزائر نصت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 (المُلغى) على أنه: "لا يجوز للدولة وللأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم" ولكن من الناحية العملية، فقد أبرمت الدولة عددا من عقود التنقيب واستخراج المحروقات مع بعض الشركات والدول الأجنبية وكانت تتضمن شرط التحكيم، فقد تضمن الملحق المُبرم بين المؤسسة الوطنية للبحث عن المحروقات ومنتاجها وتحويلها (سوناطراك) وشركة جيتي بتروليوم كمباني الذي صادق عليه رئيس الجمهورية بموجب الأمر 72-48⁴ في المادة 12 منه على أن: "كل نزاع أو خلاف يحصل بين الطرفين بشأن تأويل

¹ هذا ما استقر عليه القضاء المصري، المؤسس على النصوص المذكورة. وهو ضرورة موافقة الوزير على شرط التحكيم للقول بصحته. وبالرغم من ذلك فقد استنتج البعض ما يناقض هذا الموقف الواضح بقوله "...ينبغي عن على المشرع المصري... ضرورة التدخل وتعديل شرط التحكيم في العقود الإدارية وذلك بعدم اشتراط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه على ضرورة التحكيم، وذلك لأن هذا الشرط تزيد لا فائدة منه، فالتحكيم يعتبر صحيحا منتجا لآثاره حتى ولو لم يتم الحصول على موافقة الوزير المختص على اللجوء إلى قضاء التحكيم...". زينب سالم، حورية لشهب، مدى صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية الدولية وآثاره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 9، العدد 03، ديسمبر 2018، ص. 737-738.

² محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص. 358-359.

³ وقال صاحب هذا الرأي "إننا نهيب بقضاء مجلس الدولة المصري أن يمارس دوره المساعد والمؤازر للتحكيم في مجال عقود الدولة... فالتحكيم أحد تداعيات عصر العولمة الثقافية القانونية التي يتعين أن نفهم مقتضياتها بأن يمارس القضاء دائما دوره في إقالتها من عثرتها إذا ما حدث ذلك. وعلى سبيل المثال لا الحصر ما أشرنا إليه... من إجحام الجهات الإدارية من الحصول على ضابط موافقة الوزير المختص". محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص. 362.

⁴ الأمر رقم 72-48 المؤرخ في 27 شعبان عام 1392 الموافق 3 أكتوبر 1972 يتضمن المصادقة على الملحقين المؤرخين في 27 مايو 1972 بعقد شركة المحاصة المؤرخ في 6 فبراير 1963 الذي هو موضوع الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود

أو تطبيق أو تنفيذ شروط هذا الملحق تفصل فيه محكمة تحكيمية مؤلفة من ثلاثة محكمين....وتسري أحكام التحكيم على الطرفين، وهي لا تخضع لأي طعن، ويجري التحكيم في مدينة الجزائر".

كما ظهر ما عرف بالتحكيم الإجباري في بعض عقود التوريدات الداخلية. وظل هذا التناقض قائما حتى صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5-10-1993 الذي أجاز في المادة 41 منه شرط التحكيم¹، وبموجبه تم تعديل قانون الإجراءات المدنية المذكور، فأصبحت المادة 442 تنص على أنه "لا يجوز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا في علاقات التجارة الدولية". وبعد إلغاء القانون القديم وصدور قانون الإجراءات المدنية والتجارية سنة 2008 فقد نصت المادة 1006 منه على أنه "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". وما يظهر من هذا النص أن التشريع الجزائري يميز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، ويميزه أيضا في إطار الصفقات العمومية التي قد تبرم مع متعاملين وطنيين أو أجنب. ويشار إلى أن التشريع الجزائري فرض التحكيم الإجباري في بعض المنازعات، ثم تخلى عنه.

أ- التحكيم الإجباري:

نص الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات (الملغى)، في المادة الأولى منه على أنه "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم"².

= واستغلاله في الجزائر من طرف شركة جيتي بترليوم كمباني، ج.ج.ج، رقم 86/1972، مؤرخة في 27-10-1972، ص. 1366.

¹ - المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 5-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى)، ج.ج.ج، عدد 64-1993 مؤرخة في 10-10-1993.

² - الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1395 الموافق 17 يونيو 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد: 53/1975 مؤرخة في 4-7-1975. مُلغى بالقانون رقم 88-4 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن تعديل الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، والذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ج.ج، عدد 2-1988، مؤرخة في 13-1-1988.

فوفقا لهذا الأمر، تتشكل لجنة وطنية ولجنة ولائية للتحكيم في المنازعات الخاصة بتنفيذ العقود المذكورة في النص، كما يمكن أن يقوم بمهمة التحكيم الوزير المعني إذا وقع النزاع بين هيئتين خاضعتين لوصايته. ويمكن أن يختص مجلس الحكومة بمهمة التحكيم إذا كان للنزاع أثر مباشر على الاقتصاد الوطني. ولا يمكن استئناف قرار هيئة التحكيم، ويمكن الطعن فيه فقط بإعادة النظر لأسباب محددة حصرا.

إن أحكام هذا الأمر قد أسست لتحكيم إجباري استبعد بصفة كلية سلطة المحاكم في نظر المنازعات التي قد تنشأ بين المؤسسات المذكورة، وهي هيئات ومؤسسات اقتصادية تابعة للدولة من جهة، والتعاونيات التي يسيرها الخواص من جهة ثانية. واقتصرت أحكامه على العقود الداخلية (الوطنية) فقط. وتتبع مختلف الأحكام يظهر أن الدولة استهدفت إبعاد القضاء عن هذه الطائفة الهامة من المنازعات في تلك الحقبة، واستبدلت ذلك بهيئات تحكيم تتكون من محكمين وخبراء في الغالب هم من العمال والموظفين وأعاون الدولة.

وما يلاحظ على هذا النوع من التحكيم أنه لم يشمل صراحة الهيئات العمومية الإدارية كالولايات والبلديات، على الرغم من أن الهيئات المحددة حصرا في نص المادة الأولى من الأمر 44-75 المذكور أنفا، قد تعمل باسم ولحساب الدولة، وقد تستعمل أساليب القانون العام في علاقتها مع المؤسسات والهيئات الوطنية الأخرى (كشركات الاقتصاد المختلط)، وأن نشاطها متصل بالمرافق العامة، وهذه الشروط الثلاث قد تجعل من عقودها "ذات صبغة إدارية"، خاصة وأن هذا التحكيم الإجباري قد أعطى دورا محوريا للهيئات الإدارية الوصية على المؤسسات والهيئات المذكورة في نص المادة الأولى.

ومن ناحية أخرى، يذكر الاستاذ DELVOLVÉ¹ أن هناك خلاف فقهي بشأن مدى اعتبار التحكيم الإلزامي تحكيما حقيقيا، وإن قال بأنه "هناك تحكيم حقيقي، منذ اللحظة التي يحتفظ فيها الطرفان، حتى لو طلب منهما اللجوء للتحكيم، باختيار قضاتهما ومحكميهما". ولكن الأشكال في التحكيم المشار إليه أن الأطراف لا يختارون محكميهما.

كما يفرق البعض بين التحكيم الإلزامي (l'arbitrage obligatoire) الذي تفرض القوانين والتشريعات اللجوء إليه. والتحكيم القسري أو القهري (l'arbitrage forcé) الذي يفرضه أحد الطرفين الذي يحظ بالقوة في مواجهة الطرف الآخر، وهو "ينطوي على علاقات قانونية غير متكافئة"².

¹ " Lorsqu'il y un arbitrage forcé, ils contestent que la notion d'arbitrage puisse s'appliquer. Pourtant il y a véritablement arbitrage à partir du moment où, même si les parties sont tenues de recourir à l'arbitrage, elles gardent le choix de leurs juges, de leurs arbitres." . Pierre DELVOLVÉ, op.cit., p. 16.

² "... Elle couvre les situations dans lesquelles, en raison de sa supériorité par rapport à son cocontractant, l'une des parties impose à l'autre le recours à l'arbitrage. L'arbitrage forcé suppose donc fondamentalement des rapports de force inégaux." . Eleanor MCGRIGOR, op.cit., p. 13.

ب- التحكيم الاتفاقي

تنص المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتضمن ترقية الاستثمار على أن: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص". وهو ذات الحكم الذي تضمنته المادة 17 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم (الملغى) وتضمنه قبل ذلك نص المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12¹ (الملغى).

وقد أعطى القانون 09-16 للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار سلطة واختصاص إبرام عقود الاستثمار باسم الدولة الجزائرية، وفي طائفة من تلك العقود تم النص على أن تتم تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذها في المركز الدولي للتحكيم (فرنسا)، منها العقد المبرم بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار "القائمة في حق الدولة الجزائرية" والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، بتاريخ 26-6-2004، حيث نصت المادة 13 منها على أنه "في حالة استمرار الخلاف يفصل فيه نهائيا المركز الدولي لتسوية الخلافات الخاصة بالاستثمار"، وهو ذات الحكم المذكور في المادة 18 من الاتفاقية المبرمة بين الوكالة المذكورة والشركة الأيرلندية (GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE LIMITED والمبرمة بالجزائر بتاريخ 25-06-2005.

وفي الجزائر باستقراء نصوص القانون على ضوء ما قرره المشرع الجزائري في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ". يتبين أن المحكم لا يستطيع أن يعلن عدم مشروعية هذه القرارات، كما أنه لا يمكن أن تكون محلا للمنازعة أمام هيئة التحكيم، ومرد ذلك عدم توافر معيار المنازعة الإدارية القابلة للتحكيم في هذا النوع من المنازعات، وهو تعلق المنازعة بحق مالي يقبل الصلح والتصرف فيه والذي يكون محل قضاء حقوق.

ويتطبيق هذا المعيار العام على المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية يتضح أن الذي يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنه يقتصر فقط على ما يتمخض عن العقد الإداري من حقوق مالية تقبل الصلح

¹ - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج عدد 1993/64، مؤرخة في 10-10-1993. ملغى بنص المادة 35 من الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم المتضمن ترقية الاستثمار الملغى أيضا بموجب نص المادة 38 من القانون 09-16 المؤرخ في 03-8-2016 المتضمن ترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، رقم 2016/46، مؤرخة في 03-8-2016.

والتصرف دون أن يشمل فحص مشروعية القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، ذلك أن الطبيعة القانونية للمنازعات المتعلقة بهذه القرارات والتي تنتمي إلى قضاء المشروعية لا يمكن أن تخضع للتحكيم، وتعتبر دعوى الإلغاء هي الوسيلة الوحيدة لفحص مشروعية هذه القرارات¹.

المطلب الثاني

أثار القبول بالتحكيم على طبيعة القواعد القانونية لتسوية منازعات العقود الإدارية

إن التساؤل العام الذي أثاره التحكيم هو كيف يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة "بسيادة الدولة" بين أيادي عدد قليل من المحكمين الخواص²؟

أما التساؤل الرئيس الذي أثاره التحكيم كوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية هو مدى تأثير الأخيرة بالقانون الذي تطبقه هيئة التحكيم عندما لا يفرق بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص استنادا لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أو عند اتجاه المحكم لاختيار هذا القانون عند غياب إرادة الأطراف³.

ولبحث ذلك سيتم التطرق لموقف المشرع والقضاء من تطبيق محكمة التحكيم لقواعد القانون الخاص عند فصلها في منازعات تنفيذ العقود الإدارية (الفرع الأول) و(الفرع الثاني). ثم استخلاص بعض آثار القبول بالتحكيم في العقود الإدارية (الفرع الثالث).

¹ صبرينة جبالي، مختار بو عبد الله، التحكيم واختصاص القاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، المجلد أ، العدد 43، جوان 2015، ص. 255.

² "... comment des litiges ressortissant de la souveraineté étatique peuvent-ils tomber entre les mains de quelques arbitres privés ? " Eleanor MCGRIGOR, op.cit., p. 2.

³ محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن-الصفقات العمومية نموذجاً-مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015-2016، ص. 3.

الفرع الأول

موقف المشرع من تطبيق محكمة التحكيم

لقواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات العقود الإدارية

في مصر فقد استنبط البعض¹ موقف المشرع المصري من مدى قبول اثر التحكيم على إخضاع منازعة العقد الاداري للقانون الخاص مما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون التحكيم المعدل سنة 1997، وقال بهذا الصدد: "ولعل ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأخير مما يكشف بوضوح عن موقف المشرع من التقدير المبدئي للاعتبارات التي يتعين مراعاتها بالنظر إلى الطبيعة القانونية الخاصة للعقد الإداري، فقد أورد المشرع بالمذكرة الإيضاحية أنه "إذا كان الالتجاء الى التحكيم اتفاقاً لتسوية منازعات هذه العقود (ويعني بها العقود الإدارية) مما يُندب إليه فيها وتمسك به تلك الأطراف في حالات عديدة كسباً لمزايا هذا الأسلوب في التسوية وخاصة لحل قضايا ومنازعات التجارة والاستثمار على الصعيدين الوطني والدولي...". فإذا كانت المذكرة الإيضاحية تعتبر أن الالتجاء إلى التحكيم" مما يُندب إليه"، وكان المندوب لغة يعني المستحب أو المستحسن، فكأن المشرع المصري لا يكتفي بإجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية بل هو يصرح بأن اختيار هذه الوسيلة مما يُندب إليه، وليس ببعيد، والحال هذه أن يتداعى هذا الفهم بأثار تتعدى محض اختيار وسيلة الفصل في المنازعة إلى تعيين القواعد الموضوعية التي تحكم المنازعة والتي يغلب بالتالي ألا تكون هي تلك القواعد المستمدة من أحكام القضاء الإداري التي تنظم العقود الإدارية".

