جـــــامعة القاهرة
كلية الحقوق- قسم القانون العام

التطورات الاقتصادية الحديثة
وأثرها على مركز المتعاقدين في العقد الإداري
"دراسة مقارنة"

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث
حازم بيومي المصري
المستشار م.
بالتفتيـــش الفـــــني
بهيئة قضايا الدولة

لجنة الحكم على الرسالة

أ.د. ثروت بـــدوي أستاذ القانون العام بكلية الحقوق- جامعة القاهرة	رئيساً
أ.د. جـــابر جـــاد نصار أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة القاهرة	مشرفاً وعضوا
أ.د. محمد سعيد أمين أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة عين شمس	عضـــواً

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨م

المقـــــــــدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَن تَشَاءُ وَتَنزِعُ الْمُلْكَ مِمَّن تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَن تَشَاءُ وَتُذِلُّ مَن تَشَاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (٢٦) تُولِجُ اللَّيْلَ فِي النَّهَارِ وَتُولِجُ النَّهَارَ فِي اللَّيْلِ وَتُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ الْمَيِّتِ وَتُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ وَتَرْزُقُ مَن تَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ (٢٧)﴾

صدق الله العظيم

الآية (٢٦، ٢٧) من سورة آل عمران

الإهـــــــــداء

إلى أبي وأمي .....
من علمني حرفا ، صرت له عبدا

إلى زوجتي .....
الدنيا متاع وأنت خيرها

إلى أنجالي (عمر ، روان ، عبد الرحمن ، رانيا)
قرة عين لي

إلى كل من عاونني وساعدني أهدي إليكم جميعا هذا الجهد المتواضع.

الباحـــث

مستخلص الرسالة

هذه الرسالة تدور وجودا" و عدما" في فلك التطورات الاقتصادية الحديثة وأثرها على مركز المتعاقدين في العقد الإداري وذلك من خلال مناقشة التطورات الاقتصادية الحديثة و النظرية التقليدية للعقد الإداري عن طريق بيان التطورات الاقتصادية الحديثة و الاتجاه نحو تزايد أهميه العقود الإدارية دوليا" و أسس النظرية التقليدية للعقد الإداري.

وأوضحنا أثر هذه التطورات على مركز التعاقدين في مرحلة تكوين العقد متناولين معالجه اختلال التوازن بين المتعاقدين في هذه المرحلة و مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحله إسناد العقد.

هذا و قد تم استعراض الأطر الجديدة لإبرام العقد الإداري في القانون الدولي وذلك عن طريق تفصيل القواعد الأساسية التي تحكم إبرام العقد الإداري في عقود الفيديك واليونسترال ومدى توازن مركز المتعاقدين في هذين العقدين.

ثم قمنا بتفصيل أثر التطورات الاقتصادية الحديثة على مركز المتعاقدين في مرحله تنفيذ العقد من خلال تناول تقييد سلطات الإدارة في العقد الإداري الدولي و التوازن المالي في العقد الإداري وضرورة تعادل الالتزامات بين طرفيه.

تقـــديم

لقد بلغ التقدم العلمي والتكنولوجي في الوقت الراهن حداً كبيراً تاركاً بصماته الاقتصادية علي كافة نواحي الحياة وأصبحت مصر مقبلة علي حياة وأفاق واسعة النطاق وبدأت تخطو بخطوات واسعة نحو العولمة متجهة إلي نظام الأقتصاد الحر معتمدة إلي حد كبير علي القطاع الخاص وأضحت العقود الإدارية في ظل هذا النظام أسلوباً للخصخصة ، لاسيما وأن هذه العقود تعد أسلوباً هاماً لممارسة الإدارة للعديد من أوجه أنشطتها.

ومن ثم بات واضحاً أنه بقدر استقامة تكوين هذه العقود فإنها تكون قادرة على تحقيق الأهداف المرجوة منها والتي تتمثل في جملتها في النهوض بالصالح العام.

