جامعة القاهرة

كلية الحقوق

قسم القانون العام

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق بعنوان

امتيازات الادارة في العقد الحكومي في النظام الانجلو أمريكي

و العقد الاداري في القانون المصري

دراسة مقارنة

مقدمة من:

الباحث/عاطف محمد عبد اللطيف

المندوب بمجلس الدولة

لجنة الحكم والمناقشة:

الاستاذ الدكتور/محمد محمد بدارن استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة	**مشرفا ورئيساً**
الاستاذ الدكتور/ جابر [redacted] نصار استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة	**عضواً**
الاستاذ الدكتور/ محمد سعيد حسين امين استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة عين شمس	**عضوا**

إهداء

أهدي هذا البحث إلى والدتي جزاها الله عنيّ و عن إخوتي كل الخير و أطال الله لنا في عمرها.

كما أهدي هذا البحث إلى روح والدي ، أسأل الله أن يرحمه كما رباني صغيرا.

أهدي لهما هذا البحث براً بهما و عرفاناً بفضلهما عليّ بعد فضل الله تعالى.

شكر خاص

أتوجه بخالص الشكر - بعد شكر الله تعالى- إلى أستاذي المستشار الدكتور/ محمد ماهر أبو العينين لكل ما قدمه لي سيادته خلال مراحل هذا البحث ، فلسيادته منيّ جزيل الشكر و العرفان.

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿و من يتوكل على الله فهو حسبه إن الله بالغ أمره قد جعل الله لكل شيء قدرا﴾[1]

[1] سورة الطلاق – الأية ٢

مقدمة

يعتبر التعاقد من أهم الوسائل التي يحصل بها البشر علي منافعهم و تبادل السلع و الخدمات اللازمة لإشباع احتياجاتهم، و نظراً للدور الهام الذي يلعبه العقد في الحياة الاقتصادية فقد أدى ذلك إلى ضرورة تنظيمه بصورة شاملة حتي يعرف كل طرف من أطرافه حقوقه وواجباته و هذا هو الأمر الذي أدي إلي نشأة القوانين المنظمة للعقد المدني. و بعد أن تخلت الدولة عن دورها كدولة حارسة و بدأت في المساهمة في الاقتصاد ظهرت الحاجه إلي تنظيم خاص للعقود التي تبرمها و تظهر فيها كطرف من أطرافها، و من هنا ظهرت فكرة العقد الإداري في بعض الدول.

إلا ان الدولة كطرف في العقد الإداري لم يكن من الممكن أن تقف علي قدم المساواة مع الطرف الآخر المتعاقد معها ، ذلك لأن غاية الإدارة من هذا العقد هو تسيير المرفق العام الذي يخدم مصالح الملايين من المواطنين بانتظام و اطراد و من هنا ظهرت فكرة امتيازات الإدارة في العقد الإداري و هي الفكرة التي يدور حولها هذا البحث.

و عن مفهوم فكرة امتيازات الإدارة بصفة عامة: فإن القانون الإداري منذ نشأته عرف امتيازات الإدارة عند ممارستها لأوجه أنشطتها المختلفة - و من ذلك قيامها بما يخص العقد الإداري- أي عند ممارستها لوظائفها المختلفة. فالإدارة أثناء تأديتها لوظائفها المختلفة تستطيع أن تلجأ إلى ذات الوسائل التي وضعها القانون تحت تصرف الأفراد في معاملاتهم ، غير أن تعقد الحياة الإدارية الحديثة و ازدياد مجال تدخل الدولة و ظهور القواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة كل هذا جعل المشرع في كثير من الدول يشعر بأن قواعد

الفهرس

المقدمة	٣
الباب الأول **مدخل إلى العقد الإداري في مصر و العقد الحكومي في النظام الأمريكي**	١٥
الفصل الأول **مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة**	١٧
المبحث الأول: الوضع في القانون المصري	١٨
- أولاً: وجود شخص معنوي عام كأحد أطراف العقد	٢٠
- ثانياً: أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام	٢٢
- ثالثاً: تضمين العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة	٢٣
- مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة	٢٣
- متي يعد الشرط الوارد في العقد شرطاً استثنائياً	٢٥
المبحث الثاني : الوضع في القانون الأمريكي	٣٦
- الدور الذي تؤديه لائحة العقود الحكومية في القانون الأمريكي (FAR)	٣٦

