القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري

الدكتور
عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي
جامعة النهرين
كلية الحقوق

ملخص :

تمتلك الادارة في سبيل تنفيذ أعمالها في سير منتظم للمرفق العام سلطات واسعة ومن بينها قدرتها القانونية على تعديل العقد متى رأت في ذلك أسلوباً يحقق للمرفق أهدافه .

لذلك فإن هذه القدرة تمكن الادارة وبإرادتها المنفردة أن تجري التعديل على العقد بالزيادة أو النقصان في كافة العقود التي تجريها ولا يحد من تصرفها هذا إلا إذا شابه انحراف في السلطة . فيعد ذلك بحد ذاته أمرا يوجب عليها رقابة القضاء ، ولا يفوتنا الذكر بأن اجراء الادارة في تعديل العقد يرافقه بالمقابل حصول المتعاقد على المقابل المالي ، وبخلاف ذلك تتعرض الادارة الى عدم المصداقية من جانب وتلاحقها رقابة القضاء من جانب آخر .

لقد اعترف الفقه والقضاء العربي والفرنسي على حدّ سواء بقدرة الادارة القانونية على امتلاك هذه السلطة التي تعد احد المزايا التي تمتلكها الادارة في إدارة المرفق العامة .

Abstract

The capacity of the legal administration to amend the administrative contract

The administration has the capability to execute its works in order to organize the public administration . This authority is so wide such it has the legal capacity to amend the contract whenever find it a method to achieve the aim of the administration wither such amendment to add or lessen its conditions in every contract .

Such capacity can be stopped when the legal administration diverted its authority .

Whenever such amendment takes place the contractor has the right to ask for compensation .

القدرة القانونية[1]
للإدارة في تعديل العقد الإداري

مقدمة

توصف الإدارة بأنها تمتلك القدرة القانونية بإرادتها المنفردة العمل على تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه ، هذه الميزة التي تمتلكها الادارة (حق التعديل) تعد من أهم مظاهر سلطات الإدارة التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد [2]، وبالتالي تعتبر متى استعملتها – الإدارة – قرينة قانونية تقضي بجلاء أن أحد المتعاقدين –هي الادارة – في مركز متميز عن المتعاقد الآخر ومعنى ذلك إن العقد يعد من عقود القانون العام ولا ينطوي هذا الوصف على انه عقد من عقود القانون الخاص : الذي يعرف بأنه : (توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله) .

((التي يحكمها مبدأ شريعة المتعاقدين وبالتالي متى ما تم العقد أصبح لازما فلا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل منه بإرادته المنفردة أو نقضه ولا تعديله إلا باتفاق أطرافه أو للأسباب التي يقررها القانون)) .[3]

وبمقتضى هذه القدرة التي تتمتع بها الادارة كلما اقتضت ضرورات مصلحتها في التعديل الذي تجريه على العقد ، بما يفضي تصرفها الى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو يؤدي الى إنقاصها. وعلى هذا النحو فلا مواجهة أو اعتراض من قبل المتعاقد بحجة قاعدة الحق المكتسب او التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ذلك أن العقود الادارية تفترض مقدماً

---

(١)_ القدرة القانونية هي ((الاختصاص على مباشرة إداري معين أو تحديد مجموعة من الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به))، الأستاذ حمدي ياسين عكاشا / القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة المصري ، منشاة المعارف،١٩٨٧ ، ص ٤٠٤ . و د. خالد سمارة الزغبي / القرار الإداري / الأردن ، ١٩٩٩،ص٦٥ ....ويمكن رد القدرة القانونية للإدارة إلى أربعة مظاهر وهي :

أ- الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد .

ب- تعديل التزامات المتعاقد بالنقص او الزيادة .

ت- توقيع جزاءات منوعة على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته .

ث- حقها في انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد .

(٢)- بأنه (توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه) .

(٣)- نصت المادة (١٤٦) من القانون المدني على الآتي ((١. إذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)) .

حدوث تغيير تبعاً لظروفها وطرق تنفيذها بحكم طبيعتها وارتباطها (لدواعي المصلحة العامة ويتوجب سير منتظم للمرفق العام) بفكرة المرفق العام الذي يتمتع بالقابلية على التحديث والتغيير على نحو مستمر ، ولأنها تتعلق بالنظام العام ، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته ،وطرق تنفيذه تبعاً لأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ومقتضيات سيرها بانتظام واطراد ، يرافق ذلك عند ابرام العقد انصراف نية طرفيه الى التزام الوفاء بحاجة المرفق ، مما يحتم على الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في عملية تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره وأشرافها عليه . إن تمتلك القدرة في تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وهي في ممارستها لهذا الحق لا ترتكب خطأً ولكنها تستعمل حقاً مستمداً من طبيعة المرفق واتصال العقد به .[٤]

ومن هنا يثبت للإدارة هذا الحق بغير حاجة الى نص عليه في متن العقد او لجوؤها لموافقة الطرف الآخر عليه، وان هذا الحق يرتكز على القدرة القانونية الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام. فإذا ما نص العقد على قدرة الادارة على تعديل وبيان اوضاع وأحوال ممارستها من دون أن يؤثر ذلك أو يمس الحق الأصيل المقرر للإدارة، كما ليس بمقدورها التنازل عن ممارسته لارتباطه بالنظام العام .

..... نستخلص مما تقدم بيانه أن قدرة الادارة القانونية هنا تبلغ أقصى مداها في مواجهة المتعاقد بصدد إجراء التعديل على العقد مما ينبغي منا ايضاح الأهمية التي تنطوي عليها دراسة هذا الموضوع، ذلك ما نريد ان نبدأ به قبل أن ندخل بالتفاصيل:

أ. أن الإدارة في سبيل تنفيذ عقودها تعمل وبإرادتها المنفردة إجراء تعديل أو إنقاص الالتزام على عقد نافذ – على درجة كبيرة من الأهمية – فإنها تعد استثناء من شروط العقد أو القواعد العامة في القانون المدني .[٥]

---

(٤)– د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – ١٩٩١ دار الفكر العربي ص ٤٦٤ وما بعدها .

[٥] – أبرزت محكمة القضاء الاداري في مصر هذه السلطة ((بأنها سلطة جهة الادارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرشيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية. ومقتضى هذه السلطة أن جهة الادارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة – وعلى خلاف المألوف في معاملات الافراد فيما بينهم – حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ...))

ب. أن قيام الإدارة بتعديل العقد بما تملكه من قدرة قانونية وبإرادتها المنفرة وبشكل مباشر يلزم الادارة ان تحقق موازنة بين الغاية من التعديل والحقوق المشروعة للمتعاقد والتي عول عليها عند قبوله العقد.

ت. على الإدارة أن تأخذ بنظر الإعتبار عند تعديل العقد بأي صيغة النواحي الفنية والمالية التي تتصل بكيفية تأدية – المقاولة أو التوريد – من قبل المتعاقد والوقت اللازم والشروط الواجب مراعاتها في هذه الأحوال على أن لا تتجاوز حداً معيناً .

ث. أن حق الادارة في إجراء التعديل للعقد بالزيادة والنقصان للالتزامات، وحسبما تم بيانه قد يؤدي الى اختلاط هذه الفكرة مع ما تنطوي عليه (نظرية الظروف الطارئة، ونظرية عمل الأمير، ونظرية تحول العقد)، على الرغم من الوضوح والإختلاف البيّن في المسلك والأحكام القانونية التي تنظم كل منها .

ج. إن القول بعدم ثبات العقد الإداري لا يعني انتفاء قوته الملزمة لأن طبيعة العقد الإداري تستوجب الإلتزام بين أطرافه ولا خلاف في ذلك بل ان اجراءات الإدارة لغرض مصلحتها تحدّ بفعلها من قوة العقد او تقلل من جموده، بما تدخله من اضافات او تحويرات على مضمونه من دون الوقوف على موافقة المتعاقد على القيام بتلك الإضافات أو التعديلات ولا يعد ذلك خطأ من جانب الإدارة يوجب مسؤولياتها، إنما ينبغي أن يكون ذلك العمل مؤطر بسلطتها التي أوجبها القانون ممل يستلزم ذلك عدم خروجها عنه بأي حال من الأحوال، والقول خارج هذا الوصف يعرض الإدارة الى التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد عن طريق الاعتراض لدى الجهة الادراية العليا او بالطرق القانونية الأخرى أيهما أفضل .[٦]

وعلى هذه الأسس فمهما كانت سلطة الادراة في التعديل فيجب أن لا يغرب عن بال الإدارة أنها بصدد التعاقد مع متعاقد قدر ظروفه جيداً قبل أن يمنح موافقته على التعاقد مختاراً لذلك. ومن ثم فإن الادارة ملزمة عندما تلجأ إلى حقها في التعديل، أن لا تذهب الى الحد

لمزيد من التفاصيل أنظر د. محمود حلمي : العقد الإداري، ط٢، ١٩٧٧ دار الفكر العربي، ص ٧١.

[٦] – د. طعيمة الجرف : القانون الادراي. ط ١٩٧٨ ص. ٦٢٨.

الذي يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أو تغير من طبيعة العقد أو جوهره .

كما روعي ذلك عند التعاقد لأول مرة، مما ينبغي ان تكون تلك الاعباء في الحدود الطبيعية المعقولة له من حيث نوعها وأهميتها، على أن لا يكون لك من شأنه حصول تغيير جوهري في العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، أو أن تؤدي الأعباء الجديدة الى إرهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية والاقتصادية .

..... هذا الإيجاز للموضوع يوجب علينا كشف جوانبه الغامضة، مما يدعونا تناوله في الدراسة والتحليل على وفق خطة البحث الآتية :

الفصل الأول : حق الإدارة في تعديل العقد .

المبحث الأول : تمييز تعديل العقد وما يشتبه به من أوضاع قانونية.

المبحث الثاني : عناصر حق التعديل .

المبحث الثالث : دراسة تطبيقية لقدرة الادارة في تعديل

عقد الأشغال العامة وعقد التوريد .

المبحث الرابع : موقف الفقه من سلطة الادارة في التعديل

الفصل الثاني : الأساس القانوني لقدرة الإدارة على تعديل العقد .

المبحث الأول : شروط استعمال الادراة لحق التعديل .

المبحث الثاني : كيفية تحديد قيمة العقد .

المبحث الثالث : الحقوق المالية للمتعاقد جراء التعديل .

الخاتمـــــة ...

الفصل الأول
حق الإدارة في تعديل العقد

العقد الاداري كسائر العقود الادارية ينشئ لأطرافه حقوقاً، وأهم هذه الحقوق بالنسبة للإدارة قيام المتعاقد معها من بين أهم المميزات التي تستأثر بها الإدارة قدرتها القانونية (سلطتها) والتي لا مقابل لها في القانون، وان مناط هذه القدرة ((التي لا يمكن أن يتمتع بها الأفراد)) مقتضيات سير وانتظام المرفق العام وتحقيق الصالح العام، ومن هنا يبدو لنا واضحا ان كفتي المتعاقدين غير متكافئة على خلاف الامر في العقود المدنية، فإن من المسلم به أن طبيعة العقد الاداري واتصاله بالصالح العام من تلك المظاهر حقا أصيلا للإدارة تتمتع بها دون حاجة ال النص على ذلك العقد، وهي بمثابة حقوق لها في مواجهة المتعاقد تستمدها من سلطاتها الدستورية والقانونية في تنظيم وادارة المرافق العامة والتي هي محور نشاط الادارة.[٧]

ومن الجدير بالإهتمام أن قدرة الادار تلك لا تعتبر أمرا طارئا على العقد، كما أن ليس من قبل الاستثناء من قاعدة عامة، بل هي نابعة من طبيعة النشاط الاداري وبالتالي تتمكن الادارة من اجراء التصرفات القانونية على عقودها بالتعديل

(بالزيادة او النقصان) سواء نص التعديل في العقد أو لم ينص فهو حق، قد اعترف به الفقه والقضاء الفرنسي والمصري. [٨]

وبذلك فان هذا النص يكون كاشفا لا منشأ له. ويترتب على هذه القاعدة النتائ التالية:[٩]

---

[٧] – د. إبراهيم طه الفياض : العقود الادارية / النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح. ١٩٨٦. ص ١٦٥ .

[٨] – د. سليمان محمد الطماوي / الأسس العامة في العقود الإدراية، المصدر السابق – ص ٤٥٨ وما بعدها.

د. محمد كامل ليله / نظرية التنفيذ المباشر، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة الازهر. ١٩٥٧، ص١١٥ .

[٩] – د. إبراهيم طه الفياض / القانون الإداري / مكتبة الفلاح ١٩٨٦، ص٤٨٨ .

١-أن عدم النص على أي سلطة (قدرة) للإدارة في مواجهة المتعاقد لا يعني ذلك أنها لا تملك استعمال تلك السلطة بل يمكنها ممارستها رغم ذلك، لأنها تستمد من حقوقها الدستورية والقانونية في تنظيم وادراة المرافق العامة وتستمدها أيضا من مبادئ القانون الاداري مباشرة .[١٠]

٢-ان العقد سواء تضمن بعض مظاهر السلطة العامة للإدارة (أي قدرتها) دون البعض الآخر فذلك لا يحول للإدارة استعمال سلطاتها جميعاً – سواء التي نص عليها والتي لم ينص عليها – .