ونظراً لأهمية تكوين العقود الإدارية فقد أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ما يعرف بأسم "القانون النموذجي لإشتراء السلع والإنشاءات" – اليونسترال – بل وأن الأمر قد امتد إلي الإحالة لصيغ معروفة ومدروسة بواسطة مهندسين وفنيين واقتصاديين ومنها الصيغة التي أعدها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين وهو ما يطلق عليها عقد الفيديك FIDIC .

فتنفيذ العقود الإدارية في ظل التطورات الاقتصادية الحديثة لا تقل أهمية عن مرحلة تكوين تلك العقود خاصة فيما يتعلق بإقتصاديات العقد وما تثيره من إشكاليات تتعلق بالتوازن المالي لتلك العقود وضرورة

تعادل الالتزامات بين أطرافها.

وبعد فهذه الإرهاصات وغيرها سنحاول عبر أبواب وفصول هذه الرسالة أن نوضحها حيث تنقسم خطة الدراسة إلي باب تمهيدي وقسمين رئيسين:

(الباب التمهيدي)

التطورات الاقتصادية الحديثة والنظرية التقليدية للعقد الإداري

والباب التمهيدي ينقسم إلي فصلين:

الفصل الأول: **التطورات الاقتصادية الحديثة والاتجاه نحو تزايد أهمية العقود الإدارية دولياً.**

الفصل الثاني: **أسس النظرية التقليدية للعقد الإداري.**

(القسم الأول)

أثر التطورات الاقتصادية الحديثة علي مركز المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد الإداري

وهذا القسم يتكون من بابين أساسيين هما:

الباب الأول: **نتناول فيه معالجة اختلال التوازن بين المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه.**

الباب الثاني: **التوازن في مركز المتعاقدين في العقد الإداري الدولي.**

(القسم الثاني)

أثر التطورات الاقتصادية الحديثة علي مركز المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد

وهذا القسم يتكون من فصلين رئيسيين هما:

الفصل الأول: تقييد سلطات الإدارة في العقد الإداري الدولي.

الفصل الثاني: التوازن المالي في العقد الإداري و ضرورة تعادل الالتزام بين طرفيه.

وأخيراً وليس أخراً سوف نتعرض لخاتمة تلك الدراسة وأبرز وأهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.....

وبالله التوفيق ،،،،

(الباب التمهيدي)
التطورات الاقتصادية الحديثة
والنظرية التقليدية للعقد الإداري

في هذا الباب نعرض التطورات الاقتصادية الحديثة والاتجاه نحو تزايد أهمية العقود الإدارية دوليا وهذا هو عنوان الفصل الأول الذي يشمل مبحثين أساسيين: الأول يتناول مسألة تدويل العقود الإدارية والثاني يتناول مسألة تنامي دور القطاع الخاص في التنمية.

أما الفصل الثاني فنتعرض فيه لأسس النظرية التقليدية للعقد الإداري والذي يشمل مبحثين الأول يتناول الطبيعة القضائية للعقد الإداري بينما يتناول الثاني الأساس القانوني لتميز جهة الإدارة في العقد الإداري وذلك على النحو التالي:

(الفصل الأول)
التطورات الاقتصادية الحديثة والاتجاه نحو تزايد أهمية العقود الإدارية دوليا

وفي هذا الفصل سوف نتناول تفصيل النقاط التالية:

المبحث الأول: تدويل العقود الإدارية (العقد الإداري كأداة للعولمة).
المطلب الأول: مظاهر تدويل العقود الإدارية.
المطلب الثاني: مجالات العقود الإدارية المتميزة.

المبحث الثاني: تنامي دور القطاع الخاص في التنمية.
المطلب الأول: ازدياد اتجاه الدول لنظام الاقتصاد الحر.
المطلب الثاني: العقود الإدارية كوسيلة للخصخصة.

