IASJ
المجلات الاكاديمية العراقية

مجلة

نينوى

للدراسات القانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن
كلية القانون - جامعة نينوى

المجلد (1) العدد (1) ايلول 2024م

ISSN: 2957-7721

رقم الإيداع في دار الكتب
والوثائق الوطنية
بغداد (2601) لسنة 2022

مجلــة نينوى

للــدراسـات القانونيــة

مجلــة فصلــية محكمّــة تصـــدر عن كلية القــانون-جامعــة نينوى

المجلد (١) العدد (١) ربيع الاول ١٤٤٦هـ - أيلول ٢٠٢٤م ISSN: 2957-7721

محتويات العدد

ت	أسم الباحث	عنوان البحث	الصفحات
.1	أ.د. زينة العبيدي	إِشكاليَّةُ التعويضِ العادلِ في المسؤوليةِ التقصيريَّةِ دراسةٌ مقارنةٌ	32-1
.2	أ.د. محمد سليمان الأَحمد د. أحسن رابحي م.م. محمد ناصح محمد أَمين	عقدُ الإذعانِ الإداريِّ وفكرةُ العدالةِ العقديَّة "دراسةٌ تحليليَّةٌ في القانونينِ المدنيِّ والإداريِّ"	72-33
.3	أ.م.د . وسام نعمت السعدي	أثرُ الذكاءِ الاصطناعيِّ في حقِّ الإنسانِ في الخصوصيَّةِ - دراسةٌ قانونيَّةٌ في منظورِ القانونِ الدولي لحقوقِ الإنسان -	114-73
.4	أ. أسعد فاضل الجياشي م.م. حيدر صلاح كاطع	دَورُ نِقابَةِ المحامين في ضَمانِ جَودَةِ التشريع (مشروعُ قانونِ المساعدةِ القانونيَّةِ أُنموذجاً) (دراسةٌ مقارنةٌ)	154-115
.5	أ.م.د.يونس صلاح الدين	فسخُ العقدِ بالإرادةِ المنفردةِ للدائنِ في قانون العقودِ الفرنسي الجديد لعام 2016 دراسةٌ تحليليةٌ مقارنةٌ بالقانون المدني العراقي	176-155
.6	أ.م.د. أياد داؤد كويز	دورُ الإدارة في حمايةِ أمن المعلومات	194-177
.7	Lec. Basil Ali Abbas, Assist. Lec. Soudad Taha	The Role of Constitutional Judiciary in Ratifying International Conventions into the Iraqi Legal System	210-195
8.	حارث الدباغ	عرض رسائل وأطاريح أكاديمية الوظيفةُ الإصلاحيَّةُ للقانونِ المقارنِ	216-211
9.	د. محمد نوري علي	تعليق على قرار قضائي قضيةُ الحجابِ في الهند	220-217
10	أ.م.د. عدي طلال محمود	عرض كتاب: القانون الدستوري والدين والمساواة في الحرية: تأثير العلمانية على المجتمع	224-221

مجلة نينوى للدراسات القانونية

مجلة فصلية محكمّة تصدر عن كلية القانون-جامعة نينوى

المجلد (١) العدد (١) ربيع الأول ١٤٤٦هـ- أيلول ٢٠٢٤م

ISSN: 2957-7721

عقدُ الإذعانِ الإداريِّ وفكرةُ العدالةِ العقديَّة

"دراسةٌ تحليليَّةٌ في القانونينِ المدنيِّ والإداريِّ"

محمد سليمان الأَحمد[1]

أحسن رابحي[2]

محمد ناصح محمد أَمين[3]

(1) استاذ القانون المدني - كلية القانون – جامعة السليمانية / كوردستان - العراق
Email: prof.alahmed@gmail.com

(2) أستاذ محاضر قسم (أ) في القانون الإداري والدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية / تيسمسيلت / الجزائر
Email: rabhiahcene@gmail.com

(3)مدرس مساعد - كلية القانون – جامعة جيهان السليمانية / كوردستان - العراق
Email: mohammed.khdir@sulicihan.edu.krd

الملخص

تناولَ موضوعُ: "عقد الإذعان الإداريّ وفكرة العدالة العقدية"، دراسةَ تحديدِ مفهوم عقد الإذعانِ الإداريّ، وتسليطُ الضوءِ على الدورِ الكبير الذي تمارسهُ الإدارةُ في تحديدِ طبيعة العقود، إلى جانب مواكبةِ التطور الكبير الذي طرأ على العقدِ الإداري؛ حيثُ أنَّ تميزَ العقد الإداريّ عن العقدِ المدنيّ لا يتعدى في فحواهُ مسألةَ هيمنةِ الإدارة من خلالِ الامتيازات التي تتمتعُ بها على المتعاقدِ معها؛ أي: سيطرةُ مبدأ القوةِ على مبدأ العدلِ، وهذا الناتجُ قد أوجدهُ الاجتهادُ الإداري عند انطلاقتهِ الأولى؛ متجاهلاً الجانب الأهم الذي يكمنُ في تحقيقِ العدالة، فكيف يمكنُ أن نتصورَ تقدُّمَ البشريَّة وتطورَها وكفَّةُ القوَّةِ والامتيازات ترجحُ على كفَّةِ الحقِّ والعدالة، و أياً كانت المبرراتُ التي يتذرعُ بها الاجتهادُ الإداريُّ في العقدِ الإداريّ من ضرورة استمراريَّة تسيير المرفق العامّ وتحقيق المصلحةِ العامَّة أو حماية المجتمع؛ فإنَّهُ لا يمكنُ تجاهلُ إجراءِ الموازنة بين العقود في القانونَينِ العامّ والخاص، وإلقاءُ الضوءِ على حلّ التعارضِ في تمتُّعِ الإدارةِ بسلطاتها الاستثنائية، وما تملكهُ الإرادةُ في تكوينِ العقد.

من هنا يثورُ التساؤلُ عن تحديدِ السِّمات البارزة لنوعٍ من العقودِ الإداريَّة وصلتُها بعقدٍ آخر، وذلك بغرضِ الوصول إلى حقيقةِ ذلك العقد من خلالِ البحث في العقدِ الاداري وعقد الإذعان المدني، وكيفيَّة ظهور عقدٍ جديدٍ باسم عقدِ الإذعان الإداري؛ بناءً على ذلك من خلال دراستِنا حاولنا البحث في الإشكاليَّة التالية: هل أنَّ الحلولَ التي أتى بها القانونُ المدنيُّ تصلحُ أن نواجه بها عقد الإذعان الإداري؟ وهل أنَّ الإدارةَ هي الطرف المذعِن دائماً في عقدِ الإذعان الإداري؟ وما الذي سيتغيرُعندما نُضفي الطبيعة الإداريَّة على عقدٍ تمَّ وصفهُ بالإذعان؟ وكيف واجهَ الفقهُ والقضاءُ هذا النوعَ من العقود؟

ومن النتائجِ التي توصَّلنا إليها في دراستِنا أنَّ حكمَ تو افرحالة الإذعانِ في العقدِ الإداري، بما يُخالفُ المشروعيَّة يستوجبُ على القضاءِ إعادةُ التوازن للرابطةِ العقديَّة، بما يُشكِّلهُ القضاءُ من ضمانةٍ لحماية حقوق الأفرادِ في مواجهةِ تعسفِ الإدارة، وعليه اقترحنا على المُشَّرع العراقي بتقييدِ سلطة الإدارة في وضعِ الشروط التعسفيَّة في العقد المبرم مع المتعاقد معها، وأن تلتزم الإدارةُ بإظهارِ قدرٍ عالٍ من حسنِ النيَّة، بحيث تكونُ نموذجاً يُقتدى به في التعبيرِ عن النزاهةِ العقديَّة.

كل الحقوق محفوظة لكلية القانون - جامعة نينوى ©2024

الكلمات المفتاحية:

العقدُ الإداري، عقدُ الإذعان، العدالةُ العقديَّة، المذعَن، المذعِن، الصلاحيات الاستثنائيَّة.

تاريخ الاستلام: 9 تشرين الاول 2023م

تاريخ قبول النشر: 6 آذار 2024م

تاريخ النشر:

Administrative Compliance Contract and the Idea of Doctrinal Justice
"An Analytical Study in Civil and Administrative Law"

[1] **Prof. Dr. Mohammed Suleiman Al-Ahmad[2], Ahsan Rabhi[3], Mohammed Naseh Mohammed Amin**

[1,] College of Law - University of Sulaymaniyah / Kurdistan - Iraq, Email: prof.alahmed@gmail.com

[2] Faculty of Law and Political Science / Tissemsilt / Algeria: Email: rabhiahcene@gmail.om

[3,] College of Law - University of Sulaymaniyah / Kurdistan - Iraq, Email:mohammed.khdir@sulicihan.edu.krd

Abstract:

Administrative Adhesion Contract and the Idea of Contractual Justice," studying the definition of the concept of the Administrative Adhesion Contract and highlighting the major role that the administration exercises in determining the nature of contracts, in addition to keeping pace with the great development that has occurred in the administrative contract, as distinguishing the administrative contract from the civil contract Its content does not go beyond the issue of the administration's dominance through the privileges it enjoys over its contracting party, i.e., the dominance of the principle of force over the principle of justice. This result was created by administrative diligence at its first launch, ignoring the most important aspect that lies in achieving justice. How can we imagine the progress and development of humanity when the balance of power and privileges outweighs the balance of truth and justice? Whatever the justifications used by administrative jurisprudence in the administrative contract, such as the necessity of continuing the management of the public facility and achieving the public interest or protecting society, it is not possible to ignore the balancing act between contracts in public and private law and shed light on resolving the conflict in the administration's enjoyment of its exceptional powers and the will it possesses in forming the contract.

Hence, the question arises about identifying the salient features of one type of administrative contract and its connection to another contract, with the aim of arriving at the truth of that contract through research into the administrative contract and the civil adhesion contract, andow a new contract emerged under the name of the administrative adhesion contract based on that through our study. We tried to research the following problem: Are the solutions provided by the Civil Law suitable for confronting the administrative adhesion contract? Is the administration always the compliant party in the administrative compliance contract? What will change when we add an administrative nature to a contract that has been described as compliance? How did jurisprudence and judiciary confront this type of contract?.

Among the results we reached in our study is that the ruling on the availability of a state of compliance in the administrative contract, in contravention of legality, requires the judiciary to restore balance to the contractual bond, with the guarantee that the judiciary constitutes to protect the rights of individuals in the face of administrative arbitrariness. Accordingly, we proposed to the Iraqi legislator to restrict the administration's authority to set arbitrary conditions in the contract concluded with its contracting party. The administration must commit to showing a high degree of good faith so that it becomes a role model in expressing doctrinal integrity.

Keywords: administrative contract, adhesion contract, contractual justice, acquiescent, contractual injustice, exceptional power

المقدِّمة

يتَّفقُ المجمعُ الثلاثيُّ الفقهيُّ والقضائيُّ والتشريعيُّ على تحديدِ المعالم الرئيسيَّة للعقدِ بأنَّهُ ارتباطٌ بين الإيجابِ والقبول، وتوافقُ أطرافِ العقد على نحوٍ معيَّنٍ من أجلِ إحداثِ آثار قانونيَّة معيَّنة[1]، فهو رباطٌ توافقيٌّ بين إرادتين حُرتين لشخصينِ بالغين، وتوافق كلاً منهما على وجهٍ يثبتُ أثرهُ فيما اتفقا عليه، ويترتبُ عليه التزامُ كلاً منهما بما هو حقٌّ للآخر[2]، وهو بدورهِ يرتبطُ بقاعدةٍ عريقةٍ في اللغةِ القانونيَّة، وهي "العقدُ شريعةُ المتعاقدين" والتي تستمدُ مصدَرَها من العبارةِ اللاتينية الشهيرة Pacta Sunt Servanda[3].

ومرَّةً أُخرى وتأكيداً على مرجعيَّة كلِّ فروعِ القانون للشريعة الأُمّ؛ أي: القانونُ المدنيُّ نقولُ بأنَّ العقدَ هو معاملةٌ مدنيَّةٌ[4] بالأساسِ قبل أن يتمَّ تعميمُ تطبيقِها، في ظلِّ جميعِ فروع القانونِ الأخرى، ومنها القانونُ الإداريُّ، وعلى هذا الأساس – وفي ظلِّ موضوعِ دراستنا – يعتبرُ القانونُ المدنيُّ مصدراً رسمياً لتنظيمِ جانبٍ كبيرٍ من قواعدِ العقد الإداريّ، على الرغمِ من بعضِ الخصوصيَّة التي يتميزُ بها الأخيرُ، لا سيما على مستوى مدى تكافُؤِ أطرافِ العقد وكذا الغايةُ المستهدفةُ من وراءِ تنفيذ العقد، وبالنتيجةِ القانون الواجب التطبيق في مجالِ تنظيم كلاً من العقدينِ المدني والإداري، أو القاضي المختصِّ بفضِّ المنازعاتِ الناشئةِ عن كلٍّ منهما[5].

في هذا الصَّددِ نشيرُ بأنَّ العقدَ الإداريَّ كعملٍ قانونيٍّ يخضعُ لنظامٍ قانونيٍّ واحدٍ من شروطِ إبرامه وتنفيذه والآثارُ المترتبةِ عنه، ومن بابٍ متقدِّم التدابيرِ القانونيَّة والقضائيَّة المعتمدةِ لفضِّ المنازعاتِ المرتبطة به؛ إلَّا أنَّ خصوصيَّةَ بعض النشاطاتِ والأهداف التي ترتبطُ بأنواعٍ محدَّدةٍ من العقود الإداريَّة، خلقَ خصوصيَّة موضوعيَّة وبالنتيجةِ خصوصيَّة الأنظمةِ القانونيَّة المتعلِّقة بكلِّ صنفٍ من أصنافِ هذه العقود.

ولعلَّ النموذجَ التعاقديَّ الذي استطاع تجسيدَ وتكريسَ كلَّ الخصائصِ الاستثنائيَّة وغير المألوفةِ للعقدِ الإداريّ؛ نذكرُ عقدَ الإذعانِ Le Contrat d`Adhesion، لقد أصبحَ يمثِّلُ النموذجَ التعاقديَّ المفضَّلَ لدى

(1) V. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, PUF 2000 n°15 ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1927, t. 1, p. 380 et s. ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ « Manuels », 2014, n°7 et s. Selon le projet d'ordonnance relatif au droit des contrats, un contrat est plus largement un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit » (art. 1101).

(2) Grégoire Forest, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, Paris, Dalloz, colloque, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses » (no 116), avril 2012, p 549.

(3) Sur ce point d`analyse voir - Pierre Tercier et Pascal Pichonnaz, Le droit des obligations, Zurich, Suisse, 2012, p 467. André Castaldo et Jean-Philippe Lévy, Histoire du droit civil, Paris, Dalloz, colloque « Précis », octobre 2010, 2e éd., p 674.

(4) J. Ghestin, *Traité de droit civil*, LGDJ, 1993, n°224 et s.

(5) Pouyaud (D), *in* « Le contentieux des contrats publics en Europe », *RFDA* 2011 p. 7.

الإداراتِ العامَّة، في ظلِّ سياسةٍ إداريَّة راجحةٍ ترمي إلى تعزيزِ الجانب الاتفاقي والرضائي لعقودِها دون التنازل على أحدِ أهمِّ ركائزِها الأساسيَّة، وهو معيارُ السلطةِ العامَّة[1].Le critere de puissance publique

أهميَّةُ الموضوع:

تكمنُ أهميَّةُ هذا البحث في عدةِ نقاطٍ؛ أهمُها:

1- تحديدُ مفهومِ عقد الإذعانِ الإداري.

2- تسليطُ الضوء على الدورِ الكبير الذي تمارسهُ الإدارة في تحديدِ طبيعة العقود.

3- مواكبةُ التطورِ الكبير الذي طرأ على العقودِ الإداريَّة.

4- الحاجةُ إلى إجراءِ الموازنة بين العقد الإداريِّ في القانونِ العام وعقد الإذعان في القانونِ الخاصِّ.

5- إلقاءُ الضوءِ على حلِّ التعارض في تمتُّع الإدارةِ بسلطاتها الاستثنائيَّة، وما تملكُهُ الإرادةُ من قوَّةٍ في تكوينِ العقد.

(1) حاولَ جانبٌ من الفقهِ إحياءَ فكرةِ السلطة العامَّة وتجديدُها لتصلحَ أساساً وحيداً للقانونِ الإداريِّ، ومعياراً لتحديدِ اختصاص القضاء الإداريِّ، ومن هؤلاء الأُستاذ جورج فيدل George Vedel الذي ذهبَ إلى أنَّ فكرةَ السلطةِ العامَّة Critere de puissance publique لا تعني فقط استخدامُ الإدارة لامتيازاتِ وسلطاتِ القانون العام، باعتبارِها سلطةً آمرةً، وإنَّما تشملُ أيضاً القيودَ التي تحدُّ من حريَّةِ الإدارة، وتفرضُ عليها التزاماتٍ أشدُّ من الالتزاماتِ المفروضةِ على الأفرادِ في ظلِّ القانونِ الخاص، ومن هذه القيود عدم إمكانِ تعاقدِ الإدارةِ؛ إلَّا بإتباعِ إجراءاتٍ وشروطٍ معيَّنة لا نظيرَ لها في القانون الخاصِّ، كاتباعِها أسلوبَ المناقصاتِ أو المزايدات عند اختيارِ المتعاقد معها، ومن ثم لا يكفي اتصالُ نشاطِ الإدارة بمرفقٍ عامٍّ حتى تكون بصددِ تطبيق القانون الإداري، إنَّما يجبُ أن تكونَ الإدارةُ قد استخدمت في نشاطِها امتيازاتٍ وسلطاتٍ استثنائيةً لا مثيلَ لها في القانون الخاصِّ أو التزمت بقيودٍ وحدودٍ غير مألوفةٍ في هذا القانون، وفي الحالتين يختصُّ القضاءُ الإداري بالمنازعاتِ الناشئة عن مباشرة هذا النشاط، وعلى عكسِ ذلك يختصُّ القضاءُ العادي ويطبقُ القانون الخاص على كلِّ نشاطٍ تؤدِّيه الإدارةُ مستخدمةً أساليبَ مشابهة لتلك التي يستخدمها الأفراد، أو لا تتضمن امتيازات أو شروط استثنائيَّة، لاحظ في هذا الصدد مؤلفه القيم:

Vedel (G) et Delvolvé (P), droit administratif, T1, 12ème édition, PUF, Paris, 1992, p 24 et s.

وقد صادف هذا المعيار نجاحاً وقبولاً في الفقه والقضاء الإداريين وانحازَ إليه فالين Waline Marcel بعد أن تخلى عن معيار المرفق العام Critere du service public وبعده معيار النفع العام Critere d`interet General.

لاحظ في هذا الصدد مؤلفه الشهير:

Waline (M), précis de droit administratif, Ed Montchrestien, Paris, 1969, p 51 et s.

مشكلةُ البحث:

تتمثَّلُ مشكلةُ البحثِ في تحديدِ السِّمات البارزةِ لنوعٍ من العقود الاداريَّة وصِلتُها بعقدٍ آخر، والوصولُ إلى حقيقةِ ذلك العقدِ من خلال البحث في العقدِ الاداريّ وعقد الإذعان المدني، وكيفيَّة ظهورِ عقدٍ جديدٍ باسمِ عقد الإذعان الإداري؛ بناءً على ذلك نطرحُ الإشكاليَّة التالية: هل أنَّ الحلولَ التي أتى بها القانونُ المدنيُّ تصلحُ أن نواجهَ بها عقدَ الإذعان الإداري؟ وهل أنَّ الإدارةَ هي الطرفُ المذعِنُ دائماً في عقدِ الإذعان الإداري؟ وما الذي سيتغيرُ عندما نُضفي الطبيعة الإداريَّة على عقدٍ تمَّ وصفهُ بالإذعان؟ وكيف واجهَ الفقهُ والقضاءُ هذا النوعَ من العقود؟.

