ماهية شبه العقد فى القانون الإدارى

الباحث/ سعيد جمال عبد العزيز

اشراف أ.د/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني

قسم القانون العام- كلية الحقوق - جامعة الزقازيق

(ISSN: 2537 - 0758)

ماهية شبه العقد فى القانون الإدارى

الباحث/ سعيد جمال عبد العزيز

الملخص باللغة العربية

شبه العقد بعيد تماما عن العقد لأنه تصرف مستقل بذاته وقد نظم القانون ضوابطه ومصادر الألتزام. فشبه العقد يحتل موقعا وسطا بين العقد وشبة الجرم. حيث أن القانون قد نظم مصادر الالتزام وحددها على سبيل الحصر فى القانون المدنى. إلا أن القانون الإدارى هو من أفرد الأهتمام بدراسة شبه العقد وإيضاح تعريفه وبيان دوره فى تحديد الإلتزامات المترتبة عليه للوقوف على الدور الهام لشبه العقد.

وهو ما وضحه النظام القانونى لشبه العقد من خلال بيان الأساس القانونى الذي بنيت عليه المسئولية شبه العقدية وشروطها من خلال تحقيق المنفعة وذلك دون سبب أو سند قانونى وبيان وتحديد الالتزام الواقع على الطرفين من جراء ذلك.

Abstract

A quasi-contract is completely far from a contract because it is an independent act of itself, and the law has organized its controls and sources of obligation. The semi-contract occupies an intermediate position between the contract and the semi-crime. As the law has organized the sources of obligation and specified them exclusively in the civil law. However, the administrative law is the one who singles out the interest in studying the quasi-contract, clarifying its definition and clarifying its role in determining the obligations arising from it, in order to determine the important role of the quasi-contract.

This is what was clarified by the legal system of the quasi-contract by clarifying the legal basis on which the quasi-contractual liability and its conditions were built through achieving the benefit, without a reason or legal basis, and clarifying and determining the obligation imposed on the parties as a result of that.

مقدمة

نظراً لكون شبه العقد هو فى الأساس موضوع قضائي بحت حيث أن القضاء الإدارى هو من يبسط سلطته عليه لبيانة وعليه فإن نظرية شبه العقد تتمتع بخصوصية

هامة ونظرًا للعناصر المكونه لها حيث ان القضاء الادارى الفرنسي هو من أولى تلك النظرية الاهتمام البالغ لها واعملها فى أحكامه وتطبيقاته.

وانتج لها الأثار القانونية التى تجعلها بصفة الوسطية بين العمل القانونى العقد الثنائي وشبة الجريمة. الفعل المجرد من كل عنصر إرادى.

فشبه العقد لابد ان تتوافر له وقائع قانونية يتم عرضها والتعرف عليها ووضع ضوابط لها حتى يستطيع القاضي التعرض لها وإفساح المجال له لإبراز تلك النظرية.

فنجد ان الألتزام فى شبة العقد ينشأ عن الفعل فتواجد الفعل يلزم القانون والقاضي يجعله ملزما.

فالقاضي يفحص الفعل الموجود وبيان نشأته وتحليله وبالتالى يتدخل ويعترف به وبالتالى الاعتراف بالمسئولية شبه العقد به وهى ما يسعى القانون الإدارى للإعتراف بها وتظراها فى مجال التعاملات(١).

ونجد ان هناك تقاربا كبيرا بين المسئولية شبة العقدية والمسئولية العقدية.

فكلاهما يهدف إلي تحقيق التوازن واسترداد التوزان بين الطرفين والتعويض. ودفع المقابل شيطة ألا يتم الأسترداد والتعويض إلا فى حدود ما أثري به المدين(٢).

حيث ان المسئولية التعقدية تقدم على وجود العقد: وهو توافق إرادتين وبينما تقوم المسئولية شبة العقدية على أساس وجود حالة من حالات شبه العقد (كالأثراء بلا سبب) – من جانب طرف على حساب الأخر. وبالتالى فلابد من تعويض الطرف الأخر وذلك إحقاقا التوازن المتبادل والعدالة.

وقد تنشأ المسئولية شبة العقدية نتيجة عقد حيث يتم تنفيذ أعمال إضافية دون أمر أو أذن من جهة الإدارة.

وقد تنشأ المسئولية شبه العقدية فى حال عدم وجود تعاقد من أساسه كما يكون فى حالة التعويض(٣).

---

(1) Geneviéve viney: Traitéde droit civil , les obligations la Responsabilité: conditions , LGDJ paris p7

أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، شبه العقد فى القانون الإدارى، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٢٠١٥، ص١٩.

(٢) أ.د. أحمد فتح الله أبو سكينة، الإثراء بلا سبب، مرجع سابق صـ٣٤٦.

(٣) أ.د. مهند نوح، ذاتية الأثراء بلا سبب، مرجع سابق

(ISSN: 2537 - 0758)

ولا شك ان المشئولية شبه التعاقدية قد تأسست على القاعدة العامة لمبدأ الإثراء بلا سبب.

وذلك بقصد أنشاء توازن وتناسب وتوفيق بين المصلحة العامة المسئولة عنها الإدارة ومصلحة الشخص شبه المتعاقد معه.

وتطبيقا لمبدأ العدالة وحرصا على تحقيقها يتجه القضاء لمبدأ الأثراء بلا سبب كمبدأ قانونى عام فى مجال مسئولية الأشخاص العامة فى مجال المسئولية شبة العقدية[٤] ويرى الفقية Lafayأن شبة العقد كلما أقترب من العقد كان النظام القانونى لكلاهما مماثلا للأخر.

وكلما أبتعد عن العقد أقترب شبه العقد من نظام المسئولية شبة التقصيرية.

وعليه فإن النظام القانونى لشبة العقد يتم دراسته من خلال مقارنته بكلا من المسئولية التعاقدية والمسئولية شبه التقصيرية.

فالقاضي يبحث العقد فمتى ثبت له فشله فى إثبات العقد فهو يبحث فى وجود علاقة شبة تعاقدية. قيل ان يتجه إلي تطبيق المسئولية شبة التقصيرية[٥].

وعلى ذلك نجد أن مبدأ الأثراء بلا سبب هو أساس المسئولية شبة التعاقدية. وكذا بالنسبة للمسئولية شبة التقصيرية.

خطة الدراسة:

المبحث الاول: مصادر الالتزام وتقسيمها.

المبحث الثانى: ماهية شبه العقد.

المبحث الثالث: العقد الادارى وشبه العقد.

المبحث الأول
مصادر الالتزام وتقسيمها

تمهيد وتقسيم:

يقصد بمصادر الالتزام السبب القانونى المنشئ للإلتزام والذى تتولد عنه الحقوق فى جانب كلا من طرفاه ولكى تكون بصدد المطالبة بتلك الحقوق فلابد أن تقوم على أسس وأسانيد حددها المشرع وهى ما تعرف بالمصادر، فإلتزام المشترى بدفع الثمن إلي البائع مثلا مصدره "عقد البيع" المبرم بين الطرفين.

---

[٤] ا.د. عبد الرؤوف هاشم، شبه العقد، مرجع سابق.

Jacques moreau: La Respon sabilité Administrative, coll.oue sais-je? Puf. P.113

[5] lafay: op.cit. pp,311-312

وإلتزام من ألحق ضررا بغيره بالتعويض للمضرور من العمل الضار الذي أرتكبة بحق هذا الشخص[٦].

ونجد ان مصادر الألتزام تعددت واختلفت من عصر إلي اخر، وسوف نتعرض بالتفصيل لها على النحو التالى:

المطلب الاول
مصادر الألتزام عند الرومان

سبق وإن أوضحنا بان الألتزامات على النقيض من الحقوق العينية غير محصورة العدد غير ان فقهاء الرومان قسموها لتسهيل دراستها إلي عدة أقسام بحسب مصادرها وتنوع أركانها.

فالمقصود بالمصدر هو العمل القانونى أو الواقعة القانونية التى تنشئ الألتزام.

