

مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال مسؤولية أشخاص القانون العام

الدكتور مجدي عز الدين يوسف
كلية ضباط الشرطة - وزارة الداخلية
دولة الكويت

مقدمة

إن نظرية العقد الإداري تقوم أساساً على إنجاز أهداف الإدارة، في أسرع وقت ممكن، وبأقل تكلفة ممكنة، وعلى أفضل نحو ممكن، وذلك من خلال سلوك سبيل التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقد الآخر. ذلك أنه إذا كان من حق الإدارة أن تفرض إرادتها عن طريق اتخاذ سبيل القرار الإداري، فإنها قد تجد في كثير من الحالات أن اتخاذ سبيل الاتفاق الودي والتفاهم مع الأفراد هو أنجح السبل لتحقيق غايتها، وخاصة على ضوء التغيرات التي تشهدها الساحة العالمية وانهيار النظام الاقتصادي الموجه وتأكيد نظام اقتصاد السوق الحر، الأمر الذي يستدعي إفساح مجالات للإدارة يمكنها من المنافسة، وهو ما قد يستدعي التجاء الإدارة إلى أساليب القانون الخاص في إدارة المشروعات، وهو اتجاه تظهر الحاجة إلى تدعيمه يوماً بعد يوم مما يؤكد أهمية نظرية عقود الإدارة.

ورغم تزايد أهمية العقود الإدارية كأحد أساليب الإدارة لتحقيق غايتها وهو ما تأكد من خلال الأحداث العالمية الداعية إلى تدعيم دور القطاع الخاص والنشاط الحر فإن المؤلفات والبحوث العربية المتعلقة بالعقود الإدارية، ما تزال نادرة، حيث

تفتقر المكتبة العربية إلى البحوث المتعمقة، الأمر الذي يستدعي تكاتف جهود الفقهاء في هذا المجال الجديد نسبيا والذي تزداد أهميته يوما بعد يوم، وخاصة أن القواعد المدنية التي تحكم نظرية العقود المدنية لا تطبق وجوبا على نظرية العقود الإدارية لاختلاف طبيعة روابط القانون الخاص عن روابط القانون العام، ومن هنا كانت أهمية العمل على ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام، أخذا في الاعتبار أن هناك قدرا مشتركا من الأحكام بين العقود المدنية والإدارية، ذلك القدر الذي يرجع لكونها عقودا تحكم العلاقة بين طرفين فإذا أخل أحد الطرفين بالتزامه قامت المسؤولية العقدية.

والحقيقة أنه حتى في مجال مؤلفات العقود الإدارية، فإن موضوع المسؤولية العقدية - الذي نتعرض لجانب منه بالدراسة - لم يحظ بدراسة مستفيضة، فقد تناوله الفقهاء من خلال تعرضهم لنظرية التوازن المالي للعقد وهم بصدد دراسة آثار العقد، ومن ثم فإنه لم يكن محلا لدراسات مستفيضة كما هو الأمر في القانون الخاص. وقد آثرنا انطلاقا من أهمية ذلك المجال أن نتعرض بالدراسة المتعمقة لأحد جوانب تلك المسؤولية، وهو مجال قيام المسؤولية العقدية لأشخاص القانون العام.

والمسؤولية بمفهومها العام تعني الإخلال بالتزام سابق، فإذا كان مصدر هذا الالتزام القانون، فإن المسؤولية تكون تقصيرية. وإذا كان مصدره العقد فإن المسؤولية تكون عقدية، ومن هنا فإن المسؤولية العقدية تدور حول وجود وعد ما مع العقد، فحيث لا يوجد عقد لا توجد مسؤولية عقدية، وحيث لا يوجد عقد إداري لا توجد مسؤولية عقدية لأشخاص القانون العام، ومن ثم فإن العقد الإداري يمثل المصدر الوحيد لمسؤولية الإدارة العقدية، ومن هنا كان تحليل مفهوم العقد الإداري - بحسبانه مصدر المسؤولية العقدية - يمثل المسلك الأول في تحديد مجال تطبيق المسؤولية العقدية في القانون الإداري، ولكننا مع ذلك لن نتعرض بالتحليل لذلك المفهوم لكفاية الدراسات التي تعرضت لتلك الفكرة، حيث آثرنا التعرض لمجال تطبيق المسؤولية العقدية لأشخاص القانون العام من خلال دراسة

مشكلة التنازع بين المسؤولية العقدية لأشخاص القانون العام وغيرها من أوجه المسؤولية في نطاق العلاقات العقدية.

وإذا كان مصدر المسؤولية العقدية هو التزام قانوني محدد يتمثل في فكرة العقد، وأن المسؤولية العقدية من هذا المنطلق لها - ظاهرياً - مجال محدد. إلا أن هناك مع ذلك تنازعا محتملا بين هذا المجال ومجالات الأشكال الأخرى من المسؤولية وذلك عندما تكون الواقعة المسببة للضرر تمثل إخلالا بالتزام عقدي وتمثل في الوقت نفسه إخلالا بالتزام قانوني، حيث تتوافر في تلك الواقعة شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية على أساس الخطأ في وقت واحد.

وهنا يثور تساؤل مهم حول دعوى التعويض التي يرفعها المضرور. وهو هل يتمسك الدائن بقواعد المسؤولية العقدية أم قواعد المسؤولية غير العقدية؟

والحقيقة أن هناك العديد من التساؤلات التي تثور حول ذلك الغرض، لعل أولها هو: هل يجوز للمضرور أن يجمع بين المسئوليتين في الرجوع على المتسبب في الضرر؟ بمعنى هل يستطيع أن يطالب بتعويضين في وقت واحد، وإذا كان لا يستطيع ذلك فهل يستطيع أن يطالب بتعويض واحد يجمع فيه بين خصائص المسؤولية العقدية وخصائص المسؤولية على أساس الخطأ؟ وإذا كان المضرور لا يستطيع ذلك أيضا فهل يستطيع أن يختار بين إحدى الدعويين، فإذا خسرهما يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى.

إن القضاء المدني والإداري سواء في مصر أو فرنسا قد استقر حاليا على إجابة واحدة للتساؤلات السابقة وهو وجوب رفع دعوى المسؤولية العقدية إذا توافرت شروطها حتى ولو توافرت شروط دعوى أخرى بجوارها. وقد أطلق الفقه في أول الأمر على تلك القاعدة اصطلاح «عدم الجمع» وهي تسمية غير موفقة، لأنها تعني أنه إذا كان من غير الممكن الجمع بين صور المسؤولية فإنه يكون من الممكن الاختيار بينهما، وهو أمر غير سليم، حيث لا مجال للاختيار بين صور المسؤولية

المختلفة ما دامت قد توافرت شروط قيام المسؤولية العقدية. ولهذا رجع الفقه عن تلك التسمية وأطلق عليها قاعدة عدم جواز الخيرة، ونحن من جانبنا ننحاز إلى جانب من الفقه الفرنسي في إطلاقه على تلك القاعدة اصطلاح «أولوية المسؤولية العقدية».

إن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يعني التزام المتعاقد بسلوك سبيل دعوى المسؤولية العقدية في الأحوال التي تتوافر فيها أيضاً شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ، وهو الأمر الذي يعني الالتزام بسلطات ومكنات محددة تختلف عن سلطات ومكنات دعوى المسؤولية على أساس الخطأ، بل إن الأمر لا يقف عند هذا الحد، ذلك أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يساهم أيضاً في حل مشكلات تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، كما يساهم أيضاً في مجال توزيع الاختصاص الداخلي للقضاء الإداري.

والحقيقة أن المساهمة الفعالة التي يساهم بها مبدأ أولوية المسؤولية العقدية تتمثل في قيامه بتحديد مجال تطبيق المسؤولية العقدية عند تنازعها مع أوجه المسؤولية الأخرى، ومن هنا كانت أهمية التعرض بالدراسة لشروط تطبيق ذلك المبدأ، حيث يقتضي الأمر وجود عقد إداري، نظراً لأن المسؤولية العقدية لا تقوم وبالتالي لا يطبق ذلك المبدأ إلا خلال فترة وجود العقد، وهو أمر لا يكون دائماً واضحاً كما يبدو لأول وهلة فهناك العديد من المشكلات التي تثور حول تحديد بداية الالتزام العقدي الذي يكون بمثابة الخط الفاصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التي يمكن أن تقوم لسبب آخر غير العقد «المسؤولية قبل العقدية». كذلك فإن تحديد وقت انتهاء الالتزام العقدي يمثل أهمية حيوية أيضاً باعتباره الخط الفاصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التي يمكن أن تقوم عقب تنفيذ العقد لأي سبب آخر «المسؤولية بعد العقدية».

إن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يقتضي أيضا رفع دعوى المسؤولية العقدية من أحد طرفي العقد، مع ضرورة اتصال الضرر بتنفيذ العقد، وهو أمر يقتضي منا أن نتعرض بالدراسة لقاعدة نسبية آثار العقد والاستثناءات التي يمكن أن ترد عليها ومدى إمكان تطبيق القواعد المدنية على العقد الإداري كما أن الأمر يقتضي أيضا أن نتناول بالدراسة طبيعة الرابطة بين الواقعة المسببة للضرر وتنفيذ العقد الإداري باعتبار أنه كلما اتسع مفهوم تلك الرابطة اتسع مجال المسؤولية، وكلما ضاق مفهومها انحصر نطاق المسؤولية العقدية.

إن توافر شروط تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يعني استبعاد مختلف صور المسؤولية غير العقدية التي يمكن أن تقوم، سواء تعلقت تلك المسؤولية بالقانون العام أو القانون الخاص، وهو ما يقتضي أن نتعرض بالدراسة لنطاق تطبيق ذلك المبدأ باعتباره السياح الذي يمنع من تداخل صور المسؤولية الأخرى في مجال المسؤولية العقدية، على أنه من الأهمية بمكان أن نشير إلى أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية وإن كان يتمتع بتطبيق مطلق من الناحية النظرية، إلا أن تطبيقه العملي من شأنه أن يثير العديد من أوجه عدم اليقين التي تؤثر في فعاليته المطلقة التي يبدو عليها لأول وهلة حيث يتوقف الأمر إلى حد كبير على الطلبات والوسائل التي يستند إليها الخصوم في دعوى المسؤولية العقدية، ومدى سلطة القاضي الإداري في مواجهة طلبات الخصوم.

إن العرض السريع للمشكلات التي يثيرها موضوع «مجال المسؤولية العقدية لأشخاص القانون العام» يوضح الصعوبات التي تكتنف ذلك البحث والغموض الذي يحيط بجوانبه وخاصة أنه لم يطرح على بساط البحث في المؤلفات العربية سواء من قريب أو بعيد، ومن هنا كانت رغبتنا في أن تحظى مكتبة القانون الإداري بدراسة متخصصة لموضوع «مجال تطبيق المسؤولية العقدية لأشخاص القانون العام» تقوم على فقه القانون الإداري وقضائه في مصر مقارنة بفقه القانون الإداري وقضائه

في فرنسا، راجين من المولى عز وجل أن يمنحنا أجرين إذا أصبنا في هذه الدراسة، وأجرا واحدا إذا أخطأنا كما وعدنا، ووعدده الحق على لسان نبيه الكريم. وسوف نقسم من جانبنا موضوع ذلك البحث إلى فصول ثلاثة على النحو التالي :-

الفصل الأول: وتتناول فيه التعريف بمبدأ أولوية المسؤولية العقدية لبيان ماهيته العلمية، مع بيان موقف الفقه والقضاء منه سواء في فرنسا أو في مصر.

الفصل الثاني: وتتناول فيه شروط تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، تلك الشروط المتمثلة في وجود عقد وضرورة رفع دعوى المسؤولية من أحد طرفيه، بشرط اتصال الضرر بتنفيذه.

الفصل الثالث: وتعرض فيه لنطاق تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية ومضمونه استبعاد مختلف أشكال المسؤولية غير العقدية، مع التعرض للتطبيق القضائي للمبدأ لبيان حدود سلطة القاضي.

«الفصل الأول»

التعريف بمبدأ أولوية المسؤولية العقدية

المسؤولية بمفهومها العام تعني الإخلال بالتزام سابق، وقد يختلف نوعها بعد ذلك باختلاف مصدر هذا الالتزام السابق، فإذا كان مصدره الإرادة فهي مسؤولية عقدية وهي التي تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد، وإذا كان مصدره القانون فهي مسؤولية غير عقدية أو تقصيرية، وهي التي تترتب على ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه، أي أن مصدرها العمل غير المشروع، ومحل المسؤولية على اختلاف أنواعها هو إصلاح الضرر الواقع من جراء عدم تنفيذ الالتزام، ويكون ذلك عادة بالحكم على المخل بتعويضات تحل محل هذا التنفيذ.

وقد يحدث في بعض الأحيان أن تتوافر في الفعل الواحد شروط المسؤوليتين العقدية والتقصيرية معا، وهنا يثور التساؤل حول مدى حق المضرور في الجمع بين المسؤوليتين في دعواه، وإذا كان لا يستطيع الجمع بينهما فهل يستطيع أن يختار بينهما بما يحقق مصلحته؟ أم أن هناك قاعدة عامة تحكم ذلك التنازع؟.

إن القاعدة المسلم بها حاليا سواء في نطاق روابط القانون الخاص أو العام هي أولوية المسؤولية العقدية عند تنازعها مع غيرها من صور المسؤولية. وقبل أن نتعرض لمبررات أولوية تلك المسؤولية من خلال موقف الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، سوف نشير بالقدر اللازم إلى الأهمية العملية المترتبة على مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، وبمعنى آخر إلى الآثار التي يمكن أن تترتب على تطبيق المسؤولية العقدية عند تنازعها مع المسؤولية على أساس الخطأ.

وعلى هذا الأساس فإننا سوف نقسم دراستنا لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية إلى مبحثين على النحو التالي :-

المبحث الأول: الأهمية العملية لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية.

المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من مبدأ أولوية المسؤولية العقدية.

«المبحث الأول»

الأهمية العملية لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية

لا شك أن المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد، فكلتاهما جزء للإخلال بالتزام سابق، إلا أن هذا الالتزام الذي يقع الإخلال به في نطاق المسؤولية العقدية ينشأ من علاقة نظمها إرادة الطرفين، وبذلك يكون الالتزام بالتعويض في هذه المسؤولية مرتبطاً بالالتزام الناشئ من العقد، ذلك العقد الذي يجعل الدائن والمدين مرتبطين بعلاقة ما قبل أن تتحقق المسؤولية.

أما المسؤولية التقصيرية فقد كان الدائن والمدين أجنيين قبل أن تتحقق المسؤولية، فالإخلال الذي يقع في هذه المسؤولية ليس إخلالاً بالتزام معين نظمته إرادة الطرفين وإنما هو إخلال بالتزام عام يفرضه القانون ويقضي بعدم الإضرار بالغير^(١).

ويترتب على هذا الخلاف الجوهرى بين المسئوليتين فروق لها أهميتها من المتعين الإشارة إليها لإيضاح الأهمية العملية لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية، ذلك المبدأ الذي يعني أن تستأثر المسؤولية العقدية وحدها بالعلاقة بين العاقلين، ولا يمكن أن تقوم في نطاق العقد إلى جانبها مسئولية تقصيرية، وذلك في الأحوال التي يشكل فيها الفعل الموجب للمسئولية خطأ تقصيرياً لإخلاله بالتزام قانوني يفرضه القانون على الكافة، إلى جوار أنه يشكل خطأ عقدياً لإخلاله بالتزام يفرضه العقد، فمبدأ أولوية المسؤولية العقدية يعني هيمنة تلك المسؤولية وسيادتها في نطاق العلاقات العقدية، بحيث يصبح من المتعذر أن تقوم في نطاق تلك العلاقات أي مسئولية أخرى فيما عدا المسؤولية العقدية حتى ولو توافرت شروط تلك المسؤولية الأخرى.

(١) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة ١٩٦٤ ص ٨٤٧.

وإزاء التزام المتعاقد بسلوك سبيل دعوى المسؤولية العقدية في الأحوال التي تتوافر فيها أيضا شروط قيام المسؤولية التقصيرية كنتيجة مترتبة على مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، يتعين الإشارة إلى النتائج المترتبة على التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كما أشار إليها الفقه سواء في فرنسا أو في مصر^(٢). فالالتزام بسلوك سبيل الدعوى العقدية يعني الالتزام بسلطات ومكنات محددة تختلف عن سلطات ومكنات دعوى المسؤولية التقصيرية على النحو التالي:

أولا: مدى التعويض

لا يكون التعويض في المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المباشر المتوقع، ذلك لأن المتعاقدين هما اللذان أنشأ الالتزام بإرادتهما وحددا مدها، ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر. فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع، ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه، ومن ثم فلا تعويض عنه. أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر كله سواء أكان متوقعا أو غير متوقع، وذلك لأن الالتزام الذي حصل الإخلال به في هذه المسؤولية قد أنشأه القانون وحدد مده دون دخل لإرادة المتعاقدين، ولهذا وجب التعويض، عن كل الضرر المباشر سواء أكان متوقعا أم غير متوقع لأن هذا هو الأصل في التعويض، ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقي التعويض عن الضرر غير المتوقع.

(٢) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الطبعة الثانية، سنة ١٩٦٤ ص ٨٥٠ وما بعدها - د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، سنة ١٩٦٩ ص ٤٣٣ - المستشار/ عز الدين الديناصري والدكتور/ عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء، سنة ١٩٨٨، ص ١١ وما بعدها - د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام) سنة ١٩٦٨ ص ٤٠٦ - د. / عبدالحكي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) سنة ١٩٦٣ ص ٥.

E. MARTINE, L'option entre la responsabilite contractuelle et la responsabilite delictuelle, L.G.D.J. 1957; J. HUET, responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle, these Paris II, 1978; M. ESPAGNON, la regle du non cumul des responsabilite delictuelle et contractuelle en droit civil français, these Paris, 1980.

ثانيا: الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية

يجوز هذا الإعفاء في المسؤولية العقدية في حدود معينة، وذلك لأن المتعاقدين هما اللذان أنشأ الالتزام وحددا الآثار التي تترتب عليه، ومن ثم يجوز لهما أن يعدلا قواعد تلك الآثار، ولا يجوز هذا الإعفاء في المسؤولية التقصيرية لأنها مقررّة بحكم القانون، فهي من النظام العام ولذلك لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق.

ثالثا: التضامن

إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية العقدية فلا يفترض التضامن بينهم، بل لا بد من أن يثبت هذا التضامن بينهم بمقتضى الاتفاق (م ٢٧٩ مدني) وذلك لأن إرادة المتعاقدين عند تعدد المدينين هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسؤولية أما إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بينهم بحكم القانون (م ١٦٩ مدني) وذلك لأن خطأ كل منهم يكون هو السبب في إحداث الضرر حيث ساهم كل منهم في إحداثه، ومن ثم فيجب على كل منهم التعويض بالكامل، ومن هنا يقوم التضامن بينهما. وتأكيدا لهذا المبدأ فقد جاء بحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧ «أن المادة ٢٧٩ من القانون المدني وهي من الأصول العامة في الالتزامات التي تسري في مجال العقود الإدارية - تنص على أن التضامن بين الدائنين والمدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ولا يقصد بهذا النص وجوب اشتراطه بصريح العبارة، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمنا، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء في مثل هذه الحالة واضحة لا خفاء فيها، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن يؤول لنفي التضامن لا لإثباته، فليس يكفي إذن لقيام التضامن أن تكون الظروف مرجحة لقيامه بل يجب أن تكون مؤكدة له بما لا يدع مجالا للشك في توافره،

وعلى من يدعي قيام التضامن أن يقيم الدليل عليه، وعند الشك يعتبر التضامن غير قائم^(٣).

رابعاً: التقادم

تتقادم المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة، أما المسؤولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة بحسب الأحوال، ويرجع ذلك إلى ما رآه الشارع من أن الالتزام في المسؤولية التقصيرية مفروض على المدين دون أن يرتضيه، ومن ثم كان من الملائم أن تكون مدته أقصر من مدة التقادم في المسؤولية العقدية التي ارتضى فيه المدين بالالتزام عن طوعية واختيار ولم يفرضه القانون فرضاً.

خامساً: الإثبات

قيل إنه في المسؤولية العقدية لا يلزم الدائن إلا بإثبات وجود العقد وبذلك يقع عبء الإثبات على المدين الذي يجب عليه حيثئذ أن يثبت أنه وفّى بالتزامه. بينما يقع عبء الإثبات في المسؤولية التقصيرية على الدائن «المضرور» إذ يجب عليه أن يقيم الدليل على خطأ المدين الذي تسبب في إحداث الضرر.

والحقيقة أن عبء الإثبات قد يحمله الدائن وقد يحمله المدين، لا تبعاً لما إذا كانت المسؤولية تقصيرية أو عقدية، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل. ففي المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدي عملاً، فعلى المدين أن يثبت أنه قام به، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسؤولية عقدية، بل لأن الالتزام الذي أخل به هو التزام بعمل. إما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل، فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه. وكذلك الحال

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم ٥٠٨ لسنة ٩٩ ق في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧، المبادئ الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام ١٩٤٦ وحتى عام ١٩٨٥، ص ٨٥٨.

في المسؤولية التقصيرية. ولكن لما كان الالتزام القانوني في المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام بالامتناع عن عمل - عدم الإضرار بالغير - فالدائن إذن هو الذي يثبت في المسؤولية التقصيرية أن المدين قد أخل بالالتزام وأحدث الضرر بخطئه، ولكن ليس ذلك لأن المسؤولية تقصيرية، بل لأن الالتزام الذي أخل به المدين هو دائما في المسؤولية التقصيرية التزام بالامتناع عن عمل.

من ذلك يتبين أن عبء الإثبات في المسؤولية العقدية يحمله المدين تارة ويحمله الدائن تارة أخرى تبعا لما إذا كان الالتزام العقدي السابق هو التزام إيجابي أو التزام سلبي، وعبء الإثبات في المسؤولية التقصيرية يحمله الدائن في جميع الأحوال لأن الالتزام القانوني هنا هو التزام سلبي.

والحقيقة أن الفروق القائمة بين نوعي المسؤولية تجعل لمبدأ سيادة المسؤولية العقدية في نطاق العلاقات العقدية أهمية بالغة، فقد يكون من مصلحة العاقد استبدال دعوى المسؤولية العقدية - مع إمكان إقامتها - بدعوى المسؤولية التقصيرية ليتخلص من إثبات الخطأ إذا كان محل الالتزام العقدي بذل عناية ويتمسك بقرينة المسؤولية التي تقوم على عاتق حارس البناء أو الحيوان أو الأشياء غير الحية^(٤).

وقد يكون من مصلحة العاقد أيضا التمسك بدعوى المسؤولية التقصيرية ليحصل على تعويض كامل عن الضرر الذي أصابه، لو كان غير متوقع، أو لتخفيف التعويض بنص في العقد أو تحديده بنص في القانون، باعتبار أن قواعد

(٤) من المتفق عليه وفقا لقواعد الإثبات أنه إذا كان محل الالتزام العقدي عملا وهو ما يكون عادة، فعلى المدين أن يثبت أنه قام به، وبالتالي فهو الذي يتحمل بعبء الإثبات. أما إذا كان الالتزام امتناعا عن عمل أو التزاما ببذل عناية فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه (د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، سنة ١٩٦٤ ص ٨٥٠).

المسئولية العقدية تسعفه في هذه الحالة، فالتعويض بمقتضاها لا يكون إلا عن الضرر المتوقع.

أيضا فقد يكون طريق المسئولية العقدية مغلقا أمام العاقد لعدم إعداره مدينه^(٥) أو بسبب الإعفاء من المسئولية المنصوص عليه في العقد، الأمر الذي يعني أن الطريق الوحيد أمام العاقد للحصول على تعويض هو سلوك سبيل دعوى المسئولية التقصيرية، وعندئذ يصطدم العاقد بقاعدة عدم جواز الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، فلا سبيل أمامه سوى دعوى المسئولية العقدية، فإذا ما استغلق سبيل تلك الدعوى فليس أمامه سوى الإذعان لتلك القاعدة مع ما قد يثيره الأمر من تساؤلات، ولكن هذه هي النتيجة التي أرادها المتعاقدان وهو ما سوف نزيده إيضاحا عند حديثنا عن مبررات قاعدة أولوية المسئولية العقدية.

إن مبدأ أولوية المسئولية العقدية يساهم أيضا في حل مشكلات تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري. فقد يثير النزاع المعروف على القضاء تنازعا بين مسئولية القانون الخاص العقدية ومسئولية القانون العام غير العقدية، أو تنازعا بين مسئولية القانون العام العقدية ومسئولية القانون الخاص غير العقدية، ومن ثم فإن تطبيق مبدأ أولوية المسئولية العقدية من شأنه أن يساهم في تحديد جهة الاختصاص القضائي في الأحوال السابقة. بل إن ذلك المبدأ يساهم أيضا في مجال توزيع الاختصاص الداخلي للقضاء الإداري. باعتباره أن قاضي العقد يختلف عن قاضي المسئولية غير العقدية^(٦).

(٥) الاعذار هو دعوة المدين إلى الوفاء بالتزامه، ولما كان الالتزام في المسئولية التقصيرية دائما التزاماً سلبياً يتمثل في الالتزام بعدم الإضرار بالغير فلا يشترط الاعذار في هذه المسئولية، بعكس الأمر في المسئولية العقدية التي عادة ما يأخذ الالتزام فيها شكلاً إيجابياً، الأمر الذي يقتضي قيام الدائن بإعذار مدينه للوفاء بدينه (د. / عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام سنة ١٩٦٩، ص ٤٣٣، دار النهضة العربية).

(٦) Philippe terneyre, la responsabilite contractuelle des personnes publiques en droit administratif, 1989, p. 18.

المبحث الثاني

موقف الفقه والقضاء من مبدأ أولوية المسؤولية العقدية

يحدث في الحياة العملية أن يواجه القضاء فرضاً يتحقق كثيراً، وهو أن تتوافر في الفعل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية، حيث يمثل ذلك الفعل خطأً عقدياً لإخلاله بالتزام عقدي فرضه العقد وخطأً تقصيرياً لإخلاله بالتزام قانوني يفرضه القانون على الكافة، كما إذا أحدث الملتزم ضرراً مادياً بالمرفق الذي يديره، الأمر الذي يشكل إخلالاً بالتزام العقدي يستوجب قيام مسؤوليته العقدية ويشكل أيضاً إخلالاً بالتزام عام يفرضه القانون مقتضاه عدم الإضرار بالغير، الأمر الذي يستوجب قيام مسؤوليته التقصيرية أيضاً. كذلك فقد تقوم الإدارة بتوريد بضاعة فاسدة مما يعني قيام مسؤوليتها العقدية لإخلالها بالتزام مصدره العقد، وقيام مسؤوليتها التقصيرية لإخلالها بالتزام عام مصدره القانون وفحواه عدم الإضرار بالغير أيضاً، فإن متعهد النقل الذي يسرق البضاعة المكلف بنقلها من الإدارة قد أخل بالتزامه العقدي الناشئ من عقد النقل فتتحقق مسؤوليته العقدية، وأخل أيضاً بالتزام قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير فتتحقق مسؤوليته التقصيرية.

ويثور التساؤل في الأحوال السابقة حول مدى حق المضرور في الجمع بين المسئوليتين في الرجوع على المدين، وإذا كان المضرور لا يستطيع الجمع بين المسئوليتين فهل يستطيع أن يختار بينهما بما يحقق مصلحته؟

إن الإجابة عن التساؤلات السابقة تشكل المدخل اللازم لدراسة مبررات مبدأ أولوية المسؤولية العقدية من خلال استعراض موقف الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر من ذلك المبدأ. على أن نبداً بالإشارة إلى قاعدة عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية.

* عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية^(٧).

إذا توافر في الفعل الواحد شروط المسؤوليتين معا، فإن الدائن لا يستطيع أن يجمع بينهما في رجوعه على المدين، أيا كان المعنى المقصود من هذا الجمع فلا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليتين بمعنى أن يطالب بتعويضين، أحدهما على أساس المسؤولية العقدية والآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن الضرر الواحد لا يصح التعويض عنه مرتين.

ولا يجوز أيضا الجمع بين المسؤوليتين بمعنى الجمع بين المزايا في كليهما فيأخذ من كل ما يتفق وصالحه في الدعوى، فلا يجوز للدائن رغم مطالبته بتعويض واحد أن يجمع بين خصائص الدعويين، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه استنادا لقواعد المسؤولية العقدية، ويطلبه أيضا بتعويض الضرر غير المتوقع تطبيقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. ذلك أن كلا من دعوى التعويض العقدية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائص، والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين، أما الدعوى التي يخالط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية.

