شبكة المعلومات الجامعية

بسم الله الرحمن الرحيم

Ain Shams University Information Network
جامعة عين شمس
شبكة المعلومات الجامعية
@ ASUNET

شبكة المعلومات الجامعية

جامعة عين شمس

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

قسم

نقسم بالله العظيم أن المادة التي تم توثيقها وتسجيلها
علي هذه الأفلام قد أعدت دون أية تغيرات

يجب أن

تحفظ هذه الأفلام بعيدا عن الغبار

في درجة حرارة من 15-25 مئوية ورطوبة نسبية من 20-40%

To be Kept away from Dust in Dry Cool place of 15-25- c and relative humidity 20-40%

شبكة المعلومات الجامعية

التوثيق الالكتروني والميكروفيلم

كلية الحقوق

يصعب قراءة بعض
الصفحات الاصلية

جامعة عين شمس
كلية الحقوق

سُلطة الأدارة فى تعديل العقد الإدارى
دراسة مقارنة

رســـــالة مقدمة للحصول على درجة دكتور فى الحقوق

اعـــداد
على عبد العزيز الفحام

لجنة الحكم مكونة من السادة :

الأستاذ الدكتور سليمان محمـــد الطماوى — رئيســـا
عميد كلية الحقوق ــ جامعة عين شمس ــ والمشرف على الرسالة

الأستاذ الدكتور عبد الحميد كمـــال حشيش
أستاذ القانون العام المساعد بكلية الحقوق ــ جامعة القاهرة

الاستاذ الدكتور محمد رمزى الشاعر — أعضاء
أستاذ القانون العام المساعد بكلية الحقوق ــ جامعة عين شمس

١٣٩٥ هـ — ١٩٧٥ م

المقدمة

ليس من شك فى أن القرار الادارى الصادر عن الادارة ، يعد أنجع وأقوى الوسائل القانونية التى تتسلح بها ، لامكان قيامها بواجباتها المتعددة (١)، الملقاة على عاتقها ، والتى تزداد يوما بعد يوم .

الا ان أسلوب القرار الادارى ، وهو يقوم اساسا على معنى الالزام وفرض الأمر دون ارادة الافراد ، قد يعجز عن الوفاء ببعض الاهداف المنشودة ، لذلك فقد ترى الادارة — وهى صاحبة السلطة — ان تستعين بخدمات الافراد بطريق الاتفاق الودى معهم .

وهكذا يمكن ان تلجأ الادارة الى التعاقد مع الافراد ، أو حتى الى التعاقد مع الاشخاص الاعتبارية الاخرى ، بقصد ادارة المرافق العامة أو تسييرها ، أو تحقيق الاغراض التى تستهدفها (٢) ، فتبرم العديد من العقود المختلفة ، بقصد الوفاء بمتطلبات المرافق واشباع حاجات الجمهور المتزايدة .

والعقود التى تبرمها الادارة ليست من طبيعة واحدة ، فهى تنقسم الى قسمين : —

١ — عقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص .
"contrats de droit privé de l'administration"

٢ — عقود الادارة التى تخضع للقانون العام ، وهى ما يعرف بالعقود الادارية .
"contrats administratifs"

---

(١) العميد الدكتور سليمان الطماوى « الاسس العامة للعقود الادارية — دراسة مقارنة » الطبعة الثانية ١٩٦٥ — ص ٢٠ .

(٢) الدكتور ثروت بدوى « النظرية العامة فى العقود الادارية » — طبعة ١٩٦٣ — ص ٣ .