منهجيَّةُ البحث:

وللإجابةِ على إشكالياتِ البحث التي أشرنَا إليها؛ فضَّلنا الاعتمادَ على المنهجِ التحليليّ بصددِ الإلمامِ بكافةِ الجوانب المختلفة لموضوعِ هذا البحث المتمثِّلَ في بيانِ عقد الإذعانِ الإداريّ وفكرة العدالة العقديَّة، وذلك من خلالِ الرجوع إلى الكتبِ والدراسات القانونيَّة، والأبحاث العلميَّة والنصوص والقوانين ذاتِ الصلة بالموضوع، وصولاً إلى الأهدافِ التي يرمي إليها هذا البحث.

خطَّةُ البحث:

اقتضى البحثُ أن يتكوَّنَ من مقدِّمةٍ، ومبحثين رئيسيَّين، وخاتمةٍ، وذلك كالتالي:

المبحثُ الأوَّلُ: نتناولُ فيه التعريفَ بعقدِ الإذعان الإداريّ، وذلك في مطلبين:

المطلبُ الأوَّلُ: ماهيَّةُ العقدِ الإداريّ وعقد الإذعان.

المطلبُ الثاني: الصلةُ بين العقد الإداريّ وعقد الإذعان.

المبحث الثاني: الصلةُ بين إذعانيَّة العقدِ وإداريَّته والعدالة العقديَّة، وذلك من خلالِ مطلبين:

المطلبُ الأولُ: العدالةُ العقديَّةُ ومدى تعارُضِها مع صلاحيات الإدارةِ الاستثنائيَّة.

المطلبُ الثاني: التوازنُ بين إذعانيَّة العقدِ الإداري وعدالته.

الخاتمةُ: نذكرُ فيها أهمَّ النتائج التي توصَّلنا إليها، من خلالِ هذه الدراسة مع تقديم التوصياتِ بهذا الصدد،

المبحث الأول

التعريفُ بعقدِ الإذعانِ الإداريّ

تتمتَّعُ الإدارةُ إلى جانبِ التصرفات القانونيَّة التي تُجريها من جانِبها وحدها وبإرادتِها المنفردة، والتي تعبِّرُ فيها عن سلطتِها الإداريَّة، وهو ما يطلَقُ عليها القراراتُ الإداريَّةُ، وأحياناً تلجأُ الإدارةُ عند قيامِها لأوجهِ نشاطِها إلى إجراءِ نوعٍ آخر من التصرفاتِ القانونيَّة تقومُ على أصلِ التعاقدِ مع الأفراد أو الشركات أو الأشخاص المعنويَّة الأخرى، وهو ما يطلقُ عليهِ وصفُ العقودِ الإداريَّة، كما وأنَّ الأصلَ في العقدِ هو أن طرفاهُ لا يُبرمان العقدِ إلَّا بعد مفاوضاتٍ ومناقشاتٍ في شروطهِ؛ لكن في عقد الإذعان يختلفُ الأصلُ تماماً، ولدراسةِ التعريف بعقدِ الإذعان الإداري سوف نقسِّمُ هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلبُ الأوَّلُ: ماهيَّةُ العقدِ الإداري وعقد الإذعان.

المطلبُ الثاني: الصلةُ بين العقدِ الإداريّ وعقد الإذعان.

المطلب الأول

ماهيَّةُ العقدِ الإداريّ وعقد الإذعان

إنَّ العقودَ الإداريَّةَ تعدُّ من الوسائلِ المهمَّة التي تستخدمُها الإدارةُ لتسييرِ مرافقها، إلى جانبِ حاجة الإدارة إلى إبرامِ عقودٍ مدنيَّةٍ تنزلُ فيها منزلةُ الأفراد العاديين في التعاقد، بغضِّ النظرِ عن أنَّ الإدارةَ أحدُ طرفيهِ ويتعلَّقُ بنشاطٍ مرفقٍ عامٍّ؛ لكن لا يمكن عدُّهُ من العقودِ الإداريَّة، وعلى ذلك نرى أنَّ الملائمَ تقسيمُ خطةِ الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين، وعلى النحوِ التالي:

الفرعُ الأوَّلُ: تعريفُ العقدِ الإداري.

الفرعُ الثاني: حقيقةُ عقدِ الإذعان.

الفرع الأول

تعريفُ العقدِ الإداري

على الرغمِ من قدمِ تناوله من الناحيتين الفقهيَّة والقضائيَّة، لا زالَ تعريفُ العقد الإداريّ يستلهِمُ جهودَ رجالِ القانون بشكلٍ عامٍّ؛ لتحديدِ معالمه الرئيسيَّة التي لا زالت محلَّ تطوراتٍ مستمرةٍ إلى حدِّ اليوم، ولعلَّ من أهمِّ التعاريف التي قدمت بشأنهِ في هذا الصَّدد التعريفُ الذي قدَّمهُ بعضُ الفقه[1]، والذي جاءَ فيه "العقدُ الإداريُّ هو ذلك الاتفاقُ الذي يبرمهُ شخصٌ معنويٌّ عامٌّ بقصدِ تنظيم مرفقٍ عامٍّ، أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام".

وعرَّفهُ بعضهُم[2] بأنَّهُ: "العقدُ الذي يبرِمهُ شخصٌ معنويٌّ عامٌّ بقصدِ تسيير مرفقٍ عامٍّ أو تنظيمه، وتظهرُ في نيَّةِ الإدارة الأخذُ بأحكامِ القانون العامِّ، وآيةُ ذلك أن يتضمنَ شروطاً استثنائيَّةً وغير مألوفةٍ في القانونِ الخاصِّ أو يخولُ المتعاقدَ مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسييرِ المرفق العام".

في المقابلِ عرَّفَ جانباً آخر من الفقه[3]، العقدُ الإداريُّ بأنَّهُ: "عقدٌ يرتبطُ به شخصٌ من أشخاص القانون العام، وسواءٌ أكان موظفاً مسؤولاً أو مديراً عاماً، ويخضعُ لنظامٍ قانونيٍّ خاص تسودهُ مقتضيات المرفق العام، بموجب الشروط والقوانين الممنوحة لمثل هذه الحالات الارتباطية"، كما عُرِّف العقدُ الإداري بأنَّهُ: "العقدُ الذي تكونُ الإدارة أحد طرفيه أو كلهما بغرضِ تنظيم أو تسيير مرفق عام مستعينةً بذلك، بامتيازاتِ

---

(1) لاحظ: د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة، 1984، ص19، وهو نفس التعريف تقريباً الذي قدَّمه حسن محمد هند، والذي مفادهُ: "العقدُ الإداريُّ هو الاتفاقُ الذي تبرمهُ جهةُ الإدارةِ بوصفها سلطةً عامةً بقصدِ تسيير مرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام، فيما تضمنه من شروطٍ غير مألوفةٍ في القانون الخاصّ"، لاحظ: د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الكتب العربية، 2004، ص55.

(2) لاحظ: د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الاولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2011، ص42.

(3) د. جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العلمية للكتاب، بيروت، 1996، ص24.

السلطة العامة أو تخويلها للمتعاقدِ معها حقَّ التمتع بمثل هذه الامتيازات"[1]، وهو نفسُ التعريفِ تقريباً مع التركيز على المحتوى الموضوعي للعقد؛ عرَّفَ جانباً من الفقهِ العقد الإداري بأنَّهُ: "كلُّ عقدٍ بين طرفين أحدهما شخصٌ من أشخاص القانون العام بهدفِ إدارة أو تنظيم أو استغلال مرفق عام من مرافق الدولة، بحيث يظهرُ في العقدِ نيَّتَهُ تطبيق أحكام القانون العام، باحتوائه على شروطٍ غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة، ويتحققُ ذلك بتمتُّع الإدارة بامتيازاتٍ وسلطاتٍ لا يتمتعُ بها الأفراد في نطاقِ العقود المدنية، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائيَّة في مواجهةِ الغير لا يتمتع بها في حالةِ ما لو تعاقد مع غيره من الأفراد"[2].

وقد ساهمَ القضاءُ من جهتهِ بقسطٍ وافرٍ في إرساء وتطوير قواعد وأحكام العقد الإداري، وكذلك في بيانِ عناصره ومكوناته الأساسيَّة، ولعلَّ من أهمِّ الأحكام والقرارات القضائيَّة التي تطرقت لتعريف العقد الإداري؛ نذكرُ التعريف الذي ذكرته المحكمةُ الاتحادية العليا في دولةِ الإمارات العربية المتحدة، والذي جاءَ فيه: "العقدُ الإداريُّ هو ما يبرمهُ شخصٌ معنويٌّ من أشخاصِ القانون مع أيِّ طرفٍ آخر تتوافق إرادتيهما بإيجاب وقبول؛ لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفيه بقصدِ إدارة مرفقٍ عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهرَ نيتهُ في الأخذِ بأسلوب القانون، وما ينطوي عليه بشروطٍ استثنائيَّة غير مألوفة في عقودِ القانون الخاص؛ سواءٌ تتضمن هذه الشروط أو كانت مقرَّرةً بمقتضى القوانين واللوائح، وكان تفسيرُ صيغِ العقود واستظهار النيَّة المشتركة للمتعاقدين من سلطةِ محكمة الموضوع، وأنَّ لمحكمةِ الموضوع سلطةَ تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتفسير المحررات والعقود؛ إلَّا أنَّ مناطَ ذلك أن يكونَ حكماً مبنياً على أسبابٍ سائغةٍ تنتجُ عن تحصيلٍ صحيح لوقائع الدعوى، وإلمامٍ شاملٍ بجوانب النزاع طبقاً للثابت بالأوراق، وما أدلى إليها من دفاعٍ جوهريٍّ يتعيَّنُ عليها تمحيصه، وأن يكونَ تفسيرُها لعبارات المحررات في نطاقِ ما قصده محرروها، وإرادتهم دون خروج عن المعنى الظاهر الذي اتجهت إليه نيتها، وأنَّ لمحكمةِ الموضوع كامل السلطة في الأخذ برأي الخبير

(1) لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، بحث منشور في مجلة ديالى، العدد الثالث والخمسون، 2011، ص4.

(2) د. محمد فؤاد النادي، القضاء الإداري، بدون سنة طبع ونشر، ص280، وهو نفس ما نادى إليه جانبٌ كبيرٌ من الفقهاءِ من حيث التركيز على المعيارين العضوي والمادي (البنودُ غير المألوفة) كما هو الحالُ بالنسبةِ للتعريفِ الذي قدَّمهُ الفقيهين صالح إبراهيم المتيوتي ومروان محمد محروس المدرس، والذي جاءَ فيه: "حتى يكونُ العقد إدارياً يجبُ أن تكونَ الدولةُ أو ما إليها من الأشخاص العامة طرفاً فيه، وأن يحتوى على شروطٍ استثنائيَّة غير مألوفة في العقودِ المدنية التي تنظِّمُها قواعد القانون الخاص؛ علاوة على أن يكون متصلاً بمرفقٍ عامٍّ اتصالاً يتحققُ به معنى المشاركة في تسييره"، صالح إبراهيم المتيوتي ومروان محمد محروس المدرس، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، الطبعة الأولى، كلية الحقوق جامعة البحرين، 2007، ص113، أو التعريف الذي قدَّمه البعض معتبراً بأنَّ: "العقدَ الإداريَّ هو ذلك العقدُ يبرمهُ شخصٌ من أشخاصِ القانون العام، بقصدِ إدارة مرفقٍ عامٍّ أو بمناسبةِ تسييره، وأن تظهرَ نيتهُ في الأخذِ بأسلوب القانونِ العام، وذلك بتضمينِ العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص"، لاحظ: د. نجيب خلف احمد الجبوري، القانون الاداري، الطبعة الأولى، مكتبة يادكار، السليمانية، 2015، ص317.

الذي يخضعُ تقديره لمطلقِ تقديرها، باعتباره من أدلةِ الدعوى، والتي تملكُ سلطةَ تحصيل فهم الواقع فيها دون معقب عليها"[1].

ومن بين التعريفات المهمَّة التي قدَّمها القضاءُ للعقد الإداري، التعريفُ الذي قدَّمه القضاءُ المصري وفقاً لقضاءِ المحكمة الدستوريَّة ومجلس الدولة المصري، والذي يتضمنُ: "العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمهُ شخصٌ معنويٌّ من أشخاصِ القانون العام، بقصدِ إدارة مرفقٍ عامٍّ وبمناسبةِ تسييره، وأن تظهرَ نيَّته في الأخذِ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمينِ العقد شروطاً غير مألوفةٍ في عقودِ القانون الخاص"[2]، وصرَّحت المحكمةُ الإداريَّةُ العليا في مصر بأنَّ: "الإدارةَ حينما تبرمُ عقداً من العقود لا يعدُّ بذاته عقداً إدارياً؛ حيث أنَّ العقودَ التي تبرمُها الإدارة كشخصٍ من أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يعدُّ إدارياً تأخذُ فيه بوسائلِ القانون العام بوصفها سلطةً عامَّةً تتمتَّعُ بحقوقٍ وامتيازات لا يتمتَّعُ بمثلها المتعاقدُ معها، وقد تنزلُ منزلة الأفراد في تعاقدهم، فتبرم عقوداً مدنيَّة تستعينُ فيها بوسائل القانون الخاص – بناءً على ذلك – إذا فقدَ العقدُ شرطاً من الشروط التي يتحققُ بتوافرها مناطُ العقدِ الإداري، صارَ العقدُ من عقودِ القانون الخاص، وذلك كأن تفتقد الإدارةُ صفتَها كشخصٍ معنويٍّ عام أو لا يكونُ العقدُ متصلاً بمرفقٍ عامٍّ من حيث نشاطه تنظيماً أو تسييراً، أو أتى العقدُ على غرارِ عقود الأفراد بأن يكونَ خالياً من الأخذِ فيه بأسلوب القانون العام؛ حيثُ لا يتضمنُ شروطاً استثنائيَّة غير مألوفةٍ في عقود القانون الخاص"[3].

وفي المقابلِ وبالنسبة للموقفِ الفرنسي من تعريفِ العقد الإداري، وفي ظلِّ صمت المشرِّع عن تقديم تعريفٍ محدَّدٍ ودقيقٍ للموضوع، ثابرَ مستشارو مجلس الدولة بشكلٍ مستمر على تحديثِ وتطوير مفاهيم القانون الإداري بشكل عام والنظام القانوني للعقود الإدارية بشكلٍ خاص، من أجلِ مسايرة التطورات الموضوعيَّة والقانونيَّة التي طرأت عليهما، وللسيطرةِ على ضبط معالم وأبعاد العقد الإداري، فقد ظلَّ مجلسُ الدولة الفرنسي يوازنُ بين معيارين رئيسيين في هذا الصَّدد، وهما المعيار العضوي والمعيار المادي.

بالنسبة للمعيار العضوي Le critere Organique فإنَّهُ يكيفُ العقد بالطبيعة الإداريَّة بالنظرِ إلى أطراف العلاقة التعاقديَّة؛ حيثُ يجبُ أن يكونَ أحدُ طرفيه على الأقل مرفقاً عاماًUn service publique، وفي تطوراتٍ لاحقةٍ لهذا الاتجاه القضائي تمَّ تعزيزُ الموقف بمعيارِ الطبيعة الإداريَّة للمرفق العام Le caractere

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة بالطعن رقم 302 و319 لسنة 2011 جلسة الأربعاء الموافق 2011/11/16.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم 1 لسنة 12 بتاريخ 1991/1/5، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية.

(3) الطعن رقم 2054 لسنة 48 قضائية عليا، جلسة 24 من مارس سنة 2007، نقلاً عن: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا / الدائرة الأولى، ج1، الفترة من أول اكتوبر سنة 2006 حتى إبريل سنة 2007، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، ص505.

administratif du service publique، كنتيجةٍ للتقسيمِ بين أنماط المرافق العام في فرنسا، وهكذا أصبحت العقودُ التي تبرمها المرافقُ العامة الصناعيَّة والتجاريَّة، وهي المرافقُ التي تستهدف تحقيقَ الربح Les services publiques a caractere industruel et commercial؛ مثل المؤسسات الاقتصادية (شركات الطيران شركات النقل بالسكك الحديدية وغيرها) هي عقودٌ عاديَّةٌ تخضعُ للقانونِ العادي، ومنازعاتها ينظرها القاضي العادي[1].

في حين أنَّ العقودَ التي تبرمُها المرافقُ العامَّة الإداريَّة وهي المرافقُ التي تستهدفُ تحقيقَ المصلحة العامة؛ مثل المستشفيات والجامعات ومرافق الشرطة وغيرها، فهي عقودٌ إداريَّةٌ وبالنتيجة فإنَّها تخضعُ للقانون الإداري ومنازعاتها ينظرها القاضي الإداري[2]، في المقابلِ قد يتمُّ تحديدُ طبيعة العقدِ المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، بأنَّهُ عقدٌ إداريٌّ متى تضمَّن استهدافُ تحقيق مهمةِ مرفقٍ عام، وهذا يمثِّلُ أحدث موقفٍ قضائيٍّ فرنسي فيما يتعلَّق بالاستثناءات الواردة على المعيار العضوي في مجالِ تحديد طبيعة العقود الإداريَّة[3]، كما أنَّ القضاءَ الإداري قد سجَّلَ كلمته حول تحديدِ طبيعة العقود التي تبرمُها جهةٌ من جهاتِ

(1) CE, 15 mars 1999, requête numéro 199889, Union des Mutuelles de la Drôme.

في هذا القرار فقد حدَّدَ مجلسُ الدولةِ الفرنسيّ طبيعة الاتفاقيات التي تبرمُها صناديق الضمان الاجتماعي الجَهويَّة بأنَّها عقودٌ عاديَّةٌ رغم أن هذه الهيئات تعتبرُ هيئات عامة تابعةً للدولة، ومرجع هذا الحلُّ القانونيُّ هو أنَّها لا تعتبرُ مرافق عامة إداريَّة؛ بل مرافق عامة صناعية وتجارية؛ لأنَّها تستهدفُ تحقيقَ الأرباح بالدرجة الأولى، وبالنتيجةِ فإنَّها تخضعُ للقانون العادي (المدني أو التجاري حسب الحالة) ومنازعاتُها ينظرُها القاضي العادي (المدني أو التجاري حسب الحالة)، القرار منشورٌ في:

Revue Francaise de Droit Administrative, Paris, 2002, p. 350, note Lichère.

(2) TC, 21 juillet 1972, requête numéro 78563, SA Entreprise ossude : Rec. p.562. CE Sect., 13 décembre 1963, requête numéro 53973, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin : Rec. p. 623.

(3) CE, 21 mars 2007, requête numéro 281796, Commune de Boulogne-Billancourt : Rec. p. 130 ; BJCP 2007, 230, concl. Boulouis, note Ch. M. ; AJDA 2007, p. 915, note Dreyfus ; RJEP 2007, p. 270, note N. E.- V. également CAA Nancy, 22 mars 2012, requête numéro 11NC00238, Si Abdallah : LPA 22 avril 2013, p. 10, note Tifine.