أما إذا كان المقصود بالجمع هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين فخرسها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى، فهو أمر لا يجوز أيضا لأنه طبقا لقاعدة حجية الأمر المقضي تكون الدعويان متحدتين في الخصوم والمحل والسبب، ومن ثم لا تكون الدعوى الثانية مقبولة. والقواعد السابقة هي قواعد عامة مسلم بها سواء في نطاق القانون الخاص أو في نطاق القانون العام.

* عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية «أولوية المسؤولية العقدية»

يهمنا في بداية الأمر أن نوضح أن نطاق الخيرة - موضوع البحث - محصور

(٧) د. / عبد الحميد الشواربي والمستشار / عز الدين الديناصري، المسؤولية المدنية في ضوء أحكام الفقه والقضاء، سنة ١٩٨٨، ص ١٦- د. / عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، سابق الإشارة إليه، ص ٨٥٧.

في دائرة العلاقات العقدية، وذلك إذا كان الالتزام الذي أخل به يفرضه العقد والقانون معا فهل يجوز لصاحب الشأن أن يختار من المسؤولين تلك التي تكون أكثر اتفاقا مع مصلحته، فيختار دعوى المسؤولية العقدية إذا كانت في مصلحته أو يتجاوز عنها إلى دعوى المسؤولية التقصيرية إذا كانت تلك أصلح له؟

وإذا كانت مشكلة الخيرة لا تثور إلا في نطاق العلاقات العقدية، فإن ذلك يعني أنه إذا كان الضرر الذي نجم عن الإخلال بالالتزام عقدي قد أصاب الغير أو كان الضرر الذي أصاب أحد العاقدين، لم ينجم عن الإخلال بالالتزام العقدي فلا تثور على الإطلاق مسألة الخيرة، لأننا نكون بذلك قد خرجنا عن دائرة العلاقات العقدية وعندئذ تكون قواعد المسؤولية التقصيرية وحدها هي الواجبة التطبيق.

ذلك هو نطاق مشكلة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية الذي يتعين الدراسة من خلاله وفي حدوده. وسوف نعرض لتلك المشكلة على ضوء موقف فقه القانون الخاص وقضائه، ثم نعقبه بموقف فقه القانون العام وقضائه، باعتبار أن القواعد العامة لسلامة العقود الإدارية والمسؤولية عنها لا تخرج عن مثلتها في القانون الخاص إلا بالقدر الذي تستلزمه طبيعة الحياة الإدارية وأوضاع التنظيمات الإدارية.

المطلب الأول

موقف فقه القانون الخاص وقضائه

أولاً: في فرنسا

موقف الفقه

اتجه بعض فقهاء القانون الخاص في فرنسا في أول الأمر إلى جواز الخيرة بين المسؤولين على أساس الخطأ والمسؤولية العقدية، وخاصة أن موقف القضاء المدني الفرنسي في ذلك الوقت لم يكن واضحاً. وقد ذهب الفقه في تبريره لذلك إلى أن قواعد المسؤولية على أساس الخطأ من النظام العام وأنها بمثابة القانون العام

للمسؤولية وأن العقد لا يمكنه أن يبعد المسؤولية على أساس الخطأ - التي تستقي مصدرها مباشرة من القانون - من دائرة العلاقات الناجمة عنه، وأنه من المحتم أن تخضع إرادة الأطراف للقانون، فالقانون سابق في وجوده على جميع العقود ولذلك لا يستطيع العقد سوى إضافة المسؤولية العقدية إلى المسؤولية على أساس الخطأ ولكنه لا يمكنه إبعادها عن دائرته^(٨).

والحقيقة أن موقف الفقه الفرنسي السابق لم يستمر طويلا، فقد تغير هذا الموقف وخاصة بعد تغير موقف القضاء في حكم شهير صدر سنة ١٩٢٢، فقد ذهب MARTY إلى أن العقد بمثابة عالم منظم داخليا من أطرافه un monde close organisé. وذلك في الحدود التي يسمح فيها القانون بذلك، وأن من شأن السماح بقيام المسؤولية على أساس الخطأ في نطاق العلاقة العقدية إهدار نصوص العقد وتعديل آثاره المترتبة عليه وإخلال بالتوازن القائم بين أطرافه بطريقة غير مباشرة^(٩)، وأنه إذا كان من شأن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية الإضرار - أحيانا بمركز المضرور، حيث لا يكون له الخيار في التمسك بالدعوى التي تحقق مصلحته إلا أن ذلك لم يكن إلا نزولا على إرادة المتعاقدين^(١٠).

والحقيقة أن فقه القانون الخاص يجعل للاتفاق الإرادي السابق الأولوية على مختلف الوقائع والمراكز القانونية اللاحقة^(١١) L'accord de volontes préalable doit primer sur tous les faits postérieurs.

(٨) M. PLANIOL, traite élémentaire, II édition, n 863, La responsabilité délictuelle avait un caractère général d'ordre Public et constituait le droit commun. le contrat ne pouvant déroger à une responsabilité trouvant directement sa source dans la loi, la volonté des parties devait, sur ce point, s'incliner devant la loi.

(٩) M. MARTY et RAYNAUD, les obligations, sirey, 1988, n. 368.

(١٠) M. MAZEAUD, les obligations, MONTRESTANT, 1978, n 405.

(١١) G. VINEY, la responsabilité civile, I. G.D.J, 1982, N 234.

"L' accord de volontes préalable doit primer sur tous les faits ou situations juridique postérieurs."

ومن هنا كانت سيادة المسؤولية العقدية في نطاق العلاقات العقدية على المسؤولية على أساس الخطأ باعتبار أن العقد يسبق في وجوده مختلف المراكز القانونية التي قد تنشأ عن الإخلال به .

موقف القضاء

الواقع أن القضاء الفرنسي تردد فترة من الزمن قبل أن يفصل صراحة في موضوع الخيرة بين المسئوليتين في حكم شهير صدر من محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٢٢، حيث أوضح ذلك الحكم بجلاء استبعاد نصوص القانون المدني الخاصة بالمسؤولية على أساس الخطأ من التطبيق إذا كان الضرر ناجما عن الإخلال بالالتزام العقدي^(١٢) ومنذ ذلك الحكم استقر القضاء المدني على مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في نطاق العلاقة العقدية وتواترت الأحكام على ذلك^(١٣) حتى أصبحت تلك القاعدة من قواعد القانون الوضعي كما لو كانت قاعدة ذات مصدر تشريعي^(١٤).

والحقيقة أن القضاء المدني الفرنسي لم يطبق ذلك المبدأ بصورة مطلقة فقد استثنى الحالة التي يكون فيها الإخلال بالالتزام العقدي جريمة جنائية أو التي يرجع فيها إلى غش المدين أو خطئه الجسيم. حيث أجاز في تلك الأحوال استناد المضرور إلى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا وجد أن تلك القواعد تحقق مصلحته^(١٥).

(١٢) Cass. civ. "janvier 1922, "les grands arrêts de la jurisprudence civile" 7 edition, n 124, p. 442" les articles 1382 et suivant sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant du contrat".

(١٣) Pour des arrêts récents, voir: chroniques G. Durry, R.T.D.C. 1978, P. 882; R.T.D.C 1979, p. 610, R.T.D.C 1981, p. 634.

(١٤) E. M. Martine, "L'option entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle" 1957; J. Haet, responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle thèse, Paris II, 1978.

(١٥) G. Viney, "la responsabilité civile, condition", 1985, n 222 et s.

ثانياً: في مصر

موقف الفقه

الواقع أن فقه القانون الخاص قد انقسم على نفسه في مواجهة مشكلة الخيرة، فذهب فريق منه إلى جواز الخيرة بين المسئوليتين باعتبار أن شروط كل من الدعويين قد توافرت، وأن المنطق القانوني يقضي بإمكان رفع الدعوى متى توافرت شروطها، وطالما أن شروط كلتا الدعويين قد توافرتا، فإنه يكون من حق الدائن أن يرفع الدعوى التي يختارها والتي تحقق مصلحته^(١٦).

أما الفريق الآخر - وهو رأي أغلبية الفقهاء - فيرى أنه ما دام هناك عقد فلا يصح للدائن أن يرفع سوى دعوى المسئولية العقدية، وذلك بحجة أن الدائن لا يعرف مدينه إلا عن طريق العقد، ومن ثم فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد يجب أن يحكمها العقد وحده. كذلك فإن الالتزام العقدي الذي صار مسئولاً عن تنفيذه، لم يكن قبل العقد التزاماً في ذمته، فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يتم به، لم يكن مسئولاً عن ذلك، لا مسئولية عقدية لأن العقد لم يبرم، ولا مسئولية تقصيرية إذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به. فإذا أبرم العقد قام الالتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد، وهي حدود لا يترتب عليها إلا المسئولية العقدية. وليس للدائن أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية إذ هي تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون، والالتزام في حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد.

ويتهي هذا الرأي إلى أن لكل من نوعي المسئولية نطاقاً خاصاً، وأنه لا مجال داخل ذلك النطاق إلا لنوع واحد فقط من المسئولية، إما عقدية وإما تقصيرية. فتستأثر المسئولية العقدية وحدها بالعلاقة بين العاقدين ولا يمكن أن تقوم في نطاق العقد إلى جانبها مسئولية تقصيرية، ولا يجوز لأحد العاقدين أن يتمسك في مواجهة العاقد الآخر بقواعد هذه الأخيرة تأسيساً على كونها أكثر ملاءمة له^(١٧).

(١٦) د. / مصطفى مرعى، المسئولية المدنية، سنة ١٩٧٥، ص ٢٠ وما بعدها المستشار/ حسن عامر، المسئولية المدنية، سنة ١٩٨٣، ص ١٠٩ وما بعدها.

(١٧) د. / عبدالرازق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، سابق الإشارة إليه، ص ٨٦١ - د. / اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، سنة ١٩٦٨، ص ٤٠٩ - د. سليمان مرقص، نظرية العقد، سنة ١٩٤٤، ص ٢٤ - د. / عبدالحى حجازي، مصادر الالتزام، سنة ١٩٦٠ - د. / عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام سنة ١٩٦٩، ص ٤٤٣.

موقف القضاء

وإذا انتقلنا إلى موقف القضاء في مصر فسوف نلمس تغير موقفه، فقد كان القضاء المختلط في ظل التقنين المدني القديم يأخذ بالخيرة بين نوعي المسؤولية، ويطبق أحيانا قواعد المسؤولية التقصيرية في العلاقة بين العاقلين^(١٨) كذلك فقد كان القضاء الوطني ينزع إلى جواز الخيرة فقضت محكمة استئناف الاسكندرية بجواز الاستناد في طلب التعويض إلى أحد أساسين: المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية، حسبما يتسنى لطالب التعويض^(١٩).

وإذا انتقلنا إلى موقف محكمة النقض فسوف نتبين أنها قد ترددت في أول الأمر في إرساء مبدأ عام حول مسألة الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية^(٢٠).

(١٨) فقد قضت محكمة الاستئناف في أول ابريل سنة ١٨٩١ بمسؤولية المؤجر عن الأضرار التي أصابت المستأجر نتيجة سقوط شرفة مسكنه لعب في الانشاء، رغم ورود نص في عقد الايجار يقضي بحرمان المستأجر من الرجوع بالتعويض على المؤجر لعيوب في العين المؤجرة أيا كان نوعها «مجلة التشريع والقضاء، السنة ٣، ص ٢٧».

(١٩) حكم محكمة استئناف الاسكندرية الصادر في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠، مجلة المحاماة السنة ٣٠، ص ٥٠١.

(٢٠) راجع حكم النقض الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٤٨، مجموعة عمر/٥، رقم ٢٨٠، ص ٥٥٣، راجع أيضا حكمها الصادر في أول يناير سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة، رقم ٢٥١، ص ٥١٣ - راجع أيضا حكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٦٥ حيث سلكت مسلكا غريبا لا يسوغ القول به، إذ قررت في هذا الحكم «إنه يترتب على الغش الذي يأتيه المدين في الإخلال بتنفيذ العقد، أن تصبح المسؤولية التقصيرية وحدها هي الواجبة التطبيق، بحيث تمّحي المسؤولية العقدية تماما في العلاقة بين الطرفين» مجموعة أحكام النقض، السنة ١٦، ص ١١٦٠ وقد انتقد الفقه وبحق هذا الحكم تأسيسا على أنه ينطوي على عدم إدراك لحقيقة العلاقة بين نوعي المسؤولية، فالاجماع في الفقه منعقد على أن الإخلال بالالتزام العقدي أيا كانت جسامة الخطأ الذي يكونه يقيم المسؤولية العقدية، وإذا كان البعض يرى - إنه إذا كون الإخلال بالالتزام التعاقدي جريمة جنائية أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم - قيام المسؤولية التقصيرية استثناء إلى جانب المسؤولية العقدية ليستطيع الدائن إذا رأى مصلحة له أن يلجأ إليها دون قواعد هذه الأخيرة. ويقصد بهذا الاستثناء تشديد مسؤولية المدين الذي يرتكب جريمة أو يأتي غشا أو خطأ جسيما د. / عبد الحميد الشواربي والمستشار/ عز الدين الديناصوري، المسؤولية العقدية في ضوء أحكام الفقه والقضاء، السابق الاشارة إليه ص ٢٤.

وكان أول أحكامها التي أوضحت فيها بجلاء أولوية المسؤولية العقدية في نطاق العلاقة العقدية ومبررات تلك الأولوية ورفض فكرة الخيرة، الحكم الصادر منها في ١٦ أبريل سنة ١٩٦٨، وجاء به «أنه متى قام عقد وكان الضرر الذي لحق أحد طرفيه نتيجة إخلال بالتزام ناشئ عنه، تعين الأخذ بأحكام العقد دون سواها، على تقدير أن هذه الأحكام هي وحدها التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد، سواء عند تنفيذه، أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط فيها المضرور بعلاقة عقدية سابقة، لأن في الأخذ بها إهداراً لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه، مما يخل بالقوة الملزمة له ويخالف ما أراده الشارع الذي بفصله بين نوعي المسؤولية وإفراده لكل منها موضعاً منفصلاً عن الآخر. قد أفصح عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين يختلف عن نطاق الأخرى^(٢١)» وقد تواترت أحكام النقض منذ ذلك التاريخ على أولوية المسؤولية العقدية في نطاق العلاقات التعاقدية، ورفض الخيرة بين المسئوليتين كمبدأ عام مع جواز قيام المسؤولية التقصيرية استثناءً إلى جانب المسؤولية العقدية إذا كان الإخلال بالتزام العقدي يكون جريمة جنائية أو بلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم. فقد قضت محكمة النقض في ٢٧ يناير سنة ١٩٨١ أنه «لا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه، بما يخل بالقوة الملزمة له.. وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني^(٢٢)».

(٢١) حكم النقض الصادر في ١٦ إبريل سنة ١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧، ص ٧٦٢.

(٢٢) حكم محكمة النقض الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢، ص ٣٥٥ - راجع أيضاً في نفس المعنى حكم النقض الصادر في ٢٩ إبريل سنة ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض - الجزء الأول السنة ٣٢، ص ١٣٢٨.

من ذلك يتبين أن القضاء قد استقر حالياً على أولوية المسؤولية العقدية في نطاق العلاقات العقدية ولا يجيز الخيرة بين المسئوليتين، فالمسؤولية العقدية تحكم وحدها العلاقة بين من تربطهما رابطة عقدية. أما المسؤولية التقصيرية فهي موجهة إلى من لا تربطه مثل هذه الرابطة، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يكون فيها الإخلال بالالتزام جريمة جنائية أو التي يرجع فيها إلى غش المدين أو خطئه الجسيم، ذلك أن توافر إحدى هذه الحالات يجيز للمضروور أن يختار الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية، ولكنه لا يفرض عليه اتباع قواعد هذه المسؤولية، بحيث إذا وجد من مصلحته الاستناد إلى المسؤولية العقدية لم يكن للمدعى عليه دفع هذه المسؤولية بالاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، وهو موقف القضاء الخاص الفرنسي نفسه. ولعل القضاء قد أجاز الخيرة في تلك الأحوال باعتبار أن المتعاقد في هذه الحالات قد اخترق نطاق العلاقات العقدية وما تقتضيه من حسن النية^(٢٣).

المطلب الثاني موقف فقه القانون العام وقضائه

أولاً: في فرنسا

موقف الفقه

الواقع أن فقه القانون العام الفرنسي يجمع حالياً على مبدأ أولوية المسؤولية -
العقدية. la primauté de la responsabilité contractuelle.

(٢٣) وقد ذهب جانب من الفقهاء إلى عدم جواز الخيرة حتى في الأحوال التي يشكل فيها الإخلال بالالتزام العقدي جريمة أو غشاً أو خطأ جسيماً. باعتبار أن الدائن لم يعرف المدين إلا عن طريق العقد، فلا يحق له الرجوع على المدين إلا على هذا الأساس بالإضافة إلى أن قواعد المسؤولية العقدية نفسها تجعل التعويض في هذه الحالات عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، كما تقضي ببطان شرط الإعفاء، فليس هناك إذن من اعتبارات العدالة ما يبرر تجاهل العقد والالتجاء إلى المسؤولية التقصيرية بل إن هذه الاعتبارات تدعو إلى البقاء في نطاق المسؤولية العقدية حيث عبء الإثبات أخف. د./ عبدالمعمر فرج الصده، المرجع السابق، ص ٤٤٣ - د./ سليمان مرقص، الفعل الضار سنة ١٩٤٤، ص ٢٤ وما بعدها.

وإن اختلفت طرق صياغة ذلك المبدأ بين الفقهاء . فقد ذهب ODENT إلى أن المسؤولية العقدية تستغرق المسؤولية شبه العقدية quasi contractuelle.^(٢٤) والمسؤولية على أساس الخطأ والمسؤولية على أساس المخاطر.^(٢٥) وفي هذا المعنى نفسه ذهب LAUBADERE أيضاً^(٢٦)، حيث أطلق على تلك الفكرة مبدأ استغراق المسؤولية العقدية للمسؤولية على أساس الخطأ .

“l’absorption de la responsabilité délictuelle dans la responsabilité contractuelle”.

كذلك فقد ذهب MODERN إلى أن أولوية دعوى العقد تشكل الآن مبدأً مستقراً يطبقه القضاء الإداري بصفة عامة^(٢٧) أما DUZE فقد صاغ المبدأ بطريقة مختلفة حيث ذهب إلى أن المسؤولية غير العقدية extra contractuelle توجد عندما لا يستطيع المضرور أن يتمسك بالالتزامات العقدية الناجمة عن العقد الذي يربطه بالإدارة ليحصل على تعويض منها^(٢٨) وفي هذا المعنى نفسه ذهب ODENT حيث يرى أن مسؤولية الإدارة في مواجهة المضرور لا تقوم خارج نطاق العقد واستناداً إلى أساس آخر إلا إذا لم يكن هناك علاقة عقدية تربط بينهما^(٢٩).

وقد ساق فقه القانون العام الفرنسي في تبريره لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية المبررات نفسها التي استند إليها فقه القانون الخاص . وكان أول من استخلص ذلك المبدأ صراحة وأشار إليه الفقيه الفرنسي CHABUS في رسالته سنة ١٩٥٧ ، حيث أوضح أن السماح بالخيرة بين المسؤولية على أساس الخطأ والمسؤولية العقدية أو

(٢٤) ويقصد بالمسؤولية شبه العقدية في الفقه الفرنسي المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب .

(٢٥) R. Odent, contentieux administratif, L es cours de droit, 1977-1978, P. 1346.

(٢٦) A. Laubadere, traite therorique et pratique des contrats administratif, 1956, Tome II, P. 78.

(٢٧) M. Moderne, traité des contrats administratifs 2 edition, 1983, P. 1810.

(٢٨) P. Duze, la responsabilitè de puissance public, Dalloz 1983, P. 7.

(٢٩) Odent, op. cit, p. 1346.

الربط بين قواعدهما في دعوى واحدة سوف يؤدي بنا إلى الخروج عن نطاق العقد والنصوص التي تنظم العلاقة بين أطرافه^(٣٠).

وحديثاً ذهب TERNEYRE في رسالته إلى أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يجد سنده في فكرة خصوصية الرابطة العقدية، وخاصة في جانبها الملزم.

specificité du lien. contractuel, notamment dans sa force obligatoire وتمثل تلك الخصوصية في ذلك الترابط بين الالتزامات الناشئة عنه على عاتق طرفيه، ويترتب على ذلك الترابط بين الالتزامات أن ما قد يعرض لالتزام أحد الطرفين يكون له أثره على التزام الطرف الآخر، فالرابطة العقدية تنشأ بين أطرافها شبكة متداخلة من العلاقات القانونية الذاتية un réseau de realation juridiques autonomes.

وإذا كان أطراف العقد يستفيدون من ذلك العالم القانوني المغلق monde close فيجب عليهما أيضاً أن يخضعا لقواعده حتى ولو كانت لا تحقق مصلحتهما أو مصلحة أحدهما، فتلك هي النتيجة التي أرادها المتعاقدان، والقول بغير ذلك من شأنه أن يفقد العقد وحدته وفاعليته في مواجهة أطرافه وعندئذ لا يصبح للعقد أي قيمة قانونية أو عملية، وهو ما لا يمكن القول به.

وينتهي ذلك الرأي إلى أن السند الأساسي في مبدأ المسؤولية العقدية هو الطبيعة الذاتية للالتزام العقدي وما يرتبه من آثار، وهو الأمر الذي دعا إلى تماثل الوضع في القانون العام مع الوضع في القانون الخاص، فالالتزامات العقدية في كليهما ذات طبيعة واحدة، سواء أكان العقد من عقود القانون العام أم من عقود القانون الخاص، ومن ثم اتفقت مواقف فقه القانون العام مع فقه القانون الخاص في النتيجة المترتبة على ذلك والمتمثلة في مبدأ أولوية المسؤولية العقدية^(٣١).

(٣٠) R. Chapus, responsabilité publique et responsabilitè privée thèse L. G.D.J, 1957, n 374.

(٣١) P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, thèse Paris, I, 1989, P. 25 et S.

والجدير بالذكر أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يطبق في العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها، سواء أكان الأمر يتعلق بمسؤولية الإدارة لإخلالها بالتزاماتها العقدية، أم يتعلق بمسؤولية المتعاقد مع الإدارة لإخلاله بالتزامه قبلها^(٣٢).

موقف القضاء الإداري

إذا نظرنا إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي فسوف نتبين أن الأحكام السابقة على سنة ١٨٩١ لم تكن واضحة بشأن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، ولعل أول الأحكام التي أشارت إلى ذلك الموضوع هو الحكم الصادر سنة ١٨٩١ في دعوى LEFEBVRE^(٣٣). وإن كان هذا الحكم لم يحاول أن يضع صياغة عامة أو مبدأ عاماً في هذا الصدد حيث جاء به «إن الطلبات المستندة إلى نصوص العقد تظل هي القانون الوحيد الذي يحكم العلاقة بين أطرافه ولا يستطيع الأطراف التمسك بدعوى أخرى تستند إلى المواد رقم ١٣٨٢، ١٣٨٤ من القانون المدني^(٣٤)».

أما أول الأحكام التي أشارت صراحة إلى مبدأ أولوية المسؤولية العقدية كقاعدة عامة واجبة التطبيق في مجال العلاقات العقدية، فهو حكم مجلس الدولة الصادر سنة ١٩٢١ في دعوى Compagnie PL. M. حيث أعلن مفوض الدولة في تلك الدعوى «أنه منذ اللحظة التي يكون فيها المدعى طرفاً في العقد مع المتسبب في الضرر - وليس من الغير - فإن الخطأ العقدي يستغرق الخطأ التقصيري^(٣٥)».

ومنذ ذلك التاريخ تواترت أحكام مجلس الدولة وأصبح مبدأ أولوية المسؤولية

(٣٢) A. Laubadere, contrats administratifs, op. cit, P. 79.

(٣٣) C.E., 20 novembre 1891, lefebvre, rec. P. 685 (que les réclamations fondées sur les stipulations du marché restent la seule loi des parties et ne peuvent se concilier avec une action distincte tirée des articles 1382 et 1384 du code Civil).

(٣٤) وتعلق المواد ١٣٨٢، ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي بالمسؤولية على أساس الخطأ.

(٣٥) C.E. 6 mai 1921, compagnie PIM, R.D.P., 1921, P. 510 “des l’instant où le plaignant est, non un tiers, mais une partie à un contract passé avec l’auteur du dommage, la faute contractuelle absorbe la faute quasi delictuelle”.

العقدية بمثابة القاعدة المستقرة في قضاؤه، وخاصة في مجال حوادث السيارات التي تقع بمناسبة تنفيذ عقود التوريد والنقل، فقد جاء بحكم المجلس الصادر سنة ١٩٧٦ «وحيث إن السيد BERZOWSHI يرتبط مع الإدارة بعقد، فإنه لا يستطيع أن يتمسك في مواجهتها بأي دعوى أخرى خلاف دعوى العقد للحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به»^(٣٦).

أيضا قضى مجلس الدولة الفرنسي بقيام المسؤولية العقدية للمتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة، عن الأضرار التي لحقت بها، والناجمة عن الانفجار الذي تسبب فيه المتعاقد أثناء قيامه بالأشغال العامة تطبيقا لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية^(٣٧).

كذلك فقد طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال الأضرار التي تلحق بالمتفاعلين بالمرافق الصناعية، فكثيرا ما يلحق بالمتفاعلين من المرافق الصناعية - مرفق الغاز والكهرباء - بعض الأضرار الناجمة عن القيام بالأعمال اللازمة لتزويدهم بالغاز والكهرباء (مثل تصدع شبكة توصيل الغاز أو تلفها)^(٣٨)، والحرائق الناجمة من سقوط براميل على التوصيلات الكهربائية أثناء توصيلها)^(٣٩). فقد قضى كل من مجلس الدولة ومحكمة التنازع بقيام المسؤولية العقدية للشركة المتسببة في إحداث الضرر في مواجهة المتفاعلين لوجود عقد من عقود القانون الخاص، مستبعدة تطبيق قواعد المسؤولية على أساس الخطأ، باعتبار أن ذلك الخطأ يشكل إخلالاً بالالتزام يفرضه القانون مقتضاه عدم الإضرار بالغير، وذلك نزولا على مقتضيات مبدأ أولوية المسؤولية العقدية وانتهى كل منهما إلى

C.E, er decembre 1970, Berezowshi, rec. P. 521, D. 1978, J., P. 45, note L. Richer. (٣٦)

C.E., 28 novembre 1952, Sté Métalfer, rec. 1953, P. 541. (٣٧)

C.E, 18 decembre 1953, Gain, R.P.D.A. 1954, P. 26, concl. J. Donnedieu de Vabres. (٣٨)

T.C. 24 Juin 1954, Minodier, J.C.P. 1954, II, 8355, note Dufau. (٣٩)

اختصاص القضاء العادي بنظر الموضوع باعتبار أن عقود المرافق الصناعية مع المستفيعين تعتبر من عقود القانون الخاص^(٤٠).

أما بالنسبة لمبررات وأسس مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، فيمكن أن نجد بعض الإشارات الخاصة بذلك في بعض الأحكام، رغم أن مجلس الدولة لا يشير عادة إلى أسس النظريات أو المبادئ التي يطبقها في أحكامه. فقد ذهب مفوض الدولة في حكم لمجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٠٧ إلى أن «العلاقات بين المتعاقدين تحكمها نصوص عقد الالتزام وإذا كانت كراسة الشروط قد حددت صراحة الجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بالالتزامات العقدية، فإنه لا يمكن استبدال تلك الجزاءات العقدية بغيرها من الجزاءات التي تجد سندها في القواعد القانونية العامة^(٤١)» كذلك فقد ذهب مفوض الحكومة في حكم لمجلس الدولة سنة ١٩٧٨ بشأن الأضرار التي لحقت بالإدارة أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة والناجمة عن سيارات النقل التي يستخدمها المتعهد، إلى أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يرجع إلى «أن تلك المسؤولية تخضع لقواعد خاصة بالعقد وأن المشرع لا يريد الإضرار بذلك الوضع»^(٤٢).

من ذلك يتبين أن مجلس الدولة الفرنسي مستقر حالياً على أولوية المسؤولية العقدية في مجال العلاقات العقدية عند تنازعها مع غيرها من المسؤوليات، وأن المبررات التي ساقها في ذلك لا تختلف عما جاء به الفقه الفرنسي، والمتمثلة في أهمية الرابطة العقدية وضرورة الالتزام بالآثار المترتبة عليها، باعتبار أن تطبيق قواعد المسؤولية غير العقدية يمثل إهداراً لنصوص العقد ويخل بالقوة الملزمة له.

L'aubadere, contrats administratifs, précité, P. 79.

(٤٠)

لمزيد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي راجع.

C. E7 mai 1982, Sté du parking de la place de la concord, rec. tab. p. 669; C.E. 30 mai 1980, Mindes PTT c/S. M. saleg, D. 1986. R. 43, note Terneyre.

