



المركز الجامعي علي كافي - تندوف-

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عام

تحت عنوان:

المركز القانوني للغير في العقد الإداري

تحت إشراف الأستاذ:

- بركة الناجم

من إعداد الطلبة:

- بريكات حمزة

- دحو سيد أحمد

لجنة المناقشة:

رئيسا	المركز الجامعي علي كافي تندوف	الأستاذ:.....
مشرفا ومقررا	المركز الجامعي علي كافي تندوف	الأستاذ: بركة الناجم
ممتحنا	المركز الجامعي علي كافي تندوف	الأستاذ:.....

السنة الجامعية: 2021/2020

كلمة شكر و عرفان

من بعد شكر المولى عز وعجل، وحمده على منته فضله بتوفيقنا إلى إتمام هذا العمل.

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان والتقدير، للأستاذ المشرف الدكتور: **بركة الناجم**، على تعبه معنا ونصحه المتواصل، وملاحظاته القيمة، حيث لولا فضل الله ثم حرصه على إتمام هذا العمل لما حدث، فجزاه الله ألف خير.

كما نتقدم إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل على قبولهم مناقشة هذا العمل، وتشريفنا بمكانتهم.

كما لا يفوتنا أن نتقدم إلى جميع أساتذة المركز الجامعي علي كافي تندوف على جهودهم وتدريسهم لنا.

بريكات حمزة

دحو سيد أحمد

مقدمة

إن المبدأ العام في استقرار المعاملات، هو أن العقد قانون المتعاقدين، والأصل في العقود أن أثارها تنصرف إلى عاقيديها، وتؤول إليهم، ولا تتعداهم إلى الغير، فلا يستفيد من العقد إلا من أبرمه، وكان طرفاً فيه، ولا يضر منه أحد سوى عاقيه الذين تنتقل إليهم وحدهم الحقوق والالتزامات المتولدة عنه، وهذا هو ما يطلق عليه الأثر النسبي للعقد، أو نسبية آثار العقد، وفقاً لما سارت عليه غالبية النظم القانونية، ولكن من خلال تطور مناح الحياة الاقتصادية ظهرت استثناءات لقاعدة نسبية أثر العقد ومن هذه الاستثناءات قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، إذ بوجود هذه القاعدة أصبح من الممكن أن يكتسب الغير حقوقاً من عقود لم يكن طرفاً فيها، أو أن يتعاقد شخص لنفسه دون أن يشترط حقاً، أو أن يرتب التزاماً في ذمته، فيكفي أن يتعاقد المشتري لنفسه، وتكون له مصلحة لنفسه مادية أو أدبية، ويستطيع بعد ذلك أن يشترط لغيره حقاً.

إن قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، تثير العديد من المشاكل القانونية؛ لأنه كما هو معروف يأتي مصدراً من مصادر الالتزام، و أن تأثر نظرية الالتزام بالعوامل الاقتصادية، جعلها تلبس ثوباً جديداً، وانعكس بدوره على موقف الفقه من الالتزام ذاته، فكان هناك مذهبان، مذهب مادي، ومذهب شخصي، فالمذهب الشخصي يذهب إلى القول: بأن الالتزام هو رابطة شخصية بين الدائن والمدين أو علاقة قانونية بين شخصين، أي أن هذا المذهب ينظر إلى وضع المدين، ومن المستحيل أن تظهر فكرة المشاركة من خلال هذا المذهب، وذلك لأن بتطبيق أحكام هذا المذهب، لا يمكن أن توجد حوالة الحق، بسبب وجود الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين، وإذا ما طبقنا المذهب المادي الذي ذهب أنصاره إلى أن محل التزام، لا يعدو أن يكون عنصراً مادياً، وعليه فإن الالتزام يتجرد من الرابطة الشخصية مما يؤدي ذلك إلى انفصال الالتزام عن شخص الدائن وشخص المدين، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مالياً من شأنه

مقدمة

أن يزيد من سرعته في التعامل، وبناء على ذلك؛ يمكن إعمال قاعدة حوالة الحق بينما في المذهب الشخصي، ال يمكن إعمالها وكذلك ، فإن من أهم المشاكل التي يثيرها الاشتراط لمصلحة الغير أن تطبيق المذهب المادي يجعل من الممكن أن نتصور وجود الالتزام دون دائن وقت نشوئه فيستند الالتزام إلي المدين وحده، وهذه نتيجة أساسية لتطبيق المذهب المادي على عكس المذهب الشخصي.

وهكذا، فإن الأخذ بفكرة الالتزام في المذهب المادي، يساعد على تفسير الكثير من المسائل القانونية، ومنها نظرية الاشتراط لمصلحة الغير خاصة في حال تطبيق هذه النظرية على عقود التأمين لمصلحة شخص غير معين، أو شخص لم يوجد وقت نشوء الالتزام، كما لو أمن شخص على حياته لمصلحة أبنائه، ولم يكن له وقت التأمين ولد، فإن الالتزام في هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن، لذلك لا يمكن تفسير هذه المسألة إلا بتطبيق المذهب المادي في الالتزام الذي تظهر فيه، وتفسر من خلاله نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، كما وتكمن مشكلة البحث في التعرف على موقف القوانين المقارنة من قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، وكيفية تنظيم القوانين المقارنة لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية دراسة موضوع الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني ، أن الاشتراط لمصلحة الغير يعد من أكثر المواضيع المعقدة، باعتبار أن هنالك مذهبين لتطبيق الاشتراط لمصلحة الغير، يختلف منظور كل مذهب عن الآخر بشأن هذا الاشتراط، بحيث لو طبقنا المذهب الشخصي، فلا يكون هناك مجال لتطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، كما وتكمن أهمية هذه الدراسة من خلال التعرف على جميع جوانب الاشتراط لمصلحة الغير، والشروط اللازمة لتحقيقه.

مقدمة

الهدف من الدراسة:

يهدف البحث إلى التعمق في دراسة موضوع الاشتراط لمصلحه الغير في القانون المدني ذلك أن هذا الموضوع تعتبر الدراسة فيه قليلة مقارنة مع المواضيع الأخرى، وهو ما جعلنا نهدف امن خلاله على توفير مرجع قانوني فيه.

الصعوبات:

من المعروف أنه لا يخلوا موضوع بحث من الصعوبات، ولعلى أبرز هذه الصعوبات الوضعية الصحية مع انتشار وباء كورونا، كذلك من الصعوبات قلة المراجع المتخصصة في مجال بحثنا.

الإشكالية:

إن القاعدة العامة هي أن ينفذ العقد في مواجهة الغير فلو لم يكن العقد نافذا في مواجهة الغير لما احتاج المشرع للتدخل، ومنه يكون للعقد وجود قانوني لا يمكن للغير تجاهله وعليه استوجب علينا طرح الإشكالية الآتية:

- ماهي مكانة الغير بالنسبة للعقد باعتباره أصبح يؤثر ويتأثر بالعقد؟

منهج الدراسة:

لقد اعتمدنا في بحثنا على المنهج التحليلي في محاولة منا لشرح ماهية ومفهوم الغير، وكذا لتبيين الآثار الناجمة عن عقد الغير.

من أجل الإحاطة بما تقدم من تساؤلات ومحاولة الإجابة عنها سنعتمد في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي لوصف الغير وتأثيره في العقد الإداري، وذلك وفق التقسيم التالي:

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير

الفصل الثاني: امتداد اثر العقد الإداري للغير

الفصل الأول: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير

سوف متناول في هذا الفصل مبحثين المبحث الأول تحت عنوان الإطار المفاهيمي للغير، أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان الأساس القانوني لامتداد أثر العقد الإداري.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للغير

سوف نتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب الأول تحت عنوان تطور مفهوم الغير بظهور المجموعة العقدية، أما الثاني فكان تحت عنوان مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير، وفي المطلب الثالث تناولنا شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الأول: تطور مفهوم الغير بظهور المجموعة العقدية.

يرى أصحاب نظرية المجموعة العقدية ، أن نظرية الطرف يجب أن تتسع لتشمل إلى جانب معنى الطرفين في عقد واحد، معنى الأطراف في عقدين متميزين يشكلان مجموعة واحدة، معنى ذلك أن الطرف سيضم فئتين، أولهما الطرفين المتعاقدين في عقد واحد .

وتضم الثانية الأطراف المتعاقدة في مجموعة عقدية واحدة ، إذ يرى Teyssié أنه إذا نشأت مجموعة عقدية، فمن الجائز التساؤل فيما إذا كان هذا الإنشاء ينعكس

على ظهور علاقات عقدية بين أشخاص لم تربطهم علاقة عقدية مباشرة ، فإذا تأكد وجود هذه العلاقات العقدية بينهم فهذا يعني أن ثمة تعدي قد حصل لمفهوم مبدأ نسبية أثر العقد ومفهوم الغير، وهذا التعديل يتمثل في أن الأطراف في المجموعة العقدية ليسوا من فئة الغير بالمعنى التقليدي.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن الاعتراف بهذه الدعاوى المباشرة إنما يفسر قيام علاقات من طبيعة عقدية بين أطراف المجموعة الواحدة، ولما كانت هذه العلاقات مرتبطة بوجود المجموعة بذاتها ولا تتفصل عنها، فإنه تبعاً لذلك ينبغي مواصلة الطريق في الاتجاه ذاته، مما يسمح للمجموعة العقدية ان تستجمع أثارها كاملة بحيث لا يقتصر دورها على إنشاء دعاوى مباشرة للضمان أو للمطالبة بالوفاء وإنما يمتد ليشمل أي دعوى عقدية تتعلق بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن أي عقد يقع ضمن هذه المجموعة ، بما في ذلك دعوى المسؤولية الناتجة عن الإخلال ذه الالتزامات، بحيث تكون تلك الدعاوى من طبيعة عقدية تقصيرية.

و هو ما أخذ بالفقيه (ويلي) للتأكد بأنه لا يمكن الجزم بأن العقد الأصلي يجعل من الغير مدينا ،ذلك أن العقد الثاني هو سبب القيام ضده ، وليس لأنه مدين في مواجهة الدائن ومن ثم فإن الأسلم القول بأن الغير يمكن أن يكتسب مكانة في العقد

بمناسبة تلقيه حقا ، من ذلك أنه يمكن أن يصبح دائئا لمدين المدين ويطالبه بالتنفيذ بدلا عن المدين الأصلي ، لكنه في المقابل يبقى غيرا بالنسبة للعقد الثانوي ولا يمكنه مطالبته بتنفيذه ، حيث أن دوره يتوقف على استقاء حقه من مدين المدين ، وينتهي هذا الفقيه بالتأكيد بأن الدائن الغير يكسب الحق مباشرة ويطالب به كدائن دون منافسة كل الدائنين .

و قد مال القضاء حينما يلاحظ و جود ترابط متبادل بين علاقة تعاقدية وأخرى من الناحية العملية فانه يكتفيها على أساس أنها علاقة ثالثة ، بمعنى أنها علاقة بين المتعاقدين والغير وذلك بافتراض صدور ارادتهم حول تنفيذ العقد دون ان يتم التعاقد بينهم مباشرة .

ة و فكرة الترابط المتبادل بين العلاقات التعاقدية بدأت تؤسس لنشأة روابط اخرى بين الاشخاص المتولدة بينهم ارتباطات تعاقدية لم يكونوا اساسا قد أرادوها أو سعو لتحقيقها ، ذلك أن الواقع العملي أصبح يدفع أثر العقد خارج الحدود التي ارتأها له اطرافه .

هـ مثاله فكرة الاشتراط الضمني التي ابتكرها فقه القضاء للتوسع في امكانية تدخل الغير في العقد وأيضا الحكم بانصراف أثر العقد الى الخلف الخاص مستندا في ذلك الى اراء الفقهاء التي حاولت استنباط عديد الوسائل، لتأصيل هذا التدخل وتبريره.

فبدأ عدد الأطراف الذين يوصفون بالغير في تناقص مستمر باعتبار أن العلاقة الناشئة عن العقد الأصلي هي مرتبطة أساسا بالعلاقة الناشئة عن العقد من الباطن.

فالإخلال بالعقد الأصلي يضر بالدائن الذي يمكنه ان يتجاوز شخص مدينه للمطالبة بالتنفيذ، ليعتداه لشخص مدينه، نظرا للعلاقة العقدية المترابطة، و التكامل بين العقدين في عملية 10. التنفيذ، فالغير يصبح طرفا ويسأل عن التنفيذ وعن الالتزام به.

ان تحليل اهمية تطور مكانة الغير في العقد ينظر اليه من ناحية قصور التعاريف التقليدية عن ارساء دور فاعل له خارج قيود النسبية العقدية، و لعل فكرة الحماية الخاصة للغير كانت اساس تبرير هذا التطور، سواء اعتمادا على مبدأ نسبية اثر العقد المرتكز على اساس حرية التعاقد وصيانة حرية الغير واستقلاله.

وهو مبدأ يفرضه استقلال الذمم المالية، فوجود مصطلح الغير في اطار الاثر الملزم للعقد او بين التناقض مع مبدأ التوازن بين العقود المختلفة، وقد اثرت مسألة تطور

مكانة الغير في العقد بالتوازي مع التطور في العلاقات بين الافراد بحيث يصعب ادراجها ضمن طائفة العقود التي نظمها المشرع نظرا لما يتطلبه الواقع العملي والبيئة التجارية من تطور كان لا بد من البحث عن مفاهيم قوانين جديدة لهذه العقود في تجاوز لتطبيق القواعد التقليدية نحو تأسيس وارساء مركز اكثر فعالية للغير ودوره في العقد حيث أن تدخل غير المتعاقد يمثل طريقا حقيقيا لتنفيذ العقد نظرا لانتقال محور العقد من اشخاصه الى موضوعه او محله ، وهو ما من شأنه ان يفتح المجال لمشروعيته مساهمة واسعة لغير المتعاقد في تنفيذ العقد وذلك ان استبدال المتعاقد بشخص من الغير يأتي استجابة لظاهرة التطور لأن الإعتبار الشخصي لا يحول دون تدخل غير المتعاقد باعتبار انه يمكن التوفيق بين الاعتبار الشخصي والتنفيذ.¹

المطلب الثاني: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير.

إن مصطلح الغير يعد من أكثر المصطلحات القانونية إثارة للجدل حيث تتفاوت مدلولاته ومضامينه من مجال لآخر، فالمقصود بالغير فيما يتعلق بانصراف آثار العقد يختلف عن معناه في الشهر أو ثبوت التاريخ أو غير ذلك . ويقصد بالغير

¹ الصادق عبد القادر و خليل ايمان، المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، المركز الجامعي افلو، ديسمبر، 2020، ص 29.30.31.

هنا كل شخص أجنبي عن العقد أي كل من لم يوجد في العقد بنفسه أو بواسطة من يمثله ومن لا يعتبر من الخلف الخاص أو من الخلف العام ، فالمتعاقدان والخلف ينصرف إليهم في الأصل أثر العقد ويجب عليهم احترامه ويدخل في ذلك الدائنون ولكن تلك الطائفة تصبح من الغير في حالات معينة فلا تنصرف إليها أثر العقد ويمكنها تجاهله.¹

وتقرر المادة 191 من القانون المدني الجزائري أنه يحق للدائن العادي رفع دعوى عدم النفاذ وهي دعوى مقررة لصالح الغير ، وهذا يعني أن المشرع الجزائري قد اعتبر الدائن العادي من الغير، فالخلف العام يكون من الغير إلا إذا أثبت أن التصرف الصادر من سلفه كان في مرض الموت فال يسري في حقه ذلك التصرف إل في حدود معينة ، وكذلك الوصية إذا زادت عن الثلث. إن الحديث عن مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير يحيلنا إلى تحديد ماهيته وشروطه (فقرة أولى)، ثم بعد ذلك طبيعة الاشتراط لمصلحة الغير (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير وشروط تحققه:

أولاً: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير:

¹ بوزنان العيد وضامن عبد القادر، التكييف القانوني للغير والتعهد عن الغير، مجلة التراث، العدد 26، المجلد الثاني، جامعة

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير تلك الحالة التي يتم فيها التعاقد بين شخص يسمى المشتروط، وآخر يسمى المتعهد، وذلك بهدف إنشاء حق لمصلحة شخص ثالث هو المستفيد أو المنتفع من الاشتراط..¹

وبعد أن كانت حلقة الاشتراط لمصلحة الغير ضيقة جدا بسبب طغيان مبدأ الأثر النسبي للعقود فإن الأمر على خلاف ذلك في الوقت الراهن حيث ظهرت عدة أنماط للتعاقد الحاصل عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، خصوصا في ميدان التأمين إذ يحق لكل شخص أن يؤمن على حياة زوجه و أولاده أو على حياة غيره ممن لا علاقة له به فيكون هذا الشخص بمثابة مشتروط، وشركة التأمين تتعهد بدفع المبالغ المستحقة للزوجة والأولاد أو الغير باعتبارهم مستفيدين من هذا الاشتراط وما قيل عن عقد التأمين يقال أيضا عن الهبة المثقلة بالتزام لمصلحة الغير كأن يهب شخص عقارا لغيره مقابل التزام هذا الأخير بدفع ريع هذا العقار لجهة خيرية مثلا .

ونتيجة لاتساع حالات الاشتراط لمصلحة الغير من الناحية العملية فإن جل التشريعات المدنية بادرت إلى اعتناق هذه النظرية ونصت عليها في فصول مستقلة،

¹ براءة محمد عزبول: "عقد الائتمان الاجاري بين الفقه والقضاء" في الدورة التخصصية في المادة التجارية سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية يونيو 2004

وهكذا فان قانون الالتزامات والعقود المغربي قد تناول أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في الفصولين 34 و 35 من (ق.ل.ع) حيث جاء في الفصل الأول ما يلي: “ ومع ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ولو لم يعين إذا كان سببا لاتفاق أبرمه معاوضة المشتري نفسه أو سببا لتبرع لمنفعة الواعد.....”

ثانيا: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير

من المتفق عليه اليوم أنه لا بد حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير توافر الأركان و الشروط لقيام عقد صحيح من تراض و أهلية ومحل وسبب وخلق الإرادة من العيوب التي تضعف من سلامة عنصر التراضي.

وبالإضافة إلى هذه الأركان العامة فان هناك شروط خاصة أكد المشرع على ضرورة توفرها تحت طائلة عدم الاعتراف بالعقد الذي حصل به الاشتراط لمصلحة الغير، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: أن يتعاقد المشتري باسمه الخاص.

يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشتري مع المتعهد لا باسم المنتفع وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن مختلف صور النيابة كالوكالة والفضالة.

فالوكيل يتعاقد باسم الموكل الذي يعتبر هو الطرف في العقد لا الوكيل.

والفضولي كذلك هو نائب قانوني عن رب العمل وهو لا يقوم بعمله إلا إذا

كانت هناك ضرورة عاجلة تتطلب القيام بهذا العمل، وإذا بدأ العمل وجب عليه أن

يستمر فيه بحيث لا يجوز له بعدئذ الرجوع.

أما المشتراط فهو يتعاقد باسمه ولا ينوب عن المنتفع و يترتب على ذلك أن لكل

شخص أن يشترط لمصلحة غيره، مادامت له مصلحة شخصية من وراء هذا

الاشتراط، وله أن يرجع عن الاشتراط بمحض إرادته.

الشرط الثاني: أن يتم الاتفاق على إنشاء حق مباشر للمستفيد:

إن الاتفاق الحاصل بين المشتراط والمتعهد يمتاز بأنه يخلق حقا مباشرا

لمصلحة الطرف المستفيد من الاشتراط من غير أن تكون هناك واسطة لنقل هذا

الحق للمنتفع بالاشتراط، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن فكرة حوالة الحق

من دائن إلى آخر حيث أن الحق لا ينتقل إلى المحال له إلا إذا مكنه المحال عليه

من هذا الحق بأمر من المحيل.

