١٢٤٠/ع
يقيد/
عميد الكلية
رئيس
١٩٨٧/٥/١٤
١٢٤١ل
٥٦٨٤ع

جامعة عين شمس
كلية الحقوق

رسالة دكتوراه دولة فى الحقوق

وموضوعها

((معيار العقد الادارى))
"دراسة مقارنة"

اعداد :

ثوريا لعيونى

لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/سليمان محمد الطماوى أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق جامعة عين شمس السابق	مشرفا على الرسالة رئيسا
الأستاذ الدكتور/ محمود عاطف البنا أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة	عضوا
الأستاذ الدكتور/ محمد مرغنى خيرى أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة عين شمس	عضوا

١٩٨٧

٢٤٦/٦
ل.ت.ل

اهـــــــــداء

الـــى والـدىّ الأعـــــزاء ..

الـــى أساتذتى الأجـــلاء ..

أهـــدى ثمـــرة جهـــدى المتواضع ..

بسم الله الرحمن الرحيـــــم

مقدمة وخطة بحث :

يحتل العقد الادارى مكانة هامة من بين الوسائل القانونية التى تلجأ اليها الادارة فى تسيير مرافقها العامة وللوفاء باحتياجات المواطنين ، وهو يمثل الآن أهمية خاصة من الناحية القانونية ، حيث كثرت الدراسات الفقهية والقانونية بكل ما يتعلق بهذه الوسيلة من مواضيع[1] . فرغم حداثة هذه الوسيلة القانونية ، فقد أصبحت حقيقة واضحة لا يمكن انكارها ، ويرجع الفضل فى ذلك الى الدور الرئيسى الذى لعبه القضاء الادارى الفرنسى فى نشأة العقد الادارى ، وفيما يعرفه حتى الآن من تطور ، فضلا عن جهود مختلف مفوضى الحكومة ومحاولات رجال القانون العام فى فرنسا فى تأصيل هذا الأسلوب القانونى الجديد الذى نشأ الى جوار القرار الادارى ، فاكتملت تقريبا معظم قواعد وأحكام العقد الادارى وأصبحت هناك نظرية عامة للعقد الادارى مستقلة عن نظرية العقد المدنى .

الا أنه من الموضوعات التى كانت ولا زالت محلا للجدل الفقهى والتى صدرت بشأنها مختلف الأحكام المتناقضة ، تلك المتعلقة بمعيار العقد الادارى ، فهذا المعيار هو الأساس الذى تقوم عليه أية دراسة مرتبطة بالعقود الادارية . فهناك نظرية مستقلة للعقد الادارى تتضمن مختلف الأحكام

---

(١) F.Llorens; contrat d'entreprise et Marchés de travaux publics, contribution a la comparaison entre contrats de droit privé et contrats administratifs these Toulouse. 1978. Hubert - Gerald - Hubrecht les contats de servicepublic these Bordeaux 1980.

والمبادئ التى تطبق على العقد الادارى ، لكن السؤال المطروح هو : متى ينظر الى وسيلة معينة على أنها عقد ادارى وبالتالى تطبق عليه هذه المبادئ والقواعد التى استقر عليها القضاء فى هذا الصدد ؟

فالصعوبة كلها تكمن فى التمييز بين نوعى العقود التى تلجأ اليها الادارة لاشباع الحاجات العامة وللحصول على ما يلزمها من مواد لتسيير مرافقها العامة ، ذلك أن عقود الادارة فى هذه الحالة ليست من طبيعة واحدة ، بل هى نوعان متمايزان ومختلفان من حيث ما اذا كانت الادارة قد اتبعت أسلوب القانون العام أو قواعد القانون الخاص فى ابرام عقودها . اذن يكون من الضرورى التمييز بين عقود الادارة الادارية وعقودها المدنية وذلك لاختلاف النظام القانونى المطبق على نوعى عقود الادارة . فاعتبار العقد اداريا يخضع المنازعات الناشئة عنه لاختصاص القضاء الادارى وبالتالى تطبق عليه قواعد وأحكام القانون الادارى ، وليس هناك شك حول ما يتمتع به هذا القانون من أصالة واستقلال ، كما أن كون العقد الذى تبرمه الادارة من عقود القانون الخاص يؤدى الى اخضاع المنازعات المتعلقة به لاختصاص المحاكم العادية وتطبق عليه أحكام القانون المدنى وهو القانون المطبق على عقود الأفراد.

