فكرة التحول وأثرها فى العقود الإدارية

د. الحسين عبد الدايم صابر محمد على

المقدمة

منذ أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وفى خضم نشوب العديد من الثورات التي رفعت رايات التغيير فى العديد من جوانب الحياة السياسية والاجتماعية بل والاقتصادية أيضا، حيث نادت هذه الثورات بتحويل النظام الاقتصادي من نظام الدولة الحارسة التي يقتصر دورها على مجرد الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي، إلى الدولة المنفتحة من خلال التوسع تدريجيا فى مجالات نشاط السلطة العامة بانتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية[1]، ظهرت نظرية العقود الإدارية التي تحتل – بلا ريب – أهمية قصوى من بين نظريات القانون العام.

وقد كان لمجلس الدولة الفرنسي فضل السبق فى خلق هذه النظرية المحورية، نظرا لظهور نظرية المرفق العام وصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي فى قضية TREVES، الصادر بجلسة ٢ يونيه ١٩٠٣، التي تعد حجر الزاوية لنظرية العقود الإدارية ؛ حيث قرر هذا الحكم اختصاص القضاء الإداري بكل نزاع يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة ، سواء كانت مرافق قومية أو محلية، وسواء كانت الإدارة قد تصرفت بكونها صاحبة سلطة أو بتصرف عادي[2].

وتعد العقود الإدارية من أهم أنواع التصرفات القانونية فى القانون الإداري بجانب القرارات الإدارية التي تنشأ أو تعدل أو تسحب أو تلغي من جانب الإدارة وحدها.

ونظرا لاتجاه الفلسفة الاقتصادية الداخلية والإقليمية والدولية نحو التوسع فى استخدام نظرية العقود الإدارية لإنشاء أو تسيير أو صيانة أو إدارة المرافق العامة كأحد المقومات الاقتصادية الرئيسية التي لا يمكن بحال الاستغناء عنها لكونها المحور الرئيسي لتحقيق التنمية المستدامة والصالح العام للجمهور.

---

(١) د/ مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري دراسة مقارنة، ٢٠١٤، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص١٧.

(2) A. DE Laubadere et autyes, traite des contrats administratifs , ed, L.G.D.J .paris, 1982- 1983, P. 145.

ومن الجدير بالذكر أن مجلس الدولة قد عدل عن هذا المعيار، باختصاصه بنظر المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها لإنشاء أو تسيير أو استغلال أو صيانة المرافق العامة.

وإذا كانت العقود الإدارية تتفق مع مثيلاتها من العقود المدنية – وهي أسبق منها نشأة وتطورا – من حيث الأركان الذاتية وشروط الصحة والأحكام المتعلقة بالبطلان والقابلة للإبطال والفسخ والتعويض والمسؤولية العقدية، فإن ذلك لا ينفي عن العقود الإدارية ذاتيتها المستقلة التي تميزها عن العقود المدنية.

ولما كان القانون الإداري قد تميز بالعديد من الإجراءات الواجبة الاتباع عند إبرام العقود الإدارية[1]، والتي تهدف إلى ضمان الحفاظ على المرافق العامة وأموالها العامة. تحقيقا لذاتية القانون الإداري واستقلاليته عن غيره من فروع القانون الأخرى من ناحية ، ومن ناحية أخرى تحقيقا لذاتية نظرية العقود الإدارية من ناحية أخرى.

ومن هذا المنطلق – ذاتية القانون الإداري ونظرية العقود الإدارية – فقد لاح في أفق البحث القانوني فكرة مدى إمكانية إعمال التحول – المنصوص عليها في القانون المدني – على العقود الإدارية.

وفي الحقيقة تعد هذه الفكرة _ وبحق _ من أدق الموضوعات وأكثرها تعقيدًا، فهي من الموضوعات الشائكة والمثيرة ؛ نظرا لكونها تمثل صورة من صور المعالجة المشروعة للتصرفات الباطلة التي ابتدعها الفكر القانوني.

أهمية البحث.

تتجلى أهمية هذا البحث من عدة جوانب، قانونية وقضائية وسياسية واقتصادية واجتماعية.

أولا: الجوانب القانونية: فقد صدر في الآونة الأخيرة عدة تشريعات تدعم فلسفة التحول إلى مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية التحتية. واستدعاء الشركات القابضة والشركات التابعة وشركات القطاع الخاص في هذه المشروعات بعقود إدارية متعددة . ومن هذه التشريعات : القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات

(١) انظر قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، المنشور بالجريدة الرسمية – العدد ٣٩ مكرر (د) في ٢ أكتوبر سنة ٢٠١٨، وقد نصت المادة الخامسة من مواد إصدار هذا القانون على أن « ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتبارا من مضي ثلاثين يوما على تاريخ نشره» اي أن تاريخ سريان هذا القانون من حيث الزمان يبدأ من تاريخ ٢ نوفمبر سنة ٢٠١٨. وبموجب هذا القانون تم إلغاء القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات المنشور بالجريدة الرسمية – العدد ١٩ (مكرر) في ٨ مايو ١٩٩٨، وتم تعديله بموجب قرار رئيس الجمهورية المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٢، الجريدة الرسمية العدد ٣٦ مكرر (أ) في ١١ سبتمبر سنة ٢٠١٢.

والمرافق العامة[١]، وكذا قانون الاستثمار رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧[٢]، وقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨[٣]، وقد تضمن الباب الرابع منه[٤]، على عقود شراء أو استئجار المنقولات والعقارات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقى الخدمات والأعمال الفنية والدراسات الاستشارية، كما تضمن الباب الخامس منه على عقود بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات والمشروعات[٥].

كما تضمن الباب السادس بشأن التعاقدات ذات التعاقدات الخاصة، ومنها عقد الدراسات الاستشارية[٦]، وعقد تقديم الخدمات الأساسية[٧]، وعقود المشروعات المتوسطة والصغيرة ومتناهية الصغر[٨]، وتعاقدات الجهات ذات الطبيعة الخاصة ، والتعاقدات بناء على مبادرة القطاع الخاص[٩]، والتعاقدات المرتبطة بالأمن القومي[١٠]، وتعاقدات الجهات المخاطبة بأحكام هذا القانون[١١]، وعقود الصفقات والمشروعات المركبة والمتشابكة ومتعددة الأطراف[١٢] ومن هذه العقود عقود ال B.O.T[١٣].

(١) الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) – السنة الثالثة والخمسون ٤ جمادى الآخر سنة ١٤٣١هـ. الموافق ١٨ مايو سنة ٢٠١٠.

(٢) الجريدة الرسمية – العدد ٢١ مكرر (ج) فى ٢١ مايو سنة ٢٠١٧.

(٣) المنشور بالجريدة الرسمية – العدد ٣٩ مكرر (د) فى ٣ أكتوبر سنة ٢٠١٨، وقد نصت المادة الخامسة من مواد إصدار هذا القانون على أن « ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتبارا من مضى ثلاثين يوما على تاريخ نشره، اى أن تاريخ سريان هذا القانون من حيث الزمان يبدأ من تاريخ ٣ نوفمبر سنة ٢٠١٨.

(٤) المواد من (٥٣- ٦٦).

(٥) المواد من (٦٧- ٧٢).

(٦) مادة ٧٣.

(٧) مادة ٧٤.

(٨) مادة ٧٥.

(٩) مادة ٧٦.

(١٠) مادة ٧٧.

(١١) مادة ٧٨.

(١٢) مادة ٧٩.

(١٣) الـ B.O.T اختصار لثلاث كلمات هي: بناء (Build) . وتشغيل(Operate) . نقل الملكية (Transfer) . وهو من عقود الاستثمار والتي تتعدد أنواعه الى تسعة أنواع وهي:

عقد إعادة التاهيل. والتشغيل. والإعادة: ويعرف هذا النوع من العقود اختصارا بعقد الـ « ROT » وهو اختصار لـ Rehabilitate – Operate – Transfer.

عقد التحديث، والتشغيل، والتحويل: ويعرف هذا النوع من العقود اختصارا بعقد الـ « MOT » وهو اختصار لـ: Modernize – Operate – Transfer.

عقد التمويل، والبناء، والتملك، والتشغيل، والإعادة : الذي يعرف اختصارا بعقد الـ « FBOOT » وهو اختصار لـ : Finance – Build – Own – Operate – Transfer

عقد التصميم، والبناء، والتشغيل، والإعادة : ويعرف هذا النوع من التعاقدات بـ Design – Build – Operate - Transfer ويختصر بـ « DBOT »

عقد البناء، والتملك، والتشغيل، والدعم ، والتحويل ويطلق على هذه الصيغة إختصار « BOOST » وهي اختصار لـ: Build – Own – Operate - Subsidize – Transfer.

عقد البناء، والإعادة، والتشغيل : ويصطلح على تسميته بـ « BTO » وهي إختصار لـ : Build – Transfer - Operate .

عقد البناء، والتأجير، ونقل الملكية أو التحويل : الذي يعرف بـ « BRT » إختصاراً لـ : Build – Rent – Transfer

عقد البناء والتشغيل وتجديد الامتياز : الذي يرمز له بـ« BOR » إختصاراً للمصطلح Build Operate and Renewal of Concession

عقد البناء والتأجير والنقل Build Lease and Transfer ويرمز له « BLT »

وعقود ال F.I.D.I.C[١].

فضلا عن العقود الإدارية الإلكترونية[٢].

وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٥ فى شأن تفضيل المنتجات المصرية فى العقود الحكومية[٣]، ولائحته التنفيذية[٤].

ثانيا: الجوانب القضائية: فتتمثل فى أن هناك العديد من العمليات التعاقدية المعقدة التي تبرمها الإدارة تحوي بين طياتها مجموعة من العقود الإدارية اللازمة لإنجاز هذه العمليات، ومع ذلك فإن التطبيقات القضائية أفصحت بجلاء عن القضاء بالبطلان الكامل للعقود الإدارية دون إعمال فكرة التحول. وهذا الأمر قد يؤدى إلى إحداث أزمة كبرى فى تنفيذ الأحكام الصادرة بالبطلان ، حتى ولو كانت صادرة لصالح الدولة[٥].

---

(١) ال F.I.D.I.C اختصار (Federation Internationale des IngenieursConseils)وتعنى الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وتأسس الفيديك عام ١٩١٣ عن طريق اشتراك ثلاث جمعيات أوربية، هي ، الجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين CICF ، ،والجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين ASIC ، ،والجمعية البلجيكية للمهندسين الاستشاريين CICB ، وموقع الفيديك هو www.fidic.org)، ومقر الأمانة العامة للفيديك مدينة لوزان السويسرية ، وعقد المؤتمر الأول عام ١٩١٤.

ويعد الفيديك من العقود الهندسية التى تعتبر عقوداً مركبة من العديد من العقود، حيث تشتمل على عقود مقاولة، عقود عمل، عقود مقاولة من الباطن، عقود تأمين، عقود إيجار، عقد وكالة، عقود بيع، وهذا التشابك العقدي يؤدي بدوره إلى تشابك فى الالتزامات، وتداخلها بين هذه الأطراف كما أن الإخلال بالتزامات من أي طرف يؤثر بوضوح على التزامات الأطراف الأخرى، وتشابك العقود سواء كانت فى صورة عقود منفصلة أم سلسلة من العقود المترابطة التنفيذ وسواء كان أطرافها أجانب أم وطنيين أو فيما بين هذا وذاك ترتبط فيما بينها بروابط مالية أو فنية. وعندئذ تم ابتكار وإنشاء عقود ، الفيديك ، . والفيديك هي عقود نموذجية فى مجال أعمال صناعة التشييد والمقاولات بمختلف أنواعها، وهذه العقود صادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهذه العقود هي غالبا ما تكون عبارة عن نماذج معتمدة من المنظمات التمويلية الدولية كالبنك الدولي، وهى ليست عقود إذعان حيث يحق للأطراف رفضها أو تعديل بعض شروطها. كما نجدها أكثر استخداما فى الدول النامية ودول العالم العربي، ويقوم ، الفيديك ، بأنشطة مختلفة من نشر نماذج العقود المتصلة بأعمال المقاولات التكنولوجية، أو عقود مقايسة بالوحدة، أو عقود تسليم بالمفتاح.

(٢) من الجدير بالذكر أن بداية ظهور هذه النوع من العقود كانت فى الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٦ نتيجة انتشار نقل البيانات والمراسلات الالكترونية عبر شبكة الانترنت التى أصبحت مجالا واسعا لإبرام العقود. انظر د/ رحيمة الصغير ساعد، العقد الإداري الإلكتروني دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ١١- ١٢.

ويقصد بالعقد الإلكتروني: ذلك العقد الذى تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التى يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية(الانترنت)، من جانب أشخاص متواجدين فى دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط باتمام العقد. انظر د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي، فراق أم تلاقى، بحث مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والانترنت – كلية الشريعة والقانون – الإمارات العربية المتحدة، طبعة ٢٠٠٠، ص ٢٨.

(٣) الجريدة الرسمية – العدد ٣ مكرر فى ١٧ يناير سنة ٢٠١٥، وقد عرف عقد المشروع بأنه، عقود المقاولات، عقود إنشاء وتجهيز وتطوير مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة.

(٤) الوقائع المصرية – العدد ٢١٩ (تابع) فى ٢٨ سبتمبر سنة ٢٠١٥.

(٥) انظر تفصيلا فى هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري (دائرة المنازعات الإقتصادية والاستثمار – الدائرة السابعة) فى الدعويين رقمى ٢٤٥١٧، ٤٠٨٤٨ لسنة ٦٥ ق، بجلسة ٢٠١١/٩/٢١. (المعروف بحكم شركة مصر شبين الكون للغزل والنسيج)، ويلاحظ على هذا الحكم انه أعمل نظرية انتقاص العقد عندما قضى بإلغاء القرار الصادر من اللجنة الوزارية للخصخصة والمجموعة الوزارية للسياسات الاقتصادية ومجلس الوزراء بالموافقة على بيع كافة الأصول الثابتة المادية والمعنوية لشركة مصر شبين الكوم للغزل والنسيج – عدا الأراضى والمبانى السكنية – إلى شركة أندوراما شبين تاكستيل .....

وحكمها أيضا (بذات الدائرة وبذات الجلسة) فى الدعوى رقم ٤٠٥١٠ لسنة ٦٥ ق، المعروف بحكم شركة النصر للمراجل البخارية وأوعية الضغط).

ومن ثم فأصبح من الأهمية بمكان بحث مدى إعمال فكرة التحول فى العقود الإدارية لمواكبة التطور المستمر والمتعاقب لاكتمال نظرية العقود الإدارية من جميع منحنياتها وأطرها.

رابعا: الجوانب الاقتصادية والاجتماعية: فتتمثل فى مساندة الدول وخاصة النامية لإنجاز المرافق العامة انشاء وتسييرا وصيانة وتطويرا، باعتبارها حجر الأساس لتحقيق الصالح العام ولتحقيق أكبر قدر من التنمية ، وتحقيق التنمية المستدامة ، وزيادة فرص الاستثمار، وانجاز برامج الإصلاح الاقتصادي بالتوازي مع التوسع فى برامج الحماية المجتمعية لمحدودي الدخل ، وبمشاركة القطاع الخاص.

ومن ثم فإن الاتجاه نحو إعمال هذه الفكرة يعد خطوة تمهيدية لبلورة نظرية التحول فى العقود الإدارية وترسيخ مبادئها كنظرية قضائية ،كغيرها من النظريات التي ابتدعها القضاء وأرسى دعائمها وأصبحت من قواعد القانون الإداري، فضلا عن مساهمة فكرة التحول فى تحقيق غرض التنمية المستدامة التي يعد أحد أهم مقومات النظام الاقتصادي الذى نص عليه الدستور[1].

نطاق البحث.