ويضيف صاحب هذا القول: "والرأي أن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وبالتالي انحسار القواعد الموضوعية التي تنظم العقود الإدارية عن تلك المنازعات التي تفلت من اختصاص قاضيها الطبيعي، قد يترتب عليها الإخلال بسير المرفق العام أو المساس بانتظام أدائه، مما يتداعى بالأثر على مفهوم المرفق العام ذاته بحكم الضرورة... وقريب من ذلك ما تضمنته المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم التجاري الدولي الذي كان قد تقدم به وزير العدل المصري إلى مجلس الوزراء من أن المستثمر "يطمئن أنه يجد عند قيام النزاع للفصل فيه قضاء يسير على القواعد والأصول التي استقرت في المعاملات التجارية الدولية. ولما كان التحكيم هو الأسلوب السائد في هذه المعاملات التجارية الدولية فقد أولته الحكومة اهتماماً خاصاً" مما يكشف عن رؤية المشرع المصري في الربط بين هيئة التحكيم المنوط بها الفصل في المنازعة وبين القواعد الواجبة التطبيق... وفي ضوء ما تقدم جميعه، يكون مشروعاً تساؤل بعض الفقه عن مدى ملاءمة تصدي هيئات تحكيم مشكلة من أفراد قد يكونوا بعيدين عن الواقع القائم وعن التعامل مع نصوص القانون الوطني، مما قد

¹ محمد أمين المهدي، المرجع السابق، ص. 25.

يقف حائلاً دون إحساسهم بنبض التشريع الوطني، الأمر الذي يؤدي بهم إلى الاستناد أساساً في فصلهم في منازعات العقود الإدارية على المبادئ التجارية العامة، دون القواعد الواجبة التطبيق أساساً المستمدة من أحكام القانون الإداري¹.

أما في الجزائر، فقد نصت المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "يفصل المحكمون وفقاً لقواعد القانون". ونصت المادة 1050 (تحت عنوان التحكيم التجاري الدولي) على أن "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة". وتجدر الإشارة إلى أن قانون

¹ "والرأي أن إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وبالتالي انحسار القواعد الموضوعية التي تنظم العقود الإدارية عن تلك المنازعات التي تفلت من اختصاص قاضيها الطبيعي، قد يترتب عليها الإخلال بسير المرفق العام أو المساس بانتظام أدائه، مما يتداعى بالأثر على مفهوم المرفق العام ذاته بحكم الضرورة، بحسبان أن سير المرفق العام بانتظام واطراد هو مطلب أساسي لا يصح أن ينفك عن المرفق العام. ويضاف إلى ما سبق أن الكثير من هيئات التحكيم خاصة الدولية منها، ما يتحلل في أحيان كثيرة من تطبيق أحكام التشريعات الوطنية رغم وجود النص بتطبيق التشريعات الوطنية، سبيلاً إلى تطبيق الأعراف التجارية الدولية *lex Mercatoria* باعتبار أن تلك الأعراف هي التي تحقق أفضل الحلول للمنازعات التجارية. وقريب من ذلك ما تضمنته المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم التجاري الدولي الذي كان قد تقدم به وزير العدل المصري إلى مجلس الوزراء من أن المستثمر "يطمئنه أن يجد عند قيام النزاع للفصل فيه قضاء يسير على القواعد والأصول التي استقرت في المعاملات التجارية الدولية. ولما كان التحكيم هو الأسلوب السائد في هذه المعاملات التجارية الدولية فقد أولته الحكومة اهتماماً خاصاً" مما يكشف عن رؤية المشرع المصري في الربط بين هيئة التحكيم المنوط بها الفصل في المنازعة وبين القواعد الواجبة التطبيق. ومما له مجال ذكر في هذا الصدد، ما أخذ به القرار الصادر من هيئة التحكيم المكونة في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار التابع للبنك الدولي (ICSID) في القضية التي أقيمت ضد الحكومة المصرية وتتعلق بمشروع استغلال هضبة الأهرام (القرار الصادر في مايو سنة 1992 في القضية المقيدة بالمركز الدولي تحت رقم 3/ARB/84)، من أنه يجوز لهيئة التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي للتحكيم أن تطبق أحكام القانون الدولي حتى وإن كان أطراف المنازعة قد اتفقوا على خضوع التعاقد لحكم القانون الوطني وذلك في حالتين، أولهما حالة تعارض القانون الوطني مع أحكام القانون الدولي، وثانيهما حالة عدم وجود نص، في القانون الوطني، يحكم المنازعة. ومفاد كل ذلك في منطوق قرار هيئة التحكيم المشار إليه (وقد صدر بأغلبية الأصوات مع رأي مخالف قال به كاتب هذه السطور) 6) (ترتيب مدارج التشريعات بحيث يعتبر التشريع الوطني في مرتبة أدنى من مرتبة أحكام القانون الدولي. وفي ضوء ما تقدم جميعه، يكون مشروعاً تساؤل بعض الفقه عن مدى ملائمة تصدي هيئات تحكيم مشكلة من أفراد قد يكونوا بعيدين عن الواقع القائم وعن التعامل مع نصوص القانون الوطني، مما قد يقف حائلاً دون إحساسهم بنبض التشريع الوطني، الأمر الذي يؤدي بهم إلى الاستناد أساساً، في فصلهم في منازعات العقود الإدارية على المبادئ التجارية العامة، دون القواعد الواجبة التطبيق أساساً المستمدة من أحكام القانون الإداري" محمد أمين المهدي، المرجع السابق، ص 26-27.

المحروقات¹ رقم 05-07 المعدل والمتمم، قد تضمن حكما في غاية الأهمية، فقد نصت المادة 58 منه بعد ذكرها لتسوية الخلافات الناشئة عن تنفيذ عقود المحروقات بطريقي المصالحة والتحكيم على أن: "يُطبَّق القانون الجزائري، ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات". فهل مفاد هذا النص هو السماح بتطبيق التحكيم كأسلوب معروف لتسوية المنازعات يختار فيه الأطراف محكميهم والقانون المطبق عليهم- كما نصت على ذلك المادة 1050 المذكورة أنفا- أو يُقصد به ضرورة تطبيق القانون الجزائري (ولا سيما قانون المحروقات) حتى في حالة اللجوء للتحكيم الدولي²؟

¹ قبل الاستقلال كانت الجزائر تخضع للقوانين الفرنسية، وقد نصت المادة 41 من الأمر رقم 58-1111 المتضمن قانون البترول الصحراوي على أن: "النزاعات بين صاحب الامتياز ومانح الامتياز والمتعلق بتطبيق الاتفاقية يرجع ابتداء وانتهاء إلى مجلس الدولة الذي يفصل في النزاع". ومن أهم عقود الامتياز في تلك الحقبة عقود البحث والتنقيب واستغلال المحروقات. أما بعد الاستقلال، فإن "عقود المحروقات" قد خضعت لقوانين متعاقبة آخرها القانون رقم 05-07 الذي تم تعديله سنتي 2006 و2013، وقد نصت المادة 05 منه على أن "عقد البحث و/ أو الاستغلال أو العقد: هو عقد يسمح بإنجاز نشاطات البحث و/ أو استغلال المحروقات طبقا لهذا القانون" كما عرفت عقود الشراكة بأنها: "عقود البحث و/ أو استغلال المحروقات المبرمة بين سوناطراك، شركة ذات أسهم، وشريك أو شركاء أجنب". والظاهر من هذا القانون أنه لم يُجدد الطبيعة القانونية لعقود المحروقات.

¹ Ordonnance n°58-1111 du 22 novembre 1958 relative a la recherche, a l'exploitation, au transport par canalisations des hydrocarbures et au régime fiscal de ces activités dans les zones de l'organisation commune des régions sahariennes. extension a l'Algérie de l'art. 69 par or. 581112 du 22-11-58. Disponible sur le site (7-11-2020 À l'heure 20:00)

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT00000705068&pageCourante=10526

وقد تناولت الآراء الفقهية تعريف عقود التنقيب عن المحروقات واستغلالها، انطلاقا من عدة زوايا حيث يتم اعتبارها في بعض الحالات عقودا إدارية (على النحو السابق بيانه)، وذلك إذا ما تم إبرام العقد من قبل الدولة أو من يتصرف لصالحها، وكان متضمنا لشروط غير مألوفة في مجال القانون الخاص (كشروط الثبات التشريعي)، وتصرفت فيه الدولة باعتبارها سلطة عامة تهدف لتحقيق الصالح العام كما قد يُنظر لعقود المحروقات على أنها عقود مرگبة، تحوي مزيجا من قواعد القانون العام والخاص، وقد تكون عقود تجارة دولية إذا تم إبرامها وفقا للقواعد المطبقة على المعاملات التجارية الدولية دون أن يظهر في العقد أن للدولة مكانة متميزة وسلطة استثنائية تفوق سلطة المتعاقد معها...

ينظر: عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص ص. 36-41. نساخ سفيان، التحكيم في عقود استغلال النفط في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013-2014، ص ص. 8-30.

² وبهذا الصدد، لا بد من الإشارة إلى بعض الأحكام الواردة في قانون المحروقات، حيث تضمن كفاءات إبرام عقود البحث والاستغلال، والتي تتم عن طريق "مناقصة للمنافسة" بموجب اعلان يوافق عليه الوزير المكلف بالمحروقات بموجب مقرر، وهذا الأخير مكنه القانون من الخروج على هذه الطريقة في التعاقد "إذا ما تعلق ذلك بالمصلحة العامة وبسياسة المحروقات". وعند إبرام العقد يتم توقيعه من قبل الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات والمتعاقد، ويوافق عليه بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء. وقد حدد الأمر رقم 06-10 المعدل لقانون المحروقات في المادة 12 منه

الفرع الثاني

موقف القضاء من تطبيق محكمة التحكيم

لقواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات العقود الإدارية

أصدرت محكمة النزاع الفرنسية بتاريخ 17-5-2010 قراراً هاماً، حددت من خلاله قواعد اختصاص كلا من القضاء المدني والقضاء الإداري عند مراجعة أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك بالنظر لطبيعة موضوع التحكيم، حيث يختص القضاء الإداري بكل ما له علاقة بشغل الأملاك العامة، أو له ارتباط بالمشتريات العامة. واعتبر البعض القضية التي صدر بصددها هذا القرار "ساعدت على تبديد الشكوك المتعلقة بقابلية التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية"²، كما قيل³ عن هذا القرار بأنه "ينشئ نقطة التقاء لقانون التحكيم الدولي والقانون الإداري والقانون الدولي الخاص والتي تبين أيضاً أنها نقطة احتكاك. تعمل في قانون التحكيم الدولي ما حققه حكم بلانكو في القانون

=طبيعة الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات "... لا تخضع وكالتنا المحروقات... للقواعد المطبقة على الإدارة، لا سيما فيما يتعلق بتنظيمهما وسييرهما والقانون الأساسي للعمال المشتغلين بهما... تمسك محاسبة وكالتي المحروقات حسب الشكل التجاري..." وفي ظل ما سبق، لا يمكن الجزم بطبيعة عقود التنقيب عن المحروقات واستغلالها، فهي من ناحية تتكون من خلال عدة قرارات وخطوات تتولى فيها الإدارة المركزية والحكومة الكلمة الأولى والأخيرة (من منح الاذن بالتعاقد إلى الموافقة على العقد). ومن ناحية ثانية يتم توقيعها من قبل الوكالة الوطنية المكونة والمتعاقد.

¹ "Dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif." **Tribunal des Conflits**, , 17/05/2010, C3754 <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT0557/>

² "L'affaire INSERM a permis de dissiper les doutes en ce qui concerne l'arbitrabilité des litiges ayant pour objet les contrats administratifs internationaux". François DESSEILLESS, Op.cit., p. 511.

³ L'arrêt rendu le 17 mai 2010 par le Tribunal des conflits crée un point de rencontre du droit de l'arbitrage international, du droit administratif et du droit international privé qui s'avère être également un point de friction. Opérant dans le droit de l'arbitrage international ce que l'arrêt Blanco avait réalisé dans le droit français en général, le Tribunal des conflits sépare et répartit le contrôle des sentences rendues en matière d'arbitrage international des contrats administratifs entre le juge judiciaire et le juge administratif. L'arrêt ouvre devant le juge administratif un champ pour lui encore vierge – celui du contrôle de la sentence arbitrale internationale– qui peut inquiéter tant s'annonce difficile l'élaboration d'un régime compatible avec les principes qui animent les trois disciplines en cause. L'esprit d'innovation dont a souvent su faire preuve le Conseil d'État sera donc encore une fois sollicité. Il le sera d'autant plus que si de prime abord l'arrêt Inserm, loin d'accompagner l'effacement mis en avant dans d'autres sphères de la distinction du droit public et du droit privé, paraît en renforcer l'antagonisme dans le cadre de l'arbitrage, son extension hors de ce domaine pourrait au contraire signer définitivement l'assimilation du droit administratif au droit privé dans les relations internationales et à l'égard des méthodes du droit international privé. Pour s'en rendre compte, il faut commencer par prendre connaissance de l'affaire elle-même...". Malik LAAZOUZI, L'impérativité, L'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois, À propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad, Revue critique de droit international privé, Dalloz, N°4, 2010, pp.653-654.

الفرنسي بشكل عام، حيث فصلت محكمة النزاع بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري عند مراقبة قرارات التحكيم الدولي، وأن هذا القرار (قرار محكمة النزاع) قد يؤدي -وعلى خلاف ما يظهر عليه الأمر- إلى استيعاب القانون الإداري لقواعد القانون الخاص التي تحكم العلاقات الدولية...". ومن النقاط الجوهرية التي أثارها هذا القرار هي مدى قبول النظام العام الإداري الفرنسي لتطبيق قواعد القانون التجاري الدولي عند تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية عندما يترتب ذلك على تطبيق قواعد الاختصاص المعمول بها وطنياً¹.

لقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على مهمة القاضي الإداري عند مراجعة أحكام التحكيم الأجنبية، وعلى رأسها ضمان عدم مخالفتها للنظام العام الفرنسي، وبهذا الصدد قضى المجلس في قراره الصادر بتاريخ 9-11-2016 أن على محكمة التحكيم مراعاة قواعد القانون العام عند تسوية منازعات العقود الإدارية، وأن قرار التحكيم تجاهل القاعدة التي يمكن بموجبها للمصلحة المتعاقدة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته، وهي من قواعد القانون العام التي تطبق ولو لم ينص عليها العقد، وحكم التحكيم المعني يبطل بذلك بالنسبة لهذه الجزئية² فحسب.

¹ Malik LAAZOUZI, op.cit., p. 687.

² " ... Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 que le contrôle du juge administratif sur une sentence arbitrale doit porter non sur la qualification que les arbitres ont donnée de la convention liant les parties, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution méconnaît une règle d'ordre public ; que s'il résulte de la décision rendue par le Tribunal des conflits le 11 avril 2016 que le contrat en cause était un contrat administratif et si, par suite, c'est à tort que les arbitres, chargés de déterminer le droit applicable au contrat, ont estimé que le litige était régi par le droit privé, la censure de la sentence par le Conseil d'Etat ne saurait être encourue que dans la mesure où cette erreur de qualification aurait conduit les arbitres à écarter ou à méconnaître une règle d'ordre public applicable aux contrats administratifs...

Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que le maître d'ouvrage de travaux publics qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce ou par lui-même ; que la mise en régie, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de travaux publics, peut être prononcée même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement d'un ouvrage public ; que la mise en œuvre de cette mesure coercitive, qui revêt un caractère provisoire, qui peut porter sur une partie seulement des prestations objet du contrat et qui n'a pas pour effet de rompre le lien contractuel existant entre le maître d'ouvrage et son cocontractant, ne saurait être subordonnée à une résiliation préalable du contrat par le maître d'ouvrage ; que la règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, le maître d'ouvrage peut toujours faire procéder aux travaux publics objet du contrat aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public ; que, par suite, les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer...". Conseil d'État, Assemblée, 09/11/2016, 388806, Publié au recueil Lebon. Disponible sur le site (7-11-2020 À l'heure 20:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000033364623/>

الفرع الثالث

تقييم التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية

بالإضافة لما سبق ذكره بشأن تخوف الدول خاصة النامية وتوجسها من شرط التحكيم، فإن الاشكاليات الحقيقية لتطبيق هذا الشرط تتجسد عمليا في الصعوبات والمخاطر المالية والاقتصادية التي تلحق بالطرف المتضرر الذي غالبا ما يكون الدولة.

ففي مصر تتواصل تحذيرات الخبراء من آثار التحكيم المالية، خاصة في المشاريع الكبرى التي تتعاقد فيها الدولة مع الشركات والمؤسسات الأجنبية¹. ويرى البعض بأن "سبب الخسارة للقضايا، عيب في القانون ذاته، مؤكدا أنهم طالبوا كثيرا بمعالجة قوانين الدولة لأن مصر رقم 149 من 189 دولة على العالم في قضايا التحكيم الدولي وهذا ناتج عن أداء بعض صغار الموظفين الذين يتخذون من الإجراءات ما يخالف نص القانون واللائحة التنفيذية وهذا يؤدي إلى غرامات وتعويضات ضد مصر أذناها العام الماضي (2016)، حيث وصلت إلى 2.2 مليون دولار رغم وجود عجز في الموازنة وكمية عالية من الديون تحملها في الموازنة العامة للدولة وصل الدين هذا العام 400 مليار جنيه في موازنة لم تتجاوز إيراداتها الـ 700 مليار جنيه رغم أن حجم الإنفاق تريليون و100 مليار جنيه. طالب ... بمراجعة وإصدار الكثير من القوانين وعلى رأسها قانون الاستثمار واللائحة التنفيذية وقانون الإفلاس الذي يسمح بحرية الدخول والخروج من الأسواق كما يجب النظر إلى بعض تصرفات القيادات المتوسطة في بعض الوزارات التي لها علاقة في التعامل مع المستثمرين الخارجيين، إضافة إلى وجود ثغرات في القانون تسمح بخسارة كثير من القضايا، إضافة إلى أخطاء قيادة الصف الثاني والثالث في الوزارات في تفسير بعض نصوص القوانين واللوائح التنفيذية...".

ولمعالجة الآثار السلبية للتحكيم أقر البعض بأنه على مصر "إصلاح كامل منظومة العقود الدولية من أول التفاوض على العقد حتى صياغته وتوقيعه وتنفيذه ومتابعته وحل المشاكل الناجمة، كي لا نضطر إلى التحكيم الدولي، ووجوب إعادة النظر في كل ما يتعلق بالتحكيم والتسويات و ضمانات الاستثمار واتفاقيات ضمان وحماية الاستثمار..."².

¹ المستشار أحمد خزيم، د. وليد جاب الله، د. عادل عامر، مقال "فخ قضايا التحكيم الدولي... 74 مليار دولار خسائر مصر في عشر سنوات... خزيم: نواجه خطر 29 قضية أخرى ضدنا. وخبراء: صياغة العقود وضعف كوادرات الدفاع سبب خسارتها"، مقال الكتروني على موقع البوابة نيوز، تاريخ النشر 16-3-2017 (تاريخ الاطلاع 22-11-2020 الساعة 8:00) متاح على الرابط: <https://www.albawabhnews.com/2425116>

² ندوة «المصري اليوم» تكشف أسرار عالم التحكيم الدولي وأسباب تكرار الخسائر: ... على الغتيت، المحامي، أستاذ القانون والاقتصاد الدولي، رئيس المجلس الاستشاري الاستراتيجي بمجلس الوزراء سابقاً، والدكتور منير زهران،

أما في الجزائر وعلى الرغم من أن هناك عدة قضايا تم الفصل فيها لصالح الدولة فقد صرح أحد المسؤولين السابقين قائلا: "إن الجزائر لا تزال تلميذا غير موفق في قضايا التحكيم الدولي... وهي لا تحسن التفاوض دوليا لضعف الامكانيات في مجال التحكيم الدولي"¹. ولعل في مثل هذا الاقرار، اعتراف واضح بخطورة التحكيم على الاقتصاد الوطني في حالة عدم التحكم الجيد في التقنيات التفاوضية التي يستند عليها². وعلى هذا الأساس يبقى دور القاضي ضمانا هامة في التحقق من مشروعية التحكيم وعلى الأقل التأكد من عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام.

هذا وقد قال البعض بأن رقابة القضاء الوطني على حكم التحكيم هي "رقابة سطحية"³ وهو الوصف الذي لا ينطبق على ما سبق إيراد من صور تدخل القاضي المرافق لعملية التحكيم، قبل إصدار الحكم، ودوره الرقابي اللاحق على ذلك، حيث تشمل رقابة القاضي فحص مشروعية اتفاق التحكيم وإجراءات الدعوى، وظروف اصدار الحكم التحكيمي شكلا ومضمونا. وفي ذلك يقول البعض بأن "التحكيم وإن احتل اليوم مكانة هامة في القانون الإداري إلا أن سلطات المحكم في مجال الفصل في منازعات العقود الإدارية تبقى محدودة تقتصر على المسائل التي تدخل في نطاق قضاء الحقوق دون تلك التي تدخل في نطاق قضاء المشروعية. إن دور المحكم لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يلغي دور القاضي في العملية التحكيمية حيث إنه ثمة علاقة بينهما لتحقيق فاعلية التحكيم، وتتسم هذه العلاقة بطبيعة مزدوجة تأخذ في شقها الأول طابع المساعدة وتأخذ في شقها الثاني طابع الرقابة على أعمال المحكمين"⁴.

=مندوب مصر الدائم لدى الأمم المتحدة بجنيف لسنوات، وممثل مصر في مجموعة ال-15، في مفاوضات تحرير التجارة العالمية ونزع السلاح، والدكتور ياسين تاج الدين، المحكم الدولي المعروف، ... والقاضي السابق والخبير القانوني المستشار هشام رجب. "ندوة" جريدة المصري اليوم، تاريخ 24-10-2018. تاريخ الاطلاع (22-11-2020 الساعة

8:40) متاح على الرابط: <https://www.almasryalyoum.com/news/details/1336593>

¹ حمزة كحال، مقال بعنوان "توتال وسوناتراك، الخلاف بين الجزائر وفرنسا يتجاوز ساحات التحكيم الدولي"، تصريح الرئيس الأسبق لشركة "سوناتراك": جريدة العربي الجديد، عدد تاريخ 08-08-2016. تاريخ الاطلاع (22-11-

2020 الساعة 8:20) متاح على الرابط: <https://www.alaraby.co.uk/%22%D8%AA%D9%8...8%>

² وهو "الهاجس" الذي يقلق الكثير من الباحثين، حيث أوصى بعضهم بأهمية اعداد الخبراء والمفاوضون الوطنيين اعدادا جيدا قبل القيام بمهام التحكيم المشار إليها، في هذا المعنى: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص. 354.

³ "... وقد ثبت من خلال هذه الدراسة أن سلطات قاضي الأمر بالتنفيذ هي رقابة سطحية لا غير... يشترط وجود الحكم التحكيمي وألا يكون هذا الحكم مخالفا للنظام العام الدولي. والمستخلص من ذلك وبهذا المفهوم يمكن للقضاء وهو يقوم بالرقابة القضائية اللاحقة للحكم التحكيمي وخاصة الدولي المساهمة الفعلية في عملية التحكيم وأن يكون مساعدا ومكملا لا موازيا أو معرقلا". سليم بشير، المرجع السابق، ص. 390.

⁴ صبرينة جبالي، مختار بو عبد الله، المرجع السابق، ص. 231.

الخاتمة

الخاتمة

بعد البحث في موضوع خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في فرنسا ومصر والجزائر، وبعد استعراض بعضا من الأحكام القانونية التي تضمنتها تشريعات العقود والمشتريات العامة، وبيان موقف الفقه والقضاء منها. يمكن ذكر أهم النتائج، متبوعة ببعض التوصيات.

أولاً: النتائج

* بالنسبة لقواعد إبرام العقود الإدارية

1- تظهر ذاتية قواعد إبرام العقود الإدارية التي تتميز فيها عن العقود المدنية بوضوح شديد وتتجسد في القيود المفروضة على الإدارة قبل اعلان رغبتها في التعاقد وبعدها وقبل توقيع العقد وعند توقيعه. حيث أن أهلية الإدارة في التعاقد ترتبط أساسا بالصلاحيات والاختصاصات التي حددها لها القانون، وتتوافر هذه الأهلية تنتظم مختلف مراحل الإبرام وفقا لقواعد شكلية وإجرائية متسلسلة ومترابطة تنتهي بإبرام العقد بموجب قرار تصدره السلطة المختصة، وهذا الأخير بالإضافة إلى ضرورة مراعاته لقواعد الاختصاص، لا بد وأن يحوز الآراء والتأثيرات المشتركة قبل إصداره.

2- على الرغم من القيود المشار إليها، فقد فتحت تشريعات المشتريات والعقود العامة، في الدول محل الدراسة، الباب واسعا للخروج على أحكامها والاستعاضة عنها بأحكام تعاقدية اتفاهية رضائية بين الهيئات الادارية والمتعاقد الوطني أو الأجنبي، وذلك من خلال تقرير أسلوب التعاقد المباشر أو بالتراضي بين الطرفين، وذلك في حالات قد يصعب حصرها، على رأسها حالي الضرورة والاستعجال، بمعناها الإداري أو بمعنى أصح بالمفهوم المبني على التقدير "الحكومي" لما هو مستعجل أو ضروري للاقتصاد أو للمجتمع... وبهذا الصدد فإن القانون الفرنسي يشترط للجوء للتعاقد المباشر دون إعلان مسبق أو منافسة ضرورة صدور مرسوم يخضع لرقابة مجلس الدولة قبل إبرام العقد.

3- إن تقرير الاستثناءات الواردة على طرق التعاقد يظهر مدى أهمية العقود المبرمة بطريق التراضي، حيث أن الاستثناء في الواقع لا يحكم العقود العادية أو المحدودة القيمة، وإنما العقود الأكثر أهمية من النواحي الاقتصادية والمالية والاجتماعية. وعلى الرغم من ابقاء وصف هذه العقود "بالإدارية" إلا أن المنطق التفاوضي والاتفاهي المعتمد في إبرامها وإن لم يُزل هذه الصفة فإنه يؤدي لتقريب العقد من نظام القانون الخاص، بل وقد تظهر فيه الإدارة المتعاقدة بمظهر المتعاقد "المدعن" الذي يقبل بالشروط المقررة من الطرف الآخر دون تفاوض حقيقي وحر.

4- إن العقود الإدارية تخضع لقواعد القانون المدني المتعلقة بسلامة الرضا من العيوب (الاكراه والتدليس والغلط...)، وقد اهتمت تشريعات التعاقدات العامة بعيب التدليس بصفة خاصة، وعبرت

عنه بمصطلحات "الخداع والغش والتلاعب والتواطؤ والاحتيال...". ورتبت على تحقيقه ابطال العقد، وحرمان المخالف من التعاقدات الإدارية ومصادرة التأمين المؤقت وحق الإدارة في طلب التعويض. وهذا بالنسبة للتشريعات الثلاثة محل الدراسة.

5- مما يُذكر أيضا هو انعدام التوازن بين الإدارة والراغب في التعاقد معها قبل إبرام العقد، حيث "تتقوى" المصالح المتعاقدة بسلطات واسعة وأشدّها وطأة إعلانها التخلي عن إجراءات التعاقد في أي مرحلة من مراحل الإبرام، وذلك حتى بالنسبة للفائز المؤقت بالعقد "المنح المؤقت" أو بعد رسو المزداد أو المناقصة، تحت ذريعة تحقيق "المصلحة العامة"

* بالنسبة لأركان العقد الإداري

6- يؤكد الفقه والقضاء الإداريين على أن العقود الإدارية تقوم بتوافر أركانها وهي الرضا والمحل والسبب.