اذن فالاختلاف الأساسى بين نوعى عقود الادارة من حيث القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائى بمنازعاتهما ، يتطلب تحديد طبيعة العقد الذى تبرمه الادارة ومن ثمة اخضاعه لهذا النظام القانونى أو ذاك . ويظهر هذا الأمر بوضوح خاصة فى دول القضاء المزدوج مثل فرنسا ومصر حيث يستقل القضاء الادارى عن القضاء العادى ، فيطبق الأول أحكام القانون العام والقانون الادارى ، بينما يخضع الثانى المنازعات التى ترفع أمامه لقواعد ومبادئ القانون الخاص .

ويكون البحث عن معيار لتمييز العقد الاداري عن غيره من العقود ضروريا حتى في الدول التي لا تعرف نظام الازدواج القضائي ولكنها تأخذ بمبدأ استقلال القانون الخاص عن القانون العام ،بل نرى أن ايجاد معيار للعقد الاداري في مثل هذه الدول يكون ذا أهمية أكثر لمعرفة القانون الواجب التطبيق ، اذ في هذه الدول لا يهم تحديد القاضي المختص بل الذي يهم هو تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على العقد الاداري طبقا للمعيار الذي حدد مسبقا وهذا هو الوضع في المغرب .

ومشكلة تمييز العقد الاداري تجد أساسها في القضاء وما يعرفه من مرونة وتطور ، ولهذا لا يمكننا الحديث عن معيار وحيد تم الأخذ به منذ نشأة العقود الادارية ،بل هناك معايير متتابعة ومتطورة ، فهي ليست مختلفة عن بعضها البعض بل هي نفس المعايير ،كل ما في الأمر أنها تهذبت وتطورت فظهرت في أشكال جديدة لمواجهة التطورات الاجتماعية الاقتصادية والقانونية . وهذه هي ميزة معيار العقد الاداري ، فنفس العناصر التي اعتمد عليها القضاء لأول مرة لاعطاء العقد الطابع الاداري لا زالت مستمرة ،لكن هذه العناصر تغيرت بما يلائم الظروف الجديدة ، فمثلا معيار المرفق العام المأخوذ به حاليا في فرنسا ليس هو ذلك المعيار الذي أقره القضاء في حكم Thérond (١) أيضا لم تعد الشروط الاستثنائية تلك الشروط التي نجدها في نصوص العقد ،بل حدث تطور، اذ أصبحنا نستنتج الطابع الاداري للعقد من شروط استثنائية بعيدا عن نصوص العقد . كما عرف المعيار العضوي بدوره تطورا ،فلم تعد الدولة وحدها المختصة بابرام العقود الادارية ،

---

(١) C.E. 4/3/1910, Thérond, RDP; 1910, 249, note Jèze; S. 1911.3.17, concl. Pichat, note Hauriou.

بل هناك الأشخاص اللا مركزية الاقليمية والمرفقية ادارية كانت أو صناعية ،بل ظهر تطور فى هذا المجال منذ أكثر من عشرين سنة ، حيث أعترف لأشخاص خاصة بامكانية ابرام عقود ادارية فى اطار ظروف معينة يحددها القضاء ، وأهم تطور أن معيار العقد الادارى صار معيار قضائيا بحتا يرجع فيه الفضل الى القضاء الفرنسى من حيث تأصيل مختلف الأحكام والقواعد المتعلقة بضوابط معيار العقد الادارى وان كانت لا زالت هناك عقود ادارية بتحديد القانون فى فرنسا وذلك نظرا لأهمية هذه العقود ولأسباب متعلقة بفرنسا .