٣- لا يجوز أن تتفق الإدارة مع المتعاقد أن تتنازل عن كل او بعض من سلطاتها أو تقيد حقها في استعمال تلك السلطات بقيود، ويعد باطلا كل اتفاق من هذا القبيل، لأن استعمال تلك السلطات مرهون بما يقرره القانون في هذا الشأن، وبالتالي فهو ليس حقاً شخصياً لرجل الإدارة بل هو وظيفة يمارسها لتحقيق الصالح العام.

٤-إن استعمال الإدارة لسلطاتها مقيد بما يرسمه القانون لها، فلا يجوز للادارة استعمال تلك السلطات بما يؤدي الى إخلال التوازن المالي للمتعاقد أي قلب التزامات المتعاقد رأسا على عقب .[١١]

..... لذا سنتناول بالدراسة في أربع مباحث وهي :

أ. المبحث الأول : تعديل العقد وما يشتبه به من أوضاع قانونية .

ب. المبحث الثاني : عناصر حق التعديل.

ت. المبحث الثالث : دراسة تطبيقية لقدرة الادارة في التعديل عقود الأشغال العامة والتوريد.

ث. المبحث الرابع : موقف الفقه من سلطة التعديل .

---

[١٠] – د. نواف كنعان / القانون الاداري الأردني / الكتاب الثاني / ط، ١٩٩٦، ص ٣٥٣.

[١١] – د. مصطفى كمال وصفي : حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية ع١، ١٩٧١، ص١٥٨ وما بعدها .

المبحث الأول
تمييز تعديل العقد وما يشتبه به
من أوضاع قانونية

من نافلة القول أن اجراء التعديل للعقد تدخل مفرداته بطبيعتها، أما ضمن [نظرية عمل الأمير (السلطة) أو نظرية الظروف الطارئة، أو في الرقابة الشديدة على تنفيذ العقد أو تحويل العقد] .... بشكل مباشر أو غير مباشر وهذا التداخل في تلك المفردات يعزى سببه الى التقارب بين فكرة تعديل العقد وبين تلك الأوضاع القانونية.

... لذا فإن هذا الترابط لا يمحو الأسس القانونية لتطبيق النظريات لكل حالة من الحالات عند تحققها، ولا يستوي بأي حال من الأحوال وصف تعديل العقد باي من تلك النظريات، ومن هذا المنطلق فغن التعديل للعقد لا يعد من الظروف الطارئة على العقد، ولا يمكن وصفه كعمل من أعمال السلطة العامة (الأمير)، ولا ينطوي تحت مفهوم الرقابة المالية المبالغ فيها، ولا حتى تحولاً للعقد على النحو المعروف في عقود القانون الخاص .

..... لذا آثرنا تقسيم الموضوع الى أربعة مطالب هي :

أ. المطلب الأول : تعديل العقد ونظرية عمل الأمير (السلطة) .

ب. المطلب الثاني : تعديل العقد ونظرية الظروف الطارئة .

ت. المطلب الثالث : تعديل العقد والرقابة على تنفيذه .

ث. المطلب الرابع : تعديل العقد وتحويله .

المطلب الاول

تعديل العقد ونظرية

عمل الامير (السلطة) [١٢]

عمل الامير نظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي، مفادها ثمة عقد من العقودالإدارية تعرض الى ضرر اختل معه التوازي المالي للمتعاقد كان سببه السلطة العامة، فقد يكون هذا الضرر جسمياً أو يسيراً، وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد، ولربما يكون مجرد إنقاص في الريح الذي عول عليه .....وبمعنى آخر يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة يكون من شانه ان يلحق ضرراً بالمتعاقد على نحو مباشر، ويسمى هذا العمل بفعل الأمير (السلطة) .

يعرف عمل الأمير بصفة عامة بأنه { عمل يصدر من سلطه عامه دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تساوي مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة يعيد التوازن المالي للمتعاقد } .[١٣]

من خلال التعريف المتقدم نجد إن هناك إجراء مشروع تتخذه السلطات العامة (قد يكون على شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية أو صدور قانون) من شأنه يلحق بالمتعاقد أعباء مالية لم تكن متوقعة في ميقات إبرام العقد .

إذا كان هذا الوصف لعمل الأمير (السلطة) قد توضحت معالمه، فمن المناسب بيان التشابه و الإختلاف مع فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفرداة للإرادة (القدرة القانونية).....

الأمر يبدو هنا ان واقعاً لايمكن بأي حال من الأحوال إهماله أو التغاضي عنه فالتشابه

---

[١٢] – يستعمل الفقه ومعظم أحكام مجلس الدولة المصري تسمية ((عمل الأمير)) أو أفعال الأميروهي المقابل الحرفي للاصطلاح الفرنسي. انظر لمزيد من التفاصيل كل من :

– د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق ، ص٦٢٥ .

– د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري الأردني. المصدر السابق ، ص١١٢.

- Jean Rivero: Droit administrative ٢ endition ١٩٧٣. p. ١٢٢.

– د. السيد محمد مدني : مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعية ، ط ١٩٥٢ ، ص٣٤١.

[١٣] – أنظر سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص٦٢٤ .

٣ Francis- Paul Benooit , le droit administrative Delloz , ١٩٦٨, p. ٦٣٧.

بين فكرة تعديل العقد و النظرية في أن كلاً منهما يعتبر عملاً مشروعاً تقوم به الإدارة يكون منصباً على العقد. وبالتالي يستحق المتعاقد عن أي منهما تعويضاً حسب طبيعة الإجراء الذي حصل، أما الإختلاف بينهما واضح أن من يقوم بتعديل العق هي السلطة الإدارية المتعاقدة، في حين أن نظرة عمل الأمير (السلطة) لايشترط فيه أن يكون التعديل صادر عن أحد إطراف العقد، فقد تقوم به جهة حكومية بحكم مسؤوليتها القانونية مما يؤثر في العقد بشكل مباشر .

...وتأسيسها على ذلك فأن من الممكن أن يلجأ المتعاقد الذي تعرض للتعديل ولم يحصل على المال المقابل للتصرف، بدية أن يتظلم من قرار التعديل أمام تلك الإدارة يشكوى لها ماتعرض له من إجحاف جراء تعديل العقد، فعن عدم إنصافه والاستجابة لمطالبه.[١٤] فإن ملجئه ومنجيه القضاء الإداري ليحصل على مبتغاه ألا وهو المقابل المالي لذلك الإجراء. فإذا ما افترضنا لجوء المتعاقد الذي تعرض للتعديل في مواجهة الإدارة أمام القضاء (محكمة القضاء الإداري)[١٥]. في الآثار المترتبة على ذلك العمل ((مثال ذلك صدور قانون برفع الرسوم الكمركية على المعدات والكمائن .. ونتج عن هذا القانون إلحاق خسارة بالمتعاقد الذي يورد المعدات والكمائن لصالح احدى الجهات المتعاقدة معه))، بطلب التعويض فإن مناط ذلك ومن باب العدالة ان تنصف المتعاقد فتمنحه التعويض اللازم عن الأضرار المالية التي لحقت به جراء هذا آثار القانون .[١٦]

---

[١٤] – أنظر – د.أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة : المصدر السابق،ص٣٢٤.

– د.مصطفى كمال وصفي: المصدر السابق ، ص١٥٨.

[١٥] – يتم الطعن أمام محكمة القضاء الإداري على اعتبار أن عمل الإدارة يعد من قبيل القرارات القابلة للإنفصال .... لمزيد من التفاصيل أنظر د. عبدالحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ج١-٢، مجلة مصر المعاصرة.

[١٦] – حيث ان اختصاص النظر بالعقود الإدارية ينعقد بالقضاء العادي في العراق بالرغم من وجود محكمة القضاء الاداري على خلاف ما هو متبع في فرنسا ومصر ... وفي هذه المناسبة ندعو المشرع الى أن يلتفت لشمول تلك العقود ضمن اختصاصه وهو اختصاص يعتبر أصيل في أنظمة دول القضاء المزدوج .

المطلب الثاني
تعديل العقد ونظرية الظروف الطارئة

يثير موضوع الظروف الطارئة أهمية بالغة لاسيما في العقود الإدارية، وتفترض النظرية انه اذا تعرض المتعاقد لأضرار يرجع سببها الى ظروف ليست من صنع الإدارة ولم تكن متوقعة عند ابرام العقد، واستجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة تأسيساً على أنه ظرف غير متوقع أو طارئ يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الإستحالة، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدر المتعاقد التقدير المعقول في بداية قراءته الأولى لتكليف العقد، وقد أخذت الكثير من القوانين بهذه النظرية.[١٧]

ومن بينها القانون المدني الذي ذهب الى (أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها، أن تنفيذ الالتزام ولم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ...) .[١٨] والواقع أن النص المتقدم يفصح على نحو واضح الى أن أطراف العقد ليسوا هم السبب في حدوث الظرف الطارئ، وإنما يكون أجنبياً عنهم ولم يكن بوسعهم توقعه عند التعاقد .[١٩]

في حين أن أمر التعديل على العقد يختلف اختلافاً نسبياً مع شروط تطبيق النظرية.[٢٠]

لأن ما يحدث على العقد يكون وفقاً لإدارة أحد أطراف العقد (وهي الإدارة) استجابة لدواعي سير المرفق ولأغراض المصلحة العامة، وتلاحظ أن الأثر المترتب على الظرف الطارئ يختلف عن الأثر الذي ينطوي عليه تعديل العقد، حيث لا يكفي أن يفضي الظرف

---

[١٧] – تعد هذه النظرية من خلق مجلس الدول الفرنسي .. لمزيد من التفاصيل انظر د. سليمان محمد الطماوي المصدر السابق، ص ٦٦٠ وما بعدها.

[١٨] – انظر المادة (١٤٦) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .

[١٩] – د. سليمان مرقص، نظرية العقد، القاهرة ١٩٥٦. ص ٣٣٣– ٣٤٢ .

د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإدارية، ١٩٥٤–١٩٥٥. ص ٨١٣.

[٢٠] – د. توفيق شحاته : المصدر السابق ص ٧٣٣ .

الى مجرد زيادة الأعباء المالية على المتعاقد، وتكون بالتالي أكثر كلفه، إنما يؤسس الى جعل الوفاء لتنفيذ الالتزام مرهقاً يهدده بخسارة مالية فادحة، ولعلنا في هذا قد وصلنا الى نتيجة مفادها بأن هناك اختلاف واضح بينهما من حيث الأساس القانوني، فنظرية الظروف الطارئة تستند في تعويض المتعاقد الذي أطاله الظرف على قواعد العدالة لترفع بموجبها ما تعرض له من خسارة، بينما اجراء التعديل للعقد يستوجب أن يرافقه وفاء الإدارة مقابل ذلك، ويؤسس التعويض على فكرة المساواة في تحمل الأعباء العامة، مقترنا ذلك مع دواعي المصلحة العامة وليس من العدالة أن يتحمل المتعاقد لوحده تصرف الإدارة .

... ونخلص الى القول بأن مسلك الإدارة في اجراء التعديل يقتضي منها تعويض المتعاقد تعويضاً شاملاً وليس جزئياً في ضوء ذلك، أما في حالة الظروف الطارئة فيكون التعويض مقصورا على مصادقة ومساهمة المتعاقد في مقدرا الضرر .[٢١]

المطلب الثالث

تعديل العقد والرقابة على تنفيذه[٢٢]

تمتلك الادارة سلطة كاملة في الرقابة على تنفيذ العقود، باعتبارها الجهةالمستفيدة من العقد فإن من أهم مزاياها أنها تمتلك ولها الحق في مواجهة المتعاقد، لاسيما في المقاولات الحكومية (أشغال عامة، توريد، امتياز ..) التي تراقب وتشرف على سير الأعمال، وهي بهذا تعتبر الرقابة حالة اعتيادية تمارس ضمن سلطتها، فلا يترتب للمتعاقد بسبب ذلك التعويض، اللهم إلا في حالة تعسف الإدارة في ممارسة تلك السلطة أو ربما تثقل كاهل المتعاقد معها من دون أن تصل معه حد التعديل أو زيادة أعباء المتعاقد الإقتصادية والفنية .

ونلاحظ أن شروط المقاولة لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط، قد تضمنت عدد من النصوص تتعلق بكيفية الرقابة على تنفيذ العقد من الناحية الفنية، وطريقة العمل، ومدة تنفيذه .. الخ، وفي جميع الأحوال فإن للجهة الإدارية سلطة واحة في الرقابة على تنفيذ

---

[٢١] – د. محمود خلف الجبوري / العقود الإدارية / مطبعة التعلم العالي في الموصل /١٩٨٩ ص١٩٨ وما بعدها .