7- تطلبت التشريعات محل الدراسة كتابة وتوثيق العقد في حالات كثيرة إلا أنها أبقت على الأصل وهو عدم اشتراط الكتابة وفق شكل محدد وهو ما أكده الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، أما في الجزائر فالكتابة ركن من أركان العقد الإداري وتخلفها هو عدم قيام العقد وفقا للآراء الفقهية والاجتهادات مجلس الدولة المستشهد بها.

8- يذكر ما طرأ على القانون المدني الفرنسي بموجب تعديل سنة 2016 وعدم ذكره للسبب كركن من أركان العقد، ولا يظهر بأن لهذا التعديل انعكاس مباشر على نظرية العقد الإداري في فرنسا في الوقت الراهن، خاصة وأن اجتهادات مجلس الدولة أكدت أهمية السبب وضرورة مشروعيته كركن من أركان العقد.

* بالنسبة لسلطات الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد

9- إنه مما يجدر التنبيه عليه بهذا الصدد أهمية محاولات تأصيل سلطات الإدارة في الرقابة والتوجيه وتعديل العقد وفسخه انفراديا وفي توقيع الجزاءات على المتعاقد ضمن نظرية العقد المدني، وهي محاولات محمودة سعت لاستيعاب نظرية العقد الإداري ضمن النظرية العامة للعقد المدني. وقدمت تطبيقات لما يماثل سلطات الإدارة المذكورة وهي مقررة في العقود المدنية، فقالت بخضوع المتعاقد لرقابة المتعاقد الآخر، وبتعديل العقد المدني انفراديا كتعديل المالك لمخطط البناء وتعديل رب العمل لعقد العمل. وما يلاحظ على هذا التأصيل هو عدم إيلاء الاعتبار لفكرة المصلحة العامة، وهي التي تمخضت عنها التبريرات الفقهية والقضائية والتشريعية لسلطات الإدارة في العقد الإداري. على الرغم

من أن ذات الفكرة نتج عنها تأثيرات مهمة حتى على تنظيم العقد المدني وتبرير تدخل المشرع والقاضي لإعادة التوازن بين طرفيه.

وهذا التأصيل-وفقا لما يظهر لنا-أنه بالفعل هناك تقارب بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص بالنسبة لحق التعاقد في مراقبة تنفيذ التزامات التعاقد الآخر، على الأقل في جانب مهم من نوعي العقود، ولكن ينبغي ملاحظة الفروقات التالية:

* بين حق الرقابة وحق التوجيه والإشراف: فحق الرقابة بالمعنى الضيق وهو التحقق من أن التعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه... "وهو حق مقرر في العقود المدنية والعقود الإدارية". ولكن حق الرقابة يتجاوز المعنى الضيق السابق، ويسمح للإدارة أن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به، في حالة ما إذا استعملت الإدارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع، وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد، ... ومن ذلك مثلا أن تتدخل الإدارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعهد، وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه التعاقد.

* أما عن سلطة الجزاء فقد قال الرأي السابق بأنها لا تتضمن مخالفة للأحكام العامة في العقد. ما دام أنه يجب على الإدارة أن تراعي في توقيع الجزاء أن يكون لقاء مخالفة وقعت ... وإنما الأمر هنا مجرد خروج على قواعد التداعي يبرره سير المرافق العامة وانتظامها... الالتجاء إلى هذا الإجراء السريع. ولكن الفقه الإداري لا يرى هذا القول بل يعتبر أن الجزاءات في المجال الإداري لا نظير لها في القانون المدني، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الجزاءات المتشابهة في القانونين تخضع لنظام قانوني مختلف.

* بالنسبة لمبدأ حسن النية وقواعد تفسير العقد الإداري

10- أشارت اجتهادات القضاء الإداري لنصوص القانون المدني بشأن تفسير وتنفيذ العقد بحسن نية، ومع ذلك، فقد قال البعض بأن "قواعد تفسير العقود الإدارية تختلف اختلافا جوهريا عن قواعد التفسير المذكورة في القانون المدني"، ومرد ذلك هو أن تفسير البنود اللائحية التنظيمية يكون دائما بمراعاة المصلحة العامة، وأن تفسير العقد يتم على ضوء الاعتراف للإدارة المتعاقدة بسلطة تعديل العقد وإنهاؤه من جانب واحد... وأن هذه الاعتبارات تبعد أعمال قواعد التفسير طبقا للنية المشتركة للمتعاقدين ولمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يتوافر بينهما.

11- كما تبين أيضا أن القضاء الإداري يستخلص مدى توافر حسن النية في كافة مراحل إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، ويشير في ذلك لنصوص القانون المدني. إلا أنه وعلى غرار ما لوحظ بشأن تفسير العقد،

فإن البعض قال بأنه "تم إبطال" مبدأ حسن النية في العقود الإدارية، من خلال السماح-فقط وقضاء-
بتمكين الإدارة المتعاقدة من فسخ العقد وتعديله أحاديا وفرض رقابتها وسيطرتها على تنفيذه. إذ يعتقد
هذا الرأي بأن إجازة هذه السلطات يتضمن معارضة لمضمون مبدأ حسن النية. وهو رأي جدير
بالملاحظة خاصة وأن أغراض المبدأ هو استقرار العلاقة التعاقدية واطمئنان المتعاقدين من أجل أداء
الالتزامات المتقابلة في ظل الثقة المتبادلة بينهما.

12- يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي الحالي (المادة 1188) قد انفرد بالنص على إلزام القاضي
بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وإذا تعذر ذلك، فوفقا
لما يفهمه الرجل العاقل "personne raisonnable" في الوضعية المماثلة. وقد اعتبر البعض أن
الأخذ بمفهوم الرجل العاقل يعد بمثابة "مرجع جديد-للقاضي-من شأنه أن يعزز أسلوب التفسير
الموضوعي ... كما أنه أول تعديل واضح للقواعد الكلاسيكية لتفسير العقد، مستوحى من مبادئ
القانون الأوروبي للعقود...ومن جهة ثانية فقد "وسع" ذات القانون من أعمال مبدأ حسن النية ليشمل
كافة مراحل العقد من التفاوض إلى التنفيذ، (المادة 1104).

*بالنسبة لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية:

بالإضافة إلى اختصاص القضاء الإداري كجهة ولاية عامة وأصيلة لتسوية منازعات العقود
الإدارية، فقد أدت عوامل قانونية وسياسية واقتصادية متنوعة لتبني وسائل بديلة لتسوية النزاعات
التي قد تطرأ عند تنفيذ هذه العقود. وقد أثر إقرار هذه الوسائل-باستثناء التظلم الإداري-التي عرفت
في إطار العلاقات التعاقدية الخاصة جدلا فقهيًا واسعًا، خاصة بالنسبة لمدى توافقها مع الأحكام العامة
للعقود الإدارية.

13- فبالنسبة للصلح فهو أسلوب جدير بالذكر، ومن خلاله تم استيعاب أحد أهم وسائل التسوية
الودية للنزاعات العقدية الخاصة وإدخالها في مجال تسوية منازعات العقود الإدارية. ويظهر تماما من
الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية المستشهد بها بأن الصلح "عقد مدني" بطبيعته بما في ذلك
الصلح الحاصل في المنازعات الإدارية. وذلك على الرغم من مناداة بعض الفقه بخضوع الصلح الإداري
لأحكام خاصة تميزه عن الصلح المدني (كإجازة الصلح الضمني، واشتراط تناسب التنازلات ... في
الصلح الإداري) إلا أن تحليل الاجتهادات القضائية الإدارية والمدنية يظهر من جهة صعوبة الاقرار
بالصلح الإداري الضمني لتنافيه مع شكليات العمل الإداري ولتعذر ترتيب نتائجه إلا إذا كان صريحا
باتا ومكتوبا. ومن جهة أخرى فإن القضاة الإداريين والمدنيين يراقبان مدى توازن التنازلات المتبادلة
وليس المساواة في التنازلات.

ويشار أيضا إلى أن "مشروعية الصلح الإداري" وإن ارتكزت على قواعد القانون المدني إلا أنها أيضا ترتبط ارتباطا وثيقا بالمبادئ التي تحكم العقود الإدارية من حيث الأبرام والتنفيذ. فينعقد الصلح الإداري بتوافر شروط الصلح المنصوص عليها في القانون المدني (توقي نزاع محتمل، تسوية نزاع قائم، التنازل المتقابل عن الحقوق...) وكذلك بمراعاة قواعد النظام العام الإداري.

-أما فاعلية الصلح الإداري كوسيلة لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية فقد اعتبره البعض "قليل الاستخدام" مقارنة باستخدامه في تسوية النزاعات الإدارية الأخرى. وما يؤكد هذه الملاحظة هو "تخوف" مسؤولي الهيئات المتعاقدة من إجراء الصلح، خاصة عندما يرتب أعباء أو تنازلات مالية قد تكون بعد ذلك محل اعتراض من مصالح المحاسبة العامة، أو تكون أعلى من التنازلات أو الأعباء التي قد تتحملها هيئاتهم الإدارية في حال اللجوء للقضاء.

-كما أن أعمال الصلح والمبادئ التي يقوم عليها تتعارض في الغالب مع سلوك الإدارة المتسلط والرافض للتفاوض أو الاتفاق الودي مع الطرف المتعاقد، من جهة. ورغبة الإدارة في عدم تحمل مسؤولية الآثار الناتجة عن عقد الصلح كالتنازل عن الأموال العمومية دون سند قضائي، من جهة ثانية.

14- بالنسبة للتظلم الإداري فإن النظم محل الدراسة اعتمدته كوسيلة للاعتراض أو الطعن على قرارات المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، وأوكلت النظر فيه للجان إدارية خاصة يتم اللجوء إليها وجوبا في التشريعين المصري والجزائري واختياريا في التشريع الفرنسي، وذلك قبل اللجوء للقضاء المختص. والملاحظ أن العمل بهذه الأسلوب يخضع بشكل تام لقواعد القانون العام. وتتم التسوية وفقا لتقدير هذه اللجان الإدارية على ضوء القوانين واللوائح الإدارية وعلى ضوء بنود العقد المبرم بين الطرفين، على الرغم من نص التشريعين الفرنسي والجزائري على أن تبحث هذه اللجان على حل "ودي" بين الطرفين.

15- اعتمدت النظم محل الدراسة طريق التوفيق والوساطة لتسوية النزاعات المرتبطة بتنفيذ العقود الإدارية، فخصص التشريعين المصري والفرنسي أحكاما خاصة بذلك، أما المشرع الجزائري فقد أوردتها ضمن "طرق التسوية الودية للنزاعات" في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-وعلى الرغم من المجالات المتعددة التي تستخدم فيها هذه التقنية لدرء أو لتسوية النزاعات، إلا أنه -ووفقا لبعض الآراء المستشهد بها لازالت هناك مجالات محجوزة حصرا للقاضي الإداري باعتباره "قاضي السلطة العامة"، وأن إدخال الوسائل البديلة -بما فيها الوساطة- لهذا المجال المحجوز تشكل "ثورة ثقافية حقيقية". ولعل استبعاد الاعتماد على الوساطة في تسوية بعض المنازعات الإدارية يمتد بلا شك لكل المجالات التي تسوّغ فيها الإدارة لنفسها اتخاذ القرارات الإدارية باعتبارها سلطة عامة تهدف

لتحقيق الصالح العام، لذلك قالت بعض الآراء بأن الدور الأولي للقاضي الإداري هو ضمان مراقبة الإجراءات الإدارية، ولا يمكنه تفويض هذه المهمة إلى موفق أو وسيط، إلا في إطار احترام توزيع الاختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية، وعلى هذا الأساس فالوساطة "غريبة بطبيعتها" عن رقابة الشرعية ولا يجوز إلا للقاضي أن يأمر بإلغاء فعل يقع في دائرة صلاحيات السلطة العامة.

-وما يلاحظ أن المشرع الجزائري يعرف الوساطة القضائية فحسب، والمشرع المصري يفرض اللجوء للوساطة الالزامية في بعض المنازعات الإدارية، ويولكلها للجان خاصة، ولا تذكر نصوصه الوساطة القضائية، أما المشرع الفرنسي فينظم نوعين من الوساطة، الأولى تتم بين الطرفين دون تدخل القضاء، والثانية وساطة قضائية تتم بأمر من القاضي، إلا أن الوساطة في التشريعات الثلاث تخضع لمراقبة القضاء الإداري، فحتى لو اتفق الأطراف على تنظيم الوساطة وعيّن وسيطا أو موفقا، لا يمكن أن ينجز هذا العقد إلا إذا لم يخالف النظام العام، والقاضي وحده الضامن لهذا القيد.

16-وبالإضافة إلى وسائل التسوية المذكورة سابقا، فقد أقرت النظم محل الدراسة أيضا وسيلة تسوية في غاية الأهمية عرفت وتطورت وتوسع استخدامها بشكل مطرد وألا وهو التحكيم، وبخلاف الوسائل الأخرى فقد شهد إقرار التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية العقود الإدارية وعقود الدولة ككل تجاذبات فقهية وتشريعية قضائية وسياسية واقتصادية لم تبلغ مداها لحد الآن.

-فعلى المستوى الفقهي رفضت أغلب الآراء المستشهد بها إقرار التحكيم وفقا لصورته المعروفة في القانون الخاص، ودعت لتحكيم يراعي خصوصية وسيادة الدولة كطرف في المنازعة، فلا يمتد لسلطات الإدارة ولا يعمل به إلا إذا أجازها القانون ولا ينفذ إلا بعد رقابة القاضي المختص على حكم التحكيم وتأكده من عدم مخالفته لقواعد النظام العام، والذي تشكل فيه سلطات الإدارة التي ينص عليها العقد أو التي تتضمنها التشريعات واللوائح وإن لم ينص عليها العقد المعني.

-وفي ذات التوجه تؤكد اجتهادات القضاء الإداري على حدود "القابلية للتحكيم" من جهة "ومشروعية حكم التحكيم" من جهة ثانية. فيراقب القاضي صحة اتفاق التحكيم، وسلامة إجراءاته، وعدم مخالفة حكم التحكيم للقواعد الآمرة في قانونه الوطني. كما يرافق هذه الخطوات بما له من صلاحيات حددتها التشريعات محل الدراسة.

-وعلى الرغم مما سبق، إلا أن الملاحظ بجلاء ووضوح أن الساعي لاشتراط اللجوء للتحكيم خاصة من المؤسسات والمستثمرين الأجانب يدركون تماما أن مصالحهم تتحقق باستبعاد تطبيق قواعد القانون الوطني التي يطبقها القاضي الوطني المختص، كما يدركون أيضا بأنه لا فائدة من اتباع طريق التحكيم إذا كانت القواعد الآمرة (قواعد القانون العام الوطني) ستلاحقهم إلى ساحات التحكيم التجاري الدولي... وعلى هذا الأساس فإن القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع هي التي تحدد ما إذا كان

الاحتكام سيكون لقواعد القانون الخاص وقواعد الأعراف التجارية الدولية ولوائح مراكز وهيئات التحكيم الدولي، وعليه سيكون الفصل وفقا لفلسفة التحكيم ولمنهجته الطبيعية كنظام "اتفاقي" لتسوية المنازعات. وإما على خلاف ما سبق، ستلجأ محكمة التحكيم لتطبيق قواعد القانون العام التي تراعي سلطات الإدارة وتحافظ على تفوقها على المتعاقد معها، ومراعاة اعتبارات المصلحة العامة "الوطنية". وعندئذ لن تخرج محكمة التحكيم عن مضمار عمل القضاء الإداري الوطني، وهو ما لا يبدو منطقيا أو ذو فائدة بالنسبة لطالبي اللجوء للتحكيم.

-ومما سبق، فإن هيئات ومراكز ومؤسسات التحكيم التجاري الدولي تعتمد على مجموعة متنوعة من الحلول والوسائل وقواعد الإسناد والتقنيات المبنية على منطق التنافس مع بعضها البعض للظفر بأكبر عدد من القضايا والمنازعات وبالتالي تحقيق أكبر قدر من الأرباح والمداخيل، وذلك باستقطاب المؤسسات والشركات الكبرى طالبة التحكيم والمتعاقدة مع الدول والتي -بحكم خبرتها ومستشاريها- تحرص على إبرام عقودها على ضوء المعرفة المسبقة بمآلات المنازعات المحتملة، وتحسب لها. وفي مقابل ذلك تبرم الدولة وهيئاتها هذه العقود وفقا لمنطق لا يظهر منه أنه يضع في الحسبان المسائل التي ذكرت سابقا.

وانطلاقا من النتائج المشار إليها، يتم التطرق فيما يلي لبعض التوصيات المستحسن ذكرها.

ثانيا: التوصيات

إن دراسة خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص دراسة مقارنة في فرنسا ومصر والجزائر، وما أظهره البحث من نتائج، تدفع لذكر بعض التوصيات، يتعلق بعضها بالجانب العلمي والبحثي ويتعلق بعضها الآخر بالجانب القانوني في إطار التمييز بين العقود الإدارية الداخلية التي يختص بنظرها القضاء الإداري، والعقود الإدارية التي قد تبرم مع الأجانب وتظل محتفظة بهذا الوصف.

* فيما يتعلق بالجانب العلمي والبحثي:

1- أنه ينبغي على الباحث بصفة خاصة الأخذ بعين الاعتبار الاختلاف الملاحظ في تطور العقود الإدارية في النظم محل الدراسة، ففي حين يتم تقييد سلطات الإدارة (المقررة في النظرية الكلاسيكية) كسلطة تعديل العقد وفسخه انفراديا، وتبني التوجيهات الأوروبية الداعمة لمبدأ المنافسة ... وتوسيع مفهوم العقد الإداري المبني على معايير تختيارية (يكفي توافر أحد المعايير ...) في التشريع الفرنسي، فإن ذات النظرية تشهد "الجمود" في التشريع والقضاء المصري وفقا للآراء المستشهد بها، فهو لا يزال متمسكا "بإعلاء سلطة الإدارة" وإهدار مصلحة المتعاقد من خلال ابقائه على المبادئ التي تبناها عند نشئته دون تغيير أو تطوير... أما التشريع الجزائري فلا يخفى تأكيده المستمر لسلطات الإدارة المتعاقدة

ولصلاحياتها قبل الابرام وأثناءه وبعده...، وبرغم هذا الاختلاف، لازالت نظرة التعميم تسود جانبا هاما من البحوث والأطروحات.

2- ضرورة إيلاء الباحث لموضوع العقود الإدارية عناية خاصة بنظرية العقد في القانون المدني، فهذه الأخيرة وفي ظل تطورها وراثتها المستمر، يظهر بوضوح أن جانبا هاما من الأحكام التي يشاع أنها حكر على العقود الإدارية إنما هي في الحقيقة معروفة بصورة أو بأخرى في نطاق النظرية العامة للعقد. وبتحقيق هذا الكشف يمكن تصور المدى الحقيقي لخضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص.

*فيما يتعلق بطرق التعاقد الاستثنائية (التراضي أو التعاقد المباشر):

3- نظرا لأهمية العقود المبرمة وفقا لها ولأثرها المالي والاقتصادي، فإنه من الأجدر إدراج الرقابة المسبقة للقضاء الإداري والقضاء الجنائي لمراقبة مدى سلامة وصحة الإجراءات المزمع اتباعها، ومدى توافر حالات الضرورة أو الاستعجال أو الحاجة الاقتصادية والاجتماعية التي تدعيها الإدارة، عوض الاكتفاء فقط بترخيص السلطة التنفيذية باتباع التعاقد المباشر كقيد وحيد لإبرام هذه العقود في التشريعين المصري والجزائري. ويمكن بهذا الصدد الاستشهاد بما يقرره القانون الفرنسي حيث يشترط للإعفاء من التعاقد بدون إعلان مسبق أو منافسة ضرورة استصدار مرسوم يخضع لرقابة القاضي الإداري قبل إطلاق الإجراء.

*فيما يتعلق بمحقوق المتعاقد والراغبين في التعاقد:

4- ضرورة النص على الأحكام التي تحفظ مصالح الراغبين في التعاقد، خاصة التعويض على قرارات التخلي عن الإجراءات عندما يترتب عليها ضرر مالي على عاتق المعنيين، كما هو الحال في العقود المركبة التي تقتضي إعداد النماذج والتصاميم والدراسات التقنية والهندسية والاقتصادية والتكنولوجية، وإبرام عقود التأجير للآليات والمركبات واليد العاملة التي تتطلبها الدخول في بعض المناقصات... فلا يعقل أن يستساع موقف الإدارة في التخلي عن مواصلة التعاقد دون الالتفات لحق الراغب في التعاقد على الأقل في التعويض عن الأضرار المالية التي لحقت نتيجة لذلك.

*فيما يتعلق بوسائل التسوية الودية لمنازعات العقود الإدارية

5- من الجدير العمل على انسجام النصوص القانونية التي تؤطر علاقة الإدارة بالمتعاقد من جهة، وبين مقتضيات أعمال الوسائل البديلة لحل النزاعات من جهة ثانية: حيث أن المبادئ التي تجيز للإدارة فسخ العقد أو تعديله من جانب واحد، والتي تتيح لها أيضا فرض الجزاءات على المتعاقد، والتي تزخر بها نظرية العقود الإدارية، في النظامين المصري والجزائري، تؤسس موقفا مسبقا من استبعاد الوسائل البديلة خاصة عند تصرف الإدارة كسلطة حريضة على المصلحة العامة. لذلك لا بد من:

-إلزام الإدارة المتعاقدة بتبرير سبب عدم لجوئها للوسائل البديلة، خاصة من قبل الإدارات والهيئات الرقابية.

-إدماج مدى اللجوء للوسائل البديلة عند تقييم فعالية إدارة المنازعات الإدارية، وتقييم كفاءة القائمين عليها.

-فرض إجراء تلتزم به الهيئات الإدارية للموازنة بين الأعباء المترتبة على الوسائل البديلة مقارنة مع الأعباء التي تتكبدها الإدارة عند اللجوء للقضاء، بشكل مسبق، عند قيام منازعات العقود الإدارية، وبالعودة للمنازعات المماثلة، وتقييم أثرها المالي والإداري على الإدارة المعنية.

6- أما بالنسبة للجوء للتحكيم: فإن التخفيف من وطأته على الاقتصاد الوطني (خسارة قضايا التحكيم) لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال ما يلي:

-الاعتماد على الخبرة الوطنية وإعداد استراتيجية واضحة لتكوين محكمين وخبراء وطنيين، من خلال تكوين متخصص يأخذ بعين الاعتبار مناهج وتقنيات التحكيم، التفاوض حول العقود الحكومية وفن صياغتها، المنطق التنافسي والربحي لمؤسسات التحكيم الدولي،

-إيلاء عناية خاصة بصياغة النصوص القانونية ذات العلاقة (قانون الصفقات العمومية)، وكذلك حسن صياغة العقود والعمل على تجنب غموض النصوص وتضاربها وتناقضها، وتهيئتها لتكون نصوص مرجعية قابلة للتطبيق على منازعات العقود الدولية بصفة خاصة.

-العمل على ضمان شفافية إبرام العقود والصفقات العمومية.

وكحوصلة لما سبق ذكره، من المستحسن إعادة تنظيم التشريعات التي تحكم العقود الإدارية، خاصة في الجزائر، من خلال إقرار تعديل بعض النصوص، وسد النقص التشريعي في نصوص أخرى نوجز أهمها فيما يلي:

*** القانون المدني:**

1-تنص الفقرة الأولى المادة 107 " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

-يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: " يجب التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"

2-تنص الفقرة الثانية من المادة 107 "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين

بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام...".

3- تنص المادة 459: "الصلح عقدٌ ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: "الصلح عقدٌ ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن جزء من حقوقه أو مطالباته أو ادعاءاته". "لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي".
* قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

1- تنص المادة 946: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية... إذا أبرم العقد أو سيبرم... يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد. يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال، بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه، ويمكن لها أيضا أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انتهاء الأجل المحدد. ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما".

- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية... يتم إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد. يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال، بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه، ويمكن لها أيضا أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انتهاء الأجل المحدد. ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات التي تحددها".

2- تنص المادة 990 "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة".
- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا قبل رفع الدعوى القضائية أو بعدها، أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة".

3- تنص المادة 1006 "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تلجأ للتحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات والعقود العمومية".

* قانون الصفقات العمومية:

1- تنص المادة 73 من م.ر.ر 15-247 على أنه: " عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية"

- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: " عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ويمكن المتعهدين أن يطلبوا التعويض في حال ترتب على قرار المصلحة المتعاقدة أضرار مالية".

2- تنص المادة 49 على أنه: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط... يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي... وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر...".

- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط... يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات والعقود إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء... وللهيئات القضائية المعنية وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي المعمول بها".

3- تنص المادة 153 " ...وفي حال عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه... يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة. ...".

- يُقترح إعادة صياغتها كما يلي: " ...وفي حال عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه... يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، ويمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة للتحكيم والصلح والتوفيق والوساطة ضمن الشروط التي يحددها القانون...".

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

I- المراجع العامة

- 1 - إبراهيم سيد، عبد الوهاب أحمد، موسوعة العدالة في أحكام المحكمة الإدارية العليا (في الفترة من عام 1990 حتى 2016)، ج1، ط1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
- 2 - أنور أحمد رسلان، ط3، تقارير الكفاية، مطبعة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر، 2006.
- 3 - أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.
- 4 -- ألان بينا بنت، القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، الكتاب الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د.س.ن.
- 5
- 6 - جاك غستان، المطول في القانون المدني - تكوين العقد-، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، ط2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008،
- 7 - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 8 - حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في: نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، مصر، 1943.
- 9 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، ج1 (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1952.
- 10 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، ط1، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، 1997،
- 11 - عبد العزيز الجوهري، القانون والقرار الإداري في الفترة ما بين الإصدار والشهر، دراسة مقارنة، ط2، د.م.ج، 2005.
- 12 - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، نقابة المحامين، مصر، 1984.
- 13 - عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، حسين إبراهيم خليل، موسوعة الاجراءات السابقة على رفع الدعوى الإدارية (اللجوء إلى لجان التوفيق في بعض المنازعات، التظلم الإداري الوجوبي) دراسة تطبيقية مقارنة في ضوء أحدث أحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2013، ط1، المركز القومي للمنشورات القانونية، مصر، 2014.
- 14 - علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

- 15 - علي فيلاي، الالتزامات نظرية العقد، موفم للنشر، الجزائر، 2006.
 - 16 - علي محمد بدير، عصام عبد الوهاب البزرنجي، مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة مصر، 2011.
 - 17 - محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2009.
 - 18 - محمد رضا جنح، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008.
 - 19 - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، ج7، دار محمود للنشر، القاهرة، مصر، د.س.ن.
 - 20 - محمد ميرغني خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج1، منشورات جامعة عين شمس، مصر، 2000/1999.
 - 21 - محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
 - 22 - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والأجنبية معززة بأراء الفقه وأحكام القضاء، ط1، دار ثاراس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، 2006.
 - 23 - موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
 - 24 - ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المُجدّد، سطيف، الجزائر، د.س.ن.
 - 25 - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج9، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، ط2، 1987.
- II-المراجع المتخصصة**
- أ-المؤلفات**
- أولاً: المؤلفات المتخصصة باللغة العربية**
- 26 - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، 2006.
 - 27 - أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، مصر، 2002.
 - 28 - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ط5، د م ج، 2003.
 - 29 - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ط4، د م ج، الجزائر، 1986.
 - 30 - برهان زريق، عقد التوريد الإداري، ط1، وزارة الاعلام، سوريا، 2017.

