PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

معايير الوصف الإداري للعقد

د. ماهر فيصل صالح
جامعة الأنبار . كلية القانون/ الرمادي

Abstract

The administrative contract plays a great role in controlling and running the administrative actirity where the administrations depends, in establishing contnacts with others by which the administration will be able to eslcablish, maintain and use public services. Because of the different opinions existing in the contracts and judicial disputes, it is necessary here to distinguish between the civil contraets and admini strative contracts.

The distinction between the civil contracts and administrative contracts should depnd on certain objective criteria not to be set – there are three standars for distinction – first, the presente of administration as one side in the contract. Second, relating the contract to gereral service aetivity third, the un familiar and unmentioned conditions included in the administrative contract other than civil contracts.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

المقدِّمة

يلعب العقد الإداري دوراً مهماً في تسيير النشاط الإداري، إذ تعمد الإدارة في ممارسة نشاطها إلى إبرام عقود مع الآخرين، تمكنها في النهاية هذه العقود من إنشاء وصيانة واستغلال المرافق العامة.

وفكرة العقد الإداري هذه تقوم على أساس تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية المحضة، وذلك في حالة التعارض بينهم، فتستمد الإدارة من سلطتها العامة سلطات استثنائية، فلها والحال هذه تعديل العقد وتوجيه المتعاقد أثناء التنفيذ، وإيقاع جزاءات بإرادة منفردة تصل بها إلى حد إلغاء العقد وإن لم ينسب للمتعاقد خطأ.

وإن كانت الإدارة كما أوردنا ذات يد يكاد تكون طلقة، فإنَّ ذلك الإطلاق لا يرد على كل ما تقوم به الإدارة وتبرمه من عقود، فتطور وظائف الدولة وفق المفهوم الحديث لها، جعل تدخلها في الحياة العامة بأشكال جديدة لم تكن قد سلكتها من قبل، حتى غدا الحديث عن انتهاج الإدارة لما يسلكه الأفراد في علاقاتهم التعاقدية من أساليب القانون الخاص عند ممارستها لنشاطها أمر لا يثير غرابة في النفوس.

ومن خلال ذلك كان من الواجب على من يهتم بهذا المجال أن يبحث عما يمكن أن يميز بين العقود المدنية والإدارية، إذ أن الإدارة عندما تبرم العقد فإنَّها في الحقيقة لا تتحرى في الغالب صفة العقد الذي تبرمه أو أنَّ هذا الأمر لا يعني لها في شيء.

غير أنَّ الاختلاف الذي يحدث في شأن طبيعة العقد والمنازعات القضائية يقتضي التمييز هنا بين العقد المدني والإداري لما له من مأرب في تحديد الجهة المختصة بالنزاع، وكذلك فيما لو كان للإدارة من الإجراءات المستندة للسلطة العامة ما يدعم موقفها في مواجهة من تعاقدت معه.

حيث إنَّ أمر التمييز هنا لا يترك لغاربه، لذلك جاء بحثنا هذا للبحث عمّا يمكن إيجاده من معايير للتمييز بين العقد الإداري والعقد المدني، فسنتناول فيه المعايير التي دارت في فلك الفقه والقضاء، تاركين ما يميزه القانون بين هذين العقدين، على اعتبار أنَّ القانون سبق سيفه في التمييز مسألة البحث.

هذا وإنَّ الإجماع ينعقد فقهاً وقضاءً على معايير ثلاثة للتمييز، ستكون وجهة البحث، بدأً من وجود الإدارة في العقد، مروراً بتعليق العقد بنشاط مرفق عام، حتى تكون النهاية عن مصادر الشروط غير المألوفة التي يمكن أن يحتويها العقد. على أن نجزل القول في أهمية كل معيار في هذا الميدان.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

ورُبَّ سائل يسأل عن الدافع الذي يكمن وراء بذل الجهود في البحث عن معايير الوصف الإداري للعقد والتي تميزه عن العقد المدني. وإلى ماذا سوف يؤدي هذا التمييز ؟ بل ما هي قيمة التمييز إذا كانت الإدارة واحدة سواء في العقد الإداري أو المدني، ثم إنَّ أركان هذان العقدان هي ذاتها واحدة ؟!.

إنَّ ما يظهر من تشابه في حقيقة الأمر لا يبدو إلا من خلال ما يكونهما من عناصر أساسية، بيد أنَّ الاختلاف جوهرياً بينهما، ويرجع أمر هذا الاختلاف للقواعد العامة التي تحكم كل منهم، والتي يمكن إجمالها بالمظاهر التالية:

أولاً: من حيث القواعد التي تحكم تكوين وإبرام كل من العقدين، فإنَّ العقد المدني يتم بكل بساطة، في حين لا نجد في تكوين العقود الإدارية مثل هذا الأمر، فالعقود الإدارية تمرُّ بأكثر من عملية غالباً ما تكون فيها سمة التعقيد حاضرة، وتكون هذه المراحل على فترات زمنية مختلفة تبدأ من مرحلة التحضير والإعداد إلى التعاقد وغيرها.

ثانياً: من حيث القواعد الخاصة بآثار كل عقد منهما، إذ يبدو الاختلاف على أشدّه هنا، حيث إنَّ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقود المدنية والقانون الخاص هي غير ذات اعتبار في العقود الإدارية، إذ إنَّ المصلحة العامة هي من تكون محل اعتبار وجدير أن تنال الغلبة في مواجهة مصلحة الأفراد، فالشروط التي تمتاز بها العقود الإدارية تحدد سلفاً، بل إنَّ القانون يلزم في بعض الأحيان أن تضمن الإدارة عقودها حتماً بعض من هذه الشروط[١].

ثالثاً: إنَّ الفقه والقضاء الإداري هو من وضع النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية، لذلك تتميز العقود الإدارية بأن أحكامها غير مقننة[٢]، بخلاف الأحكام الخاصة بالعقود المدنية التي تحتويها مدونة القانون المدني.

رابعاً: إنَّ العقد الإداري يرتبط كما قلنا بالمصلحة العامة، هذا الأمر يقودنا للقول بضرورة ارتباط العقد الإداري دائماً بمرفق عام.

خامساً: إذا كان الأصل في أنَّ الأفراد يبرمون ما يشاؤون من العقود في حدود عدم الخروج على النظام والآداب العامة، فإنَّ الإدارة على الرغم ما تنال من امتيازات فإنَّ هناك قيود ترد على حريتها فيكون الغالب على هذه القيود إنَّها تبرم لتحقيق الهدف الذي وجد الشخص العام من أجله.

سادساً: إنَّ لتحديد العقد الإداري وتمييزه أهمية كبيرة في تحديد القضاء المختص، خصوصاً في تلك الدول التي تأخذ بنظام قضائي مزدوج، وكذلك تبدو هذه الأهمية في استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي، وكذلك في استقلال القضاء الإداري عن الإدارة نفسها[٣].

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

وقد ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة فصول، يختص الأول بدراسة معيار أطراف العقد، أما الثاني فيظم محل العقد (المرفق العام)، في حين يتناول الثالث معيار الشروط الاستثنائية.

الفصل الأول

معيار أطراف العقد (الشخص المعنوي العام)

يعد المبدأ العام في العقد الإداري أنَّه لا يعدو إلاّ أن يكون اتفاق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزامات، وإن كان في هذا يتفق مع العقد المدني إلاّ أنَّ ما يميزه عن هذا الأخير هو صفة الطرف الذي يبرم العقد الإداري.

فالعقد لا يكتسب السمة الإدارية إذا كان طرفاه من أشخاص القانون الخاص، إذ لا بُدَّ على أقل تقدير أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وإن كان وجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد لينال الصفة الإدارية فمن باب أولى أن تضفى هذه الصفة إن كان طرفا العقد كلاهما من الأشخاص المعنوية العامة[٤].

فوجود الشخص المعنوي العام شرط ضروري ولا غنى عنه هنا، وبالتالي لا بُدَّ من معرفة ماهية الشخص المعنوي العام في سبيل تحديد صفة العقد إن كان إدارياً أم لا، وفيما إذا كان وجوب قيام الشخص المعنوي بإبرام العقد بنفسه، ومتى يُعتد بوجود الشخص المعنوي العام في العقد حتى نكون أمام عقد إداري، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل تباعاً ثم نبين في النهاية تقييم هذا المعيار لتمييز العقد الإداري عن غيره.

المبحث الأول-ماهية الشخص المعنوي العام

تنصرف قواعد القانون الإداري لدراسة الهيئات الإدارية المختلفة، فوجود الأشخاص المعنوية العامة في القانون الإداري لها أهمية كبيرة في مجال تطبيقه، وتبدو هذه الأهمية واضحة جداً في علاقات الأشخاص المعنوية العامة مع أشخاص القانون الخاص الطبيعية منها والمعنوية[٥]، فموظفو الإدارة سواء قاموا بأعمال قانونية أو مادية فإنَّما يتصرفون لحساب شخص معنوي عام، فتنصرف آثار تصرفاتهم الوظيفية إلى هذا الشخص المعنوي الذي يعملون لحسابه من حيث الحقوق والالتزامات[٦].

وعلى هذا فسوف نوضح مفهوم الشخص المعنوي العام وعناصره ثم نتحدث عن أنواع الأشخاص المعنوية العامة.

المطلب الأول: مفهوم الشخص المعنوي وعناصره:

لا بُد للوقوف أمام من يكون طرفاً في العقد الإداري أن نصل لمفهوم الشخص المعنوي العام من خلال تحديد مفهومه وتحديد دراسة عناصره وعلى النحو الأتي:

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

الفرع الأول: مفهوم الشخص المعنوي العام:

إنَّ فكرة الشخصية المعنوية حديثة العهد نسبياً، وقد قيلت فيها الكثير من الآراء لبيان طبيعة هذه الشخصية ومضمون جوهرها سواء من جانب الفقه أو القضاء.

