جامعة القاهرة
كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم القانون العام

الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق

إعداد الباحث
بندر محمد عويزب العتيبي

تحت إشراف

أ.د. ثروت بدوي

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة

٢٠٠٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ
وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ
صدق الله العظيم

شكر وتقدير

لأستاذي الفاضل المشرف على الرسالة الأستاذ الدكتور/ثروت بدوي (أطال الله في عمره وأمده بالصحة والعافية) فقد كان سيادته عونا لي في إعداد هذه الرسالة وَرحِب الصدر لكل استفساراتي وزياراتي الدائمة لسيادته وكان لا يألُ جهدا في تقديم كل ما يستطيع في سبيل دعمه العلمي الدائم واللاّ محدود فشكرا يا أستاذي الفاضل .

لأساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة الحكم والمناقشة على الرسالة ولكل من نهلت من علمه وكل من اقتبست من مؤلفه وكل من أسدى لي معلومة واستوضحت منه أمرا كنت أجهله فشكرا لكم جميعا ونفع الله بكم.....

الباحث

الفهرس

الموضـــــــــوع	الصفحة من	إلى
الإهداء	١	
المقدمة	٣	١٠
القسم الأول		
مفهوم الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية وطبيعتها القانونية	١١	
الفصل الأول		
مفهوم الشروط الاستثنائية	١٢	
المبحث الأول		
معنى الشرط الاستثنائي	١٣	١٨
المبحث الثاني		
علاقة الشرط الاستثنائي بأساليب القانون العام	١٩	٢٠
المبحث الثالث		
الأحكام القضائية والشروط الاستثنائية	٢١	٣٤
الفصل الثاني		
الطبيعة القانونية للشروط الاستثنائية	٣٥	
المبحث الأول		
الشروط الاستثنائية التي تبطل العقد المدني	٣٦	٣٨
المبحث الثاني		
الشروط الاستثنائية التي لا تبطل العقد المدني (الغير مألوفة)	٣٩	٤١
القسم الثاني		
أساس الأخذ بمعيار الشروط الاستثنائية وصورها المختلفة	٤٢	
الفصل الأول		
أساس الأخذ بمعيار الشروط الاستثنائية	٤٣	
المبحث الأول		
الأساس الشخصي	٤٤	
المبحث الثاني		
الأساس الموضوعي	٤٥	٤٦

الموضـــــــــوع		الصفحة

المبحث الثالث

الأساس العملي ٤٧

الفصل الثاني

صور الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية ..... ٤٨ –

المبحث الأول

الشروط التي تثير لبساً وليست بشروط استثنائية ٤٩ ٥٢

المبحث الثاني

الشروط المنطبعة بطابع السلطة العامة ٥٣ ٧٤

المبحث الثالث

الشروط المرتبطة بمباديء القانون العام ٧٥ ٨٣

القسم الثالث

مدى كفاية معيار الشروط الاستثنائية لاعتبار العقد إداريا والانتقادات التي وجهت لنظرية الشروط الاستثنائية ٨٤

تمهيد ٨٥ ٨٧

الفصل الأول

مدى كفاية معيار الشروط الاستثنائية لاعتبار العقد إداريا ٨٨

المبحث الأول

الأحكام القضائية القائلة بكفاية معيار الشروط الاستثنائية لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد. ٨٩ ١٠٤

المبحث الثاني

مدى تأثير الرأي القائل بأن معيار المرفق العام لا زالت له أهمية في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد والمتعلقة بالدومين الخاص ١٠٥

أولاً : النظريات القائلة بأن معيار المرفق العام لا زالت له أهميته في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد ١٠٦ ١١١

ثانياً : فيما يتعلق بالدومين الخاص (أملاك الدولة الخاصة) ١١٢ ١١٧

الفصل الثاني

الانتقادات التي وُجهت لنظرية الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري ١١٨ ١٢٨

الخاتمة ١٢٩ ١٣١

الموضـــــــــوع	الصفحة

المراجع ١٣٢ ١٤٠

الإهداء

إلى والديَّ :

أطال الله في عمريهما ومتعهما بالصحة والعافية

إلى زوجتي العزيزة :

رفيقة رحلتي العلمية

إلى ابنتيّ :

هند وسحر

أُهدي هذا العمل المتواضع

الباحث

المقدم

المقدمة

(١) سبب اختيار الموضوع:

لما كان العقد الذي تبرمه جهة الإدارة من أجل تسيير مرفق عام لا يعد عقداً إدارياً في جميع الأحوال، وذلك لأن اتصال العقد بنشاط مرفق عام ليس معياراً كافياً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وإنما يلزم فوق ذلك أن يكون الطرفان المتعاقدان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص.