[٢٢] – إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية / المصدر السابق ص١٦٧ وما بعدها .

العقد، على الرغم من أن هذه السلطة رغم اتساعها الا أنها ضمن حدود القانون لا يمكن تخطيه بأي حال من الأحوال، وألا تعرض تصرفها للطعن بالتعسف، مما يمنح المتعاقد حق المطالبة بالتعويض [٢٣]، إذا كان من شأن إجراء الإدارة هذا قد أضر بالمتعاقد ضرراً جسيماً، كما لو أصدرت الإدارة قراراً بإحلال مواد تختلف عن المواصفات المطلوبة فهي في هذا قد عدلت بمواصفات العقد، وحينما تحثه على الإسراع بالعمل ضمن المدة المتفق عليها تكون في هذه الحالة قد مارست رقابتها، بينما إذا أصدرت قراراً تطالبه بزيادة ساعات العمل بغية انجاز المشروع قبل المدةالمتفق عليها فهي في هذه قد عدلت في مدة تنفيذ العقد .

وتتجلى أهمية التمييز بين تعديل العقد والرقابة عليه، هو في أن المتعاقد يستحق التعويض الكامل من الإدارة فيما إذا أفضى تصرفها الى تعديل العقد، ولا يستحق المتعاقد أية تعويضات عما تقوم به الإدارة من رقابة وتوجيه .... وقد تعمل الإدارة باستخدام وسيلة الرقابة المؤدية الى تعديل العقد وتسمى هذه الوسيلة بـ [التعديل المقنع (المغطى)] وغايتها من ذلك التخلص من مطالبة المتعاقد بالتعويض كحق قد ينهض به في كل تعديل تجريه الإدارة بهذه الوسيلة .

من المعلوم أن التعويض عكس غرامات المالية، لا يحكم بها القاضي، إلا إذا ثبت الضرر، كما هو الشأن في القانون الخاص، كما أن التعويض يقدر وفقاً لجسامة الضرر، الذي يتحمله المتعاقد، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقاً للقواعد المدنية. أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، فإن بعض الدول ومنها فرنسا سمحت للإدارة بأن تحدده هي مقدماً، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء ذلك، وللإدارة كما ذكرنا أن تعدل عن استخدام هذا الحق، وتترك تقدير التعويض للقضاء عند عدم التوصل مع المتعاقد على تسوية ودية بهذا الشأن .

ومن المفيد القول بأن التشريع الفرنسي يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ الى تحصيل قيمة أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة. وفي مصر لا يوجد نص يتيح للإدارة سلطة التعويض جراء التعديل إنما منوط بالقضاء الإداري.[٢٤]

- [٢٣] د. محمود خلف الجبوري / العقود الإدارية / مطبعة التعليم العام في الموصل / ١٩٨٩ ص١٩١ .

[٢٤] – د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق، ص ٥١٠ – ٥١١.

المطلب الرابع

تعديل العقد وفكرة تحول العقد

باتت الأنظمة القانونية على اختلافها تأخذ بفكرة تحول العقد حفاظا على ثبات واستمرار التعامل القانوني فبدلاً من أن نقر ببطلان العقد ونعمل على اتخاذ الاجراءات القانونية المقتضية في مثل هذه الأحوال تسلك الإدارة هذه المسالك بتحويل العقد بعد أن تتوافر فيه عناصر عقد متكاملة من جديد .[٢٥]

وقد عرف القانون المدني تحول العقد في المادة (١٤٠) من بالأتي ((إذا كان العقد باطلاً وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد)).

ومن هنا تظهر أهمية التمييز بين تحول العقد والتعديل في أن تحول العقد على وفق المنهج الذي عرضناه لا يستحق أي تعويضات نتيجة ذلك، باعتبار ان ارداة الطرفين انصرفت الى احداث هذا الأثر، وبمقتضاه سيكون هناك حقوق والتزامات قد نشأت بينهما بموجب العقد الجديد دون غيره .. في حين يبقى العقد على حاله عند اجراء التعديل سواء بالزيادة او بالنقصان الذي تقتضيها متطلبات احتياجات المرفق العام. وبالتالي يرتب للمتعاقد حق بالتعويض يفرضه واقع التعديل ولاتملك الادارة التراجع عنه باية طريقة .[٢٦]

على الرغم من يرى خلاف الرأي المتقدم باعتبار أن تحول العقد في الصورة المتقدم ذكرها في الحقيقة تعد تعديلا للعقد ..... ونحن لا نرى ذلك لان المتعاقد الذي ترتبت عليه أعباء مالية بسبب التعديل يحصل على استحقاق التعويض الناتج عن فعل الإدارة ..... في حين أن أمر الإدارة الذي ينصرف الى احداث تغيير جوهري على العقد يعد بمثابة عقد جديد،

---

[٢٥] – انظر كل من :

– د. صاحب الفتلاوي : تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الإشتراكي، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون، ١٩٨٦ / ص٣٦٠.

– د. عبدالمنعم فرج الصده : أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، الحلقة الدراسية الثالثة، بغداد، ١٩٦٩، ص٦٩.

[٢٦] – مما لا يفوتنا الذكر بأن على الإدارة أن تفترض حسن النية باعتيبار أن المتعاقد معاون في تنفيذ برامجها والعمل معها على تسيير المرفق العام بانتظام واطراد.

مما يرتب ذلك التزام الإدارة الإجباري على الأخذ بفكرة تحول العقد حفاظاً على ثبات موقفها القانوني ولا تتعرض لموقف قانوني أمام القضاء.

المبحث الرابع

عناصر حق التعديل

كما قلنا من قبل أن قبول فكرة بأن الإدارة تملك القدرة القانونية على التعديل للعقد وبإرادتها المنفردة في التزامات المتعاقد معها، تمليها متطلبات احتياج المرفق لانتظام سيره على النحو الذي تفرض فيه الإدارة التزامات جديدة بالزيادة او النقصان من شأنها حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تثقل الأعباء المالية للمتعاقد، وبالتالي لا سبيل أمامه إلا الانصياع والتعاون معها والوفاء بحاجة المرفق وهي بهذا تعد سلطة لها خطورتها دون شك .. والواقع أن القدرة القانونية لسلطة التعديل لا نجد مثيلاً لها في العلاقات التعاقدية في ظل القانون الخاص الذي يفرض موافقة الطرفين على التغيير أو التعديل متمسكاً بقاعدة شريعة المتعاقدين، ولا يفرض إجراء خلاف ذلك على الإطلاق، .. إلا أن الإدارة وهي تسلك هذا السبيل في عقودها نمنحها العذر، حيث تلجأ مضطرة لمهاجمة قاعدة الزام العقد لطرفيه في الصميم الذي يعد جوهر الرابطة التعاقدية، ديدنها في ذلك الحرص على سلامة انتظام عمل المرفق لان فكرة استمرار المرفق العام تفترض مقدما حصول تغيير في ظروف وملابسات وطرق تنفيذ العقد وهو الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية .[٢٧]

وعلى أساس هذا الفهم، فقد وجدنا من المناسب أن نوضح بأن القدرة القانونية التي تمتلكها الادارة لا تقف في مباشرتها لتلك السلطة عند حد اصدار الاوامر والنواهي بل تمتد قدرتها في التغيير لتطول التزامات المتعاقد معها في عنصر من العناصر الآتية : [٢٨]

---

[٢٧] – قد أبرزت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر ٤١٩٥٧/٣٠ في القضية رقم٩٨٣ لسنة ٧ق .. ذكره د. محمود حلمي : العقد الإداري، ط٢، ١٩٧٧، دار الفكر العربي، ص٧١ .

[٢٨] – للتفاصيل أكثر أنظر كل من :

د. سليمان محمد الطماوي : العقود الغدارية، المصدر السابق، ص٤١٤ .

د. إبراهيم الفياض : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٧٥ .

د. محمود خلف الجبوري : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص١٨٩ .

١- العنصر الأول : كمية المواد والأعمال أو الأشياء محل العقد .

٢- العنصر الثاني : وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها .

٣- العنصر الثالث : مدة تنفيذ العقد .

... مهما يكن من أمر هذه القدرة القانونية (السلطة)، فقد اتجه الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والعربي اليوم الى قبول قيام الغدارة بتعديل الإلتزامات أو الإنقاص منها وبإرادتها المنفردة وبغياب رأي المتعاقد عليها بقبول التصرف او من عدمه. واعتبار ذلك أمراً مشروعاً باعتبارها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره واحتياجاته، فهي لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقها، مع التأكيد على تأمين حق المتعاقد بالتعويض، دون وقوف الإدارة بشكل سلبي حيال التعويض عند المطالبة به بأي حال من الأحوال وهذا هو حق فرضه القانون واستوجبته العدالة فلا مبرر لتجاهله او عدم الاستجابة له، وإلا تعرض تصرفها للطعن أمام القضاء. فلا بد ان يراف ذلك تغيير ومن ثم لا يمكن أن يبقى حبيس نصوص العقد إذا تطلب الأمر لتغيير أو تعديل تلك النصوص. انما مناطها احتياجات المرفق العام، فهي ليست مجرد مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة فحسب ولكنها نتيجة ملازمة لمقتضيات عمل المرفق ومتجاوبة لمتطلباته، بقصد أداء خدمة تستلزمها طبيعة المرفق واتصاله بالأفراد. ومما لا شك فيه أن متطلبات اجراء التعديل ينبغي أن يحصل بعد إبرام العقد استجابة لظروف تبرر ذلك، ولا يوجد كلام بعد ذلك خلاف هذا الواقع .

ولكن رب سائل يسأل كيف إذا كانت الظروف لم تتغير ؟ إلا أن الإدارة أخطأت في تقدير حاجة المرفق عند ابرام العقد، فهل بمقتضى هذه المعطيات أن الإدارة تمتلك القدرة القانونية على تعديل العقد بإرادتها المنفردة ؟ .

.... للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول، أن من المسلم به الثابت أن قاعدة قابلية سير المرفق العام للتغيير في كل وقت متى ثبت ان التغيير من أن شأنه ان يؤدي الى تحسين الخدمة التي يقدمها الى المنتفعين، وبالتالي سواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أو غير مخطئة فإنه يجب أن تمكنها من تنطيم المرفق بالطريقة التي تؤدي الى تحقق الصالح

رياض عبد عيس : مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة : رسالة ماجستير، مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون، ١٩٧٥، ص١٦٦ .

العـام. لاسـيما ان فكـرة اسـتمرار المرافـق العامـة تفتـرض مقـدماً حـدوث تغييـر فـي العقـد وملابسـاته وطـرق تنفيـذه تبعـاً لمقتضـيات سره، وان التعاقد فيهـا يـتم علـى أسـاس أن نيـة الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الاوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة [٢٩].

ولا يفوتنـا أن نشـير إلـى أن المتعاقـد والإدارة ملزمـان بـاحترام نصـوص العقـد، ومـن ثـم احترام التزامات كل منهما في مواجهة الطرف الآخر وإن سلطات الإدارة المختلفة المستمدة من هيمنتها على تنظيم وتسيير المرافق العامة وتحقيق النفع العام لا تعني هدر حقوق المتعاقد، كما لا تعني امكان استعمال هذه السلطات في أي حين وعلى نحو ما تشاء دون أي اعتبار، لذلك نجد أن الادارة ملزمة باحترام التزاماتها بالعقد الإداري، ومن ثم عدم الخروج على نصوص العقد إلا وفقاً للشروط التعاقدية أو القانونية التي تجيز هذا الخروج .

---

[٢٩] – ذهبت محكمة القضاء الاداري المصري في أحد أحكامها الى القول : ((... ومنها كذلك أنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة إلا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وفي أهميتها أو إن تفوق قيمتها أونتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغير في موضوع العقد أو محله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة الى ارهاقه وتجاوز امكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية وإلا جاز له ان يمتنع عن التنفيذ، بل إن له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل، لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ من هذا التعديل فله أن يتفادى النتائج الخطيرة التي لا قبل له بها، وتقدير ذلك مما يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري)).

نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي : الاسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص٤٦.

المبحث الثالث

دراسة تطبيقية لقدرة الإدارة القانونية في التعديل

لعقود الأشغال العامة والتوريد

كما أسلفنا من قبل ان القدرة القانونية للإدارة في تعديل بعض شروط العقد الإداري تغطي جميع العقود ذات الصبغة الإدارية، وبطبيعة الحال فإن تلك القدرة (السلطة) تتراوح قوتاً وضعفاً تبعاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام .

ولهذا من المفيد القول أن حق التعديل للإدارة لا تقتصر على عقد من عقود الإدارة فحسب، إنما استأثرنا أن نتناول بعض التطبيقات لتلك السلطة في أهم العقود الإدارية وهي عقود الأشغال العامة والتوريد .

١-قدرة الإدارة القانونية في التعديل لعقد الأشغال العامة

يمكن تعريف عقد الاشغال العامة بأنه ((عقد مقولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة (مقاول) من أشخاص القانون الخاص بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام في تنفيذ عمل لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد)) .