وكان الرومان يرجعون مصادر الألتزام إلي نوعين من المصادر هما (الجريمة والعقد) فالجريمة: تنحصر فى جرائم محددة. جاء بها القانون الرومانى على سبيل الحصر[٧] والعقد: يشمل على عقود معينة على سبيل الحصر.

وكان هناك مصادر اخرى للألتزام تنشأ الحقوق ولكنها ليست من ضمن الجريمة أو العقد وهى مصادر متفرقه ولم يحاول القانون الرومانى ترتيبها وسماها بالأسباب المختلفة[٨].

ويتضح جليا بان القانون الرومانى لم يأخذ بشبه العقد كمصدر من مصادر الألتزام ويرجع الفضل فى المناداة بوجود نظرية شبه العقد إلي الفقيه جاييس والذي نادى بها Gaius جاييس أحد الفقهاء الرومانيين.

والذي رأى بان هناك إلتزامات تنشأ من اعمال غير مشروعة[٩]، إلي جانب الإلتزامات التى تنشأ عن الجرائم بالنظر إلي ان كلاهما ينشأ عن عمل غير مشروع.

---

[٦] أ.د. سهير منتصر "مصادر الالتزام"، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠١٤، صـ١١ وما بعدها.

[٧] أ.د. عبدالمنعم البدراوى "مبادئ القانون الرومانى" تاريخه ونظمه صـ ٥٥ مطابع دار الكتاب العربى بمصر بدون سنة نشر.

[٨] أ.د. محمد جمال عيسى "تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية"، صـ٢٨٠ وما بعدها، دار النهضة العربية بالقاهرة، بدون سنه نشر.

[9] D D, 441.fr1,pr. Obligations aut ex contract nascuntur aut ex maleficio ant proprio quodam jureex varlis causarum figuris: et D44.7.F.52

مشار إلية فى مرجع أد. محمد عبد المنعم بذرة، أ.د. عبد المنعم البدراوى صـ٤٧٥ سابق الإشارة الية.

(ISSN: 2537 - 0758)

كما ان كلا من الفقهاء "جاييس" Garus وجيستيان لم يستعملا لفظ شبه العقد والجريمة الذى أستعملها القانون الرومانى وكذا القانون الفرنسي من بعده(١٠).

وقد قسم الفقية بواتيية pothier مصادر الإلتزام إلي خمسة مصادر وهى "العقد– شبه العقد– الجريمة– شبه الجريمة– القانون".

وهذا التقسيم أخذ به القانون الفرنسي فى عهده القديم وذلك فى تقسيم المصادر فى المجموعة المدنية الفرنسية(١١) القديمة حتى تم تعديل مصادر الالتزام فى القانون الفرنسى ٢٠١٦.

وقد قسم الفقة التقليدى مصادر الإلتزام إلي خمسة مصادر وهى حسب ما جاء بالقوانين والكتب اللاتينية على النحو التالى:

المطلب الثانى

مصادر الإلتزام فى القانون الفرنسي

كان الفرنسيون يرجعون فى بداية الأمر مصادر الالتزام إلي القانون الرومانى، وظلوا يأخذون عنه حتى حدثت تطورات كثيرة للمصادر وترتيبها.

وأخذ القانون الفرنسي تقسيم مصادر الألتزام عن الفقية بواتيية pothier وعليه فقد قسم المشرع الفرنسى الألتزامات من حيث مصادرها إلي فئتين

١– الفئة الأولى: وهى التى يكون مصدرها (العقد)(١٢).

٢– الفئة الثانية: وهى التى تنشأ عن أسباب خارجة عن العقد وتضم:

أ– القانون: وهو المصدر المستمد من نص قانونى ويقصد به "مجموعة القواعد التى تصدر من السلطة التشريعية وتنظيم سلوك الأفراد داخل المجمتع وتكون مصحوبة بجزاء من يخالفها"(١٣).

– كالنص على تحديد الإلتزامات بين الملاك المتجاورين والنفقة المترتبة على بعض الأقارب إزاء المسئولين منهم(١٤).

---

(١٠) أ.د. عبد الحميد الحفناوى، د. عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم الغجتماعية والقانونية والقانون الرومانى، الدار الجامعية للطباعة والنشر سنه ١٩٩١، صـ١٧٧.

(11) De Visscher , Les origins de l'obligation Exedlicto, R.H.D, p.335.

(١٢) أ. د. عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق أ.د. سهير منتصر، مرجع سابق

(١٣) أ. د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، النظم السياسية والقانون الدستورى،

(14) www.universitylifEstylE.N4

تاريخ الزياره ٢٠٢٠/٣/٢٩م.

ب-الجرم وشبه الجرم: ويضم الألتزامات التى تقوم أو تترتب على من يقوم بعمل غير مشروع ويلحق ضررا بغيره وذلك عن عمد ويرتكب اذا جرما أو دون قصد ويرتكب إذا شبه جرم.

جـ- شبه العقد:- وينطوى هذا المصدر على الألتزامات المتولدة عن الأثراء بلا سبب والفضالة التى تعنى ان يباشر شخص بأختياره أو بحكم الضرورة شئوون أحد من الغير فى غيابة أو بدون علمه وبدون ان يرخص له فى ذلك منه أو من القاضي "من جهة وعن دفع غير المستحق من جهة أخرى"[١٥].

- ونجد أن المشرع الفرنسي كان يأخذ بنظرية شبه العقد وذلك أخذا من القانون الرومانى ولكن بعد ان قام بعمل التعديلات فى عام ٢٠١٦، قام الفقة الحديث والمشرع الفرنسي فى تحديثاته بمواكبة التطورات الحديثة. وقام بعمل التقسيمات لمصادر الالتزام ولم يأخذ بفكرة شبه العقد كمصدر من مصادر الالتزام فى التعديل الجديد الذي تم فى عام ٢٠١٦[١٦].

المطلب الثالث

الترتيب الحديث لمصادر الالتزام المبنى على أساس علمى

تبنى هذا التقسيم الفقية كاريونيه والسنهورى ويعتبران ان أسباب نشوء الألتزامات بصفة عامة يمكن حصرها فى مصدرين هى العمل القانونى والتصرف القانونى.

- فالواقعة القانونية: قد تكون أمرا إيجابيا أو سلبيا عملا أو أمتناعا كأيتان فعل يضر الغير أو إمتناع المدين عن تنفيذ العقد فيتولد للدائن الحق فى التعويض[١٧].
- والوقائع القانونية إما من صنع الطبيعة كنزول صاعقة تحرم المبيع فينقضي إلتزام البائع بتسليم المبيع وإلتزام المشترى بدفع الثمن.
- وإما من فعل الأنسان وهى هذه الحالة قد تكون عملا ماديا.

وتنقسم الأعمال المادية إلي قسمين:

١) **القسم الأول:** أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فيفتقر الدائن دون حق، فيلتزم المدين بالتعويض ومصدرها فى هذا الألتزام هو العمل المادى الضار[١٨].

---

[١٥] أ.د. أحمد فتح الله أبو سكينة، النظرية العامة للإثراء بلاسبب فى القانون الإدارى، دار أبو المجد للطباعة بالقاهرة طبعة ٢٠١٨، صـ٩٧.

[١٦] موقع الحكومة الفرنسية www.legifrance.gouv.fr

[١٧] أ.د. محمد عبد المنعم بدر، المرجع السابق.

(ISSN: 2537 - 0758)

٢) **القسم الثانى:** أعمال مشروعة اثراء المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين إما يرد ما أثرى به ومصدر هذا الألتزام هو العمل المادى النافع[١٩].

أما التصرف القانونى فهو إتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانونى وقد يكون تصرف صادر من جانبين (العقد) ومثله إلتزام البائع بتسليم المبيع إلي المشترى فى مقابل إلتزام المشترى بدفع الثمن إلي البائع.

وقد يكون تصرفا صادرا من جانب واحد اى إرادة منفردة كمن يوجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها من عمل معين. فيلتزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل.

- **<u>ويمكن رد هذه المصادر إلي طائفتين.</u>**

١- **مصادر إرادية:** وتشتمل العقد والإدارة المنفردة ويطلق عليها التصرف القانونى أو العمل القانونى.