ولكي نعرف ما إذا كان الطرفان قد اتبعا أسلوب القانون العام؛ فإنه يتعين علينا فحص نصوص العقد وما قد يحتويه من بنود أو شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ذلك أن هذه النصوص غير مألوفة لدى الأفراد في تعاملاتهم هي التي تكشف عن نية المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه، فضلاً عن أنها هي التي تحدد الطبيعة الإدارية للعقد واختصاص القضاء الإداري بنظر منازعاته.

ولما كان موضوع بحثنا يتعلق بالشروط الاستثنائية كمعيارٍ مميزٍ للعقد الإداري فإننا رأينا أن نختار هذا المعيار لبيان ما يشوبه من غموض وما انتهى بشأنه الفقهاء من أراء، وهل يكفي لاعتباره معياراً مميزاً للعقد الإداري أم أن معيار المرفق العام لازالت له أهمية في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد.

كما أن هذا الموضوع يشد الباحث للتعمق فيه وكشف غموضه وتحقيق آراء فقهائه.

(٢) موضوع البحث:

عندما تباشر الإدارة نشاطها فإنها تمارس نوعين من الأعمال المختلفة في طبيعتها ووصفها القانوني، ويسمى النوع الأول بالأعمال المادية، وهي تلك الأعمال التي تقوم بها الهيئات الإدارية ولا تهدف من جرائها إلى إحداث آثارٍ قانونية مباشرة ومثال ذلك: أعمال تعبيد الطرق وإنشاء الجسور ومشاريع الكهرباء وغيره. إلا أنه في بعض الحالات قد تحدث أضرار للغير جراء ممارسة الإدارة لنشاطها فتصبح مسئولة

عنها، ويترتب على عملها هذا بعض الآثار القانونية كالتعويض عن حادث سير سبّبه أحد موظفي الإدارة مثلا.

أما النوع الثاني فيسمى بالأعمال القانونية، وهي الأعمال التي تمارسها الإدارة ويكون القصد منها إحداث آثار قانونية معينة، وهي إما إنشاء مراكز قانونية جديدة وإما تعديل تلك المراكز وإما إلغاؤها وهذه التصرفات تأخذ أحد مظهرين:

المظهر الأول:

التصرفات القانونية التي تقوم بها جهة الإدارة من جانب واحد بإرادتها المنفردة، ومن ذلك القرارات والأوامر الإدارية وتُعد من أهم الوسائل القانونية التي من خلالها تستطيع الإدارة أداء واجباتها في إدارة المرفق العام وحماية النظام العام وحفظه.

المظهر الثاني:

التصرفات القانونية التي تقوم بها جهة الإدارة بالاشتراك مع بعض الأفراد أو الهيئات أو بينها وبين أشخاص اعتبارية أخرى، وبناء على ذلك تتوافق الإرادتان وتحدثان أثراً قانونياً معيناً إما بإنشاء التزام وإما تعديله أو إلغائه.

ولكن متى تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب؟

تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب عندما يعجز أسلوب القرارات الإدارية عن الوفاء ببعض أهدافها في إشباع الحاجات العامة.

ومن المعروف أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد وإنما تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: عقود الإدارة التي تخضع لقواعد القانون الخاص:

وهي العقود التي تبرمها جهة الإدارة متخذةً في ذلك نفس الأسلوب الذي يتبعه الأفراد في إبرام عقودهم (أي أن جهة الإدارة في ذلك تنزل إلى مستوى الأفراد في إبرام عقودهم) وتتبع أسلوب القانون الخاص عندما ترى أن اتباع ذلك الأسلوب يؤدي إلى تحقيق أهدافها حيث تظهر بمظهر الشخص العادي في إبرام عقودها.