Conclusions sous C.E. 31 mai 1907, Deplanque, R.D.P. 1907, P. 678.

(٤١)

Conclusions sous C. E. 11 janvier 1978, Cie Union et le Phenix Espagnol, rec. P. 6.

(٤٢)

ثانياً: في مصر

الواقع أن فكرة التنازع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية على أساس الخطأ في نطاق العلاقات العقدية لم تحظ بأي دراسة من جانب فقه القانون العام المصري، رغم أن ذلك الأمر قد استقر في مجال القانون الخاص. كذلك فإن مجلس الدولة المصري لم يتعرض لذلك الموضوع صراحة. ومع ذلك يمكن أن يستشف من الأحكام القليلة في هذا الصدد أنه لا مجال لتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في مجال العلاقات العقدية، حيث تهيمن المسؤولية العقدية في هذا الصدد، ذلك أن مجلس الدولة المصري لا يتعرض بالدراسة للمسؤولية على أساس الخطأ في نطاق العلاقات العقدية إلا إذا انتهى إلى انتفاء المسؤولية العقدية، الأمر الذي يعني بمفهوم المخالفة أن قيام المسؤولية العقدية يستغرق فكرة المسؤولية على أساس الخطأ، حيث لا يتعرض القاضي لتلك المسؤولية ما دامت قد توافرت عناصر المسؤولية العقدية.

فقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٢ أنه متى ثبت أن ما دار بين المصلحة والشركة من مفاوضات وهي أعمال تمهيدية لم تؤد إلى إبرام العقد من الجهة التي لها ولاية إبرامه، فإن الرابطة العقدية تعتبر منعقدة سواء لعقد التزام أو وعد بإبرام عقد التزام، وينبني على ذلك أن استناد الشركة في الرجوع على الوزارة بالتعويض إلى أنها أخلت بالتزام عقدي يكون غير قائم على أساس سليم... وموافقة المصلحة على ما قامت به الشركة في هذا الشأن وإجاباتها إلى ما طلبته منها من معونة لا ينطوي على خطأ من جانب تلك المصلحة ما دام أنها لم تكلف الشركة بالقيام بشيء من ذلك ولم يصدر منها ما يمكن أن يوقع الشركة في خطأ في شأن تفهم حقيقة موقفها. لذلك تكون مطالبة الشركة المدعية بالتعويض على أساس الخطأ والانحراف بالسلطة غير قائم على أساس سليم.

إن انتفاء مسؤولية الإدارة العقدية لعدم انعقاد العقد، وانتفاء مسؤوليتها لعدم ثبوت الخطأ لا يحول دون رجوع الشركة على الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب^(٤٣).

(٤٣) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٢ - مجموعة الخمس سنوات، القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٢ قضائية، ص ٨٩.

كذلك فإن المحكمة الإدارية العليا تجري في أحكامها على تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية دون أن تشير إلى ذلك صراحة - إذا كان الضرر ناجما عن الإخلال بالتزام عقدي مصدره العقد، ويشكل في الوقت نفسه خطأ تقصيرا لإخلاله بالتزام قانوني يفرضه القانون على الكافة. فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩٧٩ أنه «من الثابت أن الجهة الإدارية باعت للمدعي ٦٠ طن فول سوداني، وما كان يتأتى أن يتمخض هذا البيع فولا فاسدا تحذر السلطات الصحية المختصة تصريفه للاستهلاك الآدمي ويهبط ثمنه إذا ما بيع - لأغراض أخرى - بعد أن رفض المدعي تسلمه إلى نحو نصف الثمن الذي كان قد بيع به، ومثل تلك المخالفة إذا قامت بها الجهة الإدارية وتردى فيها تابعوها موجب لمسئوليتها العقدية التي لا فكك منها بدرأها عنها التعلل بأن المشتري كان بمقدوره بعناية الرجل المعتاد اكتشاف العيب قبل الإقدام على المزاد، ذلك أن عناية الرجل المعتاد بكل ما توجه من أسباب الحرص لا تززع قدر الثقة وأسباب الاطمئنان التي توحى بها مقتضيات التعامل مع جهة الإدارة والتي تنزه عن مثل هذا الانحراف بمقتضيات التعاقد ومقاصده... ولا ريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة في حق الجهة الإدارية تملي تعويض المدعي»^(٤٤).

يبين من هذا الحكم أن المحكمة الإدارية العليا قد أقامت مسؤولية الإدارة، استنادا إلى إخلالها بالتزام تعاقدى ولم تشر على الإطلاق إلى فكرة المسؤولية على أساس الخطأ، رغم أنه من الثابت أن الضرر الذي لحق بالمتعاقدين مع الإدارة نجم عن خطأ يشكل إخلالا بالتزام عقدي مصدره العقد وكذا إخلالا بالتزام يفرضه القانون على الكافة ومقتضاه عدم الإضرار بالغير، الأمر الذي يؤكد أنه ليس هناك مجال للخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية على أساس الخطأ في مجال العلاقات العقدية حيث تكون الأولوية دائما للمسؤولية العقدية.

(٤٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩٧٩، القضية رقم ٩١٥ لسنة ٢٣ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة لمبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية، الجزء ١٨، سنة ١٩٨٦ - ١٩٨٧، ص ١٠٧٩.

ونرى من جانبنا أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في حالة تنازعها مع المسؤولية التقصيرية أصبح بمثابة القاعدة المستقرة، ورغم قلة الأحكام المتصلة بذلك الموضوع في قضاء مجلس الدولة المصري، إلا أنه من الثابت أن ذلك القضاء يجري في أحكامه دائما في مجال العلاقات العقدية على تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، وإنه لا يتعرض بالبحث لأحكام المسؤولية التقصيرية إلا إذا انتفت الرابطة العقدية.

والحقيقة إننا نتفق مع ذلك المسلك ونرى أنه أمر يتفق تماما وطبيعة الرابطة العقدية للأسباب الآتية:

- إن الرابطة العقدية ذات طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من المراكز والروابط القانونية حيث تتميز بالتراط والتداخل بين الالتزامات الناشئة على عاتق طرفيها، ومن ثم فإن السماح بالخروج من نطاق الالتزامات بالنسبة لأحد طرفي العقد سوف يؤثر بالضرورة على الطرف الآخر ويخل بالتوازن القائم بين العاقلين، ومن هنا كانت أهمية أن تستأثر المسؤولية العقدية بالعلاقة بين العاقلين، بحيث لا يمكن أن تقوم إلى جوارها مسؤولية تقصيرية.
- إن الأخذ بالمسؤولية على أساس الخطأ في مجال العلاقات العقدية يعني إهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية مما يخل بالقوى الملزمة له والتوازن القائم بين أطرافه، ويهدد فكرة العقد ذاتها ويفرغها من مضمونها كأحد مصادر الالتزام المستقلة.
- إن لكل من نوعي المسؤولية نطاقاً خاصاً، وأنه لا مجال داخل ذلك النطاق إلا لنوع واحد فقط من المسؤولية، إما عقدية وإما تقصيرية، وهو ما قصده الشارع بإفراده، أحكام مستقلة بكل منهما، ووضع لكل من المسئوليتين في تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسؤولية الأخرى، الأمر الذي يفصح عن رغبة المشرع في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين. فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد - ولو كان ذلك يشكل أيضاً إخلالاً بالتزام مصدره القانوني - فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد.

الفصل الثاني

شروط تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية

إن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يقتضي بدهاء قيام المسؤولية العقدية وهو ما يتطلب توافر شروط ثلاثة معا. **الشرط الأول:** هو أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية لا يطبق إلا خلال فترة العقد، فحيث لا يوجد عقد لا تقوم المسؤولية العقدية، فإذا وقع الضرر في فترة سابقة أو لاحقة على تنفيذ العقد لا يكون هناك مجال لتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية لعدم قيام المسؤولية العقدية أصلا. أما **الشرط الثاني:** فمضمونه أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية لا يطبق إلا بين أطراف العقد، فالإخلال الذي يولد المسؤولية العقدية هو الذي يقع من طرف في العقد في مواجهة الطرف الآخر، أما الغير فإنه لا يستطيع أن يتمسك بدعوى المسؤولية العقدية، وبالتالي لا يكون هناك مجال لتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية. وأخيرا فإن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يقتضي أن يكون الضرر ناجما عن الإخلال بتنفيذ العقد، فإذا كان الضرر ليس ناشئا عن خرق التزام عقدي فلا تكون المسؤولية عقدية، ومن ثم لا يكون هناك مجال لتطبيق مبدأ الأولوية.

تلك هي الشروط الثلاثة الواجب توافرها لتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، وسوف نتناولها في مباحث ثلاثة على الترتيب مع الإشارة إلى أوجه الخلاف التي تميزها عن الوضع في القانون الخاص استجابة لاحتياجات سير المرافق العامة والطبيعة الخاصة لروابط القانون العام.

المبحث الأول

وجود عقد

إن قيام المسؤولية العقدية يقتضي أن يكون الضرر ناجما عن الإخلال بتنفيذ أحد الالتزامات الناجمة عن العقد الصحيح، وهو ما يعني أن المسؤولية العقدية - وبالتالي مبدأ الأولوية - لا تقوم إلا خلال فترة وجود العقد. والحقيقة أن الأمر لا

يكون دائما واضحا، فهناك العديد من المشكلات التي يمكن أن تثار، ولعل أولها تحديد بداية الالتزام العقدي الذي يكون بمثابة الخط الفاصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التي يمكن أن تقوم لسبب غير العقد كالخطأ أو الإثراء بلا سبب ويمكن أن نطلق عليها هنا - انطلاقا من دراستنا للمسؤولية العقدية - المسؤولية قبل العقدية "pré- contractuelle" كذلك فإن تنفيذ عقد الأشغال العامة - في مجال الأعمال الإضافية - قد يثير المسؤولية غير العقدية "non -contractuelle" رغم وقوع الإخلال بالالتزام العقدي خلال فترة وجود العقد، الأمر الذي يمثل استثناء وخروجا على قواعد القانون الخاص في هذا الصدد.

وأخيرا فإن تحديد وقت انتهاء الالتزام العقدي بتنفيذه - وهو أمر يثير أيضا العديد من المشكلات - سوف يكون بمثابة الخط الفاصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التي يمكن أن تقوم عقب تنفيذ العقد لأي سبب آخر، ويمكن أن نطلق عليها المسؤولية بعد العقدية. "post contractuelle".

المطلب الأول

المسؤولية العقدية وقبل العقدية للإدارة

القاعدة المسلم بها هنا أنه حيث لا يوجد عقد لا توجد مسؤولية عقدية، وإذا كانت تلك القاعدة لا تثير أدنى صعوبة، إلا أن تحديد بداية وجود العقد يثير بعض الصعوبات وخاصة في نطاق عقود الإدارة نظرا للشروط الخاصة التي تميز إبرام الإدارة لعقودها والتي قد تستغرق فترة زمنية طويلة قبل إبرامها، الأمر الذي قد يعرض المتعاقد معها لبعض الأضرار. ومن هنا كان من الأهمية بمكان أن نحدد الوقت الذي تتحول فيه العلاقات قبل العقدية إلى relations pré-contractuelle علاقات عقدية بالمعنى الدقيق. relations strictement contractuelle. حيث يمكن أن تقوم اعتباراً من تلك اللحظة المسؤولية العقدية، ومن ثم يمكن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية.

والحقيقة أن قيام الرابطة العقدية الصحيحة يقتضي قيام الإدارة بالعديد من الخطوات، بداية بكيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها، ومروراً بضرورة احترام القيود التي يفرضها القانون عليها عند إبرام العقد، وانتهاء بضرورة توافر شروط السلامة الذاتية للعقد الإداري باعتباره عقداً لا يكاد يختلف عن مثيله في القانون الخاص وخلال تلك المرحلة الطويلة السابقة على وجود العقد لا يكون هناك مجال للمسئولية العقدية، حيث يمكن أن تسأل الإدارة على أساس الخطأ أو الإثراء بلا سبب (المسئولية غير العقدية) ويمكن أن نطلق عليها هنا مسئولية قبل عقدية لتحقيقها قبل قيام العقد.

أولاً: المسئولية قبل العقدية واختيار الإدارة للمتعاقد معها:

الواقع أن القانون الإداري سواء في فرنسا أو في مصر يضيق على الإدارة إلى حد كبير فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها، وإن كان هذا لا يمنع أنه يمنح الإدارة سلطات واسعة فيما يتعلق بأداء وظائفها. ويستهدف القانون من ذلك التوفيق بين اعتبار تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة واعتبار تحقيق المصلحة الفنية للإدارة بتمكينها من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة.

وانطلاقاً من تلك الاعتبارات فإن القانون سواء في فرنسا أو في مصر يفرض على الإدارة عند اختيارها للمتعاقد معها اتباع إحدى طريقتين، إما طريقة المناقصات والمزايدات العامة، وإما طريقة الممارسة، حيث يتوقف الأمر على موضوع العقد.

والحقيقة أن اختيار الإدارة للمتعاقد معها يمثل أولى المراحل الواجب اتباعها لقيام الرابطة العقدية، فهي مرحلة تمهيدية لا تنجم عنها أي رابطة بين الإدارة ومن تقدم للتعاقد معها، ومن ثم فلا يكون هناك أي مجال للحديث عن المسئولية العقدية، فحيث لا يوجد عقد لا توجد مسئولية عقدية، ومن ثم إذا لحق بمن تقدم للتعاقد مع الإدارة ضرر خلال تلك المرحلة، وكان ذلك راجعاً إلى خطأ من جانب الإدارة فإن مسئوليتها هنا تكون مسئولية غير عقدية.

كما في الحالات الآتية :

١ - الاستبعاد غير الصحيح من المناقصات والمزايدات العامة

يمكن من الناحية العملية أن تقوم مسؤولية الإدارة في أحوال الاستبعاد غير الصحيح من المناقصات والمزايدات العامة سواء أكانت مفتوحة^(٤٥) أم مقيدة^(٤٦) فمن المتفق عليه أن من حق الإدارة أن تستبعد صاحب العطاء المخالف للقانون وأن سلطتها في هذا الأمر مقيدة، فالإدارة محرومة هنا من السلطة التقديرية^(٤٧) أما إذا استبعدت الإدارة صاحب العطاء رغم اتفاق عطاءه مع القانون واللوائح فهنا تقوم مسؤولية الإدارة غير العقدية extra contractuelle متى كان قرارها من شأنه أن يفوت فرصة حقيقة لإرساء المزداد عليه^(٤٨).

٢ - مخالفة مبدأ آلية المناقصة

يمكن أيضاً أن تقوم مسؤولية الإدارة قبل العقدية إذا خرجت عن قاعدة التزام الإدارة باختيار أفضل العروض أو ما يعرف بمبدأ آلية المناقصة، فالمناقصات والمزايدات العامة منظمة على أساس تقييد حرية الإدارة، حيث تلتزم باختيار أفضل عطاء فإذا خرجت عن ذلك جاز قيام مسؤوليتها متى نجم عن ذلك ضرر لحق بمن تقدم بأفضل عطاء.

وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه (قد بان من الأوراق أن عطاء المدعي لم تستبعده اللجان الفنية، ثم اتضح بعد فتح المظاريف أنه صاحب أقل عطاء وأنه بعد أن تمت المفاوضة معه - بناء على توصية لجنة البت - تنازل عن تحفظه، فإنه وفقاً لما تقدم من أحكام كان من المتعين قانوناً على جهة الإدارة

(٤٥) C.E. 13 1970, Monti E/Commune de Renspach, rec P. 322.

(٤٦) C.E 1 Juillet 1954, Commune de Morcenx, rec. p. 425; C.E 28 mars 1980, C.H. de Seclin, rec., p. 787; J.C.P 1981, J., 19. 542, note p. L.

(٤٧) أستاذ دكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، سنة ١٩٨٤، ٢٧٤.

(٤٨) C.E.13 mai 1970, Monti c/Commune de Ranspach, précité.

أن تتعاقد معه باعتباره صاحب أقل العطاءات، إلا أنها تنكبت الطريق السليم وتعاقدت مع الشركة المشار إليها على الرغم من أن عطاءها كان ترتيبه الثالث بين العطاءات المقدمة في المناقصة، وعلى ذلك فإن جهة الإدارة بإصدارها هذا القرار تكون قد خالفت القانون ووقع خطأ من جانبها. (٤٩).

٣ - مخالفة القواعد الخاصة بإلغاء المناقصات والمزايدات

يمكن أيضاً أن تقوم مسؤولية الإدارة خارج نطاق العقد «مسئولية قبل عقدية» إذا خرجت الإدارة عن القواعد الخاصة بإلغاء المناقصات والمزايدات العامة.

كما لو قامت الإدارة بإلغاء المناقصة رغم عدم توافر إحدى حالات الإلغاء التي نص عليها القانون، ونجم عن ذلك ضرر بمن تقدم بأفضل عطاء (٥٠) وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه «إذا لم تقم بالمزايدة في إحدى الحالات التي تجيز إلغائها وفقاً لأحكام القانون فإنه ما كان يجوز إلغاؤها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيداً لإعادة المزايدة بقصد الوصول إلى ثمن أعلى - بل كان يتعين وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحة المناقصات والمزايدات اعتماد إرسائها على المدعي ما دام أنه قد تقدم بأفضل العطاءات وقام بالتزامه بإكمال التأمين المقدم منه إلى ٢٠٪ من قيمة عطاءه، ويكون القرار الصادر بإعادة المزايدة وما يترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسائها على غير المدعي - مخالفاً للقانون. ولا شك في أن هذا

(٤٩) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٧٣ في القضية رقم ٥٥٢ لسنة ١٤ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة للمبادئ الإدارية العليا، الجزء ١٨، ص ٧٥٣.

(٥٠) فقد جاء بنص المادة/١٧ من قانون تنظيم المزايدات والمناقصات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ «تلغى المناقصات بقرار مسبب من رئيس المصلحة بعد النشر عنها وقبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائياً، أما في غير هذه الحالة فيجوز لرئيس المصلحة إلغاء المناقصة في إحدى الحالات الآتية:-

أ- إذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.

ب - إذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتحفظات.

ج - إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة السوقية.

القرار غير المشروع قد ألحق ضرراً بالمدعي تمثل فيما تكبده من نفقات للاشتراك في المزايدة وما اقتضاه ذلك من قيامه بإيداع التأمين وفيما فاتته من فرصة الحصول على الربح الذي كان يأمل في تحقيقه فيما لو تم التعاقد معه^(٥١).

٤ - الاستبعاد غير الصحيح من الممارسة العامة

وكما تقوم مسؤولية الإدارة في حالة الاستبعاد غير الصحيح من المناقصات والمزايدات، كذلك أيضاً تقوم مسؤوليتها في حالة الاستبعاد غير الصحيح من الممارسة بشرط أن يثبت من تقدم للتعاقد مع الإدارة ما لحقه من ضرر حقيقي من جراء ذلك الاستبعاد غير الصحيح، وقد تعددت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد^(٥٢).

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن المصاريف التي يتحملها الممارس الذي وقع عليه اختيار الإدارة والخاصة بثمن كراسة الشروط واستيفاء ما ورد بها من شروط والمستندات والوثائق المطلوبة، كل ذلك يعتبر من المخاطر العادية التي يجب أن يتحملها من أقدم على التعاقد مع الإدارة، ومن ثم لا يمكن أن تقوم مسؤولية الإدارة غير العقدية عنها، وذلك إذا ما استغنت الإدارة عن المشروع. فقد جاء بحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٨٢ «أن المكاو الذي وقع عليه اختيار الإدارة على أثر الممارسة - وقيامها بطلب تقديم المستندات والوثائق اللازمة لاستكمال الإجراءات السابقة على إبرام العقد - لا يرتبط بأي رابطة عقدية مع الإدارة، وبالتالي إذا استغنت الإدارة عن المشروع نهائياً فإن المصروفات التي تكبدها والخاصة بشراء كراسة الممارسة واستيفاء مختلف بياناتها تدخل في عداد المخاطر العادية التي يتحملها في سبيل إبرامه للعقد^(٥٣)».

(٥١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في أول فبراير سنة ١٩٦٩ في القضية رقم ٧١٢ لسنة ١٣ ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، سنة ١٩٦٥ - ١٩٨٠، ص ١٨٥٤.

(٥٢) C.E. 3 Juillet 1968, Lavigne, rec., P. 1000; A.J.D.A. 1969, P. 357, conclusions Brailant; C.E. 11 oct., 1985 C.G.C.T. c/CHR, A.J.D.A. 1985. 749 L. Richer; C.E 9 dec. 1987, Chb. d'agriculture des Deux-sèvres, D. 1988 Somm. 252 obs. P. Terneyre.

(٥٣) C.E. 10 février 1982, Sté de Construction R. Magnier, Rec. n. 24. 492.

ونرى من جانبنا أن مسؤولية الإدارة لا تقوم عن الأضرار التي قد تلحق بمن أقدم على التعاقد مع الإدارة سواء بطريقة المناقصات والمزايدات أو بطريقة الممارسات العامة والناجمة عن المصروفات التي يتكبدها في سبيل إبرامه للعقد مع الإدارة إذا ما أقدمت الإدارة على إلغاء المناقصة أو الممارسة مادام أنها قد التزمت في ذلك حدود القانون ولم تخرج عن الحالات التي أجاز لها القانون فيها الإلغاء. أما إذا خرجت الإدارة عن القانون وألغت المناقصة أو الممارسة في غير الحالات المنصوص عليها، أمكن قيام مسئوليتها عن الضرر الذي يلحق بمن أقدم على التعاقد معها.

ثانياً: المسؤولية قبل العقدية وإبرام الإدارة لعقودها

القاعدة العامة أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا بعد إبرام العقد، ومن ثم فإن قيام المتعاقد بالبدء في تنفيذ العقد قبل ذلك يكون على مسئوليته، حيث لا يمكن أن تقوم مسؤولية الإدارة قبل الإبرام. ذلك هو المبدأ العام في هذا الصدد ومع ذلك فهناك بعض الاستثناءات حيث يمكن أن تقوم مسؤولية الإدارة قبل العقدية لعدم حصولها على الإذن الخاص بالتعاقد أو لعدم صدور قرار التعاقد من جهة الإدارة المختصة أو لتخلف التوقيع على العقد أو عدم قيام سلطة الرقابة بالتصديق على العقد.

١ - تخلف الإذن بالتعاقد. L'absence d'autorisation préalable de contracter.

يستلزم المشرع بالنسبة لبعض العقود ضرورة حصول جهة الإدارة المتعاقدة على تصريح أو إذن بالتعاقد من جهة يحددها، حيث لا تستطيع الإدارة التعاقد كلية بدون هذا الإذن. وقد يأخذ هذا الإذن صورة قانون صادر من البرلمان أو صورة قرار إداري صادر من رئيس الجمهورية أو من مجلس الوزراء أو من وزير أو من أي جهة إدارية أخرى.

وإذا استلزم المشرع ضرورة حصول الإدارة على إذن بالتعاقد من جهة ما. فإن إقدام الإدارة على التعاقد دون توافر هذا الإذن يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً،

ذلك أنه حيث يشترط المشرع ضرورة الحصول على هذا الإذن، يكون هذا الإذن ضروريا لقيام الرابطة العقدية، فإذا خالفت الإدارة ذلك وأقدمت على إبرام العقد دون توافر ذلك الإذن، فإن الرابطة العقدية لا تقوم ومن ثم فلا يكون هناك مجال للمسئولية العقدية.

وبهذا المبدأ أخذ مجلس الدولة المصري والفرنسي، فقد جاء بفتوى قسم الرأي بمجلس الدولة... «فإذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها، فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب، وإنما تكون منعدمة إطلاقا، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع، يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية بعدم إرادة الدولة، ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا لا وجود له في نظر القانون، وإنما هي واقعة مادية بحتة، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار»^(٥٤).

وفي هذا المعنى نفسه ذهب مجلس الدولة الفرنسي إذ قضى في حكمه الصادر في فبراير سنة ١٩٨١ أن (المجلس البلدي لم يصرح للعمدة بالتعاقد، كما أنه لم يصدق على إجراءات التعاقد التي قام بها... وحيث لا يوجد عقد سليم لا تكون هناك أي رابطة عقدية تسمح للسيد BROISIN أن يتمسك بها»^(٥٥).

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في أحكام أخرى إلى عدم قيام الرابطة العقدية لغياب الإذن بالتعاقد حتى ولو قامت سلطة الوصاية بالتصديق على العقد^(٥٦).

(٥٤) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة في ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤، مجموعة فتاوى المجلس السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ص ٢٢٦.

(٥٥) C.E, 9 fevrier 1981, Commune de Sixt, rec. tab., P. 644; D.A. 1981, n 78; voir aussi, par exemple C.E. 18 november 1964, Blanch, R.D.P 1966, P.193.

(٥٦) C.E. 12 October 1960, C.H.R de Nantes rec p. 528.

وإذا كان العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الإذن السابق معدوماً من الناحية القانونية لعدم قيام الرابطة العقدية، فإن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يتمسك به في مواجهة الإدارة، ولكن هذا لا يعني أنه لا يستطيع الحصول على تعويض إذا لحقه ضرر من جراء تعاقد الإدارة دون توافر الإذن بالتعاقد فإذا كان المتعاقد لا يستطيع الرجوع على الإدارة وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، فإن هذا لا يمنع إمكان رجوعه إلى الإدارة استناداً لقواعد الإثراء بلا سبب أو قواعد المسؤولية على أساس الخطأ^(٥٧).

والحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي يسلك طريقاً ثابتاً في هذا الصدد انطلاقاً من مبدأ أولوية المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب على المسؤولية على أساس الخطأ

la primaute de la Responsabilité quasi contractuelle sur la responsabilité quasi delictuelle.^(٥٨)

حيث يبدأ أولاً بالتأكد من توافر شروط المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب ثم يعقبه بالتأكد من انتفاء خطأ الإدارة. وتتمثل شروط قيام المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب في أن تكون هناك فائدة حقيقية profit reel قد عادت على الإدارة من الأعمال التي نفذها المتعاقد^(٥٩). أو تكون تلك الأعمال قد عادت على الإدارة بالنفع^(٦٠) مع وجوب عدم اعتراض الإدارة على الأعمال التي قام بها المتعاقد، أو إنذارها المتعاقد بأنه يقوم بالتنفيذ على مسؤوليته. ثم à ses risques et péril.

(٥٧) الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٣٢.

(٥٨) P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, 1989, P. 31.

(٥٩) C.E. 5 juillet, 1974, Sieur Devillers, rec. tab., P. 1056; R.D.P 1975, P. 303; C.E.6 février 1981, Commune de Sixt, rec. tab., P. 644.

C.E. 16 avril 1958, Sieur Mas, rec. P. 209.

(٦٠)

القاضي الإداري بعد ذلك بالتأكد من انتفاء خطأ الإدارة^(٦١) فيجب ألا تقوم الإدارة بدعوة المتعاقد معها إلى تنفيذ العقد دون أن تكون قد حصلت على الإذن بالتعاقد^(٦٢) فإذا توافرت تلك الشروط فإن مجلس الدولة يقوم بتعويض المتعاقد عن المصروفات الفعلية التي تحملها.

والجدير بالذكر أن مسؤولية الإدارة لا تقوم كاملة دائما في أحوال قيامها بإبرام العقد دون توافر الإذن بالتعاقد، حيث تتخفف تلك المسؤولية بقدر مساهمة خطأ المتعاقد معها بل قد تعفى الإدارة كلية من المسؤولية، حيث يتوقف الأمر على ظروف كل دعوى. وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار أن إقدام المتعاقد على إبرام العقد مع الإدارة دون توافر الإذن بالتعاقد يمثل أيضا خطأ من جانبه يقتضي التخفيف من مسؤولية الإدارة^(٦٣) أو إعفائها تماما^(٦٤)، حيث يختلف الأمر باختلاف ظروف كل دعوى. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي «بأن عمدة إقليم CHASSIEU قد قام من جانبه بإصدار أمر إلى السيد LAURENT بإعداد مشروع إنشاء... دون أن يحصل على إذن بالتعاقد من المجلس البلدي ودون أن يتم التصديق على التعاقد. ومن ناحية أخرى فإن السيد LAURENT لم يثبت أن الدراسات التي قام بها قد عادت بفائدة حقيقية على بلدية CHASSIEU، ومن ثم فإنه لا يستطيع أن يحصل على مقابل النفقات التي تحملها في إعداد تلك الدراسة إلا أن عمدة هذا الإقليم قد ارتكب خطأ من شأنه أن يقيم مسؤولية بلدية CHASSIEU لقيامها بدعوة السيد LAURENT للبدء في تنفيذ بعض الأعمال دون

(٦١) P. Terneyre, précité, P. 31 "mais la démarche du juge ne s'arrêta pas là: que l'enrichissement sans cause soit établi ou dénié, le juge recherche, en effet, en second lieu, si l'autorité exécutive n'a pas commis une faute de nature à engager la responsabilité quasi- délict- uelle de la personne publique en invitant le "cocontractant" à effectuer ces prestations sans y avoir été autorisée par l'autorité délibérante.

