مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 06 العدد: 01 السنة: 2019 ص ص: 578 - 594 رقم العدد التسلسلي: 15

الشروط الإستثنائية كمعيار مميّز لعقد الصفقة العمومية

The Exorbitant Clauses As A Criterion Of Distinction The Contract Of Public Market

تاريخ الإرسال: 2018/04/01 تاريخ القبول: 2018/12/16

أ/ عبابسة نورالدين (*)
جامعة أم البواقي
(باحث دكتوراه) - جامعة باتنة1
Nourdinebarbarous@gmail.com

ملخص:

كل العقود التي تبرمها الإدارة ليست عقودا إدارية، فرق جوهري بين العقود الإدارية وعقود الشريعة العامة للإدارة. ولتمييز العقود الإدارية اعتمد الاجتهاد القضائي في القانون المقارن عدة معايير منها الشروط الاستثنائية وهو المعيار الذي تناولناه بالدراسة لتمييز عقد الصفقة العمومية في ظل انكسار معيار المرفق العام والمعيار العضوي الذي ما زال مجلس الدولة في الجزائر يعتمده .

الكلمات المفتاحية: عقد؛ صفقة عمومية؛ شرط استثنائي؛ معيار مميز.

Abstract:

All the contracts concluded by the administration are not administrative contracts. A substantial distinction opposes the administrative contracts and the contracts of the common law of the administration. To distinguish the administrative contracts the jurisprudence in comparative law adopted several criteria among them the exorbitant clauses of which this study was dedicated to distinguish the contract of public market considering the decline of the criteria of the public and organic service that the Council of State in Algeria is constantly adopting

Keywords: Contract; public market; exorbitant clause; criterion of distinction.

(*)- **المُؤَلِفْ المُرَاسِل:** عبابسة نورالدين،
Nourdinebarbarous@gmail.com

مقدّمة

تقوم الإدارة بجملة من النشاطات منها ما هو عمل مادي ومنها ما هو عمل قانوني.

فالصّنف الأول من الأعمال لا تهدف الإدارة العامة من ورائه إلى إحداث أثر قانوني أمّا الصّنف الثاني من الأعمال فيشمل التصرّفات القانونية التي تقوم بها الإدارة العامة تستهدف من ورائها توليد آثار قانونية، وتأخذ التصرفات القانونية صورتين:

الأولى تشمل التصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة وتسمّى بالقرارات الإدارية أمّا الصورة الثّانية فتشمل التصرّفات القانونية التي تقوم بها الإدارة بالاشتراك مع أطراف أخرى ومن ثمّ تحتاج إلى توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معيّن؛ وهو ما يعرف بالعقود الإدارية.

إلا أنّ كل العقود التي تبرمها الإدارة ليست عقودا إدارية، فرق جوهري يميّز بين العقود الإدارية بالمعنى الدّقيق وعقود القانون الخاص (الشريعة العامّة) للإدارة. وعلى هذا الأساس وجب إيجاد معيار يميّز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص للإدارة.

و في سبيل ذلك اعتمد القضاء الإداري في التشريعات المقارنة عدة معايير للتمييز بين العقدين.

وبالرّجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرّخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمّن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فظاهره يوحي بأن الصفقة العمومية عقد إداري إعمالا للمعيار العضوي الذي اعتمده المشرّع .

أمّا فيما يخص القواعد الإجرائية وباستقراء نصوص القانون 09/08 المؤرّخ في 25 فيفري 2008 المتعلّق بالإجراءات المدنية والإدارية نجد بأنّ المشرع قد اعتمد ذات المعيار لعقد الاختصاص للقضاء الإداري في المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها .

والملاحظة الأوّلية التي يمكن إبداؤها باستقراء نصوص القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية المذكورة أعلاه هي تضعضع كل من المعيار العضوي والمعيار المادي لتحديد الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية.

و من ثمّ أثرنا الإشكالية الأساسية لموضوع بحثنا ومؤدّاها:

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

في ظل انكسار المعيار العضوي والمعيار المادي هل يمكن إعمال الشروط الاستثنائية كمعيار مميّز للصفقة العمومية كعقد إداري؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا أساسا المنهج التحليلي الوصفي لتماشيه مع خصوصية البحث واستثناءً اعتمدنا المنهج التاريخي على سبيل الاستئناس.

و قد قسّمنا الدراسة إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ماهية الشرّط الاستثنائي من خلال ثلاثة مطالب خصصنا المطلب الأول للتعريف بالشرط الاستثنائي أما المطلب الثاني أفردناه للأساس القانوني للشرط الاستثنائي وتناولنا الطبيعة القانونية للشرط الاستثنائي في مطلب ثالث.