يتضح من التعريف المتقدم أن عقد المقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص للقيام بتنفيذ مقاولة أشغال عامة مقابل ثمن، وتتبع إجراءات التبليغ للمقاول بعد الإحالة (الإرساء) بموجب قرار إداري[٣٠]، صادر عن الإدارة تعلمه بموجب توقيع العقد يحدد بموجبه أوضاع تنفيذ العقد. وهذا القرار ملزم للمقاول تنفيذه وذلك بالتوقيع عليه بالعلم أو بإحدى طرق التبليغ الأصولية، وفي حالة الرفض لأي سبب،

---

[٣٠] – لمزيد من التفاصيل انظر – د.محسن خليل : القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الجزء الأول، ١٩٦١-١٩٦٢، منشأة المعارف الإسكندرية، ص٣٤ .

– د. عبدالحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة مجلة مصر المعاصرة، ع٣٦٢ – ٣٦٣- ١٩٧٥- ١٩٧٦، ص٥٧ .

تعرف القرارات القابلة للإنفصال بأنها : ((قرارات إدارية تكون جزء من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ... تتخذ الإدارة عدة قرارات ممهدة لإبرام العقد)).

عليه تقديم تظلم للجهة الإدارية المختصة خلال مدة معقولة يبلغها رفضه ابرام العقد أو يطلب فيه تعديل لبعض الشروط. وعند الموافقة يتم التوقيع على العقد .[٣١]

لذلك يخضع منذ أول لحظة لتنفيذ العقد حتى نهايته لرقابة وتوجيه الإدارة، وبهذا فإن للإدارة في هذا القدرة القانونية للتدخل لتعديل في شروط العقد سواء أكان منصوصا على هذا الحق صراحة في العقد أم لا. وان كان الغالب أن تتضمن عقود الأشغال العامة شروطاً تسلم بحق الإدارة في التعديل بالزيادة أو بالنقص وتحدد مدى هذا التعديل، ومن ثم فإن المسلم به أن التعديل في عقد الأشغال العامة لا يمكن أن يتناول الثمن بحال من الأحوال، وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام وبالعكس .

ومن المفيد القول أن الإدارة ينبغي وقبل إجراء التعديل أن تحترم طبيعة العقد الأصلي بحيث لا يحول التعديل للعقد الأصلي الى عقد جديد، فمثلاً عند طلب أعمال جديدة موضوعها غريبا عن العقد الأصلي بحيث لا تربطها به هصلة اطلاقاً .

أو التي يحتاج تنفيذها الى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي نص عليها في العقد أو أن تطلب من المتعاقد التزام طريقة جديدة في التنفيذ غير الأول بحيث تقلب له جميع التقديرات الأصلية تماماً، أو أن تغير مكان الأعمال الأصلية، إذا كان من شأن ذلك إدخال تعديلات أصلية على شروط العقد ولكنها ليست غريبة، وقد تطلب الإدارة من المقاول أعمال إضافية، ومثال ذلك طلب مد طريق مسافة إضافية، وفي كل الأحوال فإن المتعاقد يحصل على التعويض حسب الأصول .

٢- قدرة الإدارة القانونية في التعديل لعقد التوريد

يعرف عقد التوريد بأنه ((إتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص (فرد أو شركة) يتعهد الأخير بمقتضاه بتوريد منقولات لإحدى المرافق العامة مقابل ثمن)).

يفسر لنا التعريف المتقدم بأن عقد التوريد (بضائع أو سلع أو مواد ....) يتم من خلال شركة أو فرد من القطاع الخاص بموجبه تورد مواد أو سلع لصالح احدى المرافق العامة لقاء ثمن، .. ويميز الفقه الحديث في نطاق عقود التوريد بين نوعين هما :

---

[٣١] – انظر رسالتنا في الدكتوراه ((النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية)) مقدمة لجامعة بغداد كلية القانون، ١٩٩٧.

أ- النوع الأول : عقود التوريد العادية .

ب- النوع الثاني : عقود التوريد الصناعية .

.... يتميز النوع الأول : عقود التوريد العادية بأن تعديل العقد يرجع بالأصل الأول الى شروط العقد ودفاتر الشروط فإذا التزم العقد الصمت فإن الأصل أن يترك للمورد (المتعاقد) حرية التوريد على مسؤوليته .وبسبب ضعف صلة عقود التوريد العامة بالمرفق العام فإن بعض الفقهاء ينازعون في حق الإدارة في تعديل كمية البضائع او المواد المتفق على توريدها بالتقص أو بالزيادة .[٣٢]

ومما لا يفوتنا الذكر ان المشرع المصري قد حسم أمره بصدد التعديل فحدد نسبة ١٥ – ٣٠ % (بالزيادة أو النقصان) حسب طبيعة السلع أو المواد الموردة. ويبدو العرف وبعض التعليمات الصادرة من وزارة التخطيط قد حددت ذات النسبة عند اجراء التعديل لعقود التوريد في العراق .

.... أما النوع الثاني لعقود التوريد الصناعية، فإن الوضع مختلف عليه لأن الإدارة لا تتفق مع مجرد التوريد عند ابرام عقودها ذلك لارتباط أغلبها بسير المرافق العامة، مما يدعوها الى الإتفاق مع الموردين على نوعية الصناعة للمواد او السلع لا سيما إذا كانت طبيعة المواد المنوي توريدها ذات طبيعة خاصة بالصناعة الحربية مثلاً أو تخص علوم الفيزياء أو الكيمياء أو الطب وهكذا .

ومن المفيد القول في هذا الموضوع ((تعديل عقود التوريد الصناعية)) التنبيه إلى أنه ليس من الضروري أن يقتصر التعديل في عقد التوريد على الكمية فقط بل ينبغي التأكيد على المواصفات و جهة الصنع (المنشأ) وكثير من التفاصيل الفنية. وبالتالي إذا عمدت الإدارة إجراء تعديل لعقدها النافذ بالكمية والمواصفات لابد أن يقترن عملها هذا بحق المتعاقد الحصول على التعويض. والشيء المهم أن في كلا الحالتين (عقود التوريد العادية والصناعة)، فإن قدرة الإدارة القانونية في التعديل ثابتة ومقررة سواء نص العقد عليها أم لم

---

[٣٢] – انظر كل من : د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق، ص ٤٩٣ .

د. محمود حلمي : العقد الإداري، المصدر السابق، ص٧٠ وما بعدها .

ينص لارتباط العقد بنشاط المرفق الذي توجبه المصلحة العامة. على أن ترعى الإدارة المتعاقد في التعويض المطلوب المقابل للتعديل .[٣٣]

[٣٣] – حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر المؤرخ في ١٩٦٨/٤/١١ بالقول ((.... تعديل لشروط العقد تملكه الإدارة المتعاقدة على أن تعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل)). نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق، ص ٤٩٦.

المبحث الرابع

موقف الفقه من قدرة الإرادة القانونية

في تعديل العقد

بغية الوقوف على رأي الفقه في مدى قدرة الإدارة القانونية في تعديل العقد، لابد من الملاحظة أولاً وقبل كلّ شيء إلى أن أغلب الفقه يؤكد على وجود سلطة للإدارة تمنحها القدرة القانونية على تعديل كافة العقود الإدارية، والبعض من الفقه ينكر على الإدارة حقها في التعديل، ومنهم (اي الفقه) من يعترف لها بمثل هذا الحق ولكن في حدود معينة [٣٤]، وعلى العموم فقد اختلف الفقه في معرفة مدى القدرة القانونية في غصدار قرار التعديل للعقد. ولكي نتمكن من عرض اللآراء الفقهية نحاول إيجازها بالشكل الآتي : [٣٥]

الرأي الأول : <u>اتجه أصحاب هذا الرأي إلى تأييد قدرة الإدارة لتعديل العقد</u>

يعد أصحاب هذا الرأي لدى الفقه العربي والفرنسي هو الراجح، حيث يؤكد أصحاب هذا الإتجاه بقدرة الإدارة القانونية من القيام بإجراء التعديل على عقودها على نحو منفرد حتى وان لم ينص على ذلك شرط من شروط العقد، ولايمكن بالتالي التمسك بوجود حقوق مكتسبة للمتعاقد تحول بين الإدارة والتعديل الإنفرادي للعقد، وهذه القدرة للإدارة تقف في مواجهة مبدأ ثبات العقد في القانون الخاص .

---

[٣٤] – لمزيد من التفاصيل أنظر كل من :

– د. محمد سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص٤٥٢.

– د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ١٩٧٣، ص٨٣.

– د. محمود حلمي : العقد الإداري، المصدر السابق، ص٧١.

[٣٥] – ... لمزيد من التفاصيل راجع المصادر التالية :

– د. إبراهيم الفياض : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص١٧٧.

– د. محمود حلمي : المصدر السابق، ص٧١.

– د. مصطفى كمال وصفي، حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، المصدر السابق، ص١٤٣.

ويذهب الفقيه الفرنسي (هوريو) بصدد قدرة الإدارة القانونية على التعديل للعقد الإداري أجاب : ((بأنها عملية احتمالية أي أنه يمكن تعديله أو إيقاف التنفيذ أو تأجيله لأسباب تتعلق بالصالح العام))[٣٦]، لقد أصبح من المقبول اليوم حتى في حالة سكوت العقد فإن من الصواب الإعتراف للإدارة بهذه القدرة في إجراء التعديل على العقد بالزيادة أو النقصان أو تحديد أو تقليص مدة العقد وحتى إلغاؤه.

ولمزيد فقد اعتبرت قدرة الإدارة هذه (بالتعديل) من النظام العام فلا يجوز التنازل عنها لأي سبب ومهما كانت الظروف. فهي موجودة على استقلال من نصوص العقد، وبالتالي فالعقد لا ينشأها عندما ينص عليها ولكن ينظم شروط استعمالها فقط، وخصوصاً في حدود آثارها المالية، والقول خلاف ذلك ينطوي على خروج الفهم عن المبادئ التي ترسخت في تطور نظرية العقد الإداري .

الرأي الثاني : <u>اتجه أصحاب هذا الرأي إلى عدم وجود قدرة للإدارة في تعديل العقد</u>

هناك من يرى بأن القول بوجود قدرة قانونية للإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأساس له فقد ابتدعه الفقه، كما لا يوجد في القضاء من يؤيد هذه القدرة وهناك أحكام تنكر ما يراه الفقه صراحة .

وقد ذكر الفقيه (لوبيه) ثلاث أحكام هامة لمجلس الدولة الفرنسية اعتبرها قاطعة في نفي وجود القدرة القانونية للإدارة في التعديل من جانب واحد في العقد الإداري، ويعتبر ذلك أهم هذه الأحكام هي ((الحكم الصادر في ١١حزيران ١٩٤١ بخصوص مستشفى (شوني) والذي يقرر فيه بأنه ليس للسلطة الإدارية أن تعدل من جانب واحد شروط التوكل المبرم مع المهندس المعماري ... والحكمين الآخرين عامي١٩٣٦-١٩٤٦ اللذان قضى فيهما المجلس بأنه لا يمكن للمصلحة الإدعاء بحقها في أن تفرض على الملتزمين تعديل التعريفة المنصوص عليها في عقد الإلتزام))[٣٧]

---

[٣٦] – د. علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ١٩٧٦، ص١١٨-١٢٠.

[٣٧] – Andre de iaubader traite theorigue et partique des, contrats administratifs ١٩٦٥ tom l.l.l.p.١٥٠.

... إلا أن الفقيه المذكور اعترف بوجود قدرة للإدارة للتعديل في بعض أنواع العقود الإدارية ((عقود الإلتزام)) .[٣٨] حينما ينص عليه العقد، وبالتالي فقد تناقض مع رأيه الأول بعدم وجود (سلطة) قدرة للإدارة في التعديل، وحسب مايرى أصحاب هذا الرأي فهو خلاف الواقع العملي لتنفيذ العقود الإدارية التي تتطلب سير المرافق العامة بانتظام .

الرأي الثالث : <u>الذي يمثل الرأي الوسط بين الرأيين سابقين</u>[٣٩]

يذهب هذا الرأي أو الاتجاه إلى الإعتراف للإدارة بسلطة التعديل ويقتصر ذلك على عقود الإلتزام والاشغال العامة، إذا حددت شروطها في نصوص العقد، وتبرر هذه السلطة للإدارة الطبيعة الخاصة لهذه العقود .. وان جهة النظر في ذلك تنطلق من فكرة القوة الملزمة للعقد، كما هو الحال في عقود القانون الخاص، وهذا الراي انتهى منذ وقت مبكر إذ أضحى العقد الإداري يمتاز بالمرونة وبالقابلية على التغيير من جانب الإدارة، ذلك لأن ثبات العقد في القانون المدني بات في حقيقة الأمر لا يستجيب لمتطلبات التطور في المرافق العامة .

