ISSN:2335-1462 مجلة القانون والمجتمع eISSN: 2600-609X
المجلد: 11 العدد: 01 السنة: 2023 الصفحة: 26 - 62

الاتجاهات القضائية الحديثة في تحديد العقود الادارية

Modern Judicial Trends for qualifying administrative contracts

كامل سمية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أحمد درايعية
أدرار، الجزائر .
s_kamel@univ-adrar.edu.dz

Kamel soumia
Faculty of Law and Political Science
University Ahmed Draia
Adrar , Algeria
s_kamel@univ-adrar.edu.dz

تاريخ الاستلام: 2023/03/ 05 **تاريخ القبول:** 2023/05/ 23

ملخص باللغة العربية:

خارج إطار تحديد النصوص القانونية للعقود الإدارية فإن تحديد طبيعة العقد الإداري غالباً ما يتم عن طريق القضاء ولا سيما القضاء الإداري وهو ما جرى العمل به في فرنسا وبعض الدول التي سارت على نهجها من حيث فرض الازدواجية القضائية، وهذا الأمر يرجع أساساً إلى الباع الطويل للقاضي الإداري الفرنسي في مجال خلق القواعد التي تحكم الإدارة ونشاطاتها والتي يندرج ضمنها معايير تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، حيث عرفت هذه الأخيرة تطوراً مشهوداً خلال السنوات الأخيرة ولا سيما فيما يتعلق بالمعيار العضوي وكذا معيار البنود غير المألوفة كأحد المعايير المادية.

كلمات مفتاحية: عقد إداري؛ قضاء إداري؛ معيار موضوعي؛ بنود غير مألوفة؛ معيار عضوي.

ABSTRACT:

Outside the legal determination of administrative contracts, the qualification of these contracts is often done by judicial way, in particular administrative, which is practised in France and in certain countries which followed its approach as regards imposition concerning duality of the jurisdictional orders and that is due to a long experience of French administrative judge in the field of creation rules which govern the administration and its activities, including qualification criteria of the administrative contract. These criteria have recently undergone a notable development, particularly in regard to organic criterion, as well as the clauses exorbitant in common law criterion, as one of the material criteria.

Keywords: *Administrative contract ; Administrative justice ; material criterion ; Exorbitant clauses ; personal criterion.*

مقدمـــــة:

إذا كان العقد يمثل شريعة للمتعاقدين فإن هذا الأمر يستلزم بالضرورة وجود حرية تعاقدية أساسها الإرادة الحرة القادرة على إنشاء حقوق والخضوع لالتزامات تختلف بطبيعتها باختلاف النظام القانوني الذي يخضع له العقد والذي يختلف بدوره باختلاف طبيعة الأشخاص الذين قاموا بإبرامه، فإلى جانب العقود التي يبرمها الأفراد والتي تسعى في مجملها الى تحقيق المنفعة الخاصة يوجد عقود أخرى يكون الشخص العام أحد أطرافها من حيث المبدأ حيث يكون الهدف الأساسي منها هو تحقيق المنفعة العامة والتي لا يمكن بلوغها إلا من خلال تمكين هذا الشخص العام من استخدام أساليب السلطة العامة والتي يعتبر من أهمها العقود الإدارية كآلية لازمة لسد احتياجات المرافق العامة.

هذه العقود الإدارية غالبا ما يتم تقديمها أو الإشارة اليها من باب المقارنة مع نظيرتها الموجودة على مستوى القانون الخاص كما يتم تحليل آثارها من حيث الحقوق والالتزامات الناجمة عنها بأنها غير مألوفة عن تلك الناجمة عن عقود القانون الخاص وهو النمط الكلاسيكي في كتابات الفقهاء عند تناولهم للطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة، وعلى الرغم من تعدد الأسباب العملية والأيديولوجية للميل الملحوظ لهذا الطرح فإن السبب الرئيسي يعود الى أن الاجتهاد القضائي للمحاكم العليا في فرنسا قد قدم في وقت مبكر جدا الطبيعة غير المألوفة في القانون الخاص كمعيار لتحديد العقود الإدارية.

وعلى الرغم من اشتراك عقود القانون الخاص وعقود القانون العام على المبدأ الذي يقوم على توافق ارادتين بغرض انشاء آثار قانونية، إلا أن الغاية التي يتوخاها المتعاقد العام يبقى لها عظيم الأثر في رسم العقد الإداري والذي يفترض فيه الخضوع لشريعة المرفق العام والمصلحة العامة بمجرد منحه الصفة الإدارية والتي اشترط القضاء الإداري في فرنسا وبعض الدول التي سارت على نهجه معايير محددة للحصول عليها خارج إطار التحديد القانوني لها وتتمثل أساسا في وجود الشخص العام كطرف في العقد وهو ما يسمى بالمعيار العضوي ومعيارين آخرين اختياريين مكملين للمعيار العضوي وهما المعيارين الماديين والمتمثلين في تضمين

العقد بنوداً غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يكون العقد وسيلة في حد ذاته لتنفيذ المرفق العام.

وفي ظل التوسع التشريعي للعقود المحددة بموجب النصوص القانونية وانشغال أساتذة القانون في فرنسا بمعالجة الترسانة القانونية التي صاغها المشرع الفرنسي بإحكام تحت مسمى تقنين الطلبات العامة قام مجلس الدولة الفرنسي وكذا محكمة التنازع الفرنسية بإصدار العديد من القرارات الهامة والتي تضمنت إعادة تشكيل للمعايير القضائية المحددة للعقود الإدارية سواء من الناحية المفاهيمية أو حتى من خلال إعادة تحديد نطاق تطبيق هذه المعايير وبالتحديد المعيار العضوي ومعيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص وبالتالي فماهي أهم التطورات القضائية التي مست معايير تحديد العقود الإدارية؟

لمعالجة إشكالية الدراسة تم استخدام المنهج التحليلي وذلك من خلال محاولة الوصول إلى الأسباب التي أدت الى الحلول التي تبنتها محمة التنازع وكذا مجلس الدولة بصدد هذه المعايير بالإضافة الى المنهج المقارن على نحو أقل وذلك من خلال المقارنة الأفقية بين موقف القضاء الكلاسيكي من هذه المعايير والمواقف المتبناة حديثا من خلال خطة مقسمة الى محورين أساسية وهما كالتالي:

المبحث الأول: المعيار العضوي للعقد الإداري

المبحث الثاني: المعيار المادي للعقد الإداري

المبحث الأول: المعيار العضوي للعقد الإداري.

من أجل منح الصفة الإدارية للعقد فإنه يشترط غالباً أن يكون أحد طرفي هذا العقد شخصا معنويا عاما وهو ما يطلق عليه بالمعيار العضوي، وتجد هذه التسمية مبررا لها من اعتبار أن الإدارة عضو في هذا العقد وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي وحتى العربي، مع العلم بأن هذا الاجتهاد كما وضع المبدأ فقد فرض عليه مجموعة من الاستثناءات والتي كانت محط جدل فقهي واسع يرجع أساسا الى المبررات الغير متناسقة التي استند اليها القاضي الإداري لفرض رقابته على بعض العقود ومنحها الصفة الإدارية قبل ذلك على الرغم من كونها عقودا مبرمة بين أشخاص خاصة (المطلب الأول)، وهو ما جعل القضاء الإداري الفرنسي

لاحقا يتخلى عن البعض منها ويخلق استثناءات جديدة وفق منهج غير مسبوق مقارنة بالاستثناءات التقليدية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الاتجاه التقليدي للقضاء الإداري بالنسبة للمعيار العضوي.

عادة ما يأخذ المعيار العضوي للعقد الإداري مكانة هامة بالنظر لكونه أحد القواعد التي يرتكز عليها توزيع الاختصاص القضائي وبالنظر لهذه الأهمية فقط أولى القضاء والفقه أهمية كبيرة لهذا المعيار واعتبروه شرطا لازما لمنح الصفة الإدارية للعقد (الفرع الأول) وتم الحد من هذه القاعدة عن طريق أربع استثناءات فرضها مجلس الدولة الفرنسي لعدة اعتبارات سيتم تناولها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: مفهوم المعيار العضوي (وجود الإدارة كطرف في العقد).

يعد وجود الإدارة كطرف في العقد لمنحه الصفة الإدارية ضرورة حتمية بالنظر لكون القواعد الإدارية قد وجدت أساسا لتحكم أنشطة الهيئات الإدارية لا الأشخاص الخاصة ومن ثم فإنه من حيث المبدأ فإن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يعتبر عقدا إداريا[1].

إن جهة الإدارة التي يمكن أن تكون طرفا في العقد هي كل شخص معنوي عام سواء أكان مركزيا أو غير مركزي، حيث أنه من المعلوم أنه لدينا على المستوى المركزي شخص معنوي عام وحيد وهو الدولة، أما على المستوى اللامركزي فلدينا نوعان من الأشخاص العامة فهناك من جهة الأشخاص العامة اللامركزية المحلية ومن جهة أخرى لدينا الأشخاص اللامركزية المرفقية[2] .

1 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 1999, p14.

2 محمد عبد الوهاب الجميلي، ماهية العقود الإدارية، دار النهظة العربية، دون طبعة، القاهرة، 1990، ص 59.

وفي الجزائر فإن العقود الإدارية هي دائما عقود بتحديد القانون غير أن هذا التحديد قد يكون مباشرا[1] أو غير مباشر وذلك عندما يمنح النص القانوني للقضاء الإداري الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الإدارة، وينتج عن هذا الاعتراف من طرف المشرع منح الصفة الإدارية لهذه العقود وهي القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية سابقاً[2]، إذ ورغم أن المشرع قد أهمل ذكر مصطلح العقود الإدارية إلا أن أساسها كان موجود في نفس النص في عبارة "أياً كانت طبيعتها"، ورغم أنه ربط الولاية العامة للغرفة الإدارية بشروط سماها قواعد الاختصاص في مجال الغاء القرارات الإدارية فقط إلا أنه تدارك ذلك الاغفال وخصص الفقرة الأخيرة للمنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والرامية الى طلب التعويض، وعليه تم تعريف العقد الإداري وفق المعيار العضوي[3] وهو الموقف الذي تبنته المحكمة العليا في أحد قراراتها: "حيث أن المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية قد استبدلت المعيار المادي القديم المرتكز على طبيعة النشاط الإداري، بمعيار عضوي لم يأخذ بعين الاعتبار سوى صفات الأشخاص المعنيين وأنه يجب ويكفي أن يكون شخص معنوي إداري طرفا في الدعوى لكي يعتبر القاضي الفاصل في المواد الإدارية مختصا وهذا مهما كانت طبيعة القضية"[4].

