

## المحاضرة الثانية

### ثالثاً: معايير التمييز للعقد الإداري.

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية، فالعقود الإدارية يكون احد طرفيها من أشخاص القانون العام ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري، بينما العقود الخاصة يكون احد طرفيها شخص من أشخاص القانون الخاص، أو كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص، وأن المنازعات التي تنشأ عنها تخضع للقضاء الإداري وليس القضاء الإداري.

وأن الإدارة في حد ذاتها تبرم العديد من العقود ومن طبيعة مختلفة، وبالتالي لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، فهي عبارة عن مزيج من عقود القانون العام وعقود القانون الخاص فالأولى تسمى بالعقود الإدارية وتخضع لقواعد القانون العام، أما الثانية تسمى بعقود الإدارة الخاصة وتخضع لإحكام القانون الخاص.<sup>1</sup>

وعليه ولتمييز بين النوعين من العقود، وجب الأمر البحث عن معايير لتمييز العقود الإدارية والعقود المدنية، وتظهر أهمية التمييز بين هذه العقود في تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة.

### 1 - العقود الإدارية بتحديد القانون "المعيار القانوني":

يجب أن نشير إلى أنه لا مجال للاجتهاد إذا نص المشرع على اعتبار احد العقود عقدا إداريا، أو نص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بنظر بعض أنواع العقود، مما يعني أنها عقود إدارية تخضع لأحكام القانون العام الذي يطبقه هذا القضاء.

وظهر هذا التحديد لأول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود الإدارية، وخص مجلس الدولة ومجالس الأقاليم للنظر فيما تثيره من منازعات، سعياً منه لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من جهة، وذلك بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة، ومن بين العقود التي نظمها المشرع الفرنسي وجعل الفصل في منازعاتها من اختصاص القضاء الإداري نذكر عقود الأشغال العامة، بيع عقارات الدولة، عقود القروض العامة.<sup>2</sup>

أما في مصر فإن العقود الإدارية تعتبر عقود إدارية بطبيعتها، ووفقاً لخصائصها الذاتية، لا بتجديد القانون، ولا وفقاً لإرادة المشرع، وبذلك فإن المشرع نص في المادة 10 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر.<sup>3</sup>

ونفس النهج انتهجه المشرع الجزائري، حيث نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام على أربعة عقود

1 - عليوات ياقوتة، ص 33 .

2 - عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 34 .

3 - سليمان السعيد، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، السنة الجامعية، 2013-2014، ص 7.

وأضفى عليها الطابع الإداري وهي: عقود انجاز الأشغال العامة، عقود اقتناء اللوازم، عقود تقديم الخدمات، وعقود انجاز الدراسات.

إلا أن غالبية الفقه انتقد وبشدة فكرة التحديد التشريعي للعقود الإدارية وذلك لعدة أسباب منها ما يرجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلاءم مع التكيف الذي يضيفه عليها المشرع بل حتى وفي حالة انسجام هذا التكيف مع طبيعة العقد ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفا فقط.

ونؤيد النقد الذي وجه للمشرع، حيث يتوجب على المشرع عندما يكيف أي تصرف من تصرفات الإدارة الأخذ بعين الاعتبار طبيعة وأهداف ذلك العقد وطريقة إبرامه.

وإزاء النقد الموجه للتحديد التشريعي للعقود الإدارية فقط ذهب غالبية فقهاء القانون الإداري إلى التعويل على المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية وأن اختلف في بعض حيثياته.<sup>4</sup>

## 2 - المعايير القضائية في تحديد العقود الإدارية:

إن عدم تحديد المشرع لمفهوم العقد الإداري كتصرف قانوني تلجأ إليه الإدارة لتسيير مرافقها العمومية وإشباع حاجات الأفراد – إذ اكتف بذكر البعض منها على سبيل المثال وأضفى عليها الطابع الإداري – دفع بالقضاء إلى البحث عن المعيار الأنجع لتحديد مفهوم العقد الإداري، ومن ثمة تحديد اختصاصه بالمنازعات التي يمكن أن تثار بشأنه وأكثر من ذلك، فإن القضاء لم يتقيد بالتعداد التشريعي للعقود، بل اخذ يوسع اختصاصه ليشمل عقود أخرى غير تلك المنصوص عليها في القانون.