لما كانت نظرية التحول فى العقد – كأصل عام – مدنية النشأة ، وأن هدف هذا البحث هو ترسيخ هذه النظرية فى العقود الإدارية، وحيث إن التصرفات الإدارية متعددة ومتشعبة ، ويتجلى ذلك فى تقسيم هذه التصرفات إلى قرارات إدارية وعقود الإدارة وعقود إدارية ، وأن هذه العقود هي فى حقيقتها عمليات مركبة، وأنها تحتوى على شروط لائحية وأخرى تعاقدية، وأن المعيار المميز لهذه العقود هو معيار مختلط جمع بين وجود الشروط الاستثنائية بشأن إنشاء أو تسيير أو إدارة المرافق العامة، مع التطرق إلى بعض التطبيقات القضائية سواء فى فرنسا أو فى مصر التي وردت فى إعمال التحول فى القرارات الإدارية، بالقدر الذى يخدم هذا البحث.

منهج البحث.

شيد هذا البحث على:

أولا: المنهج الاستقرائي: القائم على استقراء النصوص الدستورية والقانونية والشرعية مما له صلة بالموضوع. واستنباط الأحكام والضوابط القانونية من خلال

(١) من المادة ٢٧ من دستور مصر لعام ٢٠١٤، المعمول به اعتبارا من ١٨ يناير سنة ٢٠١٤.

النصوص، ومناقشة الآراء الفقهية مناقشة علمية، قائمة على الموضوعية، وتوثيق المعلومات من مظانها.

ثانيا: المنهج التاريخي: من خلال البحث فى أحداث التاريخ الماضية للوصول إلى المبادئ والقوانين العامة.

ثالثا: المنهج الوصفي التحليلي: الذي يرتكز على تشخيص الفكرة محل البحث وبيان طبيعتها وتمييزها عن غيرها ومعرفة أسبابها، ثم إبداء الرأي واقتراح الحل المناسب لها.

رابعا: المنهج المقارن: وتتجلى مظاهره فى التطرق إلى التطبيقات القضائية فى كل من مصر وفرنسا.

خطة البحث.

مبحث تمهيدي: التعريف بفكرة التحول بصفة عامة

المطلب الأول: الأساس التاريخي لفكرة التحول.

المطلب الثاني: الأساس القانوني والقضائي لفكرة التحول.

المبحث الأول: ماهية التحول فى العقد الإداري.

المطلب الأول: تعريف التحول فى العقد الإداري.

المطلب الثاني: تمييز التحول عن غيره من المصطلحات ذات الصلة.

المبحث الثاني: التحول فى طبيعة العقد الإداري.

المطلب الأول: تحول العقد الإداري الباطل إلى عقد إداري صحيح.

المطلب الثاني: تحول عقد باطل من عقود القانون الخاص إلى عقد إداري صحيح.

المطلب الثالث: تحول عقد الإدارة الباطل إلى قرار إداري صحيح.

المطلب الرابع: تحول العقد المبنى على قرار باطل إلى عقد صحيح.

المبحث الثالث: التحول فى أشخاص العقد الإداري

المطلب الأول: تحول الشخص العام المتعاقد نفسه إلى شخص خاص وهو ما يسمى (الخصخصة).

المطلب الثاني: تحول شخص خاص إلى شخص عام.

المطلب الثالث: تحول العقد فى حالة التعاقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحدهما يتعاقد لحساب شخص معنوي عام.

المبحث الرابع: أثر التحول وحدود سلطة القاضي فى إعماله فى العقد الإداري.

المطلب الأول: أثر التحول فى العقد الإداري.

المطلبالثاني: حدود سلطة القاضي فى إعمال التحول فى العقد الإداري.

مبحث تمهيدي :

التعريف بفكرة التحول بصفة عامة :

تمهيد وتقسيم:

لا غرو أن فكرة التحول بصفة عامة لها أصول تاريخية وقانونية منذ القانون الروماني مرورا بالعصر الإسلامي وصولا إلى القوانين المدنية، ولما كان تعريف المصطلح القانوني يجب أن يبنى على أسس مصدرها القانون نفسه، فكان لزاما تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الأساس التاريخي لفكرة التحول.

المطلب الثاني: الأساس القانوني والقضائي لفكرة التحول.

المطلب الأول

الأساس التاريخي لفكرة التحول

يعد القانون الروماني – بحق- تراثا قانونيا ومرجعاعلميا ومصدرا تاريخيا للقوانين المدنية التي ظهرت فى بعض الدول الأوروبية[١].

وقد عرف القانون الروماني فكرة العقد كمصدر أساسي من مصادر الالتزام ، نظرا لكونه أساس وعماد المعاملات المدنية بصفة عامة، وأول ما ذكر مصطلح « العقد » ذكر فى حاشية (تيوفيل) بمناسبة تعليقه على نصوص كتاب النظم لجستنيان، وقد عرفه بأنه « اتفاق شخصين أو أكثر على أمر معين بقصد انشاء التزام وجعل أحدهما مدينا للآخر[٢].

ويعنى الاتفاق اجتماع ارادتين على توافق نتج عنه اتفاق، ورتب هذا الاتفاق أثرا قانونيا فى مواجه المتعاقدين أو فى مواجهتهم ومواجهة الغير، ومن ثم فإن القانون الروماني قد عرف مبدأ يعد – وبحق – أصلا حاكما لعلاقاتنا التعاقدية بل لمعاملاتنا المدنية – بشكل عام – ألا وهو(العقد شريعة المتعاقدين)، كما صاغ أحد الفقهاء القاعدة الأصولية ألا وهى (الإرادة هي الأم التي تلد العقد)[٣].

(١) د/ فتحى المرصفاوى، فلسفة القانون وتاريخه، ١٩٨٢، ص٣٦.

(٢) د/ محمود السقا، فلسفة القانون الرومانى، ١٩٨٠، ص٤٥٢.

(٣) د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص٤٢٠.

بيد أن فكرة التحول فى التصرفات القانونية تعد من أهم النظريات القانونية التي عرفتها النظم القانونية القديمة، حيث يرجع أصلها إلى القانون الروماني، الذى استقى منه القانون المدني الألماني أحكامه باعتبار الأمة الألمانية الوريث الشرعى للأمة الرومانية، أو بصورة غير مباشرة كالقانون المدني الفرنسي عندما استمدت مجموعة نابليون من ذلك القانون نظمه وأفكاره القانونية[١].

وقد عرف التشريع الإسلامي- أيضا - فكرة التحول فى العقود والتصرفات، نتيجة لما يتسم به بصفة عامة، وفي المعاملات بصفة خاصة، بالمرونة، والاستجابة للمتغيرات، التطور معها. وتعد هذه المرونة والاستجابة للمتغيرات والتطور معها من أخص خصائص الشريعة الغراء ، إذ يؤدى ذلك إلى حفظ المصالح على الناس ودفع المفاسد عنهم، فضلا عن استقرار المعاملات بين الناس، ومواكبة التطور.

ويعد المثال التاريخي الواضح لفكرة التحول فى التصرفات والعقود بالمعنى الدقيق، ما فعله سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ فَلَمَّا قَفَلَا مَرَّا عَلَى أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ فَرَحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ ثُمَّ قَالَ لَوْ أَقْدِرُ لَكُمَا عَلَى أَمْرٍ أَنْفَعُكُمَا بِهِ لَفَعَلْتُ ثُمَّ قَالَ بَلَى هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ أُرِيدُ أَنْ أَبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ فَأُسْلِفُكُمَاهُ فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ ثُمَّ تَبِيعَانِهِ بِالْمَدِينَةِ فَتُؤَدِّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ وَيَكُونُ الرِّبْحُ لَكُمَا فَقَالَا وَدِدْنَا ذَلِكَ فَفَعَلَ وَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأَرْبَحَا فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ قَالَ أَكُلُّ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمَا قَالَا لَا فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ فَأَسْلَفَكُمَا أَدِّيَا الْمَالَ وَرِبْحَهُ فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَسَكَتَ وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ فَقَالَ مَا يَنْبَغِي لَكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ هَذَا لَوْ نَقَصَ هَذَا الْمَالُ أَوْ هَلَكَ لَضَمِنَّاهُ فَقَالَ عُمَرُ أَدِّيَاهُ فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا[٢] فَقَالَ عُمَرُ قَدْ جَعَلْتُهُ قِرَاضًا فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ وَنِصْفَ رِبْحِهِ وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ نِصْفَ رِبْحِ الْمَالِ[٣].

(١) د/ عكاشة محمد عبدالعال، القانون الرومانى، الدار الجامعية،١٩٨٧، ص٤٥، ٤٦.

(٢) القراض فى المال: هو المقارضة أى المضاربة وهى عقد شركة فى الربح بمال من رجل وعمل وآخر، التعريفات الفقهية، لمحمد عميم الإحسان، (١٧٢- ٢٠٩).

(٣) منح الجليل على شرح مختصر العلامة خليل، الشيخ محمد بن أحمد بن محمد بن عليش، ضبطه عبدالجليل عبد السلام، الجزء السابع، المحتوى (الوديعة، العارية، الغصب، الشفعة، القسمة، القراض، المساقاة، المغارسة، الإجارة)، دار الكتب العلمية، ص٢٠٩ وما بعدها. وقطف الثمر فى موافقات عمر – رضى الله عنه – للإمام جلال الدين السيوطى، (المتوفى ٩١١ه)، على أسعد رياجى، دار الكتب العلمية، ص٤٢. موطأ الإمام مالك، كتاب القراض، باب ما جاء فى القراض، الجزء الرابع، ص٩٩٢.

وأَهْلُ الْحِجَازِ يُسَمُّونَهُ الْقِرَاضَ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ يُسَمُّونَهُ الْمُضَارَبَةَ وَلَا يَقُولُونَ قِرَاضًا الْبَتَّةَ، وَأَخَذُوا ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى {وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ}(١)، وَقَوْلِهِ تَعَالَى {وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ}(٢).

وَقَوْلُهُ فِي الْخَبَرِ: لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا يَقْتَضِي أَنَّهُ لُغَةٌ وَالْمَعْرُوفُ عِنْدَهُمْ، وَكَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَأَقَرَّ فِي الْإِسْلَامِ وَعَمِلَ بِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِلسيدة خَدِيجَةَ قَبْلَ الْبَعْثَةِ، وَنَقَلَتْهُ الْكَافَّةُ عَنِ الْكَافَّةِ كَمَا نَقَلَتِ الدِّيَةَ وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ(٣).

فالذي نلاحظه فى هذه الواقعة : أن الفاروق عمر - رضي الله عنه - وبإشارة من أحد الصحابة، يُقال إنه عبد الرحمن بن عوف، رضي الله عنه - كما أشار الزرقاني - قد حول عقد القرض الذي أبرمه أبو موسى الأشعري، رضي الله عنه، مع ولديه عبد الله وعبيد الله، إلى عقد مضاربة، وما ذلك إلا لما رافق العقد الأول من المحاباة، التي بدت لعمر، رضي الله عنه، أنها مخلة بالعقد. وقد كان هذا الرأي، وهو قلب القرض إلى مضاربة، أكثر صوابا وعدلا من الرأي الذي بدا لعمر أولا، وهو نقض (إبطال) العقد الأول بالكلية، وعدم تحويله إلى عقد آخر؛ وذلك لما تضمنه من عدم إهدار الحقوق على أصحابها، وهذه الحقوق هي حق بيت المال فى الربح، وحق عبد الله وعبيد الله فيه، جزاء ما تحملاه من ضمان مال العقد فيما لو هلك أو خسراه فى التجارة، وهذا هو العدل بعينه. ومن ثم فإن تحول العقد من نوع إلى آخر، هو وسيلة لتفادي الظلم والضرر الذي قد يترتب على نقض هذا العقد، وإبطاله، وردّ الأمر إلى ما كان قبل وجود هذا العقد، أو وسيلة للحد من الآثار السلبية التي قد تنجم عن الإبطال الكلي للعقد كما فى اجتهاد عمر بن الخطاب، و إشارة عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما(٤).

(١) سورة النساء من الآية ١٠١.

(٢) سورة المزمل من الآية ٢٠.

(٣) شرح الزرقانى فى مؤطأ الإمام مالك، للإمام محمد بن عبد الباقى بن يوسف الزرقانى، اعتنى به وراجعه، نجيب الماجدى وأحمد عوض أبو الشباب، الجزء الثالث، المكتبة العصرية، بيروت، ص٥١٥.

(٤) د/ أيمن صالح، تحول عقد الشركة فى الفقه الإسلامى، بحث بمجلة الجامعة الأسمرية، بدورة علمية محكمة تصدر سنويا عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، السنة الأولى، العدد الأول، للعام ٢٠٠٣، ليبيا، منشور على موقع:
http://www.feqhweb.com/vb/t11966.

المطلب الثاني

الأساس القانوني والقضائي لفكرة التحول

أولا: الأساس القانوني.

نظرا لتأثر القانون الألماني بصورة مباشرة – كما ذكرنا آنفا – بالقانون الروماني، فإن نظرية التحول فى العقد – بصفة عامة – نظرية ألمانية النشأة، ظهرت فى القرن التاسع عشر، وأخذ بها القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٨٩٦ فى المادة ١٤٠ منه[١] حيث نصت على أنه: « إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان »

وعلى نهج التقنين المدني الألماني سار التقنين المدني المصري[٢] الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، المعمول به بتاريخ ١٩٤٩/١٠/١٥، فى المادة ١٤٤ منه حيث نصت على أنه: « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد[٣].

يستنبط من نص المادة ١٤٤ من القانون المدني شروط التحول وهى[٤]:

الشرط الأول: بطلان التصرف الأصلي.

الشرط الثاني: انصراف ارادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الصحيح.

---

(١) وتعد المادة ١٤٠ مدنى ألمانى، أول تنظيم قانونى للتحول، وقد اخذت منه التشريعات المدنية المتعاقبة، وهذا النص مستقى من القانون الرومانى. باعتتبار أن الألمان خلفاء الرومان. وأن القانون الرومانى هو القانون الأول الواجب التطبيق أمام المحاكم الألمانية. انظر د/ رافت دسوقى. فكرة التحول فى القرارات الإدارية. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة عين شمس ٢٠٠٢. ص٣٩.

(٢) د/عبد الرازق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثانى، ص ٦٦١.

(٣) وورد هذا النص فى المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدي للقانون على الوجه الآتي: « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو إنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول». وفى لجنة المراجعة ادخلت بعض تعديلات لفظية، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فى المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل. وفى لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص، وقيل فى الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن نضع للقاضي معيارا لتحقيق العدالة، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين، ولكنا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد، وهذا التكييف القانونى من القاضي يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضي يبحث فى النية التي كان مفروضاً قيامها قبل النزاع. وانتهت اللجنة إلى الاقتصار على حذف عبارة « لو إنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا محل له، ولأن المسألة نيط أمرها بالنية، ولا لمحل للتقيد بعد ذلك بالعلم أو بأي ظرف آخر ما دام الأمر سيرجع فى النهاية إلى تقدير القاضي. وأصبح رقم المادة ١٤٤ ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثانى، من ص ٢٦٢ وحتى ٢٦٧.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثانى، من ص ٢٦٣ وحتى ٢٦٤. انظر تفصيلا، د/ محمد ابراهيم دسوقى، القانون المدنى (الالتزامات)، مصادر الإلتزام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٢، ص١١٦ وما بعدها، أ/ سالي فى إعلان الإرادة، مادة ١٤٠، ص ١٥٨.

الشرط الثالث: تضمن العقد الباطل عناصر تصرف صحيح.

الشرط الرابع: علم المتعاقدين ببطلان التصرف الأصلي.

فمحل التحول أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للبطلان، فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي أن يحوله لعقد آخر، ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً فى العقد الأصيل الذي قام به سبب من أسباب البطلان، ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان.

ثانيا: الأساس القضائي لفكرة التحول.

بادىء ذى بدء – فقد اختلف الفقه والقضاء بشأن فكرة التحول ، إذ ذهب رأى[١] إلى معارضتها بشدة رغم تمحور نطاقها حول التحول فى القرارات الإدارية فقط دون العقود الإدارية.