فقد انقسمت الآراء في ذلك إلى قسمين، رأي أول يقول إنَّ هذه الشخصية غير حقيقية وإنَّما هي مجرد افتراض قانوني ومجاز وإنَّ المصلحة هي التي دفعت الدولة للاعتراف بها، أمّا الرأي الثاني فيذهب إلى أنَّ الشخصية المعنوية حقيقة قانونية قائمة[٧]. وقد تعددت التعاريف حول معنى الشخص المعنوي، فمنها من قال إنَّه يقصد بالشخص المعنوي كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال اعترف لها القانون بالشخصية القانونية تمكيناً لها من أجل تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله فتكون لها آهلية قانونية لاكتساب الحقوق وتحمّل الالتزامات[٨].

كما يعرف الشخص المعنوي بأنَّه مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق هدف معين ويكون لها كيان ذاتي مستقل عن الأفراد المكونين له يسمح بتحقيق أهدافها[٩].

وقد أورد آخرون تعريفاً للشخص المعنوي، بأنَّه شخص غير آدمي يسلم له القانون بالشخصية القانونية التي تُتيح له قدراً من الأهلية للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات[١٠].

وقد أخذ المشرع العراقي بفكرة الشخص المعنوي حيث نظمت المواد (٤٧ – ٤٩) من القانون المدني أحكام هذه الشخصية بيد أنَّها لم تضع للشخص المعنوي تعريفاً دقيقاً.

الفرع الثاني: عناصر الشخصية المعنوية:

في الحقيقة إنَّ القانون لم يضفِ الشخصية القانونية على الشخص المعنوي اعتباطاً، بل لا بُدَّ من توافر عناصر معينة تعد أساسية لوجود الشخص المعنوي وبدونه لا نكون في مواجهة تلك الشخصية وهذه العناصر هي:

١. أن يكون لها غرض مشرع.

وهذا يعني أن يكون للشخص المعنوي هدف يسعى لتحقيقه، وأن يكون هذا الهدف مشروع، لأنَّ الهدف المشروع هو الذي يكون جديراً بحماية القانون.

فالغرض المشترك هو الذي يجمع بين الأفراد المكونين للشخص المعنوي أو الأموال المرصودة لتحقيق هذا الغرض، فتقوم رابطة تجمعهم في شخصية واحدة لها ذمّة مالية مستقلة وتنظيم يكفل لها تحقيق أغراضها[١١].

وتحدد الأعمال التي يمارسها الشخص المعنوي على سبيل التخصيص لتحقيق هدفه الذي لا بُدَّ أن يكون مشروعاً، فنشاط الشخص المعنوي لا بُدَّ أن يكون في دائرة الهدف

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

والغرض وإن شذَّ خارج هذه الدائرة سيكون معرضاً للحل قانوناً، ويستثنى من هذا الدولة باعتبارها شخص معنوي عام فيجوز لها ممارسة أنواع النشاطات المشروعة كافة[١٢].

٢. اعتراف المشرع.

ويراد بالاعتراف هنا الإفصاح القانوني عن ميلاد الشخصية المعنوية وصلاحيتها لاكتساب الحقوق وتحمل عبء الالتزامات وممارسة نشاطها الذي اعترف لها بالشخصية المعنوية من أجله.

وقد اعتبر المشرع العراقي الاعتراف عنصراً أساسياً لقيام الشخص المعنوي في المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي.

وعلى ما سبق فقد يأتي الاعتراف بصورة قرار إداري أو قد يكون اعترافاً عاماً حينما يضع المشرع الشروط العامة الواجب توافرها لتكوين الشخصية المعنوية، أو إنَّ الاعتراف قد يكون خاصاً بأن يصدر تشريعاً خاصّاً بإنشاء الشخصية المعنوية[١٣].

وبعد، فإنَّ الشخص المعنوي حينما ينال هذا الاعتراف تكون له أهمية بحدود ما عينه القانون، وينال امتيازات السلطة العامة ويعد العاملون فيه موظفون عموميون يخضعون لقوانين وأنظمة الخدمة والانضباط والتقاعد[١٤].

المطلب الثاني: أنواع الأشخاص المعنوية العامة

أوردت المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي أنواع الأشخاص المعنوية العامة منها والخاصة، ولما كان همنا في هذا الموقع البحث عن أنواع الأشخاص المعنوية العامة فسوف نورد تلك الأنواع معتمدين على ما درج عليه الفقه والقضاء من تقسيم يعود كل ذلك إلى التنظيم الإداري المعمول به في الدولة، وبشكل غير مسهب تاركين كل تفصيل لا تسعه دراستنا:

أولاً: الأشخاص المعنوية الإقليمية:

وهي تلك الأشخاص التي يتعلق نشاطها بحدود جغرافية معينة وهي تشمل:

١. الدولة: وهي أهم الأشخاص المعنوية العامة، حيث تعد شخصيتها ركناً من أركان وجودها وفقاً لقواعد القانون الدولي، وتنشأ الشخصية القانونية للدولة بشكل آلي دون الحاجة لوجود نص يؤكدها، وهي شخصية معنوية كاملة تجعل الدولة أهلاً لمباشرة كافة الأعمال القانونية[١٥].

٢. هيئات الدولة التي يمنحها القانون الشخصية المعنوية كالوزارات.

ثانياً: الأشخاص المعنوية المحلية أو المرفقية أو المصلحية:

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

أو كما يطلق عليها البعض اللامركزية الإدارية، وهي تنشأ لإدارة الوحدات المحلية في المحافظات أو أقاليم الدولة لتحقيق ما يعرف بالديمقراطية الإدارية، أو كما يطلق عليها باللامركزية المصلحية أو المرفقية، وهي تنشأ لتحقيق مصالح الأفراد عامة، في ظل رقابة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، وتعرف باسم الهيئات العامة أو المؤسسات والشركات العامة.

المبحث الثاني- إبرام العقد نيابة عن الشخص المعنوي العام

تحدثنا فيما خلا أنَّنا لا نبحث عن الصفة الإدارية للعقد فيما لو لم يكن طرفا العقد أو أحدهما شخصاً معنوياً عاماً، بيد أنَّه ماذا لو تمَّ العقد نيابة عن هذا الشخص المعنوي وذلك حينما تختفي الإدارة في ظل شخص من أشخاص القانون الخاص يقوم وكالة أو نيابة عنها في العقد، هذا ما سيدور بحثنا هنا في النيابة في التعاقد عن الإدارة بعد أن نتعرف على مفهوم الوكالة في القانون الإداري.

المطلب الأول: الوكالة في القانون الإداري:

لن نذهب بعيداً في التسليم بفكرة الوكالة في القانون الخاص، فهل يمكن نقلها بأكملها في مجال القانون الإداري بحيث تستوي الإدارة مع الإفراد، أم إنَّ إدارة المرافق العامة لها من التفرد يقتضي التسليم بأنَّ هناك قدر من التفاوت والاختلاف عند نقل هذه الفكرة من القانون المدني إلى القانون الإداري مع شيء من التشذيب حتى تنال القبول.

ولا نغلو إن قلنا إنَّ فكرة الوكالة في القانون الإداري لم تنل الاهتمام إلا بعد تطور تدخل السلطة العامة بفعل التطور المعاصر[١٦]، مما جعل فكرة الوكالة موضع اهتمام القضاء وتحليلات الفقهاء في بدايات القرن العشرين من خلال بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي التي يمكن تفسيرها على أنَّها تأخذ بفكرة الوكالة في القانون الإداري.

وقد كانت محاولات الفقهاء إثبات ذاتية نظام الوكالة في القانون الإداري بالاستناد على إبراز ذاتية القانون الإداري في مواجهة القانون المدني بحيث ينال نظام الوكالة استقلاله في القانون الإداري عمّا يحكم الوكالة من قواعد في القانون المدني[١٧].

فالأصل إن كان يعني قيام الإدارة العامة بنفسها بإبرام التصرفات القانونية المختلفة سواء كان ذلك التعاقد صادراً من السلطة المركزية أم كان صادراً من السلطة اللامركزية، المرفقية كانت أم محلية، بيد أنَّه من المتصور أيضاً أن تنيب الإدارة غيرها في إبرام تلك التصرفات باسمها ولحسابها وبالتالي تنصرف جميع آثار هذا العقد للإدارة.

المطلب الثاني: النيابة في العقد الإداري:

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

لم يعد القضاء متشدداً حيال اشتراط إبرام العقد من قبل الشخص المعنوي العام، فقد أخذ يقر بإمكانية إبرام العقد من خلال شخص آخر[١٨]، فأضحى القضاء الإداري يكيف العقود التي يبرمها الأشخاص المتعاونة مع الشخص المعنوي العام في تسيير المرافق العامة باعتبارها عقوداً إدارية حينما يتصرف أحد الطرفين لحساب الشخص المعنوي العام، وجدير بالملاحظة أنَّ أهم مجال تبدو فيه فكرة النيابة عن الإدارة جلية هو عقود الأشغال العامة[١٩].

وسواء أكان أساس ذلك يعود إلى تفويض صريح من الإدارة لأحد المتعاقدين، أو يكون ضمنياً باعتبار وجود توكيل أو تفويض ضمني يسمح باعتبار العقد إدارياً بالرغم من عدم ظهور الإدارة هنا، وإلى هذا انتهى مجلس الدولة الفرنسي[٢٠].

ولقد ذهبت محكمة التنازع في فرنسا إلى هذا الاتجاه في حكم لها بشأن عقد أبرمته إحدى شركات القطاع المختلط مع منشأة خاصة حيث تتلخص وقائع القضية في أنَّ هذه الشركة كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقريتي ماسي وأنتوني، وقد قامت بالتعاقد مع هذه المنشأة الخاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال، حيث اعتبرت هذه المحكمة في قرارها بأنَّ هذا العقد إدارياً على اعتبار أنَّ شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلاّ باسم ولحساب قريتي ماسي وأنتوني، ولحسابهما[٢١].