٢- **مصادر غير إرادية:**

وتشمل العمل غير المشروع والاثراء بلاسبب والقانون ويطلق عليها أسم الواقعة القانونية

- ويختلف العمل القانونى عن الواقعة القانونية فى كون أن الأول الإرادة تتجة إلي إحداث أثر قانونى. اما الثانية كواقعة الجوار أو الفعل النافع أو العمل غير المشروع فهى ظرف أو عمل مادى يرتب القانون على وقوعه أثرا قانونيا سواء اتجهت الإرادة إلي إحداث هذا الالتزام أم لا[٢٠].

أما عن الوضع بمصر:

فإن القانون المصري القديم (٩٣م أهلى- ١٤٧ مختلط) قد أتبع تقسيما أخر للمصادر فنص على ان الالتزامات تنشأ عن أتفاق أوعن فعل أو عن نص القانون. فالاتفاق هو المصدر التعاقدى للإلتزام.

والفعل إما أن يكون نافعا يتوجب على من أستفاد منه أن يعوض من قام به بقدر ما استفاد كعمل الفضولى وأما أن يكون ضار فعلى مرتكبة تعويض المصاب عما ناله من الضرر[٢١].

---

[١٨] أ.د. محمد نور فرحات القانون فى الحضارات الغربية القديمة القانون الرومانى والقانون الانجلوسكسونى، صـ١٣٦ بدون دار نشر، د. محمود السقا، تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، مكتبة القاهرة الحديثة، طبعة سنة ١٩٩٥، صـ٤٣٧.

[19] Frawck modern: lequasi-contrats administratifs Edititions Dalloz paris 1995.

[٢٠] أ.د. محمد عبد المنعم بدر، القانون الرومانى، المرجع السابق، صـ٢٥٨.

[٢١] أ.د. محمد عبد المنعم البدراوى، مرجع سابق. أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، مرجع سابق.

ونص القانون المدنى المصرى الجديد على مصادر الالتزام على سبيل الحصر وحددها فقد جعل مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلاسبب والقانون.

المطلب الرابع
الإنتقادات الموجهة لمصادر الإلتزام

بداية نوضح أن الفضل يرجع إلي الفقية بلانيول planiol فى توجيه نظر الفقهاء إلي عيوب الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام. وقد اجمع الفقهاء على العيوب التى أوردها فى نقده للترتيب التقليدى للمصادر وهو ما أدى إلي الذهاب إلي الترتيب الحديث لها.

وسوف اتعرض تباعا لأراء بعض الفقهاء فى مصادر الألتزام.

أولاً: نقد الفقية بلانيول Planial

يري الفقية بلانيول Planial فى تعرضه لمصادر الألتزام التقليدية بأن تقسيم العمل غير المشروع بإعتباره مصدرا للإلتزام إلي جريمة وشبة جريمة. بحسب وجود نية التعمد أو إنعدامها.

لا أهمية له لا من حيث نشوء الألتزام ولا من حيث ما يترتب عليه من الأثر فشبه الجريمة ينشئ التزاما كالجريمة سواء بسواء. والتعويض يدفع كاملا فى الحالتين[٢٢].

أما شبه العقد: فيرى من وجهة نظرة بأنه تعبير مضلل.

ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدى يزعمون ان شبة العقد قريب من العقد فى أنه عمل إرادى. وبعيد عن الجريمة فى انه عمل مشروع والواقع عكس ذلك تماما.

فشبه العقد بعيد عن العقد لانه عمل غير إرادى وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لانه غير مشروع[٢٣].

- كما ذهب إلي أن هناك ترتيب أخر للإلتزامات ومصادرها فذهب إلي أن الالتزام له مصدرين فقط وهما العقد والقانون.
- وأدرج شبه العقد، شبه الجريمة والجريمة فى المصدر الثانى وهو القانون حيث يرى أن الألتزامات الثلاثة ليست إلا إلتزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالتزامات قانونية.

---

[٢٢] أ.د. محمد عبد المنعم بدر، عبد المنعم البدراوى، مرجع سابق.

أ.د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الرومانى، مرجع سابق.

[٢٣] أ.د. محمد جمال عيسي، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، مرجع سابق.

(ISSN: 2537 - 0758)

رأينا فى نقد الفقية بلانيول:

نرى أن الفقية قدم رأيه فى ترتيب المصادر وهذا الرأى بسيط المظهر وسهل الفهم ولكن حظه من الابتداع أقل ما يظهر لأول وهله.

فنجد أن الفقية بلانيول كان مبدعا عندما أوجد الصله بين الألتزامات القانونية والإلتزامات التى تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد، فهذه الألتزامات الأخيرة كما يقول ما هى إلا إلتزامات قانونية إستمالت إلي تعويض مالى.

وكان له السبق والابداع كذلك عندما أرجع كل هذه الألتزامات غير التعاقدية إلي **فكرتين أساسيتين وهما:**

١- درء خطر قد يقع.

٢- التعويض عن ضرر قد وقع.

- وعلى الرغم من روعه ما فى هذا التحليل من جده وبساطه. فليس فيه ما يلقى كثيرا من الضوء على ترتيب المصادر للإلتزام. إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها. لم نتقدم خطوة كبيرة إلي الأمام فهى أقرب إلي التعليل منها إلي التحليل، لأن عله وجود الألتزامات أكثر مما تبين مصدر نشأتها هذا هو بوجه إجمالى موضع الضعف فى نظرية الأستاذ بلانيول.
- **وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها ما يلى:**

١- إذا صح أن القانون مصدر لكل الألتزامات غير التعاقدية فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلي بعضها ومصدر مباشر بالنسبة إلي البعض الأخر. وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدرا مستقلا من مصادر الإلتزام[٢٤].

٢- بالغ فى تأكيده بان شبه العقد عمل غير مشروع مع أن القول بانه عمل مشروع لايخلو من الوجاهة. ذلك لأن المثرى على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إلية فى أصله كان مشروعا، وإذا نظرنا إلية فى نتيجة كان غير مشروع، فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير. فيبقى العمل فى ذاته مشروعا وإن تسبب عنه نتيجة غير مشروعة.

على انه من الانصاف أن يقال ان لبلانيول[٢٥] فضلا كبيرا فى توجية الفقهاء إلي عيوب الترتيب التقليدى لمصادر الإلتزام. وقد أجمع الفقهاء على أثر الحمله التى قام بها على نقد هذا الترتيب، وما لبثوا أن هجروه إلي ترتيب حديث[٢٦].

---

[٢٤] أ.د. السنهورى، الوسيط فى القانون المدنى، مرجع سابق، صـ٢٠.

ثانياً: نقد الفقية توليبيه Toullier

كان للاستاذ تولبية Toullier السبق فى نقد الترتيب التقليدى لمصادر الألتزام نقدا جديا. وبين فى وضوح وجلاء هذا النقد وذلك فى عدة نقاط وهى:

أ- أن مصادر الإلتزام لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون

ب-ان الالتزامات التى يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلي القانون رأسا وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من المدين أو الدائن

جـ- أن ما يسمية القانون بشبه العقد إنما يرجع إلي قاعدة عادلة هى عدم مشروعية الإثراء على حساب الغير، وأن المشرع كما ألزم من يأتى بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذي يحدث من هذا العمل. ألزم كذلك من يثري بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلي هذا الغير ما أثري به على حساب وهذا تقابل منطقى وعادل[٢٧].

- ونجد أن هذا النقد للفقية توليية وضع ضوابط هامة تم على أثرها أتجاه الفقه الحديث إلي التعديل والإلتزام بالمصادر الحديثة فى القانون الإدارى وتجديدها.

المبحث الثانى
ماهية شبه العقد

تمهيد وتقسيم:

ينشأ شبه العقد التزامات عدة فى حق الاطراف ولكنة لا يرتقى إلي مرتبة العقد. فهو يحتل مرتبة وسطا بين العقد وشبه الجرم[٢٨].

فدائما ما نلاحظ أن شبه العقد يقوم بدور متمم ومكمل للعقد والقضاء سواء الفرنسي أو المصري طبق هذه النظرية ولكن ليس كنظرية مطلقة ولكن من خلال التطبيقات الخاصة بها "كالإثراء بلاسبب والفضالة ورد غير المستحق".