---

1 وتعتبر الصفقات العمومية من أهم الأمثلة عليها حيث نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015 على أن: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

2 الأمر رقم 66 – 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية (ملغى).

3 نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004.

4 قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23 جانفي 1970 قضية (ب) ضد تعاونية تأمين عمال التربية والثقافة، غير منشور.

وقد استمر العمل بهذه القاعدة حتى بعد صدور قانون الإجراءات الإدارية والمدنية[1] حيث تنص المادة 800 منه على أن: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"، وبما أن المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية طرفا فيها تعود لاختصاص الغرف الإدارية سابقا، المحاكم الإدارية حاليا، تطبيقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية سابقا والمادة 800 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية حاليا فإن العقد الإداري في الجزائر يقوم على أساس المعيار العضوي ويمكن تعريفه على النحو الآتي: هو كل عقد تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية طرفا فيه[2].

ومما تجدر الإشارة اليه أن العقد يمكن أن يحمل الصفة الإدارية على الرغم من إبرامه من شخصين ينتميان للقانون الخاص عندما يكون أحدهما وكيلا (mandataire) عن الشخص العام وبذلك فإن الوكالة عن الشخص العام لا تشكل في حد ذاتها استثناء للمعيار العضوي ، وانما مجرد طريقة لتطبيقه بحيث يكون الكيان العام طرفا في العقد الذي أبرمه وكيله استناداً الى مبدأ التمثيل (principe Le de représentation) وهذا نتيجة تشابه الوكالة في القانون العام (mandat public) والوكالة في القانون الخاص (mandat privé) من حيث آثارها عموما[3] على الرغم

1 قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008.

2 ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري دار المجدد للنشر والتوزيع،، الطبعة الرابعة، سطيف، 2010، ص274.

3 في الواقع لا يوجد أي فرق بين الوكالة في القانون الخاص والوكالة في القانون العام من حيث الجوهر بالنظر الى قيام كليهما على مبدأ التمثيل القانوني ويمكن تفسير الاستثناءات النادرة في السوابق القضائية لمجلس الدولة الفرنسي والتي أقرت ببعض الفروقات بناء على متطلبات نصية قانونية حرفـية على غرار الأحكام الخاصة بالوكـيل العقاري والتي أقـرها قانــون 16 جوان 1948

من معارضة غالبية الفقه لتطبيقها في مجال القانون العام[1]، وهو التوجه الذي تبنته محكمة التنازع[2] وكذا مجلس الدولة الفرنسي[3] وذلك للحد من الاستثناءات المفروضة على المعيار العضوي للعقد الإداري وإعادة هذا المعيار لمكانته المرموقة[4].

كما أنه وفيما عدا الحالات التي تحكمها نصوص تشريعية خاصة فإن العبرة تأخذ بطبيعة الشخص المعنوي وقت إبرام العقد فإذا كان في هذا الوقت يتمتع بالشخصية المعنوية العامة فإن العقود التي أبرمها تظل إدارية إذا توافرت باقي الشروط حتى ولو تحول بعد ذلك إلى شخص معنوي خاص[5]، ونفس الحكم بالنسبة للعقود المبرمة بواسطة شخص معنوي خاص، حيث تظل عقودا مدنية حتى لو تحول إلى شخص معنوي عام فيما بعد[6].

إن المستقرأ لأحكام مجلس الدولة الفرنسي وكذا محكمة التنازع يدرك يقينا بتفوق المعيار العضوي للعقد الإداري على باقي المعايير الأخرى على الرغم من

الخاص بالتعمير والذي نص صراحة على عدم التقيد بأحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، للمزيد من التفاصيل:

- François Lichère , *Les contrats administratifs entre personnes privées représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif,* Montpellier I, 1998, p. 25 à 160.

1 François Llorens, *La mission du maître d'ouvrage délégué*, RD imm. 1996, p. 469.

2 T. confl. 11 déc. 2017, n° 4103, Commune de Capbreton, Lebon ;AJDA 2018. 267 ,chron. Sophie Roussel et Charline Nicolas.

3 CE 25 oct. 2017, n° 404481, Société les compagnons paveurs, AJDA 2018, p255.

4 Frédéric Lombard, *Compétence de la juridiction administrative en matière contractuelle - Que reste-t-il de la théorie du mandat administratif*?, RTD Com. 2018 p72.

5 T. confl, 16 oct. 2006, n° C3506, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français , AJDA 2006 p. 2382, chron. Claire Landais et Frédéric Lénica.

-Cass. 1e civ., 14 nov. 2007, n° 06-16.177, Société Hydraulique du Gord, producteur autonome d'électricité).

6 محمد الحسين، مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، دون طبعة، 2005-2006، ص 19.

انتقاد العديد من الفقهاء[1] لهذه المكانة القوية التي مازال يتمتع بها في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي يعرفه العالم حاليا وازدياد عدد العمليات التعاقدية التي تجمع بين الأشخاص الخاصة ولكنها تنفذ لصالح الشخص العام والتي تحتوي بدورها على أحكام غير مألوفة أو كما يسميها البعض عقود القانون الخاص الخاضعة للتأثير العام والتي أصبحت حاليا الوسيلة الأكثر استخداما لتلبية احتياجات المرفق العام، إن فرض اختصاص القاضي الإداري سيبقى بدون شك موضع تساؤل في مواجهة هذا النمط المستحدث من أساليب التعاقد.

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على المعيار العضوي.

من حيث المبدأ فإن العقود التي تبرم بين الأشخاص الخاصة هي عقود تخضع للقانون الخاص وهو المبدأ الذي أقره القضاء الإداري الفرنسي في العديد من أحكامه[2]، وبالتالي لا يكون العقد إدارياً إلا إذا كان أحد أطراف العقد شخصاً عاماً – كما سبق الإشارة إليه– إلا أنه ومع ذلك فقد تم وضع أربع استثناءات على هذه القاعدة والتي كانت محل جدل فقهي واسع بالنظر لعدم اتساقها وصعوبة اعتبارها اجتهاداً قضائياً يصلح لتطبيقه في حالات مشابهة[3].

يعود أول استثناء من حيث التسلسل الزمني إلى حكم[4] **PEYROT** والذي استند أولاً الى النظرية القائلة بأن تشييد الطرق الذي يتم تنفيذه تقليدياً عن طريق التسيير المباشر يعود بطبيعته الى الدولة باعتبار أن العقود التي يكون محلها هذا التشييد تحمل الصفة الإدارية مهما كانت صفة الأطراف[5] ومن ثم فإن هذا العقد يعد

1 François Lichère, *L'évolution du critère organique du contrat administratif*, RFDA 2002, p345.

2 C.E 09 juin 1967, Société des eaux de Marseille, A.J.D.A , 1967 ,p167.

- C.E 19 janvier 1951 Bom pard , Req.1951, p150.

3 François Lichère, article précité, p.341.

4 T. confl. 8 juill. 1963, Société Entreprise Peyrot c/Société ESCOTA, Lebon 787.

5 CE 27 janv. 1984, Ville d'Avignon, Lebon .p28.

محله من المهام الطبيعية للدولة[1] وثانياً بالنظر الى كون شركة الاقتصاد المختلط المكلفة بتنفيذ العقد والتي تعتبر شخصاً خاصاً لم تكن تتصرف لحسابها وانما لحساب الدولة[2].

مع العلم أن مجلس الدولة الفرنسي وفي قرار سابق في قضية مشابهة، قد قام بإلغاء مرسوم يتضمن موافقة على دفتر شروط ينص على وجوب دفع مبلغ سنوي من قبل صاحب الامتياز الخاص بالطريق السريع لمبالغ تهدف الى تعويض تكاليف تشغيل رجال الدرك العاملين على هذه الطرق السريعة غير أنه وضمن منطوق القرار استخدم العبارة التالية:" إن قيام رجال الدرك الوطني بمهام مراقبة وأمن مستخدمي الطرق السريعة تعتبر بطبيعتها من مهام الدولة غير أنها ستؤدي الى نفقات لا علاقة لها باستغلال شبكة الطرق"[3] وهنا يبدوا لنا أول تناقض في تطبيق هذا الاستثناء: هل يمكننا أن نعترف بأن هناك أنشطة طبيعية للدولة بحيث لا يمكن تفويضها إلى أشخاص خاصة (حكم Wajs et Monnier) وتقع مسؤوليتها حصراً

1 إن فكرة المهام الطبيعية للدولة لم يكن اول استخدام لها بمناسبة حكم Peyrot وانما سبق استخدامها في العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي وكذا محكمة التنازع بالإضافة الى أنها كانت الأساس الذي استخدمه مفوض الحكومة " Matter" في التفرقة بين المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الصناعية والتجارية ، راجع:

- T. confl., 21 janv. 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, V. MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé, Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 13e éd., 2001, n° 38, p. 228 .

2 لقد أشار الأستاذ Yves Brard إلى أن فكرة الوكالة الصريحة لا تثير أي إشكالية من حيث منح الصفة الإدارية للعقد الذي يخضع لها، ولكن القضاء الإداري الفرنسي قد تبنى مواقف غامضة بحيث لا يمكنها التأكيد على أنها وكالة حقيقية بالمعنى المعروف قانونا في إشارة منه لحكم Peyrot، لمزيد من التفاصيل:

- Yves Brard, *Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privés*.J.C.P , 1981,N.02.

3 CE, Ass., 30 oct. 1996, Wajs et Monnier, Lebon, p. 387 ; AJDA 1996, p. 1041 ; RFDA 1997, p. 726, concl. Jean-Denis Combrexelle.

على الدولة بينما هناك أنشطة طبيعية أخرى للدولة يمكن تكليف الأشخاص الخاصة بها (حكم Peyrot)؟ هل هناك أنشطة طبيعية للدولة أكثر من غيرها؟[1]

بالعودة إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي نجد بأن القاضي الإداري الفرنسي قد حصر تطبيق هذا الاستثناء على شق الطرق والطرق السريعة وبالتالي هل سيكون شق الطرق هو النشاط الطبيعي الوحيد للدولة؟ هل يختلف انشاء السكك الحديدية عن إنشاء الطرق؟[2] إذ وبالعودة إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي نجد بأنه تم رفض توسيع هذه النظرية لتشمل أنشطة انشاء السكك الحديدية[3] وأعمال تهيئة الأراضي[4] وكذا أنشطة منظمات التدخل الزراعي[5] والضمان الاجتماعي[6].

