

## الشروط الاستثنائية غير المألوفة ودورها في تكييف العقد الإداري

Uncommon exceptional conditions and their role  
in the adaptation of the administrative contract

\*د. قرواز فرحات، أستاذ محاضراً

جامعة الجزائر 1

ferhatens2012@gmail.com

|                         |                          |                           |
|-------------------------|--------------------------|---------------------------|
| تاريخ النشر: 2022/06/10 | تاريخ القبول: 2022/06/08 | تاريخ الارسال: 2022/04/07 |
|-------------------------|--------------------------|---------------------------|

## ملخص :

تعتبر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص جزء من المعيار الموضوعي بجانب المرفق العام التي استقر عليها الفقه والقضاء في تمييز العقد الإداري لذلك اهتمت هذه الدراسة بالتعريف بالشروط الاستثنائية غير المألوفة وإبراز صورها وصولاً إلى تقديرها بين من اعتبرها ثانوية في تكييف العقد ومن جعلها أساسية إلى جانب فكرة المرفق العام وانتهاءً بالكيفية التي استعملها القضاء الإداري الفرنسي - مجلس الدولة ومحكمة التنازع - في تطوير فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة وإخراجها من ذاتية العقد إلى النظام الاستثنائي غير المألوف.

الكلمات المفتاحية: الشروط الاستثنائية غير المألوفة، العقد الإداري، القانون الخاص، مجلس الدولة الفرنسي، النظام الاستثنائي.

## Abstract:

Uncommon exceptional conditions in private law are considered part of the objective criterion next to the general facility on which jurisprudence and the judiciary settled in distinguishing the administrative contract. Therefore, this study was concerned with defining the unusual exceptional conditions and highlighting their forms in order to evaluate them among those who considered them secondary in the adaptation of the contract and those who made them

\*المؤلف المرسل: قرواز فرحات

essential besides The idea of the general facility and ending with the method used by the French administrative judiciary - the Council of State and the Court of Dispute - in developing the idea of unusual exceptional conditions and removing it from the subjectivity of the contract to the exceptional and unusual system.

**Keywords:** Uncommon exceptional conditions, Administrative contract, Private law, French Council of State, Exceptional system.

#### مقدمة:

تسعى الإدارة إلى تحقيق غاية أساسية في إشباع حاجات المواطنين اعتمادا على عدة وسائل وأعمال مختلفة قد تكون مادية وأحيانا قانونية، هذه الأخيرة قد تكون تصرفا قانونيا من جانب واحد وتسمى القرارات الإدارية وهي الصورة الأولى للنشاط الإداري وقد تكون هذه التصرفات القانونية إتفاقية أو رضائية وتسمى عقودا والتي تنقسم بدورها إلى قسمين الأول يوصف بعقود الإدارة الخاصة تخضع للقانون الخاص حتى ولو كان أحد طرفيها جهة تخضع للقانون العام وفيها تنازل الإدارة عن سلطتها كصاحبة سيادة وسلطان وتتساوى مع الطرف المتقاعد معها ولو كان فردا عاديا، والقسم الثاني يوصف بالعقود الإدارية الخاضعة للقانون العام أين تتدخل الإدارة وتظهر بمظهر السلطة العامة وامتيازاتها وتخضع في منازعاتها للقانون والقضاء الإداري.

وللعقد الإداري مظاهر وسمات تتماشى وطبيعته وأهدافه كوسيلة تستعملها الإدارة في أداء مهامها وهذا ما يميزه عن العقود المدنية، لأنه يلعب دورا مهما في تسيير النشاط الإداري سواء بالأنشطة أو التسيير أو الصيانة للمرافق العامة تحقيقا لأهدافها الرامية إلى المساواة والديمومة في إشباع رغبات المواطنين.

واعتماد الإدارة في إدارة الشأن العام على عقود الإدارة الخاصة كالأفراد العاديين أو اعتمادها على العقود الإدارية باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان يقتضي التمييز بين هذين النوعين من العقود لما لهذا التمييز من أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذا القضاء المختص بنظر المنازعات التي قد تطرأ حال تنفيذ أي من العقدين.

