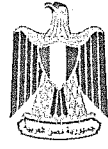


بسم الله الرحمن الرحيم



جمهورية مصر العربية
مجلس الدولة

رئيس الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع
المستشار النائب الأول لرئيس مجلس الدولة

رقم التبليغ:	٨٤٣
بتاريخ:	٢٠١٧/٥/٦

مجلس الدولة
المعارف والمعلومات
مجلس الدولة العمومية
مجلس الدولة العمومية

ملف رقم: ٥٠٧/١/٥٤

السيد الدكتور/ وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية

خية طيبة وبعد...

فقد اطلعنا على كتاب وكيل أول وزارة الإسكان المشرف على مكتب الوزير رقم (٣٤١) المؤرخ ٢٠١٢/٢/٢٣ الموجه إلى إدارة الفتوى لوزارة الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية بطلب الإفادة بالرأي القانوني بشأن جواز قيام الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان بتنفيذ مشروعاتها بأسلوب المقابل العيني وليس النقدي طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.

وحاصل الوقائع - حسبما يبين من الأوراق - أنه بتاريخ ٢٠١٢/١/٢٢ ورد إلى وزارة الإسكان كتاب السيد اللواء/ رئيس مجلس إدارة الاتحاد التعاوني الإسكاني المركزي رقم (٩٠٠) بشأن المقترح الخاص بالموافقة على ضوابط، وشروط قيام الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان بتنفيذ مشروعاتها بأسلوب المقابل العيني وليس النقدي، وتضمن هذا الكتاب أنه نظراً لصدور القانون رقم (١٢٢) لسنة ٢٠٠٨ بتعديل قانون التعاون الإسكاني والذي أخضع الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان في إبرام تعاقداتها المختلفة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، ورعاية لمصلحة الجمعيات التي لا يتوفر لديها التمويل اللازم لتنفيذ مشروعاتها لأسباب خارجة عن إرادتها، فإنه ليس ثمة مانع من قيام الجمعيات بتنفيذ مشروعاتها بالطرق المقررة وفقاً لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات على أن يحصل المقاول على مقابل عيني يتمثل في عدد من وحدات المشروع الذي يسند إليه من جانب الجمعية بدلاً من حصوله على مقابل نقدي، وعلى أن تلتزم الجمعية في تنفيذ مشروعاتها في هذه الحالة بأحكام قانون التعاون الإسكاني والقرارات المنفذة له وأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، وكذا الضوابط التي وضعها المكتب الفني للاتحاد



واعتمدها مجلس إدارة الاتحاد كقواعد وشروط لقيام الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان بتنفيذ مشروعاتها بأسلوب المقابل العيني وليس النقدي، ويبلغ عددها ثلاثة وعشرين ضابطاً.

وقد قامت الجمعية التعاونية للبناء والإسكان لأجيال المستقبل لأحياء الإسكندرية والمشهرة برقم (٢٦٦) لسنة ٢٠٠٧ - كأحد الحالات الواقعية للمسألة المطروحة - بشراء قطعة أرض فضاء بمدينة الإسكندرية، بمبلغ مقداره (٣٢٥٤٨٩٧٨) اثنان وثلاثون مليوناً وخمسمائة وثمانية وأربعون ألفاً وتسعمائة وثمانية وسبعون جنيهاً، إلا أنه نظراً لتعذر توفير التمويل اللازم لتنفيذ المشروع، فإن الجمعية ترغب في تنفيذ نظام المقابل العيني بحيث يحصل المقابل على عدد من وحدات المشروع مقابل تنفيذ المقاوله بدلاً عن الثمن النقدي، وعلى أن تراعى في إبرام العقد أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وما وضعه الاتحاد من ضوابط بشأن المقابل العيني. وقد عرضت إدارة الفتوى المشار إليها الموضوع على اللجنة الثانية من لجان قسم الفتوى بمجلس الدولة التي ارتأت بجلستها المعقودة بتاريخ ٢٠١٢/٤/٤ إحالته إلى الجمعية العمومية للأهمية والعمومية.

