جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

مبدأ المساواة امام القانون في ضوء الشروط الاستثنائية للعقد الاداري

دراسة مقارنة

رسالة تقدمت بها الطالبة

امل عمران ابراهيم

الى

مجلس كلية القانون و العلوم السياسية في جامعة ديالى
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام
حقوق الانسان و الحريات العامة

بأشراف

الاستاذ المساعد الدكتور

بلاسم عدنان عبدالله

١٤٤٢ هـ ٢٠٢١ م

(قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنتَ

الْعَلِيمُ الْحَكِيم)

(سورة البقرة، الآية ٣٢)

الاهداء

الى

ـــ من حبب لي الكفاح و الجد ...

ـــ روح والدي رحمه الله ....

ـــ والدتي العزيزة اطال الله بعمرها ....

ـــ رفيق عمري و شريك حياتي زوجي .....

ـــ اشقائي و شقيقاتي رمز العطاء المتجدد....

ـــ قرة عيني و فلذة كبدي اولادي ....

الباحثة

الشكر و العرفان

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على اشرف خلق الله سيدنا و نبينا محمد و على اله الطيبين الطاهرين و صحبه الاكرمين ، اتضرع بالدعاء و الثناء و الشكر لله الواحد الاحد الذي شد من ازري و وهبني الصبر و الاصرار و الجد بإنجاز هذا العمل المتواضع الذي بذلت فيه قصارى جهدي راجيةً من الله عز وجل حسن الثواب

و بعد .....

اتقدم بالشكر و العرفان لكل من ساعدني و اعترافا بالجميل اتوجه بخالص الشكر و العرفان لأستاذي الفاضل ، الاستاذ المساعد الدكتور (بلاسم عدنان عبدالله) المحترم ، الذي تفضل مشكورا بالإشراف على الرسالة و قدم لي المساعدة في جميع المجالات و كان لعلمه و فضله و حسن توجيهه الاثر الملموس في ان يظهر البحث بصورته النهائية فله جزيل الشكر و التقدير .

كما اتقدم بالشكر و العرفان الى عميد كلية القانون و العلوم السياسية في جامعة ديالى الاستاذ الدكتور(خليفة ابراهيم عودة) و لأساتذتي الافاضل كافة بالسنة التحضيرية فلهم مني وافر الشكر و العرفان على كل نصيحة علقت بذاكرتي و اسال الله عز وجل ان يمتعهم بوافر الصحة و العافية ليكونوا ذخرا و منهلا لطلاب العلم .

كما اتقدم بالشكر و التقدير الى موظفي المكتبات العامة و الخاصة على مساعدتهم لي في تقديم المصادر و المراجع التي كان لها الاثر الكبير في انجاز هذه الدراسة و اختص بالذكر منهم مكتبة كلية القانون و العلوم السياسية و المركزية في جامعة ديالى و القانون في جامعة بغداد و القانون في الجامعة المستنصرية و القانون في جامعة النهرين .

كما اتقدم بوافر الشكر و الامتنان و الاحترام الى السادة الافاضل رئيس و اعضاء لجنة المناقشة لما يبدونه من ملاحظات و تحملهم عناء قراءة الرسالة و اعدهم بان ملاحظاتهم ستؤخذ مجراها في التصويب و التصحيح لأنهاء الرسالة بصورة ادق و اكرر شكري لهم و جزاهم الله عني خير الجزاء

وفي الختام اشكر كل من ساعدني و مد الي يد العون فله مني وافر التقدير على كل دعم قدموه لي و الله يجزي الشاكرين .

الباحثة

الملخص

يعد مبدا المساواة احد اهم المبادئ العامة للقانون و احد دعائم الدولة القانونية على اساس ان سيادة القانون لا تعلو ما لم يطبق على قدم المساواة كما انه يعد من المبادئ الذي اكدته معظم المواثيق و الاعلانات الدولية و الدساتير و القوانين المعمول بها في معظم الدول ، فالمساواة امام القانون هي التسوية في المعاملة بين الافراد الموجودين في نفس المركز ، فالعقود الادارية تتفق مع عقود القانون الخاص في انها تنشأ بين الاطراف حقوقا و التزامات متبادلة ، غير انها تختلف من حيث عدم تسليمها لقاعدة المساواة بين المتعاقدين و ذلك لان الادارة تتمتع بحقوق و امتيازات لا يتمتع بها المتعاقد مع الادارة ترجيحا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة لذا فهناك هدرُ لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) و كذلك هدرُ لمبدأ المساواة بين المتعاقدين .

فالعقود الادارية تتفق مع العقود المدنية في كونها تنشا من توافق ارادتين ، لكن الادارة تتمتع في العقود الادارية بامتيازات و حقوق لا يتمتع بها المتعاقد معها ، و من هذه الحقوق و الامتيازات (سلطة الادارة في الحرمان و الاستبعاد، سلطة الادارة في عدم التعاقد و الغاء المناقصة ، الرقابة و التوجيه ، و توقيع الجزاءات على المتعاقد ، تعديل شروط العقد ، حق انهاء العقد في الارادة المنفردة) ، و هذه تعتبر شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود الافراد (عقود القانون الخاص) و التي تعتبر من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة ، و في الوقت نفسه فان القانون وضع حقوقا للمتعاقد في مواجهة الغير كما منحه الحق في اعادة التوازن المالي .

ان فكرة الشروط الاستثنائية ظهرت بشكل بارز في العقود الادارية لأنها شكلت اهمية قصوى لتمييز العقد الاداري عن غيره و التي تعد دليل على انصراف نية الادارة الى الاخذ بأساليب القانون العام في العقد الاداري و ظهرت هذه الفكرة نظرا لما مرت به نظرية المرفق العام و عجزها عن وضع معيار موضوعي للتفرقة بين عقود الادارة و غيرها من العقود ، الذي دعى الكثير من الفقه الى الاعتماد على هذه الفكرة لإبراز دور السلطة العامة في العقود الادارية من خلال تضمينها للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص .

الا انه ما زال القانون و القضاء الاداريين في العراق و مصر يعتمدان على توافر ثلاثة معايير لتمييز العقد الاداري وهي معيار ان تكون الادارة طرفا في العقد ، و معيار اتصال العقد بمرفق عام ، و معيار اتباع اسلوب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية .

المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
المقدمة	١-٤
الفصل الأول - إعمال الادارة لمبدا المساواة في ضوء الشرط الاستثنائي للعقد الاداري	٦- ٤٩
المبحث الاول – اعمال الادارة لمبدأ المساواة	٧- ٢٦
المطلب الاول - ماهية مبدأ المساواة امام القانون	٧- ٢٠
الفرع الأول - التعريف بمبدأ المساواة و أساسه	٨-١٥
الفرع الثاني- أنواع مبدأ المساواة	١٦-٢٠
المطلب الثاني - اعمال الادارة لمبدأ المساواة في اختيار المتعاقد معها	٢٠-٢٦
الفرع الاول- المساواة بين المتنافسين والاستثناءات الواردة على المبدأ	٢٠-٢٤
الفرع الثاني- النظرة الخاصة لعلاقة المساواة بين الادارة و متعاقدها	٢٤-٢٦
المبحث الثاني- *ماهية العقود الادارية و الشرط الاستثنائي*	٢٦-٥٠
المطلب الاول – ماهية العقود الادارية	٢٧-٣٨
الفرع الأول - مفهوم العقد الإداري	٢٧-٣٠
الفرع الثاني - معيار تميز العقد الإداري	٣٠-٣٨
المطلب الثاني - ماهية الشرط الاستثنائي للعقد الإداري	٣٨-٤٩
الفرع الاول- مفهوم الشرط الاستثنائي واسس الاخذ بمعيار الشرط الاستثنائي	٣٩-٤٥
الفرع الثاني - الطبيعة القانونية للشروط الاستثنائية	٤٥-٤٩
الفصل الثاني -الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العامة	٥١-١٣٤
المبحث الأول - الشروط التي تخول الادارة امتيازات في مواجهة المتعاقد	٥١-١٣١
المطلب الأول - الشروط المتعلقة بامتيازات الادارة قبل التعاقد معها (مرحلة ابرام العقد)	٥٢-٧١
الفرع الاول – ايجاب المتقدم بالعطاء لحين ارساء المناقصة	٥٣-٥٧
الفرع الثاني – سلطة الادارة في الحرمان والاستبعاد	٥٨-٦٧

المحتويات

الفرع الثالث – سلطة الادارة في عدم اتمام التعاقد والغاء المناقصة	**٧١-٦٧**
المطلب الثاني- الشروط المتعلقة بامتيازات الادارة في مواجهة المتعاقد (مرحلة تنفيذ العقد)	**١٣١-٧١**
الفرع الاول- الشروط التي تمنح الادارة سلطة الرقابة والتوجيه	**٨٠-٧٢**
الفرع الثاني- الشروط التي تمنح الادارة حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها	**١٣١-٨٠**
المبحث الثاني- الشروط التي تخول المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير	***١٣٤-١٣٢***
الفصل الثالث- الشروط غير المألوفة المتعلقة بمبادئ القانون العام والمصلحة العامة	**١٩١-١٣٦**
المبحث الأول- الشروط التي ترتبط بمبادئ القانون العام	**١٧١-١٣٧**
المطلب الأول - الشروط التي تحيل الى النظرية العامة في العقود الادارية	**١٥٨-١٣٧**
الفرع الاول – الشروط التي تمنح الادارة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة	**١٤٩-١٣٨**
الفرع الثاني - *الشروط التي تمنح الادارة سلطة انهاء العقد*	**١٥٨-١٤٩**
المطلب الثاني- الشروط التي تعطي المتعاقد الحق في اعادة التوازن المالي للعقد	**١٦١-١٥٨**
المطلب الثالث - الشروط التي تحيل الى دفاتر الشروط	**١٧١-١٦٢**
المبحث الثاني- الشروط المتعلقة بفكرة المصلحة العامة	**١٧٣-١٧٢**
المبحث الثالث - فكرة الشروط الاستثنائية ضمن معايير العقد الاداري	**١٩١-١٧٣**
المطلب الأول - الشروط الاستثنائية في نظرية المعيار المزدوج ومدى كفاية الشرط الاستثنائي لتحديد العقد الإداري	**١٨٧-١٧٤**
الفرع الاول - فكرة الشروط الاستثنائية في تحديد العقد الاداري	**١٧٨-١٧٤**
الفرع الثاني - مدى كفاية الشرط الاستثنائي في تحديد العقد الاداري	**١٨٧-١٧٨**
المطلب الثاني - الشروط الخاصة بتحديد الاختصاص القضائي	**١٨٩-١٨٧**
المطلب الثالث - الانتقادات الموجهة لنظرية الشروط الاستثنائية	**١٩١-١٨٩**
الخاتمة	**١٩٦-١٩٢**

المحتويات

المصادر	١٩٧-٢٠٢

المقدمة

إن الحقوق و الحريات الفردية من القضايا الانسانية المهمة التي اثارت الجدل بين المفكرين ،لأنها تعتبر حقوق اصلية للإنسان ، لذا كافحت البشرية على تنظيمها وتأكيدها حيث تم تضمينها في نصوص قانونية وضمن المعاهدات والاعلانات والمواثيق الدولية ، ولا يزال مبدأ المساواة بين البشر يشغل الرأي العام ، وقد تناولت جميع الاديان السماوية مبدأ المساواة ، ودعت الى التسامح والمساواة ، وقد حققت الشريعة الاسلامية المساواة بين الناس دون تمييز ، وعندما نتكلم عن مبدأ المساواة نعني به ان يتمتع جميع الافراد بالحقوق والحريات ، وان اقرار المساواة بين الناس يعني اعطاءهم نصيبهم من الحقوق مقابل الواجبات الملقاة عليهم ، اما إهداراً مبدأ المساواة امام القانون بين الافراد يعني اهدار لهذا الحق .

يعد مبدأ المساواة من المبادئ الواجب مراعاته في مختلف اجراءات اختيار الادارة للمتعاقد معها حتى اتمام انتهاء العقد ، لذا يتعين على جهة الادارة ان تعامل المتقدمين للتعاقد معها على قدم المساواة ويتفرع عن هذا المبدأ انه لا يجوز للإدارة ان تعفي بعض المتنافسين من شروط معينة دون ان تعفي البعض الاخر كما لا يجوز لها ان تضيف شروطا او تحذفها او تعدلها بالنسبة الى بعض المتنافسين دون غيرهم ، للوصول الى تطبيق سليم لهذا المبدأ ، ينبغي على الادارة ان تضع قواعد تنظيمية للتثبيت من مدى صلاحية المتنافسين للتقدم بعطائه ، وهذه القواعد تكون عامة مجردة ، سواء ما يتعلق منها بشروط منح التراخيص بممارسة مهنة معينة ام ما يتعلق بتصنيف المقاولين ، فضلا عن الى القواعد التي تسمح للمتقدمين لغرض التعاقد والتنافس في مجالات معينة[١] .

والعقود الادارية تتفق مع العقود المدنية في كونها تنشأ من توافق ارادتين ، ولكن الادارة تتمتع في العقود الادارية بامتيازات وحقوق منها تعديل شروط العقد ،الاشراف على تنفيذ وتوجيه المتعاقد تحقيقا للمصلحة العامة ، وتخضع الادارة من ناحية اخرى الى قيود في اختيار المتعاقد وفي ابرام العقد الاداري ، وهي قيود لا يخضع اليها الافراد في عقودهم الخاصة [٢]، والادارة لا تتقيد بحسب الاصل باتباع سبيل معين من سبل التعاقد ، الا اذا اوجب عليها القانون ، في هذه الحالة يجب ان تلتزم به والا وقع تصرفها باطلا ، اما اذا لم يقيدها القانون بشيء من ذلك فلها الحرية في اختيار اسلوب التعاقد الملائم ، وان كانت تظل مقيدة بهذا الشأن ، وفي كل الاحوال بمقتضيات المصلحة العامة ، وبالمبادئ العامة التي تحكم نظام العقود الادارية [٣].

لما كان العقد الاداري الذي تبرمه جهة الادارة من اجل تسيير مرفق عام لا يعد عقدا اداريا في جميع الاموال ، ذلك لان اتصال العقد بنشاط مرفق عام ليس معيارا كافيا لإضفاء الصفة الادارية على العقد ، و انما يلزم ان يكون الطرفان قد اتبعا اسلوب القانون العام دون اسلوب القانون الخاص ،لكي نعرف أي اسلوب يتبع الطرفان –عام ام خاص- فانه يتعين فحص نصوص العقد و ما قد تحتويه من بنود او شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص

---

(١) حيدر طالب الامارة ، النظام القانوني لإبرام العقد الاداري في العراق :دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٤، ص٤٠ .

(٢) د. محمود عاطف البنا ، العقود الادارية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص٧ .

(٣) بندر محمد عويزب العتبي، الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الاداري ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٩. ص٣ .

،ذلك ان هذه النصوص غير مألوفة لدى الافراد في تعاملاتهم هي التي تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع اسلوب القانون العام و اخضاع العقد لقواعده ، فضلا عن انها هي التي تحدد الطبيعة الادارية للعقد و اختصاص القضاء الاداري بنظر منازعاته[١] .

ان عقود الادارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد ، ولكنها تنقسم على قسمين احدهما عقود الادارة التي تخضع لأحكام القانون العام و هي تطلق عليها اصطلاح العقود الادارية ، و اخرى عقود الادارة التي تخضع للقانون الخاص ، حيث تتجلى – الذي يعنينا في هذه الدراسة النوع الاول- فيه امتيازات السلطة العامة التي لا اظهر و لا نظير لها في عقود الافراد او عقود القانون الخاص ، فهي تعد من الشروط غير المألوفة التي تتمتع بها الادارة ، و يرجع الفضل في ظهور فكرة الشروط الاستثنائية الى مجلس الدولة الفرنسي ، حيث استخدم هذا المصطلح في حكمه الصادر١٩١٠/١١/١١ بشان العقد المبرم بين الادارة و احدى المطابع و المتصل بمرفق التعليم ، ثم اكده في حكمه الصادر ١٩١٢/٧/٣١ بشان شركة الجرانيت[٢] .

لذا فان فكرة الشروط الاستثنائية احتلت مكانا بارزا بين نظرية العقد الاداري نظرا لما شكلته من اهمية قصوى في تمييز هذا الاخير و هي دليل انصراف نية الادارة الى الاخذ بأساليب القانون العام في العقد الاداري و قد برزت فكرة الشرط الاستثنائي في العقد الاداري على اثر ازمة المرفق العام و عجزه عن وضع معيار موضوعي للتفرقة بين نوعي عقود الادارة الامر الذي دعى طائفة من اهل الفقه الى القول بضرورة اعادة دور السلطة العامة في العقد الاداري من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية خارجة عن القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقدين لإخضاع العقد لأحكام القانون العام[٣] .

اهمية الدراسة

تكمن اهمية البحث في دراسته لاسلوب من الاساليب من خلاله تقوم الادارة بتسيير المرفق العام عن طريق الاتفاق مع الافراد فتنشا بينها و بينهم عقد يرسم حدود و واجبات طرفي العقد ، و لكن في العصر الحديث عقود الادارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد و لكن هناك نوعين من العقود الادارية ، العقود التي تخضع للقانون العام –عقود ادارية - ، و عقود الادارة التي تخضع للقانون الخاص . و الذي يعنينا في هذه الدراسة هو النوع الاول كونه تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة فهي تعد من الشروط غير المألوفة الاستثنائية التي تتمتع بها الادارة ، فالأصل ان الادارة لها حرية اضفاء الصفة الادارية على عقودها المبرمة مع متعاقديها و هذا يمنحها امتيازات غير موجودة في القانون الخاص ، و جعل مصالحها تعلو و تسمو فوق مصالح المتعاقدين معها و هنا فان مبدا المساواة و الذي يعتبر من المبادئ الاساسية لحقوق الانسان في ضوء هذه الشروط يمكن ان يكون معدوماً و لحماية حقوق الافراد و مصالحهم سنبحث في الشروط الاستثنائية للعقد الاداري و اثرها في مبدا المساواة من خلال الامتيازات التي تمنح

([١]) بندر محمد عويزب العتيبي ، مصدر سابق ، ص٣

([٢]) د. بشير علي باز ، السلطات الاستثنائية لجهة الادارة في العقد الاداري ، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ط١، ٢٠١٨، ص٨

([٣])د. ثروت بدوي ، القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٥٢٦

للإدارة اثناء التعاقد ، الامر الذي قد يعرض المتعاقد مع الادارة لمخاطر وخيمة ، ربما تؤدي في بعض الاحيان الى عزوف الافراد عن التعاقد مع الادارة.