ونظرا لعدم تدخل المشرعين لوضع معيار مميز للعقود الإدارية في الدول التي تتبنى الازدواجية تدخل القضاء الإداري سيما مجلس الدولة الفرنسي باعتباره قضاء إنشائيا واجتهد في وضع معيار مميز للعقد الإداري وفقا لعناصر معينة وسأيره في ذلك مجلس الدولة

الجزائري، حيث يستخلص من أهم اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي ومعه الفقه ضرورة توفر عنصرين الأول وجوبي يقتضي وجود الإدارة كطرف في العقد والثاني تخيري بين اتصال العقد بالمرفق العام بشكل معين أو إتباع أساليب القانون العام في إبرامه وتنفيذه وهو ما اصطلح على تسمية المعيار الموضوعي.

ورغم الأهمية التي أولاها الفقه والقضاء للمعيار العضوي وكذا الموضوعي بشقيه: اتصال العقد بالمرفق العام، أو إتباع أساليب القانون العام بشأنه، فإن هذه الأخيرة أي- احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص-. تعتبر العنصر الأهم في تكييف العقد على أنه عقدا إداريا رغم الانتقادات التي وجهت لهذه الفكرة من أنصار مدرسة المرفق العام، فما هو مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة وصورها وما أهميتها ودورها في تكييف العقد الإداري؟ وهو ما سنحاول تبسيطه في مطلبين رئيسيين الأول نخصه للتعريف بفكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة وصورها والثاني نفرد لتقدير فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة وتطورها.

### المطلب الأول: تعريف الشروط الاستثنائية غير المألوفة وصورها

إن الحديث عن أهمية ودور الشروط الاستثنائية غير المألوفة في تكييف العقد الإداري يقتضي قبل كل شيء التعريف بهذه الفكرة في فرع أول، وإبراز صورها في فرع ثاني.

#### الفرع الأول: تعريف الشروط الاستثنائية غير المألوفة

إن الشروط الاستثنائية التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها هي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، هذه الشروط قد تقرر لمصلحة الإدارة كطرف في العقد كتعديل العقد أو وقف تنفيذه أو إلغائه في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما يمكن أن تمتد هذه الشروط للرقابة على التنفيذ وإسداء التوجيهات والملاحظات اللازمة وتوقيع الغرامات عند الاقتضاء، وتنفيذ العقد بنفسها أو بواسطة الغير على حساب المتعاقد حال إخلال هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية<sup>1</sup>. ومن جهة أخرى قد تقرر هذه الشروط الاستثنائية لمصلحة المتعاقد مع الإدارة كحقه في تحصيل رسوم من المنتفعين بالمرفق العام الذي يديره ويسيره، أو الاستفادة من نزع ملكية للمنفعة العامة وذلك في حدود القدر اللازم لمقتضيات تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

هذه الشروط الاستثنائية لم يصل الفقه إلى وضع تعريف جامع لها لعدة عوامل أهمها:

