جامعة القاهرة
كلية الحقوق

مدي حق الجهة الإدارية في تسييل خطابات الضمان المصرفية في عقد الأشغال العامة

بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير فى الحقوق

إعـــداد

هدى محمد نور شحاته

وكيل النيابة الإدارية

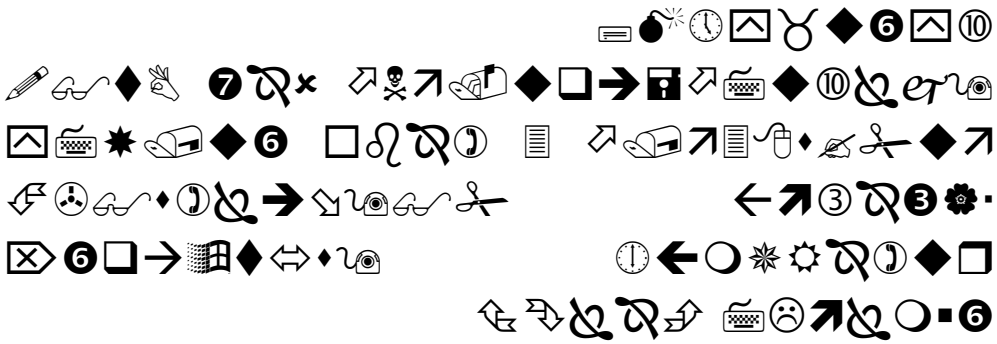
لجنة المناقشة

أ.د.محمد محمد بدران	أستاذ القانون العام - كلية الحقوق- جامعة القاهرة	مشرفاً ورئيساً
أ.د.يسرى محمد العصار	أستاذ القانون العام - كلية الحقوق- جامعة القاهرة	عضواً

المستشار/حمدى ياسين عكاشة نـــائب رئيــس مجــلس الدولــة عضواً

٢٠١٠

❼ ❽ ❿ ❶ ○ ➔ ♦ ◆ ❐ ❼ ❽ ✌ • ☒ ❁ ◷ □ ♌ ❽ ◑ ⇗ ✍ ➔ 🔔
⑥ ❽ ✌ ✍ ⌧ ☺ ♦ ✍ ◆ ❐ ⌧ ❽ ✍ ◆ ❶ ↘ ♦ ☒ ☝ ◆ ❐
♦ × ✓ ♌ ☞ ♦ ☮ ◷ ⌧ ➔ ↘ ➿ ✍ ✂ ⇳ ♌ ☮ ◆ ❻ ★ 🖉
☎ ◷ ➔ ○ ♦ ➿ ⌧ 📠 ③ ❽ ❸ • ⌗ • • ❽ ❽ ♌ ✂ ⇳
➔ ☠ ⇗ ❷ ♌ ✍ ➔ 🕮 ⌧ ⌨ ♌ ➿ ◷ ☒ ❶ ❽ 📪 ◆ ❐
↖ ✌ □ ❐ ❐ 🕮 ⚐ ✍ ♦ ☼ ❐ 🕮 ◆ ❐
❽ ❽ ♌ ✂ ⇳ ♦ × ✓ ♌ ☞ ☮ ⇔ ○ ➔ ☼ ▫ ✈ ✍ ✂
★ 🖉 ✍ ✂ ◆ ❸ ⇗ ❷ ☒ ↘ ❐ 🕮 ⇗ ✍ ➔ 🔔
◆ ❑ ➔ ♎ ◆ ❐ ✍ ❁ 📪 ◆ ❻ ⊘ ⇳ ⇗ ⇗ 📪 ❐ 🕮
• • ◆ ❐ 🗐 🕮 ↗ ⇔ ⊘ ☒ ★ ⇳ ♏ ✍ ↗ 📬 ❹ ☮ ◆ ❻
· ◆ ❽ ◑ 👍 ▪ ↘ 🖽 ♦ ☼ ❻ ✍ ➔ 🖹 ➲ 🖬 ❽ ○ ⇖ 🖹 ♦ ✍
↓ ❻ ❽ ❽ ♦ ✍ • ◆ ❐ 🗐 ✍ ◘ & ⇗ ❸ ■ 🖬 ♦ ↘
🖹 ❽ ♦ ❷ ⇙ ⌘ ➚ 🕮 ◆ ❻ ↘ ➺ ⊘ ❐ ➴ ◘ ◆ ❻ ❽ ➺ ✂ ◆ ❐
📪 ↗ 🖹 ❽ ■ 📪 ◆ ❻ 🗐 ❼ ■ 🖫 ❽ ◑ ▪ ☠ ➔ ⚐ 🗐
⇗ 📪 ↗ 🖹 ↖ ➔ ❽ ♉ ⇔ ❺ ❿ 👎
✍ ⌧ ☺ ❽ 📪 📪 ↗ 🖹 ↖ ◎ ❽ ○ 📠 ♦ ♈ ↖ ❶ ♦ ▫
♌ ○ ⑩ ♌ ▫ ⇗ ☠ ➔ ☞ ☪ ↗ 📬
⇳ ♌ ♌ ⊘ ⇳ ♦ ♌ ❑ ➔ 🖽 ❽ 🖬 ♦ ☝ ↘ ③ ❐ ✌
❽ ♌ 🔔 ✦ 🖉 ✍ ✂ ◆ ❑ ➔ ♎ ◆ ❐
⌧ ✂ ⊘ ◈ ✵ ◷ ■ 🖬 ⌧ ⌘ ⇗ ☠ ➔ ⌛ ■ 🖬 ⌧ ➔ ⌧ ♉
⌧ ↗ ♦ ▫ ◆ ❻ ◆ ❐ ⇳ ➴ ⇗ ❻ ☞ ✿ ✍ ✂
🖫 ➴ ⇙ ➔ ♦ 📪 ♦ 📫 ⇗ ❑ ♦ ▫ ⇗ ☠ ↗ 🖹 • ⊘ ⇙ ➔ ♦ 📪