---

[٢٥] أ.د. مهند نوح، الإثراء بلا سبب فى القانون العام، الموسوعة العربية للطباعة، طبعة ٢٠١٦، صـ٣٣.

[٢٦] أ.د. سليمان مرقص، الوافى فى شرح القانون المدنى، المجلد الثالث الإثراء على حساب الغير الطبعة الثانية، دار الشرق القاهرة، ٢٠١٩

[27] موسوعة https://fr.wikipedia.arg/wiki/Doctrine-Juridique-fran%c3%A7aise

القانون المشارك الجامعية تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٣/٢٩

[28] frédériquelafag: leguasi-contraten Droit Administratife

مشار إليه بكتاب أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى شبة العقد صـ١٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

ولا شك أن اهمية تطبيق تلك النظرية تكمن فى تنفيذ التزامات وتحقيق منافع لطرف تجاه الأخر وتكون محققة ليس نتيجة إتفاق وإلا اصبحت عقدا.

ولكن يمكن الأتفاق عليها دون تدوينها فى بنود العقد مما يصبح معه شبه العقد ذات وظيفة تكميليه للعقد أو ذات وظيفة متممه[٢٩] وسوف نتعرض لماهية شبه العقد فى مطلبين:

المطلب الاول: تعريف شبه العقد فى فرنسا.

المطلب الثانى: تعريف شبع العقد فى مصر.

المطلب الاول

تعريف شبه العقد

حاول الفقهاء التعرض لنظرية شبه العقد وذلك من خلال تطبيقاتها ووضع ضوابط لها وبيان اختلافها عن العقد فوجدت إجتهادات كثيرة من الفقهاء لوضع تعريف لها.

أولاً: التعريف الفقهى:

تعرض الفقهاء الفرنسيين على استحياء إلي وضع تعريف مقنن ومحدد لشبه العقد وسوف نعرض لتعريف بعض الفقهاء.

تعريف الفقية بلانيول planiol:

"شبه العقد هو ان يثرى شخص على حساب غيره، فيخل بإلتزام قانونى هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير. وينشأ عن الأخلال بهذا الإلتزام القانونى التزام جزائي هو رد ما أثري به"[٣٠].

ومن هذا التعريف يتبين لنا بان الفقية بلانيول يعتبر ان شبه العقد هو تعبير مضلل بعيد عن العقد لانه غير إرادى وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لانه غير مشروع.

وعلى ذلك فشبه العقد له ركنان وهما:

(١)- شبه العقد عمل غير إرادى:

يظهر ذلك فى أن الإلتزام الناشئ من شبه العقد ليس على انه صورة من الصور وليدة الإرادة- ولا توافق الإرادتين- (العقد)- وقد ينشأ رغم إرادة الملتزم، لذلك لا يشترك توافر الأهليه فيه.

---

[٢٩] أ.د. عبد الرؤوف هاشم، شبة العقد، المرجع السابق، صـ١٩.

[٣٠] أ.د. السنهورى، "الوسيط فى القانون الجزء الاول" المصادر، مرجع سابق.

بينما يشترط توافرها فى المتعاقد لان إلتزامه لا ينشأ إلا بإرادته. وإذا كان فى شبه العقد قد تصادف عملا إراديا فى بادئ الأمر

مثال: إذا قام شخص بناء على أرض الغير فينشأ إلتزام فى ذمة صاحب الأرض بان يرد ما أثرى به على حساب صاحب البناء، فإن هذا العمل الإرادى ليس هو الذي خلق الإلتزام، وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم، بل الملتزم هو الشخص الذي لم تصدر منه أية إرادة وهو صاحب الأرض الذي فوجئ بالبناء على أرضه[٣١].

(٢)- شبه العقد عمل غير مشروع:

يظهر ذلك من خلال تعمقنا فى تحليل الإلتزام الذي ينشأ من شبه العقد فإننا نقف عادة عند العمل الذي يبدأ به شبه العقد. وهذا العمل مشروع دون شك، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذي دفع الدين . وأقام البناء، ومعروف أن سبب الإلتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن. فإذا أردنا ان نعرف سبب الإلتزام فاننا نلتمس إياه متصلا بشخص المدين، وجدنا أن هذا السبب فى الحالتين المتقدمين وفى الحالات الأخرى المماثلة يرجع إلي إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن. فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه. فالأثراء دون حق هو إذن مصدر الإلتزام، وهو عمل غير مشروع، ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما يزعمون.

- شبه العقد عمل غير مشروع: يرجع إلي إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن، فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه، فالأثراء دون حق هو إذن مصدر الألتزام وهو عمل غير مشروع[٣٢].

تعريف الفقية توليية (Toullier):

شبه العقد هو قاعدة عادلة وهى عدم مشروعية الإثراء على حساب الغير وأن من ياتى بالعمل غير المشروع يجب عليه تعويض الضرر الذي يحدث من هذا العمل. وأن من يثرى على حساب غيره بعمل مشروع يجب ان يرد إلي الغير. ما أثرى به على حسابه وهذا تقابل منطقى وعادل.

---

[٣١] أ.د. مهند نوح، ذاتية الإثراء بلا سبب فى القانون الإدارى، مرجع سابق،

[32] https://ar.jurspedia.org/index.php?Titie214

١- د. محمود السقا، تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، مرجع سابق

موسوعة القانون المشارك الجامعية تاريخ الزياره ٢٠٢٠/٣/٢٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

تعريف الفقية جاكويه Jacguet

إجراء إختيارى أو إرادى محض ينتج عنه إما حق لصالح فاعله أو إلتزام يقع على عاتقة أو إلتزامات متبادلة بين الغير وبينة(٣٣).

ويعرفه الفقية lafay بأنه:

عمل وسط بين العمل القانونى الثنائي والعمل القانونى البحت، أى انه عمل مفرغ من كل عنصر إرادى كشبه الجرم(٣٤).

ثانياً: تعريف القانون:

وقد تعرض القانون لتعريف شبه العقد ونص على ان شبه العقد:

"هو عمل إختيارى مشروع ينشأ عن التزام نحو الغير. وقد ينشأ عنه أيضا إلتزام مقابل فى جانب ذلك الغير.

وعليه فان شبه العقد له ركنان وهما:

١ – إلتزام نحو الغير:

وهو الفضولى الذي يقوم مختارا بعمل يريد به مصلحه للغير دون ان يتعاقد معه على ذلك، فيلتزم بان يستمر فى العمل الذي بدأه أن يقدم حسابا عنه ومصدر ذلك هو العمل الإختيارى المشروع الذي قام به.

٢ – إلتزام مقابل:

قيام رب العمل إذا أما أحسن الفضولى القيام بالعمل فيقع على عاتقه رد ما أنفقه الفضولى من إلتزامات فى سبيل القيام بمهمته.

وقد جاء القانون المدنى الفرنسي فى نصوص مرادة ١٣٧١،١٣٧٠، ونص على وضع تحديد وضوابط المدنى الفرنسي، وعرفته المادة ١٣٧٠ بأنه "التزامات تنشأ عن عمل يقوم به شخص لصالح شخص أخر".

وحددته المادة ١٣٧١ من القانون المدنى الفرنسي

أشباه العقود هى الاعمال الإرادية البحته الصادرة من الأنسان والتى ينشأ عنها تعهد ما تجاه شخص أخر، وأحيانا تكون تعهدات متبادله بين طرفين(٣٥).

---

(33) Jean-Michel Jacguet: le squasi-contrats, Juris-classeurs N ^{0}49

مشار إليه بمرجع أ.د. عبد الرؤوف هاشم، شبة العقد، مرجع سابق، صـ٢٣.

(٣٤) أنظر رسالة f.lafay، سابق الإشارة.

(35) www.legifrance.gouv.fr

وكذا المادة ١٣٧٥ من القانون سالف الذكر والتى نصت "قيام الشخص مختارا بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك فيلتزم بأن يستمر فى العمل الذى بدأه وبأن يقدم حسابا عنه ومصدره العمل الاختيارى".