في هذا القرار اعتبرَ مجلسُ الدولةِ الفرنسي بأنَّ الجمعيات ذات النفع العام تشبهُ إلى حدٍّ كبيرٍ المرافق العامة الإدارية، هذا التطابقُ يظهرُ جلياً؛ سواءٌ على مستوى تنظِيمها العضوي الداخلي أو تنظيمها الهيكلي الخارجي؛ أيضاً بعضُ وسائلها تخضعُ لقواعد القانون العام؛ إذ أنَّ نشاطاتها تستهدفُ تحقيقَ المصلحةِ العامة، وبالنتيجةِ فإنَّ عقودها تعتبرُ عقوداً إداريَّة تخضعُ للقانون الإداري، ومنازعاتها تخضعُ لاختصاص القاضي الإداري رغم طبيعتها الخاصة.

القانون الخاص، بوصفها نائباً عن جهةٍ عامة، كما هو الحالُ بالنسبة للجهات الخاصةِ التي تخوّلُها القنصليات والممثليات الدبلوماسيَّة؛ إخراجَ التأشيرات اللازمة لدخول إقليم الدولة[1].

وعلى الرغمِ من العهدِ المزدهر الطويل الذي تميَّزَ به المعيارُ العضويُّ في مجالِ تحديدهِ لنطاق تطبيقِ القانون الإداري وانعقاد اختصاص القاضي الإداري؛ إلَّا أنَّهُ سرعان ما ضعفَ وتقهقر بسبب ازدياد التداخل بين الأشخاص العامة والأشخاص الخاصة، وهدم كفايةِ هذا المعيار لتحديدِ الفصل بين المجالين العام والخاص، لا سيما في مجالِ العقود الإداريَّة، ولهذا دعتِ الحاجةُ إلى تعزيزِ المعيار التقليديّ بمعيارٍ جديدٍ يستندُ على ضرورةِ ارتباطِ النشاط بمقتضياتِ المصلحة العامة، واستعمال وسائل القانون العام (أن يتضمَّنَ العقدُ بنوداً استثنائيَّة وغير مألوفةٍ في عقود القانون الخاص) وهذا ما يطلقُ عليه بالمعيارِ المادي أو الموضوعي Le critere Materiel ou Objectif[2]، وهو الاتجاهُ القضائيُّ الذي كرَّسهُ مجلس الدولةِ الفرنسي بشكلٍ مستقرٍ إلى حدِّ اليوم[3].

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ود. أحسن رابحي، طبيعة العقد مع الجهة الخاصة بوصفها وكيلاً لجهة عامة، بحث منشور في مجلة العقد الاجتماعي، يصدرها مركز البحوث القانونية، أربيل، العدد الأول، السنة الأولى، 2021، ص105.

(2) يرجع أصل نشأة المعيار المادي أو الموضوعي في مجال تكييف الأعمال الإدارية إلى قرار مجلس الدولة الصادر في 31 يوليو 1912.

Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges (requête numéro 30701 : Rec. p. 909, concl. Blum ; RDP 1914, p. 145, note Jèze).

وتتلخصُ وقائعُ هذه القضيَّة في نزاعٍ حول تنفيذِ عقدٍ مبرمٍ بين مدينة ليل La ville de Lille وشركة خاصة لتوريد الحصى؛ حيثُ استخلص مجلسُ الدولة بأنَّ: "....الغرضَ الوحيد من إبرام العقد تمثَّلَ في توريدِ الحصى من طرفِ الشركة الخاصة؛ وفقًا لقواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد؛ حيثُ لم يتضمن العقدُ أيَّة أحكامٍ أو بنودٍ استثنائيَّة وغير مألوفةٍ ذات المصدر الإداري، وبالتالي فإنَّ النزاعَ القائم بخصوص تنفيذ العقد يدخلُ في اختصاصِ القاضي العادي...".

(3) TC, 2 novembre 2020, requête numéro 4196, Institut national de recherches archéologiques préventives (Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 3, note M. Ubaud-Bergeron ; Dr. adm. 2021, comm. 13, note Brenet ; JCP G 2020, act. 1316) . CE, 19 novembre 2010, requête numéro 331837, Office national des forêts (Contrats-Marchés publ. 2011, 36, note Devillers) . (TC, 20 février 2008, requête numéro 08-03623, Verrière c. COURLY : Contrats – Marchés publ., 2008, comm. 122, note Eckert.- V. également TC, 12 décembre 2011, requête numéro 3824, Commune de Nouméa c/Société Lima : Rec. tables, p. 843). l'arrêt de Section du Conseil d'Etat du 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant (requête numéro 82338 : Rec. p. 48 ; CJEG 1973, p. 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron ; AJDA 1973, p.358, chron. Léger et Boyon ; JCP G 1974, II, comm. 17629, note Pellet ; Rev. adm. 1973, p. 633, note Amselek).

الفرع الثاني
حقيقةُ عقدِ الإذعان

تغلبُ على نظريَّةِ الإذعان النزعةُ الاقتصاديَّة، وبذلك لا ينتظرُ من تعريف عقد الإذعان؛ إلَّا أن يكونَ متأثراً بهذه النزعة، فناحيةُ الإذعان في العقد كانت وليدة اختلال التوازن الاقتصادي فيه، وهذا الاختلالُ في التوازنِ أدَّى إلى أن يتمتَّعَ أحدُ الطرفين بمركزٍ اقتصاديٍّ متفوق، هذا التفوُّقُ أتاحَ للطرفِ القوي إرادةً متغلِّبةً يمكنُها أن تضعَ شروطاً لا تقبلُ لها تغييراً أو تعديلاً، وهذا الطرفُ القويُّ قد تيسَّرَ له ذلك؛ لأنَّهُ يحتكرُ احتكاراً قانونياً أو فعلياً سلعاً أو خدمات تعتبرُ من الضرورات الأولية للجمهور، ولا بُدَّ أن يتعاقدَ بشأنها[1].

وعليه لم يجمعُ الفقهاءُ على تعريفٍ واحدٍ لعقد الإذعان، وكذا فإنَّ التشريعات لم تحدِّد له تعريفاً، ومن الناحية الفقهيَّة تعددت التعريفاتُ لعقد الإذعان، ومع ذلك فذهب البعض إلى تعريفه بأنَّهُ: "عقدٌ حدَّدَ محتواهُ التعاقديَّ كلياً أو جزئياً بصيغةٍ مجرَّدةٍ وعامَّة قبل فترة التعاقد"[2].

وقيل أيضاً في تعريفِ عقد الإذعان هو نوعٌ من العقود التي تفرضُ محتواها مسبقاً من قبل أحد طرفي ذلك العقد على الأخر، أو هو محضُّ تغليبٍ لإرادةٍ واحدة تتصرَّفُ بصورةٍ منفردةٍ تماماً، وتملي قانونها ليس على فردٍ محدَّدٍ؛ بل على مجموعةٍ غير محدَّدة تفرضُها مسبقاً، ومن جانبٍ واحدٍ ولا ينقصها سوى إذعانُ من يقبل قانون العقد[3]، وعرَّفَ جانبٌ أخرَ عقودَ الإذعان بأنَّها: "العقودُ التي يكونُ القبول فيها مقتصراً على مجردِ التسليم بشروطٍ مقرَّرة، يضعُها الموجب ولا يقبلُ المناقشةَ فيها"[4].

---

(1) د. عبدالمنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان في القانون المصري دراسة فقهية وقضائية مقارنة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946، ص 77، ولا بُدَّ من الإشارة إلى أنَّ عقدَ الإذعان جاءَ تعريباً للاصطلاح الفرنسي (Contract d'adhe'sion) ويعني عقد الانضمام، من ذلك يبدو أنَّ نظريةَ الإذعان جاءت وفقاً لرؤيةِ الفقيه السنهوري وتعريبه، وهي بعيدةٌ عن المصطلح الفرنسي الدالّ على الانضمام، ويتَّضحُ من آراء الفقهاء وواقع الحال في عقود الإذعان أنَّ فكرةَ الانضمام التي ذهبَ إليها الفرنسيون هي أكثرُ دقةً من فكرة الإذعان، لما للإذعان من دلالةٍ على التفاوتِ في القوة بين أطرافِ العقد، والحقيقةُ هي خلاف ذلك، حسب ما أثبته الفقيه (Berlioz)، لاحظ: د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011، ص163.

(1) Y. Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », Mélanges Drago, Economica 1996 p. 315.

(2) علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص23.

(3) يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، عدد51 - جوان 2019، ص534 وما يليها.

(4) أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - قسم الفقه وأصوله، جامعة الشارقة، 1429هـ- 2008م، ص30.

في حين يذهبُ البعضُ الآخر بأنَّ عقدَ الإذعان هو الذي يسلمُ فيه القابلُ بشروطٍ مقرَّرةٍ يضعُها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها والمفاوضة عليها، وذلك فيما يتصلُ بسلعةٍ عينة أو مرفقٍ ضروري تكونُ محلَّ احتكارٍ قانونيٍّ أو فعلي[1].

نرى أنَّ عقدَ الإذعان هو العقدُ الذي يكونُ فيه أحدُ الطرفين متغلباً على الطرف الأخر ومتسلطاً فيه بحكم احتكاره أو نحوه، ويتَّسمُ هذا العقدُ بأنَّ أحدَ المتعاقدين يضعُ شروطه في العقد، ولا يكونُ للآخر رفضها كلياً أو جزئياً من ناحية، وليس له حقٌّ بمناقشتِها بالإضافة إليها أو النقص منها، أو التعديل فيها من ناحية أخرى[2].

وقد ساهَمَ المُشرّعُ من جهتهِ بقسطٍ وافرٍ في تعريفِ وتحديد معالمِ عقد الإذعان، لا سيما بالنسبة للمُشرّع العراقي حيثُ تضمنت المادة (167) من القانون المدني الإشارةُ إلى خصائصهِ الرئيسيَّة، وخصوصاً فيما يتعلَّقُ بسبل تحديد أوجهِ تطابق الإيجاب والقبول، في ظلِّ هذا الصنف من العقود الخاصة، في المقابل عرَّفَ المشرّعُ الفرنسي عقدَ الإذعان بمقتضى الفقرة الثانية من المادة (1110) من القانون المدني التي نصَّت: "عقدُ الإذعان هو العقدُ الذي تكونُ بنودهُ العامَّةُ غير قابلةٍ للتفاوض؛ لأنَّها تكونُ معدَّةً سلفاً من طرفِ أحد المتعاقدين، ويكونُ على الطرفِ الآخر إما قُبولها جملةً أو رفضها جملةً دون إمكانية تعديلها، من هذه الزاوية يختلفُ عقد الإذعان جذرياً عن العقود بالتراضي؛ حيثُ يتاحُ لكلِّ أطرافِ العقد مناقشةُ ومفاوضةُ كلَّ جوانبِ العقد"[3].

(1) محمد عبدالرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق - كلية القانون - جامعة كربلاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011، ص155.

(2) وهو التعريف الذي التقى عنده غالبية المجمع الفقهي الفرنسي:

Le **contrat d'adhésion** est un contrat où l'une des parties propose un ensemble de clauses contractuelles non négociables à son cocontractant, que ce dernier doit accepter ou refuser en bloc. En effet, **l'article 1101 du Code civil** dispose que « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Ses conditions de validités sont édictées à l'article 1128 du Code civil. Le contrat suppose donc **le consentement de toutes les parties signataires du contrat**. Chacune des parties a la liberté de contracter, elle possède également la liberté de débattre du contenu du contrat. En ce sens, le contrat d'adhésion est une **limite à cette liberté contractuelle** en raison de l'unilatéralité du choix des dispositions du contrat.

(3) عندما نقولُ كلَّ أطرافِ العلاقة التعاقديَّة، نقصدُ طرفي العقد الأصليين، وكلٌّ ممن يصيبهُ أثرُ الاتِّفاق بين المتعاقدين؛ مثل الأشخاص الذين كانوا يُعدُّونَ بوضع الأجنبي عن العقد، ثم تحولوا إلى غيرٍ، ولهذا فإنَّ إطلاقَ لفظةِ الغير، يرادُ بها أنَّ صاحبَ الصفةِ صارَ على صلةٍ بالعقد من جهةٍ أو أخرى، ولهذا أُطلق عليه لفظُ الغير، كما هو الحالُ بالنسبةِ للمتعاقد من الباطن، راجع في هذا الصدد:

B. Dacosta, « L'accès des tiers au juge du contrat », *RDP*5/2014 p. 1148.

المطلب الثاني

الصلةُ بين العقدِ الإداريّ وعقد الإذعان

إنَّ تكييفَ جميع العقود التي تبرمها الإدارةُ وتحديدَ الوصفِ القانوني لها يعدُّ ضرورياً، من خلال هذا التكييف نجدُ أنَّ الإدارةَ بوصفها تمثِّلُ الجهةَ الخدميَّة، تقومُ بإبرامِ أنواعٍ مختلفةٍ من العقود، والعقودُ الإداريَّة لا تخضعُ لنظام قانوني واحد قائم على احتجاجٍ بوسائل القانون العام، من هنا سنقسِّمُ هذا المطلب إلى فرعين:

الفرعُ الأولُ: علاماتُ الإذعانِ في العقدِ الإداري.

الفرعُ الثاني: الإدارةُ بوصفِها طرفاً مذعِناً.

الفرع الأول

علاماتُ الإذعانِ في العقدِ الإداري

يقصدُ بعلاماتِ الإذعان أن يتضمَّنَ العقدُ شروطاً استثنائيَّة (غير مألوفة)، تتمثلُ هذه الشروط في سلطانِ الإدارة وقوتِها تجاه الطرف الآخر في العقد الإداري، وهذا ما يؤدي إلى إظهار علامات الإذعان في العقد الإداري، كما أنَّ تلك الشروط الاستثنائيَّة لم ترد في التشريعِ، ولم يقف المشرّعُ على أنَّه متى يعدُّ الشرطُ استثنائياً في العقد، وكذلك أنَّ الشروطَ غير المألوفة ووجودها في العقد الإداري، يودي بذلك العقد إلى صفةِ الإذعان؛ لكن هل هذه الشروط هي علامة لإذعانية العقد الإداري، أم أنَّها بالأساس صفةٌ جعلت من العقد عقداً إدارياً بالأساس؟؟.

تعدُّ الشروطُ الاستثنائيَّة أهمَّ عنصرٍ في تحديدِ العقد الإداري، ولعلها تلخِّصُ كل محتوى عقد الإذعان، حتى كادت أن تكون مرادفاً له، فعلى الصعيد الفقهي يجمعُ غالبية رجال القانون على تعريفِها بأنَّها شروطٌ غير مألوفةٍ في عقودِ القانون الخاص، ويكونُ مضمونُها منح أحد المتعاقدين أو الطرفين التزاماتٍ غريبة وغير مألوفةٍ عن تلك الشروط الرضائية ذات التطبيق الواسع، في ظلِّ العقود التي يبرمُها الأفراد فيما بينهم[1].

في المقابلِ فإنَّ القضاءَ الإداري وخصوصاً في فرنسا قدَّمَ إسهاماتٍ كبيرةٍ في إبرازِ معالم الشروط الاستثنائيَّة تحسباً لتأطيرِ نطاقِ وحدود عقود الإذعان، وما زالَ إلى حدِّ اليوم سائراً في هذا الإتجاه بسبب المرونة الكبيرة التي تميِّزُ هذه الطائفة من العقودِ الإدارية، مع التنويه بأنَّ موقفهُ إزاء مدلولها الموضوعي النهائي وإن ظلَّ ثابتاً منذ حقبةٍ طويلة؛ إلَّا أنَّ أوجهَ هذه الشروط كان ولا يزالُ يربطُها بمعاييرٍ قانونيَّة مختلفةٍ في كلِّ قضيةٍ على حدى[2].

---

(1) د. صالح إبراهيم المتيوتي ود. مروان محمد محروس المدرس، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، ص120.

(2) Une clause exorbitante est une clause que l'on ne trouve pas dans les contrats de droit privé parce qu'elle y serait illégale. Sa présence détermine le caractère administratif du contrat. Une seule clause exorbitante dans

فعلى سبيل المثال وفي حكمها المؤرخ في 1999/7/5 في قضيَّة "إتِّحاد فرق المشتريات العامة" Union des Groupements d'Achats Publics فقد استندت محكمةُ التنازع في فرنسا على معيارِ سلطة المرفقِ العام المتعاقد في فسخِ العقد بإرادته المنفردة، كأساسٍ لتكييفِ تحقُّق البنود الاستثنائيَّة في العقدِ، ومن ثمَّ القولُ بالطبيعة الإداريَّة له[1]، وفي حكمِها الصادر بتاريخ 2020/11/2 في قضيَّة "مؤسسة إفها" société Eveha توصَّلت المحكمةُ إلى أنَّ المعيارَ العضويَّ هو معيارٌ حاسمٌ ورئيسيٌّ في البنودِ الاستثنائية، وفي اعتمادها كأساسٍ لتحديد الطبيعة الإداريَّة للعقد[2].

لكنَّ المعيار العضوي – كما أكَّدَ مجلسُ الدولةِ الفرنسي – قد يكونُ كافياً بالنسبة للعقودِ الإداريَّة بتحديدِ المُشرِّع، ولكن بالنسبةِ لسائرِ أصناف العقود الأخرى قد لا يكونُ المعيارُ العضويُّ كافياً لوحده للقول بالطبيعة الإداريَّة للعقد، ما لم يتضمَّن العقدُ بنوداً استثنائية وغير مألوفةٍ في عقودِ القانون الخاص، حتى ولو كان العقدُ ذاته مبرماً بين شخصين من أشخاصِ القانون العام[3].

---

un contrat suffit pour que le contrat soit administratif. La clause exorbitante établit un rapport d'inégalité entre les cocontractants car elle octroi à l'une des parties des pouvoirs sans les donner à l'autre.Voir par exemple - CE, Sect. 20 octobre 1950, Stein - Lebon. p. 505.

(1) TC, 5 juillet 1999, Union des Groupements d'Achats Publics - UGAP, n° 03167. «le pouvoir de modification unilatérale du contrat. "le fait de prévoir au profit de la personne publique contractante un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles».

(2) TC, 2 novembre 2020, n° C4196, société Eveha. **Une clause exorbitante de droit commun bénéficiant à une personne privée n'implique pas nécessairement que ce contrat soit administratif.** «Si les prérogatives en cause sont reconnues à la personne **privée** contractante et non à la personne publique, elles ne suffisent pas à porter le litige auprès du juge administratif. L'INRAP, en sa qualité d'établissement public, s'est vu confier des fouilles dans le cadre d'une mission de service public qui présentent le caractère de travaux publics en application des dispositions du code du patrimoine. Le Tribunal des conflits en déduit que par suite, le litige relève de la compétence de la juridiction administrative». Voir egalement - TC, n° 3963, 13 octobre 2014, Axa France IARD c/ MAIF - Publié au recueil Lebon. «Une clause exorbitante de droit commun est une clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs».

(3) CE, 5 février 2018, n° 414846, CNES. «Clauses exorbitantes de droit commun (Application de la définition de la clause exorbitante de droit commun (TC, n° 3963, 13 octobre 2014, Axa France IARD c/ MAIF) selon laquelle un contrat conclu avec une personne publique présente un caractère administratif lorsqu'il comporte une ou plusieurs clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs».

بالمقابلِ وبالنسبةِ للمحكمة الإداريَّة المجتمعةِ لمقاطعةِ "دواي" في فرنسا، فقد توصَّلت في حُكِمها المؤرخ في 2020/11/26 بأنَّ المعيارَ الماديَّ يمكنهُ أن يحققَ نفسَ الغايةِ المرتبطةِ بتطبيقِ المعيار العضويّ؛ حيثُ أنَّ المرافقَ العامة ذات الطابعِ الصناعي والتجاري، وإن كانت عقودُها تكتسي طبيعةً عاديَّة وبالنتيجةِ تخضعُ للقانونِ العادي (التجاري) ومنازعاتها ينظرُها القاضي العادي (التجاري)؛ إلَّا أنَّ استهداف عقودها تحقيق مقتضياتِ المصلحةِ العامة، وتضمين هذه العقود بنوداً استثنائية وغير مألوفة يكفي للقول بطبيعتها الإداريَّة، ومن ثمَّ إخضاعُها للقانون الإداري ولاختصاصِ القاضي الإداري، كاستثناءٍ من القواعد التقليديَّة المعتمدةِ في هذا المجال[1].