٤١	- بعض المسائل المتعلقة بلائحة العقود الحكومية
٤١	ا. كيفية تعديل الـ FAR
٤١	ب. مدي إلزامية النصوص الواردة في الـFAR
٤٣	ج. إصدار قواعد تنفيذية للـ FAR
٤٤	د .الخروج عن قواعد الـ FAR
٤٦	هـ .حق العامة في التعليق على التعديلات التي تطرأ علي الـFAR
٤٧	- خصائص القانون المنظم للعقد الحكومي في النظام الأمريكي
٤٧	أولاً: السلطات المحدودة للموظفين الحكوميين
٥٤	ثانياً: تعلق العقود الحكوميه بالقوانين و اللوائح و الشروط النموذجية
٥٨	ثالثاً: توافر الاعتماد المالي
٦٠	- هل يمكن لجهة الإدارة في أمريكا إبرام عقود تضاهي العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم
٦٣	**الفصل الثاني** **مرحلة إبرام العقد الإداري في مصر و امتيازات الإدارة خلالها**
٦٤	**المبحث الأول**: طرق التعاقد في القانون المصري
٦٥	- التعاقد بطريق أمر التكليف
٦٨	أولاً: التعاقد عن طريق المناقصة - أنواع المناقصات
٧١	ثانياً: التعاقد عن طريق الممارسة -
٧٤	ثالثاً: التعاقد عن طريق الإتفاق المباشر
٧٧	**المبحث الثاني**: الإجراءات التمهيدية السابقة على التعاقد
٧٨	أولاً: ضرورة توافر الإعتماد المالي أو الإذن المالي بالتعاقد
٨٠	ثانياً: الإذن بالتعاقد و وجوب الحصول على الموافقات و التراخيص من الجهة المعنية
٨٢	ثالثاً: الإعلان عن طلب التعاقد

المبحث الثالث: إبرام التعاقد في القانون المصري	٨٧
- هل العقد الإداري يعد من عقود الإذعان؟	٨٧
- الإيجاب في العقد الإداري	٩٢
- حساب التأمين الابتدائي	٩٤
- التحفظات	٩٧
- إمكانية تقديم العطاء بالبريد الالكتروني	٩٨
- القبول في العقد الإداري	١٠٠
المبحث الرابع: امتيازات الإدارة خلال مرحلة تكوين العقد الإداري في القانون المصري	١٠٧
أولاً: سلطة الإدارة في إستبعاد بعض مقدمي العطاءات - الحرمان من دخول المناقصة - الاستبعاد من المناقصة	١٠٧
ثانياً: سلطة الإدارة في إلغاء المناقصة	١١٥
- إلغاء المناقصة قبل البت فيها - إلغاء الناقصة بعد البت فيها	
ثالثاً: سلطة الإدارة في عدم اعتماد الترسية	١١٨
رابعاً: بقاء الموجب على إيجابه	١٢١
خامساً: مراجعة العقد في مجلس الدولة	١٢٦
الفصل الثالث **مرحلة إبرام العقد الحكومي في النظام الأمريكي و امتيازات الإدارة خلالها**	١٣٢
المبحث الأول: المبادئ الأخلاقية التي تحكم العقود الحكومية في القانون الأمريكي	١٣٣
المبحث الثاني: بعض أشكال التعاقد	١٤٣
أولاً: العقود ذات القيمة الثابتة	١٤٥
ثانياً: عقود تعويض المتعاقد مع الإدارة عن النفقات التي تكبدها خلال مراحل العقد المختلفة	١٥٦
.....ثالثاً: العقود ذات الحافز للمتعاقد مع الإدارة	١٥٨
رابعاً: عقود التوريد الممتدة لأكثر من عام	١٦١