القسم الثاني: عقود الإدارة التي تخضع لقواعد القانون العام (العقود الإدارية):

في هذا النوع من العقود تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة، وبالتالى تختلف عقودها عن العقود التي يبرمها الأفراد وتحكمها قواعد القانون الخاص (مدني- تجاري).

فالعقود الإدارية وإن اتفقت مع غيرها في أنها تنشيء حقوقا والتزامات متبادلة، فإنها تختلف من حيث إنها لا تنطبق عليها قاعدة (المساواة بين المتعاقدين) حيث تتمتع الإدارة بحقوق وامتيازات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص وتتجلى هذه الامتيازات في جميع مراحل العقد الإداري منذ إبرامه وحتى اكتمال تنفيذه، فتملك الإدارة -على سبيل المثال- حق استبعاد بعض العطاءات قبل البت في المناقصة بقرار مُسبب يصدر من لجنة البت في العطاءات وغير ذلك من الامتيازات، ولكن المجال الخصب لامتيازات الإدارة يبرز بعد إبرام العقد، حيث يتقرر لجهة الإدارة قِبَل المتعاقد حقوق وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق التي يقررها القانون الخاص لأي متعاقد قِبَل الطرف الآخر، منها سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه وتعديل شروط العقد بالزيادة والنقصان، وكذلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة وسلطة الإدارة في إلغاء العقد وغير ذلك.

وتتميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص بكونها تخضع لنظام قضائي خاص وهو القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج كفرنسا ومصر وبلجيكا، ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عن العقود التي تُبرم في ظل القانون الخاص، ويتميز القضاء الإداري بكونه قضاءً إنشائياً متخصصاً مهمته خلق القواعد القانونية الخاصة بنظام القانون العام على عكس القضاء العادي الذي يكتفي بتطبيق القواعد المحددة لذلك، لذا كان لابد من التمييز بين هذين النوعين من العقود نظراً لتوسع مهام الدولة المختلفة في إدارة المرافق العامة وتسييرها والقيام بالعديد من الأعمال التي تهدف من خلالها إلى تحقيق الصالح العام، واختلاف أسلوب الإدارة في اختيار شكل العقد وطبيعته الذي تبرمه مع الأفراد.

وعلى ذلك، ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن معيار المرفق العام واتصاله بالعقد هو الفيصل في موضوع التمييز، بينما ذهب جانب آخر إلى أن معيار التمييز يقوم على الجمع بين معياري المرفق العام ومعيار استخدام وسائل القانون العام ممثلة بالشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص (المعيار المزدوج) ويعتبر المعيار الرئيسي والفعال في تمييز العقد الإداري.

لذلك، اخترنا موضوع الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري ولنبين بعض ما يحيط بهذا المعيار من غموض وما حظي به من تأييد وما لاقاه من معارضة، كما أن هذا الموضوع له أهمية خاصة في بيان الاختصاص القضائي الذي يخضع له العقد.

(٣) أهمية الموضوع:

لما كان معيار المرفق العام من المرونة والاتساع حيث يمكن أن يدخل في مدلوله كل نشاط إداري يشبع حاجات عامة؛ واتسعت فكرة المصلحة العامة أيضاً لتشمل المصلحة المالية للدولة، حيث أصبحنا نجد معيار المرفق العام متحققاً في جميع العقود المبرمة من قبل السلطات العامة، ومن ثم لم يعد ذا أثر حقيقي لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد.

لذا، فإن معيار الشروط الاستثنائية في الوقت الحاضر هو- بحق- المعيار المميز للعقد الإداري سواءً كانت هذه الشروط منطبعة بطابع السلطة العامة أو لأنها شروط غير مألوفة في عقود الأفراد، فالسلطة العامة هي الطابع المميز للقانون الإداري وأساسه ومعيار الشروط الاستثنائية يعتبر تطبيقاً لهذه القاعدة في مجال العقود الإدارية.