بالنسبة للاستثناء الثاني[7] فهو يتعلق بالعقود المبرمة بين الشركات ذات الاقتصاد المختلط مع المقاولين والتي تتعلق بالتهيئة الحضرية والتي يتم تسليمها عند الانتهاء منها الى السلطة المانحة التي تحل محل المقاول في الالتزام بالضمان العشري، وهو الأمر الذي استند اليه القاضي الإداري لمنح هذا العقد الصفة الإدارية عن طريق استخدام طريقة (مجموعة القرائن Faisceau d'indices) على الرغم من أن الخصائص المشار اليها سابقا تميز جميع عقود الامتياز المتعلقة بالتهيئة

1 Marguerite Canedo-Paris, *La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : stop ou encore ?* , RFDA 2015 p.32.

2 لقد أشار الأستاذ Braibant في استنتاجاته حول حكم " Solon et Barrault" إلى أنه " من غير المعقول أن تكون الطرق المبنية من الحجر أو الحصباء أو الخرسانة المخصصة لسير السيارات مختلفة عن تلك المبنية من الحديد لسير القطارات"، انظر:

-T. confl., 17 janv. 1972, SNCF c/ Solon et Barrault, Lebon, p. 944 ; RD publ. 1972, p. 465, concl. Guy Braibant

3 T. confl., 17 janv. 1972, SNCF c/ Solon et Barrault, précité.

4 CE, 21 juill. 1972, Entreprise Ossude, Lebon, p. 52.

5 CE, 24 mars 1969, Société Interlait, Lebon, p. 682 ; AJDA 1969, p. 307, note André de Laubadère

6 CE, 13 déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord, Lebon, p. 623

7 CE, Sect., 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine (SERM) Req. p. 326

الحضرية والتي تتضمن القيام بأشغال عامة وهي موجودة مسبقا ضمن دفاتر الشروط وهو الأمر الذي يجعل منها عقودا إدارية بطبيعتها.[1]

أما الاستثناء الثالث فهو يتعلق بنظرية "الشخص المعنوي الشفاف"[2] حيث اعتبرت محكمة التنازع بأن العقد المبرم بين لجنة مهرجان بلدية -SAINT-REMY DE-PROVENCE وأحد مروضي الثيران والذي يتعلق بإطلاق أحد الثيران أثناء الاحتفال التقليدي المسمى "L'ABRIVADO " هو عقد إداري حيث أن اللجنة قد تصرفت لصالح الشخص العام وهو البلدية " بالنظر إلى طريقة تنظيمها وتمويلها"[3] في إشارة واضحة منها الى فكرة "الشخصية المعنوية الشفافة " للجمعيات شبه العامة

1 إن اللبس الذي وقع فيه القاضي يرجع أساسا الى التناقض الموجود على مستوى المرسوم الصادر في 19 ماي 1959 والمتعلق بعقود الالتزام الخاص بالتهيئة العمرانية (J.O 2 juin 1959,p5554) والذي قدم شكلين لتدخل الشركات ذات الاقتصاد المختلط، حيث قد تتصرف باسم ولحساب الشخص العام أي كوكيل عن الإدارة أو أن تتصرف لحساب الشخص العام وتأخذ صفة الملتزم ولم يكن التمييز الذي قدمته السلطة التنظيمية واضحا بالتأكيد خاصة أن أساليب تنفيذ عمليات التهيئة كانت متطابقة ومن ثم يمكننا الاستنتاج بأن الشخص العام قد أساء فهم طبيعة علاقته مع المتعاقد معه في إطار عقد التهيئة لأن هذا الأخير يحمل طبيعة الملتزم وليس الوكيل ويبدوا بأن القاضي قد تبعه في هذا الطرح، راجع:

- François Lichère, L'évolution du critère organique du contrat administratif, article précité, p343.

2 غالبا ما تلجأ السلطات العامة ولا سيما المحلية منها للجوء الى الشخصية الخاصة (جمعية أو شركة ذات اقتصاد مختلط) من أجل التهرب من قواعد القانون العام ولا سيما تلك المتعلقة بالمحاسبة من خلال تكليف شخص اعتباري يحكمه القانون الخاص بإبرام عدد معين من العقود بدلا منه مع أشخاص خاصين آخرين وهو ما جعل القاضي يطلق على الشخص الخاص ب" الشخص الشفاف" ويعتبر كما لو أن الشخص العام قد وقع بالفعل على العقد استنادا الى مجموعة من القرائن أهمها : إنشاء الشخص الخاص بمبادرة من الشخص العام، تسيير الخدمة العامة،، التمويل العام والخضوع لتأثير القانون العام، لمزيد من التفاصيل:

- François Lichère, *Apparence et transparence organique en droit administratif: pour une nouvelle application de l'échelle de la personnalité morale*, Juge et Apparence(s),Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010,p p. 217-232.

3 TC, 2 avril 1985, Laurent ; Req. N° 02368, p. 541

والتي لها العديد من التطبيقات في مشاركة الشخص العام في تنفيذ مهام تتعلق بالمرفق العام غالبا[1]، غير أنه وعلى عكس القاعدة التي تجعل الشخص العام متورطا بشكل مباشر في النزاع[2] فإن محكمة التنازع قد تركت الأمر للمحكمة الإدارية للبث في النزاع بين السيد Laurent ولجنة المهرجان وليس البلدية والتي تعتبر اللجنة منبثقة عنها.

ويتعلق الاستثناء الرابع بقرار Nersa[3] والذي استخدم فيه قاضي محكمة التنازع من جديد طريقة مجموعة القرائن "La méthode du faisceau d'indices " لاعتبار أن شركة Nersa كانت تعمل لصالح شركة الكهرباء الفرنسية E.D.F كما أن هذه الشركة غالبية رأسمالها مملوك قانونيا وفعليا من قبل هذا الشخص العام كما يتمتع موظفوها بوضع مماثل لموظفي شركة E.D.F وتسعى لتحقيق أهداف مماثلة لها وبالتالي فيمكننا أن نرى نظاما غير مألوف للقانون العام بصددها وذلك يثبت وجود مهمة تم تنفيذها لصالح الشخص العام " Pour le compte d'une personne publique "[4] كما أن وجود هذا التشابه بين هذه الشركة والشخص العام ممثلا في E.D.F قد أعاد الى الأذهان الاستدلال القانوني لحكم "Laurent" المبني على شفافية الشخصية المعنوية الخاصة مع وجود بعض الاختلافات طبعا[5]، غير أنه ومع ذلك

1 CE, Sect., 2 févr. 1979, Ministre de l'Agriculture c/ Gauthier, Lebon, p. 38

2 CE, 21 mars 2007, n° 281796, Commune de Boulogne-Billancourt , Contrats et march. publ. 2007, n° 5, p. 60, note Gabriel Eckert, AJDA 2007 p. 663

3 T. confl., 10 mai 1993, Société Wanner Isofi Isolation et Société Nersa, Lebon, p. 399

4 François Lichère, *Le régime exorbitant du droit commun, nouvelle exception au critère organique du contrat administratif* , RD publ. 1996, p. 1171 et s.

5 هنالك فرق جوهري بين نظرية الشخص الشفاف و مجموعة القرائن وهو يكمن أساسا في وجود العلاقة الوثيقة بين الإدارة والشخص الخاص الذي يتصرف لحسابها والتي يمكن إثباتها بسهولة من خلال قرائن معينة على غرار الشروط الاستثنائية والنظام غير المألوف للقانون العام، لمزيد من التفاصيل:

- François Brenet, *Les contrats conclus pour leur compte par les sociétés d'économie mixte avec d'autres personnes privées sont des contrats*

فإن طريقة مجموعة القرائن والتي تم اعتمادها بصدد هذا القرار لم تجعل من الممكن تقدير النطاق الحقيقي لهذا الاجتهاد القضائي وهو الأمر الذي أدى بعد ذلك بمجلس الدولة الفرنسي وكذا محكمة الاستئناف الإدارية في ليون للتخلي عن تطبيقه بصدد شركة تخضع أيضا للنظام غير المألوف للقانون العام[1].

ومن ثم يمكن القول بأن الاستثناءات التي تم فرضها من طرف القضاء الإداري الفرنسي أو حتى محكمة التنازع لم تقدم النطاق الحقيقي لتطبيقه[2]ا، كما أن المعايير المستخدمة بمناسبة تكريس هذه الاستثناءات لا تجعل من الممكن التأكيد على وجه اليقين على أنها حصرية أم أنه سيتم توسيع نطاقها أو التخلي عنها.

المطلب الثاني: الاتجاه الحديث لمجلس الدولة بالنسبة للمعيار العضوي.

إن الأساليب المعاصرة للعمل الإداري والتي أصبحت تعتمد بكثرة على اللجوء المتكرر للشخصية الخاصة والتقنية التعاقدية جعلت مكانة القاضي الإداري موضع تساؤل في مواجهة هذه الأساليب المستحدثة ولا سيما أن الاختصاص الإداري مرفوض في الغالبية العظمى من هذه الفرضيات استنادا إلى تفوق المعيار العضوي والذي يقتضي وجود الإدارة كطرف في العقد من حيث المبدأ وهو ما جعل محكمة التنازع الفرنسية تلجأ لنظرية الإلحاق (الفرع الأول) لفرض اختصاص القضائي الإداري بالنسبة لبعض العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة وتقلل من الاستثناءات المفروضة على هذا المعيار من خلال هجر قرار Peyrot (الفرع الثاني).

---

privés , *https://www.lexbase.fr/article-juridique/3208917-jurisprudence-les-contrats-conclus-pour-leur-compte-par-les-societes-d-economie-mixte-avec-d-autres* , consulté le :16/02/2023 à 20 :31.

1 CE, Sect., 29 janv. 1973, Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant, Lebon, p. 48

- CAA Lyon, 25 janv. 1996, Société Bouygues SA, AJDA 1996, p. 239 et les obs. de Jean Courtial, p. 192.