خامساً: عقود التوريد غير المحددة	١٦٦
سادساً: بعض الإتفاقيات التي تسبق التعاقد	١٦٩
المبحث الثالث: طرق التعاقد في القانون الأمريكي	١٧٢
أولاً: التعاقد عن طريق المظاريف المغلقة (المناقصة)	١٧٢
المناقصة علي مرحلتين	١٧٤
ثانياً: التعاقد عن طريق التفاوض (الممارسة)	١٧٥
ثالثاً: التعاقد عن طريق أسلوب التعاقد المبسط	١٨٢
رابعاً: التعاقد لشراء السلع التجارية	١٩١
المبحث الرابع: الإجراءات التمهيدية السابقة علي التعاقد في القانون الأمريكي	٢٠٧
أولاً: تحديد الاحتياجات الفعلية للإدارة	٢٠٨
ثانياً: عمل الاستطلاع السوقي	٢١٠
ثالثاً: التخطيط للتعاقد	٢١١
رابعاً: الحصول علي إذن بالتعاقد	٢١٣
خامساً: الإعلان عن طلب التعاقد	٢١٤
سادساً: إعداد العطاء أو عرض الأسعار إشكالية العطاء المتأخر تعديل وسحب العطاء أثر وجود خطأ في العطاء و تصحيحة اكتشاف الخطأ في العطاء بعد فتح المظاريف. اكتشاف الخطأ في العطاء بعد الترسية التأمين الابتدائي و حسابه تقديم عطاء يحمل أفكاراً جديدة أو مبتكرة لتنفيذ التعاقد العطاءات المقدمة من المكاتب الإستشارية و بيوت الخبرة	٢٢٢

سابعاً: الترسية و إختيار المتعاقد	٢٣٩
المبحث الخامس: امتيازات الإدارة خلال مرحلة تكوين العقد في القانون الأمريكي	٢٦٣
١. امتياز الجهة الإدارية في حرمان بعض مقدمي العطاءات من الدخول في المنافسة علي العقد الحكومي - أسباب الحرمان ..... - إجراءات إصدار قرار الحرمان - مدة الحرمان - أثر صدور قرار الحرمان - قرار الحرمان القائم علي تعارض المصالح المؤسسي - قرار الحرمان القائم علي فرض عقوبات اقتصادية - حرمان الموظفين الحكوميين من الدخول في التنافس علي العقد الحكومي	٢٦٣
٢. امتياز الإدارة في تعديل شروط دعوة التعاقد	٢٨٢
٣. امتياز الإدارة في إلغاء دعوة التعاقد	٢٨٥
خاتمة الباب الأول	٢٩٢
الباب الثاني **مرحلة تنفيذ العقد و امتيازات الإدارة خلالها في القانون المصري و القانون الأمريكي**	٢٩٥
الفصل الأول **امتيازات الإدارة خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري في القانون المصري**	٢٩٦
المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه و الإشراف علي المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد الإداري	٢٩٨
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة أثناء التنفيذ	٣٠٨

المطلب الأول: سلطة الإدارة في تعديل العقد	٣٠٩
- حدوَد حق الجهة الإدارية في تعديل العقد الإداري	٣١٢
- شروط التعديل : : الحصول علي موافقة السلطة المختصة - توافر الاعتماد المالي اللازم - أن يتم التعديل خلال فترة سريان العقد - ألا يؤثر التعديل علي أولوية العطاء التي علي أساسها تمت الترسية علي المتعاقد - مبادئ تعديل العقد في قضاء مجلس الدولة - أثر استحداث المشرع حكماً جديداً في لائحة قانون المناقصات و المزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - مفهوم الأعمال المستجدة - رأي الباحث حول إسناد الأعمال المستجدة لذات المقاول بالاتفاق المباشر	٣١٤
المطلب الثاني: التوازن المالي في العقد الإداري	٣٣٦
الفرع الأول: حق المتعاقد في اقتضاء مقابل الأعمال الإضافية	٣٣٧
الفرع الثاني: حق المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء قيمة فروق الأسعار	٣٣٩
الفرع الثالث: أحقية المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء علاوة الأسعار - التعديل الصادر بالقانون رقم ١٩١ لسنة ٢٠٠٨	٣٤٣
الفرع الرابع: أحقية المتعاقد مع الإدارة في التعويض عن عمل الأمير	٣٤٩
الفرع الخامس: أحقية المتعاقد مع الإدارة في التعويض عن الظروف الطارئة	٣٥٦
الفرع السادس: أحقية المتعاقد مع الإدارة في التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة	٣٦٥