أمّا المبحث الثاني خصصناه لصور الشروط الاستثنائية ومدى كفايتها كمعيار مميّز للصفقة العمومية كعقد إداري، حيث تناولنا في المطلب الأول الشروط الاستثنائية التي تخوّل للمصلحة المتعاقدة امتيازات غير مألوفة تجاه المتعاقد معها أمّا الشروط الاستثنائية التي تمنح للمتعاقد امتيازات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص أفردنا لها المطلب الثاني أمّا المطلب الثالث عرضنا من خلاله موضع فكرة الشروط الاستثنائية ضمن معايير تمييز العقد الإداري.

المبحث الأول: ماهية الشّرط الاستثنائي

للوقوف على مدلول الشّرط الاستثنائي كمصطلح قانوني، ارتأينا تناول تعريفه (المطلب الأول)، تبيان أساسه (المطلب الثاني)ثمّ طبيعته القانونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الشّرط الاستثنائي

الشّرط لغة هو ما يشترطه الإنسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو غيره، وهو بذلك علامة تميّز العقد عمّا يشابهه[1].

أما في الشريعة الإسلامية فللشّرط معنيان[2]:

الأوّل: هو الأمر الزّائد عن ماهية الشّيء وحقيقته الشّرعية فوجود الشّيء متوقف على وجوده ويعدم بعدمه.

أمّا الثّاني: فهو ما يرتّبه المتصرّف من التزام في تصرّفه زائدا على أصل التصرّف ويستوي في ذلك أن يكون الالتزام الزّائد من مقتضى التصرّف أم لا وسواء أكان فيه منفعة للملتزم له أو لغيره أم لا.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

و من ثمّ فإن للشّرط خصـائص ومقومـات؛ فهـو أمـر مستقبليٌّ، غير محقق الوقـوع وقد يتوقّف وجود المشروط على الشّرط، فمتى وجد الشّرط وجد المشروط ومتى انعدم الأول انعدم الثّاني[3].

و قـد تنـاول المشـرّع الجزائـري الشـرط في البـاب الثالـث مـن القـانون المـدني[4]. وباستقراء نصوصه نجد بأن المشرع الجزائري قد قسّم الشّرط قسمـان: شـرط فـاسخ وشرط واقف.هذا عن الشّرط فماذا عن الشّرط الاستثنائي؟

لبيان ذلك لا بدّ من الوقوف عند التعريف القضائي (الفرع الأول) ثمّ التعريف الفقهي (الفرع الثاني) للشّرط الاستثنائي.

الفرع الأول: التعريف القضائي

لقـد ظهـر مصـطلح الشـروط الاسـتثنائية عـن القـانون العـادي les clauses exorbitantes du droit commun لأول مرة بتاريخ 1912/07/31 مـع قـرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Société des granits porphyroïdes des Vosges [5]

و منذ ذلك التاريخ لا يزال القضاء الإداري يردّد هذا المصطلح في العديد من قراراته ومن بين التعاريف التي خصّه بها ما أورده في قراره المتعلق بقضية Stein: "بأنّه الشّرط الذي من أثره أن يمنح للطّرفين حقوقا أو يرتّب على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عـن تلـك الـتي يمكـن أن يوافـق عليهـا بحرّيـة مـن يتعاقـد في إطـار القواعـد المدنيـة والتجارية"[6].

أما في مصر فقد عرّفتها المحكمة الإدارية العليا بأنّها: "تلك الشّروط التي تميّز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد"[7].

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

عرّف الأستاذين J.Rivéro و.J Waline الشّرط الاستثنائي بأنّه "الشّرط الـذي يعدّ باطلا في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام"[8].

في حين الأستاذ أحمد محيو يرى في الشروط الاستثنائية بأنّها: "عبارة عن نصوص أو بنود لا نجدها عادة في العقود بين الأفراد ومن ثمّ سمّيت بالبنود غير المألوفة"[9].

في ظل هـذا التبـاين بـين الفقـه والقضـاء الإداريـين لتحـديد مضـمون الشـرط الاستثنائي، بات من الصّعب تحديد أساس قانوني له.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

المطلب الثاني: الأساس القانوني للشّرط الاستثنائي

بعد تراجع دور المرفق العام كمعيار مميّز للقانون الإداري عامة وللعقد الإداري على وجه الخصوص، أصبحت الشروط الاستثنائية – عند جمهور الفقه الإداري – هي المعيار المميّز للعقد الإداري، إلا أنّهم اختلفوا حول الأساس الذي يقوم عليه الشّرط الاستثنائي في عقد ما ليضفي عليه الصّفة الإدارية وانقسموا في ذلك ثلاثة آراء .

الفرع الأول: الأساس الشّخصي

قوام هذا الأساس حرّية اختيار وسائل التعاقد لدى المتعاقدَينِ [10]– الإدارة والمتعاقد معها- وذلك بإتباع أسلوب القانون العام أو الخاص.