وفي هذا الجانب يقول الأستاذ الفرنسي (Jean Rivero) يجب أن لا نخدع بالوضع الظاهر بل يجب أن نكشف عمن يقف خلف المتعاقد ألا وهو الشخص المعنوي العام فلذلك يكون هو المتعاقد الحقيقي[٢٢].

وشايعَ القضاء المصري زميله القضاء الفرنسي حيث صدر في حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٤ والذي جاء فيه (متى كان من الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين وتدخلت في أمر سلعة الشاي وبهدف توفير السلعة قد عهدت بذلك إلى لجنة توزيع الشاي ثم المعنيين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد فإنَّ ذلك في تحقيقه يتضمن أمر تكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التي تعقدها هي عقود إدارية)[٢٣].

كما أنَّ هذه المحكمة أكَّدت على إسباغ وصف العقد الإداري على ما يبرمه الفرد أو الهيئة الخاصة لمصلحة الإدارة باعتبارهما وكيلان عنها، وإنَّ التعاقد إنَّما هو في حقيقته لحساب الإدارة ومصلحتها[٢٤].

وفي حكم لها قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الكازينو موضوع الدعوى مقام في منطقة تعتبر من المنافع العامة ومقصور حق استغلالها على الشركة الطاعنة ومن ثم فإنَّ

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

التصريح للمطعون ضدَّه بالانتفاع بهذه الكازينو قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة، مما يتوافر معه في هذا التصريح مقومات العقد الإداري باعتباره صادر عن جهة نائبة عن الدولة[٢٥].

ونخلص مما تقدم بأن الإدارة قد لا تظهر في عقد من العقود ومع ذلك يعتبر هذا العقد إدارياً إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الإدارة وتوافر مقومات العقد الإداري، شرط أن يتم احترام القواعد القانونية الخاصة بالوكالة ضمن القانون المدني.

المطلب الثالث: متى يعتد بوجود الشخص العام في العقد

في سابق القول أوردنا أنَّ العقد يُعد إدارياً فيما لو كان الشخص المعنوي موجوداً بذاته في العقد، أو أن شخصاً من أشخاص القانون الخاص قد أبرم العقد بناءً على وكالة أو نيابة عن الإدارة بالمفهوم والفكرة التي أوجدها القضاء الإداري للوكالة في نطاق القانون الإداري، ولكن متى وفي أي وقت يعتد بوجود الشخص المعنوي العام في العقد لنصبح أمام مفهوم العقد الإداري، أي بمعنى أن هذا الشخص قد يكون طرفاً في العقد ابتداءً أو أنَّه قد ينال أو يفقد شخصيته هذه بعد إبرام العقد ؟ فما هو التكييف القانوني وما هو أثر كسب الشخصية المعنوية أو فقدها هنا ؟ وإذا ثار خلافاً بخصوص العقد من هي الجهة القضائية المختصّة للنظر فيه ؟!.

إنَّ البحث في الوقت الذي يعتد به بوجود الشخص المعنوي العام في العقد لا يعدو أن يكون إلا من خلال افتراضين وكالآتي:

الافتراض الأول: أن يتم إبرام العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، ثم يصبح بعد ذلك أحدهما من أشخاص القانون العام.

الافتراض الثاني: أن يتم حينما يفقد الشخص المعنوي العام وهو أحد أطراف العقد هذه الشخصية بعد إبرام العقد ويصبح من أشخاص القانون الخاص.

ومن خلال ما قد سلف نفصل القول بأن العبرة في تكييف العقد في كلا الافتراضين، يكون من وقت إبرام العقد وليس قبل أو بعد هذا الوقت، أي بمعنى أن تكون الصفة الإدارية للإدارة حاضرة وقت إبرام العقد وهذا الوقت هو من يعول عليه في الفصل بالأمر، فإذا تغيرت هذه الصفة بعد وقت التعاقد فالعبرة تكون لحظة إبرام العقد وتوقيعه[٢٦].

وعلى ما تقدَّم ير الفقه الفرنسي أنَّ العقد الموقَّع بين شخصين عاديين يجب أن يعد من عقود القانون الخاص، وإن مجرد تدخل الإدارة في العقد لا يكفي لصبغ العقد بالصبغة الإدارية[٢٧]، وهذا ما تبعته محكمة القضاء الإداري في مصر في أحكامها، حيث ذهبت إلى (أنَّ تحول المؤسسة العامة التي أبرمت العقد إلى شركة مساهمة بمقتضى قرار رئيس الجمهورية

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

ليس من شأنه أن يغير طبيعة العقد)، وكذلك حكمها في (أنَّ العقد قد أبرم بين المؤسسة للأبنية العامة والمدعي فإنَّه يكون عقداً إدارياً ولا يغير من طبيعة العقد تحول مؤسسة الأبنية إلى شركات مساهمة، لأنَّ العقد يكتسب الصفة الإدارية وقت إبرامه)[٢٨].

المطلب الرابع: تقييم معيار وجود الشخص المعنوي العام لتمييز العقد الإداري

في جملة ما توصلنا إليه من حديثنا السابق أن الشخص المعنوي العام ضرورة لا غنىً عنها في العقد الإداري، بمعنى أنَّ العقد لا يكون إدارياً إلا حين يكون أحد طرفيه أو كليهما شخصاً معنوياً عاماً.

بيد أن الحقيقة هي أنَّ وجود الشخص المعنوي العام في العقد هو شرط مفترض وليس بمعيار، وبتعبير آخر إننا لا نبدأ في الحديث عن العقد الإداري إلا إذا كان فيه شخصاً معنوياً عاماً، فحين يتوفر لنا هذا الشرط يمكن لنا أن نشرع في الحديث أو البحث عن المعيار أو المعايير التي تميز العقد وبيان في ما إذا كان مدنياً أو إدارياً ذلك العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام، ومرد ذلك على أنَّ الشخص المعنوي العام قد يقوم بنشاطه مستخدماً ذات الإجراءات التي يتخذها أشخاص القانون الخاص، ويتعاقد وهو راغب بأن يخضع العقد لأحكام القانون الخاص حينما يرى أن أسلوب القانون الخاص هو أفضل له في تحقيق أهدافه كما لو كان فرداً عادياً من الأفراد، فيرتبط بعقود مدنية كارتباطه بعقد مع أحد الأفراد لبيع منتجاته.

وقد أثار هذا الوجود خلافاً فقهياً، فذهب البعض على أنَّ كل عقد تبرمه الإدارة يُعد عقداً إدارياً ما لم يثبت العكس بوجود قرائن أو عناصر تدل على أنَّ الإدارة قصدت إبرام العقد وفقاً لقواعد القانون الخاص[٢٩]، بيد أنَّ هناك من يرد على هذا الاتجاه في القول بأن العقود إنما تبرم في الأصل على قدم المساواة بين أطرافها، ومنها بطبيعة الحال ما تبرمه الإدارة من عقود، فلو أجيز خروج الإدارة على هذا الأصل فيما تبرم من العقود لوجب تحديد معيار العقود التي تبرمها الإدارة في هذا الصدد، ولو تساءلنا متى تبرم الإدارة عقوداً تخضع للقانون الخاص لوجب البحث عن معيار يميز بين عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص وعقودها التي تخضع للقانون الإداري[٣٠].

وعلى ما تقدم نوجز القول بأنَّ وجود الشخص المعنوي العام في عقد ما لا يكفي وحده لتمييز العقد بأن يكون عقداً إدارياً، بل لا بُدَّ من البحث في معايير أخرى تصلح للتمييز، على أن يبقى هذا المعيار العضوي القائم على وجود الشخص المعنوي هو الركيزة الأساس لأي معيار آخر يُثار في مسألة تمييز العقود الإدارية، إذ أنَّ الضرورة تقتضي البحث في معايير أُخر للتعرف على إدارية العقد طالما إنَّ وجود الشخص المعنوي في العقد لا يُعدُّ

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

مسلَّماً به في التمييز لما قد ثارت حوله من جدل فقهي وما نال دور الدولة وهيئاتها من تطور بالشكل الذي أقحمها في ميادين كانت لوقت غير بعيد تعد أبعد من أن تصل إليها، بسبب تعاظم دور الأفراد فيها واقتصارها عليهم.

الفصل الثاني

معيار المرفق العام واتصال العقد الإداري به

انتهينا في الفص السابق إلى عدم كفاية معيار وجود الإدارة كطرف في العقد للحكم عليه بأنَّه قد أصبح عقداً إدارياً، وإنَّما قد توصلنا إلى حقيقة مفادها أنَّه لا بُدَّ من البحث عن معايير أُخرى، ونجد أنَّ ارتباط العقد الذي تبرمه الإدارة أو من ينوب عنها بمرفق عام من حيث إنشائه أو تنظيمه أو تسييره كان من المعايير التي تناولها الفقه والقضاء في القانون الإداري لتمييز العقد الإداري، لذلك سنتناول معيار المرفق العام بما يستحق منا ذلك من خلال البحث عن مفهومه وما له من أنواع لننصرف عقبها لبيان مظاهر اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ثم نضع تقييمنا لهذا المعيار.

المبحث الأول - مفهوم المرفق العام[٣١]

لقد كان للمرفق العام دور كبير في إيجاد أساس للقانون الإداري في بواكير نشوئه ونال ما نال من عناية فقهاء القانون الإداري باعتبار ما سلف أو لأنَّه كذلك أخذ به كمعيار لبيان الصفة الإدارية للعقد، ولا بأس علينا ونحن نتناول مفهوم المرفق العام أن ننال منه بمقدمة بسيطة لتسير خطانا نحو البحث في مدلول المرفق العام لنضع له بعد ذلك تعريفاً يكون خاتمة لبلوغ مفهوم المرفق العام فيما نعرض بعدها الأنواع التي يمكن أن نجدها من المرافق العامة.