اشكالية الدراسة

تتصدى الدراسة في البحث عن تطبيق مبدا اساسي من مبادئ حقوق الانسان و هو مبدا المساواة امام القانون اثناء ممارسة الادارة لنشاطها من خلال ابرام العقود الادارية مع الافراد لغرض تسيير المرفق العام . و لاسيما ان الادارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة من خلال تضمينها العقود التي تبرمها مع الافراد بشروط استثنائية غير مالوفة في القانون الخاص فقد تقوم الادارة احيانا بالتعسف في استعمال هذه الامتيازات مما قد يضفي على عملها عيب انحراف السلطة او تعسف الادارة اذا اساءت استخدام هذه الامتيازات بحجة حماية المصلحة العامة . مما يخلق عدم توازن بين الادارة و المتعاقد معها و ذلك كون الامتيازات تجعل من مصلحة الادارة تعلو على مصلحة المتعاقدين و حقوقهم و لذا تكمن مشكلة البحث في عدة تساؤلات ، هل يوجد مساواة بين الادارة و المتعاقد معها في ضوء الشروط الاستثنائية للعقد الاداري ؟ ماهي الامتيازات التي تتمتع بها الادارة في ظل الشروط الاستثنائية للعقد الاداري ؟ ما الغرض من منح هذه الامتيازات ؟ و هل يتمتع المتعاقد بالمقابل بامتيازات معينة؟ كل هذا و غيره من التساؤلات سوف نقوم ببحثها في هذه الدراسة.

هدف الدراسة

يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة للوصول الى دراسة جامعة لفكرة الشروط الاستثنائية في العقد الاداري ، عن طريق بيان المفهوم لهذه الفكرة و العناصر المميزة لها و بيان الطبيعة القانونية و الامتيازات التي منحت للإدارة و اعتبارها شرطا استثنائيا غير مألوفٍ في عقود الافراد ، من خلال بيان اراء الفقهاء و تحليل هذه الآراء و بيان راي القضاء و تحليله ، و ذلك عبر المقارنة بين التشريع العراقي و التشريعات المقارنة ، و كذلك ايجاد التوازن بين سلطات الادارة الواسعة الممنوحة لها في عقودها الادارية لتحقيق المصلحة العامة و الضمانات الممنوحة للمتعاقد معها و الذي اعتبره البعض الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

منهجية الدراسة

ستكون منهجية الدراسة هي اتباع المنهج المقارن ، حتى يتسنى لنا الافادة بما يتضمنه التشريع المقارن من ايجابيات قد يفتقر اليها التشريع العراقي ، كما سوف تعتمد الدراسة على المنهج التحليلي من خلال عرض المسائل التي تناولها التشريع العراقي و التشريعات المقارنة ، ثم بيان اراء فقهاء القانون و موقف القضاء من الفكرة او المعيار محل البحث – الشرط الاستثنائي-

خطة الدراسة

في ضوء ما تقدم فان الدراسة تنقسم على مقدمة و ثلاثة فصول و خاتمة و هي كما يلي :-

المقدمة .

الفصل الاول – اعمال الادارة لمبدا المساواة في ضوء الشرط الاستثنائي للعقد الاداري .

الفصل الثاني – الشروط المتعلقة بامتيازات السلطة العامة .

الفصل الثالث – الشروط غير المألوفة المتعلقة بمبادئ القانون العام و المصلحة العامة.

الخاتمة – تحتوي على النتائج و المقترحات.

الفصل الاول

الفصل الاول

إعمال الادارة لمبدا المساواة في ضوء الشرط الاستثنائي للعقد الاداري

الادارة تقوم بتطبيق مبدأ المساواة من خلال القيام بأعمالها لغرض تسيير المرفق العام ولذا تقوم بإبرام العقود الادارية مع الافراد ، وان الاحكام القانونية الخاصة بالعقود الادارية يجب ان تسري على المتعاقدين مع الادارة على قدم المساواة فيما بينها ، ابتداء من الاشتراك في المناقصة – مثلا- و تقديم العطاء حتى لحظة ابرام العقد ، لذا يجب على الادارة ضرورة احترام شروط و مواعيد المناقصة، لذا يرى الفقه بان المساواة بين المتنافسين هي لإيجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم للعقد الاداري دون تمييز بينهم و يعد تحقيق مبدأ المساواة ضمانة نحو حصول الادارة على اداء افضل لتنفيذ مشروعاتها ، حيث ان اطمئنان المورد او المقاول الى عدالة الاجراءات و نزاهتها و سلامة القرارات الصادرة بشأنها ،يجعلهم يقدمون على المشاركة و التي تكون بدورها ضمانة لجهة الادارة ايضا للحصول على افضل الاسعار و الشروط و المواصفات ، بما يعود على الدولة بالنفع و الفائدة[١].

يعد العقد الاداري الصادر عن توافق الارادتين (الادارة و المتعاقد معها) من اهم وسائل الادارة المتعددة وهي بصدد ممارسة نشاطها المعتاد لكي تلبي رغبات الافراد و الهيئات المتعاملة معها ، فعن طريق العقد تستطيع الادارة ان تنزل السوق ، او تقدم الخدمات و التي تكون في الغالب هي مالكة لها ، و لابد ان يكون العقد بين طرفين ، احداهما على الاقل شخص من اشخاص القانون العام و الاخر من اشخاص القانون الخاص او الافراد ،لذا فالعقد الاداري يختلف عن العقد في القانون الخاص من عدة وجوه منها على سبيل المثال اسلوب ابرام العقد ، الجهة المختصة بنظر النزاع الناشئ عن العقد ، المصلحة التي يهدف العقد من ورائها ، و حتى الشروط التي يتضمنها العقد ، و خاصة الشروط الاستثنائية غير المألوفة و التي اجمع عليها الفقهاء على ضرورة احتواء العقد الاداري على هذه الشروط حتى يمكن تمييز العقد الاداري عن غيره من عقود القانون الخاص [٢] .

المبحث الاول – اعمال الادارة لمبدأ المساواة

المبحث الثاني – ماهية العقود الادارية و الشرط الاستثنائي

([١]) حيدر محمد زيدان التميمي ، النظام القانوني لأساليب ابرام العقود الادارية في العراق ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، جامعة الاسكندرية- كلية الحقوق ،٢٠١٥ ، ص٧٦

([٢]) د. بشير علي باز ، السلطات الاستثنائية لجهة الادارة في العقد الاداري ، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ،ط١ ،٢٠١٨ ،ص١٩

المبحث الاول

اعمال الادارة لمبدا المساواة

يعد مبدأ المساواة من المبادئ السامية لحقوق الانسان التي كافحت البشرية من اجل تأكيدها او المطالبة بها عبر عصور التأريخ ، والمساواة امام القانون مبدأ دستوري اساسي يستند اليه جميع الحقوق والحريات في الوقت الحاضر، ويتصدر جميع اعلانات الحقوق العالمية والمواثيق ، وان الدولة القانونية تقوم على مبدأ المساواة بين الافراد ويعد احد اعمدتها على اساس ان سيادة القانون لا تتحقق الا بتطبيق المساواة على قدم مع تطبيق القانون فالمساواة بين الافراد من اهم مظاهره المساواة القانونية ،تستلزم ان يكون القانون واحدا لجميع الافراد دون تفرقة او تميز بسبب اللون او الجنس او اللغة او الدين او الاصل وغيره ،والمساواة القانونية مساواة نسبية ويمكن معرفة هذه النسبية من خلال القانون نفسه حيث يطبق على فئة محددة من الافراد ولا يمكن انطباقها على جميع الافراد ، وذلك كون القانون يخاطب ممن تتوفر فيهم شروط المخاطبة بهذا القانون ويعاملون معاملة واحدة[١].

بناءً على ما تقدم سنقوم بدراسة هذا المبحث عن طريق مطلبين رئيسيين هما :

المطلب الاول / ماهية مبدأ المساواة امام القانون

المطلب الثاني / اعمال الادارة لمبدأ المساواة في اختيار المتعاقد معها

المطلب الاول

ما هية مبدأ المساواة امام القانون

يعد مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية الاساسية الذي تستند اليه جميع الحقوق والحريات في الوقت الحاضر ، والذي يتصدر جميع اعلانات الحقوق العالمية ، والمواثيق الدستورية ، بل ان البعض في الفقه ذهب الى ان المساواة هي توأم الحرية ، لأنه بدونها تصبح ممارسة الحريات العامة كلمة عابثة ،كما ان مبدأ المساواة يعتبر من المبادئ التي لا غنى عنها لقيام أي نظام [٢].

ولمعرفة مفهوم مبدأ المساواة لا بد من معرفة مفهومه باللغة و الاصطلاح و معرفة الاساس الذي يرتكز عليه المبدأ و لابد من معرفة انواعه ، و لتفصيل ما تقدم يجدر بنا تقسيم المطلب على فرعين رئيسيين هما الفرع الاول/ التعريف بمبدأ المساواة امام القانون واساسه و

الفرع الثاني / انواع مبدأ المساواة

---

(١) د. محمد صلاح علد البديع السيد، الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع و القضاء ، ط٢ ،دار النهضة ، بيروت ،٢٠٠٩، ص٣٨٠

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع ، المصدر نفسه، ص٣٧٩

الفرع الاول

التعريف بمبدأ المساواة و اساسه

التعريف بالمصطلحات التي تستخدم في البحث يعد مسلكا لا بد لنا الالتزام به بعض الشيء لان معرفة مفهوم المصطلحات يساعد في ازالة الغموض وبالتالي يساعد على الفهم الصحيح، ولمعرفة مفهوم أي مصطلح او تعريفه لابد من الرجوع الى معناه اللغوي كما حددته المعاجم ، وبعد معرفة معناه او مفهومه في الاصطلاح ومن هنا علينا معرفة مفهوم مبدأ المساواة في اللغة والاصطلاح .

١- تعريف مبدأ المساواة في اللغة تعريف المبدأ : مبدأ (اسم) ، الجمع مبادئ ، المبدأ: مبدأ الشيء : اوله ومادته التي يتكون منهما ، كالنواة مبدأ النخل ، مبدأ الشيء : قواعده الاساسية التي يقوم عليها ، ومبدأ القضية : أصلها[١].

تعريف المساواة : تعني المماثلة والمعادلة من حيث القدر أو القيمة ، وهي مأخوذة من السواء ، ويقال هذا يساوي درهما أي يعادله بالقيمة ،الا ان بعض اهل اللغة اعترض على ذلك وقال يساويه، واستوى الطعام أي نضج، واستوى القوم في المال اذا لم يفضل منهم احد على غيره، ويقال استوى جالسا ، واستوى على الفرس بمعنى الاستقرار ، واستواء المكان اعتداله ويقال فلان وفلان سواء أي متساويين ،وقوم سواء لأنه مصدر لا يثنى ولا يجمع[٢] .

٢- تعريف مبدأ المساواة في الاصطلاح

تعد المساواة القانونية القاعدة الاساسية التي تقوم عليها جميع مظاهر المساواة وتعرف بانها: عدم التفرقة او التمييز فيما بين الناس على اساس من الانتماء او الجنس او التمييز اللغوي والديني او العقائدي السياسي او الاختلاف الطبقي الاجتماعي والمالي ، لان البشر كلهم متساوون في التكاليف والاعباء العامة ، وكذلك تعرف بانها : حصول المرء على ما يحصل عليه الاخرون من الحقوق كما عليه ما عليهم من واجبات دون أي زيادة او نقصان ، وهي قيمة عظيمة تجعل جميع الاطراف سواء [٣] .

وذهب بعض الفقهاء الى ان المساواة هي توأم الحرية ، لأنه بدونها تصبح ممارسة الحريات العامة كلمة عابثة وقد قال الفقيه (جان جاك روسو) في كتابه العقد الاجتماعي ان الحرية لا يمكن تبقى بغير المساواة وتتطلب المساواة امام القانون مراعاة هذه المساواة عند

---

(١) معجم و قاموس المعاني، شبكة المعلومات العالمية، تم زيارة الموقع بتأريخ ٢٠٢٠/١١/٣ ،/ www .almaany.com

(٢) ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين المصري ،لسان العرب، تحقيق علي عبد الله اكبر، دار صادر، بيروت، ١٩٨٨،ص٢٤٦.

(٣) جمال عودة ابراهيم ، حق المساواة امام القانون ، مقال منشور على شبكة المعلومات العالمية ، www.iraqfsc.iq \news تاريخ الزيارة ٢٠/١٠/٢، الساعة ١٢:٥.

وضع نصوص القانون وعند تطبيقه، وهذا فأن المساواة امام القانون والقضاء يعتبران وجهان لعملة واحدة[١]

كما يعرف بانه: خضوع جميع المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية واحدة دون تمييز بسبب الجنس والاصل او اللغة او الدين او العقيدة وفق الهدف الذي يتوخاه القانون[٢] ، وعرفها اخر بانها مبدأ من المبادئ العامة للقانون، ويرتكز على اساس من الفلسفة السياسية للديمقراطية باعتبار ان الحرية لا توجد مالم تكن متاحة للجميع فلا ديمقراطية بغير حرية ،ولهذا يعد مبدأ المساواة أحد دعائم الدولة القانونية على اساس ان سيادة القانون لا تعلو مالم يطبق على قدم المساواة[٣] .

وعرفه اخر بانه : من اهم المبادئ الاساسية بين الناس بصفة عامة والتي اكدتها الاديان السماوية واعلانات حقوق الانسان والدساتير على سواء ،ومبدأ المساواة هي قائمة ويجب ان لا تقوم بين المواطنين فحسب وانما بينهم وبين الاجانب ، باستثناء الواجبات ذات الطابع السياسي ، ولا تعد المساواة مطلقة كما يتبادر الى ذهن البعض، بل هي مقيدة بتماثل الظروف وتوافر ما يلزم من شروط[٤] .

ويرى العميد (دوجي) ان تعريف الحرية في الديمقراطيات اليونانية القديمة كان مشتقا من المساواة وكان الفرد حرا اذا كان تصرف الدولة ازاءه لم يكن سوى مجرد تنفيذ او تطبيق لقاعدة عامة وضعت لجميع الافراد على السواء ولو كانت تلك القاعدة العامة ذات صبغة استبدادية تعسفية[٥].

ويتضح ان المساواة المقصودة ليست بين من تختلف ظروفهم واوضاعهم ومراكزهم القانونية بل يتعين ان تتوافر لهم ذات المكنات والحقوق في الظروف الواحدة بلا تمييز بينهم لسبب او لآخر ، ويتحقق مبدأ المساواة بوحدة المعاملة في الظروف الواحدة لجميع المواطنين امام الحقوق والواجبات والانتفاع بالخدمات[٦].

وتجدر الاشارة الى ان مبدأ المساواة يتطور بتطور العصور ،ففي كل عصر مفهوم مختلف، وذلك باختلاف الايديولوجيات السائدة في المجتمع ،ففي الازمنة القديمة كان يقصد، المساواة بين المواطنين الاحرار من الشعب فقط، لا بين جميع افراد الشعب ،فكانت التفرقة

---

(١) د. أحمد فتحي سرور ،الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ،١٩٩٥، ص٣١٤.

(٢) د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الاداري ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،ط١،٢٠٠٩،ص٢٨٨.

(٣) أ. صالح احمد الفرجاني، مبدأ المساواة امام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية ، العدد السادس،يونيو٢٠١٥، ص٢٢٩.

(٤) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، ١٩٩٦،ص ٤٣٦.

(٥) د. غازي حسن صباريني، حقوق الانسان وحرياته الاساسية ،مكتبة دار الثقافة للنشر ،الاردن ،١٩٩٧،ص٢٢٣.

(٦) عبد القادر محمد القيسي، مبدأ المساواة ودوره في تولي الوظائف العامة ، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص٢٠ .

العنصرية المستندة الى اللون او الجنس او العقيدة منتشرة جدا في العهود الماضية وهذا ما يتعارض ، بل ينتهك من مبدأ المساواة[١].

تأصيل مبدأ المساواة :

اختلف الفقهاء في تحديد الاساس الذي يرجع اليه مبدأ المساواة حيث يرى جانب من الفقه ان مبدأ المساواة يجد اساسه في مبادئ القانون الطبيعي وهناك من يرى انه يجد اساسه في نظرية العقد الاجتماعي ، وكذلك الاديان السماوية فضلا عما تقدم فان لمبدأ المساواة اساساً في القانون ايضا .

يرى البعض انه على اعتبار ان الفرد انسان يتساوى مع غيره من الافراد في الانسانية في الحقوق والواجبات يقيم القانون الطبيعي حقوقا طبيعية للإنسان سابقة في وجودها وجود المجتمع والدساتير ، فهي وجدت منذ وجود الافراد فان هذه الحقوق ملازمة لشخص الانسان يباشرها بحكم أدميته[٢] .

ويرى (جون لوك) انه مادام الناس خلقوا بطريقة واحدة ، ومن نوع واحد، وان لهم جميعا نفس القدرات الطبيعية ، فيجب ان يكونوا متساوين فيما بينهم بلا تبعية او خضوع ، فان مبدأ المساواة وفق نظرية القانون الطبيعي يجد اساسه عن طريق الطبيعة المشتركة لكل فرد مع غيره من الافراد من ناحية ، والالتزام المتبادل فيما بينهم باحترام كل فرد منهم لحقوق الاخرين من ناحية اخرى[٣] .