سورة الأنعام من الآية ١٦١ ــ ١٦٥

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

الحمد لله البعيد في قربه، القريب في بعده، المتعالي في رفيع مجده عن الشيء وضده. وأصلي وأسلم على أشرف خلقه. وبعد،،،

يسعدني ويشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والعرفان وعميق الامتنان إلى أستاذي القدير الأستاذ الدكتور/ محمد محمد بدران أستاذ القانون العام كلية الحقوق – جامعة القاهرة وأدعو الله أن يتقبل منه صالح عمله ويجزيه عنه خير الجزاء لتوجيهاته البناءة المثمرة وتعديلاته التى آتت ثمارها الطيبة وطورت هذه الرسالة الى الأفضل وبصفته مشرفاً على الرسالة.

كما أتوجه بالشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ يسرى محمد العصار أستاذ القانون العام- كلية الحقوق-جامعة القاهرة والسيد المستشار/ حمدى ياسين عكاشة نائب رئيس مجلس الدولة فلهم مني أسمى آيات الشكر والتقدير والوفاء والعرفان وعميق الامتنان.

كما تتوجه الباحثة بالشكر والتقدير لكل من ساهم فى تقديم يد المساعدة لإخراج هذا البحث بصورته الحالية .

جزاكم الله عنا خير الجزاء

الباحثة،،،

مقدمة

تباشر جهة الإدارة عملها إما بالإرادة المنفردة عن طريق إصدار قرارات إدارية ؛ وأما عن طريق إبرام العقود ذات الطبيعة الإدارية داخلية أو دولية[1] ومن بين هذه العقود عقود الأشغال العامة[2].وتعد هذه العقود من أهم العقود التي تستخدمها الإدارة في سبيل تسيير المرافق العامة وتحقيق الأغراض المنوط بها والتي تهدف إلي تحقيق المصلحة العامة؛ وتبدو أهمية هذه العقود كأثر لاتجاه الدولة نحو الأخذ بنظام الاقتصاد الحر وإشراك القطاع الخاص والتعاقد معه لتحقيق الأهداف التي ترنوا إليها الدولة .[3]

ولكن هذا الاتجاه الأخير للدولة أضفي تأثير واضح علي أحكام هذه العقود تتجلي في إضفاء الكثير من المرونة عليها ؛ والتخفيف من شروطها التعسفية في بعض الأحيان ؛ حيث باتت في حاجة إلي حراك يجعلها تتلاءم مع احتياجات المرافق العامة وثورة البنية الأساسية في الداخل والخارج .