وقد أشارت الفقرة الثانية من الفصل 34 من ق.ل.ع إلى هذا الشرط ولا يلزم

في الطرف المستفيد أن يكون موجودا عند إبرام العقد، وإنما يصح الاشتراط حتى

ولو كان هذا المستفيد غير موجود في الحال ولكنه قابل للوجود في المستقبل، ثم إنه ليس هناك ما يمنع من نشوء اشتراط لمصلحة الغير حتى ولو كان هذا الغير غير محدد المواصفات، إنما يلزم في كل من الوضعين السابقين أن يكون هذا الغير قابلاً للتحديد عند استحقاق الحق وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأولى من الفصل 34 من ق.ل.ع

الشرط الثالث: وجود مصلحة شخصية للمشتراط في الاشتراط.

يتعاقد المشتراط باسمه ويعمل لحسابه، ولهذا كان بديها أن تكون له مصلحة شخصية في ذلك، وإلا كان عمله ضرباً من العبث ومصلحة المشتراط المقصودة هنا لا يشترط فيها أن تكون مادية أي مالية، كما لو اشترط شخص على المتعهد أن يدفع مبلغاً من المال إلى المنتفع سداداً لدين مترتب لمصلحة هذا الأخير في ذمة المشتراط، بل يجوز أن تكون أدبية أي معنوية، كما في هبة يشترط فيها الواهب على الموهوب له التزاماً لمصلحة مستشفى، أو كما في عقد تأمين على الحياة يعقده الأب لمصلحة أولاده أو زوجته.

ووجود المصلحة لدى المشتراط ليس مرهوناً بترتيب التزام عليه: فقد توجد المصلحة حتى لو كان المشتراط لا يلزم نفسه بشيء، مثل ذلك أن تتعاقد أم مع

مطلقها على أن يلتزم بتأدية مرتب لابنهما دون أن تلتزم الأم بشيء نحو الأب ، فالأم هنا تشتت لمصلحة ابنها واشتراطها صحيح لوجود المصلحة الأدبية لديها، ولا يهـم بعد هذا أن تلتزم بشيء أو لا تلتزم.

وإن وجود المصلحة الشخصية للمشتت هو الذي يبرر حقه بمطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع حتى بعد أن يظهر المنتفع رغبته في قبول المشاركة، هذا ما لم يكن حق المطالبة بالتنفيذ قد حصر بالمنتفع وحده (الفصل 35 من ق.ل.ع)¹.

المطلب الثالث: شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

إن الأصل في العقود، أن العقود ترتب آثارها على عاقدتها ولا تتعداهم إلى الغير فلا يفيد من العقد ولا يضار به سوى طرفيه وهذا هو الأثر النسبي للعقود، إلا أن بعض العقود ترتب آثاراً لطرف ثالث وهو عقد الاشتراط لمصلحة الغير والذي سوف يكون موضوعنا هذا.

ويعرف عقد الاشتراط لمصلحة الغير بأن يتعاقد شخص يسمى المشتت مع شخص آخر يسمى المتعهد أو الواعد أو الملتزم على أن يلتزم هذا الأخير لشخص ثالث

¹ موقع الكتروني <https://www.droitentreprise.com>، يوم 2021/08/09، على الساعة 22.20.

أجنبي عن التعاقد يسمى المنتفع، فينشأ بذلك حق مباشر للمنتفع تجاه المتعهد. إذن

هذا العقد يتضمن طرفين "المشترط والمتعهد" ويكون الحق المنصب عليه العقد

لصالح طرف أجنبي عن التعاقد يسمى "المنتفع أو المستفيد".

يخضع عقد الاشتراط لمصلحة الغير لجميع شروط الصحة والانعقاد التي ينبغي

توافرها في العقود عامة ، إذ يجب أن تتوافر أركانه من أهلية العاقدين ورضائهما

ومشروعية السبب والمحل، ويجب أن تتوافر فيه بالإضافة إلى الشروط العامة شروط

خاصة وأول هذه الشروط الخاصة يجب أن يكون للعاقد مصلحة في المشاركة سواء

أكانت مادية أو أدبية ويغلب فيه أن يكون الباعث للمشترط مصلحة أدبية كما في

عقود التأمين على الحياة إذ يؤول بدل التأمين بوفاة المشترط لمصلحة الغير ويمكن

أن يكون للمشترط مصلحة مادية مثل التأمين الذي يعقده الناقل لضمان الأضرار

التي تصيب المنقول أو التأمين الذي يعقده رب العمل لضمان الإصابات التي

تصيب عماله.

كما أنه من شروطه الخاصة تعيين المنتفع ويمكن تعيينه بشخص مسمى كما يمكن

أن يكون المنتفع شخصاً غير معيناً بالاسم شريطة تعيينه بحسب شروط العقد.

ويمكن أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلياً متى كان وجوده قابلاً للتحقق مثال ذلك

الناقل يتعاقد بوصفه مشروطاً مع شركة للتأمين بوصفها متعهدة تلتزم بتأمين الغير وهو هنا المنقول الذي لم يتعاقد مع المتعهد أصلاً ولم يكن طرفاً في العقد الأصلي وفي هذا تأكيد على أن المشروط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع .

ومن الشروط أيضاً انصراف إرادة الطرفين "المشروط والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد ويكتسبه بمجرد اتفاقهما دون أن يمر هذا الحق بذمة احدهما فلا تنطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير إذا اشترط الحق لنفسه ثم أحاله للمستفيد أي أن الحق الذي يكتسبه المستفيد لا ينشأ من عقد بينه وبين المشروط ولا من عقد بينه وبين المتعهد وإنما نشأ مباشرة من العقد الذي تم بين المشروط والمتعهد."

إن نشوء عقد الاشتراط لمصلحة الغير تتولد عنه ثلاث علاقات أولها بين العاقدين وثانيها بين المتعهد والمستفيد والأخيرة بين المستفيد والمشروط، فالعلاقة الأولى بين المشروط والمتعهد "العقدان" تحكمها نصوص العقد وتنصرف آثاره عليهما فيما عدا الحق المشروط لمصلحة المستفيد ويترتب على ذلك أن تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزاماته يخول المتعاقد الآخر إلزامه بالتنفيذ أو الفسخ مع التعويض والمشروط لا يعد دائماً بالحق المشروط ولا يملك حق المطالبة به لنفسه ويبقى له حق الرقابة على تنفيذ المتعهد لالتزامه.

أما العلاقة بين المتعهد والمستفيد فبمجرد نشوء العقد يترتب حق مباشر للمستفيد في ذمة المتعهد وتصبح للمنتفع دعوى مباشرة يحق له بمقتضاها مخاصمة المتعهد ومطالبته بالوفاء بالتزامه ويترتب على ذلك أن الحق المترتب للمستفيد يدخل في ذمته المالية وينتقل من بعده لورثته.

أما العلاقة الثالثة بين المستفيد والمشتراط إذ إنه بمجرد إعلان المستفيد بالمشاركة فلا يحق للمشتراط نقض المشاركة أو تعديلها أو استبدال المستفيد.

إن الاشتراط لمصلحة الغير يجد أساسه في الحقوق التي يجب أن تضمن من المشتراط للمنتفع الذي تربطه به علاقة عمل ومصلحة مشتركة، كما أن هذا الأخير "المشتراط" يعفى من التزامات كثيرة في حال حدوث خطر "حريق - تسمم العمال - ..."، في حالة إذا كان له عقد تأمين مع المتعهد في عقد الاشتراط لمصلحة الغير وهو مثال فقط، فلا يقتصر هذا العقد على علاقة الشغل والأجير برب العمل¹.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لامتداد أثر العقد الإداري.

¹ المحامي بندر بن شمال الدوسري، عقد الاشتراط لمصلحة الغير، موقع الكتروني:

<https://alwatannews.net/article/867299/Bahrain/%D8%B9%D9%82%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B4%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D8%B7-%D9%84%D9%85%D8%B5%D9%84%D8%AD%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%BA%D9%8A%D8%B1>

يوم 11/08/2021، على الساعة 11.45.

سوف نتناول في هذا المبحث مطلبين المطلب الأول نظرية الاشتراط لمصلحة الغير
أما المطلب الثاني فكان نحن عنوان التعهد عن الغير.

المطلب الأول: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

في هذا المطلب سوف نتناول فرعين الفرع الأول التأصيل التاريخي للنظرية ، أما
الفرع الثاني تعريف قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أما الفرع الثالث فكان تحت
عنوان شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الأول: التأصيل التاريخي للنظرية.

كلن القانون الروماني في أول الأمر أمينا على القاعدة التي تقضي بأن العقد
لا ينشئ حق الغير ، فإذا اشترط متعاقد لمصلحة غير طرف في العقد كان اشترطه
باطل بمعنى مزدوج: لا يكون الغير الذي اشترط لمصلحة المتعاقد دعوى ، لأنه لم
يكن طرفاً في العقد، ولا يكون للمشترط نفسه دعوى فيما اشترط للغير لان هذا الذي
اشترط لم يشترط لنفسه فلا تجوز له المطالبة به.¹

على ان هذه القيود التي ترجع للصياغة الرومانية لم تلبث ان تصدعات امام
الضرورات العملية فهناك احوال جسدت تسوغ ان يشترط المتعاقد للغير . وذلك

¹ السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، القاهرة 1949، ص878.

رعاية لبعض المصالح الجديرة بالرعاية مثال ذلك مصلحة الابن الادبية عندما ينقل ملكية عقار الى شخص آخر ويشترط عليه ان يدفع مقابل ذلك ايراداً مرتباً لوالده مدى حياته . أو مصلحة المدين المادية عندما ينقل ملكية عقار إلى شخص آخر ويشترط عليه ان يقوم بسداد دينه قبل دائه.¹

وفي مرحلة أولى من مراحل التطور كان القانون الروماني يستلزم على المشتري حماية لحقه أن يضع العقد شرطاً جزائياً يكون له بمقتضاه ان يرجع بالتعويض على المتعهد اذا لم ينفذ تعهده.² وفي مرحلة لاحقه أصبح هذا الشرط مفترضا واصبح من حق المشتري دائما ان يرجع بالتعويض على المتعهد اذا لم ينفذ تعهده قبل المنتفع. غير ان التطور الكبير في نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حدث عندما قرر القانون الروماني للمنتفع حق مباشراً قبل المتعهد دون ان يمر هذا العقد بذمة المشتري ولكن هذا الحق لم يتقرر في صورة دعوى يرفعها المنتفع المتعهد بل في صورة دفع فقط.

¹ د. سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الاساسية في نظرية العدل وأحكام الالتزام، الاسكندرية 1997، ص 121.
² هناك فرق بين هذه الطريقة الرومانية وما يشير به بعض الفقهاء في العصر الحاضر لتصحيح اشتراط لمصلحة الغير لم يتم فيه المشتري بدور شخصي لا مشترطاً لنفسه ولا ملتزماً عنها . فانهم يرون ان يضع المشتري شرطاً جزائياً لنفسه على الطريقة الرومانية ، فيكون قد اشترط لنفسه مع اشتراطه للغير وبذلك يصح العقد ولكن في القانون الروماني لم يكن في العقد الا التزام واحد هو التزام المتعهد بدفع قيمة الشرط الجزائي للمشتري ، وهو التزام معلق على شرط هو عدم قيامه بما اشترطه المشتري لمصلحة المنتفع . اما في القانون الحديث اذا ادمجنا في الاشتراط للغير شرطاً جزائياً ، فإنه يوجد التزامان لا التزام واحد ، احدهما المتعهد بدفع الشرط الجزائي للمشتري وهو التزام معلق على شرط هو عدم قيامه بما التزم به نحو المنتفع وهو التزام يستطيع المنتفع ان يطالبه بتنفيذه بدعوى مباشرة ولم يكن هذا الالتزام موجود في القانون الروماني انظر السهوري ، المصدر السابق، ص 879.

وفي مرحلة اخيرة اصبح من حق المنتفع ان يرجع على المتعهد بحق مباشر قبله في صورة دعوى وليس فقط في صورة دفع.¹

غير أن حق الدعوى لم يكن عاماً بل كان قاصراً على حالات استثنائية وهي كما يذكرها بعض الفقهاء :

1. حالة اشتراط المورث حق لمصلحة ورثته، وحالة اشتراط الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة شخص آخر

2. حالة الاشتراط لمصلحة الغير في بعض العقود المحددة مثال عقد الوديعة والعارية عندما يشترط المودع أو المعير ان يرد المودع لديه أو يستعير ، الشيء المودع أو المعار الى شخص ثالث . ومثال العقد الذي يشترط فيه شخص على آخر بأن يدفع مهراً لشخص ثالث ومثال عقد الرهن الحيازي عندما يبيع الدائن المرتهن الشيء المرهون ويشترط على المشتري أن يرد الشيء إلى الراهن إذا هو دفع له مبلغ الدين.²

الفرع الثاني: تعريف قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

¹السنهوري ، المصدر نفسه، ص 888

²د. سمير عبد السيد تناعو، المصدر السابق ، ص 130.

قيدت بشأن قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير عدة تعاريف قانونية كلها تدور معنى واحد لذلك سنتطرق الى اهم هذه التعاريف وكالاتي :

عرفها د. غني حسون طه ((بأنها عقد يتم بين شخصين يشترط احدهما ويسمى

المشترط على الآخر ويسمى المتعهد ان يلتزم المتعهد في مواجهة شخص ثالث

أجنبي عن العقد يسمى المنتفع أو المستفيد فينشأ للمنتفع حق مباشر يستمد من هذا

العقد يستطيع مطالبة المتعهد به))¹.

ويقول د. عبد المجيد الحكيم ((يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير اذا أبرم شخصان

عقد و شرط احدهما فيه على الآخر حقاً لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة فلا

يمر في ذمة المشترط . فالاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني يتم بين شخصين

ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة اشخاص))².

¹ د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج 1، بغداد 1981 ، ص 329 .

² د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، مجد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج 1، بغداد ، 1980 ، ص145.

ويعرفها د. حسن علي الذنون ((قيام شخص بالتعاقد باسمه الخاص على التزامات

يشترطها لمصلحة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد ، وتكون له في تنفيذ هذه

الالتزامات مصلحة شخصية سواء كانت مادية أم ادبية))¹.

ويُفهم من هذه التعاريف ان الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود ثلاثة أشخاص :

1 مشترك يتعاقد لمصلحة غيره دون أن يكون نائباً عنه

2 متعهد يلتزم بأداء المصلحة لغيره

وهذان هما طرفا العقد

3. منتفع او مستفيد و هو الأجنبي²

الفرع الثالث: شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

لتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير يجب أن تتوافر شروط ثلاثة:

1. تعاقد المشترك باسمه لا بأسم المنتفع

2. اشتراط حق مباشر المنتفع

¹د. حسن علي الذنون ، نجد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج 1، عمان، 2002، ص 187.

²د. غني حسون طه، المصدر السابق ، ص 329.

3. توافر مصلحة شخصية للمشترط¹

الشرط الاول - تعاقد المشترط بأسمه

يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير ان يتعاقد المشترط باسمه الخاص ومعنى ذلك أن يكون المنتفع اجنبياً عن العقد وفي هذا يختلف الاشتراط لمصلحة الغير عن كل من النيابة والفضول.² وفي هذا الصدد يقول السنهوري (فالاشتراط لمصلحة الغير يختلف اختلافاً جوهرياً عن النيابة، لان المشترط لا ينوب عن المنتفع لا نيابه قانونية ولا نيابه اتفاقية وانما هو يتعاقد بأسمه لصالح المنتفع ، ويختلف ايضاً الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضولي الذي يتعاقد بأسم رب العمل أي يتعاقد نيابة عن رب العمل و نيابته هذه يستمدّها من القانون)³

الشرط الثاني - اشتراط حق مباشر للمنتفع

¹المصدر نفسه، ص 331.

²عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص 181

³السنهوري ، المصدر السابق ، ص 899.898.

وهذه هي الصفة الجوهرية للاشتراط كاستثناء من قاعدة نسبية اثر العقود، فاذا اشترط المشتري الحق لنفسه ثم حوله الى الغير فإن عمله هذا لا يعتبر اشتراطا وانما هو حوالة حق.¹

ويرى البعض أن فكرة الحق المباشر تعني انه لا يلزم قبول المنتفع لعقد الاشتراط حتى تتحقق اثاره، لان مصدر هذا الحق ليس هو عقد جديد يبرمه المنتفع مع المتعهد ولكن عقد الاشتراط ذاته وهذا هو جوهر نظرية الاشتراط كلها.²

الشرط الثالث - توافر مصلحة شخصية للمشتري

مادام المتعاقد يتعاقد باسمه فيجب أن ان تكون له من وراء ذلك مصلحة شخصية والا كان عابثا ووجود المصلحة هو كذلك ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن الفضالة فالفضولي يقوم بعمل ضروري وعاجل دون ان تكون له مصلحة شخصية في ذلك أما المشتري فيجب أن تتوافر له مصلحة في الاشتراط ، فاذا أبرم شخص عقدا تأمين على حياته لمصلحة أولاده كان له دون شك مصلحة في ذلك.³

¹ د. حسن على الذنون ، محمد سعيد الرحو، المصدر السابق ، ص188.189.

² د. سمير عبد السيد تتاغو، المصدر السابق، ص 131.

³ د. غنى حسون طه، المصدر السابق ، ص 332.

والمصلحة قد تكون مادية أو ادبية ، والمصلحة الادبية قد تكون الدافع الاكبر للمشترط فالشخص الذي يؤمن لمصلحة زوجته وأولاده انما ينطلق من الناحية والادبية والحرص على عائلته من بعده¹.

وتتحقق المصلحة المادية اذا كان البائع يشترط على المشتري ان يدفع الثمن لدائن البائع².

المطلب الثاني: التعهد عن الغير

إذا كان المبدأ هو اقتصار آثار العقد على المتعاقدين، فإنه ولا اعتبارات ترجع إلى العدالة واستقرار التعامل تتصرف كذلك إلى الغير. لذلك نجد معظم التشريعات اليوم تنظم مجموعة من العقود التي تتكون من ثلاثة أطراف كالوعد بالتعاقد والالتزام عن الغير بشرط إقراره إياه، بالإضافة إلى الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير الذي سنركز عليه بحثنا

¹د.حسن علي الذنون ، محمد سعيد الرحو ، المصدر السابق ، ص 189.

²د. سمير عبد السيد تناعو، المصدر السابق ، ص 132.

ومن كل ذلك تظهر أهمية هذا النوع من التعاقد بازدياد الحاجة إليه في الحياة

العملية لما يفره من مرونة للمتعاقدين في إنشاء الالتزامات التعاقدية من جهة، وما

يحققه من استقرار للمعاملات وتحقيق لمبادئ عدالة من جهة ثانية

إذن كيف يمكن لشخص لم يبرم عقدا أن يمتد إليه أثره؟ وما هي الطبيعة القانونية

للتعهد عن الغير كواحد من أهم العلاقات التعاقدية ثلاثية الأطراف؟ وما مدى إمكانية

الأخذ به في التشريع المغربي؟ و لمقاربة هذه الإشكاليات سنعتمد التصميم التالي:

الفرع الأول: مفهوم التعهد عن الغير ونطاقه

في التعهد عن الغير هو أنه لا يجوز إجبار شخص على الالتزام بعقد لم يكن طرفا

فيه. إلا أن جل التشريعات في وقتنا الحالي قد منحت للمتعاقد إمكانية إبرام عقد

يتعهد بمقتضاه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين. فكان للمشرع الفرنسي

السبق في تناول أحكام التعهد عن الغير وذلك بموجب المادة 1120، والتي نهلت

منها معظم التشريعات المدنية في البلدان العربية كلبنان بموجب المادة 25، وسوريا

في المادة 154، وليبيا في المادة 151 من تشريعاتهم المدنية.¹

¹ حمداتي شبيها ماء العينين. "تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي". دار و مكان الطبع غير

مذكورين. 2007. ص. 270.