فالنوع الاول من تلك العقـــود يطبق عليه القانون الخـــاص ، ويختص به القضاء العادى • اما النوع الثانى منها ، فيطبق عليه القانون الادارى ، وينعقد الاختصاص به للقضاء الادارى • وللتفرقة بين هذين النوعين من العقود ، تظهر لنا اهمية معيار تمييز العقود الادارية •

وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا ، فى تعريف العقد الادارى الى أن « •••مناط العقد الادارى ان تكون الادارة احد اطرافه ، وان يتصل بنشاط المرفق العام ••• وان يأخذ العقد بأســـلوب القانون العـــام ، وماينطوى عليه من شـــروط استثنائية غير مألوفة فى عقـــود القانون الخاص •••» (٣) •

وذات الاتجاه ما ذهبت اليه محكمة القضاء الادارى ، فى حكم حديث لها فى ٢٧ مـــايو ١٩٧٣ (٤) ، مسايرة لقضائها المستقر فى شأن هذا المعـــيار (٥) •

ومن المعروف أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، مستقر منذ فترة

---

(٣) حـــكم المحكمة الادارية العليـــا رقم ٥٩٩ فى ٢٤ فبراير ١٩٦٨ السنة ١٣ القضـــائية المجموعة ص ٥٥٧ .

وانظر ايضا قضاء مستقر لها بدات المعنى :

حكمها رقم ١٨٨٩ فى ٣١ مارس ١٩٦٢ الســنة ٦ القضائية المجموعة ص ٥٢٧

وحكمها رقم ١٠٥٩ فى ٢٥ مايو ١٩٦٣ السنة ٨ القضائية المجموعة ص ١٢٢٥

وحكمها رقم ٥٧٦ فى ٣٠ ديسمبر ١٩٦٧ السنة ١٢ القضائية المجموعة ص ٣٥٩

(٤) حكم محكمة القضاء الادارى رقم ١٥٩٥ جلسة ٢٧ مايو ١٩٧٣ السنة ٢٨ ق مبدأ رقم ١٢٩ (لم ينشر) .

وانظر أيضا حكمها رقم ١٠٦٧ جلســـة ٢٨ مارس ١٩٧٣ السنة ٢٨ ق مبـــدأ رقم ٩٢ (لم ينشر) .

(٥) حكمها رقم ٨٧٠ فى ٩ ديسمبر ١٩٥٦ السنة ١١ ق المجموعة ص ٧٦

حكمها رقم ٣٤٨ فى ٢ يونيه ١٩٥٧ السنة ١١ ق المجموعة ص ٨٧ .

حكمها رقم ١٢٣٥ فى ٢٢ مارس ١٩٦٠ السنة ١٤ ق المجموعة ص ٢٥٦ .

حكمها رقم ١١٨٤ فى ٢٥ يونيه ١٩٦١ السنة ١٥ ق المجموعة ص ٢٦٦ .

حكمها رقم ١٠١٢ فى ١٨ اكتوبر ١٩٦٢ السنة ١٥ ق المبدأ رقم ٥٧ .

حكمها رقم ٥٦٤ فى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٤ السنة ١٨ ق المبدأ رقم ٢٢٥ .

حكمها رقم ٤٣ فى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٩ السنة ٢٣ ق المبدأ رقم ٣٠ .

طويلة على ذات التعريف (٦) • وهو ماأخذ به معظم الفقه الفرنسى (٧) ، وجانب من مفوضى الحكومة حديثا (٨)•

ومن ثم يلزم لقيام العقد الادارى توافر شروط ثلاثة : —

١ — ان تكون الادارة طرفا فى العقد •

٢ — ان يتصل العقد بمرفق عام •

٣ — ان يتضمن العقد شروطا استثنائية •

الشرط الاول : ان تكون الادارة طرفا فى العقـــــد

وهذا الشرط وان كان ضروريا الا انه غير كاف • فهو يتصف بالبساطة فيما مضى،حيث كان يتفق والحالة التى ينبغى عليه ان ينظمها،وذلك وفقا لنظرة المذهب الليبرالى الذى كان سائدا حينذاك ، وقت أن كانت معظم المجالات الاقتصادية محجوزة لنشاط الأفراد ، وخارجة عن اختصاص مهام الدولة (٩) •

لكن تدخل الدولة المتزايد اظهر تطوره السريع ، فان الكثير من المشاكل

---

(٦) Note Long. weil et Braibant, sous C.E. 8 juillet 1963, Soc. entreprise Peyrot. grands arrêts. 5e édit., 1969, p. 513.
Note Jacques Chevallier sous T.C. 24 juin 1968, Soc. Distilleries Bretonner, D. et S., 1969. p. 116 et s.
Note Mestre au S., 1928, 1, 201.
C.E. 12 décembre 1930, Sté des Moteurs Gnême-et-Rhone, Rec., p. 1067.