---

١) يتم العقد الأداري علي مرحلتين الاولي: تتم فيها الإعمال التمهيدية وتتم بقرارات إدارية يجب لصحتها صدورها من السلطة صاحبة الحق في إصدارها والثانية يتم فيها إبرام العقد والإعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلأن عنها وتلقي العطاءات المقدمة فيها وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات فإرساء المناقصة بعد ذلك بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إراداتها وحدها دون غيرها ؛ فكل ما يصدر من هذه القرارات يجب أن تسير فيه جهة الإدارة علي مقتضي النظام الأداري المقرر لذلك (قسم الرأي مجتمعا – فتوي رقم ٦٨٤ بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٣ ديسمبر ١٩٥١ المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع ج ١ ص ١٣٢)

٢) أ .د.محمد محمد بدرأن عقدالانشاءات فى القانون المصرى (دراسة فى المشكلات العملية لعقود إلاتحاد الدولى للمهندسين الإستشاريين) دار النهضة العربية ٢٠٠١

٣) أ .د. سليمان الطماوي – الإسس العامة للعقودالأدارية – الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٤م ص ٣٢ ؛، د/ مصطفي أبو زيد فهمي – القضاء الأداري ومجلس الدولة – سنة ١٩٦٦ – دار المعارف – إلاسكندرية ص١١٧ وما بعدها

ويخضع عقد الأشغال العمومية – وهو عقد مقاولة – لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم **٨٩ لسنة ١٩٩٨**؛ حيث أقرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون الصادرة بقرار وزير المالية رقم **١٣٦٧** لسنة**١٩٩٨** في الباب الأول في الفصل الثاني من القسم الرابع منها شروطاُ خاصة لعقود مقاولات تضمنت شروطه وأحكامه ؛ وفي الغالب تطرح الحكومة مثل هذه الأعمال محل عقود الأشغال العامة في مناقصات عامة لها طابعها الخاص ؛ إذ هي تتناول مرافق الدولة العامة ؛ والأموال التي تنفق فيها أموال عامة ؛ ولذلك فإنها تحاط بسياج من الضمانات التي تكفل حسن سير العمل واختيار من يقوم به لانجازه في الوقت المعين وبأقل نفقة[١].

فجهة الإدارة تطلب عادة ممن يرغب في الدخول في المناقصات والمزايدات تقديم مبلغ معين كتأمين لضمان جدية العطاءات التي يقدمونها؛ ولما كان تقديم التأمين نقدا يضر

١) راجع كل من : المستشار/ أحمد منصور : المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات ط ١٩٩٦ أ د أنس جعفر – العقودالأدارية – دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠ – ص١٧د/ أنور رسلأن : الوسيط في القضاء الأداري – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٩ د / ثروت بدوي : مبادئ القانون الأداري – دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ؛ النظرية العامة في العقودالأدارية دار النهضة العربية ١٩٦٣ د / جابر جاد نصار : العقودالأدارية : دار النهضة العربية ٢٠٠٠ د.حسأن عبد السميع هاشم : الجزاءات الماليه في العقود الأداري ه دار النهضه ٢٠٠٢د حمدي الحلفاوى – ركن الخطأ في مسئولية إلادارة الناشئة عن العقد الأداري رسالة – حقوق القاهرة ٢٠٠١ ص ٣٤٥ المشار / حمدي ياسين عكاشه : موسوعة العقودالأدارية والدولية منشأة المعارف ١٩٩٨ ص ٣١د زكي محمد النجار ، نظرية البطلأن في العقودالأدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ١٩٨١ د سامح عبد الله عبد الرحمن : سحب إلاعمال في عقود إلاشغال العامة رسالة دكتوراه حقوق بني سويف ٢٠٠٧د سعاد الشرقاوي : العقودالأدارية : دار النهضة العربية ٢٠٠٣ د سليمأن الطماوي – إلاسس العامة للعقودالأدارية – الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٤د طارق سلطأن : سلطة إلادارة في توقيع الجزاءات علي المتعاقدين معا في العقودالأدارية وضوابطها – رسالة دكتوراه – حقوق بني سويف – ٢٠٠٩د عادل ابراهيم ؛ مدي استقلال التزام البنك في خطابات الضمأن – دار النهضة العربية ١٩٩٨ د؛عبد العزيز عبد المنعم خليفه مسئوليه إلاداره عن تصرفاتها القانونيه في الفقه وقضاء مجلس الدوله منشأه المعارف بإلاسكندريه ٢٠٠٧ أ /د يسري العصار : التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ؛ الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠١