وذهب رأى آخر[٢] إلى أن الفقه والقضاء الفرنسيين لم يأخذا بهذه الفكرة مطلقا.

بينما ذهب رأى ثالث[٣] إلى : أن القضاء الفرنسي قد عرف تحول العقد الخاص إلى عقد إداري من خلال تحول طبيعة الشخص المعنوي الخاص إلى شخص معنوي عام.

وذهب رأى رابع[٤] إلى أن نظرية التحول فى العقد الإداري دخلت حيز التطبيق فى البلاد التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج (العادي والإداري)، كاليونان حيث قبلها الفقه الإداري اليوناني كما قبلها مجلس الدولة اليوناني وطبقها فى أحكامه.

أما فى مصر فقد ثار جدل فقهى كبير حول مدى امكانية اعمال فكرة التحول فى التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة ، الا أن الرأي الغالب[٥] قد أقر هذه الفكرة وأصلها تأصيلا قانونيا سليما مستعينا بأحكام التحول فى القانون المدني بالقدر الذى يتناغم مع ذاتية واستقلالية القانون المدني ونظرياته ، هذا عن الجانب الفقهي.

---

(١) انظر الفقيه/ ميشيل ستا سينوبولس، القرارات الإدارية، ص٤١.

(٢) د/ رأفت دسوقى محمود ، فكرة التحول فى القرارات الإدارية ، المرجع السابق، ص٣٨ وما بعدها.

(٣) د/ زكى محمد محمد النجار، نظرية البطلان فى العقود الإدارية « دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١، ٤٦٩. د/ رأفت دسوقى محمود، المرجع السابق، ص٢٨٣.

(٤) د/ مصطفى أبو زيد فهمى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، ١٩٧٩، ص ٦٤٣، هامش رقم ٤.

(٥) د/ أحمد يسرى، بحث بعنوان « تحول القرار الإداري» ، مجلة مجلس الدولة، السنوات (الثامنة – التاسعة – العاشرة)، سنة ١٩٦٠، ص٩٠ -١٦٠. د/ مصطفى أبو زيد فهمى، المرجع السابق، ١٩٧٩، ص ٦٤٢- ٦٤٨. د/ رأفت دسوقى محمود، المرجع السابق، ص ٢٨٢- ٢٩٥. د/ عبد الفتاح حسن، القضاء الإداري، الجزء الأول، قضاء الإلغاء، ١٩٧٩، ص٣١٤ وما بعدها.

أما عن الجانب القضائي فقد أعمل مجلس الدولة المصرى هذه الفكرة سواء المحكمة الإدارية العليا ، والتى كان لها فضل السبق فى ارساء هذه الفكرة فى القانون الإداري المصري[١]، أو محكمة القضاء الإداري ، إلا أن هذه التطبيقات القضائية الأولية -وهى أساس إعمال فكرة التحول قضائيا قد أعملت هذه الفكرة فى نطاق القرارات الإدارية دون العقود الإدارية.

ولم تقف تطبيقات مجلس الدولة لفكرة التحول على القرارات الإدارية ، بل تم إعمالها على العقود الإدارية ، وهو ما سنبينه من خلال هذا البحث ، إذ يدور محوره على فكرة التحول فى العقود الإدارية.

(١) د/ أحمد يسرى، المرجع السابق، ص٩٠.

المبحث الأول: ماهية التحول فى العقد الإداري

سنتناول هذا المبحث فى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التحول فى العقد الإداري.

المطلب الثانى: تمييز التحول عن غيره من المصطلحات ذات الصلة.

المطلب الأول: تعريف التحول فى العقد الإداري

سنتناول فى هذا المطلب تعريف التحول وتمييزه عن غيره من المصطلحات ذات الصلة.

التحول لغة: حول الْحَال: الحمأة من حَال يحول: إذا تغير[١].

(التَّحَوُّلُ) التَّنَقُّلُ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ وَالِاسْمُ (الْحِوَلُ) وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى {لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا}[٢].

وَ(التَّحَوُّلُ) أَيْضًا الِاحْتِيَالُ مِنَ الْحِيلَةِ. وَ(أَحَالَ) الرَّجُلُ أَتَى بِالْمَحَالِ وَتَكَلَّمَ بِهِ[٣].

تعريف التحول فى الإصطلاح القانونى.

من اللزوم المنطقى - قبل عرض إسهامتا بوضع تعريف للتحول فى العقد الإداري - التطرق إلى تقسيم التصرفات التعاقدية التى تبرمها الإدارة وتعريف العقد الإداري والمعايير التى وضعت لتمييزة وذلك على النحو التالى:

أولا: التصرفات التعاقدية التى تبرمها الإدارة.

الطائفة الأولى: عقود الإدارة.

Contrats de droit prive de la dministration

وتخضع هذه العقود لقواعد القانون الخاص، نظرا لأن الإدارة تتعاقد بصفتها شخصا خاصا وليس بصفتها شخصا عاما، يتمتع بالحقوق ويلتزم بالإلتزامات المقررة فى القانون الخاص، بالتساوى مع الشخص الآخر المتعاقد معها ، ومن ثم يتم عمل

(١) الفائق فى غريب الحديث والأثر، المؤلف: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، المحقق: علي محمد البجاوي -محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار المعرفة - لبنان، الطبعة: الثانية، باب (ح و ل)، الجزء الأول، ص٣٣٢.

(٢) سورة الكهف من الآية ١٠٨.

(٣) مختار الصحاح، المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، باب (ح و ل)، ١/ ٨٤.

نظرية التحول فى العقد المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ مدنى. وليس ثمة خلاف على ذلك.

الطائفة الثانية: العقود الإدارية: Contrate administrative

وتخضع هذه العقود لقواعد القانون العام، نظرا لأن الإدارة تتعاقد بصفتها شخصا من أشخاص القانون العام.

ثانيا: تعريف العقد الإداري، وبيان خصائصه، والمعيار المميز له.

فى الحقيقة أن القانون لم يعرف العقود الإدارية، ولم يبين خصائصها، أو المعيار الذى يميزها، الأمر الذى دعا الفقه والقضاء للتصدى لوضع تعريف لهذه العقود وما يطرأ عليها من مستجدات وتطور دائم، لبيان وصفها القانونى على هدى التشريع، ومبدأ الفصل بين السلطات، وحماية الأفراد وحقوقهم وذلك لتحديد الإختصاص المعقود لمحكمة الموضوع، فضلا عن الإجراءات المطوب انجازها فى موضوع النزاع(١).

ونزولا على ذلك فقد تصدى الفقه والقضاء فى كل من فرنسا ومصر لتعريف العقد الإداري، فقد عرفه الفقيه DE LAUBADERE، بأنه » توافق ارادتين على انشاء التزام، بوصفها سلطة عامة(٢).

وعرفه العميد سليمان الطماوى بأنه » العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيميه، وتظهر فيه نية الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام، وتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام(٣).

كما عرفه مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة باريس المدنية بأنه: العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام بقصد تيسيير مرفق عام أو تنظيمه أو تظهر فيه نية الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمينه شروطا أساسية غير مألوفة فى القانون الخاص(٤).

(١) حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٢٩ق، جلسة ٧ من يوليو سنة ١٩٦٤، السنة الخامسة عشرة، ص٩٥٦، حكم نقض فى الطعن رقم ٢٨ لسنة ١٤ق، جلسة ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٤٤، مجموعة الخامسة والعشرين. السنة الثانية، ص١٣٣.

(2) A. DE Laubadere, op . cit . P. 41.

انظر تعريف العقد الإداري فى الفقه الفرنسى أيضا:

L. Duguit, Traite de Droit Conshtytionnel, 2 Em E Dition, 1923 T. p. 41.

(٣) د/ سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥، ص ٧٤. ولمزيد من التفصيل حول تعريفات العقد الإداري انظر: د/ ثروت بدوى، النظرية العامة فى العقود الإدارية، ص٥، د/ عبد الفتاح صبرى أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٣، ص١٢.

(4) C.E 12 Dec 1930 Ste Des Moteurs Et R Home 1931 -1- 417.
C. E 10 juin 1988 DteComptoir D Clectricite France Belge.
C. Ville De Paris R.D.A.C. P.27.

وعرفته محكمة التنازع الفرنسية بأنه: العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بما له من سلطة، بقصد إدارة مرفق عام أو تنظيمه أو تسييره، وأن تظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص[١].

كما عرفته المحكمة الإدارية العليا بأنه : العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر النية بالأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص[٢].

وقد أجمع الفقه سواء فى فرنسا أو فى مصر على أن للعقد الإداري خصائص ثلاثة[٣]:

- الخاصية الأولى: أن تكون الإدارة طرفا فيه.
- الخاصية الثانية: أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام.
- الخاصية الثالثة: أن يتفق الطرفان على الأخذ بوسائل القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص.

بيد أن الفقه اختلف حول المعيار المميز للعقد الإداري إلى ثلاثة معايير[٤]:

المعيار الأول: (المعيار العضوى أو الشكلى) : ويعنى ضرورة إبرام العقد من خلال جهة الإدارة وتكون طرفا فيه، وهذا المعيار منتقد وذلك تأسيسا على أن الإدارة إذا كانت تتعاقد كشخص عام فإنه يمكن لها أن تتعاقد كشخص خاص.

المعيار الثانى: (المعيار الموضوعى وهو معيار المرفق العام) : ويعنى - كما ذهب البعض- [٥]أن الغاية من تمييز العقد الإداري عن العقد المدني هو رعاية المصلحة

(١) حكم محكمة التنازع الفرنسية. بجلسة ٢٠٠٠/٢/١٤. فى قضية SocieteRheddons. غير منشور. مشار اليه بهامش د/ عاطف سعدى محمد على. عقد التوريد بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة. ٢٠٠٥. ص٤٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، فى الطعن رقم ٤٨٧٤ لسنة ٤٥ق. ع. جلسة ٢٠٠٢/٣/١٣. وحكمها فى الطعن رقم ٥١٠٥ لسنة ٤٣ق. ع. جلسة ٢٠٠٠/٣/٢١، انظر د/ محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى سنة ٢٠٠٤، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠٠٤، ص٤٤. وفى هذا المعنى حكم محكمة القضاء الإداري فى الطعن رقم ٩٦٦٩ لسنة ٥١ق، - دائرة العقود - جلسة ١٩٩٨/٨/٣٠. وحكم المحكمة الدستورية العليا، - تنازع - جلسة ١٩٩١/١/٥، السنة الثانية عشرة، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة السادسة والثلاثون، أكتوبر – ديسمبر، العدد الرابع، ص١٢٤.

(3), - Waline (M) Dr. Admin, g ed, 1963. P565 ets.

Waline: précis. Dr. admin. 1970. P 190. Et suiv.

WEIL (p) Le critere du contrat administrative encrise, le langeswaline, paris, 1995. P. 381.

د/ سليمان محمد الطماوى، المرجع السابق، ص ٧٨. د/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، طبعة الثالثة، ١٩٧٦، ص ٥٧٦. د/ محمود حافظ، القضاء الإداري، طبعة الثالثة، ١٩٦٧، ص٤٠٤، ٤٠٥.

(٤) انظر تفصيلا : د/ خميس السيد اسماعيل، موسوعة القضاء الإداري، والعقود الإداري والتعويضات طبقا لأحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، دار محمود للنشر، بدون سنة، ص ١٢ وما بعدها.

(٥) د/ محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة العربية، طبعة ١٩٩٩، ص٣٦.

العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وهى الغاية من وجود المرفق العام ذاته.

المعيار الثالث: (الشروط الإستثنائية غير المألوفة): يتحدد العقد الإداري - طبقا لهذا المعيار – إذا كان العقد الذى تبرمه الإدارة بقصد إنشاء أو إدارة أو تسيير مرفق عام، بطبيعته الذاتية يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة.

ويرى غالبية الفقه المصرى الأخذ بمعياري موضوع العقد المتصل بالمرفق العام ومعيار الشروط الإستثنائية معا، لمساواة القيمة القانونية لهما[١]، وهذا ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا[٢]، ودائرة توحيد المبادىء[٣]، ومحكمة النقض المصرية[٤].

ومع تسليمنا باختلاف طبيعة التصرفات الإدارية عن التصرفات والمعاملات المدنية، نظرا لذاتية القانون الإداري، الأمر الذى مؤداه استلهام تعريف فكرة التحول فى العقد الإداري من تعريف التحول فى القانون المدنى مع مراعاة الطبيعة الذاتية للقانون الإداري.

ونظرية تحول العقد الإداري متعلقة بطبيعة العقد و تكييفه وليس كمه، كما هو الحال فى نظرية الانقاص، كما أنها تقوم على أساس الإرادة المفترضة، لا الحقيقية، للعاقدين، وتحل محلها ارادة القاضي، فضلا عن أن الهدف منهاهو انقاذ ما يمكن انقاذه من العقد.

ومن ثم فإن الباحث يعرف التحول فى العقد الإداري بأنه: استبدال عقد جديد أو قرار إداري بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد، بحيث تبقى عناصر العقد القديم كما هي، أو تكيفه تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم.

ويستنبط من هذا التعريف عناصر التحول فى العقد الإداري وهى:

استبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل.

التحول ذاتى أى قائم على الأركان التى تكون منها العقد القديم من غير إدخال أى عنصر جديد عليها.

تكييف العقد الجديد تكييفا مغايرا لتكييف العقد القديم.

(١) د/ على عبد العزيز الضحام، سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص٥. د/ محمد عبد الواحد الجميلى، المرجع السابق، ص١٥٠.

(٢) حكمها فى الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ق.ع، جلسة ١٩٦٧/٣/٢١، كجكوعة المكتب الفنى، السنة السابعة، ص٥٤، حكمها فى الطعن ٥٨١١ لسنة ٤٢ق.ع، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤، غير منشور.مشار إليه بهامش د/ عاطف سعدى محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق « دراسة مقارنة»، ٢٠٠٥، ص٩٩.

(٣) حكمها فى الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ق.ع، جلسة ١٩٩٧/١/٢ غير منشور.مشار إليه بهامش د/ عاطف سعدى محمد، المرجع السابق، ص٩٩.

(٤) نقض جلسة ١٩٦٤/٧/٧، مجموعة المكتب الفنى، السنة الخامسة عشرة، ص٩٥٦.

المطلب الثاني

تمييز التحول عن بعض المصطلحات ذات الصلة

قد ترتبط فكرة التحول بالعديد من المصطلحات القانونية كإجازة العقد، وتصحيح العقد، ومراجعة العقد، وتفسير أو تأويل العقد، وانقاص العقد.

إجازة العقد.

فإجازة العقد سواء صريحة أو ضمنية[١]، هي استبقاء العقد القابل للإبطال بعناصره كما هي، مع استبقاء العقد المجاز على تكييفه القانوني الأصلي دون أن يكيف تكييفاً جديداً، وفي هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول.

تصحيح العقد.

هو عبارة عن تصرف إرادي وعمل مادي يصدر من الطرف الذي لم يتقرر بطلان العقد لصالحه - بخلاف الإجازة -، ويتفق معها من حيث الأثر الرجعي، فيعتبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه، ويتم التصحيح بإدخال عنصر جديد على العقد يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً. ففي الاستغلال يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن[٢]، فعرض ما يكفي لرفع الغبن هو إدخال عنصر جديد في العقد أدى إلى تصحيحه.

مراجعة العقد.

هي عمل من عمل القاضي، فقد تكون في عقد نشأ معيباً كإنقاص الالتزامات في الاستغلال[٣].

وكإنقاص الالتزام المرهق في نظرية الحوادث الطارئة، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان[٤].

ويختلف التصحيح عن مراجعة القاضي للعقد، من حيث أنه يتم بمقتضى إرادة المتعاقد أو بمقتضى حكم القانون.