وإذا رجعنا إلى تعريف العقد الإداري الذي أورده القضاء الفرنسي الإداري على: "أنه العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه الإدارة نيتها في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"، وكذا للتعريف الذي أورده القضاء المصري في أن العقد الإداري هو: "الذي يعتبر إداريا إذا كان احد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا بالمرفق العام ومتضمنا شروطا استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إداريا يختص بنظره القضاء الإداري."

نستنتج من خلال هذا التعريف أن العقد الإداري يتضمن ثلاث معايير أو ضوابط هي

:

### (أ) أن تكون الإدارة طرفا في العقد:

من البدهة أن يشترط هذا الشرط لإضفاء الصفة الإدارية على العقود ذلك أن القواعد الإدارية ما خلقت إلا لتحكم نشاط أشخاص القانون العام دون نشاط الأفراد والذي تحكمه قواعد القانون الخاص، وعليه فإن أي عقد مبرم بين أشخاص القانون الخاص يخرج من نطاق العقود الإدارية، وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري قد خفف من شدة اشتراط هذا الشرط وإعماله

حيث اقر وانطلاقاً من نظرية الوكالة بإمكانية حيازة العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص للصفة الإدارية كاستثناء من الأصل المقرر وذلك متى استبان أن العقد المبرم يصب في مصلحة الإدارة ولحسابها ومتى استوفى ذلك الأخير لباقي العناصر الأخرى والتي تقوم عليها معايير تمييز العقد الإداري.<sup>5</sup>

### ب) أن يكون للعقد علاقة بالمرفق العام:

رغم ما تعرضت له نظرية المرفق العام من انتقادات، فلا زالت النظرية الأساسية، التي يتخذها القانون الإداري الأساس في معظم أفكاره ومبادئه، ولهذا لم يكن مستغرباً أن يعتبر القضاء الإداري في فرنسا ومصر، علاقة العقد بالمرفق العام، عنصراً أساسياً لتكييف العقد بأنه إداري من عدمه.

وكما سبق وأن قلنا أن وجود شخص إداري عام كطرف من أطراف العقد، عنصر رئيسي للقول بان العقد إداري، فإن هذا العنصر لا يكفي وحده، ذلك أنه يمكن قد تكون الإدارة العامة طرفاً في عقد، ومع ذلك يمكن أن يكون العقد مدنياً خاضعاً للقانون الخاص.

وعليه، ولإضفاء الصفة الإدارية على عقود الإدارة يقتضي اتصالها بالمرفق العام، وقد يحدث الاتصال عند إنشاء المرفق العام كما هو الحال في عقود الأشغال أو لضمان سيره بانتظام واطراد كعقود التوريد والتموين والنقل والخدمة، أو بإدارته وتنظيمه وتسيره كعقود امتياز المرافق العامة.

### ج) أن يتضمن العقد شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص:

إن ضابط وجود الإدارة طرفاً في العقد الإداري لم يعد يكفي لاعتبار العقد إدارياً، وكذلك الحال بالنسبة لارتباط العقد بالمرفق العام، بل و بالإضافة إلى هذين الضابطين يجب أن يكون الطرفان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص.

وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هو أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وقد عرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 20 أكتوبر 1950 البند غير المألوف على أنه: "البند الذي يخول موضوعه للأطراف المعنية حقوقاً أو يخضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم وذلك ضمن إطار القوانين المدنية والتجارية".<sup>6</sup> ومن أبرز الأمثلة على ذلك، حكم مجلس الدولة الفرنسي في 19 يناير 1973 حيث جاء فيه: "...إن العقود التي تبرمها كهرباء فرنسا تكون خاصة لنظام استثنائي وتبدو فيه خصيصة العقد الإداري..." إلا أنه لا يشترط أن يتضمن العقد لعدة شروط استثنائية حتى يمكن اعتبار العقد عقداً إدارياً، وأنه يكفي أن يحتوي العقد على شرط استثنائي واحد لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وإحكامه.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> - VELLE (s), Droit Administratif, 4<sup>ed</sup> Paris, 2003, P85.

<sup>6</sup> - نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة إجازة في القضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر دفعة 2001 - 2004، ص8.

<sup>7</sup> - VELLE (s), Droit Administratif, op-cité, P 85 .

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب النص صراحة على تلك الشروط أو الشرط الاستثنائي وتقريره بمقتضى القوانين والتنظيمات مع إحالة العقد إلى هذه النصوص.