حاول بعض المفكرين ارجاع مبدأ المساواة الى فكرة العقد الاجتماعي اذ انه بمقتضى العقد الاجتماعي لدى روسو تنازل الافراد عن جميع حقوقهم وعن المساواة الطبيعية فيما بينهم لمصلحة الجماعة ، وطالما ان الافراد جميعا يولدون احرارا فان القيود الواردة على حرية كل فرد والتي تقتضيها الحياة الاجتماعية يجب ان تكون متساوية للجميع لأنها اذا لم تكن متساوية فسيختلف ما لكل فرد من حرية كما لغيره، ويرى روسو انه بموجب العقد الاجتماعي يتعهد كل متعاقد بان يتنازل عن حقوقه الطبيعية بحيث تسود المساواة المطلقة بينهم ويكون اساس الحرية ليس المساواة القائمة على التمايز بين الافراد وانما المساواة القائمة على التماثل وتتحقق المشاركة في اطار الارادة العامة المستخلصة من الجماعة في مجموعها ، فالمساواة حسب مفهوم العقد الاجتماعي عند روسو وان لم تكن في الواقع حقا طبيعيا الا انها واجبة للإبقاء على حقوق الفرد الطبيعية ، اذ ان القاعدة القانونية اذا لم تقم على المساواة فقد انتقصت بصورة من الصور من الحقوق الطبيعية لفرد من الافراد[٤].

([١]) محمد حازم علي ،أثر مبدأ المساواة على شرعية العملية الانتخابية ورقابة القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ،كلية القانون،٢٠٢٠، ص٩.

([٢]) د. محمد سالم الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن ،٢٠٠٢، ص١٢ .

([٣]) د. عبد الغني بسيوني ، النظم السياسية ، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٥،ص٣٥٢.

([٤]) د. احمد فاضل حسين العبيدي، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية ، منشورات الحلبي ،٢٠١٣،ص٣٦.

وهناك من يرى ان نظرية العقد الاجتماعي عند روسو ساهمت في تصور المعاصر في انتشار الفكر الديمقراطي ودعم الحقوق والحريات والمساواة ، وهو امر لا ينكره الا جاحد ويكفي انها النظرية الوحيدة التي يقوم جوهرها على السيادة الشعبية وتلاقي الارادات والقبول والرضا ، حتى وان شابها بعض القصور في التصورات الاولى ، الا انها بعد تطورها اصبحت بحق السند الشرعي لتولي السلطة في أي دولة وهي تكون الاكثر واقعية ومقبولية للتحقق والاقرب الى المنطق والاصول القانونية السليمة[١].

ومن خلال الاستعراض لفكرة العقد الاجتماعي نرى انها لا يمكن ان تكون اساساً لمبدأ المساواة فهي تعرضت لانتقادات كثيرة من هذه الانتقادات الافراد لم يعيشوا حالة الانفراد بل عاشوا في حالة اجتماع دائم وغير ذلك من الانتقادات[٢].

اما الشرائع السماوية ، فان الاديان كلها تؤكد على تساوي الناس في الحقوق والواجبات بل ان الاديان السماوية كلها وفي صلب عقيدتها تؤكد ان الناس ولدوا من اب وام واحدة وهم متساوون بالحقوق والواجبات من لحظة الميلاد ، فمثلا ان المسيحية وصفت عنصرين اساسيين لبناء نظرية حقوق الانسان **الاول**: انها اكدت كرامة الانسان باعتبار ان الله هو الذي خلقه وخصه بهذه الكرامة ، **والثانية** : انها وضعت حدود السلطة الدنيوية بمقتضى قانون اعلى مستمد من طبيعة الانسان والمجتمع كما خلقه الله ، اما الشريعة الاسلامية فقد وصفت وصفا دقيقا لمبدأ المساواة ، ويجد مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية مصدره من القران الكريم قوله تعالى ((يأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوب وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقاكم))[٣] ،فهنا مبدأ القران لا يفرق بين الناس واصبح معيار المفاضلة بين الناس كما اكد النبي محمد (ص) على مبدأ المساواة بين الناس وامام القضاء ايضا عندما رفض شفاعة بعض الصحابة لامرأة من بني مخزوم سرقت وذلك لإعفائها من العقاب ، اذن الشريعة الاسلامية وضعت مفهوما متميزا للمساواة يتساوى على اساسه الجميع امام الله سبحانه وتعالى وبالتالي فان لجميع الافراد الحق بالتمتع بالحقوق والحريات العامة على اساس مبدأ المساواة[٤].

الاساس القانوني لمبدأ المساواة :

اكدت معظم المواثيق والاعلانات الدولية والدساتير والقوانين المعمول بها في معظم الدول على مبدأ المساواة بين الافراد والدولة ، فقد جاء بديباجة ميثاق الامم المتحدة لعام ١٩٤٥ "نحن شعوب الامم المتحدة قد ألينا على انفسنا ان نؤكد من جديد ايماننا بالحقوق الاساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره و بما للرجال والنساء والامم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية " ، حيث ان للأمم المتحدة دوراً كبيراً وفعالاً في نشر مبدأ المساواة وذلك فيما تضمنه

---

(١) د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥،ص١٠٤.

(٢) د. عبد الغني بسيوني ، مصدر سابق، ص٢٨٤.

(٣) الحجرات ،١٣.

(٤) د. احمد فاضل حسين العبيدي، مصدر سابق ،ص٣٩ وما بعدها.

ميثاقها من نصوص تدعو الى المساواة بين الدول والافراد ، وفي جميع الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية[١].

كما جاء بالفصل العاشر الخاص بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي على ان يقدم هذا المجلس توصيات فيما يخص بإشاعة احترام حقوق الانسان وحرياته الاساسية ، كما ينشئ المجلس المذكور لجانا للشؤون الاجتماعية والاقتصادية ، حيث نص الميثاق على "كفالة المساواة في المعاملة في الامور الاجتماعية والاقتصادية والتجارية لجميع اعضاء الامم ، والمساواة بين الاهالي فيما يخص القضاء"[٢].

اما الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ ، حيث يعد هذا الاعلان خطوة نحو صياغة وثيقة دولية لحقوق الانسان كما اظهر تأثيره في مختلف انحاء العالم وكان مصدر وحي بالحقوق المعنية للدساتير و القوانين الوطنية ، وقد احتوى الاعلان على ديباجة ومواد تضمنته مجموعة من الحقوق والحريات وفي مقدمتها مبدأ المساواة حيث نصت المادة (١) "يولد جميع الناس احرارا متساويين في الكرامة والحقوق وهم قد وهبو العقل والوجدان وعليهم ان يعاملوا بعضهم بعضا بروح الاخاء"[٣].

وجاء في المادة (٢) من الاعلان "لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الاعلان دون تمييز من أي نوع ولا سيما بسبب اللون او الجنس او اللغة او الرأي السياسي ..." كما جاء في المادة (٧) منه " كل الناس سواسية امام القانون ولهم حق التمتع بحماية متكافئة عنه ، دون أي تفرقة كما ان لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الاعلان..."

واذا عرجنا على دساتير بعض الدول المقارنة، سنجدها تتضمن العديد من النصوص التي تقرر مبدأ المساواة ، فقد حرصت معظم الدساتير على ايراد مبدأ المساواة حيث يعتبر من المبادئ العامة الاساسية بين الناس ، لا يشكل النص الدستوري الذي يتعلق بالمساواة مجرد مبدأ توجيهي وتوصية ، بل انه نص اساسي ودقيق يفرض على السلطات كافة انها قد راعت مبدأ المساواة بين جميع الافراد ، وفي حالة انتهاك هذا المبدأ لا يتم تطبيق القوانين والقرارات والاحكام التنظيمية الادارية المعنية[٤].

فلا شك ان لمبدأ المساواة خاصية معينة من حيث ايراده في نصوص الدستور فإيراد النص الدستوري الخاص بمبدأ المساواة يجعل هذا النص مبدأ قانونياً لا يحتاج الى تدخل المشرع العادي، حيث يؤكد الفقه الدستوري على ان هناك من الحقوق والحريات ما هو مطلق بطبيعته

---

(١) ميثاق الامم المتحدة الصادر عام ١٩٤٥ ، منشور على الموقع الرسمي للأمم المتحدة www.un.org/ar/charter-united-nations، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١١/٣، الساعة ٢:١٥

(٢) انظر المواد (٧٦،٦٨/ د و٢/٦٢) من ميثاق الامم المتحدة الصادر سنة ١٩٤٥

(٣) اصدرت هذا الاعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٤٨/١٢/١٠ وذلك بقرارها المرقم (٢١٧)،انظر الاعلان العالمي لحقوق الانسان المنشور على الموقع الرسمي للأمم المتحدة https//www.un.org/ar/charter-united ،تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١١/٣ ، الساعة ٢:٣٠ .

(٤) مقال ، جمال عودة ابراهيم، مصدر سابق .

وبالتالي لا يقبل التقييد والتنظيم فلو صدر تشريع يقيدها كان هذا التشريع باطل لمخالفته نصا دستوريا[١].

فدستور جمهورية العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥ تضمن نصا يؤكد ويحمي مبدأ المساواة بكافة تطبيقاته وانواعه، وتعد المادة (١٤) منه التي اكدت على مساواة جميع الافراد في الخضوع للقانون حيث جاء فيها " العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او الدين او اللون او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي" كما يلاحظ ان صياغة النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات جاءت جميعها لتؤكد على المساواة بين الافراد حيث نصت المادة (١٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ (لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية ، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق...) كما ان المادة (١٦) منه ايضا جاءت تؤكد على مبدأ المساواة حيث نصت على (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين ، وتكفل الدولة ...)

اكد الدستور المصري لعام ٢٠١٤ المعدل على مبدأ المساواة حيث تعددت النصوص الدستورية ، فالمادة (٤) منه تنص على (السيادة للشعب وحده ، يمارسها ويجمعها ، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص ... على الوجه المبين في الدستور) ، كما جاءت المادة (٩) منه "تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز ، وجاءت في المادة (١١) (تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية ...) ، كما جاء بالمادة (١٤) ايضا (الوظائف العامة حق للمواطنين على اساس الكفاءة دون محاباة او واسطة...) ، كما جاءت المادة(٤٨) منه (الثقافة حق لكل مواطن، تكفله الدولة ... لمختلف الفئات الشعب ، دون تمييز بسبب القدرة المالية او الموقع الجغرافي ...) كما جاءت في المادة(٥٣) (المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم بسبب الدين او العقيدة او الجنس او الاصل...)

اما الدستور الفرنسي ١٩٥٨، فان المساواة كانت الهدف الاول و الاهم فيه حيث كان هذا من المبادئ المهمة في الثورات الفرنسية حيث تأكد المبدأ في ثورة ١٧٨٩، حيث جاءت ديباجة دستور فرنسا ١٩٥٨ المعدل مؤكدة على مبدأ المساواة والتي جاء بها اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي حيث تضمنت الديباجة (يعلن الشعب الفرنسي من جديد ان الناس جميعا دون تمييز بسبب الجنس او الدين او العقيدة يملكون حقوقا مقدسة وثابتة)[٢]، كما جاء في المادة (١) منه (... تكفل المساواة بين جميع المواطنين امام القانون دون تمييز في الاصل او العرق او الدين ...تعزز التشريعات المساواة بين النساء والرجال...)، وجاءت المادة (٢) ايضا (... شعار الجمهورية الحرية ، المساواة ، الاخاء...)[٣] .

(١) محمد حازم علي ، اثر مبدأ المساواة ، مصدر سابق،ص١٨.
(٢) د. احمد فاضل حسين ، مصدر سابق، ص٤٧.
(٣) نص الدستور الفرنسي ١٩٥٨ ،منشور على موقع www.constitutep.oject.org ،تاريخ الزيارة ١٥/١٠/٢٠٢٠، الساعة ١٠:٣٠ .

اما القوانين العادية، فعلى الرغم من ايراد مبدأ المساواة في الدساتير لكنها وردت في القوانين العادية ، للتأكيد على هذا المبدأ الدستوري الهام وفي مختلف المجالات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية وحتى في مجال العقود الادارية .

فالمساواة امام القانون تعني التسوية في المعاملة بين من هم موجودين في نفس المركز القانوني ومبدأ المساواة امام القانون لا يقتصر على مجال دون الاخر، فالقانون هو الذي يقرر الحقوق العامة ، وهو الذي يقرر الواجبات والاعباء العامة وهو الذي ينشئ المرافق العامة[١].

إن العقود الادارية تتفق مع عقود القانون الخاص في انها تنشئ بين الاطراف حقوقا والتزامات متبادلة ، غيرانها تختلف من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين ، فتتمتع الادارة بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد مع الادارة ترجيحا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد ، وبذلك تنص المحكمة الادارية العليا في مصر في احد احكامها (... فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة ،اذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الاداري تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية من ذلك سلطة الادارة في مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه اعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون ان يتحدى الطرف الاخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وانهائه بإجراء اداري دون رضاء هذا المتعاقد انهاء مبسترا دون تدخل القضاء) [٢].

إن العقد الاداري هو توافق ارادتين لإحداث اثر قانوني ، وهذا الاثر المترتب على العقد ملزم لطرفيه و بهذا يكون العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع عن العقد او تعديله او انهاءه الا بموفقة الطرف الاخر ، كما لا يجوز للمحكمة تعديل العقد و تفسيره الا في الحدود التي رسمها المتعاقدان في العقد و هذا يعني ان الاساس الملزم للعقد الاداري في الاصل هو الارادة الحرة للمتعاقدين [٣]، يكاد يجمع الفقه في فرنسا و مصر بان العقد الاداري شريعة المتعاقدين كما يرى الفقيه الفرنسي (jeze) بان العقد الاداري " ليس الا اتفاق ارادتين في سبيل توليد مراكز قانونية" ، و يرى الفقيه الفرنسي (benoit) ".... ان المبدأ الاساس الذي يشكل اساس نظام العقود الادارية هو كون الاتفاق المبرم بين الادارة و المتعاقد شريعة المتعاقدين " [٤]، اما الفقه المصري فنجد الدكتور فؤاد العطار يقول : " ان العقد الاداري شريعة المتعاقدين في حدود تحقيق النفع العام" [٥]،و يرى الدكتور محمد سعيد امين " ان ارادة

---

(١) د. فايز محمد حسين محمد، حقوق الانسان ومكافحة الاتجار بالبشر دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية،٢٠١٤، ص٤٨.

(٢) د. مازن ليلو راضي، العقود الادارية، منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية ، o.p.p.l.c، اربيل، ٢٠١٠، ص١٠٠.

(٣) احمد طلال عبد الحميد ، العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية ، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين – كلية الحقوق ، ٢٠١٢ ، ص ٢٧

(٤) نقلا عن د. علي عبد الامير قبلان، اثر القانون الخاص على العقد الاداري ، ج١، ط١، لبنان ، بيروت ، ٢٠١١، ص٦٠

(٥) د. فؤاد العطار ، القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٣، ، ١٩٧٦، ٥٧٠

الطرفين هي الاساس في تحديد الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد و يتفرع عن تلك الحقيقة نتيجة اساسية مقتضاها ان العقد يعد قانون الطرفين او شريعتهما و بالتالي لا يجوز لاحد طرفي العقد ان يستقل بتعديله دون رضا الطرفين "[1] . فيفهم من هذا الراي ان العقد الاداري يدعم مبدأ المساواة من خلال العقد شريعة المتعاقدين .

إن الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي يتضمنها العقد الاداري و التي اعتبرها فقهاء القانون العام الفرنسيين (فالين و ريفيرو) هي شروط مخالفة للنظام العام و باطلة اذا وردت في عقود القانون الخاص ، و هذا يعتبر الاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و يرى بعضهم ان الطبيعة المرنة للعقد الاداري هي التي تتطلب من الادارة تعديل العقد الاداري لضمان سير المرفق العام و تحقيق المصلحة العامة، لذا ذهب جانب من الفقه الى اطلاق قاعدة مرادفة لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " و هي قاعدة" العقد شريعة المرفق العام" ، اذن فالغالبية الساحقة في الفقه الفرنسي اقرت بان للإدارة سلطة واسعة لا يملكها المتعاقد معها سواء اكانت هذه السلطة تتعلق بتعديل العقد او انهائه او الخروج عن شروط العقد ، لان العقد الاداري لا يخضع لقاعدة الاستقرار العقدي ، اما في العراق و مصر فان سلطة الادارة في اجراء المتغيرات على العقد الاداري سواء بالتعديل او الفسخ او الالغاء هو حق مقرر بالنص التشريعي[2] .

اذن هناك اختلاف في مسألة وجود مبدأ المساواة في العقود الادارية بسبب اختلاف اهل الفقه و القضاء و خاصة في ضوء الشروط الاستثنائية و هذا الاختلاف سنبحثه في ظل الفصول القادمة.

---

(١) د. محمد سعيد امين ، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٢٠

(٢) فقد اجازت المادة (١٤/اولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ تمديد مدد العقود خلافا للمدة المحددة في صلب العقد ، كما اجازت المادة (١٥) من نفس التعليمات اجراء التغيير على الاعمال المتعاقد عليها او اضافة اعمال او كميات جديدة ، ونجد ايضا المادة (٤٥) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول و الثاني لسنة ١٩٨٨ تمديد مدة اكمال الاعمال اذا طرأت اية زيادة ، اما في مصر فانظر للمادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ التي اجازت للإدارة تعديل كميات او حجم عقودها بالزيادة او النقصان . نقلا عن احمد طلال عبد الحميد ، العقد شريعة المتعاقدين، مصدر سابق ، ص٣٦ و هامش الصفحة ٣٦ و ٣٧ .

الفرع الثاني

انواع مبدأ المساواة

تعتبر المساواة حجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات العامة وهي تأكيد لعدم وجود اختلاف طبيعي بين الافراد في الحياة فتحاول منح الجميع نفس الفرص وذات الامكانيات ، للمساواة مفاهيم وانواع متباينة ومظاهر شتى ،منها المساواة القانونية والفعلية ،المساواة السياسية المساواة الاجتماعية ،المساواة المطلقة ،المساواة النسبية ،المساواة الرافعة ،والمساواة الخافضة

اولا- المساواة القانونية والمساواة الفعلية

يرى جانب من الفقه ان المساواة القانونية تحمل ثلاثة معان ،هي المساواة امام القانون ،والمساواة داخل القانون ،والمساواة بواسطة القانون ، وقيل ان المساواة امام القانون هو المعنى الذي استهدفته الثورة الفرنسية ،واريد به وضع حد لنظم عدم المساواة العميقة بين المواطنين امام القانون ، ويقصد به ان القانون يجب تطبيقه بنفس الطريقة على الجميع مهما كانت مستوياتهم ، باعتبار ان القانون بقواعده العامة المجردة ينطبق على الجميع بغير استثناء ، اما المساواة داخل القانون ،فيقصد بها ان القانون يجب ان يكون عادلا ، أي يقرر المعاملة الواحدة للمراكز القانونية الواحدة ، بينما يقرر المعاملة المختلفة للمراكز القانونية المختلفة ، لذا عبر بعضهم بالقول ان فكرة المساواة تتحقق بالاختلاف أي تتحقق حين يضع المشرع قواعد متميزة لكل مجموعة من المواطنين يندرجون تحت مراكز قانونية مختلفة ،اما المساواة بواسطة القانون فبالإمكان تقرير معاملة واحدة لمراكز مختلفة او العكس بالعكس ،اذا اقتضى ذلك سبباً موضوعياً منطقياً ،وهذه المعاني الثلاثة تعطي مضموناً متكاملاً للمساواة وهي مساواة الجميع في المعاملة القانونية[١].

إن المساواة امام القانون لا تعني ان تعامل الافراد في ما بينهم من تفاوت في مراكزهم القانونية معاملة قانونية متكافئة ، فمبدأ المساواة يتطلب معاملة متساوية في التشريع ، والذي يضع الحدود والفواصل لمعاملة الافراد ذوي المراكز القانونية المختلفة معاملة مختلفة ، فالمساواة لا تعني معاملة كل الافراد بطريقة متماثلة بل تعني معاملة اصحاب المراكز القانونية المتماثلة معاملة متماثلة[٢] .

اما المساواة الفعلية ، فهي المساواة التي تساوي بين الافراد الموجودين في المراكز القانونية المتساوية ولا تساوي بين الافراد الموجودين في مراكز قانونية مختلفة، أي يجب ان تجعل المساواة هنا اعتباراً لواقع حياة افراد المجتمع المختلفة فالمساواة الفعلية او الواقعية تعمل

([١]) د. احمد فتحي سرور ،الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة ،٢٠٠٠،ص١١٥، وما بعدها .

([٢]) د. مروان المدرس ،مفهوم مبدأ المساواة ،مقال منشور في جريدة الوطن ،الخميس ٧/ ديسمبر ٢٠١٧،ومنشور على موقع الوطنwww. Alwatn news net ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١١/١٠، الساعة ١٠:٣٠.

على تعميق فكرة المساواة و التخفيف من الفوارق بين الافراد من الناحية الاقتصادية ، ومنها انبثق مبدأ الحريات والحقوق الاجتماعية[١] .

يرى بعض الفقهاء ان تحقيق المساواة الفعلية يعد هدفا لمبدأ المساواة امام القانون وحجتهم في هذا ان المساواة القانونية تتنافى مع امكان تقرير امتيازات لبعض الافراد دون البعض الاخر والحقيقة ان عدم امكانية المساواة الفعلية عند الافراد ادى الى ظهور فكرة العدالة الاجتماعية ، ويعتبر (كارل ماكس) اكثر من دعا الى المساواة الفعلية ، وذلك نتيجة للنظرة العالمية لحقوق الانسان ، وهناك ايضا عديد من النظريات الفوضوية التي دعت الى المساواة بين افراد المجتمع ، كما دعا(افلاطون) في مدينته الفاضلة[٢].

إن المساواة امام القانون ليست مساواة حسابية ، ولا تعني التطابق في التعامل مع المراكز القانونية المتماثلة ، فالمساواة القانونية لا يجوز فهمها بمعنى ضيق ، لأنها لا تعني سوى عدم التمييز في المعاملة ، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ، على ان المساواة كضمان دستوري ليست حسابية ، بل يملك المشرع سلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام ، وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الافراد امام القانون ،فالمساواة تعني اشتراط التناسب في المعاملة القانونية[٣] .

إن المساواة القانونية المكرسة دستوريا يجب ان تكون فعلية ، أي حقيقية بين افراد المجتمع ، ومتحققة امام القضاء ، وامام التكاليف العامة ، ومتحققة امام الحقوق والحريات لان انتهاك مبدأ المساواة امام القانون يؤدي الى المخاطرة بكافة الحقوق فاذا تفاوت خضوع الافراد للقانون ، فمعنى ذلك ان القانون يخضع له الضعفاء دون الاقوياء أي ان المقصود في المساواة امام القانون ليست المساواة الفعلية في ظروف الحياة العادية ، بل المقصود بها ان ينال الجميع حماية القانون على قدم المساواة دون تمييز بالمعاملة او في تطبيق احكام القانون عليهم[٤].

ثانيا - المساواة المطلقة والمساواة النسبية

القاعدة القانونية أيا كانت تقوم في جوهرها على العموم والاطلاق ، فقد كانت بعض الطبقات في الزمن الماضي تتمتع بامتيازات وقوانين خاصة ، اما في العصر الحديث فالاتجاه يسير نحو تطبيق قانون واحد على جميع الافراد في الدولة ،وهذا يستحيل عملا ، فالقانون يتضمن شروطا وقواعد تحكم تطبيقه ومن المستحيل ان تتوافر هذه الشروط او تلك في جميع افراد الجماعة ، ومن هنا فان المساواة ليست مطلقة وانما هي نسبية ،والمساواة النسبية عكس المطلقة لا تحترم الاختلافات في القدرات والمراكز الشخصية فقط بل تعمل على حمايتها، وسيكون هناك خرق لمبدأ المساواة اذا تم التعامل مع اشخاص في مراكز قانونية مختلفة معاملة متساوية او تم التعامل مع من يحتلون مراكز قانونية متساوية بطريقة مختلفة ، وقد طبق القضاء الاداري المصري هذا المفهوم لمبدأ المساواة (ان المقصود بالمساواة هو المساواة النسبية وليست المطلقة بين المصريين جميعا وانما المقصود بها المساواة النسبية بينهم بمعنى المساواة

---

(١) د. شهاب احمد عبد الله ،مصدر سابق، ص٨٥ .
(٢) صالح احمد الفرجاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٣.
(٣) مقال ، د. مروان المدرس ، مفهوم مبدأ المساواة ،مصدر سابق .
(٤) مقال ،جمال عودة ابراهيم ، حق المساواة امام القانون ، مصدر سابق .

في الحقوق والواجبات بين جميع من تتحقق فيهم الشروط اللازم توافرها للتمتع بالحق او الالتزام بالواجب) [١].

وتتماشى مع هذا الاتجاه المحكمة الدستورية العليا في مصر في احد احكامها "مبدا المساواة بين المواطنين في الحقوق لا يعني المساواة بين الافراد رغم اختلاف ظروفهم ومراكزهم القانونية اذ يملك المشرع لمقتضيات المصلحة العامة وضع شروط عامة مجردة تحدد المركز القانونية التي يتساوى بها الافراد امام القانون ، بحيث يكون لمن توافرت فيهم هذه الشروط دون سواهم ان يمارسوا الحقوق التي كفلها لهم المشرع وينتفي مناط المساواة بينهم وبين من تخلفت بالنسبة اليهم هذه الشروط[٢].

اذن فالمساواة امام القانون ليست مطلقة انما هي نسبية ، أي تطبيق مبدأ المساواة امام القانون على المواطنين مشروط بتوافر الشروط والضوابط نفسها عند الافراد ، فاذا كانت الشروط تتساوى بين الافراد ، فيجب اعمال مبدأ المساواة بينهم ، اما اذا لم تتساوى بينهم الشروط فلا مساواة بينهم بالحقوق ،أي ان المساواة لا تتحقق الا بالنسبة للمراكز المتماثلة للأفراد[٣].

ثالثا - المساواة الرافعة او الصاعدة والمساواة الخافضة او الهابطة

يقسم الفقه الفرنسي المساواة الى مساواة رافعة وخافضة، اما المساواة الرافعة فهي تلك المساواة التي تبتغي وتهدف الى رفعة الافراد والضعاف الى مستوى الاقوياء ، بحيث يصبح جميع افراد المجتمع كبارا اقوياء ،واما المساواة الخافضة فهي تهدف الى الهبوط بالأقوياء الى مرتبة الضعفاء في مستوى الاخرين ، غير ان المساواة الخافضة على حد تعبير العلامة (كوليار) كثيرا ما يستغلها قادة الثورات والحركات الانقلابية لاستمالة تأييد الجماهير وهم عامة الشعب من الضعفاء وهو ما دعى البعض الى ان تحقيق المساواة الخافضة اسهل في التطبيق من تحقيق المساواة الرافعة ، ونرى ان تقسيم المساواة الى رافعة وخافضة هو نتيجة لتطبيق مبدأ المساواة القانونية ، فالمساواة تعني المساواة بين الافراد دون تمييز في الجنس او الدين او العرق وغير ذلك وبتطبيق مبدأ المساواة القانونية يتساوى الاقوياء مع الضعفاء فحصول أي منهم على حريته وحقوقه على قدم المساواة مع الاخر لا يتضمن انزالا لأي منهم، او رفعة للآخر، فخضوع الجميع للمساواة يكون نتيجة المساواة بين القوي والضعيف[٤] .

هناك جانب من الفقه لا يقرون هذه المساواة الخافضة باعتبارها وسيلة غير مقبولة ، لا تتم ألا عند قيام الثورات بهدف تامين النظام الثوري ، حيث ان هذا النوع من المساواة كثيرا ما يستغله القادة لكسب شعبية الجماهير الى تأييد الحاكم الذي ينزل الاغنياء والاقوياء الى مستوى

---

(١) عبد القادر محمد القيسي، مبدأ المساواة ،مصدر سابق ، ص٢٦ وما بعدها .
(٢) د. مصطفى ابو زيد فهمي ، الدستور المصري ، دار الجامعة ، الاسكندرية ، ٢٠١٢، ص٢٤١.
(٣) مقال ،جمال عودة ابراهيم ، حق المساواة امام القانون ، مصدر سابق .
(٤) د. عاصم رمضان مرسي يونس ، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٩،ص٢٩ وما بعدها .

الفقراء والضعفاء ولعل السبب في ذلك هو ان الفقراء والضعفاء الذين يكونون اغلبية الشعب فضلا عن ان تحقيق المساواة الخافضة ايسر من تحقيق المساواة الرافعة[١].

إن فكرة المساواة الرافعة والخافضة غير مقبولة لكون الاولى قد يلجأ اليها الثوار لتوطيد سيطرة الحكم وهي مؤقتة بطبيعتها ، اما الثانية فهي مستحيلة وذلك لكثرة الضعفاء والفقراء ، ولان هذا يستلزم امكانيات مادية تفوق الخيال وهذا امر مستحيل ، فالدولة هي التي تتكفل بتنمية المجتمع مثل نشر التعليم بكل مراحله وبالمجان لغير القادرين ماديا وتطور التنمية الفعلية والبدنية عن طريق نشر الوسائل التثقيفية وتشجيع البحث العلمي ، لان التنمية الاجتماعية من العوامل التي تؤثر في المساواة الفعلية وهذا كله يؤدي الى انهاء الفوارق بين المجتمع[٢].

رابعا - المساواة السياسية والمساواة الاجتماعية

يقصد بالمساواة السياسية اعطاء الجميع حقوقه السياسية دون تمييز فكل فرد له حرية التعبير بصرف النظر عن انتمائه ، فالمساواة ليست بين فرد وفرد ولكن المساواة تتجسد في احساس الفرد بدوره السياسي دون استقصاء لأي فرد من التعبير عن رايه ، كالمساواة امام صندوق الانتخاب ، وقد توجد بعض حالات من عدم المساواة من الناحية الواقعية فجميع الافراد لا يحملون صفة المواطنة ، وارى ان هناك بعض الشروط المتعسفة من اجل ممارسة الحقوق والحريات السياسية مثل بلوغ سن الرشد معين للناخب او المرشح ، اما المساواة الاجتماعية فتعني تحقيق المساواة بين الجميع داخل المجتمع بدون تمييز فمن طبيعة الحال نجد ان المجتمع يتكون من مجموعة من الطبقات فهناك قطاعات مختلفة من الافراد تمتلك مهناً ودخول مختلفة من فرد الى اخر ولكن يجب ان نؤمن بهذه النظرية ،أي نظرية التفاوت بين الطبقات حتى لا يحدث صراع بين هذه الطبقات وان يتم تقبلهم جميعا كما لو كانت لا توجد بينهم أي اختلافات ولكن يلاحظ ان هذا النمط من المساواة ترد عليه بعض القيود الهامة الناجمة عن التفاوت الاقتصادي ، فهناك فرد ينتمي الى طبقة وسطى واخر الى الطبقة العليا واخر الى الطبقة الدنيا ، أي ان هناك مساواة بين ابناء الطبقة الواحدة ولكن لا تتوفر هذه المساواة بين ابناء الطبقات الاخرى وقد يطلق عليه احيانا المساواة النسبية والمساواة الحقيقية [٣].

وهناك من يرى بان المساواة السياسية تعني مشاركة افراد المجتمع على قدم المساواة في اختيار حكامهم واختيار ممثليهم الذين يتولون نيابة عنهم مراقبة هؤلاء الحكام ، والمساواة الاجتماعية تعني تحقيق قدر كاف ومعقول من الحماية لأفراد الشعب وتقتضي هذه المساواة تدخل الدولة بأسلوب فعال لتحقيق نوع من الحماية ، وان كلا منهما يكمل الاخر المساواة السياسية والاجتماعية ، ويتضح من هذا ان مبدأ المساواة يخضع الى مبدأ اساس نسبية الحقوق حيث لا توجد حرية مطلقة او حق مطلق فكل الحقوق والحريات قابلة للتقييد[٤].

---

(١) عبد القادر محمد القيسي ، مصدر سابق ، ص٣١

(٢) مصطفى سالم مصطفى النجفي، الاتجاه الحديث لمفهوم المساواة في التوظيف، منشور على الموقع ، https://iqdr.iq ،تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١١/١٢ الساعة ٩:٠.

(٣) دنيا سليمان كامل لاشين ، مفهوم المساواة ابعاد واشكاليات ،مقال منشور على الموقع،https://democraticac.de، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١١/١٢،الساعة ٩:٣٠.

(٤) د. شهاب احمد عبد الله ،دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة، مصدر سابق، ص٨٦

اتجه التفكير الى نوع اخر من المساواة يؤمن ويصون المساواة السياسية ، وتجعل للطرف الاقل ثروة امكانية التعبير عن ذاته في اختيار الحكام وممثليهم في الهيئات النيابية دون تأثير في الجانب الاغنى والاكثر ثروة ، تحقيق قدر كاف ومعقول من الحماية ، لأفراد الشعب عن طريق النص في الدساتير والقوانين على بعض الحقوق التي يجب ان تتكفل بها الدولة ، اما لو نظرنا الى الامر من الناحية الشكلية فأننا لا نرى المساواة الاجتماعية فيما بينهم فالناس درجات في الغنى والجاه والحسب والنسب وهم مختلفون بأنواع العمل وطرق كسب العيش ،فالفكر الحديث يرفض ان تقف السلطة موقف التفرج من النظام الاجتماعي ، ولا يجوز ان تقف مكتوفة الايدي امام الفوارق الصارخة بين الطبقات والمظالم الاجتماعية ولذلك ظهرت الافكار الاشتراكية وبدأت الدعوة الى الديمقراطية الاقتصادية ، وقامت توزيع الثروة الاقتصادية في الدولة كتوزيع السلطة السياسية على اساس من ان المساواة الحقيقية ليست امام القانون بل هي مساواة في الواقع ،أي المساواة في الظروف الاجتماعية والاقتصادية[1].

المطلب الثاني

اعمال الادارة لمبدأ المساواة في اختيار المتعاقد معها

لا يمكن الحديث عن قانون مشترك تسوغه ارادات المتعاقدين الا اذا كان هؤلاء المتعاقدون واقفين على قدم المساواة عند تبادل الايجاب والقبول وابرام الرابطة التعاقدية ، لكن ما يثور هو ان الادارة تتمتع بامتيازات في مواجهة الفرد باعتبارها سلطة عامة ، مما يطبع العقد الاداري بطابع السلطة العامة – كما سنبينه لاحقا- مما يوحي بانه من المستحيل ان توجد أي فعالية لإرادة الفرد في مواجهة ارادة الادارة المتميزة بالسلطة العامة ، لذا فان الادارة بموجب هذا المبدأ تلتزم بمعاملة جميع المتنافسين في العمل على قدم المساواة – سواء بالمناقصات او المزايدات وغيرها – فليس لها مثلا ان تعدل شروط المناقصة بعد الاعلان عنها وتقدم المنافسون على اساسها ، كما لا يمكنها اعفاء البعض دون الاخرين من الالتزامات الواردة في كراسة الشروط ، وقد ترد استثناءات على هذا المبدأ مما تقدم سنقوم ببحث هذا المطلب من خلال فرعين هما :

الفرع الاول: المساواة بين المتنافسين والاستثناءات الواردة على المبدأ

الفرع الثاني: النظرة الخاصة لعلاقة المساواة بين الادارة و متعاقدها

الفرع الاول

المساواة بين المتنافسين والاستثناءات الواردة على المبدأ

يقصد بهذا المبدأ هو ايجاد الفرصة لكل من يتقدم الى المناقصة او المزايدة او بقية الطرق الاخرى ، للمتعاقد من دون تمييز ، بمعنى ان لكل من يملك الحق –قانونا- ان يتقدم الى المناقصات العامة ، الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين ، وليس

(١) عبد القادر محمد القيسي، مصدر سابق ، ص٣٣ وما بعدها .