2 François Lichère, *L'évolution du critère organique du contrat administratif*, op.cit,p343.

الفرع الأول: الاستناد الى نظرية الالحاق لفرض اختصاص القضاء الإداري

تقوم نظرية الالحاق على القول المأثور اللاتيني" *accessorium sequitur principale*" والذي مفاده أن الملحق يتبع الأساس، وعلى عكس ما يمكن أن توحي به كلمة " نظرية " للوهلة الأولى فإن " نظرية الإلحاق" لا يقصد منها بناء فقهي عقائدي بقدر ما تشير إلى آلية قانونية عملية يقصد منها إلحاق الملحق بأصله [1]، مع العلم بأن هذه النظرية لا تخص القانون الإداري على وجه التحديد وإنما تجد تطبيقات لها في العديد من القوانين على غرار القانون المدني[2]، التجاري[3]، الدولي الخاص[4] والقانون الجبائي[5].

ويعود السبب الرئيسي في انتشار تطبيق هذه النظرية الى تعدد المعاني والمقاصد التي يمكن أن تمنح للمصطلحات التي تقوم عليها هذه التقنية والتي عرفها الفقه بكونها " مبدأ يتبع بموجبه الملحق الأساسي"[6] ومن ثم فإنه إذا كانت كلمة ملحق والمشتقة من المصطلح اللاتيني "accedere" والذي يعني " التوجه نحو" أو" الإضافة الى" فهذا يعني أنه لا يمكن تعريف الملحق بطبيعته وإنما من خلال العلاقة التي تربطه بالأساسي أي عن طريق الرابط الذي يجمعه بأساسه وليس من خلال صفاته الجوهرية[7].

1 Benjamin Blaquiére, *La théorie de L'accessoire en droit administratif*, L.G.D.J, « Bibliothèque de droit public» Tome 322, Paris,2022, p 11.

2 Gilles Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, étude sur la maxime « accessorium sequitur principale », LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 1969.

3 Marion Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 2013.

4 Delphine Porcheron, *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé*, PUAM,Paris, 2012.

5 André Bonnet, *La théorie de l'accessoire en droit fiscal : application en matière d'impôt sur le revenu*, Thèse, Bordeaux, 1987.

6 Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Assoc. Henri Capitant, PUF, coll. « Quadrige »,13e éd. Paris,2020, p. 11.

7 Benjamin Blaquiére, op.cit, p02.

وفي الحقيقة فإن استخدام نظرية الالحاق في القانون الإداري وإلى وقت قريب جدا لم يكن معهودا، وإنما انحصر تطبيقها على عقود الكفالة الملحقة بالصفقات العمومية[1]، وتم رفضه في حالات مشابهة حيث رفضت محكمة التنازع الفرنسية اعتبار عقد الايجار التمويلي الذي يستلزم شغل الملك العام ملحقا بتفويض مرفق عام إذ أقرت هذه المحكمة بأنه لا يمكن منح الصفة الإدارية لعقد الإيجار التمويلي لمجرد أنه " يقتصر على عملية تمويل بين شركتين تجاريتين"[2] .

ومن ثم فإنه وبالنظر الى قلة الفرضيات التي يمكن أن تطبق نظرية الإلحاق بصددها فإنه كان من غير المرجح أن تشهد هذه النظرية أي تغيرات مهمة على مستوى القانون الإداري[3] إلا أنه وعلى عكس كل التوقعات روجت مؤخرا محكمة التنازع لهذه النظرية من خلال جعلها تبدوا كأنها خروج محتمل عن المعيار الموضوعي للعقد الإداري من خلال قرارها الصادر في 08 جويلية 2013 حيث أكد قاضي محكمة التنازع بأن: "العقود المبرمة بين الأفراد هي من حيث المبدأ عقود تخضع للقانون الخاص باستثناء الحالة التي يتصرف فيها أحد الأطراف لصالح الشخص العام أو عندما يكون العقد ملحقا بعقد يخضع لأحكام القانون العام"[4] .

يبدوا للوهلة الأولى من قراءة هذا الحكم بأن محكمة التنازع قد أرادت أن تعيد للواجهة هذه النظرية وفرضها كاستثناء على المعيار الموضوعي للقضاء الإداري إلا أنه من الصعب تحديد نطاق هذا الاستثناء وتحديد الأسس التي يقوم عليها بالنظر

1 CE, Sect., 13 octobre 1972, AJDA, 1973, p. 213.
- CE, 22 mars 1974 Req. p. 211.

2 T. confl, 21 mars 2005, AJDA, 2005, p. 1186.

3 Pierre Tifine , *La redéfinition des critères jurisprudentiels de qualification des contrats administratifs, https://www.lexbase.fr/article-juridique/26148526-doctrine-la-redefinition-des-criteres-jurisprudentiels-de-qualification-des-contrats-administratifs#:~:text=Le%20crit%C3% A8re%20 organique%20 est%20un,signataires%20 est%20une%20 personne %20 pub lique*. consulté 24/02/2023 à 23 :13

4 T. confl., 8 juillet 2013, n° 3906, Contrats-Marchés publ., 2013, 241, note Pascal Devillers.

إلى أن قاضي التنازع وعلى الرغم من اعترافه بهذه النظرية إلا أنه لم يطبقها بصدد هذه القضية على الرغم من إمكانية ذلك، حيث اعتبر بأن العقد الذي يتضمن توصيل منشآت إنتاج الكهرباء الكهروضوئية بشبكة المؤسسة الوطنية للكهرباء E.D.F لا يمكن اعتباره عقدا مكملا لعقد شراء الكهرباء (Un contrat d'achat d'électricité) والذي يعتبر عقداً إدارياً بتحديد القانون وذلك بموجب المادة 10 من القانون رقم 108-2000 المتعلق بتحديث وتطوير مرفق الكهرباء[1].

لقد ظل قرار محكمة التنازع المتعلق بنظرية الالحاق معزولا من الناحية العملية ولم يصدر بعده سوى حكم واحد لمحكمة الاستئناف الإدارية بباريس بشأن عقد يخص شراء الكهرباء مرة أخرى وطبيعة علاقته باتفاقية تتعلق بأشغال عامة على مستوى محطة طاقة كهرومائية، وبشكل متناسق مع ما قضت به محكمة التنازع اعتبرت المحكمة أن نظرية الالحاق لا يمكن تطبيقها بصدد هذه القضية[2]، وبالتالي فمن الصعب أن نعرف ماهي الفرضيات بخلاف تلك التي تتعلق بالكفالة الملحقة بصفقة عامة والتي من المحتمل أن تطبق هذه النظرية بصددها.

الفرع الثاني: التراجع عن الاستثناء المقرر بموجب حكم Peyrot.

كما رأينا سابقا فإنه بمقتضى حكم Peyrot[3] قامت محكمة التنازع الفرنسية بإدخال مفهوم الأعمال التي تعتبر بطبيعتها من صميم مهام الدولة والتي نفذت لصالحها من طرف أشخاص خاصة لمنح الصفة الإدارية للعقود التي تتضمن هاذين الشرطين على الرغم من كونها عقوداً مبرمة بين أشخاص خاصة، حيث تم منح الصفة الإدارية لعقد مبرم بين شركة اقتصاد مختلط ملتزمة في إطار عقد يتضمن إنشاء طريق سريع مع مقاول من الباطن، ولكن إذا كان للمرء أن يعتقد في ذلك

1 Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité , JORF n°35 du 11 février 2000.

2 CAA Paris, 6ème ch., 9 mars 2015, n° 13PA01311.

3 T .conf 8 juillet 1963 SARL Entreprise Peyrot c/ SAEM Société de l'Autoroute Estérel Côte d'Azur, précité.

الوقت بأن هذا الحل يهدف للتوسع بالنسبة للحالات المشابهة[1] إلا أن واقع الحال قد أثبت أنه بقي محصورا في أعمال الطرق والطرق السريعة فقط[2] .

إن الحل الذي جاء به حكم peyrot لم يسلم أبدا من النقد[3] وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسي يتراجع عن تطبيقه بالنسبة للعديد من العقود المشابهة التي

---

1 حيث أقرت محكمة التنازع الفرنسية على سبيل المثال بأن الجمعية المسؤولة عن اختيار الفنان الذي سيتعين عليه بناء عمل فني في الساحة العامة للبلدية لا يمكن اعتبارها تتصرف باسم ونيابة عن هذه البلدية، راجع:

- T. conf., 12 décembre 2001,req. n° C3274.

2 وعلى سبيل المثال بناء العقود التي تتضمن بناء الأنفاق الطرقية، راجع:

- CE 24 avril 1968 Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc, req. n° 70188

– بناء الجسور.

- CE 1er avril 2009 Société des autoroutes du sud de la France, req. n° 315586

– العقود التي تتضمن بناء سكنات وظيفية في المناطق المجاورة للطرق السريعة من أجل السماح لموظفي الصيانة بالتدخل في الحالات الطارئة، راجع:

- CE 23 décembre 2011 Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (SAPRR), req. n° 340348

– العقود التي تتعلق بتركيب شبكات الألياف البصرية المدمجة في الطرق السريعة، راجع:

- CE 12 janvier 2011 Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France, req. n° 332136

– العقود التي تتضمن أعمالا من شأنها عزل الصوت لمكافحة الضوضاء الناجمة عن الطرق السريعة بما في ذلك الأعمال التي تتم في مبنى خاص مجاور، راجع:

4 novembre 1996 Espinosa c/ Escota, req. n° 02990. T. confl-

– عقود امتياز اطرق السريعة برأس مملوك للخواص بالكامل، راجع:

- CE Sect. 3 mars 1989 Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, req. n° 79532

3 حيث أكد الأستاذ Philippe Terneyre بأنه: "لا يوجد سبب لاعتبار أعمال الطرق من الأعمال الطبيعية للدولة واستثناء تلك المتعلقة بالسكك الحديدية كما أن أصحاب امتياز الطرق السريعة لم يكونوا أبدا وكلاء عن الدولة بما في ذلك في مرحلة الستينيات فهم يعتبرون شركات أوروبية خاصة ذات رأس مال قوي للغاية والتي بعد منافسة شرسة تتفاوض خطوة بخطوة مع الدولة حول بنود عقودهم "، كما أكد الأستاذ Bertrand Dacosta على أن حكم Peyrot " يشكل اجتهادا مشكوكا فيه سواء من حيث مبرراته أو حتى نتائجه العملية"، راجع:

ابرمت بين أشخاص خاصة[1] حيث اعتبرت تمهيدا للهجر النهائي لهذا الحكم وذلك ما تم فعلا بموجب قرار Mme Rispal [2] حيث وضعت بمقتضاه محكمة التنازع نهاية للعزلة المريبة للعقود المتعلقة بأعمال الطرق والطرق السريعة وأقرت بأن: "الشركة الملتزمة في إطار عقود الالتزام المتعلقة بالطرق السريعة التي تبرم مع شخص آخر خاص والتي يكون هدفها إنشاء أو استغلال أو صيانة الطرق السريعة لا يمكن اعتبارها في غياب شروط خاصة على أنها تتصرف لحساب الدولة وأن النزاعات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود تخضع للاختصاص القضائي للمحاكم العادية"، وقد اعتبر هذا الحكم بمثابة بناء جسر لصالح القاضي العادي لممارسة اختصاصه على كل العقود المبرمة من طرف الشركات الملتزمة في اطار عقود التزام الطرق السريعة خارج عقد الالتزام الذي يجمعها مع السلطة المانحة[3].