(المبحث الأول)

تدويل العقود الإدارية "العقد الإداري كأداة للعولمة"

بدأت دول العالم الثالث الاتجاه نحو الإصلاح الاقتصادي بكافة مشتملا ته بهدف الوصول إلى الارتفاع والارتقاء بنهضتها فبدأ الاتجاه نحو تشجيع الاستثمارات وازدياد الاتجاه إلى إنشاء مشروعات كبري تنهض بهذه الدول وشعوبها تمكنها من مواكبة الدول المتقدمة مما حدا بهذه الدول إلى إسناد المشروعات الضخمة إلى شركات أجنبية كبري التي لا تستطيع الشركات الوطنية من حيث الإمكانات الفنية والمالية القيام بها وبدأت تظهر علي الساحة العقود الدولية التي تبرمها الدولة مع أجنبي سواء كان فردا أو شركة.

ومن هذا المنطلق سوف نتناول في هذا المبحث المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مظاهر تدويل العقود الإدارية.

المطلب الثاني: مجالات العقود الإدارية المتميزة.

(المطلب الأول)

مظاهر تدويل العقود الإدارية

تعددت المحاولات الفقهية والقضائية لتحديد مفهوم العقد الدولي وعلي نحو أدق تحديد صفة الدولية في العقد.

ولما كانت العقود الإدارية بصفة عامة هي إحدى وسائل الإدارة بل وأهمها في التعامل فان دولية هذه العقود لها أهمية ومكانة بارزة علي صعيد العلاقات الدولية وخاصة عقود الأشغال العامة. [١]

ومن ثم كان من الضروري تحديد مفهوم العقد الدولي وتحديد الصفة الدولية لهذه العقود وأضحي هذا الأمر من أدق الأمور التي تواجه الفقه في الوقت الحاضر ذلك لأنه إذا كان العقد داخليا فانه سوف يتم خضوعه للقانون الوطني للدولة المتعاقدة أما إذا كان دوليا فسوف نكون بصدد اجتهادات عديدة حول مدي خضوعه لقانون أجنبي يختلف عن القانون الوطني وهو أحد مقتضيات الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود. [٢]

يري الأستاذ Lagarde [٣] أن أية محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي سوف يفتح باب الجدل للعديد من المناقشات ذلك لأنه يتعذر الوصول إلى تعريف ينطبق علي كافة العقود الدولية بجميع أنواعها فضلا عن أن عموميتها لن تكون مفيدة ذلك لأن خصوصية بعض أنواع العقود الدولية قد تؤثر علي التعريف الموحد إذا تم استثناء غموض التعريفات المقترحة ومن جهة أخري فانه عند تحديد معيار جامد

---

[١] د. سلامة فارس عرب – وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٩٨م– ص ٢٠–٢١.

[٢] د. سلامة فارس عرب – مرجع سابق – ص ٢١.

[3] Lagarde, examen de l avent - projet de convention c.e.e.sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, in travaux du conte français de droit international prive, 1975, p. 153

يتحدد به صفة الدولية في العقد يلزم أن يأخذ في الحسبان تعقد أشكال هذه العقود وتعددها ومن ثم قد يؤدي ذلك إلى عدم انطباق المعيار علي عقد توافرت له صفة الدولية ولكنه عقد غير نمطي.

كما أن الأستاذ Pommer[١] يري انه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي. هذا وقد توصلت محاولات الفقهاء الى معياريين رئيسيين لتحديد صفة الدولية وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي[٢] وسوف نتناول المعياريين علي التفصيل التالي:

أولا: المعيار القانوني:

"ويقضي هذا المعيار باعتبار العقد دوليا متي اتصل عن طريق أحد عناصره الرئيسية بصلات أو روابط بأكثر من نظام قانوني فقد أطلق علي هذا المعيار (المعيار القانوني)"[٣] فهو مستمد من تحليل العلاقة التعاقدية الدولية وردها إلى عناصرها الرئيسية من محل وسبب وذلك عن طريق محاولة إثبات توافر علاقة أو صلة بين إحدى هذه العناصر وأكثر من نظام قانوني وطني. [٤]

---

(1) Jean Christophe pommer, principe d autonomie et loi du contrat en droit international prive conventionnel, 1992, p. 141

[٢] د. سلامة فارس عرب – مرجع سابق – ص ٣٨ ، ٢٨.