من جهتهِ وبالنسبةِ لمجلسِ الدولة الفرنسي فقد توصَّلَ في قراره المؤرخ في 2018/6/7 في قضيَّة "مؤسسة جيو فرنسا للمالية" Société Géo France Finance بأنَّ تعميمَ تطبيق المعيارِ العضويّ في تكييفِ البنود الاستثنائية، ومن ثم تحديد الطبيعةِ الإداريَّة للعقد ليس صحيحاً من الناحية القانونيَّة، فإذا تنازلَ المرفقُ العام عن إدراجِ البنود الاستثنائيَّة في العقد دليلٌ على نيتهِ في استعمال قواعد القانون الخاص، ومن ثم اختصاص القاضي العادي بنظرِ النزاع، حتى ولو كان المرفق المتعاقدُ يتمتَّعُ بالطبيعةِ الإداريَّة الخالصة Un etablissement publique a caractere administrative[2].

(1) CAA de Douai, 26 novembre 2020, n° 19DA00239. «Marché entre un office public de l'habitat, établissement public local à caractère industriel et commercial et une société, dont le cahier des clauses administratives particulières se réfère aux clauses et stipulations du cahier des clauses administratives générales Fournitures courantes et Services, comporte ainsi des dispositions exorbitantes du droit commun. Ce marché est donc un contrat administratif et les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence de la juridiction administrative».

(2) CE, 7 juin 2018, n° 416664, Société Géo France Finance. «Un contrat par lequel un acheteur public cède ses droits à délivrance de certificats d'économies d'énergie, qui constituent des biens meubles n'est pas un contrat de droit public mais a le caractère d'un contrat de droit privé. Il ne peut être qualifié de marché public». TC 17 oct. 2011 *SCEA du Cheneau, AJDA* 2012 p. 27 chron. M. Guyomar et X. Domino : le juge judiciaire n'a pas l'obligation de renvoyer au juge administratif les contestations sérieuses portant sur la légalité d'un acte administratif, « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ». Civ. 1re 24 avril 2013, AJDA 2013 p. 1631 note J.D. Dreyfus : la cour d'appel avait la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat.

على صعيدٍ آخرَ توصَّلت محكمةُ التنازع في حكمِها الصادر بتاريخ 2018/2/12 في قضيةِ الشركة "رافيس" TC, 12 février 2018, n° 4109, SCP Ravisse بأنَّهُ من صورِ البنود الاستثنائية في تحديدِ طبيعة العقود الإداريَّة الأحكامُ التعاقديَّة التي تملها السلطةُ الإدارية؛ مستلهمةً إياها من قواعدِ وأحكام القانون الإداري، والتي تسمحُ لها بالتدخلِ في أيِّ وقتٍ من أجل الإشراف والرقابة على كلِّ مراحل تنفيذ العقد(1).

بناءً على ما تقدَّم يمكننا حوصلة رزنامة البنود الاستثنائية وغير المألوفة بتقسيمِها إلى نوعين رئيسيين، النوعُ الأوَّلُ يتعلَّقُ بتلك الشروط التي تعبِّرُ عن امتيازٍ من امتيازاتِ السلطة العامَّة، ويشملُ:

1- سلطةُ الإدارةِ في الإشراف على تنفيذِ العقد وإعطاء بعض التوجيهات والتعليمات للمتعاقد معها.

2- سلطةُ الإدارةِ في إدخال بعض التعديلاتِ على العقدِ بإرادتها المنفردة من جانبٍ واحد دون ضرورةِ الحصول على موافقةِ المتعاقد معها.

3- سلطةُ الإدارةِ في توقيعِ جزاءٍ على متعاقدٍ معها، عند إخلالهِ بالتزاماته تجاهها أو بشرطٍ من شروط العقد.

4- سلطةُ الإدارةِ في فسخ العقدِ من جانبها بإرادتها المنفردة، وذلك عند إخلال المتعاقدِ معها بأحد التزاماتهِ الجوهريَّة المنصوصِ عليها في العقد، ودون حاجةٍ إلى اللجوء إلى القضاء.

5- سلطةُ الإدارةِ في الحلول محلَّ المتعاقد في حالةِ امتناعه عن تنفيذِ التزاماته، والتنفيذ على حسابه.

أما النوعُ الثاني فيتمثَّلُ بالشروطِ الاستثنائيَّة غير المألوفةِ في عقودِ القانون الخاص، كتلك المتَّصلة بمبدأ من المبادئ التي أوجدها القانونُ العام، كشروط إعادة التوازن المالي للعقد أو سلطة الإدارة في تعديلِ بنود العقد الإداري، أو الشروط المستنبطة من المصلحةِ العامة على مصلحةِ المتعاقد الخاصة(2).

نجدُ أنَّ العقدَ الإداري تظهرُ به علاماتُ عقد الإذعان من خلالِ تلك الامتيازات التي أشرنا إليها سابقاً، وأيضاً من خلالِ تسليمِ الجهة المتعاقدة مع الإدارة بجميعِ الشروط التي تصرِّحُ بها الإدارة من خلال العقد، وهذا يدلُّ على القبولِ في عقد الإذعان كما ورد في الفقرة الأولى من المادة (167) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 المعدَّل، على أنَّهُ: "القبولُ في عقدِ الإذعان ينحصرُ في مجردِ التسليم بمشروعٍ ... إلخ"، كما وأنَّ عبارةَ (مشروع عقد ذي نظام) التي وردت في نصِّ المادةِ جاءت لتنظيم موضوع القبولِ في عقودِ الإذعان وقد تَفرَّد بها، وظاهرُ صياغتِها تعني صيغةُ العقدِ المنظمة سلفاً من قبل الطرف المُذعِن؛ لكنها عبارةٌ أضحت

(1) TC, 12 février 2018, n° 4109, SCP Ravisse. *«mandataire liquidateur judiciaire de la SARL The Congres House c/ Commune de Saint-Esprit (Clause exorbitante de droit commun et application aux prérogatives d'une commune qui pouvait intervenir de façon significative dans l'activité d'une société. Application de la décision TC, n° 3963, 13 octobre 2014, Axa France IARD c/ MAIF».*

(2) لاحظ: د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، ص82 وما يليها؛ ولاحظ أيضاً: د. صالح إبراهيم المتيوتي ود. مروان محمد محروس المدرس، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، ص122 وما يليها.

اليوم تتجاوزُ حدودَ عقود الإذعان؛ لتنطلق إلى أجواءِ النظريَّة العامة للعقد، كما أضحت ذات اعتبارٍ في إعادةِ النظر في العلاقةِ بين المتعاقدين[1].

تماشياً مع ما تمَّ ذكره، على الرغم من أن يكونَ لفكرةِ الإذعان في العقودِ الإداريَّة معنى يختلفُ عنهُ في العقودِ المدنيَّة، وهو معنى خاصٌ يقومُ على أن العقودَ الإداريَّة - من حيثُ الشكل - تأخذُ شكلَ عقودِ الإذعانِ عندما تنفردُ جهةُ الإدارةِ بوضعِ شروطٍ سلفاً، وبدون أن يناقِشها عند وضعها المتعاقد المنتظر، وعلى أنَّ الإذعانَ لا يعني إلا تدعيمَ مركزِ الجهة الإداريَّة المتعاقدةِ، وإلزام المتعاقدِ معها بأن يقبلَ خضوعهُ لقانونِها، وهذا مشروطٌ باحترامِ قاعدة حسن النيَّة التي تلتزمُ بها الجهةُ الإداريَّة[2]، كما يلتزمُ بها المتعاقدُ معه، وأنَّ الشروطَ التي تنفردُ بوضعِها الجهةُ الإداريَّة ليست إلَّا مرادفاً لاعتبارِ أنَّ للعقدِ طبيعة إداريَّة[3].

خلاصةُ القولِ أنَّ فكرةَ استحداث العقودِ الإداريَّة قامت على إعطاء الإدارة سلطات استثنائية، بحيث تتفوق على كلِّ من يتعاقدُ معها[4]، وهذا ما جعلَ العقدَ الإداريَّ يختلفُ عن أصلهِ العقد المدني؛ إلَّا أنَّ هذا التفوقَ يجبُ أن يتَّصلَ بنشاطِ الإدارة وحسن سيرها للمرافقِ العامة ومرتبطٌ بتحقيقِ المصلحة العامة[5]، بمعنى أنَّ الإدارةَ سيراقبُها القضاءُ إن تعسَّفت في ذلك، وهذا أحدُ أوجهِ مراقبة المشروعيَّة[6]، وعليه يجبُ أن يفهمَ القاضي الإداري حقيقةَ عمله ودورهِ في استحصال الحقوقِ التي تضيعها الإدارة على الأفراد، ذلك أنَّ

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ود. ئامانج رحيم أحمد، مشروع عقد ذو نظام، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية – جامعة عجمان، السنة الخامسة، العدد التاسع، يناير 2019، ص429.

(2) من جانبها أكَّدت المحكمة الاداريَّة العليا المصرية على مبدأ حسن النية في تنفيذِ العقود من بينها العقد الإداري؛ - وذلك في الطعن رقم 13808 لسنة 51 قضائية عليا، جلسة 6 من يناير سنة 2007 - إذ يرى أنَّ تنفيذَ العقودِ أيّاً كان نوعُها يجبُ أن يقومَ على أساسٍ من حسن النيَّة بين أطرافه – إذا كان ذلك أمراً مُقرراً بين أطرافِ العقد، فإنَّهُ يكونُ أوجبَ حينما تكونُ جهةُ الإدارة طرفاً في التعاقدِ؛ حيثُ يجبُ عليها أن تكونَ مثلاً في احترامِ التزاماتها التعاقديَّة؛ لأنها مطالبة أصلاً باحترام القواعد القانونيَّة التي تحكمُ نشاطها، مما يحقِّقُ العدالةَ والمساواة بين المتعاملين معها، والإجراءات القانونيَّة التي تحكمُ نشاطها مما يحقِّقُ العدالة والمساواة بين المتعاملين معها، ويؤكِّدُ مصداقيتها ونزولها على متطلباتِ الأحكام القانونيَّة المنظمة لتعاملاتها مع الغير، للتفصيل لاحظ: مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا / الدائرة الأولى، مرجع سابق، ص281.

(3) د. أحمد محمود جمعة، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام، ((القانون المدني))، ج1، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005، ص34.

(4) لا بد من التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية، فالإدارةُ قد تبرم عقود مدنية أو غيرها، أما العقود الإدارية فهي العقود الخاضعة للقانون الإداري وللقضاء الإداري، (لاحظ: د. خالد خليل الظاهر، القانون الاداري، الكتاب الثاني، دار المسيرة، عمّان، الأردن، 1997، ص225).

(5) لاحظ: د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة بغداد، 1993، ص475.

(6) لاحظ: د. فاروق أحمد خمّاس، الرقابة على أعمال الإدارة، جامعة الموصل، 1988، ص13.

القاضي الإداري هو الرقيبُ على مبدأ المشروعيَّة الذي تخضعُ له الإدارة، وأنَّ أوجَ صور هذه الرقابة شدة عندما يتلمسُ القاضي الإداري وجودَ سوءِ النيَّة والقصد لدى القائمين على تمثيل الإدارة في أعمالها؛ إذ ينبغي أن يكونَ العملُ الإداري – بينما فيها العقدُ الإداريُّ – قائماً على الاستقامةِ والمصداقيَّة والشفافيَّة[1]، وكذا الحالُ في عقودِ الإذعان؛ حيثُ لا يملكُ أحدُ الطرفين فرضَ شروطه التعسفيَّة، وإلَّا تدخَّلَ القضاءُ لمعالجةِ هذا الخلل[2]، مما يعني أنَّ المقاربةَ قائمةٌ وتكادُ تكون متطابقةً[3]؛ لكن ينقُصها بعضُ المتغيراتِ نتناولها لاحقاً.

الفرع الثاني
الإدارةُ بوصفِها طرفاً مذعِناً

إنَّ خبرةَ الإدارةِ وتجاربها المكتسبةُ في إدارةِ المشروعات العامة؛ نتيجةَ احتكاكِها الدائم بالعملِ وظروفه المتغيّرة، إلى جانبِ تحقيق الصالح العامّ يتطلبُ إخضاعَ الأعمال الإداريَّة لنظامٍ قانونيّ معينٍ يختلفُ عن النظامِ القانونيّ الذي يحكمُ العلاقات الخاصة[4]، وعليه إذن يخضعُ العقدُ الاداريُّ لنظامٍ قانونيّ يختلفُ عن النظامِ القانونيّ الذي يحكمُ العقود المدنية، بحيث أنَّ العقودَ الإداريَّة ترتبطُ بالمرفقِ العامّ، وتستهدفُ المصلحةَ العامَّة التي تتطلبُ دوامَ سيرِ النشاط العام واطِّراده، مما يستوجبُ أن يكونَ للإدارةِ عند تنفيذِ العقدِ بعضُ الامتيازاتِ المطلوبةِ والسلطاتِ اللازمةِ التي لا وجودَ لها في العقودِ الواردة في القانونِ المدني[5]، وتتمثَّلُ هذه السلطات في الجوانبِ الآتية:

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحد ود. أحسن رابحي، القصد التشريعي من التظلم وجدوى اشتراطه في الدعوى الإدارية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد1، 2020، ص393.

(2) لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون ذكر سنة نشر)، ص232، زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، السنة الخامسة، العدد 19، 2013، ص431.

(3) كما أن إنكار الصفة العقدية لكلٍّ من العقدِ الإداريّ وعقد الإذعان يشكِّلُ أحدَ محاور المقاربة بينهما (لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص231).

(4) لاحظ: د. رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحدِّ من السلطة التقديريَّة وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية – القاهرة، دون ذكر الطبع وسنة النشر، ص54-55.

(5) "الإدارة بوصفها طرفاً مذعناً"، من الجدير بالتنويه في هذا الصَّدد، بأنَّ التعميمَ الحاصل فيما يتعلَّقُ بمرجعيةِ الطرف المذعن بانسابه إلى جهةٍ واحدةٍ هي الجهةُ الإداريَّةُ، فإنَّ هذا الوصفَ قد يتأثرُ فيما إذا اتجهت نيَّةُ هذه الأخيرة إلى التعاقدِ في إطارِ القانون الإداريّ، أو التعاقد في إطارِ القانون العادي بتطبيق القواعد الرضائية في التعاقدِ والمطبقة على المعاملات الخاصَّة بين الأفراد، ولعلَّ نقطةَ الافتراق بين الحالتين تكمنُ في تكييفِ محتوى العقد؛ أي: مدى احتوائه أو خلوه من البنودِ الاستثنائية كما ذكرنا سابقاً؛ لكن في المقابلِ فإنَّ التوجيهاتِ الأوروبيَّةَ الحديثةَ السائدةَ في هذا الشأنِ تتَّجِهُ تدريجياً إلى تقليصِ نطاقِ تطبيق هذه المعايير؛ لأنَّها لا تسايرُ إلى حدٍّ ما توجهات الشراكة الاقتصادية في دولِ الاتِّحاد الأوروبي، وبالمقابل

1- سلطةُ الإدارةِ في الرقابةِ والإشراف[1]: ويرادُ بها أن يكونَ لجهةِ الإدارة المتعاقدةِ الحقُّ في التدخُّلِ لاختيارِ الطرق التي تراها مناسبةً في تنفيذِ العقد، لا سيما في خضَّمِ الحالات التي تتَّسِمُ ببعضِ الغموض في شأنِ سبل تنفيذِ بعض جوانب العقد، كما يكونُ لها حقُّ ممارسةِ أوجه الرقابة المستمرةِ على الطرف المتعاقدِ معها، من أجل التأكُّدِ من حسن تنفيذ العقدِ، ويخوّلُها ذلك اختصاصُ توجيهِ الأوامرِ والنواهي المرتبطة بتنفيذِ العقدِ طيلة المدَّة التعاقديَّة.

من الناحيةِ النظريَّة يبدو أنَّ سلطةَ الإشرافِ والتوجيه قد أخذت حيزاً أكبرَ في إطارِ الاهتمامِ الفقهيّ مقارنةً بسلطةِ الرقابة؛ حيثُ نلاحظُ صنفاً راجِحاً من الكتاباتِ الفقهيَّة تتَّجهُ نحو توسيعِ صور سلطة الإدارة في متابعةِ كلّ مراحلِ تنفيذ العقد؛ ليشملَ أيضاً سلطةَ التوجيهِ التقنيّ والفنيّ المسبق، لا سيما بالنسبةِ لعقودِ الأشغال العامَّة؛ حيثُ تتوفَّرُ الإداراتُ العامَّةُ على خبراءَ ومهندسين تعتمدُ عليهم في هذا الشأن، أو أن تتدخَّلَ الإدارةُ لتحديدِ وتوجيه المتعاقدِ إلى الطريقةِ والإجراءات التي تراها مناسبةً ومفيدةً في تنفيذِ العقد، أو حتى أن تفرضَ على المتعاقدِ الترتيبَ الذي يجبُ إتباعه وأولويات التنفيذِ التعاقديّ للضروراتِ التي تفرِضُها مقتضياتُ المصلحةِ العامَّة.

في ظلِّ الأنظمةِ المقارنة نجدُ أنَّ المُشرِّعَ الفرنسيَّ – على سبيلِ المثال – كرَّسَ سلطةَ الإدارةِ في الإشراف والرقابة بمقتضى المادة السادسة / مقطع 8 من قانون المناقصات العامة، التي جاءَ فيها: "يكونُ للجهةِ الإداريَّة المتعاقدةِ سلطةُ التحكم في تنفيذِ العقد؛ وفقاً للشروطِ والأحكام التي يحدِّدها هذا القانون، وكذلك الأحكامُ التعاقديَّة المنصوص عليها في العقد".

التركيزُ على تكييفِ طبيعة العقدِ بالنظر إلى تكييفِ طبيعة المال المدفوع؛ لسدادِ العقد بغضّ النَّظرِ عن طبيعةِ الجهة المسؤولة عن دفعه، وهو الاتجاهُ الذي كرَّسهُ مجلسُ الدولةِ في عدةِ قراراتٍ له لا سيما:

CE Sect., 29 octobre 2004, requête numéro 269814, requête numéro 271357, requête numéro 271362, Sueur et a.

كما اعتُبرت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقوداً عامَّةً بعدما تجاوزت العتبات الماليَّة المحدَّدة في التوجيهِ 18/2004 / EC الصادر عن البرلمانِ الأوروبيّ، والمجلس الأوروبي في 31 آذار / مارس 2004 بشأن تنسيق إجراءاتِ الشراء والمشتريات العامَّةِ، بشأن الأشغال والتوريدات والخدمات،

(la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services).

وهذا ابتداءً من تاريخِ صدور المرسوم رقم 2015-899 المؤرخ 23 يوليو 2015(l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015) والذي بمقتضاهُ تمَّ تصنيفُ عقودِ الشراكة بين القطاعين العام والخاص – على سبيل المثال - كعقود شراكة، وبالتالي فهي تكيَّفُ كعقدِ شراءٍ عموميّ على النحوِ المحدَّد في المادة 4 من المرسوم، والآن المادة 1-1112 .L من قانون المشتريات العامة.