وقبل الحديث عن نطاق التعهد عن الغير ضمن القانون (الفقرة الثالثة)، سنسلط الضوء على مفهومه (الفقرة الأولى)، دون إغفال لذكر طبيعته و تمييزه عن الالتزام عن الغير شرط إقراره إياه (الفقرة الثانية)

أولاً: مفهوم التعهد عن الغير

“يراد بالتعهد عن الغير إبرام شخص عقدا باسمه يتعهد فيه بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين تحت طائلة تحمل المسؤولية تجاه المتعاقد الآخر في حالة رفض الغير أن يلتزم”.¹

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن التعهد عن الغير يفترض وجود ثلاثة أطراف وهم كالتالي

المتعهد: أي الشخص المتعاقد الذي يلتزم أمام الشخص المتعهد له بحمل شخص من الغير على التعاقد مع المتعهد له.

¹ مامو الكزيري. “نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات”. الطبعة

الثالثة. 1974. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء. ص. 268

المتعهد له: وهو الشخص العاقد الذي يحصل التعاقد لمنفعته، ونعني به العاقد الذي ينتظر من الغير التعاقد مع **المتعهد عنه:** أي الشخص الأجنبي عن العقد، وهو شخص من الغير يراد منه قبول الالتزام الذي تعهد به المتعهد.

الصور العملية للتعهد عن الغير

رغم أن التعهد عن الغير يعتبر خروجاً عن مبدأ نسبية آثار العقد لأن المجيز و المقر للتعهد يتعين عليه تنفيذ الالتزام (التعهد) بأثر رجعي، رغم انه لم يشارك في العقد الأصلي. إلا أننا نجد له تطبيقات نادرة في حياتنا اليومية.

والمتعهد في الغالب يريد علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا صاحب الشأن لسبب من الأسباب، فيلتزم عنه غيره. ويمكن أن نمثل له كشركاء في شيوخ يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة المختصة بالولاية على المال، أو كان أحدهم غير حاضر وقت إبرام العقد، ولا يمكن انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانوا يفتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية، فيفضلون بذلك تجنب الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية.¹

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري. "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام" بدون ذكر سنة الطبعة. مطبعة دار إحياء التراث العربي. بيروت لبنان. ص. 454.

ففي مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة.

وكذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ولم يتمكن من الحصول على إذن من الموكل لسبب ما، فإنه يستطيع فيما تجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهدا عن الموكل

ثانياً: طبيعة التعهد عن الغير

إن عقد التعهد عن الغير يعد إيجاباً موجهاً إلى المتعهد عنه (الغير) من قبل المتعهد. فإن قبل الغير هذا الإيجاب انعقد عقد جديد بينهما يختلف عن العقد السابق في النواحي الآتية:

—طرفا العقد السابق هما المتعهد والمتعهد له. بينما طرفا العقد الجديد هما المتعهد له والمتعهد عنه. والعقد السابق كان يلزم المتعهد بأن يحمل الغير على قبول التزام معين. بينما العقد الجديد يشغل ذمة المتعهد عنه بذلك الالتزام .

ويتم العقد الجديد عند صدور القبول من الغير، إلا إذا تبين، صراحة أو ضمناً، أن الغير أراد أن يكون لقبوله أثراً رجعياً.¹

الفرع الثاني: شروط وآثار التعهد عن الغير.

حتى يقوم التعهد عن الغير لا بد أن تتحقق مجموعة من المقومات²، أو الشروط (الفقرة الأولى)، والتي بتحققها يترتب التعهد عن الغير مجموعة من الآثار القانونية بين أطرافه وتختلف حسب قبول الغير للتعهد أو رفضه (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: مقومات التعهد عن الغير هي مجموعة من الشروط يجب توفرها لينشأ عقد التعهد عن الغير صحيحاً وهي ثلاثة شروط نجملها فيما يلي:

أولاً: التعاقد بالاسم الشخصي

وهو أن المتعهد عن الغير باسمه الشخصي، و ليس باسم الغير الذي تعهد عنه وهو بذلك يختلف عن كل من الوكيل و الفضولي³، اللذان يتعاقدان باسم الأصيل وليس باسمهما الشخصي. فالوكيل يعمل باسم الأصيل وبذلك ينصرف أثر العقد إلى

¹ مصطفى أحمد الزرقا . "شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة الجزء الأول،المصادر، العقد و الإرادة المنفردة. الطبعة الرابعة. مطبعة دار الحياة، دمشق 1964، بند 312

² المقومات هي نفسها الشروط ونحتفظ بهذا الاسم كما ورد عند الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري. ينظر السنهوري.مرجع سابق.ص.454.بند 359

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري،م.س.ص 454

الأصيل و ليس إليه، وهو نفس الأمر بالنسبة للفضولي الذي يعمل باسم رب العمل و لمصلحته فيلزمه بعمله، وذلك عكس المتعهد حيث يعمل باسمه و ينصرف إليه هو أثر العقد.

وبالتالي فإن العلاقة بين المتعهد والمتعاقد الآخر هي علاقة تعاقدية يترتب على عدم وفاء المتعهد بالتزامه تحقق مسؤوليته العقدية.

ثانياً: أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه بهذا التعهد لا إلزام الغير

حيث إنه إذا تعاقد باسمه مع إرادة إلزام غيره بتعاquده، يجعل العقد باطلا لاستحالة المحل. لذلك فإن قبول الغير للتعهد هو الذي يولد عقداً جديداً بين هذا الغير والمتعاقد الآخر، ويكون هذا العقد هو مصدر التزام الغير وليس تعاقد المتعهد.

وفي هذا يظهر الاختلاف بين التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير الذي تتصرف فيه نية المشتري إلى إكساب الغير حقا مباشرا من ذات العقد الذي أبرمه المشتري مع المتعهد¹، وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير، أما التعهد عن الغير فلا يعتبر استثناء من هذه القاعدة في حالة رفض الغير للتعهد.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، م.س.ص 454

وكذلك الأمر بالنسبة للالتزام عن الغير شرط إقراره إياه؛ إذ إن إقرار الغير لهذا الالتزام لا يولد عقدا جديدا، بل يبقى العقد الذي أبرم باسمه هو الذي ينتج آثاره. من هنا نجد المتعهد يتكفل بأن المتعهد عنه سيقبل العقد الذي أبرم باسمه، ويمكن التنبه إلى أن هذا التعهد لا يمكن أن يحمل معنى للجبرية، و إلا أصبح التعهد باطلا. بحيث أنه ليس من الممكن قانونا أن يلزم أحد المتعاقدين شخصا آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفا

ثالثا: أن يكون محل التزام المتعهد القيام بعمل هو حمل الغير على قبول هذا

التعهد

إن التزام المتعهد هنا هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فقط التزاما بوسيلة؛ بحيث إذا رفض الغير إبرام هذا العقد تحمل المتعهد المسؤولية العقدية.¹

وإذا كان الأمر كذلك فإنه في حالة ما إذا قبل الغير إبرام هذا العقد لكن تراخى عن تنفيذه فلا مسؤولية على المتعهد مادام قد التزم فقط بضمان إبرام العقد لا بتنفيذه.

¹ محمد الشرفاني " نظرية العقد ، دراسته في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن"، الطبعة الأولى-

1996، مطبعة دار ليلي للطباعة والنشر ، مراكش، ص. 258

فالمتعهد في هذا النوع من التعاقد يلتزم دائما بعمل شيء وهو القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد، وبالتالي فإن الغير الذي قبل التعهد فإنه يرتب عليه التزاما كسائر الالتزامات بحيث وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزلا، أو الامتناع عن شيء كان يمتنع عن منافسة متجر، أو نقل حق عيني كما إذا تعاقد الشركاء في الشيوخ متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع. والالتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بالوصول إلى غاية (الالتزام بنتيجة)، وليس التزاما ببذل عناية فلا يكفي أن يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يصل فعلا إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد فإذا قبل الغير التعهد يكون المتعهد قد نفذ التزامه ولا يكفل تنفيذ الغير للتعهد من هنا يظهر الاختلاف بين المتعهد عن الغير والكفيل الذي يكفل تنفيذ التزام المدين بعد تحققه ولا يكفل إنشاءه، أما المتعهد عن الغير وبخلاف الكفيل فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير لا تنفيذه من طرف هذا الغير¹.

الفقرة الثانية: آثار التعهد عن الغير

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، م.س.ص. 455.

للغير الحرية في قبول التعهد أو رفضه لان التعهد لم يلزمه بشيء، و بالتالي فهو أجنبي عن العقد أصلا فلا ينصرف إليه أثره. وبذلك فإن آثار التعهد عن الغير تختلف حسب قبول الغير للتعهد (أولا) أو رفضه (ثانيا)

أولا: قبول الغير للتعهد

بمجرد موافقة الغير للتعهد يعتبر ذلك قبولا لإيجاب سبق صدوره من المتعهد له فينقذ به عقد جديد بين الغير و المتعهد له من حيث يختلف عن العقد الأول -عقد التعهد عن الغير- سواء من حيث أطرافه أو من حيث وقت إبرامه أو من حيث آثاره من حيث الأطراف: يعتبر الغير و المتعاقد مع المتعهد هما طرفي العقد الجديد، في حين يعد المتعهد و المتعهد له هما طرفي التعهد عن الغير.

من حيث وقت إبرام العقد: ينقذ عقد التعهد عن الغير من وقت تبادل طرفيه التعبير عن إرادتهما طبقا للقواعد العامة، في حين أن العقد الجديد ينقذ من وقت صدور القبول من الغير وليس لهذا القبول أثر رجعي ما لم يتبين أن الغير قد قصد صراحة أو ضمنا أن يكون لقبوله أثر رجعي من وقت إبرام عقد التعهد

من حيث آثار العقد: يترتب على عقد التعهد عن الغير التزام المتعهد وحده- على أساس أن التعهد عن الغير عقد ملزم لجانب واحد- يجعل الغير يقبل الالتزام المتعهد به، أما العقد الجديد فمن آثاره انقضاء التزام المتعهد بالتنفيذ على أساس أن المتعهد يعتبر قد نفذ التزاماته بمجرد قبول الغير للتعهد.

كما يلقي على عاتق الغير -الذي أصبح بقبوله موضوع التعهد طرفاً فيه- التزاماً بتنفيذ ما تولد عن هذا العقد من التزامات بحسب محله أو موضوعه ، والذي يكون إما محله إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل¹ ، في قبول الغير للتعهد لا يلزم في ذلك شكل خاص ، غير أنه إذا كان موضوع التعهد هو ارتباط الغير بعقد يتطلب الرسمية فينبغي أن يتم القبول في الشكل الذي يتطلبه القانون ، من هنا نجد أن التعهد عن الغير لم يحمل الغير بأي التزام كقاعدة عامة، و إنما كان التزام الغير بموضوع التعهد وليد إرادته الحرة في الالتزام به بناء على عقد جديد ينشأ بقبوله الإيجاب المعروض عليه من جانب المتعاقد مع المتعهد وليس بناء على إرادة المتعهد.

ثانياً : رفض الغير للتعهد

¹ جمال خالد أحمد حسن. "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، الجزء الأول، مصادر الالتزام". مراجع

الكتاب غير مذكورة. ص.216

تتمثل الآثار التي يترتبها عقد التعهد عن الغير في حال رفض الغير له ، في عدم مسؤولية المتعهد عكس المتعهد الذي لا يتحلل من مسؤوليته العقدية.

-عدم مسؤولية الغير: إذا رفض الغير التعهد، فإنه يتحرر من الالتزام لكون التعهد لم يرتب في جانبه أي التزام.

-مسؤولية المتعهد: بحيث يبقى ملتزما بتنفيذ العقد الذي تم بينه وبين المتعاقد معه، وبالتالي فإنه لا يتحلل من التزامه العقدي إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سببا أجنبيا أو قوة قاهرة ، فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبي كان مسؤولا ، وجزاء هذه المسؤولية دفع تعويض للطرف الثاني عما أصابه من هذا الضرر نتيجة لرفض الغير للتعهد، ويقدر التعويض طبقا للقواعد العامة.

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذي كان يراد من الغير قبوله، ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام إذا كان تنفيذه ممكنا ولم يكن متصلا بشخص الغير.

فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بدلي؛ إذ التزامه الأصلي هو دفع التعويض ولكن يستطيع أن يبرئ ذمته من التعويض بان ينفذ الالتزام المشار إليه.¹

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، م.س.ص. 557.

الفصل الثاني: امتداد أثر العقد الإداري للغير

إبرام العقد يترتب عليه نشوء التزامات وتقابلها الحقوق وبديهي أن هذه الالتزامات والحقوق تقع على عاتق طرفي العقد، أي المتعاقدين غير أن اصطلاح المتعاقدين يشمل كذلك من يمثلها فتتصرف آثار العقد إلى الخلف العام والخلف الخاص، كما أن آثار العقد تؤثر بطريقة غير مبلشرة في حقوق دائني المتعاقدين والأصل ألا تتصرف آثار العقد إلى الغير بعد الخلف ودائني المتعاقدين وهذا هو المقصود بنسبة آثار العقد.¹

والجدير بالذكر أن الغير في مجال العقود الإدارية هم الأفراد الذين يتعاملون مع المرفق العام كالجمهور الذي أنشأ المرفق العام لإشباع حاجاته، أو غيرهم ممن يمسه العقد، مثل الأفراد الذين يتقرر للمتعاقد مع الإدارة سلطة نزع ملكيتهم للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، أو مستخدمي ملتزمي المرافق العامة.²

كما يقصد بالغير في العقد بصفة عامة كل من ليس طرف فيه ولا تربطه به صلة ولا يعد من الخلف العام أو الخاص بالنسبة لأحد طرفي العقد، تتشابه العقود الإدارية

¹ أنظر: السنهوري، المرجع السابق، ص720 وما بعدها.

² أنظر: الطماوي (سليمان)، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص755

والعقود المدنية، علما بأن هذا التشابه والتداخل بين العقود (الإدارية والمدنية) في بعض الأحكام لا ينحصر فقط في تكوين العقد وتنفيذه بل يمتد أيضا إلى كيفية نهاية العقود.

المبحث الأول: اثار العقد بالنسبة للغير:

إذا كلن اهم اثار ينتج عن ابرام العقد هو احداث رابطة قانونية بين طرفيه تتولد عنها لكليهما حقوق وواجبات وبالتالي لا يكون لأحد غير هما فيه صفة الدائن والمدن، وأن ما ينتج عن العقد لا يمس إلا طرفيه، فإن اثار العقود الادارية تتعدى طرفيه إلى الغير، هذا وقد نصت المادة 113 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد يرتب التزامات في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا".¹

بيد ان هذه القاعدة أي انصراف اثار العقد إلى الغير لم تلق قبولا لدى البعض والذي يرى خضوع العقود الادارية لمبدأ نسبية الاثار المقررة في القانون الخاص، بينما يذهب البعض الاخر إلى وجوب تعدي اثار العقد الاداري طرفيه، ويعود السبب في ذلك إلى طبيعة ذلك العقد واتصاله بالمرفق العام والسلطة العامة، وهذا مايستلزم إفراده بقواعد تميزه عن تلك القواعد إلى تحكم العقد المدني، وبصفة خاصة عدم

¹ أنظر: المادة 113 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

سريان نسبية اثار العقد على العقود الادارية والتي تمتد إلى الغير بالرغم من أنه لا يعد دائئا ولا مدينا، وبما ان الرأي هو الراجح في الفقه وبالتالي هناك حقوق يستمدها الغير من العقد الاداري، كما ان هناك التزامات يتحملها الغير من العقد الاداري، ولكي نفي هذا الموضوع حقه، ارتائنا تناوله في ثلاث مطالب، الاول الحقوق التي ستمدها الغير من العقد الاداري، والالزامات التي يتحملها الغير جراء إبرام العقد الاداري ثانيا، ثم تحديد الأساس القانوني في امتداد اثار العقد إلى الغير.

المطلب الأول: الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد الإداري:

إذا كان العقد يفرض بعض الالتزامات على الغير، فإن طبيعة الأمر تستلزم منح هذا الغير بعض الحقوق في مقابل ذلك، والتي يستمد من طبيعة العقد في حد ذاته فالهدف من إبرام العقد الإداري هو تحقيق نفع عام ولا يشترط أن تتم الأشغال على مال عام أو عقار مخصص لمرفق عام وأن الأشغال تكون لحساب الشخص المعنوي والهدف منه هو تحقيق مصلحة المرفق العام التي تحقق النفع العام في نهاية المطاف، وبالتالي الهدف من العقد الإداري هو تحقيق النفع العام للغير سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة.

وانطلاقاً من ذلك يمكن عرض الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد الإداري في مجموعة من الفروع بدءاً من حق الغير في أن تبرم الإدارة العقود الإدارية وفقاً لأحكام القانون (الفرع الأول)، ثم حق الغير في التمسك ببعض النصوص الواردة في العقد لصالحه (الفرع الثاني)، ثم حق المطالبة الإدارية بالتدخل (الفرع الثالث)، وفي الأخير أعراض حق الانتفاع ببعض الخدمات (الفرع الرابع).

الفرع الأول: حق الغير في أن تبرم الإدارة العقود الإدارية وفقا لأحكام

القانون:

العقد الإداري يتفق مع العقد المدني من حيث الأركان وشروط الصحة، فالعقد بصفة عامة سواء كان مدني أو إداري، لا يخرج عن كونه توافق إرادتين أو أكثر قصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ممكنا جائزا قانونا كما أشرنا.

إلى أن أوجه الاختلاف بين العقد المدني والعقد الإداري تكمن في أن العقود الإدارية هي العقود التي يبرمها الشخص المعنوي العام باعتباره صاحب سلطة عامة ويتبع فيها أسلوب القانون العام، وتخضع في ذلك لأحكام القانون العام.

أما العقود المدنية تبرم من قبل الأشخاص العاديين، بحيث يتمتعون بحرية واسعة عند التعاقد في اختيار طريقة التعاقد وحرية اختيار من يتعاقد معهم، ولا تنتقيد إرادتهم إلا بقيد احترام القوانين وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة بيد أن الإدارة إذا أرادت التعاقد فعليها إتباع إجراءات معينة واحترام مجموعة كبيرة من القوانين المقيدة لحريتها من بينها على سبيل المثال مأتي:

- احترام الاختصاص: ومعناه ان العقد لا ب أن يبرم من قبل الجهة المخولة قانونا صلاحية إبرام العقود الإدارية.
- الإذن أو الاستشارة السابقة: تلتزم الإدارة باستشارة الجهات المعنية - سواء كانت رئاسية أو وصائية- قبل التعاقد، بحيث يمنع على الإدارة إبرام العقد دون الحصول على الموافقة السابقة على إبرامه.
- الموافقة اللاحقة: كما هو معلوم قبل تنفيذ العقد لا بد من خضوعه لرقابة لاحقة تمارس من قبل أجهزة مختصة، بحيث تتأكد هذه الأخيرة من مدى مطابقة بنود العقد للقوانين واللوائح المعمول بها، والجدير بالملاحظة أن الرقابة هنا لا تقتصر على الجانب النظري للعقد فقط بل تمتد إلى الجانب التقني للعقد.
- احترام الشكالية في التعاقد: العقد الإداري يجب أن يكون مكتوب التيسير الإثبات كما يتيسر تضمنه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن بقية العقود الأخرى.
- احترام القوانين: تلتزم الإدارة باحترام القوانين في كيفية التعاقد وكيفية اختيار

المتعاقد معها والمقصود بالقانون هنا هو القانون بالمعنى الزاسع، بحيث يشمل التشريع القرارات التنظيمية أو اللوائح....الخ.