(١) مادة ١٣٩ من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، المنشور بالوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر (أ) بتاريخ ١٩٤٨/٧/٢٩.
(٢) مادة ١٢٩/٣ من القانون المدني.
(٣) مادة ١٢٩/١ من القانون المدني.
(٤) مادة ٩٥ من القانون المدني.

انتقاص العقد.

أما انتقاص العقد فقد نص عليه القانون المدني فى المادة ١٤٣ منه على أنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله[1].

فعملية الانتقاص عبارة عن فرز أو بتر الشق الباطل أو القابل للإبطال من العقد مع بقاء العقد صحيحا، ما لم يكن انعقاد العقد موقوفا على هذ الشق.

ويتميز التحول عن جميع المفاهيم السابقة بأنه تغيير العقد الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد آخر صحيح ، وذلك من خلال إحداث تغيير فى مكوناته أو فى أشخاصه أو فى وصفه.

---

(١) ورد هذا النص فى المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للبطلان ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا . إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للبطلان ». وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية . وأصبح رقم المادة ١٤٧ فى المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت عبارة أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا . لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الايضاح وهي تقرر نتيجة تستخلص فى غير عناء من النص نفسه . وأصبح رقم المادة ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته. (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثانى، ص ٢٥٩ - ٢٦١).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتي: « اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢(مادة ١٤٣ مدنى جديد) من التقنينات الجرمانية، ومن بينها التقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والتقنين البولوني بوجه خاص (المادتين ٣٢٧ / ٣٠٨ من التقنينين التونسي والمراكشي. وهي تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن بيعاً ورد على عدة أشياء وقع العاقد فى غلط جوهري بشأن شيء منها ، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبي من العقد إلا الشق الذي قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً مطلقاً ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذي وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً ، ويظل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذي بطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٢٩ من التقنين الألماني والمادتين ٣٢٧ / ٣٠٨ من التقنينين التونسي والمراكشي ، وهي تلقي عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد). وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين» (مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثانى، ص ٢٦٠).

المبحث الثاني

التحول فى طبيعة العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

لا ريب أن صحة العقود تتطلب تحقق شروط السلامة الذاتية للعقد الإداري من حيث أركان العقد، وهى الرضا، والمحل، والسبب، ولا تكاد تختلف عن مثيلاتها فى عقود القانون الخاص، ومن ثم فإن القاضي الإداري يلجأ إلى ذات القواعد المطبقة فى القانون الخاص، ولا يحيد عنها إلا بالقدر الذى يتناسب مع طبيعة المنازعة الإدارية، وقد أفصح الفقيهان الفرنسيان Picinio و De la Padres بأن القضاء الإداري فى هذا الشأن يلجأ إلى النظريات المدنية ولا يحورها تحويرا كبيرا[1]. لذا فقد قسمت هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تحول العقد الإداري الباطل إلى عقد إداري صحيح.

المطلب الثاني: تحول عقد باطل من عقود القانون الخاص إلى عقد إداري صحيح.

المطلب الثالث: تحول عقد الإدارة الباطل إلى قرار إداري صحيح.

المطلب الرابع: تحول العقد المبنى على قرار باطل إلى عقد صحيح.

المطلب الأول

تحول العقد الإداري الباطل إلى عقد إداري صحيح.

انقسم الفقة فى شأن هذه الحالة إلى رأيين :

الرأى الأول: يرى أنه لا يمكن تصور اعمال فكرة التحول للعقد الاداري الباطل إلى عقد صحيح، نظرا لاشتماله على شروط استثنائية غير مألوفة فى شروط عقود القانون الخاص[2].

ومن مقتضيات هذه الشروط ثبوت سلطة تعديل العقد الإداري للإدارة دون اشتراط موافقة الطرف المتعاقد معها فى النطاق المقرر لسلطة التعديل المحددة بنطاق الشروط اللائحية، وما قد يترتب عليها من أسباب تؤدى إلى تحقيق التوازن المالى للعقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها.

(١) د/ سليمان محمد الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربى، الطبعة الثانية، ١٩٦٥، ص٣٧٩، ٣٨٠.
(٢) د/ رأفت دسوقى محمود، المرجع السابق، ص٢٨٣.

الرأى الثانى:ذهب البعض[١] إلى جواز إجراء التحول فى العقد الإداري المنعدم أو الباطل إلى عقد إداري صحيح، وتتجلى هذه الصورة فى حالة عدم الحصول على تصريح (إذن بالتعاقد) من السلطة التشريعية- وهو إجراء جوهرى -لإبرام عقد التزام المرفق العام،والذى يترتب على عدم الحصول عليه جزاء الإنعدام واعتباره محض واقعة مادية، لا يترتب عليه ثمة أثر قانونى، فإذا تعذر الحصول على التصريح فيجوز استغلال المرفق العام عن طريق التراخيص، بشرط تغليب المصلحة العامة، وأن يكون ذلك لمواجهة ظروف طارئة، فاستغلال المرافق العامة عن طريق الترخيص لم يكن إلا على سبيل الاستثناء فى حالة تعذر الإستغلال عن طريق الإلتزام[٢].

ويعقب الباحث على هذا الرأى بأنه قد جانبه الصواب فى إطلاقه لإمكانية التحول بمجرد الحصول على ترخيص وذلك تأسيسا على الآتى:

أولا: إن حصول الإدارة على تصريح بالتعاقد يعد إجراءً جوهريا لإبرام عقد التزام المرفق العام طبقا للقانون رقم ١٢٩لسنة ١٩٤٧ بشأن التزام المرافق العامة[٣]، ويترتب على عدم حصول الإدارة على التصريح (الإذن بالتعاقد)، جزاء الإنعدام وهذا مصدره القانون.

ثانيا: إن معالجة العقد الإداري الباطل بالحصول على ترخيص يعد هذا تصحيحا للعقد وليس تحولا.

ثالثا: إن اعتبار الحصول على الترخيص تحول يتنافى مع الطبيعة القانونية الذاتية للتحول فى ذات التصرف دون الحاجة إلى أية عناصر جديدة خارج واقعة التصرف الأصلي.

ومع ذلك فإن الباحث يرى أنه يمكن التحول بالحصول على ترخيص متى كان ذلك بنص فى القانون أو بمعنى أدق إذا كان التحول هنا أساسه القانون ذاته :إذ إطلاق التحول بمجرد الحصول على ترخيص – وهو إجراء خارجى عن مكونات وعناصر العقد الإداري الباطل – يعد تصحيحا وليس تحولا بالمعنى الدقيق.

---

(١) انظر: د/ مصطفى كامل محمد على، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٥٠٨ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ١١ق.ع، جلسة ١٩٧٠/١/١٧، مجموعة أحكام المحكمة، السنة الخامسة والعشرين، العدد الأول، ص١٤٠ وما بعدها.

(٣) الجريدة الرسمية، بتاريخ ٢٤ يوليو ١٩٤٧.

المطلب الثاني

تحول عقد باطل من عقود القانون الخاص إلى عقد إداري صحيح.

قد تلجأ الإدارة إلى إبرام عقد من عقود القانون الخاص لتيسير أحد مرافق الدولة العامة، ولكن هذا العقد قد شابه بطلان، وفي الوقت ذاته قامت أركان عقد إداري صحيح، إذا كانت النية الافتراضية لطرفي العقد يمكن أن تتجه إلى التعاقد لو كانت قد علمت ببطلان تصرفها الأصلي، ففي هذه الحالة يمكن إعمال فكرة التحول للعقد الخاص الباطل إلى العقد الإداري متى توافرت فيه شروط العقد الإداري[١].

ومن ثم فيمكن إستصحاب نظرية التحول المعمول بها فى العقود المدنية على عقود الإدارة والمنصوص عليها فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى، ومن هذا المنطلق فإن تنفيذ هذه العقود يجب أن يكون قائما ومتفقا مع ما يوجبه حسن النية فى التنفيذ المنصوص عليها فى المادة ١٤٨من القانون المدنى[٢]، فهذا من موجبات تنفيذ العقود بصفة عامة ، وذلك تحقيقا للهدف العام من إنشاء وتسيير المرافق العامة وهو تحقيق الصالح العام[٣].

وتطبيقا لذلك أيضا ما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع[٤]، بتحول العقد الخاص إلى عقد إداري فى واقعة وقف هيئة الأوقاف المصرية وهى المالكة للوقف طبقا لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦، وقد اطلقت عليه مصطلح « الوقف الخيرى»، واشترطت احتفاظها بملكية ريع الأطيان الموقوفة مدى الحياة - وهذا يسبغ على هذا الوقف طابع الوقف الأهلى الذى حظره القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥١ – وهذا الوقف فى حقيقته فضلا عن كونه محظورا – فهو فاقد لشرط الصحة المتمثل فى وجوب إشهاره إشهارا رسميا بالشهر العقارى.

بيد أن المالك أقر بأن أطيان الوقف تبرع خالص غير مشروط لصالح مستشفى الجمهورية، وبالمقابل قام المحافظ بتحويل عقد التبرع إلى السكرتير العام للتنفيذ، ومن ثم فإننا أمام تصرف إرادى من جانب المالك وهو عقد تبرع غير مشروط (باطل)،

---

(١) د/ زكى محمد محمد النجار، المرجع السابق، ٤٦٩. د/ رأفت دسوقى محمود، المرجع السابق، ص٢٨٢.

(٢) نصت المادة ١٤٨ على أنه:١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق.ع، جلسة ١٩٧٠/٤/١٦.

(٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٦٢، بجلسة ١٩٦٣/٦/٢٥، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادىء المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام ١٩٤٦ وحتى ١٩٨٥، الطبعة الأولى، ١٩٨٦ – ١٩٨٧، ص.

لمخالفته قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥١، أو عقد هبة مدنية إلا أنه باطل أيضا ؛ لأن من أهم خصائصه أنه عقد شكلى اشترط القانون لصحته الرسمية باشهاره فى الشهر العقارى . وبقبول هذا العقد من السكرتير العام للمحافظة للتنفيذ ، فإننا نكون بصدد عقد (عقد تقديم المعاونة) وهو عقد إداري صحيح مكتمل الأركان والشروط ، يتعهد بمقتضاه شخص برضائه بالمساهمة نقدا أو عينا فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة[1].

ويلاحظ على ما انتهت اليه الجمعية العمومية الآتى:

أنها أقامت التصرف الصحيح من واقعة التصرف الباطل دون الاستعانة بأي عنصر خارجى عنه. فعقد الهبة المدنى تحول إلى عقد تقديم معاونة وهو عقد إداري - رغم اختلاف كلا العقدين فى النطاق القانونى والمضمون والأثر.

أن المالك لم يعلم عند تنازله عن احتفاظه بريع الأطيان ببطلان عقد التبرع وقت إبرامه، وأنه عندما علم بهذا البطلان أبان نيته فى التبرع غير المشروط.

أعملت الجمعية العمومية فكرة تحول العقد الخاص إلى عقد إداري دون الحاجة إلى أية عناصر جديدة خارج واقعة التصرف الأصلي .

أن الفتوى ذهبت إلى مدى بعيد فى فكرة التحول، عندما قررت أنه يجوز تحول التصرف الذى يوجب القانون إبرامه بشروط أشد إلى تصرف آخر شروطه أقل.

المطلب الثالث

تحول عقد الإدارة الباطل إلى قرار إداري صحيح.

يعد – وبحق – من أجل ابتكارات القضاء الإداري فكرة تحول العقد الإداري إلى قرار إداري. إلا أن هذا التحول لا بد وأن يكون فى عقد من عقود الإدارة الخاصة.

وتتجلى هذه الفكرة فى الحالات التى تتعاقد فيها جهة الإدارة مع المتعاقد معها بعقد مؤقت أو بمكافأة شاملة، مع بطلان هذا العقد، وتحوله إلى قرار إداري صحيح.

وقد كان للمحكمة الإدارية العليا بحكمها الصادر بجلسة ١٩٥٨/١١/٢٢، فضل السبق فى تحول العقد الإداري الباطل إلى قرار إداري ؛ حيث قررت فى حكم لها أن وظيفة مرشد بهيئة قناة السويس تعد من وظائف الفنية العالية بالهيئة، ولا يقبل من شأنها خلو الجداول المتعلقة بالكادر الخاص بموظفي الهيئة من النص عليها بين

(١) د/ رأفت دسوقى محمود، المرجع السابق، ص٢٨٤.

مختلف الوظائف الفنية أو الكتابية التى تضمنتها، على أن المرتب الرمزى للمدعي فى حد ذاته داخل فى نطاق المرتبات المقررة لوظائف الفئة العالية، ومن ثم فإن المدعي تربطه بالهيئة عقد استخدام ، وهو عقد إداري أساسه القواعد التنظيمية التي تحكم حالته والتي تضعه فى مركز لائحي يخضع لأحكام القانون العام وليس علاقة عمل[١].

ويرى البعض[٢] أن عقد الاستخدام هذا رغم السلطات التى يتمتع بها المدعي بحكم وظيفته هو عقد باطل، ومع ذلك فإن عناصر هذا العقد الباطل تصلح لإقامة قرار إداري يغير علاقة المدعى بالهيئة إلى علاقة تنظيمية، وأن الإرادة الافتراضية لطرفي هذا العقد ،كانت تنصرف إلى استبقاء قرار تعيينه فى وظيفة مدرجة بجدول الهيكل الخاص بموظفي الهيئة[٣].

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أنه بالإضافة إلى أن الإرادة الحقيقية لمصدر القرار كانت تتجه إلى تعيينه فى وظيفة دائمة أو أنها علمت ببطلان قرارها الأصلي ، وهو ما ينطبق أيضا على نية الموظف الافتراضية ، وفي هذه الحالة إذا تصورنا غياب الأسباب التى اعتبرتها الهيئة مانعا دون تعيينه فى وظيفة دائمة ، لأصبح ذلك الأمر قرارا إداريا بتعيينه على درجة دائمة رغم اختلاف التصرف الأول عن التصرف الثانى من حيث مضمونه وأثره ونطاقه القانوني[٤].

وتطبيقا لذلك، فقد أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى استقرار قضائها على قبول تحول عقد القانون الخاص إلى قرار إداري فى قضية تتلخص وقائعها فى أن المطعون ضده قد التحق بالعمل بجهاز تنظيم الأسرة والسكان فى وظيفة مستشار قانوني بعقد عمل مدته ثلاث سنوات تتجدد تلقائيا وبمكافأة شاملة بالعقد، وحينما طالب بتطبيق أحكام القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ -المطبق على جهاز تنظيم الأسرة -آنذاك- على حالته لخو القرار الجمهورى رقم ٨٦١ لسنة ١٩٧٤ فى المسائل التى لم يرد بها نص فى القرار الجمهورى رقم ٨٦١ لسنة ١٩٧٤، ولعدم تنظيم العقد لبعض المسائل -على اعتبار أن القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ هو الشريعة العامة لتنظيم جهاز

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٣٠ لسنة ١٧ ق، جلسة ١٩٧٦/١١/٢٧، وكذا حكمها فى الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٨ق. عليا، جلسة ١٩٩٤/٤/٢.

(٢) د/ رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص٢٩٠- ٢٩١.

(٣) انظر فى هذا الصدد حكمها فى الطعن ٣١٨١ لسنة ٤٢ق.ع، جلسة ١٩٩١/١١/٢٩. وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٢١، جلسة ١٩٦٢/٩/٢٦.

(٤) انظر فى هذا الصدد فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٢١، جلسة ١٩٦٢/٩/٢٦.

تنظيم الأسرة ، وعندما طالب بتطبيقه تنكرت جهة الإدارة لذلك الأمر، مما دعاه إلى اللجوء لمحكمة القضاء الإداري طعنا على قرار جهة الإدارة السلبي ، حيث قضت باختصاصها وأن الأعمال المسندة اليه بمقتضى العقد إنما هي أعمال دائمة ، وليست مؤقته أو عارضة ؛ لأنها تحتاج إلى خبرة لا تتوافر فى العاملين من شاغلي الفئات الوظيفية بالجهاز.