ومن يرى بإمكانية تجزئة سلطة الإدارة في التعديل وجعلها مقصورة على الجوانب التنظيمية، فإن هذا يرفع إلى القول بحرمان الإدارة (كطرف متعاقد) من أية سلطة من خارج العقد، وهذا بحد ذاته خلاف للواقع، حيث أنه مادام قد نادى ابتداءاً بسلطة الإدارة (قدرتها) في بعض عقودها فهو اعترف ضمنياً بقدرتها على استخدام سلطتها متى تشاء، ليس فقط في العقد الإداري وانما تنطلق الى اعمال أخرى كالضبط الإداري ... الخ .

<u>رأينا في ضوء الآراء المتقدم ذكرها الآتي :</u>

من المعروف بأن التعاقد مع الإدارة يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتجقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه أن الإدارة – وهي صاحبة الإختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره – تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة، بل إن من المؤكد أن قدرتها في تعديل العقد أو

---

[٣٨] – د. إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٧٩.

[٣٩] – Jean marie – Auby et Robert ducos ; droit administratif. Dalloz ١٩٧٣ p.٤٥٣ .

في طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، .. ونزيد بأنها أبرز الخصائص التي تميز نظان العقود الإدارية عن سواها من العقود المدنية، ومن ثم فإن سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به، مما يستلزم ضرورة الحرص على انتظام سيره ووجوب استدامة تعهد الادارة له واشرافها عليه، بما يحقق الصالح العام، ومن هنا فإن حق الإدارة إجراء التعديل على العقد مادام هناك حاجة للمرفق العام من استمرار العقد المتعلقة بالصالح العام .

وبالنظر لكون التعديل في العقد الإداري يعتبر مشروعاً تنظمه قواعد القانون العام، حيث يعزى سبب ذلك الى كثرة المشاكل التي يولدها هذا التعديل بين المتعاقد والإدارة. ومع ذلك فإن الخدمة التي تضطلع بها الإدارة بالتعاون مع المتعاقد تنطلق من الحرص على الوفاء بالتزاماتهما للموفق العام وحسن قيام الأخير بتقديم الخدمات للجمهور .

ويؤيد د. سعدون ناجي القشطيني ما ذهبنا اليه بأنه لا يجوز للإدارة إجراء التغييرات والتعديلات في العمل، ولا يحق للمتعاقد (المقاول) أن يستحق أجوراً إضافية أو المطالبة بالأضرار والخسائر وغيرها المختصة بهذه التغييرات، إلا إذا أصدر المهندس أمراً بأنها إضافية .[٤٠]

---

[٤٠] – دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية /كعقد نموذجي : مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧٥، ص٧٠.

الفصل الثاني

الأسس القانونية لقدرة الإدارة لحق التعديل

يقيم بعض الفقه قدرة الإدارة في تعديل العقد على أساس ينطوي على فكرة السلطة العامة، كونها ضابطاً للعقد والمتصلة بالصالح العام، الذي يعتبر امتياز " تعاقدياً " متصلاً بالعقد ذاته .

ومن يرى ان قدرة الإدارة في التعديل يرجع الى امتياز التنفيذ المباشر فهو على قوته بحاجة الى سند آخر لكي يتقلص حجم التعميم وان من يذهب الى اعتبار هذه السلطة جزء من سلطتها في الضبط الإداري فهو بهذه الصورة يبتعد عن العقد، وان الاقرب الى الصواب هو من يقيم هذه السلطة على مبدأ دوام سير المرافق العامة، حيث من المعلوم أن خصائص المرفق العام بان قابليتها للغيير حسب تغيير الحاجات والتطور التقني والتكنلوجي.

ومادام أن هذه المبادئ مستقرة على هذا النحو في العقود الإدارية فمن باب أولى أن تمتلك الإدارة ماهو أدنى من ذلك وهو تعديل العقد وفق ضوابط قانونية معروفة.[٤١]

ولبيان الأساس الذي تستند إليه الإدارة للتعديل قد يعود على نصوص العقد إذا ما تضمن النص عليها، وقد تكون النصوص القانونية والتعليمات تخول الإدارة القيام بالتعديل، وكذلك المبادئ العامة في القانون الغداري تكون سبباً " مبرراً " لإجراء التعديل على مضمون العقود الإدارية .[٤٢]

ومهما يكن من الأمر فان محاولة تأسيس سلطة التعديل على أساس واحد إنما يخلق جدلاً حول أهمية كل منها على انفراد من دون جدوى، وما دام أن مبادئ القانون الإداري هيالتي تحكم العقود الإدارية، فإن هذه المبادئ هي الأسس الغالبة وليست (الأسس الوحيدة) في تبرير سلطة الإدارة في التعديل .[٤٣]

وننهي القول بأن الإدارة تستطيع أن تجري التعديل سواء نص عليه في العقد أو لم ينص عليه تأسيساً على مبدأ مرونة العقد الإداري المقابلة لنظرية (ثبات العقد المدني)، إذ أنها ما هي الا استجابة لمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير، وذلك من دون إخلال بجوهر بجوهر

---

[٤١] – د. أحمد عثمان عياد : المصدر السابق، ص٢١٨-٢٢٠ .

[٤٢] – د. محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري العربي، المصدر السابق، ص٢١٨.

[٤٣] – د. ثروت بدوي : حق الإدارة في تعديل عقودها – ١٩٦٣، ص٦٤ .

العملية العقدية التي تتطلب بطبيعة الحال حسن النية والثقة المتبادلة بين أطراف العقد، وان المهم في الأمر أن المتعاقد ينفذ التزاماته على النحو الذي تقتضيه متطلبات المرفق وانتظام سيره .

وعلى الرغم من ثبات القدرة القانونية لدى الإدارة في إجراء التعديل على العقد، فإنها ليست مطلقة، كما أنها ليست تقديرية، وانما هي سلطة تنبع من دوافع الإستجابة لمتطلبات المرافق العامة وضرورة ادامة سيرها.لأن السلطة التقديرية تعني الحرية الواسعة للإدارة في الابتعاد من التزاماتها التعاقدية، وبعبارة أخرى فإن القول بأن الإدارة تستقل بتقدير ضرورات التعديل يعني إعطائها سلطة مجردة وقائمة بذاتها، مما يضفي عليها وسيلة من وسائل التقدير استجابة لوسائل سير المرافق العامة بانتظام، وبمقدورنا تسميتها اصطلاحاً جديداً بـ ((السلطة التقديرية المنضبطة للإدارة)) .. ولهذا فإن الإدارة تستقيم مع ضوابط قانونية تبعاً لإدارتها نشاط المرفق، مما يوجب عليها مراعاة ذلك، وألا تكون قد خالفت قواعد المشروعية وحق عليها رقابة القضاء وجزاؤه .

واستجابة لذلك فإنه لطالما أن لدى الإدارة القدرة القانونية في التصرف المنضبط في إجراء التعديل، الأمر الذي يلزم فيها الإدارة على قبول منح المتعاقد التعويض المقابل.

..... وعلى وفق التفاصيل التي تم عرضها فإن الحاجة توجب أن نبحث الموضوع بثلاث مباحث كما يلي :

١- المبحث الأول : شروط استعمال الإدارة لحق التعديل .

٢- المبحث الثاني : كيفية تحديد قيمة التعديل .

٣- المبحث الثالث : الحقوق المالية للمتعاقد جراء التعديل

المبحث الاول

شروط استعمال الادارة لحق التعديل

من الثابت أن للادارة السلطة على اجراء التعديلات على العقد على النحو الذي يقترن ذلك بمفهوم سير وانتظام المرفق العام والادارة في ذلك ينبغي ان يخلو تصرفها في التعديل من مخالفة لقواعد المشروعية في تحقيق رقابة القضاء من جهة اخرى عدم خلق خالة من الارباك في سير المرفق العام، مما يقتضي معه أن يكون لهذا التصرف ضوابط أو شروط يجب على الادارة مراعاتها حين التعديل ومن اهم تلك الشروط هي :[٤٤]

أولا: أن <u>تستجد بعد ابرام العقد ظروف تستدعي اجراء التعديل على مضمونه</u>

من المعروف ان قيام الادارة بتعديل العقد هو استجابة حقيقة لدواعي ومقتضيات سير المرفق العام، وبالتالي هذا لا يمنح الحق المطلق للادارة في أستخدام التعديل بمناسبة او باخرى، أنما يرتبط تصرفها بمشروعية مادام يستجيب للقواعد التي تنظم وتخدم المرافق العامة .

وما ينبغي ايضاحه ان تغيير الظروف ليس بحد ذاتها شرطا يمهد التعديل، فقد يكون ضرويا حسب ما يستجد من متغيرا بقدر ما تريد الادارة الادلة من مواصفات جديدة على العقد، وبالتالي ينعكس ذلك على إحداث تغييرا أقتصاديا على العقد، أو قد لايكون ضروريا، مما لايسمح به إجراء التعديل لإخلال ذلك بمشروعية العمل المطلوب، ما دام لايستجيب لمقتضيات سير المرافق العامة .[٤٥]

ومن أجل هذا تختلف سلطة التعديل من عقد الى اخر حسب طبيعته وظروفه التي ينفذ فيها، فنلاحظ مثلا ان الادارة كونها صاحبة عمل تمارس دائما سلطة التعديل في عقود الاشغال العامة، والبعض من عقود التوريد، وذلك لتنظيم سير المرافق العامة، ومع ذلك

---

[٤٤]) المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨. الصادرة عن وزارة التخطيط .

[٤٥]) عبد الحميد كمال حشيش : التطوير الحديث للمبادئ العامة للعقود الادارية. مجلة العلوم الادارية ، ع ٢ ، س ١٩٦٢ ، ص ١٠٤ وما بعدها .

٣) المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.

فإن هذا الإجراء أي التعديل قد ترافقه ظروف يتاثر ويؤثر فيها، وعلى هذا الأساس يمكن حصر عدد من الحالات التي تحقق للإدارة فرصة إجراء التعديل نوجزها على النحو الاتي، (٤٦)

١-عدم تعديل العقد قد يفضي الى تاخير في العمل او الاضرار بالمرافق من الناحية الأقتصادية والفنية .

٢-عدم تعديل العقد قد يؤدي الى عدم الاستفادة من (العقد) إعمال المقاولة التي أنجزت أو ما نفذ من التوريد .

٣-إذا لم يترتب على تعديل العقد تبديل اساسي في الخدمات أو المواد الموردة، وبالتالي تتاثر اعمال المشروع او العمل .

٤-إذا كان تعديل العقد يؤدي الى توفير مبالغ كبيرة للإدارة .

..... ومن الجدير بالإشارة إلى أن عقود التوريد ذات المدد الطويلة يكون تغير الظروف فيها أكثر من غيرها بيد الإدارة، التي تسعى على الدوام الحصول على سلع وخدمات وأشغال أفضل، هادفة سير منتظم للمرفق العام، وفي أحيان كثيرة وبسبب تغير ظروف المرفق تعمد الإدارة الى اجراء التعديل، ولذلك فان حجم التعديل يختلف من عقد إلى آخر حسب مقتضياة تنظيم المرفق العام، الأمر الذي يستحق من الإدارة أن تولي موضوع التعديل الأهمية القصوى التي يستحقها .(٤٧)

ففي عقود الأشغال مثلاً نجد أن تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ في الفقرة (٢) من المادة العاشرة، قد حددت التعديلات بالآتي :

- زيادة أو نقصان الكمية لأي عمل من الأعمال .
- حذف أي جزء من العمل .
- تبديل صفة أو نوعية أو صنف أي عمل من الأعمال .
- تبديل المناسيب والإستقامات والموضع والأبعاد لأي قسم من الأعمال .
- تنفيذ العمل الإضافي من أي نوع ضروري لإكمال الأعمال .

---

(٤٧) – د. مصطفى كمال وصفي : المصدر السابق، ص١٥٨ وما بعدها .

ثانياً : أن تراعي الإدارة في تعديل العقد الإجراءات المقررة قانوناً :

تعد قواعد الإختصاص في ممارسة العمل الإداري من النظام العام لا يجوز مخالفتها، لذلك عندما تتعاقد جهة ما ضمن صلاحياتها، فلا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل لاحق على ذلك العقد حتى ولو أن ذلك يتعلق بأمر من شؤونها ما لم يفوض اليها ذلك من قبل الجهة الإدارية المختصة، فتمارس بمقتضى هذا التفويض إجراء التعديل المطلوب .[٤٨] ولكن قد يقف التعديل حائلاً فيؤثر في العقد بحجة (مبدأ العقد شريعة المتعاقدين) في القانون المدني .

فالوزير في هذا المجال يمتلك من الصلاحيات والسلطات على مرؤوسية مما يمنحه القانون والتعليمات القدرة على إجراء التعديل على العقد بمناسبة أو بأخرى حسب طبيعة الحال، بمعنى آخر بأن الوزير المختص يكون له الحق في إجراء تعديل على عقد قائم كان قد أبرم من قبل أحد المدراء العامين ضمن مسؤولياته،فهو بذلك يستخدم سلطة الرقابة والتوجيه والتعديل سواء على نحو مباشر على العقد أومن خلال إصداره للتعليمات أو الاوامر العامة التي من شأنها أن تقضي على التعديل .