و إنّ تضمين العقد شروطا استثنائية يعتبر دليلا غير مباشر للطبيعة الإدارية للعقد، إذ لا يحدّدها مباشرة إنّما يحدّد فقط اتجاه نيّة المتعاقدين إلى إبرام عقد إداري[11].

الفرع الثاني: الأساس الموضوعي

يرى أنصار هذا الأساس[12] بأن دور الشروط الاستثنائية لا يقتصر فقط على الكشف عن نيّة طرفي العلاقة العقدية في إبرام عقد إداري فحسب بل يحدّد أيضا الطبيعة الإدارية للعقد؛ وهي نوعان:

أولا- الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص وهي شروط لا تضفي الصفة الإدارية على العقد كون مثل هذه الشروط قد يكون لها وجود في عقود القانون الخاص إنما هي غير مألوفة الاستعمال[13].

ثانيا- الشروط الاستثنائية المتّسمة بطابع السلطة العامة وهي التي تضفي الطبيعة الإدارية على العقد مثل سلطتي الإدارة في التعديل الانفرادي والإنهاء المبتسر للعقد.

الفرع الثالث: الأساس العملي

يرى أنصاره[14] بأن الشروط الاستثنائية تقوم على اعتبارات عملية كونها غريبة عن القاضي المدني وأن القاضي الإداري هو صاحب الخبرة الواسعة للنظر في المنازعات المثارة بشأنها. ولا يجب أن يفهم من الشروط الاستثنائية تلك الشروط المستحيلة أو الباطلة في عقود القانون الخاص بل تلك الشروط الكاشفة عن نيّة المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام للتعاقد، كما أنّها تستمد أصلها من دفاتر الشروط.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

ومن ثمّ فالاعتبارات العملية تثري وتدعّم الأساس الشّخصي المستمد من نيّة المتعاقدين وتجعل من وجود الشروط غير المألوفة معيارا كافيا للاستدلال على العقد الإداري[15].

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشّروط الاستثنائية

لم تلقى الطبيعة القانونية للشّروط الاستثنائية إجماعا فقهيا ولا قضائيا وانقسموا بشأنها اتجاهين:

الشروط المعبّرة عن امتيازات السلطة العامة (الفرع الأول) والشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الاستثنائية المعبرة عن امتيازات السلطة العامة

يخضع تنفيذ العقد الإداري لقواعد مميّزة تختلف عن قواعد القانون الخاص. حيث تستأثر الإدارة المتعاقدة بجملة من الامتيازات في مواجهة المتعامل المتعاقد معها[16].

حيث يرى جانب من الفقه[17] بأن إدراج مثل هذه الشروط في العقود الخاصة يعتبر مخالفا للنظام العام.

وهو ما ذهب إليه الأستاذين J.Rivéro et J.Waline[18] حيث يريا بأنّه من المستحيل وضع الشروط التي تتعارض مع الحرية التعاقدية والتي لا أثر لها في عقود الأفراد داخل عقد من عقود القانون الخاص دون مخالفته النظام العام إذ تعتبر بالتأكيد شروطا استثنائية.

مما سبق ذكره فإن الشروط الاستثنائية المعبرة عن امتيازات السلطة العامة إنّما هي شروط تخرج عن المبادئ العامة للتعاقد في ظل قواعد القانون الخاص؛ وليس من الضروري أن تكون مخالفة للنظام العام، إنّما هي قواعد غريبة عن العقود المدنية من ذلك منح امتيازات للإدارة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها أو منح هذا الأخير بعضا من امتيازات السلطة العامة تجاه الغير.

الفرع الثاني: الشروط الاستثنائية غير المألوفة في قواعد القانون الخلص

بخلاف الاتجاه الأول الذي صنّف الشروط الاستثنائية اعتمادا على مدى احتوائها على مظاهر وامتيازات السلطة العامة فإن الاتجاه الثاني اعتمد في تصنيفه على الطابع غير المألوف لتلك الشروط التي قد يتضمّنها عقدا ما حتى يضفي عليه

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

الصبغة الإدارية ويخرجه من دائرة عقود القانون الخاص؛ من تلك الشروط غير المألوفة ما يرجّح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وفي ذلك خروج عن مبدأ المساواة بين المتعاقدين. حيث يرى بعض الفقه[19] بأن سلطة الفسخ لمصلحة المرفق العام تبقى قائمة حتى في حالة عدم اشتمال بنود العقد عليها.

إلا أن الفصل في كون الشرط مألوفا أو غير مألوف أمر ليس باليسير ولا يتمّ التوصل إليه إلا بالبحث في موضوع العقد ودراسة ظروفه للوقوف على ما يتلاءم مع قواعد القانون الخاص وما لا يتلاءم معها فيعدّ غير مألوف[20].