ولقد بلغ معيار العقد الادارى فى فرنسا درجة كبيرة من الوضح والتطور ،لكن رغم ذلك فهو لا زال من المواضيع الأكثر مرونة والتى يثور حولها الكثير من الجدل والاختلاف الفقهى الذى لا ينتهى . فمعيار العقد الادارى من المواضيع بالغة المرونة والحيوية ، ذلك أنه يترتب عليه نتائج جوهرية من حيث الاختصاص القضائى ومن حيث القانون المطبق على العقد ، اذ يترتب على اعتبار العقد اداريا تطبيق أحكام القانون العام وبصفة خاصة مبادئ القانون الادارى وما تتمتع به من استقلال وأصالة خاصة فيما يتعلق بامتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها الادارة سواء أثناء ابرام العقد الادارى أو عند تنفيذه، أما فيما يتعلق بالاختصاص القضائى ، فتخضع المنازعات المتعلقة به لاختصاص القضاء الادارى ، فعلى أساس تحديد طبيعة العقد يتحدد الاختصاص القضائى ، فيختص القضاء الادارى بكل ما يتعلق بتفسير العقد ،بطلانه وتنفيذه ... الخ .

فوجود نظامين قضائيين مختلفين ونظامين قانونيين متميزين هو أساس تمييز العقد الادارى عن العقد المدنى الذى تبرمه الادارة ، فضلا عما يتميز به العقد الادارى من خصائص ذاتية تجعله يخضع لنظام مختلف عما هو مأخوذ به بالنسبة لعقود الأفراد .

ولا زال معيار العقد الادارى يثير الكثير من المشاكل وكل يوم يأتينا القضاء بالجديد بصدد شروط هذا المعيار فيزيد الأمور تعقيدا ويوسع فجوة الخلاف بين الفقه الذى لم يتفق حتى الآن حول هذا الموضوع ، فليس هناك شك حول أهميته سواء من الناحية القانونية أو العملية ، لذا رأينا تقسيم هذه الدراسة كالتالى :

تتكون هذه الرسالة من باب تمهيدى وقسمين :

ينقسم الباب التمهيدى الى فصلين ، يتعلق الأول بمفهوم العقد ومكانته فى القانون الادارى ،أما الثانى فهو بصدد الحاجة الى تمييز العقد الادارى عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى كالقرار الادارى وعقد الادارة المدنى .

القسم الأول ، وفيه ندرس معايير تمييز العقد الادارى وهو يتضمن ثلاثة أبواب :

يتعلق الأول بالاختلاف الفقهى حول معيار تمييز العقد الادارى ،أما الثانى فيتناول العقود الادارية بتحديد القانون . وهو ينقسم الى ثلاثة فصول : يتعرض الأول للعقود الادارية بتحديد القانون فى فرنسا ،أما الثانى فهو مخصص للعقود الادارية بتحديد القانون فى مصر ، والثالث فهو لمثل هذه العقود فى المغرب . الباب الثالث وهو تحت عنوان " المعيار القضائى فى تمييز العقود الادارية " ورأينا تقسيم هذا الموضوع الى فصلين ،الفصل الأول : ندرس فيه اتجاه القضاء بالنسبة لمعيار تمييز العقد الادارى ،أما الفصل الثانى فخصصناه لتحليل المعيار القضائى الحالى فى تمييز العقد الادارى ، وهو ينقسم الى أربعة مباحث :

يتعلق المبحث الأول بالمعيار العضوى ،أى كون الادارة طرفا فى العقد الادارى وما يرد على هذا المعيار

من استثناءات . المبحث الثانى وندرس فيه شرط اتصال العقد بمرفق عام وهو الشرط الثانى فى المعيار القضائى . وفى المبحث الثالث نتعرض للمعيار الثالث أى اتباع أسلوب القانون العام فى العقد أو معيار الشروط الاستثنائية من القانون الخاص . ورأينا أن نتعرض فى مبحث رابع لتطور مفهوم العقود الادارية فى فرنسا ، خاصة فى مجال سياسة الاقتصاد الموجه والتجاء الادارة الى الأسلوب التعاقدى فى المجال الاقتصادى وذلك من أجل تحقيق أهداف أخرى جديدة مرتبطة بسياسة الدولة ورغبتها فى تنفيذ أهداف الخطة العامة للدولة .