المطلب الأول: مدلول المرفق العام:

تعد فكرة المرفق العام من الأفكار الرئيسة في القانون الإداري، ورغم كل ما رافقها من تطورات عند نشأتها واستمرار وجودها، ولعل أكبر تأكيد على ما ناله المرفق العام من أهمية في اعتباره من النظريات التي دلَّت على خصوصية القانون الإداري[٣٢].

وعدَّ البعض فكرة المرفق العام أساساً للقانون الإداري، فهذه الفكرة ليست بغريبة على العقد الإداري وأعمال الإدارة[٣٣].

وقد أرسى القضاء الفرنسي لفكرة المرفق العام أساسها في حكم محكمة التنازع الشهير في قضية بلانكو (BLANCO) عام ١٨٧٣م حيث اعتمدت هذه الفكرة في تحديد اختصاص القضاء الإداري، وخلاصة هذه القضية أنَّ عربة تابعة لإدارة التبوغ في مدينة بوردو الفرنسية دهست طفلة وأصابتها بالأذى فرفع والد الطفلة شكوى أمام المحاكم المدنية مطالباً

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

بالتعويض، فثارت مسألة تحديد القضاء المختص ورفعت القضية لمحكمة المنازعات للبت في موضوع الاختصاص فأعطت محكمة المنازعات الاختصاص للقضاء الإداري.

وبالرغم من هذه المكانة التي نالها المرفق العام في فقه القانون الإداري وقضائه فلم يكن لأنصار هذه القضية الاتفاق حول تحديد مضمونها وبيان عناصرها رغم كل ما جرت في هذا الشأن من عديد المحاولات.

وقد يكون مبنى ذلك عائد إلى التطور المضطرد الذي رافق هذه النظرية من أول ظهورها حتى غدا الفقه يتحدث عن أزمة في مفهومها من خلال عجز المرفق العام عن استيعاب أوجه النشاط الجديد كأساس للقانون الإداري[٣٤]، لاسيما أنَّها اقترنت أيضاً بتطور الدور الذي تقوم به الدولة والمهام الملقاة على كاهلها وما رافق ذلك من تطور لطبيعة الحاجات الجماعية التي أخذت الدولة مسؤولية إشباعها من خلال إنشاء المرافق العامة[٣٥].

فنتيجة للمذهب الفردي الحر الذي نشأ وسادت أفكاره في القرن التاسع عشر والقائم على إعلاء شأن الفرد وجعله محوراً وأساس الدولة وغاية النظام السياسي وتفضيل مصلحته وعدم تدخل السلطة العامة في شؤون الأفراد وحيث كان النشاط الفردي محور العملية الاقتصادية، أما النشاط الذي تمارسه الدولة فهو النشاط المؤدي لإشباع الحاجات العامة وبقصد حماية الأمن الداخلي والخارجي وإقامة العدل بواسطة القضاء ومنها جاء ما يسمى بفكرة الدولة الحارسة[٣٦]، فالدولة هنا لها سلطة وسيادة بالقدر الذي يتيح لها إلزام الأفراد بعمل معين أو نهيهم عنه، فبرز هنا ما يعرف بأعمال السيادة التي جاءت كأحد الأسس المفترضة للقانون الإداري.

فالمرفق العام بطبيعته وفقاً التصور كل نشاط بطبيعته ضروري للجماعة ولا يمكن بسبب هذه الطبيعة أن يتولاه أحد الأفراد.

وبعد الحرب العالمية الأولى وعلى أثر تلاشي مفهوم الدولة الحارسة نتيجة عجز مبادئ المذهب الفردي من توفير الضمانات الجوهرية لأفراد المجتمع وتعاظم الأفكار الاجتماعية والتقدم العلمي فقد كان لزاماً أن تخرج الدولة عن النطاق الذي ضرب حولها بعد الحرب الفرنسية[٣٧]، وكان من هذا الخروج أن أضحى على الدولة أن تقدم لمواطنيها خدمات أساسية كالتعليم وتوريد الطاقة وغيره من مشروعات تنشئها أو تسيرها أو تشرف عليها، فبرزت هنا مرافق تختلف عن المرافق الإدارية البحتة وبشكل أنَّها تخضع للقانون العام والخاص كلٌ في قدر محدد، الأمر الذي دعا الفقه للتحدث عن أزمة المرفق العام من خلال هجر النظرية التقليدية التي تقوم على أعمال السلطة وبالتالي إلى حاجة الدولة لقانون مستقل ومتميز عن القانون الخاص وذلك لاعتبارات تعدو إلى حسن سير المرفق العام وبالرغم من

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

تكلم التطورات التي نالت الدولة الحديثة بداية القرن الماضي وانكماش نظرية المرفق العام فلا زال القضاء الفرنسي يوردها في أحكامه وباستمرار.

المطلب الثاني: تعريف المرفق العام

المرفق لغةً: ما ينتفع به، والمرفق من الأمر ما انتفعت به وفي المصحف الشريف يقول الله عز وجل: {وَإِذِ اعْتَزَلْتُمُوهُمْ وَمَا يَعْبُدُونَ إِلَّا اللَّهَ فَأْوُوا إِلَى الْكَهْفِ يَنْشُرْ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ رَحْمَتِهِ وَيُهَيِّئْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ مِرْفَقاً}[٣٨].

من خلال بحثنا فيما مضى عن مدلول المرفق العام يمكن لنا أن نخلص إلى أنَّه ليس من السهولة بمكان أن نضع تعريفاً للمرفق العام، ولعل هذا يكمن ويعود إلى أنَّ عبارة المرفق العام مبهمة[٣٩]، فقد استعمل الفقه والقضاء مفهومين مختلفين للمرفق العام في القانون الإداري، المفهوم الأول يبحث في تعريف المرفق العام من مدلول عضوي أو شكلي، أما الآخر فإنَّما يتناول المرفق العام من ناحية مادية أو موضوعية لذلك يغدو بنا الأمر أن ندور مع هذين المفهومين تعريفاً.

الفرع الأول: تعريف المرفق العام من خلال المفهوم العضوي أو الشكلي.

انقسم الفقهاء وجانب من القضاء في تعريف المرفق العام من خلال النظر إلى الهيئة أو الجهاز الذي يمارس نشاطاً عاماً ويكون تابعاً للدولة، لذلك فهم يذهبون إلى تعريف المرفق العام على أنَّه مشروع منشأه من الدولة بقصد تحقيق أغراض النفع العام[٤٠].

في حين عرَّفه البعض الآخر على أنَّه (منظمة عامة من السلطات والاختصاصات تكفل القيام بخدمة معينة تقدمها للجمهور بشكل منظم)[٤١].

غير أنَّ البعض عرَّف المرفق العام من جانبه الشكلي بأنَّه (مجموعة الوسائل المادية والبشرية التي يؤدي بواسطتها الشخص الإداري مهامه)[٤٢].

ولقد ساد في الفقه الفرنسي تعريف المرفق العام من خلال النظر إلى الجهاز الإداري الذي يضطلع بالنشاط زمناً غير قليل تأثر بذلك بعض الفقهاء العرب، فمنهم من ذهب إلى تعريف المرفق العام بقوله: (المرافق العامة هي الهيئات والمشروعات التي تعمل بانتظام واطراد تحت إدارة الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية الأخرى مباشرة، وتحت إدارتها العليا لسد حاجة الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة)[٤٣].

والفقه عندنا في العراق كان فيه ممن تحمس لتعريف المرفق العام من خلال الأخذ بهذا المفهوم ومنهم الدكتور سعد العلوش حيث يذهب إلى عدم تردده بتعريف المرفق العام على أنَّه (منظمة مملوكة للدولة وتعمل تحت الإدارة العليا للحكام في صورتيها المركزية

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

واللامركزية خاضعة في كل هذا لنظام قانوني مخصوص حيث تشبع في ظله الحاجات الجماعية للأفراد بشكل منظم دائم وتحقق فيه المساواة بين المنتفعين[٤٤].

وقد تراجع الأخذ بالجانب العضوي في تعريف المرفق العام لعدم إمكانية القبول بوجهة النظر هذه، فهي إن كان لها ما يبررها في مرحلة ازدهار نظرية المرفق العام في الفقه التقليدي للقانون الإداري، إلاّ أن التخلي عنها كان حتمياً نتيجة إضفاء الصفة المرفقية على هيئات ترتبط بالإدارة ولكنها لا تهدف لتحقيق المصلحة العامة وإنَّما لمصالح مالية أو تجارية بحتة، هذا بالإضافة إلى أن القضاء الإداري أخذ يعترف بإمكانية قيام أشخاص القانون الخاص بإدارة المرفق العام الذي يستهدف تحقيق مصلحة عامة، كل هذا دفع بالاتجاه نحو تبني القانون الإداري تعريفاً جديداً يرتكز على مدلول آخر للمرفق العام.

الفرع الثاني: تعريف المرفق العام من خلال المفهوم المادي أو الموضوعي.

لم يكن للمفهوم العضوي القدرة على أن يبقى هو الملاذ الأمثل لاحتضان تعريف المرفق العام، فلقد عيب عليه كما طرقناه سابقاً كونه أضحى لا يلبي الاتجاهات الحديثة لفقه القانون الإداري، فقدر للمفهوم الموضوعي أن يكون هو محط أنظار هذا الفقه والمحور فيما يبني من تعريفات تسبغ على المرفق العام.

ويتناول هذا المفهوم تعريف المرفق العام من خلال النشاط الذي تمارسه الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة، فغدا المرفق العام يعرف على أنَّه (نشاط يستهدف تلبية الحاجات العامة وتحقيق الصالح العام، بصرف النظر عن الجهة التي تقوم به)[٤٥]. وتأسيساً على ذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي بقبول مساهمة الأفراد والهيئات الخاصة في القيام بأنشطة تستهدف تحقيق الصالح العام، وتجلى ذلك في حكم المجلس الصادر في ١٣ حزيران ١٩٨٣ (حكم صندوق الخدمة الاجتماعية) والمتضمن اعتبار لجان التنظيم النقابي مرافق عامة[٤٦].

