كلية الحقوق
قسم القانون العام

الفسخ الجزائي فى عقد الأشغال العامة

دراسة مقدمة لكلية حقوق جامعة عين شمس
لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد الباحثة

رغدة رأفت السيد أحمد

إشراف

الأستاذ الدكتور/ علي عبد العال

رئيس مجلس النواب المصري.

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ ربيع أنور فتح الباب (رئيسا)

أستاذ القانون العام – كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ محمد نصر الدين منصور (مشرفا وعضوا)

أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ صبري محمد السنوسي (عضوا)

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق – جامعة القاهرة.

القاهرة ٢٠١٨م

كلية الحقوق
قسم القانون العام

صفحة العنوان

اسم الطالب: رغدة رأفت السيد أحمد

اسم الرسالة: الفسخ الجزائي فى عقد الأشغال العامة.

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: القانون العام

اسم الكلية: الحقوق

الجامعة: عين شمس

سنة التخرج:

سنة المنح: ٢٠١٨

كلية الحقوق
قسم القانون العام

الفسخ الجزائي فى عقد الأشغال العامة

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحثة

رغدة رأفت السيد أحمد

إشـراف

الأستاذ الدكتور/ علي عبد العال

رئيس مجلس النواب المصري.

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ ربيع أنور فتح الباب (رئيسا)

أستاذ القانون العام – كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ محمد نصر الدين منصور (مشرفا وعضوا)

أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ صبري محمد السنوسي (عضوا)

أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق – جامعة القاهرة.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿رَبَّنَا ٱفۡتَحۡ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَ قَوۡمِنَا بِٱلۡحَقِّ وَأَنتَ خَيۡرُ ٱلۡفَٰتِحِينَ ٨٩﴾
صَدَقَ ٱللَّهُ ٱلۡعَظِيمُ
سورة الأعراف آية (٨٩)

إهـــداءٌ

نحمد الله تعالى الذي قدرني وأعانني إلى ما وصلت إليه في ثمرة هذا العمل رغم أني أعلم أنه قطرة فى بحر العلم.

أود أن أهدي هذا العمل كما وعدتها وأوفيت وعدي إلى روح جدتي الحبيبة التي أسهمت وكانت سببًا عظيمًا لاستمراري فى مسيرتي ونجاحى

وإلى والدي الذي كان ومازال أبًا عظيمًا أمده الله دومًا بالصحة والعافية.

وأخيرًا إلى أخواتي الذين لم تلدهم أمي وهم خير صحبة وخير أهل وسند لى في غربتي وفي دروب الحياة بحلوها وحزنها شكرًا لكم على ما قدمتموه لي من أحاسيس نابعة من قلوبكم وأدام الله عزكم ودام عطاؤكم

الباحثة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

قال الله تعالى فى كتابه الكريم

"وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا" صدق الله العظيم

تتقدم الباحثة بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى:

الأستاذ الدكتور/ على عبد العال سيد أحمد أستاذ القانون العام بكلية الحقوق ورئيس مجلس النواب، والأستاذ الدكتور/ ربيع أنور فتح الباب أستاذ القانون العام ووكيل كلية الحقوق الأسبق، والأستاذ الدكتور/ محمد نصر الدين منصور أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة عين شمس. فلكم تعهدوا الباحثة بالنصح والتوجيه ولم يبخلوا بأي جهد أو مشورة إلى أن خرج هذا البحث إلى حيز الوجود موضحًا جهدهم وفضل توجيهاتهم ونصحهم وإرشادهم، فأدعو الله العلي القدير أن يبارك في صحتهم وعلمهم وعمرهم وأن يجزيهم عني وعن العلم وأهله خير الجزاء.

كما أتوجه بعميق شكري وتقديري للعالم الجليل **الأستاذ الدكتور/ صبري محمد السنوسي أستاذ القانون العام وعميد كلية الحقوق – جامعة القاهرة** لتكرمه وتفضله بقبول مناقشة هذه الرسالة رغم أعبائه الكثيرة وأدعو الله أن يبارك فيه وأن يجزيه عني خير الجزاء .