(1) لاحظ: د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، مرجع سابق، ص259.

2- حقُّ الإدارةِ في تعديل شروط العقد: يعتبرُ هذا الحق من البنود الاستثنائيَّة وغير المألوفةِ في العقود الإداريَّة، ويرادُ بهِ أن يكونَ لجهةِ الإدارةِ المتعاقدة سلطةَ التدخُّل في أيِّ مرحلةٍ من مراحل تنفيذ العقد، من أجلِ تعديله بإرادتها المنفردة، على النحوِ الذي تراهُ متوافقاً مع مقتضيات المصلحة العامة، وبالمقابلِ لا يكونُ للطرفِ المتعاقد مع الإدارة حقُّ دفعٍ أو رفض هذه التعديلات؛ متمسكاً بالقاعدةِ التقليديَّة المعروفة في القانون المدني، وهي قاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"[1].

بالمقابل يكونُ للمتعاقدِ عدَّةُ حلولٍ قانونيَّةٍ لحمايتهِ من تعسُّف الإدارةِ المتعاقدة؛ تشملُ هذه الحلول حقَّهُ في الحصولِ على المقابلِ المالي الذي يغطي هذه التعديلات في إطارِ مبدأ "إعادة التوازن المالي للعقد"، ويكونُ ذلك إما بالتراضي باتِّفاق الطرفين أو بناءً على تدخُّل القاضي الإداري لتحديدِ التعويض العادل، كما تشملُ الحمايةُ القانونيَّةُ للمتعاقدِ في هذا الصدد تقييدَ المُشرِّع لسلطةِ الإدارة في تعديلِ تنفيذ العقد، لا سيما بواسطة شرطِ الإخطار المسبق بنيتها في إجراء التعديلات حتى لا تحمل المتعاقد خسائر مالية عن الرجوع في التنفيذ، علاوةً على تقديرِ حجمِ التعديلات بضرورةِ تحديدها في إطارِ التعديلات البسيطة أو الثانوية، وليست التعديلات الجوهريَّة للعقد.

وهو الحلُّ القضائيُّ الذي كرَّسهُ مجلسُ الدولةِ الفرنسيِّ لأولِ مرَّةٍ في خضمِّ قراره الشهير الصادر بتاريخ 1902/2/10، بخصوصِ قضيَّة "شركة الكهرباء والغاز ضدَّ بلدية ديفيل لي روان"[2]،-Gaz de Déville-les-Rouen، كما كرَّسَ المجلسُ ذات الموقف بشكلٍ قويٍّ ومفصَّلٍ، بمقتضى قرارهِ الشهير أيضاً المؤرخ في 1910/3/11، في قضيَّة "شركة ترامواي" (القطارات الكهربائية داخل المدينة) Compagnie des tramways، كما كرَّسَ مجلسُ الدولةِ الفرنسيِّ هذا الاتجاه لاحقاً بمقتضى قراره المؤرخ 1983/2/2، في قضيَّة "الاتِّحاد الجهويِّ لشركات النقل بالحافلات في المدن"[3]،Union des Transports urbains et régional، بما يدلُّ على

(1) M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, Thèses de Doctorat en Droit, 2004, n°1023.

(2) Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt du 10 février 1902, Gaz de Déville-les-Rouen (requête numéro 94624 : Rec. p. 5 ; S. 1902, III, p. 17, note Hauriou).

تتلخصُ وقائعُ هذه القضيَّة في أنَّ بلديةَ ديفيل لي روان الفرنسية تعاقدت (عقداً مستمراً طويلَ الأمد) مع شركة خاصَّة لتوفيرِ الإضاءة العامة بشوارعِ المدينة، وفي سنة 1874؛ أي بعد سنواتٍ قليلةٍ من بداية تنفيذ العقد طلبت البلدية من المتعاقدِ معها تعديلَ بعض بنود العقد، لا سيَّما بالنسبةِ للبنود المتعلِّقة بتوفيرِ المادة الأوليَّة وهي الكهرباء والغاز؛ حيثُ أصبحت قادرةً على توفيرِها بمفردها، وهكذا يبقى للمتعاقدِ فقط التزامٌ تعاقديٌّ بالتصليحِ والتحديث المستمر للخدمة، ونتيجةَ النزاعِ الذي ثارَ بين الطرفين بسبب تراجع المقابلِ المالي للمتعاقد لتقليص أعباءه التعاقديَّة، وصلت الخصومةُ إلى مجلسِ الدولة الذي استخلصَ في حلولهِ القانونيَّة بأنَّ الإدارةَ تتمتعُ بسلطةٍ واسعةٍ في تعديلِ العقد بإرادتها المنفردة متى اقتضت المصلحةُ العامة ذلك، وهذه السلطةُ تعفيها من عبئ تقديمِ إشعاراتٍ متكرِّرةٍ للطرفِ المتعاقد معها، من أجلِ تحصيل موافقته على التغييراتِ الواردة بشأنِ أوجه تنفيذ العقد.

(3) l'arrêt du 2 février 1983, Union des transports urbains et régionaux (requête numéro 34027 : Rec. p. 33 ; RFDA 1984, p. 45, note Llorens ; RDP 1984, p.212, note Auby).

استقرارِ الاتجاه القضائيّ الفرنسيّ بخصوصِ السلطات الاستثنائيَّة وغير المألوفة للإدارة، في مجال تعديلِ عقودها الإداريَّة بإرادتها المنفردةِ، ودون حاجةٍ لطلبِ موافقة الطرف المتعاقد معها.

وفي الصددِ نفسه، ذهبت المحكمةُ الإداريَّةُ العليا المصرية إلى أنَّ: "العقدَ الإداريَّ - شأنهُ شأن العقد المدني، من حيث العناصر الأساسيَّة لتكوينه - لا يعدو أن يكونَ توافقُ إرادتيّ الإيجاب والقبول؛ لإنشاءِ التزاماتٍ تعاقديةٍ تقومُ على التراضي بين طرفين؛ أحدُهما هو الدولةُ أو أحدُ الأشخاصِ الإداريَّة، بيدَ أنَّهُ متميزٌ بأنَّ الإدارةَ بوصفها سلطة عامة تتمتعُ بحقوق وامتيازات لا يتمتعُ بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصدِ تحقيق نفعٍ عام أو مصلحةِ مرفقٍ من المرافق العامة، كما أنَّهُ يفترقُ عن العقدِ المدنيّ في كون الشخص المعنوي العام يعتمدُ في إبرامهِ أو تنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله إما بتضمينه شروطاً استثنائيَّة غير مألوفةٍ في عقود القانون الخاص؛ سواءٌ كانت هذه الشروطُ واردةً في ذات العقد أو مقرَّرة بمقتضى القوانين واللوائح، أو بمنحِ المتعاقد مع الإدارة حقوقاً لا مقابلَ لها في روابطِ القانون الخاص، بسبب كونهِ لا يعملُ لمصلحةٍ فرديَّةٍ؛ بل يعاونُ السلطة الإداريَّةَ ويشتركُ معها في إدارةِ المرفق العام أو تسييره أو استغلالهِ تحقيقاً للنفع العام، وتكونُ مصالحُ المتعاقدين غيرَ متكافئة؛ تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعلُ للإدارة سلطةَ مراقبةِ تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلِّقة بسيرِ المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحةُ العامةُ دونَ أن يتحدى الطرفَ الآخر بقاعدةِ العقد شريعة المتعاقدين، ولها حقُّ توقيعِ الجزاءات على المتعاقدِ، وحقُّ فسخِ العقد وإنهائه بإجراءٍ إداريّ دون رضا هذا المتعاقد ودون تدخُّل القضاء - ممارسة الجهة الإداريَّة لاختصاصاتها المقرَّرةُ قانوناً أو بموجبِ العقود الإداريَّة التي تبرمُها هي مقرَّرةٌ لمصلحةِ المرفق العام، فيترتبُ على تراخي موظفيها في ممارسةِ اختصاصاتهم تعرُّضهم للمسؤولية الإداريَّة وتوقيع الجزاءات عليهم"[1]، وكذلك قد حدَّدت المحكمةُ الإداريَّة العليا المصرية حدودَ سلطةِ جهة الإدارة في تعديل العقدِ أثناء تنفيذه، وصرَّحت بأحد قراراتها بأنَّها: "الجهةُ الإداريَّةُ المتعاقدةُ تملكُ بإرادتها المنفردة، وعلى خلافِ المألوف في معاملاتِ الأفراد فيما بينهم حقُّ تعديلِ العقد أثناءَ تنفيذهِ وتعديل مدى التزاماتِ المتعاقد عليها، فتزيدُ من الأعباءِ الملقاةِ على عاتقِ الطرف الآخر أو تنقصُها وتتناولُ الأعمال أو الكميات المتعاقدة عليها بالزيادة أو بالنقص، على خلافِ ما ينصُّ عليهِ العقد، وذلك كلَّما اقتضت حاجةُ المرفق هذا التعديل من غيرِ أن يحتجَّ عليها بقاعدةِ الحقِّ المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين - سلطة التعديل ليست مطلقة؛ بل ترد عليها قيودٌ معيَّنةٌ تقتضيها ضرورةُ التوفيقِ بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها، ومن هذه القيود ما يتَّصل بمقدارِ أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباءٍ جديدةٍ تقعُ على عاتقِ المتعاقد نتيجةً لسلطةِ التعديل؛ إذ يتعيَّنُ أن تكونَ

(1) ذلك في الطعن رقم 3178 لسنة 45 قضائية / عليا، جلسة 28 من سبتمبر سنة 2004، نقلاً عن: مجموعة المبادئ القانونيَّة التي قرَّرتها المحكمةُ الإداريَّة العليا، السنة التاسعة والأربعون، من أول أكتوبر سنة 2003 إلى آخرِ سبتمبر سنة 2004، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، ص975.

هذه الأعباءُ في الحدودِ الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد، بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنيَّة والماليَّة أو أن يكون من شأنِها أن تقلبَ اقتصاديات العقد رأساً على عقب - تغيير موقع العملية بعد أكثرَ من سنةٍ، ورفض جهة الإدارة ما يرتبهُ الموقع الجديدُ من نفقاتٍ وتكاليف تختلفُ عن الموقعِ الأصلي يجيزُ للمتعاقدِ فسخَ العقد ومطالبة الجهة الإداريَّة بكافَّةِ النفقات، وما فاته من كسبٍ وما لحقهُ من خسارةٍ، من جرَّاءِ عدم تنفيذه للعمليةِ بسببٍ يرجعُ إلى خطأ الجهة الإداريَّة[1].

انسياقاً مع ما سبق، فإنَّ الغالبيةَ العظمى من الفقهِ الفرنسيّ والمصريّ تؤكدُ على حقّ جهةِ الإدارة في تعديلِ العقد الإداريّ بالإرادةِ المنفردة، بهدف تحقيقِ المصلحة العامة، فهذا الحقُّ ثابتٌ لجهةِ الإدارة دون حاجةٍ للنصّ عليه صراحةً في العقدِ أو في القانون أو في اللائحة، فإذا جاءَ النصُّ عليهِ فلا يعدُّ ذلك حقاً منشئاً لجهة الإدارة، ولكن النص يعتبرُ كاشفاً لحقّ جهةِ الإدارة في تعديلِ العقد الإداريّ بالإرادة المنفردة، ولقد أكَّدَ المُشرّعُ المصريُّ في القانونِ رقم 129 لسنة 1947 بشأن امتيازِ المرافق العامَّة على حقّ جهة الإدارةِ في تعديلِ العقد بالإرادة المنفردة، وذلك بهدفِ تحقيق المصلحة العامة[2].

3- سلطةُ الإدارةِ في توقيعِ الجزاءات على المتعاقد معاً وفسخ العقد[3]: ومفادهُ أنَّهُ يجوزُ للسلطةِ الإداريَّة فرضُ عقوباتٍ ماليَّة أو تعاقديَّة أو الإثنين معاً على الطرفِ المتعاقد معها، في حال تأخره في تنفيذ العقد أو سوء تنفيذهِ للعقد أو إهماله لالتزاماتهِ التعاقديَّة في شأن تنفيذ بنود العقد[4]

على الصعيدِ المقارن نجدُ بأنَّ مجلسَ الدولةِ الفرنسيّ قد كرَّسَ هذه السلطة الاستثنائية وغير المألوفة للإدارة في عدةِ قراراتٍ له، لا سيَّما بمقتضى قرارهِ المرجعي في هذا الشأن، وهو قرارهُ الصادرُ بتاريخ

(1) ذلك في الطعن رقم 6456 لسنة 64 قضائية / عليا، جلسة 30 من مارس سنة 2004، لتفصيل القرار لاحظ: مرجع أعلاه، ص531.

(2) لاحظ: د. شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حريَّة الإدارة في التعاقد – دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون – المنصورة، 2013، ص203 – 205، وجديرٌ بالإشارةِ، ولقد أقرَّ قضاءُ مجلسي الدولة الفرنسي والمصري بأنَّ الإدارةَ لا يحقُّ لها تعديلُ الشروط التعاقديَّة التي تتعلَّقُ بمزايا المالية بإرادتها المنفردة؛ لأنَّ المقابلَ المالي من أهمِّ حقوق المتعاقد مع الإدارة، للتفصيل لاحظ: حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دون الطبع ومكان النشر، 2002، ص317، وكذلك لاحظ: الطعن رقم 2519 لسنة 34 قضائية / عليا، جلسة 31 أغسطس 1993، المنقول عن: د. شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد – دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص210.

(3) فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص130 وما يليها.

(4) CE, 10 juillet 1996, requête numéro 140606, Coisne (Rec. tables, p. 1006, concl. Chantepy ; RFDA 1997, p. 504) V. CE, 21 décembre 2007, requête numéro 293260, Région du Limousin (AJDA 2008, p.481, note Dreyfus) (CE, 31 juillet 2009, requête numéro 316534, Société Jonathan Loisirs : Rec. tables, p. 739 ; Dr. adm. 2009, comm. 129 ; RJEP 2010, comm. 17, note Chamard-Heim). (CE, 27 février 2014, requête numéro 357028, Commune de Béziers : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 101, note Eckert ; JCP G 2015, act. 301, obs. Erstein ; AJDA 2015, p. 1482, note Bourdon).

1907/5/31 في قضية "ديبلونك"[1] Deplanque، وقد تضمنت حيثياتُ الحلِّ القانونيّ ما يلي: "...إذا كان بالأساسِ وفي ظلِّ العقود العاديَّة المبرمةِ بين الأفراد يرجعُ إلى قاضي الموضوع سلطة فسخ العقد أو فرض عقوباتٍ على الطرف المتعاقد المخلِّ بالتزاماته التعاقديَّة؛ إلَّا أنَّهُ وفي ظلِّ العقود الإداريَّة يكونُ للجهةِ الإداريَّة المتعاقدة بما تملكُ من سلطاتٍ استثنائيَّة وغير مألوفة يخوّلُها إياها القانون حقَّ توقيعِ عقوباتٍ على الطرفِ المتعاقد معها بصفةٍ مبتدأةٍ وبإرادتها المنفردة"، وهو نفسُ الحلِّ القانونيّ الذي كرَّسهُ لاحقاً في إطارِ قراره الصادر بتاريخ 2012/11/15، في قضيةِ "مستشفى دوليزل سير لاسورغ"[2] Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue.

وفي آخرِ تحديثٍ لموقفِ مجلس الدولةِ الفرنسيّ بخصوصِ مسألة الحال فقد استخلص في قراره المؤرخ في المؤرخ في 2017/7/19 في قضيَّة "المركز الاستشفائي لما بين المقاطعات للأمراض العقليَّة لدى الأطفال والمراهقين"[3] Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent بأنَّهُ: "إذا كان لجهةِ الإدارةِ سلطةُ توقيع عقوباتٍ على الطرفِ المتعاقد معها في حالِ إخلاله بالتزاماته التعاقديَّة، فإنَّ هذا الحقَّ ليس مطلقاً؛ بل مقيداً بضرورةِ تدخُّل الإدارةِ لتنبيه المتعاقدِ للتقصير الحاصل من جانبهِ بواسطة إنذارٍ رسميٍّ مسبق، مع احترام حقِّ الأخير في الدفاعِ عن نفسه؛ لتبرير أسباب التأخيرِ أو التقصير في تنفيذ العقد، في المقابلِ وبالنسبة للعقوبات المالية التي يمكنُ للإدارة فرضُها على المتعاقدِ، فإنَّها ترجعُ لسلطتها التقديريَّة وحدها، وتكونُ في ظلِّ هذه الحالة فقط معفيَّةً من تطبيقِ إجراء الإنذار الرسمي المسبق".

في السياق ذاته فقد استخلصَ مجلسُ الدولةِ الفرنسيّ في مناسباتٍ أخرى، ولا سيَّما بمقتضى قراره الصادر بتاريخ 1995/4/14 في قضيَّة "شركة التهيئة والتجهيز لمنطقة روان"[4] Société d'aménagement de la région de Rouen بأَنَّ: "العقوباتِ التي تفرضُها الجهةُ الإداريَّة على الطرفِ المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماتهِ التعاقديَّة، مصدرُها القانون الإداريُّ وهي تختلفُ عن العقوباتِ التي يمكنُ أن يحكمَ بها قاضي الموضوع، في سياقِ دعوى المسؤوليَّة التعاقديَّة، وهي عقوباتٌ ذات طبيعةٍ تعاقديَّةٍ مصدرُها القواعدُ العامَّةُ المقرَّرةُ في القانونِ المدنيّ، وفي كلتا الحالتين يكونُ التَّمسكُ بتطبيقِ هذه العقوبات من عدمه حقاً مقرراً للسلطة الإداريَّة المتعاقدة وحدها، ومن ثم يرجعُ إليها وحدها حقُّ مباشرةِ تنفيذ هذه العقوبات بنفسها أو عن طريقِ القضاء على الطرفِ المتعاقد معها أو التنازل عن توقيعِ هذه العقوبات".

(1) CE, 31 mai 1907, requête numéro 16324, Deplanque : Rec. p.513, concl. Romieu ; D. 1907, III, p.81, concl. Romieu ; RDP 1907, p.678, note Jèze ; S. 1907, III. p.113, note Hauriou).

(2) CE, 15 novembre 2012, requête numéro 350867, Hôpital de l'Isle-sur-la-Sorgue.

(3) CE, 19 juillet 2017, requête numéro 392707, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent : AJDA 2017, p. 116, note Souche ; BJCP 2017, p. 388, concl. Pellissier ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 229, note Ubaud-Bergeron).

(4) (CE, 14 avril 1995, requête numéro 75330, Société d'aménagement de la région de Rouen).

مع التنويهِ بأنَّ سلطةَ القاضي الإداري واردةٌ في مجالِ حماية الطرف المتعاقد مع الإدارةِ ضد العقوبات التي تصدرُها الإدارة ضده، لا سيَّما تلك العقوبات التي تتَّسمُ بالمبالغةِ والتعسف والظلم[1]، ولهذا يكونُ للمتعاقدِ بصفتهِ طرفاً ضعيفاً في العلاقةِ التعاقديَّة حق الرجوع إلى القضاءِ الإداريّ لطلبِ إما إعفاءه من هذه العقوبات أو التخفيف من درجةِ جسامتها إلى الحدِّ القانونيّ والعادل، وهذا ما كرَّسهُ أيضاً مجلسُ الدولةِ الفرنسيّ بواسطة قراره المؤرخ في 2008/12/29 في قضيَّة "مؤسسة أوفالام دي بوتو"[2] OPHLM de Puteaux، وكذلك قراره المؤرخ في 2020/2/25 في قضيَّة "شركة الضمان الاجتماعي لمدينة نانسي"[3] CAA Nancy ".