ولما طعنت جهة الإدارة على هذا القضاء أما المحكمة الإدارية العليا، أكدت الأخيرة صحة القضاء باختصاص محكمة أول درجة ولائيا بنظر تلك الدعوى ، وأسست قضاءها على القول بأن المطعون ضده لا تربطه بالجهاز الطاعن أي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح المتعلقة بالتوظف، إلا أن هذا لا يمنع من وجود قواعد خاصة تنظيمية تنطبق على فريق من الموظفين دون فريق آخر، وهذا هو الحال بالنسبة للموظفين المؤقتين المعينين بعقود ؛ إذ أنهم يخضعون للأحكام التى يخضع لها جميع الموظفين، كما يخضعون إلى جانب ذلك إلى أحكام عقودهم الخاصة فيما تخالف فيه الأحكام العامة بشرط عدم وقوع هذه المخالفة على قواعد مقررة بقانون ، وقد انتهت المحكمة إلى بطلان العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضده ، إلا أن الطاعن لا يكون فى مركز تعاقدى بل مركز لائحى تحكمه قواعد القانون العام، ومن ثم فإن المحكمة قد أعملت فكرة التحول فى هذه الحالة إذ حولت العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضده إلى قرار إداري صحيح [١].

المطلب الرابع

تحول العقد المبني على قرار باطل إلى عقد صحيح.

يمر العقد الإداري بمراحل متعددة وهذه المراحل هى (مرحلة التفاوض – مرحلة التعاقد – مرحلة التنفيذ) وأثناء هذه المراحل قد تصدر بعض القرارات اللازمة لإتمام عمليات التعاقد المركبة و تسمى هذه القرارات - كما وصفها الفقه والقضاء - بالقرارات القابلة للانفصال ، ويقصد بها تلك القرارات التي تتخذها الجهة الإدارية لا لذاتها بل لتحقيق غاية محددة باستكمال العملية القانونية المركبة[٢]، وقبل التطرق إلى أثر هذه القرارت على العقد سواء فى مرحلة ما قبل اتمامه، ومرحلة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٣١٨١ لسنة ٣٢ ق، جلسة ١٩٩١/١١/٢٩.

(٢) د/ عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السُلطة فى مجال العقد الإدارية، بحث منشور فى مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق- جامعة الكويت، العدد ٣، نوفمبر ١٩٨٧، ص٢٢.

ما بعد اتمامه، فإنه حري بنا أن نلقي الضوء على موقف كل من القضاء الإداري فى فرنسا ومصر إمكانية الطعن على هذه القرارات، وذلك على النحو التالي:

أولا: موقف القضاء الفرنسي :

مر القضاء الإدَاريّ الفرنسي بمرحلتين بخصوص إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدَاريّة القابلة للانفصال:

المرحلة الأولى: اعتنق فيها مجلس الدولة الفرنسي نظرية مفادها أن العَقْد الإدَاريّ عبارة عن وحدة قَانونية غير قابلة للتجزئة أو الانفصال، حَيْثُ إنّ القرارات التي تصدرها الإدَارَة المتعلقة بالعقد تندمج فيه ولا تقبل الانفصال عنه، وطالما كان الطعن بالإلغاء موجهًا ضد القرارات الإدَاريّة ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض ذلك على أساس أن المتعاقد يملك اللجوء إلى قَاضِي العَقْد بدعوى القضاء الكامل إذا حصلت منازعة بشأن هذه القرارات، أما الغير الذي يكون أجنبيًا عن العلاقات المتولدة عن العَقْد فلا يعترف له بأية حقوق تجاه العَقْد[1].

وينتقد الباحث هذا الاتجاه ؛ نظرا لأن فكرة الاندماج تمثل حجر عثرة أمام الغير نحو الطعن على القرارات المرتبطة بفكرة العقد القائم على الحقوق والالتزامات المتقابلة والملزمة لطرفي العَقْد دون غيره ، ومن ثمّ فإن الغير لا صفة له فى الطعن على هذه القرارات استقلالًا ، ولا يمكن من ناحية أخرى اللجوء لهم لقَاضِي العَقْد لذات فكرة الاندماج.

المرحلة الثانية: اعتنق مجلس الدولة الفرنسي فى مطلع القرن العشرين نظرية القرارات الإدَاريّة القابلة للانفصال ، ومفادها : أن العَقْد الإدَاريّ يمر بسلسلة من الإجراءات ، وتدخل فى تكوينه عناصر مختلفة كأن تصدر الإدَارَة قرارا بإبرام العقْد أو التصديق عليه ، فهذه القرارات وإن كانت تدخل ضمن العملية التعاقدية إلا أن لها استقلالية ، بحيث يمكن فصلها عن تلك العملية ، ومن ثم الطعن عليها بدعوى الإلغاء ، ومن أبرز الأحكام القضائية التي أرست هذه النظرية هو حكم مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٠٥ فى قضية(Martin)[2]، ويعد هذا الحكم حجر الزاوية التى أرست هذه النظرية ، حيث قبل المجلس فى هذه الدعوى الطعن بالإلغاء ضد القرار الإدَاريّ الذي منح امتيازًا لإحدى شركات التزام ، رغم أن هذا القرار يندرج فى عقد

(١) المرجع السابق ذاته.

(2) C. E 4 ust, 1905, Martin. Ciry. 3, P.49.

الامتياز الذي تدخل المنازعة بشأنه فى اختصاص مجالس الأقاليم[١].

وقد انتهى المفوض روميو فى هذا الحكم إلى أنه يبقى العقد بين الأطراف رغم إلغاء القرارات التى أسهمت فى تكوينه إذا لم يطلب المتعاقدون من قاضي العقد تقرير بطلانه أو لم يطلبوا منه فسخه[٢].

ثانيا: موقف القضاء المصري

وقد أخذ مجلس الدولة المصري بهذا الاتجاه حيث ذهب إلى أن (.. وما صدر من تلك القرارات – تشير إلى القرارات التى صدرت فى مرحلة تكوين العقد – مخالفا للقانون أو اللوائح أو مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة حق إلغائها دون أن يكون للإلغاء مساس بذات العقد)[٣].

وسمح للغير بالطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداريّ والقابلة للانفصال عنه، ويعد أشهر الأحكام فى هذا الصدد هو حكم محكمة القضاء الإداريّ الصادر في ٨ يناير ١٩٥٦ القول الذي جاء فى حيثياته (.... إن القرارات السابقة أو اللاحقة على العَقْد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إداريّة منفصلة عن العَقْد، ومن ثم يجوز الطعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السُلْطة ، ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل...)[٤].

ومن ثم لا يوجد ما يمنع من فصل تلك القرارات والطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن العملية ذاتها، ولكن لا يمتد أثر إلغاء القرار الإداريّ على إلغاء العَقْد الإداريّ رغم بناء أن القاعدة العامة تقضي بأن كل ما يبنى على باطل فهو باطل، ولقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه – وهو الاتجاه الغالب للقضاء الإداريّ فى فرنسا ومصر – إذ يذهب إلى أنه لا يترتب على إلغاء القرار الإداريّ المنفصل إلغاء العَقْد المرتبط به مباشرة، بل يمكن أن يتم إلغاؤه أمام قاضي العَقْد[٥]. استنادا إلى سبق إلغاء القرارات الإداريّة المنفصلة والتي أسهمت فى إتمام عملية التعاقد[٦].

---

(١) د. سامى حسن نجم الحمداني ، أثر العَقْد بالنسبة للغير، بحث منشور على موقع: http://almerja.com/reading.php..

(2) C. E 4 ust, 1905, Martin. Ciry. 3, P.49.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ق، جلسة ١٨/١١/١٩٥٦، مجموعة أحكام المجلس – السنة الحادية عشرة – ص ٢٢.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداريّ فى القضية رقم ٧٣٤ لسنة ١٠ق، المجموعة الأحكام ، السنة العاشرة، ص١٢٥-١٣٦.

(٥) د. عادل الطباطبائي، مرجع سابق، ص٤٤.

(6) C. E 4 ust, 1905, Martin. Ciry. 3, P.49.

وإذا كان هذا هو موقف القضاء الإداري فى كل من فرنسا ومصر وقد تم ارساء نظرية القرارات القابلة للانفصال ، فمن ثم نعود إلى التساؤل بشأن أثر هذه القرارت على العقد سواء فى مرحلة ما قبل اتمامه ، ومرحلة ما بعد اتمامه ، وهو ما سنعالجه فى السياق التالي:

الفرض الأول: صدور حكم بإلغاء القرار أو بوقف تنفيذه قبل إبرام العقد بصفة نهائية.

وهنا لا تثار أي مشكلة من حيث وجوب إعمال آثار البطلان ، وعد السير فى اجراءات التعاقد، وذلك نزولا على وجوب إعمال آثار وحجية الحكم الصادر مثلا ببطلان التصريح بالتعاقد[1].

الفرض الثانى: إذا صدر حكم الإلغاء بعد إبرام العقد نهائيا: فالمستقر عليه فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن العقد لا يتأثر تلقائيا نتيجة لصدور حكم إلغاء القرار المنفصل ، فالإلغاء لا ينصب إلا على القرار الباطل دون العقد الذى يظل قائما طالما لم يطلب أحد إبطاله أمام قاضي العقد[2].

فالقاضي الإداري عندما يقضي بإلغاء القرار القابل للانفصال المتعلق بإجراءات المناقصة أو المزايدة مثلا يظل العقد الإداري صحيحا ، وقابلا للتنفيذ ، ولا يبطل بإلغاء هذا القرار ؛ إذ أن العقد المبني على القرار الإداري القابل للانفصال الباطل يتحول إلى عقد إداري صحيح.

(١) د/ محمد عبد العال السناري، مبادىء وأحكام العقود الإدارية فى مجال النظرية والتطبيق، ص١٠٧.
(2) Laubadere (A. de), contratsadministratifs, T.3. p. 332.

المبحث الثالث

التحول فى أشخاص العقد الإداري

تعرف العقود الإدارية نوعا آخر من التحول غير تحول التصرف الباطل، وهو تحول صفة الشخص المعنوي العام أثناء سريان العقد، وهو ما سنعالجه فى المطالب التالية:

- المطلب الأول: تحول الشخص العام المتعاقد نفسه إلى شخص خاص وهو ما يسمى (الخصخصة).
- المطلب الثاني: تحول شخص خاص إلى شخص عام.
- المطلب الثالث: تحول العقد فى حالة التعاقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحدهما يتعاقد لحساب شخص معنوي عام.

المطلب الأول: تحول الشخص العام المتعاقد نفسه إلى شخص خاص وهو ما يسمى (الخصخصة).

الخصخصة: هي نقل ملكية المنشآت أو المشروعات العامة أو إدارتها من الملكية العامة إلى القطاع الخاص[1]، والخصخصة وسيلة مهمة من وسائل الإصلاح لمعالجة الاختلالات الهيكلية التي تعاني منها المشروعات العامة.

والخصخصة نوعان: خصخصة ملكية، حيث يتم فيها نقل ملكية المشروع العام إلى القطاع الخاص، وخصخصة إدارة، حيث يكتفى فيها بتسليم المشروع العام للقطاع الخاص من أجل إدارته، مع احتفاظ الإدارة بملكيته[2] وتعد عُقود الخصخصة – بجميع أنواعها – من قبيل العُقود الإدارية، حتى استخدمت السُلطات الإدارية فى إبرامها وتنفيذها أساليب القانون العام.

وقد يحدث أن تتغير صفة الشخص العام المتعاقد أثناء سريان العقد، وذلك إما يتحول الشخص العام المتعاقد نفسه إلى شخص خاص، وإما بحلول شخص خاص محل الشخص العام المتعاقد.

إلا أن قضاء مجلس الدولة قد اختلف بشأن تحول الشخص العام المتعاقد نفسه إلى شخص خاص أثناء سريان أو تنفيذ العقد، وتنازع هذا الأمر معياران:

(١) د/ أحمد عبد النعيم، الخصخصة، دار المعارف المصرية، ٢٠١٣، ص ٧ وما بعدها.
(٢) المرجع السابق ذاته، ص ١٩.

المعيار الأول: العبرة بوقت إبرام العقد.

هو ما أخذت به مَحكَمة القضاء الإدَاريّ ، حيث قضت بأنه «من الضروري توافر الصفة الإدَاريّة والعامة للشخص المعنوي العام وقت إبرام العَقْد ، فإذا فقد الشخص العام صفته العامة فلا أثر لذلك على طبيعة العَقْد، الذي يظل إدَاريًا ، ويختص بنظره القضاء الإدَاريّ، وتطبق بشأنه قواعد القَانون العام»[١].

المعيار الثانى: العبرة بوصف العقد بوقت إقامة الدعوى.

حيث قضت المَحكَمة الإدَارية العليا باعْتِبَار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصًا من أشخاص القَانون العام، وهي مصلحة المناجم والمحاجر، وأن هذا العَقْد كان متعلقًا بتسيير مرفق عام وهو مرفق المناجم والمحاجر، وأن العَقْد لذلك تضمن شروطًا اسْتِثْنَائِيّة غير مألوفة فى القَانون الخاص، إلا أنه وقد أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت إقامة الدعوى هي شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير ، وهي من أشخاص القَانون الخاص بلا خلاف ، فإن الشرط وقت رفع الدعوى يكون قد غدا مفتقدًا لأحد العناصر الأساسية للعُقُود الإدَارِيّة ، ومن ثم فإن المنازعة بشأنه لا تكون من المُنَازعَات الإدَارِيّة بصفة عامة ، وبالتالي لا يختص مجلس الدَّوْلَة بنظر هذه المنازعة»[٢].

ولقد انتقد الفقه – وبحق – هذا الاتجاه القضائي، وذلك على سند من أن تحول الشخص الخاص إلى شخص عام ليس من آثاره تحول العُقُود التي أبرمها هذا الشخص إلى عُقُود إدَارِيّة، ذلك أن صفة الشخص الاعْتِبَاري المتعاقد ليست هي الشرط الوحيد لإضفاء الصفة الإدَارِيّة على العُقُود التي يبرمها[٣]، وفضلًا عن ذلك فإن القضاء السابق يتجاهل الطبيعة الخاصة للعلاقة بين طرفي العَقْد، فالمتعاقد مع الشخص الاعْتِبَاري الخاص كان يتعاقد معه على قدم المساواة مع هذا الشخص، وكان الطرفان متكافئين، ولم يكن العقد يحوي أية شروط اسْتِثْنَائِيّة ، كما لم يكن متصلًا بنشاط مرفق عام[٤] ، ومن ثم فلا وجه لتحول هذا العَقْد لمجرد اكتساب الشخص الاعْتِبَاري المتعاقد للصفة العامة.

---

(١) حكم مَحكَمة القضاء الإداريّ فى الدعوى رقم ٨٨٤ لسنة ١٩، جلسة ١٩٦٩/٥/٥، مجموعة أحكام القضاء الإدَاريّ من ١٩٦٦ إلى ١٩٦٩، ص١٨٩. وقد أثيرت هذه القضية بشأن تحول المؤسسة العامة لضاحية مصر الجديدة إلى شركة مساهمة بمقتضى القرار الجمهوري رقم ٢٩٠٧ لسنة ١٩٦٤. وحكمها فى الدعوى رقم ٢٨٧ لسنة ١٨ ق – جلسة ١٩٦٩/٣/١٦، المرجع السابق، ص٦٠٩. وأثيرت هذه القضية بسبب تحول المؤسسة العامة للأبنية العامة إلى شركة قطاع عام، بموجب القرار الجمهوري ٤٤١٦ لسنة ١٩٦٥.

(٢) حكم المَحكَمة الإدَارِيّة العليا فى الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٣٣ ق – جلسة ١٩٩٤/١/١٨، الموسوعة الإدَارِيّة الحديثة.