ثالثاً:عدم جواز أن يفضي التعديل على العقد أية تغييرات جوهرية على طبيعة العقد.[٤٩]

ينبغي على الإدارة وقبل كل شيء أن تراعي الدقة لمعرفة ماذا تريد من التعديل على النحر الذي لا يفضي ذلك التعديل الدخول في موضوع جديد للتعاقد، فإذا ماحصل فإن الأمر يلزم الإدارة إبلاغ المتعاقد معها على إجراء التعديل المطلوب مع الأخذ بالحسبان الحدود الفاصلة بين (تعديل العقد) و (التعاقد من جديد)، ومتى ما تحصل للإدارة أنها أمام عناصر عقد جديد، فإن الأولى لها وبواقعية الإعتراف بذلك وسلك الطريق المؤدي الى العقد بتفاصيله، وهذا ما يستحسن عمله في مثل هذه الأحوال، مع الأخذ بنظر الموافقات التي تتطلبها هذه الحالة لغرض انجاز العمل المطلوب رسمياً موافقة المتعاقد، التي لا توقف الإدارة من السير بإجراءات التعديل مادام هناك حاجة للمرفق بذلك .

---

[٤٨] – د. محمد عبد الحميد أبو زيد : أثر التفويض في الإصلاح الإداري، ١٩٧٧، ص٤٧.

[٤٩] – د. السيد محمد مدني : مسؤولية الدولة عن أعمالها المشرعة، المصدر السابق، ص٣٤١ .

أما إذا كان إجراء الإدارة تعديل العقد يشترط أخذ موافقة المتعاقد على إجرائه وكل ما يشترطه القانون هو ابلاغ المتعاقد بذلك التعديل، ليس يقوم بتنفيذه ليس أكثر، ويلاحظ أن الإدارة في هذا قد أسقطت عنصر (الرضا) من الحساب .

ولتوضيح هذه الفكرة نتصور على سبيل المثال ((تتعاقد الإدارة مع أحد)) المقاولين على إنشاء كلية، وبعد فترة من الزمن أي عند تنفيذ العقد طلبت الإدارة منه تحويل الكلية إلى مستشفى، مع إبقاء نفس التصميم والخرائط والمواصفات))، ففي مثل هذه الأحوال لا نكون أمام حالة تعديل للعقد، أما إذا تغيرت المواصفات والتصميم نكون أمام حالة تعديل جديدة يختلف فيه محل العقد لأن المواصفات والتصميم تختلف عن تلك اللازمة لإنشاء الكلية ... في حين إذا حصل تحوير بسيط على طبيعة البناء وحجم الغرف وتقسيماته، ففي هذه الحالة فإن محل العقد لم يتغير كلية، وبالتالي لا حاجة لأخذ موافقات لإتمام عملية التعديل بكافة جوانبها، إنما يقتصر الإتفاق مع المقاول على إجراء تلك التعديلات.

رابعاً : <u>على الإدارة أن لا تتعدى إجراء التعديل بالمزايا المالية للمتعاقد</u> [٥٠]

من المعلوم أن التعاقد مع الإدارة يهدف الى تحقيق الربح المادي، وهذا الهدف بحد ذاته مشروع، مما ينبغي على الإدارة احترامه، طلما أنه قد وضع كافة امكانياته المادية والفنية من أجل تنفيذ العقد، وعلى هذا الأساس فإن ترك الإدارة حرة في إجراء التعديل للعقد من دون مراعاة هذه الناحية سوف يفضي تصرفها هذا الى نفور أعداد كبيرة من الراغبين بالتعاقد مع الإدارة، مما يؤثر ذلك سلباً على أداء المرافق العامة وتعطيل تقديم خدماتها، ولهذا فإن حرص الإدارة على انتظام سير المرافق العام يتجلى في أحيان كثيرة الى إجراء التعديل لعقودها من دون أن تمس المركز المالي للمتعاقد لإبل تهتم بالجانب المالي للمتعاقد عند اجراء أي تعديل. وتتصرف تبعاً لانتظام مرافقها العامة. مع التقيد التام بأن لا تتعسف في استخدام سلطتها ولا تنحرف عن الهدف من وراء التعديل. وهي الحاجة الفعلية لحسن سير المرفق، وعند لجوءها الى ذلك يتعرض تصرفها الى الطعن من قبل المتعاقد للمطالبة بحقوقه المالية التي ترتبت جراء التعديل .[٥١]

---

[٥٠] – Suroit Badoui ; Le fait du price dans Les contrats administratifs. Paris. ١٩٥٥. P .١٢٣.

[٥١] - د. ثروت بدوي : مبادئ القانون الإداري، ط١٩٧٧، ص١٣٦ وما بعدها .

وأخيراً فإن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة، كما أنها ليست تقديرية، وإنما تنبع من دوافع الإستجابة لمتطلبات المرافق العامة وإدامة سيرها، لأن السلطة التقديرية لا تعني الحرية الواسعة للإدارة في الهروب من التزامات التعاقدية، وبالتالي نرى إن استقلال الإدارة بتقدير ضرورات التعديل للعقد من عدمه يعني إعطائها سلطة التعديل وسيلة من وسائل التقدير فحسب، وليس من وسائل سير انتظام المرفق العام، الأمر الذي يكون التعديل موافقاً لمتطلبات عمل المرافق العامة.[٥٢]

خامساً: <u>عند اجراء التعديل للعقد ينبغي أن يكون صادراً من السلطة الإدارية المختصة</u>

إن من المعلوم عند ممارسة العمل الإداري يقتضي أن يوافق تصرفاتها واختصاصاتها للمشروعية وبالتالي فان قواعد الإختصاص تعد من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال وألا تعرض تصرفها للبطلان، مما ينبغي على الإدارة الانصياع لها وعدم جواز الاتفاق على من يخالفها، فعندما تختص الجهة الإدارية بالتعاقد فلا يجوز لجهة إدارية أخرى إجراء تعديل على العقد لأي سبب، ما لم تفوض من الجهة المختصة بممارسة اختصاصها لتتمكن تلك الجهة من مد سلطتها بمقتضى هذا التفويض لإجراء التعديل على العقد، فنلاحظ أن من حق الوزير المختص القيام باي تعديلات على العقد كون الموضوع ينعقد ضمن صلاحياته القانونية لا سيما وأن العقد موضوع التعديل من أعمال وزارته، فلا يعد تصرفه هذا خارج نطاق اختصاصاته بل نزيد على ذلك بأنه من صلاحياته المراقبة والإشراف على كافة العقود التي تبرمها الوزارة من خلال مدرائها العامين، وأن بالإمكان الحلول محل الإدارات المتعاقدة، فيجري التعديل على هذا الأساس، لأن الحلول لا يكون إلا بمقتضى القانون، وبما أن القانون قد خوله صلاحيات تخص وزارته فيمكنه التصرف القانوني تبعاً لذلك.

- [٥٢] د. محمد كامل ليله : نظرية التنفيذ المباشر، المصدر السابق، ص١١٥.

المبحث الثاني

كيفية تحديد قيمة التعديل[٥٣]

على الإدارة وقبل كل شيء أن تلتفت الى الى الحقوق المالية للمتعاقد عند أي تعديل لعقودها وهذا حق فرضه القانون، وما عليها الا احترامها والتقيد بها كونها أحد المزايا التي يتمتع بها المتعاقد مقابل التعديل، وعلى هذا الأساس يمكن أن يثار تساؤل عن القيمة التقديرية لمبدأ عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد جراء التعديل

.... وللإجابة على هذا التسؤل لا بد من الإشارة الى أن هناك نوعان من التعديلات على العقد هما :

النوع الاول : التعديل المباشر :[٥٤]

وهذا النوع ينصرف الى قيام الادارة بإجراء التعديل على العقد بما يتطلبه إحتياج المرفق العام له بالزيادة أو يقتضي الحال انقاص الالتزام لكميات الاعمال او الأشياء أو المواد محل العقد، أو قد ينصرف التعديل أو التغيير ليطول وسائل تنفيذ العقد أو مدة التنفيذ.

النوع الثاني : التعديل بالنتيجة :[٥٥]

يحصل مثل هذا التعديل كإجراء لمشكلة قانونية تعرض اليها المتعاقد سواء بزيادة أو انقاص التزاماته التعاقدية جراء حصول ظروف طارئة كارتفاع الأسعار مثلاً، لم يكن في حسبان المتعاقد توقيعه أثناء ابرام العقد، أو قيام الإدارة أو السلطة الإدارية بفعل، وذلك بتغيير سعر العقد لأية أسباب فنية أو مالية، وهذا ما يسمى (بعمل الأمير) ... وكنتيجة لذلك لابد أن يؤمن التوازن المالي للعقد كحل يضمن استمرار سير منتظم للمرفق العام و لا نذهب بعيداً عن الحال المعروضة آنفاً، فقيام الإدارة بإجراء التعديل على العقد من الناحية الفنية وبإرادتها المنفردة أمراً غير جائز، ذلك لما فيه من تفاصيل لابد أن يقترن ذلك بموافقة المتعاقد، الا أن القانون قد أتاح للإدارة الفرصة للقيام بهذه المهمة، فيما لو اقترن تصرفها بإجراءات نوجزها على النحو الآتي :

---

[٥٣] – محمد كامل ليله : مبادئ القانون الإداري، ط ١٩٦٩، ج١، ص٢٤٧ .

[٥٤] – المادة العاشرة فقرة (٦) من تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية القومية، المصدر السابق .

[٥٥] – المادة العاشرة فقرة (٧) من تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية القومية، المصدر السابق.

١-لكي يكون تصرف الإدارة في التعديل من الناحية الفنية على نحو مشروع أن لا يكون بمثابة تفاصيل لعقد جديد من حيث (الأسعار والكميات والمواصفات) .

٢-أن يرافق التعديل على وفق ما تقدم تغيير في ثمن سعر العقد، مع اقتران ذلك مع التعليمات والضوابط الحسابية .

٣-يلاحظ في أعمال المقاولات عند اجراء التعديل على تسعيرة الأعمال، يستلزم أن يكون ذلك وفقاً لأحكام وشروط تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية، وفي حالة إضافة فقرات جديدة فإن تلك التعليمات تشير الى اعتماد أسعار السوق السائدة أساساً لتسعيرها مضافاً اليها المصاريف الإدارية والأرباح.[٥٦]

... وكمبدأ عام فيما تقدم ذكره نجد أن المادة (٥٢) الفقرة (١) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨، قد بينت كيفية احتساب التغييرات لجدول الكميات .. فنلاحظ أن المادة مارة الذكر، قد منحت المهندس صلاحية تحديد المبلغ الذي يتوجب إضافته أو انقاصه من أعمال نفذت أو حذفت بأمر منه. مما يدعونا الى الملاحظة، حيث قد منح المهندس بموجب هذه المادة سلطة تقديرية وبإرادة منفرة في تحديد المبلغ الذي يرى إضافته أو حذفه من مبلغ المقاولة، كما أن لدينا ملاحظة أخرى على الفقرة (٢) من ذات المادة، إن المهندس قد مسّ في التعديل احتساب قيمة التغييرات لجدول الكميات المسعّر أصلاً، أما التغييرات التي تتعلق بأعمال لا توجد لها فقرات مشابهة أو مقاربة في جدول الكميات المسعّر أو أن المواد المطلوب توريدها جزءا منها بدائل متشابهة أو مقاربة، فإننا نقف بمقتضى ذلك أمام حالتين :

الحالة الأولى : يجري التعديل للعقد في حالة عدم وجود فقرات مشابهة أو مقاربة مثبتة في جدول كميات العقد

أ- في عقود التوريد : يختلف عقد التوريد عن سواه من العقود، حيث نحن أمام اجراءات قد اتخذت مسبقاً – وهي إجراءات المناقصة – [٥٧] وحددت الأسعار بشكل نهائي وابرام العقد على أساسها ففي حالة التعديل بطلب مواد نكون أمام موقف قانوني يستوجب الإلتزام

---

[٥٦] – المادة العاشرة الفقرة (٦، ٧) من تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية، المصدر السابق.

[٥٧] – للمزيد رسالتنا في الدكتوراه الموسومة بـ ((النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية)) ١٩٩٧ مقدمة الى جامعة بغداد / كلية القانون .