(٧) Jèze, le régime juridique des contrats administratifs, R.D.P., 1945, p. 251.
Waline, Traité élémentaire de droit administratif, 6e édit., p. 561.
André de Laubadère, traité théorique et pratique des contrats administratifs, Tome Premier, Paris, 1956 p. 57.
Jean Francois Prévost, A la recherche de critère de contrat administratif, R.D.P., 1971, pp. 817 et 818.

(٨) Concl. Tricot, sous C.E. 23 décembre 1954, Dame Vve Lillo, Rec. p. 573.
Prévost, op. cit., p. 818.

(٩)

الاقتصادية دفع الدولة الى التدخل فى هذا المجال ، وازداد هذا التدخل اتساعا وتنوعا مع الوقت،فأصبح عليها تبعا لذلك لن تلجأ الى الاستعانة ببعض اشخاص القانون الخاص ، ليقوموا بمباشرة وظائف معينة ذات اهمية مباشرة لها • وذلك تحت رقابتها ووفقا لمبـادرتها •

وهذا الشرط رغم احتفاظه بأهمية حقيقيه ، الا أنه يبدو الان انه يواجه بعض الصعوبات ، التى تحتاج بالتالى الى بعض الايضاحات :ـ

أولا : ما هو المقصود باصطلاح الادارة ، أو مايعرف باسم اشخاص القانون العـام ؟ •

١ ـ من اشخاص القانون العام ، ما لاشك فى طابعه الادارى • وهذا يستتبع اسباغ الصفة الادارية على عقوده ، التى قد يبرمها اذا ما توافر فيه الشرطان الاخران ، وهذه الاشخاص اما أقليمية او مرفقية ويطلق عليها الفقهاء تسمية المؤسسات العامة •

ومع ذلك ، فقد اعترف القضاء الادارى فى كل من فرنسا ومصر ، بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى ، بسبب ازدياد الأفـكار الاشـتراكية ، وسياسة التدخل ، والاقتصاد الموجه الذى ساد الفكر العالمى : وهكذا قامت لجان وهيئات التنظيم فى فرنسـا ، والتى أنتهى مجلس الدولة الفرنسى ، الى اعتبارها شخص من أشخاص القانون العام (١٠) •

وعلى ذلك فقد ظهرت الهيئات المختلفة ذات الطابع المهنى ، والتى تكونت منذ عدة سنوات ، والتى تساهم فى تنفيذ المرافق العامة •

واعتبر مجلس الدولة الفرنسى ان العقود التى تبرمهـا اللجان ، الخاصة بالتنظيم المهنى عقودا ادارية (١١) •

---

(١٠) العميد الدكتور سليمان الطماوى ـ الوجيز فى القانون الادارى ـ دراسة مقارنة ـ طبعة ١٩٧٤ من ص ٤٣ الى ص ٤٦ •

(١١) C.E. 31 juillet 1942, Monpeurt, R., p. 239.
C.E. 2 avril 1943, Bouguen, R., p. 86.