ومثال ذلك إذا كانت القوانين الداخلية للإدارة تنص على إعطاء الأولوية في التعاقد للمؤسسة العامة، أو إذا كان القانون يخول الأولوية لبعض الأشغال المتعلقة بأمن الإدارة مثلاً فعلى الإدارة أن تأخذ بعين الاعتبار أهمية محل العقد...الخ.

وفي حالة تجاوز أو مخالفة القواعد الإجرائية المحددة قانوناً جاز لكل ذي مصلحة مقاضاة الإدارة عن طريق إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، أو المطالبة بالإلغاء والتعويض إذا ترتب على مخالفة الإدارة للقوانين ضرر للغير.

كأن تستعبد عطاء أحد الأفراد بدون وجه حق، أو منح بعض الأشخاص من الدخول في المناقصات أو المزايدات بدون سبب، أو أرصت المناقصة على شخص معين وبعد ذلك تعاقدت مع شخص آخر.¹

¹ أنظر المقصود بالقرارات الإدارية المنفصلة هي القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بإرادتها تمهين الإبرام العقد، أو الحيلولة بدون إتمامه.

الفرع الثاني: حق الغير في التمسك ببعض النصوص الإدارية الواردة في العقد لصالحه.

قد ينص العقد على تقرير حق لشخص أجنبي عن العقد ومثال ذلك أن تقرر الإدارة في أحد عقودها التزام الطرف الأخر بتشغيل اليد العاملة الجزائرية، أو بتشغيل عمال منطقة ما، أو بتشغيل عمال ذوي اختصاص معين ففي جميع هذه الحالات يكون لهؤلاء المعنيين الحق في التمسك بتطبيق هذا الحق، كما قد يتضمن العقد شروطاً لصالح الملاك المجاورين وبالتالي يكون لهؤلاء الحق في التمسك بتلك الحقوق حماية لمصالحهم ورعاية لهذا الحق، هذا وقد تشترط الإدارة على المتعاقد أن يؤمن ضد الأضرار التي يمكن أن تصيب الغير من تنفيذه للعقد خاصة في عقود الأشغال العام.¹

الفرع الثالث: حق مطالبة الإدارة بالتدخل.

إن حق اقتضاء المنفعة من خدمات المرفق العام يمكن الغير (المنتفعين) من مطالبة الإدارة بالتدخل لإجبار الملتزم في حالة امتناعه عن تقديم الخدمة على تنفيذ التزامه ومراعاة تنفيذ شروط العقد، فإذا امتنعت الإدارة عن التدخل

¹ الفحام علي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري -دراسة مقارنة-، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، سنة 1996، ص3.

صراحة أو ضمنا جاز للمنتفعين الطعن في قرارها بالامتناع، لأن ضمان

تقديم خدمات المرافق العامة يعتبر من أخص واجبات الإدارة.¹

الملاحظ أن حق مطالبة الإدارة بالتدخل ينتج عن مبدأ سير المرفق العام

بانظام واطراد فالإخلال بشرط تقديم الخدمات للجمهور وبصفة دائمة

ومنتظمة يرتب أضرار المنتفعين، وبالتالي يجوز لكل منتفع الطعن في قرار

الامتناع إداريا وقضائيا كما يجوز له المطالبة بالتعويض في الحالات التي

تستلزم ذلك.

الفرع الرابع: حق الانتفاع ببعض الخدمات.

محل عقد الأشغال العامة كما أسلفت هو تسيير مرافق عامة، وهذه المرافق العامة

التي تمثل جانبا رئيسا من نشاط السلطة الإدارية في الدولة من أهم عناصرها كما

هو معروف المساواة في الانتفاع من خدمات المرفق العام ويترتب على ذلك أن

الهدف الأساسي من المرفق العام هو اشباع حاجات عامة لتحقيق النفع العام، يكون

لكل منتفع تتوفر فيه شروط الانتفاع من خدمات المرفق والمترتبة عن إبرام عقد

إداري، ففي عقود التزام تسيير خطوط المواصلات وتوليد القوة الكهربائية والمياه

¹ طه الفياض (ابراهيم)، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص280.

وغيرها يقوم الملتزم إما بإبرام عقود خاصة مع المنتفعين أو تقديم الخدمة لطالبيها إذ يكون لكل منتفع تتوفر فيه شروط الانتفاع من خدمات المرفق والمرتببة عن إبرام عقد إداري، ففي عقود التزام تسيير خطوط المواصلات وتوليد القوة الكهربائية والمياه وغيرها يقوم إما بإبرام عقود خاصة مع المنتفعين أو تقديم الخدمة لطالبيها إذا توافرت شروط ذلك.¹

المطلب الثاني: الالتزامات المفروضة على الغير.

من المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة يسهم في تسيير المرفق العام، وبالتالي فقد ترى الإدارة أنه من الأوفق أن تخول هذا المتعاقد بعض الامتيازات العامة إزاء الغير حتى يتمكن المرفق العام من تلبية الحاجات العامة وعلى أحسن وجه تحقيقا للمصلحة العامة.

وانطلاقا من ذلك يتمتع المتعاقد مع الإدارة ببعض السلطات في مواجهة الغير سأحاول عرض كل هذه السلطات تباعا بدءا من تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة . (الفرع الأول)، ثم امتياز التقاضي (الفرع الثاني)، وفي الأخير استثناء المتعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف

¹ الحلو(ماجد)، المرجع المشار إليه سابقا، ص6.

العامة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة.

من مظاهر تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة

مايلي:¹

1 تفويض المتعاقد لاسيما في عقود الأشغال العامة والامتياز حق الاستيلاء المؤقت أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة، كما أنه يخول أحيانا سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة إذا تطلب ذلك حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

2 منح المتعاقد حق استعمال بعض أجزاء الدومين العام استعمالا خاصا، ويترتب على ذلك حرمان باقي الأفراد من الانتفاع بتلك الأجزاء من المال العام، أو فرض قيود على هذا الانتفاع.

3 يكون للملتزم بالمرافق العامة حق الحصول على مقابل من الأفراد، وهذا المقابل لا يعتبر مجرد أجر بل هو في الحقيقة رسم يخضع لما يفرضه هذا

¹ الطماوي (سليمان)، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص740.

الوصف

من قواعد فيعامل معاملة

الضريبة.

4 - قد تخول الإدارة المتعاقد معها بعض سلطات البوليس، إذا اقتضى تنفيذ العقد ذلك.

5 - الموظف المعين بعقد يمارس في كثير من الحالات ذات السلطة التي يمارسها الموظف ذو المركز النظامي، وبالتالي يستطيع أن يمارس اختصاصاته في مواجهة الغير.

والجدير بالملاحظة أن هذه سلطات تعطي للمتعاقد مع الإدارة لأنه يسهم مباشرة في تسيير المرفق العام، لذلك قد ترى الإدارة أنه من الأوفق أن تمنح المتعاقد معها بعض الامتيازات في مواجهة الغير حتى يقوم بإشباع الحاجات العامة على أكمل وجه تحقيقا للمصلحة العامة.

الفرع الثاني: امتيازات التقاضي.

إذا تسبب المقاول أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية في إحداث ضرر للغير، يكون لهذا الأخير أي الغير المضرور حق مقاضاة المقاول أو الإدارة على الأساس أن الإدارة هي صاحبة الأعمال وهي المسؤولة عنها، ولا يكون التقاضي في فرنسا أمام المحاكم العادية بل أمام المحاكم الإدارية، ويتفق عقد الأشغال العامة في هذا الخصوص مع عقد امتياز المرافق العامة على أساس أنه قضاء استثنائي يخرج عن القواعد العامة المنظمة للاختصاص في فرنسا، وأيضا القواعد الموضوعية في المسؤولية.¹

أما في الجزائر فقد نصت المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 205-02 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق لـ 28 يوليو سنة 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية ا لجاري بها العمل"، غير أنه على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات كلما سمح هذا

¹ الطماوي (سليمان)، العقود الإدارية المرجع السابق ص742

الحل بما يأتي¹:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين .
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

في حالة اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوعاً مقررًا يصدره الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة، ويصبح هذا المقرر نافذاً، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعناً قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الزطنية للصفقات التي تصدر مقرر في هذا الشأن خلال الثلاثين (30) يوماً اعتباراً من تاريخ إيداع الطعن، وذلك قبل رفع دعوى قضائية.

يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة

الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم رقم 314-

¹ المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المشار إليه سابقاً، ص 17.

91 المؤرخ في 07 سبتمبر سنة 1991 والمتعلق بإجراء تسخير الأمرين للصريف للمحاسبين العموميين.¹

انطلاقاً من ذلك فإن حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية بصفة عامة

يكون أمام القضاء الإداري تطبيقاً للمعيار العضوي المنصوص عليه في

المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية المعدلة، لأن الدولة أو الولاية أو البلدية أو

إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرف في النزاع.²

وهذا ما ورد في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 338-08 بنصها

على أنه «لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف

الإدارة العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات

العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية

والمؤسسات الخصوصية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات

¹ المرسوم رقم 91-314 المؤرخ في 7 سبتمبر 1991، المحدد لإجراءات تسخير الأمرين بالصرف، للمحاسبين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 43، الصادرة في 18 سبتمبر 1991.

² أنظر: المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية المشار إليه سابقاً، ص 4.

العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة...»¹. وتجدر الإشارة هنا إلى أنه قبل اللجوء إلى القضاء يشترط قانون الصفقات العمومية إلزامية الاتجاه إلى لجنة الصفقات العمومية البلدية أو الولائية أو الوطنية كما يشترط القانون على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي حسب الأحوال للمنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة كلما سمح ذلك بإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.²

الفرع الثالث: استثناء المتعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة.

يعد مبدأ المساواة بصفة عامة إحدى القواعد الأساسية الضابطة لسير المرفق العام، ويقصد به مساواة الجميع في الانتفاع بخدمات المرفق العام، وذلك في تحمل أعباء المرفق العام، والمقصود بالمساواة في الواجبات والتكاليف هو أن يتحمل الجميع التكاليف وعلى قدم المساواة ومثال ذلك إذا صدر قرار

¹ أنظر: المادة 2 من المرسوم رقم 02 المشار إليه سابقاً، ص 04.

² أنظر: المادة 102 من نفس المرسوم، ص 17.

بإعفاء شركة معينة من الرسوم الجمركية يجب أن يكون هذا الإعفاء مستندا إلى أسباب قانونية تبرره، كما يجب إعمال هذا الإعفاء بالنسبة للشركة المعفاة والشركات الأخرى التي تتماثل ظروفها ومركزها إعمالا لمبدأ المساواة في الواجبات والتكاليف.

وفي بعض الحالات قد تضمن الإدارة عقودها شروطا تمنح المتعاقد بمقتضاها بعض الامتيازات التي تتفق مع قاعدة ضرورة المساواة بين المواطنين أمام التكاليف العامة، ومن أمثلة ذلك شرط عدم المنافسة، شرط الإعفاء من الضرائب.¹

ويقصد بشرط عدم المنافسة قيام الإدارة بمنح المتعاقد معها حق منع غيره من المواطنين من ممارسة ذات النشاط الذي يمارسه بمقتضى عقده مع الإدارة⁽²⁾. ومن أمثلة تلك الشروط أيضا مايرد في عقود القرض، وبعض عقود

¹ أنظر: الشرقاوي (سعاد)، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 460.

امتياز المرافق العامة من إعفاء المتعاقد من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة
أو لفترة محددة في العقد¹.

¹ أنظر: الطماوي (سليمان) العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 743.

المطلب الثالث: الأساس القانوني في امتداد آثار العقد إلى الغير.

تحديد الأساس القانوني لتبرير امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير آثار الكثير من الجدل الفقهي ويمكن إرجاع تبريرات الفقه والقضاء إلى عدة أفكار كمنظريّة الاشتراط لمصلحة الغير، وفكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، ومحاولة تبرير كل حالة على حدة، ولذلك نعرض بإيجاز ما انتهى إليه هذا الجدل الطويل وذلك في ثلاثة الفروع بحيث خصص الفرع الأول لمنظريّة الاشتراط لمصلحة الغير، وفي الفرع الثاني لفكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وفي الفرع الثالث نحاول تبرير كل حالة على حدة.

الفرع الأول: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

من المسلم به أن القانون المدني هو السباق في ارساء قواعد نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وتناول أحكامها في المواد 116-117-118 كالتالي:

نصت المادة 116 على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل

المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بالوفاء به، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد، ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك¹.

ونصت المادة 117 على أنه: "يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن أن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبتة في منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد، ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشتراط إحلال المنتفع أخره محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط.²

كما نصت المادة 118 على أنه: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقته العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج

¹ أنظر: المادة 116 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

² أنظر: المادة 117 من نفس القانون، ص 23 وما بعدها.

العقد فيه أثره طبقاً للمشارط¹.

من خلال هذه النصوص يتضح لنا أن الاشتراط لمصلحة الغير يتطلب توافر الشروط الآتية:

1 - تعاقد المشتري باسمه لا باسم المستفيد:

يشترط في عملية الاشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشتري باسمه هو لأب اسم المستفيد، وهذا طبعاً ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن التعاقد بالنيابة والفضالة، ففي النيابة يعبر الشخص عن إرادته باسم غيره ولحساب هذا الغير وبالتالي يكون النائب طرفاً في التصرف ولا يكون طرفاً في العلاقة الناشئة عن التصرف، بينما الفضالة يتولى شخص عن قصد القيام بشيء لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك².

2 - اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد:

يجب أن يكون موضوع التعاقد إنشاء حق مباشر للمستفيد، ومعنى ذلك أن الحق ينشأ في ذمة المستفيد مباشرة دون أن يمر في ذمة المشتري أولاً ثم

¹ أنظر: المادة 118 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

² أنظر: المادة 150 من نفس القانون، ص 30.

ينتقل إلى المستفيد، وعلى ذلك فللمستفيد مطالبة المتعهد مباشرة بالحق الناشئ عن العقد وباسمه الشخصي بمقتضى دعوى مباشرة، وعلى ذلك فإذا أمن شخص على حياته لمصلحة نفسه ثم مات، فإن حق وراثته في مبلغ التأمين يكون بناء على الميراث وليس على أساس عقد التأمين، فهذه الصورة ليست من تطبيقات التعاقد لمصلحة الغير¹.

ويترتب على ذلك أنه لتحقيق عملية الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من وجود عقد بين المشتري والمتعهد تثبت فيه نية الاشتراط لمصلحة الغير على أن تتوفر في شخص هذا الأخير شروط قانونية لصحة العقد.

3 - وجود مصلحة للمشتري:

ويستوي أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية، تكون مادية إذا كانت مصلحته من تنفيذ الاشتراط مصلحة مالية، كما لو اشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لدائن له، إذ تكون المصلحة المادية لهذا الأخير هو الوفاء بما عليه من دين، وقد تكون أدبية إذا لم يعود عليه من تنفيذ الاشتراط ما يمكن أن يقوم بالمال، مثال ذلك تأمين الزوج على حياته لصالح زوجته

¹ أنظر: السنهوري (عبدالرزاق)، المرجع السابق، ص775.

وأولاده، فإن مصلحته في ذلك هي الاطمئنان على مصيرهم حين يفاجئه الموت¹.

إذن يشترط في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون للمشترط مصلحة شخصية وهذه مصلحة قد تكون مادية وقد تكون أدبية فمن غير المعقول أن يشترط شخص لمصلحة شخص آخر دون وجود مصلحة في ذلك.

ينتقد الفقيه سليمان الطماوي الاستناد لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير تأسيساً على الأسباب الآتية:

1- يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد معيناً أو ممكن التعيين وهو أمر من العسير تحقيقه نظراً لأن الإدارة تستطيع في كل وقت أن تتدخل بتعديل العقد لاسيما في عقود التزام المرافق العامة، عقود الامتياز مما يصعب تحديد المنتفع في تلك العقود.

2- تؤدي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير إلى منح الغير حقا مباشرا بمقتضى العقد والذي يخوله الحق في مقاضاة المتعهدو إن كان ذلك ينطبق على كثير من العقود، فإن المستفيدين من عقد الامتياز يستطيع مقاضاة

¹ أنظر: الشرقاوي (سعاد)، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص466.

الإدارة ذاتها وهو مالا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

3 - متى قبل المستفيد الاشتراط لمصلحته، فإن حقه يستقر بصفة نهائية وليس هذا هو المتبع في مجال عقود الامتياز لأن الإدارة تملك التدخل في كل وقت.

4- إذا صلحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في بعض الحالات لتفسير الآثار المقيدة للعقود الإدارية في مواجهة الغير فإنها لا تصلح قطعا لتبرير الأعباء التي تفرضها تلك العقود على الغير.¹

05- بالرغم من عدم وجود مانع من تطبيق هذه النظرية إذا ما توافرت شروطها إلا أنها لا تصلح أساسا لتبرير امتداد العقود الإدارية لا في مجال عقود الامتيازات ولا في الحالات التي لا تتوافر فيها الشروط الخاصة بها.²

الفرع الثاني: فكرة الطبيعة الذاتية للعقد الإداري.

¹ أنظر: سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص752-753.

² أنظر: المرجع نفسه، ص 745.

من الاتجاهات الفقهية أيضا من يرى أن أساس امتداد آثار العقد الإداري إلى الغير يرجع إلى الطبيعة الخاصة لهذا العقد والتي تميزه بخصائص ذاتية عن العقد المدني وأخصها عدم تقيد العقد بقاعدة نسبية آثار العقد وذلك لارتباط العقد الإداري بالمرافق العامة التي وجدت من أجل تقديم الحاجات الضرورية للجمهور والتي تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، وبالرغم من أن الغير ليس طرفا في العقد الإداري إلا أنه لكونه من المنتفعين بخدمات المرفق فإن ذلك العقد يمس مصلحة له.¹

ترتبيا على ذلك لايجوز للإدارة أن تتقيد بالقواعد المدنية التي تحصر آثار العقد في أطرفه فقط كما لا يجوز الاعتماد على نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية كسند قانوني لتبرير امتداد آثار العقود العقود اتجاه الغير، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وسيلة من وسائل الإدارة لتحقيق الصالح العام.

ومهما كانت وسيلة تصرف الإدارة فهي تستعمل اختصاصا تستمد من القوانين واللوائح، مثل هذا الاختصاص يولد حقوقا والتزامات في مواجهة الأفراد وهكذا يمكن اعتبار أن إرادة الإدارة المتعاقدة هي التي تولد أثرا في مواجهة الغير، أما

¹ PEUGOT(G):lescontratsd'administrationJ.C.A.Pp510,511

إرادة الفرد المتعاقد فعاجزة عن تحقيق مثل هذه الآثار.¹

نخلص في النهاية إلى أن امتداد آثار العقود الإدارية إلى الغير يرجع إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية لارتباطها بالمرافق العامة، فإذا كانت العقود المدنية تتم بين طرفين متساويين يهدف كل منهما إلى تحقيق مصلحة شخصية، فإن العقود الإدارية تتم في أغلب الأحيان بين شخصين غير متساويين الإدارة كسلطة عامة والافراد، بحيث تهدف الإدارة بتعاقدتها تحقيق نفع عام يستهدف الافراد تحقيق نفع خاص.