ومن أجل تجنب الخلل الذي قد ينجم عن هذا القرار ولا سيما من حيث تغير صفة العقود وما يمكن أن ينجم عنه من فقدان الملتزمين للسلطات الممنوحة لهم في مواجهة المتعاقدين معهم وعدم قدرتهم على استبدالها بشروط مناسبة، قامت المحكمة ولأول مرة بناء على اقتراح مقررها العام بتحديد تاريخ سريان الآثار الناجمة عن قرارها وأقرت بأن " الطبيعة القانونية للعقد تقدر في التاريخ الذي تم ابرامه فيه ومن ثم فإن العقود التي تم ابرامها سابقا من طرف الشركات الملتزمة بموجب نظام العقود

- Philippe Terneyre, *Pourquoi les marchés de travaux des sociétés concessionnaires d'autoroutes conclus avec des entreprises privées devraient-ils relever « par nature » de la compétence de la juridiction administrative ?*, RJEP juin 2011, n° 29.

- Bertrand Dacosta, *Conclusions sur CE 14 novembre 2014 Société des Autoroutes du Sud de la France*, req. n° 374557.

1 CE 17 juin 2009, SAEMN Bibracte, req. n° 297509

- CE 11 mars 2011 Communauté agglomération du Grand Toulouse et SEM Colomiers, req. n° 330722

2 T. confl. 9 mars 2015, Mme Rispal , AJDA 2015,p 481.

3 Nathalie Escaut, Conclusions sur T. confl. 9 mars 2015, Mme Rispal , précité.

الإدارية تظل خاضعة لأحكام القانون العام كما أن المنازعات الناشئة عن تنفيذها تخضع لسلطة القضاء الإداري" .

وفي الأخير يمكن القول بأنه وعلى الرغم من عدم تقديم قرار Mme Rispal لأي تفسير للأسس –المثيرة للشكوك[1]– والتي قام عليها حكم Peyrot والتي يفترض أنها كانت المبرر الأساسي للتخلي عنه بمقتضى الحكم الجديد إلا أنه ومع ذلك يعتبر بادرة لإمكانية مراجعة الاستثناءات الأخرى والتي كانت هي الأخرى محل انتقاد كبير من طرف الفقه وذلك في سبيل إعادة توزيع الاختصاص القضائي وفق الأسس المتعارف عليها.

المبحث الثاني: المعيار المادي للعقد الإداري.

إن تواجد الإدارة كطرف في العقود التي تربطها مع الأشخاص الخاصة غالباً ما يصحبه تضمين العقد لمجموعة من البنود التي تعبر عن الامتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة في اطار مهمتها لتحقيق المصلحة العامة والتي لا تشبه غالبا تلك الشروط التي تتضمنها عقود القانون الخاص وهو ما يطلق عليه بالبنود غير المألوفة في القانون الخاص والتي استحدثها مجلس الدولة الفرنسي كأحد المعايير المميزة للعقود الإدارية منذ عقد من الزمن (المطلب الأول) غير أن دوره في تحديد العقد الإداري قد شهد تراجعا نسبيا في الآونة الأخيرة بالنظر الى كثرة القيود التي فرضها القاضي الإداري عليه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الاتجاه التقليدي بالنسبة لمعيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص.

إذا كان معيار البند غير المألوف في القانون الخاص هو أحد المعايير المادية للعقد الإداري فهذا يعني بالضرورة بأن هذا البند مستمد من محل العقد في حد ذاته وهو بهذا الطرح يشترك مع معيار المرفق العام في كونهما من العوامل التي تحدد ماهية العقد من خلال محله نفسه ولكن على الرغم من الاجماع الفقهي

1 Marguerite Canedo-Paris, La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin, AJDA 2015, p496.

والقضائي على كون معيار البند غير المألوف هو أحد المعايير المساهمة في تحديد طبيعة العقد الإداري إلا أنهم اختلفوا في تحديد مفهومه (الفرع الأول) وكذا تحديد صوره (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم معيار البند غير المألوف للعقد الإداري.

يقصد بالبند غير المألوف (La clause exorbitante) للعقد الإداري هو احتواء هذا الأخير لبنود غير معتادة أو محظورة ضمن قواعد القانون الخاص وبالتالي فإن هذا المعيار يقوم على حرية الأطراف في الاختيار ولا سيما السلطة العامة المتعاقدة والتي بإمكانها أن تتعاقد وفقا لأحكام القانون الخاص أو اختيار استخدام سلطاتها والخضوع بالتالي لأحكام القانون العام[1].

وقد ظهر معيار البند غير المألوف في القانون الخاص في وقت مبكر جدا بل ومعاصر لرواج نظرية المرفق الإداري كمعيار لتطبيق القانون الإداري، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي في قضية Société des granits porphyroïde des Vosges بأن: "العقد المبرم بين مدينة Lille والشركة كان محله فقط القيام بعملية توريد وذلك ضمن القواعد والشروط المتعارف عليها في العقود المبرمة بين الخواص"، وبمفهوم المخالفة فإن هذا العقد يجب أن يتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص وهو الأمر الذي أشار إليه مفوض الحكومة Léon Blum في معرض استنتاجاته المتعلقة بهذه القضية بقوله: "عندما يتعلق الأمر بالعقد فإنه يجب البحث ليس لأي غرض تم ابرامه فقط وإنما في ضوء ماهية هذا العقد وتحديد طبيعته في حد ذاتها، ولكي يكون القاضي الإداري مختصا، لا يكفي أن يكون موضوع العقد توريداً وإنما يجب أن يستخدم هذا التوريد لتنفيذ مرفق عام بحيث يجب أن يكون العقد في حد ذاته وبطبيعته البحثة من تلك العقود التي يمكن للشخص العام ابرامها بمفرده وأن تكون شكلا وبنية من قبيل العقود الإدارية ... إن ما يجب

1 Christophe Fardet, *La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général :* A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 5 juillet 1999, «UGAP», AJDA 2000 p117.

فحصه هو طبيعة العقد في حد ذاته بصرف النظر عن الشخص الذي أبرمه وعن الغرض الذي أبرم لأجله"[1].

في حين اعتبر جانب من الفقه بأن البنود غير المألوفة هي تلك الشروط التي لا يجوز ادراجها في علاقات الأفراد فيما بينهم وبالتالي فإن البند غير المألوف في القانون الخاص يبرز بهذه الصفة كشرط ممنوع في علاقات القانون الخاص التعاقدية[2]، في حين رأى البعض الآخر بأنها تلك الشروط المستحيلة في علاقات القانون الخاص التعاقدية وذلك لأنه من غير المعقول في منطق القانون المدني وغير معترف به من قبل هذا القانون ذاته[3]، كما عرفها الأستاذ أحمد محيو على أنها: "نصوص أو بنود لا نجدها عادة في العقود بين الأفراد ومن ثم سميت بالبنود غير المألوفة"[4]

وقد تمت الإشارة الى البند غير المألوف في العديد من القرارات التي صدرت بعد حكم Société des granits porphyroïde des Vosges [5] غير أن تعريف البنود غير المألوفة جاء بشكل واضح من خلال قرار مجلس الدولة المتعلق بقضية Stein والذي اعتبرها "بنوداً من شأنها منح الأطراف المتعاقدة حقوقاً أو تحملهم التزامات غير مألوفة من حيث طبيعتها عن تلك التي يحتمل أن يوافق أي شخص بحرية بموجب القوانين المدنية والتجارية"[6] وقد تم تأكيد هذا التعريف في العديد من القرارات الصادرة بعد ذلك عن محكمة التنازع[7] أو حتى المحاكم العادية[8]، وبالمقابل

1 CE 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Req.Lebon, N° 30701, concl. Léon Blum.

2 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J , Paris,Tome 01,1983,p222.

3 Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 1999, p24.

4 أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاليصا، ديوان المطبوعات الجامعي، دون طبعة، الجزائر،2006 ، ص 349.

5 T. confl. 7 mars 1923, Sieur Iossifoglu, Req. n° 69930

6 CE 20 oct. 1950, Stein, req. n°98459.

7 T. confl. 15 nov. 1999, Commune de Bourisp , Req. n° 03144.

8 Civ. 1re, 20 sept. 2006 ,N° de pourvoi : 04-20.614, Publié au bulletin.

لم يعتبر من قبيل البنود غير المألوفة تلك التي لا تختلف بطبيعتها عن تلك التي قد ينص عليها عقد يخضع للقانون الخاص[1] أو تلك التي تفرض على المتعاقد التزامات خاصة[2] .

وفي الحقيقة فإنه ومن وجهة رأي نظرية فإن هذه الطريقة في التعريف تعتبر منتقدة لأنها تضفي طابعا ثانويا أو تابعاً على القانون الإداري والذي لن يتم تعريفه إلا بالنظر للقانون الخاص[3] وذلك عن طريق الاستناد إلى الاختلافات بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص وبالتالي فإن هذا التعريف يستند إلى منطق مشابه لحكم بلانكو[4]، والذي حدد مجال القانون الإداري بمفهوم المخالفة للقانون الخاص. أما من الناحية العملية فإن هذا التعريف يفتقر إلى الدقة بالنظر إلى اعتماده بالكامل على قانون الالتزامات والذي شهد ويشهد تغيرات من شأنها تعزيز هشاشة هذا التعريف، وللاستشهاد على ذلك فإن شرط إنهاء العقد من جانب واحد لم يعد يعتبر بنداً غير مألوف في القانون الخاص وذلك بالنظر إلى تطور الاجتهاد القضائي وكذا الأحكام القانونية للالتزامات التي قد قبلت اليوم بإمكانية احتواء عقود القانون الخاص على هذا الشرط[5]، إن هذا التعريف الأجوف "en creux "[6] للبنود غير المألوفة والذي صعب مهمة القاضي في تصنيف ما هو مألوف عن غيره وما صاحبه من انتقادات فقهية[7] كان السبب الرئيسي لإعادة تعريف هذه البنود في وقت لآحق.