المبحث الثالث: عدم جواز دفع المتعاقد مع الإدارة بعدم التنفيذ	٣٦٩
المبحث الرابع: سلطة الجهة الإدارية في توقيع الجزاءات	٣٧٧
المطلب الأول: المبادئ الأساسية لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها	٣٧٩
المطلب الثاني: أنواع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها علي المتعاقد معها.	٣٨٧
- الفرع الأول: غرامة التأخير - الأحكام العامة لغرامة التأخير - هل يجوز الإتفاق علي ضرورة إعذار المتعاقد قبل تطبيق الغرامة - كيفية حساب قيمة الغرامة - الإعفاء من الغرامة - المدة التي يحسب منها بدء توقيع الغرامة - كيفية تحديد مدة تنفيذ العقد - حالات رفض الإعفاء من الغرامة	٣٨٨
- الفرع الثاني:مصادرة التأمين النهائي - مفهوم التأمين النهائي و وظيفته - التزام المتعاقد بأداء التأمين النهائي - مصادرة التأمين النهائي كجزاء عقدي	٤٠٩
- الفرع الثالث: سحب الأعمال من المتعاقد مع الإدارة و التنفيذ علي حسابه. - أساليب التنفيذ علي الحساب - المبادئ التي تحكم التنفيذ على الحساب في قضاء مجلس الدولة	٤٢٨
- الفرع الرابع: فسخ العقد (إحالة)	٤٤٠

	الفصل الثاني
٤٤١	**مرحلة تنفيذ العقد الإداري في القانون الأمريكي و ما تحمله من امتيازات للإدارة**
٤٤٢	**المبحث الأول**: المبادئ العامة التي تحكم تنفيذ العقد الحكومي في القانون الأمريكي. - تمويل العقود الحكومية - إمكانية حصول المتعاقد مع الإدارة علي المقابل المادي بصورة معجلة - دفع مستحقات المتعاقد مع الإدارة قبل موعدها مقابل نسبة خصم - اقتضاء جهة الإدارة لديون المتعاقد الناشئة عن تنفيذه للعقد و المستحقة للجهة الإدارية - عدم الإسراف في إستخدام الأدوات الكتابية - إمساك المتعاقد لسجلات - الإفصاح عن بعض المعلومات المتعلقة بتنفيذ العقد - إعطاء أولوية لتنفيذ بعض العقود - حسن العلاقة بين المتعاقد معها و العاملين لدية - إستخدام المتعاقد مع الإدارة مصادر طاقة نظيفة و متجدده - استخدام الاختراعات الجديدة في تنفيذ العقد الحكومي - حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة - تغير المتعاقد مع الإدارة - فحص الأصناف الموردة في العقد و قبولها و تبعة الهلاك

- الاستعانة بالمقاولين من الباطن - التأخير الناتج عن سبب خارج عن يد المتعاقد	
- **المبحث الثاني**: امتيازات الإدارة خلال مرحلة تنفيذ العقد	٥٠٩
- المطلب الأول: امتياز الإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة في الأحوال العادية	٥١٠
- صور تعديل العقد في القانون الأمريكي - التعديل الجوهري للعقد - التعديل الضمني للعقد - تعديل العقد دون مقابل من المتعاقد - تعديل العقد لتصحيح الأخطاء التي شابته - تقنين الإتفاقات الشفوية في صورة إتفاق مكتوب - تعديل العقد لطلب المتعاقد	
المطلب الثاني: تعديل العقد في الأحوال الإستثنائية	٥٢٥
المطلب الثالث: حق المتعاقد مع الإدارة في التوازن المالي للعقد في القانون الأمريكي - الحق في الحصول علي مقابل التعديل - التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة - التعويض عن عمل الجهات الإدارية (الظروف الطارئة) - إيقاف و تعليق العمل في العقد بسبب يرجع إلي الجهة الإدارية - تأخر العمل في محل العقد الحكومي بسبب يرجع إلي	٥٢٧