1 أنظر: المرجع نفسه، ص529.

المبحث الثاني: امتيازات الممنوحة للمتعاقد في العقد الإداري.

إن الالتزامات التي يتحملها الغير من العقد الإداري لا تتوقف عند حد مظهر السلطات التي تخولها الإدارة للمتعاقد بل تمتد لتشمل أيضا الامتيازات الممنوحة له التي تشكل في الوقت ذاته التزامات على الغير، فمن هذه الامتيازات ما تمنح المتعاقد حق نقاضي الرسوم وخصوصا في عقد التزام المرفق العام، و منها ما يكون استثناء المتعاقد من قاعدة المنافسة الحرة حيث يستطيع المتعاقد من خلال هذا الامتياز منع الغير من منافسته، فضلا عن ما اعتادت عليه الإدارة في إدراج شرط إعفاء المتعاقد معها من بعض الضرائب العامة استثناء من مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة و يكون ذلك في عقود القرض العام و عقود التزام المرافق العامة، و من جهة أخرى هناك حالة جرى عليها مجلس الدولة الفرنسي في منح المتعاقد امتياز التقاضي أمام المحاكم الإدارية لا العادية في حالة تسبب المتعاقد معها في إحداث أضرار للغير أثناء تنفيذ التزاماته وهو قضاء استثنائي لا يستند إلى القواعد العامة في الاختصاص و تقتصر على عقدين فقط هما عقد التزام المرفق العام و عقد الأشغال العامة.

بذلك سنتناول تلك الامتيازات في مايلي:

المطلب الأول: حق المتعاقد في تقاضي الرسوم من الأفراد

الأصل أن المرافق العامة تقدم خدماتها مجاناً للأفراد و يكون ذلك عندما تتولى الدولة إدارتها بشكل مباشر، ثم أخذت الدولة فيما بعد تبتعد شيئاً فشيئاً عن مجانية خدمات المرفق العام وخصوصاً في المرافق العامة الاقتصادية و الصناعية نظراً لتكاليفها الباهضة و لذلك فرضت رسوم على الأفراد نظير انتفاعهم من الخدمات التي تقدمها هذه المرافق.¹

والرسوم التي تفرض على الأفراد في حقيقتها لا توازي مقدار الخدمة المقدمة و بالتالي فإن انتفاع الأفراد يكون شبه مجاني باعتبار أن الدولة لا تستهدف الربح بقدر ما تستهدف تحقيق المصلحة العامة، و الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم لا لتحقيق الربح بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه ذاته لأنه لو جعل مجانياً لتحمل نفقاته دافعوا الضرائب و هذا منافٍ للعدل.²

وحق تقاضي المقابل النقدي (الرسوم) من الأفراد و لا يمكن تصوره إلا في عقد واحد هو عقد التزام المرفق العام فالمقاول في عقد الأشغال العامة يحصل على

¹ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 1 ، العقود الواردة على العمل و المقاول، دار النهضة العربية سنة 1964 ، ص 269.

² المصدر نفسه، ص 270.

مقابل من الإدارة ذاتها و بصورة ثمن باعتبار أن العمل الذي قدمه يكون لمصلحة الإدارة إلا الملتزم في عقد التزام المرفق العام فهو يتولى إدارة المرفق على حسابه و نفقته وهو يسعى من ورائها باعتبارها عملية استثمارية له الحصول على الربح و الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين من خدمات المرفق و تسمح له باسترداد رأسماله و تحقيق ربح معقول.¹

وبذلك تكون الرسوم هي المقابل المالي للخدمات التي يقدمها المرفق العام محل الالتزام إلى المنتفعين و هي من حقوق الملتزم غير أن هذا المقابل لا يعد اجراً يخضع لأحكام القانون المدني بل يعتبر رسماً تسري عليه أحكام القانون الإداري و من ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرافق العامة. و قد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الموضوع، في حكم صدر لها

في 1977/12/30 على انه ((.. و من حيث من المسلم به فقها و قضاء أن شروط

عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين، شروط لائحية و شروط تعاقدية، و الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ، و المسلم به أن التعريف أو خطوط السير و ما يتعلق يهما من الشروط اللائحية القابلة

¹ د. علي الخطار، المصدر السابق، ص63.

للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة...)). وتتولى عادة وثائق الامتياز تحديد الرسوم التي يمكن للملتزم اقتضاؤها من المنتفعين و ذلك من خلال تولي الإدارة نفسها تحديد هذه الرسوم بعد استشارة الملتزم وان كانت هذه الاستشارة لا تضي على تلك الشروط الطابع التعاقدية فتبقى شروطاً لائحية. وإذا كانت الإدارة المتعاقدة هي المسؤولة عن وضع تعاريف الرسوم التي

يتقاضاها الملتزم من المنتفعين فانه من الناحية العملية تقوم الإدارة بوضع حد أعلى للرسوم، و للملتزم حرية تحديد الرسوم بين الحد الأدنى والأعلى و يحدث في أحيان أخرى أن تقوم الإدارة بتحديد الرسم بشكل رقمي بحيث لا يترك للملتزم أي حرية في هذا المجال.¹

و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد ، هل إن الإدارة و المتعاقد معها أحرار في تحديد الرسوم الواجب تقاضيها من المنتفعين ؟ والحقيقة أن ثمة قيوداً ترد على حرية كل من الإدارة و المتعاقد معها في هذا الشأن ، فهناك قيود ناشئة عن التدخل التشريعي و قيود أخرى ناشئة عن وجوب احترام مبدأ المساواة بين المنتفعين. بالنسبة للقيود الأول الذي يتمثل بتدخل المشرع في تحديد الرسم، فإذا وجد نص تشريعي يحدد ذلك فلا مجال حينئذ للإدارة و المتعاقد معها الخروج عليه باعتباره قاعدة قانونية أمره

¹ د. علي الخطار ، المصدر السابق، ص63.

لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها ، ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947 في المادة الثالثة انه ((لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام، عشرة في المائة من راس المال الموظف و المرخص به من مانح الالتزام و ذلك بعد خصم مقابل استهلاك راس المال و ما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولا في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل عن عشرة في المائة.... و ما يتبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام).¹

و القيد الثاني يتعلق بوجود احترام مبدأ المساواة بين المنتفعين، و هذا المبدأ يشكل احد القواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة و يشكل في الوقت نفسه تطبيقا لمبدأ عام أوسع هو مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون و أمام السلطة العامة، فالمنتفعون

¹ تقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد (... هذه المادة تنص على انه لا يجوز أن تجاوز حصة الملتزم الأولى في أرباح استغلال المرفق عشرة في المائة من راس المال الموظف في المرفق و المرخص فيه من مانح الالتزام، و يجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعي لجزء الملتزم، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية أو التجارية في أرباح غير محددة، فان استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل تلك المشروعات.... و أخيرا فقد استقر الرأي في السنوات الأخيرة و على وجه الخصوص في الفقه الفرنسي على أن في التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة و ما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجني من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها ..)

نقلا عن السنهوري، المصدر السابق، ص286.

بخدمات المرفق العام متساوون في الأعباء التي يفرضها المرفق عليهم و كذلك في المزايا و الخدمات التي يؤديها إليهم.¹

وبناء على ذلك فإن الإدارة حين تحدد الرسم بمفردها و على الملتزم كذلك حين يترك له بعض الحرية في تحديد الرسم احترام قاعدة المساواة بين المنتفعين ، و قد ورد تطبيق هذه القاعدة في التشريعات المدنية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 893 من القانون المدني العراقي ((على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور).²

واخلال الملتزم بمبدأ المساواة بين المنتفعين يوجب المسؤولية و بالتالي يترتب عليه تعويض كل من يتضرر من جراء ذلك الإخلال و قد أشارت الفقرة الثالثة من المادة 893 إلى أن ((كل تمييز لمصلحة احد العملاء يوجب على الملتزم أن يعوض

الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة)) . و لا يقصد بالمساواة هنا المساواة الحسابية أو المطلقة إنما المقصود بها توحيد المعاملة متى تماثلت الظروف حيث إن هذا المبدأ لا يحول دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض في

¹ د. ماهر جبر نضر، الأصول العامة للقانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة سنة 2002، ص411.

² تقابلها المادة 670 من القانون المدني المصري.

الأجور أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن تتوافر فيهم الشروط التي يعينها الملتزم بوجه عام و لكن في الوقت نفسه فان المساواة تحرم على الملتزم منح احد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.¹

و من جانب آخر فان حرص الإدارة على مصالح المنتفعين لا يقف عند تحديد الرسوم التي تشكل التزاما على المنتفعين (الغير عن عقد الالتزام) بل انه يوجب عليها عند تغير الظروف الاقتصادية إعادة النظر في تحديد هذه الرسوم بما يراعي مركز المنتفعين و في الوقت نفسه يراعي حقوق الملتزم في أن يتقاضى مقابلا

يتناسب مع الوضع الاقتصادي العام حيث أشارت الفقرة الثانية من المادة 895 مدني عراقي الى ذلك بقولها ((و يجوز إعادة النظر في هذه التعريفات و تعديلها ، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها و صدق على التعديل سرت الأسعار الجديدة دون اثر رجعي من الوقت الذي حدده قرار التصديق لسريانها)). و قد نص قانون التزام المرافق العامة المصري المذكور آنفا في المادة الثانية على انه ((و يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الامتياز.

¹ أشارت إلى ذلك الفقرة 2 من المادة 893 ون القانون المدني العراقي .

المطلب الثاني: شرط عدم المنافسة

لما كان المتعاقد مع الإدارة يتمتع بحق ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري التي تنتج عن ممارستها التزامات يتحملها الغير، فإنه فضلا عن ذلك يتمتع بامتيازات تمنحها الإدارة له و تكون استثناء من قاعدة المنافسة الحرة المشروعة، و من ضمن هذه الامتيازات شرط عدم المنافسة الذي يقضي بحق المتعاقد منع غيره من ممارسة النشاط نفسه إلى يمارسه في العقد الإداري . والإدارة قد تجد في بعض الأحيان أن تطبيق مبدأ حرية المنافسة بين الأفراد من شأنه التأثير على حسن تنفيذ و تسيير المرافق العامة التي أنشئت في الأصل لتحقيق المصلحة العامة، فلو تعاقد على سبيل المثال احد الأفراد مع الإدارة لغرض إدارة مرفق عام فلكي يستمر المرفق في تقديم خدماته للأفراد على أكمل وجه فإن المصلحة العامة تقتضي منح المتعاقد شرط عدم المنافسة و السبب في ذلك هو أن ممارسة النشاط نفسه من قبل الغير من شأنه إحداث تضارب بين مصلحتين ، مصلحة الفرد الخاصة و المصلحة العامة وهو ما يدفع بالإدارة منح هذا الامتياز للمتعاقد معها حرصا على المصلحة العامة.¹

¹ د. عبد العليم عبد المجيد ، المصدر السابق، ص98.

و شرط عدم المنافسة يرد عادة في عقد التزام المرفق العام باعتبار أن الأخير يقتضي الاستمرارية في تقديم الخدمات للأفراد فتتعهد الإدارة بناء على ذلك بعدم منح أي تصريح أو ترخيص للغير لمزاولة ذات النشاط الذي يمارسه الملتزم و لذلك نجد اتفاقيات الامتياز (عقود امتياز المرافق العامة) تنص على هذا الأمر و مثال ذلك ما جاء في المادة 17 من اتفاقية امتياز كهرباء عمان إذ انه (مع مراعاة أحكام المادة 20 من هذا الامتياز لا يسمح لأي شركة كهربائية أخرى خلاف الشركة صاحبة الامتياز أو لأي شخص أو أشخاص آخرين أو أية سلطة حكومية أو بلدية بتوليد أو توريد أو توزيع الطاقة الكهربائية ضمن منطقة الامتياز إلا إذا قام بهذا التوليد أو التوريد أو التوزيع شخص أو أشخاص لغايات استعمالهم الخاص و في مثل هذه الحالة لا يسمح لهؤلاء الأشخاص أن يبيعوا مباشرة أو بالواسطة أو أن يتصرفوا بقوتهم الكهربائية لمنفعة فريق ثالث أو للمنافع العامة)).¹

يتبين من هذه الاتفاقية أنها نصت صراحة على عدم السماح لأية شركة كهرباء أخرى من منافسة الشركة صاحبة الامتياز و بذلك تحقق مصلحتين هما المصلحة العامة المتمثلة باستمرارية المرفق في تقديم خدماته، و المصلحة الخاصة للمتعاقد في أن يحصل على ربح معقول و بالتالي فان منافسته من قبل شركة أخرى سوف

¹ اورده، د. علي الخطار ، المصدر السابق، ص66.

تضرر به من جهة و من ثم تضر المرفق الذي يديره من خلال تعطيل تقديم الخدمات للمنتفعين من جهة أخرى. و شرط عدم المنافسة لا يكون مطلقا من حيث الزمان و المكان، فتحديد منطقة الامتياز بمكان معين من شأنه أن يجعل إمكانية ممارسة النشاط ذاته خارج هذه المنطقة ، أما مدة الامتياز فإنها تحدد في فترة زمنية تتراوح بين الثلاثين إلى خمسين سنة.¹

و السؤال المطروح هنا هو، هل تبقى الإدارة المتعاقدة ملتزمة دائما بشرط عدم المنافسة خصوصا في ظل التقدم العلمي و التقني ؟ للإجابة عن ذلك فان اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي قد مر بمرحلتين ، **المرحلة الأولى** : أكد فيه مجلس الدولة ضرورة تمسك الإدارة بالتزاماتها تجاه المتعاقد و خصوصا في مسألة شرط عدم المنافسة ، حيث جاء في قرار له صدر في 26 كانون الأول سنة 1891 بـ((... وجوب احترام الإدارة لشرط عدم المنافسة بصورة كاملة و تامة مهما كان التقدم العلمي و التكنولوجي ...)).²

¹ حدد قانون التزام المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947 مدة الامتياز في المادة الأولى على انه (لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة لا تزيد على ثلاثين سنة) كذلك حددت المادة 42 من قانون البلديات الأردني رقم 29 لسنة 1955 مدة الامتياز بما لا يتجاوز الثلاثين سنة أيضا.

² اورده، د. إبراهيم طه فياض، المصدر السابق، ص177.

المرحلة الثانية : تغير فيها موقف مجلس الدولة الفرنسي و اصبح يوجب على الإدارة إخطار الملتزم بضرورة تحسين وتطوير الخدمات التي يقدمها المرفق بما يستجيب للتطورات العلمية و التكنولوجية بحيث إذا رفض الملتزم أو تباطأ في الاستجابة لذلك فان للإدارة التحلل من التزاماتها بشأن شرط عدم المنافسة و بالتالي تستطيع منح امتياز أو ترخيص للغير لغرض ممارسة ذات النشاط في منطقة الامتياز، و قد اقر مجلس الدولة الفرنسي ذلك في قضية الشركة الجديدة لغاز مدينة (ديفيل-ليه-روان) سنة 1902 التي تتلخص وقائعها أن إحدى المقاطعات الفرنسية قد منحت امتيازاً على سبيل الاحتكار لهذه الشركة للإضاءة باستعمال الغاز و بعد سنوات قليلة شاع استعمال الطاقة الكهربائية في الإضاءة الأمر الذي دفع بالمقاطعة الى الطلب من الملتزم تغيير الإضاءة بالقوة الكهربائية بدلاً من الغاز فرفض الملتزم ذلك ونتيجة لهذا الرفض أبرمت الإدارة (المقاطعة) عقد التزام مع شخص آخر يقدم الخدمة باستعمال الطاقة الكهربائية فرفع الملتزم القديم دعوى التعويض على المقاطعة لإخلالها بالعقد فرفض مجلس الدولة طلبه و بنى حكمه على أساس ((... تبين من النية المشتركة للطرفين المتعاقدين كانت متجهة إلى قبول هذا التغيير حيث أن استعمال الكهرباء كان شائعاً وقت إبرام العقد.... فإذا رفضت الشركة استبدال

القوة الكهربائية بالغاز في الإنارة ، تكون المقاطعة في حل من الاحتكار و من ثم تستطيع أن تعهد بهذه المهمة إلى شركة أخرى...¹.

يتبين من هذا الحكم أن الإدارة لا تكون ملتزمة بشرط عدم المنافسة حتى ان أدرج هذا الشرط في العقد الإداري وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة تغيير طريقة الخدمة وفقا للتطور العلمي و التكنولوجي، فالمصلحة العامة في استعمال الطاقة الكهربائية بدل الغاز أولى من مصلحة المتعاقد التي تقضي بعدم منافسته خصوصا إذا تبين من الحكم أعلاه أن الإدارة لم تخرق هذا الالتزام إلا بعد رفض الملتزم الاستجابة لها في تطوير طبيعة الخدمة التي يؤديها. فضلا عن ذلك فان الإدارة في العقود الإدارية تملك إنهاء عقود أبرمت بتاريخ سابق على العقد الذي منحت فيه الإدارة للمتعاقد شرط عدم المنافسة و ذلك إذا اقتضت المصلحة العامة، و هذا ما أيده محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم صدر في 8 كانون الأول سنة 1957 في قضية تتلخص وقائعها في أن مصلحة الآثار انفقّت مع متعهد على إقامة كازينو حديث في المنطقة المجاورة لتمثال أبي الهول و تعهدت بأن يشمل نشاط هذا الكازينو المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة ذات النشاط، و تنفيذها لهذا الشرط أنهت الإدارة

¹ مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة 11 ، ص144.

عقود بعض الأفراد في المنطقة و قد بينت محكمة القضاء الإداري ذلك بان الإدارة (.. لم تستعمل سوى حقها.. وهي بهذا الإجراء إنما تتوفر مصلحة عامة و ذلك أنها رأت إقامة مقصف فاخر يشمل نشاط المنطقة كلها بما فيها منطقة الأرض المرخص للمدعي بإقامة كشك فيها). ومن الجدير بالذكر ان الملتزم في عقد التزام المرفق العام قد لا يمنح حق الاحتكار القانوني بينما يمنح حق امتياز و معنى ذلك أن غيره من الأفراد أو الشركات لا يمنعون قانونا من ممارسة النشاط نفسه الذي يمارسه الملتزم و لكن الإدارة المتعاقدة تتعهد للملتزم بالا تمنح لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة و الإعانات و ما إلى ذلك التي تجعل الملتزم محتكرا للمرفق احتكارا فعليا بحيث لا يقوى احد على منافسته، و يندر أن تسمح السلطة الإدارية التزاما دون أن تجعل الملتزم محتكرا له احتكارا فعليا أو قانونيا. وبالنسبة لموقف القضاء العراقي من شرط عدم المنافسة الذي يدرج في العقود الإدارية لم نجد حكما قضائيا يشير إلى ذلك و السبب في ذلك يعود إلى استمرار خضوع العقود الإدارية لولاية القضاء العادي بالرغم من كون العراق من الدول ذات النظام القضائي المزدوج، ولو وسع اختصاص القضاء الإداري في العراق ليشمل العقود الإدارية فلا مانع من الاهتداء بأحكام القضاء الإداري سواء كان في فرنسا أو مصر ما دام انه يتفق والمصلحة العامة. خلاصة القول إن تقرير شرط عدم

المنافسة على الرغم من مخالفته لمبدأ المساواة بين المتنافسين ناجم عن كون المتعاقد معاوناً للإدارة في تسيير وإدارة المرفق العام الذي يحقق المصلحة العامة و قد رأينا كيف تؤدي المصلحة العامة دوراً كبيراً في تجميد شرط عدم المنافسة إذا تعارضت مع المصلحة العامة.