بالمقاول المتعاقد لما فيه من تجميد مبلغ مالي ضخم مدة طويلة بينما هو في أشد الحاجة إليه لتنفيذ هذه العملية ؛ كما أن إجراءات استرداده بعد الانتهاء من المشروع طويلة ومعقدة لذلك يفضل المقاول المتعاقد مع الإدارة أن يقدم لجهة الإدارة خطاب من بنك يحل محل هذه الضمانة ؛ ولذلك فبعد أن نصت المادة ٢٠ من بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط الخاصة بالتأمين المؤقت والتأمين النهائي وكيفية أداء كل منهما وردهما واستبدالهما والإجراءات الواجب إتباعها في شأنهما؛ وعلي ذلك نصت المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية – رقم **١٣٦٧** لسنة **١٩٩٨** – الخاصة بهذا القانون (..وإذا كان التأمين خطاب ضمان [١] وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغا يوازي التأمين المطلوب وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلي أية معارضة من مقدم العطاء؛ وإذا كانت خطابات الضمان محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوما على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة ، وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلي ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر، إلا إذا اتفق على غير ذلك؛ ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى الجهة الإدارية بشرط أن

١) حددت المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذيةللقانونرقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ صور التأمين الإبتدائي وهي كإلاتي أ – التأمين النقدي ب٠ الشيكات ج – خطاب الضمأن

تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمين النهائي).[1]

وتتمتع الإدارة في هذا العقد تجاه المتعاقد معها بجملة من السلطات تتمثّل في سلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات وسلطة إنهاء التعاقد ومن بين هذه السلطات سحب الأعمال ومصادرة خطابات الضمان أيا كانت صورتها والمقدمة كتأمين بغض النظر عن الأضرار التي تكون قد لحقت بها من جراء تخلفه عن التنفيذ، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن لجهة الإدارة حق مصادرة هذا التأمين في حاله عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق؛ وإلا لما كان هناك

---

١) عرفت مصر التنظيم القانونى لنظام المناقصات والمزايدات منذ عام ١٩٤٨ ،حيث صدرت فى يونيو من ذات العام لائحة المخازن والمشتريات ؛وهى مجموعة قرارات صادرة من مجلس الوزراء ضمت وجمعت معا تحت مسمى لائحة المخازن والمشتريات ولقد تضمنت هذه اللائحة شراء الإصناف والمناقصات والعقود ، وذلك فى المواد من ٩٤ إلى ١٩٤ ؛وفى فبراير عام ١٩٥٣ صدرالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٣ بتنظيم المناقصات فى أحدى عشرة مادة ولقد أحال هذا القانون إلى مجلس الوزراء لإصدار الإحكام والإجراءات التى لم ينظمها هذا القانون إلى أن صدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٣والذى نص على أن ينظم وزير المالية و الإقتصاد ما لم ينظمه هذا القانون من أحكام وإجراءات؛ولقد صدرت لائحة هذا القانون فى يوليو ١٩٥٤ غير أن ها لم تنشر فى الوقائع الرسمية؛وفى عام ١٩٥٤ صدر القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات متضمنا اثنتى عشرة مادة مانحا الوزراء ورؤساء ومديرى المصالح سلطات أوسع دفعا لما تلاقيه تلك الجهات من صعوبات فى عملية التنفيذ.وفى عام ١٩٥٧ أصدر وزير المالية والإقتصاد قراره رقم ٥٤٢ بإصدار لائحة المناقصات والمزايدات ، وكانت هذه أول لائحة تصدر متضمنة القواعد التفصيلية لنظام المناقصات والمزايدات؛وفى ١٩٨٣/٣/٢٠ صدر القانون إلاشهر وهو القانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٣ متضمنا أربعين مادة ، ونص صراحة على إلغاء القانون السابق؛وتنفيذا لأحكام هذا القانون أصدر وزير المالية قراره رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى (١٢٠) مائة وعشرين مادة ونشر بالوقائع الرسمية فى ١٩٨٣/٧/١٧؛ونظرا لكثرة الشكاوى من هذا القانون سواء من الجهات الأدارية أومن المتعاقدين معها، صدر قانون جديد يتلافى ما بقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ من عيوب ، وهوالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فى (٤٢) اثنين وأربعين مادة نشر فى الجريدة الرسمية رفى العدد ١٩ مكرر وبدأ العمل بأحكامه فى ١٩٩٨/٦/٨؛وفى١٩٩٨/٩/٦ صدر قرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذيةللقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فى (١٤١]

محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع العطاء[1]؛ ومرد هذه السلطات جميعها تحقيق المصلحة العامة والعمل علي حسن سير المرافق العامة.