كما يعتبر الشخص القانوني قد التجأ لإتباع وسائل القانون من خلال منح المتعاقد مع الإدارة حقوقا لا مثيل لها في روابط القانون الخاص انطلاقا من إشراكه المباشر في إدارة وتسيير واستغلال مرفق عام شرط أن يخضع ذلك المرفق لقواعد القانون العام تحقيقا للصالح العام.

وبصفة عامة، ونظرا لصعوبة ضبط تعريفا محددا للشرط الاستثنائي وسعيها منه لتوضيح الرؤية أكثر فقد استعرض الفقه وعلى سبيل المثال لا الحصر جملة من الشروط الاستثنائية والتي نجيزها فيما يلي:

- الشروط تلك التي تمنح احد المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري.

- الشروط التي تكون باطلة إذا وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام

- الشروط التي تضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها وأهمها : امتياز التنفيذ المباشر وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بأحد الالتزامات العقدية.

- الشروط المرتبطة بمبادئ القانون العام ومثالها حق الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفرد وفسخ العقد دون حاجة لأذن القضاء.<sup>8</sup>

وبالإضافة إلى هذه الشروط التي تخص الإدارة باعتبارها سلطة عامة، قد يتضمن العقد على بنود لصالح المتعاقد مع الإدارة، وذلك من خلال منحه جملة من الالتزامات في مواجهة الغير، كسلطته في استعمال أسلوب نزع الملكية من أجل المصلحة العامة، واستخدام وسائل الإكراه ضد الأفراد إذا اقتضته ضرورة تنفيذ العقد.<sup>9</sup>

وعليه وما سبق نقول أن تميز العقد الإداري عن العقد الخاص لا يمكن الاعتماد فيه على معيار دون المعايير الأخرى، فالمعايير جميعها تشكل شبكة مجتمعة يكمل بعضها البعض.<sup>10</sup>

#### رابعاً: أنواع العقد الإداري.

عادة ما يميز الفقه بين نوعين من العقود الإدارية، عقود إدارية مسماة وهي تلك العقود التي تخضع لنظام قانوني خاص بها، وعقود غير مسماة.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد هناك أنواع عديدة من العقود من أهمها الصنفية العمومية التي تأخذ عدة أشكال والتي تتمثل في:

8 - عبد الكريم لوي، المرجع السابق، ص 12 .

9- سليمان السعيد، المرجع السابق، ص11.

10 - لوي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 14 .

1 - عقود الأشغال العامة: يقصد به ذلك الاتفاق المبرم بين احد أشخاص القانون العام مع شخص من أشخاص القانون الخاص " أفراد ومؤسسات " بقصد القيام بانجاز منشأة أو أشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات

التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.<sup>11</sup>

2 - عقد اقتناء اللوازم : ويقصد به ذلك الاتفاق المبرم بين الإدارة و احد الأشخاص الموردين بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات وهذا لقاء مقابل تلتزم بدفعه ويقصد تخفيف مصلحة عامة.<sup>12</sup> وتهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة ن فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات.<sup>13</sup>

كما يمكن أن تشمل الصفقة العمومية للوازم مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان.

3 - عقد انجاز الدراسات: وهو اتفاق بين شخص معنوي عام مع أشخاص خاصة مفاده التزام هذا الأخير بانجاز بحوث ودراسات في مجالات معينة لصالح الإدارة، مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد.

4- عقد تقديم الخدمات: هو ذلك العقد المبرم بين شخص معنوي عام مع شخص من أشخاص القانون خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتقديم خدماته للإدارة مقابل مبلغ مالي يحدد مسبقا في العقد.<sup>14</sup>

5- عقد الامتياز: هو العقد الذي يتولى بمقتضاه شخص من أشخاص القانون الخاص ( فردا كان أو شركة) ويسمى الملتزم وعلى نفقته ومسؤوليته إدارة وتسيير مرفق عام واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المرتفقين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ولرقابة الإدارة.<sup>15</sup>

ولقد تناول المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السابق الذكر، تعريفا لعقد الامتياز حيث جاء فيه :  
الامتياز تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.<sup>16</sup>

11 - المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 ن المرجع السابق .

12 - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 22 .

13 - الفقرة 4 من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق .

14 - سليمان السعيد، المرجع السابق، ص ص 11، 12 .

15- محاضرات في العقد الإداري، المركز الجامعي سوق أهراس، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 50 .

16 - المادة 10 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 .