- 31 -برهان زريق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002.
- 32 -بشار رشيد حسن المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
- 33 -جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- 34 -جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 35 -جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز (دراسة نظرية مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2015.
- 36 -حسام محمد عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائنها (دراسة مقارنة)، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
- 37 -حمادة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 38 -رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج 3، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.
- 39 -رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، عقد التوريد ومقاولات الأشغال العامة، ط1، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1999.
- 40 -سامر محمد دغمش، البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2018.
- 41 -سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والاجراءات أمام القضاء الإداري، دعاوى الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.
- 42 -سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005.
- 43 -سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.
- 44 -سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1991.
- 45 -طعيمة الجرف، قضاء الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 46 -طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014.

- 47 عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007.
- 48 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2007.
- 49 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2009.
- 50 عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة-، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- 51 -علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، ج 2، ط 1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2011.
- 52 -عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط 1، جسور للنشر والتوزيع، 2007.
- 53 -لحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 2، ط 3، دار هومه، 2008.
- 54 -لحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج 1، دار هومه، 2005.
- 55 -لحسين بن شيخ أث ملويا، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومه، 2014.
- 56 -ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2000.
- 57 - ماجد راغب الحلو، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2004.
- 58 -مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.
- 59 -ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 60 -محمد أبو السعود حبيب، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية، مجلس الدولة، قضاء الالغاء)، جامعة عين شمس، مصر، د.س.ن.
- 61 -محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات (العقد)، ط 2، دن، تونس، 1997.
- 62 -محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، د.د.ن.د.س.ن.
- 63 -محمد أمين المهدي، منهج القاضي الإداري، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، 2008.
- 64 -محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2012.

- 65 - محمد عبد المجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 66 - محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998.
- 67 - مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 68 وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

ثانيا: المؤلفات المتخصصة باللغة الفرنسية

- 1 -Agathe VANGLANG & Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, Dictionnaire de droit administratif, 7^{em} édition, DALLOZ, France, 2015.
- 2 -André de LAUBADERE, Traité de droit administratif, T1, 2^{em} partie, 16^{em} édition, L.G.D.G(DELTA) Paris, France, 2002.
- 3 -André de LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T2, 2^{em} édition, L.G.D.G, Paris, France, 1984.
- 4 -Christophe LAJOYE, Droit de marches publiques, T2, 6^{em} édition, (Gualino éditeur, Lextenso édition), Paris, France, 2017.
- 5 -Daniel MAINGUY (Et d'autres), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations(après l'ordonnance du 10 février 2016), Sous la direction scientifique de Daniel MAINGUY, Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, France, 2016.
- 6 -Eleanor MCGRIGOR, L'arbitrage en droit public suisse Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, L.G.D.J, 2015.
- 7 -Éric DEVAUX, Finances publiques, Bréal, 2002.
- 8 -Étienne MONTERO & Marie DEMOULIN, La formation du contrat depuis le code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée, Centre de recherche information, droit et societe, Faculte de droit, l'Université de Namur , Bruxelles, 2004.
- 9 -Farid OUABRI, Droit administratif, Office des publications universitaires, Algérie, 2017.
- 10 -François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, Droit Civile (Les obligation), T1, 11^{em}édition, DALLOZ, 2013.
- 11 -Gaston JEZE, Droit administratif, Berger-Levrault, Paris, 1904.
- 12 -Gilles LEBRETON, Droit administratif général, T2, DALLOZ, Paris, France, 2015.
- 13 -Léon DUGUIT, Les transformation du droit public, L.A.C. (Librairie Armand COLIN) Paris, 1913.
- 14 -Martine LACHANCE, Le contrat de transaction, Chambre des notaires du Québec, Canada, 2010.

- 15 -Martine LOMBARD, Droit administratif, 4^{em} édition, DALLOZ, Paris, France, 2001.
- 16 -Martine LOMPARD & Gilles DUMONT, Droit administratif, DALLOZ, Paris, 2004.
- 17 -Nicolas CHARREL, Marché et délégation des services public - Le risque pénal -, LE MONITEUR, 2001.
- 18 -Otto MAYER, droit administratif allemand, (édition Française par l'auteur avec une préface de H.BERTHELEMY), T1, LBRAIRS-EDITEURS, Paris, 1903.
- 19 -Pascale GOUNODE, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Traité de droit administratif, T2, DALLOZ, Paris, France, 2011.
- 20 -Patrice CHRETIEN & Nicolas CHIFFLOT & Maxime TOURBE, Droit administratif, T2, DALLOZ, Paris, France, 2016
- 21 -Patrick SCHULTS, Éléments du droit des marchés publics, 2^e édition, L.G.D.J, 2002.
- 22 -René DEMOGUE, Traité des obligations en général, Tome 6 (Effets des Obligations), LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU, PARIS, France, 1932.
- 23 -Ubaud-Bergeron MARION, L'identité de droit public "Exorbitance et droit des contrats : quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif ", Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, France, 2018.

ب- الأطروحات ومذكرات الماجستير

أولاً: الأطروحات والمذكرات باللغة العربية

- 69 -أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007.
- 70 -جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012-2013،
- 71 -حسين كمون، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
- 72 -حميد بن عليه، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري-تحول النشاط الإداري في الجزائر-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2005/2006.
- 73 -حنان مازن، التعاقد من الباطن في عقد مقاوله البناء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، 2015-2016.
- 74 -سعيد عبد الرزاق باخبيرة، سلطة الإدارة الجزائرية في أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن عكنون، 2007-2008.

- 75 - عبد الله كنتاوي، الاستعجال الإداري في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017-2018.
- 76 - عبد العالي حاحة، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2013/2014
- 77 - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
- 78 - علي بن شعبان، أثر عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2011-2012.
- 79 - فاتح خلاف، مكانة الوساطة لتسوية النزاع الإداري في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015.
- 80 - فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017-2018.
- 81 - لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد دراسة لبعض العقود الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016.
- 82 - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011.
- 83 - محمد خليفي، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007-2008.
- 84 - محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018-2019.
- 85 - ناصر سيد أحمد محمد هلال، الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الإدارية والمقاول من الباطن في نطاق العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2017.
- 86 - نضال سالم، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2015-2016.
- 87 - يحيى بدير، الغير في القانون الإداري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018-2019.

- 88 - بشيرة بجاوي، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2013/2012.
- 89 - ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011-2012.
- 90 - الطاهر بريك، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2002-2001،
- 91 - عبد الحفيظ مانع، طرق إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
- 92 - محمد بن عمر، أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن-الصفقات العمومية نموذجاً-مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016-2015.
- 93 - نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013/2012.
- 94 - نساخ سفيان، التحكيم في عقود استغلال النفط في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014-2013.
- 95 - وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014-2013
- 96 - وهيبه بوغاز، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2010-2009

ثانيا: الأطروحات باللغة الفرنسية

- 24 -Adamou ALBORTCHIRE, Le Sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales, Thèse de doctorat, Faculté de droit et de science politique, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 24-06-2005.
- 25 -Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen Etude comparative, Thèse de doctorat, École doctorale et discipline : ED SJP Science Politique, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE, 04-06-2016.
- 26 -Alain LAGADEC, De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat, Thèse de doctorat, ÉCOLE DOCTORALE 509

- Civilisations et sociétés euro-méditerranéennes et comparées, Université de Toulon, France, 12-04-2017.
- 27 -Anne-Laure PONSARD, La transaction administrative, Thèse de doctorat, Ecole doctorale de Droit et de Sciences politiques, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France, 19 novembre 2015.
- 28 -Clemmy FRIEDRICH, Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), thèse de doctorat, École doctorale : Sciences Juridiques et Politiques, L'UNIVERSITE DE TOULOUSE, 5-12-2016.
- 29 -Grégory KALFLECHE, Des marchés publics à la commande publique, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004.
- 30 -Kaline SANTOS FERREIRA, Le contentieux administratif en dehors du juge, Étude comparée des Droits Français et Brésilien, Thèse de doctorat, École Doctorale de Droit, Université Montesquieu-Bordeaux 4, France, 12-07-2013.
- 31 -Laurent BRUNEAU, Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, thèse de doctorat, université des sciences sociales de toulouse, 02-09-2005.
- 32 -Marine GOUBINAT, Les principes directeurs du droit des contrats, thèse de doctorat, université grenoble alpes, france, 03-02-2016.
- 33 -MARTINE LOMPARD & GILLES DUMONT, Droit administratif, DALLOZ, Paris, 2004.
- 34 -Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, Thèse de doctorat en droit privé, ÉCOLE DOCTORALE Droit, science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], Université de Strasbourg, 2018.
- 35 -Muhannad AJJOUB, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse de doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, 2016-2017.
- 36 -Radu STANCU, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, Thèse de doctorat, Ecole doctoral droit, science politique et histoire, Université de Strasbourg, France, 01-09-2015.
- 37 -Saroit BADAoui, Le fait du Prince dans les contrats administratifs, thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris, France, 1954.

III-المقالات

أ-المقالات باللغة العربية

- 97 -ثابتي بوحانة، استقلالية الجماعات الإقليمية في الجزائر بين الحقيقة القانونية والممارسة العملية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، العدد 07.

- 98 -جلول هزيل، المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد 1، العدد 2، 2016.
- 99 -مصطفى زناقي، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي)، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 7، العدد 1، 2018.
- 100 سليمان رمضاوي، الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، مجلة معارف، جامعة البويرة، المجلد 9، العدد 16، 2014.
- 101 -شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 4، 2010.
- 102 -مهند مختار نوح، الصُّلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية (الذاتية المستقلة)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة حمد بن خليفة، قطر، العدد 16، سنة 2017.
- 103 -مهند مختار نوح، المحل في عقد الصلح الإداري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة حمد بن خليفة، قطر، العدد 25، سنة 2019.
- 104 -محمد الصالح روان، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الصُّلح والوساطة باعتبارهما طرقا قضائية-أنموذجا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، المجلد 9، العدد 02، جوان 2018.
- 105 -رقية أحمد داود، دور الصلح الواقي في تجنب الشركات المتعثرة شهر الافلاس-دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد الأول، العدد الأول، 2017.
- 106 - زينب سالم، حورية لشهب، مدى صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية الدولية وآثاره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، المجلد 9، العدد 03، ديسمبر 2018.
- 107 -نورة بن بوزيد دغبار، الكتابة في الصفقات العمومية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 09، العدد 01 لسنة 2016،
- 108 -عامر دحوان، بطلان الصفقة العمومية على ضوء التشريع الجزائري، مجلة القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، المجلد 8، العدد 01 لسنة 2019.

- 109** - عبد الرحمان عزاوي، خصوصية المصطلحات القانونية وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 50، العدد 4، 2013.
- 110** صبرينة جبايلي، مختار بو عبد الله، التحكيم واختصاص القاضي الإداري في منازعات العقود الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، المجلد أ، العدد 43، جوان 2015.
- 111** -دايم بلقاسم، مدى فعالية الجزاءات في إلزام الإدارة بتنفيذ أحكام الإلغاء الصادرة ضدها، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 10، 2010.
- 112** -مرية العقون، محمد بركات، تنظيم التظلم الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، العدد الأول، 2017.
- 113** -شريفة بوزيفي، التظلم الإداري كآلية لفض النزاع الإداري-دراسة مقارنة-بين نصوص قانون الإجراءات المدنية 154/66 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 وقانون الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 1، ماي 2020.
- 114** محمد مهدي لعلام، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية - مجلة الكترونية -، يونيو 2015، العدد الخامس
- 115** -نجم الأحمد، التظلم الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 29، العدد الثالث، 2013.
- 116** -فاطمة الزهراء تبوب، الخلف العام والوارث مفهومان مختلفان لا يتعايشان المادة 108 قانون مدني جزائري كمثال، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، المجلد 27، العدد 1، 2015.
- 117** -جان سمتس وكارولالين كالوم، الإصلاحات المُدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، ترجمة: أ.د نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 20/12/2017.
- 118** -جمال عمران المبروك، عقود التشييد والاستغلال والتسليم O.T.B وتكييفها القانوني دراسة تحليلية، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد 19، نوفمبر 2017.
- 119** -عثمان الدلنجاوي، مصر 2010 أحوال وطن، سلسلة كتاب الجمهورية، الفصل رقم 10، عدد يناير 2011،

- 120 - كريم يحيى الصاوي، ترجمة حكم مجلس الدولة الفرنسي رقم 388806 الصادر بتاريخ 9-11-2016، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إعداد مجلس الدولة المصري، العدد الأول، سبتمبر 2017.
- 121 - عمرو عبد الحليم، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ط2، أعداد المكتب الفني لمجلس الدولة المصري، 2018.
- 122 - عيسى لحاق، سليمان النحوي، الوساطة القضائية كمبدأ إجرائي لحل المنازعات المدنية، مجلة أفاق علمية، المركز الجامعي تمناست، المجلد 11، العدد 1، 2019.
- 123 - حسين كمون، مدى فاعلية التظلم الإداري كإجراء للتسوية الودية للمنازعة الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاصة، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 6، 2018.
- 124 - هشام باهي، محمد بن محمد، شروط رفع الدعوى الجبائية من طرف المكلف بالضريبة أمام القضاء الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 21، مارس 2020.
- 125 - عبد الحق غلاب، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، 2018.
- 126 - رفاه كريم رزوقي كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد 8، العدد 3، سبتمبر 2016.
- 127 - علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، العدد 41، جوان 2014.
- 128 - ليلى لبيض، الضمان في التنازل عن الايجار في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 7، العدد 1، جويلية 2014.
- 129 - محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قلمة، العدد 26، جوان 2019.
- 130 - نصر الدين بن طيفور، مضمون النظام العام باعتباره قيد على حرية التعبير، مجلة الحقوق والحريات، مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 01-2014.