ولقد نشأت مشكلات كثيرة في الواقع العملي تتعلق بخطابات الضمان كتأمين للإعمال الناشئة عن عقد الأشغال العامة ؛ تتعلق ليس فقط بمدلول العقد الذي يتضمنها وبيان ماهيته وطبيعته وعناصره وخصائصه (وهذه المشاكل سوف نتناولها في الباب التمهيدي)؛ وإنما أيضا في تحديد أطرافه سواء من جانب جهة الإدارة ؛ والسلطة المختصة في إبرامه ؛ وكذلك من ناحية اختيار المتعاقد معها والوقوف علي من يمثله؛ وعوارض الأهلية ؛ وكذلك في تحديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد وخاصة الالتزام بتقديم ضمانات التنفيذ ؛ الأمر الذي يستلزم بيان صور ضمان التنفيذ ؛ و بيان ماهية خطابات الضمان وأهميتها وخصائصها ؛ وطبيعة التزام المتعاقد مع الإدارة في كونه التزام شخصيا ؛ وما يترتب علي هذه الطبيعة من عدم جواز التنازل عن العقد ؛ وأحكام هذا النزول في حالة موافقة جهة الإدارة أو عدم موافقتها ؛ وأثره علي خطابات الضمان ؛ والتعاقد من الباطن ودور الإدارة في اختيار الأخير؛ وأثر موافقة أو عدم موافقة جهة الإدارة علي خطاب الضمان ؛ ومدي نفاذ هذا التعاقد من الباطن في مواجهتها في حالة عدم موافقتها عليه (وهذه المشاكل سوف نناولها في الباب الأول).

كما تثور مشكلة بيان نطاق سلطة الإدارة في طلب صرف قيمة خطاب الضمان كأثر لسحب الأعمال الكلي أو الجزئي وكذلك في حالة تعديل العقد واثر هذا التعديل

---

١) الطعن رقم ١٩٩٨ – لسنة ١٠ – تاريخ الجلسة ١٧ \ ١١ \ ١٩٥٧ - مكتب فني ١٢ – رقم الجزء ١ – رقم الصفحة ١٨

علي خطابات الضمان ؛ والخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية ومدي انطباق هذه الخصائص علي خطاب الضمان نظر للطبيعة الخاصة لمصادرة خطاب الضمان كجزاء من طبيعة خاصة ؛ ومدي حق جهة الإدارة في المصادرة بدون أعذار المتعاقد معها ؛ ومدي ضرورة هذا الأعذار؛ وكذلك مدي رقابة القضاء في هذا الخصوص ؛ كما سنتناول مظاهر استقلال التزام البنك تجاه الإدارة كمستفيد من الخطاب في كون هذا الالتزام التزام فوري التنفيذ وبمجرد الطلب ورغم معارضة المتعاقد علي أن يكون الطلب المقدم للبنك خلال مدة سريانه ؛ والاستثناءات التي ترد علي هذا الالتزام كالغش والتعسف الظاهر للمستفيد (وهذه المشاكل سوف نتناولها في الباب الثاني).

وأخير تثور مشكلة طبيعة المنازعة في مصادرة خطاب الضمان ؛ والقاضي المختص بنظر هذه المنازعة؛ ونطاق رقابة القاضي علي هذا الجزاء من زاويتي المشروعية والملائمة ؛ ومدي جواز الحجز علي قيمة خطاب الضمان أو فرض الحراسة عليه ؛ ومدي إمكانية تسوية المنازعة الناشئة عن مصادرة خطاب الضمان وديا أو عن طريق التحكيم ؛ وأثر اتفاق التحكيم سواء ورد في هذا الاتفاق (الشرط) في عقد الأساس المبرم بين الإدارة والمتعاقد أو في عقد الضمان بين البنك وجهة الإدارة ؛ ومدي الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة مصدر خطاب الضمان (وهذه المشاكل سوف نتناولها في الباب الثالث)