المطلب الثالث: إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب العامة

بما أن المتعاقد مع الإدارة يعتبر معاوناً لها في تسيير وإدارة المرفق العام الذي يقدم الخدمات للأفراد، فإن الإدارة قد ترى خروجاً عن مبدأ المساواة في تحمل الأعباء أو التكاليف العامة لإعفاء المتعاقد معها من بعض الضرائب و خصوصاً في عقدي القرض العام، التزام المرفق العام، ويكون هذا الإعفاء بصفة دائمة أو مؤقتة حسب مقتضيات الأمور.¹

والدافع الأساسي الذي يدفع الإدارة إلى إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب هو تحقيق المصلحة العامة من خلال تشجيع الشركات و الأفراد على التعاقد معها لاستثمار أموالهم في تسيير و تنفيذ المرافق العامة.²

¹ د. الطماوي، الأسس العامة للعقود، المصدر السابق، ص 677.

² د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص 101.

وقد تتضوي حالة الإعفاء من الضرائب في عقود التزام المرافق العامة ضمن حالة الاحتكار الفعلي الذي تتعهد الإدارة للمتعاقد من تمكينه ذلك... أن الإعانات التي تقدمها الإدارة للملتزم تجعله محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً وقد يكون الدعم عن طريق الإعفاء من بعض الضرائب التي تجعل موقف الملتزم قوياً بالنسبة للمنافسين الآخرين. والسؤال المطروح هنا حول مدى مشروعية إدراج شرط الإعفاء من بعض الضرائب في العقود الإدارية؟ الحقيقة أن القضاء الإداري الفرنسي لا يعترض على ذلك فهو على سبيل المثال أجاز في قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية (Hebert) سنة 1939 أجاز للإدارة أن تدرج هذا الشرط ضمن العقود الإدارية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.¹

و بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصري فإن البعض من الفقهاء يؤكد عدم وجود قرار من مجلس الدولة يؤيد ذلك وهو مع ذلك يرى انه لا مانع من الأخذ به.² يبقى أن نشير في هذا الصدد إلى أن بعض الفقهاء كالفقيه الفرنسي دي لوبادير و يشاركه الرأي الفقيه المصري سليمان الطماوي، يذهب إلى عدم اعتبار شرط عدم

¹ الطماوي، المصدر السابق، ص 677

² د. عبد العليم، المصدر السابق، ص 102.

المنافسة و شرط إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب من ضمن الآثار المباشرة للعقد الإداري تجاه الغير و إنما تكون وفقا لرأيهما آثار غير مباشرة.¹

ونحن بدورنا نؤيد الرأي السابق في حالة واحدة هي حالة الإعفاء من بعض

الضرائب حيث لا تعد اثر مباشرة للعقد الإداري تجاه الغير و السبب في ذلك أن

الإدارة تملك من خلال حرصها على المصلحة العامة إعفاء قطاعات معينة من

بعض الضرائب أما لتقدير حالتهم المعاشية أو إعفاء مشاريع اقتصادية لغرض

تشجيعها على الاستثمار و الاستغلال كذلك الحال بالنسبة للمتعاقد في العقد

الإداري. لكن في مسألة شرط عدم المنافسة فهو في تقديرنا المتواضع يعد أثرا مباشرا

للعقد الإداري في مواجهة الغير حيث يفرض هذا الشرط التزاما سلبيا على الغير بعدم

منافسة المتعاقد في ممارسة ذات النشاط، و إذا كان الأصل أن الشخص الذي وافق

أو التزم بهذا الشرط فانه يلزم نفسه بعدم ممارسة ذلك النشاط الذي يمارسه الشخص

الآخر المستفيد من هذا الشرط في حين نرى ان الإدارة في إدراجها لهذا الشرط فإنها

تلتزم فقط بعدم منح أو إبرام عقود إدارية منافسة للمتعاقد أما من يقع عليه اثر العقد

بشكل مباشر فهو الغير، فالأخير هو الذي لا يستطيع منافسة المتعاقد و بالتالي

¹ د. الطماوي، المصدر السابق، ص 677-678.

يتحمل التزاما سلبيا من عقد لم يكن طرفا فيه و هذا الأمر أوجبه طبيعة العقود الإدارية من إنها تسعى دائما إلى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

المطلب الرابع: امتياز التقاضي.

فضلا عن الالتزامات ... التي يتحملها الغير من العقد الإداري رغم انه لم يكن طرفا

فيه، فان هناك قيوداً و التزامات أخرى يفرضها العقد الإداري على الغير وهي ما

تعرف بامتياز التقاضي الذي يقتصر تطبيقه على القضاء الإداري الفرنسي و يرد

على عقدين هما عقد التزام المرفق العام و عقد الأشغال العامة، و بناء على ذلك

إذا تسبب الملتزم أو المقاول في عقد الأشغال العامة في إحداث ضرر للغير أثناء

تنفيذ التزاماتها العقدية فانه يقاضى أمام المحاكم الإدارية و ليس أمام المحاكم

العادية كما هو الأصل، و بالتالي فان هذا القضاء استثنائي لا يمكن تبريره على

أساس القواعد العامة في الاختصاص، أما بالنسبة للعقود الإدارية الأخرى فان

الأضرار التي تحدث للغير من قبل المتعاقدين مع الإدارة فان دعوى التعويض ترفع

أمام المحاكم العادية و ليس أمام القضاء الإداري.¹

¹ د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص 80-81.

و يتبين من ذلك أن هذا الامتياز ممنوح للمتعاقد مع الإدارة وهو بخلاف القواعد العامة في الاختصاص بحيث يشكل وجوده عبئاً أو قيداً يتحمله الغير و لعل اتجاه القضاء الإداري الفرنسي إلى ذلك ناجم عن رغبته في توسيع نطاق سيطرته على المنازعات الناشئة عن تطبيق هذين العقدين سواء أكانت العقدية أم التقصيرية. و لما كان هذا الامتياز مقصورة على عقدين هما عقد الالتزام و الأشغال العامة، فسنتناول ذلك في نقطتين:

أولاً: امتياز التقاضي في عقد التزام المرفق العام

بادئ ذي بدء يعرف عقد الالتزام بأنه ((طريقة من طرق إدارة المرافق العامة تتمثل في عقد إداري ذو طبيعة خاصة يعهد بمقتضاه احد الأشخاص القانون العام إلى احد أشخاص القانون الخاص(فرد طبيعي أو شركة)بمهمة إشباع حاجات جماعية عن طريق إنشاء و تسيير مرفق عام على نفقته الخاصة و على مسؤوليته لقاء منحه حق تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين تحت إشرافها و رقابتها)).¹

¹ د. الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص358.

و الرأي الراجح في الفقه و القضاء الإداري أن عقد التزام المرفق العام يحتوي على نوعين من الشروط، الشروط التعاقدية التي تختص بتنظيم العلاقة بين الإدارة و الملتزم و التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فهي إذن شروط لا تهم المنتفعين ، مثالها تحديد مدة الالتزام فضلا عن الامتيازات المالية عدا الرسوم إذ تعد من الشروط اللائحية و الشروط التي لا يقتصر في تنظيمها على الملتزم و إنما تمتد إلى المنتفعين و هي الخاصة بتنظيم المرفق العام و كيفية تسييره كتحديد الرسوم التي يجوز تقاضيها و الإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المنتفعين و شروط الانتفاع بالخدمة، حيث تسمى هذه بالشروط اللائحية و الفرق بين الشروط التعاقدية و اللائحية هو أن الأولى يمكن الاستغناء عنها لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة المباشرة في حين إن الشروط اللائحية تبقى حتى و إن تولت الإدارة بنفسها إدارة المرفق وهو الرأي الراجح.¹

والملتزم في عقد الالتزام قد يتسبب في إحداث أضرار تصيب الغير أثناء تنفيذ التزاماته فانه في هذه الحالة وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن للغير أن

¹ د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص83.

يقاضى الملتزم أمام المحاكم الإدارية، فلا يجوز للغير المضرور أن يرجع بالتعويض على الإدارة إلا إذا ثبت إعسار الملتزم.¹

والسبب في عدم إمكانية رجوع الغير بالتعويض على الإدارة في عقد التزام المرفق العام إلا في حالة إعساره هو أن الملتزم يقوم بإدارة المرفق على نفقته و لحسابه و بالتالي فان الأضرار التي تحدث للغير بسبب نشاط

المرفق يتحملها الملتزم و إن كان المرفق سيؤول بعد انتهاء مدة الامتياز إلى الإدارة، فضلا عن ذلك فان الإدارة لا تعد خلفا عاما أو خاصا للملتزم و يمكن ملاحظة ذلك في حالة إسقاط الامتياز فان ديون الملتزم لا تتحملها الإدارة المانحة للامتياز وقد جاء ذلك في الفتوى العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري في

شباط 1958 بقولها ((...و من ثم لا يستطيع دائنو الشركة (الشركة الملتزمة للمرفق

) أن يطالبوا بديونهم أو يستوفوا حقوقهم من غير مالها، لان مخاطر إدارة المرفق

تقع على عاتق الشركة التي منحت امتيازها، وعليها وحدها أن تتحمل النتائج المترتبة

على هذا الإسقاط)).²

¹ د. المصدر نفسه، ص 83.

² مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى قسم الاستشاري للفتوى و التشريع، للسنة الثاني عشر، مطابع مؤسسة اخبار اليوم، ص 9-10.

و في حالة إعسار الملتزم يكون الرجوع على الإدارة في التعويض عن الأضرار التي تسبب في إحداثها الملتزم باعتبار أن إدارة المرفق ستؤول إلى الإدارة فهي تعوض المتضرر و تعود على الملتزم بما دفعته من تعويض وفقا للقواعد العامة.

ثانيا: امتياز التقاضي في عقد الأشغال العامة

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه ((عقد معاولة بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصناعة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، و تحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد)).¹

ومن خلال التعريف يمكن أن نستنبط عناصر عقد الأشغال العامة فيما يأتي:

1- عقد الأشغال العامة هو اتفاق بين شخصين احدهما من أشخاص القانون العام (الدولة، المحافظة)، شركة عامة، و غيرها، و الآخر من أشخاص القانون الخاص فردا طبيعيا كان أم شخصية معنوية .

2-الأصل أن عقد الأشغال العامة يرد فقط على العقارات.

3- أن يتم العمل على حساب الإدارة العامة.

¹ د. حسين عثمان، القانون الإداري، الدار الجامعية بدون سنة نشر، ص 68.

4- المقابل المالي الذي يستخدمه المقاول هو الثمن لا الرسم.

فإذا تسبب المقاول في إحداث ضرر بالغير أثناء تنفيذ التزاماته فإن الغير يستطيع

أن يرجع بالتعويض على المقاول أو الإدارة باعتبار أن الأخيرة هي

صاحبة الأعمال و المسؤولية عنها بخلاف ما عليه الحال بالنسبة لعقود الالتزام

حيث إن الأصل أن يرجع الغير بالتعويض على الملتزم دون الإدارة. ومن الجدير

بالذكر أن موضوع الأشغال العامة يعد من أولى الحالات التي طبق مجلس الدولة

الفرنسي بصددها مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر حيث قرر التعويض دون

البحث عن وجود الخطأ من جانب الإدارة أم لا، و بصرف النظر عن صورة

الأشغال العامة هل كانت من صورة إنشاء عقار أو حفر أو ترميم.¹

غير أن مجلس الدولة الفرنسي اشترط في الضرر الذي يستوجب المسؤولية على

أساس المخاطر شروطا خاصة.

1- أن يكون الضرر ماديا، حيث تمسك مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر حتى

نهاية النصف الأول من القرن التاسع عشر بالمدلول الحرفي لهذه العبارة فقد اشترط

أن تؤدي الأضرار الناجمة عن الأشغال العامة إلى إتلاف العقار كليا أو جزئيا ثم

¹ د. الطماوي. القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر العربي سنة 1986، ص232، ص232.

تحول عن ذلك فيما بعد و أقام المسؤولية إذا أدت لأضرار إلى إنقاص القيمة الاقتصادية للعقار و لو لم يتلف مادياً، فقد أصدر

مجلس الدولة الفرنسي قراراً في 23 تموز 1929 بالتعويض عن الأضرار التي لحقت نتيجة الأشغال العامة بالمسكن، حيث حُجبت النور عنه و حرمته من منظر جميل كان يستمتع به قبل إتمامه الأشغال العامة.¹

2- أن يكون الضرر دائماً أو على الأقل يجب أن يستمر فترة زمنية معينة .

تخرج عن نطاقه الأضرار العادية التي ينبغي أن يتحملها الأفراد من أجل تحقيق المنفعة العامة.²

3- أن يكون الضرر استثنائياً و يخرج عن نطاق أضرار الجوار المألوفة، وهي في الواقع الصفة الأساسية للأضرار التي يجذب أن تتحملها على أساس المخاطر و بناء على ذلك لا مجال للتعويض عن الأضرار التي تلحق بالغير إلا إذا خرجت عن النطاق غير العادي. حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الأضرار التي لحقت مجموعة من المساكن نتيجة أشغال عامة موضوعها مد سكك حديدية أحاطت

¹ د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص87.

² د. الطماوي، المصدر السابق، ص234.

بهذه المساكن و أصبحت بمثابة جزيرة تحيطها القضبان بحيث لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق حفر أنفاق تحت هذه القضبان.¹

والحقيقة إن مسؤولية الإدارة عن تعويض الأضرار التي تسببتها الأشغال العامة هي مسؤولية واحدة في القضاء الإداري و العادي، و ذلك على اعتبار أن الأشغال العامة تجري عادة لمصلحة الإدارة، و هذه المسؤولية أحدى التطبيقات التي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة 219 التي أشارت إلى أن ((1- الحكومة و البلديات و المؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة و كل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم)) ، و من تطبيقات القضاء العادي في هذا الشأن ما جاء في حكم لمحكمة استئناف التأميم في 2002/9/15 في قضية تتلخص وقائعها أن مديرية بلدية كركوك أبرمت عقد مقاوله إنشاء مجاري في إحياء عديدة في المدينة و من ضمنها حي الأندلس حيث تسبب المقاول في إحداث أضرار جسيمة بدار المدعي (أ ، خ) نتيجة تسرب مياه المجاري إلى هذا الدار حيث قالت المحكمة ((... وحيث أن البلدية مسؤولة عن تلك الأضرار نتيجة تصميم المجاري عملا بأحكام المادة 219 من القانون المدني، لذا فان المدعين يستحقون التعويض عن أضرار الدار.....))

¹ القضية رقم 132/س/2001 ، قرار غير منشور.

إن الالتزامات التي يتحملها الغير من العقد الإداري لا تتوقف عند حد مظهر السلطات التي تخولها الإدارة للمتعاقد بل تمتد لتشمل أيضا الامتيازات الممنوحة له التي تشكل في الوقت ذاته التزامات على الغير، فمن هذه الامتيازات ما تمنح المتعاقد حق تقاضي الرسوم وخصوصا في عقد التزام المرفق العام، و منها ما يكون استثناء المتعاقد من قاعدة المنافسة الحرة حيث يستطيع المتعاقد من خلال هذا الامتياز منع الغير من منافسته، فضلا عن ما اعتادت عليه الإدارة في إدراج شرط إعفاء المتعاقد معها من بعض الضرائب العامة استثناء من مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة و يكون ذلك في عقود القرض العام و عقود التزام المرافق العامة، و من جهة أخرى هناك حالة جرى عليها مجلس الدولة الفرنسي في منح المتعاقد امتياز التقاضي أمام المحاكم الإدارية لا العادية في حالة تسبب المتعاقد معها في إحداث أضرار للغير أثناء تنفيذ التزاماته وهو قضاء استثنائي لا يستند إلى القواعد العامة في الاختصاص و تقتصر على عقدين فقط هما عقد التزام المرفق العام و عقد الأشغال العامة.

بذلك سنتناول تلك الامتيازات و في أربعة نقاط:

أ- حق المتعاقد في تقاضي الرسوم من الأفراد.

ب- شرط عدم المنافسة.

ج- إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب.

د- امتياز التقاضي.

أ- حق المتعاقد في تقاضي الرسوم من الأفراد:

الأصل أن المرافق العامة تقدم خدماتها مجاناً للأفراد و يكون ذلك عندما تتولى الدولة إدارتها بشكل مباشر، ثم أخذت الدولة فيما بعد تبتعد شيئاً فشيئاً عن مجانية خدمات المرفق العام وخصوصاً في المرافق العامة الاقتصادية و الصناعية نظراً لتكلفتها الباهضة و لذلك فرضت رسوم على الأفراد نظير انتفاعهم من الخدمات التي تقدمها هذه المرافق.¹

والرسوم التي تفرض على الأفراد في حقيقتها لا توازي مقدار الخدمة المقدمة و بالتالي فإن انتفاع الأفراد يكون شبه مجاني باعتبار أن الدولة لا تستهدف الربح بقدر ما تستهدف تحقيق المصلحة العامة، و الدولة أرادت بفرض هذه الرسوم لا لتحقيق

¹ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد 1، العقود الواردة على العمل و المقاول، دار النهضة العربية سنة 1964، ص 269.

الربح بل تحميل نفقات المرفق لمستهلكيه ذاته لأنه لو جعل مجانياً لتحمل نفقاته دافعوا الضرائب و هذا منافٍ للعدل.¹

وحق تقاضي المقابل النقدي (الرسوم) من الأفراد و لا يمكن تصوره إلا في عقد

واحد هو عقد التزام المرفق العام فالمقاول في عقد الأشغال العامة يحصل على

مقابل من الإدارة ذاتها و بصورة ثمن باعتبار أن العمل الذي قدمه يكون لمصلحة

الإدارة إلا الملتزم في عقد التزام المرفق العام فهو يتولى إدارة المرفق على حسابه و

نفقته وهو يسعى من ورائها باعتبارها عملية استثمارية له الحصول على الربح و

الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين من خدمات المرفق و تسمح له باسترداد رأسماله

و تحقيق ربح معقول.²

وبذلك تكون الرسوم هي المقابل المالي للخدمات التي يقدمها المرفق العام محل

الالتزام إلى المنتفعين و هي من حقوق الملتزم غير أن هذا المقابل لا يعد اجراً

يخضع لأحكام القانون المدني بل يعتبر رسماً تسري عليه أحكام القانون الإداري و

من ثم يكون للسلطة الإدارية وحدها حق تقرير رسوم الانتفاع بالمرافق العامة. و

قد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا الموضوع، في حكم صدر لها

¹ المصدر نفسه، ص270.

² د. علي الخطار، المصدر السابق، ص63.

في 1977/12/30 على انه ((.. و من حيث من المسلم به فقها و قضاء أن شروط

عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين ،شروط لائحية و شروط تعاقدية، و

الشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي

وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ، و

المسلم به أن التعريف أو خطوط السير و ما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة

للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة...)).وتتولى عادة وثائق الامتياز تحديد الرسوم

التي يمكن للملتزم اقتضاؤها من المنتفعين و ذلك من خلال تولي الإدارة نفسها تحديد

هذه الرسوم بعد استشارة الملتزم وان كانت هذه الاستشارة لا تضي على تلك الشروط

الطابع التعاقدية فتبقى شروطاً لائحية. وإذا كانت الإدارة المتعاقدة هي المسؤولة عن

وضع تعاريف الرسوم التي

يتقاضها الملتزم من المنتفعين فانه من الناحية العملية تقوم الإدارة بوضع حدٍ أعلى

للملزم، و للملتزم حرية تحديد الرسوم بين الحد الأدنى والأعلى و يحدث في أحيان

أخرى أن تقوم الإدارة بتحديد الرسم بشكل رقمي بحيث لا يترك للملتزم أي حرية في

هذا المجال.¹

¹ د. على الخطار ، المصدر السابق،ص63.