131 -لقمان بومزبر، الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، العدد 46، 2016.

ثانيا: المقالات باللغة الفرنسية

- 38 -Abdelkader GHAITAOUI, La sous-traitance dans les marchés publics: Étude comparative entre la France et l'Algérie, El-Hakika Review, Université Ahmed Draya d'Adrar, Volume 16, Numéro 42, 2017.
- 39 -Ahmed MAHIOU, Les séquences du changement juridique en Algérie: Cinquante ans de droit (1962-2012), Revue Insaniyat (Revue algérienne d'Anthropologie et de Sciences Sociales), Centre de Recherche en Anthropologie Sociale et Culturelle CRASC (Oran – Algérie), n°s 57-58, juillet – décembre, 2012
- 40 -Christophe JUHEL, ARBITRAGE EN ARBITRAGE, ARBITRAGE EN ÉQUITÉ : perspectives historiques, Annales de l'université d'Alger, Volume 25, N°1, 2014.
- 41 -Ching-Lang LIN, L'arbitrage en matière de contentieux des contrats administratifs : dans une perspective comparée, Institut d'Etudes Politiques de Paris, 30-6-2014.
- 42 -Clemmy FRIEDRICH, De la prospective en passant par l'histoire : la commande publique nous dégage-t-elle un peu plus de la théorie des contrats administratifs ?, Journal du Droit Administratif (JDA), Dossier 05 : « La réforme de la commande publique, un an après : un bilan positif ? », Art. 212, 2017
- 43 - Djilali TCHOUAR, La soumission des contrat des entreprise publiques au droit privé, Revue de L'ECOLE NATIONAL D'ADMINISTRATION IDARA, V 9, N° 1, 1999.
- 44 -François LEHOOX, La pénétration des notions civilistes d'objet et de cause du contrat dans le contentieux des marchés publics, Contrats publics, LJDJ, octobre 2016, N°169.
- 45 -François DESSEILESS, Les musées à forme d'établissement public administratif peuvent-ils recourir à l'arbitrage ?, Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 3/2015.
- 46 -Georges SALON, Gaston JEZE et la théorie générale des contrats administratifs, Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, Institut Cujas, Université Paris II, N° 12, 1991.
- 47 -Jean-Baptiste SEUBE, CONTRATS DE DROIT PRIVE – CONTRATS ADMINISTRATIFS : POINTS DE CONVERGENCE ?, La Revue Juridique de l'Océan Indien – RJOI, Faculté de droit et d'économie, Université de La Réunion, France, N° 6, 2006.
- 48 -Laurent JOURDAA, Le développement des règlements conventionnels des litiges en droit administratif, Colloque "De la mobilisation du fait à la réalisation du droit", Oct 2014, TOULON, France.
<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01911627>
- 49 -Louis FAVOREU, André ROUX, La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?, Cahiers du Conseil

- constitutionnel n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) - mai 2002.
- 50 -Malik LAAZOUZI, L'impérativité, L'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois, À propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, Inserm c/ Fondation Saugstad, Revue critique de droit international privé, Dalloz, N°4, 2010.
- 51 -Mathias AMILHAT, Les exceptions dans le Code de la commande publique, Cahiers de droit de l'entreprise, Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme et de la Construction (Toulouse), (n° 6), Décembre 2019.
- 52 -Michel MORIN, La nature du contrat de transaction et le problème de la novation, Revue générale de droit, Université d'Ottawa, Canada, Volume 20, numéro 2, juin 1989.
- 53 -Pierre-Yves GAHDOUN, Le Conseil constitutionnel et le contrat, cahiers du conseil constitutionnel, n° 31 (dossier : le droit des biens et des obligations) -mars 2011.
- 54 -Pierre-Hugues VALLEE, Le problème de la qualification juridique de l'action administrative négociée : un défi aux catégories classiques du droit ? , Les Cahiers de droit, Volume 49, numéro 2, juin 2008.
- 55 - Pierre DELVOLVÉ, (INTERVENTION) Colloque du 17 septembre 1990 à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Association Française D'arbitrage, Paris, 1990.
- 56 -Yves GAUDEMET, Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005.
- 57 -Zohir AMMARI, Souhil GUEMMAZ, Le financement des projets en Algérie à travers le mode BOT, Cas du dossier dessalement de l'eau de mer, Revue académique des études humaines et sociales, Université Hassiba Benbouali de Chlef, N° 20, juin 2018.

ثالثا: المقالات باللغة الانجليزية

- 58 -Catalin-Silviu SARARU, The interpretation of administrative contracts, The journal "Tribuna Juridică", Law Department, Bucharest University of Economic Studies, Romania, Volume 4, n° 1, June 2014.

VI-أهم مواقع الأنترنت

*مواقع الأنترنت في فرنسا:

موقع المجلس الدستوري:

موقع التشريعات والأحكام القضائية

موقع مجلس الدولة

موقع محكمة النقض

موقع الصفقات العمومية

*مواقع الأنترنت في مصر:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.conseil-etat.fr/fr>

<https://www.courdecassation.fr>

<https://www.marche-public.fr>

<https://fiches.dallozetudiant.fr>

<http://alamiria.laa-eg.com/>

موقع الجريدة الرسمية

<https://www.cc.gov.eg/judgment>

موقع محكمة النقض

<https://www.ecs.eg/>

موقع مجلس الدولة

*مواقع الأنترنت في الجزائر:

<http://www.conseil-constitutionnel.dz>

موقع المجلس الدستوري

<http://www.coursupreme.dz/>

موقع المحكمة العليا

<https://www.conseildetat.dz/>

موقع مجلس الدولة

V- أهم النصوص القانونية

النصوص القانونية الجزائرية:

-قانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، ج.رج.ج، عدد 12 مؤرخة في 29 فبراير 2012.

-قانون رقم 11-10 المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 جوان سنة 2011، المتعلق بالبلدية، ج.رج.ج، عدد 37 مؤرخة في 3 جويلية 2011.

-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، صادر في ج.رج.ج، عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

-قانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.رج.ج، عدد 50، المؤرخة في 01-09-2010.

-أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.رج.ج، عدد 43/2003، مؤرخة في 20 يوليو 2003. موافق عليه بالقانون رقم 03-12 المؤرخ في 29 شعبان 1424 الموافق 25 أكتوبر 2003، ج.رج.ج، عدد 64/2003، مؤرخة في 26 أكتوبر 2003.

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.رج.ج، عدد 78 مؤرخة في 30-9-1978. المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 75-44 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1395 الموافق 17 يونيو 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج.رج.ج، عدد: 53/1975 مؤرخة في 4-7-1975. مُلغى بالقانون رقم 88-4 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن تعديل الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن

*النصوص القانونية الفرنسية:

- Le Code civil des Français, 21 mars 1804. . Disponible sur le site : (20-8-2020 À l'heure 18:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>
- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018 - Texte n°20.
- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.
- Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018 - Texte n°21.
- Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, JORF n°0093 du 20 avril 2017 texte n° 23. Disponible sur le site : (20-8-2020 À l'heure 18:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034443537&categorieLien=id>
- Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication.
- Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles
- Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels JORF n°0240 du 16 octobre 2009. Disponible sur le site : (19-04-2020 À l'heure 14:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJO.do?idJO=JORFCONT000021158127>
- Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits NOR: PRMX1109903C, JORF n°0083 du 8 avril 2011 page 6248 texte n° 1, Disponible sur le site : (28-7-2020 À l'heure 12:00) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023826838&categorieLien=id>

الفهرس

الفهرس

1	مقدمة
122	الباب الأول: خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في مرحلة الإبرام
133	الفصل الأول: مجال تطبيق قواعد القانون المدني في تكوين الإرادة والتعبير عليها في العقود الإدارية
144	المبحث الأول: الحرية التعاقدية ومداهها في العقود الإدارية
144	المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة " الحرية التعاقدية" في العقود الإدارية
155	الفرع الأول: تطور مبدأ سلطان الإرادة والمبادئ الكبرى المرتبطة به
177	الفرع الثاني: موقف الفقه من الاعتراف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة
188	أولا-الفقه المنكر لإمكانية وجود رابطة عقدية بين الدولة وهيئاتها وبين الخواص
19	ثانيا-الفقه المؤيد لإمكانية وجود رابطة عقدية بين الدولة وهيئاتها وبين الخواص
200	ثالثا-المساواة والإذعان في العقود الإدارية
222	1-موقف الفقه من مبدأ الأذعان في العقود الإدارية:
233	2-موقف القضاء الإداري من مبدأ الأذعان في العقود الإدارية:
266	المطلب الثاني: العقد الإداري والقيمة القانونية للحرية التعاقدية للإدارة العامة
277	الفرع الأول: تكييف الروابط التعاقدية للإدارة العامة
277	أولا: وصف العقد بين فقهاء القانون الخاص وفقهاء القانون الإداري
288	ثانيا: العقد الإداري عمل مركب أو عمل مختلط
29	ثالثا: الحدود الفاصلة بين القرار الإداري والعقد الإداري
300	الفرع الثاني: القيمة القانونية والدستورية للحرية التعاقدية للإدارة العامة
300	أولا-موقف الفقه بشأن القيمة الدستورية للحرية التعاقدية للإدارة العامة
322	ثانيا-موقف القضاء الدستوري والقضاء الإداري من الحرية التعاقدية للإدارة العامة
355	المبحث الثاني: التعبير عن الإرادة (الإيجاب والقبول) في العقود الإدارية
366	المطلب الأول: الدعوة للتعاقد
366	الفرع الأول: أهمية مرحلة ما قبل الدعوة إلى التعاقد
377	أولا: في القانون الفرنسي:
388	ثانيا: في القانون المصري
388	ثالثا: في القانون الجزائري
39	الفرع الثاني: صور الدعوة للتعاقد
400	أولا: صور الدعوة للتعاقد وفقا للقواعد العامة في القانون الفرنسي
411	ثانيا: صور الدعوة للتعاقد وفقا للقواعد العامة في القانون المصري

433	ثالثا: صور الدعوة للتعاقد في القانون الجزائري
444	الفرع الثالث: الشروط الواجب توفرها في الدعوة للتعاقد
455	أولا: في القانون الفرنسي
477	ثانيا: في القانون المصري
477	ثالثا: في القانون الجزائري
49	المطلب الثاني: صيغ الايجاب وتقنيات القبول في العقود الإدارية
49	الفرع الأول: صيغ الايجاب
500	أولا: صيغ وأحكام الإيجاب في قانون الطلب العمومي
511	ثانيا: صيغ وأحكام الايجاب في قانون تعاقدات الجهات العامة
511	ثالثا: صيغ وأحكام الايجاب في قانون الصفقات العمومية
522	الفرع الثاني: تقنيات القبول في العقود الإدارية
	أولا: تقييم العروض في القانون الفرنسي
	522
57	ثانيا: تقييم العروض في القانون المصري
61	ثالثا: تقييم العروض في القانون الجزائري
677	الفرع الثالث: الموازنة بين التزامات الهيئة المتعاقدة والتزامات الفائز المؤقت بالعقد
688	أولا: التزامات الفائز بالعقد
69	ثانيا: التزامات الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد الفائز بالعقد
711	المطلب الثالث: أساليب التعاقد الاستثنائية وأثرها على ذاتية قواعد إبرام العقود الإدارية
733	الفرع الأول: التنظيم القانوني للتعاقد المباشر
733	أولا: أساليب التعاقد المباشر في القانون الفرنسي:
755	ثانيا: أساليب التعاقد المباشر في القانون المصري
788	ثالثا: أساليب التعاقد المباشر في القانون الجزائري
800	الفرع الثاني: أثر طرق الابرام الاستثنائية (المباشرة) على ذاتية قواعد إبرام العقود الإدارية
833	الفرع الثالث: أهمية العقود المبرمة وفقا لقواعد الابرام الاستثنائية
85	المبحث الثالث: صحة وعيوب الإرادة في العقود الإدارية
866	المطلب الأول: صدور الرضا من الجهة الإدارية المختصة "المؤهلة"
86	الفرع الأول: تقييم التعاقد وفقا لاختصاصات الهيئات المتعاقدة
866	أولا: الاختصاص في القانون الإداري
89	ثانيا: الاختصاص في القضاء الإداري

- 90 الفرع الثاني: المختص بإبرام العقد
- 955 الفرع الثالث: النيابة في التعاقد باسم الجهة الإدارية أو لصالحها
- 977 الفرع الرابع: أثر مخالفة قواعد الاختصاص عند التعبير عن رضا الإدارة
- 988 المطلب الثاني: سلامة الرضا من الغلط والإكراه والتدليس
- 988 الفرع الأول: الغلط
- 1000 الفرع الثاني: التدليس
- 1022 الفرع الثالث: الإكراه
- 1044 الفصل الثاني: مجال تطبيق قواعد القانون المدني على الموضوع والسبب والشكل
- 1044 في العقود الإدارية
- 1055 المبحث الأول: المحل "الموضوع" في العقد الإداري
- 1066 المطلب الأول: شروط المحل في العقد المدني
- 1066 الفرع الأول: أن يكون المحل موجودا أو ممكن الوجود مستقبلا وأن يكون ممكنا
- 1091 الفرع الثاني: أن يكون الموضوع محددًا
- 1111 الفرع الثالث: أن يكون المحل مشروعًا وغير مخالفٍ للنظام العام
- 1133 المطلب الثاني: مدى انطباق شروط المحل في القانون المدني على محل العقد الإداري
- 1144 الفرع الأول: المرفق العام محل العقد الإداري "وما لا يصلح أن يكون محلا لتعاقدات الإدارة"
- 1155 الفرع الثاني: محل العقد والشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص
- 1166 الفرع الرابع: نماذج لتطبيق القضاء الإداري لشروط المحل
- 1177 أولاً: بالنسبة لمدى حرية الأطراف في تحديد الثمن في المزايدات والمناقصات
- 11919 ثانياً: بالنسبة لمخالفة المحل للنظام العام
- 1200 المبحث الثاني: السبب في العقد الإداري
- 121 المطلب الأول: موقف الفقه والتشريع من نظرية السبب
- 1211 الفرع الأول: موقف الفقه من نظرية السبب
- 1222 الفرع الثاني: موقف التشريعات من نظرية السبب
- 1255 المطلب الثاني: السبب في العقود الإدارية
- 12929 المبحث الثالث: الشكل في العقد الإداري
- 12929 المطلب الأول: الشكلية في العقود المدنية
- 1311 المطلب الثاني: التكوين الشكلي للعقد الإداري (العقد والقرارات السابقة عليه)
- 1322 الفرع الأول: الإجراءات والأشكال المتعلقة بالقرارات السابقة على إبرام العقد
- 1411 الفرع الثاني: الأشكال والإجراءات المتعلقة بالعقد الإداري
- 1455 الفرع الثالث: موقف القضاء الإداري من كتابة العقود الإدارية