(٦٢) C.E., 17 octobre 1980, Sté Assistance technique et Coordination, R.D.P 1981, P. 522.

(٦٣) C.E., 12 mai 1939, Commune de Chassieu, rec. 1940, P. 310.

(٦٤) C.E., 6 février 1981, Commune de Sixt, rec. tab., P. 644; D.A. 1981, n 78.

أن يحصل على إذن بالتعاقد من البلدية. مع مراعاة أن السيد LAURENT قد ارتكب هو الآخر خطأ من جانبه لقيامه بالبدء في تنفيذ الأعمال دون أن يتوافر الإذن بالتعاقد، ومن ثم تتخفف مسؤولية الإدارة بقدر مساهمة خطأ السيد LAURENT.

ويأخذ حكم التصريح بالتعاقد الاستشارات السابقة التي يتعين على جهة الإدارة المتعاقدة أن تقوم بها قبل إبرام العقد، فإذا كان موضوع الاستشارة ملزماً للإدارة بحيث لا تستطيع أن تخالفه فإن مخالفة الإدارة لهذا الالتزام تؤدي أيضاً إلى انعدام العقد الإداري^(٦٥)، الأمر الذي قد ينجم عنه أيضاً مسؤولية الإدارة على أساس الإثراء بلا سبب أو الخطأ إذا توافرت الشروط الخاصة بذلك.

٢ - تخلف قرار المجالس الإدارية بالتعاقد. L'absence de conclusion de contrat.

تمتع الهيئات الإدارية اللامركزية بالشخصية المعنوية، ويمثلها عادة هيئتان، مجلس منتخب أو معين (وهو ما نقصده بالمجلس الإداري) وعضو تنفيذ. وفي حالة قيام هيئة إدارية بإبرام عقد، فإن العقد يمر بمرحلتين، الأولى مرحلة إصدار قرار من المجلس باعتباره العضو المختص بالتعاقد (قرار بالتعاقد l'acte de conclusion والثانية تنحصر في توقيع رئيس المجلس للعقد باعتباره العضو المنفذ لرغبة المجلس l'organ d'exécution^(٦٦)).

وقرار المجلس بالتعاقد هو بمثابة تعبير عن إرادة الإدارة في التعاقد، ومن ثم فإنه خطوة أساسية لقيام توافق الإرادات اللازم لإبرام العقد وترتيبه لآثاره. على أن صدور قرار من المجلس بالتعاقد لا يؤدي إلى قيام الرابطة العقدية التي لا تقوم إلا بعد أن يتولى عضو التنفيذ توقيع العقد نيابة عن المجلس. ومن ثم فإن عدم صدور قرار من الإدارة بالتعاقد أو عدم التوقيع على العقد من الجهة المختصة يجعل العقد

(٦٥) الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٦٦) الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣١٧ وما بعدها.

باطلا بطلانا مطلقا، باعتبار أن قرار التعاقد يشكل عنصراً حيوياً في تكوين العقد^(٦٧)، ومن ثم لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بأي التزامات عقدية في مواجهة الإدارة.

وإذا كان من أقدم على التعاقد مع الإدارة لا يستطيع في الأحوال السابقة أن يتمسك بالعقد، فإنه قد يستطيع المطالبة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب أو الخطأ. ويشترط لحصوله على تعويض عن الأعمال التي قام بها استناداً إلى قواعد الإثراء بلا سبب أن تكون هناك موافقة من جانب الإدارة على تلك الأعمال^(٦٨)، وأن تكون هناك فائدة حقيقية^(٦٩) أو منفعة^(٧٠) عادت على الإدارة من جراء تلك الأعمال، فإذا توافر كلا الشرطين أمكن لمن قام بتلك الأعمال الحصول على تعويض يعادل المصروفات الحقيقية التي تحملها. أما إذا كان هناك رفض من جانب الإدارة للأعمال التي قام بها، أو كانت تلك الأعمال عديمة الجدوى ولم تعد على الإدارة بفائدة فهنا لا يستطيع من أقدم على التعاقد مع الإدارة "cocontractant" الاستناد إلى قواعد الإثراء بلا سبب للحصول على تعويض، ولكنه قد يستطيع الاستناد إلى قواعد الخطأ.

وعموماً فإن القاعدة العامة في هذا الصدد أن الإدارة غير ملزمة بالاستمرار في المفاوضات الخاصة بالتعاقد، ومن ثم فإن توقفها عن تلك المفاوضات وعدم الاستمرار فيها ليس من شأنه ترتيب أي مسؤولية على الإدارة^(٧١). ومع ذلك يمكن

(٦٧) A. Laubadere, traite theorique et pratique des contrats administratif, 1956, tome 7, P. 172.

وقد ذهب جيز إلى أن عدم توافر قرار التعاقد يترتب عليه الانعدام وليس مجرد البطلان، أما لوبادير فيرى التفرقة بين التوقيع على العقد من جهة مخصصة حيث يترتب على ذلك البطلان المطلق، أما تخلف التوقيع تماماً فإنه يؤدي إلى الانعدام.

(٦٨) C.E. 16 novembre 1973, Sté tiffenpromotion, R.D. P 1974, P. 1172.

(٦٩) C.E. 29 septembre 1982, Perez et Silvent, D.A 1982, n 400.

(٧٠) C.E. 17 mai 1963, commune de Monein et Sieur labarrere, rec P. 305.

(٧١) C.E. 26 avril 1961, Rey, rec. tab. P. 1099.

أن يشكل قطع المفاوضات خطأ من جانب الإدارة يستتبع قيام مسؤوليتها، وذلك إذا كان تصرفها من شأنه أن يترك اعتقاداً بالموافقة على إبرام العقد، أو يحث المتعاقد على البدء في تنفيذ التزامه^(٧٢)، كما يمكن أيضاً أن تقوم مسؤولية الإدارة إذا لم يقوم عضو التنفيذ l'organ d'exécution باتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام الرابطة العقدية رغم صدور قرار التعاقد من الجهة الإدارية المختصة^(٧٣)، l'autorité délibérante، وفي جميع الأحوال يمكن أن تتخفف مسؤولية الإدارة بقدر مساهمة خطأ من أقدم على التعاقد معها في إحداث الضرر، ذلك الخطأ الذي يمكن أن يتمثل في عدم حيلة المضرور وحذره وإقدامه على التعامل مع الإدارة كما لو كانت الرابطة العقدية سليمة، في حين أنها لم تنشأ بعد لعدم صدور قرار التعاقد أو التوقيع على العقد، وهو ما قد يكون من الواضح في كثير من الأحيان^(٧٤).

من ذلك يتبين أن عدم صدور قرار الجهة الإدارية بالتعاقد أو عدم توقيع عضو التنفيذ على العقد قد تنجم عنه مسؤولية الإدارة غير العقدية على أساس الإثراء بلا سبب أو الخطأ، وأن ذلك يمثل إحدى صور مسؤولية الإدارة قبل العقدية لعدم قيام الرابطة العقدية بعد.

٣ - تخلف التصديق على العقد : l'absence d'approbation du contrat.

لا يكفي القانون أحياناً بصدور قرار التعاقد من جهة الإدارة والتوقيع على العقد، بل يتطلب بالإضافة إلى ذلك تصديق سلطة أخرى على العقد وعادة ما يكون ذلك بشأن العقود التي تبرمها الجهات الإدارية اللامركزية، سواء أكانت مصلحة أم إقليمية، حيث يتطلب القانون تصديق جهة الوصاية l'autorité de tutelle.

(٧٢) C.E. 1 juin 1984, Sté objectif conseil, rec. tab, p. 666; C.E. 23 mai, 1986, E.P.R. de Bretagne C/Sté ouest audiovisuel, D. 1986, note P. Terneyre.

(٧٣) Tribunal adm. de lille, 15 juin 1974, Sté d'Aménagement de Bray- Dunes, rec. P. 724.

(٧٤) C.E. 29 septembre 1982, Perez et Silvent, D.A. 1982, n 400.

tutelle على أن سلطة التصديق لا تقتصر فقط على بعض العقود التي تبرمها السلطة اللامركزية ولكنها تمتد لبعض العقود التي تبرمها الدولة ذاتها^(٧٥).

والتصديق في هذه الحالات يعتبر أحد العناصر اللازمة لإبرام العقد، فإذا لم تقم السلطة المختصة بالتصديق، فإن الرابطة العقدية لا تنشأ، ومن ثم لا يمكن التمسك بالعقد أو دعوى المسؤولية العقدية^(٧٦) ومع ذلك يمكن لمن أقدم على التعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض عن الأضرار التي قد تلحق به استناداً لقواعد الإثراء بلا سبب أو لقواعد الخطأ.

والقاعدة العامة في هذا الصدد أن الأطراف لا تلتزم بتنفيذ العقد مادام أن سلطة التصديق لم تقم بذلك الإجراء^(٧٧) فإذا قام أحد الأطراف بالتنفيذ فإن ذلك يكون على مسؤوليته، ومع ذلك يجوز لمن قام بتنفيذ بعض الأعمال أن يحصل على تعويض إذا اعتقد أن الإدارة قد قامت بالتصديق على العقد، وكان هناك ما يدعوه إلى ذلك الاعتقاد^(٧٨) مع وجوب توافر شروط الإثراء بلا سبب، والمتمثلة في وجوب أن تكون تلك الأعمال مفيدة للإدارة^(٧٩)، أو عادت عليها بنفع حقيقي^(٨٠) بالإضافة إلى وجوب أن تكون هناك موافقة صريحة أو ضمنية من جانب الإدارة على تلك الأعمال^(٨١).

A. Laubadere, contrats administratifs Tome. I, précité P/185. (٧٥)

C.E. 13 mars 1963, Commune de Juvisy-Sur-orge, rec. P. 150;. (٧٦)

C.E 12 novembre 1965, palet, rec., P. 1054, R.D.P 1966, P. 989.

فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ٢٨٧ في ٢٧ مارس سنة ١٩٦١، الموسوعة الإدارية الحديثة، سابق الإشارة إليها، الجزء ١٨، ص ٦٩.

د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، سنة ١٩٨١ ص ٦٩. (٧٧)

C.E. 26 1971, Sieur Marquet, rec., P. 383. (٧٨)

C.E. 11 octobre 1963, O.P. H.L.M de la ville de Dolé, R.D.P 1964, P. 216. (٧٩)

C.E. 24 Juin 1938, Commune d'Hous, rec. P. 577; D. 1939, 111, P. 25, note D. Pepy. (٨٠)

C.E. 14 février 1962, Gugenhein, R.D.P. 1962, P. 1022; C.E. 14 octobre 1963, O.P. H.L.M Ville de Dole, R.D.P. 1964, P. 216. (٨١)

أما بالنسبة لأحوال مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، فالقاعدة أن جهة الوصاية لها مطلق الحرية في التصديق على العقد أو عدم التصديق^(٨٢)، ومن ثم فإن المسؤولية عادة تقوم على عاتق جهة الإدارة المتعاقدة. ومع ذلك قد تقوم مسؤولية جهة الوصاية أحيانا وبصفة استثنائية عند التأخير غير العادي في القيام بذلك الإجراء ودون أن - يكون هناك سبب يقتضي ذلك^(٨٣). أما في غير تلك الأحوال فإن مسؤولية الإدارة يمكن أن تقوم عن خطأ من جانبها وقد يتمثل ذلك الخطأ في عدم قيامها باتخاذ إجراءات التصديق على العقد (عدم عرضه على جهة الوصاية)^(٨٤)، وقد تتدخل الإدارة لدى سلطة الرقابة (التصديق) لصرفها عن ممارسة حقها في الرقابة^(٨٥)، أو تقوم بدعوة الطرف الآخر إلى البدء في الأعمال قبل أن يتم التصديق على العقد^(٨٦). وبصفة عامة فإن مجلس الدولة الفرنسي قد يخفف من خطأ الإدارة من خلال تلمس خطأ من جانب المضرور في الأحوال التي يقوم فيها بتنفيذ العقد وهو يعلم ما يشوبه من عيب عدم التصديق^(٨٧).

من ذلك يتضح أن مسؤولية الإدارة غير العقدية قد تقوم في أحوال عدم التصديق على العقد على أساس الخطأ أو الإثراء بلا سبب، وأن ذلك يمثل إحدى صور مسؤولية الإدارة قبل العقدية لعدم قيام الرابطة العقدية بعد.

(٨٢) C.E. 14 septembre 1979 Commune d'agde, rec., P. 357; D. 1979, J.R.P. 557, observations P. Delvolvé.

(٨٣) A. Laubadere, contrats administratifs, précité, tomp 7, P. 196; C.E. 6 Juillet 1945, luca, rec. P 147 "S'il exedait notablement et sans motive valable le délai normalement requis pour l'accomplissement de cette formalité".

(٨٤) C.E. 21 Juin 1938, Commune d'hous, rec., P. 577; D. 1939, III, P 25, note D. pepy.

(٨٥) C.E. 12 novmbre 1965 Palet Albert R.D.P 1966, P. 989; C.E. 1 er fevrier 1980, Barbast, R.D.P. 198L, P. 522 "en intervenant directement aupres de l'autorité de controle pour l'empêcher ou la dissuader d'exercer son controle".

(٨٦) C.E. 17 mai 1963, Commu, e de Monein et Labarrère, rec, P. 305.

(٨٧) C.E.: 17 mai, commune de monein et sieur labarrere, rec., P; 305.

ثالثاً: المسؤولية قبل العقدية للإدارة وشروط صحة العقد.

إن بعض القواعد والمبادئ العامة في القانون المدني مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص، وبالتالي ليس ثمة ما يمنع من نقلها إلى نطاق القانون العام وإدراجها في القواعد الخاصة به^(٨٨) ويدخل في نطاق قواعد القانون الخاص التي تم نقلها إلى القانون العام شروط صحة العقود الخاصة التي لا تكاد تختلف عن مثلتها في القانون العام. ومن ثم فإن ترتيب العقد لآثاره في مواجهة طرفيه يقتضي توافر تلك الشروط، حيث لا تنشأ الرابطة العقدية صحيحة وسليمة ما لم تتوافر لها شروط الصحة^(٨٩).

وتتمثل شروط صحة العقد الإداري في وجوب توافر عناصر ثلاثة: العنصر الأول: وجوب توافر الرضا الخالي من العيوب بين طرفي العقد على أن يصدر ذلك الرضا من الإدارة المختصة، والعنصر الثاني: المحل وهو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لمصلحة الدائن، ويجب أن يكون المحل ممكناً ومعيّناً ومشروعاً والعنصر الثالث: السبب، ويجب أن يكون صحيحاً ومشروعاً ويستهدف الصالح العام^(٩٠).

أما جزاء عدم توافر شروط صحة العقد الإداري فهو البطلان^(٩١) ولا يملك رفع دعوى البطلان سوى أطراف العقد، ويترتب على الحكم بالبطلان اعتبار العقد كأن لم يكن، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يرتب بذاته آثاراً في مواجهة أطرافه،

(٨٨) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٦٢، السنة السابعة، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ص ٥٢٧.

(٨٩) F. moderne, 'les conditions de validité du contrat, Encyclopedie collectivités locales, Dalloz, P. 306 et S.

(٩٠) الدكتور/زكي محمد محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية سنة ١٩٨١ ص ٧٢ وما بعدها.

(٩١) لمزيد حول قواعد البطلان في العقود الإدارية يراجع: -

C. Brechon Moulènes, remarques sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs, J.C.P. 1973, Doc. 2588.

وبالتالي لا يكون هناك مجال لإثارة المسؤولية العقدية. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في ٣١ يناير سنة ١٩٦٨ «أن الحكم بطلان العقد يقتضي اعتبار العقد كأن لم يكن، ومن ثم فإن الشركة المدعية لا تستطيع بالتالي أن تتمسك بنصوص العقد لتقييم مسؤولية الإدارة العقدية^(٩٢)» كما قضى مجلس الدولة المصري في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ بأنه يشترط في محل العقد - أيا كان العقد - أن يكون قابلاً للتعامل فيه. ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه - فلا يصبح محلاً للالتزام - إذا كان التعامل فيه محظوراً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام.

وينبغي على ذلك أن العقد يقع باطلاً، فلا ينعقد قانوناً، ولا ينتج أثراً، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقتضي بالبطلان من تلقاء نفسها، ولا تصح إجازة العقد، وإذا تقرر هذا البطلان فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد^(٩٣).

وإذا كانت القاعدة العامة في حالة الحكم بالبطلان - إذا كان الطرفان قد بدأ تنفيذ العقد - هي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، ويقتضي ذلك أن يرد كل من الطرفين ما تسلمه من الطرف الآخر تنفيذا للعقد الباطل. فإن الأمر لا يكون دائماً بمثل تلك السهولة، فقد يتعذر إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، وخاصة إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ العقد كاملاً من جانبه دون علم بما يشوبه من أوجه البطلان.

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي - في محاولته التخفيف من آثار البطلان - إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية باعتبار أن مركز الأطراف يماثل المركز الناجم عن العقد الصحيح، ومن ثم يستطيع من قام بتنفيذ التزامه أن يتمسك بنصوص العقد ليجبر الطرف الآخر على تنفيذ التزامه^(٩٤) ولكن هذا الرأي لم يحظ بقبول،

(٩٢) C.E.31 Janvier 1968, Ministre de l'intérieur c/Sté des Autocars, R.D.P 1968, P. 932.

(٩٣) حكم مجلس الدولة الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ في القضية رقم ١٣٠٣ لسنة ٨ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن، ص ٧٢٤.

(٩٤) J. Huet, responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, thèse, Paris 11, 1978, n. 221 et s.

فالإجماع منعقد سواء في فرنسا أو في مصر على أن السبيل الوحيد الذي يمكن أن يسلكه المضرور هنا هو دعوى المسؤولية غير العقدية استنادا لقواعد الإثراء بلا سبب أو لقواعد الخطأ^(٩٥).

١ - قيام مسؤولية الإدارة وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب:

قد يفاجأ المتعاقد مع الإدارة ببطلان العقد بعد البدء في تنفيذ التزامه وهنا يستطيع ذلك المتعاقد استرداد المصروفات التي عادت بفائدة على الإدارة المتعاقد معها استنادا لقواعد الإثراء بلا سبب^(٩٦)، فلا شك أن قواعد العدالة تقتضي أن يحصل على مقابل الأعمال التي قام بها للإدارة وفي حدود الفائدة التي عادت عليها.

ويذهب الفقه الفرنسي - وهو بصدد بحثه عن شروط قيام مسؤولية الإدارة على أساس الإثراء بلا سبب - إلى التفرقة بين أمرين. الأمر الأول: هو عدم تمام إبرام العقد، وهنا يجب أن تكون هناك موافقة من جانب الإدارة على قيام الطرف الآخر بتنفيذ العقد، باعتبار أن القاعدة العامة هي أن إقدام المتعاقد على تنفيذ العقد قبل إبرامه ودون وجود موافقة من جانب الإدارة يكون على مسؤوليته الشخصية، أما إذا كان العقد قد تم إبرامه ثم تبين بطلانه بعد ذلك، فإن الشرط الوحيد لقيام مسؤولية الإدارة هنا أن تكون الأعمال التي قام بها الطرف الآخر قد عادت على الإدارة بمنفعة^(٩٧).

ويذهب جانب آخر من الفقه في فرنسا إلى اشتراط وجوب موافقة الإدارة على الأعمال التي قام بها الطرف الآخر حتى ولو كان العقد قد تم إبرامه ثم تبين بطلانه

(٩٥) A. Laubadere, contrats administratifs, précité, p. 252; P. terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, précité, p. 37.

(٩٦) C.E. 19 avril 1974, Sté Entreprise Louis Segrette, rec. tab. P. 1057; A.J.D.A., 1974, P. 453 "remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité".

(٩٧) M. Moderne et Delvolve, traité des contrats administratifs 2 em edition, 1983, n 551; A. Laubadere, contrats administratifs, précité, P. 255.

بعد ذلك، ويضيف ذلك الرأي أن تلك الموافقة مفترضة وضمنية عادة، وتمثل في ترك الإدارة المتعاقد معها يقوم بتنفيذ العقد الذي تعلم - أو لا تعلم - بعدم صحته، حيث يمثل ذلك موافقة ضمنية على التنفيذ تقتضي قيام مسؤوليتها في مواجهة الطرف الآخر عن المصروفات التي تحملها وعادت عليها بالنفع^(٩٨).

٢ - قيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ :

أما إذا انتقلنا إلى مجال مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ وهو الأمر الأكثر شيوعاً فسوف نتبين أن بطلان العقد الإداري قد ينجم عن خطأ من جانب الإدارة يستدعي قيام مسؤوليتها^(٩٩). وقد يتمثل ذلك الخطأ في مخالفة قواعد الاختصاص، حيث يقوم بالتوقيع على العقد موظف غير مختص، الأمر الذي يشوب عقد الرضا ويجعل العقد باطلاً، مما يقتضي مسؤولية الإدارة غير العقدية عن الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن «العقد الموقع باسم الدولة من جانب كبير مهندسي المناجم والمحاجر بدلاً من مدير العلاقات الاقتصادية الخارجية دون التفويض في هذا الأمر، يشكل - على ضوء ظروف الدعوى - خطأ مرفقياً يستدعي قيام مسؤولية الدولة»^(١٠٠).

وقد يتمثل خطأ الإدارة في قيامها بإدراج شروط غير مشروعة في العقد، كما لو قامت بتعليق صحة العقد على استشارة لاحقة من جهة إدارية^(١٠١)، أو قامت بتحديد المقابل الذي يحصل عليه الطرف الآخر في العقد بطريقة لا تتفق مع نصوص لائحة من النظام العام^(١٠٢).

(٩٨) P. terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques, précité, P. 38.

(٩٩) A. Laubadere, contrats administratifs, précité, P. 254.

(١٠٠) C.E. 14 juin 1961, sté "European Metal trading, R.D.P. 1961 P. 1289; Voir aussi C.E., 13 mai 1970 Laru, rec., P. 331; A.J. D.A 1970, P. 493, chron. MM Denoix.

(١٠١) C.E. decembre 1949, Chami, rec, P. 52; C.E.22 Janvier 1958, meme réquerant, rec. P. 37.

(١٠٢) C.E. 18 juin 1952, Alitur, R.D.P 1953, P. 195; C.E. 13 Juillet 1968, Sieur Storhopf, rec.P. 460; C.E. 7 fevrier 1986, Pottier et qutres, D. 1986, IR 353, note F. Llorens.

ومن صور خطأ الإدارة أيضا التي قد ينجم عنها مسئوليتها على أساس الخطأ، قيامها بإبرام العقد بغير الطريقة التي يحددها المشرع^(١٠٣)، ذلك أن المشرع كثيرا ما يفرض على الإدارة أن تلجأ إلى طريقة محددة (مناقصة - مزايمة) ومن ثم يكون تعاقدها عن غير هذا الطريق باطلا، أخذا في الاعتبار أن القاعدة العامة سواء في مصر أو في فرنسا هي حرية الإدارة في التعاقد، إلا أن ذلك مناطه عندما لا يكون هناك نص يفرض عليها الالتجاء لطريقة محددة^(١٠٤). أيضا فقد تقوم الإدارة بإخفاء بعض شروط العقد وعدم إعلانها للطرف الآخر الأمر الذي يعيب الرضا الصادر منه، ويجعل العقد باطلا، ويقتضي قيام مسئوليتها عما يلحقه من ضرر^(١٠٥). كذلك فقد تمارس الإدارة نوعا من الضغط لإجبار الطرف الآخر على التعاقد معها، الأمر الذي يشوب الرضا بالإكراه، ويجعل العقد باطلا، ويقتضي قيام مسئولية الإدارة غير العقدية عما يلحق الطرف الآخر من ضرر^(١٠٦).

وعادة ما تتخفف مسؤولية الإدارة لمساهمة الطرف الآخر بخطئه في إحداث الضرر، تلك المساهمة التي تتمثل في عدم الحيطة والجهل بما يشوب العقد من عدم شرعية، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي «بمسئولية من أقدم على التعاقد مع الإدارة جزئيا لقبوله شروط كان من المتعين عليه ألا يجهل ما يشوبها من عدم مشروعية ومخالفة للوائح السارية»^(١٠٧) ومع ذلك يمكن للطرف الآخر أن يدفع

(١٠٣) C.E. 23 mai 1979, commune de Fontenay - le Fleury, rec, P. 226.

(١٠٤) G. Vedel et P. Delvolve, droit administratif 1980, éd, P. 318; R. Chapus, droit administratif general 1985, P. 763.

د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، سنة ١٩٥٤، سنة ١٩٥٥ ص ٧٧٢.

(١٠٥) C.E. 11 fevrier 1972, P. 245 conclusions G. Guill aume.

(١٠٦) C.E. 27 Janvier 1972, Ministre de travil c/Sieur Corlet, R.D.P 1973. P. 276.

(١٠٧) C.E. 13 Juillet 1968, Sieur stoshoph, rec. P. 460 "qui un contractant et partillement responsable car il avait accepté des clauses doit il ne pouvait ignorer l'illégalité au regard des règlements en vigueur".

المسؤولية الناجمة عن عدم الحيطة والتراخي في الوقوف على ما يشوب العقد من عدم شرعية كان من المتعين العلم بها، إذا أثبت توافر حسن النية عند قيامه بتنفيذ العقد وإنه كان من المتعذر عليه الوقوف على ما يشوب العقد من أوجه عدم الصحة^(١٠٨).

وأخيرا فإن المدعي الذي يستند في دعواه على الإدارة إلى قواعد المسؤولية على أساس الخطأ يكون له حق التعويض الكامل عن الضرر الذي لحقه، وهو ما يعني تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب^(١٠٩). أما إذا أثار المدعي في دعواه قواعد المسؤولية على أساس الخطأ بالإضافة إلى قواعد المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب بفرض توافر شروط كل منهما - فإن قواعد تقدير التعويض سوف تختلف لقيام القاضي الإداري الفرنسي بتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب على المسؤولية التقصيرية la primauté de la responsabilité quasi contractuelle sur la responsabilité quasi délictuel وهو ما يعني أن يقتصر التعويض على الضرر الذي لحق بمن أقدم على التعاقد مع الإدارة في حدود ما عاد عليها من منفعة حقيقية^(١١٠).

وهكذا يتبين أن البطلان الذي يلحق عقود الإدارة والناجم عن تخلف بعض شروط صحتها قد يترتب عليه قيام مسؤوليتها غير العقدية لعدم قيام الرابطة العقدية، ومن ثم لا يكون هناك مجال للحديث عن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية على غيرها من أوجه المسؤولية، حيث يتعلق الأمر هنا أيضا بأحوال قيام مسؤولية الإدارة قبل العقدية، لأن البطلان الذي يشوب العقد يجعل العقد كأن لم يكن.

C.E. 14 juin 1961, Sté European Metal trading, R. D. P 1961, P. 1289 "si le particulier (١٠٨) prouvait sa bonne foi dans l'exécution d'un contrat dont il ne pouvait mettre en doute la validité".

C.E 22 janvier 1958, Sieur Chami, P. 37.

(١٠٩)

P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques, précité, p. 39.

(١١٠)

المطلب الثاني

المسؤولية العقدية وغير العقدية للإدارة في مجال تنفيذ العقد

«نظرية الأعمال الإضافية»

إن التساؤل الذي نطرحه هنا هو هل يمكن أن تنشأ المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب أو على أساس الخطأ في مجال تنفيذ العقد الإداري الذي توافرت له شروط إبرامه وأركان صحته؟ وبمعنى آخر هل يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض استناداً لأساس غير عقدي. "extra-contractuel". عن وقائع متصلة بتنفيذ العقد الإداري؟

إن الإجابة النظرية - التي تتفق والمبادئ القانونية المسلم بها - عن ذلك التساؤل هو عدم جواز ذلك على الإطلاق لسببين. الأول: هو مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال العلاقات العقدية، حيث لا يجوز لأطراف العقد التمسك بدعوى أخرى خلاف دعوى العقد. والسبب الآخر يرجع إلى شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب، التي تقتضي عدم وجود سبب قانوني للإثراء، وهو الأمر غير المتوافر هنا، لوجود عقد يمثل سبباً قانونياً مشروعاً للإثراء، ومن ثم فإنه لا يمكن إثارة المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب في مجال العلاقات العقدية.

ومع ذلك يوجد في القانون الإداري - خلافاً للوضع في القانون الخاص - استثناء على القاعدة العامة السابقة، حيث يمكن من خلال نظرية الأعمال الإضافية غير المنصوص عليها في عقد الأشغال العامة، أن يحصل المتعاقد مع الإدارة على تعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء تنفيذ العقد استناداً لقواعد المسؤولية غير العقدية^(١١١).