[٣] د. محمد عبد المجيد اسماعيل – عقود الأشغال الدولية " دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة لهذه العقود علي الأحكام الخاصة بها " – عام ٢٠٠٠م– ص٣١.

[٤] د. سلامة فارس عرب – مرجع سابق – ص ٣٨.

ويري البعض أن العقد يكتسب صفة الدولية إذا كان أحد أطرافه أجنبيا[١] ويذهب العميد Batiffol إلى أن " يعتبر العقد دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة الأطراف فيه سواء من جهة جنسيتهم أو محال إقامتهم أو من ناحية تركيز موضوعه يتصل بصلات أو روابط مع اكثر من نظام قانوني[٢]

في حين أن الأستاذ Kassis يري أن العناصر التي أوردها العميد Batiffol بعضها يعد من عناصر القانون والبعض الآخر من عناصر الواقع ، فان عنصري مكان الانعقاد والتنفيذ من عناصر الواقع بينما عناصر اختلاف جنسية الأطراف واختلاف محال إقامتهم أو منشأتهم من العناصر القانونية.[٣]

وقد لا يكون لبعض العناصر وخاصة عنصري اختلاف الجنسية بالنسبة للأطراف ومكان انعقاد العقد ثمة تأثير في إضفاء صفة الدولية علي العقد.[٤]

---

[١] د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد – الموجز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – ١٩٩٨م – ص١٤٥.

د. محمود سمير الشرقاوي – العقود التجارية الدولية " دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع "– دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢م– ص ١٧.

[2] Heneri Batiffol , encyclopédie juriding- Dalloz- répertoire de droit international – tome I- 1968- contrat set conventions no. 9 , p. 564.

[3] Antoine kassis, le niveau droit européen des contrats internationaux, l.g.d.j, paris, 1995, p. 24.

[٤] د. هشام صادق – القانون الواجب التطبيق علي عقود التجارة الدولية – ص ٦١ وما بعدها.

بينما يري بعض الفقهاء أن العناصر التي أوردها العميد batiffol ما هي إلا أمثلة لما يمكن أن يكون من عناصر قانونية لإضفاء صفة الدولية علي العقد ويتعين النظر إليها بقدر كبير من المرونة لمواكبة التطور السريع لنظرية العقد علي المستوي الدولي[١] ومن ثم نري أن تلك العناصر سابق الإلماع إليها والتي أوردها العميد batiffol لا تعد عناصر حصرية فهي قابلة للحذف والإضافة.

ونجد أن المشرع المصري في القانون ٢٧لسنة١٩٩٤م بشأن التحكيم قد نص علي دولية التحكيم في المادة الثالثة منه إلا أن المنطق القانوني الصحيح يقضي باعتبار التحكيم دوليا إذا كنا بصدد عقد دولي ذلك لأن الفرع يتبع الأصل وبأخذ حكمه وليس العكس. [٢]

وقد اعتنقت اتفاقية روما المبرمة في سنة ١٩٨٠م والتي دخلت حيز التنفيذ في أبريل ١٩٩١م المعيار القانوني لتحديد صفة الدولية في العقد والتي تعد بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود في نطاق دول الاتحاد الاقتصادي الأوروبي. [٣]

---

[١] د. محمد عبد المجيد اسماعيل – مرجع سابق – ص ٣٣.

[٢] د. سلامة فارس عرب – مرجع سابق – ص ٥٨٢ ، ٥٨٣.

د. محمد عبد المجيد إسماعيل – مرجع سابق – ص ٣٣.

[٣] د. سلامة فارس عرب – مرجع سابق – ص ٥٨٢ وما بعدها.

Antoine cassis ; op. cit. , p. 260 .