(٣) د/ ثورية لعيوني، القَانون الإدَاريّ المغربي، دار النشر الجسور، ١٩٩٩، ص ١٤١.

(٤) د/ عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ٥١.

ويرى الباحث : أن العَقْد لا يفقد صفته الإدَارِيّة لمجرد تحول الشخص العام الذي أبرم العَقْد من الشّخْصيّة الاعْتِبَاريّة العامة إلى الشّخْصيّة الاعْتِبَاريّة الخاصة، تأسيسا أن صفة الشخص العام ، ولئن كانت عنصرًا من العناصر المميزة للعقد الإدَاريّ، إلا أنها ليست العنصر الأساسي أو الوحيد لتمييز هذا العَقْد، بل إن العنصر الأساسي والمعيار المميز للعَقْد الإداريّ هو معيار الشروط الاستثنائية والأخذ بأساليب القَانُون العام التي يتاح للإدَارَة استعمالها فى إبرام وتنفيذ وإنهاء العَقْد الإدَاريّ، فتلك الأساليب هي أهم ما يميز العَقْد الإدَاريّ عن غيره من العُقُود المدنية، ومن ثم فإن زوال الصفة العامة عن الشخص الاعْتِبَاري الذي أبرم العَقْد لا يتعين معه تغيير الصفة الإدَارِيّة لهذا العَقْد، طالما أن العنصرين الباقين من عناصر تمييزه لا زالا على حالهما، وهما : عنصر الاتّصال بنشاط مرفق عام، وعنصر أساليب السُّلْطَة العامة.

وهذا التحليل هو الذي يتفق أيضًا مع العلة التي من أجلها يخضع العَقْد الإدَاريّ لقواعد خاصة ومتميزة عن القواعد التي تخضع لها العُقُود المدنية ، تلك العلة التي تتمثل فى تعلق العَقْد بنشاط مرفق عام، وانطوائه – بسبب هذا التعلق – على شروط اسْتِثْنَائِيّة غير مألوفة فى نطاق القَانُون الخاص، فهذان الأمران ما بقيا ثابتين فى العَقْد، فإنه يكون عقدًا إدَارِيًا بصرف النظر عن صفة أطرافه.

المطلب الثاني

تحول شخص خاص إلى شخص عام.

ونعني بهذه الصورة حالة تحول أحد طرفي العَقْد المدني من الشّخْصيّة الاعْتِبَاريّة الخاصة إلى الشّخْصيّة الاعْتِبَاريّة العامّة ، فهل يتحول العَقْد المدني إلى عقد إداري بمجرد تحول الشخص الاعْتِبَاري الذي أبرمه من الصفة الخاصة إلى الصفة العامة.

وقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي فى قضية Geronimi مبدءا بإمكانية تحول العقد الخاص إلى عقد إداري نتيجة تحول طبيعة الشخص المعنوي الخاص إلى شخص معنوي عام[1].

وفي مصر وعلى أثر صدور القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٢، الذي نص فى المادتين ٤، ٥ منه على أن تحل المؤسسة المصرية العامة للتعمير والإنشاءات السياحية محل الشركة

(1) C.E, Geronimi, 25/ 10/1961

هذا الحكم منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة التاسعة – ١٩٦٥، ص١٠٢.

المصرية للأراضي والمباني فى جميع أموالها وموجوداتها وحقوقها والتزاماتها، وأن تتولى تلك المؤسسة إدارة مرفق التعمير والإنشاءات السياحية التي كانت تقوم عليه الشركة المصفاه.

وقد أثير بشأن حلول المؤسسة المصرية العامة للتعمير والإنشاءات السياحية محل الشركة المصرية للأراضي والمباني نزاعا محوره : هل يتحول العقد الخاص إلى عقد إداري تأسيسا على تغيير طبيعة أطرافه؟

لقد اتجهت بعض أحكام القضاء الإداريّ إلى ذلك، فبمناسبة عقد أبرمته شركة مساهمة مع أحد الأفراد – وهو عقد مدني بلا شك – قضت المَحكَمة باعْتِبَار هذا العَقْد إدَارِيًا بمجرد تحول الشركة المتعاقدة إلى مؤسسة عامة، واكتسابها من ثم للشخصية الاعْتِبَاريّة العامة[١].

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن من شأن تغيير طبيعة الشخص المعنوي من شخص خاص إلى شخص عام، أن يكون له - تبعا لذلك - أن يتمتع بكل السلطات المخولة له قانونا بشأن المرفق العام لضمان تسيير بانتظام واضطراد، ولا يمكن أن يتحلل هذا العقد الذي أصبح إداريا نتيجة حلول الإدارة محل أحد طرفيه من وضعه الإداري ، إلا إذا أفصحت الإدارة عن رغبتها فى اتباع وسائل القانون الخاص فى تنفيذ العقد[٢].

ولقد انتقد الفقه – وبحق – هذا الاتجاه القضائي، وذلك على سند من أن تحول الشخص الخاص إلى شخص عام ليس من آثاره تحول العُقُود التي أبرمها هذا الشخص إلى عُقُود إدَارِيّة، ذلك أن صفة الشخص الاعْتِبَاري المتعاقد ليست هي الشرط الوحيد لإضفاء الصفة الإدَارِيّة على العُقُود التي يبرمها[٣]، وفضلا عن ذلك فإن القضاء السابق يتجاهل الطبيعة الخاصة للعلاقة بين طرفي العَقْد. فالمتعاقد مع الشخص الاعْتِبَاري الخاص كان يتعاقد معه على قدم المساواة مع هذا الشخص، وكان الطرفان متكافئين، ولم يكن العَقْد يحوي أية شروط اسْتِثْنَائِيّة ، كما لم يكن متصلا بنشاط مرفق عام[٤]، ومن ثم فلا وجه لتحول هذا العَقْد لمجرد اكتساب الشخص الاعْتِبَاري المتعاقد للصفة العامة.

(١) انظر تفصيلا: د/ مفتاح خليفة، المرجع السابق، ص ٥٠، ٥١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري فى الدعوى رقم ٦٧٥ لسنة ١٦ق، جلسة ١٩٦٤/٣/٢٩، مجموعة الأحكام فى خمس سنوات(١٩٦١-١٩٦٦)، ص٣١٥. وقد انتهى أيضا تقرير مفوض الحكومة فى ذات القضية إلى ذات النتيجة أيضا.

(٣) د/ ثورية لعيوني، القانون الإداريّ المغربي، دار النشر الجسور، ١٩٩٩، ص ١٤١.

(٤) د/ عاطف سعدي، المرجع سابق، ص ٥١.

المطلب الثالث

تحول العقد فى حالة التعاقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحدهما يتعاقد لحساب شخص معنوي عام.

تتجلى فكرة التعاقد لحساب الإدارة أو باسم ولحساب الإدارة فى حالة إذا ما تم التعاقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، وكان أحدهما يتعاقد لحساب شخص معنوي عام، حيث يتعاقد الشخص الخاص فى هذه الحالة بصفته وكيلاً عن الشخص العام ، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أم ضمنية[1] وقد أقر القضاء الإداري سواء فى فرنسا أو فى مصر هذه الفكرة.

أولا : موقف القضاء الفرنسي.

ترجع فكرة التعاقد لحساب الإدارة أو باسم ولحساب الإدارة إلى حكم محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ ٨ يوليه عام ١٩٦٤[2]، ويهمنا فى هذا الصدد أن نعرض لما جاء بهذا الحكم ، بالنظر إلى ما أثاره من أفكار تستحق البحث عن التكييف القانوني لتلك النتيجة التي انتهى إليها ذلك الحكم ولاسيما أن جانبا كبيرا من فقه القانون الإداري فى مصر وفرنسا حاول أن يستند فى تفسير ذلك الحكم إلى فكرة الوكالة الضمنية كتبرير لاعتبار مثل هذا العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا بالرغم من عدم قيام النيابة الصريحة بصورها المختلفة فى جانب أحد المتعاقدين .

وتتلخص الوقائع فى أن قانون ١٨ أبريل سنة ١٩٥٥ قد حدد نظام طرق السيارات ونص فى المادة ٤ منه على أنه يمكن بصفة استثنائية أن يكون إنشاء واستغلال أحدها بمنح التزامه إلى شخص عام أو غرفة تجارية أو شركة اقتصاد مختلط تكون الأغلبية فيها للمصالح العامة ، وبموجب هذا القانون أنشأت شركة طريق سيارات – Esterel cote d'azur، وتطبيقا لهذا النص حصلت على التزام إنشاء طريق السيارات باتفاق أقره مرسوم بعد موافقة مجلس الدولة فى ٢١ مايو ١٩٥٧، وأبرمت الشركة عقودا مع المقاولين لإنشاء الطريق ، وقد أثير بشأن أحد هذه العقود نزاع تمثل فى معاناة صاحب شركة منشأة perou صعوبات مالية، وقد نسبت الشركة ومديرها القضائي إلى شركة

(١) راجع تفصيلا: د. مصطفي عبد المقصود، الوكالة فى إبرام العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٨.

(٢) انظر ترجمة هذا الحكم والتعليق د/ أحمد يسري – أحكام المبادئ فى القضاء الإداري الفرنسي، لمارسو لون – بروسبير فى – جي بريبان، ص – ٥٩٦ وما بعدها.

طريق السيارات ارتكاب حيل تدليسية لجعل المتعاقد معها (المنشاة المدعية) تنسحب من العقد وطالبها علي هذا الأساس بتعويض ارتفع إلى أكثر من مليون فرنك، وقد رفع النزاع أولا إلى محكمة « foix » الابتدائية التي قررت اختصاصها ، ولكن محكمة استئناف "Toulous" قررت عكس ذلك ، وأن النزاع يدخل فى اختصاص القضاء الإداري ، وامتثالا لهذا القضاء عرضت المنشأة النزاع على المحكمة الإدارية Nice التي رأت رأيا مخالفا لمحكمة استئناف "Toulous"، فأحالته بأمر اختصاص إلى محكمة التنازع تطبيقا لنصوص مرسوم ٣ يوليه ١٩٦٣ التى تستهدف تجنب نشوء النزاع السلبي، وقد حسمت محكمة التنازع الأمر لصالح الاختصاص الإداري بحكم أعطى مجالا للجدل ، حيث قررت محكمة التنازع « من حيث إن شركة طريق السيارات استيريل_ كوت دلزور Esterel –cote d'azur الملتزمة بالشروط المنصوص عليها فى المادة ٤ من قانون ١٨ إبريل ١٩٥٥ بإنشاء واستغلال طريق سيارات أبرمت مع منشاة perou عقدا لتنفيذ الأشغال الضرورية لإنشاء هذا الطريق؛ وأن هذه المنشاة تنسب إلى شركة طريق سيارات حيلا تدليسه تستهدف جعلها تنسحب من هذا العقد، وتقدر أنه نالها ضرر من ذلك تطلب التعويض عنه من تلك الشركة ؛ ومن حيث فإنه طبقا للمادة ٤ من قانون ١٨ ابريل سنه ١٩٥٥ فى شأن نظام طرق السيارات التي تنص علي أن « استعمال طرق السيارات مجاني من حيث المبدأ ، ومع ذلك يمكن أن يقرر قرار المنفعة العامة فى حالات استثنائية منح الدولة التزام إنشاء واستغلال أحد الطرق إلى شخص عام أو مجموعة من الأشخاص العامة أو غرفة تجارة أو شركة اقتصاد مختلط تكون الأغلبية فيها للمصالح العامة ، وفي هذه الحالة يقر مرسوم عقد الالتزام وكراسة الشروط ، ويصدر بعد أخذ رأي مجلس الدولة وبعد استشارة الأشخاص المحلية ذات الشأن مباشرة ؛ ويمكنها أن تخول الملتزم تقاضي رسوم مرور لتغطية فوائد واستهلاك رؤوس الأموال التي استثمرها وكذلك لصيانة الطريق وتوسيعه فى المستقبل »

واستطرد الحكم مقررا أن لإنشاء الطرق الوطنية صفة الأشغال العامة وهو بطبيعته من شأن الدولة ، وينفذ تقليديا من خلال الإدارة المباشرة ؛ وأنه نتيجة لذلك تكون العقود التي يبرمها رب العمل لهذا التنفيذ خاضعة لقواعد القانون العام ، ومن حيث إنه يجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للعقود التي يبرمها رب عمل لإنشاء طرق سيارات بالشروط المنصوص عليها فى قانون ١٨ ابريل ١٩٥٥ دون حاجة إلى التفرقة حسبما إذا كان الإنشاء تتولاه الدولة مباشرة بالطريقة المعتادة أو يتولاه

بصفة استثنائية ملتزم يعمل فى مثل هذه الحالة لحساب الدولة ، سواء كان هذا الملتزم شخصا معنويا من أشخاص القانون العام أو شركة اقتصاد مختلط ، بغض النظر عن صفة الشخصية المعنوية من القانون الخاص الثابتة لمثل هذه الشركة ، وأنه على هذا الوجه و أيا كانت الأوضاع المتبعة لإنشاء الطريق فإن العقود المبرمة بين المقاول مع الإدارة أو مع الملتزم لها صفة عقود الأشغال العامة، وأنه نتيجة لذلك فإن المنازعات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود تدخل فى عداد تلك المبينة فى المادة ٤ من القانون ٢٨ بلفيوز pluviose للسنة الثامنة ، ومن ثم تدخل فى اختصاص القضاء الإداري.

ثانيا: موقف القضاء المصري.

وقد شايع مجلس الدولة المصري مجلس الدولة الفرنسي حيث قضت المحكمة الإدارية العليا أن « العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة ، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان فى الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها ، فان هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تميز العقد الإداري [1].

(١) الطعن رقم ١٥٥٨ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٤/٣/٧ السنة ٩ -ص - ٧٦٣ - مشار إليه - مؤلف الوسيط فى شرح اختصاصات مجلس الدولة - الجزء الثاني - ط - ٢٠٠٠ - المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العنين.

المبحث الرابع

أثر التحول وحدود سلطة القاضي فى إعماله فى العقد الإداري.

سنتناول هذا المبحث فى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أثر التحول فى العقد الإداري.

المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي فى إعماله فى العقد الإداري.

المطلب الأول

أثر التحول فى العقد الإداري.

الأصل أن للتحول أثرا رجعيا وهذا الأثر يسري على التصرفات القانونية الباطلة فى القانون الخاص، كما تسري على عقود الإدارة الخاصة أيضا.

ولقد طبق القضاء الإداري المصري الأثر الرجعى للتحول بداية فى نطاق القرارات الإدارية، فمن الأهمية بمكان التطرق إلى التطبيقات القضائية التي أعملت التحول فى القرارات الإدارية نظرا لقدم نظرية القرارات الإدارية عن نظرية العقود الإدارية، هذا من جانب ومن جانب آخر، لأن التطبيق على القرارات الإدارية يعد سبيلا لاستلهام القاضي لتطبيقها على العقود الإدارية - كأحد أنواع التصرفات القانونية -، لا سيما - وكما رأينا - أنه يمكن للعقد الإداري الباطل أن يتحول لقرار إداري صحيح، ومن هذه التطبيقات القضائية:

التطبيق الأول:

قضت المحكمة الإدارية العليا بتحول قرار منعدم صادر بالتعيين فى وظيفة مخبر لعامل ؛ نظرا لأن الوظيفة لم تكن موجودة لعدم خلوها بالفعل، ولم تكن أوضاع الميزانية تسمح بتعيينه فيها وقت ذاك، وأن الجهة الإدارية قد أصدرت قرارا بتحديد أجره فى قرار تعيينه بما يوازى أجر مساعد مبخر، وتواتر جانب من المكاتبات الخاصة به بعد ذلك بوصفه مساعد مبخر، واعتبر تاريخ التحول هو تاريخ صدور القرار المنعدم[1].

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٥٤٦ لسنة ٣ق.ع، جلسة ١٩٥٨/١١/٨، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الرابعة - العدد الأول، بند٧، ص٦٢.