بـه، إذ ينبغـي أن يلاحـظ أولاً وقبـل كـل شـيء أن المـواد المطلوبـة غيـر موجـودة فـي فقرات مشابهة أو مقاربة من مفردات مواد العقد ففي هذه الحالة يتطلب الأمر الاتفاق مع المجهز علـى أسـعار جديـدة مـع اقتـران تصـرف الإدارة هـذا بموافقـة المراجـع ذات الاختصـاص والصـلاحيات، والا اعتبر هذا التعديل غير موافق للقانون وبالتالي فإنها أي الإدارة تواجه الطعن بتصرفها وفقاً للإجراءات الإدارية والقضائية، فيما لو لم يستحب ادارياً. وعند عدم رغبة المجهز لأي سبب استمرار تنفيذ مفردات التعديل، يتم الإعلان عنها (اي تلك المواد) بمناقصة جديدة او دعوة مباشرة لغرض اتمام عملية التوريد وبالتالي لا يسأل المجهز الذي رفض التعديل بأي إجراء. نلاحظ أن القضاء المصري وفي حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١١-٦-١٩٦٨، بهذا الصدد قولها ((.....حيث نص العقد على توريد دجاج وأرانب حية، ولكن الإدارة طالبت بتوريدها مذبوحة ومنزوعة الأحشاء، فقالت المحكمة إن هذا الذي طلبته الإدارة المتعاقدة على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل)) [٥٨]

ب- عقد الاشغال العامة : عند حصول تغييرات في الأعمال المطلوب تنفيذها لأحد عقود الأشغال العامة بإضافة أعمال أو بإنقاص إلتزام يتوجب على المهندس (إدارة المشروع) أن يتوصل مع المقاول الى اتفاق على الاسعار للفقرات المشابهة أو المقاربة لجدول الكميات، وتتم العملية بموجب ملحق للعقد يقترن بموافقة المرجع. أما إذا لم يحصل اتفاق على الأسعار مع المقاول بسبب تغيير الأسعار في الأسواق المحلية من جانب ومن جانب آخر لا يوجد هنالك فقرات متشابهة أو متقاربة، فإن على المقاول أن يثبت اعتراضه بإشعار تحريري يوجهه الى الإدارة يبين فيه تحفظه ومطالبته بزيادة الأسعار على أن لا يتوقف عن العمل [٥٩].

ويلاحظ أن التعليمات التي تقضي بعدم التوقف عن العمل هي ضمانة للمقاول في الاستمرار بالعمل، إلا أنها من جانب آخر ليس من المؤكد أن يمنح المقاول الزيادة

---

[٥٨] – د. سلمان محمد الطماوي : المصدر السابق. ص٤٩٦.

[٥٩] – المادة (٥٣) الفقرة (٣) من الشروط العامة لأعمال اهندسة المهنية. والمادة (٣٥) الفقرة (٤) من الشروط العامة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية الصادرة عن وزارة التخطيط، ١٩٨٨.

المطلوبة، وبذلك يكون حق المقاول في المطالبة بزيادة الأسعار هو(احتمالي)، ويرجع سبب الاحتمالية الى رفض الادارة اي زيادات على جدول الأسعار الخاص بالعقد. وبهذه المناسبة يفترض من الإدارة إيقاف العمل وعدم تعريض المقاول لهذا الرفض، حيث سيرتب عليه أعباء التغييرات وعلى أساس هذا التصرف من قبل الإدارة فإن المقاول حتماً ومن باب أولى لاستحصال حقوقه أن يتظلم لدى الإدارة للمطالبة بالزيادة، وفي حالة الرفض، فلا سبيل أمامه الا اللجوء الى القاضي الذي يعد الضمانه الوحيدة للمقاول لاسترداد حقوقه .

الحالة الثانية : <u>حالة تعديل للعقد عند وجود مواد أو أعمال مثبتة في جدول العقد</u>

أولاً : <u>عقود التوريد</u>

إذا كان التعديل ينص على مواد وردت لها فقرات مشابهة أو مقاربة ضمن جدول المواد او الكميات للعقد ..... فينبغي التفصيل على وفق الآتي :

١- <u>إذا كان التعديل متعلقاً بجزاء من فقرة واردة في قائمة المواد،</u> فعندئذ تتخذ اسعار المادة وفقاً للأسعار التي سبق استيرادها أو شراؤها على أن يطرح منها أو يضاف إليها فرق الزيادة السنوية التي طرأت عليها، أما إذا كان التعديل منصباً على تغيير فقرة أو فقرات بأكملها، ففي هذه الحالة يتم احتساب سعر تلك الفقرة أو الفقرات البديلة بتقديم المجهز أسعاره، على أن تقوم الإدارة بإجراء الملائمة السعرية والعمل على استحصال الموافقة اللازمة، ومن ثم اعداد ملحق للعقد يتضمن التعديل المطلوب.

٢-<u>إذا انصب التعديل على زيادة في الكميات المطلوبة</u>

أ- إذا كان التعديل على العقد بزيادة في الكميات (مواد، معدات، أجهزة ... الخ) المطلوب فيها الى اجراء التعديل بعد استحصال موافقة المجهز على زيادة الكمية بذات الأسعار، على أن يقترن هذا الإجراء بمصادقة الوزير المختص أو صاحب الإختصاص، وتجري الأمور الأخرى وفقاً للسياقات المعمول بها، ويتطلب هذا العمل قيام الإدارة بإعداد ملحق للعقد يتضمن تلك الزيادة والأسعار التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين.

ب- <u>إجراء التعديل على العقد اذا انصب على طلب مواد أخرى،</u> إذا كان التعديل المطلوب ينطوي على تغيير جوهري للعقد، وانها (أي المواد) احتكارية فيصار الى تقديم المجهز أسعاره واجراء المفاوضات معه على أساس المواصفات الفنية والسعر المطلوب، مع الأخذ بنظر الإعتبار الملائمة السعرية، فيما لو كان هنالك توريد سابق لتلك المادة، أما إذا لم

تكن المادة إحتكارية فلا يجوز للإدارة إجراء التعديل المطلوب إنما تلجأ إلى إعلان مناقصة إنما تلجأ الى اعلان مناقصة جديدة أو دعوة مباشرة الى المكاتب والشركات التجارية المسجلة لديها، ومن ثمة السير بها للتعاقد على تلك المادة أو المواد حسب الأصول. اللهم فقط إذا كانت المادة المطلوبة ذات حاجة مستعجلة فيها لها من الأهمية بمكان فيتطلب الأمر قيام المجهز تقديم أسعاره وإجراء الملائمة السعرية، مع الأخذ بنظر الاعتبار الزيادة السنوية على المادة، ومن ثم استحصال موافقة المراجع ذات الاختصاص للموافقة على اساس العرض الواحد.

ثانيا: <u>عقد الأشغال العامة</u> :[٦٠]

هناك حالتين لإجراء التعديل على عقد الأشغال العامة، يمكن إنجازها على النحو الآتي :

الحالة الأولى : <u>التعديل الذي يتعلق بأعمال لا توجد لها فقرات مشابهة أو مقاربة في الجدول المرفق بالعقد .</u>

في الكثير من الأحيان يحصل عند قيام المقاول بتنفيذ مقاولة ما، تطلب الإدارة منه اجراء تعديل للعقد لفقرات لا توجد مشابهة أو مقاربة في جدول الكميات في العقد الأصلي، فعندئذ يتم الاتفاق مع المقاول على أسعار مناسبة، وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق، فيحق للإدارة تحديد زيادة في الأسعار لتلك الفقرات بالشكل الذي يضمن للمقاول تنفيذ المقاولة من دون خسائر، مع أحقية المقاول بالتحفظ وتقديم تظلم للإدارة يوضح فيه بطلب الزيادة مع ضرورة عدم توقفه عن العمل والتنفيذ بالاسعار التي حددتها الإدارة، فعند عدم استجابة الإدارة لمطالب المقاول في الحصول على حقوقه، فإن الضمانة الأكيدة هو القضاء الذي له الولاية في الفصل في النزاع .[٦١]

الحالة الثانية : <u>حالة ما اذا كان التعديل منصباً على أعمال وردت لها فقرات متشابهة أو مقاربة :</u>

---

[٦٠] – د. سعدون ناجي القشطيني : المصدر السابق، ص٧٠.

[٦١] – د. عمر حلمي طبيعة اختصاص القضاء الإداري. بمنازعات العقود الإدارية.س، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص١٣٩.

إذا كان التغيير متعلقاً " بجزء من فقرة أو فقرات وارده في الجدول أو بكمية أي فقرة بالزيادة أو النقصان، وهذا الموضوع ينطوي على أمور فنية في بعض الأحيان، مما يتطلب الوقوف على أحكام القانون فيها بصورة دقيقة، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نمنح فرصة الإطلاع على بعض المفردات كحالات تطبيقية لغرض القياس أو العمل بمقتضاها نجوزها على النحو الآتي :

١- إذا كان التعديل يتعلق بجزء من فقرة في جدول الكميات المسعرة، ففي هذه الحالة تتخذ أسعارالمقاولة للفقرة الأصلية المطلوب تعديلها أساساً للتسعيرة، على أن يتم طرح منها أو يضاف إليها فرق كلفة المواد والعمل .[٦٢] وهذه المسألة واضحة لا تحتاج الى ذكر أمثلة لانه ما دامت الفقرة الاصلية مسعرة فيجري احتساب قيمة التعديلات المنصبة على جزء منها على نحو لا يثير اي نزاع بين الطرفين .

٢- إذا كان التعديل منصباً على تغيير فقرة أو فقرات بأكملها من جدول الكميات. في هذه الحالة يتم احتساب سعر تلك الفقرة أو الفقرات البديلة على أساس الكلفة الحقيقية لها مع الأخذ بالإعتبار ربح وخسارة المقاولة من كل فقرة تقرر تغييرها .[٦٣]موضوع التعديل للعقد أصبح كلياً وليس جزئياً، فيما كان يمكن أن يجنبها فقرة أو عدد من الفقرات البديلة .

وهنا يقصد بالكلفة الحقيقية السعر الفعلي المدفوع من قبل المقاول عن تغيير الأعمال، مضافاً اليها قيمة المواد والأعمال التي تطلبها ذلك التغيير، وبالتالي يجب أن يزيد أو ينقص مبلغ المقولة حسب مقتضى الحال بمقدار المبلغ المدون في جدول الكميات بسبب ذلك التعديل. ولا يفوتنا ضرورة أن يكون للتغيير أو التعديل أمراً صادراً من الإدارة (المهندس) بذلك. [٦٤]... إن المشرع بغضافته احتمالات الربح والخسارة الى الكلفة الحقيقية في مثل الحالة المعروضة، فقد أخذ بنظر الاعتبار حقوق المقاولان .

---

[٦٢] – المادة (٥٢) الفقرة (٣) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨.والمادة (٥٢) فقرة (٤) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة والميكانيكية والكيمياوية لعام ١٩٨٨ الصادرتين عن وزارة التخطيط.

[٦٣] – المادة (٥٢) البند (ب) الفقرة (٢) من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية/المصدر السابق

[٦٤] – د. سعدون ناجي القشطيني : دراسة في الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية، كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص٧٠.

٣- إذا كان التعديل منصباً على كمية أية فقرة في جدول الكميات المسعرة، فينطبق عليها سعرها في المقاولة لحد ٢٠% (بالزيادة أو النقصان) من الكميات الواردة ازائها في الجدول، على أن يتم الاتفاق بين المهندس والمقاول على سعر جديد لما يتجاوز النسبة المذكورة[٦٥] .. بينما تبلغ هذه النسبة مقدار ١٥% بالنسبة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية.[٦٦]

٤- إذا كان التعديل بمثابة تخفيض فقط على كميات من فقرات جدول الكميات المسعرة، بنسبة تتجاوز ٢٠% من الكميات الواردة إزائها في الجدول، ففي مثل هذه الحالة يعطى للمقاول تعويض عما فاته من الربح المتوقع، كان يمكن أن يحصل عليه لو لم يتجر الإدارة التخفيض بالنسبة المذكورة، وقد يحدث ببعض الاحيان أن يجري تخفيض الاعمال في وقت تكون فيه ظروف المقاولة ليست في صلاحة كائن معرضاً لخسارة محققة، ففي مثل هذه الحالة يجب مراعاة جانب الإدارة في العقد وذلك بتخفيض مبلغ التعويض الواجب عليها دفعه، ما يتناسب مع حجم الخسارة التي تعرض اليها المقاول [٦٧]....وفي حالة عدم اتفاق الطرفين (الادارة والمقاول) على تسعيرة جديدة تتجاوز نسبة أل ٢٠ % من الكميات بالنسبة لأعمال الهندسة المدنية و١٥ % بالنسبة لأعمال الهندسة الميكانيكية والكيميائية فيصار الى ذات الإجراءات التي تكلمنا عنها عند تعديل الفقرات التي لا يوجد ما يماثلها في جدول الكميات المسعرة.