و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد ، هل إن الإدارة و المتعاقد معها أحرار في تحديد الرسوم الواجب تقاضيها من المنتفعين ؟ والحقيقة أن ثمة قيوداً ترد على حرية كل من الإدارة و المتعاقد معها في هذا الشأن ، فهناك قيود ناشئة عن التدخل التشريعي و قيود أخرى ناشئة عن وجوب احترام مبدأ المساواة بين المنتفعين. بالنسبة للقيود الأول الذي يتمثل بتدخل المشرع في تحديد الرسم، فإذا وجد نص تشريعي يحدد ذلك فلا مجال حينئذ للإدارة و المتعاقد معها الخروج عليه باعتباره قاعدة قانونية أمره لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها ، ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في قانون التزامات المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947 في المادة الثالثة انه ((لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام، عشرة في المائة من راس المال الموظف و المرخص به من مانح الالتزام و ذلك بعد خصم مقابل استهلاك راس المال و ما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل عن عشرة في المائة و ما يتبقى من هذا الزائد

في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام).¹

¹ تقول المذكرة الإيضاحية للقانون في هذا الصدد (... هذه المادة تنص على انه لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم الأولى في أرباح استغلال المرفق عشرة في المائة من راس المال الموظف في المرفق و المرخص فيه من مانح الالتزام، و يجب أن يكون

و القيد الثاني يتعلق بوجود احترام مبدأ المساواة بين المنتفعين، و هذا المبدأ يشكل احد القواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة و يشكل في الوقت نفسه تطبيقاً لمبدأ عام أوسع هو مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون و أمام السلطة العامة، فالمنتفعون بخدمات المرفق العام متساوون في الأعباء التي يفرضها المرفق عليهم و كذلك في المزايا و الخدمات التي يؤديها إليهم.¹

وبناء على ذلك فإن الإدارة حين تحدد الرسم بمفردها و على الملتمزم كذلك حين يترك له بعض الحرية في تحديد الرسم احترام قاعدة المساواة بين المنتفعين، و قد ورد تطبيق هذه القاعدة في التشريعات المدنية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 893 من القانون المدني العراقي ((على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور).²

هذا المبلغ الحد الطبيعي لجزاء الملتمزم، إذ لا يجوز أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية أو التجارية في أرباح غير محددة، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل تلك المشروعات.... و أخيراً فقد استقر الرأي في السنوات الأخيرة و على وجه الخصوص في الفقه الفرنسي على أن في التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة و ما له من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتمزم أن يجني من استغلالها أرباحاً باهظة يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها (..

نقلا عن السنهوري، المصدر السابق، ص286.

¹ د. ماهر جبر نضر، الأصول العامة للقانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة سنة 2002، ص411.

² تقابلها المادة 670 من القانون المدني المصري.

واخلال الملتمزم بمبدأ المساواة بين المنتفعين يوجب المسؤولية و بالتالي يترتب عليه تعويض كل من يتضرر من جراء ذلك الإخلال و قد أشارت الفقرة الثالثة من المادة 893 إلى أن ((كل تمييز لمصلحة احد العملاء يوجب على الملتمزم أن يعوض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة)). و لا يقصد بالمساواة هنا المساواة الحسابية أو المطلقة إنما المقصود بها توحيد المعاملة متى تماثلت الظروف حيث إن هذا المبدأ لا يحول دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض في الأجر أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن تتوافر فيهم الشروط التي يعينها الملتمزم بوجه عام و لكن في الوقت نفسه فان المساواة تحرم على الملتمزم منح احد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.¹

و من جانب آخر فان حرص الإدارة على مصالح المنتفعين لا يقف عند تحديد الرسوم التي تشكل التزاما على المنتفعين (الغير عن عقد الالتزام) بل انه يوجب عليها عند تغير الظروف الاقتصادية إعادة النظر في تحديد هذه الرسوم بما يراعي مركز المنتفعين و في الوقت نفسه يراعي حقوق الملتمزم في أن يتقاضى مقابلا

¹ أشارت إلى ذلك الفقرة 2 من المادة 893 ون القانون المدني العراقي .

895 يتناسب مع الوضع الاقتصادي العام حيث أشارت الفقرة الثانية من المادة
مدني عراقي الى ذلك بقولها ((و يجوز إعادة النظر في هذه التعريفات و تعديلها ،
فإذا عدلت الأسعار المعمول بها و صدق على التعديل سرت الأسعار الجديدة دون
اثر رجعي من الوقت الذي حدده قرار التصديق لسريانها)). و قد نص قانون
التزام المرافق العامة المصري المذكور آنفا في المادة الثانية على انه ((و يكون
لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على
الأسس التي تحدد في وثيقة الامتياز)).

ب- شرط عدم المنافسة:

لما كان المتعاقد مع الإدارة يتمتع بحق ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة في
العقد الإداري التي تنتج عن ممارستها التزامات يتحملها الغير، فانه فضلا عن ذلك
يتمتع بامتيازات تمنحها الإدارة له و تكون استثناء من قاعدة المنافسة الحرة
المشروعة، و من ضمن هذه الامتيازات شرط عدم المنافسة الذي يقضي بحق
المتعاقد منع غيره من ممارسة النشاط نفسه إلى يمارسه في العقد الإداري . والإدارة
قد تجد في بعض الأحيان أن تطبيق مبدأ حرية المنافسة بين الأفراد من شأنه التأثير
على حسن تنفيذ و تسيير المرافق العامة التي أنشئت في الأصل لتحقيق المصلحة

العامة، فلو تعاقد على سبيل المثال احد الأفراد مع الإدارة لغرض إدارة مرفق عام فلكي يستمر المرفق في تقديم خدماته للأفراد على أكمل وجه فان المصلحة العامة تقتضي منح المتعاقد شرط عدم المنافسة و السبب في ذلك هو أن ممارسة النشاط نفسه من قبل الغير من شأنه إحداث تضارب بين مصلحتين ، مصلحة الفرد الخاصة و المصلحة العامة وهو ما يدفع بالإدارة منح هذا الامتياز للمتعاقد معها حرصا على المصلحة العامة.¹

و شرط عدم المنافسة يرد عادة في عقد التزام المرفق العام باعتبار أن الأخير يقتضي الاستمرارية في تقديم الخدمات للأفراد فتتعهد الإدارة ببناء على ذلك بعدم منح أي تصريح أو ترخيص للغير لمزاولة ذات النشاط الذي يمارسه الملتزم و لذلك نجد اتفاقيات الامتياز (عقود امتياز المرافق العامة) تنص على هذا الأمر و مثال ذلك ما جاء في المادة 17 من اتفاقية امتياز كهرباء عمان إذ انه (مع مراعاة أحكام المادة 20 من هذا الامتياز لا يسمح لأي شركة كهربائية أخرى خلاف الشركة صاحبة الامتياز أو لأي شخص أو أشخاص آخرين أو أية سلطة حكومية أو بلدية بتوليد أو توريد أو توزيع الطاقة الكهربائية ضمن منطقة الامتياز إلا إذا قام بهذا التوليد أو التوريد أو التوزيع شخص أو أشخاص لغايات استعمالهم الخاص و في

¹ د. عبد العليم عبد المجيد ، المصدر السابق، ص98.

مثل هذه الحالة لا يسمح لهؤلاء الأشخاص أن يبيعوا مباشرة أو بالواسطة أو أن يتصرفوا بقوتهم الكهربائية لمنفعة فريق ثالث أو للمنافع العامة¹.

يتبين من هذه الاتفاقية أنها نصت صراحة على عدم السماح لأية شركة كهرباء أخرى من منافسة الشركة صاحبة الامتياز و بذلك تحقق مصلحتين هما المصلحة العامة المتمثلة باستمرارية المرفق في تقديم خدماته، و المصلحة الخاصة للمتعاقد في أن يحصل على ربح معقول و بالتالي فإن منافسته من قبل شركة أخرى سوف تضر به من جهة و من ثم تضر المرفق الذي يديره من خلال تعطيل تقديم الخدمات للمنتفعين من جهة أخرى. و شرط عدم المنافسة لا يكون مطلقا من حيث الزمان و المكان، فتحديد منطقة الامتياز بمكان معين من شأنه أن يجعل إمكانية ممارسة النشاط ذاته خارج هذه المنطقة ، أما مدة الامتياز فإنها تحدد في فترة زمنية تتراوح بين الثلاثين إلى خمسين سنة.²

و السؤال المطروح هنا هو، هل تبقى الإدارة المتعاقدة ملتزمة دائما بشرط عدم المنافسة خصوصا في ظل التقدم العلمي و التقني ؟ للإجابة عن ذلك فان اجتهاد

¹ اورده ،د. علي الخطار ، المصدر السابق،ص66.

² حدد قانون التزام المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947 مدة الامتياز في المادة الأولى على انه (لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة لا تزيد على ثلاثين سنة) كذلك حددت المادة 42 من قانون البلديات الأردني رقم 29 لسنة 1955 مدة الامتياز بما لا يتجاوز الثلاثين سنة أيضا.

مجلس الدولة الفرنسي قد مر بمرحلتين ، المرحلة الأولى :أكد فيه مجلس الدولة ضرورة تمسك الإدارة بالتزاماتها تجاه المتعاقد و خصوصا في مسألة شرط عدم المنافسة ، حيث جاء في قرار له صدر في 26 كانون الأول سنة 1891 بـ((... وجوب احترام الإدارة لشرط عدم المنافسة بصورة كاملة و تامة مهما كان التقدم العلمي و التكنولوجي ...)).¹

المرحلة الثانية: تغير فيها موقف مجلس الدولة الفرنسي و اصبح يوجب على الإدارة إخطار الملتزم بضرورة تحسين وتطوير الخدمات التي يقدمها المرفق بما يستجيب للتطورات العلمية و التكنولوجية بحيث إذا رفض الملتزم أو تباطأ في الاستجابة لذلك فان للإدارة التحلل من التزاماتها بشأن شرط عدم المنافسة و بالتالي تستطيع منح امتياز أو ترخيص للغير لغرض ممارسة ذات النشاط في منطقة الامتياز، و قد اقر مجلس الدولة الفرنسي ذلك في قضية الشركة الجديدة لغاز مدينة (ديفيل-ليه-روان) سنة 1902 التي تتلخص وقائعها أن إحدى المقاطعات الفرنسية قد منحت امتيازاً على سبيل الاحتكار لهذه الشركة للإضاءة باستعمال الغاز و بعد سنوات قليلة شاع استعمال الطاقة الكهربائية في الإضاءة الأمر الذي دفع بالمقاطعة الى الطلب من الملتزم تغيير الإضاءة بالقوة الكهربائية بدلا من الغاز فرفض الملتزم ذلك ونتيجة لهذا

¹ اورده، د. إبراهيم طه فياض، المصدر السابق، ص177.

الرفض أبرمت الإدارة (المقاطعة) عقد التزام مع شخص آخر يقدم الخدمة باستعمال الطاقة الكهربائية فرفع الملتزم القديم دعوى التعويض على المقاطعة لإخلالها بالعقد فرفض مجلس الدولة طلبه و بنى حكمه على أساس ((... تبين من النية المشتركة للطرفين المتعاقدين كانت متجهة إلى قبول هذا التغيير حيث أن استعمال الكهرباء كان شائعا وقت إبرام العقد.... فإذا رفضت الشركة استبدال القوة الكهربائية بالغاز في الإنارة ، تكون المقاطعة في حل من الاحتكار و من ثم تستطيع أن تعهد بهذه المهمة إلى شركة أخرى...)¹.

يتبين من هذا الحكم أن الإدارة لا تكون ملتزمة بشرط عدم المنافسة حتى ان أدرج هذا الشرط في العقد الإداري وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة تغيير طريقة الخدمة وفقا للتطور العلمي و التكنولوجي، فالمصلحة العامة في استعمال الطاقة الكهربائية بدل الغاز أولى من مصلحة المتعاقد التي تقضي بعدم منافسته خصوصا إذا تبين من الحكم أعلاه أن الإدارة لم تخرق هذا الالتزام إلا بعد رفض الملتزم الاستجابة لها في تطوير طبيعة الخدمة التي يؤديها. فضلا عن ذلك فان الإدارة في العقود الإدارية تملك إنهاء عقود أبرمت بتاريخ سابق على العقد الذي منحت فيه الإدارة للمتعاقد

¹ مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة 11 ، ص144.

شرط عدم المنافسة و ذلك إذا اقتضت المصلحة العامة، و هذا ما أيدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم صدر في 8 كانون الأول سنة 1957 في قضية تتلخص وقائعها في أن مصلحة الآثار اتفقت مع متعهد على إقامة كازينو حديث في المنطقة المجاورة لتمثال أبي الهول و تعهدت بأن يشمل نشاط هذا الكازينو المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة ذات النشاط، و تنفيذاً لهذا الشرط أنهت الإدارة عقود بعض الأفراد في المنطقة و قد بينت محكمة القضاء الإداري ذلك بان الإدارة (.. لم تستعمل سوى حقها.. وهي بهذا الإجراء إنما تتوفر مصلحة عامة و ذلك أنها رأت إقامة مقصف فاخر يشمل نشاط المنطقة كلها بما فيها منطقة الأرض المرخص للمدعي بإقامة كشك فيها).ومن الجدير بالذكر ان الملتزم في عقد التزام المرفق العام قد لا يمنح حق الاحتكار القانوني بينما يمنح حق امتياز و معنى ذلك أن غيره من الأفراد أو الشركات لا يمنعون قانوناً من ممارسة النشاط نفسه الذي يمارسه الملتزم و لكن الإدارة المتعاقدة تتعهد للملتزم بالامتياز لغيره من المنافسين له التسهيلات التي تمنحها إياه ، كالترخيصات اللازمة و الإعانات و ما إلى ذلك التي تجعل الملتزم محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً بحيث لا يقوى احد على منافسته، و يندر أن تسمح السلطة الإدارية التزاماً دون أن تجعل الملتزم محتكراً له احتكاراً فعلياً أو قانونياً. وبالنسبة لموقف القضاء العراقي من شرط عدم المنافسة الذي يدرج في العقود

الإدارية لم نجد حكماً قضائياً يشير إلى ذلك و السبب في ذلك يعود إلى استمرار خضوع العقود الإدارية لولاية القضاء العادي بالرغم من كون العراق من الدول ذات النظام القضائي المزدوج، ولو وسع اختصاص القضاء الإداري في العراق ليشمل العقود الإدارية فلا مانع من الاهتداء بأحكام القضاء الإداري سواء كان في فرنسا أو مصر ما دام انه يتفق والمصلحة العامة. خلاصة القول إن تقرير شرط عدم المنافسة على الرغم من مخالفته لمبدأ المساواة بين المتنافسين ناجم عن كون المتعاقد معاوناً للإدارة في تسيير و إدارة المرفق العام الذي يحقق المصلحة العامة و قد رأينا كيف تؤدي المصلحة العامة دوراً كبيراً في تجميد شرط عدم المنافسة إذا تعارضت مع المصلحة العامة.

ج- إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب العامة:

بما أن المتعاقد مع الإدارة يعتبر معاوناً لها في تسيير و إدارة المرفق العام الذي يقدم الخدمات للأفراد، فإن الإدارة قد ترى خروجاً عن مبدأ المساواة في تحمل الأعباء أو التكاليف العامة إعفاء المتعاقد معها من بعض الضرائب و خصوصاً في عقدي

،القرض العام، التزام المرفق العام، ويكون هذا الإعفاء بصفة دائمة أو مؤقتة حسب مقتضيات الأمور.¹

والدافع الأساسي الذي يدفع الإدارة إلى إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب هو تحقيق المصلحة العامة من خلال تشجيع الشركات و الأفراد على التعاقد معها لاستثمار أموالهم في تسيير و تنفيذ المرافق العامة.²

وقد تتصوي حالة الإعفاء من الضرائب في عقود التزام المرافق العامة ضمن حالة الاحتكار الفعلي الذي تتعهد الإدارة للمتعاقد من تمكينه ذلك... أن الإعانات التي تقدمها الإدارة للملتزم تجعله محتكراً للمرفق احتكاراً فعلياً وقد يكون الدعم عن طريق الإعفاء من بعض الضرائب التي تجعل موقف الملتزم قويا بالنسبة للمنافسين الآخرين. والسؤال المطروح هنا حول مدى مشروعية إدراج شرط الإعفاء من بعض الضرائب في العقود الإدارية؟ الحقيقة أن القضاء الإداري الفرنسي لا يعترض على ذلك فهو على سبيل المثال أجاز في قرار لمجلس الدولة الفرنسي في قضية

¹ د. الطماوي، الأسس العامة للعقود، المصدر السابق، ص677.

² د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص101.

(Hebert) سنة 1939 أجاز للإدارة أن تدرج هذا الشرط ضمن العقود الإدارية إذا

اقتضت المصلحة العامة ذلك.¹

و بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصري فإن البعض من الفقهاء يؤكد عدم وجود

قرار من مجلس الدولة يؤيد ذلك وهو مع ذلك يرى أنه لا مانع من الأخذ به.²

يبقى أن نشير في هذا الصدد إلى أن بعض الفقهاء كالفقيه الفرنسي دي لوبادير و

يشاركه الرأي الفقيه المصري سليمان الطماوي، يذهب إلى عدم اعتبار شرط عدم

المنافسة و شرط إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب من ضمن الآثار المباشرة للعقد

الإداري تجاه الغير و إنما تكون وفقا لرأيهما آثار غير مباشرة.³

ونحن بدورنا نؤيد الرأي السابق في حالة واحدة هي حالة الإعفاء من بعض

الضرائب حيث لا تعد اثر مباشرا للعقد الإداري تجاه الغير و السبب في ذلك أن

الإدارة تملك من خلال حرصها على المصلحة العامة إعفاء قطاعات معينة من

بعض الضرائب أما لتقدير حالتهم المعاشية أو إعفاء مشاريع اقتصادية لغرض

تشجيعها على الاستثمار و الاستغلال كذلك الحال بالنسبة للمتعاقد في العقد

¹ الطماوي، المصدر السابق، ص 677.

² د. عبد العليم، المصدر السابق، ص 102.

³ د. الطماوي، المصدر السابق، ص 677-678.