التطبيق الثاني:

أعملت المحكمة الإدارية العليا نظرية التحول أيضا عندما حولت قرار إداري منعدم إلى قرار صحيح عندما وافقت عناصره وتحققت الإرادة الافتراضية لدى الجهة الإدارية. وتطبيقا لذلك قضت بأنه وإن كانت المحكمة الإدارية المختصة قد استظهرت أن النية الحقيقية لجهة الإدارة قد اتجهت إلى تعيين المدعى فى وظيفة براد سويتش ببلدية القاهرة ، وهى الوظيفة التي صدر القرار الإداري رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ بتعيينه اعتبارا من ١٩٥٢/٧/٣، والتي كانت نتيجته فى الامتحان المقرر لها بأنه لائق لها، وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا هذا الاستنتاج لكن ما أدركته المحكمة هو ما فات المحكمة الإدارية من حيث اعتبارها قرار الإدارة منعدما ؛ استنادا لعدم وجود ثمة وظيفة براد سويتش يجوز تعيين المدعى فيه بميزانية بلدية القاهرة ، والتعيين لا يجوز قانونا إلا فى وظيفة خالية من نوع الوظيفة التي يراد التعيين فيها، وبذلك يكون القرار منعدما كما قررت المحكمة ، ولكن هذا القرار المنعدم يتحول إلى قرار صحيح لو وافق عناصره وتحقق ركن الإرادة الافتراضية وهو ما استظهرت المحكمة الإدارية العليا تحققه ، وبذلك أعملت التحول فى هذه الحالة ، استنادا إلى وجود وظيفة عامل تليفون بالميزانية ، تلك الوظيفة التي رشح لها المدعى ، ولما صدر القرار نيط به فعلا القيام بها، فيتحول القرار بذلك من القرار المنعدم إلى قرار صحيح إذا تحققت سائر أركان التحول الموضوعية والذاتية[1] ، واعتبر تاريخ التحول هو تاريخ صدور القرار المنعدم.

التطبيق الثالث:

ولم يقف الأمر عند تطبيق المحكمة الإدارية العليا لفكرة التحول بل سايرتها محكمة القضاء الإداري فى حكم حديث نسبيا لها إذ أرست مبدأ مهما فى شأن إعمال نظرية التحول فى القانون الإداري – رغم كون محله بشأن قرار إداري – حيث قضت بأن تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار آخر صحيح أساسه وجود تصرف قانوني باطل أو معدوم لسبب أو لآخر، وتضمنه رغم ذلك عناصر تصرف قانوني آخر، فيتحول التصرف الأول الباطل إلى تصرف آخر صحيح قانونا – أركان نظرية تحول القرارات الإدارية – تطبيق قرار الجهة الإدارية بقيد ابنة المدعى بالصف الثاني

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن ٩٢١ لسنة ٣ق.ع، جلسة ١٩٥٩/٣/٢١، مشار اليه بمؤلف د/ أحمد يسرى، المرجع السابق، ص٩٧.

الابتدائي وسداد الرسوم المدرسية والسماح لها بالانتظام بالدراسة مع بداية العام الدراسي ١٩٩٦/ ١٩٩٧، وإن كان قرارا باطلا فى ذاته ، نظرا لكون المدعى بصفته والد التلميذة بمدرسة الاستقلال الخاصة التابعة لإدارة شبرا التعليمية قد تقدم بتاريخ ١٩٩٦/٧/٩ بطلب ملتمسا دخول ابنته امتحان الدور الثاني للعام الدراسي ١٩٩٥/ ١٩٩٦، للصف الأول الابتدائي ؛ نظرًا لمرور الأسرة بظروف قاهرة..... ، وقد تأشر على طلب المدعى من قبل مدير المدرسة بأنه لا مانع من دخول الامتحان ، إلا أن هذا القرار لم يصادف محلا نظرا لنجاح تلاميذ الصف الأول بالكامل بنسبة ١٠٠٪، ومن ثم لم يكن بالمدرسة دورثان...، ومن ثم فإن قرار الإدارة بقيد التلميذة بالصف الثاني الابتدائي توافر له أركان التحول إلى قرار إداري آخر صحيح [١] واعتبر تاريخ التحول هو تاريخ صدور القرار الباطل.

أما بصدد العقود الإدارية فإن للتحول صفة مقررة وليست إنشائية ، تنسحب إلى وقت صدور التصرف أو انعقاد العقد وليس إلى وقت التكييف أو التحول، فتحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح يتحقق، إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى التصرف الصحيح، بحيث يكون له كيان مستقل عن التصرف الباطل، والرجعية تنصرف إلى تاريخ التصرف الباطل، ومن ثم فإن للتحول أثرا رجعيا ، وليس أثر مباشر[٢].

وقد أعمل مجلس الدولة المصري الأثر الرجعي بشأن تحول العقد الإداري الباطل إلى عقد صحيح إذ قضت بأنه « من الضروري توافر الصفة الإدارية والعامة للشخص المعنوي العام وقت إبرام العَقْد، فإذا فقد الشخص العام صفته العامة فلا أثر لذلك على طبيعة العَقْد، الذي يظل إدَاريًا، ويختص بنظره القضاء الإدَاريّ، وتطبق بشأنه قواعد القَانون العام»[٣].

وعليه فإن الباحث يرى استصحاب الأثر الرجعي للتحول. سواء كان مناط التحول هو تغيير صفة الشخص العام إلى شخص خاص، أو تغيير صفة الشخص الخاص إلى شخص عام، أو أن العقد كان مبرما بين شخصين من أشخاص القانون الخاص وكان أحدهما يعمل لحساب أو باسم وحساب شخص عام ، أو تحول العقد الإداري إلى قرار إداري.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري فى الدعوى رقم ٣٨٠٦ لسنة ٥١ق، جلسة ١٩٩٧/٤/٥، دائرة منازعات الأفراد والهيئات- الدائرة الأولى -مشار إليه بهامش د/ حمدى ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري فى قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص٤٥٢.

(٢) د/ زكى محمد محمد النجار، نظرية البطلان فى العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١، ص٤٦٥.

(٣) حكم مَحْكَمة القضاء الإدَاريّ فى الدعوى رقم ٨٨٤ لسنة ١٩، جلسة ١٩٦٩/٥/٥. وحكمها فى الدعوى رقم ٢٨٧ لسنة ١٨ ق - جلسة ١٩٦٩/٣/١٦، سبق الإشارة اليهما.

فالهدف من تقرير الأثر الرجعي هو تحقيق الغاية من إعمال فكرة التحول المتمثلة فى تفادى بعض التصرفات التي تجريها الإدارة من جزاء البطلان المطلق، وتخفف من ضخامة أثره إلى تحول التصرف أو العقد الباطل إلى تصرف أو عقد صحيح ، مما مؤداه انتشال الدولة من تورطها فى عدم قدرتها على تنفيذ الحكم القضائي الصادر بتقرير البطلان لصالحها نظرا لعدم قدرتها أو ملاءتها المالية لتنفيذ هذا الحكم رغم نهائيته بل وبيتوتته.

المطلب الثانى

حدود سلطة القاضي الإداري عند إعمال التحول فى العقود الإدارية.

إن سلطة القاضي فى نطاق التحول ليست سلطة تحكمية ، بل هى سلطة تتحدد على نحو يتيح له تقريب المسافة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية. فلا يملك القاضي سلطة تقديرية فى إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل،

فبطلان العقد الإداري وموافقته الموضوعية لعقد آخر لا يكفي لإعمال التحول بل لا بد من تحقق الإرادة الافتراضية التي يقوم عليها العقد الجديد، وهذه الإرادة يفترضها المشرع ويكونها القاضي وتستنتج من العناصر التي تقوم أمامه من وقائع الدعوى ومكوناتها، والعبرة بهذه الإرادة التى كانت قائمة وقت إبرام العقد الباطل، ويتحدد وقت إعمال التحول بوقت تكون الإرادة الإفتراضية[1].

وبذلك يكون التحول هو الملاذ الأخير لإنقاذ الإرادة من مصير البطلان، ويؤيد الباحث ما انتهى إليه رأى فقهي[2]. من أنه لا يجوز الارتكان على فكرة التحول كمبرر لإنقاذ إرادة الإدارة من البطلان، طالما كان البطلان قائما، وكانت نية الإدارة لم تنصرف إلا لإبرام العقد الباطل، فليس هذا من دور القاضي أن يبحث عن وسيلة لبقاء العقد الباطل، مع عدم توافر شروط التحول، فيمكننا القول أن القاضي لا يعمل التحول إلا بحقه.

(١) ومن الجدير بالذكر أن الإرادة الافتراضية تتفق فى حقيقتها وفحواها مع الإرادة المحتملة التي أطلقها الفقيه العلامة د/ عبدالرزاق أحمد السنهورى عند تناوله شرح أحكام التحول فى القانون المدني، ومن ثم فقد انحل الخلاف فى هذا الشأن وأصبح مجرد اختلاف حول اللفظ والاصطلاح والمعنى واحد. انظر فى هذا المعنى هامش د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص١٠١.

(٢) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص٣٢١.

وهو ما دعا البعض[١] إلى القول بأن التحول لا يجب اللجوء إليه إلا إذا تعذرت كل وسائل التفسير عن إثبات الصحة للإرادة لا أصلية الحقيقة، وهنا فقط يبدأ النظر فى إمكان التحول، فإذا توافرت شروطه الموضوعية والذاتية تعين الأخذ به وتقرير الصحة للعقد عن طريق الإدارة الإفتراضية.

ويستخلص مما سبق أن نطاق دور القاضي الإداري إزاء تحول العقد الإداري يتحدد فى النقاط التالية:

لا يقوم القاضي بدور بديل عن الإدارة ليبدلها عقدا صحيحا.

لا يقتصر دور القاضي على تفسير إرادة الإدارة ، فهو لا يبحث عن إرادة حقيقية أو احتياطية ، بل يبحث عن النية التي كانت لدى الإدارة المتعاقدة عند إبرام العقد الباطل، وهي الإرادة الافتراضية أو المحتملة. وهذه الإرادة تتحدد بمعيار مختلط من المعيار الموضوعي المتعلق بتوافر شروط التحول، والمعيار الذاتي المتعلق بوجود الإرادة المحتملة.

إن استبقاء العقد الصحيح باعتبار ما كانت تتجه اليه الإرادة الافتراضية لو كانت الإدارة تعلم بطلان العقد الأصلي، أدى إلى اتجاه البعض إلى التسليم بدور القاضي فى إعمال التحول من تلقاء نفسه[٢] ، ومن ثم نستطيع أن نقول بأن التحول فرض نفسه على القاضي.

إن التحول يرتبط ارتباطا كليا بأركان العقد وشروط صحته الذاتية ، وإرادة المتعاقدين ويجب ألا يؤثر التحول على الغاية العملية والاقتصادية للعقد الإداري.

يستطيع القاضي الإداري بما له من هيمنة كاملة على الدعوى الإدارية أن يكيف العقد تكييفا يتفق مع القانون، وطبيعة العقد ، فسلطة القاضي فى التكييف واسعة لا تقف عن حد تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح ، بل يستطيع أن يحول تكييف العقد الصحيح أيضا بإسباغ الوصف القانونى السليم عليه ، كتحول عقد التوريد إلى عقد تقديم خدمة ، أو تحوله إلى عقد توريد وتقديم خدمة ، أو تكييف عقد الدراسات الاستشارية إلى عقد تقديم خدمات الأساسية أو العكس.

تمثل فكرة التحول التي عرفها التشريع الإسلامي والفكر القانوني المعاصر صورة من صور المعالجة المشروعة للتصرفات الباطلة المتمثلة فى تفادي بعض التصرفات

(١) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص١٠٦.
(٢) د/ رأفت دسوقى، المرجع السابق، ص٣٢١.

التي تجريها الإدارة من جزاء البطلان المطلق ، وتخفف من ضخامة أثره إلى تحول التصرف أو العقد الباطل إلى تصرف أو عقد صحيح.

ويجب لإعمال فكرة التحول تحقق الإرادة الافتراضية التي يقوم عليها العقد الجديد ، وتتعدد نظرية التحول فيما يتعلق بطبيعة العقد الإداري ، كتحول العقد الإداري الباطل إلى عقد إداري صحيح ، أو كتحول عقد باطل من عقود القانون الخاص إلى عقد إداري صحيح ، أو كتحول عقد الإدارة الباطل إلى قرار إداري صحيح ، أو كتحول العقد المبني على قرار باطل إلى عقد صحيح.

وللتحول أثر رجعي سواء كان مناط التحول هو تغيير صفة الشخص العام إلى شخص خاص، أو تغيير صفة الشخص الخاص إلى شخص عام ، أو أن العقد كان مبرما بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، وكان أحدها يعمل لحساب أو باسم وحساب شخص عام ، أو تحول العقد الإداري إلى قرار إداري.

النتائج والتوصيات:

أولا: النتائج.

١. أسفر البحث عن أن التشريع الإسلامي عرف فكرة التحول فى العقود والتصرفات، نتيجة لما يتسم به بصفة عامة، وفي المعاملات بصفة خاصّة، بالمرونة، والاستجابة للمتغيرات، والتطور معها. وتعد هذه المرونة والاستجابة للمتغيرات والتطور معها من أخص خصائص الشريعة الغراء، إذ يؤدي ذلك إلى حفظ المصالح على الناس ودفع المفاسد عنهم، فضلا عن استقرار المعاملات بين الناس، ومواكبة التطور.

٢. أسفر البحث عن اتفاق الغاية من إعمال نظرية التحول فى التشريع الإسلامي والقانون المتمثلة فى تفادي بعض التصرفات التي تجريها الإدارة من جزاء البطلان المطلق، وتخفف من ضخامة أثره إلى تحول التصرف أو العقد الباطل إلى تصرف أو عقد صحيح.

٣. أسفر البحث عن إمكانية إعمال نظرية التحول فى نطاق التصرفات الإدارية سواء فى مجال القرارات الإدارية أو العقود الإدارية أيضا.

٤. أسفر البحث عن أن بطلان العقد الإداري وموافقته الموضوعية لعقد آخر لا يكفي لإعمال التحول بل لا بد من تحقق الإرادة الافتراضية التي يقوم عليها العقد الجديد.

٥. أن هذه الإرادة يفترضها المشرع ويكونها القاضي وتستنتج من العناصر التي تقوم أمامه من وقائع الدعوى ومكوناتها، والعبرة بهذه الإرادة التي كانت قائمة وقت إبرام العقد الباطل. ويتحدد وقت إعمال التحول بوقت تكون الإرادة الافتراضية[1].

٦. أسفر البحث عن أن التحول يعد الملاذ الأخير لإنقاذ الإرادة من مصير البطلان ومع ذلك لا يجوز الارتكان عليه كمبرر لإنقاذ إرادة الإدارة من البطلان، طالما كان البطلان قائما، وكانت نية الإدارة لم تنصرف إلا لإبرام العقد الباطل.

(١) ومن الجدير بالذكر أن الإرادة الافتراضية تتفق فى حقيقتها وفحواها مع الإرادة المحتملة التي أطلقها الفقيه العلامة د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري عند تناوله شرح أحكام التحول فى القانون المدني. ومن ثم فقد انحل الخلاف فى هذا الشأن وأصبح مجرد اختلاف حول اللفظ والاصطلاح والمعنى واحد. انظر فى هذا المعنى ، هامش د/ أحمد يسرى، المرجع السابق، ص١٠١.

٧. أسفر البحث عن تعدد أطر نظرية التحول فيما يتعلق بطبيعة العقد الإداري، كتحول العقد الإداري الباطل إلى عقد إداري صحيح ، أوكتحول عقد باطل من عقود القانون الخاص إلى عقد إداري صحيح ، أوكتحول عقد الإدارة الباطل إلى قرار إداري صحيح ، أو كتحول العقد المبني على قرار باطل إلى عقد صحيح.