غير أن جانبا من الفقه[21] يرى أن تضمين العقد الإداري شروطا هي من روح العقد ومما جرى به العرف أو فيها نفع لأحد المتعاقدين أو للمرتفقين وليست بالضرورة شروطا خارقة أو غير مألوفة على النحو الذي يحاول الفقه والقضاء تصويرها فليس في الأمر استثناء .

إلا أن هذا الرأي مردود على صاحبه - ولم يلقى رواجا - وبحسبنا أن نضيف إلى الانتقادات التي وجّهت له الإحالة إلى القرارات القضائية في القوانين المقارنة حيث اعتمد القضاء الشروط الاستثنائية -حتى وإن لم يحدّدها أو لم يبيّن الأساس الذي اعتمده في التحديد- كمعيار مميّز للعقود الإدارية.

المبحث الثاني: صور الشروط الاستثنائية ومدى كفايتها كمعيار لتحديد الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية

بعد أن عرّفنا بالشروط الاستثنائية وبيّنا أساسها وطبيعتها القانونية آثرنا إبراز بعضا من هذه الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص، سواء ما تعلّق بسلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها (المطلب الأول) أو ما يستأثر به هذا الأخير من امتيازات غير مألوفة (المطلب الثاني) ثمّ الوقوف عند مدى كفاية هذه الشروط الاستثنائية كمعيار مميّز للصفقة العمومية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: امتيازات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها

تستأثر الإدارة المتعاقدة بجملة من السلطات، في مواجهة المتعاقد معها، لا مثيل لها في القواعد المنظمة للعقود الخاصة ومصدر هذه الامتيازات إما القواعد العامة المطبقة على كل عقد أو البنود الخارقة للمألوف التي يتضمّنها وهذا المصدر الأخير هو

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

الذي سنخصّه بالدّراسة من خلال استقراء نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 وذلك بعرض سلطتي التعديل الانفرادي (الفرع الأول) توقيع الجزاءات والإنهاء الانفرادي للصفقة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة التعديل الانفرادي

إذا كان العقد شريعة المتعاقدين هو المبدأ السائد في عقود القانون الخاص، فمن أهم المميّزات التي تستأثر بها الإدارة المتعاقدة، سلطة التعديل الانفرادي لبنود العقد. وهي شرط استثنائي غير مألوف لو ورد في عقود القانون الخاص لأبطلها[22].

و يعود تاريخ الإقرار بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لبنود العقد إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرّخ في 11 مارس 1910 في قضية C^ie générale française des tramways[23].

واعتبرت سلطة التعديل الانفرادي - لمدة طويلة- النموذج المثالي (l'archétype) لامتيازات الإدارة[24] والطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميّز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية[25].

في حين أنكر جانب من الفقه[26] سلطة التعديل الانفرادي باعتبارها سلطة خطيرة إذا تركت دون تنظيم.

وعليه، متى ورد التعديل الانفرادي وفقا للضوابط التي تحكمه يصبح ملزما لجهة المتعاقد ولا مناص له من تنفيذه وإلا ترتبت عليه المسؤولية العقدية مما يخوّل للإدارة المتعاقدة، الحق في توقيع الجزاءات عليه.

الفرع الثاني: سلطة توقيع الجزاءات والإنهاء الانفرادي للصفقة

إن توقيع العقوبات على المتعامل المتعاقد هو حق للمصلحة المتعاقدة مخوّل لها طبقا للمبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية إعمالا لمبدأ الأولوية[27].

لكن قبل أن تصير هذه السلطة حقا بيد الإدارة - كما هو الآن- وواجب عليها لا تستطيع التنازل عنه، قد مرّت بمراحل:

حيث كان المبدأ السائد عند الفقه والقضاء الإداري في فرنسا أنّه لا يمكن للإدارة إلا توقيع الجزاءات العقدية دون سواها ثمّ اعترف لها بسلطة توقيع الجزاءات غير العقدية ولكن ليس بنفسها بل عن طريق القضاء. ولما كان الجزاء العقدي ليس له

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

الطابع الرّدعي إنّما هدفه الحفاظ على حسن سير المرفق العام، وقد يأخذ القضاء وقتا طويلا، قبل النطق بالجزاء يكون خلاله تلكأ المتعاقد قد ألحق بالمرفق العام ضررا لا يمكن جبره وهي نتيجة يجب تفاديها.

و من ثمّ اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون الحاجة لنص عقدي وذلك في قراره[28] الصادر بتاريخ 20 أكتوبر1920 في قضية Cie de navigation sud atlantique .

و اعتبرت بذلك سلطة الإدارة في توقيع مختلف الجزاءات على المتعاقد معها شرطا استثنائيا غير مألوف، ومن أبرز تلك الجزاءات:

أ- الجزاءات المالية: كالغرامات التأخيرية[29] ومصادرة الضمان[30].