من جهتِها تطرَّقت محكمةُ تمييزِ العراق إلى نطاقِ وحدودِ العقوبات التي يمكنُ للإدارةِ توقيعُها على الطرفِ المتعاقد معها، في حال إخلاله لالتزاماته التعاقديَّة في عدةِ مناسباتٍ، ولا سيَّما بواسطة حكمها المؤرخ في 1965/4/11، والذي تضمَّن في حيثياتِ الحلِّ القانونيّ "أنَّ العقودَ الإداريَّةَ القائمةَ على أساسِ فكرة المرفق العامّ، يتحققُ فيها الضررُ بمجردِ التأخير لحرمانِ المواطنين من الفائدةِ المتوخاةِ ولا لزومَ لإثبات الضرر".

في الأخيرِ وبإسقاط كلّ السلطات التي تتمتَّعُ بها جهةُ الإدارةِ المتعاقدة في مواجهةِ الطرف المتعاقدِ معها على موضوع الحال، يمكننا الاستخلاصُ بأنَّ هذه الامتيازات والسلطات تبرزُ على وجودِ تكتُّل للطرف الأقوى في العقدِ من جهة، وهذا الوضعُ تبرّرهُ الغايةُ النبيلةُ من نشاطاتِ كل الإداراتِ العامة، وهو تحقيقُ المصلحةِ العامَّة.

إلَّا أنَّ هذا الاستخلاص ورغم الجاذبيَّة الكبيرة التي يتمتَّعُ بها؛ إلَّا أنَّهُ لا يمكنهُ أن يخفي بأنَّ هذه الحلول القانونيَّة والقضائيَّة تفلتُ تدريجياً من التكييفِ التقليديّ للعقودِ؛ حيثُ أساسُها الرئيسيُّ هو الأساسُ الرضائيُّ القائمُ على التوازنِ والتكافؤ بين طرفي العقد، لتندرجَ ضمن سياقٍ مفاهيميٍّ أساسُه الإذعان؛ حيث لا وجودَ لتطبيق الأسس الرئيسيَّة للعقد وهو الرضا والتوازن، وشيئاً فشيئاً أصبحت العقودُ الإداريَّة تخضعُ في إعدادها وتنفيذها، وتحديدُ مصيرها مرتبطٌ بالإرادة المنفردة للإدارة المتعاقدة، وفي إطارِ تعميم صفات عقود الإذعان على غالبية أصناف العقود الإدارية La generalisation des caracteristiques du contrat d adhesion a travers la majorite des contrats administrative` أصبح العقدُ الإداريُّ امتداداً لخصائص ومميزات القرارات الإداريَّة[4].

(1) D. Truchet, « La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ? », *Mélanges Richer*, LGDJ 2013 p. 715.

(2) (CE, 29 décembre 2008, requête numéro 296930, OPHLM de Puteaux : AJDA 2009, p. 270, note Dreyfus ; BJCP 2009, p. 123, concl. B. Dacosta Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 40, note Eckert.

(3) CAA Nancy, 25 février 2020, requête numéro 18NC02081 : Contrats-Marchés publ. 2020, note Hoepffner.

(4) د. رابحي أحسن، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، 2013، ص147 وما بعدها.

وعقدُ الإذعان على الرغمِ من اختلاف الفقهاءِ في تحديد كونه عقداً أو ليس بعقدٍ[1]، فإنَّ الرأيَ الراجحَ ذهبَ إلى عدِّه عقداً قائماً على ارتباطِ القبول بشروطِ الموجب غير القابلة للنقاش[2]، ومع التطورات الاقتصادية التي تدعو الإدارةُ إلى إبرامِ بعض العقود مع الشركات العالميَّة الكبرى، التي تكونُ بأمسِّ الحاجةِ إلى خدماتها، والتي لا يمكنُ الحصول عليها إلَّا باتفاقِ الإدارة معها، قد تنقلبُ الآيةُ فتصبحُ الإدارةُ طرفاً مذعِناً خاضعاً لشروطِ الشركة المتعاقدة معها، ومردُّ ذلك إلى الأصلِ العامِّ في عقود الإذعان؛ إذ لطالما يخضعُ فيها الضعيف اقتصادياً لسلطةِ القوي[3].

المبحث الثاني

الصلةُ بين إذعانيَّة العقد وإداريته والعدالة العقديَّة

إنَّ جميعَ الأعمالِ الإداريَّة يجبُ أن تستهدفَ تحقيق المصلحةِ العامَّة بأكملِ وجهٍ، كما أنَّ صفةَ الإذعانيَّة في العقدِ الإداريِّ أيضاً تهدفُ إلى تحقيقِ النفع العامِّ، نجدُ أنَّ العدالةَ العقديَّةَ تبرزُ معالمُها في العقدِ الإداريِّ، ذلك أنَّ العقدَ يقومُ على تجسيدِ الموازنة بين مصلحةِ الأفراد في العقودِ المبرمة، لذلك سنقومُ بتقسيمِ هذا المبحث إلى مطلبين، وكالآتي:

المطلبُ الأولُ: العدالةُ العقديَّة ومدى تعارضِها مع صلاحيات الإدارة الاستثنائيَّة.

المطلبُ الثاني: التوازنُ بين إذعانيَّة العقد الإداريِّ وعدالته.

(1) لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1 ، مرجع سابق، ص231.

(2) لاحظ: د. عبدالمنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص82 وما يليها.

(3) وجدير بالذكر في المادة (8) من عقد مشاركة الانتاج بين حكومة اقليم كوردستان وشركة (PERNCO) الفرنسية، فإنَّ كلَّ رقعةٍ استكشافيَّة أو حقل نفطي لها لجنةٌ إداريَّةٌ مستقلةٌ، تسمى (اللجنة الإداريَّة Management Committee) وتتألفُ كلُّ لجنةٍ إداريَّة في الإقليم من ((1. رئيس اللجنة / وزارة الثروات الطبيعية، 2. عضو دائم للجنة / وزارة الثروات الطبيعية، 3. أعضاء آخرين حسب الحاجة / وزارة الثروات الطبيعية، 4. نائب رئيس اللجنة / الشركة الأجنبية المتعاقدة، 5. عضو دائم للجنة / الشركة الأجنبية المتعاقدة، 6. أعضاء أخرى حسب حاجة / الشركة الأجنبية المتعاقدة))، وبموجب المادة المذكورة أنَّ مهامَ وزير الثروات الطبيعية المشار إليها في الفقرة السادسة من المادة الرابعة والعشرون من قانون النفط والغاز لإقليم كوردستان رقم 22 لسنة 2007 التي نصَّت على أنَّ: (العقدَ النفطيَّ يلزمُ المقاولَ بإنجازِ العمليات النفطية وفقَ برنامجِ عملٍ وخططٍ وميزانيَّة مصدَّقةٍ من قبل وزير أو حسبما ورد في العقد) والمتعلِّقة بإدارةِ العمليات النفطية المناطة إلى تلك اللجان المشتركة بين وزارة الثروات الطبيعية والشركات الأجنبية المتعاقدة مع حكومة إقليم كوردستان بدلاً من الوزير، وبمهام وصلاحيات أكثر وأوسع، للتفصيل لاحظ: سيروان أبو بكر عزيز، القصور التشريعي في قانون النفط والغاز لإقليم كوردستن – العراق رقم 22 لسنة 2007، رسالة ماجستير، فاكلتي القانون والعلوم السياسية والإدارة / قسم القانون، جامعة سوران، 2023، ص39 – 40.

المطلب الأول

العدالةُ العقديةُ ومدى تعارضها مع صلاحياتِ الإدارة الاستثنائيَّة

إنَّ العدالةَ العقديَّة[1] في العقود الإداريَّة هي من السماتِ الأساسية للتعرفِ على وجودِ المناسبة بين حماية مصلحة الطرفين في العقدِ الإداريّ؛ لأنَّها تظهرُ من خلالِ الإدراك بمدى تعارُضها مع الصلاحيات الاستثنائيَّة الواردة في القانونِ للإدارة، لذلك سوف نقومُ بتقسيمِ هذا المطلب إلى فرعين:

الفرعُ الأولُ: مبرراتُ الصلاحياتِ الاستثنائيَّة للإدارةِ في العقد الإداري.

الفرعُ الثاني: ضماناتُ العدالةِ العقديَّة للمتعاقدِ مع الإدارة.

الفرع الأول

مبرراتُ الصلاحياتِ الاستثنائيَّة للإدارة في العقد الإداري

تتمتَّعُ الإدارةُ بسلطاتٍ أو صلاحياتٍ استثنائيَّة واسعة في العقد الإداري تفوقُ ما يتمتَّعُ به المتعاقدُ معها، وهذه الصلاحياتُ تستمدُّها الإدارة من نصوصِ القواعد العامة، أو من نصوصِ العقد التي بوصفها تسري على كلِّ العقود المبرمة بين الإدارة والطرف الآخر، في حين أنَّ إعطاءَ تلك الصلاحيات الاستثنائيَّة للإدارةِ يستندُ أساسها على أنَّ الإدارةَ في العقد الإداريّ تمثِّلُ الإدارة العامة، وبطبيعتها تحاولُ إلى تحقيق المصلحة العامة من ناحيةٍ، ودوامُ سير المرافقِ العامة من ناحية أخرى[2].

كما أنَّ الإدارةَ تتَّبعُ أساليبَ القانون العامّ في العقدِ الإداريّ بحيث يبرزُ دورُها وتميزُ العقود الإداريَّة من العقودِ الأخرى، من خلال التمتُّع بالشروط الاستثنائيَّة، وفي الوقت نفسهِ يرى البعض أنَّ الصلاحياتِ الاستثنائيَّة هو المعيارُ الوحيدُ الكافي لإضفاءِ الصفة الإداريَّة على العقد، فمضمونُ ذلك العقد هو الذي يبيّنُ

(1) من الملاحظ أوَّلُ مَن أطلقَ مصطلح "العدالة العقدية" على العدالةِ في المجال التعاقديّ هو الفقيه الفرنسي (جاك غستان) وعرَّفَها بأنَّها: (حمايةُ التوازن العقديّ بين أطرافه بحصولِ كلّ متعاقدٍ على المنفعةِ الماديَّة المقصودة منه، بما يتناسبُ مع الأداءِ الذي قدَّمهُ إلى الطرفِ الآخر، وبما يقتضيه مبدأ حسن النية)، ومما لا شكَّ فيه أنَّ العدالةَ العقديَّة متعلِّقةٌ بالعقدِ حصراً؛ لذا تكونُ صورةً أو جزءً من العدالةِ بمفهومها العام، وبصورةٍ أدقُ جزء من العدالة التبادلية؛ لكن العدالةَ التبادلية لا تقتصرُ على نطاقِ العقد فقط، وإنما نطاقُها في كلّ العلاقات الناشئةِ بين الأفراد، وهي تشترطُ مساواةً حسابيَّةً صرفةً بين الأخذ والعطاء، من هذا المنطلق تختلفُ العدالةُ التبادليَّةُ عن العدالةِ العقديَّة التي تكون في نطاق العلاقات العقدية، وتشترطُ حصول المتعاقد على المنفعةِ المقصودة من العقد على أساسِ التناسب بين الأخذ والعطاء، للتفصيل لاحظ: جاك غستان، المطول في القانون المدني / تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص134 وما بعدها، ولاحظ: د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 6، 2017، ص2584، ورياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة النهرين / العراق، العدد 13، 2019، ص10.

(2) لاحظ: د. نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، مرجع سابق، ص339.

(1) Voir egalement - F. LLorens, P. Soler-Couteaux, « De l'exception d'inexécution et de quelques tendances du droit des contrats administratifs », *Contrats et marchés publics* 12/2014, repère 11.

الشروط الخارجةَ عن القانونِ الخاص، ونيَّةُ الإدارةِ في تمسُّكها بمباشرةِ حقوق السلطة العامة، ومعرفةُ التصرُّف الذي تتخذهُ الإدارةُ في ظلِّ نظامِ السلطة العامة لا يتحقَّقُ إلَّا من خلال سلطتها؛ لكن من منظورِ إدارة المرفق العام فإنَّ الإدارةَ قد تمارسُ صلاحياتها في إبرام العقود؛ لتحقيق المصلحة العامة بعقودٍ عاديَّةٍ أو إداريَّةٍ عندما تلجأُ إلى صلاحياتٍ استثنائيَّةً لا يألفُها القانونُ الخاص(1).

وقد تمَّ تكريسُ هذا الاتِّجاه الموضوعيَّ بشكلٍ مستقِرٍ من طرفِ القضاء الفرنسيّ، لا سيَّما بواسطةِ حكم محكمةِ التنازع المؤرخ في 2015/3/9 في قضيَّة "ريسبال" Rispal(2)؛ حيثُ استخلصت المحكمةُ في الحيثياتِ المتضمنة الحلَّ القانونيَّ للقضيَّة بأنَّهُ: "... بالنسبةِ للعقد المطروح محلَّ النزاعِ والمتضمِّن بناءَ وتشغيل وصيانة الطريق السريع، فإنَّهُ لا يتضمَّنُ بنوداً استثنائيَّة وغير مألوفةٍ في عقودِ القانون الخاص، ولذلك لا يمكنُ اعتباره عملاً من أعمالِ الدولة ذات التكييف العام، ولذلك فإنَّ النزاعاتِ الناشئة عن تنفيذِ هذا العقد تقعُ ضمنَ اختصاصِ المحاكم العادية... ".

في النهايةِ نستخلصُ بأنَّ منحَ جهةِ الإدارة صلاحياتٍ استثنائيَّةً وغير مألوفةٍ؛ سواءٌ عند إبرامِ أو تنفيذ أو إنهاء عقودها الإدارية، إنَّما هو اتجاهٌ قانونيٌّ وقضائيٌّ تبرِّرُه معطياتٌ واقعيَّةٌ تتَّصلُ بفكرةِ السلطة العامَّة Puissance Publique وبالآثارِ القانونيَّة المترتبة على تعميم هذه الطبيعة على كلِّ أعمالها الانفرادية والتعاقدية(3)، وعلى الخصوص مبدأ ضمان استمراريَّة سير المرفق العام باستمرارٍ وانتظام(4)؛ لكن هذا التكييف ربما قد لا يكونُ محفِّزاً للأفراد وللشركات الخاصةِ للتعامل مع الإدارة التي أصبحت هاجساً حقيقياً بالنسبة لهم(5)، ولهذا تمَّ تلطيفُ هذا المعيار بمعيارٍ آخر أكثرَ قوَّةً وأكثرَ دقَّةً وأكثرَ فاعليَّة؛ هو معيارُ المصلحةِ العامة التي تعتبرُ هدفاً حاسماً ليس فقط بالنسبة للسلطاتِ الإداريَّة، ولكن كذلك بالنسبة للأفراد، لا سيِّما في ظلِّ تنامي النزعة القوميَّة.

الفرع الثاني

(1) لاحظ: د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص79.

(2) TC, Le 9 mars 2015, arrêt Rispal c/ Société des Autoroutes du Sud de la France (requête numéro 3984 : AJCT 2015, p. 403, obs. Dreyfus ; AJDA 2015, p. 1204, chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe et p. 601, tribune Clamour ; Dr. adm. 2015, comm. 34, note Brenet ; Contrats-marchés publ. 2015, comm. 110, note Devillers ; JCP A 2015, comm. 2157, note Sestier et comm. 2157, chron. Hul ; RFDA 2015, p. 265, concl. Escaut et p. 273, note Canedo-Paris ; RTD com. 2015, p. 247, chron. Orsoni.

- V. également CE, 17 juin 2015, requête numéro 383203, Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône : JCPA 2015, comm. 2359, note Martin).

(3) Conseil d'État 6 mai 1985 Association Eurolat: AJDA 1985 p. 610.

(4) Le principe d'égalité et le principe de continuité du service public sont des principes constitutionnels (CC n°73-51 du 27 oct. 1973, GDCC ; CC n°79-105 *DC* du 25 juil. 1979, GDCC).

(5) F. Lichère, « La fin des contrats administratifs : la fin de la dialectique légalité/stabilité », *CPACCP* 4/2015 p. 3.

ضماناتُ العدالةِ العقديَّة للمتعاقدِ مع الإدارة

وفي مقابلِ ما تتمتَّعُ به الإدارةُ من سلطاتٍ وحقوقٍ في مواجهة المتعاقدِ معها، فإنَّ للمتعاقدِ كذلك حقوقٌ في مواجهةِ الإدارة؛ إذ أنَّ المتعاقدَ مع الإدارة يهدفُ من وراءِ تعاقده، إلى تحقيقِ الربح مقابل القيام بالالتزاماتِ المفروضة عليه، وهذا ما يعرفُ بالمنفعةِ المالية التي تعتبرُ من الحقوقِ الأساسيَّة للمتعاقدِ مع الإدارة؛ كونهُ مستثمراً يتوخى الربحَ من إدارةِ المرفقِ العام، وحقُّ المتعاقدِ مع الإدارة في تقاضي المقابل هو حقٌّ تعاقديٌّ، بمعنى آخرَ إنَّ الالتزاماتِ التي ينصُّ عنها العقدُ سواءٌ التزاماتُ المتعاقدِ مع الإدارة أو التزاماتُ الإدارةِ نفسها هي حقوقٌ للطرفِ الآخر[1]، وعليه نبحثُ عن حقوقِ المتعاقد مع الإدارةِ في العقد الإداريّ كضماناتٍ للعدالة العقديَّة، وكالآتي:

1- حقُّ المتعاقدِ في الحصولِ على المقابلِ الماليّ: بمعنى في مقابلِ تنفيذ موضوعِ العقد يستحقُّ المتعاقدُ مبلغاً مالياً غالباً ما يتمُّ تحديده في العقد، وفي الأصلِ يجبُ أن يحدّدَ ذلك الثمن في العقدِ الإداري باتفاقٍ بين الإدارة والمتعاقد، وهذا المقابلُ الماليُّ الذي يحصلُ عليهِ المتعاقد والذي اعتبرناهُ في عداد الشروط التعاقديَّة الأصلية في العقدِ، فإنَّهُ لا يجوزُ للإدارة أن تتناولهُ بالتعديلِ دون موافقةِ الطرف الآخر، وهذا تشجيعاً ومراعاةً للأفراد على الإقبالِ على التعاقدِ مع الإدارة[2].

وعلى الصعيدِ التشريعيّ وفي سياقِ الفكرة ذاتها فقد كفلَ المُشرّعُ الفرنسيُّ حقَّ المتعاقدِ في الحصول على المقابلِ الماليّ، بأشكالٍ مختلفةٍ إما في شكلِ رسومٍ يحصلُ عليها من المرتفقين كما هو الشأنُ بالنسبةِ لعقود الامتياز وعقود تفويضِ المرافق العامة، أو بناءً على أقساطٍ كما هو الحالُ بالنسبةِ لعقود الأشغال العامة مثلاً، أو دفعةً واحدةً مثلما هو الحالُ بالنسبةِ لعقود تأجير المرافق العامة وعقود التوريد وغيرها، والأهمُّ من كلِّ هذا أنَّ السلطاتِ الاستثنائيَّة للإدارة المتعاقدةِ والتي توسَّعت لتجعلَ منها طرفاً مذعناً بكلِّ ما تحملهُ هذه العبارة من أبعادٍ قانونيَّة لم ترقى إلى حدِّ المساس أو تهديد المقابل المالي للمتعاقد، وهذا ما كرَّسه القانون رقم 2001- 1168 المؤرخ في 2001/12/11 المتعلِّقُ بالإجراءاتِ الاستعجاليَّة للإصلاحاتِ ذات الطابع الاقتصادي والمالي، لا سيَّما المادة الثالثة منه، وكذلك القانون رقم 2010 – 1563 المؤرخ في 2010/12/16 المتعلِّقُ بالإصلاحات المرتبطةِ بالجماعات الإقليمية (LOIRCT) لا سيَّما المادة الأولى / المقطع L. 1411-1، وهو الاتجاهُ الذي كرَّسه القضاءُ الإداري الفرنسيُّ أيضاً بشكلٍ مستقرٍ منذ حقبةٍ طويلة[3].