---

[٦٥] – المادة(٥٢) البند (ج) الفقرة(٢) من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية /المصدر السابق

[٦٦] – المادة (٣٥) = = الفقرة (٥) = = = = = = = = = = = = = = =

[٦٧] – المادة (٥٣) = = = الفقرة (٢) = = = = = = = = = = = = = =

المبحث الثالث

حقوق المتعاقد عند تعديل العقد

اعتادت الإدارة في تنفيذ عقودها على التزام جانب المصلحة العامة في المرفق وما يتطلب من احتياجات لتأمين سيره بانتظام، دون المتعاقد، الا ان ذلك لا يفضي الى التضحية بمصلحته، وعلى هذا الاساس نجد أن الإدارة عندما تقوم بتعديل العقد تثبت بعض الحقوق للمتعاقد، ومن بين تلك الحقوق حصوله على التعويض وتمديد مدة العقد، بما يتناسب مع طبيعة التعديلات التي أجرتها الادارة. ويضاف الى حقوق المتعاقد حقه في طلب فسخ العقد عندما يكون طلب التعديل يرتب عليه أعباء لا يقوى على تنفيذها بالطريقة التي تريدها الإدارة، كما له الحق في طلب الغاء قرار الادارة في اجراء التعديل غير المشروع، الا ان ذلك يتطلب من المتعاقد الطلب من القذاء ذلك ... ومادام ان الفسخ والإلغاء يتقارنان طبقاً لمبدأ المشروعية لصالح المتعاقد ومتعلقات بشروط استعمال الادارة في سلطة التعديل فإننا سنحصر البحث بهما، لأنهما يثيران موضوعات أخرى :

أولاً : حق المتعاقد في التعويض [٦٨]

حينما تجري الادارة تعديلاً للعقد فان للمتعاقد الحق في الحصول على التعويض الذي يتناسب وما نفذه من التزام التعديل، لأن سلطة الادارة في فرض التعديل على العقد تستلزم وجود تناسب بين الإلتزامات التي يفرضها التعديل والمزايا والمالية التي يجنيها المتعاقد جراء ذلك لكي يظل التوازن المالي للعقد قائماً، كحق مفترض في العقد الإداري. فقد يكون التعويض بقرار يصدر من الادارة (الجهة المستفيدة) من شأنه أن يرفع سعر العقد، وبالتالي يحقق ذلك رغبة المتعاقد للحصول على حقه بالتعديل ويجنبه الخسائر، وبكل الأحوال فإن مادام أن نتيجة التعديل في خدمة المرفق فلا ضير من تقديم ما يستحقه المتعاقد جراء عملية التعديل[٦٩]. وبطبيعة الحال فان مطالبة التعويض ينبغي أن يقترن اجراء الادارة بالتعديل اقرار الجهة المختصة بهذه الصلاحية، وبخلاف ذلك يعد التعديل ليس في محله وبالتالي يتعرض تصرف الادارة الى المسائلة نتيجة ذلك، وبعبارة أخرى فان

---

[٦٨] – يعد التعويض الذي يتعلق بتعديل العقد من النظام العام كحق يفرضه القانون فلا يجوز مخالفته، والا يتعرض من يخالف الى مواجهة القضاء وذلك لمشروعية الحق.

[٦٩] – د. حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الادارة في العقد الاداري، ١٩٦١، ص٦١.

عمل الادارة هذا يخضع لرقابة القضاء، فإذا قام المتعاقد بتنفيذ بعض الاعمال التي رتبها التعديل من دون أن تقوم الادارة بدفع ما استحقه المقاول، بطبيعة الحال ذلك يكون من خلال قرار لجنة فنية خاصة بذلك مقترن عملها بمصادقة الرئيس الاداري الأعلى، ففي حالة عدم تنفيذ هذا الاجراء فان بمقدور المقاول مطالبة الادارة بتقديم تظلم يطلب فيه اجوره التي يستحقها، وبخلاف ذلك فان مقتضيات المصلحة العامة توجب عليه العمل على صرف ما استحقه المقاول نتيجة التعديل والا تعرضت لرقابة القضاء. ونلاحظ حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بهذا الصدد والصادر في ١١-٦-١٩٦٨ التضمن الآتي ((حيث نص العقد على توريد دجاج وارانب حية ولكن الادارة طلبت بتوزيعها مذبوحة ومنزوعة الاحشاء، فقالت المحكمة ان هذا الذي طلبته الادارة في حقيقته تعديل لشروط العقد تملكه الادارة المتعاقدة على ان تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل))[٧٠].

ثانياً : حق المتعاقد في طلب تمديد العقد

من المسلم به أن العقد يعد نافذاً اعتباراً من تاريخ الاحالة او من تاريخ توقيع العقد ما لم ينص على ذلك فيه، مع تثبيت مدة التنفيذ في صيغة العقد، ويكون ذلك ملزماً للجانبين وعند قيام الادارة باجراء التعديل على العقد من جانب واحد كأن تقوم بإضافة مواد اذا كان العقد توريد أو بزيادة الاعمال او تحوير في أعمال امقاولة كماً أو نوعاً اذا كان العقد أشغالا عامة، أو يكون من شأن ذلك أن يؤثر على سير العقد، بحيث لا يمكن للمتعاقد اكمال العقد ضمن المدة المتفق عليها، فيكون من حق المتعاقد أن يطلب تمديد مدة اكمال العقد وفق الضوابط الآتية :

١- تناسب المدة التي يتطلبها اجراء التعديل مع مدة العقد الاصلية والمادة المطلوب توريدها أو حجم وطبيعة العمل الاضافي للمقاولة.

٢-أن لا تكون مدة التمديد المطلوبة متداخلة مع مدة العقد الاصلية.

خاتمة البحث :

---

[٧٠] – د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة / المصدر السابق/ص٤٩٦.

في ضوء التفاصيل المبسوطة في البحث يتضح بأن سلطة الادارة في تعديل العقد (التجهيز أو الأشغال العامة ... الخ) ممكناً قانونياً يمنحها القانون لا بل بذل الفقه الاداري جهود فكرية لترسيخها، وتبناها فيما بعد القضاء لتكون نظرية عامة في مجال العقد، الامر الذي دفع بعض التشريعات الى وضعها في طلب التشريع، ومنها التشريع العراقي (شروط المقاولة، أعمال الهندسة المدنية، وشروط المقاولة لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية)، إضافة الى تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية ... ومادام أن العقد يتعلق بنشاط مرفق عام، فان الامر يقتضي عند احتياج المرفق الى اجراء تعديل للعقد، لاستمرار المرفق بانتظام فان ذلك أمرا طبيعياً من اجراء التعديل مادام العقد يتعلق بنشاط المرفق العام، وان من خصائص المرفق العام قابليته على التطور والتغيير بحسب الحاجة المستجدة .

.... الا ان هذا الإجراء (التعديل) لا ينبغي أن يقترن بموافقة الجهة صاحبة الصلاحية من جهة ومن جهة ثانية ان تتطابق تلك التصرفات والضوابط القانونية والتعليمات الصادرة بهذا لاشأن وذلك كي لا تضيع حقوق اطراف العقد جراء ذلك، لاسيما حقوق المتعاقد تجاه سلطة الادارة فيما تقوم به من التعديل الذي يصاحبه إضافة مبلغ ومدة للعقد ليتمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته بصورة صحيحة، فضلاً عن ذلك لا بد من الادارة ان تأخذ بنظر الاعتبار نسبة التعديل المطلوب للعقد بحيث لا نكون أمام حالة قانونية تستوجب اجراء مناقصة جديدة، لذلك فان على الادارة التقيد التام بالتعليمات النافذة بهذا الشأن وعدم الخروج عنها.

..... ونقترح ونحن قد أنهينا هذا الموضوع المهم الآتي :

١- قيام المشرع بتشريع قانون خاص بالمناقصات أسوة بالدول التي سبقتنا في هذا المجال ونخص بالذكر مصر والاردن والكويت .. الخ .

٢- من المعلوم ان اختصاص النظر لموضوع العقود ينعقد بشكل أصيل للقضاء الإداري في جميع الدول التي تأخذ بالقضاء المزدوج، ومادام في العراق محكمة للقضاء الاداري الامر الذي ندعو فيه المشرع لمنح الاختصاص للقضاء الاداري بدلاً من القضاء العادي.

المصادر العربية

أ- الكتب العربية

١- د. إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤، ط مكتبة الفلاح – الكويت ١، ١٩٨١.

٢- د. أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري، القاهرة ١٩٤٥.

٣- د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية ١٩٨٥.

٤- د. خالد سمارة الزغبي/ القرار الاداري / الاردن، ١٩٩٩.

٥- حمدي ياسين عكاشا: القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة المصري، منشأة المعارف ١٩٨٧.

٦- حمدي يونس: عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها، بغداد-١٩٧٠.

٧- د. عمر حلمي: طبيعة اختصاص القضاء الاداري بمنازعات العقود الادارية. س، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

٨- سليمان بيات : القضاء المدني العراقي، ط١.

٩- سليمان مرقص : نظرية العقد ، القاهرة ١٩٥٦ .

١٠-د. سليمان محمد الطماوي :

– النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربية ط ١٩٦٥.

– الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٩١ .

١١- د.شمس الدين الوكيل : دروس في العقد وبعض أحكام الإلتزام، ط١، المعارف بالإسكندرية ١٩٦٠-١٩٦١ .

١٢- شكري حبيب جيد : التعاقد والشراء، دار الكتاب العربي، القاهرة .

١٣- طميعة الجرف : القانون الإداري، دار النهضة العربية ١٩٧٨ .

١٤- د. عبد الرزاق النوري : نظرية العقد، القاهرة ، ١٩٣٤ .

١٥- د. عبد السلام الترمانيني : نظرية الظروف الطارئة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧١ .

١٦- د. عبد المجيد الحكيم : الوجيز في شرح القانون المدني العراقي ، ط ، مصادر الإلتزام ١٩٦٠ .

١٧- د. عبد الفتاح صبري ابو الليل : أساليب النعاقد الاداري، بين النظرية والتطبيق، دراسة مقاونة ١٩٩٤.

١٨- د. عبد المجيد فياض : نطرة الجزاءات في العقود الادارية، ١٩٧٥.

١٩- د. عبدالودود يحيى : الوجيز من النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الاحكام الإثبات، دار النهضة العربية ١٩٩٤.

٢٠- د. علي حسن ذنون : أصول الالتزام، شرح القانون المدني، مطبعة المعارف ١٩٧٠.

٢١- د. عمر صلحي: طبيعة اختصاص القضاء الاداري بمنازعات العقود الادارية، دار النهضة العربية ١٩٩٣.

٢٢- د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية.

٢٣- د. غازي عبدالرحمن ناجي: التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية ١٩٨٦.

٢٤- فكري ابو الخير: مجموعة التشريعات للمناقصات والمزايدات، دار الفكر العربي ١٩٨٨.

٢٥- د. محمد ابراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، وابرام العقود، القاهرة ١٩٩٦.

٢٦- د. محمد خلف الجبوري: - العقود الادارية، بيت الحكمة ١٩٨٩.

- النظام القانوني للمناقصات العامة، جامعة إربد ١٩٩٧.

ب- الرسائل الجامعية

١. صبري حمد خاطر: الغير عند العقد، رسالة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد ١٩٩٢.

٢. سمير إسماعيل: الاعتبار الشخصي في التعاقد، راسلة دكتوراه، جامعة الاسكندرية ١٩٧٥.

٣. فاضل شاكر النعيمي: نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير كلية القانون والسياسة ١٩٦٩.

٤. عبدالمطلب عبد الرزاق الهاشمي/النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية/رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد/١٩٩٧.

ج- البحوث والمقاولات والمحاضرات

١. د. حسين درويش عبدالعال: وسائل تعاقد الادارة، والمناقصات والمزايدات والممارسة، ط١، مكتبة أنجلو المصرية ١٩٥٩.

٢. حنفي محمد غالي: نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقها على عقود وبيع أملاك الحكومة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س٢، ع٣-١٩٥٨.

٣. د. سعدون ناجي القشطيني: دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٧٥.

٤. د. محمد خلف الجبوري- الضوابط القانونية في تعديل المقاولات الحكومية/كلية القانون/جامعة بغداد،١٩٨٨.

٥. د. عصمت عبد المجيد بكر: نظرية الظروف الطارئة، ودور القاضي في تطبيقاتها، سلسلة الثقافة القانونية، ١٩٩٣.

٦. د. عبدالله اسماعيل البستاني: نظرية الظروف الطارئة، مجلة الاحكام القضائية، العدد السادس، تشرين الأول ١٩٣٥.

٧. د. عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ج١-٢، بحث منشور، مجلة مصر المعاصرة.

٨. عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الادارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق، س١١، ع١٩٨٧/٣.

٩. د. محمد عبد الجواد: شروط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة الحقوق والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، العدد ١، ك١، ١٩٦٣ س٣٣، مطبعة جامعة القاهرة.

د- القوانين والأنظمة والتعليمات

١. القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢. قانون المناقصات والمزايدات المصري المرقم ٩ لسنة ١٩٨٣.

٣. تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.
٤. الشروط العامة المقاولات أعمال الهندسية المدنية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.
٥. الشروط العامة المقاولات أعمال الهندسية الكهربائية والميكانيكية والكيمياوية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.

المصادر الأجنبية

١. Andre de iaubader traite theorigue et bartique des, contrats administatifs ١٩٥٦.
٢. Suroit Badoui ; Le fait du price dans Les contrats administratifs tom I. I. I. Paris. ١٩٥٥.
٣. Jean marie – Auby et Robert Ducos: Droit administratif. DelloZ ١٩٧٣
٤. Jean Rivero; Droit administrative ٢ endition ١٩٧٣ .