ب- الجزاءات الضاغطة: مثل وضع المشروع تحت الحراسة والشّراء على حساب المورّد، فإذا ما أخلّ المتعاقد معها بالتزاماته تحرّكت الإدارة مستعملة وسائل قهرية تحمله على الوفاء بالتزاماته[31].

ج- الجزاءات الفاسخة: بعد أن تكون كافة الوسائل قد أ جدبت في إصلاح المتعاقد مما يفقد الإدارة الثقة في التعامل معه، تلجأ إلى توقيع قمّة الجزاءات عليه ألا وهو الفسخ الجزائي.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 نجد بأن المشرّع قد خوّل المصلحة المتعاقدة سلطة الفسخ الانفرادي للصفقة بمقتضى المادة 149 حيث تنص: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، ...، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد...". ومن ثمّ، فاشتمال بنود الصفقة على بعض حالات الفسخ لا يعني عدم وجوبه بالنّسبة لغيرها، فمعيار إعمال هذه السلطة جسامة الخطأ لا نص العقد[32].

ويأخذ الفسخ الانفرادي صورتان:

الأولى هي الفسخ الجزائي وقد سبقت الإشارة إليه أعلاه أما الصورة الثانية فهي الفسخ لأجل المصلحة العامة. وهو ما نصّت عليه المادة 150 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء فيها: "يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة ...".

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

ويرى جانب من الفقه[33]، من خلال سلطة الفسخ الانفرادي لأجل المصلحة العامة تجلّي إحدى الخصائص الأصيلة للعقد الإداري وتشكّل النموذج الحي للشرط الاستثنائي غير المألوف.

المطلب الثاني: الشروط الاستثنائية التي تمنح للمتعاقد امتيازات غير مألوفة

إن الامتيازات الخطيرة التي تستأثر بها المصلحة المتعاقدة والتي سبقت الإشارة إليها أعلاه، تجعل الأفراد ينفرون من التعاقد معها. لأجل ذلك؛ وترغيبا لهم للتعاقد معها أقرّ القضاء الإداري في فرنسا جملة من الامتيازات للمتعاقد، عُدّت شروطا استثنائية غير مألوفة مثل إعادة التوازن المالي للعقد (الفرع الأول) واستئثاره ببعض امتيازات السلطة العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إعادة التوازن المالي للعقد

إن العدالة تقتضي أن تحقق الصفقة العمومي توازنا شريفا بين الأعباء التي يتحمّلها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها حتى لا تكون الصفقة العمومية مغرما له[34]. وهذه المعادلة المالية للعقد هو مبدأ قضائي أقرّ الفقه ومؤدّاه:

إذا ما طرأت - بعد الانعقاد وأثناء التّنفيذ -ظروف من شأنها زيادة أعباء المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب من واجب الإدارة المتعاقدة أن تتحمّل جزءا من هذه الأعباء مساهمة منها في التّخفيف من الخسائر التي لحقت بالمتعاقد معها حتى يعود التوازن المالي للعقد مرة أخرى.

و لقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد لأول مرّة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الإمتياز، وصاغها المفوّض Léon Blum في تقريره الذي قدّمه في قضية Cie française des tramways والتي صدر فيها قرار مجلس الدولة بتاريخ 11 مارس 1910[35].

و باستقراء نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 نجد بأن المشرّع قد تبنّى صراحة فكرة التوازن المالي للصفقة وذلك بموجب المادة 153 حيث تنص "... يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، 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، ... ".

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

و فكرة التوازن المالي للعقد هي أساس عام تولّدت عنها نظريات قضائية إدارية ثلاث: (المخاطر الإدارية، المخاطر الاقتصادية، المخاطر المادية) وملخص هذه النظريات - سواء من حيث أساسها، شروط إعمالها أو آثارها - تعدّ شروطا غير مألوفة في القواعد التي تحكم عقود القانون الخاص وبذلك فهي تكوّن معيارا مميّزا للصفقة العمومية كعقد أداري.

الفرع الثاني: استئثار المتعاقد ببعض امتيازات السّلطة العامة

إن البنود التي تسمح للمتعاقد بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير تعتبر شروطا استثنائية[36] تحمل الطابع الإداري للصفقة. من أبرز تلك الشروط ما يخوّل للمتعامل المتعاقد الحق في الحصول على الرسوم من المرتفقين ؛ وهو ما نصت عليه المادة 210 ف2 من المرسوم الرئاسي 15/ 247[37]. كما أن صفقة الأشغال العمومية تخوّل للمقاول حق الاستيلاء المؤقت على العقارات واستعمال الأراضي المجاورة للمشروع محل الصفقة لنصب الآلات والمعدّات.