(٤) صعوبات البحث:

لابد وأن يواجه كل شخص صعوبات في إعداد بحثه، بعض هذه الصعوبات قد يرجع إلى موضوع البحث ذاته ومدى غموضه أو تعمقه في جزئيات معينة، والبعض الآخر من الصعوبات قد يرجع إلى مصادر البحث والمراجع التي اعتمد عليها الباحث لإعداد بحثه، وفضلاً عن ذلك توجد صعوبات أيضاً، متعلقة بظروف زمان ومكان إعداد البحث.

وبالنسبة لموضوع هذه الرسالة وما واجهني من صعوبات في إعدادها، فإن أول عائق وقف أمامي- بحق- في إعداد رسالتي هو كثرة المراجع الفرنسية فيها وضرورة ترجمتها لدى جهات معتمدة وتنقيحها على أكمل وجه، ثم بعد ذلك واجهني أيضاً من الصعوبات مُدة بعثتي الدراسية حيث أن مدة البعثة الممنوحة لي هي سنتان فقط وقد استطعت- بفضل الله- أن أحصل على تمديد البعثة لسنة ثالثة تمكنت خلالها وبمساعدة أستاذي الفاضل الدكتور/ ثروت بدوي أن أجمع كل نواحي الموضوع وأُنقحه في رسالة هي الآن بين يدي قارئها.

(٥) منهج البحث:

١. المنهج التأصيلي:

هو التعبير المستخدم في مجال الدراسات القانونية للدلالة على المنهج الاستقرائي[١]، الذي يتكون من خمس مراحل:

١- مرحلة تقصي أو تتبع أمر ما أو ظاهرة معينة.
٢- مرحلة وصف الظاهرة محل البحث وتفسيرها.
٣- الانتقال من الظاهرة الخارجية للظاهرة إلى مظاهرها الداخلية.
٤- تحديد العلاقة بين السبب والنتيجة أو بين العلة والمعلول.
٥- تقرير المبدأ العام أو الحقيقة الكلية التي تحكم الظاهرة محل البحث.

٢. المنهج التحليلي:

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٣٥.

ينطلق المنهج التحليلي من الحكم العام إلى الحكم الخاص أي من القاعدة العامة إلى التصرف الذي تنطبق عليه، فمثلاً إذا قلنا إن قضاء الإلغاء قضاء موضوعي يهدف إلى احترام مبدأ المشروعية فهذه هي القاعدة العامة أو الحكم الكلي، وإذا كانت العقود الإدارية يختص القضاء الكامل بمنازعاتها باعتباره قضاء شخصياً فإن القرارات الإدارية التي يمكن فصلها عن العقد يختص قاضي الإلغاء بنظرها أيضاً وهذا هو التصرف الخاص أو الحكم الجزئي الذي تطبق عليه القاعدة العامة ويطلق على هذا المنهج أيضاً، الاستدلال بالاستنتاج المنطقي.

(Raisonnement Par deduction)

ويستلزم تحليل الجزئيات المطروحة للدراسة سبر أغوارها والنزول إلى عمقها.

والجمع بين المنهج التأصيلي والتحليلي شيء مطلوب في مجال البحث العلمي لما بينهما من وشيجة قوية تأبى الفصل بينهما وتجعلهما متكاملين.

ذلك أن المنهج التحليلي أو الاستنباطي يبدأ عادة من حيث ينتهي المنهج الاستقرائي.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان المنهج التأصيلي هو السبيل إلى استخلاص المبدأ العام وتكوين القاعدة الكلية، فإن المنهج التحليلي هو الطريق الأساسي إلى تطبيق المبدأ واختيار مدى شمولية القاعدة.

ومن هنا تأتي دراستنا لمعيار الشروط الاستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري جامعة بين المنهج التأصيلي؛ حيث جمعنا جزئيات البحث المتناثرة في المراجع الفقهية المختلفة والأحكام القضائية وأدخلناها في النظام القانوني الذي يحكم معيار تمييز العقد الإداري، ثم اعتمدنا على المنهج التحليلي في الهبوط من النظام الكلي إلى سبر أغوار هذه الجزئيات والأفكار المطروحة للدراسة وتناول المشكلات التي تتفرع عنها بالتحليل والتعمق على نحو ما سيبين في ثنايا دراستنا ومن خلال طرح أفكار وموضوعات البحث.

(٦) خطة البحث: