نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري

أ.د سعيد علي الشبلي

نبذة عن الباحث :
استاذ القانون الاداري في كلية القانون جامعة الكوفة.

زينب محمد هادي

طالبة ماجستير

تاريخ استلام البحث :
٢٠١٨/٠١/١٦
تاريخ قبول النشر :
٢٠١٨/٠١/٣١

Abstract

The contract is an agreement of two wills to bring about a legal effect, and the administrative contracts are not different from the civil contracts. The administrative contract requires the consent of two wills, that is, this will must be reconciled with the will of the other party. This is known as the principle of "power of will" , And this principle results from the rule of the contract of the law of contracting, which states that a party shall not resign without the consent of the other party to independence, whether by amendment or termination, but the administration according to the characteristic of the administrative contract which aims at the operation of the general annex may be modified in the event that the facility So As a result, administrative contracts have emerged in administrative contracts (the Administrative Contract of the General Facility Law.

الملخص

العقد هو اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني . و لا تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية ، إذ يتطلب العقد الإداري توافق إرادتين ، أي لابد من توافق هذه الإرادة مع إرادة الطرف الآخر ، وهذا ما يعرف بمبدأ (سلطان الإرادة)، وهو الصلب والركن لكل عقد ، وينتج عن هذا المبدأ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، التي تقضي بأن لا يستقل طرف دون موافقة الطرف الآخر على الاستقلال سواء بالتعديل أو الإنهاء ، لكن الإدارة بحسب الصفة المميزة للعقد الإداري التي يهدف بها الى سير المرفق العام قد تستقل في تعديله في حال تطلب سير المرفق ذلك .نتيجة لذلك ظهرت في العقود الإدارية قاعدة أطلق عليها (العقد الإداري شريعة المرفق العام).

نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري

★ أ. د. سعيد على غافل ★ زينب محمد هادى

المقدمة :

لم يعترف القانون الروماني بمبدأ سلطان الإرادة ، بل كان يعتمد على الشكلية في العقود ، إذ ليس لإرادة طرفي العقد اي أثر في تكوين العقد ، ولكن قد تغير الأمر بعد ذلك نتيجة الحاجة للسرعة في المعاملات و التبادلات بين الافراد ، إذ ظهر المذهب الفردي الذي يقوم على أن الأفراد ولدوا أحراراً متساوين ، فلهم أن ينشأوا ما أرادوا من تصرفات قانونية مختلفة ، وإن الفرد وجِد قبل الجماعة ، والجماعة وجدت لإسعاد الفرد ، فهو لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية بل إن مظهر هذه الشخصية هو الإرادة الحرة المستقلة ، بعد ذلك تطورت الحياة الاجتماعية بوجود الكثير من الصناعات التي حتمت على الدولة التدخل لحماية الطرف الضعيف ، فظهر المذهب الاشتراكي الذي ذهب إلى أنه ليس صحيحاً القول بأن كل ما هو عقد هو عادل لأن هذا القول يفترض في الحقيقة أن يكون المتعاقدون على قدم من المساواة في حين أن المتعاقدين لا تتوافر فيهما غالباً هذه المساواة بسبب الاختلاف في الذكاء أو القوة الاقتصادية أو المركز الاجتماعي ، ومن ثم فأن مصلحة المجتمع تعلو على مصلحة الفرد وهو المذهب السائد في العصر الحديث إذ بقيت الإرادة هي الأساس لكنها مقيدة بالصالح العام[1]

وقد أقرت كافة التشريعات قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لكن إن صح أن هذه القاعدة راسخة وثابتة في القانون المدني إلا أنها متطورة في العقد الإداري، إذ يحق للإدارة التعديل الانفرادي فيما لو استدعى ذلك سير المرفق العام فالعقد الاداري ليس كالمدني يحكمه الافراد ولا يحق لهم التعديل إلا بناءً على موافقة الطرف الآخر ، فالعقد الإداري وجد لتحقيق سير المرفق العام ومن ثن فإن للإدارة الحق في التعديل على وفق إرادتها المنفردة في حال لو استدعى ذلك الصالح العام . ولاشك في أن هذا التعديل الانفرادي من الإدارة سيؤثر في نتاج سلطان الإدارة وهو العقد الذي نشأ نتيجة لتطابق إرادة الإدارة مع إرادة المتعاقد معها ، ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا البحث على مطلبين ،نتطرق في الأول إلى ماهية مبدأ سلطان الإرادة ، ونخصص الثاني لأثر هذا المبدأ في العقد الإداري وكما يلي:-

خطة البحث:

المطلب الأول : ماهية مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول : تعريف مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الثاني : ظهور مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الثالث : انكماش مبدأ سلطان الإرادة

المطلب الثاني : أثر مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري

الفرع الأول : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقد الاداري

الفرع الثاني : العقد الإداري شريعة المرفق العام

الفرع الثالث : الحرية التعاقدية للأشخاص العامة

المطلب الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة

سوف نتناول في هذا المطلب المقصود بهذا المبدأ، إذ إن الإرادة هي الأساس ومن بواسطتها يتم تحديد الإلتزامات وحقوق طرفي العلاقة العقدية، ولتوضيح ماهية هذا المبدأ، سوف نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة وكالآتي :

الفرع الأول : تعريف مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الثاني : ظهور مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الثالث : انكماش مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

يُهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي مهم هو مبدأ سلطان الإرادة ، وهو نتاج الفلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر والحرية الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر.[٢] ويقصد بهذا المبدأ أن الإرادة هي من تُنشئ الالتزامات التعاقدية وليس القانون ، وبعبارة أخرى أن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء العقد أو التصرف القانوني ، وكذلك حرية تحديد الآثار التي تترتب على العقد[٣] ويقصد به أيضاً هو أن إرادة الإنسان قادرة على إنشاء التصرف القانوني وعلى تحديد الآثار المترتبة عليه[٤]، و أن أساس هذا المبدأ يُكمن في الحرية التي يتمتع بها الفرد في إبرام العقود باعتبار أن الإنسان هو من يعرف مصلحته و لا يتصور جنوح الإنسان إلى الإضرار بنفسه، واذا ما خيف من إلحاق الضرر بالآخرين فإن قاعدة تعارض المصالح تحول دون ذلك ، فكل طرف يشترط ما يكفل أو يضمن تحقيق مصالحه وبذلك يكون هناك نوع من توازن المصالح في العقد بما يضمن عدم إضرار أي طرف من أطرافه .[٥]

و الواقع إن للإرادة سُلطان في أن تختار أو تبرم عقد معين أو أن لا تبرمه ،بمعنى أن الشخص يحق له أن يشتري الشيء او لا يشتريه ، كما يحق له أن يبيع أو لا يبيع وأن يستأجر الشيء أو لا يستأجره، وتعد حرية التعاقد من الحريات العامة بوصفه إنساناً ولا يمكن حرمانه منها بصفة مطلقة وإلا كان ذلك عدواناً على شخصيته ذاتها .[٦]