(١١١) F. Moderne, la rémunération des travaux supplémentaires effectués par les entrepreneurs de travaux publics, le moniteur des travaux publics et du bâtiment, 18 avril 1977, P. 87.

ولكي يحصل المتعاقد على مقابل للأعمال الإضافية التي يقوم بها - إضافة إلى الثمن المتفق عليه في العقد - فيجب أن يتعلق الأمر في المقام الأول بأعمال إضافية غير منصوص عليها في شروط العقد non prévus dans les stipulations contract وفي هذا الصدد نجد أن القاضي الإداري يرفض تعويض المفاوض الذي لا يتيقن من نطاق الالتزامات المفروضة عليه قبل التوقيع على العقد، والتي كان من المتعين عليه أن يضعها في الاعتبار^(١١٢).

والحقيقة أن الغالبية العظمى من دفاتر الشروط تنص على وجوب قيام المفاوض بعرض موضوع الإضافات والتعديلات التي قد يواجهها أثناء قيامه بتنفيذ الأشغال العامة، والتي يكون من المتعين عليه أن يتحملها، وعندئذ تكون تلك الأعمال الإضافية محلا لاتفاق بين الإدارة والمفاوض بوثيقة تعديلات ترفق بالعقد، وهنا لا تثور أية مشكلات بشأن تحديد مقابل الأعمال الإضافية التي يقوم بها المفاوض، حيث يتحدد ذلك المقابل وفقا لما تم الاتفاق عليه بوثيقة التعديلات أو على أساس السعر الوارد في العقد الأساسي.

وعموما فإن الإدارة تستطيع أن تتدخل من خلال الأوامر المصلحية ordre de service وتفرض على المتعاقد معها القيام بالأعمال الإضافية، ويتعين على المفاوض الالتزام بتلك الأوامر والقيام بالأعمال الإضافية التي تطلبها الإدارة، بشرط أن تكون تلك الأوامر صحيحة وسليمة قانونا وليست محلا للنزاع^(١١٣).

(١١٢) C.E. 18 mars 1981, Entreprise Bazzani, R.D.P. 1981, P. 1730; C.E. 7 juin 1985, M. Paul Lepage, R.D.P 1985, P. 1703.

(١١٣) ويقصد بالأوامر المصلحية هنا، الأوامر التي تصدرها الإدارة إلى مفاوض الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، أو تكملة الناقص منها، أو التعديل فيها، والأمر المصلحي هو قرار إداري ملزم للمفاوض الذي يصدر إليه، ومن المتعين احترامه وتنفيذه، فإذا كان له عليه اعتراض، فيجب أن يسلك السبيل المشروع لتحقيقه إما بالتظلم الإداري أو بسلوك السبيل القضائي «الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٩١، ص ٤٨١».

١ - صدور قرار صحيح من الإدارة بالأعمال الإضافية:

إذا كان الأمر المصلحي الصادر بالأعمال الإضافية صحيحا وسليما من الناحية القانونية، فإن المقابل الذي يحصل عليه المقاول يتحدد استنادا إما إلى نصوص العقد نفسه وإما استنادا لقواعد المسؤولية العقدية، فإذا كانت الأعمال الإضافية تطبقا للشروط الواردة بدفتر الشروط الإدارية العامة، مثل التغير الذي تطلبه الإدارة ويتعلق بإجراء أولوية معينة في أعمال التنفيذ أو بزيادة حجم تلك الأعمال، فإن مقابل تلك الأعمال يتحدد استنادا إلى أساس عقدي، باعتبار أن دفتر الشروط ينص على المقابل المالي الذي يحصل عليه المقاول في تلك الحالات^(١١٤).

وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة المصري بأن «النص المذكور فيما قضى به من عدم أحقية المقاول أو المتعهد في المطالبة بأي تعويض عن زيادة كميات الأعمال التي يطلب إليه القيام بها في حدود النسب سألقة الذكر، لم يقصد به حرمان المقاول من الحصول على قيمة ما يقوم به من تلك الأعمال، وإلا كان معنى ذلك إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب، وهو ما يتنافى مع الأصول العامة في الالتزامات ويأباه المنطق القانوني السليم وقواعد العدالة. وكل ما يؤدي إليه هذا النص هو إلزام المقاول بأداء تلك الأعمال بالأسعار نفسها التي تم الاتفاق عليها أصلا في العقد. دون أن يكون له حق التمسك في المحاسبة عن تلك الأعمال بأسعار أزيد، أو المطالبة بأي تعويض عما عسى أن يكون قد أصابه من أضرار بسبب ممارسة جهة الإدارة حقها في تعديل الكميات المتعاقد عليها^(١١٥).

أما إذا تجاوزت الإدارة حدود السلطة المسموحة لها في التعديل، وقامت

Etudes de R. Thepenur, Marchés Publics 1984, n 202, p. 28; M Francois, Marchés publics (١١٤) 1985, n 210, P. 13.

(١١٥) حكم الإدارية العليا في ٢٥ مارس سنة ١٩٧٨ في القضية رقم ٧٦٣ لسنة ١٥ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، سبق الإشارة إليها، الجزء ١٨، ص ١١٣١.

بفرض أعمال من شأنها إحداث تعديلات تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد أو تلحق ضررا بطبيعته وجوهره، فهنا يكون من حق المقاول أن يحصل على تعويض استنادا لقواعد المسؤولية العقدية^(١١٦).

٢ - صدور قرار غير صحيح من الناحية الشكلية للقيام بالأعمال الإضافية^(١١٧):

إذا كان الأمر المصلي الصادر من الإدارة للمقاول للقيام بالأعمال الإضافية غير سليم من الناحية الشكلية، كما لو اتخذ شكلا شفويا بدلا من صدوره في شكل تحريري كما تنص على ذلك كراسة الشروط، أو صدر من المهندس الفني بالإدارة ودون أن تقوم الجهة المختصة بالإدارة بالتوقيع أو التصديق عليه. حيث يعتبر الأمر المصلي في تلك الأحوال غير صحيح لتخلف شرط الشكل، فهنا يستطيع المقاول أن يحصل على تعويض يقدر وفقا للسعر المتفق عليه بالعقد بشرط أن تكون الأعمال الإضافية التي قام بها لازمة لتنفيذ الأشغال العامة وفقا للأصول الفنية المتبعة^(١١٨).

ويمكن في الحالة السابقة المتعلقة بالأوامر المصلحية غير الصحيحة من الناحية الشكلية - وهو أمر قاصر على تلك الحالة - أن يستند المقاول في دعواه للحصول على تعويض عن الأعمال الإضافية التي قام بها إلى قواعد الإثراء بلا سبب، بشرط أن تكون تلك الأعمال قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة، حيث يقتصر التعويض هنا على قدر المصروفات التي عادت بفائدة على الإدارة. وفي هذا

(١١٦) A. Laubadere, F. Moderne, P. Delvolvé, traité des contrats administratifs, Librairie général de droit de jurisprudence, 1984, T.2,n 1235 et S.

(١١٧) ويلاحظ أن عيب مخالفة الشكل هو أكثر العيوب وقوعا هنا، إضافة إلى إمكانية تلمس عذر هنا لقيام المقاول بتنفيذ الأعمال الإضافية، رغم ما يشوب قرار الإدارة من عيب شكلي. أما العيوب الأخرى فهي نادرة الوقوع هنا كما لا يمكن تلمس أي عذر للمقاول إذا قام بتنفيذ الأعمال الإضافية رغم ما يشوبها من عيوب، كان من المتعين عليه الوقوف عليها ومن ثم فإنه لا يستحق أي تعويض.

(١١٨) C.E. 3 octobre 1979, Sté Entrasudo, A.J.D.A 1980, P. 434; C.E. 15 février 1984, Commune d'Alsting, R.D,P 1985, P. 224.

الغرض أيضا يستطيع المفاوض أن يستند إلى قواعد المسؤولية على أساس الخطأ، للحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به، والناجمة عن قيام الإدارة بتكليفه بأعمال إضافية استنادا إلى إجراء غير سليم قانونا. وعموما فإن مسؤولية الإدارة تتخفف في تلك الأحوال بقدر مساهمة خطأ المفاوض في إحداث الضرر، ذلك الخطأ المتمثل في عدم العذر بالجهل بقواعد تحرير العقود وتنفيذها^(١١٩).

ولا شك أن الحالة السابقة تمثل خروجاً على القواعد العامة في مجال المسؤولية العقدية، حيث يستطيع المفاوض أن يستند في دعواه إلى قواعد الإثراء بلا سبب أو قواعد الخطأ، رغم ارتباطه بعلاقة عقدية مع الإدارة.

٣ - القيام بالأعمال الإضافية دون صدور أي قرار من جانب الإدارة:

وأخيرا إذا قام المفاوض بإجراء الأعمال الإضافية من تلقاء نفسه، أو لم يثبت صدور أمر من الإدارة بإجراء تلك الأعمال الإضافية التي قام بها المفاوض، فإن مجلس الدولة الفرنسي يفرق بين نوعين من الأعمال: النوع الأول وهو الأعمال الإضافية اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة التي تحتم الأصول والقواعد الفنية المتبعة ضرورة القيام بها، حيث يستطيع المفاوض أن يحصل على تعويض عن الأعمال التي قام بها على أن يقدر ذلك التعويض استنادا للسعر المتفق عليه في العقد الأساسي^(١٢٠).

أما النوع الثاني: من الأعمال الإضافية فهي الأعمال التي لا تحتم الأصول والقواعد الفنية المتبعة القيام بها لتنفيذ عقد الأشغال العامة، وهنا لا يستطيع المفاوض أن يحصل على تعويض مقابل تلك الأعمال، حتى ولو كانت مفيدة للإدارة وعادت عليها بالنفع^(١٢١).

C.E. 5 novembre 1980, S.A.R.L. Parachini, R.D.P. 1981, P. 524; C.E. 27 juillet 1984, (١١٩) S.E.E, R.D.P. 1985, P. 223.

C.E. 17 octobre. 1975 Commune de Canari, rec. P. 516; A.J.D.A 1975, P. 562, chron; (١٢٠) C.E. 26 mai 1982, Ville de Chamonix c/Faillibert, R.D.P., 1420.

C.E. 2 juillet 1982, Société Rouiere Colas, rec. P. 261 concl.M. Dutheillet, Marchés Publics (١٢١) 1983 n 197, P. 53.

من ذلك يتبين أنه قد يوجد في مجال تنفيذ العقود الإدارية نوع من التداخل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية غير العقدية، دون أن يكون هناك مجال لتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، وهو ما يميز قواعد المسؤولية العقدية في نطاق القانون الإداري عنها في نطاق القانون الخاص، وهو ما يتمشى مع المرونة التي يتصف بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة مختلف الظروف دون وضع قواعد جامدة تقيد من حركته أو تحد منها^(١٢٢).

المطلب الثالث

«المسؤولية العقدية وبعد العقدية للإدارة»

القاعدة العامة أن المسؤولية العقدية لا تثار إلا منذ نشأة العقد، وهنا يمكن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية إذا ما تنازعت تلك المسؤولية مع غيرها من أوجه المسؤولية، أما إذا انتهى العقد الإداري فلا يكون هناك مجال لإثارة المسؤولية العقدية، وبالتالي لا يكون هناك مجال لتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، حيث يكون المجال هنا قاصر على المسؤولية غير العقدية.

ولذلك فإن تحديد وقت انتهاء العقد الإداري يلعب دورا مهما في تحديد نوع المسؤولية التي يمكن إثارتها، وبالتالي بيان ما إذا كان هناك مجال لتطبيق فكرة أولوية المسؤولية العقدية أم لا. وعموما فإن العقد الإداري قد ينتهي نهاية طبيعية وقد ينتهي نهاية مبسرة قبل الأجل الطبيعي له.

أولاً: النهاية الطبيعية للعقد الإداري

الواقع أن النهاية الطبيعية للعقد الإداري لا تثير مشكلة، حيث تنتهي

P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, (١٢٢) précité P. 42.

الالتزامات العقدية بتنفيذها تنفيذا كاملا، وهو ما يتحقق من خلال انقضاء محل العقد بتنفيذ الالتزامات أو انتهاء المدة المحددة لبقائه^(١٢٣).

ومع ذلك فهناك حالتان قد تثيران بعض الصعوبات فيما يتعلق بنوع المسؤولية التي يمكن إثارتها، الحالة الأولى: وتتعلق بالعقود الزمنية القابلة للتجديد عقب انتهاء المدة الأصلية المحددة لها، فإذا نص العقد على جواز تجديد محل العقد لمدة أخرى عقب انتهاء الأجل الأصلي المحدد له، فهنا يكون على المتعاقد الذي يرغب في إنهاء العقد وعدم تجديده لمدة أخرى إعلان الطرف الآخر، بشرط أن يكون ذلك في الوقت المناسب ووفقا للإجراء المحدد بالعقد. ويتطلب مجلس الدولة الفرنسي أن يكون قرار المتعاقد الخاص بعدم الرغبة في التجديد واضحا وصريحا مع ضرورة وصوله إلى علم الطرف الآخر^(١٢٤) وعموما فإن العقود الزمنية القابلة للتجديد تثير بعض المشكلات فيما يتعلق بتحديد نوع المسؤولية على النحو التالي:

أولاً: قد يقوم أطراف العقد بتغيير شروط العقد وتعديلها كلية - حيث يمكن أن يتم ذلك في وثيقة أو ملحق يرفق بالعقد - وهنا يجب عليهم إعادة النص على شرط التجديد الضمني صراحة في تلك الوثيقة.

ولا يمكن الاعتماد في ذلك على وجود ذلك الشرط في العقد الأصلي، وهو ما يتحقق منه القاضي الإداري. فإذا لم يقم الطرفان بالنص على ذلك الشرط في الوثيقة الملحقة بالعقد والخاصة بالتعديلات، فإن العقد ينتهي بانتهاء المدة المحددة لبقائه، فإذا استمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد انتهاء المدة فإنه لا يمكنه مطالبة الإدارة بمقابل عن الأعمال التي قام بها استنادا لقواعد المسؤولية العقدية،

A. Laubadere, contrats administratif, précité, tome 111, P. 141.

(١٢٣)

C.E. 15 juin 1951, Sté Hydraulique Asie, rec, P. 349; C.E 20 Janvier 1965, Sté des Pompes (١٢٤) Funebres générales, rec., P. 42; D. 1965, J;P. 788, note Y. Touscoz; C.E. 25 mai 1973, Sieur Wassef, R.D.P 1974, P. 1176.

ومع ذلك يمكنه مطالبتها بمقابل تلك الأعمال استنادا لقواعد الإثراء بلا سبب «شبه العقد» إذا توافرت شروطها^(١٢٥).

ثانياً: كذلك فإنه عادة ما ينص على شرط التجديد الضمني في مجال العقود الزمنية التي تبرم مع الأفراد لشغل بعض الوظائف بصفة وقتية، على أنه إذا لم ينص في العقد على دورية شرط التجديد، فإن تلك العقود تعتبر عقب انتهاء فترة التجديد السنوية الأولى بمثابة عقود غير محددة المدة^(١٢٦)، وبالتالي فإن عدم قيام الإدارة بالتجديد السنوي يعتبر بمثابة قرار بفسخ العقد - وهو إحدى طرق النهاية المبسرة للعقد الإداري - يثير فكرة المسؤولية العقدية^(١٢٧).

ثالثاً: من القواعد المسلم بها أنه من الواجب ألا يترتب على التجديد الضمني للعقد أن تزيد القيمة الإجمالية للعقد بعد التجديد عن القدر الذي يحدده القانون لإبرام العقد بطريقة معينة، كما في أحوال إبرام العقد بطريقة الاتفاق المباشر gré a gré. فإذا ترتب على تجديد العقد أن زادت القيمة الإجمالية له عن القدر المسموح، فإن ذلك التجديد يعتبر باطلاً فإذا استمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته بناء على التجديد الباطل، فإنه لا يحصل على مقابل لتلك الأعمال استنادا لقواعد المسؤولية العقدية، ويكون الطريق الوحيد أمامه عندئذ هو طريق الدعوى غير العقدية^(١٢٨).

الحالة الثانية: وتتعلق بالاستمرار الفعلي في تنفيذ العقد دون تجديد ضمني أو صريح. la continuation de fait de l'exécution du contrat. وهنا يمكن للمتعاقد أن يحصل على تعويض استنادا لقواعد الإثراء بلا سبب، حيث لا يكون هناك مجال

C.E. 8 Janvier 1982, M. Gay, Req n 19. 861, partiellement reproduit en R.D.R. 1983, P. (١٢٥) 233.

C.E. 10 Juin 1983, Ville de Beziers, Rec. P. 242. (١٢٦)

P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques, precité, P. 44. (١٢٧)

C.E. 23 mai 1979, Commune de Fontenay - le- Fleury rec. P. 226. (١٢٨)

لإثارة المسؤولية العقدية. على أن مجلس الدولة الفرنسي يشترط للتعويض هنا توافر حسن نية المتعاقد وأن تكون الأعمال التي قام بها مفيدة للإدارة^(١٢٩) وعادة ما تحدث تلك الحالة من ملتزم المرفق العام الذي يستمر بحسن نية في إدارة المرفق العام رغم انقضاء أجل العقد، وهو ما يمكن أن يثير المسؤولية استنادا لقواعد الإثراء بلا سبب كما أوضحنا، وإن كان جانب من الفقه في فرنسا قد ذهب إلى محاولة تطبيق نظرية الفضالة المدنية هنا^(١٣٠).

ثانيا: النهاية المبصرة للعقد الإداري

يقصد بالنهاية المبصرة للعقد الإداري أن ينتهي العقد قبل الأجل المحدد له. ويمكن إرجاع انقضاء العقد في هذه الحالة إلى اتفاق الطرفين أو القانون أو القضاء أو الإدارة. وهو ما يعني تعدد أشكال فسخ العقد الإداري^(١٣١). ويترتب على الفسخ بصفة عامة انقضاء الالتزامات العقدية بين الطرفين^(١٣٢) حيث يزول العقد بأثر رجعي، فيعتبر كأن لم يكن، ومن ثم يصبح من المتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا نجم عن الفسخ ضرر للدائن الذي طلب الفسخ، رغم إعادة الحال إلى ما كان عليه المتعاقدان قبل العقد واسترداد الدائن ما أداه، فله أن يطلب التعويض من المدين عن الضرر الذي أصابه من الفسخ وفي هذه الحالة يكون التعويض على أساس الخطأ^(١٣٣).

(١٢٩) C.E. 30 septembre 1955, Leroux, R.D.P 1956, P. 411; C.E 22 fevrur 1967, Sté du Gazde Nogent c/Commune de Nogent, rec. P. 87.

(١٣٠) J. Dufau, les concessions de service public, edition de Moniteur 1979, P. 180.

(١٣١) د. / سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية سنة ١٩٩١، ص ٧٦٦.

(١٣٢) C.E. 22 avril, 1970, Syndicat departemental de l'electriciti, rec. tab, P 1099, R.D.P. 1973, (١٣٢) P. 288; C.E. 22 janvier 1981, Commune d'aunaf- sur - oden, rec. P. 26.

(١٣٣) ويشترط لإمكان المطالبة بالفسخ وفقا للقواعد العامة في القانون الخاص شروط ثلاثة هي أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون أحد المتعاقدين قد قصر عن تنفيذ التزامه، وأن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعدا لتنفيذه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه «دكتور/ عبد المنعم الصده مصادر الالتزام، سابق الإشارة إليه، ص ٣٩٨ وما بعدها».

تلك هي القواعد العامة التي تحكم موضوع المسؤولية في حالة فسخ العقد، ولم يخرج عليها مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر، فقد قضى مجلس الدولة المصري «بأن فسخ العقد - أيًا كان هذا العقد - يخضع لقاعدة قانونية عامة مؤداها أن للدائن في حالة فسخ العقد أن يرجع بالتعويض عما أصابه من ضرر على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته راجعا إلى خطئه، ويترتب على هذا الخطأ ضرر للدائن، وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق في حالة فسخ العقد الإداري، كما تطبق في حالة فسخ العقد المدني على حد سواء»^(١٣٤).

ومع ذلك يمكن أن تقوم مسؤولية الإدارة العقدية في أحوال الفسخ الإداري، حيث يعتبر حق الإدارة في فسخ العقود الإدارية من الخصائص البارزة التي تميز نظام العقود الإدارية عن النظام المقرر في القانون الخاص، حيث يجوز لها فسخ العقد للصالح العام ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ أو يقعد عن تنفيذ التزامه خروجاً عن القواعد العامة في القانون الخاص.

وفي مواجهة تلك السلطة الخطرة للإدارة في فسخ العقد للصالح العام يمكن أن يحصل المتعاقد على تعويض إذا نجم عن ذلك ضرر استناداً لقواعد المسؤولية العقدية حيث يتمثل مصدر الالتزام بالتعويض هنا في تصرف الإدارة المتعاقدة رغم صحته، الأمر الذي يمثل إحدى صور المسؤولية العقدية للإدارة بدون خطأ^(١٣٥).

responsabilité contractuelle sans faute.

على أنه يشترط في هذه الحالة ألا يكون هناك نص صريح في العقد يخول الإدارة حق الفسخ بدون تعويض، بالإضافة إلى توافر القواعد العامة للتعويض التي تفترض وقوع ضرر حقيقي للمتعاقد مع الإدارة من جراء استخدام سلطاتها في الفسخ^(١٣٦).

(١٣٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ في القضية رقم ١٠١٩ لسنة ١٩ ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، سابق الإشارة إليها الجزء ١٨، ص ١١٥٤.

(١٣٥) P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques, précité, P. 149.

(١٣٦) A. Laubadere, contrat administratif, 1956, Tome 111, P. 163.

الأستاذ العميد/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية سنة ١٩٩١، سابق الإشارة إليها، ص ٧٧٦.

إما إذا كان الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين ناجما عن تصرفات أو أفعال لاحقه لقرار فسخ العقد الإداري، فإن التعويض هنا إذا كان له مقتضى يستند إلى قواعد المسؤولية غير العقدية^(١٣٧).

من ذلك يتبين أن الالتزامات العقدية تثير العديد من صور تنازع المسؤولية وأن القاعدة العامة في هذا الصدد هي أن الأضرار الناجمة خلال فترة تنفيذ العقد لا تثير سوى المسؤولية العقدية عدا بعض الحالات الاستثنائية النادرة. على أن قيام المسؤولية العقدية وبالتالي تطبيق مبدأ أولوية تلك المسؤولية يقتضي بالإضافة إلى وجود عقد إداري أن يكون رفع دعوى من أحد أطراف العقد.

المبحث الثاني «رفع الدعوى من أحد طرفي العقد»

إن الشرط الثاني من شروط تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية هو ضرورة رفع الدعوى من أحد طرفيها. وهذا الشرط هو أحد الآثار الناجمة عن مبدأ نسبية آثار العقد ويعني ذلك المبدأ الأصيل في النظام القانوني، أن الغير لا تنصرف إليه آثار العقد الذي أبرمه الطرفان، فلا يستفيد منه ولا يضار به. ذلك أن العقد وقوامه تراضي الطرفين على إبرامه، لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، ومن ثم فإن المسؤولية العقدية - وبالتالي تطبيق مبدأ أولوية تلك المسؤولية لا يمكن إثارتها إلا من جانب أحد طرفي العقد.

وعلى ذلك فإن الخطأ الذي يقع من الإدارة في مجال تنفيذ عقدها الإداري لا يقيم مسؤوليتها في مواجهة الغير استنادا لقواعد المسؤولية غير العقدية، حيث لا يمكن للغير رفع دعوى المسؤولية العقدية لإخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية. ومن ثم فإن قاضي العقد غير مختص بنظر مثل تلك الدعوى المرفوعة من الغير^(١٣٨).

C.E. 4 mars 1981, C.H.R. de Limoges, rec, P. 119.

(١٣٧)

R. Odent, contentieux administratif, les cours de droit 1977-1978, P. 606.

(١٣٨)

وعلى ذلك فإن المبدأ العام في العقود الإدارية هو نسبية آثار تلك العقود، حيث لا يعرف القاضي الإداري سوى بعض الاستثناءات المستمدة من القانون الخاص، ولكنها ذات نطاق ضيق وبصورة محدودة للغاية.

أولاً: نطاق مبدأ نسبية آثار العقد الإداري

يتفق الفقه الفرنسي والمصري^(١٣٩) على أن مبدأ نسبية آثار العقد هو أحد المبادئ الأساسية سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العام، وهو ما يؤكده مجلس الدولة الفرنسي باستمرار في أحكامه، حيث تتعدد في ذلك الأحكام الإشارة إلى المادة ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي التي تقتصر أثر العقد بصفة أساسية على أطرافه. كما تتعدد إشارته في تلك الأحكام إلى أن العقد الإداري ليس له أثر سوى بين المتعاقدين^(١٤٠)، ولا يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالغير^(١٤١)، كما أن الغير لا يكتسب أي حقوق من ذلك العقد، وبصفة عامة فإن الغير لا يستطيع التمسك أو الدفع بما ورد في العقد من حقوق أو التزامات^(١٤٢).

وفي مجال المسؤولية العقدية، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي «بأن الشركة التي تم تكليفها بأداء بعض أعمال البناء من جانب الإدارة في أحد المباني التي تم تسلمها حديثاً من شركة أخرى، تستطيع أن تحصل على تعويض في نطاق العقد الذي يربطها بالإدارة، ولكنها لا تستطيع أن تستند للحصول على تعويض إلى نصوص العقد الذي يربط الإدارة بالشركة الأخرى»^(١٤٣). كذلك فقد أكد مجلس

(١٣٩) A. Laubadere, F. Moderne et P. Delvolvé, traité des contrats administratifs 1984, 2 édition, n 786.

(١٤٠) C.E. 11 Janvier 1961, Sieur Barbaro, rec. P. 25 "le contrat administratif n'a d'effet qu'entre les parties contractantes".

(١٤١) C.E. 29 juin 1973, Ministre de l'Équipement et du logement, rec. P. 457; A.J.D.A 1974, P. 108, note F. Moderne "le contrat administratif ne nuit point aux tiers".

(١٤٢) C.E. 5 decembre 1962, Sté "les George de Pont Diable, rec. P. 658; C.E. 2 fevrier 1466, Gianni et parr, rec. P. 71.

(١٤٣) C.E. 8 decembre 1976, sté "travaux hydraulique et Entreprises Generales", rec Tab., P. 806; R. D. P. 1977, P. 1340.

الدولة الفرنسي بصورة أكثر وضوحا «أن الشركة التي تعتبر من الغير بالنسبة للعقد المبرم لا تستطيع أن تتمسك بالتنفيذ السيء للعقد في النزاع الخاص بها»^(١٤٤).

من ذلك يتبين أن الغير لا يستطيع التمسك بدعوى المسؤولية العقدية لأنه ليس طرفا في العقد، تلك هي النتيجة الحتمية المترتبة على قاعدة نسبية آثار العقد. ولا شك أن تلك النتيجة المسلم بها تتسم بالجفاء في مجال عقود الأشغال العامة التي يقوم بتنفيذها مقاول من الباطن وخاصة في فرنسا.

ثانيا: أثر قاعدة نسبية آثار العقد على عقود الأشغال العامة التي يقوم بتنفيذها مقاول من الباطن:

إن المقاول من الباطن لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة الإدارة بدعوى العقد أو الدعوى المباشرة أو دعوى الإثراء بلا سبب. فلا توجد بينهم وبين الإدارة أي رابطة عقدية تخوله رفع دعوى المسؤولية العقدية، كما لا يمكن رفع دعوى مباشرة على الإدارة حيث لم يعط القانون المدني الفرنسي للمقاول من الباطن هذا الحق بخلاف الوضع في مصر^(١٤٥) ومن الناحية العملية فإنه لا يستطيع رفع دعوى الإثراء

(١٤٤) C.E 17 fevrier 1978, Sté "cie Français d'Entreprise" rec., P. 88.

(١٤٥) يعطي القانون للدائن الحق في أن يرفع دعوى على مدين مدينه باسم ذلك المدين وتسمى هذه الدعوة الدعوى غير المباشرة (م رقم ٢٣٥ مدني). وقد يعطي القانون للدائن الحق في أن يرفع الدعوى على مدين مدينه باسمه الشخصي وأن يرتب آثار هذه الدعوى في شخصه هو، وتسمى هذه الدعوى، الدعوى المباشرة، وهي الدعوى التي يكون لشخص أن يرفعها على آخر دون أن يتوسط لذلك شخص ثالث، أي أن تكون له صفة مباشرة في الدعوى، وأن يرتب آثارها في شخصه، وتعني تلك الدعوى أن من تقررت له يكون له أن ينتفع من عقد أبرمه مدينه دون أن يكون هو طرفا فيه، ولهذا فهي ذات طابع استثنائي، لأنه ليست هناك علاقة قانونية بين الدائن رافع الدعوى وبين المدعى عليه وهو مدين المدين، وهي من هذا الوجه تعتبر استثناء من قاعدة نسبية آثار العقد، ولهذا فإن تقريرها لا يكون إلا وفقا لنص قانوني وهو ما أتاحه القانون المدني المصري للمقاول من الباطن وللعمال قبل رب العمل.