الباب التمهيدى
الفصل الأول
مفهوم عقد الأشغال العامة وصوره

ترمـي جهـة الإدارة مـن وراء إبرامهـا لعقـود الأشـغال العامـة، إلـي تحقيـق وظيفتـين الأولـي: الحصـول علـي مـا هـي فـي حاجـة إليـه من خدمات ؛ والثانيـة : تعد أداة تنفيذ السياسة الاقتصادية للحكومة ، أو عنصرا رئيسا للسياسة الاقتصادية للحكومة .

والواقـع أن القضـاء الإداري توسـع فـى تطبيق عقد الأشـغال العامـة نظرا للدور الكبير الذى يقوم به أشخاص القانون العام فى أنشاء وتمويل مشروعات البنية الأساسية ، فلم يقصـر مـدلولها علـى تلك العقود التـى أبرمتها الدولـة والهيئـات والمؤسسـات العامـة، بـل أمتـد أيضـا إلـي تلـك العقود التـى يبرمهـا أشـخاص القـانون الخـاص القائمـة علـى تنفيذ مشـروعات ذات نفـع عـام .[1] فأخـذ علـي عاتقـه مهمـة تحديـد مـدلول الأشـغال العامـة وتطويرها وبيان عناصره وخصائصه ؛ الأمر الذي يستلزم الوقوف علي هذه الأمور فـي هذا الباب .

المبحث الأول
مفهوم الأشغال العامة

١) بدأ القضـاء الفرنسـي يقلـع عن اتجاهاتـه الأولـي ، حيث اعتـرف بصـفة الأشـغال العامـة بالنسـبة للعقود التـي يبرمهـا الأشخاص العامة ، أو في حالة العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط لحساب الشخص العام راجع د محمد عبد المجيد إسماعيل ؛ عقود الأشغال الدولية – رسالة دكتوراه – حقوق بني سويف ٢٠٠٠

عقد الأشغال العامة يعرف بأنه عقد يتعهد بمقتضاه مقاول (المتعاقد معها) للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسئوليته وبإشرافها مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد .[١]والعنصران الأساسيان في عقد المقاولة هما : أولا:- قيام المقاول بالعمل المتفق عليه دون أن يكون له حق استغلاله ؛ ثانيا: قيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول [٢]

ويذهب غالبية الفقه[٣] الي أن عقد الأشغال العامة هو عقد يبرم بين الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، وبين شخص من أشخاص القانون الخاص للقيام بتنفيذ أشغال علي عقار لحساب شخص معنوي عام ، وبهدف تحقيق مصلحة عامه في نظير ثمن يحدد في العقد .

والواقع أن مجلس الدولة المصري توسع فى تطبيق عقد الأشغال العامة ؛ نظرا للدور الكبير الذى يقوم به أشخاص القانون العام فى أنشاء وتمويل مشروعات البنية الأساسية ، فلقد أصبحت الغالبية العظمى من تلك العقود ، خاضعة لقواعد القانون الادارى ، وليس لقواعد القانون المدنى بل أن القضاء الادارى لم يقتصر عند تعريفه لعقد الأشغال العامة على تلك العقود التى أبرمتها الدولة والهيئات والمؤسسات العامة، بل أمتد أيضا إلي تلك العقود التى يبرمها أشخاص القانون الخاص القائمة على تنفيذ مشروعات ذات نفع عام .[٤]

---

١) فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع الصادرة في ١٩٤٩/١٢/٦ المنشورة بمجموعة أبو شادي ص٩٧

٢) فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع الصادرة في ١٩٤٩/١٢/٦ المنشورة بمجموعة أبو شادي ص٩٧

٣) د. سليمان الطماوي – الاسس العامة للعقود الإدارية – الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٤م ص ٣٢ ؛، د/ مصطفي أبوزيد فهمي – القضاء الأداري ومجلس الدولة – سنة ١٩٦٦ – دار المعارف – الإسكندرية ص١١٧ وما بعدها راجع د سامح عبد الله عبد الرحمن : سحب الأعمال في عقود الأشغال العامة رسالة دكتوراه حقوق بني سويف ٢٠٠٧ .