ونفيد: أن الموضوع عُرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المعقودة في ١٢ من إبريل عام ٢٠١٧م، الموافق ١٥ من رجب عام ١٤٣٨هـ؛ فتبين لها أن المادة (٨٧) من القانون المدني تنص على أن: "(١) تعتبر أموالاً عامة، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص. (٢) وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم"، وأن المادة (٦٤٦) منه تنص على أن: "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وأن المادة (١) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ تنص على أن: "يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة. ويصدر باتباع أى من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد ومع ذلك يجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية: ١- المناقصة المحدودة. ٢- المناقصة المحلية. ٣- الممارسة المحدودة. ٤- الاتفاق المباشر. ولا يجوز في أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة. وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية"، وأن المادة (٢) من القانون ذاته تنص على أن:

"تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المناقصة، وكلتاها إما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر والخارج، ويكون الإعلان



فى الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار"، وأن المادة (٣٠) منه تنص على أن: "يكون بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التى ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانفتاح أو باستغلال العقارات بما فى ذلك المنشآت السياحية والمقاصف عن طريق مزايده علنية عامة أو بالمظاريف المغلقة. ومع ذلك يجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة، التعاقد بطريق الممارسة المحدودة فيما يلى: ... ويتم ذلك كله وفقاً للشروط والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية. ولا يجوز فى أية حال تحويل المزايدة إلى ممارسة محدودة".

كما تبين لها أن المادة (١) من قانون التعاون الإسكانى الصادر بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم (١٢٢) لسنة ٢٠٠٨ تنص على أن: "التعاون الإسكانى فرع من القطاع التعاونى يعمل على توفير المساكن للأعضاء والخدمات اللازمة للتجمعات السكنية ويتولى صيانتها وإدارتها، وذلك وفقاً للمبادئ التعاونية وخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة بهدف رفع مستوى الأعضاء اقتصادياً واجتماعياً"، وأن المادة (٢) منه تنص على أن: "أموال الجمعيات التعاونية الإسكانية العقارية والمنقولة مملوكة لها - بصفتها الاعتبارية - ملكية تعاونية وغير قابلة للتوزيع، ولا يجوز أن تزيد حقوق عضو الجمعية عند انقضاء عضويته أو تصفية الجمعية على استرداد قيمة أسهمه فى رأسمالها ومستحقته قبلها. ولا يجوز لأية جهة التصرف فى أموال الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان على خلاف أحكام هذا القانون. وتسرى أحكام قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية على ما تبرمه الجمعيات المشار إليها من عقود، وتكون لمجلس إدارة الاتحاد التعاونى الإسكانى الاختصاصات المقررة فى ذلك القانون للسلطة المختصة"، وأن المادة (٥) منه تنص على أن: "يحظر على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان التصرف فى العقارات التى تنشئها أو تحصل عليها لغير أعضاء الجمعية إلا بقرار من الجمعية العمومية بعد أخذ رأي الجهة الإدارية والاتحاد"، وأن المادة (٧٩) منه تنص على أن: "يتولى الاتحاد وفقاً للخطة التى يضعها وتعتمد من الوزير المختص معاونة وحدات التعاون الإسكانى فى أداء رسالتها والإشراف على مباشرتها لها والرقابة الشعبية عليها، ويتولى على الأخص المسئوليات الآتية: أولاً: ... رابعاً: حماية مصالح الوحدات التابعة له بجميع الوسائل ويشمل ذلك: ١- ... ٣- الاشتراك مع الجهة الإدارية المختصة فى إعداد اللوائح النموذجية المالية والإدارية والتنظيمية اللازمة لحسن سير العمل بالوحدات التعاونية واعتمادها من الوزير المختص...".

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم، ومما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن الجمعية التعاونية هي جماعة مستقلة من الأشخاص يتحدون اختياراً لتلبية احتياجاتهم الاقتصادية والاجتماعية وتطلعاتهم المشتركة من خلال الملكية الجماعية لمشروع تتوفر فيه ديمقراطية الإدارة والرقابة، وتقوم التعاونيات على مجموعة