للإدارة ان تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين ، وعلى الادارة ان تضمن المساواة بين المتقدمين للمناقصة متى ما تماثلت شروطهم[١].

اعمال مبدأ المساواة لا يتأتى الا في مناخ ديمقراطي ، ومن خلال حماية فاعلة تكفل حقوق الانسان حيث يتوجب الا يقتصر نشاط السلطة على حماية الافراد واقرار الامن وسلامة المعاملات فحسب، بل يتوجب ان يتعدى نشاطها ذلك ، ليصل الى ازالة الفوارق الطبقية بين طبقات الشعب وتحريره من العوز والمرض والجهل ، ورفع مستواه الاجتماعي والاقتصادي وتوفير معاملة عادلة للجميع، كما ان اعمال مبدأ المساواة يكون حماية للسلطات الحاكمة وصيانة لنظامها ، حيث ان الالتزام بهذا المبدأ والحرص على تطبيقه يوفر الضمانة في مواجهة السلطة التشريعية او سخط الشعب [٢].

إن الانظمة الناجحة في الوقت الحاضر هي التي تحكم مجتمعها وفق مبدأ المساواة سواء السياسية او القانونية او الاجتماعية او الاقتصادية ، وتعتمد على الحرية الفكرية ، والملكية الخاصة ،على الرغم من اختلاف طبقات المجتمع ، حيث يعتبر الشعب هو العنصر المهم من عناصر الدولة ، كما يعتبر مصدراً للسلطات في الانظمة التي يكون فيها نظام الحكم ديمقراطي ، حيث ان المساواة تعتبر اساس للعديد من القيم ، حيث انها اساس القاعدة القانونية ، واساس مبدأ الشرعية لان مبدا الشرعية يضمن تقييد الحكام في مختلف الدرجات و يوفر للمواطن وسائل الاعتراض على الاعمال غير الشرعية واساس العدل ، واذا لم يحترم هذا المبدأ تتهاوى في المجتمع قيم كثيرة ، كما ان مبدأ المساواة لا يمكن ان يؤخذ على اطلاقه انما يتحقق لكافة الاشخاص الذين يتواجدون في ظروف واوضاع متماثلة ، حيث انه لا يؤدي لضمان معاملة جميع المواطنين نفس المعاملة ، ولكنه يؤدي لمعاملة الاشخاص المتواجدين في الاوضاع والمراكز المتماثلة المعاملة نفسها ، لذا فالمساواة تعتبر امرا نسبيا لا مطلقا [٣].

من المعلوم في مجال الاقتصاد ان ضمان المساواة عند تنافس المنتجين يساعد على تقديم الاسعار التنافسية ، وذلك من خلال الحرص على تقليل تكاليف الانتاج قدر الامكان ، وفي ظل المساواة يتسابق المنتجون ايضا نحو البقاء والاستمرار في مجال سوق الانتاج من خلال الطرق الحديثة لعمليات الانتاج ، وفضلا عن ذلك فان الدولة من خلال اعمال مبدأ المساواة في مشترياتها المختلفة تستطيع الحصول على ما يلزمها من سلع وخدمات لتسيير مرافقها المختلفة باقل الاسعار وعلى هذا الاساس لا يجوز للإدارة ان تقبل أي عطاء لا تتوافر فيه الشروط والمواصفات المطلوبة ، او اذا تم تقديمه بعد الميعاد او لم يستوفِ المستندات الجوهرية . او اذا لم يرفق به الضمان الابتدائي ، فضلا عن عدم جواز دخول الادارة في مفاوضة مباشرة مع احد المتقدمين بعطاءاتهم دون الاخرين ، ما لم يكن عطاؤه هو الاقل سعرا والافضل شرطا ، وفي حدود الضوابط القانونية ، وفي ذات الوقت لا يحق للإدارة وضع عقبات امام بعض المتنافسين

---

(١) حيدر محمد زيدان التميمي، مصدر سابق، ص٧٥.

(٢) د. شحاتة ابو وزير شحاتة ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية ، بدون دار نشر ، ٢٠٠١، ص١٠ وما بعدها .

(٣) د. صالح ياسر ، بعض اشكاليات المجتمع المدني والمجتمع السياسي والديمقراطي، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.a.oacadmey.org تمت زيارة الموقع بتأريخ ٢٥/ ٢/٢٠٢٠، الساعة ٨:٠ مساءا .

بحيث تمنعهم او تحد من مشاركتهم في المناقصة ، ذلك ان فلسفة المناقصة تكمن في فكرة المساواة بين المتنافسين على اساس مبدأ حرية المنافسة [١].

إن المساواة بين المتنافسين هو ايجاد الفرصة نفسها لكل من يتقدم الى المناقصة او المزايدة دون تمييز بين واحد واخر ، وذلك بان لا يتم اعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الاخر ، او اضافة شروط او حذفها او تعديلها بالنسبة الى البعض الاخر [٢]، فقد جرم المشرع الفرنسي في المادة (٤٣٢)من قانون العقوبات الفرنسي رقم ١٢٧/٩٥ بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ أي اسلوب من جانب رجل الادارة من شأنه منح افضلية غير مبررة شرعا الى احد المتنافسين دون غيره في معرض ابرام عقد التوريد ، وذلك بشكل مخالف للقوانين واللوائح المنظمة لمبدأ المساواة وهو ما يعرف اصطلاحا بجنحة المحاباة [٣]، كما حرص المشرع المصري على تضمين قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨ مبدأ المساواة وذلك في المادة (٦) منه (تخضع طرق التعاقد والاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية ، وحرية المنافسة ، والمساواة ، وتكافؤ الفرص) .

اما في العراق فان الادارة تعتمد عند ابرامها للعقد الاداري على تعليمات وشروط تصدر عن وزارة التخطيط ، وتتمثل هذه حاليا في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ ، بالإضافة الى شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الاول والثاني الصادر عام ١٩٨٧ ، وبعد الاطلاع على هذه التعليمات والشروط لم نجد نصا صريحا يشير الى مبدأ المساواة بين المتنافسين على الرغم من ان تلك التعليمات والشروط قد وضعت في موادها الاولى مبادئ اساسية ، كان الاجدر الاشارة الى مبدأ المساواة ، لكن قانون العقود الحكومية رقم ٨٧لسنة ٢٠٠٤ اشار لهذا المبدأ عندما ذكر ان العقود العامة لا بد ان تطابق المعايير الدولية للشفافية وان تسمح بإمكانية التنبؤ بالذي يحصل ، وان تتسم بالعدالة والمساواة ، وعليه فان العراق قد اخذ بهذا المبدأ كونه من المعايير الدولية ، لذا فالإدارة في العراق مقيدة بمبدأ المساواة بين المتنافسين بغية الحصول على احسن العروض ، فالإدارة ملزمة بان تختار بكل دقة ، لذلك على الادارة ان تلتزم بقاعدة المساواة وان يتم التنافس وفق القانون ، لحماية الخزينة العامة من ضياع او هدر الاموال [٤].

وكان من الاجدر في رأينا الاشارة الى مبدأ المساواة بشكل صريح بين المتنافسين من قبل المشرع العراقي كونه من المبادئ الاساسية كما اشار اليها بشكل صريح المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات الحالي بتضمين القانون لمبدأ المساواة .

على الصعيد القضائي فقد اقر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من احكامه فقد قضى ببطلان كافة الاجراءات والتدابير التي تنال من هذا المبدأ ومنها مثلا اعفاء احد

---

(١) د. مال الله جعفر الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الادارة والتحكيم في العقد الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٤، ص٢٦٣.

(٢) د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان . الاردن،٢٠١٠ ، ص٥٤

(٣) د. عاطف سعدي محمد علي ، عقد التوريد الاداري بين النظرية و التطبيق ، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، ٢٠٠٥ ، ص٢٠١

(٤) حيدر محمد زيدان، مصدر سابق، ص٨٠ وما بعدها.

المتنافسين من تقديم التامين اللازم للتعاقد لمحاباة الادارة لذلك المتنافس[١] ، ومن الحالات التي قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلانها الحكم الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٦٨ايضا حالة قيام الادارة بتعديل الشروط الاصلية للمنافسة ، اذ عد هذا التعديل يمس حق المساواة بين المتنافسين كما قضت المحكمة الادارية العليا المصرية في العديد من احكامها بضرورة اعتماد مبدأ المساواة بين المتنافسين حيث تقول(ومؤدى هذا المبدأ هو تحقيق المساواة بين المتناقصين دون تمييز او استثناء ، حتى لا يختل التوازن ، ويضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص) ، اما في العراق فعلى الرغم من انه اخذ بنظام القضاء المزدوج ، الا ان القضاء الاداري العراقي لا يملك الاختصاص لحسم دعاوى العقود الادارية ، لأنه بحكم تكوينه وطبيعته المدنية لم يصل الى مستوى ما وصل اليه القضاء الاداري في فرنسا ومصر في تطبيقاته لنظرية العقود الادارية ، وظل الاختصاص منوطا بالقضاء العادي ، غير ان لم اجد في الاحكام الصادرة من جهة القضاء العادي ما يشير الى اعتماد مبدأ المساواة بين المتنافسين عند تعاقد الادارة ، هذا فضلا عن تطبيق القواعد المدنية على ما يحكم العقود الادارية ، مع ملاحظة ان الاحكام تنصب على حسم المنازعات المتعلقة بحالة ما بعد ابرام العقد الاداري ، وما يمكن ان ينشأ عن تنفيذه من منازعات [٢] .

اذن مما تقدم فان تطبيق مبدأ المساواة بين المتنافسين يكون على نظامين شخصي وموضوعي

اما الشخصي: فيقتضي ان لكل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القوانين والانظمة او تضعها الادارة للاشتراك في المناقصات او المزايدات ان يتقدم بعطاء او عرض فيها ، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق لأسباب شخصية والا عد ذلك اخلالا لمبدأ المساواة [٣]

اما الموضوعي : فيقضي تطبيق اجراءات المناقصة او المزايدة بطريقة موضوعية على جميع المتنافسين ، من دون تفرقة بينهم بسبب اتجاهاتهم السياسية او اصولهم العرقية او عقائدهم الدينية ، وهذا ما يمكن تسميته بحيادية اجراءات المناقصة او المزايدة ، كأن يتم اعفاء احد المتنافسين من تقديم التأمينات ، وان الاهمية الموضوعية لمبدأ المساواة بين المتنافسين تتضح في الدول التي تتعدد الاحزاب السياسية حيث يتطلب تحقيق الموضوعية في سياق هذا المبدأ بان لا يدخل الموظف المسؤول عن تطبيق اجراءات المزايدة او المناقصة لاعتبارات سياسية وابعادها في عمله ، لأنه ان فعل ذلك سيكون فاقدا للحيادة وغير جدير بان يوكل اليه مثل هذا العمل[٤].

وقد وردت بعض الاستثناءات على هذا المبدأ ، هناك ثمة اعتبارات معينة تجعل المشرع يحيد عن مبدأ المساواة مقررا بعض الاستثناءات على هذا المبدأ وقد يكون مرد هذه الاستثناءات اسباب اقتصادية او اجتماعية او متعلقة بالإقامة ، منها مثلا قد يقرر المشرع هذا الاستثناء

([١])جاك الحكيم ، قواعد المناقصات في سوريا ، بحث مقدم لموتمر قوانين و قواعد المناقصات المعقود في القاهرة سنة ١٩٩٥، ص٦

([٢]) حيدر محمد زيدان ، مصدر سابق، ص٨٢-٨٣.

([٣]) عبد الله محمود اللهيبي ، النظام القانوني للمزايدات العامة : دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، جامعة تكريت ،كلية الحقوق، ٢٠١٦،ص٦٦ .

([٤]) عبد الله محمود اللهيبي، مصدر سابق، ص٦٦ .

حماية منه للصناعة الوطنية وتشجيعها وذلك باعتبار المنتج المحلي المقدم من جهة مصرية اقل سعرا من اقل عطاء اجنبي متى كانت الزيادة في السعر المقدم من العطاء المصري لا يتجاوز ١,٥% من قيمة العطاء الاجنبي وعليه يتعين الاشارة الى ان سلطة الادارة في استبعاد أي عطاء يكون من شأن قبوله اخلالا لمبدأ المساواة هي سلطة مقيدة ، تخضع عند ممارستها لها لرقابة القضاء[١].

الفرع الثاني

علاقة مبدأ المساواة بين الادارة ومتعاقدها

لا بد من الاشارة اولا الى ان شرط المساواة بين المتعاقدين هو شرط تسديد النسبية ، ومن الصعب ان يتحقق في الواقع بصيغته المطلقة ، وهو يختلف في تحققه هذا حتى في العلاقات العقدية بين الافراد ، وكما ان صعوبة تحقيقه في الكثير من الحالات دفع المشرعين الى التدخل ومعالجة حالات الخلل في المساواة بين الاطراف عن طريق اصدار قوانين تحمي الطرف الضعيف في العقد ، وبالنسبة لمفهوم المساواة في العقد الاداري فانه يجب ان لا يناقش من خلال وجود طرفين على نقيض كامل تتنازع مصالحهما ، بحيث يقتصر دور العقد على التوفيق بين وجهات النظر المختلفة ، بل ان مفهوم المساواة في العقود الادارية يجب ان يناقش على اساس ان الشخص العام المتعاقد يضطلع بعبء رسالة المصلحة العامة ، وهو في سبيل تنفيذ هذه الرسالة يلجأ الى ابرام عقود مع الافراد ، ، مضطرا الى اخضاع ارادته الى ارادتهم الجيدة توصلا الى تحقيق مصلحة اساسية للجماعة ، مثل شق الطرق او النقل او توريد اشياء ضرورية لسير المرفق العام ، وهذا يعني عند ابرام العقود الادارية تتواجه مصالح الجماعة مع مصالح الفرد الذي يتعاقد مع الادارة ، وحسب المنطق فان هذه المصالح لا يمكن ان توضع في كفتين متوازنتين ومتساويتين في الثقل العقدي ، أي ان انعدام المساواة هذا لا يكون بسبب ان الاشخاص الادارية تعتبر في جوهرها اعلى من متعاقديها وانما بسبب غاية العقد ذاته ،وبذلك فان انعدام المساواة بين اطراف العقد الاداري لا يكون مفروضا بمقدار ما هو ضروري ، فلا الواقع ولا المنطق يجيزان ان توضع مصالح الادارة على المستوى نفسه لمصالح الفرد المتعاقد[٢] .

إن المشكلة الحقيقية تكمن في ضرورة ايجاد تقنية تعاقدية صحيحة تجيز تأمين الحد الاقصى من الاحترام للمصلحة العامة ، مع عدم اصدار متطلبات المصلحة الخاصة للمتعاقد ، أي طرح مفهوم العقد الاداري من خلال حماية مصلحة الادارة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام ، لكن مع حماية مصلحة الفرد المتعاقد وهذا التوازن الدقيق في المصالح لا يتحقق الا اذا نظرنا الى علاقة الادارة مع متعاقدها على انها علاقة تعاون لإنجاز عمل محدد ، وان العقد الاداري عقد تعاون يهدف الى استقطاب المتعاونين الذين تحتاجهم الادارة ،وفكرة

---

(١) د. عاطف سعدي محمد علي، مصدر سابق، ص٢٠٣ وما بعدها .

(٢) د. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٣، ص٨٠-٨٢ .

التعاون هي التي تقود للاعتراف للمتعاقد مع الادارة بالحق في سلسلة من تحتاجهم الادارة ، وفكرة التعاون هذه هي التي تقود للاعتراف للمتعاقد مع الادارة بالحق في سلسلة من التعويضات فيما اذا تحمل تكاليف على عاتقه اكثر شدة مما توقعه عند ابرام العقد[١] .

حقيقة الامر ان هذا التعويض لا يتدخل اولا واخيرا الا في سبيل اصلاح ارادة المتعاقد ، من منطلق ان المتعاقد لو علم بالتكاليف الزائدة لما اقدم على التعاقد ، أي ان المتعاقد مع الادارة يتعرض اثناء التنفيذ لتدخل الادارة التي تملك زيادة التزاماته او انقاصها ، ولما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة ، فمن الضروري اضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه ، فالمتعاقد انما يقبل ان يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة ويعول عليها ، وما دامت الالتزامات قابة للزيادة او النقص ، فيجب ان يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها ، وهذا ما يعبر عنها بالتوازن الشريف او بفكرة التوازن المالي للعقد الاداري بين حقوق المتعاقد والتزاماته ، ولما كان مثل هذا الحق لا وجود له في القانون الخاص ، فان فكرة التوازن المالي للعقد ، هي فكرة لا مقابل لها في ذلك القانون[٢].

إن ذلك لا يجب ان يؤدي الى تعريف العقد الاداري كمعادلة مالية ، لان العقد الاداري لا ينتج ابدا من علاقات جامدة وانما ينظم علاقات حية للتعاون بين الادارة والمتعاقد معها ، وهذا المنطق للتعاون بين الادارة والمتعاقد معها هو الذي سيؤدي الى تكوين حياة العقد التي تتلاءم مع حسن سير المرفق الذي يتصل هذا العقد معه[٣] .