- 14949 الفرع الرابع: أثر بطلان القرارات السابقة على صحة العقد
- 1522 الباب الثاني
- 1522 خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في مرحلة التنفيذ
- 1533 الفصل الأول: مدى إعمال القواعد العامة الواردة في القانون المدني عند تنفيذ العقود الإدارية
- 1544 المبحث الأول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين: مفهومها وأثرها عند تنفيذ العقود الإدارية
- المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء من تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين
- 1544 عند تنفيذ العقود الإدارية
- 1544 الفرع الأول مواقف الفقه
- 1588 الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري
- 15959 المطلب الثاني: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتعديل الانفرادي للعقود الإدارية
- 15959 الفرع الأول: تعديل العقد المدني
- 1600 الفرع الثاني: التعديل الانفرادي في العقود الإدارية
- 1633 المطلب الثالث: القواعد المدنية لتفسير العقد وتنفيذه بحسن نية ومدى انطباقها على العقود الإدارية
- 163 الفرع الأول: تفسير العقد وتحديد نطاقه
- 1644 أولاً: مبادئ تفسير العقود
- 167 ثانياً: قواعد تفسير العقد في القضاء المدني
- 1688 ثالثاً: قواعد تفسير العقد في القضاء الإداري
- 1711 الفرع الثاني: تنفيذ العقد بحسن نية
- 1711 أولاً: أهمية مبدأ حسن النية
- 1744 ثانياً: تطبيق القضاء المدني لمبدأ حسن النية
- 1777 ثالثاً: تطبيق القضاء الإداري لمبدأ حسن النية في العقود قبل وبعد الإبرام
- 1800 المبحث الثاني: سلطات الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري
- 1812 المطلب الأول: سلطة الرقابة والتوجيه عند تنفيذ العقد
- 1822 الفرع الأول: تعريف سلطة الرقابة والتوجيه
- 184 الفرع الثاني: التنظيم القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه
- 1855 الفرع الثالث: رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه
- 1866 المطلب الثاني: سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد
- 1866 الفرع الأول: التعريف بسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد
- 18989 الفرع الثاني: بعض صور الجزاءات التي قد تفرضها الإدارة على المتعاقد معها
- 1890 أولاً: توقيع غرامات التأخير

ثالثا: سلطة فسخ العقد أو إنهائه للمصلحة العامة

2001

- 203 المبحث الثالث: التزامات وحقوق المتعاقد
- 202 المطلب الأول: التزامات الشريك المتعاقد
- 2034 الفرع الأول: أهمية مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي لمحل الالتزام
- 2044 الفرع الثاني: التنازل عن العقد كصورة من صور الخروج على مبدأ التنفيذ الشخصي لمحل الالتزام
- 2045 أولا: التنازل عن العقد في القانون المدني
- 2067 ثانيا: التنازل عن العقد في القانون الإداري
- 2101 ثالثا: التنازل عن العقد في القضاء الإداري
- 2112 الفرع الثاني: التعاقد الفرعي كصورة من صور الخروج على مبدأ التنفيذ الشخصي للالتزام
- 2134 أولا: العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن
- 2167 ثانيا: تطبيق القضاء الإداري لشروط التعاقد من الباطن
- 2178 الفرع الثالث: موت المتعاقد
- 21819 أولا: وفاة المتعاقد في التشريعات المدنية
- 221 ثانيا: وفاة المتعاقد في التشريعات المدنية
- 2256 المطلب الثاني: حقوق المتعاقد (الحق في التوازن المالي للعقد)
- 2267 الفرع الأول: نظرية القوة القاهرة
- 2267 أولا: آثار تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقود المدنية
- 22829 ثانيا: آثار تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقود الإدارية
- 2301 الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة
- 2323 أولا: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية
- 2367 ثانيا: آثار نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية
- 2390 الفرع الثالث: نظرية عمل الأمير
- 240 أولا: موقف الفقه من نظرية عمل الأمير
- 2412 ثانيا: تطبيق القضاء الإداري لشروط نظرية عمل الأمير
- 2434 الفصل الثاني: تطبيق قواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية
- 2456 المبحث الأول: الصلح من عقد مدني إلى أسلوب لتسوية وتوقي النزاعات بين طرفي العقد الإداري
- 2467 المطلب الأول: الصلح في التشريعات المدنية
- 2467 الفرع الأول: الصلح في القانون المدني الفرنسي
- 2478 الفرع الثاني: الصلح في القانونين المدنيين المصري والجزائري

- 2490 المطلب الثاني: الصلح في القانون الإداري
- 2512 المطلب الثالث: مقارنة بين الصلح المدني والصلح الإداري
- 2512 الفرع الأول: طبيعة عقد الصلح
- 255 الفرع الثاني: الصلح الصريح والصلح الضمني والتنازلات المتبادلة بين الطرفين
- 2645 الفرع الثالث: بعض مجالات الصلح في منازعات تنفيذ العقود الإدارية
- 2667 المطلب الرابع: تقييم الصلح الإداري كوسيلة ودية لتسوية نزاعات تنفيذ العقود الإدارية
- 26869** المبحث الثاني: تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية
- 26869** بطريقيّ التظلم الإداري والتوفيق والوساطة
- 2690 المطلب الأول: التظلم الإداري كطريق للتسوية المنازعات وكأسلوب من أساليب القانون العام
- 2690 الفرع الأول: التظلم الإداري كطريق للتسوية المنازعات الإدارية
- 2712 أولاً: التظلم الإداري في القانون الفرنسي
- 2734 ثانياً: التظلم الإداري في القانون المصري
- 2745 ثالثاً: التظلم الإداري في القانون الجزائري:
- 27879 الفرع الثاني: التظلم الإداري كطريق لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية
- 27879 أولاً: في فرنسا
- 2790 ثانياً: في مصر
- 2801 ثالثاً: في الجزائر
- الفرع الثالث: أثر التظلم الإداري كأسلوب من أساليب القانون العام في تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية
- 284
- 2856 المطلب الثاني: التوفيق والوساطة كسبيل لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية
- 2867 الفرع الأول: التنظيم القانوني للتوفيق والوساطة
- 2867 أولاً: التوفيق والوساطة في القانون الفرنسي
- 2878 ثانياً: التوفيق والوساطة في القانون المصري
- 2923 ثالثاً: التوفيق والوساطة في القانون الجزائري
- الفرع الثاني: طبيعة القواعد القانونية التي تنظم التوفيق والوساطة كسبيل لتسوية منازعات تنفيذ العقد الإداري
- 2934
- 2956** المبحث الثالث: تسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية عن طريق التحكيم
- 2956 المطلب الأول: التحكيم: تعريفه وموقف الفقه من اعتباره وسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية
- 2967 الفرع الأول: تعريف التحكيم
- 2978 الفرع الثاني: موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية

3001	الفرع الثالث: جواز التحكيم في التشريعات المنظمة للعقود الإدارية
301	أولاً: جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي
3012	ثانياً: جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري
304	ثالثاً: جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية في القانون الجزائري
3078	المطلب الثاني: آثار القبول بالتحكيم على طبيعة القواعد القانونية لتسوية منازعات العقود الإدارية
30809	الفرع الأول: موقف المشرع من تطبيق محكمة التحكيم
309	لقواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات العقود الإدارية
	الفرع الثاني: موقف القضاء من تطبيق محكمة التحكيم لقواعد القانون الخاص عند تسوية منازعات العقود
3112	الإدارية
3134	الفرع الثالث: تقييم التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات تنفيذ العقود الإدارية
3156	الخاتمة
327	قائمة المراجع والمصادر
343	الفهرس

ملخص:

بتغير الظروف التي نشأت في ظلها نظرية العقود الإدارية، فإن القرارات القضائية الكبرى لمجلس الدولة الفرنسي والتي كرست استقلالية الأحكام والمبادئ التي تطبق على هذه العقود، قد ورد عليها الكثير من الاستثناءات المتعاقبة، للحد الذي ثار فيه التساؤل عن مدى بقاء تلك المبادئ أصلاً.

وعليه سعت هذه الدراسة لبحث مدى خضوع العقود الإدارية لقواعد القانون الخاص في فرنسا ومصر والجزائر، دراسة مقارنة، في ظل إعادة تشكيل نظرية جديدة للعقد الإداري. حيث استقبلت تشريعات المشتريات والعقود العامة-في فرنسا-التوجيهات الأوروبية للعقود، والرامية لتعزيز المنافسة وشفافية الإجراءات، والحد من سلطات الإدارة المتعاقدة وتقييد التعديل الأحادي للعقد، وعملت على إقرار تقنيات الاتفاق المباشر المبني على التفاوض، وتشجيع التسوية الودية لمنازعات العقود الإدارية بالاعتماد على الصلح والتحكيم والتوفيق والوساطة، بما يشمل كل ذلك من توسيع تطبيق قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية.

أما المشرعين المصري والجزائري فقد حافظا على المبادئ الكلاسيكية لهذه النظرية، والمكرسة لسلطات الإدارة ولتغلبها على المتعاقد، والتي تحد في مجملها من فاعليه ومرونة إبرام العقود الإدارية، وتضعف فاعلية الطرق الودية البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها، وبذلك تبقى الهوة شاسعة في هذين النظامين بين نظرية العقود الإدارية وبين ما توفره تقنيات القانون الخاص.

الكلمات المفتاحية: عقد إداري، عقد مدني، قانون عام، قانون خاص.

Résumé :

Face au changement de circonstances dans lequel la théorie des contrats administratifs a connu jour, les grandes décisions judiciaires du Conseil d'État français, qui consacraient l'indépendance des dispositions et des principes appliqués à ces contrats, ont fait l'objet d'une multiplicité d'exceptions successives. Cet état de fait nous entraîne à se poser la question de savoir dans quelle mesure ces principes survivent déjà.

Ainsi, cette étude se caractérise par le fait de savoir dans quelle mesure les contrats administratifs sont soumis aux règles du droit privé en France, en Egypte et en Algérie, et ce en suivant une approche comparative, à la lumière de la reformulation d'une nouvelle théorie du contrat administratif. En France, la législation sur les contrats publics a reçu des directives européennes à cet égard, visant à promouvoir la concurrence et la transparence des procédures, à restreindre les pouvoirs de l'administration contractante en limitant la modification unilatérale du contrat, et à mettre en place des techniques de gré à gré fondé sur la négociation. De surcroît, cette nouvelle vision encourage le règlement à l'amiable des litiges inhérents aux contrats administratifs sur la base de la conciliation et de l'arbitrage, voire de la médiation, y compris l'accroissement de l'application des règles de droit privé aux contrats administratifs.

Quant aux législateurs égyptien et algérien, ils ont préservé les principes classiques de cette théorie, lesquels reconnaissent un certain privilège à l'administration vis-à-vis de son cocontractant. Ces principes limitent, dans leur ensemble, l'efficacité et la flexibilité de la conclusion des contrats administratifs, et affaiblissent l'efficacité de modes alternatifs de règlement à l'amiable des litiges qui en résultent. Ainsi, l'écart reste donc important dans ces deux systèmes entre la théorie des contrats administratifs et ce que les techniques de droit privé embrassent.

Mots-clés : Contrat administratif, contrat civil, droit public, droit privé.

Abstract :

Faced with the changed circumstances in which the theory of administrative contracts has come to light, the major judicial decisions of the French Council of State, which established the independence of the provisions and principles applied to such contracts, were subject to a multiplicity of successive exceptions. This raises the question of the extent to which these principles already survive.

Thus, this study is characterized by the fact that administrative contracts are subject to the rules of private law in France, Egypt and Algeria, using a comparative approach, in the light of the reformulation of a new theory of administrative contracts. In France, the law on public contracts has received European directives in this regard, aimed at promoting competition and transparency of procedures, at restricting the powers of the administration by limiting unilateral modification of the contract, and at enforcing instead of OTC techniques based on negotiation. Moreover, this new vision encourages the amicable settlement of disputes inherent in administrative contracts on the basis of conciliation and arbitration, or even mediation, including increasing the application of private law rules to administrative contracts.

As for the Egyptian and Algerian legislators, they preserved the classic principles of this theory, which recognize a certain privilege to the administration vis-à-vis its co-contractor. These principles, taken as a whole, limit the effectiveness and flexibility of concluding administrative contracts, and weaken the effectiveness of alternative means of amicable settlement of the resulting disputes. Thus, the gap between the theory of administrative contracts and what private law techniques encompass remains wide between the two systems.

Keywords: Administrative contract, civil contract, public law, private law.