المطلب الثانى
تعريف شبه العقد فى مصر

فى بداية الأمر صار المشرع المصري على نهج الفرنسي وكان يأخذ بفكرة ونظرية أشباه العقود فى الإلتزامات.

فكان القانون المصري القديم (٩٣م أهلى– ١٤٧ مختلط) أعتبر ان من ضمن مصادره تطبيقات أشباه العقود وكانت ترتب لهم تعويضا لمن يقوم بالعمل والمستفيد منه كالفضولى.

ولكن جاء القانون المدنى الحديث وحدد مصادر الالتزام على سبيل الحصر وأخرج منها أشباه العقود ولكن ظل على الأعتراف بالإثراء بلا سبب والفضالة ورد غير المستحق.

أولاً: التعريف الفقهى:

بداية اوضح ان شبه العقد لم يتعرض له الفقه المصرى ولكن تعرض فقط لتطبيقاته فى الاثراءبلا سبب والفضالة ورد غير المستحق ولم يقم اى فقيه مصرى بالكتابة فى هذا الامر الا الاستاذ الدكتور/ عبدالرؤوف هاشم بسيونى حيث أن تلك النظرية هى قضائية بحته.

ويرى أستاذنا الأستاذ الدكتور/ عبد الرؤوف هاشم بسيونى بأن:

شبه العقد يقوم بوظيفة متممه أو مكملة للعقد، فشبه العقد يفترض علاقة شبة تعاقدية تتضمن حضاُ أو ترغيبا يشترك فيه الغير[٣٦].

ثانياً: تعريف القضاء:

وقد أخذ القضاء الادارى الفرنسي بتطبيقات أشباه العقود فى الأخذ بتلك النظرية سواء الإثراء بلا سبب أو الفضالة أو دفع غير المستحق مستخدما تلك الأنواع حيث انها هى التى تثار أمامه فى المنازعات الإدارية.

[٣٦] أ.د. عبد الرؤوف هاشم، شبة العقد فى القانون الإدارى، المرجع السابق، صـ١٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

حيث يرى القضاء الإدارى ان أشباه العقود تثار عندما يتم تنفيذ الغير عملا نافعا لصالح جهة الإدارة، فهو يقترب من العقد ولكنه لا يرتقى إلي مرتبته لكون ليس هناك عقدا مبرما.

كما أنه لم توجد إرادة مزدوجة للطرفين فى التعاقد وهذا هو أساس الاختلاف.

فقسمه القضاء الإدارى نوعين[٣٧]:

١- أما أن يكون ذات وظيفة تكميلية للعقد.

٢- وإما أن يكون ذات وظيفة متممه للعقد.

وبهذا فإن شبه العقد له ثلاث نماذج[٣٨].

١- النموذج الأول:

يتمثل فى تنفيذ الغير عملا نافعا بناء على الإرادة الرئيسية للإدارة أى انه مشابه للعقد. ويجد هذا النوع أثارة فى الوعود التى لا تعقبها أثار.

٢- النموذج الثانى:

القيام بأداء أو تنفيذ عمل نافع تسمح به الإدارة أو تصدق عليه والإدارة فى هذا النموذج لا تتدخل فى المبادرة التى قام بها الغير من قيامة بأداء العمل بل تكتفى الإدارة فقط بإقرارة والتصديق عليه، أى انه لا توجد إرادة من جانب جهة الإدارة قبل إبرام أو إتمام التصرف من قبل الغير.

وهذا الأمر يأخذ به القضاء فى شكل ان شبه العقد ذات طبيعة تعويضية أى انه يعوض الطرف الاخر عما قام به من اعمال نافعة لصالح الإدارة[٣٩].

ويجد هذا النموذج انواعة من خلال ما يسمى بالتسهيلات الادارية أو التسامحات

٣- النموذج الثالث:

وهنا فى تلك الحالة لا توجد لجهة الإدارة أى دور سواء سابق كما فى النموذج الاول أو تصديقى من جانب الادارة بعد اتمام التصرف ولكن يستخلص القاضي شبه العقد من خلال النتائج القانونية لبيان الظروف والمبررات التى أدت إلي المبادرة من قبل المتدخل ويسمى هذا النوع "بالتدخل التلقائي" من قبل الغير دون علم وفى غيبة جهة الإدارة.

---

(37) f.la fay:op.cit. p53.

مشار إلية بمرجع أ.د. عبد الرؤوف هاشم، شبة العقد، مرجع سابق، صـ١٩.

(٣٨) أ.د. عبد الرؤوف هاشم، شبة العقد فى القانون الإدارى، المرجع السابق، صـ٥

(39) f.la fay:op.cit. p55.

ويجد القاضي تبرير هذا التدخل من خلال حالات الضرورة ومراعاة الظروف الاستثنائية التى ادت بالغير التدخل لأتمام العمل لصالح الإدارة.

وهو ما يتمثل فى حالة الفضولى.

ويجد هذا النموذج أصدائة وأثارة من خلال بعض حالات المتطوعين.

ويري الباحث أن فقهاء القانون العام:

لم يحدثوا جدلاً كبيراً فى هذا الامر حيث يرون ان نظرية العقد الادارى مرت بتطور كبير. وعلية فإن شبه العقد قبيل تواجده ودراسته من حيث مراحل تطور العقد(٤٠).

ويرى أستاذنا الدكتور د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى

أن شبه العقد متى توافرت فيه أركانه وشروطة الرئيسية فإن ذلك ينتج عنه إلتزامات قانونية على عاتق كلا من الطرفين، لذلك فهو يعد عملا وسطا بين العمل القانونى الثنائي والعمل القانونى البحت.

أى انه عمل مفرغ من كل عنصر إرادى كشبه الجرم. والقاضي يبحث تلك الأعمال ليجد من خلالها تفسيرا لما تسفر عنه ولتولد الأثار القانونية كالتى تتولد فى حال وجود العقود(٤١).

- ذهب بعض الفقهاء إلي ان شبه العقد قريب بل يعد عقدا نظرا لوجود ذات النتيجة المترتبة على الاثار القانونية المولدة للإلتزامات عنهما.

وبالتالى فشبه العقد يعد مرادفا لعقد غير كامل. ويعامله القضاء التأمل كما لو كان عقدا.

وتعلقيا على ذلك فإنه لو اعملنا تلك النظرة بأن العقد وشبه العقد مترادفان فإن ذلك سيخرج عن الإطار القانونى الذي ينادى بأن شبه العقد له استقلالا تاما عن العقد بل يعد منفصلا عنه نهائيا.

- وان العقد ينطوى على إلتزمات محدده وواضحة. وهذا مالا يتوافر فى شبه العقد حيث انه لا يشتمل على إلتزامات قانونية محددة.

---

(40) pierre Delcusy: le Quasi: contruten droit adminstratif thése.paris

(٤١) أ.د. عبد الرؤوف هاشم، شبة العقد فى القانون الإدارى، المرجع السابق، صـ٢٥

Franckmoderne: Autourdela nature juridique des accords. Conclus entre l'administration et les orgaions professionneles en matiere de erix, pr.soc. p.505 et suir

(ISSN: 2537 - 0758)

- وبخصوص ان شبه العقد يحتل موقعا فى جزء من الأعمال القانونية التى تقع وسطا بين العمل الثنائي والعمل القانونى البحت، فإن هذا محل جدل كبيرا حيث لابد من توضيح هل الإرادة الثنائية للطرفين يمكنها ان تنتقص أو تزيد من البيانات والألتزامات.

وعليه فإن حدث ذلك فأننا نصبح بصدد إرادة ثنائية لطرفين متقابلين وبالتالى بصدد علاقة عقدية.

ولا شك ان الإجتهادات القضائية فى مجال شبه العقد جاءت من اجل إرساء مبدأ قضائي هام وضح من خلال رأى مفوض الحكومة الفرنسية Rivel فى تعليق على احد الاحكام الصادرة فى قضية شركة مصانع الصابون H.O Live والذي جاء فيه "فى مجال شبه العقد الحديث: انتم سادة قضائكم، إنه يرجع اليكم أمر إنشائه باستلهامكم– كما فعلتم فى مجال المسئولية شبة التقصيرية الحرص على التوفيق بين حقوق الدولة والمبادئ العامة للعدالة، وعلى عدم التمسك بقواعد القانون المدنى إلا فى حالة توافق تطبيقها مع ضروريات الحياة الإدارية".