إن عدم المساواة القائمة على التوازن والتعاون يدفعنا الى السؤال عن مشكلة الاذعان في العقد الاداري ،والذي يقصد به ان يخضع الطرف الضعيف (المتعاقد مع الادارة) لإرادة الطرف القوي (الادارة) ، وقد اجاب عن هذا التساؤل الدكتور سليمان الطماوي ، ان العقد الاداري لا يمكن ان ينظر اليه كعقد اذعان بشكل مطلق لان الادارة تكون ملزمة بالشروط الواردة في دفاتر الشروط ، ولا تستطيع ان تعدل فيها او تتحرر منها ، وهذا بعكس عقود الاذعان التي يفرض الطرف الاقوى شروطه بمطلق الحرية ، وان هذه الشروط لا تلزم المتعاقد مع الادارة الا اذا اشير اليها في العقد المبرم بين الادارة والمتعاقد ،اما عن سلطات الادارة الخطيرة في مواجهة المتعاقد معها فإنها تخرج الى حد ما عن المألوف في الرابطة التعاقدية في القانون الخاص [٤]، وهذا ما سنراه لاحقا .

وهناك بعض الفقهاء يعتبرون العقد الاداري عقد اذعان لان وضع شروط العقد مقدما من جانب الادارة وحدها لا ينفي عن تلك العقود طبيعتها العقدية وان كان يلحقها بعقود الاذعان [٥]

---

(١) د. مهند مختار نوح ، المصدر سابق ، ص٨٤.
(٢) د. سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقد الاداري، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ١٩٦٥، ص٥٩٨.
(٣) د. مهند نوح مختار ، مصدر سابق، ص٨٥
(٤) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص٤٠٤.
(٥) من هؤلاء د. ثروت بديوي، النظرية العامة في العقود الادارية ، مكتبة القاهرة الحديثة ، مصر، ١٩٦٣، ص١١١، وبنفس المعنى د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص٣٣٠ .

، اما القضاء المصري يميل الى عدم اعتبار العقد الاداري من قبيل عقود الاذعان لسببين ، احدهما حيث اكدت محكمة القضاء الاداري ان موقف المتعاقد مع الادارة لا يكون دونيا بل لإرادته دورا هاما في حرية الاختيار والموازنة يتراوح بين القبول والرفض يصل الى درجة ابداء التحفظات على شروط الادارة ، والاخر ان مناهج التفسير المتبعة في العقود كاملة الرضائية ، ولم تتبع مناهج التفسير الخاصة بعقود الاذعان ان الشك يفسر لمصلحة المدين ، التقنية التعاقدية الذي بدأ ينتج عنه مفاهيم جديدة لمبدأ المشروعية في دولة القانون الحديثة ، قد اثر الى حد كبير في مفهوم العقد الاداري لتداخله مع القرار لينتج انماط من التصرفات التي لم تكن معروفة سابقا [١]

المبحث الثاني

ماهية العقود الادارية و الشرط الاستثنائي

يعد العقد الاداري من ابرز التصرفات القانونية ، فهو التعبير القانوني عن اجراء المعاملات سواء على المستوى الداخلي ام على المستوى الدولي ، فقد يكون العقد داخليا ، و قد يكون دوليا ، و يجب ان يكون العقد بين طرفين ، و ملزما لهما بالإيجاب و القبول الصادر عنهما، و ان يكون محله جائزا قانونا ، وهو الامر الذي لا يختلف فيه العقد الاداري مع سائر العقود ، فالأصل ان العقود كافة تتشابه في جوهرها و اركانها ، و لا تختلف العقود الخاصة عن العقود الادارية الا فيما يتصل بتكوينها او اثارها ، و بمعنى اخر لا يوجد أي اختلاف بين العقود فيما يتعلق بجوهرها ، لان سمات العقود تتلاقى حول نقاط مشتركة تجمع بينهم من وجود عاقدين و محل معقود عليه، و سبب مشروع تبرم من اجله [٢] .

فضلا عن فان العقد الاداري يتميز عن عقد القانون الخاص في كونه يخضع لنظام قضائي خاص هو القضاء الاداري في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج ،بينما يختص القضاء العادي في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الاخرى ، وعلى هذا الاساس كان لابد من التمييز بين هذين النوعين من العقود ، فقد ذهب جانب الى اعتبار معيار التمييز يقوم على الجمع بين معياري المرفق العام و معيار استخدام وسائل القانون العام و المتمثلة بالشرط الاستثنائي، و هناك اتجاه يرى بغلبة معيار الشرط الاستثنائي الغير مألوف و يعده المعيار الرئيس و الفعال في تمييز العقد الاداري [٣] .

اذن فان الادارة تدخل في روابط عقدية الهدف منها قيامها بنشاطها ، و تحملها لاعباء الخدمة العامة لكي تلبي احتياجات الجمهور، وقد تخضع الادارة لقواعد القانون الخاص ،و قد تخضع لتشريع متميز و مستقل كتشريع العقود الادارية ، وذلك لان طبيعة العقد الذي تبرمه الادارة يختلف بطبيعته ، و جوهره ، واحكامه عن العقد المبرم في ظل القانون الخاص ، وكذلك اختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها .

---

(١) د. مهند نوح مختار، مصدر سابق، ص١٠٨ وما بعدها .

(٢) زياد رائد القره غولي ، اثر التحكيم على النظام القانوني في نظرية العقد الاداري ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد الاسكندرية ،٢٠١٩ ، ص١٧.

(٣) د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ،ص٧

و انطلاقا مما تقدم سنحاول في هذا المبحث ان نتناوله من خلال مطلبين هما :

المطلب الاول – ماهية العقود الادارية

المطلب الثاني- ماهية الشروط الاستثنائية للعقد الاداري

المطلب الاول

ماهية العقود الادارية

تمارس الادارة نشاطها عن طريق الاتفاق مع الافراد ، فتنشأ بينهما عقود تحدد حقوق والتزامات الطرفين ولكن عقود الادارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد ولذلك وجب التمييز دائما بين عقود الادارة والعقود الادارية ، ذلك انه اذا كانت عقود الادارة تتضمن كل العقود التي تكون الادارة طرفا فيها ، أيا كان القانون الذي يحكمها فان العقود الادارية هي العقود التي تكون الادارة طرفا فيها وتكون خاضعة للقانون الاداري والقضاء الاداري[١].

لا تتسم العقود التي تبرمها الادارة العامة بطبيعة واحدة ، وانما تعدد طبيعة عقود الادارة ، ما بين عقود ادارية تبرمها الادارة باعتبارها سلطة عامة ، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع المتعاقد معها بمثلها ، القصد منها تنظيم المرفق العام ، وما بين العقود المدنية التي تبرمها الادارة متجردة من كل السلطات شأنها في ذلك شأن كل الافراد عندما يدخلون في علاقات تعاقدية ويكاد الفقه والقضاء الاداري يجمع على اصباغ الصفة الادارية على العقد الاداري اذا كانت الادارة طرفا فيه او اتصل بنشاط المرفق العام او تضمن شرطا استثنائيا غير مألوفٍ في القانون الخاص[٢].

في ظل ما تقدم يثار التساؤل حول ماهية العقود الادارية ، من حيث المفهوم او معيار التمييز الخاص بالعقد الاداري ، ان محاولة الاجابة عن هذا اقتضى ضرورة تقسيم المطلب الاول على فرعين اساسيين هما:

الفرع الاول : مفهوم العقد الاداري

الفرع الثاني : معيار تمييز العقد الاداري

الفرع الاول

مفهوم العقد الاداري

تدين فكرة العقد الاداري بنشأتها لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، ولم تنشأ في القانون الاداري الا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي ، فقد كان معيار السلطة العامة هو المعيار المتبع قضاء وفقها في تحديد المواضيع الخاضعة للقانون والقضاء العادي او القانون

([١]) د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري – دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الادارة العامة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٠، ص٣٢٩.

([٢]) زياد رائد القرة غولي ، مصدر سابق، ص١٨.

والقضاء الاداري ، فأعمال الادارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة كالقرار الاداري هي وحدها الخاضعة للقضاء الاداري في حين كانت العقود التي تبرمها الادارة مع الافراد تخضع للقانون والقضاء العادي ، ولم تظهر فكرة العقد الاداري وتتبلور الا مع ظهور نظرية المرفق العام ، وقد اثارت مسألة تحديد العقد الاداري اختلافات فقهية وقضائية ، لكن يمكن استخلاص مفهوم للعقد الاداري حيث عرفته المحكمة الادارية العليا في مصر (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره ، وان تظهر نيته في الاخذ باسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا او شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص)[١].

وقد عرف الدكتور سليمان الطماوي ، معتمدا على ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه (ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه ، وتظهر فيه نية الادارة في الاخذ بأحكام القانون العام ، واية ذلك ان يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص او ان يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[٢].

ومنهم من عرفه بالاعتماد على دور الشخص المعنوي العام عند ابرامه ، (العقد الذي تبرمه جهة الادارة بوصفها سلطة عامة بقصد تسيير المرفق العام واخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص)[٣]، وعرفه اخر بالاعتماد على تفاصيل طبيعة القانون بأنه (كل اتفاق بين طرفين ، احدهما شخص من اشخاص القانون العام بهدف ادارة ، او تنظيم، او استغلال مرفق عام من مرافق الدولة حيث تظهر في العقد نية تطبيق احكام القانون العام باحتوائه على شروط غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة ، ويتحقق ذلك بتمتع الادارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الافراد في نطاق العقود المدنية ، او بمنح المتعاقد مع الادارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير ، لا يتمتع بها في حالة ما لو تعاقد مع غيره من الافراد)[٤] .

وهناك من يرى بأن العقود الادارية تنقسم على عقود الادارة التي تخضع للقانون العام وتسمى بالعقود الادارية ، القسم الاخر هي عقود الادارة التي تخضع للقانون الخاص ، وطبيعي اننا في مجال القانون الاداري لا نهتم الا بالقسم الاول او بعبارة ادق لا نهتم بغير العقود الادارية أي عقود الادارة التي تخضع للقانون العام ، فهذه وحدها هي التي تظهر فيها امتيازات السلطة العامة التي لا مثيل لها في عقود الادارة التي تخضع للقانون الخاص ، او في عقود الافراد بعضهم مع بعض ، وكان (دوجي) يرى (انه ليس ثمة خروق موضوعية بين العقود الادارية والعقود المدنية ، ذلك ان كل العقود تتمتع من حيث تكوينها واثارها بذات الخصائص ، وانما توجد فقط عقود تختص بها المحاكم الادارية واخرى تختص بها المحاكم المدنية او

(١) د. ميسون طه حسين ، د. غني زغير الخاقاني، مبادئ القانون الاداري والتنظيم الاداري في العراق ، مؤسسة دار الصادق الثقافية ، ٢٠١٩، ص٢٣٨.
(٢) د. سليمان الطماوي ،مصدر سابق، ص٥١
(٣) د. بكر القباني ، القانون الاداري ، نشاط الادارة العامة وقراراتها وعقودها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص١٦١ وما بعدها .
(٤) د. فؤاد محمد النادي ، القضاء الاداري واجراءات التقاضي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٩، ص٢٤٠.

التجارية ، والفاصل في ذلك هو صفة الشخص المتعاقد ، فلأولى تعقدها الادارة بصفتها سلطة عامة وبقصد تسيير المرفق العام وادارتها بعكس الثانية) ، لكن لا يمكن التسليم بهذه الفكرة ، لان العقود التي تبرمها الادارة العامة بصفتها سلطة عامة وبقصد تسيير المرفق العام تقوم على خصائص من حيث تكوينها وتطبيقها واثارها تتميز بها عن عقود القانون الخاص ، ولذلك فهي تتمتع بنظام قانوني خاص بها تتميز بسببه عن عقود القانون المدني والتجاري ، والعقود الادارية هي اما عقود بنص القانون ، او عقود ادارية بطبيعتها [١].

هذا وقد عرفته المحكمة الادارية العليا المصري في حكمها المرقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق الصادر بجلسة ٩ فبراير ١٩٩٣(مناط العقد الاداري ان تكون الادارة احد اطرافه ، وان يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة اغراضه ، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة ، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الافراد الخاصة وان يأخذ العقد بأسلوب القانون العام ، وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، سواء تضمن العقد هذه الشروط او كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح)[٢].

كما عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها بالرقم ٧ لسنة ١٠ ق الصادر بتاريخ ١٩٨٠/١/١٩ (يتعين لاعتبار العقد اداريا ان يكون احد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره او تنظيمه، وان يتسم بالطابع المميز للعقود الادارية وهو انتهاج اسلوب القانون العام ، فيما تضمنه من شروط استثنائية بالنسبة الى روابط القانون الخاص)، وسارت بهذا الاتجاه فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بالفتوى المرقمة ٦٣٧ في ١٩٥٦/١٠/٢٣ (ان العقود الادارية تختلف في طبيعتها عن العقود المدنية وذلك لانها تعقد بين شخصين احدهما من اشخاص القانون العام ، والاخر من اشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ اذ يجب ان يراعى فيها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وهذا الهدف يجب لن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ...)[٣].

وقد استقرت محكمة القضاء الاداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٩ بالقول (من ان كل عقد تبرمه جهة الادارة ليس بعقد اداري حتما ، فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة ، وهي في سبيل استغلال اموالها الخاصة الى ابرام عقود بينها وبين جهة ادارية اخرى او بينها وبين بعض الاشخاص من جهة اخرى ، في ظل قواعد القانون الخاص ، ويختص بها القاضي العادي ، ولا تعني بأمرها مبادئ القانون الاداري ، وليس بكاف ابدا مجرد ان يكون احد طرفي التصرف شخصا اداريا عاما للقول بان هذا التصرف أي العقد ، دائما هو عقد اداري يخضع لأحكام القانون العام ، وانما تتميز العقود الادارية عن المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الاداري تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصالح الافراد الخاصة ... غير ان مجرد صلة العقد بالمرفق العام وان كانت شرطا لازما ، فإنها ليست مع ذاك كافية فلم يعد المرفق العام وحده المعيار القاطع في التمييز الدقيق بين العقود

---

(١) للمزيد يراجع د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق،ص٤٢٩.
(٢) د. بشير علي باز ، مصدر سابق، ص٢٤.
(٣) زياد رائد القرة غولي ، مصدر سابق ، ص٢٩ وما بعدها .

الادارية وبين العقود المدنية التي تبرمها ايضا جهة الادارة ... والعبرة اذن بما تأخذ به جهة الادارة في عقدها من اسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الاداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس الى شروط العقود الخاصة بين الافراد)، وجدير بالذكر انه رغم تقسيم العقود الادارية الى عقود ادارية بالنص وعقود ادارية بطبيعتها فان احكام العقود الادارية لا تزال دائما مجموعها احكاما قضائية ، أي ان احكامها من صنع مجلس الدولة والقضاء الاداري ، ولا يغير من الوضع ان يكون المشرع قد تدخل لينظم هذا العقد او ذاك فان النظرية العامة للعقود الادارية تبقى دائما نظرية قضائية ، ولهذا فان نظرية العقود الادارية تعتبر غير واضحة في القانون المصري حيث كانت قبل مجلس الدولة من اختصاص القضاء العادي ولكن بعد انشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ وصدور قانون تنظيمه عام ١٩٥٩ بدأت نظرية العقود الادارية تتضح معالمها تدريجيا[١].

الفرع الثاني

معيار تمييز العقد الاداري

ليس كل عقد تبرمه الادارة عقدا اداريا يخضع للقانون العام ويكون الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة به للقضاء الاداري ، بل يقتصر ذلك على فئة خاصة من عقود الادارة ، هي التي يطلق عليها اصطلاح العقود الادارية ، فكيف يمكن تمييز العقود الادارية عن عقود الافراد وعقود الادارة التي تخضع للقانون المدني ، وان كان معيار التمييز بين العقود الادارية وغيرها دقيقا في بعض الاحيان ، فان الفقه والقضاء وصلا به الى درجة كبيرة من الوضوح في الوقت الحاضر ، وان مجلس الدولة المصري سار على غرار ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي[٢].

تبرم الادارة نوعين من العقود ، عقود مدنية وعقود ادارية ، وهذه وتلك ليست سواء فكلاهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف فالعقود المدنية التي تبرمها الادارة تخضع للقضاء العادي ويطبق عليها احكام القانون المدني ، اما العقود الادارية فانها تخضع للقضاء الاداري ويطبق عليها احكام القانون الاداري ، وترتيبا على ذلك لا بد من ضرورة وجود معيار يحدد متى يكون العقد اداريا ومتى يكون مدنيا ، ولقد تباينت اراء الفقه واختلفت معها احكام القضاء عند تحديد المعيار المميز للعقد الاداري فثمت اراء فضلت الاستناد الى معيار شكلي واخرى انحازت للمعيار الموضوعي في تمييز العقد الاداري ، على ان التطور قد بلغ مداه باستقرار الفقه والقضاء و القضاء الاداري سواء في مصر او في فرنسا على معيار محدد لتمييز العقود الادارية يجمع بين عناصر متعددة على انه قبل بيان عناصر هذا المعيار تجدر الاشارة الى فكرة العقود الادارية بتحديد القانون والتي نشأت في فرنسا[٣].

فمعيار تمييز العقود الادارية اذن هو :

اولا- العقود الادارية بتحديد القانون ، نشأت فكرة العقود الادارية المتميزة حينما بدأ المشرع الفرنسي يحيل الى القضاء الاداري اختصاصا في نظر المنازعات الخاصة ببعض العقود التي

---

(١) د. طعيمة الجرف ، مصدر سابق، ص٤٣٢ وما بعدها .

(٢) د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق، ص٤٦.

(٣) د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،ط٢، بدون تاريخ نشر ، ص٢٦.

تبرمها الادارة ، رغبة منه في ان يخضع هذه العقود لمبادئ متميزة يراعى فيها مجلس الدولة الفرنسي ملاءمة وظروف العمل الاداري ، حيث وجدت نصوص صريحة في التشريع الفرنسي تجعل الاختصاص في منازعاتها للقضاء الاداري حصرا ، وقد اطلق عليها (العقود الادارية بتحديد القانون) ، لان الاختصاص للقضاء الاداري بتلك العقود لم يكن يستند الى خصائص ذاتية وانما يرجع الى ارادة المشرع ، كما ان مجلس الدولة الفرنسي وسع من اختصاصه عن طريق القياس على عقد الاشغال العامة[١].