الإدارة	
المطلب الرابع: امتياز الجهة الإدارية في توقيع جزاءات على المتعاقد مع الإدارة - حق الجهة الإدارية في توقيع غرامات تأخير. - إيقاف أو تعليق تمويل العقد بسبب اكتشاف غش قام به المتعاقد. - وقف الدفعات المقدمة بسبب تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد - مصادرة التأمينات التي يقدمها المتعاقد	٥٤٣
- خاتمة الباب الثاني	٥٥٥
الباب الثالث **إنتهاء العقد الإداري و حل المنازعات**	٥٥٩
الفصل الأول **انتهاء العقد الإداري في القانون المصري**	٥٦٠
المبحث الأول: انحلال العقود في القانون المدني(التفاسخ، الفسخ ، الإنفساخ	٥٦٣
المبحث الثاني: سلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري بسبب الخطأ العقدي للمتعاقد معها - الطبيعة القانونية للفسخ - الأساس القانوني لحق الجهة الإدارية في فسخ العقد لخطأ المتعاقد معها - النصوص القانونية التي تحكم فسخ العقد الإداري - الفسخ الوجوبي و الفسخ الجوازي للعقد الإداري	٥٧٦

- حالة استعمال المتعاقد مع الإدارة للغش للحصول علي العقد الإداري أو في تنفيذه - حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة - حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة - فسخ العقد بسبب عدم سداد المتعاقد للتأمين النهائي - فسخ العقد بسبب الخطأ العقدي للجهة الإدارية:	
المبحث الثالث: إنهاء العقد الإداري وفقاً لسلطة الإدارة التقديرية و دون خطأ من المتعاقد - الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون خطأ المتعاقد معها - التكييف القانوني لسطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة: - الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري وفقاً لسلطتها التقديرية - هل توجد سلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري المبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام؟ - شروط ممارسة سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة - الآثار المترتبة علي إصدار الجهة الإدارية قراراً بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد معها - خضوع قرار إنهاء العقد لرقابة القضاء	٦٠١

الفصل الثاني **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الحكومي في القانون الأمريكي**	٦٢٨
المبحث الأول: فسخ الجهة الإدارية للعقد الحكومي بسبب الخطأ العقدي للمتعاقد معها - مدى إمكانية اعتبار إخلال المقاول من الباطن من الأعذار التي تبرر عدم فسخ العقد لخطأ المتعاقد - إجراءات إنهاء العقد لخطأ المتعاقد - الأثر المترتب علي صدور قرار بإنهاء العقد لخطأ المتعاقد - التنفيذ علي حساب المتعاقد المقصر كجزاء تابع لفسخ العقد بسبب خطأ المتعاقد	٦٣٠
المبحث الثاني:سلطة الإدارة في إنهاء العقد الحكومي وفقاً لسلطتها التقديرية و دون خطأ من المتعاقد - كيفية تقدير مستحقات المتعاقد - الناتجة عن إنهاء العقد دون خطأ من جانبه - لدى الإدارة	٦٥٩
المبحث الثالث :كيفية تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية في كل من مصر و الولايات المتحدة - الوضع في مصر - شروط التحكيم في العقود الإدارية - الوضع في الولايات المتحدة	
الخاتمة	٧٠١

ملحق الرسالة	٧٠٩
قائمة بأهم المراجع	٧٣٦
Table of Cases	٧٧٧

مستخلص الرسالة

تتناول هذه الدراسة موضوعاً يعد في جوهره من أحد الدراسات القانونية المتخصصة في مجال معالجة مفهوم امتيازات الإدارة في العقود الإدارية في القانون المصري و العقود الحكومية في القانون الأمريكي و ذلك في ضوء الفقه و القضاء في القانونين المصري و الأمريكي و خاصة أحدث المبادئ المستخلصة من قضاء المحكمة الإدارية العليا و الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصري.

و قد عنيت الدراسة بإبراز أهم جوانب العقود الإدارية و امتيازات الإدارة في هذا النوع من أنواع العقود في دولة تنتمي إلى نظام القانون اللاتيني و هي مصر، و دولة أخرى تنتمي إلى نظام القانون العرفي غير المكتوب Common Law وهي الولايات المتحدة مع إبراز الجوانب الإيجابية و السلبية في كل نظام في موضعها.