1 Cass. civ. 1, 18 février 1992, n° 90-18.826, Bull. civ. I, 1992, n° 59.

2 CE, Sect., 17 décembre 1954, Req. p. 674.

3 François Brenet, note sur T. confl., 13 octobre 2014, Req. n° 3963.

4 T. confl., 8 février 1873, Req. n° 00012.

5 CA Versailles, 28 novembre 2017, RG n°16/04524

6 Pierre Tifine, article précité.

7 René Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, tome 1, 13e éd. 1999, n° 725 : « Il serait satisfaisant de renoncer à cette définition » ; Martin Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 12e éd. 1999, p. 155 : « La notion de clause exorbitante n'est pas parfaitement claire » ; Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, op.cit,p112 : « Il n'existe pas un critère général de la clause exorbitante et les solutions jurisprudentielles sont parfois imprévisibles » ; chron. Fabien

الفرع الثاني: صور البنود غير المألوفة في القانون الخاص.

قبل التطرق الى صور البنود غير المألوفة تجدر الإشارة الى أن هذه الأخيرة تحمل طابعين أولهما شخصي وهو الذي يبرز حرية الأفراد في اختيارهم للتصرف تحت مظلة القانون العام أما الثاني فهو موضوعي بحكم أن هذه الشروط متى ما أدرجت في العقد فإنها تكسبه الطبيعة الإدارية بواسطة ذاتيتها وطبيعتها الخاصة والتي ليست سوى انعكاس للنظريات المستقرة في القانون العام[1]، ومن ثم فإن تحديد ماهية وصور هذه البنود يظل دائما من الأمور العصية والمعقدة غير أنه وبالعودة إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي فإننا نجدها تحدد هذه البنود من خلال جملة من المعطيات والتي تتمثل فيما يلي:

1- البنود التي تشير إلى الأشكال الإدارية (Les clauses qui se réfèrent aux formes administratives) حيث اعتبرت السوابق القضائية في هذا المجال بأن الإشارة في العقد الى الأشكال والإجراءات الإدارية تستلزم منح الصفة الإدارية للعقد وعلى سبيل المثال فإن الإحالة في العقد الى دفتر الشروط الإدارية العام من شأنه أن يمنح ذلك العقد الصفة الإدارية متى كانت تلك الإحالة نافعة (Référence utile)[2].

2- البنود التي تعبر عن فكرة السلطة العامة (Les clauses qui expriment l'idée de puissance publique) حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن البنود غير المألوفة هي التي تفرض حقوقا أو التزامات ترتبط بوجود السلطة العامة وتشكل صدى لها سواء كانت تلك الحقوق والالتزامات ممنوحة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها (Le cocontractant) أو حتى الغير (Le tiers)[3] حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي في قضية La prospérité fermière بأنه: "بالنظر إلى أن العقد المبرم على هذا النحو، ولاسيما بين الدولة والشركة

Raynaud et Pascale Fombeur, AJDA 1999, p. 556 : « La notion de clause exorbitante elle aussi est assez difficile à manier. La jurisprudence n'a jamais été en mesure d'en donner une definition efficace ».

1 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, op.cit, p212.

2 C.E 25 février 1944, Trahand ,rec. p. 65

3 C.E 27 juillet 1950, Peulaboeuf , rec. p. 668

المدعية تضمن بنوداً لا تتماشى مع القانون الخاص ولا سيما تلك التي تتعلق بمراقبة عملية التخزين وعمليات دخول وخروج المخزون من طرف الإدارة ... فإن العقد المعني يعتبر إداريا"[1].

3- البنود التي تحمل العلامة الإدارية (Les clauses qui portent la marque administrative) حيث اعتبر الأستاذ André de Laubadère بأن البنود غير المألوفة هي تلك البنود التي تحمل العلامة الإدارية أو بمعنى أدق هي تلك البنود التي تشير إلى نظريات تطبق فقط في مجال القانون الإداري وبشكل أدق على العقود الإدارية على غرار تلك الشروط التي تمنح الإدارة سلطة الإشراف والتوجيه في تنفيذ العقد وينطبق هذا الأمر أيضاً على البند الذي يمنح الإدارة خيار إنهاء العقد من جانب واحد[2] .

المطلب الثاني: الاتجاه الحديث بالنسبة لمعيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص.

بالنظر إلى الانتقادات التي طالت التعريف القضائي للبنود غير المألوفة في القانون الخاص والتي كانت تعد أهم وسيلة للكشف عن نية الإدارة في استخدام أساليب القانون العام وبالتالي سلك الطريق الإداري في التعاقد، كان لابد من إعادة وضع تعريف إيجابي لهذا المعيار (الفرع الأول) لتفادي التعريف السلبي المقدم سابقا غير أن هذا التعريف قد صاحبه بعد ذلك فرض مجموعة من القيود والتي اعتبرت بمثابة عوامل تمهد لبداية اندثاره (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إعادة تعريف البنود غير المألوفة.

اعتبر معيار البنود غير المألوفة بمثابة الرجل العجوز القوي الذي تغلب على أزماته[3]، تلك الأزمات التي ارتبطت أولا بظهور معيار بديل يتعلق بموضوع العقد والذي يهدف الى إشراك الطرف المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام[4] ليتم تقديم

1 C.E 10 mai 1963, La prospérité fermière , RDP 1963 p 584

2 C.E 26 février 1965, Société du vélodrome du Parc des princes, rec. p 652

3 Didier Truchet, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public*, AJDA 1982,p 427

4 CE, sect., 20 avril 1956, Epoux Bertin, Req. n° 98637

هذا البند بعد ذلك كتابع لباقي المعايير الأخرى[1]، كما كان عليه أن يخضع أيضا لظهور معيار آخر مستمد من خضوع العقد لنظام غير مألوف " Régime exorbitant"[2] عدا عن تفوق المعايير التشريعية التي تحدد العقود الإدارية عن تلك القضائية، لكن وعلى الرغم من ذلك لازال هذا المعيار يلعب دورا هاما في تحديد العقود الإدارية كما يتضح من العديد من القرارات الصادرة عن الهيئات القضائية العليا والتي أصبحت تطبقه في الآونة الأخير في القضايا التي تعتبر أقل تشبعا بالمرفق العام "moins imprégnées par le service public" على غرار عقود شغل القطاع الخاص "Un contrat d'occupation du domaine privé"[3] بل وحتى العقود المبرمة لتلبية احتياجات الإدارة الخاصة من قبل مؤسسة عامة صناعية وتجارية[4].

حقيقة لا يمكن القول إلا أن اليقين الناجم عن دوره في تحديد العقد الإداري لا يعادله إلا عدم اليقين الذي صاحب محتواه ونطاقه الذي كان مشوبا بالغموض منذ نشأته[5] وهو ما جعل محكمة التنازع تتخلى عن النهج السلبي في تعريف البند الغير المألوف في قضية "SA AXA France IARD" حيث أقرت باختصاص القضاء

– CE, sect., 20 avril 1956, Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard, req .n° 33961

1 وقد تم استشفاف التبعية هنا من خلال انتقال القاضي التتابعي للبحث حول معايير تحديد العقد الإداري بحيث كان يترك البحث حول وجود البنود غير المألوفة دائما للأخير، راجع:

- Jean Lessi, Les habits neufs de la clause exorbitante, AJDA 2014, p. 2181.

2 تم تكريس فكرة النظام غير المألوف بموجب حكم:

(CE, 19 janv.1973, , Société d'exploitation électrique de la rivière du San, req . n° 82338,)

حيث اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالطبيعة الإدارية لأحد العقود على الرغم من أن هذا العقد لم يكن فيه الاتصال واضحا بالمرفق العام كما أنه لم يحتوي على شروط استثنائية وإنما اكتسب صفته الإدارية من خلال الأحكام القانونية الخارجة عن نطاق الأفراد والمقننة بموجب نصوص خاصة والتي تتضمن حقوقا والتزامات لطرفي العقد غير مألوفة في القانون الخاص.

3 T. confl. 22 nov. 2010, n° 3764, Société Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims, AJDA 2010, p 2423

4 T. confl. 7 avr. 2014, AJDA 2014, p766

5 Jean Lessi, article précité , p2181.

الإداري بالنسبة لعقد مبرم بين البلدية واحدى الجمعيات والذي يتضمن تخصيص عقارات معينة من أجل ممارسة رياضة التجديف بقولها " إن العقد المتنازع عليه لا يتضمن أي بند يندرج ضمن متطلبات المصلحة العامة التي تشير الى النظام الاستثنائي للعقود الإدارية ولا سيما تلك الامتيازات الممنوحة للشخص العام المتعاقد في إطار تنفيذ العقد الإداري"[1]

إن لهذه الصيغة الإيجابية لتعريف البند المألوف عدة خصائص، يتمثل أولها في أن هذا البند أصبح كمؤشر معبر عن الحاجة لاخضاع العقد "لنظام غير مألوف" والذي يشير بدوره الى القواعد التي تطبق على العقود الإدارية على غرار نظرية الظروف الطارئة وفعل الأمير، وبالتالي فإنه هذا البند لن يحلل في حد ذاته ولذاته وإنما يتم تحليله كمؤشر للنظام القانوني الذي يبرر وجوده في العقد (المصلحة العامة)، أما بالنسبة للخاصية الثانية فتتمثل في الإشارة الى المصلحة العامة التي تبرر إخضاع العقد للقانون الإداري، وفي هذا الصدد أشار الأستاذ Frédéric Desportes إلى أنه: "لا يكفي أن يعبر البند غير المألوف عن المصلحة العامة بل يجب أن يكون العقد كله محكوما بالمصلحة العامة التي تتطلب تطبيق نظام قانوني وحيد مصمم لسيادة المصلحة العامة ونعني بذلك القانون العام" وهو الاتجاه الذي أكدته السوابق القضائية[2]، كما أكد الأستاذ Frédéric Desportes على ضرورة أن تعتبر المصلحة العامة كأولوية في العقد بقوله: " إن تحقيق الأولوية للمصلحة العامة التي يكشف عنها البند غير المألوف يمكن أن تنتج تأثيرها الكامل فقط بشرط أن يخضع العقد ككل لنظام القانون العام"[3].