---

(1) لاحظ: د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص388.

(2) Ce critère avait été expressément repris par le Conseil d'Etat dans son arrêt Département de la Vendée du 7 novembre 2008 (requête numéro 291794 : Rec. tables, p. 805 ; AJDA 2009, p. 2454, note Richer et Le Chatelier ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 296, note Eckert ; CP-ACCP mars 2009, p. 59, note Le Chatelier ; BJCP 2009, p. 76, note Pez ; Dr. adm. 2009, comm. 5.

(3) CE, 5 juin 2009, requête numéro 298641, Société Avenance enseignement santé : Contrats – Marchés publ. 2009, comm. 236, note Eckert.- CE, 1er avril 2009, requête numéro 323585, Communauté urbaine

2- حقُّ المتعاقدِ في إعادةِ التوازن الماليّ للعقد: يأتي هذا الحقُّ مع الإدارةِ في ضمانِ إعادة التوازن المالي، بمقابلِ ما تتمتَّعُ به الإدارةُ من سلطاتِ التدخل في زيادة التزاماته أو انقاصها، وتبعاً للعلاقةِ الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، وبخاصةٍ عند وقوعِ أحداثٍ أو ظروفٍ حرجةٍ عن إرادته تؤدي إلى زيادة أعبائه بصورةٍ مرهقة، وفي ذلك حمايةٌ للمصلحةِ العامة، عن طريقِ ضمان سيرِ المرفق العام محلَّ العقدِ بانتظامٍ واطِّراد[1]، كما وأنَّ هذه الفكرةَ تمَّ تطبيقُها في نظريةِ عمل الأمير[2] ونظرية الصعوبات الماديَّة غير المتوقعة[3] ونظريَّة

Bordeaux et Société Koélis : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 162, note Soler-Couteaux.- CE, 19 novembre 2010, requête numéro 320169, Dingreville : BJCP 2011, p. 95, concl. Dacosta ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 22, note Eckert.).

(1) خالد خليل ظاهر، القانون الاداري- دراسة مقارنة، ص270.

(2) Conseil d'Etat du 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf (requête numéro 93431 : Rec. p.359 ; D. 1950, p. 60, note Blaevoet ; S. 1950, III, p.61, note Mestre).

تتلخصُ وقائعُ هذا القرار في إبرامِ بلدية "إلبوف" عقد امتيازٍ مع شركةٍ خاصةٍ لخدمةِ الكهرباء العامَّة، من حيثُ الإنشاء والتوزيع والصيانة، وقد تمَّ تحديد الالتزامات التعاقدية لكلٍّ من الطرفين، وأهمها تحديدُ المقابل المالي للشركة المتعاقدة، وأثناء فترة تنفيذِ العقد تفاجأ الطرفُ المتعاقدُ بصدورِ مرسومٍ يتضمنُ رفعَ أسعارِ الطاقة بشكلٍ كبيرٍ في كلّ فرنسا، الأمرُ الذي جعلَ الاستمرار في تنفيذِ عقد خدمة الكهرباء العامة مرهقاً مالياً بالنسبةِ للمتعاقدِ ويلحقهُ خسائر مالية كبيرة، وبعد فترةٍ طويلةٍ من سريان الخصومة القضائيَّة المتعلِّقة بموضوعِ الحال وصلت القضيَّةُ إلى مجلسِ الدولة، وفصلَ فيها بقرارهِ المؤرخ في 1949/7/15 مستخلصاً بأن: "... محتوى النزاع يرتبطُ بنظرية فعل الأمير، والتي أساسُها وجود سببٍ خارجيّ عن البلدية ساهمَ في زيادة الأعباءِ المالية للمتعاقدِ، وهذا السببُ هو المرسومُ الصادرُ بشأنِ رفع رسومِ الطاقة، ولهذا يتعيَّنُ إعادةُ التوازن المالي للعقدِ، من خلالِ تعويض المتعاقد عن الخسائرِ التي لحقته جراء ذلك، ولا يمكنُ للبلدية التمسكُ بمبلغ العقد الأصلي المحدد في العقد...".

(3) CAA Lyon, 15 mai 2008, requête numéro 07LY02701, Société entreprise Martoia.

في خضم هذا القرار استخلص مجلسُ الدولةِ الفرنسيّ بأنَّ عقدَ الأشغال العامة هو أكثرُ العقود الإداريَّة عرضةً لتطبيق نظريَّة الصعوبات الماديَّة غير المتوقعة؛ حيثُ أنَّ البناءاتِ ترتبطُ بمؤشراتٍ وظروف طبيعية (مثل طبيعة الأرض إذا كانت رملية، أو ترابية سهلة الحفر، أو صخرية تتطلبُ نفقاتٍ كبيرةٍ لحفرها وغيرها) يصعبُ على المقاولين الإلمام بها بدقةٍ مسبقاً

ولهذا فهي: "... تمثِّلُ عقبات طبيعيَّة استثنائية، ومن شأنها المساسُ بالتوازن الماليّ للعقد بأن تجعلَ المقاول يتكبدُ خسائرَ ماليَّةٍ كبيرةٍ؛ إذا تمَّ التمسُّكُ بمبلغ العقد الأصلي، ولهذا فإنَّ إعادةَ التوازن المالي للعقدِ يفرضُ إقرارَ التعويض طبقاً لنظريةِ الصعوبات المادية غير المتوقعة؛ حيثُ أنَّ هذه الصعوبات ذات طابعٍ ماديٍّ محضٍ، صودفت أثناء أداء العقد، ذات طبيعة استثنائية، غير متوقعةٍ وقت إبرام العقد وسببُها خارجيٌّ بالنسبة للطرفين...".

CE, 30 juillet 2003, requête numéro 223445, Commune de Lens : Rec. p. 862 ; BJCP 2003, p.462, concl. Piveteau ; AJDA 2003, p. 1727, note Dreyfus). CE, 13 mai 1987, requête numéro 35374, Société Citra-France : Rec. p. 821 ; D. 1987, somm. p. 433, obs. Terneyre ; RDP 1988, p. 1426.

الظروف الاستثنائية[1]، وأخيراً التعويضاتُ عن الأشغالِ الإضافية الأساسية لضمان حسن تنفيذِ العقد[2].

وكما أنَّ القانونَ يتدخَّلُ في بعضِ العقود لاعتباراتٍ قانونيَّةٍ صرفةٍ وهي حمايةُ الطرف الضعيف، كما في عقودِ الإذعان وإعطاء السلطة التقديريَّة للقاضي في تعديلِ بعض الشروط المجحفة، وبالتالي فإنَّ تدخَّلَ المُشرّعُ حَوَّل الروابط العقديَّة إلى روابط تنظيمية؛ لكن بقيَ لهذه الأنظمة جانبٌ مهمٌّ من صفتها العقدية الأصلية، وهي كونُها لا تنهضُ إلَّا إذا تمَّ إبرام عقدٍ بها، ولهذا صحَّ إطلاقُ لفظِ الأنظمة العقديَّة عليها[3].

استناداً إلى ما سبقَ نجدُ أنَّ تمتُّعَ المتعاقدِ بتلك الحقوق تجاه الإدارة في العقدِ الإداري، هي صمامُ الأمانِ لتحقيق العدالة العقديَّة بين الإدارة من جهةٍ والمتعاقد معها من جهة أخرى، بمعنى آخر أنَّ العدالةَ العقديَّة تقومُ على تكافؤِ الحقوق لكلا الطرفين، مقابل احترام الالتزاماتِ المتبادلةِ الناجمة عن العقدِ المبرم بينهما.

المطلب الثاني

التوازنُ بين إذعانيَّة العقدِ الإداري وعدالته

يعدُّ التوازنُ العقديُّ هدفَ العملية التعاقديَّة ومقصدَ التشريعات القانونيَّة على مرِّ الزمان، فهو مرتبطٌ بالعدالةِ، والعدالةُ مرتبطةٌ بالعقد، من هنا فقد قسَّمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرعُ الأول: تحقيقُ المصلحةِ العقدية المشتركة.

الفرعُ الثاني: انتفاءُ الظلم العقدي.

الفرع الأول

تحقيقُ المصلحةِ العقديَّة المشتركة

(1) CE, 30 juillet 2003, requête numéro 223445, Commune de Lens : Rec. p. 862 ; BJCP 2003, p.462, concl. Piveteau ; AJDA 2003, p. 1727, note Dreyfus). CE, 13 mai 1987, requête numéro 35374, Société Citra-France : Rec. p. 821 ; D. 1987, somm. p. 433, obs. Terneyre ; RDP 1988, p. 1426).

(2) نظرية الأشغال الإضافية الأساسية لضمانِ حسن تنفيذ العقد تخصُّ فقط عقود الأشغال العامة؛ حيثُ أثناء تنفيذِ العقد قد يرى المقاولُ بضرورةِ القيام ببعض التحسينات أو الإنشاءات التي تعتبرُ ضروريَّةً لضمانِ التنفيذ الحسن للعقدِ كإقامةِ جدارٍ لحماية البنايةِ من انزلاقِ التربة وغيرها، وهي الأخرى تجعلُ تنفيذها مفيداً للإدارة، ولكن في المقابلِ تضعُ على كاهلِ المتعاقد أعباءً ماليةً إضافيَّةً، وكنتيجةٍ لذلك أقرَّ مجلسُ الدولةِ الفرنسيّ بضرورةِ إعادة التوازن المالي للعقد متمسكاً بمبدأٍ تقليديٍّ في القانونِ المدنيّ، وهو مبدأُ "الإثراء بلا سبب" بالنسبة للإدارة، وقد ربطَ تطبيقُ هذا النمط من التعويض بشرط أن الإضافات المنجزة في الأشغال العامةِ هي ضروريةٌ لضمانِ حسن تنفيذ العقد، وكذلك شرطُ أن هذه الأشغال الإضافيَّة لم تكن متوقعةً عند إبرامِ العقد.

CE Sect., 17 octobre 1975, requête numéro 93704, Commune de Canari : Rec. p. 516; CJEG 1976, p. 26, note Le Galcher et Michel ; AJDA 1975, p. 562, chron. Boyon et Nauwelaers.- CE, 20 décembre 2017, requête numéro 401747, Communauté d'agglomération du Grand Troyes : Contrats-Marchés pub. 2018, comm. 33, obs. Ubaud-Bergeron.- CAA Nancy, 25 février 2020, requête numéro 18NC02081).

(3) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، دار الفكر والوعي، السليمانية، 2009، ص364.

نقصدُ بتحقيقِ المصلحة العقديَّة المشتركة السعيُ إلى احقاقِ التوازن بين مصلحة طرفي العقد[1]، من هنا فإنَّهُ من أجلِ تحقيق المصلحة المشتركة للطرفين، للقاضي أن يعدلَ أو يعفي الطرف المذعِن في عقدِ الإذعان من الشروط التعسفيَّة، ويتمتَّعُ أيضاً بسلطةٍ واسعة في تقديرهِ للشروط التعسفيَّة، ولم يرسم له المشرّعُ حدوداً في ذلك؛ إلا ما تقتضي به قواعد العدالة[2].

وأيُّ اتفاقٍ يحرمُ أو يعدلُ من السلطة الممنوحة للقاضي بشأنِ عقد الإذعان يعدُّ اتفاقاً باطلاً لمخالفتهِ للنظام العام، أما عن تفسيرِ الشكِّ في عقودِ الإذعان، بما فيها عقدُ الإذعان الإداري، فإنَّهُ يفسرُ لمصلحة الطرفِ الضعيف (المذعِن)؛ فإذا تضمَّنَ عقدٌ من عقودِ الإذعان شرطاً غامضاً ولم يستطيع القاضي إزالةَ هذا الغموض بوسائل التفسيرِ الممكنة، وظلَّ الشكُّ قائماً حولَ ما أراده المتعاقدين من عبارةِ هذا الشرط، هنا يجبُ على القاضي تفسيرُ الشكِّ في مصلحةِ الطرف الضعيف (المذعِن)، دائناً كان أم مديناً، وذلك دائماً وفي كلِّ الأحوال حتى ولو كان من شأنِ القواعد العامة أن تجعلَ التفسير في مصلحةِ الطرف الآخر المشترط، كما لو كانَ من شأنِ الشرط الذي لابسَهُ الشكُّ وإحاطةً به أن يشدد من مسؤوليته العقدية عما تقتضي به القواعد العامة[3]، كما نصَّ عليه المشرعُ العراقي في المادة (167) من التقنين المدني.

وجديرٌ بالذكرِ أنَّ أيَّ تذرُّعٍ باستخدام حقٍّ لتحقيقِ مصلحةٍ غير مشروعة يعدُّ باطلاً، وعدم المشروعيَّة ناجمٌ من مخالفةِ القانون، أو النظام العام[4] أو الآداب العامة أو للمقتضيات الاقتصادية أو الاجتماعية، فلا يجوزُ

(1) A. Le Pommelec, « La signification de l'ordre public en droit des obligations », *in* C.A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Cujas 2013 p. 73.

(2) وجديرٌ بالإشارةِ، فإنَّ محكمةَ النقضِ الفرنسيَّة، في حكمٍ لها صدرَ في 14 مايو 1991، منحت نفسَها السلطةَ في الإعلان عن وجودِ شرطٍ تعسفيٍّ في العقد، وأعطى القاضي سلطةَ إبطال أيِّ شرطٍ تعسفيٍّ بالاستناد إلى المعايير التي نصَّ عليها القانون، كما أشارَ إلى أنَّ الشرطَ يعدُّ تعسفياً في العقدِ إذا كان من شأنه أن يخلق عدم توازنٍ كبير في العقد، ولكن ليس لحكمِ القاضي هنا غير حجية نسبية، فلا يجبُ على قاضٍ آخر أو محكمة أخرى احترامه إذا ما تمَّ تقديم طلب أمامها بخصوص شرط مماثل، للتفصيل لاحظ: د. عدنان إبراهيم سرحان، مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي (دراسة في قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد)، بحث منشور في مجلة العقد الاجتماعي، يصدرها مركز البحوث القانونية، أربيل، العدد الأول، السنة الأولى، أبريل 2021، ص77.

(3) لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي بكري ومحمد طه البشير، الوجيز في النظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام 1980، الطبعة الرابعة، العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة والمكتبة القانونية - بغداد، 1431هـ- 2010م، ص46، ولاحظ: زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص439.

(4) Marie-Caroline Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF « Les grandes thèses du droit français », 2001, spéc. p. 15 et s., 526 et s. Ch. Perelman, « À propos de l'idée d'un système de droit », *in Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 502 : « la notion vague d'ordre public est une technique d'assouplissement et d'adaptation du système juridique aux valeurs dominantes dans la société ».

للإدارة استخدام أو فرض شروط تعسفيَّة لتحقيقِ مصلحةٍ غير مشروعة، وإن كانت عامة تخلُّ بذلك بالتوازنِ العقديّ، والثقةُ الواجبُ زرعها في المتعاقدِ معها تحقيقاً للمصلحةِ العقديَّة المبتغاة من العقد[1].

نرى أنَّ كلَّ محاولةٍ لتحقيق المصلحة العقديَّة والتوازن في العقد يجبُ أن لا يتعارض مع مبدأ المشروعيَّة[2]، لأنَّ المشروعيةَ من المبادئ العامة المطبَّقة على الأعمالِ الإدارية[3]، وتكونُ بمثابةِ الغطاء الرقابيّ للأعمال الإداريَّة بما فيها العقدُ الإداريُّ، كما أنَّ القانونَ المدنيَّ بوصفهِ الشريعة العامة التي تطبّقُ أحكامها في حالِ عدم وجودِ النص في القوانين الأخرى بما فيها القانون الإداري، هو المرجعُ في مجال العقود، ومنها التي تتَّصفُ بأنَّها من عقود الإذعان.

الفرع الثاني

انتفاءُ الظلمِ العقدي

يقصدُ بالظلمِ العقديّ عدم اشتراط تحقُّق المنفعةِ الماديَّةِ للمتعاقد، بحيث لا يتلقى كلُّ متعاقدٍ ما يعادلُ ما أعطاهُ، أو يقصدُ به عدمُ حصول كلّ طرفٍ من أطرافِ العقد على المنفعةِ المقصودة منه، وبما يتناسبُ مع ما يحصلُ عليه المتعاقدُ الآخر[4]، كما ويدخلُ ضمن مفهومِ الظلم العقديّ تعسفُ الإدارة في حقّ إنزال الجزاءات على المتعاقد معها – بوصفِها سلطةً عامةً – في حين ممارسة هذا الحق؛ معلّقةً على شرطِ إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقديَّة؛ إذ إنَّ الهدفَ الأساسيَّ من وراءِ هذه الجزاءات هو دوامُ سيرِ المرافق العامة، وبالتالي تحقيقُ المنفعةِ العامة[5].

تأسيساً على ما سبق، يتحقَّقُ الظلمُ العقديُّ بصورتان؛ الأولى: بانتفاء عناصرِ العدالة العقديَّة وهما المنفعةُ المقصودةُ من العقدِ والتناسبُ بين الأداءات، وعند انتفاءِ هذين العنصرين يكونُ الظلمُ العقديُّ أساساً لعدم الالتزام بالعقد[6]، والثانية: في حالةِ المبالغة في توقيع العقوباتِ على المتعاقدِ من قبلِ جهة الإدارة، لا سيَّما تلكَ العقوبات التي تتَّسمُ بالمبالغةِ والتعسف والظلم.

الصورةُ الأولى: انتفاءُ عناصرِ العدالة العقديَّة.

---

(1) لاحظ: د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، ص163.

(2) J.-F. Lafaix, La loyauté dans les relations contractuelles au regard de la théorie du contrat, *Mélanges Richer*, LGDJ 2013 p. 365.

(3) La sociologie juridique distingue les phénomènes juridiques selon qu'ils sont « primaires » ou « secondaires » : les premiers sont les phénomènes d'autorité, de pouvoir (lois, jugements, etc...) dont dérivent les autres (contrats, etc...) ; v. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2012, n°148.

(4) لاحظ: د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مرجع سابق، ص2585.

(5) لاحظ: د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، مرجع سابق، ص407.

(6) لاحظ: د. محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون مكان وسنة النشر، ص223.

أولاً/ المنفعةُ: من المؤكَّد أنَّ العنصرَ الأوَّلَ - المنفعة - في نطاقِ العدالةِ العقديَّة في عقدِ الإذعان الإداريّ يجبُ أن تتناسبَ مع الأداءِ الملتزم به، وأنَّ المنفعةَ اجتماعيَّةً إلى جانبِ أنَّها اقتصاديَّة، ومن ثم فإنَّ الصفةَ الاجتماعية للمنفعة، أهمُّ ما يميزُ به المنفعة العقديَّة؛ كون العقد علاقةٌ بين المتعاقدين أساسُها العدالةُ والتناسب، لذا تكونُ المنفعة الاجتماعيَّة هي الأساسُ في إعادةِ النظر بالعقدِ لإعادة العدالة العقدية[1]، وعليه فالمنفعةُ الاجتماعية في عقدِ الإذعان الإداريّ على الرغم من أنَّها تنشأُ مع العقد عند اتفاقِ الإرادتين لكلٍّ من طرفي العقد؛ لكن لا تصلُ إلى مبتغاهُ دون وجود حسن النية عند المتعاقدان، الذي يعدُّ من متطلباتٍ مكمِّلةٍ لتحقيقِ المنفعة في العقد، زيادةً على التدخُّل القضائي لإعادة التوازن العقدي، وعدمُ مخالفةِ شروط وبنود العقد للنظام العام، وكذلك عدم استعمال السلطات الاستثنائيَّة في العقد وغيره أساسه تحقيقُ المنفعة الاجتماعيَّة للعقد، عن طريقِ إعادة النظر بالعقدِ لتحقيق العدالة العقديَّة وانتفاء الظلم العقدي[2].