- 1- اختلاف فقهاء القانون العام حول أساس القانون الإداري مما انعكس على وضع تعريف محدد للشروط الاستثنائية غير المألوفة لاختلاف النظرة الفلسفية لكل مدرسة سيما مدرستي المرفق العام والسلطة العامة<sup>3</sup>.
- 2- عدم استقرار القضاء على معيار عام يتحدد على أساسه الشروط الاستثنائية غير المألوفة ذلك أن الحلول القضائية تأتي في أحيان كثيرة غير متوقعة *imprévisible*، ومتغيرة، *Changeante*، فما يعتبره القضاء من قبيل الشروط الاستثنائية في أحكام معينة يعتبره غير ذلك في أحكام أخرى<sup>4</sup>.
- 3- اعتماد القضاء على أسلوب الاختصار في تسبيب أحكامه بالاكْتفاء في تبريره للأحكام على احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص دون توضيح لتلك الشروط، واعتماده على إعطاء حلول جزئية عند الفصل في كل حالة على حدة مما يضيء على أحكامه الغموض وعدم تحديد الاتجاه الدقيق<sup>5</sup>.
- ومن الأحكام التي عرفت الشروط الاستثنائية حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر في 19/06/1952 في قضية *combustibles* والذي عرفها بأنها الشروط التي لا يمكن مصادفتها عادة في العقود المبرمة وفقا لقواعد القانون الخاص<sup>6</sup>.
- وكذا حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 20/10/1950 في قضية *stein* والذي عبر عن الشروط الاستثنائية بأن يكون موضوعها منح الأطراف حقوق أو تحميلهم التزامات غريبة في طبيعتها عن التي يمكن أن يوافق عليها بحرية من يتعاقد في مجال القانون الخاص<sup>7</sup>.
- وأمام صعوبة وضع تعريف دقيق للشروط الاستثنائية غير المألوفة لعدة عوامل وأسباب من جهة ومن جهة أخرى ارتباط هذه الفكرة – الشروط الاستثنائية – بما هو واقع في أحكام القانون الخاص ذات التطور المستمر فإن الأمر يفرض إعادة التفكير في أهم القواعد التي كانت في زمن ما غير مألوفة في القانون الخاص، وأضحت بفعل التطور الذي حصل من الشروط العادية<sup>8</sup> وأدت بالباحثين والفقهاء خصوصا إلى التريث في إعطاء تعريف جامع للشروط الاستثنائية غير المألوفة والتركيز أحيانا على استخلاص بعض صورها من أحكام القضاء سيما اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي.

### الفرع الثاني: صور الشروط الاستثنائية غير المألوفة

رغم ما بدله القضاء الإداري سيما في فرنسا وبعض الدول التي انتهجت نظام الإزدواجية في القانون والقضاء الإداري، إلا أن تلك الاجتهادات لم تتوصل إلى وضع معيار دقيق لتمييز الشروط الاستثنائية غير المألوفة واكتفت بإبراز البعض من صورها ومنها:

#### أولاً: الشروط المرتبطة في تفسيرها وتنفيذها بالقانون الإداري

في هذه الجزئية نقف عند بعض الشروط التي لا يمكن تفسيرها بعيداً عن الأحكام والقواعد النظرية للقانون الإداري كالشروط المتعلقة بمراجعة الأسعار عند تنفيذ العقد حال وقوع ظروف وطوارئ تقتضي الرجوع إلى نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية لحسن تطبيق الشرط المتعلق بمراجعة الأسعار، ومنها كذلك شرط تمكين المتعاقد مع الإدارة من حق الحصول على التعويض لإعادة التوازن المالي للعقد<sup>9</sup>.

#### ثانياً: ممارسة امتيازات السلطة العامة

وتتجلى هذه الصورة في النص على:

#### أ- حق الإدارة في ممارسة امتيازات السلطة العامة تجاه المتعاقد معها:

بمعنى إتجاه نية الإدارة في إتباع أسلوب القانون العام باستخدام الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة تتمتع بجانب من سيادة الدولة وسلطانها، مما يضي على هذا العقد مميزات وخصائص العقد الإداري، ويسري عليه أحكام القانون والقضاء الإداريين، كاحتواء العقد على شرط التوجيه والإشراف والمرافقة للإدارة أثناء تنفيذ العقد، وحقها في توقيع الجزاءات عند إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وكذا إعطاء حق تعديل الالتزامات التعاقدية للإدارة مقابل تعويض المتعاقد معها تعويضاً عادلاً<sup>10</sup>.

#### ب- تمكين المتعاقد مع الإدارة من سلطات في مواجهة الغير:

فامتيازات السلطة العامة ممنوحة أصلاً للإدارة توخياً للمصلحة العامة، هذه الأخيرة تبرر أحياناً تمكين المتعاقد مع الإدارة من ممارسة بعض صلاحيات السلطة العامة تجاه الغير، فتمكين المتعاقد مع الإدارة من ممارسة هذا الامتياز في مظاهر وسلوكات معينة يعتبر شرطاً استثنائياً غير مألوف في القانون الخاص، كحق ممارسة بعض سلطات الضبط وحق تحصيل الرسوم من المنتفعين مقابل الخدمات التي يقدمها، وحق الانتفاع بحقوق الإرتفاق والاستيلاء المؤقت على العقارات مما يضي على العقد وصف العقد الإداري ويخضع للقانون الإداري ويختص بالمنازعة فيه القضاء الإداري<sup>11</sup>.