٤) القضاء الإداري الفرنسي ، حيث بدأ يقلع عن اتجاهاته الأولي ، حيث اعترف القضاء الفرنسي بصفة الأشغال العامة بالنسبة للعقود التي يبرمها الأشخاص العامة ، أو في حالة العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط لحساب

المبحث الثانى
صور الأشغال العامة

من المقرر أن الإدارة في سبيل ممارستها لنشاطها تبرم نوعين من العقود :- **الأول:** هو العقود التي تدخل فيها الإدارة ليس بصفتها سلطة عامه ، وهذا النوع من العقود يطبق علية قواعد القانون الخاص ، أما **الثاني:** وهو الذي اولاه الفقه الإداري أهمية بالغة ، وهو النوع الذي تدخل فيه الإدارة باعتبارها سلطة عامه ، وهي العقود الإدارية .

والواقع أن مجلس الدولة المصري توسع فى تطبيق عقد الأشغال العامة ؛ نظرا للدور الكبير الذى يقوم به أشخاص القانون العام فى أنشاء وتمويل مشروعات البنية الأساسية ، فلقد أصبحت الغالبية العظمى من تلك العقود ، خاضعة لقواعد القانون الادارى ، وليس لقواعد القانون المدنى؛ بل أن القضاء الادارى لم يقتصر عند تعريفه لعقد الأشغال العامة على تلك العقود التى أبرمتها الدولة والهيئات والمؤسسات العامة، بل أمتد أيضا إلي تلك العقود التى يبرمها أشخاص القانون الخاص القائمة على تنفيذ مشروعات ذات نفع عام .[1] فأخذ علي عاتقه مهمة تحديد مدلول الأشغال العامة وتطويرها ، وعقود الأشغال العامة هي عقود اداريه بطبيعتها ، ووفقا لخصائصها

الشخص العام (د سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٣٢ ؛، د/ مصطفي أبو زيد فهمي – ا المرجع السابق ص١١٧ وما بعدها.

١) القضاء الأداري الفرنسي ، حيث بدأ يقلع عن اتجاهاته إلاولي ، حيث اعترف القضاء الفرنسي بصفة الأشغال العامة بالنسبة للعقود التي يبرمها الأشخاص العامة ، أو في حالة العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط لحساب الشخص العام.

الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لإرادة الشارع ، ويختص القضاء الإداري بالفصل في منازعاتها .

ومن ناحية أخري؛ نجد المشرع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي وضع نظاما متكاملا لتعاقدات الجهات الخاضعة لأحكامه حدد فيه طرق التعاقد وحالات وأحكام كل طريق [1] فخصص بأبه الأول لشراء المنقولات والتعاقدات على المقاولات وتلقى الخدمات مبينا أن الأصل فيها أن تتم بالمناقصة العامة أو الممارسة العامة وأن الاستثناء جواز التعاقد فيها بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر؛ وبين الحد الأقصى لقيمة ما يتم التعاقد بشأنه بالاتفاق المباشر.

وفي هذا الخصوص؛ ينبغي التسليم بمركز متميز لجهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها تحقيقا للمصلحة العامة ويتجلي ذلك في سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة قبل البت فيها دون مسئولية عليها ؛ وعدم جواز تحويل المناقصة العامة إلي ممارسة عامة ؛ وسلطتها في عدم اعتماد الترسية.[2]

---

١) الفتوى رقم ٨٨ – سنة الفتوى ٥٩ – تاريخ الجلسة ٠١ / ١٢ / ٢٠٠٤ – تاريخ الفتوى ٣٠ / ٠١ / ٢٠٠٥ – رقم الملف ٥٤/١/٤١٦ – رقم الصفحة ١١١٩

٢) قد حدد كل من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فى (٤٢) قرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ فى (١٤١) ماد طرقا معينة لإبرام هذه العقود مع الغير من موردين أو مقاولين أو فنيين أو أخصائيين أو خبراء أو استشاريين وحدد الاجراءات الخاصة بكل منها وهى: ١؛ المناقصة العامة ؛٢؛المناقصة المحدودة؛٣؛المناقصة المحلية؛٤؛الممارسة العامة؛٥؛الممارسة المحدودة؛٦؛ الاتفاق المباشر.