والإنسان بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن أن يلتزم إلا بإرادته الخاصة ، وهذه الإرادة هي المصدر الوحيد لإنشاء العقد وليس القانون ، وإن التزام الإنسان بمقتضى إرادته المستقلة عن القانون يكون صحيحاً دائماً ، لأن الإنسان لا يمكن أن يعمل ضد مصلحته ومن ثم فأن مهمة القانون تكمن فقط في تأمين المساواة بين الحريات المتواجدة لأن كل عقد حر يعد عقداً صحيحاً .[٧]

و قد تبلور عن مبدأ سلطان الإرادة مذهبان هما :

أولاً :- المذهب الفردي : ويذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد و أن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة وكما يجعل رجال الفلسفة التفكير آية الفلسفة من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ

يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية ، ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته و إرادته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة ، فلا يخضع للواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً وكل التزام أساسه الرضى يتمشى مع القانون الطبيعي الذي يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها ، فالإرادة اذاً هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها وما مهمة القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض مع حريات الآخرين وهذا التوازن ما بين الحريات هو ما يجب على المشرع أن يُعنى به.[٨]

و إن هذا المذهب يقوم على أساس أن الأفراد ولدوا أحراراً ومتساوين في الحقوق ، فلهم أن ينشئوا ما أرادوا من التصرفات القانونية المختلفة ، بحيث لا تتقيد ارادتهم إلا في أضيق الحدود المتمثلة بحماية النظام العام و الآداب العامة ، وأن الفرد وجد قبل الجماعة فيجب أن تكون إرادته حرة ، والجماعة وجدت لإسعاد الفرد فلا تتقيد إرادة الفرد إلا على سبيل الاستثناء ومن ثم فإن التعبير عن الإرادة هو مصدر القوة الملزمة للعقد و لا يكون للقانون أثر سوى أنه يضمن تنفيذ ما اتفق عليه أطراف التصرف القانوني وهذا ما يطلق عليه بأن العقد شريعة المتعاقدين.[٩]

وحمل لواء هذا المبدأ " جان جاك روسو" في كتابه المعروف " العقد الاجتماعي " ، الذي اعتبر الاتفاقات أساساً لكل سلطة بين الناس ، فحقوق الأفراد و واجباتهم نحو الجماعة نشأت نتيجة اتفاق بينهم بمقتضاه تنازل كل فرد عن جزء من سيادته للجماعة و قبوله لأن يخضع للقانون فالإنسان يولد حراً و يرتبط بالجماعة بمحض إرادته .[١٠]

ثانياً :- المذهب الاشتراكي : و يرى أنصار هذا المذهب أنه ليس صحيحاً القول بأن كل ما هو عقد هو عادل ، لأن هذا القول يفترض في الحقيقة أن يكون المتعاقدون على قدم من المساواة في حين أن المتعاقدين لا تتوافر فيهما غالباً هذه المساواة بسبب الاختلاف في الذكاء أو القوة الاقتصادية أو المركز الاجتماعي، بحيث ينتهي الأمر إلى أن يفرض الطرف الأقوى إرادته على الطرف الأضعف وهذا ما حدث كعلاج في عقد الإذعان فكان لابد من تدخل المشرع لحماية الطرف الأضعف عن طريق الحد من إرادة الطرف القوي .[١١]

ويَرِد على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج منها :

حرية التعاقد للأفراد ، إي الحرية في التعاقد أو الامتناع عنه ، فإذا انعدمت هذه الحرية يكون العقد باطلاً، إذ يكون للأفراد الحرية في تحديد مضمون العقد والاتفاق على قانون أجنبي يحكم العلاقة الناشئة عن تعاقدهما، فالعقد شريعة المتعاقدين و لا يجوز لأحدهما أن يستقل بتعديله أو إنهائه إلا باتفاقهما ، و لا يستطيع القاضي أن يعدل من شروط العقد حتى ولو تغيرت الظروف

وأصبح تنفيذ العقد مرهقاً لأحد الطرفين ، أي يجب على القاضي عند تفسير العقد أن يستوحي النية المشتركة للمتعاقدين .[١٢]

الفرع الثاني: ظهور مبدأ سلطان الإرادة

لم يعترف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمبدأ سلطان الإرادة كاملاً ، بل بدأت العقود فيه شكلية ، تحوطها أوضاع معينة من حركات و إشارات وألفاظ وكتابة . [١٣]

فقد كان العقد في القانون الروماني لا ينعقد إلا باتباع طقوس وإجراءات شكلية معينة ، و كان هذا القانون يميز بين الاتفاق المجرد و بين العقد ، فالاتفاق ينشأ دون اتباع الشكلية التي ينص عليها القانون التي لا يرتب عليها القانون أي أثر ، من هنا جاء القول (لا تنشأ دعوى من مجرد الاتفاق)، إذ إن الاتفاق الذي يصب في الشكل المقرر له في القانون يصبح عقد ويرتب عليه القانون آثاره حتى لو كانت إرادة المتعاقدين معيبة أو أن السبب غير مشروع ، فالقانون الروماني يجعل صحة العقد متوقفة على اتباع الشكليات دون النظر إلى الإرادة . [١٤]

لكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعقدت سبل الحياة فيها ، فكان لابد من توزيع العمل وكثرة التبادل و وجوب السرعة في المعاملات، إذ اقترن كل ذلك بتقدم في التفكير القانوني ما أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد مع إعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني .[١٥] فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدريجياً ، وأخذت الإرادة يقوى اثرها في تكوين العقد وساعد في ذلك عدة عوامل منها تأثير المبادئ الدينية وإحياء القانون الروماني والتأثر به والعوامل الاقتصادية والعوامل السياسية .[١٦]

أما في العصور الوسطى وفي ظل القانون الكنسي فإن العقد ينعقد بمجرد توافق الإرادات دون الحاجة إلى الاقتران بالشكل ، والسبب في هذا هو أن الكنسيين ينظرون للعقد بنظرة أخلاقية باعتبار أن عدم الوفاء بالعهد كذباً خطيئة دينية ، وأن قيمة العقد ناشئة من إرادة طرفيه التي يجب أن تكون سليمة وخالية من العيوب وليس العبرة بالثواب بالشكل الذي ينصب فيه والذي يؤكد النظرة الاخلاقية للعقد الكنسي ،أن رجال الكنيسة عرفوا ما يسمى (بالوعد المعزز بالقسم) وهو عبارة عن تصرف شكلي مفاده التعهد امام اللّه باعتباره دائناً أصليا [١٧]وقد وصل مبدأ سلطان الإرادة ذروته ابتداءً من القرن السابع عشر الى أواخر القرن التاسع عشر ويرجع الفضل في شيوع هذا المبدأ إلى المذهب الفردي الذي نادى بالحرية الفردية واعتبرها حقاً طبيعياً ومقدساً ، وإن وجود القانون جاء لحماية الحرية الفردية ، فالإرادة مصدر كل تصرف صادر من الفرد لنشوء الحق بكل صوره ، وهي مصدر نشوء حق الملكية والحق في الزواج و الوصية و الميراث الذي فسرته على أساس الوصية المفترضة المقررة من قبل المورث[١٨]، ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة ، وقد ضم القانون المدني الفرنسي هذا المبدأ في المادة (١١٣٤) منه ، حيث نصت على أن : (

الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها، و لا يمكن الرجوع عنها إلا برضاهم المتبادل أو للأسباب التي يجيزها القانون ، ويجب أن يتم تنفيذ الالتزامات المثبتة في تلك الاتفاقيات بحسن نية).[٢٩]

وقد نص القانون المدني المصري أيضاً على مبدأ سلطان الإرادة في المادة (٨٩) منه بالقول : (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) ، كذلك أشارت المادة (١٤٧) بأنه : (١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون . ٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك...) .[٣٠]

أما القانون المدني العراقي فقد نص على مبدأ سلطان الإرادة في المادة (١٤٦) (١ – اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي. ٢ – على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[٣١]

الفرع الثالث: انكماش مبدأ سلطان الإرادة

في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين عانى مبدأ سلطان الإرادة من انتكاسات مهمة لم تقتصر على النيل من نتائجه ، بل امتدت إلى جذوره ذاتها ، وكان ذلك تحت تأثير الاتجاهات الاجتماعية و الاشتراكية .[٣٢]

فبعد أن قامت الصناعات الكبيرة وانتشرت الشركات الكبرى ، حدث اختلال في التوازن الاقتصادي ، وأخذ خصوم المذهب الفردي ينادون بأن الالتزامات التعاقدية تبنى على توافق إرادتين وليس على إرادة فردية[٣٣]، وعندها تدخلت الدولة لحماية الطرف الضعيف ففرضت القيود على إرادة رب العمل في إبرامه للعقود ، وفيما يجوز له أن يفرضه على العامل ، وقيدت إرادة أصحاب الأملاك في تأجيرها وفي تحديد الأجرة والمدة للإيجار ، كذلك حرمت شرط الدفع بالذهب و ألزمت الدائن بقبول الأوراق النقدية وتدخلت في تحديد السعر الأقصى للفائدة لحماية المدينين من استغلال الدائنين ، كذلك أجازت للقاضي أن يتدخل في تعديل شروط العقد كما في عقد الإذعان ، ويجوز له إلغاء الشروط التعسفية كما يجوز له أن يلغي الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد اذا لم يترتب على الإخلال بالالتزام ضرر للدائن ، كما يجوز له أن يخفّض من هذا الشرط إلى الحد الذي يناسب الضرر.[٣٤]

و إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت وقامت الصناعات الكبيرة و تأسست الشركات الضخمة ونظمت طوائف العمال أثر اختلال التوازن الاقتصادي، هي التي أدت إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذهب الفردي وبذلك يكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي وانكمش على أساس اقتصادي ايضاً.[٢٥] ويتضح أن أنصار المذهب الاشتراكي قد أسرفوا في نقد المذهب الفردي إلى حد أنهم جعلوا العقد لا يقوم على إرادة المتعاقد بقدر ارتكازه على اعتبارات اجتماعية ترجع الى الاستقرار الواجب في التعامل والنظام الذي يجب ان يسود في المجتمع ، فالعقد لا يقوم على أساس سلطان الارادة وإنما على أساس التضامن الاجتماعي وتحقيق الصالح العام .[٢٦]

وقد ضعف مبدأ سلطان الإرادة في العصر الحديث ، إذ أخذت الدولة نتيجة للمذهب الاشتراكي بالتدخل في حياة الأفراد مما أدى إلى التوسيع من نطاق النظام العام ، الذي تعتبر قواعده آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.

ويتضح أن ما ذهب إليه كلا المذهبين به نوع من الإسراف أو حد من المبالغة ، فلا يمكن وفقاً للمذهب الفردي أن نستند الى الارادة مجردةً من كل قيد و لا أن نلغي ما لها من أثر وفقاً لما ذهب إليه المذهب الاشتراكي ، لذلك نرى أن الإرادة هي الأساس لكنها مقيدة بالصالح العام.

المطلب الثاني: أثر مبدأ سُلطان الإرادة في العقد الإداري

يقصد بالعقد : " تعبير عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني[٢٧]" ، فإرادة الطرفين هي من أنشأت العقد و رسمت مساره وحددت التزاماته وشروطه ، ومن ثم لا يمكن أن ينفذ العقد و لا أن يفسر إلا في الإطار الذي تم رسمه من قبل أطرافه ، فلا يستقل أحدهما بالتعديل أو الإنهاء إلا بموافقة الطرف الآخر . و إذا أسلمنا بما سبق قوله في العقد المدني استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فهل يسري هذا القول على العقد الإداري الذي نعلم أنه وجد لتحقيق سير المرفق العام ؟ أي هل يحق للإدارة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ؟ و هل تسري قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على هذا العقد ؟ هذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاثة فروع وكالاتي :-

الفرع الأول : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقد الاداري

الفرع الثاني : العقد الإداري شريعة المرفق العام

الفرع الثالث : الحرية التعاقدية للأشخاص العامة

الفرع الاول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العقد الاداري

إن المبدأ في العقد الإداري كأي عقد يقوم على توافق إرادتين بقصد إحداث آثار قانونية وان ركنه الأساس هو الرضا ، ويرتب العقد التزامات في ذمة طرفيه ، لأن إرادتهما اتجهت نحو قبول هذه الآثار ، و من ثم فإن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

تقضي بأنه لا يجوز لأي أحد من أطراف العقد تعديله وإنهاؤه إلا بإرادة الطرفين ، وكذلك لا يجوز للمحكمة من حيث المبدأ أن تفسر أو تعدل ما تم الاتفاق عليه إلا في حدود إرادة طرفي العقد [٢٨] وهذا يقود الى نتيجة مهمة بأن العقد الإداري يستمد قوته من الإرادة الحرة لطرفيه دونما حاجة الى الاستناد الى سلطة القانون ، فالإرادة هي الأساس لهذه القوة وهي التي تبني الحقوق والالتزامات في ذمة طرفي العقد [٢٩]. و يراد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن ما اتفق عليه طرفا العقد بإرادتهما ملزم لهما ، ويترتب على ذلك بأنه ليس لأي من طرفي العقد الرجوع عن العقد أو تعديله أو إلغاؤه أو وقف سريانه إلاّ باتفاق الطرفين أو بنص القانون، بمعنى أن للعقد في حدود موضوعه قوة نفاذ مساوية لقوة القانون ، وهذا ما يعرف في فقه القانون بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .[٣٠]

والعقد لا يكون ملزماً لطرفي العقد وحدهم وإنما يكون ملزماً بالنسبة للقاضي أيضاً ، فلا يستطيع القاضي تعديل العقد وإنهاءه لاعتبارات تتعلق بالعدالة إلاّ إذا ورد نص في القانون يجيز له ذلك، ويكون التعديل في الحدود التي رسمها المشرع في النص ، وقد أخذت معظم التشريعات بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومنها المشرع المصري ، إذ نصت المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري على أن : (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) .[٣١]

وفي العراق نصت المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي على القوة الملزمة للعقد بقولها :

(إذا نَفَذَ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلاّ بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) . كما الزمت المادة (١٥٠) منهُ المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقاً لما وَرَدَ فيه وبحسن نية حيث نصت الفقرة (١) من هذه المادة على أنه : (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) .[٣٢] ويكاد يجمع الفقه في فرنسا بأن العقد الإداري شريعة المتعاقدين وأن أساس القوة الملزمة له هو الإرادة الحرة لعاقديه ، والتي اتجهت إلى إنشاء الأثر القانوني ، ولذلك يعرّف الفقيه الفرنسي (Jeze) العقد الإداري بأنه : (ليس إلا اتفاق إرادتين في سبيل توليد مراكز قانونية شخصية) ، ويعرفه الأستاذ (Chapus) بأنه : (العقد الإداري شريعة المتعاقدين وهم بذلك يمكن أن يشترطوا كل ما يناسبهم ويرونه جيداً) .[٣٣]