٨. كما أسفر البحث عن إمكانية إعمال التحول فيما يتعلق بأشخاص العقد الإداري كتحول الشخص العام المتعاقد نفسه إلى شخص خاص ، أو كتحول شخص خاص إلى شخص عام. أو كتحول العقد فى حالة التعاقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إذا كان أحدهما يتعاقد لحساب شخص معنوي عام.

٩. أسفر البحث إلى أن هناك اتجاهين قضائيين بشأن معيار تحديد وقت إعمال التحول . أولهما : قال : إن العبرة بوقت إبرام العقد هو ما أخذت به مَحْكَمَة القضاء الإدَاريّ، وثانيهما : قال : إن العبرة بوصف العقد بوقت إقامة الدعوى . وقد رجحنا الرأي الأول لاتفاقه وطبيعة التحول، ولتحقيق فكرة الأمن القانوني من خلال استقرار المعاملات والمراكز القانونية.

١٠. للتحول أثر رجعى سواء كان مناط التحول هو تغيير صفة الشخص العام إلى شخص خاص، أو تغيير صفة الشخص الخاص إلى شخص عام، أو أن العقد كان مبرما بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، وكان أحدها يعمل لحساب أو باسم وحساب شخص عام، أو تحول العقد الإداري إلى قرار إداري.

١١. أنه ليس دور القاضي أن يبحث عن وسيلة لبقاء العقد الباطل، مع عدم توافر شروط التحول، فيمكننا القول : إن القاضي لا يعمل التحول إلا بحقه ، فسلطته فى نطاق التحول ليست سلطة تحكمية ، بل هي سلطة تتحدد على نحو يتيح له تقريب المسافة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية.

ثانيا: التوصيات.

١. نهيب بالمشرع تعديل قانون تنظيم التعاقدات الحكومية التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، بإضافة نص – على غرار نص المادة ١٤٤ من القانون المدني – ليقرر إعمال نظرية التحول فى التصرفات التي تكون الإدارة طرفا فيها وخاصة العقود الإدارية.

٢. نهيب بالمشرع التدخل لسد الفراغ التشريعي الناتج من عدم معالجة التعاقد من الباطن العقود الإدارية، نظرا لزيادة نظام المشاركات لتنفيذ العقود الإدارية فى المعدلات الزمنية المقررة فى العقد أسوة بالمشرع الفرنسي، وبالتالي امتداد أثر التحول للمتعاقد من الباطن.

٣. نهيب بقضاة مجلس الدولة الموقر، زيادة المساهمة فى ترسيخ نظرية التحول فى العقود الإدارية – لحين إصدار تشريع بتقرير النظرية – من خلال إعمال التحول فى العقود الإدارية على نطاق واسع، سواء من خلال الأحكام القضائية أو الفتاوى، لا سيما فى الوقت الحاضر وفي المستقبل، نظرا لتوجه سياسات الدولة الاقتصادية نحو التوسع فى مشاركة القطاع الخاص للقطاع الحكومي، لتحقيق التنمية المستدامة، وزيادة انتشار عقود الصفقات والمشروعات المركبة والمتشابكة ومتعددة الأطراف ، فضلا عن العقود الإدارية الإلكترونية التي من المتوقع زيادة التعامل بها فى المستقبل.

٤. حري بمجلس الدولة الموقر، أن يقوم بتجميع وتنويب ما تقضي به المحاكم، ما تنتهي إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، وما تفتي به أقسام الفتوى المختصة، بشأن تحول العقود الإدارية.

٥. ينبغي تفعيل دور مفوض الدولة المنصوص عليه فى المادة ١/٢٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، بشأن إعمال عرض التسوية الودية، وإعمالها على أطراف الدعوى، من خلال المستقر عليه فى قضاء المحكمة الإدارية العليا ، وما استقر عليه الفكر القانوني وآراء الفقه من مبادئ قانونية ، وذلك لإنهاء أكبر عدد من المنازعات الإدارية التي يكون محلها تنفيذ العقود الإدارية أو تفسيرها وتكييفها القانوني ، تيسيرا على المتقاضين ، ولتخفيف العبء عن المحاكم، ولتحقيق الصالح العام ، ولتهيئة مناخ داعم لجذب الاستثمارات

الخارجية ، فإن تمت التسوية أثبتت فى محضر يوقع من الخصوم أو وكلائهم وتكون للمحضر فى هذه الحالة قوة السند التنفيذي، وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام ، وتستبعد القضية من الجدول لانتهاء النزاع فيها ، وإن لم تتم التسوية جاز للمحكمة عند الفصل فى الدعوى أن تحكم على المعترض على التسوية بغرامة لا تجاوز عشرين جنيها ويجوز منحها للطرف الآخر.

٦. يجب تعديل نص المادة ٢/٢٨ من قانون مجلس الدولة بزيادة قيمة الغرامة التي قد توقعها المحكمة على المعترض على التسوية عن عرض النزاع عليها بعد استنفاذ مفوض الدولة صلاحيته عن عرض التسوية الودية للنزاع على أطراف الدعوى.

٧. عقد الدورات والندوات والمؤتمرات القانونية للتعريف بفكرة التحول فى العقود الإدارية ، وبيان أطرها ومنحنياتها فى ظل انتشار العقود المركبة والمتشابكة وغيرها، لتحقيق الغاية من إعمالها.

٨. إقرار مادة التحول فى العقود الإدارية كمادة علمية دراسية تدرس بكليات الحقوق فى بحث يقرر على طلبة الدراسات العليا بقسم القانون العام، مع التطرق إلى معظم أشكال وأنواع العقود الإدارية سواء النموذجية والنمطية والدولية والإلكترونية، وذلك لتوسعة مدارك الباحثين من ناحية واطلاعهم على ما هو جديد فى جانب العقود الإدارية ، وتدعيم ذلك عمليا من خلال عقد سكاشن تدريبية على أشكال هذه العقود وأنواعها ، والتعرف عليها والشروط الواردة بها، ومدى إمكانية إعمال فكرة التحول بشأنها.

*****

فالله أسأل أن يجعل هذا العمل من السعي المشكور، ومن التجارة التي لا تبور، وهو سبحانه ولى التوفيق والسداد، وعليه التكلان والاعتماد، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: مراجع التشريع الإسلامي:

١. العلامة/ أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى : ٥٣٨هـ)، الفائق فى غريب الحديث والأثر: المحقق: علي محمد البجاوي - محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار المعرفة – لبنان، الطبعة: الثانية، باب (ح و ل)، الجزء الأول.

٢. الإمام مالك، الموطأ، كتاب القراض، باب ما جاء فى القراض، الجزء الرابع.....

٣. د/ أيمن صالح، تحول عقد الشركة فى الفقه الإسلامي، بحث بمجلة الجامعة الأسمرية، بدورة علمية محكمة تصدر سنويا عن الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، السنة الأولى.

٤. العلامة/ جلال الدين السيوطي، قطف الثمر فى موافقات عمر – رضى الله عنه،(المتوفى ٩١١هـ)، على أسعد رياجي، دار الكتب العلمية.

٥. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى :٦٦٦هـ).

٦. الشيخ/ محمد بن أحمد بن محمد بن عليش، منح الجليل على شرح مختصر العلامة خليل، ضبطه عبد الجليل عبد السلام، الجزء السابع، المحتوى (الوديعة، العارية، الغصب، الشفعة، القسمة، القراض، المساقاة، المغارسة، الإجارة)، دار الكتب العلمية.

٧. الشيخ/ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني فى موطأ الإمام مالك، اعتنى به وراجعه، نجيب الماجدي وأحمد عوض أبو الشباب، الجزء الثالث، المكتبة العصرية، بيروت.

ثالثا: المعاجم اللغوية.

١. مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، باب (ح و ل)، الجزء الأول.

رابعا: الكتب القانونية.

١. د/ ثروت بدوي، النظرية العامة فى العقود الإدارية.....

٢. د/ ثورية لعيوني، القانون الإداري المغربي، دار النشر الجسور، ١٩٩٩.

٣. د/ حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري فى قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، ٢٠٠١.

٤. د/ خميس السيد اسماعيل، موسوعة القضاء الإداري، والعقود الإداري والتعويضات طبقا لأحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، دار محمود للنشر، بدون سنة.

٥. د/ رحيمة الصغير ساعد، العقد الإداري الإلكتروني دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧

٦. د/ سليمان محمد الطماوي.

٧. الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٦٥.

٨. الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٥.

٩. د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.

١٠. د/ عاطف سعدى محمد على، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، ٢٠٠٥.

١١. د/ عبد الفتاح حسن، القضاء الإداري، الجزء الأول، قضاء الإلغاء، ١٩٧٩.

١٢. د/ عكاشة محمد عبد العال. القانون الروماني. الدار الجامعية.١٩٨٧.

١٣. د/ فتحي المرصفاوي، فلسفة القانون وتاريخه، ١٩٨٢.

١٤. د/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، طبعة الثالثة، ١٩٧٦.

٥١. د/ محمود حافظ، القضاء الإداري، طبعة الثالثة، ١٩٦٧.

١٦. د/ محمد ابراهيم دسوقي، القانون المدني(الالتزامات)، مصادر الالتزام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠.

١٧. د/ محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة العربية، طبعة ١٩٩٩.

١٨. د/ محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية فى مجال النظرية والتطبيق....

١٩. د/ محمد ماهر أبو العنين.

٢٠. الوسيط فى شرح اختصاصات مجلس الدولة – الجزء الثاني – طبعة ٢٠٠٠.

٢١. قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى سنة ٢٠٠٤، الطبعة الثانية، الجزء الأول، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠٠٤.

٢٢. د/ محمود السقا، فلسفة القانون الروماني، ١٩٨٠.

٢٣. د/ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، ١٩٧٩.

٢٤. د/ مصطفى عبد المقصود، الوكالة فى إبرام العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

٢٥. د/ مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري دراسة مقارنة ، ٢٠١٤، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

٢٦. د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني، الجزء الثاني . .....

خامسا: رسائل الدكتوراه.

١. د/ رأفت دسوقي، فكرة التحول فى القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.

٢. د/ زكى محمد محمد النجار، نظرية البطلان فى العقود الإدارية « دراسة مقارنة »، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١.

٣. د/ عاطف سعدي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

٤. د/ عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٣.

٥. د/ على عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥.

٦. د/ مصطفى كامل محمد على، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

سادسا: الأبحاث.

١. د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والانترنت – كلية الشريعة والقانون – الإمارات العربية المتحدة، مايو ٢٠٠٠.

٢. د/ أحمد يسرى، بحث بعنوان « تحول القرار الإداري»، مجلة مجلس الدولة، السنوات (الثامنة – التاسعة – العاشرة)، سنة ١٩٦٠.

٣. د/ سامى حسن نجم الحمداني، أثر العقد بالنسبة للغير، بحث منشور على موقع: http://almerja.com/reading.php

٤. د/ عادل الطبطبائي، الطعن بتجاوز السُلطة فى مجال العقد الإداريّة، بحث منشور فى مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق- جامعة الكويت، العدد ٣، نوفمبر ١٩٨٧.

سابعا: الدوريات.

١. مجلة مجلس الدولة، السنوات (الثامنة – التاسعة – العاشرة)، ١٩٦٠.

٢. مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة التاسعة – ١٩٦٥.

٣. مجلة هيئة قضايا الدولة. السنة السادسة والثلاثون. أكتوبر – ديسمبر. العدد الرابع.

ثامنا: الدساتير والقوانين واللوائح التنفيذية.

١. دستور مصر لعام ٢٠١٤، المعمول به اعتبارا من ١٨ يناير سنة ٢٠١٤.

٢. القانون المدني الألماني الصادر بتاريخ ١٨/٨/ ١٨٩٦.

٣. القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، المنشور بالوقائع المصرية العدد ١٠٨ مكرر (أ) بتاريخ ٢٩/٧/١٩٤٨.

٤. القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات المنشور بالجريدة الرسمية – العدد ١٩ (مكرر) فى ٨ مايو ١٩٩٨، وتم تعديله بموجب قرار رئيس الجمهورية المؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٣، الجريدة الرسمية العدد ٣٦ مكرر (أ) فى ١١ سبتمبر سنة ٢٠١٣.

٥. القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بإصدار قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) – السنة الثالثة والخمسون ٤ جمادى الآخر سنة ١٤٣١هـ، المرافق ١٨ مايو سنة ٢٠١٠.

٦. قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٥ فى شأن تفضيل المنتجات المصرية فى العقود الحكومية، الجريدة الرسمية – العدد ٣ مكرر فى ١٧ يناير سنة ٢٠١٥.

٧. القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ بإصدار قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد ٢١ مكرر (ج) فى ٣١ مايو سنة ٢٠١٧.

٨. قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، المنشور بالجريدة الرسمية – العدد ٣٩ مكرر (د) فى ٣ أكتوبر سنة ٢٠١٨.

٩. اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٥، الوقائع المصرية – العدد ٢١٩ (تابع) فى ٢٨ سبتمبر سنة ٢٠١٥.

تاسعا: المراجع القضائية.

١. أحكام القضاء الفرنسي.

٢. حكم محكمة التنازع الفرنسية، بجلسة ٢٠٠٠/٢/١٤، فى قضية Societe Rhoddons.

٣. أحكام القضاء المصري.

٤. حكم المحكمة الدستورية العليا، - تنازع، السنة الثانية عشرة، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة السادسة والثلاثون، أكتوبر – ديسمبر، العدد الرابع.

٥. أحكام الإدارية العليا.

٦. مجموعة الأحكام فى خمس سنوات (١٩٦١ - ١٩٦٦).

٧. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا – السنة الرابعة – العدد الأول.

٨. مجموعة المكتب الفني، السنة السابعة.

٩. مجموعة أحكام المحكمة، السنة الخامسة والعشرين، العدد الأول.

١٠. الموسوعة الإدارية الحديثة.

١١. مجموعة أحكام القضاء الإداري من ١٩٦٦ إلى ١٩٦٩.

١٢. مجموعة أحكام المجلس – السنة العاشرة والسنة الحادية عشرة.

٣١. (دائرة المنازعات الاقتصادية والاستثمار – الدائرة السابعة).

١٤. مجموعة أحكام النقض.

٥١. مجموعة المكتب الفني، السنة الخامسة عشرة.

١٦. مجموعة الخامسة والعشرين، السنة الثانية.

١٧. فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٦٢، بجلسة ١٩٦٣/٦/٢٥، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام ١٩٤٦ وحتى ١٩٨٥، الطبعة الأولى.

عاشرا: الكتب المترجمة.

١. د/ أحمد يسري، أحكام المبادئ فى القضاء الإداري الفرنسي، لمارسو لون – بروسبير فى – جي بريبان.

٢. د/ سالي فى إعلان الإرادة.

٣. د/ ميشيل ستا سينوبولس، القرارات الإدارية.

حادي عشر: المراجع الأجنبية.

.1 A. DE Laubadere et autyes, traite des contrats administratifs , ed, L.G.D.J .paris, 1982- 1983.

2. L. Duguit, Traite de Droit Conshtytionnel, 2 Em E Dition, 1923.

3. Waline (M) Dr. Admin, g ed, 1963.

4. Waline: précis. Dr. admin. 1970. Et suiv.

5. WEIL (p) Le critere du contrat administrative en crise, le langes waline, paris, 1995.

.6 Laubadere (A. de), contrats administratifs, T.3.

7. http://www.feqhweb.com/vb/t11966.

8. www.fidic.org-

The idea of transformation and its impact on administrative contracts

Dr. ALHUSSEIN ABD ELDAEYM SABER MOHAMED

Abstract

The idea of transformation, which was defined by Islamic legislation and contemporary legal thought, represents a form of legitimate treatment of the false actions of avoiding some of the actions taken by the administration from the penalty of absolute nullity and reducing the magnitude of its effect to the transformation of the wrong act or contract into a correct act or contract.

* **Key words:** Administrative contracts - The idea of transformation - Void contract - Correct contract - Common law persons.