والله أسأل أن يجزي عني كل من ساعد وأسهم فى إتمام هذا البحث.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

الباحثة.

المقدمة

لقد ازدادت مسئوليات الدولة وواجباتها في العصر الحديث تبعا لزيادة حاجات الأفراد، إذ قامت الدول بإنشاء المرافق العامة بهدف إشباع حاجات الأفراد من سلع وخدمات، ليس هذا فحسب، بل أصبحت تعهد إلى بعض الأفراد والشركات بإنشاء تلك المشروعات نيابة عنها، وتحت رقابتها وبخاصة مشروعات البنية الأساسية، مثل بناء المطارات والطرق والكباري وغيرها، ومن ثم تلجأ الدولة عند ممارستها للأنشطة الملقاة على عاتقها بإرادتها المنفردة إلى العديد من الوسائل القانونية، مثل القرار الإداري الذي تصدره الدولة في مواجهة المتعاملين معها مستندة في ذلك إلى عنصر الإلزام، كما تلجأ كذلك إلى إبرام العقود الإدارية التي تتخذ شكل الاتفاق مع الأفراد.

ويعد العقد الإداري من أهم وسائل الإدارة في تحقيق الخدمة العامة وهو عمل قانوني اتفاقي، أحد طرفيه الجهة الإدارية والطرف الآخر أحد الأفراد أو الشركات؛ وذلك من أجل القيام بالأشغال أو الخدمات أو الدراسات أو التوريدات التي لها صلة بالمرفق العام.

وحيث إن دراستنا تنصب أساسا على موضوع يخص عقد الأشغال العامة، وهو أحد العقود الإدارية ذات الأهمية، فتناولنا بصدده وسيلة مهمة وفعالة بالنسبة لهذا العقد وهو الفسخ الجزائي.

فالحقيقة أنه توجد أهمية كبيرة لمقاولات الأشغال العامة كنشاط تجاري، فهي القاطرة التي تحرك النشاط الاقتصادي، ومن خلالها يتم تنفيذ المشروعات العملاقة التنموية ومشروعات البنية الأساسية والمدن الجديدة والخدمات الصحية والاجتماعية، كما تعتبر تلك المقاولات أم الصناعات وأقدمها، وتحتل قمة الصناعات الوطنية، إذ إنه من خلال ترتيب وتنظيم كل من الوقت والمعدات والتقنيات والقوى العاملة والمواد في صورة أنشطة يتم إنجازها بتتابع، يتكون مشروع يدعم وينمي آفاق

التنمية والتعمير، وبالإضافة إلى ذلك تعتبر مقاولات الأشغال العامة من الصناعات كثيفة العمالة.

لكل ما سبق فإن موضوع الفسخ الجزائي في عقود الأشغال العامة يعد موضوعا متشابكا؛ إذ سيكون له أكبر الأثر في التأثير على قاطرة التنمية والنمو الاقتصادي داخل المجتمع إذا لم يتم تعامل جهة الإدارة بهذه الوسيلة مع المتعاقدين معها من الأفراد أو الشركات بشكل قانوني متزن ودون تعسف، حيث إن العقد الإداري يختلف عن نظيره المدني في العلاقة بين طرفيه، حيث إن هناك جهة الإدارة وهي الطرف القوي الذي يستمد قوته من القانون؛ وذلك لما له من امتيازات السلطة العامة.