ودرج أغلب الفقهاء في مصر إلى تعريف المرفق العام من خلال الاستدلال بالمفهوم الموضوعي له، فعرفه البعض على أن المرفق العام (نشاط تمارسه جماعة عامة بهدف إشباع حاجة من الحاجات التي تحقق مصلحة عامة)[٤٧]. وفي معرض تعريفه للمرفق يقول الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي (إن اصطلاح المرفق العام يستعمل للدلالة على معنيين، الأول: وهو الذي يميل له الدكتور الطماوي يطلق على كل نشاط من نوع معين تقوم به الإدارة لصالح الأفراد، أما الثاني: فهو يطلق على المنظمة أو الهيئة التي تقوم بهذا النشاط)[٤٨].

وممّن عرفه في الفقه العراقي من هذا المفهوم كل من أستاذنا الدكتور عصام البرزنجي وكذلك الدكتور علي بدير والدكتور مهدي السلامي فهم لا يخفون ميلهم نحو هذا الأمر فيعرفون المرفق العام (نشاط تتولاه الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

كالمحافظة أو البلدية أو المؤسسة العامة أو المنشأة العامة أو الهيئة العامة.. ألخ مباشرة أو تعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية العامة الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها لإشباع حاجات عامة لتحقيق الصالح العام)[٤٩].

والميل عندنا هو نحو الأخذ بهذا المفهوم لأنَّ التطورات الاقتصادية والتجارية كانت الداعي لإيجاد المفهوم الموضوعي للمرفق العام من خلال قيام الإدارة بتنظيم نشاط معين بشكل مرفق عام ثم تعهد به للأفراد.

المطلب الثالث: أنواع المرافق العامة:

تتعدد المرافق العامة إلى أنواع مختلفة، فتقسم من حيث تنوع موضوع نشاطها أو طبيعة هذا النشاط إلى مرافق إدارية واقتصادية ومهنية، وكذلك تقسم من حيث دائرة النشاط الذي تقوم به على مستوى الدولة إلى مرافق قومية أو وطنية ومرافق محلية، وحيث إنَّ التقسيم الأول هو الأكثر شيوعاً فسنقصر بحثنا عليه فقط.

١. المرافق الإدارية:

وتعد من أقدم أنواع المرافق العامة وعليها قامت أصلاً نظرية المرفق العام، وهي تباشر نشاط يدخل في الوظيفة الإدارية للدولة مما يعجز الأفراد والهيئات الخاصة عن القيام به على الوجه المطلوب حيث يعتبر من واجبات الدولة الأساسية، ومثالها دوائر الدولة المختلفة كالوزارات حيث تقوم بتقديم النشاط الإداري اليومي وخدمة المواطنين.

٢. المرافق الاقتصادية:

لقد كانت من نتيجة ولوج الدولة ميادين الاقتصاد والصناعة والتجارة وجود هذه المرافق حيث كانت هذه الميادين متروكة من قبل لمشروعات الأفراد، وتستخدم هنا وسائل القانون الخاص في إدارة هذه المرافق، ويعود تاريخ هذا النوع من المرافق لحكم محكمة المنازعات الفرنسية في القضية المعروفة بقضية (Bacdleloka) حينما قضت المحكمة السالف ذكرها بأنَّ الدعوى ضد شركة نقل نهري تتعلق بمرفق صناعي وتجاري فإنَّها من اختصاص القضاء العادي لأنَّ الإدارة تدير هذا المرفق بنفس الظروف والشروط التي يعمل بها أي تاجر أو صناعي[٥٠].

٣. المرافق المهنية: وهي مرافق تهدف إلى توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخالصة بمهنة معينة، حيث ظهر مثل هذا النوع من المرافق عقب الحرب العالمية الثانية لمواجهة المشاكل التي يتعرض لها أصحاب المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم لاسيما في فرنسا، وتتم إدارة هذه المرافق من خلال هيئات يكون أعضائها ممن يزاولون هذه المهن،

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

ويخولهم القانون بعض امتيازات السلطة العامة، مثل نقابات المحامين والمهندسين والأطباء وغيرها[٥١].

المبحث الثاني- اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ومظاهر هذا الاتصال

بعد إن فرغنا من الكلام عن مفهوم المرفق العام، يمكن لنا الآن أن نتحدث عن ذلك الاتصال بين العقد الإداري وبين المرفق العام حتى عد المرفق العام معياراً ينال من خلاله العقد ما يبغيه من أن ينعت بالعقد الإداري، وعلى هذا سنتناول في حديثنا القادم هذا الاتصال ومظاهره.

المطلب الأول: اتصال العقد الإداري بالمرفق العام:

حظي المرفق العام بدور فاعل بين معايير تمييز العقد الإداري حيث كان للقضاء أن درج علي هذا المعيار في ذلكم التمييز رغم ما عيب على المرفق العام وعلى ما مرَّت به نظريته في القانون الإداري على ما قد سلف أن سطرناه في سابق الكلام، فهذا مجلس الدولة الفرنسي يلقي حكمه على كاهل المرفق العام حينما يذهب لتكييف عقد ما على أنَّه غدا بارتباطه بالمرفق العام عقداً إدارياً، ففي عام ١٩١٠ ومن خلال نظره في عقد أُبرام بين السيد (تيروند) ومدينة (مونبيليه) حول جمع والتقاط الحيوانات النافقة والكلاب الضالة من الأماكن العامة، وقد حدث نزاع بين المتعاقد والمدينة، فجاء حكم مجلس الدولة الفرنسي بأن المتعاقد بممارسته له النشاط إنَّما يساهم في تأمين الصحة العامة، وبالتالي فإنَّ المهمة التي يقوم بها يمكن تكييفها بأنَّها مهمة مرفق عام، وحيث أنَّ العقد مبرم مع شخص عام ويتضمن مثل هذه المهمة فإنَّه يعتبر عقداً إدارياً[٥٢].

ثم كان لهذا المعيار بسبب ما رافق المرفق العام من أزمة طالت حتى مفهومه أن غدا مهملاً لمدة لا تزيد على ثلاثين عام[٥٣]، إلاّ أنَّ ردَّ الاعتبار جاء لهذا المعيار وبقوة عبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية ما يعرف بالزوجين (Bertin)، إذ ذهب هذا المجلس إلى أن عد معيار المرفق العام كافياً وحده لتمييز العقد الإداري دون الحاجة للبحث عن معيار آخر يدعمه ويساند في هذا التمييز، وتتلخص وقائع هذه القضية بأنَّ عقداً شفوياً كان قد أُبرم من الزوجين مع مدير مركز إعادة التوطين الخاص بإيواء الرعايا الروس عام ١٩٤٤، وأثناء تنفيذ هذا العقد طلب مدير المركز من الزوجين تقديم إضافة في الطعام، غير أنَّ وزير المحاربين القدماء رفض أداء مبلغ قيمة تلك الإضافة من الطعام، فأصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه بأن العقد يعد إدارياً وذلك لاتصاله بالمساهمة في تنفيذ مرفق عام[٥٤].

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

ولعهد قريب نسبياً نرى بأنَّ المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٩ كانون الأول ١٩٨١ تقول: (تستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص العقود ولكن من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به...)[٥٥].

المطلب الثاني: مظاهر اتصال العقد الإداري بالمرفق العام.

إنَّ اتصال معيار المرفق العام وارتباطه بالعقد الإداري يكون من خلال الاشتراك والمساهمة في إدارة هذه المرافق أو تسييرها أو تنفيذ أهدافها، فالإدارة صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم وإدارة المرفق العام.

وقد سارت بعض أحكام القضاء إلى اعتبار مجرد قيام المتعاقد بالاشتراك مع الإدارة في إدارة المرفق العام جدير أن يكسب العقد الصفة الإدارية[٥٦]، ومثل تلك العقود التي تتمثل فيها المساهمة في إدارة المرفق العام بين الإدارة والمتعاقد هو عقد الأشغال العامة[٥٧]، حيث لا شكَّ في أنَّه يعد من العقود الإدارية.

ويبدو مظهر الاتصال أيضاً من خلال اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام عن طريق توريد مواد وآلات لازمة لسير المرفق العام بانتظام واطراد، فتبرم الإدارة من عقود التوريد ما يلزمها من أجل أن يستمر المرفق العام في سيره نحو تقديم خدماته[٥٨].

فهذا المعيار كما يراه مؤيدوه يزيد اتساعاً فإذا كان هذا المعيار يتعلق بالمقام الأول بالعقود التي تعهد بها الإدارة للمتعاقد بإدارة المرفق العام إلا أنَّه قد نال تطبيقاً واسعاً في نطاق عقود الالتزام مع زيادة المرافق التي يعهد للأفراد بإدارتها، وكذلك تطبيق هذا المعيار في مجال عقود العاملين بالمرافق العامة ممّا أدى لإحداث تغيرات عميقة في تكييف هذه العقود[٥٩].

وممّا سبق يتَّضح أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام يعد ضروري لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد دون الأخذ بصورة معينة يمكن أن يتصل فيها العقد بالمرفق العام، وبالتالي فإنَّ القضاء الإداري إنَّما يعمل على البحث والتحقق من مدى اتصال العقد بنشاط المرفق العام من خلال تفريد كل حالة عن غيرها من الحالات في مجال البحث عن تلك الصلة، فإذا انقطعت فإنَّ العقد المبرم يعد عقداً مدنياً كما هو الحال في العقود التي تبرمها الأشخاص العامة في إدارة أموالها الخاصة (الدومين الخاص) حيث تستخدم وسائل القانون الخاص في إدارة الأموال ممّا يقطع صلتها بالمرفق العام وفي النهاية تخرج عن نطاق العقود الإدارية.