ولقد سار قضاء مجلس الدولة المصرى فى ذات الاتجاه ، فيما يتعلق بالنقابات المهنية المختلفة (١٢) • واعتبر كذلك من أشخاص القانون العام بطركخانة الأقبـاط الارثوذكس (١٣) ، والمجلس الملى العام ، والمجلس الصوفى الأعلى (١٤) ، وأيدت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء (١٥) •

٢ — ويثير بعض الشراح فى مصر ، النقاش حول الطبيعة القانونية للمشروعات المؤممة ، والذى أثار هذا الموضوع ، صدور قوانين التأميم التى بدأت فى يوليو ١٩٦١ ، ثم تلك التأميمـات الشـاملة التى انتهت فى يوليو ١٩٦٣ • وقد أدى ذلك الى تملك الدولة الكثير من المشروعات المختلفة ، التى كانت أصلا ملكا للأفراد والتنظيمات الخاصة ، وبذلك بدأ ظهور القطاع العام ، الذى أصبح يسيطر على الجانب الأكبر من النشاط الاقتصادى للبلاد •

وقد أحتدم الجدل حول التكييف القانونى للشركات المساهمـة ، وتكييف العقود التى قد تبرمها •

فيذهب الدكتور محمد فؤاد مهنا ، فى تعريفه للشركات المساهمة ، والجمعيات التابعة للمؤسسات العامة ، الى أنها أشخاص ادارية عامة ، تخضع فى مزاولة نشاطها للقانون العام •

ويضيف ان الشركات المساهمة العامة تختلف اختلافا كبيرا ، عن الشركات المساهمة الخاصـة التى ينظمها القانون الخاص بصفة عامة ، وقانون الشركات المساهمة بصفة خاصة — القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ —

---

(١٢) حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥٠ السنة ٥ ق المجموعة ص ٣٠٤ حيث اعتبرت نقابة المحامين من اشخاص القانون العام .

(١٣) حكم محكمة القضاء الادارى فى ٦ ابريل ١٩٥٤ السنة ٨ ق المجموعة ص ١١٧١ .

(١٤) حكم محكمة القضاء الادارى فى ١٧ نوفمبر ١٩٥٤ السنة ٩ ق المجموعة ص ٣١ .

(١٥) المحكمة الادارية العليا فى ٢٧ مارس ١٩٦٦ السنة ١١ ق المجموعة ص ٥٢٨ . المحكمة الادارية العليا فى ٢٩ فبراير ١٩٦٤ السنة ٩ ق المجموعة ص ٧٣١ .

وان تسميتهـا بالشركة المساهمـة ، لا يدل على حقيقتهـا ، فهى من أجهزة الدولة .

ثم يستطرد قائلا : « ونظرا لأن الشركات المساهمة العامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، فانها تعتبر فى نظرنا أشخاصا ادارية عامة ، بل انها فى حقيقتها يجب أن تعتبر فى ظل قانون المؤسسـات العامة — ٦٠ لسنة ١٩٦٣ — مؤسسات عامة » (١٦) .

ثم يطبق ذات الرأى ، بالنسبة للجمعيـات التعاونية التى تنشئها المؤسسات العامة (١٧) .

---

(١٦) الدكتور محمد فؤاد مهنا — القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى — طبعة ١٩٦٢ ص ١٥١ وما بعدها . خاصة ص ١٦٤ تحت موضـوع « طبيعـة الشركات والجمعيات التى تتبع المؤسسات العامة » وهو يوضح أن الدراسة تتعلق بالشركات والجمعيات التى انشأتها المؤسسات العامة ، او تلك التى آلت اليهـا بالتأميم ، وانظـر ص ١٧٩ ايضـا .

(١٧) الدكتور فؤاد مهنا — المرجع السابق ص ١٩٤ — حيث يقول « ان الجمعية التعاونية التى تنشؤها المؤسسات العامة بمفردها ، لا يمكن اعتبارها جمعية تعاونية خاصة يحكمهـا قانون الجمعيات .. انما هى فى الواقع وبحكم القانون جهاز ادارى من أجهزة المؤسسـة العامة ، او فرع من فروع هذه المؤسسـة ، وهى بالتالى وبهـذه الصفـة من أجهزة الدولة الادارية ، شأنها فى ذلك شأن باقى الاجهزة الادارية فى الدولة كالمصالح العـامة والادارات القائمة للوزارات ، وان كانت تختلف عنها بأنها جهاز لامركزى نظرا لانها تتبع مؤسسـة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية » .

وانظر ايضا الدكتور مصطفى كمال وصفى فى بحثه عن « التكييف القـانونى للمشروعات العـامة » والمنشور بمجلة العلوم الادارية — العدد الثالث ١٩٦٧ ص ١٤٨ ، ص ١٤٩ حيث يذهب الى القول « فالمؤسسات تنشىء الشركات والوحدات لتحقيق غرضها .. فهذه السلطات تجعل من الوحدة اداة من أدوات المؤسسـة وجهازا من أجهزتهـا ، وما دامت المؤسسة هى جهاز الوزير والشركة او الوحدة هى جهاز المؤسسـة ، وكلها تقوم على غرض ادارى حسب المفهوم الاشتراكى .. فان هذه الاشخاص جميعا من اشخاص القانون العام ، تقوم على وظيفة ادارية مخصصة حسب مقاييس القانون الادارى الواجب اعمالها فى النظام الاشتراكى » .

ثم ينتهى فى هذا البحث ، بأن يعلن صراحة انضمامه الى الدكتور فؤاد مهنا فيما نادى به . ثم عاد الدكتور فؤاد مهنا فى دراسـة حديثة له فى سنة ١٩٧١ فى مجلة العلوم الادارية تحت عنوان « المشروع العام وطبيعته القانونية » ص ٧ وما بعدها وخاصة ص ١٦ الى ٢١ حيث ذكر مجموعة من الحجج يؤيد بها رأيه . يمكن لنا أن نذكرها فى شىء من الايجاز : —

١ — أن الشركات العامة ، تختلف اختلافا جذريا عن شركات المساهمـة الخاصة ، التى ينظمها القانون التجارى ، أما الشركات العامة التى تتبع المؤسسة العامة ، فهى شركـات

ومن هذا الرأى فى فرنسا الاستاذ ريبير Ripert (١٨)٠

ويلاحظ أستاذنا العميد سليمان الطماوى ، ان هذا الرأى يكشف عن حالة عدم الاستقرار التى صاحب مرحلة التحول الى النظام الاشتراكى ، كما انه يخلط بين أمرين :

الأول : تملك الدولة لرأس مال المشروع أو الجمعية ٠

الثانى : ادارة المشروع أو الجمعية ٠

فان كانت الأفكار الاشتراكية ، تفرض ضرورة تملك الدولة لبعض المشروعات ، تحقيقا لأهدافها فان الدولة ، وبعد تملكها لهذه المشروعات، حره فى اختيار الطريقة التى تديرها بها ، وانه فى دول القضاء المزدوج كما فى مصر ، يقوم المشرع بتحديد موقفه فيما يتعلق بالنظام القانونى الذى يسير عليه المشروع . فقد يخضعه للقانون العام، فيفرغه فى صورة

مساهمة بالاسهم فقط ولكنها فى حقيقتها من اجهزة الدولة الادارية ، اموالها ملك الدولة وادارتها بيد السلطة العامة فى الدولة وتباشر نشاطا صناعيا او تجاريا او زراعيا او ماليا ، مما يدخل فى الوظيفة الطبيعية للدولة فى النظام الاشتراكى .

٢ — لم تعد الدولة فى النظام الاشتراكى مجرد سلطة عامة ، اى شخص يتمتع بحق السيادة والسلطان ، ولكنها تجمع بين صفاتها كسلطة عامة ، صفة اخرى ، هى منتج ، والدولة حين تباشر وظيفتها كمنتج لا تفقد صفتها كسلطة عامة .

٣ — تباشر الدولة فى النظام الاشتراكى العربى ، النشاط الاقتصادى عن طريق اجهزة حكومية وادارية منظمة تنظيما هرميا متكاملا ، قاعدتها الشركات والجمعيات العامة ، وفوقها درجة اعلى المؤسسات العامة وفوق المؤسسات العامة المجلس الاعلى للمؤسسات والوزراء .