ويرى فرانك تودرن:

أن القاضي يقوم بتكييف واستنتاج شبة العقد عن طريق الأستدلال بالنتائج والأثار القانونية التى يمكن مماثلتها بالأثار الناتجة عن العقد. وهو ما يعطى للقاضي سلطة واسعة فى تحديد نظرية شبة العقد والاثار التعويضية الناتجة عنها[٤٢].

ولا شك ان كافة التعريفات سواء فى النظام القديم أو الحديث حال تطبيقها فى نظر المنازعات لم يقم القضاء بإختراعها أو تأليفها بل قام بأستقاءها من أحكام القانون المدنى أولاً الذي نظم تلك المسألة ثم من قواعد القانون الإدارى والتى أصبحت قواعده واحكام المحاكم لمجلس الدولة الفرنسي ومحاكم التنازع بمثابة مراجع وإرشادات للقضاه فى أعمال نظرية شبه العقد.

- حكم الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنه ١٩٢١ بتطبيق فكرة شبة العقد أخذا من النظرية القديمة لشبة العقد[٤٣].

---

(42) franck modern مرجع سابق

[٤٣] مشار إليه بمرجع أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى شبة العقد، مرجع سابق صـ٢٨. (هامش ونجد أن القضاء الإدارى الفرنسي رحب صراحة بفكرة أشباه العقود وأن المحاكم أفسحت مكانا رسميا لشبه العقد).

- ونجد ان مجلس الدولة الفرنسي أخذ بتلك النظرية فى كثير من أحكامه منذ قديم الازل وذلك فى الحكم الصادر فى قضية Philippe والصادر فى ٢٧ يونيو سنه ١٩٣٠ وكذا الحكم الصادر فى قضية Bonnial فى ١٦ يناير سنه[٤٤]١٩٣١.
- وجاء ذكر تلك الاحكام بالرغم من انها قديمة جدا لبيان ان القضاء الفرنسي اخذ بها منذ القدم وكان منصوص عليها وتم الاخذ بتلك النظرية منذ تواجد مجلس الدولة الفرنسي وظل على هذا النهج واخذ منه مجلس الدولة المصري.
- وفى التطبيقات سوف يتم التعرض لأحدث الاحكام الصادرة فى تطبيقات شبه العقد من خلال الإثراء بلا سبب والفضالة ورد غير المستحق.

المبحث الثالث
العقد الإدارى وشبه العقد
المطلب الأول
العقد الإدارى

مفهوم العقد الإدارى فى فرنسا:

- عرف جانب من الفقة الفرنسي العقد الإدارى بانه "توافق إرادتين على إنشاء إلتزام ويتم هذا التوافق من خلال الغجراءات والأشكال المقررة فى القانون الإدارى"[٤٥].
- وعرفة جانب أخر بانه "العقود التى تبرمها الغدارة بطريقة معينة وتكون طرفا فيه ويخضع لقواعد القانون الإدارى والقضاء الإدارى"[٤٦].
- وقد عرفة جانب من الفقة المصري بانه: "العقد الذي تبرمه جهة الغدارة بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمة وتستمد فيه لأحكام القانون العام ويتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص"[٤٧].

---

[٤٤] مشار إليها فى مجموعة سيرى ١٩٣١ القسم الثالث صـ٥٧ ومشار إلية بمرجع أ.د. عبد الرؤوف هاشم، شبة العقد مرجع سابق صـ٢٨.

وجاءت تلك بالهامش

- يتم ذكر قضية Templie صـ٢٩-٣٠-٣١.

[45] De lanbadére: Traite de droit admininstrative, LGl.j.1994.p.41.

[46] Jean paul pastorel, Droit administrative, Dunod, paris, 1945, p.14.

مشار إلية فى رسالة الدكتوراة د. عبد الرؤوف أحمد على الرشيد "سلطات الإدارة فى العقد الإدارى مع المتعاقد معها داسة مقارنة"، كلية الحقوق- جامعز الزقازيق ٢٠١٨.

[٤٧] أ.د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي القاهرة ٢٠١٢، صـ١٥.

(ISSN: 2537 - 0758)

- وقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي بانه "العقد الذي يبرمة شخص عام بهدذ تسيير المرافق العامة أو تنظيمها وتكون نيته تطبيق قواعد القانون العام وذلك يوضع شروط غير مألوفة فى القانون الخاص"(٤٨).

وقد اكدت المحكمة الإدارية العليا فى مصر على تعريف العقد الإدارى حيث أكدت على "يعد العقد عقدا إداريا إذا كان احد طرفيه شخصا معنويا عاما ومتصلا نشاطه بمرفق عام ومتضمنا شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص(٤٩)– ما تبرمه الإدارة من عقود ولا تعد بذاتها عقودا إدارية، فمنها ما تعد إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وإمتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، ومنها ما تتنزل فيه منزلة الأفراد فى تعاقدهم، فتبرم عقودا تستعين فيها بوسائل القانون الخاص– إذا فقد العقد شرطا من الشروط التى يتحقق بتوفرها مناط العقد الإدارى صار العقد من عقود القانون الخاص"(٥٠).

---

(48) La juris prudence société Entre prise peyrot: stopou encore? Marguerite Canedo-paris-RFDA2015. p.32.Not sousconsseild'Etat:14nove 2014, societies des Autorutes du sud delafrance, n '37455 7, AJDA2014,2479.

(٤٩) أكدت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى القضية رقم ٣٦ لسنه ٣٨ القضائية (تنازع) بجلسة ٢٠١٨/٥/٥ أن العقود التى تكون الإدارة طرفا فيها لا تعد جميعها من العقود الإدارية ولا هى من العقود المدنية بالضرورة انما مرر الأمر فى تكييفها إلي مقوماتها، وبوجه خاص إلي ما إذا كانت شرطها تدل على انتاجها وسائل القانون الخاص أو أسلوب القانون العام ومن المسلم به كذلك أن هذه العقود لا تنظيمها مراحل واحدة تبرم بعد انتهائها بل تتداخل فى مجال تكوينها مراحل متعددة يمهد كل منها لما يلية، ليكون خاتمتها العقد فى صورته انتهائية ذلك ان الغدارة لا تتمتع فى مجال إبرامها لعقودها بالحرية التى يملكها أشخاص القانون الخاص فى نطاق العقود التى يدخلون فيها، بل عليها ان يلتزم طرفا بعينها توصلا لإختيار المتعاقد معها، مع تقييدها فى كل ذلك بالقواعد التى تمثل الرأى العام المنظم للعلاقة التى تبرمها ويتعين لاعتبار العقد من العقود الغدارية ان يكون احد اطرافه شخصا معنويا عاما، وان يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمة وان يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو إنتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنة من شروط إستثنائية غير مألوفة فى رابط القانون الخاص (طعن رقم ٣٦ لسنه٣٨ ق دستورية عليا (تنازع) جلسة ٢٠١٨/٥/٥)

(٥٠) دائرة توحيد المبادئ فى ٣٠ عام المبدأ رقم ١/٣١ صـ٤٠٩ بطعن رقم ١٥٤ لسنه ٣٤ جلسة ١٩٩٧/١/٢ مشار إلية بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الغدارية العليا فى ربع قرن

ومن هذا يتضح لنا ان مناط إعتبار العقد إدرايا لابد من توافر عدة شروط[٥١].

١- أن يكون أحد طرفى العقد شخص معنوى عام.

٢- ان يكون العقد متصلا بإدارة مرفق عام.

٣- ان يتضمن العقد شروطا أستثنائية.

- ونجد من ذلك أن القضاء كلا من مصر وفرنسا قد تبينت عدة معايير للتميز بين العقود الغدارية وغيرها وتتمثل اهم تلك المعايير فى:

١- أطراف العقد.

٢- معيار المرفق العام.

٣- البنود غير المألوفه[٥٢].