المطلب الثالث: الشروط الاستثنائية ومعايير تمييز الصفقة العمومية

في ظل غياب معيار جامع مانع لتمييز العقد الإداري، تضاربت القرارات القضائية ومن ورائها الآراء الفقهية حول المعيار الرّاجح. حيث غلّب أصحاب الرّأي الأول المعيار المزدوج (الفرع الأول) في حين رجّح أصحاب الرّأي الثاني الشروط الاستثنائية كمعيار لتمييز العقد الإداري إلا أن هذا الأخير لم يسلم من النقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعيار المزدوج

لتمييز العقد الإداري ظلّت الكفة تتأرجح بين معيار المرفق العام ومعيار الشروط الاستثنائية. وذهب كل فقيه يدعّم رأيه ببعض القرارات القضائية سواء لمجلس الدولة أو لمحكمة التنازع الفرنسيين، والتي أقل ما يقال عنها أنها متقلّبة وغير ثابتة. حيث تعتمد حينا المرفق العام كمعيار مميّز للعقد الإداري وأحيان أخرى تعتمد الشروط الاستثنائية غير المألوفة.

حيث يتزعّم العميد Vedel الاتجاه القائل بأن الشروط الاستثنائية هي المعيار الحقيقي للعقد الإداري، بل إنه المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد[38].

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وموازاة للاتجاه الأول ظهرت مدرسة استأثرت باهتمام جانبا من الفقه بعد صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 20 أفريل 1956 فيما يعرف بقضية[39] Epoux Bertin حيث يرى فيه أنصار مدرسة المرفق العام إحياءً لنظرية المرفق العام.

وما زالت قرارات القضاء الإداري في القوانين المقارنة – فرنسا ومصر سيما فيما يتعلق بالصفقات العمومية - في مدّ وجزر للاختيار فيما بين المرفق العام والشروط الاستثنائية أيّهما أصلح كمعيار مميّز للعقد الإداري؛ وكذلك دار في رحاها الفقه الإداري[40].

إلى أن حُسم هذا الجدل بتدخل المشرع الفرنسي، من جهة، بما يعرف بـ: La Loi "MURCEF" [41] حيث أصبغ، على الصفقات المبرمة طبقا لقانون الصفقات العمومية، الطابع الإداري، ومن جهة أخرى، لم تضفي، محكمة التنازع الفرنسية، الطبيعة الإدارية، على الصفقات المبرمة من قبل المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية التابعة للدولة ما لم تتضمن شروطا استثنائية [42]، في حين أنكرت ذات المحكمة الطبيعة الإدارية على عقود الأشخاص المعنوية الخاصة حتى ولو أُبرمت طبقا لقانون الصفقات العمومية [43].

أما في مصر فقد استقر الاجتهاد القضائي – لإضفاء الطابع الإداري على عقد ما- على وجوب توافر ثلاثة شروط مجتمعة:

-1 أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا عاما.

-2 أن يكون محل العقد مرتبطا بمرفق عام.

-3 أن يتضمّن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة.

في حين مجلس الدولة في الجزائر اعتمد ولا يزال المعيار العضوي – رغم انتكاسه - في تمييزه للعقد الإداري[44].

ومن ثمّ فإن التساؤل يثار عن مدى صلابة الشروط الاستثنائية وعن مدى كفايتها كمعيار مميّز للعقد الإداري في ظل الانتقادات التي وجهت إليها.

الفرع الثاني: انتقادات معيار الشروط الاستثنائية

كما هو شأن المرفق العام، لم يسلم معيار الشروط الاستثنائية من سهام النقد سيما من أنصار مدرسة المرفق العام.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

حيث يرى R.Chapus بأن الشروط الاستثنائية شروط غير عادلة، منتقدا في ذلك امتيازات الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها[45] .

أما J.Lamarque يرى في معيار الشروط الاستثنائية معيارا ثانويا بجانب المرفق العام وأن شوكته قد انكسرت بصدور قرارEpoux Bertin [46] السابق ذكره.

و لقد ردّ أنصار الشروط الاستثنائية على منتقديهم حيث يرى الأستاذ ثروت بدوي[47] بأن المعيار المميّز للعقد الإداري في الوقت الحاضر هو اشتماله على شروط استثنائية، سواء اعتبرت تلك الشروط كذلك نظرا لاتسامها بطابع السلطة العامة أو لأنها شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص؛ وقد سايره في طرحه بعض من الفقه[48] .