إن فكرة العقود الادارية بتحديد القانون مستبعد من نطاق القانون المصري ، وحسنا فعل المشرع لان اختصاص القضاء الاداري يجب ان يقتصر على مجالات القانون العام ، اما تطبيق القانون الخاص فالمحاكم القضائية أدرى به وبمقتضياته من القضاء الاداري ، وهذا ما انتهت اليه محكمة القضاء الاداري المصري في حكمها الصادر في ٩ ديسمبر ١٩٦٥ (... فلم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد معين من عقود الادارة بل انطوى على كافة العقود الادارية وامتد الى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود ... فقد اصبحت العقود الادارية في مصر عقودا ادارية بطبيعتها ، ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لارادة الشارع...)[٢].

اما القانون العراقي فلا يوجد فيه نص قانوني يحدد عقودا معينة كعقود الاشغال العامة ، وعقود الالتزام ، وعقد الامتياز وعقود الخدمات العامة ، ويعدها ادارية حتى بالقياس على عقود الاشغال العامة التي يعترف المشرع لها دائما بالصفة الادارية في كثير من الدول ، ففي كثير من الاحيان نجد ان المشرع العراقي عندما يصف عقداً ما ، يكون هذا الوصف متماشيا مع طبيعة هذا العقد التي تكون اقرب الى الصفة المدنية منها الى الصفة الادارية ، فيكون هذا التكييف والوصف القانوني محلا للنقد ، وكان من الاوفق ان يقوم المشرع العراقي بتحديد العقود الادارية المهمة كعقود الاشغال العامة وعقود الامتياز وعقود التوريد ، وليس هذا التحديد القانوني محل اهمية من حيث الاختصاص القضائي ، ولكن تبدو اهميته ايضا لأهميته من حيث تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد[٣].

يمكن ان يصار الى توصيف العقود التي تجريها الادارة بنص قانوني صريح ومباشر ، يتناول طبيعة العقد نفسه ، ولم تعتمد هذه الطريقة في التوصيف فقط ، وانما كان يصار الى توصيف العقود غير المباشرة بحيث يعين القانون الجهة القضائية الصالحة للنظر في النزاعات المثارة بشأنها ، فان نص القانون على ان القضاء الاداري هو الجهة الصالحة لذلك ، اعتبر العقد اداريا ، وان نص على القضاء العادي اعتبر العقد مدنيا ، يلاحظ احيانا ان تحديد القضاء الاداري جهة صالحة للنظر في نزاعات بعض عقود الادارة لا يعدو ان يكون الامر من باب

---

(١) د. علي محمد بدير ، د. عصام البرزنجي، د. مهدي السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، طبعة منقحة ، بدون تاريخ نشر ، ص٤٧٦.

(٢) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق ، ص٥١.

(٣) زياد رائد القرة غولي ، مصدر سابق، ص٣٤.

تحصيل الحاصل عندما تكون تلك العقود ، وبالنظر الى موضوعها واحكامها ، هي عقود ادارية ، ويأتي النص القانوني لتكريس النتيجة الطبيعية للمسألة ، وكأنه من باب لزوم ما لا يلزم[١].

ثانيا – المعيار القضائي في تمييز العقود الادارية ، توصل الاجتهاد القضائي الاداري في فرنسا الى صياغة تعريف للعقد الاداري بانه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه ، وتظهر فيه نية الادارة في الاخذ بأحكام القانون العام ، على ان يتضمن العقد شرطا استثنائيا ، وغير مألوف في القانون الخاص ، او ان يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام) ، ويستخلص من هذا التعريف ان المعيار القضائي في تمييز العقود الادارية يقوم على ثلاثة اسس [٢] ، سنقوم ببيانها فيما بعد .

بادر القضاء الاداري في كثير من احكامه الى محاولة ارساء مبدأ قانوني عام في شأن تحديد المعيار المميز للعقود الادارية عن غيرها من عقود القانون الخاص ، فقد تبنت المحكمة الادارية العليا في مصر معيارا للتفرقة بينهما منذ نشأتها ، ففي حكم لها بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢١ (ان العقد يعتبر اداريا اذا كان احد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ، فاذا تضمن العقد هذه الشروط الثلاث مجتمعة كان عقدا اداريا يختص به القضاء الاداري بحسب ولايته المحددة ، وغني عن البيان ان الشروط المتقدمة تسري بالنسبة للعقود الادارية المسماة في القانون لاعتبارها كذلك فاذا كان العقد المسمى مبرما لتحقيق مصلحة خاصة وليس في نصوصه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الاداري) ، وقد رددت المحكمة الادارية العليا ذات العناصر في تحديدها لمعيار تميز العقد الاداري في احكام كثيرة حيث ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ ١/٢٤/ ١٩٩٥ الى (... ومن حيث ان المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة ان العقد الاداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في الاخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطا او شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص)[٣].

اما موقف القضاء العراقي فانه يمكن القول بانه يستمد المعيار المميز للعقد الاداري من عناصر العقد الاداري ، وهي كون الادارة طرفا فيه واتصاله بنشاط مرفق عام ، واستعمال الادارة لأساليب القانون العام فيه ، كما يلاحظ عليه انه سار على نفس ما سار عليه قضاء مجلس الدولة المصري في شأن تبنيه بعدم الاعتماد على معيار واحد في قضائه فاخذ بأكثر من معيار لتحديد الصفة الادارية للعقد ، فتارة يشير الى فكرة المرفق العام في عدة احكام له منها حكم محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢١١٣، حقوقية ١٩٦٤، وحكمها المرقم ٦٢٢/ مدنية اولى في ١٤/ ٨/ ١٩٧٣، وهو بهذا الاتجاه اعتمد على معيار منفرد وهو معيار المرفق العام لإسباغ الصفة الادارية على العقد ، وتارة اخرى استعان القضاء العراقي في كثير من احكامه بفكرة المرفق العام وفكرة الشروط الاستثنائية واساليب القانون العام ، وهو ما يمكن القول معه

---

(١) عبد اللطيف قطيش، الادارة العامة من النظرية الى التطبيق –دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٣، ص٣٣٨.

(٢)عبد اللطيف قطيش ، مصدر سابق ، ص٣٣٩.

(٣) للمزيد يراجع د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، مصدر سابق، ص٣٠ وما بعدها .

انه اخذ بالمعيار المزدوج في تحديد طبيعة العقد الاداري كما هو في حكم محكمة التمييز العراقية المرقم ١٥٨/م/ ٩٦٦ في ٢٨/ ١٩٦٦/٧، غير انه في احكام اخرى له طبق احكام العقود الادارية بمجرد كون العقد قد ابرم لغرض النفع العام ، كما في حكم محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٦٩٥/حقوقية / ٩٦٦ في ١٤/ ١٩٦٦/١٢، وحكمها المرقم ٤٤٨ /مدنية اولى /٩٧٥ في ١٩٧٥/١/٢٦ ، وبهذا نجد انه قد بدأ نقطة تحول الى اتجاه جديد لم يسلكه القضاء الاداري في فرنسا ومصر ، فقد اعتمد في كثير من احكامه على مفهوم الصالح العام لكي يطبق احكام العقود الادارية على العقود التي تكون الادارة العامة طرفا فيها ، اذن فالقضاء العراقي لم يستقر على معيار محدد كما عليه موقف القضاء الاداري المصري ، فيلاحظ ان احكامه اتبعت الكثير من المرونة لغرض حماية المصالح العامة خاصة بعد ازدياد نشاط الدولة واتساع وظيفتها وتشعبها [١].

مما تقدم اذن فان المعيار المعتمد لتمييز العقد الاداري هي كما يلي :

١ – ان تكون الادارة طرفا في العقد ، ان تسمية العقد – بالعقد الاداري- تدل بصورة واضحة على توفر شرط كون الادارة طرفا فيه لان القواعد الادارية جاءت اساسا لتحكم نشاط السلطات الادارية ، وذلك لان النشاط الخاص بالأفراد تحكمه قواعد القانون الخاص ، وبهذا فان العقد الذي لا يكون احد اطرافه جهة ادارية لا يمكن اعتباره عقدا اداريا ، فلا يعتبر عقدا اداريا مثلا العقد المبرم بين الافراد وبين هيأة او مؤسسة ذات نفع عام ، كذلك يعتبر عقدا مدنيا العقد المبرم بين ملتزمي المرفق العام وبين المنتفعين ، ولكن قد لا تظهر الادارة طرفا في العقد ويعتبر عقدا اداريا اذا ما ثبت ان احد المتعاقدين كان يتعاقد باسم ولحساب جهة ادارية وهو مخول بهذا التعاقد وهذا ما استقرت عليه الاحكام في فرنسا ومصر ، واذا كانت الادارة تضفي الصفة الادارية على العقد باعتبارها طرفا في العقد فمن باب اولى ان تضفي هذه الصفة على العقد ليصبح عقدا اداريا اذا كان طرفاه من الاشخاص المعنوية العامة ، ، الا اذا قصد الطرفان الاداريان ابرام عقد من عقود القانون الخاص ، لذا فالدولة والمحافظة والقضاء والناحية او أي من الاشخاص المعنوية العامة المرفقية يمكنهم ان يكونوا طرفا في العقود اذا ما كانوا يملكون الاختصاص بذلك[٢] .

من غير المقبول ان يوصف العقد المبرم بين اشخاص عاديين بأنه عقد اداري او حتى بين اشخاص القانون الخاص ، بل لا بد من ان يكون احد طرفي العقد شخص من اشخاص القانون العام ، فضرورة تواجد الادارة طرفا في العقد امر يبرره ان قواعد القانون الاداري انما وجدت لتحكم نشاط الادارة ، ولذلك فان العقد الذي يبرم بين الافراد او الهيئات الخاصة لا يعد عقدا اداريا وانما من قبيل العقود المدنية ، ولا يكفي ان تكون الادارة طرفا بل يجب ان تبرم العقد بوصفها سلطة عامة ، فاذا ما تنازلت الادارة عن سلطتها وابرمت كشخص من اشخاص القانون الخاص غدا العقد عقدا مدنيا ويخضع بالتالي لأحكام القانون الخاص ، وفي حكم للمحكمة الادارية العليا في هذا الشأن بتأريخ ١٩٨٧/٢/٢١ ان تعاقد وزارة الاوقاف مع مقاول مبان ليس بوصفها سلطة عامة وانما باعتبارها ناظرة على وقف خيري أي كشخص اعتيادي

---

(١) للمزيد يراجع زياد رائد القرة غولي ، مصدر سابق ، ص٤٧ وما بعدها.

(٢) د. علي محمد بدير واخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، مصدر سابق، ص٤٨١.

من اشخاص القانون الخاص ، فان العقد المبرم بينها وبين المقاول لا يمد سوى ان يكون عقدا مدنيا وليس من قبيل العقود الادارية وذلك على اساس ان العقد الاداري فقد احد شروطه وهو ضرورة ان يكون احد اطرافه شخصاً من اشخاص القانون العام[١]

إن ضرورة ان تكون الادارة طرفا بالعقد امر يبرره ان قواعد القانون الاداري انما وجدت لتحكم نشاط الادارة ، وعلى الرغم من وضوح هذا الشرط فان الامر يستدعي توضيح بعض المسائل التي تتعلق به وهي كما يلي [٢]

أ- ان مفهوم الادارة التي يستلزم ان تكون طرفا في العقد الاداري يشمل الاشخاص المعنوية العامة وهي اما اقليمية أي تحدد على اساس اقليمي (محافظة ، مراكز المدن) ، او اشخاص مرفقية تحدد على اساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة او اشخاص عامة مهنية كالنقابات والتي اعترف لها القضاء الاداري سواء في فرنسا او مصر بالشخصية المعنوية ، ويجب ان تتعاقد الجهة الادارية بهذه الصفة ، فان تعاقدت باعتبارها ممثلا لشخص من اشخاص القانون الخاص فان العقد يكون مدنيا .

ب- ان تحول الجهة الادارية من شخص من اشخاص القانون العام الى شخص من اشخاص القانون الخاص يؤدي الى فقدان العقد لاحد العناصر التي تسبغ عليه الصفة الادارية ويتحول الى عقد مدني يخضع لقواعد القانون المدني ويختص بالفصل في المنازعات المتعلقة به القضاء العادي ، والى ذلك تذهب المحكمة الادارية العليا في مصر في حكمها بالطعن المرقم ١٥٤ لسنة ٣٤ قضائية عليا جلسة ١٩٩٧/١/٢ (... بناء على ذلك اذا فقد العقد شرطا من الشروط التي يتحقق توافرها مناط العقد الاداري ، صار العقد من عقود القانون الخاص ، وذلك كأن تفقد الادارة صفتها كشخص معنوي عام او لا يكون العقد متصلا بمرفق عام ... او اتى العقد على غرار عقود الافراد بأن يكون خاليا من الاخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث يتضمن شرطا استثنائيا ...) .

ج- انه لا يكفي ان تكون الادارة طرفا في العقد حتى يكون اداريا أي لا يكون العقد اداريا الا اذا ابرمته الادارة بوصفها سلطة عامة ، اما اذا ابرمت الادارة عقودها كشخص من اشخاص القانون الخاص فانها تكون عقودا مدنية ويختص القضاء العادي بها ، وهو ما استقرت عليه المحكمة الادارية العليا في مصر في حكمها الصادر ١٩٩٥/١/٨ (... فالعقد الاداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الاساسية لتكوينه لا يعدو ان يكون توافق ارادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراخي بين طرفين احداهما الدولة او احد الاشخاص الادارية بيد انه يتميز بان الادارة تعمل في ابرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام او مصلحة مرفق من المرافق العامة ...) .

د- يكون العقد اداريا اذا ابرم بين شخصين من اشخاص القانون الخاص اذا كان احد طرفيه يتعاقد لحساب شخص معنوي عام ، ففي مثل هذه الحالة يكون الشخص وكيلا عن الادارة

---

(١) د. علي بشير باز ، مصدر سابق، ص٢٨.

(٢) للمزيد يراجع د. جابر جاد نصار ، العقود الادارية ، مصدر سابق، ص٣٣-٣٨ .

يتصرف لحسابها ويعمل نيابة عنها في ابرام العقد ، وقد تكون هذه الوكالة ظاهرة جلية تنص عليها نصوص العقد ، وقد تكون ضمنية تستخلص من صياغة العقد وظروف تنفيذه ، وفي اطار ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي باعتبار العقد الذي ابرمته احدى الجمعيات التعاونية للبناء مع احد المقاولين لبناء كنيسة اداريا لأنه يتم لحساب احدى البلديات ، والامر نفسه بالنسبة للعقد الذي ابرمته هيأة خاصة لتنشيط السياحة مع احد مكاتب السياحة لإدارة الشواطئ العامة ، وجاء في حكم المحكمة الادارية العليا المصري في حكمها الصادر في ١٩٨٠/٦/٢١ (حيث ان الكازينو محل المنازعة مقام في منطقة الشاطئ المعتبرة من المنافع العامة والمقصور حق استغلالها على الشركة الطاعنة ، ومن ثم يكون التصريح للمطعون هذه بالانتفاع بالكازينو المذكور قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة تتوافر في هذا التصريح مقومات العقد الاداري باعتبارها صادرة من جهة نائبة عن الدولة ولكونه متصلا بنشاط مرفق الشاطئ ولأنه قد تضمن شروطا غير مألوفة في نطاق القانون الخاص .

٢- تعلق العقد بنشاط المرفق العام ، شهدت بدايات القرن العشرين مفهوم المرفق العام يحتل مكانا رئيساً في صياغة تعريف العقد الاداري ، وكان ذلك انعكاسا لما يحتله المرفق العام في مجمل قواعد القانون الاداري ، وقد تمحور هذا القانون حول مفهوم المرفق العام بفضل ما قامت به المدرسة الفقهية التي تزعمها العميد (L.Duguit) والتي تسمت باسم مدرسته المرفق العام ، فقد رأى فقهاء هذه المدرسة ان القضاء الاداري هو الجهة الصالحة للنظر في النزاعات الناشئة عن العقود التي تجريها الادارة بهدف تسيير عمل المرفق العام ، وكان مفوض الحكومة(Jeanromieu) واضحا في صياغة هذه المسالة حيث قال (ان كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير عمل المرفق العام ، بالمعنى الدقيق للعبارة ، بشكل عملية ادارية سواء سلكت الادارة طريق التعاقد مع الغير او انها عمدت الى استخدام ما تتمتع به من سلطة اصدار قرارات نافذة ، وهذه المسائل تدخل من حيث طبيعتها ، في صلاحية القضاء الاداري ، غير انه يمكن للإدارة ، وهي تتصرف كشخص من اشخاص القانون العام في تأمين عمل مرفق عام ، ان تتخلى مختارة ، عن الاستفادة من امتيازاتها كسلطة عامة ، وان تضع نفسها بمحض ارادتها في موضوع اشخاص القانون الخاص ، فتمضي عقودا خاصة ، غير ادارية كمثل العقود التي فصل احكامها القانون المدني ، كاستئجار بناء ، وامر كهذا لا يتطلب تطبيق اية قاعدة من القواعد الخاصة بسير المرفق العام ثم ان المسألة تخطت خيار الادارة العامة – أي المرفق العام- في امضاء العقود مع الغير ، متروكا الامر المحض خيارها في انتفاء نوع العقود الذي ترتئيه بين عقود ادارية او مدنية ، وباتت المسالة تتعلق بتفحص طبيعة العقد نفسه ، بمعزل عن الشخص العام الذي امضاه[١].