أما (Bénoit) فيذهب إلى أن : (... المبدأ الأساس الذي يشكل أساس نظام العقود الإدارية هو كون الاتفاق المبرم بين الإدارة و متعاقديها شريعة المتعاقدين) ، وهذا هو اتجاه الأستاذ(Debbasch)

إذ يقول : (إن التقنية التعاقدية في القانون العام كما في القانون الخاص تستند إلى اتفاق إرادي بين شخصين أو أكثر في سبيل إنتاج آثار قانونية ، وإن العقد بذلك يغدو شريعة المتعاقدين وهو يفرض نفسه عليهم و لا يطبق إلا بينهم).[٣٤]

أما في الفقه المصري فنجد أن هنالك تعريفات كثيرة للعقد الإداري يستدل منها على أن أساس القوة الملزمة للعقد الإداري هي إرادة المتعاقدين ذاتهم وهذا ما ذهب إليه أحد الفقهاء بالقول :

(إن العقد الإداري شريعة المتعاقدين في حدود تحقيق النفع العام)[٣٥] . وكذلك ذهب آخر إلى : (إن إرادة الطرفين هي الأساس في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، ويتفرع عن تلك الحقيقة نتيجة أساسية مقتضاها إن العقد يعد قانون الطرفين أو شريعتهما وبالتالي لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بتعديله دون رضا الطرف الآخر) .[٣٦]

و على هذا الأساس نجد أن هناك من الفقهاء مَن ذهب إلى نفي وجود الإذعان في العقد الإداري مستنداً في ذلك إلى الرضائية المتبادلة بين طرفي العقد الإداري والتي تقوم على أساس قبول كلا طرفي العقد بتنظيم علاقتهم التعاقدية على أساس النظام القانوني التعاقدي للعقد الإداري ، وعلى ذلك فإن الشروط غير المألوفة في العقد الإداري لم تفرض فرضاً على المتعاقد مع الإدارة فهو يستطيع الاطلاع على شروط التعاقد أو شروط المناقصة وكذلك القانون الذي يخضع له تنظيم العقد، وأن يدرس عرض الإدارة بصورة دقيقة ومن ثم يقبل هذا العرض ، وبقبوله هذا العرض يكون قد قبل شروط العقد كقانون يحكم بينه وبين الإدارة وذلك لعلمه المسبق بالقيود التي تفرضها القوانين واللوائح والتعليمات على المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية .[٣٧]

ومما يؤيد ذلك أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري قد ذهبت إلى اعتبار النص الوارد في العقد الإداري هو النص الواجب الاحترام والتطبيق بين طرفي العقد الإداري وإن كان هذا النص يخالف الأنظمة والتعليمات الخاصة بالتعاقد طالما قد وردت في صلب العقد احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين حيث جاء في إحدى فتاواها : (... الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام القانون بالنسبة لطرفيه ، فالعقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يجب تنفيذها بما اشتملت عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير هذه العقود ، فحقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة إنما يحددها العقد المبرم بينهما ولا رجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه العقد بالتنظيم ، فإذا ما تناول العقد تنظيم مسألة ما على نحو مخالف لما جاء بهذه اللائحة كان نص العقد هو الواجب التطبيق احتراماً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...).[٣٨]

و قد أكدت الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بوصفه مبدأ جذوره راسخة في مجال

التعاقدات الإدارية حيث جاء في إحدى فتاواها : (... الأصل بالنسبة للعقود المدنية والإدارية على حد سواء هو أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه و لا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فضلاً عن الالتزام بصريح عبارات العقد متى ما كانت واضحة الدلالة على إرادة المتعاقدين).[٣٩] أما فيما يتعلق بالقضاء فأن مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر له عام (١٩٢٣) ذهب إلى القول: (... إن العقد الإداري كما العقود المدنية يقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن لأطراف العقد أن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة...).[٤٠] وأيضاً أشار مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة إلى أن العقد الإداري ينظم كافة الالتزامات المتبادلة بين طرفيه والتي أقروها بتوافق الإرادات حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية إنارة مدينة بوردو (Bordeaux) إلى القول : (من حيث الأصل أن عقد الالتزام ينظم حتى انقضائه وبطريقة نهائية الالتزامات المتبادلة لكل من الملتزم ومانح الامتياز) .[٤١]

أما القضاء الإداري المصري فنجده حافلاً بالأحكام التي تؤيد أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين، إذ ذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد قرارتها إلى القول : (... من حيث إن قضاء المحكمة الإدارية العليا جرى على أن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية يجب تنفيذها طبقاً لما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) .[٤٢]

كما ذهبت في حكم آخر لها إلى القول : (... ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته إنما تتحدد وفقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة وبذلك فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع عن الخروج عليه ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التي تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته...).[٤٣]

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ وما يترب عليه من وجوب مراعاة حسن النية في تفسير العقد الإداري حيث جاء في حكم آخر لها :

(... ومن حيث أنه المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقود الإدارية شأنها شأن العقد المدني وهو أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذها بما اشتملت عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير هذه العقود ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً للعقد الذي أبرم معه والشروط والقواعد التي أبرم على أساسها على اعتبار أن كليهما ارتضى هذه الأحكام لتكون الشريعة التي تحكم علاقته بالطرف الاخر...) .[٤٤]

أما في العراق فإن محكمة التمييز قد أكدت في أحكامها ، أن أساس القوة الملزمة للعقد المدني أو الإداري هو إرادة متعاقديه طبقاً لقاعدة (العقد شريعة

المتعاقدين) إذ جاء في حكمها الصادر بتاريخ (٢٣/١٠/١٩٨٦م) : (... وجد أن الحكم المميز غير صحيح لأن تعليمات تنفيذ مشاريع وأعمال خطط التنمية فيما يتعلق بنسبة الغرامات هي توجيه للدوائر ذات العلاقة . أما فيما بين المتعاقدين فالعبرة بما تضمنه العقد شريعة المتعاقدين فإذا كان عقد المقاولة بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فإن هذا النص هو الذي يعمل فيه...).[٤٥]

ومما يؤكد هذا الاتجاه أن مجلس الوزراء الحالي قد أكد عدم إدماج تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة في العقود الحكومية واعتبارها جزءاً من العقد بل هي مجرد تعليمات تراعيها الجهات المنفذة عند إبرامها للعقود والمفهوم المخالف لهذا القول أن عدم تضمين العقود الإدارية حكماً ورد في هذه التعليمات لا يجعل من هذه التعليمات ملزمة للمتعاقد مع الإدارة طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .[٤٦]

وكذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية إلى تأكيد مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وعدم جواز الرجوع عن العقد أو تعديله إلاّ بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي حيث جاء في حكمها المؤرخ (٢٠/٣/٢٠٠٨) : (... وتبين للمحكمة من خلال المعطيات التي توفرت لديها في الدعوى أن المدعى عليه لم يقم بتنفيذ العقد موضوع الدعوى طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وفقاً لما تقضي به أحكام المادة (١٥٠) من القانون المدني وبما أن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزاماته وفق ما تقضي به أحكام المادة (١٤٥) من القانون المدني ولما كان العقد ملزماً للطرفين ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلاّ بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي وفق ما تقضي به أحكام المادة (١٤٦) من القانون المدني سالف الذكر، يكون الحكم المميز لكل ما تقدم وللأسباب والحيثيات الواردة فيه صحيحاً ، وقرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي....).[٤٧]

الفرع الثاني: العقد الإداري شريعة المرفق العام

إن التغيير المستمر والدائم في الحياة الاجتماعية ومتطلباتها وأنماط العيش فيها أرمى بانعكاساته على عمل الإدارة العامة التي عليها بل ومن واجباتها مواكبه هذه التغيرات من خلال تفسيرها وتطويرها للقواعد التي تحكم مرافقها العامة وذلك بغية تقديم أفضل خدمات للجمهور وتحقيق المصلحة العامة ، والإدارة هنا لا يحدها في مواكبة الظروف المستجدة غير قواعد مبدأ المشروعية[٤٨].وإن الإدارة في حال لجوئها لمساعدة القطاع الخاص لأجل تنفيذ عقود ذات طبيعة مختلفة تتراوح بين تنفيذ المرافق نفسها وإشباع بعض الحاجات والخدمات فإنها لا تظهر بمظهر المتعاقد ، فهي القوامة على حسن سير المرافق العامة و الذي تستدعي متغيراته إمكانية اعادة النظر في علاقته الخارجية و علاقتها مع متعاقديها .[٤٩]

هذا المركز الخاص للإدارة يستدعي وجود بعض المرونة في علاقتها التعاقدية مع الأفراد لأن العقد له حياة خاصة ذات متغيرات تقنية ومالية وإنسانية ، ومن ثم فان الإدارة لا يمكن أن تركن دائماً إلى مزاعم متعاقديها على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين وتترك إنجاز العمل يسير لشروط مستجدة لا تتلائم مع حاجات المرفق العام ، واستنادا لهذه المسوغات نرى أن الاجتهاد في فرنسا ومصر قد منح سلطة التعديل الانفرادي للإدارة ضمن شروط وأسس محددة[٥٠]. وبالنظر لأن التعديل الانفرادي هو خطر وحرب لنظرية العقد شريعة المتعاقدين فقد دفع البعض إلى أن يطلق عليه : (قاعدة العقد شريعة المرفق العام) .[٥١]

ولقد أثار موضوع تعديل العقد الإداري من جهة الإدارة خلافاً بين الفقه ، ففي فرنسا وقف الفقه بين المعارض والمؤيد بالنسبة لهذا التعديل فلاتجاه المعارض تزعمه Lhuiller " " يرى ان سلطة الادارة في التعديل الانفرادي لا يمكن ان نجد له اساس قانوني الا في نص واضح في دفاتر شروط العقد وعندها يكون تطبيق لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و يصر الفقيه " Benoit " على ان العقد الإداري هو شريعة المتعاقدين بشكل مطلق .[٥٢]

وبالنسبة للفقه المؤيد فنجد أصوله في الملاحظات الشهيرة التي قدمها الاستاذ "Hauriou" في حكم الشركة العامة للترامواي سنة ١٩١١ ، والذي رأى : (أن العمليات الاتفاقية التي تبرمها الإدارة ممكن أن تعدل أو تقطع من جانبها في أية لحظة) ، ونجد العديد من الفقهاء من مؤيدي هذه النظرية مثل " فيدل " وكذلك " Bonnard " و Lanbadere" " ، الذي دافع عن وجود سلطة التعديل في العقود الإدارية منذ عام ١٩٥٤ في مقالٍ شهير له ، وأيضا الفقيه Richer"" الذي أيد نظرية التعديل الانفرادي .[٥٣]

وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي هذا الجدل نهائياً في قضية ترامواي .[٥٤]أما في مصر فإن سلطة الإدارة في إجراء المتغيرات على العقد الإداري سواء بالتعديل أو الفسخ أو الإلغاء هو حق مقرر نلتمسه في النصوص التشريعية على سبيل المثال نص المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم(٨٩) لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على ما يأتي :

(يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود(٢٥٪) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك ، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة في الفقرة السابقة ، ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالي اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه ، وفي مقاولات الأعمال التي تقتضى فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره ،

فيتم التعاقد معه على تنفيذها بموافقة السلطة المختصة وذلك بطريق الإتفاق المباشر وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق) . [٥٥]

نلاحظ من نص المادة أنها أجازت للإدارة تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان في حدود(٢٥٪) خمسة وعشرين بالمائة بالنسبة لكل بند ، بذات الشروط و الأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهة الإدارية حق المطالبة بأي تعويض عن ذلك ، أو يمكن تلمسه في أحكام القضاء ، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بما يأتي : (... إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه ، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ...).[٥٦]

وذهبت المحكمة ذاتها في حكمها الصادر بتاريخ (١٩٥٧/٤/٢٠) إلى تأكيد أن العقد الإداري ما هو إلا انعكاس لمتطلبات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره ، و إن المصلحة المتوخاة في العقود الإدارية هي المصلحة العامة وليس مصلحة الأفراد الخاصة ، إذ جاء في حيثيات الحكم :

(إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، إذ أن مصالح الطرفين في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه في تنفيذ العقود ولها حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الاخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...).[٥٧]

أما في العراق فإن سلطة الإدارة في إجراء المتغيرات على العقد سواء بالتعديل أو الفسخ أو الإلغاء هو حق مقرر بموجب النصوص التشريعية ، على سبيل المثال نصت المادة الخامسة والأربعون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسيمها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨ على ما يأتي: تمديد "مدة إكمال الأعمال"

أ- "للمقاول " أن يطالب بتمديد " مدة إكمال الأعمال " في الحالات آلاتية :-

أ- إذا تكررت أي زيادة أو تغير في " الأعمال " كماً أو نوعاً وكان من شأن ذلك أن يؤثر على سير " الأعمال" بحيث لا يمكن إكمالها ضمن "مدة إكمال الأعمال ".

ب- إذا كان تأخير "إكمال الأعمال " لأسباب أو إجراءات تعود " لصاحب العمل " أو لأية جهة مخولة قانوناً أو لأسباب تعود لمقاولين آخرين يستخدمهم "صاحب العمل " .

ج- إذا وجدت بعد التعاقد ظروف استثنائية لايد " للمقاول " فيها ولم يكن بالوسع توقعها أو تفاديها وترتب عليها تأخير إكمال " الأعمال " ضمن مدة " إكمال الأعمال" .