### ثالثا: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة المتعاقدة

غالبا ما تتضمن العقود الإدارية شرطا لا يسمح للإدارة المتعاقدة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون اعتبار لموقف ورأي الطرف المتعاقد مع الإدارة مما يطرح تساؤلا حول طبيعة هذا الشرط ومدى وصفه بالشرط غير المألوف في العقود الخاصة من عدمه.

وللإجابة على هذا التساؤل لا مناص من الرجوع إلى اجتهادات القضاء الفرنسي سيما محكمة التنازع<sup>12</sup> ومجلس الدولة الفرنسي<sup>13</sup>، اللذين تباينت مواقفهما بين اعتباره شرطا غير مألوف أحيانا وأحيانا أخرى اعتبره من قبيل الشروط التي يمكن مصادفتها في العقود الخاصة فقد ذهبت اجتهادات هذين الجهتين القضائيتين إلى اعتبار شرط إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من قبيل الشروط الاستثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص، وتراجعا حديثا عن هذا الموقف بقضائهما بأن هذا الشرط لا يعد بحد ذاته غريبا عن القانون الخاص<sup>14</sup>.

ورغم التباين والتردد الذي صدر في موقف القضاء سيما مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع فإن الإجابة عن التساؤل المطروح بين اعتبار هذا الشرط استثنائيا غير مألوف في العقود المبرمة بين الخواص أو اعتباره من قبيل الشروط التي يمكن مصادفتها عادة في العقود المبرمة بين الأفراد العاديين، يقتضي التمييز بين حالتين:

- **الحالة الأولى:** إذا احتوى العقد على بند يمنح للإدارة المتعاقدة سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة عند مخالفة المتعاقد مع الإدارة للالتزام من التزاماته فهنا لا يعد هذا الشرط من الشروط غير المألوفة بالنسبة لعقود الأفراد الخاصة، لأن هذا الشرط يمكن تصور وجوده في مختلف العقود المدنية كعقد الإيداع مثلا الذي يعطي أحيانا للطرف القوي حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته.

- **الحالة الثانية:** إذا احتوى العقد على بند يمنح للإدارة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية هنا لا مناص من اعتبار هذا البند أو الشرط من قبيل الشروط غير المألوفة بالنسبة إلى قواعد القانون الخاص لأنه يمنح للإدارة حقا غير مألوف في المعاملات المدنية الخاصة على اعتبار أنها تهدف في تعاملاتها بصفة عامة إلى إشباع رغبات المواطنين تحقيقا للمصلحة العامة دون اعتبار للمصلحة الخاصة.

### رابعاً: شرط الثبات التشريعي

يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، بمعنى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية للدولة المتعاقدة معه<sup>15</sup>.

وهناك من يصفه بأنه الأداة القانونية التي تحمي المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع الجديد في الدولة، بتجميد دورها في التشريع والحد منه دون تجريدها من سلطاتها التشريعية<sup>16</sup>.

وقد اختلف الفقه والقضاء حول طبيعة العقد في حال وجود شرط الثبات التشريعي يمكن إبراز أهمها في اتجاهين رئيسيين:

- **الاتجاه الأول:** يرى أن شرط الثبات التشريعي يعد شرطاً سلبياً وينفي الطابع الإداري عن العقد لأن الإدارة تلتزم بعدم استخدام السلطات التي تتمتع بها دون موافقة الطرف الأجنبي<sup>17</sup>. المتعاقد معها مما يجعلهما متساويين وبذلك يكون العقد مدنياً.
- **الاتجاه الثاني:** يرى أن شرط الثبات من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد، تأسيساً على أن هذا الشرط لا يمكن تصوره في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة فلا يحق لأي طرف أن يلتزم بعدم سريان التشريعات الجديدة على العقد المبرم بينه وبين غيره من الأفراد العاديين<sup>18</sup>.