القضاء الاداري الفرنسي هو اول من نشأ نظرية المرفق العام كمعيار مميز وعنصرا اساسيا للعقد الاداري في حكم صادر من مجلس الدولة في ١٩١٠/١١/١١ ، والذي عرف المرفق العام بأنه (كل مشروع تنشئه الدولة او تشرف عليه ، ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الادارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح ، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة) كما اشترط القضاء الاداري الفرنسي حتى يمكن وصف العقد بانه عقد اداري وفقا لمعيار المرفق العام ان يكون اتصاله

(١) عبد اللطيف قطيش، مصدر سابق، ص٣٤١.

بالمرفق اتصالا وثيقا ، واتصال العقد بالمرفق العام قد يكون في شكل التنفيذ ذاته للمرفق العام او ان يعهد للمتعاقد بمهمة تنفيذ وتسيير المرفق العام منفردا ، ولكن على النقيض فان القضاء الاداري المصري ، يشترط اتصال العقد بالمرفق العام باي صورة من الصور دون اشتراط شرط الاتصال الوثيق كما هو الحال في فرنسا وان كانت تلك الصور تدور في مجملها حول انشاء المرفق العام وتسيير نشاطه ، فقد يكون الهدف من ابرام العقد انشاء مرفق عام كما هو الحال في عقد الاشغال العامة او يأخذ اتصال العقد بالمرفق العام صورة المساهمة في ادارته مثل عقد الالتزام ، وفي حالة انقطاع الصلة بين العقد والمرفق العام ، فان العقد يفقد الصفة الادارية ويتحول الى عقد من عقود القانون الخاص حتى ولو كان احد اطرافه شخصا عاما ، وقد قضت محكمة القضاء الاداري المصري في حكمها الصادر في ٢٩ ابريل ١٩٥٣ بان تعاقد الاذاعة وهي (مرفق عام) مع احد مقرئي القران الكريم لا يكون عقدا اداريا وانما هو عقد مدني يخضع لاختصاص القضاء العادي ، وان كان من شأنه تحقيق خدمة عامة بطريقة مباشرة[١] .

إن صفة المتعاقد وحدها لا تكفي بل يجب ان يضاف اليها موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيمه او تسييره او ادارته او استغلاله او المعاونة او المساهمة فيه ، فاذا كانت العقود الادارية تختلف عن العقود الخاصة في انها تتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة ، وهي تمتع الادارة بشأنها في الكثير من السلطات ، فان ما يبرر انفرادها بأحكام خاصة هي انها تعقد بقصد تحقيق مصلحة عامة ويجب ان يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهو الهدف الذي يجب ان يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ، فاذا كان من العقود ما يتصل بإنشاء المرافق العامة (كعقد الاشغال العامة) وما يتصل بتنظيمه (كعقد الامتياز) فان الصلة بين هذه العقود وبين المرفق العام هي قائمة ، ومتى انقطعت هذه الصلة اصبح العقد عقدا من عقود القانون الخاص ولو كان احد اطرافه شخصا من الاشخاص العامة ونرى ان اشتراط اتصال العقد بنشاط مرفق عام حتى يمكن اعتباره عقداً ادارياً ، ان العقود المتعلقة بأموال الدولة الخاصة لا تعتبر عقودا ادارية حتى لو تضمن نصا يحيل الى احد دفاتر الشروط العامة رغم ان هذه الاحالة تعتبر في بعض الاحيان شرطا استثنائيا ، الامر الذي يؤكد وجوب اتصال العقد بنشاط مرفق عام حتى يتمتع بقواعد القانون العام ، فلا يعتبر عقدا اداريا مثلا تأجير احدى الجهات الادارية لقطعة ارض من املاكها الخاصة الى احد الافراد لإقامة مصنع عليها او استخدامها ساحة او كراج لوقوف السيارات وذلك لتخلف اتصال ذلك العقد بنشاط المرفق العام[٢].

اذن المرفق العام له عنصران اساسيان لا بد من توافرهما الاول – عضوي ويتمثل في السلطة او المنظمة التي تمارس النشاط ، والثاني موضوعي ، ويعني الخدمة او النشاط الذي يهدف الى اشباع حاجات عامة والتي تقدر السلطة العامة ضرورة اشباعها بنفسها او تحت مسؤوليتها ، فاذا تضمن المشروع هذين العنصرين تحققت له صفة المرفق العام وخضع لنظام قانوني خاص وهو نظام القانون الاداري[٣].

---

(١) د. بشير علي باز ، مصدر سابق، ص٣٠ .
(٢) د. علي محمد بدير ، مصدر سابق، ص٤٨٣ وما بعدها .
(٣) زياد رائد القرة غولي، مصدر سابق، ص٤٦.

٣- احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ، هنا يجب ان تكون الادارة قد اخذت في العقد المتصل بالمرفق العام بأساليب القانون العام الذي يعد شرطا اساسيا للعقد الاداري ، وهذه الاساليب هو ان يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه الشروط وان كانت متعددة الا انها كذلك ليست محددة ، ومن قبيل ذلك ان تحتفظ الادارة في تنفيذ العقد بامتيازات استثنائية تخرج عن مبدأ المساواة بين الطرفين ، مثل (حقها في ادخال تعديلات في أي وقت ، وحقها في فسخ العقد ، وحقها في توقيع جزاءات على المتعاقد معها ، كل ذلك دون ان تلجأ الى القضاء) ، كذلك الشروط التي تحتفظ بها للمتعاقد مع الادارة ببعض امتيازات السلطة العامة في العقد مثل (نزع الملكية ، شغل الدومين العام ، استغلال المشروع في شكل احتكار) ، وكذلك الشروط التي تسمح للمتعاقد مع الادارة بأن تكون له حقوق قبل الافراد الذين ليسوا طرفا في العقد مثل حق تحصيل الرسوم ، وباختصار جميع الشروط الاستثنائية التي لا تجري عقود القانون الخاص على مقتضاها والتي لا يجوز للأفراد ادراجها في عقودهم ، ويستدل على تخلف هذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص عن طريقين (أ- ان يتضمن العقد بين الادارة والافراد شروطا من جنس الشروط التي توجد عادة في عقود القانون الخاص ، ب- ان تعقد الادارة مع الافراد احد العقود المسماة في القانون المدني وهي العقود ذات النظام الخاص والمحدد كعقد البيع او الايجار او الرهن وما شابه ذلك[١]

وتعد فكرة الشروط الاستثنائية فكرة قضائية من ابداعات مجلس الدولة الفرنسي ، ويمثل الحكم الصادر بتاريخ ٣١ يوليو ١٩١٢ في قضية (الجرانيت) اول ظهور حقيقي لهذه الفكرة حيث قرر مجلس الدولة بإخضاع المنازعة بين الشركة المتعاقدة والادارة لاختصاص المحاكم القضائية استنادا الى ان العقد كان موضوعه توريد احجار الجرانيت وفقا لنفس القواعد والشروط التي تحكم العقود بين الافراد العاديين ، ورغم ان فكرة الشروط الاستثنائية من ابداعات مجلس الدولة الفرنسي الا انه لم يشأ وضع نظرية متماسكة واضحة المعالم ، ومرد ذلك الى اختلاف احكام المجلس مما ادى الى مناقشات مستفيضة من جانب الفقه سواء في فرنسا او في مصر [٢] .

اجمع الفقه والقضاء سواء في فرنسا ام في مصر على ضرورة احتواء العقد الاداري على شروط استثنائية وغير مألوفة حتى يمكن تمييزه عن غيره من عقود القانون الخاص ، الا انهم لم يجمعوا على تعريف محدد لهذه الشروط يمكن من خلاله تحديد اعتبار الشروط خارجة عن المألوف في القانون الخاص ، وقد اكدت المحكمة الدستورية العليا عند تعرضها للسمات المميزة للعقد الاداري في حكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٨٠ (من المقرر ان العقد الاداري هو الذي يكون احد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره او تنظيمه ، وان يتسم بالطابع المميز للعقود الادارية وهو انتهاج

---

(١) د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، مصدر سابق، ص٤٣٥.
(٢) د. عاطف سعدي محمد علي، مصدر سابق، ص٧٦-٧٧.

اسلوب القانون العام ، فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة الى روابط القانون الخاص[١].

إن معيار تحديد العقد الاداري ليس كافيا ان يكون احد اطرافه شخصا عاما او ان يكون له صلة بالمرفق العام يتسم بالصفة الادارية فكلاهما عنصران ضروريان غير انهما لا يكفيان لحسم موضوع تحديد نوع العقد ان كان اداريا او غير اداري بل لا بد من تفحص واستكمال الموضوع وهكذا ندخل في دائرة البحث عن البنود الخارقة للمألوف ، ان وجود البنود الخارقة للمألوف في العقد توصفه بانه عقد اداري وذلك لأنها ترتكز على اساسين احدهما ذاتي والاخر موضوعي ، اما الذاتي فانه يعني ادراج بنود خارقة في العقد كخيار لأطراف العقد فللأطراف ان يختاروا ما يرونه مناسبا في اعتماد قواعد القانون المدني، او ادراج بنود تخرج عن مألوف قواعد القانون المدني، اما الاساس الموضوعي فان الامر لا يعدو ان يكون تطبيقاً لبعض المبادئ العامة للقانون الاداري ، فالبنود الخارقة تشكل معطى من معطيات القانون العام التي لا يمكن لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالفها وهذه البنود تأتي من خارج العقد[٢].

اما التفاصيل عن الشروط الاستثنائية فإننا سنتناولها في المطلب القادم .

المطلب الثاني

ماهية الشرط الاستثنائي للعقد الاداري

تحتل فكرة الشرط الاستثنائي مكانا بارزا بين نظرية العقد الاداري نظرا لما تشكله من اهمية قصوى في تمييز العقد الاداري وهي دليل انصراف نية الادارة الى الاخذ بأساليب القانون العام وقد برزت فكرة الشرط الاستثنائي في العقد الاداري على اثر أزمة المرفق العام وعجزه عن وضع معيار موضوعي للتفرقة بين نوعي العقود الادارة الامر الذي دعا اهل الفقه الى القول بضرورة اعادة دور السلطة العامة في العقد الاداري من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية خارجة عن القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقدين لإخضاع العقد لأحكام القانون العام[٣].

اذن مما تقدم سنبحث في المطلب ، مفهوم الشرط الاستثنائي وتمييزه عن بعض المصطلحات التي قد تتشابه معه ، وكذلك سنقوم ببيان اسس الاخذ بمعيار الشرط الاستثنائي ، من خلال فرعين رئيسيين هما ..

الفرع الاول/ مفهوم الشرط الاستثنائي واسس الاخذ بمعيار الشرط الاستثنائي

الفرع الثاني / الطبيعة القانونية للشروط الاستثنائية

---

(١) د. بشير علي باز ، مصدر سابق، ص٣١.
(٢) عبد اللطيف قطيش، مصدر سابق، ص٣٤٣-٣٤٤.
(٣) د. ثروت بدوي ، القانون الاداري ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٥٢٦.

الفرع الاول

مفهوم الشرط الاستثنائي واسس الاخذ بمعيار الشرط الاستثنائي

اولا : مفهوم الشرط الاستثنائي

لكي تتضح الصورة امامنا لا بد من معرفة مفهوم الشرط الاستثنائي في اللغة والشريعة والقانون فالشرط في اللغة ، الزام الشيء والتزامه ويجمع على شروط وبمعنى الشرط الشريطة وجمعها الشرائط ، اما الشرط بفتح الراء فمعناه العلامة ويجمع على اشراط الساعة أي علاماتها، وهو التزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[١].

اما الشرط في الشريعة الاسلامية ، فله معنيان الاول: الامر الزائد عن ماهية الشيء وحقيقته الشرعية والذي يتوقف وجود الشيء على وجوده ويعدم بعدمه ، اما الثاني: فهو التزام المتصرف في تصرفه بأمر من الامور زائدا على اصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف ام لم يكن من مقتضاه ، وسواء أكان فيه منفعة للملتزم له او لغيره ام لم يكن فيه منفعة لاحد[٢].

اما الشرط في القانون ، فان كلمة الشرط تحمل معاني مختلفة يراد بها الاركان او العناصر اللازمة لإبرام العقد كالرضا والمحل والسبب وقد يراد بها الاوصاف او التكاليف التي تخلق التزاما تعاقديا ، كما انها تستعمل كوصف للالتزام ،فقد يقصد به ما يستلزمه القانون من عناصر لترتيب اثر معين ، مثل اشتراط الشكل الرسمي في الهبة ، كما يقصد به ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد مثل اشتراط تسليم المبيع في مكان معين او يقصد به ما يعتبر عنصرا من عناصر وجود الحق بحيث لا يمكن وجود الحق بدونه يكون الامر مجرد أمل مثل الوصية حال حياة الموصي لا ترتب للموصي له سوى أمل لا يرتقي الى مستوى الحق[٣] .

على ان النظم القانونية المعاصرة تأخذ بحكم صحة الشروط التي فيها نفع لاحد المتعاقدين او للغير ما لم تكن مخالفة للنظام العام او الآداب وهذا النوع من الشروط معول عليه في دراستنا اذ يدخل ضمن نطاقه الشروط الاستثنائية والتي تمنح الادارة مجموعة من الامتيازات التي تستهدف تحقيق الصالح العام والتي تخول المتعاقد مع الادارة حقوقا وامتيازات اخرى في مواجهة الادارة او في مواجهة الغير ، اما كلمة استثناء ووصف الشرط فتعني ما هو خارج على القاعدة او شاذ عن المألوف وليس معتادا عليه ، فالشروط الاستثنائية في العقد الاداري والتي تدرجها الادارة في بعض عقودها وتسعى من خلالها الى تحقيق مصلحة المرفق العام ومجموعة هذه الشروط لا تدرج عادة في عقود الافراد المدنية لكون طرفي العقد المدني في مركز متساو ولا تحقق لاحدهما الافضلية على الاخر[٤].

---

(١) لسان العرب ،بن منظور، الجزء التاسع ، باب الشرط ، مطبعة دار المعارف ، ١٩٧٩،ص٧١٥

(٢) ابن نجيم المصري ، البحر الرائق ، الجزء الاول ، دار الكتب العربية الكبرى ،القاهرة ، ص٢٦٦

(٣) د. عمرو حسن بخيت عبد الغني، مضمون فكرة الشرط الاستثنائي في نطاق العقد الاداري ،دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص٢٣

(٤) د. عمرو حسن بخيت عبد الغني ، المصدر نفسه، ص٢٣

ولأهمية هذه الشروط وعدم امكان الادارة الاستغناء عنها في عقودها الادارية ، اصبحت علامة مميزة يمكن الاسترشاد بها في تقرير الطبيعة الادارية للعقود التي تبرمها الادارة باعتبار انها تكشف عن نية الادارة في انها تعاقدت بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الفرد العادي ،ولا شك ان فكرة الشروط الاستثنائية تتطلب الكثير من البحث لما ثار حولهما من جدل فقه القانون الاداري واحكام القضاء التي توضح بصورة قاطعة مضمون هذه الشروط ولعل ذلك عائد الى الرغبة في ابقاء ابواب الاجتهاد مفتوحة للقضاء والفقه الاداريين لتحقيق الاهداف في استخلاص الاسلوب الامثل في التمييز بين عقود الادارة [١].

فقد اختلف في وضع تعريف محدد للشروط الاستثنائية ، فكل فقيه وله رأي في هذا المجال ،فقد كتب الاستاذ pequignot عن فكرة الشرط الاستثنائي يقول " انها فكرة صعبة التحديد في احكام القضاء الاداري وانه من الصعب ان نجد في احكام القضاء الاداري تحديدا للشروط التي يعدها هذا القضاء غير عادية"[٢].

وللأستاذ(vedel) رأي حيث يرى ان معيار الشروط الاستثنائية المعيار الحقيقي للعقد الاداري وهو الوحيد الذي يكشف عن ارادة المتعاقدين في اتباع اسلوب القانون العام ، اذ كتب في هذا الصدد "الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الادارية على العقد فمضمون العقد هو الذي يبين الشروط الخارجة عن القانون الخاص ، ونية الادارة في تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة ومعرفة التصرف الذي تتخذه الادارة في ظل نظام السلطة العامة لا يتحقق الا من طريق واحد هو الاختيار الذي قررته الادارة بموافقة المتعاقد وذلك ما يكشف عن وجود الشروط الاستثنائية او غيابها[٣] .

ويرى الاستاذ (m-walins) بانها تلك الشروط التي لا تتضمنها عادة عقود الافراد ، سواء لأنها تعتبر باطلة اذا ما ادرجت فيها لمخالفتها للنظام العام ، او سواء لأنها ايضا مدرجة في العقد بواسطة السلطة العامة بحكم وظيفتها في مراعاة المصلحة او النفع العام ،ومن ثم فهي تكون غريبة على اشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم الا انه قد اخذ على هذا الراي : ان قواعد النظام العام وحسن الآداب في الدولة تعتبر كلا واحدا لا يتجزأ ،ولذا فهي تحكم الادارة كما تحكم الافراد ، فالشرط الذي يبطل في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام يعد باطلا ، كذلك في عقود القانون العام ولنفس السبب ولا يمكن بالتالي تبرير مشروعيته بحجة انه استثنائي[٤] .

ويرى الاستاذان (Vedel et Delnole) ، ان اغلب الشروط التي يعتبرها القضاء استثنائية من القانون الخاص لا تكون باطلة في هذه العقود، و لكنها تكون غير مألوفة و في هذا الصدد يقرر الفقيه فيدل تأييده لتعريف الشروط غير المألوفة في القانون الخاص و المستمدة من حكم مجلس الدولة في قضية stein فتكون الشروط غير المألوفة في نظره هي تلك التي يكون

---

(١) د. مازن ليلو راضي، العقود الادارية ،منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية ، السلسلة ١٢٣،اربيل، ٢٠١٠،ص٥٦.

(٢) د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية ، مصدر سابق،ص٥٨ .

(٣) د. مازن ليلو راضي ، العقود الادارية ، مصدر سابق،ص٥٦ .

(٤) د. عمر حلمي، معيار تمييز العقد الاداري ،دار النهضة العربية ،القاهرة،١٩٩٣،ص١٦٣ .