وعلى هذا ففي الظلمِ العقديّ لا تحدد قيمة الأداءات بالنسبةِ لكلٍّ من طرفي العقود الإداريَّة؛ إذ يقتضي بأن يكون كلُّ أداءٍ من الأداءات المتقابلةِ ضرورياً لكلِّ طرفٍ من أطراف العقد، وأن لا يكون مبالغاً فيه نسبةً إلى وظيفته – بمعنى - لا يكونُ العقد ملزماً لطرفيهِ؛ إلَّا إذا كان عادلاً ونافعاً[3].

ثانياً/ التناسبُ: أما العنصرُ الثاني – التناسب – فهو العاملُ الأساسُ في تحقيقِ العدالة العقديَّة وانتفاء الظلم العقديّ، بحيث أنَّه لا يمكنُ تحقيقُ المنفعةِ المقصودة من العقدِ؛ سواءٌ كانت اقتصادية أو اجتماعية؛ إلا إذا كانت متناسبةً مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر، فدورُ القاضي في إعمال التناسب لا يقتصرُ على البحث في تحقيقِ التوازن العادل بين مصالح المتعاقدان فقط؛ بل يمتدُّ إلى حمايةِ حقوقه أيضاً[4]، كذلك قد تمَّ الأخذُ بالتناسبِ في حالة الشرطِ الجزائي؛ حيثُ جازَ المُشرّعُ للقاضي تخفيضَ قيمة الشرط الجزائي في حالتين؛ الأولى: إذا كان تقديره فادحاً، والثانية: إذا كان الالتزامُ الأصليُّ قد نفذ في جزء منه، كما جازَ له زيادة

(1) لاحظ: د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مرجع سابق، ص2587.

(2) لاحظ: جاك غستان، المطول في القانون المدني / تكوين العقد، مرجع سابق، ص240 وما بعدها، وغزالي محمد ضياء الدين وبن شنوف فيروز وبن عمور عائشة، العدالة العقدية بين الإرادة والقانون، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 1، الجزائر، ص728، وجديرٌ بالإشارةِ أهمُّ تطبيقٍ لإعادةِ العدالة العقديَّة هو حمايةُ المستهلكِ من الشروط التعسفيَّة، للتفصيل لاحظ: د. زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان، مرجع سابق، ص431.

(3) يرى الفقيه الفرنسي (جاك غستان) أنَّ العقدَ لا يتمتَّعُ بالقوَّةِ الملزمةِ؛ إلَّا لأنهُ نافعٌ وعادلٌ؛ أي متوافقٌ مع العدالةِ العقديَّة، ومما يعني بطريقةٍ غير مباشرة، أنَّ العقدَ - سواءٌ أكانت مدنياً أم إدارياً - يجرَّدُ من قوتهِ الإلزامية إذا لم يكن نافعاً أو إذا لم يراعِ العدالة العقديَّة، (للتفصيل لاحظ: د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد / دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2000، ص372 وما بعدها).

(4) لاحظ: د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، مرجع سابق، ص2588.

قيمة الشرط الجزائي في حالتين؛ الأولى: إذا كان تقديره تافهاً، والثانية: إذا ارتكبَ أحدٌ من المتعاقدان غشاً أو خطأً جسيماً[1].

استناداً إلى ما سبقَ ذكرهُ، وبمفهومِ المخالفة فالعنصرُ الأولُ لانتفاءِ الصورة الأولى للظلمِ العقديّ يمثّلُ الجانب الماديَّ أو الماليَّ للعقد، في حين أنَّ العنصرَ الثاني فيتمثَّلُ العدلُ والإنصاف أو حتى الجوانبُ الأخلاقيَّة المعنويَّة في العقد، وبهذا عدمُ تحقُّق هذين العنصرين هو غيابٌ للعدالة العقديَّة بمعنى تكامل ما هو نافعٌ مع ما هو عادل[2]؛ أي التكامل في عقدِ الإذعان الإداري بين السلطات الاستثنائيَّة للإدارة وحقوق الطرف الآخر.

الصورةُ الثانية: تعسُّفُ الإدارةِ في فرض الجزاءات على المتعاقدِ معها.

تخضعُ سلطةُ الإدارةِ في فرض الجزاءات على المتعاقدِ معها لنظامٍ قانونيّ خاص، هو نظامُ القانون العام في العقود الإداريَّة؛ إذ أنَّ ضرورةَ الحرصِ على سيرِ المرافق العامة بانتظام واطِّراد تستلزمُ التشدُّدَ في التعاملِ مع المتعاقدِ لإجباره على تنفيذِ العقد، ولما كانت الإجراءات المعروفة في القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العينيّ مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتَّعَ الإدارةُ بهذا الحقّ تحقيقاً للمصلحةِ العامة، وقد عدَّ كلٌّ من القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطاً استثنائيَّة باعتبارها امتيازاً من امتيازات السلطة العامة، مع ذلك فإنَّ الإدارةَ لا تمتلكُ صلاحيَّة فرض الجزاءات العقديَّة؛ إلا إذا توفَّرت بعض الضوابط اللازمة لذلك[3]، وعليه فإنَّ توافرَ تلك الضوابط في فرضِ العقوبات التي توقِّعُها الإدارة؛ تخضعُ لرقابةِ القضاء، وذلك تحقيقاً للتوازن، وبالتالي هذه الرقابة تمثّلُ ضمانةً للمتعاقد مع الإدارةِ عند مخالفةِ الأخيرة للقانون أو إساءة استعمال سلطتها، أو التعسف في فرضِ جزاءٍ لا يتناسبُ مع تقصيرِ المتعاقد أو مخالفته لنصوص العقد، وهذه الرقابةُ تطالُ مدى مشروعية القرار الصادر بفرضِ الجزاء[4].

وجديرٌ بالإشارةِ ممارسةُ هذا الامتياز من امتيازاتِ القانون العام من جهةِ الإدارة، تهدِّدُ حقوقَ المتعاقد معها، وأحياناً تخلُّ بمبدأ التوازن الماليّ للعقد الإداري؛ إذا مارستهُ بصورةٍ غير سليمة ومجحفة، لهذا تخضعُ ممارسة صلاحيَّة فرض الجزاء المالي لرقابةِ القضاء الإداريّ، وهذا الخضوعُ بصورةٍ غير مباشرة غايتهُ تكمنُ في تحقيق العدالة العقديَّة من خلال إقرارٍ بحقّ اللجوء إلى القضاء للمتعاقد معها، وهذا الحقُّ من النظامِ العام، وأي شرطٍ في العقد يقضي باستبعادهِ يعتبرُ باطلاً ولا أثرَ له[5].

(1) لاحظ: شامي يسين ولقاء عبد علي، دور النظام العام في تحقيق العداة العقدية، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحوق والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 1، الجزائر، 2023، ص1039.

(2) زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة الجزائر، 2014، ص96.

(3) لاحظ: د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص125.

(4) د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، مرجع سابق، ص421.

(5) للتفصيل لاحظ: د. على عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، مرجع سابق، ص423.

خلاصةُ القولِ، فالظلمُ العقديُّ يتحقَّقُ عندما لا يجتمعُ النافعُ والعادلُ في آنٍ واحد؛ بل يحققان كلَّ واحد منهما بمعزلٍ عن الآخر، وبالتالي تلازمهُما ضروريٌّ لتحقيقِ العدالة العقدية، وهما مبدأين متكاملين في نطاقِ العدالة العقديَّة إلى جانبِ أنَّ النافعَ والعادلَ هما معاً سندُ القوَّةِ الملزمة للعقد، وبالتالي فإنَّ مبدأي المنفعة والتناسب يُمثل كلٌّ منهما أداةً بواسطتِها يقومُ القاضي بدورِ الرقابةِ على مصالحِ الأطراف ولتحقيق العدالة العقدية؛ زيادةً على ضرورةِ إعادة التوازن العقديّ من خلالِ رقابة القضاء الإداريّ على صلاحيَّة فرض الجزاءِ للإدارة على المتعاقد معها، وبالنهايةِ سلطةُ القاضي الإداري في مجال حماية الطرفِ المتعاقد مع الإدارةِ ضدَّ العقوبات التي تصدرُها الإدارةُ في حقِّه، لا سيَّما تلك العقوبات التي تتَّسمُ بالمبالغةِ والتعسف والظلم، تزيدُ من أهميتها وتفسحُ المجالَ أمامَ تحقيق العدالةِ العقدية أو – على الأقل – تساهمُ في كبحِ جماح الظلم العقدي.

الخاتمة

في ختامِ هذه الدراسة، توصَّلنا إلى مجموعةٍ من الاستنتاجات والتوصيات نطرحُ أهمها، وكما يأتي:

أولاً- الاستنتاجاتُ: ويمكنُ إجمالُها في النقاطِ الآتية:

1. يمكنُ تعريفُ العقد الإداريّ بأنَّهُ العقد الذي يبرمهُ شخصٌ معنويٌّ عام، بغرضِ تنظيم مرفقٍ عام أو نشاطٍ عام أو تسييرهُ مستخدماً في ذلك أساليب القانون العام.
2. أوضحنا مدى تعسُّف الإدارة أحياناً في استعمالِ سلطتها في تعديلِ العقد الإداريّ، وتجاوزها لتلك الصلاحيات المتمثِّل في قصدِ الإضرار بالمتعاقد، وعدم التناسب بين المصلحةِ التي تعودُ على الإدارةِ والضرر الذي يصيبُ المتعاقد، وعدمُ مشروعيَّة المصالحِ التي ترمي الإدارةُ إلى تحقيقِها.
3. الأصلُ أنَّ كلَّ عقدٍ إداريّ يتضمَّنُ شروطاً تعسفيَّة هو عقدُ إذعان؛ يخضعُ كغيرهِ من العقودِ لحكم المادة الخاصَّة بتنظيمِ هذه العقود في القانونِ المدني، مع الأخذِ بعين الاعتبار طبيعةَ العقد الإداريّ، وهو أمرٌ يخضعُ لسلطةِ القاضي المختصّ بنظرِ الدعوى.
4. إنَّ حكمَ توافر حالة الإذعان في العقدِ الإداري بما يخالفُ المشروعيَّة، يستوجبُ على القضاءِ إعادةُ التوازن للرابطةِ العقديَّة، بما يشكِّلهُ القضاءُ من ضمانةٍ، لحمايةِ حقوق الأفرادِ في مواجهةِ تعسف الإدارة.

ثانياً- التوصيات: ويمكنُ إجمالها في النقاطِ الآتية:

1- نوصي المُشرّعَ الدستوري بضرورةِ التدخُّل للنصِّ صراحةً على حرية التعاقد، باعتباره مبدأً ذو قيمةٍ دستورية.

2- نقترحُ على المُشرّعِ العراقي أن يُعدِّل الفقرة الثالثة من المادة 167 من القانون المدني العراقي، بحيث تكون على النحو التالي: ((ولا يجوزُ أن يكونَ تفسيرُ العباراتِ في عقودِ الإذعان ضاراً بمصلحةِ الطرف الأضعف في العقد)).

3- نقترحُ على المُشرّعِ العراقي الأخذَ بفكرةِ الإنهاء المبتسر للعقد، شريطةَ مراعاةِ العدالة العقديَّة.

4- نقترحُ على المُشرّعِ العراقي، بتقييدِ سلطة الإدارة في وضعِ الشروط التعسفيَّة في العقد المبرم مع المتعاقد معها، وأن تلتزمَ الإدارةُ بإظهارِ قدرٍ عالٍ من حسنِ النيَّة، بحيث تكونُ نموذجاً يقتدى به في التعبير عن النزاهة العقدية.

5- نوصي الإدارةَ أن تراعي حمايةَ مصالحِ مواطنيها، وحمايةَ المصلحة العامة في عقودِها مع الشركات الأجنبية، وألَّا تسمحَ بفرضِ الشروط التعسفيَّة عليها، وألَّا تسمحَ أيضاً بتطبيقِ أيِّ قانونٍ، أو تحديد أيِّ اختصاصٍ قضائيٍّ؛ إلَّا لقانونها وقضائها الوطنيين.

6- نوصي بضرورةِ توسيع سلطة القاضي في التدخُّل في العقدِ من أجلِ تحقيق العدالة العقديَّة.

المراجع

أولاً- الكتب:

1- د. أحسن رابحي، الأعمال القانونية الإدارية، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، 2013.

2- د. أحمد محمود جمعة، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام، ((القانون المدني))، ج1، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005.

3- جاك غستان، المطول في القانون المدني / تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.

4- د. جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العلمية للكتاب، بيروت، 1996.

5- د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الكتب العربية، 2004.

6- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دون الطبع ومكان النشر، 2002.

7- د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 1997.

8- د. رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية – القاهرة، دون ذكر الطبع وسنة النشر.

9- د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد / دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2000.

10- د. شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد – دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون – المنصورة، 2013.

11- د. صالح إبراهيم المتيوتي ومروان محمد محروس المدرس، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، الطبعة الاولى، كلية الحقوق جامعة البحرين، 2007.

12- د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

13- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون ذكر سنة نشر).

14- د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي بكري ومحمد طه البشير، الوجيز في النظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الإلتزام 1980، الطبعة الرابعة، العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة والمكتبة القانونية - بغداد، 1431هـ - 2010م.

15- د. عبدالمنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان في القانون المصري دراسة فقهية وقضائية مقارنة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946.

16- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج 1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011.

17- د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة بغداد، 1993.

18- د. فاروق أحمد خمّاس، الرقابة على أعمال الإدارة، جامعة الموصل، 1988.

19- د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون - جامعة الموصل، 1992.

20- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، 2011.

21- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة التاسعة والأربعون، من أول أكتوبر سنة 2003 إلى آخر سبتمبر سنة 2004، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع.

22- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا / الدائرة الأولى، ج1، الفترة من أول اكتوبر سنة 2006 حتى إبريل سنة 2007، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع.

23- د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، دار الفكر والوعي، السليمانية، 2009.

24- د. محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون مكان وسنة النشر.

25- د. محمد فؤاد النادي، القضاء الإداري، بدون سنة طبع ونشر.

26- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة ، 1984.

27- د. نجيب خلف أحمد الجبوري، القانون الإداري، الطبعة الاولى، مكتبة يادكار، السليمانية، 2015.

ثانياً- البحوث والرسائل الجامعية:

1- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - قسم الفقه وأصوله، جامعة الشارقة، 2008.

2- رياض أحمد عبد الغفور وشروق عباس فاضل، دور العدالة في تكميل العقود، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة النهرين / العراق، العدد 13، 2019.

3- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، اطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة الجزائر، 2014.

4- زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، السنة الخامسة، العدد 19، 2013.

5- سيروان أبو بكر عزيز، القصور التشريعي في قانون النفط والغاز لإقليم كوردستان – العراق رقم 22 لسنة 2007، رسالة ماجستير، فاكلتي القانون والعلوم السياسية والإدارة / قسم القانون، جامعة سوران، 2023.

6- شامي يسين ولقاء عبد علي، دور النظام العام في تحقيق العداة العقدية، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحوق والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 1، الجزائر، 2023.

7- د. عدنان إبراهيم سرحان، مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي (دراسة في قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد)، بحث منشور في مجلة العقد الاجتماعي، يصدرها مركز البحوث القانونية، أربيل، العدد الأول، السنة الأولى، أبريل 2021.

8- علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2011.

9- غزالي محمد ضياء الدين وبن شنوف فيروز وبن عمور عائشة، العدالة العقدية بين الإرادة والقانون، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 1، الجزائر.

10- لؤي كريم عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، بحث منشور في مجلة ديالى، العدد الثالث والخمسون، 2011.

11- د. محمد سليمان الأحمد ود. ئامانج رحيم أحمد، مشروع عقد ذو نظام، مجلة العلوم القانونية – جامعة عجمان، السنة الخامسة، العدد التاسع، يناير 2019.

12- د. محمد سليمان الأحد ود. أحسن رابحي، القصد التشريعي من التظلم وجدوى اشتراطه في الدعوى الإدارية، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد1، شوال 1441هـ - 2020م.

13- د. محمد سليمان الأحمد ود. أحسن رابحي، طبيعة العقد مع الجهة الخاصة بوصفها وكيلاً لجهة عامة، بحث منشور في مجلة العقد الاجتماعي، يصدرها مركز البحوث القانونية، أربيل، العدد الأول، السنة الأولى، 2021.

14- محمد عبدالرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق - كلية القانون - جامعة كربلاء، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2011.

15- د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 6، 2017.

16- يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، عدد51 - جوان 2019.

II – BIBLIOGRAPHIE EN FRANÇAIS

A – OUVRAGES

1- Bergel (J – L), Théorie générale du droit, Dalloz, Paris, 2012.

2- Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, PUF, Paris, 2000.

3- Castaldo (A) et Lévy (J – PH), Histoire du droit civil, Paris, Dalloz, 2010.

4- Duguit (L), Traité de droit constitutionnel, T 1, Paris, 1927.

5- Forest (G), Essai sur la notion d'obligation en droit privé, Paris, Dalloz, 2012.

6- Ghestin (J), G. Loiseau et Serinet (Y – M), La formation du contrat, t.1, LGDJ, Paris, 2013.

7- Ghestin (J), Traité de droit civil, LGDJ, Paris, 1993.

8- Lafaix (J – F), La loyauté dans les relations contractuelles au regard de la théorie du contrat, *Mélanges Richer*, LGDJ, Paris, 2013.

9- Richer (L), Droit des contrats administratifs, LGDJ « Manuels », Paris, 2014.

10- Tercier (P) et Pichonnaz (P), Le droit des obligations, Zurich, Suisse, 2012.

11- Truchet (D), La reconstruction de l'office du juge du contrat administratif : comment et jusqu'où ?, *Mélanges Richer*, LGDJ, Paris, 2013.

12- Vedel (G) et Delvolvé (P), droit administratif, T1, 12ème édition, PUF, Paris, 1992.

13- Waline (M), précis de droit administratif, Ed Montchrestien, Paris, 1969.

14- Weber (Y), La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs, *Mélanges Drago*, Economica, Paris, 1996.

B – ARTICLES

15- Dacosta (B), L'accès des tiers au juge du contrat, RDP, Paris, Mai 2014.

16- Le Pommelec (A), La signification de l'ordre public en droit des obligations », *in* C.A, Cujas, Paris, 2013.

17- Lichère (F), La fin des contrats administratifs : la fin de la dialectique légalité/stabilité, in *CPACCP*, Paris, Avril 2015.

18- Perelman (CH), À propos de l'idée d'un système de droit, *in Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990.

19- Pouyaud (D), Le contentieux des contrats publics en Europe, in RFDA, Paris, 2011.

C – THESES ET MEMOIRES

20- Mekki (M), L'intérêt général et le contrat, LGDJ, Paris, Thèses de Doctorat en Droit, 2004.

21- Vincent-Legoux (m – C), L'ordre public. Étude de droit comparé interne, PUF, « Les grandes thèses du droit français », 2001.