٢- ويشترط لتطبيق أحكام الفقرة (١) من هذه المادة أن يتقدم " المقاول " بطلب إلى "ممثل المهندس" خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشوء السبب الذي من أجله يطالب بالتمديد ، مبيناً فيه التفاصيل الكاملة والدقيقة عن أي طلب لتمديد المدة ، وعلى " المهندس " النظر في الطلب خلال مدة لا تتجاوز الستين يوماً من تاريخ استلامه الطلب ولا تقبل أية طلبات للتمديد بعد صدور شهادة الاستلام المشار إليها في المادة التاسعة والأربعين من هذه الشروط) .[٥٨]

ونلاحظ في المادة المذكورة أن تمديد مدة إكمال الأعمال يكون إذا طرأت أية زيادة أو تغيير في الأعمال كماً أو نوعاً وكان ذلك يؤثر على سير الأعمال بحيث لا يمكن إكمالها ضمن مدة إكمال الأعمال .

كذلك نصت المادة (٥٢) من نفس الشروط " التغييرات وأوامر التغيير " : (١- التغييرات

" للمهندس " إجراء أي تغير في شكل ونوعية وكمية " الأعمال " أو في أي جزء منها إذا رأى ذلك ضرورياً أو مرغوباً فيه ، وله من أجل ذلك الحق في أن يأمر " المقاول " القيام بأي من الأعمال التالية وعلى " المقاول" أن يقوم بتنفيذ ذلك :

أ- زيادة أو نقصان الكمية لأي عمل تضمنته " المقاولة ".

ب- حذف أي جزء من " الأعمال ".

ج- تبديل صفة أو نوعية أو صنف أي من " الأعمال".

د- تبديل المناسيب والاستقامات والموضع والأبعاد لأي جزء من " الأعمال ".

هـ- تنفيذ عمل إضافي من أي نوع ضروري لإكمال " الأعمال ".

ولا يعتبر أي تغير كهذا بأي حال معطلاً لنفاذ " المقاولة " أو مبطلاً لها ولكن قيمة جميع تلك التغيرات أن وجدت يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار في تحديد مقدار " مبلغ المقاولة " ومدتها .

٢- أوامر التغيير

أ- يجب أن لا يقوم " المقاول " بأية تغييرات طبقا لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة بدون أمر تحريري صادر من " المهندس".

ب- على " المقاول " إبلاغ " المهندس" بأية زيادة محتملة على أية فقرة من فقرات "جدول الكميات المسعر" (عدا الزيادة الناتجة عن أمر تغير صادر بموجب الفقرة (٢- أ) من هذه المادة) قبل مدة مناسبة من المباشرة بتنفيذ تلك الزيادة وعلى" المهندس " في حاله إكرار ذلك إصدار أمر التغير اللازم على انه في حالة عدم قيام " المقاول " بإبلاغ "المهندس " بالزيادة كما تقدم فلـ" المهندس " إصدار أمر التغير إذا وجد أن تلك الزيادة كانت ضرورية لتنفيذ" الأعمال" بموجب " المقاولة ").[٥٩]

فقد أجازت هذه المادة لرب العمل ممثلاً بالمهندس المقيم إجراء أي تغيير في شكل ونوعية وكمية الأعمال أو أي جزء منها إذا ما وجد ذلك ضرورياً أو مرغوباً فيه .

كذلك نصت المادة(١٤/أولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة

٢٠٠٨ المعدلة على ما يلي : (مدة العقد والتمديد: تلتزم جهات التعاقد عند تمديد العقود بما يأتي:-
أولاً : على المتعاقد تنفيذ العقد خلال المدة المتعارف عليها على أن تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو من تاريخ توقيع العقد أو أي تاريخ آخر ينص عليه في شروط التعاقد وتراعى عند تمديد العقود ما يأتي :-
أ- إذا طرأت أي زيادة أو تغيير في الأعمال بالنسبة للمقاولات المختلفة أو الكميات المطلوب تجهيزها كماً أو نوعاً بما يؤثر في تنفيذ المنهاج المتفق عليه بحيث لا يمكن إكمالها ضمن المدة المتفق عليها بموجب العقد الأصلي .
ب- إذا كان تأخير تنفيذ العقد يعود لأسباب أو إجراءات تعود للجهة المتعاقدة أو أي جهة مخولة قانوناً أو لأي سبب يعود لمتعاقدين آخرين تستخدمهم جهة التعاقد (صاحب العمل).
ج- إذا استجدت بعد التعاقد ظروف استثنائية لايد للمتعاقدين فيها ولايمكن توقعها أو تفاديها عند التعاقد وترتب عليها تأخير في إكمال الأعمال أو تجهيز المواد المطلوبة بموجب العقد...)[١٠] التي أجازت تمديد مدة العقود خلافاً للمدة المحددة في صلب العقد.
كذلك المادة (١٥) من نفس التعليمات نصت على : (- تغيير الأعمال والأعمال الإضافية :- لا يجوز اللجوء إلى تغيير الأعمال المتعاقد عليها أو إضافة أعمال أو كميات جديدة إلا عند الضرورة القصوى وعلى إن يحصر التغيير في أضيق نطاق ممكن عند تحقق إحدى الحالات الآتية:-
أ-إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة من شأنه أن يسبب تأخيرا في العمل أو ضرراً كبيراً به من الناحية الاقتصادية أو الفنية.
ب-إذا كان عدم التغيير أو عدم الإضافة يؤدي إلى عدم إمكان الاستفادة من أعمال المقاولة أو التجهيز عند إنجازها.
ج-إذا كان التغيير أو الإضافة يؤدي إلى توفير في كلفة المشروع أو العمل.
د- إذا لم يترتب على التغيير أو الإضافة تبدل أساسي في الخدمة أو القدرة الإنتاجية المقررة للمشروع أو العمل.
ه- إذا كان التغيير يؤدي إلى تقليص مدة العقد على أن لايؤدي ذلك إلى التدني في المواصفات الفنية للعمل أو المشروع...)[١١]. تقضي هذه المادة إجراء التغيير على الأعمال المتعاقد عليها أو إضافة أعمال أو كميات جديدة في حالة الضرورة القصوى وبأضيق نطاق ممكن وفي حالات محددة على سبيل الحصر.
و سلطة التعديل هذه ليست مطلقة بل ترد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته ومقتضياته.[١٢]

الفرع الثالث: الحرية التعاقدية للأشخاص العامة [١٣]

الأصل أن القانون يعترف للإنسان بالشخصية القانونية وهي تعني باختصار الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات ومع ذلك فقد تقضي الضرورة أو الاعتبارات

العملية والواقعية بالاعتراف بالشخصية القانونية لبعض الكيانات المعنوية أو الاعتبارية باعتبارها كيانات قانونية غير إنسانية تتمتع بالشخصية القانونية [١٤]، وتشمل الدولة والمحافظات والمدن والقرى والإدارات والمصالح الحكومية والمنشآت والمرافق العامة التي يمنحها القانون الشخصية المعنوية وهذه الطائفة من الشخصيات المعنوية تعرف بالأشخاص المعنويين فضلاً عن الشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة والأوقاف وهذه تعرف بالأشخاص المعنوية الخاصة .[١٥] و عادة ما ينظم القانون الأحكام الخاصة بالأشخاص المعنوية من حيث بداية تكون الشخصية المعنوية واسم الشخص المعنوي والمركز القانوني والأهلية والموطن والجنسية والذمة المالية وغيرها من الأحكام. والذي يعنينا هو الشخصية القانونية للشخص المعنوي العام ومدى صلاحيته لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية من خلال ممثليه . ومن هذه التصرفات إبرام العقود الإدارية فإرادة ممثل الشخص المعنوي يعتبرها القانون لضرورات اجتماعية وقانونية معبرة عن إرادة الشخص المعنوي نفسه. فالأصل لا وجود للإرادة المستقلة للشخص المعنوي لأنها ملازمة لصفة الإنسان الطبيعية. فضلاً عن أنه يخضع كقاعدة عامة لمبدأ التخصص ويراد به تحديد نشاط الشخص المعنوي في حدود الأهداف أو الأغراض التي يسعى إلى تحقيقها و من ثَمّ فإن صلاحياته لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات تكون بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض أو الهدف.[١٦]

ولذلك يتمتع الشخص المعنوي العام بالشخصية القانونية التي تجعل منه أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بما في ذلك إبرام التصرفات التعاقدية في حدود نطاقه القانوني واختصاصه، وبذلك يكون النظام القانوني للشخص المعنوي العام هو الذي يرسم حدود ونطاق حريته التعاقدية وهو بذلك يختلف عن الأشخاص الطبيعيين إذ يكون الشخص الطبيعي أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بصفة عامة دون تحديد أو تقييد فهو حر في مباشرة كافة الأنشطة غير مقيد في سعيه بأهداف معينة ما دام لا يخالف النظام والآداب .[١٧]

و لذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة باعتبارها من قبيل المبادئ العامة إلا أنه كان غالباً ما يقرن تحديد مفهوم هذه الحرية في إطار النصوص القانونية أو التنظيمية[١٨]. حيث جاء في أحد قراراته:

(... ما من حكم تشريعي يحظر أو يمنع التعاقد...) وفي حكم اخر جاء فيه (ما من مبدأ عام للقانون يمنع أو يحظر التعاقد....).[١٩]

ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي قد اعتبر الحرية التعاقدية نوعاً من التقدير والملاءمة الممنوح لهذا الشخص في معرض ممارسته لاختصاصه، وبذلك تكون الحرية المعطاة للأشخاص العامة عند إبرامهم للعقود بعيدة عن المعنى الدقيق والقانوني لمصطلح الحرية وأقرب إلى معنى الحرية الإدارية في التعاقد والتي تتعلق

بالإمكانيات والاختصاصات الممنوحة للشخص المعنوي العام في تقدير التعاقد، واختيار المتعاقد وشروط التعاقد، ذلك أن الحرية التعاقدية الإدارية محددة أبعادها ونطاقها من قبل المشرع وتكون محددة ومحكومة بأهداف وغايات ومواضيع معينة لذلك وصفت الحرية التعاقدية للأشخاص العامة بكونها غائية وموضوعية .[٧٠]

أما القضاء الإداري فإنه أشار إلى الاعتراف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة بطريقة غير مباشرة من خلال الإشارة إلى القيود التي ترد على هذه الحرية وصولاً للاعتراف بهذه الحرية، إذ ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بالإشارة إلى وجود اختلاف بين الإدارة والأفراد في حرية التعاقد مشيرة إلى أن مرد هذا الاختلاف يكمن في الإجراءات التي رسمها المشرع في القوانين واللوائح ، فقد جاء في حيثيات القرار : (... إن من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إدارية كانت أم مدنية ، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح..).[٧١]

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن للإرادة أثر في تكّون العقد ، إذ هي من يحدد مسار العقد في كل ما يحوي لكنها مقيدة بالنظام العام مع ملاحظة انه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي يأخذ بها القانون المدني التي تفترض على المتعاقدين الالتزام بها لا تسري في العقد الإداري ، ذلك أن العقد الإداري قد تستجد فيه ظروف تقضي على الإدارة التعديل في العقد فيكون لها الحق في ذلك فلا يستطيع المتعاقد معها أن يحتج بهذه القاعدة وذلك أن ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هي أحقية الإدارة بالتعديل الانفرادي التي لا تتوفر في العقد المدني .

وغلى ذلك يمكن أن نقول إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين متطورة في العقد الإداري لأن الإدارة لها الحق في التعديل في أي وقت قضت الحاجة له ، لكن هذه السلطة كما ذكرنا ليست مطلقة وأن الأشخاص العامة يتمتعون بالحرية التعاقدية لإبرام العقود الإدارية، وهذه الحرية ليست مطلقة من أي قيد وإنما تكون محددة بمقتضيات المصلحة العامة وبضرورات سير وانتظام المرفق العام .

الهوامش

١ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني(دراسة مقارنة)،ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،ص٢٨-٢٩.

٢ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،٢٠٠١، ص٣١ .

٣ أحمد طلال عبد الحميد ، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية - دراسة مقارنة - ، ط١، بغداد ، ٢٠١٣، ص٢٥ .

٤ عبد المنعم الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٤٧، ص٤٠ .

٥ أحمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

٦ حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدا سلطان الارادة غي العقود المدنية -دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي-، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ط١ ،٢٠٠٧، ص١٠ .

٧ مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ، العدد الثاني عشر ، ص ٧-٨.
٨ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام -، دار النشر بالجامعات المصرية ، القاهرة ،١٩٥٢، ص ١٤١ .
٩ عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة - ، بغداد ،٢٠٠٧، ص ٤٠ .
١٠ حسين النوري ، نظرية العقد وأحكام الإلتزام ، مكتبة عين الشمس ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٣٠ .
١١ مجلة اتحاد الجامعات العربية ، مصدر سابق ، ص١٨ .
١٢ حسين النوري ، مصدر سابق ، ص ٢٩
١٣ حمدي محمد اسماعيل سلطح ، مصدر سابق، ص٢٠
١٤ مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، مصدر سابق ، ص١٤ .
١٥ حمدي محمد إسماعيل سلطح ، المصدر السابق ، ص ٢١.
١٦ فريد فتيان ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني ، بغداد ،١٩٨٥، ص ١٣ .
١٧ احمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص ٢٦
١٨ عدنان ابراهيم السرحان ، نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية – الالتزامات- ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ط ٣ ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٣ .
١٩ المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، فايز الحاج شاهين ، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ،طبعة دالوز، ٢٠٠٩، الثامنة بعد المئة بالعربية.
٢٠ المواد (٨٩) و(١٤٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨
٢١ المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٢٢ حمدي محمد اسماعيل سلطح ، مصدر سابق ، ص٢٥ .
٢٣ موريس نخلة ، مصدر سابق ، ص٢٩-٣٠ .
٢٤ حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٣٢ .
٢٥ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص ١٤٦.
٢٦ عبد المنعم الصدة ، مصدر سابق ، ص٤٥
٢٧ سليمان مرقص، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ،١٩٥٦،ص٤٣
٢٨ رضوان السيد راشد ، الإجبار على التعاقد ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨، ص ١٣.
٢٩ عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام التعاقدي ، إطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، بدون ذكر السنة ، ص٤٧.
٣٠ عبد الباقي البكري وزهير طه البشير، المدخل لدراسة القانون، جامعة بغداد، كلية القانون، بيت الحكمة، ص٢٥٢
٣١ المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٣٢ المواد (١٤٦) و(١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٣٣ نقلا عن، احمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق، ص ٣٨ .
٣٤ هذه الآراء نقلا عن ، علي عبد الأمير قبلان ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري ،ج١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ط١، ٢٠١١، ص ٩٨، أحمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٣٨ .
٣٥ فؤاد العطار ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٣، ١٩٧٦ ، ص ٥٧٢ .
٣٦ محمد سعد الدين أمين ،المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص ١٩.
٣٧ Brurere,Le concensaulisme dans les contrats administratifs,R.D.P1996 P1720et.s.
٣٨ فتواها في الملف رقم (١٦/٢/٨٧) جلسة (١٩٨٧/١٢/٩)، أشار إليه حامد الشريف ، مبادئ الفتاوى الإدارية ، ج٢، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١، ص ١٠٦.
٣٩ فتواها في الملف المرقم (٣٢ / ٢ / ٢٥٣٠) جلسة (٥ / ٢ / ١٩٩٧) نقلا عن أحمد طلال عبد الحميد، مصدر السابق،ص٤١

٤٠ مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ،٢٠٠٥، ص١١٣.