أما فيما يتعلق بالخاصية الثالثة فتتمثل في تبنى محكمة النزاعات للنهج الموضوعي البحث بصدد الكشف عن هذا البند حيث أن الأمر لا يتعلق هنا بمسألة تفسير النية المشتركة للأطراف من أجل وضع أنفسهم تحت مظلة قانون أو نظام معين ولكن استخلاص طبيعة العقد من خلال محتواه الذي صاغوه بمحض إرادتهم،

[1] T. confl. 13 oct. 2014, SA AXA France IARD, AJDA 2014. p2180

[2] T. confl 30 mars 1992, Le Joli Bois , Req. n° 2694.

[3] Christophe Fardet, La clause exorbitante et la notion d'intérêt général, AJDA 2000, p 115

ومع ذلك فإن هذا النهج لا يخالف الصورة المعهودة للبند غير المألوف باعتباره دليلا غير قابل للنقض عن إرادة الأطراف لوضع أنفسهم تحت مظلة القانون العام[1] أو حتى أداة تسمح للأشخاص العامة عند ابرامهم لعقود تجمعهم مع أشخاص خاصة – خارج فرضيات تنفيذ المرفق العام–باختيار النظام الذي ينوون وضع أنفسهم في ظله[2] لأن دور نية الأفراد يظل نسبيا[3]، فما يريده الأطراف بشكل أساسي أكثر حتى من تحديد النظام الذي سيخضعون له هو وجود التوازن العقدي والذي يفترض أن يكون معكوسا بشكل أساسي عن طريق البند غير المألوف، والذي يساهم في جعل إرادة الأطراف موضوعية.

الفرع الثاني: تراجع معيار البند غير المألوف في القانون الخاص.

إن إعادة تعريف البند غير المألوف بموجب قضية " SA AXA France IARD " لم يكن إلا خلاصة قرن من التجربة والخطأ كما أن الحل الذي خرجت به محكمة التنازع الفرنسية لا يشكل قطيعة مع الحل الذي جاء به مجلس الدولة الفرنسي في قضية Société des Granits porphyroïdes des Vosges وإنما قدم للقاضي عدة بوصلات تمكنه من استشاف المنطق السليم في تكييف العقد الإداري، والتي تتمثل أساسا في "المصلحة العامة" والتي تبرر الخضوع لنظام القانون العام وكذا "الامتيازات المعترف بها للشخص العام" والتي تعتبر بنودا غير مألوفة ضمن العقد حصرا إذا كانت تشير الى الصلاحيات الممنوحة للشخص العام في إطار تنفيذ العقد وبمعنى آخر فإن البنود غير المألوفة في القانون الخاص هي تلك البنود التي تمنح امتيازات أو تفرض التزامات على الجهة العامة المتعاقدة فقط، وبمفهوم المخالفة إذا احتوى العقد على بنود غير مألوفة لصالح الشخص الخاص المتعاقد مع الإدارة فإن هذه البنود ليس من شأنها منح الصفة الإدارية للعقد لأنها لا تعبر عن

1 Fabien Raynaud. Pascale Fombeur, *Notion de contrat administratif* , AJDA 1999,p 554

2 René Chapus, op.cit, p. 551

3 Denys de Béchillon, Philippe Terneyre note sur : T. confl. 13 oct. 2014, SA AXA France IARD, CJEG 2000 , p 169.

مصلحة عامة [1] وهو الأمر الذي اعتبره البعض[2] بمثابة تراجع نسبي لهذا المعيار في تحديد الصفة الإدارية للعقود.

إن هذا التراجع كرس بشكل جدي بعد ذلك من خلال قضية " M. B... A... C /ONF " حيث أبرم المكتب الوطني للغابات (ONF) اتفاقية من أجل تخصيص أرض لأحد الخواص من أجل بناء مسكن، وبما أن هذا الأخير لم يف بالتزاماته فقد أنهى (ONF) الاتفاق بشكل انفرادي وبمقتضى ذلك تم تقديم القضية أمام القضاء الإداري حيث أقرت محكمة الاستئناف ببوردو بأن البنود التي تمنح (ONF) سلطة انهاء العقد من جانب واحد دون تعويض أو اشعار في حال قررت القيام بأي اجراء للتصرف في هذه الأرض بالإضافة الى إمكانية القيام بأعمال تستهدف هذه الأرض وعلى نفقة شاغلها وكذا مراقبة التنفيذ السليم للاتفاق من طرف المعني بتنفيذ هذه الالتزامات وأخيرا منع المتعاقد من تقليم أو قطع أو إزالة شجرة دون موافقة مكتوبة من المكتب تشكل في مجمعها بنودا غير مألوفة في القانون الخاص، مما يجعل العقد إداريا[3]، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت المعايير القضائية المقررة بموجب السوابق القضائية في هذا المجال والتي تجعل العقد إداريا إذا كان أحد أطرافه يشكل شخصا عاما بالإضافة الى أن بنوده تخلق علاقات غير متاحة على مستوى القانون الخاص.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي وبصدد نفس القضية اتخذ اتجاها مخالفا تماما حيث اعتبر بأن مجرد احتواء العقد على بنود غير مألوفة في القانون الخاص لا يمكن أن يمنح الصفة الإدارية للعقد حتى مع وجود الشخص العام بل لابد أن تهدف تلك البنود لتحقيق المصلحة العامة أيضا حيث أشار إلى أن: "القاضي

1 T. confl. 2 nov. 2020, SPLA / INRAP, req. n° 4196

2 Nathalie Mariappa, *Une clause exorbitante du droit commun ne vaut pas qualification de contrat administratif, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/une-clause-exorbitante-du-droit-commun-ne-vaut-pas-qualification-de-contrat-administratif#.Y_jUqnbMKM8* , consulté le 24/02/2023 à 16 :16.

3 C.A de Bordeaux, M. B... A... C /ONF 16 juillet 2021,req. n° 19BX03044.

الإداري يكون مختصاً عندما يتضمن العقد المتنازع عليه بندا يندرج ضمن متطلبات المصلحة العامة والتي تشير الى النظام غير المألوف للعقود الإدارية ولا سيما تلك الامتيازات الممنوحة للشخص العام المتعاقد في تنفيذ العقد ... إن محكمة الاستئناف ببوردو ارتكبت خطأ قانونيا بالاحتفاظ بالاختصاص الإداري للمحكمة"[1].

إن هذا القرار يثير العديد من التساؤلات في الحقيقة، فإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد رفض منح الصفة الإدارية لهذا العقد على الرغم من وجود بنود غير مألوفة في القانون الخاص فإنه يعترف بإمكانية وجود بنود غير مألوفة في القانون الخاص ضمن العقود التي تخضع للقانون الخاص ! وذلك باعتبار أن القاضي لم يلغي تلك الشروط وإنما أحال الاختصاص للقاضي العادي هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان مجلس الدولة قد اعتبر بأن الامتيازات الممنوحة للإدارة والتي تتمثل في إمكانية انهاء العقد من جهة واحدة وكذا تعديله من طرف السلطة العامة المتعاقدة ليست من قبيل البنود غير المألوفة التي تعبر عن المصلحة العامة، فما هي بالتالي تلك البنود غير المألوفة في القانون الخاص والتي يمكن أن تندرج ضمن مقتضيات المصلحة العامة؟

لقد اعتبر بعض أساتذة القانون بأن هذا القرار بمثابة دق ناقوس الخطر بالنسبة لمعيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص حيث أكد الأستاذ Jean Baptiste Vila بأن التطورات القانونية والقضائية الأخيرة تميل إلى منح مكان أكبر لتحديد العقود بموجب النصوص القانونية على حساب المعايير القضائية، وعلق قائلا: "إن مجلس الدولة يبدوا مترددا في صياغة معايير جديدة مستقرة لعقود لا تقع ضمن تصنيف النصوص القانونية التي لا جدال فيها"[2]، بينما رأى البعض الآخر[3]

1 C.E 20 juillet 2022 , M. B... A... C /ONF, req. n° 457616.

2 Jean Baptiste Vila, *La clause exorbitante, toujours vivante… parfois clivante, https://blog.landot-avocats.net/2022/12/20/la-clause-exorbitante-toujours-vivante-parfois-clivante-video-article-interview-du-professeur-j-b-vila/* , consulté le 24/02/2023 à 22 :45.

3 Éric Landot, *La clause exorbitante est toujours vivante, https://blog.landot-avocats.net/2022/11/14/la-clause-exorbitante-est-toujours-vivante/* , consulté le 25/02/2023 à 21 :33.

بأنه وعلى الرغم من التراجع النسبي الملحوظ لهذا المعيار بمقتضى هذا القرار فإن القاضي رفض فقط فكرة إدراج بنودا غير مألوفة لا تخدم المصلحة العامة وأن لا تستخدم هذه البنود كوسيلة للتحايل على الاختصاص الإداري بدون سبب حقيقي قائم، وهو الأمر الذي تأكد فعلا بصدور قرار محكمة التنازع الفرنسية الصادر في 07/11/2022 حيث أكدت هذه الأخيرة بأن: "... ويترتب على ما سبق بأن اتفاقية المشاركة المبرمة بين من طرف الشخص العام تتضمن في مادتها السابعة بندا يتضمن رقابة تنفيذ رقابة العقد الجماعي للادخار وهو ما يعتبر امتيازا يندرج ضمن مقتضيات المصلحة العامة التي تعبر عن النظام غير المألوف للعقود الإدارية وبالتالي فإن العلاقات التعاقدية بين مركز المقاطعات لتسيير الوظيفة العامة الإقليمي ل Gard وشركة التأمين المتبادل تأخذ طابع القانون العام. وبالتالي فإن هذا النزاع يقع ضمن اختصاص المحكمة الإدارية "[1]ومن ثم فإنه وعلى الرغم من ازدياد القيود المفروضة من القاضي الإداري على هذا المعيار والتي ابتدأت بإعادة تعريفه ثم ربطه بتحقيق المصلحة العامة إلا أنه لازال يمثل احدى المعايير القضائية الثلاث المحددة للعقد الإداري على الرغم من التوقعات الفقهية باختفائه.