المبحث الثالث - تقييم معيار المرفق العام

في معرض ما قلناه آنفاً، أنَّ نظرية المرفق العام قد شغلت كل من عنى بها وبالقانون الإداري بشكل عام، وأياً كانت وجهة انشغاله سواء في اعتبار المرفق العام أساساً للقانون الإداري أو اعتباره معياراً تتحد بموجبه طبيعة العقد، وقد كان أن اشتدَّ الخلاف عند حقيقة

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

كفاية المرفق العام في تكييف العقد بين مرجح يورد علل ترجيحه، ومجرّح يورد أسباب قدحه، وقد لا نأتي بجديد في رد هذا الخلاف لازمة المرفق العام والتي كانت نتيجة تطور دور الدولة وتنوع نشاطها الاقتصادي والاجتماعي، بشكل أدى لإحداث تغيرات كبيرة فيما قامت عليه فكرة المرفق العام من قواعد.

فالمرجحين لمعيار المرفق العام حاولوا أن يجدوا أكثر من سبب للاكتفاء به للتمييز واستبعاد ما دونه، ومن ذلك إنَّهم يذهبون إلى أن يعد العقد إدارياً إذا كان يتعلق بتحقيق هدف من أهداف المرفق العام بطريقة مباشرة وحالة، أمّا العقود التي لا تعمل على تحقيق هذا الهدف المباشر فهي ليست إلا عقود القانون الخاص وإن كانت نيَّة الإدارة منصرفة بصورة غير مباشرة لتحقيق أهداف المرفق العام، بيد أنَّ الكثير من أحكام القضاء كانت تنحو باتجاه معارضة هذا الأمر، علاوة على أنَّه لا يوجد ضابط ثابت لما يمكن عده هدفاً مباشر أو غير مباشر للمرفق العام(٦٠).

ثم حاول هؤلاء المؤيدين العمل على التمييز بين مرافق إدارية بحتة وأُخرى اقتصادية، فعمدوا إلى القول بأنَّ ما يتعلق بالنوع الأول هي عقود إدارية فيما تعد عقود مدنية ما يتعلق بالمرافق الاقتصادية بيد أنَّ القضاء ردَّ هو أيضاً في هذا الجانب حينما عدَّ العقود المتعلقة بمرافق اقتصادية عقوداً إدارية إذا توافرت شروط استثنائية تختلف عن شروط الأفراد فيما بينهم(٦١).

والحق يذكر هنا، أنَّ معيار المرفق العام وبرغم ما قيل للنيل منه، ورغم كل ما تعرض له من أزمات شديدة كان محل اهتمام جانب كبير من القضاء(٦٢)، حتى إنَّ غالبية الفقه الفرنسي يرى بأنَّ لهذا المعيار من الكفاية الذاتية ما تمكنه من تحديد العقد الإداري لوحده وتغني عن البحث في أمور أُخرى معه.

وممّا لا شكَّ في دور هذا المعيار هنا، إلا أنَّه قد لا يكفي للقطع والجزم في تكييف العقد، مما يجعلنا نصل في خاتم القول بالبحث فيما قد يعول عليه كمعيار آخر بعد أنَّ دبَّ الوهن في دور المرفق العام هنا، فلم يعد قادراً لوحده على أن يكون من معايير تمييز العقد الإداري.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

الفصل الثالث

معيار الشروط الاستثنائية

نتيجة للانتقادات التي أُلقيت على معيار المرفق العام فقد انصرف الفقه والقضاء للبحث عن معيار آخر لتمييز العقد الإداري، وكان ملجأ القضاء ووجهته التالية نحو الشرط الاستثنائية أو الغير مألوفة التي يمكن أن يحتويها العقد، أو ما يعرف عند البعض بمعيار إتباع وسائل القانون العام.

ولقد برز هذا الاتجاه في عام ١٩٠٣م بصدور قرار مجلس الدولة الفرنسي في القضية المشهورة باسم (Terrire) وتقرير مفوض الدولة (Romieu) التي صدر الحكم بالاستناد إليه، فقد أكَّد على ضرورة أن يحتوي العقد على شروط استثنائية حتى يعد عقداً إدارياً، وذلك إنَّ فكرة المرفق العام وإن كانت ذات أهمية في أعمال الإدارة، إلا أنَّ هذه الأخيرة قد تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إن هي رأت جدوى تلك الوسائل في تسيير المرفق العام[٦٣].

فالإدارة بعدها سلطة عامة كان لها أن تستخدم وسائل القانون العام، فتضمن العقود التي تبرمها بشروط استثنائية غير مألوفة، ولكن ما هي هذه الشروط ؟ وهل هي فعلاً تعد كذلك معياراً لتمييز العقد الإداري ؟ وما هو حظها من التأييد والانتقاد ؟! هذا كله ما سنتناوله تباعاً في هذا الفصل.

المبحث الأول- مفهوم الشروط الاستثنائية

يستلزم الفقه والقضاء على ضرورة أن تفصح الإدارة عن نيتها بأن تتضمن عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وذلك حينما تختار أسلوب القانون العام في إبرام تلك العقود[٦٤].

غير أنَّه دار الجدل في الفقه والقضاء حول مفهوم هذه الشروط، وهذا الأمر يلزمنا أن نقف عند مفهوم كل منهم لهذه الشروط.

المطلب الأول: مفهوم الشروط الاستثنائية عند الفقه:

تنحدر الأفكار الفقهية حول هذا المفهوم لتصب في اتجاهين، يذهب كل منهما ليعطي للشروط غير المألوفة فكرتها على وفق ما يراه، وهذان الاتجاهان هما:

الأول: ويرى أصحابه بأنَّ الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي لا يستطيع الأفراد أن يضمنوها عقودهم الخاصة، ذلك لانَّ إدراج مثل هذه الشروط في عقود الأفراد الخاصة يعتبر غير مشروع ومخالف للنظام العام، أو أن تلك الشروط تتسم بالسلطة العامة ويقتضي أن يكون أمر انتمائها مقصور على الإدارة دون سواها[٦٥].

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

فهؤلاء يرون أنَّ الشروط الاستثنائية إنَّما تنطوي على عنصر السلطة وتعد أحد أهم مظاهر تلك السلطة ومن ثم يستحيل تحققها في عقود الأفراد الخاصة[٦٦].

الثاني: ويجنح أهله إلى عدم الاكتفاء بالقول وفق ما أورده أصحاب الاتجاه الأول، ولكنَّ إنَّ هذه الشروط أيضاً تشمل كذلك الشروط غير المألوفة أصلاً في عقود القانون الخاص، فتكون عندهم هذه الشروط هي تلك التي من الغرابة بطبيعتها بشكل تختلف فيه عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها في ظل القانون المدني والتجاري[٦٧].

ونحن نميلُ بدورنا إلى من يرى بأنَّ الشروط الاستثنائية هي التي تتسم بطابع السلطة العامة التي يمكن أن تدرج في عقود الأفراد لأنَّها تستمد وجودها من خلال السلطة العامة ممثلة بالإدارة كطرف في العقد، هذا بالإضافة إلى أنَّ هذه الشروط حينما توجد في عقود الأفراد تؤدي إلى اختلاف مبدأ المساواة الذي يجب أن يسود العلاقات التعاقدية بين الأفراد.

المطلب الثاني: مفهوم الشروط الاستثنائية عند القضاء:

وفيما يعود للقضاء بخصوص مفهوم الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة، فإنَّنا حين نقلب أحكام هذا القضاء في فرنسا ومصر لا يمكن لنا أن نخلص منهما بمفهوم واضح يربط عناصر الشرط الاستثنائي أو يحدد مقوماته، ومرد ذلك أنَّ جل الأحكام التي صدرت من القضاء الفرنسي أو القضاء المصري تكتفي فقط عند حد الإشارة إلى احتواء العقد على شروط استثنائية، دون أن تحدد لنا تلك الشروط[٦٨].

ومن محاولات مجلس الدولة الفرنسي في تعريف الشروط الاستثنائية ما ورد بحكمه الصادر في ١٩٥٠/١٠/٢٠ في قضية (Stien) حيث يقول هذا المجلس عن الشروط الاستثنائية (هي تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري)[٦٩].

وعلى حينٍ آخر فإنَّ محكمة القضاء الإداري في مصر ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٣/١٠ الذي جاء فيه (إنَّ العقد الذي يبرم بين مدير عام مصلحة السياحة والمتعاقد قد وصف بأنَّه عقد اتفاق على إيجار قطعة أرض، إلاّ أنَّه في حقيقته وجوهره عقد استغلال جزء من مرفق اصطياف بغرض الانتفاع والاستمتاع بشاطئ البحر، ويلتزم فيه المتعاقد بإقامة السكن على الأرض المؤجرة وفقاً للنماذج التي تعدها مصلحة السياحة وفي حالة المخالفة يلغى العقد وتصادر التأمينات بكل أنواعها، كما نصَّ العقد على أنَّه على المستأجر إزالة جميع المباني التي أنشأها إذا طلبت منه المصلحة ذلك في أي وقت)[٧٠].

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

هذا بالإضافة إلى أنَّ المحكمة الإدارية العليا في مصر قد ذهبت في حكم لها صدر بتاريخ ١٩٩٧/٣/١٠ للكلام عن الشروط الاستثنائية حينما جاء في هذا الحكم (وقد تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة ومنها حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار)[٧١].

المبحث الثاني- صور الشروط الاستثنائية

لا بُدَّ أن يصل لعلمنا أنَّ الشروط الاستثنائية في العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع لحصر، بيد أنَّه يمكن ردها إلى قسمين، فمنها ما يتعلق بالشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة، أمَّا الأخرى فإنَّها تلك التي تحمل طابع القانون العام، وعلى هذا التقسيم سنتناول صور هذه الشروط.