من المبادئ، من أهمها العضوية الاختيارية والمفتوحة طبقاً لشروط العضوية، والمشاركة الاقتصادية للأعضاء فى رأس المال، فضلاً عن تمتع هذه الجمعيات بالشخصية المستقلة فى تصرفاتها وتعاقداتها وإدارة أموالها عن شخوص أعضائها. وأن التعاون الإسكانى هو فرع أصيل من القطاع التعاونى يعمل - عن طريق جمعيات التعاون الإسكانى - على توفير المساكن للأعضاء والخدمات اللازمة للجمعيات السكنية ويتولى صيانتها وإدارتها، وذلك وفقاً للمبادئ التعاونية وخطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة بهدف رفع مستوى أعضائه اقتصادياً واجتماعياً، وأن الجمعية التعاونية الإسكانية وإن توفر لها وصف الشخصية الاعتبارية، إلا أنها ليست تلك الشخصية الاعتبارية العامة فى مفهوم المادة (٨٧) من القانون المدنى؛ بل مازالت فى دائرة أشخاص القانون الخاص سواء بالنظر إلى أغراضها، أو على ضوء طبيعتها وكيفية تكوينها ونظم إدارتها، فلا تباشر نشاطها أصلاً إلا وفقاً للقواعد المقررة فيه، حتى ولو كان المشرع قد ألزمها بعض التزامات الأشخاص الاعتبارية العامة، كالإلزامها اتباع أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، فإن ذلك لا يحيل هذه الجمعيات إلى جهات إدارية فى جوهر مقوماتها، ولا يلحقها بها، أو يجعلها من فروعها، بل تظل الجمعية التعاونية - حتى وإن ألزمها المشرع بعض التزامات الأشخاص الاعتبارية العامة - تحتفظ بتكوينها الخاص، وتندرج ضمن الأشخاص المعنوية الخاصة، وما تمتلكه من أموال يندرج ضمن الملكية التعاونية التى تتمتع بخصائص ومميزات تستقل بها عما تتمتع به الملكية العامة، فلا توصم تعاقداتها المبرمة وفق أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المذكور بطابع العقود الإدارية، وإن التزمت اتباع أحكام القانون الأخير، لعدم استيفاء عقودها شروط العقود الإدارية من وجود الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيها، واتسامها بالطابع المميز للعقود الإدارية من حيث اتصالها بالمرفق العام وأخذها بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة فى القانون الخاص، وهو ما لا يتوفر للعقود التى تبرمها هذه الجمعيات، نبعاً من حقيقة الشخصية القانونية لهذه الجمعيات وكونها من أشخاص القانون الخاص - على ما سلف البيان - وعدم تعلق هذه العقود بالمرافق العامة بطبيعة الأحوال.

واستظهرت الجمعية العمومية مما تقدم أيضاً - وعلى ما جرى به إفتاؤها - أن عقد المقاوله هو عقد رضائى، يقع التراضى فيه على عنصرين هما: العمل: وهو محل المقاوله، والأجر: الذى يتعهد به رب العمل، وأنه لئن كان الأصل فى الأجر أن يكون نقوداً، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع قانوناً من أن يكون الأجر فى عقد المقاوله مقابلاً غير نقدي يمكن تقويمه بالمال - الفتوى رقم (٩٥٦) لسنة ٤٨ بتاريخ ١٧/١١/١٩٩٣ ملف رقم ٣١٢/١/٥٤ - كما هو شأن الأجرة فى عقد الإيجار فقد تكون غير النقود كأن تكون أسهماً، أو سندات، أو مقادير معينة من البضائع، أو غير ذلك من المال، وتتمخض المقاوله فى هذه الحالة عن مقايضة مال بمال، وإن كان المعتاد فى الأمر أن يكون الأجر فى المقاوله نقوداً.



مجلس الدولة
مركز المقادير المعينة
مركز الفتوى والنشر

كما استظهرت الجمعية العمومية مما تقدم - على ما جرى به إفتاؤها - أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ما هو إلا قانون إجرائي يحكم عملية إبرام العقد وليس فيما تضمنه من قواعد إجرائية أن تؤثر - بحال من الأحوال - فى أركان العقود، أو تغيير من طبيعتها، أو تحدها بطريقة معينة بما يتسبب فى إعاقة الخاضع له وتعطيله عن أداء دوره، وقد جاءت أحكامه خلواً من نص يحظر، أو يمنع من أن يكون الثمن فى عقود المقاولات التى يتم إبرامها وفقاً لأحكامه عينياً يمكن تقويمه بالنقود، ومن ثم فإن الأجر، أو الثمن فى عقد مقاوله - المبرم وفقاً لأحكام القانون المذكور - باعتباره أحد أركان هذا العقد يتوقف فى تحديد قيمته وطبيعته وما إذا كان نقدياً، أو عينياً على إرادة طرفى العقد وما تلاقت عليه تلك الإرادة دون توقف على محض قواعد إجرائية تحكم إجراءات إبرام هذا العقد.