خاتمـــــة:

في الختام يمكن القول بأنه إذا كانت المعايير القضائية لتحديد العقود الإدارية قد مرت فعلاً بتطور حقيقي فمن الضروري الإشارة إلى أن هذا التطور كان يستهدف أساسا إعادة تنظيم وتجديد هذه المعايير بما يتوافق مع المستجدات على المستوى الاقتصادي والقانوني فقط وليس خلق قطيعة مع الاجتهادات السابقة بحيث أن الروابط الأساسية بين المعايير القضائية لتحديد العقود الإدارية لازالت على حالها إذ لازال المعيار الأساسي المتمثل في المعيار العضوي مطلوبا ويتمتع بالأسبقية، كما أن المعايير الأخرى المكملة له المتعلقة بموضوع العقد ومحتواه لازالت متطلبة على سبيل الخيار وبالتالي فإن التحديثات تتعلق أساسا في إعادة صياغة المفاهيم وتحديد نطاق تطبيق هذه المعايير، ومن ثم نستخلص بأن:

1 T. confl. 7 novembre 2022, centre départemental de gestion de la fonction publique territoriale du Gard/ groupement Interiale – Gras, req. n° C4252

- وجود الشخص العام كطرف في العقد هو شرط ضروري ولازم من حيث المبدأ لمنح الصفة الإدارية للعقد إلا أن القاضي قد يستشف وجوده على الرغم من غيابه الظاهري في العقد من خلال نظريتي مجموعة القرائن والشخص المعنوي الشفاف.
- على الرغم من إقرار القاضي الإداري الفرنسي لمنهج الالحاق من أجل منح الصفة الإدارية للعقود الخاصة الملحقة بعقود إدارية إلا أن تطبيق هذا المنهج لا يزال محصورا في حالة عقود الكفالة الملحقة بالصفقات العمومية.
- لا يكتسب العقد صفته الإدارية بمقتضى معيار الشروط غير المألوفة في القانون الخاص بالنظر لشروطه الذاتية التي عبر عنها المتعاقدون وإنما لخضوع هذا العقد لقواعد خارجة عن إرادة المتعاقدين ضمن نظام قانوني استثنائي محدد سلفا بمقتضى القوانين واللوائح.
- إذا كان البند غير المألوف في القانون الخاص يتعلق أساسا بحقوق والتزامات غير متاحة على مستوى القانون الخاص فإن القاضي الإداري قد قيدها بمقتضى اجتهاداته الحديثة بشرطين آخرين وهما أن تكون تلك الامتيازات مخصصة لفائدة الشخص العام حصرا وأن تهدف أساسا الى تحقيق المنفعة العامة.

وبناءً على ما سبق يمكن اقتراح التالي:

- إعادة النظر في التفوق والأسبقية غير المبررة للمعيار العضوي على حساب المعايير الأخرى حيث أن هذه الخاصية قد أخرجت العديد من العقود التي توفرت فيها المعايير الأخرى في اطار ما يسمى بالعقود الخاصة الخاضعة للتأثير العام من نطاق اختصاص رقابة القاضي الإداري.
- التخلي عن معيار الاختصاص القضائي لمنح الصفة الإدارية لبعض لعقود الأشخاص العامة الإدارية في الجزائر بالنظر الى أن الإدارة لا تتصرف دائما باعتبارها سلطة عامة كما أن الاختصاص القضائي يفترض فيه بأن يتحدد بالنظر لطبيعة العمل وليس العكس.

- أن تتم مراعاة الآثار الجانبية المحتملة الناجمة عن إعادة صياغة معيار البنود غير المألوفة في القانون الخاص سواء من الناحية المفاهيمية أو حتى نطاق التطبيق على معيار المرفق العام.
- تحديد مقتضيات المصلحة العامة التي من شأنها جعل البنود غير المألوفة في القانون الخاص كمعيار محدد للعقد الإداري من طرف القاضي الإداري بالنظر الى أنه قد قبل بوجود مثل هذه الشروط في عقود القانون الخاص !

قائمة المراجع:

أولاً- الكتب:

- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاليصا، ديوان المطبوعات الجامعي، بدون طبعة، الجزائر، 2006.
- محمد الحسين، مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، بدون طبعة، سورية، 2005-2006.
- محمد عبد الوهاب الجميلي، ماهية العقود الإدارية، دار النهظة العربية، بدون طبعة، القاهرة، 1990.
- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، سطيف، 2010.

ثانياً- الرسائل العلمية:

- نصر الشريف عبد الحميد، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2004.

ثالثاً- النصوص التشريعية والتنظيمية:

- الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية (ملغى).
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008.

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج.ر عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

رابعاً- المراجع باللغة الأجنبية:

1. Ouvrage:

- André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J , Paris, Tome 01,1983.
- Benjamin Blaquiére, *La théorie de L'accessoire en droit administratif,* L.G.D.J, « Bibliothèque de droit public» Tome 322, Paris, 2022.
- Delphine Porcheron, *La règle de l'accessoire et les conflits de lois en droit international privé*, PUAM, Paris, 2012.
- François Lichère, *Les contrats administratifs entre personnes privées représentation*, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif, Montpellier I, 1998
- Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Assoc. Henri Capitant, PUF, coll. « Quadrige »,13e éd. Paris, 2020.
- Gilles Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé, étude sur la maxime « accessorium sequitur principale »*, t. 93, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 1969.
- Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris,1999.
- Marion Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, 2013.
- Martin Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12e éd. 1999.

- René Chapus, *Droit administratif général, Montchrestien*, tome 1, 13e éd,Paris, 1999.

2. Thèses :

- André Bonnet, *La théorie de l'accessoire en droit fiscal*: application en matière d'impôt sur le revenu, Thèse, Bordeaux, 1987.

3. Articles :

- Christophe Fardet, *La clause exorbitante et la notion d'intérêt général,* AJDA ,2000.
- Christophe Fardet, *La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général : A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 5 juillet 1999*, « UGAP », AJDA, 2000 .
- Didier Truchet, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public*, AJDA, 1982.
- Fabien Raynaud. Pascale Fombeur, *Notion de contrat administratif* , AJDA, 1999.
- François Llorens, *La mission du maître d'ouvrage délégué*, RD imm. 1996.
- François Lichère, *L'évolution du critère organique du contrat administratif,* RFDA, 2002.
- François Lichère, *Apparence et transparence organique en droit administratif :* pour une nouvelle application de l'échelle de la personnalité morale, Juge et Apparence(s),Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010.
- François Lichère, *Le régime exorbitant du droit commun, nouvelle exception au critère organique du contrat administratif* , RD publ. 1996.

- Frédéric Lombard, *Compétence de la juridiction administrative en matière contractuelle - Que reste-t-il de la théorie du « mandat administratif* ?, RTD Com. 2018.
- Jean Lessi, *Les habits neufs de la clause exorbitante*, AJDA , 2014.
- Laurent Richer , *Le contrat de mandat au risque du droit administratif* , CJEG, 1999.
- Marguerite Canedo-Paris, La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : stop ou encore ? , RFDA , 2015.
- Philippe Terneyre, *Pourquoi les marchés de travaux des sociétés concessionnaires d'autoroutes conclus avec des entreprises privées devraient-ils relever « par nature » de la compétence de la juridiction administrative* ?, RJEP juin 2011, n° 29.
- Yves Brard, *Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privés*.J.C.P , 1981.

4. Textes juridiques

- Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité , JORF n°35 du 11 février 2000.

5. Notes, conclusions,observations et chroniques:

- André de Laubadère note sur : CE, 24 mars 1969, Société Interlait, , AJDA 1969.
- Bertrand Dacosta, Conclusions sur : CE 14 novembre 2014 Société des Autoroutes du Sud de la France, req. n° 374557.
- Claire Landais et Frédéric Lénica chronique sur : T. confl, 16 oct. 2006, n° C3506, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français , AJDA 2006 .
- Denys de Béchillon, Philippe Terneyre note sur : T. confl. 13 oct. 2014, SA AXA France IARD, CJEG, 2000.

- Fabien Raynaud et Pascale Fombeur,chronique sur : CE 20 oct. 1950, Stein AJDA 1999.
- Gabriel Eckert note sur : CE, 21 mars 2007, n° 281796, Commune de Boulogne-Billancourt , Contrats et march. publ. 2007.
- Guy Braibant Conclusions sur : T. confl., 17 janv. 1972, SNCF c/ Solon et Barrault, Lebon, p. 944 ; RD publ. 1972.
- Jean Courtial observation sur : CAA Lyon, 25 janv. 1996, Société Bouygues SA, AJDA 1996.
- Jean-Denis Combrexelle Conclusions sur : CE, Ass., 30 oct. 1996, Wajs et Monnier, Lebon, p. 387 ; AJDA 1996, RFDA 1997.
- Léon Blum Conclusions sur : CE 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Req.Lebon, N° 30701.
- Pascal Devillers note sur : T. confl., 8 juillet 2013, n° 3906, Contrats-Marchés publ., 2013.
- Sophie Roussel et Charline Nicolas chronique sur : T. confl. 11 déc. 2017, n° 4103, Commune de Capbreton, AJDA 2018.

6. Sites internet :

- Éric Landot, *La clause exorbitante est toujours vivante, https://blog.landot-avocats.net/2022/11/14/la-clause-exorbitante-est-toujours-vivante* ,consulté le25/02/2023 à 21 :33.
- François Brenet, *Les contrats conclus pour leur compte par les sociétés d'économie mixte avec d'autres personnes privées sont des contrats privés, https://www.lexbase.fr/article-juridique/3208917-jurisprudence-les-contrats-conclus-pour-eur-compte-par-les-societes-d-economie-mixte-avec-d-autres,* consulté le :16/02/2023 à 20 :31.
- Jean Baptiste Vila, La clause exorbitante, toujours vivante… parfois clivante : *https://blog.landot-avocats.net/2022/12/20/la-clause-exorbitante-toujours-ivante-parfois-clivante-video-article-*

interview-du-professeur-j-bila/ , consulté le 24/02/2023 à 22:45.

- Nathalie Mariappa, *Une clause exorbitante du droit commun ne vaut pas qualification de contrat administratif, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/une-clause-exorbitante-du-droit-commun-ne-vaut-pas-qualification-de-contrat-administratif#.Y_jUqnbMKM8* , consulté le 24/02/2023 à 16 :16.
- Pierre Tifine , *La redéfinition des critères jurisprudentiels de qualification des contrats administratifs, https://www.lexbase.fr/article-juridique/26148526-doctrine-la-redefinition-des-criteres-jurisprudentiels-de-qualification-des-contrats-administratifs* , consulté le 24/02/2023 à 23 :13.