٤١ كتاب الأحكام الكبرى في القضاء الإداري الفرنسي ، تأليف مجموعة من الباحثين الفرنسيين، ترجمة ،أحمد يسري، ط١٠، منشأة المعارف ، الأسكندرية ،١٩٩٥، ص١٦٣ وما بعدها.

٤٢ حكمها في الطعن المرقم (٦٦٥٣)، (٧٩٦٤)، لسنة (٥١/ ق / عليا / جلسة ١٩ /٦ /٢٠٠٧)، نقلا عن خالد عبد الفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية، في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ٢٠٠٨، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ٢٠٠٩، ص٥٣.

٤٣ حكمها في الطعن رقم (٣٦٣٤) لسنة (٤٩ ق / عليا / جلسة ٢٢ / ٥ / ٢٠٠٧)، نقلا عن أحمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٤١ .

٤٤ حكمها في الطعن المرقم (١٠٧٢٥) لسنة (٤٧ ق / عليا / جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٠) نقلا عن أحمد طلال عبد الحميد ، مصدر السابق ، ص٤١ .

٤٥ حكمها المرقم (١٨١٩) في (٢٣ / ١٠ / ١٩٨٦) أشار إليه د. مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد ، ١٩٩٩، ص٩٩.

٤٦ البند (أولاً) من قرار مجلس الوزراء المرقم (٨٠) في (٢٣ / ٣ / ٢٠١١) .

٤٧ حكمها المرقم (٢٥٦) في (٢٠ / ٣ / ٢٠٠٨)، علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات (٢٠٠٦ – ٢٠٠٧ – ٢٠٠٨) ، ط٢، بغداد، ٢٠٠٩، ص١٦٨.

٤٨ فؤاد المهنا ، القانون الاداري العربي في ظل النظام الاشتراكي والديموقراطي التعاوني ، دار المعارف ، القاهرة ،١٩٦٤، ص ٣٥٢.

٤٩ علي عيد الامير قبيلان ، مصدر سابق ، ص ، ١٠٤.

٥٠ Peieser, G., Droit administratif,D.,ed3,Paris,1970.p39

٥١ أحمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٤٣ .

٥٢ نقلا عن مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص ١١٩

٥٣ المصدر نفسه ، الصفحة ذاتها .

٥٤ التي تتلخص وقائعها في ان الشركة العامة إلترام قد أبرمت مع أحد الأقاليم عقدا لنقل الركاب به ذو الواسطة أي إلترام وقد تم تحديد عدد القطارات في شروط العقد مع الشركة المذكورة الآن المحافظ قام بزيادة العدد المطلوب في عربات النقل خلافا للعدد المحدد في شروط العقد بحجة زيادة عدد السكان في الصيف مستندا إلى تفسير واسع لنص قانوني يسمح للمحافظ بتحديد جدول خدمات القطارات فتدخل المحافظ زيادة في عدد العربات معتبرا ان هذا النص يعطيه مثل هذا الحق وعلى هذا الاساس ثار نزاع مع شركة التراموای لعدم التزام الإدارة بشروط العقد الذي حدد العربات المستخدمة بالنقل وأن زيادة العربات المذكورة قد عدل العقد من جانب الإدارة حيث انتهى مجلس الدولة الفرنسي بتبرير تعديل شروط العقد الإتفاقية من جانب الإدارة بالإرادة المنفردة للإدارة وحدها معللة ذلك بأسباب تنظيمية وضمان استمرار سير مرفق النقل بانتظام ، أحمد طلال عبد الحميد، مصدر سابق، ص٤٣.

٥٥ المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة (١٩٩٨) .

٥٦ حكمها في الطعن رقم (٣٩٨٦) لسنة (٣٥ق، جلسة ١٥ /١١ /١٩٩٢) ،نقلا عن أحمد طلال عبد الحميد، مصدر سابق ، ص٤٦.

٥٧ حكمها في الطعن رقم (٣٩٨٦) لسنة (٣٥ ق، جلسة ١٩٩٢/١١/١٥) أشار إليه حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨، ص٢٣٠، نقلاً عن علي عبد الامير قبلان، مصدر سابق، ص١١٥.

٥٨ المادة (٤٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨ .

٥٩ المادة (٥٢) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨ .

٦٠ المادة(١٤/أولا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المعدلة .

٦١ المادة(١٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المعدلة

٦٢ أحمد محمود جمعة ، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف ، الأسكندرية،٢٠٢، ص٤١٤.

٦٣ BRECHON-MOVLENES-Liberte contractuelle design personnes.A.J.O.A,1998,p 649-650.

٦٤ محمد حسن جاسم، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص٣٢

٦٥ حددت المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي الأشخاص المعنوية و هي :
أ- الدولة. ب- الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها. ج-الألوية و البلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها .
د- الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. هـ- الأوقاف، و- الشركات التجارية والمدنية إلا ما استثني منها بنص في القانون. ز- الجمعيات المؤسسة وفقاً للأحكام المقررة في القانون. ح- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية، وقد تضمنت المادة (٥٢) من القانون المدني المصري على(لأشخاص الاعتبارية هي: ١- الدولة ـوكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. ٢- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية. ٣- الأوقاف. ٤- الشركات التجارية و المدنية. ٥- الجمعيات المؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التي ستأتي فيما بعد. ٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون..

٦٦ نصت المادة (٤/٤٨) مدني عراقي على أن (وعنده أهلية الاداء في الحدود التي يبينها عقد إنشائه والتي يفرضها القانون)، كذلك نصت المادة (٢/٥٣/ب) مدني مصري على أن للشخص المعنوي (أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون) .

٦٧ علي عبد الأمير قبلان ، مصدر سابق ، ص١٢٣.

٦٨ أحمد طلال عبد الحميد ، مصدر سابق ، ص٣٥

٦٩ علي عبد الأمير قبلان ، المصدر السابق، ص١٢٣ وص١٢٤، كذلك مهند مختار ، مصدر سابق ، ص٣٦

٧٠ مهند مختار نوح ، مصدر سابق ، ص٣٨ .

٧١ حكمها في القضية المرقمة (٣٤٨٩) لسنة (٩) جلسة (١٩٥٧/٦/٢) نقلاً عن سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٩١، ص١٩.