«دكتور/ عبدالحى حجازي - النظرية العامة للالتزام، سنة ١٩٦٣، ص ٧٣٩».

بلا سبب لصعوبة توافر عناصرها هنا، وهو الأمر الذي تأكد من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي رفضت جميع دعاوى المفاوض من الباطن في مواجهة الإدارة استنادا لقواعد الإثراء بلا سبب^(١٤٦).

والحقيقة أن الطريق الوحيد المتبقي أمام المفاوض من الباطن في عقد الأشغال العامة للحصول على تعويض - إذا كان هناك مقتضى لذلك - هو دعوى المسؤولية على أساس خطأ الإدارة، وهو ما تردد في العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي^(١٤٧) إلا أن الأمر ليس بالسهولة أو البساطة التي يبدو بها لأول وهلة.

ذلك أن القاعدة المسلم بها في هذا الخصوص أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات إلا بموافقة الإدارة مقدما. فإذا حصل التعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة، فإن الأمر يشكل خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو الغاؤه باعتبار أن الخطأ المذكور خطأ جسيم. وللإدارة في جميع الحالات ألا تمكن المتعاقد من الباطن من المساهمة في تنفيذ العقد^(١٤٨).

C.E. 2 juillet, 1982, Soc. Basset et pujol, rec. tab. P. 980, C.E 9 mars 1984, Havé, rec. P. 669.

C.E 7 novembre 1980, Soc. anon. Schmid Valenciennes, rec D. 1982. 1. R. 115, obs. P. Delvolvé.

(١٤٨) إن التزام المتعاقد مع الإدارة بعدم التعاقد من الباطن أو النزول عن العقد هو إحدى النتائج المترتبة على مبدأ الالتزام الشخصي بالتنفيذ، أي وجوب قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته الشخصية وبنفسه، ذلك إن الإدارة تراعي العديد من الاعتبارات الواجب توافرها في التعاقد معها. ومن ثم فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول، وخاصة أن الأمر يتصل بالمرفق العام، ولهذا فإن القضاء الإداري يلتزم غاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام، كما في مجال عقود الامتياز.

«الدكتور/ محمد سعيد حسين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراة سنة ١٩٨٤، ص ١٧١ وما بعدها.

وعلى ذلك فإنه يتعين على الإدارة أن تطلب من المتعاقد معها الذي يخل بالتزامه ويتعاقد من الباطن، أن يحترم النصوص التشريعية واللائحية والعقدية التي تقضي بشخصية الالتزام وعدم جواز التعاقد بخصوصه من الباطن. كما أنه يتعين على الإدارة أن تجبر المتعاقد معها على ذلك من خلال الجزاء المنصوص عليه بالعقد والسلطات التي تملكها في مواجهته، ومن ثم فإن عدم قيام الإدارة بذلك يشكل خطأ من جانبها، على أنه حتى يمكن نسبة خطأ إلى الإدارة فإنه يتعين توافر علمها بالتعاقد من الباطن. أما إذا لم تعلم الإدارة بذلك، أو علمت به عقب تنفيذ الالتزام العقدي، فلا يمكن أن ينسب للإدارة خطأ وبالتالي لا تقوم مسؤولياتها في مواجهة المتعاقد من الباطن^(١٤٩).

ويجب أن يكون علم الإدارة بالتعاقد من الباطن واضحاً وكافياً، كما لو قام المتعاقد الأصلي بإرسال خطاب للإدارة يخطر فيها بوجود التعاقد من الباطن^(١٥٠) ورغم أهمية توافر علم الإدارة، إلا أن الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي لا تكتفي بمجرد العلم لقيام مسؤولية الإدارة، ولكنها تقتضي أن تنخرط الإدارة في علاقة مباشرة مع المقاتل من الباطن^(١٥١)، وبالتالي إذا امتنعت الإدارة عن تنظيم ذلك المركز غير القانوني ولم تدخل مع المقاتل من الباطن في علاقة مباشرة فلا يمكن نسبة خطأ للإدارة^(١٥٢).

ومع ذلك فإن مسؤولية الإدارة التي تقوم على أساس الخطأ هنا يمكن أن تتخفف بقدر مساهمة خطأ المتعاقد مع الإدارة في إحداث الضرر، ذلك الخطأ المتمثل في عدم حصوله على موافقة أو قبول من جانب الإدارة بالتعاقد من الباطن. كما يمكن أن تتخفف مسؤولية الإدارة أيضاً بقدر مساهمة خطأ المقاتل من

C.E. 20 avril 1984, Rouilland, rec., P. 321.

(١٤٩)

C.E. 9 mars 1984, Havé rec. P. 669, A.J.D.A. 1984. 400 noté sablier et Caro.

(١٥٠)

C.E. 7 novembre 1980, Soc Schmid- Valenciennes, rec., P. 416.

(١٥١)

C.E. 9 mars 1984, Havé, rec. P. 669; A.J.D.A. 1984. 400 note Sablier et Caro; C.E. 13 juin 1986, OPHLMM de pas - de calais, D. 1986 note P. Terneyre.

الباطن في إلحاق الضرر، ذلك الخطأ المتمثل في إهماله التأكد من توافر الشروط اللازمة لصحة التعاقد من الباطن^(١٥٣).

وفي النهاية نود أن نشير إلى أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن تحتم عليها ترتيب مختلف النتائج الناجمة عن ذلك التعاقد من الباطن، وإلا قامت مسؤولياتها التعاقدية أمام المتعاقد الأصلي^(١٥٤).

ثالثاً: استثناءات مبدأ نسبية آثار العقد.

تمسك الغير بالمسؤولية العقدية للإدارة: «إن ما نريد إيضاحه هنا هو وجود بعض الاستثناءات على مبدأ نسبية آثار العقد، تلك الاستثناءات تتيح للأجنبي عن العقد الإداري أن يتمسك بدعوى العقد، وبالتالي يمكنه أن يحتج بمبدأ أولوية المسؤولية العقدية رغم اعتباره من الغير بالنسبة للعقد الإداري».

وتلك الاستثناءات المستمدة في الواقع من القانون الخاص والتي تتيح للغير رفع دعوى المسؤولية العقدية تتمثل في فكرتي الاشتراط لمصلحة الغير والدعوة المباشرة، إلا أنه من الجدير الإشارة إلى أن تلك الاستثناءات ذات نطاق محدود للغاية في القانون الإداري، الأمر الذي يكفل استقرار شرط ضرورة رفع دعوى المسؤولية العقدية - وبالتالي التمسك بأولوياتها - من أحد طرفي العقد.

١ - المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير^(١٥٥):

نص القانون المدني المصري في المادة ١٥٢ على أن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً، ومؤدى هذا أنه لا يجوز أن يصبح الغير مديناً بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه، ولكن يجوز أن يصير دائناً بمقتضى ذلك

(١٥٣) P. Terneyre, la responsabilite contractuelle, precite, P. 48.

(١٥٤) الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص ٤٤٧.

(١٥٥) Deswerts - julien, la stipulation pour autrui en droit administratif, these, paris, 1970.

العقد الذي لم يشترك في إبرامه بطريق مباشر أو غير مباشر. ويتحقق هذا الغرض الأخير من خلال ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير Stipulation pour autrui وهو ما نص عليه القانون المدني المصري والفرنسي^(١٥٦).

ويقصد بالاشتراط لمصلحة الغير العقد الذي يبرم بين طرفين هما المشتري والمتعهد، يكسب بمقتضاه، شخص ثالث أجنبي عن العقد حقا مباشرا قبل المتعهد يستطيع أن يطالب بوفائه أو هو عقد يعطي لشخص أجنبي عن العقد حقا مباشرا مستقلا عن حقوق الطرفين المتعاقدين.

والحقيقة أن الاشتراط لمصلحة الغير ينعقد بإرادتين هما إرادة المشتري وإرادة المنتفع، ولكنه ينشئ علاقة ثلاثية، حيث ينتج آثاره فيما بين المشتري والمتعهد وفي مواجهة الغير المستفيد، ومن هنا يمكن للمستفيد رغم اعتباره أجنبيا عن العقد أن يلجأ إلى دعوى المسؤولية العقدية في مواجهة المتعهد، وهو الأمر الذي يشكل استثناء على قاعدة نسبية آثار العقد ويشكل خروجاً على قواعد المسؤولية العقدية التي تحتم أن تكون هناك علاقة بين الطرفين^(١٥٧).

والحقيقة أنه ليست هناك أي أسباب خاصة تحول بين نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الخاص وتطبيقها في نطاق القانون العام من خلال فكرة العقود الإدارية وهو ما سلم به فقهاء القانون العام^(١٥٨) وأشارت إليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي باعتبار أن أحكامها لا تتعارض مع مقتضيات المرافق العامة التي تهيمن على أحكام تلك العقود.

(١٥٦) راجع نص المادة (١٠٤) من القانون المدني المصري، والمادة ١١٢١ من القانون المدني الفرنسي.

(١٥٧) د. سليمان مرقص، أصول الالتزامات، سنة ١٩٦٠، ص ٤١٣ - د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزامات، سنة ١٩٥٤، ص ٢٩٠ - د. عبدالرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة سنة ١٩٦٤، ص ٥٦٢.

(١٥٨) A. de laubadere, F. moderne, P. Delvolvé traité des contrets administratifs n 790.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي منذ أمد بعيد «أن قاضي العقد لا يكون مختصاً بالنظر في المنازعات، إلا إذا كانت بين أطراف العقد، وهو ما يعني في خصوص تلك الدعوى - أن تكون من جانب الجهة مانحة الالتزام أو الملتزم أو المنتفعين والمستفيدين الذين يستمدون حقوقاً مباشرة من العقد كنتيجة لما تضمنه من شروط تحقق مصلحتهم»^(١٥٩). كذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم آخر «بأن الشرط الوارد بكراسة الشروط هو من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، وبالتالي فإن قاضي العقد هو الوحيد المختص بذلك النزاع»^(١٦٠) وحديثاً قضى مجلس الدولة الفرنسي «بأن الشروط الواردة بالعقد ليست من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير التي تحقق مصلحة الأشخاص القاطنين بجوار المنشأة»^(١٦١).

والحقيقة أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي تشكل استثناء على قاعدة نسبية آثار العقد لا تشكل أهمية في نطاق العقود الإدارية، ذلك أن تلك النظرية قلما تتمشى مع طبيعة العلاقات التي تربط بين الإدارة والمتعاقدين معها^(١٦٢) فهي لا تفسر حق المستفيد في مقاضاة الإدارة في عقود الامتياز، حيث تقتصر قواعد تلك النظرية على منح الغير حق مقاضاة المتعهد (الملتزم) فقط ولكننا نرى أن عقود الامتياز تخول المستفيد الحق في مقاضاة الإدارة وهو ما لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، كذلك فإن تلك النظرية لا تتمشى مع موقف القضاء الإداري الذي يسمح للمستفيدين في عقود الامتياز بالالتجاء إلى قاضي الإلغاء للحصول على أحكام بإلغاء بعض القرارات التي تصدر من الملتزم وتمثل مخالفة وانتهاكاً لشروط واردة في العقد، لأن تلك المخالفة تثير المسؤولية العقدية التي تحسم عن طريق القضاء الكامل لا عن طريق قضاء الإلغاء الذي يتعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على الحقوق الشخصية^(١٦٣).

C.E. 22 juillet 1927, syndicat des employés des Secteurs Electriques de la saine, D. 1928 (١٥٩) 111, P. 41, note M. Waline.

C.E. 17 juin 1938, Chemins de Fer de la Camargue, D. 1940, 111. P. 5, conclusions M. Lagrange. (١٦٠)

C.E. 23. Juin 1970, latty, rec. P. 329. (١٦١)

F. Moderne "colle ctivités locales" n 83. (١٦٢)

R. Odent, conclusions sous C.E. 5 mars 1983, cie general des Eaux, D. 1984. J.P. 121. (١٦٣)

الدكتور/ سليمان الطماوي، المرجع السابق ص ٧٥٢.

من ذلك يتبين أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير - وإن كانت ليست مهجورة تماماً في نطاق العلاقات العقدية الإدارية - إلا أنها ذات نطاق محدود للغاية حيث لا تصلح أساساً لتبرير بعض آثار العقود الإدارية^(١٦٤).

٢ - الدعوى غير المباشرة

يعطي القانون المدني في فرنسا ومصر للدائن الحق في أن يرفع دعوى على مدين مدينه باسم ذلك المدين، وتسمى هذه الدعوى «الدعوى غير المباشرة» حيث يمكن للدائن أن يستعمل حق مدينه بالدعوى غير المباشرة، ولكن ليس معنى هذا أن الدائن قد اكتسب حق المدين، فالدائن إذ يستعمل حق المدين بالدعوى غير المباشرة، إنما يستعمله باسم المدين، ولذلك فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى لا يثبت الحق المطالب به للدائن، بل يثبت الحق للمدين، فيشمله الضمان العام المقرر لجميع الدائنين، ويكون للدائن الذي رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم بالتنفيذ عليه مثله في ذلك مثل سائر الدائنين^(١٦٥).

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي فكرة الدعوى غير المباشرة في مجال العلاقات العقدية الإدارية^(١٦٦). وأشار صراحة إلى نص المادة رقم ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي الخاصة بشروط رفع الدعوى غير المباشرة في العديد من أحكامه^(١٦٧)، حيث أقر حق دائن المتعاقد مع الإدارة (المدين) في رفع الدعوى

(١٦٤) C.E. 22 janvier 1986, Sté Bois Sciéa masuifaturé rec. P. 12; A.J.D.A. 1986, 333 obs. j.C.

(١٦٥) MM. Marty et Raynaud, les obligations, Sirey 1988, n 683.

د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص ٣٥٥
د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام - الإثبات)
الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨، ص ٥٣.

(١٦٦) A. Laubadere, F. Moderne, P. Delvolvé, op. cité, n. 793.

(١٦٧) C.E. 18 mars 1927, Fauvet, rec., P. 360; C.E 21 juin 1957, Dupuy, rec. p. 411; C.E. 5 février 1982, Dondel et Autres, rec, P. 604.

غير المباشرة للتمسك بحقوق مدينه الناجمة عن التعاقد مع الإدارة رغم اعتباره من الغير بالنسبة لذلك العقد^(١٦٨).

وعموما فإن القاضي الإداري الفرنسي يتشدد في التحقق من توافر شروط الدعوى غير المباشرة الواردة بنص المادة ١١٦٦ من القانون المدني الفرنسي. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي «بأن المدعي الذي تعاقد مع الدولة لتقوم ببناء حمام سباحة، لا يستطيع رفع الدعوى غير المباشرة على المهندس المعماري المتعاقد مع الدولة، حيث لا يمكن اعتبار المدعي دائئا للدولة لسبق تنازله عن عقده مع الدولة، الأمر الذي ينجم عنه إخلاء ذمة الدولة في مواجهته^(١٦٩) ومع ذلك فقد ألحح مجلس الدولة إلى أن المدعي قد توافرت له صفة الدائن خلال فترة قيام الدولة بتنفيذ الأعمال وقبل أن يتنازل عن عقده مع الدولة، ومن ثم كان بإمكانه خلال تلك الفترة رفع الدعوى غير المباشرة على المهندس المعماري الذي يرتبط مع الدولة بعقد رغم اعتباره من الغير بالنسبة لذلك العقد.

والحقيقة - رغم أن الغير يمكنه في الدعوى غير المباشرة أن يتمسك بدعوى العقد الأمر الذي يشكل خروجاً على قواعد المسؤولية العقدية - إلا أن الأمر لا يتعلق هنا باستثناء حقيقي على مبدأ نسبية آثار العقد، ذلك أن الدائن يمثل المدين ولا يتصرف باسمه أو لحسابه، ولكنه يملك مجرد سلطة نيابية في المطالبة بحقوق مدينه إلا ما كان متصلاً منها بشخصه، وتخوله تلك السلطة إدخال هذه الحقوق في الذمة المالية لمدينه، مع احتفاظ المدين بحرية التصرف في حقه، ومن ثم فإن الأمر لا يتعلق سوى باستثناء ظاهري على مبدأ نسبية آثار العقد.

والمواقع أن الاستثناء الحقيقي على مبدأ نسبية آثار العقد هو المتعلق بالدعوى

M. Waline, traité de droit administratif, Siry 1963. P. 604.

(١٦٨)

C.E. 5 fevrier 1982, Dondel et Autres, rec. P. 33.

(١٦٩)

انظر في هذا المعنى نفسه :-

T.A. Versailles, 29 novembre 1978, Cts. Iemane, rec. P. 624.

المباشرة التي تخول الدائن رفع دعوى على مدين مدينه باسمه الشخصي وأن يرتب آثار هذه الدعوى في شخصه هو، حيث يظهر الطابع الاستثنائي جليا لأنه ليست له هناك علاقة قانونية بين الدائن رافع الدعوى وبين المدعى عليه وهو مدين المدين ومع ذلك يترتب على تلك الدعوى أن يكتسب من تقرر له حقا من عقد لم يكن طرفا فيه^(١٧٠).

على أن القانون ينص على سبيل الحصر على حالات الدعوى المباشرة، ومن هذه الزاوية يمكن القول بإمكانية وجود تطبيق لتلك الدعوى في مجال العلاقات العقدية الإدارية في مصر، الأمر الذي يشكل استثناء على مبدأ نسيه آثار العقد الإداري، حيث أعطى القانون المدني المصري دعوى مباشرة للمقاول من الباطن قبل رب العمل، ولعمال المقاول الأصلي قبل رب العمل، ولعمال المقاول من الباطن قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل، يطالبون بمقتضاها المدعى عليه بما يكون مدينا به لمدينهم^(١٧١).

على أن تطبيق هذا الاستثناء في مجال العقود الإدارية يتطلب أولا - نزولا على فكرة الاعتبار الشخصي - موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، حيث يستطيع عندئذ الغير أن يطالب الإدارة باتباع طريق الدعوى المباشرة بحقوق مدينه. على أن هذا الاستثناء ليس له مجال في نطاق العلاقات العقدية الإدارية في فرنسا، حيث لم يعط القانون المدني الفرنسي للمقاول من الباطن دعوى مباشرة قبل رب العمل^(١٧٢).

من ذلك يتبين أن الاستثناءات التي يمكن أن ترد على شرط ضرورة رفع دعوى المسؤولية العقدية - وبالتالي التمسك بأولويتها - من أحد طرفي العقد، هي

(١٧٠) الدكتور/ عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، سابق الإشارة إليه ص ٧٣٩ وما بعدها.

(١٧١) راجع نص المادة ١/٦٦٢ من القانون المدني المصري.

(١٧٢) راجع نص المادة ٧٩٨ من القانون المدني الفرنسي.

استثناءات نادرة للغاية وذات نطاق محدود. إلا أن الأمر لا يقتصر على الشروط السابقة، ذلك أن تمسك أحد طرفي العقد بدعوى المسؤولية العقدية والاحتجاج بأولوية تلك المسؤولية يقتضي أيضا أن يكون الضرر ناجما عن تنفيذ العقد.

المبحث الثالث

اتصال الضرر بتنفيذ العقد

حتى يمكن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية فإن الأمر يقتضي أخيرا اتصال الواقعة المسببة للضرر بتنفيذ العقد. وعلى ذلك فإذا كانت الواقعة المسببة للضرر لا تتصل بتنفيذ العقد فإن مسؤولية الإدارة هنا لا تقوم إلا استنادا لقواعد المسؤولية غير العقدية والعكس إذا كانت الواقعة المسببة للضرر تتصل بتنفيذ العقد الإداري، فإن مسؤولية الإدارة هنا لا تكون سوى عقدية.

والحقيقة أن المشكلة التي تواجهنا هنا هي تفهم حقيقة الرابطة بين الواقعة المسببة للضرر وتنفيذ العقد فكلما اتسع مفهوم تلك الرابطة، اتسع مجال المسؤولية العقدية، وكلما ضاق مفهوم تلك الرابطة انحصر مجال المسؤولية العقدية، والواقع أنه لا يوجد سواء في القانون الخاص أو القانون العام معيار مؤكد يسمح بتحديد طبيعة تلك الرابطة، بالإضافة إلى ذلك فإن نظرية القرارات المنفصلة قد تثير بعض الغموض حول طبيعة تلك الرابطة.

أولا: طبيعة الرابطة بين الواقعة المسببة للضرر وتنفيذ العقد:

إن قيام المسؤولية العقدية في القانون الخاص، وبالتالي تطبيق مبدأ أولوية تلك المسؤولية يقتضي الإخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد، على أن يكون من شأن ذلك الإخلال ترتيب ضرر للطرف الآخر^(١٧٣).

G.Viney, "les obligations, la responsabilite - conditions" L.G.D.J, 1982, n. 85.

(١٧٣)

والحقيقة الواجب إيضاها هنا هي أن وجود علاقة عقدية بين طرفين لا يقتضي بالضرورة قيام المسؤولية العقدية، إذا ما لحق أحد الطرفين ضرر ناجم عن تصرف صادر من الطرف الآخر. ذلك أن المسؤولية تكون عقدية فقط إذا كان الضرر ناجما عن الإخلال بالتزام مصدره العقد، أما إذا كان الضرر الذي يلحق بأحد طرفي العقد نتيجة تصرف الطرف الآخر ليس ناجما عن الإخلال بالتزام عقدي، فإن المسؤولية هنا تكون غير عقدية رغم وجود علاقة عقدية بين الطرفين. ومن هنا كانت أهمية تحديد مضمون الالتزامات العقدية التي استهدفها الطرفان في العقد^(١٧٤).

وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك المفهوم صراحة في حكمها الصادر في نوفمبر سنة ١٩٦١، حيث جاء بذلك الحكم «أنه لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الضرر قد وقع بمناسبة تنفيذ العقد، ولكن يجب أن ينجم ذلك الضرر عن الإخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد»^(١٧٥).

والمواقع أن محكمة النقض المصرية تتفق أيضا في هذا الصدد مع محكمة النقض الفرنسية حيث تقتضي لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الضرر ناجما عن الإخلال بالتزام ناشيء عن العقد، فقد تواترت أحكام النقض المصرية على ذلك. فقد قضت في يناير سنة ١٩٦٦ «بأنه إذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل، ويعتبر هذا إثباتا منه لعدم قيام الناقل بالتزامه، فتقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر»^(١٧٦) كذلك فقد قضت في ديسمبر سنة ١٩٨٣ بأن

(١٧٤) C. Larroumet, note sous Cass, civ, 21 avril 1982, D. 1982, J., P. 303.

(١٧٥) cass civ. 1 novembre 1961, D. 1962, J., P. 146, note Eismein "pour qu'une responsabilité contractuelle soit engagée, il ne suffit pas qu'un dommage ait été cause à l'occasion de l'exécution du contrat, il faut que le dommage résulte de l'inexécution d'une obligation créée par le contrat".

(١٧٦) حكم محكمة النقض الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٦٦، في القضية رقم ٦١٧ لسنة ١٧ ق، ص ١٩٩، مجموعة أحكام النقض.

عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي خطأ يرتب مسؤوليته^(١٧٧) كذلك فقد قضت في يناير سنة ١٩٨٦ بأن «ثبوت تلف هذه الأشياء أو هلاكها أثناء تنفيذ عقد نقل يكفي لإثبات عدم قيام الناقل بالتزامه وقيام مسؤوليته عن الضرر»^(١٧٨) وقد تواترت أحكام النقض المصرية على هذا المنوال.

كذلك فإن فقه القانون الخاص يجمع على أن قيام المسؤولية العقدية في القانون الخاص يفترض إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد^(١٧٩)، الأمر الذي يؤكد أن المبدأ العام في القانون الخاص يقتضي لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الضرر قد نتج عن الإخلال بالتزام أنشأه العقد.

أما إذا انتقلنا إلى موقف مجلس الدولة الفرنسي فسوف نتبين أنه لم يعرف التفرقة السابقة حيث لم يميز في أحكامه بين الأضرار التي تحدث بمناسبة تنفيذ العقد وتلك التي تنجم عن الإخلال بالتزامات العقدية الناتجة عن العقد، وقد استخلص الفقه الفرنسي^(١٨٠) النتيجة السابقة من العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي جرت على النص على أنه إذا كانت هناك علاقة عقدية فإن المضرور لا يستطيع أن يمارس سوى دعوى العقد، حيث لم تشر تلك الأحكام إلى ضرورة الإخلال بالتزام العقدي اكتفاء بوجود علاقة عقدية، وهو ما يعني قيام المسؤولية العقدية لمجرد وقوع الضرر بمناسبة تنفيذ العقد الإداري^(١٨١).

(١٧٧) حكم محكمة النقض الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٨٣، في القضية رقم ٨٧٣ لسنة ٤٨ ق، مجموعة أحكام النقض.

(١٧٨) حكم محكمة النقض في ١٣ يناير سنة ١٩٨٦، القضية رقم ١٩٤٣، لسنة ٥٠ ق مجموعة أحكام النقض.

(١٧٩) المستشار/ حسين عامر والمستشار/ عبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، (التقصيرية والعقدية) الطبعة الثانية سنة ١٩٧٩، ص ٢٨٧.

(١٨٠) P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, op. cit., p. 52.

(١٨١) C.E. 13 mars 1959, Sté Lyonnaise des Faux et de l'Eclairage, rec. p. 182; C.E. 6 octobre 1965, Denis, rec. p. 491.

ولا شك أن ذلك المفهوم لطبيعة الرابطة بين الواقعة المسببة للضرر وتنفيذ العقد الإداري من شأنه أن يوسع من نطاق المسؤولية العقدية على نحو لا يعترف به القضاء الخاص.

والواقع أن مسلك القضاء الإداري الفرنسي قد تأكد أيضا من جانب محكمة النزاع فقد جاء بحكمها الصادر في مارس سنة ١٩٦٢ «إن العلاقات القانونية الناجمة عن العقد الذي يربط بين مقاول الأشغال العامة ومتعهد التوريد لا تتيح للأخير - بالنسبة للأضرار التي تكبدها بمناسبة توريده المواد المنصوص عليها بالعقد - في مواجهة مقاول الأشغال العامة سوى دعوى العقد، حتى ولو كانت الأضرار ناجمة عن تنفيذ الأشغال العمومية»^(١٨٢).

على أن موقف القضاء الإداري الفرنسي من طبيعة الرابطة بين الضرر وتنفيذ العقد قد تغير بعض الشيء في الأحكام الحديثة، فقد ذهب مجلس الدولة إلى أن قيام المسؤولية العقدية يقتضي اتصال الواقعة المسببة للضرر بالالتزام العقدي ولا يكفي قيامها بمجرد وقوعها بمناسبة تنفيذ العقد الإداري. كذلك فقد ذهبت محكمة النزاع أيضا في أحكامها اللاحقة إلى أن الضرر قد يكون أجنبيا عن العقد، رغم وجود رابطة عقدية تربط بين المضرور والمتسبب في الضرر، وهو ما يعني تغيراً في موقفها السابق حيث كانت تكتفي لقيام المسؤولية العقدية بمجرد اتصال الضرر بتنفيذ العقد، فقد قضت في مارس سنة ١٩٧٥ بأن «العلاقات العقدية التي تربط بين الشركتين هي من روابط القانون الخاص التي تخرج من اختصاص القانون الإداري، ومع ذلك فإن الضرر المطلوب التعويض عنه والذي لحق بشركة... لا يتصل بتنفيذ العقد»^(١٨٣). ومن هذا الحكم يتبين أن محكمة النزاع قد وضعت معياراً صريحاً يسمح بتحديد طبيعة الروابط بين الواقعة المسببة للضرر وتنفيذ العقد،

T.C. 5 mars 1962, Sieur Marcadet c/Sté Routes et Batiments, rec. tab. p. 919.

(١٨٢)

T.C., 10 mars 1975, Sté Havraise de Matériaux c/Sté "Electro - Entreprise" rec., Tab p. 794; C.J.E.G. 1977, j., p. 123, note R. Savignat.

ويمثل ذلك المعيار في ضرورة اتصال الضرر بالتنفيذ المباشر للعقد، أي اتصالها بالالتزام العقدي.

والحقيقة أن الشرط الأخير من شروط تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية والخاص بضرورة اتصال الواقعة المسببة للضرر بالعقد يثير العديد من المشكلات، كما أنه محل للخلاف بين جهات القضاء نفسها. ولعل حكم commune de Borce خير مثال لذلك وتتلخص وقائع تلك الدعوى في قيام بلدية مدينة بورس بالتعاقد مع إحدى الشركات على تقطيع أخشاب إحدى الغابات ورفعها. وبعد بدء تنفيذ العقد أصدر عمدة المدينة بمقتضى ما له من سلطة ضبط قرارا سليما بمنع سير السيارات النقل التي تزيد حمولتها عن ٣,٥ أطنان في إحدى الطرق التي كانت تستعملها الشركة، مما نجم عنه زيادة الأعباء المالية التي تتحملها الشركة في سبيل تنفيذ العقد المبرم بينها وبين بلدية مدينة بورس.

وعندما عرض النزاع على القضاء العادي اتفقت محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف ومحكمة النقض على عدم الاختصاص بالدعوى مشيرة إلى أن تقطيع الأشجار هو عقد إداري، إلا أن الضرر الذي لحق بالشركة نجم عن القرار الصادر من عمدة المدينة، دون وجود أي صلة بينه وبين عقد البيع المبرم بين الشركة وبلدية مدينة بورس، وبالتالي ليس هناك مجال لإثارة المسؤولية العقدية لبلدية مدينة بورس، وأن القاضي الإداري مختص بفحص المسؤولية غير العقدية لبلدية مدينة بورس عن قرار الضبط الصادر منها.

ويتبين من موقف محكمة النقض الفرنسية أنها قد التزمت بالمعيار السابق إيضاحه والذي يقتضي ضرورة أن ينجم الضرر عن الإخلال بالتزام عقدي، ولا يكفي مجرد اتصال الضرر بتنفيذ العقد كما يذهب إلى ذلك القضاء الإداري.

وعندما عرض الأمر على المحكمة الإدارية، التزمت تلك المحكمة مسلكا مغايرا تماما لموقف محكمة النقض، حيث أعلنت أن الضرر يتصل بتنفيذ عقد البيع، وأن ذلك العقد يعتبر عقدا إداريا بالنظر إلى الشروط الواردة في كراسة

الشروط المرفقة، ورتبت على ذلك مسئولية بلدية مدينة بورس العقدية بدون خطأ باعتبار أن الضرر الناجم عن إجراء الضبط من شأنه أن يخل بتوازن العقد.

وأخيرا عرض النزاع على مجلس الدولة الذي اتخذ بدوره مسلكا مغايرا، حيث أعلن أن العقد المبرم بين الشركة وبلدية مدينة بورس ليس عقدا إداريا ولكنه عقد خاص باعتبار أن كراسة الشروط المرفقة لم تتضمن أي شروط استثنائية أو غير مألوفة وألغى حكم المحكمة الإدارية، ثم تعرض المجلس لبحث مدى إمكانية قيام مسئولية بلدية مدينة بورس غير العقدية عن إجراء الضبط الصادر منها والذي تسبب في إلحاق الضرر بالشركة، وهو ما يعني أن مجلس الدولة قد اعتبر أن الضرر الذي لحق بالشركة غير متصل بتنفيذ العقد^(١٨٤).

من ذلك يتبين أن الشرط الثالث من شروط تطبيق مبدأ أولوية المسئولية العقدية والخاص بضرورة اتصال الواقعة المسببة للضرر بتنفيذ العقد هو أمر يثير كثيرا من الجدل ويصعب الوقوف على طبيعته نظرا لعدم وجود معيار منضبط في هذا الصدد.

ونرى من جانبنا أن طبيعة الرابطة التعاقدية في القانون العام واتصالها بالمرفق العام تحتم إضفاء طابع خاص على المسئولية التعاقدية الناجمة عنها، الأمر الذي يميزها عن القانون الخاص، فإذا كانت المسئولية العقدية في القانون الخاص تفترض حدوث الضرر نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية، فإن فكرة المسئولية العقدية في القانون العام لا تحتم ذلك، فقد تقوم المسئولية العقدية للإدارة دون أن يكون هناك أي إخلال من جانبها بالتزاماتها العقدية، كما في أحوال نظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهو الأمر الذي لا يتفق مع مبادئ المسئولية التعاقدية المسلم بها في القانون الخاص. ومن ثم فإننا نرى

T.A. de pau, 25 avril 1978, Sté des établissements tombardi c/Commune de Borce, req. n (١٨٤) 458; C.E. 2 Octobre 1981, Commune de Borce, req. n. 13 O97, rec. tab., p. 810; D. 1982, IR., p. 377, observations F. Moderne et p. Bon.

كحد أدنى لقيام المسؤولية العقدية ضرورة اتصال الواقعة المسببة للضرر بالالتزام العقدي، أي بالتنفيذ المباشر للعقد الإداري، دون حاجة إلى ضرورة أن تشكل تلك الواقعة إخلالا بالالتزام العقدي، ولكننا لا يمكن أن نصل في ذلك إلى الاكتفاء بمجرد حدوث الضرر بمناسبة تنفيذ العقد الإداري.

ثانيا: مشكلة القرارات الإدارية المنفصلة عن تنفيذ العقد الإداري:

لا يكفي في الحقيقة أن يظهر العقد الإداري في النزاع حتى يمكن إثارة المسؤولية العقدية، وتعتبر فكرة القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري تطبيقا لتلك الحقيقة. ويقصد بتلك القرارات الإدارية المنفصلة القرارات التي تستهدف التمهيد لإبرام العقد الإداري، كالقرارات الخاصة بشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة البت وإرساء المناقصة أو المزايدة، وغيرها من القرارات التي تساهم في إبرام العقد ورغم أن تلك القرارات تندمج في عملية التعاقد وقد ينجم عنها ضرر يلحق بالمتعاقد أو الغير إلا أنها لا تندرج في نطاق قضاء العقود، حيث لا يمكن إثارة المسؤولية العقدية في هذه الحالة رغم اتصالها بعملية التعاقد، ذلك أن الضرر الناجم عنها يثير المسؤولية غير العقدية، حيث تعامل تلك القرارات استنادا إلى كيانها الذاتي رغم اتصالها بعملية التعاقد ومساهمتها في إبرام العقد أو عدم إبرامه^(١٨٥).

والحقيقة أن فكرة القرارات المنفصلة التي تساهم في عملية التعاقد ذات تأثير محدود للغاية على مجال المسؤولية العقدية ويرجع ذلك أولا إلى أن تلك القرارات خاصة بالإجراءات المختلفة التي يتعين أن تقوم بها الإدارة حتى إبرام العقد، أما بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه فليس هناك دور لتلك الفكرة، في حين أن المسؤولية العقدية - وبالتالي تطبيق مبدأ أولوية تلك المسؤولية - لا تكون محلا للبحث إلا إذا

تعلق الأمر بتنفيذ العقد، وبالتالي فإن الأضرار التي تنجم عن القرارات المنفصلة لا تثير المسؤولية العقدية^(١٨٦).

وثانياً فإن المسؤولية العقدية لا تقوم سوى بين أطراف العقد، ومن المتصور أن الضرر الذي ينجم عن القرارات المنفصلة قد يصيب الغير الذي لا يكون أمامه سوى دعوى الإلغاء باعتباره أجنبياً عن العقد، ومن ثم لا يكون هناك مجال لتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية لعدم قيام تلك المسؤولية أصلاً، الأمر الذي يوضح بجلاء عدم تأثير فكرة القرارات المنفصلة على المسؤولية العقدية^(١٨٧).

وأخيراً فإن نظرية القرارات المنفصلة لا تطبق على ما يصدر من قرارات تنفيذاً للعقد، كالقرارات الخاصة بتوقيع الجزاءات أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه، فتلك القرارات تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه وتعتبر تنفيذاً له، ومن ثم فإن الأضرار التي تنجم عنه تدخل في نطاق اختصاص القضاء الكامل. وعلى ذلك فإن القرارات المتصلة بتنفيذ العقد الإداري هي التي يمكن أن تكون ذات تأثير على المسؤولية العقدية، أما القرارات المنفصلة فليس لها سوى تأثير محدود للغاية على المسؤولية، وذلك إذا ما تمسك أحد أطراف العقد بالحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل - بناء على الأثر المطلق لحكم الإلغاء - أمام قاضي العقد.

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الشروط اللازمة لتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية، تلك الشروط المتمثلة في وجود عقد، وضرورة رفع الدعوى من أحد طرفيه بالإضافة إلى أن يكون الضرر ناجماً عن تنفيذ ذلك العقد. والحقيقة أن تلك الشروط تسمح أيضاً بتحديد مجال تطبيق المسؤولية العقدية، ولكن هل توافر تلك الشروط يسمح بالتطبيق التلقائي لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية؟ وبمعنى آخر هل هناك حدود مطلقة يعمل من خلالها مبدأ أولوية المسؤولية العقدية؟.

C.E. 25 janvier 1974, Syndicat des permissionnaires..., Rec p. 61; C.E 22 juillet 1977, Sté (١٨٦) "Cantieri Navali Santa Maria" Rec. p. 346.

C.E. 24 avril 1964, S.A. de Livraisons Industrielles et Commerciales, Rec. p. 665; A.D.A. (١٨٧) 1964, p. 308, conclusions combarnous, D. 1964, p. 665, note Debbasch.

الفصل الثالث

نطاق تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية

إن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يعني تطبيق أحكام تلك المسؤولية دون غيرها من صور المسؤولية المختلفة على النزاع المطروح أمام القاضي، وهي تفترض بالطبع أن يكون هناك تنازع بين أكثر من مسؤولية إحداها عقدية، الأمر الذي يعنى أن الضرر الذي يلحق بأحد الأفراد يمكن أن ينجم عن الإخلال بأحد الالتزامات العقدية، وفي الوقت نفسه يشكل إخلالا بالتزام عام يفرضه القانون على الجميع، وهو ما يمكن أن يحدث في عقود الأشغال العامة التي تبرمها الإدارة. وهنا فإن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يقتضي استبعاد مختلف أشكال المسؤوليات الأخرى غير العقدية التي يمكن أن يثيرها النزاع المطروح أمام القاضي وتطبيق قواعد المسؤولية العقدية.

والحقيقة أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية وإن كان يتمتع بتطبيق مطلق من الناحية النظرية، إلا أن تطبيقه العملي من شأنه أن يثير العديد من أوجه عدم اليقين التي تؤثر في فاعليته المطلقة التي يبدو عليها لأول وهلة. فإن فاعلية ذلك المبدأ تتوقف إلى حد كبير على الطلبات والوسائل التي يستند إليها الخصوم في دعوى المسؤولية العقدية، وهنا يثور التساؤل عن موقف القاضي وسلطته في مواجهة طلبات الخصوم التي تتجاهل - عن عمد أو غير عمد - مبدأ أولوية المسؤولية العقدية - إن الإجابة عن ذلك التساؤل تحدد إلى درجة كبيرة نطاق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية.

المبحث الأول

استبعاد مختلف أشكال المسؤولية غير العقدية

إن توافر شروط قيام المسؤولية العقدية في دعوى المسؤولية يقتضي استبعاد مختلف أشكال المسؤولية غير العقدية، سواء تعلقت تلك المسؤولية بالقانون العام

أو بالقانون الخاص، والحقيقة أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية لا يقتصر أثره فقط على تغليب تلك المسؤولية ولكنه يلعب دوراً مهماً أيضاً في مجال توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري آخذاً في الاعتبار الطبيعة القانونية للعقد محل النزاع، كذلك فإنه يلعب دوراً مهماً في مجال توزيع الاختصاص الداخلي للقضاء الإداري باعتبار أن قاضي العقد يختلف عن قاضي المسؤولية غير العقدية. وأخيراً فإن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يساهم أيضاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمام القاضي، باعتبار أن النظام القانوني للمسؤولية العقدية يختلف عن النظام القانوني لغيرها من أوجه المسؤولية.

وسوف نتعرض بالدراسة في هذا المبحث للآثار المترتبة على تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في حالة قيام تلك المسؤولية في نطاق القانون الخاص، ثم في حالة قيامها في نطاق القانون العام.

أولاً: قيام المسؤولية العقدية في نطاق القانون الخاص :

عندما ترتبط الواقعة المسببة للضرر بتنفيذ أحد الالتزامات العقدية الناجمة عن العقد الخاص فإن القاضي العادي يختص بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية في إطار قواعد القانون الخاص، وذلك حتى ولو كانت الواقعة المسببة للضرر من شأنها إثارة مسؤولية الإدارة غير العقدية وفقاً لقواعد القانون العام.

إن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يساهم هنا في حل مشكلات تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، حيث يكون الاختصاص هنا للقضاء العادي تطبيقاً لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية. فإذا كان النزاع يثير تنازعا بين مسؤولية القانون الخاص العقدية. la responsabilité contractuelle de droit prive.

ومسؤولية القانون العام غير العقدية la responsabilité extra-co- public contractuelle de droit. فإن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يقتضي استبعاد المسؤولية

غير العقدية، وبالتالي اختصاص القضاء الخاص بالنزاع باعتبار أن المسؤولية العقدية هنا تتعلق بروابط القانون الخاص وأحكامه^(١٨٨).

وقد تعددت أحكام مجلس الدولة الفرنسي الخاص بتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية الناجمة عن عقود القانون الخاص على مسؤولية القانون العام غير العقدية، وبغض النظر عن طبيعة العقد الخاص. فقد يكون عقد نقل^(١٨٩) أو عقد بيع^(١٩٠) أو عقد إيجار^(١٩١) أو عقد عمل^(١٩٢) أو عقد إعاره^(١٩٣) أو عقد تأمين^(١٩٤). فقد اقتضى تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في العقود السابقة استبعاد تطبيق قواعد مسؤولية الإدارة غير العقدية عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقدين مع الإدارة في العقود السابقة والناجمة عن الأشغال العامة. حيث تمثل التنازع هنا بين مسؤولية القانون الخاص العقدية لإخلال الإدارة بالتزاماتها العقدية، ومسؤولية القانون العام غير العقدية للأضرار التي لحقت بالطرف الآخر في العقد والناجمة عن الأشغال العامة التي تقوم بها الإدارة.

كذلك فإن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يظهر أثره أيضا في أحوال التنازع بين مسؤولية القانون الخاص العقدية - والناجمة عن الإخلال بالعلاقة العقدية التي تربط الإدارة بالمستفيدين من المرافق الصناعية والتجارية - ومسؤولية القانون العام غير

P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit adm., précité, (١٨٨) p. 60.

C.E. 27 juin 1947, Hpital-Hospice de St-Dizier, Rec. p. 285; C.E. 20 fevrier 1957, Herbin, (١٨٩) Rec. P. 110.

C.E. 3 juin 1983, S.A, Denoyer et Faurite et Sté jmmobiliere Grange Morin, D.A. 1983, n (١٩٠) 285.

C.E. 6 octobre 1965, Denis, Rec., p. 491; T.C. 15 decembre 1980, jaouen c/O.P. H.L.M. (١٩١) de Ville de paris, Rec. p. 513.

C.E. 20 decembre 1946, colonie de madagascar, D. 1947, j., P. 464, note Huet. (١٩٢)

C.E. 16 novembre 1979, Girard. Rec. tab., p. 665. (١٩٣)

C.E. 16 novembre 1978, Sté Mutuelle d'assurance du Batiment et des travanx publics, (١٩٤) Rec.- tab. p. 737.

العقدية والناجمة عن الأضرار التي تلحق بالمستفيدين من جراء قيام الإدارة بالأشغال العامة حيث ترتب على تطبيق ذلك المبدأ تطبيق قواعد مسئولية القانون الخاص العقدية واستبعاد قواعد مسئولية القانون العام غير العقدية^(١٩٥) وهو ما تؤكد من خلال العديد من أحكام القضاء الإداري العادي في فرنسا^(١٩٦).

والحقيقة أن هناك بعض الشكوك التي تثور حول أثر المسئولية العقدية على تحديد الاختصاص في الحالة السابقة، ويرجع ذلك إلى أن الشخص المرشح لإبرام عقد يستفيد بمقتضاه من المرافق الصناعية والتجارية "candidat usager" يوجد في مركز قانوني خاص situation de droit privé رغم عدم وجود علاقة عقدية بينه وبين تلك المرافق، فإذا ما أصابه ضرر خلال تلك الفترة من الأشغال العامة التي تقوم بها الإدارة، فإن روابط القانون الخاص les liens de droit privé هي التي تحدد مركزه القانوني^(١٩٧)، ولهذا نجد أن القضاء الإداري الفرنسي قد لجأ إلى روابط القانون الخاص في الحالة السابقة - ونظرا لعدم وجود علاقة عقدية خاصة - كميّار لاختصاص القضاء العادي بالنزاع. الأمر الذي يشكك في أثر المسئولية العقدية على تحديد الاختصاص باعتبار أن العلاقة يحكمها القانون الخاص، سواء أكان هناك عقد يربط بين المستفيد من المرافق الصناعية والتجارية أم لا^(١٩٨).

وعلى الرغم من ذلك فقد ذهب Richer في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في دعوى السيد Berezowshi إلى التأكيد على أهمية العقد الخاص

A. de Laubadere, F. Moderene et p. Delvolvé traité des contrats administratifs, T.I. 1983, (١٩٥) T.II 1984, n. 759.

C.E. 18 decembre 1953, Gain, D. 1954. j., p. 719 note Blaevoet; T.C. 17 novembre 1966 (١٩٦) Gamba, Rec. P. 80L; A.J.D.A. 1976, P. 82, chron. Boyon et Nauvelaers- Cass., le 25 avril 1972, Alonso et Autres c/E.D.F, j. C.P 1974, j., 17726 note p. Comte.

T.C 17 octobre 1966 Dame Veuve Canasse, Rec. P. 834, D. 1967, P. 252, note Durupty. (١٩٧)

F. Moderene, "Responsabilité administratif et utilisation des ouvrages publics affectés à (١٩٨) un service public industriel et commercial" C.J.E.G. 1969, chron, p. 199 et 217.

وبالتالي مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال تحديد اختصاص القضاء العادي، حيث لا يمكن أن ننكر أثر تلك الفكرة في حل مشكلات تنازع الاختصاص^(١٩٩).

ثانياً: قيام المسؤولية العقدية في نطاق القانون العام:

إذا كان المضرور يرتبط مع من تسبب في إحداث الضرر بعلاقة عقدية في إطار قواعد القانون العام، أي كان هناك عقد إداري يربط بينهما، فإن القاضي الإداري يرفض جميع الطلبات التي تقدم في الدعوى وتستند إلى المسؤولية غير العقدية وفقاً لقواعد القانون العام أو وفقاً لقواعد القانون الخاص.

١ - أولوية مسؤولية القانون العام العقدية على مختلف أشكال مسؤولية القانون العام غير العقدية.

إن المشكلة المطروحة أمامنا تدخل في إطار القضاء الإداري، وتتمثل في التنازع بين القواعد التي تحكم الموضوع والتي تتحدد استناداً لنوع المسؤولية التي يخضع لها النزاع. فإذا كان التنازع بين مسؤولية القانون العام العقدية ومسؤولية القانون العام القائمة على أساس الخطأ المرفقي، فإن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يقتضي استبعاد المسؤولية على أساس الخطأ وتطبيق قواعد المسؤولية العقدية. فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في دعوى السيد Berezowshi بأن المدعي الذي يرتبط بعلاقة عقدية مع الإدارة والذي استند في دعواه بصفة ثانوية إلى خطأ الإدارة المرفقي لا يمكنه أن يتمسك في مواجهة الإدارة بدعوى أخرى خلاف دعوى العقد للحصول على تعويض عن الأضرار التي سببتها له الإدارة^(٢٠٠) كذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن «الشركة صاحبة الامتياز ترتبط مع مدينة باريس بعقد،

1. Richer, note sous C. E. 1 er decembre 1976, Berezowshi, D. 1978, J., P. 45. (١٩٩)

C.E. 10 decembre 1976, Berezowski, Rec., P. 521 “le requérant qui avait fondé son action, à Titre subsidiaire sur la faute de service commise par la commune, mais qui était lié à la commune par un contrat, ne pouvait exercer, à l’encontre de la commune, en raison des troubles dont il demande réparation, d’autres actions que celles procédant de ce contrat”.

ومن ثم فإنها لا تستطيع أن تستند في دعواها إلى المسؤولية شبه التقصيرية^(٢٠١) الناجمة عن خطأ الإدارة في ممارسة سلطات الضبط^(٢٠٢).

كذلك فقد يقوم النزاع بين مسؤولية القانون العام العقدية ومسؤولية الإدارة بدون خطأ. وهنا يكون من شأن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية بدون خطأ. وهو ما تأكد من خلال العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أشار فيها بكل وضوح إلى أن المضرور الذي يرتبط بعلاقة تعاقدية مع الإدارة لا يمكنه أن يستند في دعواه إلى المسؤولية المبنية على مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة^(٢٠٣)، ولا المسؤولية المبنية على المخاطر الاستثنائية للجوار. *risque exceptionnel de voisinage*.

ولا المسؤولية المبنية على مخاطر الأشغال العامة^(٢٠٤) وهي جميعا صور من مسؤولية الإدارة بدون خطأ. من ذلك يتبين أن مسؤولية القانون العام العقدية تتقدم على مختلف أشكال مسؤولية القانون العام غير العقدية عند النزاع معها كنتيجة لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية. بل إن الأمر لا يقف عند مسؤولية القانون العام غير العقدية ولكنه يمتد ليشمل أيضا مسؤولية القانون الخاص غير العقدية.

٢ - أولوية مسؤولية القانون العام العقدية على مختلف أشكال مسؤولية القانون الخاص غير العقدية.

يحدث أن يقوم النزاع بين مسؤولية القانون العام العقدية التي تدخل في

(٢٠١) ويقصد بالمسؤولية شبه التقصيرية المسؤولية القائمة على خطأ غير عمدي، ذلك أن القانون الفرنسي يفرق بين المسؤولية التقصيرية وهي التي تقوم على خطأ عمدي والمسؤولية شبه التقصيرية وهي التي تقوم على خطأ غير عمدي.

(٢٠٢) C.E. 7 mai 1982, Sté parking de la place de la concorde, Rec. tab., P. 669.

(٢٠٣) C.E. 6 janvier 1976, société Anonyme de Gerance de Vetements Abdon, R.D.P. 1973, P. 276.

C.E. 5 janvier 1972, Sté Unitchadienne, Rec. P.4.

(٢٠٤) C.E. 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c/Sts Grimouard, Rec. P. 168, G.A.J.A.P. 440 observations M. Long.

اختصاص القضاء الإداري، ومسئولية القانون الخاص غير العقدية التي تدخل في اختصاص القضاء العادي، وهنا فإن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يقتضي استبعاد تطبيق قواعد مسؤولية القانون الخاص غير العقدية وعقد الاختصاص بالتالي للقضاء الإداري. وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي صراحة إلى أن وجود علاقة عقدية تخضع لقواعد القانون العام بين المضرور والإدارة يقتضي استبعاد المسؤولية شبه التقصيرية القائمة على خطأ غير عمدي - تطبيقاً للمادة ١/١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي وتغليب مسؤولية القانون العام العقدية، حيث كانت الدعوى مثارة بمناسبة الأضرار التي لحقت بأحد الأفراد المرتبطين بعقد إداري مع الإدارة والناجمة عن انفجار مواد كيميائية تسلمتها الإدارة^(٢٠٥). وعموماً فإن الفرض الأكثر تكراراً هنا هو المتعلق بالأضرار المتصلة بتنفيذ عقد الأشغال العامة والناجمة عن حوادث السيارات التي يتسبب فيها المقاتل أو الإدارة^(٢٠٦).

ورغم صدور قانون في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٧ يجعل الاختصاص بنظر دعاوى المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي تسبب فيها السيارات للقضاء العادي^(٢٠٧) إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى تفسير ذلك القانون تفسيراً ضيقاً وقام بتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية باعتباره أحد المبادئ المسلم بها، حيث قضى بتطبيق قواعد مسؤولية القانون العام العقدية عن الأضرار الناجمة عن الأشغال العامة والتي تسببت فيها سيارات النقل، واستبعاد تطبيق قواعد مسؤولية القانون الخاص غير العقدية، وبالتالي استبعاد اختصاص القضاء العادي^(٢٠٨).

C.E. 28 Juillet 1952, Cie d'Assurances Rhin et Moselle et Sté manurhin, S. 1953, III., P. (٢٠٥) 21, note A.P.

P. Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, (٢٠٦) op. cit., p. 63.

(٢٠٧) فقد جاء بنص المادة الأولى:

“les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un Vehicule quelconque”.

C.E. 11 janvier 1978, cie Union et le phenix Dspagnol, rec. p. 6 avec conclusions (٢٠٨) Genevois.

من ذلك ننتهي إلى أن وجود علاقة عقدية سواء داخل نطاق قواعد القانون العام أو الخاص من شأنه استبعاد مختلف أشكال المسؤولية غير العقدية، وذلك عند تنازعها مع المسؤولية العقدية. ومع ذلك فإن فاعلية مبدأ أولوية المسؤولية العقدية تتوقف إلى حد كبير على مضمون طلبات الأفراد في الدعوى سواء أكان ذلك أمام القضاء العادي أم القضاء الإداري، وخاصة أن تلك الطلبات تساهم بقدر كبير في تحديد المجال القضائي للنزاع. كذلك فإن فاعلية مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يتوقف أيضا على سلطة القاضي في مواجهة طلبات الخصوم في الدعوى، ومن هنا كان من الأهمية بمكان أن نتعرض للتطبيق القضائي لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية للوقوف على مدى فاعليته.

المبحث الثاني

التطبيق القضائي لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية

الواقع أن تحديد نطاق تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية يرتبط إلى حد بعيد بدور القاضي وسلطته في هذا التطبيق. فهل القاضي الإداري مقيد بتكييف الخصوم لدعواهم أم أنه غير مقيد؟ وبمعنى آخر هل القاضي الإداري مقيد بالفصل في الدعوى استنادا لقواعد المسؤولية التي يحددها الخصوم، أم أنه يستطيع رفض الطلبات غير المؤسسة تأسيسا سليما؟ وأخيرا هل القاضي الإداري يستطيع من تلقاء نفسه أن يقوم بتكييف طلبات الأفراد توصلا للفصل في النزاع بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية التي لم يشر إليها الخصوم في دعواهم؟... إن الإجابة عن التساؤلات السابقة تحدد بوضوح نطاق تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية.

ولتحديد ذلك النطاق فإننا سوف نتعرض بالإيجاز اللازم للقواعد العامة التي تحكم دور القاضي العادي في تكييف النزاع ومدى سلطة الخصوم في هذا الصدد ثم نعبه بدور القاضي الإداري ومدى التزامه بقواعد المرافعات المدنية، وأخيرا

نشير إلى أثر القواعد العامة للإجراءات على دور القاضي الإداري في تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية .

أولاً: سلطة القاضي في تكيف الدعوى:

الواقع أن تكيف الدعوى يشكل أهمية بالغة تتحصل في قدرة القاضي على تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، إذ بدون التكيف لن يستطيع القاضي في أمد قصير الوصول إلى حلول قانونية سليمة، وإنما سوف يطبق القانون بطريقة عشوائية مما يجعله عاجزاً عن حسم النزاع.

ولهذا فإن التكيف القانوني هو جزء أساسي من عمل القاضي لا يجوز لغيره ممارسته وإلا كان العمل القضائي مبنيًا على خطأ في القانون. وما يطلقه الخصوم على دعاوهم من ألفاظ تتصل بالأوصاف القانونية أو التكيف ليس تكيفاً وإنما آراء لا إلزام فيها، وبالتالي فالقاضي هو العضو الوحيد المكيف للدعوى^(٢٠٩) وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض إلى أن تكيف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة، ولا يصح أن يمنعها عن فهم الدعوى على حقيقتها وإعطائها التكيف الصحيح... وإن محكمة الموضوع لا تتقيد في تكيف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها، وإنما تلتزم بالتكيف الصحيح الذي تبينته من وقائع الدعوى^(٢١٠).

من ذلك يتبين أن سلطة القاضي في تكيف الدعوى هي سلطة أصيلة، فإذا كان للمدعي أن يكيف دعواه، وحقه في ذلك يقابله حق المدعى عليه في كشف خطأ هذا التكيف، فإن القاضي يهيمن على هذا وذاك من حيث انطباق هذا التكيف على الواقع وعدم انطباقه، ثم يطبق القانون على ما يثبت لديه.

(٢٠٩) دكتور/ محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكيف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، سنة ١٩٨٢، ص ٩٩.

(٢١٠) حكم محكمة النقض المصرية في ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢، مجموعة المكتب الفني، السنة ٢٣، العدد الأول، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٣٧ ق، ص ١٠١.

ثانياً: نطاق سلطة القاضي في تكييف الدعوى:

إن السؤال المطروح هنا هو مدى التزام القاضي بتكييف الخصوم للدعوى وبمعنى آخر هل للقاضي مطلق الحرية في مواجهة تكييف الخصوم للدعوى، أم أن هناك بعض القيود التي تفرض على سلطة القاضي في هذا الصدد؟.