المطلب الأول: الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة:

وتعود هذه الشروط في مجال العقود التي تبرمها الإدارة إلى الصور الآتية:

أولاً: شروط تتضمن امتيازات للإدارة قبل المتعاقد معها.

وتعد هذه الشروط خروجاً على مبدأ المساواة بين المتعاقدين في نطاق العقود المدنية، فيعتبر رجحان كفَّة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أهم ميزة في العقد الإداري[٧٢].

وقد تظهر هذه الشروط مع أول الخطوات في طريق إبرام العقد، ومثلها تلك الشروط التي تلزم مقدم العطاء في المناقصة أو المزايدة بالبقاء على إيجابه منذ تقديمه ولحين إرساء المناقصة بخلاف الإدارة فهي قد ترتبط بهذا الإيجاب بعد اعتماده أو قد لا ترتبط به إطلاقاً[٧٣].

وقد يكون للإدارة لاحقاً وأثناء تنفيذ العقد حق تعديله بإراداتها المنفردة، أو إنهاء العقد قبل الموعد المحدد دون الحاجة إلى أعذار المتعاقد أو تنبيهه[٧٤].

ثانياً: شروط تتضمن منح المتعاقد مع الإدارة سلطة في مواجهة الغير.

قد يتضمن العقد شروطاً تخول من تعاقد مع الإدارة قبل الغير نيابة عن الإدارة، فإذا كانت الشروط التي وردت في الفقرة أعلاه تعني استعمال الإدارة بنفسها مكنات الإدارة في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد، فإنَّ هذه الشروط هنا تمنح من يتعاقد مع الإدارة حق ممارسة ما هو حكر على الإدارة نيابة عنها، ومن الأمثلة على تكييف وضع الملتزم في عقد الامتياز في مواجهة المنتفعين بخدمة المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز[٧٥].

المطلب الثاني: الشروط التي تحمل طابع القانون العام

وهي شروط ترتبط بنظريات القانون العام وتستوحي مبادئ وأحكام هذا القانون، فهي شروط تلجأ إليها الإدارة في عقودها الإدارية، ولا يمكن تفسير هذه الشروط إلا في ضوء نظريات القانون العام، فهذه الشروط تخرج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقود

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

المدنية التي تبرمها الإدارة[٧٦]، لذا فإنَّ تضمين العقود بهكذا شروط هي دلالة على اعتبارات تسود العقود ألا وهي تحقيق النفع العام، ومن مثلها الشروط المرتبطة بالمصلحة العامة[٧٧].

وبقيَ لنا قبل أن ننهي القول هنا بأنَّ بعض العقود لا تحتوي شروط استثنائية وإنَّما تحيل إلى دفاتر الشروط[٧٨]، وهنا لا بُدَّ لنا أن نرجع على هذه الأخيرة للنظر في طبيعتها، وفيما لو كانت تحوي شروط استثنائية يصبح معها العقد إدارياً، أم شروط مألوفة لا تغير من طبيعة العقد في شيء ولا تجعله إدارياً[٧٩].

المبحث الثالث - تقييم معيار الشروط الاستثنائية

بعد إن فرغنا من عرض مفهوم الشروط المألوفة وصورها، يحق التساؤل هنا حول مدى كفاية هذا المعيار لتمييز العقد الإداري وهل هناك ما يؤخذ عليه ؟ وهل حقاً أنَّه أصبح عنده القول الفصل في تمييز العقد الإداري ؟!.

في بداية نشأة هذا المعيار كان الفقه يعده المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري، وأنَّه المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، فمضمون العقد هو الذي ينبأ عن وجود الشروط الخارجة عن القانون الخاص ونية الإدارة في أن تتمسك بمباشرة حقوق السلطة العامة التي تكشف بدورها عن الشروط الاستثنائية[٨٠].

وإن كان هذا الاتجاه هو الذي سلكه الفقه الفرنسي، واتخذ القضاء الفرنسي معه خطا موازياً في الكثير من أحكامه وسار على طريق معيار الشروط الاستثنائية لزمن غير قليل، ولكن الأمر الذي طرأ في ٢٠ نيسان عام ١٩٥٦ وفي حكم مجلس الدولة الفرنسي فيما يعرف بدعوى الزوجين بارتان عاد الجدل في مدى كفاية هذا المعيار، فبعد أن دفعت الوزارة المدعى عليها بأن العقد المبرم بينها وبين المدعين لا يتضمن شروطاً استثنائية وبذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض الدفع وذهب إلى أن العقد طالما كان مرتبطاً بمرفق عام فإنَّ ذلك وحده كافياً ليأخذ هذا العقد الطابع الإداري من غير حاجة في البحث عما إذا كان يحتوي شروطاً استثنائية[٨١].

ومن يمعن النظر في ملابسات هذا الحكم يجد أنَّ معيار الشروط الاستثنائية هو من كان يرجع إليه لتمييز العقد الإداري، وقد يتبادر للذهن أيضاً مع هذا الحكم بأنَّه سوف لن يعد لهذا المعيار ذكر يقال، أو في أقصى تصور أن الوقت سيمضي طويلاً حتى تعود لهذا المعيار الثقة التي سبق إن نالها.

بيد أنَّه بعد هذا الحكم السالف بعشرين يوماً فقط، اصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً آخر في قضية (Gondrand) يؤكد فيه على دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

حيث ذهب هذا المجلس في حكمه (إن العقد مدنياً لأنَّه لم يتضمن إحالة إلى دفاتر الشروط، وأنَّه ليس بين أحكامه ما يعد شرطاً استثنائياً)[٨٢]، مما يؤخذ على هذا المعيار أنَّه يؤدي لنتائج متباينة، إذ أنَّ الأمر لا يتعلق بمعيار رقمي من شأنه أن لا يثير الخلاف عند التطبيق، فقد يعد شرطاً من الشروط عند محكمة ما على أنَّه شرط غير مألوف في عقود القانون الخاص، غير أنَّه ليس كذلك عند محكمة غيرها[٨٣].

هذا بالإضافة إلى ما قد توجد من صعوبات حينما يتم إدراج هذه الشروط في مجال العقود المدنية التي تبرمها الإدارة في سبيل إدارة الدومين الخاص والتي استقرَّ القضاء في شأنها زمناً طويلاً على أنَّها من عقود القانون الخاص، وهذا الأمر على ما يبدو أنَّه راجع إلى أنَّ هذه الشروط يجب أن تكون متفقة مع طبيعة العقد، وإلا فإنَّ تضمين هذا العقد شرطاً استثنائياً يعتبر ضرباً من ضروب التعسف في استعمال الحق ويقرب العقد الإداري إلى عقود الإذعان المدنية[٨٤]، وعلى رغم هذا فإنَّ القضاء الحديث يعدها عقوداً إدارية تطبيقاً لمعيار الشروط غير المألوفة[٨٥].

على أنَّه رغم ما قيل من نقد لهذا المعيار، يمكن لنا ومن خلال متابعة الكثير من الأحكام القضائية أن نعد هذا المعيار بمثابة الظل لمعيار المرفق العام، أو هو الحلقة الثانية التي يدور حولها تمييز العقد الإداري، فالانتقادات لم تقضِ نهائياً على معيار الشروط الاستثنائية، وإنَّما هو معيار ينال ما يستحق من أمر تمييز العقد الإداري عندما لا تكون هناك قدرة على حسم ما إذا كان العقد يتعلق بتنفيذ المرفق ذاته، حتى غدا هنا الكلام عن المعيار المتناوب لتمييز العقد الإداري، جوهره الأخذ في التمييز بين معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية، فقد يجتمعان لهذا الأمر أو أن يحمل كل منهما عن الآخر مهمة التمييز[٨٦].

إلاّ إنَّ هذا كله لا يعني بالضرورة أن ينم لعلمنا أن معيار الشروط غير المألوفة إنَّما هو معيار مساعد، بل إنَّه معيار فاعل، حتى أنَّ القضاء كثيراً ما يستخدمه ويلجأ إليه لما فيه من اليسر، علاوة على أن يستطيع بمفرده إعطاء الصفة الإدارية لكل عقد[٨٧].

الخاتمة

رغم ما ناله العقد الإداري من أهمية في مضمار القانون الإداري، فإنَّ البحث عن معايير تمييزه كان لها من الأهمية ما حامت حول هذه المعايير آراء وتبنتها العديد من الأحكام التي نطق بها القضاء، فإنَّ كان هنالك من يتبنى في وجهة نظره أحد معايير التمييز، فكان هناك من يخالفه، حتى أنَّ القضاء لم يكن يدلي بدلوه في معيار واحد فقط، لذلك كان يقيم أحكامه على غير واحد من هذه المعايير.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

وقد نال القصور عن الواجب المنفرد لكل تلك المعايير، حيث إن صحَّ معيار واحد للتمييز في حالة ما، فإنَّه لا يقوى على أن يمتد ليحكم حالات أخر، فلم يكن معيار طرف الإدارة جديراً للتمييز لوحده ذلك لأنَّ الإدارة هي الإدارة سواء إن أبرمت عقداً مدنياً أو إدارياً، وبالتالي فوجود الشخص العام لا يصحّ اعتباره معياراً للعقد الإداري وإنَّما هو شرط يسبق التعريف، إذ قد توجد الإدارة ولا يوجد العقد الإداري، ولكن لا وجود للعقد الإداري بدون وجود الإدارة.

كما أنَّ معيار المرفق العام بالرغم من إعادة الحياة له بيد أنَّه لا يمكن القول بأنَّ العقود التي لا تنطوي على مشاركة في تنفيذ المرفق العام ذاته هي عقود القانون الخاص بشكل قاطع.

أما الشروط الاستثنائية فإنها لا تصلح إلا حينما لا توجد المشاركة في تنفيذ المرفق العام ذاته، حيث إنها كثيراً ما لا تنهض منفردة في مجال التمييز.