وهناك الطرف الآخر وهو المتعاقد مع الإدارة وهو طرف ضعيف لا يملك أدنى سلطة تمكنه من مواجهة الجهة الإدارية لما لها من سلطات واسعة في مواجهته، ومن ثم كان لذلك أكبر الأثر في تنفيذ العقد الإداري وبصفة خاصة عقد الأشغال العامة، خلافا لما هو سائد في عقود القانون الخاص التي تقوم على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"؛ فالإدارة في العقد الإداري تملك من الوسائل القانونية التي ليس لها مثيل في عقود القانون الخاص ما يمكنها من فرض سلطانها على المتعاقدين معها؛ ومن هذه السلطات سلطة التعديل في العقد دون أخذ رأي المتعاقد معها في ذلك، وسلطة فرض رقابتها على المتعاقد معها، وسلطة توقيع العقوبات على الطرف الآخر؛ ومن أهمها سلطة فسخ العقد الإداري فسخا جزائيا بإرادتها المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء، وهذا هو موضوع دراستنا "الفسخ الجزائي" في عقد الأشغال العامة، أي إنهاء العقد بإرادة جهة الإدارة المنفردة، ودون النص عليها في عقد الأشغال العامة المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها (المقاول)، أو كراسة الشروط، وهو ما يعرف بحرية التصرف وبامتياز المبادرة.

وحيث إن الفسخ الجزائي يعد من أشد العقوبات الإدارية التي توقعها جهة الإدارة على المتعاقدين معها في عقد الأشغال العامة، لذا فإنها لا تلجأ إلى استخدامه إلا في حالات الضرورة القصوى، وحينما يكون ما قام به المتعاقد في مواجهة جهة

الإدارة على درجة من الجسامة، بحيث يصير فيه الاستمرار في التعاقد قُـدُمًا يهـدد سير المرافق العامة بشكل منتظم ومطرد، الأمر الذي يكون معه قيـام جهـة الإدارة بفسخ العقد فسخا جزائيا دون اللجوء في ذلك إلى القضاء هو الحل الأمثل من وجهـة نظرها.

وهذا الجزاء الفاسد من جانب جهة الإدارة يختلـف اختلافـا كبيـرا عـن الجزاءات الضاغطة الأخرى والتي تهدف إلى تأمين تنفيذ العقد بواسـطة إجـراءات تهدف إلى حل مشكلة تقصير المتعاقد مع الإدارة.

والفسخ الجزائي يختلف باختلاف درجة جسامة الخطأ الذي استوجب اتخاذه، أي وفق ما إذا كان هذا الخطأ بسيطا فيتم بموجبه إنهاء العلاقة العقدية بـين الإدارة والمتعاقد معها بصفة نهائية وعودة كل منهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقـد ولكن لا تستطيع جهة الإدارة أن تطالب المتعاقد معها بتحمل التبعات الماليـة للعقـد الجديد الذي تبرمه وهذا ما يسمى بالفسخ الجزائي البسيط، أما النوع الثاني من أنواع الفسخ الجزائي فهو الفسخ الجزائي الجسيم وفيه لا يكون لـلإدارة أن تنهـي العقـد واستبعاد المتعاقد فقط، وإنما تحمله فضلا عن ذلك نفقات أو مصـروفات إجـراءات التعاقد مع متعاقد آخر للقيام بالأعمال التي لم يتخذها، وهو ما يعنـي إعـادة طـرح الأعمال مرة ثانية في مناقصة جديدة أو إعادة الشراء على مسئولية المتعاقد معهـا، وهو يعد من الجزاءات بالغة الجسامة؛ إذ فضلا عما يعطيه للإدارة من سلطات فإنـه يمنحها أيضا سلطة عدم التعامل مع المتعاقد مستقبلا ما يعرف بالشطب مـن قائمـة المتعاملين معها، كما أنه يمكنها من مقاضاته أمام القاضي الجزئي عما ارتكبـه مـن جرائم أثناء تنفيذ العقد، ليس هذا فحسب بل كذلك إمكان مطالبته بالتعويض عما لحق بها من أضرار، وهذا ما دفع المشرع المصري إلى عدم الأخذ بهذا الجزاء في قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م وهو ما أدى إلى اختلاف الفقه حول مـدى حـق الإدارة في اتخاذه، فمن ناحية ذهب غالبية الفقه إلى عدم جواز الأخذ به استنادا إلـى أن المشرع لم ينص عليه في أي من قوانين المناقصات والمزايدات، وإنمـا اقتصـر على النص على الفسخ المجرد، أي الفسخ البسيط،؛ بل إن المشرع قد ترك لـلإدارة