أجابت محكمة النقض المصرية صراحة عن ذلك التساؤل. فقد جاء في حكمها الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ أنه لئن كان لمحكمة الموضوع أن تكييف الدعوى بما تبيته من وقائعها، وأن تنزل عليها وصفها الصحيح في القانون، إلا أنها مقيدة في ذلك بالوقائع والطلبات المطروحة عليها، فلا تملك التغيير في مضمون هذه الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها الخصوم. وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الجمعية الطاعنة أقامت دعواها بطلب تعويض ما نالها من أضرار... على أساس المسؤولية التقصيرية، فإن الحكم المطعون فيه إذ كيّف الدعوى على أنها دعوى بطلان تصرفات... وهو طلب لم يطرحه الخصوم... يكون قد خرج بالدعوى من نطاقها المطروح وخالف قاعدة أصلية من قواعد المرافعات توجب على القاضي التقيد في حكمه بحدود الطلبات المقدمة في الدعوى^(٢١١).

من ذلك يتبين أن القاضي وإن كان هو صاحب الاختصاص الأصيل في تكييف الدعوى إلا أنه مقيد في ذلك بالوقائع والطلبات المطروحة عليه... ولبين أثر تكييف الخصوم على سلطة القاضي على ضوء القاعدة السابقة نفرق بين فرضين.

(٢١١) حكم محكمة النقض المصرية في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٥، الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٩ ق، لسنة ١٩٧٤ - راجع أيضاً حكمها الصادر في ٢٢ يناير سنة ١٩٧٩، المجموعة نفسها، السنة ٣٠، الجزء الأول، الطعن رقم ٦٠٢، ٦٤٨ لسنة ٤٧ ق، ص ٣٢٥.

الفرض الأول: خطأ تكييف الخصوم

من النادر عملاً أن تقدم دعوى لمحكمة الموضوع دون أن يقوم المدعي بتكييف دعواه، وبالطبع فإن احتمال خطأ المدعي في تكييف الدعوى احتمال وارد، والقاعدة الأصلية في هذا الصدد هي أن التكييف الخاطئ الذي لا ينطبق على واقعة الدعوى لا يقيد القاضي ولا يمنعه من إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض إلى أنه «إذا كان لا خلاف بين الطرفين في أن عقد رصف الطرق العامة الذي يربطهما هو عقد مقاوله أشغال عامة، وهو من ثم عقد إداري... وكان حكم محكمة أول درجة قد كيف الإجراء المشار إليه بأنه حجز إداري، ورتب على ذلك اختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة به، وكان على محكمة الموضوع ألا تنقيد في تكييف الطلبات المعروضة بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بالتكييف القانوني الصحيح لها الذي تبينه من وقائع الدعوى، وكان التكييف الصحيح للحفاظ على أدوات المداول هو أنه إجراء اتخذته جهة الإدارة بمقتضى شروط العقد الإداري الذي يربطها بالمقاول، وهو ليس في حقيقته أمر بتوقيع الحجز الإداري. لما كان ذلك... وكان الحكم المطعون فيه قد جانب هذا النظر ورفض الدفع بعد الاختصاص الولائي وانتهى إلى اختصاص القضاء العادي بالدعوى، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه في مسألة تتعلق بولاية المحاكم^(٢١٢).

الفرض الثاني: تكييف الخصوم الصحيح

يذهب غالبية الفقه إلى أنه استناداً إلى مبدأ سيادة الخصوم في الدعوى فهم الذين يرسمون للقاضي حدود دعواهم بما يتمسكون به من وقائع وما يقدمونه له من أدلة لإثباتها، ولما كانت الوقائع تبعا لذلك هي مسألة الخصوم، فقد كان طبيعياً وهذا هو الجانب السلبي للمبدأ - أن تنقيد سلطات القاضي في هذا المجال. ومن

(٢١٢) حكم محكمة النقض المصرية في ١٢ فبراير سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٢٥، الطعن رقم ٤٤١ لسنة ٣٨ق، ص ٣٣٢.

هنا جاء حياد القاضي في الدعوى لحماية مبدأ سيادة الخصوم وتأكيده في مجال الوقائع وعلى ذلك فالقاضي لا يستطيع أن يوسع من نطاق الدعوى الذي رسمه الخصوم بأن يضيف إليها عناصر واقعة أخرى غير تلك التي تمسك بها هؤلاء، على الأقل مادام لم يتعلق الأمر بالنظام العام. وبالتالي فالخصوم وحدهم هم أصحاب الحق في تشكيل البنيان الواقعي لدعواهم في الحدود التي يرونها، وعلى القاضي تطبيق قواعد القانون على النزاع كما حددها هؤلاء^(٢١٣).

وإذا انتقلنا إلى موقف القضاء فسوف نتيبن أنه إذا كان المبدأ الذي تعلنه محكمة النقض دواما هو أن محكمة الموضوع لا تتقيد بتكييفات الخصوم وأنها ملزمة بإثبات التكييف القانوني الصحيح للدعوى بصرف النظر عن صحة تكييف الخصم للواقع الذي يطرحه على المحكمة، فإن محكمة النقض ذاتها عندما يطرح عليها طعون في أحكام مؤسسة على خطأ هذه الأحكام بالنسبة للتكييف القانوني، وانتهج الحكم منهجا معييا في التكييف ليس صحيحا وإنما الصحيح هو تكييف الخصم لدعواه فتقوم المحكمة بنقض الحكم على أساس صحة التكييف من الخصوم. ومفاد ذلك أن تكييف الخصم لدعواه من خلال الطعن الذي يقدمه لمحكمة الاستئناف أو النقض إذا ما قبلته يرقى إلى درجة التكييف الملزم^(٢١٤).

وترتبا على ما تقدم فإن محكمة النقض ترى أنه طالما كان التكييف للواقع بفرض أنه صحيح من الخصوم، فإن هذا التكييف يكون ملزما للمحكمة طالما أنه لا يتضمن ما يخالف القانون أو النظام العام^(٢١٥).

(٢١٣) د. / السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، الجزء الثاني، ص ٣٠ - د. / محمود عبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري، سنة ١٩٥٨، ص ٦٣ د. / هشام صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، رسالة دكتوراة سنة ١٩٦٨، ص ٢٢.

(٢١٤) الدكتور / محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، سابق الإشارة إليه، ص ٤٣٠.

(٢١٥) حكم محكمة النقض المصرية في ١١ ديسمبر سنة ١٩٧٣، مجموعة المكتب الفني السنة ٢٤، العدد الثاني، الطعن رقم ٨٩ لسنة ٣٨ ق، ص ١٢٤٥ - حكم محكمة النقض في ٩ ابريل سنة ١٩٧٤، مجموعة المكتب الفني، السنة ٢٥، الطعن رقم ٤٢ لسنة ٣٨ ق، ص ٦٥١.

وإذا كان القضاء المصري قد توصل إلى القواعد السابقة اجتهدا ودون وجود نصوص تشريعية في هذا الصدد، فإن قانون المرافعات الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ قد نص صراحة على أن القاضي لا يستطيع أن يغير الأساس القانوني للدعوى إذ قيده الخصوم بذلك نتيجة اتفاق صريح بينهم، فالقاضي في هذه الحالة يكون ملزما بالتكييف الذي يصبغه الخصوم على وقائعهم في حدود الاتفاق المبرم صراحة بينهم، وبشرط مطابقة الحق المتنازع عليه «محل تكييف» للقانون، وبالتالي يسترد القاضي الفرنسي سلطته في التكييف إذا كان هناك تنازع واختلاف في التكييف، أو خرج الحق موضوع التكييف عن إطاره القانوني الصحيح^(٢١٦).

ثالثاً: سلطة القاضي الإداري في تكييف الدعوى:

القاعدة العامة في مجال الإجراءات الإدارية هو عدم اتباع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية أمام القاضي الإداري إلا فيما لم يرد بشأنه النص الخاص في قانون تنظيم مجلس الدولة، وبالقدر الذي لا يتعارض نصاً وروحاً مع نظام مجلس الدولة وأوضاعه الخاصة به.

وإذا كانت الإجراءات التي تتبع أمام القضاء الإداري تتميز بخصائص ذاتية تغاير مثلتها أمام القضاء العادي باعتبار أن الإجراءات أمام القضاء الإداري هي بطبيعتها إيجابية يوجهها القاضي على خلاف الإجراءات المدنية التي يهيمن الخصوم على تسيير الجانب الأكبر منها^(٢١٧). فإن سلطة القاضي الإداري في مجال تكييف الدعوى لا تختلف عن سلطة القاضي العادي على النحو السابق إيضاحه، فالقاعدة أن القاضي الإداري لا يتقيد بتكييف الخصوم وأنه ملزم بإسباغ التكييف القانوني الصحيح للدعوى. وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا «بأن تكييف

J. Vincent, procedure civil, m Dixhuitieme, 1976, D. p. 512-j. Largaier, procedure civile, (٢١٦) droit judiciaire prive, sixieme edition, 1976, p. 108.

(٢١٧) د. / محيي شوقي أحمد، الأحكام الإجرائية للدعوى الإدارية «دراسة تطبيقية للمنازعة الإدارية» - رسالة دكتوراة سنة ١٩٨٨، ص ٥٣.

الدعوى إنما هو من تصريف المحكمة، إذ عليها - بما لها من هيمنة على تكييف الخصوم لطلباتهم - أن تتقصى هذه الطلبات وأن تستظهر مراميها وما قصده الخصوم، وأن تعطي الدعوى وضعها الحق وتكييفها القانوني الصحيح على هدى ما تستنبطه من واقع الحال فيها وملابساتها، وذلك دون أن تتقيد في هذا الصدد بتكييف الخصوم لها وإنما بحكم القانون فحسب»^(٢١٨).

كذلك فإن القاضي الإداري مقيد بالطلبات المطروحة عليه، فلا يملك التغيير في مضمون تلك الطلبات أو استحداث طلبات جديدة. وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا «بأن الأصل أن المدعي هو الذي يحدد نطاق دعواه وطلباته أمام القضاء ولا تملك المحكمة من تلقاء نفسها أن تتعدها، فإذا هي قضت بغير ما يطلبه الخصوم فإنها تكون بذلك قد تجاوزت حدود سلطاتها»^(٢١٩) كما قضت في دعوى أخرى «بأن من القواعد المقررة في فقه قانون المرافعات أن المحكمة مقيدة في حكمها بالطلبات المقدمة إليها، ومن ثم لا يجوز لها أن تقضي بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه وإلا كان حكمها محلاً للطعن. وهذه القاعدة الأصولية لا تتعارض نصاً وروحاً مع أحكام قانون مجلس الدولة»^(٢٢٠).

من ذلك يتبين أن القاضي الإداري لا يتقيد بتكييف الخصوم للدعوى، إذ يتعين عليه إنزال حكم القانون على الوقائع المطروحة عليه في إطار الطلبات

(٢١٨) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٧٨، القضية رقم ٩٤، السنة ١٨ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، سنة ١٩٦٥ - سنة ١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ٩٩٨.

(٢١٩) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨، القضية رقم ١٠٦٢، السنة ٧ق - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً - سنة ١٩٦٥ - سنة ١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ١٠٣٩.

(٢٢٠) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٤ مارس سنة ١٩٢٩، القضية رقم ١٥١، السنة ١٠ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً سنة ١٩٦٥ - سنة ١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ١٠١.

المقدمة إليه دون الخروج عليها أو تجاوزها، وهي إحدى القواعد الأصولية المطبقة سواء في فرنسا أو في مصر.

رابعاً: دور القاضي الإداري في تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية:

هل يمكن للقاضي الإداري أن يقوم بتطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية من تلقاء نفسه؟ وبمعنى آخر هل من الواجب على القاضي الإداري الاكتفاء بعدم قبول الطلب غير المؤسس تأسيساً سليماً، أم يجب عليه تكييف الطلب تكييفاً سليماً والفصل في النزاع؟.

إن المدعى قد يقيم دعواه استناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية فقط التي لا تتوافر أركانها، بيد أن أركان المسؤولية العقدية قائمة وسليمة، فهل يستطيع القاضي الإداري هنا أن يكيف الوقائع تكييفاً سليماً وصولاً للحكم في الموضوع استناداً لقواعد المسؤولية العقدية؟ أم يتعين عليه الحكم برفض الدعوى؟

كذلك فقد لا يتمسك المدعى عليه بالدفع بمبدأ أولوية المسؤولية العقدية، بيد أن القانون يتيح له ذلك. فهل يستطيع القاضي هنا من تلقاء نفسه أن يطبق قواعد المسؤولية العقدية استناداً لمبدأ أولوية تلك المسؤولية التي لم يدفع بها المدعى عليه؟.

من الصعب في الحقيقة القول - على ضوء القواعد السابقة - إن القاضي يستطيع من تلقاء نفسه أن يقيم الوسيلة التي تمكنه من الفصل في النزاع^(٢٢١)، ولا يختلف الأمر هنا بين القاضي العادي والقاضي الإداري، ومع ذلك فإن إيضاح دور القاضي الإداري، يقتضي التفرقة في حالتين:

M. Espagnon, la regle du non cumul des responsabilité delictuelle et contractuelle en droit (٢٢١) civil français, thèse paris, 1980, n. 139 a 163.

الحالة الأولى: المسؤولية العقدية محل طلبات الخصوم:

إذا كانت المسؤولية العقدية مطبقة على النزاع المطروح أمام القاضي، فإن القاضي الإداري يطبق مبدأ أولوية تلك المسؤولية من تلقاء نفسه، ومن ثم فإنه يرفض مختلف الطلبات التي تستند إلى المسؤولية غير العقدية. فقد يستند المدعي في دعواه إلى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية غير العقدية، وهنا يقوم القاضي من تلقاء نفسه بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية استناداً لمبدأ أولوية تلك المسؤولية، كذلك فقد يتقدم الطرف الآخر بطلب تطبيق المسؤولية غير العقدية، وهنا يكون مصير ذلك الطلب الرفض.

ويذهب terneyre إلى أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في جانبه السلبي من النظام العام. ويقصد بالجانب السلبي لذلك المبدأ هو استبعاد مختلف أشكال المسؤولية غير العقدية، طالما كانت المسؤولية العقدية قائمة ومحل طلبات الخصوم، وبالتالي فإن القاضي يستطيع من تلقاء نفسه أن يستبعد مختلف صور المسؤولية غير العقدية، كما يستطيع المدعي عليه أن يدفع بعدم القبول l'exception d'irrecevabilité استناداً لمبدأ أولوية المسؤولية العقدية في أي حالة تكون عليها الدعوى (٢٢٢).

الحالة الثانية: المسؤولية العقدية ليست محل طلبات الخصوم:

إذا كانت المسؤولية المطبقة على النزاع هي المسؤولية غير العقدية، فإن القاضي الإداري لا يمكنه أن يثير المسؤولية العقدية في النزاع أو يطبقها من تلقاء نفسه وصولاً للحكم في الموضوع، طالما أن الخصوم قد تمسكوا في دعواهم بالمسؤولية غير العقدية.

والحقيقة أن المسؤولية العقدية نفسها مثل غيرها من صور المسؤولية المختلفة لا تعتبر من النظام العام، ومن ثم فإن المدعي الذي يستند في دعواه إلى مسؤولية ما

لا يستطيع أن يثير مسؤولية أخرى لأول مرة في الاستئناف، ذلك أن الصور المختلفة للمسئولية تستند إلى أسباب قانونية مختلفة، ومن المبادئ المتفق عليها أنه لا يجوز إثارة أسباب جديدة لأول مرة بالاستئناف^(٢٢٣) ولذلك فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي تحول المدعي في دعواه من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية على أساس الخطأ المرفقي^(٢٢٤) أو إلى المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب لأول مرة بالاستئناف^(٢٢٥).

ويذهب Terneyre إلى أن مبدأ أولوية المسؤولية العقدية لا يتمتع في شقه الإيجابي بالقدر نفسه من السلطة التي يتمتع بها في شقه السلبي، بمعنى أن القاضي لا يستطيع أن يثير المسؤولية العقدية من تلقاء نفسه وصولاً للحكم في الموضوع، إذا كان الخصوم قد تمسكوا في دعواهم بالمسؤولية غير العقدية^(٢٢٦).

وفي هذا الصدد تذهب محكمة النقض المصرية إلى أنه في دعوى التعويض المرفوعة على أساس المسؤولية التقصيرية، لا يجوز أن يحكم فيها على أساس المسؤولية العقدية وأنه ليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب آخر غير الذي رفعها صاحبها به، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه الخصوم^(٢٢٧).

(٢٢٣) J. Noreau, "la cause de la demande en justice dans le contentieux de la responsabilite extra contractuelle" Melange stassinopoulos, 1974, p. 76 et s.

(٢٢٤) C.E., 4 novembre 1970, Boyer, Rec. tab., p. 1162. A.J.D. 1971, P. 305 note p. Landon.

(٢٢٥) C.E. 22 fevrier 1980, S.A. des Sablieries Modernes d'Aressy, Rec. P. 110.

(٢٢٦) P. Terneyre, la responsabilite contractuelle, precité, P. 66.

(٢٢٧) المستشار/ حسن عامر والمستشار/ عبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية - الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٩، ص ٤٦٦ - راجع أيضا حكم محكمة النقض المصرية في ٨ مارس سنة ١٩٤٣، مجلة المحاماة، السنة السادسة والعشرون ص ١٣٢.

ويذهب جانب من الفقه المصري عند دراسته لطبيعة السبب إلى أن سبب الدعوى لا يعدو أن يكون واقعة مادية أو قانونية أو تصرفاً قانونياً، وأن السبب في دعوى المسؤولية هو إخلال المسئول بمصلحة مشروعة للمضروع، سواء كانت الوسيلة التي يتمسك بها المضروع هي أن المسئول ارتكب خطأ عقدياً أو خطأ تقصيرياً، وسواء كان الخطأ خطأً ثابتاً أو خطأً مفترضاً، فليست هذه كلها الا وسائل يستند إليها المدعى في دعواه، وهو ما =

خامساً: تقييم موقف القاضي الإداري:

الواقع أن القاضي الإداري لا يطبق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية بصورة مطلقة، فقد أوضحنا أن هناك بعض الحالات التي لا يثير فيها القاضي المسؤولية العقدية رغم إمكانية تطبيقها على النزاع، لأن الأمر يتوقف أولاً وأخيراً على طلبات الخصوم، إلا أن سلطة الخصوم أيضاً ليست مطلقة في هذا الصدد. ذلك أن القاضي الإداري يستبعد الطلبات غير المؤسسة تأسيساً سليماً من تلقاء نفسه، ومن ثم فقد يستند الخصوم في دعواهم إلى أساس غير سليم تملصاً من تطبيق قواعد المسؤولية العقدية. وهنا فإن القاضي الإداري وإن كان لا يستطيع تطبيق قواعد المسؤولية العقدية من تلقاء نفسه إلا أنه يستطيع رفض تلك الطلبات المؤسسة تأسيساً غير سليم^(٢٢٨)، وهو الأمر الذي يبدو جلياً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي^(٢٢٩).

= يعني أن المدعى يستطيع أن ينتقل في أثناء الدعوى - ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف - من وسيلة إلى أخرى، فيستند مثلاً إلى الخطأ التقصيري ثم يتركه إلى الخطأ العقدي، فهو في ذلك كله قد غير الوسائل التي يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه «د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني سنة ١٩٥٦، ص ٦٩٦، بند رقم ٣٧٤ - الدكتور/ سليمان مرقص، تعليقات على الأحكام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٥، ص ٢٢٩ - د. هشام صادق مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، رسالة دكتوراة سنة ١٩٦٨، ص ٤٣ إلى ص ٨٠».

وواضح من هذا الاتجاه الذي يؤسس السبب على فكرة واقعية بحتة أنه يتيح للمضرور أن يغير من دعوى المسؤولية التي يستند إليها ولو كان ذلك لأول مرة أمام الاستئناف باعتبار أن ذلك مجرد تغير في وسائل الدعوى وليس في سببها. على أن هناك اتجاهاً آخر في الفقه المصري ينظر إلى السبب كفكرة قانونية، وهو الأمر الذي ينعكس على سلطة القاضي والأطراف في تغير نوع المسؤولية باعتبارها سبباً للدعوى وليست مجرد وسيلة، وبالتالي لا يمكن تغييرها لأول مرة أمام الاستئناف (د. عبد المنعم الشرفاوي، الوجيز في المرافعات المدنية التجارية سنة ١٩٥١، ص ٣٠٤ - د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة ١٢، ص ٣٤٥ - د. أحمد مسلم أصول المرافعات، سنة ١٩٧٩، ص ٢٠٨).

(٢٢٨) P. Terneyre, la responsabilité contractuelle, précité, P. 66.

(٢٢٩) C.E.; ler decembre 1976, Berezowshi, rec., P. 521 D. 1478, note L. Richer; C.E.5 Janvier 1972, Sté Unitchadienne, Rec. P. 44.

والحقيقة أن موقف القاضي الإداري بشأن تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية استهدف التوفيق بين متطلبات ذلك التطبيق ومبادئ الإجراءات الإدارية. فإذا كان القاضي الإداري لم يطبق ذلك المبدأ طالما أن المسؤولية العقدية لم تكن محل طلبات الخصوم، فإن ذلك كان نزولاً على مقتضيات مبادئ الإجراءات الإدارية، لأن قيام القاضي بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية من تلقاء نفسه يعني خروجه عن قاعدة أصيلة في الإجراءات تقضي بضرورة تقيد القاضي بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها وإلا كان ذلك يمثل إخلالاً بمبدأ حياد القاضي.

كذلك فإن القاضي الإداري بإثارته للمسؤولية العقدية من تلقاء نفسه ليفصل في النزاع استناداً إليها دون أن يطلب أيًا من الخصوم فإن ذلك يمثل أيضاً اعتداء على مبدأ أصيل في الإجراءات الإدارية وهو مبدأ وجاهية المحاكمة *le principe du contradictoire* ويعني هذا المبدأ حرية كل طرف في أن يوضح أمام القضاء كل ما هو ضروري لنجاح طلبه، كما يستلزم ضرورة إعلان الطرف الآخر بجميع المستندات والأدلة المقدمة في مواجهته، وإتاحة الفرصة له للرد عليها ومناقشتها أثناء انعقاد الجلسات. ومن ثم فإن قيام القاضي بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية دون طلب أي من الخصوم يمثل دون شك إهداراً لذلك المبدأ^(٢٣٠).

أما إذا كانت المسؤولية العقدية محل طلبات الخصوم، كما لو استند الأطراف في الدعوى إلى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية على أساس الخطأ أو استند أحد الأطراف إلى المسؤولية على أساس الخطأ ودفع الطرف الآخر بالمسؤولية العقدية أو غيره من حالات التنازع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية على أساس الخطأ فإن القاضي يطبق بند أولوية المسؤولية العقدية ويفصل في النزاع وفقاً لقواعد تلك المسؤولية. وهو مسلك يتفق وقواعد الإجراءات الإدارية والمبادئ المسلم بها

(٢٣٠) C. Debouy "les moyens d'ordre Public dans la procedur administratif contentieuse" P.U.F 1980, P. 35 et S.

دون أن يشكل أي انتهاك لمبدأ إلزام القاضي بالفصل في الدعوى على ضوء طلبات الخصوم أو مبدأ وجاهية المحاكمة.

من ذلك يتبين أن القاضي الإداري لا يطبق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية بصورة مطلقة في مختلف صور تنازع المسؤولية العقدية مع المسؤولية على أساس الخطأ، ذلك أن الأمر يتوقف إلى حد ما - على طلبات الخصوم. أما إذا كانت المسؤولية العقدية مثارة في الدعوى أو محل طلبات أحد الخصوم فإن القاضي يطبق مبدأ أولوية المسؤولية العقدية من تلقاء نفسه، ومن هنا تتبين مرونة الحلول التي توصل إليها القاضي الإداري دون إهدار أو انتهاك لمبادئ الإجراءات الإدارية أو التأثير في فاعلية مبدأ أولوية المسؤولية العقدية.

أولاً: المؤلفات والرسائل باللغة العربية

- د/ أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة ١٢ .
- د/ أحمد حشمت أبو ستيت: مصادر الالتزامات سنة ١٩٥٤ .
- د/ أحمد شوقي عبدالرحمن: النظرية العامة للالتزام - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨ .
- د/ أحمد مسلم: أصول المرافعات سنة ١٩٧٩ .
- د/ اسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام سنة ١٩٦٨ .
- د/ توفيق شحاته: مبادئ القانون الإداري - الجزء الأول سنة ٥٤ ، ١٩٥٥ .
- المستشار/ حسن عامر: المسؤولية المدنية سنة ١٩٨٣ .
- المستشار/ حسن عامر: المستشار/ عبدالرحيم عامر - المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقوبة) ط الثانية سنة ١٩٧٩ .
- د/ زكي محمد النجار: نظرية البطلان في العقود الإدارية سنة ١٩٨١ .
- د/ سليمان مرقص: الفعل الضار سنة ١٩٤٤ .
- د/ سليمان مرقص: نظرية العقد سنة ١٩٤٤ .
- د/ سليمان مرقص: أصول الالتزامات سنة ١٩٦٠ .
- د/ سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية سنة ٨٤ ، ١٩٩١ .

- د/ عبدالرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ط ١٩٦٤ .
- د/ عبدالحميد الشواربي، المستشار/ عز الدين الديناصوري - المسؤولية المدنية في ضوء أحكام العقد والقضاء سنة ١٩٨٨ .
- د/ عبدالحى حجازي: النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) سنة ١٩٦٣ .
- د/ عبدالمنعم الشرقاوي: الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٥١ .
- د/ عبدالمنعم فرج: مصادر الالتزام سنة ١٩٦٩ .
- د/ عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري سنة ١٩٨١ .
- د/ محمد سعيد حسن: الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقدين مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري - رسالة دكتوراة سنة ١٩٨٤ .
- د/ محمد عبدالوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري سنة ١٩٥٨ .
- د/ محمد محمود ابراهيم: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات سنة ١٩٨٢ .
- د/ محيي شوقي أحمد: الأحكام الإجرائية للدعوى الإدارية سنة ١٩٨٨ .
- د/ مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية سنة ١٩٧٥ .
- د/ هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني - رسالة دكتوراة سنة ١٩٦٨ .

ثانياً: المؤلفات والرسائل والمقالات باللغة الفرنسية:

- BRECHON HOULENES C.: Remarques sur la notion de nulite absolue dans le contentieux des contrats administratifs, T.C.P. 1973.
- CHAPUS R.: Responsabilite publique et responsabilite privee, these L.G.D.J, 1957.
- DEBOUY C.: Les moyens d'ordre public dans la procedure administratif contentieuse P.U.F 1980.
- DESWARTE JULIEN: La stipulation pour autrui en droit administratif, these, paris, 1970.
- DUFAU J.: Les Concessions de service public, edition de Moniteur, 1979.
- DUZE P.: La responsabilite de puissance public, dalloz 1983.
- ESPAJNON M.: La regle du non cumul des responsabilite delectuelle et contractulle en droit civil français, these paris, 1980.
- HUET J.: Responsibility contractuelle et responsabilite delectuelle, these paris 11, 1978.
- LARGAIER, T.: Procedure civile, droit judiciaire prive, sixieme edition, 1976.
- LAUBADERE A.: Traite therorique et pratique des contrats administratifs 1956, tome 11.
- LAUBADERE A., F. MODERNE, P. DELVOLUE: Traite des contrats administratifs, librairie general de droit de jurisprudence 1984.
- MARTINE E.M.: L'option entre la responsabilite contractuelle et la responsabilite dilictuelle, L.G.D.J. 1957.
- MARTY ET RAYNAUD MM. Les obligations sirey 1988.
- MAZEAAUD. M.: Les obligations, Montcrestient 1978, n 405.
- MODERNE F. Responsabilite administratif et utilisation des ouvrages publics affectes à un service public industrial et commercial, G.T.E.G. 1969.
- MODERNE F.: Les conditions de validite du contrat, encyclepedie collectivites locales, Dalloz, 1970.
- MODERNE F. La remuneration des travaux supplementaires effectues par

les entrepreneurs de travaux publics, le moniteur des travaux publics et du batiment, 1977.

- MODERNE F. Collectivites locales, 1980.
- MODERNE M.: Traite des contrats administratifs 2 edition 1983.
- MODERNE M. ET DELVOLVE Traite des contrats administratifs 2 em edition.
- MOREAU J.: La cause de la demande en justice dans le contentieux de la responsabilite extra-contractuelle, Melange stassinapoulos, 1974.
- ODENT R.: Contentieux administratif, les cours de droit 1977-1978.
- PLANIOL M.: Traite elementaire, 11 edition.
- TERNEYRE P.: La responsibility contractuelle des personnes publiques en droit administratif, 1989.
- THEPENUR R.: Marches publics 1984.
- VINCENTY; Procedure civil, Dixhuitieme.
- VINEY G.: La responsibility civil, L.G.D.J. 1982.
- VINEY G.: Les obligations, la responsabilite conditions L.G.D.J. 1982.
- VINEY G.: La responsabilite civile-condition, 1985.
- Waline M. traite de droit administratif, siry 1963.