القسم الثانى ، وخصصناه لدراسة النتائج القانونية المترتبة على الطبيعة الادارية للعقد وتطبيق المعيار القضائى على أهم عقود الادارة .

وينقسم هذا الموضوع الى بابين : الباب الأول يتعلق بالنتائج القانونية المترتبة على الطبيعة الادارية للعقد الادارى ، فندرس فى فصل أول ، النتيجة الأولى والمتمثلة فى خضوع العقد الادارى لأحكام القانون العام ، فنتعرض لمدى خضوعه لأحكام القانون العام عند ابرام العقد وكيفية اختيار المتعاقد مع الادارة فى فرنسا ، مصر والمغرب فى مبحث أول ، ونخصص المبحث الثانى لمدى خضوع العقد لأحكام القانون العام أثناء تنفيذه والسلطات المعترف بها للادارة خصوصا سلطتها فى تعديل العقد الادارى بارادتها المنفردة وسلطتها فى انهاء العقد كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك .

أما الفصل الثانى فخصصناه للنتيجة الثانية المترتبة على الطبيعة الادارية للعقد وهى اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات الناشئة عن العقد الادارى .

فندرس هذا الاختصاص فى دول القضاء المزدوج مثل فرنسا ومصر وذلك فى مبحث أول ، ثم نتعرض فى المبحث الثانى للاختصاص القضائى بمنازعات العقود الادارية فى ظل القضاء الموحد والذى يأخذ به المغرب .

الباب الثانى وفيه نطبق المعيار القضائى على أهم عقود الادارة .

فطبقنا المعيار المستقر عليه فى تمييز العقود الادارية على مجموعة من العقود التى تبرمها الادارة وذلك فى فصول مستقلة . فاخترنا عقد التزام المرافق العامة ، وعقد الأشغال العامة ، عقود التوريد والنقل ، عقود العمل أو التوظيف التى تبرمها الادارة مع الأفراد للمشاركة فى تسيير المرافق العامة ، أيضا عقود التعهد بالانتظام فى الدراسة وخدمة الحكومة ورأينا التعرض لنوع جديد من العقود عرف تطورا كبيرا فى فرنسا فاخترنا أحد أنواع عقود الاقتصاد الموجه والمتمثل فى العقود التى تكلف المتعاقد بمهمة التدخل الاقتصادى .

بـــاب تمهيـــــدى

نظـرا للمكانـة التى أصبح يحتلها الأسلـــــوب التعاقـــدى فى المجـــال الادارى ، نـــرى قبـــل التعـــرض لمعيـــار العقـــد الادارى أن نمهد لـــه بدراســـة عن مفهـــوم العقـــد ومكانتـــه فى القانـــون الادارى فى الفصـــل الأول ،ثم محاولـــة تمييـــز العقـــد الادارى عن غيـــره من التصرفـــات القانونيـــة فى الفصـــل الثانـــى .

الفصل الأول

مفهوم العقد ومكانته في القانون الاداري

وينقسم هذا الفصل الى مبحثين :

ندرس في الأول مفهوم العقد بصفة عامة سواء لدى فقهاء القانون الخاص أو العام ، ثم دور ومكانة العقد في القانون الاداري في المبحث الثاني .

المبحث الأول

مفهوم العقد

عرّف القانون المدني الفرنسي العقد بقوله : " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر باعطاء أو بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء " (١) .

---

(١) المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي حيث تقول : "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelques choses".