وبذلك يتضح لنا ان الأساس الذي بنى عليه تحديد وتعريف العقد الإدارى يكمن فى معاييره وشروطة التى حددها القانون والفقة والقضاء.

وهو الأمر الذي أخذت به الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري فذهبت إلي ان العقود الغدارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لانها تعتد بين شخص من أشخاص القانون العام، بقصد تحقيق مصالح عامة، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ، إذ يجب ان يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص وهذا الهدف يجب ان يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقة وتفسيره كما ان الإدارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقدها ملائمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة فى تنفيذه فى وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل إنتظام سير المرفق العام. هذا فضلا عن ان المتعاقد مع الغدارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد.

وعليه فقد عرف أستاذنا د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى العقد الإدارى بانه "العقد الذي يبرمه شخص معنوى عام بقصد تسيير مرفق عام وتنظيمة وتظهر فيه نية الإدارة فى الاخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك ان يتضمن العقد شروطا إستثنائية وغير مألوفة

الجزء الثالث صـ١٩٩١، صـ١٩٩٢ الفترة من ١٩٩١/١٠/١ وحتى ٢٠١٦/٩/٣٠ طبعة مصنفة وممقارنة ومعلق عليها طبعة ٢٠١٩.

[٥١] أ.د. جابر جاد نصار "العقود الإدارية" دار النهضة العربية القاهرة، طبعة ٢٠١٥.

[٥٢] أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، عادل لطفى الصباغ "الإتجاهات النموذجية الحديثة فى صيغ العقود الإدارية" صـ١٠، دار الفكر الجامعى بالألسكندرية، طبعة ٢٠١٧.

(ISSN: 2537 - 0758)

فى القانون الخاص أو ان يخول المتعاقد مع الإدارة الأشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام[٥٣].

التفرقة بين العقد وشبة العقد:

سبق وان أوضحنا تعريف كلا من العقد وشبة العقد وبيان شروط وتطور كلا منهما.

أولاً: العقد الإدارى:

أولاً: من حيث التعريف:

العقد: تم وضع تعريف محدد للعقد وذلك من خلال القانون والفقة والقضاء وقد تحدد ذلك من خلال دراستنا السابقة.

شبة العقد:

لم يتم وضع تعريف محدد ومقنن لشبه العقد ولكن تم التعرض له من حيث الألتزامات الناشئة عنه والتى تولد حقوق لدى الغير ولجهة الإدارة وذلك من خلال تطبيقاته

ثانياً: من حيث الأركان وسماته:

العقد: أتفق الفقة والقانون والقضاء على ان العقد الإدارى يتسم بعدة سمات وتم تحديدها فى ٣ سمات أساسية وهى:

١- أن يكون احد اطراف العقد الإدارى شخصا من أشخاص القانون العام

٢- ان يستهدف العقد الإدارى إدارة مرفق عام وتسييره

٣- ان يتضمن العقد الإدارى شروطا غير مألوفة[٥٤].

شبة العقد:

أتجه الفقهاء والقاضي الإدارى أن شبة العقد يتسم بسمتان أساسيتان وذكرها إستاذنا د. عبد الرؤوف هاشم فى مرجعة سابقا[٥٥] وهو ان شبه العقد له سمتان وهما:

١- أما ان يكون ذات وظيفة تكميلية للعقد.

---

[٥٣] أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، عادل لطفى الصباغ "الإتجاهات النموذجية الحديثة فى صيغ العقود الإدارية"، صـ١٢، المستشار الدكتور/ أحمد محمد البوشي "سلطة القاضي فى مجال إمتيازات العقود"، المجموعة العلمية، طبعة ٢٠٢٢، للطباعة والنشر والتوزيع.

[٥٤] م.د. احمد محمد البوشي، سلطة القضاء فى مجال إمتيازات العقود، مرجع سابق، صـ٣١،

[٥٥] أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، مسئولية العقد فى القانون الإدارى، مرجع سابق.

طعن ١٢٦٦ لسنة ٣٣ ق.ع جلسة ١٩٩٥/٨/٣.

٢- أما أن يكون ذات وظيفة متممة للعقد.

وبالتالى فإن شبة العقد له ثلاثة نماذج واضحة وهى:

١- تنفيذ عمل نافع من قبل الغير بناء على إدارة جهة الإدارة.

٢- أداء عمل تصدق عليه جهة الإدارة وتقره.

٣- القيام بعمل ليس للإدار أى دور فيه ولكن يستنتج من خلال أثارة القانونية الناتجة عنه.

- ويتضح من هذا بجلاء ان كلا من العقد أو شبة العقد تكون جهة الإدارة طرفا فيه.

من حيث قوته القانونية: والمسئولية العقدية:

العقد: يعد العقد مصدرا من مصادر الإلتزام طبقا للقانون وبالتالى فهو وليد إرادة حره للطرفين ينصب فى بنود معينة وينتج أثارة فى مواجهة طرفية والغير طبقا لبنود التعاقد ويلتزم كلا منهما به ولا يجوز الخروج عنها لكونها محدده وواضحة.

وفى حال خروج أو مخالفة أحد الطرفين لأى بند من البنود يكون ملزما بالجزاءات المقررة بالعقد والقانون.

فالمسئولية العقدية أركانها الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما إذا انتفى أحد هذه الأركان انتفت المسئولية التى هى مناط إلزام المتسبب فى الضرر هو التعويض.

وتتمثل الخطأ العقدى فى إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته العقدية، لكن يصبح الخطأ العقدى موجبا للتعويض. ويتعين توفر باقى أركان المسئولية من ضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

وتجد تلك المسئولية أساسها فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنه ١٩٤٨ وتعديلاته.

وكذا نص المادة ٨٩ من القانون المدنى سالف الذكر[٥٦].

- كما أنه يجب ان يتك تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وفى حدود نص المادة ١٤٧، ١٤٨ من القانون المدنى ساب الإشارة إليه[٥٧].

---

[٥٦] يراجع حكم دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا فى الطعنين رقمى (٢٦)، ١٢٨٦ لسنة ٣٣ ق.ع بجلسة ١٩٩٥/٨/٣ منشور بمجموعة المبادئ التى قررتها الدائرة فى ثلاثين عامل مكتب ش- المبدأ رقم ٢٨ صـ٣٧٠ وما بعدها ومنشور فى مجموعة المبادئ السنة الحادية والستين من ٢٠١٥ حتى ٢٠١٦ طبعة ٢٠١٩..

(ISSN: 2537 - 0758)

وأن يكون التنفيذ للعقود الإدارية طبقا للحدود المقررة لها وفى الإطار القانونى لقانون تنظيم التعاقدات الحكومية رقم ١٨٢ لسة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية.

شبة العقد:

شبة العقد لا يفترض فيه وجود عقد مبرم بين الطرفين لانه لو كان هناك عقدا لأصبحنا فى سبيل تطبيقة ولكن نكون بصدد إلتزامات نشأت نتيجة قيام طرف بعمل أو أداء التام أو إثراء شخص مع حساب الغير.

فالقاضي يتدخل لبيان نوع العلاقة وأختفائ الصبغة القانونية إليها لحماية الحقوق وترتيب الأثار الناتجة عن هذا التصرف.

فنجد أن القاضي الإدارى يبسط سلطاته ويلعب دورا هاما وكبيرا فى هذا.

فالقاضي يري أن هناك تشابة ما بين العقد وشبة العقد على الرغم من عدم إبرام إتفاق– فشبة العقد يولد إلتزام ولكنه لا يرتقى لمرتبة العقد. لان إتفاق الوصايا (المكون للعقد مفقود وبالتالى لا يعتبر عقدا).

فالقاضي يبحث فى تطبيقاته مثل الأثراء بلا سبب أو الفضالة أو بغير المستحق.