ومن خلال الاتجاهين السابقين نرى أن شرط الثبات التشريعي يؤكد ويكرس الطابع الإداري للعقد لعدم تصور وجود هذا الشرط في العقود التي تبرم بين الأفراد العاديين وعدم قدرتهم على فرض أي من الشروط التي تمنع سريان أي تعديل أو تشريع جديد على العقد بينما إدراج هذا الشرط في العقود التي تبرم مع الإدارة لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها وتبقى محتفظة بكامل امتيازاتها في اتخاذ وفرض ما تراه مناسباً لتحقيق المصلحة العامة.

### المطلب الثاني: تقدير فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة وتطورها

بعد التعريف بفكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة وإبراز أهم صورها لا مناص من تقدير هذه الفكرة وربطها بالمفهوم الذي طور بموجبه مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة

عمليا، وهو ما سنحاول تبسيطه في فرعين الأول يخص التقدير فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة والثاني: نركز فيه على تطور فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة.

### الفرع الأول: تقدير فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة

رغم أن فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة لعبت دورا مفصليا في تمييز العقد الإداري عن العقد المدني إلا أنها كانت محل نقاش ونقد حول دورها بين من اعتبرها غير مهمة وثانوية في تكييف العقد الإداري وبين من اعتبرها عنصرا فعالا في ذلك:

- أولا: يرى أنصار مدرسة المرفق العام أن فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة مهمة وغير منطقية، وأدت إلى خلق صعوبات على مستوى الاجتهاد القضائي حيث عجز هذا الأخير عن وضع تعريف محدد لها من جهة وساهم من جهة أخرى في توسيع مفهومها ليشمل أنواع عديدة من الشروط التي يمكن إيجادها في العقود الخاصة كحق الإدارة في رقابة وتوجيه المتعاقد معها، فهذا الشرط وإن كان مستمدا من امتيازات السلطة العامة المعترف بها للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، قد نجده في العقود المبرمة بين الشركات التي تتفاوت في إمكانياتها مما يسمح لبعضها نظرا لتفوقها أن تملّي شروطا أحادية الجانب تجعل الطرف الآخر يقبل الإشراف والتوجيه من الطرف القوي ولو كان خاصا، ونفس الشيء بالنسبة لشرط إنهاء العقد بالإدارة المنفردة للإدارة الذي لم يستقر القضاء الفرنسي على أي ثابت حوله<sup>19</sup> رغم أن هذا الشرط كما رأينا في الصورة الثالثة من الفرع الثاني من المطلب الأول يمكن مصادفته في عقود الإذعان، التي تعطي للطرف القوي حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية.

- ثانيا: رغم أن أنصار مدرسة المرفق العام قللوا من أهمية وقيمة الشروط الاستثنائية غير المألوفة، إلا أنهم ظلوا يشيرون إليها كعامل ثانوي يستأنس به بجانب فكرة المرفق العام كمعيار موضوعي لتمييز العقد الإداري، وهذا ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي Odent في كتابه عن المنازعات الإدارية بقوله أن الشروط الاستثنائية لا تلعب إلا دورا احتياطيا في إضفاء الطابع الإداري على العقد ويظل اتصال العقد بالمرفق العام هو الفيصل في تحديد طبيعته القانونية كعقد إداري أو مدني بغض النظر عن الشروط التي يحتويها<sup>20</sup>.

وفي ظل هذا الاختلاف الفكري حول معيار تمييز العقد الإداري والذي لا مناص من الاعتماد فيه على نظرية المرفق العام في إضفاء الصفة الإدارية على العقد من عدمه وتمييزه عن العقد المدني، فإن الشروط الاستثنائية غير المألوفة فرضت وجودها في تكييف العقد

الإداري خاصة عند إتساع مجال تدخل الدولة أو بالأحرى المرافق العامة في النشاطات الاقتصادية التي كانت حكرا على الأشخاص العاديين من جهة ومن جهة أخرى غموض أو غياب فكرة المرفق العام أحيانا مما يسفح المجال بقوة لاستعمال الظروف الاستثنائية غير المألوفة في القول بأن العقد يحمل الطابع الإداري من عدمه، مما أدى بالاجتهاد القضائي سيما مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتماد على مقتضيات نظرية المرفق العام دون إهمال الظروف الاستثنائية غير المألوفة والتي كانت أحيانا العامل الأساسي والفيصل في وصف العقد بأنه إداري أو مدني ومن جملة ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه حكمه الصادر في قضية Jalenques de labeau عندما استثنى المحاسب العام في المرافق الصناعية والتجارية من الخضوع للقانون الخاص<sup>21</sup>.