٤ — ان القطاع العام ، الذى نص عليه ميثاق العمل الوطنى ، يشمل المؤسسات العامة الاقتصادية ، وما يتبعها من شركات وجمعيات عامة .

٥ — يبرر ذات المعنى ، ما عبر عنه الميثاق بوضوح فى البيان الذى قدم به وزير الخزانة ميزانية الدولة سنة ١٩٦٢ — ١٩٦٣ ، وما اعلنه وزير الخزانة عن قطاعى الاعمال والخدمات .

٦ — ان النص الوحيد الذى كان يعتمد عليه القائلون بأن الشركات العامة هى اشخاص خاصة ، يحكمها القانون الخاص ، وهو نص المادة الرابعة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ، والخاص باحتفاظ هذه الشركات بشكلها القانونى ، الا ان هذا النص يتكلم عن الشكل فقط ، ولا يفيد المشرع ، الى اعتبار الشركات المؤسسة شركات خاصة .

(١٨) Ripert, Aspect juridique du capitalisme moderne, 1946, p. 16

المؤسسة العامة ، وقد يبقى على المشروع فى نطاق القانون الخاص ، فيختار الأساليب المعروفة فى ظل هذا القانون والمتعلقة بالشركات والجمعيات .

ورغبة من المشرع فى الابقاء على معدل الانتاج فى المشروعات العامة ، بعد تأميمها ، فانه يفضل أن يسير على سياسة احتفاظ المشروع العام بوصفه الذى كان عليه قبل التأميم ، وقيام المشرع بالتمييز بين المؤسسات العامة — وهى من أشخاص القانون العام — وبين ما تنشئه من شركات وجمعيات قاطع فى انه يريد المغايره فى النظام القانونى للنوعين .

وينتهى العميد سليمان الطماوى ، الى القول ان شركات القطاع العام وجمعياته ، تعتبر من أشخاص القانون الخاص ، ومن ثم فان عقودها بصفة عامة لا تعتبر من العقود الادارية ، أما اذا ارادت هذه الشركات والجمعيات أن تعقد عقودا ادارية ، فيكون ذلك عن طريق المؤسسة العامة التى انشأتها ، أو الوزارة التى تشرف على المؤسسة (١٩) .

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسى الرأى السابق (٢٠) ، بل وسار عليه أيضا جانب من فقهاء القانون الخاص (٢١) ، والعام

---

(١٩) العميد الدكتور سليمان الطماوى « الأسس العامة للعقود الادارية » المرجع السابق من ص ٥٦ الى ص ٥٩ .

(٢٠) A. de Laubadère, op. cit., p. 63.

حيث يقرر أن المشروعات المؤممة لاتختلف من المرافق الصناعية او التجارية ، وهى بالتالى من أشخاص القانون الخاص وتعتبر عقودها من عقود القانون الخاص .

(٢١) راجع من فقهاء القانون الخاص ، الدكتور اكثم الخولى فى بحث بعنوان « اثر الطبيعة العامة للمشروع العام على صفته التجارية » المنشور فى مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الرابعة العدد الثالث سنة ١٩٦٠ حيث يقول فى ص ٦٩ ، ص ٧٠ تحت موضوع الشركات المساهمة العامة وشبه العامة « .. اما فى نطاق القانون المصرى ، فنحن لا نرى محلا للتشكيك فى الاعتراف بملكية التجر للشركات المساهمة شبه العامة والعامة ، التى تثبت لها صفة التاجر .. ، ولاستقلال شخصيتها عن شخصية الدولة او المؤسسة العامة التى تمتلك جميع اسهمها ، ولحياتها فى قطاع المنافسة ، ولان هذه الشركات لا تدير مرافق عامة .. فلا محل بشأنها لادعاء التعارض بين المرفق العام من جهة ، وملكية التجر من جهة اخرى ، وفى مجال التطبيق العملى ، نجد ان الشركات العامة ، لم تنشأ فى مصر من التأميم بل نشأت