وترتيباً على ذلك، وإذ وردت أحكام قانون التعاون الإسكاني المشار إليه، هى الأخرى، خلواً من نص يوجب على وحدات التعاون الإسكاني الخاضعة لأحكامه، ومن بينها الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان، فيما تبرمه من عقود مقاولات أن يكون مقابل هذه العقود نقدياً، وكانت طبيعة عقود المقاولات لا تتأبى أن يكون هذا المقابل عينياً مادام يقبل التقويم نقدياً كما سبق القول، فإنه لا مجال للقول بأن أى من القانونين المذكورين يحظر المقابل العيني فى عقود المقاولات التى تبرمها تلك الجمعيات مع الغير لتنفيذ أعمال لصالحها مما يغدو معه من الجائز لها إبرام هذه العقود وتنفيذها، طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بنظام المقابل العيني وليس النقدي، وفق الضوابط التى أقرها الاتحاد التعاوني الإسكاني المركزي - والتي لا تتنافر فى مجملها مع أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المذكور ولائحته التنفيذية - بموجب اختصاصه الموسد إليه بالمادة (٧٩) من قانون التعاون الإسكاني من اشتراكه مع الجهة الإدارية المختصة فى إعداد اللوائح النموذجية المالية والإدارية والتنظيمية اللازمة لحسن سير العمل بالوحدات التعاونية واعتمادها من الوزير المختص، باعتباره على قمة هرم التنظيم التعاوني الإسكاني، وكذا باعتباره السلطة المختصة فى تطبيق أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات وفق المادة (٤) من القانون المذكور أولاً.

يدعم ذلك، أن إقرار المقابل العيني فى عقود المقاولات لا يخرج عن كونه عملية محاسبية بحتة، إذ يتم تقييم هذا المقابل العيني بالنقود عند اتخاذ إجراءات التعاقد، والمفاضلة بين العطاءات المقدمة فى إطار من مبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص والمساواة، وحرية المنافسة، لاختيار أفضلها شروطاً وأقلها سعراً، وعلى هذا الأساس يتم تحديد المقابل الذى يستحقه المقاول الذى يتم التعاقد معه، وعند قبض المقابل يحصل المقاول على ما يعادله عينياً بدلاً عن النقود.



مجلس الدولة
السلطات المختصة
الكلية الفتوى والتشريع

ولا ينال من ذلك، ما قد يثار من أن التعاقد بهذا المقابل العيني من شأنه تصرف الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان، ومن بينها الجمعية المعروضة حالتها، في جزء من أموالها المملوكة لها ملكية تعاونية على خلاف أحكام قانون التعاون الإسكاني سالف الذكر؛ إذ إن ذلك مردود عليه بعمومية الحكم الوارد في عجز المادة رقم (٥) من هذا القانون والذي أعطى للجمعية التعاونية للبناء والإسكان الحق في التصرف في العقارات المملوكة لها لغير أعضائها بموجب قرار يصدر من جمعيتها العمومية بعد أخذ رأى الجهة الإدارية والاتحاد التعاوني الإسكاني، ومن ثم يجوز للجمعية العمومية لجمعية التعاون الإسكاني الموافقة على التصرف، بعد استيفاء رأى هيئة التعاونيات والاتحاد التعاوني. هذا فضلاً عن أن الهدف من التصرف في الحالة المعروضة هو معاونة الجمعية على تكوين مال تعاوني لمصلحة أعضاء الجمعية، فرضته عليها ظروفها المالية التي حالت بينها وبين تدبير الاعتمادات المالية اللازمة لإقامة وحدات سكنية على الأرض المملوكة لها لتوزيعها على أعضائها على الرغم من التيسيرات القانونية المقررة لها في هذا الصدد، مما لا وجه معه لحرمان الجمعية المعروضة حالتها من التعاقد على إقامة وحدات سكنية على قطعة الأرض المملوكة لها بطريق المقابل العيني.

لذلك

انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى، جواز قيام الجمعية التعاونية المعروضة حالتها بتنفيذ المشروع السكنى على قطعة الأرض المملوكة لها بأسلوب المقابل العيني وليس النقدي طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، على النحو الموضح بالأسباب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

تحريراً في: ٥/١٧/٢٠١٦

رئيس
الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع
م. م. م.
يحيى أحمد راغب دكرورى
النائب الأول لرئيس مجلس الدولة



رئيس
المكتب الفني
م. م. م.
المستشار
مصطفى حسين السيد أبو حسان
نائب رئيس مجلس الدولة
معتز/

مجلس الدولة
مركز المعلومات والبحث
القسم الفني والتشريع