### الفرع الثاني: تطور فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة

إن فكرة الشروط غير المألوفة في القانون الخاص التي غالبا ما كان يعتمد عليها في إضفاء الطابع الإداري على العقد في الدول التي تتبنى ازدواجية في القانون والقضاء وعلى رأسها دولة فرنسا مهّد القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة، هذا الأخير كان له دور كبير في تطوير فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص باستبعاد إرادة طرفي العقد التي كانت معتمدة في وصف العقد والاستناد إلى تسبب حديث في القول بأن العقد الإداري أم لا انطلاقا من بيئة القانون العام وهو ما سنعاول تبسيطه في حكمين بارزين الأول صادر عن مجلس الدولة الفرنسي والثاني قضت به محكمة التنازع الفرنسية.

• أولا: الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Rivière du Sant بتاريخ 1973/01/19 هذا الحكم أضفى الطابع الإداري على عقد متعلق بتوريد الكهرباء بين إحدى الشركات الموردة للكهرباء ومرفق كهرباء فرنسا EDF دون احتواء العقد على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وذلك لسببين رئيسيين الأول مرسوم 20 ماي 1955 الذي يلزم مرفق كهرباء فرنسا بشراء الطاقة من منتجها المستقلين، والثاني دفتر الشروط العامة الذي ينص في المادة 27 منه على إلزامية الرجوع إلى وزير الكهرباء للبت في أي منازعة تحصيل بين مرفق الكهرباء وموردي الطاقة المستقلين<sup>22</sup>.

ويتضح من هذا الحكم التحول الذي أراده مجلس الدولة الفرنسي باستبعاد المفهوم السائد آنذاك للشروط الاستثنائية غير المألوفة المستمد من مضمون العقد تماشيا وإرادة

طرفي العقد إلى البحث عن معطيات خارجة عن العقد ذاته تستشف من القوانين واللوائح في شكل نظام استثنائي يعبر عن الوصف القانوني للعقد بعيدا عن إرادة طرفي العقد.

- ثانيا: حكم صادر عن محكمة النزاع الفرنسية بتاريخ 11 أكتوبر 1993 قضت فيه بإضفاء الطابع الإداري على عقد إدارة المشروع contrat de maitrise d'œuvre تأسيسا على عدم وجود النظام الاستثنائي الذي يخضع له العقد<sup>(23)</sup> وهو ما يتماشى تماما مع ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه آنف الذكر في قضية Rivièrè du Sant وهو المنحى أو التجديد الذي يؤيده الدكتور وليد محمد عباس، في مؤلفه - المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري - وسنده في ذلك الاختلاف الجوهرى في طبيعة كل من الشروط الاستثنائية التي تعد من طبيعة ذاتية تجد مصدرها في إرادة الأطراف، بينما النظام الاستثنائي غير المألوف يتكون من عناصر خارجية تفرض نفسها بواسطة القوانين واللوائح بعيدا عن إرادة الأطراف مما يجعله ذي طبيعة موضوعية لا ذاتية<sup>(24)</sup>.
- الخاتمة:**

من خلال هذه الدراسة التي اهتمت بعنصر مهم في تكييف العقد الإداري ممثلا في الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تعتبر جزءا من المعيار الموضوعي في تمييز العقد الإداري والتي برزت خاصة بعد الحرب العالمية الثانية إثر اتساع تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية باستعمال المرافق الصناعية والتجارية يمكن حصر أهم النتائج في:

- أن القضاء الفرنسي خصوصا لم يصل إلى وضع تعريف جامع مستقر للشروط الاستثنائية غير المألوفة سوى أنها شروط لا نجدها في العقود المبرمة انطلاقا من قواعد القانون الخاص.