ومن جانبنا نرى بأن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها؛ كيف يسلّم ويجمع الفقه بأن القانون الإداري هو مجموعة القواعد القانونية الاستثنائية وغير المألوفة التي تحكم الإدارة العامة من حيث تنظيمها، نشاطها، أساليبها، وسائلها ومنازعاتها؛ ثمّ ينكر جانب من ذات الفقه دور الشروط الاستثنائية كمعيار مميّز للعقد الإداري ! الذّي ما هو في نهايته إلا أسلوب من أساليب الإدارة العامة.

خاتمة

لما كانت مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية هي الطابع المميّز للعقد الذي يضفي عليه الصبغة الإدارية ولما كانت الشروط الاستثنائية هي أهم مظهر هذه السلطة حاولنا من خلال هذا البحث إبراز دور تلك الشروط الاستثنائية غير المألوفة كمعيار مميّز للصفقة العمومية كعقد إداري.

و قد وقفنا على مدى إعمال هذا المعيار في القوانين المقارنة – سيما في فرنسا ومصر- كون الأولى مهد الازدواجية والثانية أسبق منا في تبنّيها.

حيث ظل القضاء والفقه الإداري في فرنسا ردحا من الزمن يأخذ بمعيار المرفق العام لتمييز العقد الإداري إلى غاية 31 جويلية 1912 وهو التاريخ المتزامن مع صدور قرار مجلس الدولة في قضية Société des granits porphyroïdes des Vosges الذي أخذ لأول مرة بالشروط الاستثنائية كمعيار مميز للصفقة العمومية كعقد إداري؛ إلا أنه عاد مرة أخرى للأخذ بفكرة المرفق العام كمعيار مميّز للعقد

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

الإداري في قراره المؤرخ في 20 أفريل 1956 في قضية Epoux Bertin. وبقي الجدل قائما بين الفقهاء حول المعيار الأنسب لإصباغ الطابع الإداري على الصفقة العمومية إلى غاية تدخل المشرع الفرنسي بموجب La Loi Murcef الذي أضفى الطابع الإداري على العقود المبرمة طبقا لقانون الصفقات العمومية .

أما في مصر فقد استقر الاجتهاد القضائي على وجوب توافر المعايير الثلاثة مجتمعة (المعيار العضوي، المعيار المادي ومعيار الشروط الاستثنائية) لاعتبار العقد إداريا.

في حين لا يزال مجلس الدولة في الجزائر يعتمد المعيار العضوي – في ظل عدم كفايته- لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد، بالرغم من ثروة وغزارة المرسوم الرئاسي 247/15 بالشروط الاستثنائية غير المألوفة في قواعد القانون الخاص منها:

- لا يتم التعاقد إلا بإجراء طلب العروض أو بإجراء التراضي (المادة 39) وهو خروج عن مبدأ الحرية في اختيار طريقة التعاقد.

- حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها (المادة147) وهو خروج عن مبدأ التكافؤ بين طرفي العقد.

- الإنهاء المبتسر للصفقة دون خطأ من المتعاقد (المادة 150) وفيه خروج عن قاعدة العقد شريعة التعاقدين.

ولعلّنا نكتفي بهذه الأمثلة للدلالة على أنه – في ظل التشريعات القائمة- فالشرط الاستثنائي معيار لا يجب إغفاله لإضفاء الطابع الإداري على الصفقة العمومية حتى ولو كان غير كاف لوحده في بعض الحالات حيث نرى:

- بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من قبل الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الإداري يجب توافر ثلاثة شروط مجتمعة لإضفاء الطبيعة الإدارية على الصفقة:

1- وجود شخص معنوي عام كطرف في العقد

2- أن يكون محل العقد متعلقا بمرفق عام

3- أن تتضمن دفاتر الشروط بنودا استثنائية غير مألوفة ولا تكفي مجرّد الإحالة إليها (دفاتر الشروط).

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

- أمـا بالنسـبة للصـفقات المبرمـة مـن قبـل المؤسســـات المعنويـة العـــامة ذات الطـابع الصـناعي والتجـــاري فإنهـا تبقـى مـن حيـث الأصـل عقـودا مـن القـانون الخـاص مـا لم تتضمن شروطا استثنائية عندما تبرم لصالح الدولة.

- في حين الصفقات المبرمة من قبل الأشخاص الخاصة تبقى عقودا خاضعة لقواعد القانون الخاص حتى لو أبرمت طبقا لقانون الصفقات العمومية.

و عليه أمـا آن لمجلس الدولـة في الجزائـر أن يهجـر المعيـار العضـوي في تمييـزه للعقـود الإدارية عامة ؟

الهوامش:

(1)- مـازن ليلـو راضـي، معـايير تمييـز العقـد الإداري، دار المطبوعـات الجامعيـة، الإسـكندرية، د.ط، 2016، ص85.

(2)- ابن نجم المصري، البحر الرائق، دار الكتب العربية الكبرى، القاهرة، د.ت، ج1، ص266.