- وحتى لا يكون هناك إثراء على حساب الغير وهذا ما اكدته المحكمة الإدارية العليا فى الدعوى المتطورة أحالتها من قيام شركة الشروق للتوريدات العمومية توريد ماكينات ال مصلحة الكفاية الانتاجية والتدريب المهنى وقد قامت الشركة بالتوريد الا أن الجهة الإجارية لم تضم بتوريد ثمن لماكينات إليها حيث قامت الشركة المورد يتوريد أصناف أخرى غير المتفق عليها وأستلمتها الجهة الإدارية وهو الامر الذي يعد فيه إثراء من جانب الشركة على حساب الجهة الإدارية وإن كانت الجهة الإدارية قد اخطأت فى تطبيق القانون باقبول أورد الأصناف إلا ان ذلك لا يعنى أحقية المورد فى كامل الثمن[٥٨].

ومن هذا يتضح لنا وبجلاء أن القاضي الإدارى له بسط كامل سلطانه فى بحث الأمور المعروضة علية سواء أكانت علاقة عقدية أو غيرها فالقاضي إذا طبق القاعدة

---

[٥٧] م (١٤٧)، وذكرها م ١٤٨.

[٥٨] الحكم الصادر فى الطعن رقم ١٧٨ ٢٦ لسنة ٥٨ ق.ع جلسة ٢٠١٧/١٢/٢٦.

الأساسية وهى أن العقد شريعة المتعاقدين لكان قضي لصالح الشركة الموردة طبقا لحكم أول درجة[٥٩].

والتى أعطت الحق للشركة الموردة فى كامل الثمن والفراق المقررة للتاخير.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا حال تعرضها للفصل فى الطعن المتطور طيفت الدعوى على أساس قاعدة الأثراء بلا سبب على حساب الغير وهى صورة من صور "أشباه العقود" الامر الذي يتضح منه وبجلاء تطبيق القاضي لتلك القاعدة.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

١. أ.د. أحمد فتح الله أبو سكينة، النظرية العامة للإثراء بلاسبب فى القانون الإدارى، دار أبو المجد للطباعة بالقاهرة طبعة ٢٠١٨.

٢. أ.د. عبد المنعم فرج العبده– مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنه٢٠٠٢.

٣. أ.د. سليمان مرقص، الوافى فى شرح القانون المدنى، المجلد الثالث الإثراء على حساب الغير الطبعة الثانية، دار الشرق القاهرة، ٢٠١٩.

٤. أ.د. عبد الحميد الحفناوى، د. عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الرومانى، الدار الجامعية للطباعة والنشر سنه ١٩٩١،

٥. أ.د. محمد نور فرحات القانون فى الحضارات الغربية القديمة القانون الرومانى والقانون الانجلوسكسونى، بدون دار نشر،

٦. د. محمود السقا، تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، مكتبة القاهرة الحديثة، طبعة سنة ١٩٩٥.

٧. أ.د. مهند نوح، الإثراء بلا سبب فى القانون العام، الموسوعة العربية للطباعة، طبعة ٢٠١٦.

[٥٩] حكم محمكة القضاء الإدارى رقم ١٠٩٠ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠١٢/٥/٢٩ دائرة ٨ عقود.

(ISSN: 2537 - 0758)

٨. أ.د. جابر جاد نصار "العقود الإدارية" دار النهضة العربية القاهرة، طبعة ٢٠١٥.
٩. أ.د. سليمان الطماوى، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي القاهرة ٢٠١٢.
١٠. أ.د. سهير منتصر "مصادر الالتزام"، دار الفكر العربي، طبعة ٢٠١٤.
١١. أ.د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى، جـ١، مصادر الالتزام تحديث وتنقية المستشار احمد المراغى، دار الشروق للطباعة، طبعة ٢٠١٩.
١٢. أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، شبه العقد فى القانون الإدارى، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٢٠١٥
١٣. أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، عادل لطفى الصباغ "الإتجاهات النموذجية الحديثة فى صيغ العقود الإدارية"، دار الفكر الجامعى بالألسكندرية، طبعة ٢٠١٧.
١٤. أ.د. عبد الرؤوف هاشم بسيونى، عادل لطفى الصباغ "الإتجاهات النموذجية الحديثة فى صيغ العقود الإدارية".
١٥. أ.د. عبدالمنعم البدراوى "مبادئ القانون الرومانى" تاريخه ونظمه صـ ٥٥ مطابع دار الكتاب العربى بمصر بدون سنة نشر.
١٦. بمجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الغدارية العليا فى ربع قرن الجزء الثالث صـ١٩٩١، صـ١٩٩٢ الفترة من ١٩٩١/١٠/١ وحتى ٢٠١٦/٩/٣٠ طبعة مصنفة وممقارنة ومعلق عليها طبعة ٢٠١٩.
١٧. د. عبد الرؤوف أحمد على الرشيد "سلطات الإدارة فى العقد الإدارى مع المتعاقد معها داسة مقارنة"، كلية الحقوق– جامعة الزقازيق ٢٠١٨.
١٨. محمد جمال عيسى "تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية"، دار النهضة العربية بالقاهرة، بدون سنه نشر.

١٩. المستشار الدكتور/ أحمد محمد البوشي "سلطة القاضي فى مجال إمتيازات العقود"، المجموعة العلمية، طبعة ٢٠٢٢، للطباعة والنشر والتوزيع.

المراجع الأجنبية:

1. D D, 441.fr1, pr. Obligations aut ex contract nascuntur aut ex maleficio ant proprio quodam jureex varlis causarum figuris: et D44.7.F.52
2. De Visscher, Les origins de l'obligation Exedlicto, R.H.D, Frawck modern: lequasi-contrats administratifs Edititions Dalloz paris 1995.
3. frédériquelafag: leguasi-contraten Droit Administratife
4. Jean-Michel Jacguet: le squasi-contrats, Juris-classeurs N
5. pierre Delcusy: le Quasi: contruten droit adminstratif thése. paris
6. De lanbadére: Traite de droit admininstrative, LGl.j.1994. p.41
7. Jean paul pastorel, Droit administrative, Dunod, paris, 1945, p.14.
8. La juris prudence société Entre prise peyrot: stopou encore?
9. Marguerite Canedo-paris-RFDA2015. p.32.Not sousconsseild'Etat:14nove2014, societies des Autorutes du sud delafrance, n '37455 7, AJDA2014,2479
10. Geneviéve viney: Traitéde droit civil, les obligations la Responsabilité: conditions, LGDJ paris p7
11. Jacques moreau: La Respon sabilité Administrative, coll.oue sais-je? Puf. P.113
12. Burdeau, Droit constitutionnel ET institutions politiques, Paris, 1977, paris, 1988.
13. Burdeau, Droit cinnstitutionnal et institutions politique, paris, 1980,
14. Barthelme; Precis de droit constitutionnel, paris, 1938.
15. Duguit; Traite de eroit constitutionnel, Paris 1924, T, 4.

(ISSN: 2537 - 0758)

16. -Barthelme et Duez; Traite de droit constitutionnel,paris, 1933.
17. Denqun (J.M) Referendum ET plebiscite. Essai de theorie generale, Paris, 1967.
18. Duverger M; Institutions Politiques ET droit constitutionnel, Paris 1963.
19. Lapradelle, Cours de droit constitionnel, paris.1912, pp:116 et suiv- Barthelemy, Precis de droit constitutionnel, Paris,1938.
20. -Laferriere, Manuel de droit constitutionnel, Paris, 1973.
21. Hauriou (A); Droit constitutionnel ET institutions Politiques, Paris, 1980.
22. Vedel; Droit constitutionnel, Paris,1949.
23. Carre de Malberg; Conibution a,la theorie generale de l,Etat, Paris, 1920.
24. Pierre Albertin; Le droit de dissolution,.
25. Carre de Malberg; contribution a la theorie generale de l, Etat, T.2, 1922.
26. Lauvaux(ph); La disolutinon des assemblees Parlimentaores, Paris, 1983.
27. Mattar; La dissolution des assemblees Parlementaire, Paris, 1898 .
28. Nguyen (O); L" evolution des questions parlementaires depuis, 1958. R.F.c.P. 1981.
29. Vedel (G), Droit constitutuionnel ET intstitutins pliqiques, paris, 1979.
30. Fabre (M.H); Principes republicains de droit consititutionnel, Paris. 1977.
31. Laferriere, Manuel de droit constitutionnel, paris 1947.
32. Vedel: Manul elementaire de droit constitutonnel, paris 1949.