- أن أنصار فكرة المرفق العام حاولوا التقليل من قيمة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في تمييز العقد الإداري واعتبروها ثانوية يلجأ إليها عند غياب أو عدم وضوح فكرة المرفق العام في العقد إلا أن الواقع العملي أثبت أن الشروط الاستثنائية غير المألوفة لا يمكن الاستغناء عنها وعن دورها في تكييف العقود التي تبرمها الإدارة لدرجة أن بعض الدول تجعلها في نفس المرتبة وبالتساوي مع المرفق العام في المعيار الموضوعي.

إن القضاء الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة ومحكمة التنازع وتماشياً ودورها في إنشاء قواعد القانون الإداري وتطويره قد لجأ إلى ترويض وتطوير فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة بالبحث عن الظروف الاستثنائية ومعطياتها في السياق والمناخ العام للقوانين واللوائح بعيداً عن ظروف وملابسات العقد النابعة من إرادة طرفيه، وأعطينا مثالين حديثين لحكمين حديثين صادرين على التوالي الأول في سنة 1973 والثاني في سنة 1993 لإبراز حداثة الفكرة والاجتهاد في هذه الجزئية من معايير تكييف العقد الإداري والتي لازالت سارية ولم يطرأ عليها تغيير يستحق الذكر، رغم أن الفكرة جديدة بالنقاش والتطوير تماشياً والتطور الحاصر في مناحي تدخل الدولة فالشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد ذاته والنظام الاستثنائي الموضوعي الخارج عن العقد أي إرادة الطرفين - في ظل جائحة كورونا مثلاً يقتضي إعادة النظر في روح ومدى فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة النابعة من إرادة طرفي العقد، والنظام الاستثنائي الخارجي المستمد من القوانين واللوائح، وهو ما يفتح المجال للباحثين والمهتمين للبحث في هذا الموضوع لاحقاً فقهيًا وقضائياً.

### الهوامش:

- <sup>1</sup> رأفت دسوقي محمود، فكرة التحول في القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 288.
- <sup>2</sup> محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص 305.
- <sup>3</sup> محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دون ذكر الناشر، 2003، ص 80.
- <sup>4</sup> L.Richer, Droit des contrats, Administratifs, L : G.D.J, 1999, 2<sup>ème</sup> éd, PP 103-107.
- <sup>5</sup> سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 1956، ط2، ص 76.
- <sup>6</sup> T.C ; 19 Juin 1952, Sté des combustibles et Carburants nationaux , Rec, P 628.
- <sup>7</sup> C.E, 20 Octobre 1950, Stein, Rec, P 505.
- <sup>8</sup> M.Waline, precis, de droit administratif, Montechrestien 1969, P 349.
- <sup>9</sup> محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص 70.
- <sup>10</sup> J.Ch, Bruère, le consensualisme dans les contrats administratifs, R.D.P, 1996, P 1715, Spec, pp 17-25.
- <sup>11</sup> محمد أنس قاس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية 2003، ص 32.
- <sup>12</sup> T.C, 17 Novembre 1975, sieur Leclert, Rec, P 800.
- <sup>13</sup> CE, 30 Janvier 1980, Ville de Paris, Rec, P 54.
- <sup>14</sup> حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 28 جانفي 2008 وحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 2003/12/12.
- <sup>15</sup> خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2014، ص 132.
- <sup>16</sup> فاطمة رحيم شعلان، دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي مجلة جامعة القادسية، العراق، 2017، ص 4.

<sup>17</sup> حفظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 377.

<sup>18</sup> وليد محمد عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2011، ص 96.

<sup>19</sup> سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 55.

<sup>20</sup> وليد محمد عباس، مرجع سابق، ص 100.

<sup>21</sup> C.E 8 mars 1957, Sieur Jalenques de la beau, Rec. ; P 158.

<sup>22</sup> C.E, 19 Janvier 1973, Sté d'exploitation électrique de la rivière du sant, Rec, P 48 ; JCP 1974, II , 17629, note A, Pellet, AJDA 1973, P 382. Chron Léger et Boyon .