(3)- بندر محمّد عويزب العتيبي، الشروط الاستثنائية كمعيار مميّز للعقد الإداري، رسالة ماجستير في الحقوق جامعة القاهرة، 2009 ص13.

(4)- انظـر المـواد 203-208 مـن الأمـر 58/75 المـؤرخ في 26 سـبتمبر 1975 المتضـمن القـانون المـدني المعدّل والمتمم،

(5)- M.Long/P.Weil/G.Braibant/P.Delvolvé/B.Genevois G.A.J.A 16e ed. Dalloz,7 n° 26 conclusion L.Blum p.

(6)- (C.E Sect. 20 oct.0.Stein), Ibidem. P.

(7)- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 224 لسنة 34 ق جلسة 1990/11/24 الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء 35 ص 284

(8)- J.Rivéro J.Waline, droit administratif,17è éd., Dalloz,Paris,8,p.

(9)- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ترجمة د.محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ط.4، 2006، ص349

(10)- بندر محمد عويزب العتيبي، المرجع السابق ص44.

(11)-مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 93.

(12)- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963، ص 103.

(13)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 94.

(14)- ثروت بدوي، المرجع السابق، ص 103.

(15)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 95.

(16)- انظر المبحث الثاني من هذا البحث ص8 .

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

[17])- حول أصحاب هذا الإتجاه راجع مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 99.

[18])- J.Rivéro J.Waline. op.cit.p.

[19])- M.Lombard,G.Dumont, Droit Administratif, 4è ed.Dalloz,p .

[20])- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 107

[21])- إبـراهيم طـه الفيـاض، العقـود الإداريـة، مكتبـة الفـلاح، الصـفاة، الكويـت، ط.1، 1981، ص54.

[22])- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط.2، 1998، ص140.

[23])- G.A.J.A op.cit p.

[24])- Manuel Gros, Droit Administratif, "l'angle, jurisprudentiel",éd.l'Harmathan ,Paris 8,p

[25])- د. محمـد فـؤاد عبـد الباسـط، القـانون الإداري، دار الجامعـة الجديـدة، الإسـكندرية، 2005، ص545.

[26])- حـول الـرأي المنكـر لسـلطة التعـديل الانفـرادي انظـر:- د.إبـراهيم طـه الفيـاض، المرجـع السـابق، ص181- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 145.

[27])- A.De Laubadere,Yves Gaudemet,Droit Administratif Général, tome1,16ème éd.Delta, Paris,2,p.

[28])- ذكـره قرانـة عـادل، سـلطات الإدارة العامـة في العقـد الإداري، مـذكرة لنيـل شـهادة ماجسـتير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2004، ص52

[29])- راجع المادة 147 من المرسوم الرّئاسي 247/15

[30])- انظر المواد 124-134 من المرسوم الرّئاسي 247/15

[31])- عمـار بوضـياف، الصـفقات العموميـة في الجزائـر، جسـور للنشـر والتوزيـع، المحمديـة، الجزائـر، ط1، 2007، ص156.

[32])- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسـكندرية ط3، 1997، ص 122.

[33])- Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, précis de droit administratif,4éme édition Montchrestien, Paris 6 p..

[34])- د.إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 249.

[35])- G.A.J.A op. cit p .

[36])- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص166.

[37])- مـن بـين مـا جـاء فيهـا: "... يسـتغل المفـوض لـه المرفـق العـام باسمـه وعلـى مسـؤوليته، تحـت مراقبـة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام ...".

[38])- عـن أصـحاب هـذا الاتجـاه والقـرارات القضـائية الـتي دعمـوا بهـا أقـوالهم انظـر مـازن ليلـو راضـي، المرجع السابق، ص 204 فما فوق.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(39)- G.A.J.A op .cit n° 74 p..

(40)- حول تقلبات القرارات القضائية والآراء الفقهية بشأن المعيار المزدوج راجع: مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 206.

41))- Voir l'article 2 de La loi du 11 déc. 1 dite loi "MURCEF "pour plus de détails voir G.A.J.A op.cit p .

(42)- Arrêt du TC du 20 juin 5,SNC société hôtelière guyanaise c. centre national d'études spatiales, concl. Bachelier voir G.AJ.A op.cit p .

(43)- TC 17 Déc.1. Société Rue Impériale de Lyon concl. Bachelier G.A.J .A op.cit p .

(44)- راجع:- أ.د محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 11- د. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، مطبعة لباد، سطيف، ط1، 2006، ص394.

(45)- R.Chapus,Droit Administratif Général, ,tome1,Paris,5. P .

(46)- انظر بندر محمد عويزب العتيبي، المرجع السابق ص 120

47))- ثروت بدوي، المرجع السابق، ص546.

48))- من بينهم بندر محمد عويزب العتيبي، المرجع السابق ص123 ومازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 222.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X