ولكن هذه الانتقادات بمجملها لا تعني انهيار معيار العقد الإداري، وإنَّما هي تدل على الصعوبات التي تمر بها هذه المعايير مما تحتاج فيه الأعمال مشرط الإصلاح محل التخلي عنها.

إذ من غير المنطقي والحال هذه التعامل مع هذه المعايير كالتعامل مع المعادلة الرياضية، لأنَّ الواقع كثيرا ما ينبأ بمشاكل تكون عصية على التجارب مع المنطق المجرد، فيكون المعيار الحقيقي ما هو إلا معيار تخييري مناط بالقضاء والذي عليه في هذه المهمة أن يوفق بين هذه المعايير الثلاثة وبين المنطق القانوني المجرد والمصلحة العامة.

فمناط الفصل في شأن تلك المعايير وأثر كل واحد منها في تمييز العقد الإداري إنَّما هو نسبي غير مطلق، وقد لا يكون لمعيار منها أي وجود بدون وجود المعيارين الآخرين أو أحدهما.

هذا ما يمكن لنا أن نخلص إليه في بحثنا هذا، ونشهد أن ما كان فيه من سداد وتوفيق فمن الله وحده، وما كان من نقص وعيب فهو من عند أنفسنا فلا علم لنا إلا ما علمنا الله فهو الهادي إلى الإصابة والسداد.

الهوامش

١. د. علي محمد بدير وآخرون، القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة: ٤٧٢.

٢. إلاّ أنَّ ذلك لا يمنع من تقنين بعض الأحكام من حيث إبرامها أو تنفيذها كتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨م.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

٣. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الإداري (دراسة مقارنة) وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع: ٢٢٣.

٤. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمّان، ٢٠١٠م: ٣١٧.

٥. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٨١.

٦. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (الكتاب الأول)، دار المسيرة، عمان، ط١، ١٩٩٨م: ٨٤.

٧. للمزيد انظر: د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٨٣ وما بعدها.

٨. د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦م: ١٢٢.

٩. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الأكاديمية العربية في الدنمارك، بدون سنة: ٢٦.

١٠. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٨٢.

١١. د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٣١.

١٢. د. خالد الظاهر، المصدر السابق: ٥٨، وانظر كذلك حكم المادة (٤٧ / الفقرات ب / ج / د) من القانون المدني العراقي.

١٣. د. خالد الظاهر، المصدر السابق: ٨٥

١٤. د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٣٢.

١٥. للمزيد حول ذلك انظر: د. حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر، الجزائر، بدون سنة طبع: ٤٩.

١٦. د. مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م: ٣٠.

١٧. للمزيد حول مفهوم الوكالة في القانون الإداري راجع د. مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة، المصدر السابق: ٣٤ وما بعدها.

١٨. د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٢٢٧.

١٩. د. مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة، المصدر السابق: ٤٠.

٢٠. للتوسع أكثر أنظر د. ماجد راغب الحلو. العقود الإدارية، ط١، الدار الجامعية بيروت، ٢٠٠٧م: ١٨ وما بعدها.

٢١. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٩: ٤٧.

٢٢. نقلاً عن د. فاروق أحمد ومحمد عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية: جامعة الموصل: ١٩٩٢: ٢٨.

٢٣. سامي حسن نجم، أثر القرار الإداري بالنسبة للغير. رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥م: ١٧.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

٢٤. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣: ١١ وما بعدها.

٢٥. المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩٨٠/٦/٢١ نقلاً عن د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة لإبرام العقود، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م: ٢٨.

٢٦. د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٢٧.

٢٧. د. مصطفى عبد المقصود، معيار العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م: ٩٠.

٢٨. مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات (١٩٦٦ – ١٩٦٩) نقلاً عن مصطفى عبد المقصود، معيار العقد، المصدر السابق: ٨٩.

٢٩. د. شاب توما ناصر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط ١٩٨٠م، ٤٣٥/١ نقلاً عن د. فاروق أحمد المصدر السابق: ٢٩.

٣٠. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، ط١، ١٩٨١م: ٦١، في رده على رأي للدكتور شاب توما منصور في الصفحة السابقة.

٣١. سنبحث في المرفق العام بحدود ما يتعلق بطبيعة دراستنا تاركين التفصيل في بعض الأمور (كالمبادئ التي تحكم المرفق العام) حتى لا نخرج عن نطاق بحثنا.

٣٢. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمّان، ٢٠١٠: ٣١٩.

٣٣. د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٣.

٣٤. د. خالد الظاهر، المصدر السابق: ٧٧.

٣٥. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٣٧.

٣٦. للمزيد أنظر: د. سعيد السيد علي، المبادئ الأساسية وأنظمة الحكم المعاصرة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة ٢٠٠٥م: ٢٢٨ وما بعدها.

٣٧. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٣٨.

٣٨. سورة الكهف الآية: ١٦.

٣٩. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المصدر السابق: ٦٧.

٤٠. للمزيد انظر: د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ١٤ وما بعدها.

٤١. تعريف الفقه الفرنسي هوريو نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٥.

٤٢. تعريف الفقيه الفرنسي مورو نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٥.

٤٣. تعريف الأستاذ وحيد فكري رأفت، وللمزيد في هذا الجانب انظر: د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٤٣.

٤٤. نقلا عن: د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٩١.

٤٥. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٤٥.

٤٦. المصدر السابق: ٢٤٥.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

٤٧. تعريف الدكتورة سعاد الشرقاوي، نقلاًعن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٦.

٤٨. نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، المصدر السابق: ٨٥.

٤٩. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٢٤٧.

٥٠. للمزيد، راجع د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق: ٧١ وما بعدها.

٥١. د. مازن ليلو راضي، المصدر السابق: ٧٣.

٥٢. نقلاً عن د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق: ٣٨.

٥٣. المصدر نفسه: ٣٨.

٥٤. نقلاً عن محمد جمال الذنيبات، النظام القانوني لعقد القرض القانوني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠١،: ٢٩ الهامش.

٥٥. نقلاً عن د. ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠٩: ٤٢٤.

٥٦. د. أحمد سلامة، المصدر السابق: ٢٢.

٥٧. تعرف عقود الأشغال بأنَّها اتفاق بين الإدارة واحد أشخاص القانون الخاص للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني لحساب الأشخاص الإدارية تحقيقاً لمنفعة عامة.

٥٨. يعتبر مبدأ انتظام سير المرافق العامة باطراد من المبادئ التي تحكم هذه المرافق لكونها تنشأ أساساً لإشباع الحاجات العامة وتقديم الخدمات وهذا لا يتحقق إلا باستمرار عمل المرفق العام، حيث يعتمد الأفراد على الخدمات التي يقدمها المرفق العام وبالتالي فإنَّ أي توقف يؤدي إلى إلحاق أضرار كبيرة بالأفراد.

٥٩. د. مصطفى عبد المقصود، معيار العقد، المصدر السابق: ٧٣.

٦٠. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد إداري، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٩: ٥٩.

٦١. د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٣١.

٦٢. راجع ما سبق أن تكلمنا عنه في هذا البحث من اتصال العقد بالإداري بالمرفق العام.

٦٣. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٥١.

٦٤. د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٢٤.

٦٥. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٤٨٥.

٦٦. د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٤٦.

٦٧. د. نواف كنعان، القانون الدولي، الجزء الثاني، دار الثقافة، عمَّان، ٢٠١٠: ٣٢٠.

٦٨. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٤٨٤.

٦٩. نقلاً عن د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٤٠.

٧٠. نقلاً عن د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٢٨.

٧١. د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٤٤.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

٧٢. د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٢٩.

٧٣. د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٤٩.

٧٤. للمزيد انظر: د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق: ١٧٣ وما بعدها.

٧٥. د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٥٠.

٧٦. د. عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق: ٥١.

٧٧. د. فاروق أحمد، المصدر السابق: ٢٤.

٧٨. وتعرف عندنا في العراق بالشروط العامة، ومنها الشروط العامة لأعمال هندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية والكيمياوية الصادرة عن وزارة التخطيط.

٧٩. د. أحمد سلامة بدر، المصدر السابق: ٣٢.

٨٠. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٦١.

٨١. راجع صفحة ١٦ من هذا البحث مضمون هذا الحكم.

٨٢. للمزيد أنظر: د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٦٦ وما بعدها.

٨٣. د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق: ٣٥.

٨٤. د. علي محمد بدير، المصدر السابق: ٤٨٨.

٨٥. د. مصطفى عبد المقصود، معيار العقد، المصدر السابق: ١٣٤.

٨٦. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية، المصدر السابق: ١٧٠.

٨٧. المصدر نفسه: ١٧١.

المصادر والمراجع

* القرآن الكريم.

١.د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

٢.د. حسني بو ديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر، الجزائر، بدون سنة طبع.

٣.د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (الكتاب الأول)، ط١، دار المسيرة، عمان ١٩٩٨م.

٤.سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٥م

٥.د. سعيد السيد علي، المبادئ الأساسية وأنظمة الحكم المعاصرة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٥م.

٦.د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة لإبرام العقد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

٧.د. علي محمد بدير، و د. عصام البرزنجي، و د. مهدي السلامي، القانون الإداري العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع.

PDF-XChange
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

٨.فاروق أحمد ومحمد عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل ١٩٩٢م.

٩.د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ط١، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧م.

١٠. د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، رسالة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد ١٩٩٩م.

١١. د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، الأكاديمية العربية في الدمارك، بدون سنة طبع.

١٢. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الإداري، (دراسة مقارنة)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع.

١٣. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ٢٠٠٩م.

١٤. د. محمد جمال الذنيبات، النظم القانوني لعقد القرض القانوني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠١م.

١٥. مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة في إبرام العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥

١٦. د. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.

١٧. د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، عمان ٢٠٠٦م.

١٨. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الجزاء الثاني، دار الثقافة عمّان: ٢٠١٠م.