الإداري. لكن في مسألة شرط عدم المنافسة فهو في تقديرنا المتواضع يعد أثراً مباشراً للعقد الإداري في مواجهة الغير حيث يفرض هذا الشرط التزاماً سلبياً على الغير بعدم منافسة المتعاقد في ممارسة ذات النشاط، و إذا كان الأصل أن الشخص الذي وافق أو التزم بهذا الشرط فإنه يلزم نفسه بعدم ممارسة ذلك النشاط الذي يمارسه الشخص الآخر المستفيد من هذا الشرط في حين نرى ان الإدارة في إدراجها لهذا الشرط فإنها تلزم فقط بعدم منح أو إبرام عقود إدارية منافسة للمتعاقد أما من يقع عليه اثر العقد بشكل مباشر فهو الغير ،فالأخير هو الذي لا يستطيع منافسة المتعاقد و بالتالي يتحمل التزاماً سلبياً من عقد لم يكن طرفاً فيه و هذا الأمر أوجبه طبيعة العقود الإدارية من إنها تسعى دائماً إلى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

د- امتياز التقاضي:

فضلاً عن الالتزامات ... التي يتحملها الغير من العقد الإداري رغم انه لم يكن طرفاً فيه، فان هناك قيوداً و التزامات أخرى يفرضها العقد الإداري على الغير وهي ما تعرف بامتياز التقاضي الذي يقتصر تطبيقه على القضاء الإداري الفرنسي و يرد على عقدين هما عقد التزام المرفق العام و عقد الأشغال العامة، و بناء على ذلك إذا تسبب الملتزم أو المقاول في عقد الأشغال العامة في إحداث ضرر للغير أثناء

تنفيذ التزاماتهما العقدية فإنه يقاضى أمام المحاكم الإدارية و ليس أمام المحاكم العادية كما هو الأصل، و بالتالي فإن هذا القضاء استثنائي لا يمكن تبريره على أساس القواعد العامة في الاختصاص، أما بالنسبة للعقود الإدارية الأخرى فإن الأضرار التي تحدث للغير من قبل المتعاقدين مع الإدارة فإن دعوى التعويض ترفع أمام المحاكم العادية و ليس أمام القضاء الإداري.¹

و يتبين من ذلك أن هذا الامتياز ممنوح للمتعاقد مع الإدارة وهو بخلاف القواعد العامة في الاختصاص بحيث يشكل وجوده عبئاً أو قيداً يتحمله الغير و لعل اتجاه القضاء الإداري الفرنسي إلى ذلك ناجم عن رغبته في توسيع نطاق سيطرته على المنازعات الناشئة عن تطبيق هذين العقدين سواء أكانت العقدية أم التقصيرية. و لما كان هذا الامتياز مقصورة على عقدين هما عقد الالتزام و الأشغال العامة، فسنتناول ذلك في مايلي:

• امتياز التقاضي في عقد التزام المرفق العام

بادئ ذي بدء يعرف عقد الالتزام بأنه ((طريقة من طرق إدارة المرافق العامة تتمثل في عقد إداري ذو طبيعة خاصة يعهد بمقتضاه احد الأشخاص القانون العام إلى احد

¹ د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص 80-81.

أشخاص القانون الخاص (فرد طبيعي أو شركة) بمهمة إشباع حاجات جماعية عن طريق إنشاء و تسيير مرفق عام على نفقته

الخاصة و على مسؤوليته لقاء منحه حق تقاضي مبالغ نقدية من المنتفعين تحت إشرافها و رقابتها¹.

و الرأي الراجح في الفقه و القضاء الإداري أن عقد التزام المرفق العام يحتوي على نوعين من الشروط، الشروط التعاقدية التي تختص بتنظيم العلاقة بين الإدارة و الملتزم و التي تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فهي إذن شروط لا تهم

المنتفعين ، مثالها تحديد مدة الالتزام فضلا عن الامتيازات المالية عدا الرسوم إذ تعد من الشروط اللاتحوية و الشروط التي لا يقتصر في تنظيمها على الملتزم و إنما تمتد إلى المنتفعين و هي الخاصة بتنظيم المرفق العام و كيفية تسييره كتحديد الرسوم

التي يجوز تقاضيها و الإجراءات الكفيلة بحفظ سلامة المنتفعين و شروط الانتفاع بالخدمة، حيث تسمى هذه بالشروط اللاتحوية و الفرق بين الشروط التعاقدية و

اللاتحوية هو أن الأولى يمكن الاستغناء عنها لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة

¹ د. الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المصدر السابق، ص358.

المباشرة في حين إن الشروط اللائحية تبقى حتى و إن تولت الإدارة بنفسها إدارة المرفق وهو الرأي الراجح.¹

والملتزم في عقد الالتزام قد يتسبب في إحداث أضرار تصيب الغير أثناء تنفيذ

التزاماته فانه في هذه الحالة وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن للغير أن

يقاضى الملتزم أمام المحاكم الإدارية، فلا يجوز للغير المضرور أن يرجع بالتعويض

على الإدارة إلا إذا ثبت إفسار الملتزم.²

والسبب في عدم إمكانية رجوع الغير بالتعويض على الإدارة في عقد التزام المرفق

العام إلا في حالة إفساره هو أن الملتزم يقوم بإدارة المرفق على نفقته و لحسابه و

بالتالي فان الأضرار التي تحدث للغير بسبب نشاط

المرفق يتحملها الملتزم و إن كان المرفق سيؤول بعد انتهاء مدة الامتياز إلى الإدارة،

فضلا عن ذلك فان الإدارة لا تعد خلفا عاما أو خاصا للملتزم و يمكن ملاحظة ذلك

في حالة إسقاط الامتياز فان ديون الملتزم لا تتحملها الإدارة المانحة للامتياز وقد

جاء ذلك في الفتوى العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري في

شباط 1958 بقولها ((....و من ثم لا يستطيع دائنو الشركة (الشركة الملتزمة للمرفق

¹ د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص 83.

² د. المصدر نفسه، ص 83.

(أن يطالبوا بديونهم أو يستوفوا حقوقهم من غير مالها، لان مخاطر إدارة المرفق تقع على عاتق الشركة التي منحت امتيازها، وعليها وحدها أن تتحمل النتائج المترتبة على هذا الإسقاط)).¹

و في حالة إعسار الملتزم يكون الرجوع على الإدارة في التعويض عن الأضرار التي تسبب في إحداثها الملتزم باعتبار أن إدارة المرفق ستؤول إلى الإدارة فهي تعوض المتضرر و تعود على الملتزم بما دفعته من تعويض وفقا للقواعد العامة.

• امتياز التقاضي في عقد الأشغال العامة

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه ((عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصناعة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، و تحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد)).²

ومن خلال التعريف يمكن أن نستنبط عناصر عقد الأشغال العامة فيما يأتي:

1- عقد الأشغال العامة هو اتفاق بين شخصين احدهما من أشخاص القانون

¹ مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى قسم الاستشاري للفتوى و التشريع، للسنة الثاني عشر، مطابع مؤسسة اخبار اليوم، ص9-10.

² د. حسين عثمان، القانون الإداري، الدار الجامعية بدون سنة نشر، ص68.

العام (الدولة، المحافظة)، شركة عامة، و غيرها، و الآخر من أشخاص القانون الخاص فردا طبيعيا كان أم شخصية معنوية.

2-الأصل أن عقد الأشغال العامة يرد فقط على العقارات.

3- أن يتم العمل على حساب الإدارة العامة.

4- المقابل المالي الذي يستخدمه المقاول هو الثمن لا الرسم.

فإذا تسبب المقاول في إحداث ضرر بالغير أثناء تنفيذ التزاماته فان الغير يستطيع

أن يرجع بالتعويض على المقاول أو الإدارة باعتبار أن الأخيرة هي

صاحبة الأعمال و المسؤولة عنها بخلاف ما عليه الحال بالنسبة لعقود الالتزام

حيث إن الأصل أن يرجع الغير بالتعويض على الملتزم دون الإدارة. ومن الجدير

بالذكر أن موضوع الأشغال العامة يعد من أولى الحالات التي طبق مجلس الدولة

الفرنسي بصدد مسؤوليتها الإدارية على أساس المخاطر حيث قرر التعويض دون

البحث عن وجود الخطأ من جانب الإدارة أم لا، و بصرف النظر عن صورة

الأشغال العامة هل كانت من صورة إنشاء عقار أو حفر أو ترميم.¹

¹ د. الطماوي. القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر العربي سنة 1986، ص232، ص232.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي اشترط في الضرر الذي يستوجب المسؤولية على أساس المخاطر شروطاً خاصة.

➤ أن يكون الضرر مادياً، حيث تمسك مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر حتى نهاية النصف الأول من القرن التاسع عشر بالمدلول الحرفي لهذه العبارة فقد اشترط أن تؤدي الأضرار الناجمة عن الأشغال العامة إلى إتلاف العقار كلياً أو جزئياً ثم تحول عن ذلك فيما بعد و أقام المسؤولية إذا أدت لأضرار إلى إنقاص القيمة الاقتصادية للعقار و لو لم يتلف مادياً، فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً في 23 تموز 1929 بالتعويض عن الأضرار التي لحقت نتيجة الأشغال العامة بالمسكن، حيث حجبت النور عنه و حرمته من منظر جميل كان يستمتع به قبل إتمامه الأشغال العامة.¹

➤ أن يكون الضرر دائماً أو على الأقل يجب أن يستمر فترة زمنية معينة .

تخرج عن نطاقه الأضرار العادية التي ينبغي أن يتحملها الأفراد من أجل تحقيق المنفعة العامة.²

¹ د. عبد العليم عبد المجيد، المصدر السابق، ص 87.

² د. الطماوي، المصدر السابق، ص 234.

➤ أن يكون الضرر استثنائياً و يخرج عن نطاق أضرار الجوار المألوفة، وهي في الواقع الصفة الأساسية للأضرار التي يجذب أن تتحملها على أساس المخاطر و بناء على ذلك لا مجال للتعويض عن الأضرار التي تلحق بالغير إلا إذا خرجت عن النطاق غير العادي. حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الأضرار التي لحقت مجموعة من المساكن نتيجة أشغال عامة موضوعها مد سكك حديدية أحاطت بهذه المساكن و أصبحت بمثابة جزيرة تحيطها القضبان بحيث لا يمكن الوصول إليها إلا عن طريق حفر أنفاق تحت هذه القضبان.¹

والحقيقة إن مسؤولية الإدارة عن تعويض الأضرار التي تسببتها الأشغال العامة هي مسؤولية واحدة في القضاء الإداري و العادي، و ذلك على اعتبار أن الأشغال العامة تجري عادة لمصلحة الإدارة، و هذه المسؤولية أحدى التطبيقات التي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة 219 التي أشارت إلى أن ((1- الحكومة و البلديات و المؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة و كل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم)) ، و من تطبيقات القضاء العادي في هذا الشأن ما جاء في حكم لمحكمة استئناف التأميم في 2002/9/15 في قضية تتلخص وقائعها أن مديرية بلدية

¹ القضية رقم 132/س/2001 ، قرار غير منشور.

كركوك أبرمت عقد مقاوله إنشاء مجاري في إحياء عديدة في المدينة و من ضمنها
حي الأندلس حيث تسبب المقاول في إحداث أضرار جسيمة بدار المدعي (أ، خ)
نتيجة تسرب مياه المجاري إلى هذا الدار حيث قالت المحكمة ((... وحيث أن
البلدية مسؤولة عن تلك الأضرار نتيجة تصميم المجاري عملا بأحكام المادة 219 من
القانون المدني، لذا فإن المدعين يستحقون التعويض عن أضرار الدار....)).

الخاتمة:

بانعقاد العقد صحيحا وبتوافر كل أركانه يترتب التزامات على المتعاقدين إذا كان العقد ملزما للطرفين وهذا ما يميز العقد الملزم لجانبين كعقد البيع مثلا فالبايع فيه يلتزم بتسليم الشيء المبيع حسب الاتفاق الحاصل. -هذه النتيجة هي منطقية يعكسها مبدأ نسبية اثر العقد التي نجدها في نص المادتين 108 و113 من القانون المدني الجزائري، لكن هل صحيح أن هذا العقد لا يمس الغير الأجنبي كما جاء في نص المادة 108 أو انه يمس في شقه الموجب فقط؟ أي يكسبه حقا دون أن يلتزم بالشق السلبي للعقد كما نصت عليه المادة 113 من القانون المدني الجزائري.

فالتقيد بمبدأ نسبية العقد والذي كان يستبعد الاعتراف بالعقد خارج دائرة المتعاقدين والملتزمين به أمر غير مقبول خاصة بالتطور الذي لوحظ في الساحة التجارية أو العقود المدنية على حد سواء فالعقد أصبح له وجود خارجي إلى جانب الوجود الداخلي، فكان وجوبا فرض احترام العقد ووجد في مبدأ النفاذ مجالا خصبا في ذلك والذي أعطى للوجود الخارجي أهمية على العلاقة الداخلية وهذا أمر مرفوض أيضا فكان وجوبا الأخذ بالمبدأين بصفة مكملة لبعضهما. -وبالرجوع لقواعد القانون المدني، نجد أن الغير لا يستطيع تجاهل وجود العقد، فالعقد بالنسبة للغير هو واقعة مادية أي قد يتأثر لها إيجابا أو سلبا وهذا يعد خروجاً عن النص المادة المذكورة أعلاه.

فمفهوم الغير تجاوز نظامه التقليدي فلم يكن مركزه قائما على أساس مساهمته في إبرام العقد أو دوره في أخذه للحقوق من مورثه وإنما أصبح يحتل مركزا موضوعيا في العقد لم تعد إرادته هي المعيار الذي يحدد هذا المركز إذ يمكنه أن يكون فاعلا أي منتفعا أو متضررا من عقد وان لم يكن طرفا في العلاقة التعاقدية حسب المفهوم الشكلي الضيق لكلمة طرف ، وذلك نتيجة للتطورات الحاصلة في قواعد حرية

التجارة وحرية رؤوس الأموال والبضائع ونقل التكنولوجيا ،وهو تصور ما كان ليحصل لولا قصور المفهوم التقليدي للغير عن مواكبته.

وبه أصبح مركز الغير مركز متطور وخرج من التعريف الضيق الذي ينص على أنه كل شخص ليس طرفا في العقد و دخل من بابه الواسع الى مجال النفاذ في العقد.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر.

القوانين والأوامر والمراسيم:

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975،
المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم 2007.

المرسوم رقم 91-314 المؤرخ في 7 سبتمبر 1991، المحدد لإجراءات تسخير
الأمرين بالصرف، للمحاسبين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية
الشعبية، رقم 43، الصادرة في 18 سبتمبر 1991.

المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
ثانياً: المراجع.

1- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

جمال خالد أحمد حسن. "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني
البحريني، الجزء الأول، مصادر الالتزام". بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

حسن علي الذنون ، نجد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر
الالتزام ، ج 1، عمان، 2002.

حسين عثمان، القانون الإداري، الدار الجامعية بدون سنة نشر، ص 68.

حمداتي شبيها ماء العينين. "تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه
الإسلامي". دار و مكان الطبع غير مذكورين. 2007.

- سعاد الشرقاوي، العقود الغدارية "أدوات الدولة للتنمية الاقتصادية"، دار النهضة العربية، طبعة 1، القاهرة، مصر، 2017.
- الطماوي. القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1986.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري. "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بدون ذكر سنة الطبعة. مطبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
- عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج 1، القاهرة، مصر، 1949.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 1 ، العقود الواردة على العمل و المقاوله، دار النهضة العربية سنة 1964.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مجلد 1 ، العقود الواردة على العمل و المقاوله، دار النهضة العربية، مصر، سنة .
- عبد المجيد الحكم، عبد الباقي البكري، مجد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج 1، بغداد ، 1980.
- غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج 1، بغداد 1981.
- الفحام علي، سلطة الادارة في تعديل العقد الإداري -دراسة مقارنة-، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، سنة 1996.
- مامو الكزبري. "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات". الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة.الدار البيضاء، المغرب 1974.

ماهر جبر نضر، الأصول العامة للقانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، مصر، سنة 2002.

ماهر جبر نضر، الأصول العامة للقانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، مصر سنة 2002.

محمد الشرقاني " نظرية العقد ، دراسته في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن"، الطبعة الأولى-، مطبعة دار ليلي للطباعة والنشر، مراكش، المغرب 1996.

مصطفى أحمد الزرقا "شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة الجزء الأول،المصادر، العقد و الإرادة المنفردة. الطبعة الرابعة. مطبعة دار الحياة، دمشق 1964.

ب- المقالات:

بوزنان العيد وضامن عبد القادر، التكييف القانوني للغير والتعهد عن الغير، مجلة التراث، العدد 26، المجلد الثاني، جامعة الجلفة.

الصادق عبد القادر و خليل ايمان، المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، المركز الجامعي افلو، ديسمبر، 2020.

ت- المداخلات:

برادة محمد غزبول:" عقد الانتماء الايجاري بين الفقه والقضاء " في الدورة التخصصية في المادة التجارية سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية يونيو 2004.

ث- المواقع الالكترونية:

موقع الكتروني [/https://www.droitentreprise.com](https://www.droitentreprise.com)، يوم 2021/08/09،
على الساعة 22.20.

المحامي بندر بن شمال الدوسري، عقد الاشتراط لمصلحة الغير، موقع الكتروني:

<https://alwatannews.net/article/867299/Bahrain/%D8%B9%D9>

[%82%D8%AF-](#)

[%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B4%D8%AA%D8%B1%](#)

[D8%A7%D8%B7-](#)

[%D9%84%D9%85%D8%B5%D9%84%D8%AD%D8%A9-](#)

يوم ، [%D8%A7%D9%84%D8%BA%D9%8A%D8%B1](#)

2021/08/11، على الساعة 11.45.

2- المراجع باللغة الأجنبية:

PEUGOT(G):lescontratsd'administrationJ.C.A.Pp510,511

أ	مقدمة
01	الفصل الأول: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير
01	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للغير
01	المطلب الأول: تطور مفهوم الغير بظهور المجوعة العقدية.
05	المطلب الثاني: مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير
06	الفقرة الأولى: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير وشروط تحققه.
06	أولاً: ماهية الاشتراط لمصلحة الغير.
08	ثانياً: شروط تحقق الاشتراط لمصلحة الغير.
11	المطلب الثالث: شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير.
14	المبحث الثاني: الأساس القانوني لامتداد أثر العقد الإداري.
15	المطلب الأول: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير
15	الفرع الأول: التأسيس التاريخي للنظرية.
17	الفرع الثاني: تعريف قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
19	الفرع الثالث: شروط قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
22	المطلب الثاني: التعهد عن الغير
23	الفرع الأول: مفهوم التعهد عن الغير ونطاقه
24	أولاً: مفهوم التعهد عن الغير
26	ثانياً: طبيعة التعهد عن الغير
27	الفرع الثاني: المطلب الثاني: شروط وأثار التعهد عن الغير
27	أولاً: التعاقد بالاسم الشخصي
28	ثانياً: أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه بهذا التعهد لا إلزام الغير
29	ثالثاً: أن يكون محل التزام المتعهد القيام بعمل هو حمل الغير على قبول هذا التعهد
35	الفصل الثاني: امتداد اثر العقد الإداري للغير
36	المبحث الأول: أثار العقد بالنسبة للغير:
38	المطلب الأول: الحقوق التي يستمدها الغير من العقد الإداري:
39	الفرع الأول: حق الغير في أن تبرم الإدارة العقود الإدارية وفقاً لأحكام القانون:
42	الفرع الثاني: حق الغير في التمسك ببعض النصوص الإدارية الواردة في العقد لصالحه.
42	الفرع الثالث: حق مطالبة الإدارة بالتدخل.
43	الفرع الرابع: حق الانتفاع ببعض الخدمات.
44	المطلب الثاني: الالتزامات المفروضة على الغير.
45	الفرع الأول: تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة.
46	الفرع الثاني: امتيازات التقاضي.
50	الفرع الثالث: استثناء المتعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة.
53	المطلب الثالث: الأساس القانوني في امتداد أثار العقد إلى الغير.

الفهرس

53	الفرع الأول: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.
58	الفرع الثاني: فكرة الطبيعة الذاتية للعقد الإداري.
61	المبحث الثاني: امتيازات الممنوحة للمتعاقد في العقد الإداري
62	المطلب الأول: حق المتعاقد في تقاضي الرسوم من الأفراد
68	المطلب الثاني: شرط عدم المنافسة.
74	المطلب الثالث : إعفاء المتعاقد من بعض الضرائب العامة
77	المطلب الرابع : امتياز التقاضي.
78	أولاً: امتياز التقاضي في عقد التزام المرفق العام.
81	ثانياً: امتياز التقاضي في عقد الأشغال العامة.
110	الخاتمة
112	قائمة المصادر والمراجع
118	الفهرس