

سلطات الإدارة الاستثنائية في تعديل العقد الإداري

The powers of the special administration in amending the administrative contract

Lect. Ali Sahib Al-Shareefy

م.د. علي صاحب الشريفي^(١)

الخلاصة

إنَّ الإدارة تتمتع بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، فهي تستمدّها من تعاقدّها بعدها سلطة عامة، الأمر الذي يعطيها الحق في التمتع بامتيازات السلطة العامة من خلال ممارستها لتلك السلطات، ويستند تمتع الإدارة بها إلى طبيعة العقود الإدارية وارتباطها الوثيق بتسيير المرافق العامة، الأمر الذي يتعين معه تغليب الصالح العام على الصالح الخاص للمتعاقد مع الإدارة دون أن يكون للمتعاقد الاعتراض على ممارسة الإدارة لتلك السلطات مادامت تلك الممارسة في إطار المشروعية.

Abstract

That the administration has exceptional powers in the face of the contractor, in the event of implementation of its contractual obligations, they derive from the contract as a public authority, which gives them the right to enjoy the privileges of public authority through the exercise of those authorities, based on the management of the nature of administrative contracts and its close link with the management The public interest shall be vested in the private interest of the contractor with the administration without the contractor having an objection to the exercise of administration by such authorities as long as such practice is within the framework of legality.

١ - جامعة أهل البيت - /كلية القانون.

أولاً: موضوع البحث

إنَّ سلطة الإدارة في تعديل بنود العقد الإداري تشكل نظرية قانونية مستقلة فهي تعد واحدة من أهم وأخطر السلطات التي تملكها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، باعتبار أنها تشكل إحدى القواعد العامة في نظرية العقد الإداري وسندها في ذلك هو مقتضيات فكرة المرفق العام بمعناها الواسع التي تتميز بها العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، فالعقود الإدارية وإن كانت تتفق مع عقود القانون الخاص بأنها تنشأ بين الأطراف حقوقاً والتزامات متبادلة، إلا أنها تختلف عنها من حيث عدم تسليمها بقاعدة المساواة بين المتعاقدين، فالإدارة تتمتع بامتيازات وحقوق لا يتمتع بمثلها المتعاقد ترجيحاً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

تكمن أهمية موضوع البحث من خلال أن الإدارة تتمتع بسلطات استثنائية يسوغها اتصال عقودها الإدارية بالمرافق العامة ومتطلبات تسييرها، لذا فأحكامها مقرر لها بموجب القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية، وهذه الامتيازات والسلطات تتمتع بها سواء وردت في العقد أم لم ينص عليها فيه، ولا يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يحتج بقاعدة العقد شريعتي المتعاقدين وليس من حق الإدارة التنازل عن هذه السلطات لأنها تتعلق بالنظام العام وكل اتفاق يقع خلافها يعد باطلاً.

ثالثاً: مشكلة البحث

- تتركز مشكلته البحث من خلال عدة تساؤلات يمكن عرضها أو إثارتها وفق الآتي:-
- متى يحق للإدارة التمتع بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري؟ وهل هذه السلطة منصوص عليه في العقد أم لا؟
 - هل إن استعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية في الرقابة أداة من شأنها دعم وتقوم القرار الإداري بالشكل الذي يوازي بين غاية الإدارة في تحقيق الصالح العام وغاية الأفراد في تحقيق المصلحة الخاصة؟ أم إن دور الرقابة يقتصر على تحقيق الصالح العام بعيداً عن المصلحة الخاصة للأفراد؟

رابعاً: منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي لدراسة موضوع سلطات الإدارة الاستثنائية في تنفيذ العقود الإدارية من خلال تحليل النصوص الواردة في هذا الشأن فضلاً عن التطرق إلى أبرز القرارات الصادرة من المحاكم الإدارية والقضائية بهذا الخصوص.

خامساً: خطة البحث

سنقسم خطة البحث على مبحثين نتناول في المبحث الأول ماهية سلطات الإدارة الاستثنائية في تعديل العقد، وهو مقسم على مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان مفهوم سلطات الإدارة الاستثنائية في

تعديل العقد، إما في المطلب الثاني فسنتناول فيه مظاهر سلطات الادارة الاستثنائية في تعديل العقد الاداري.

إما في المبحث الثاني فسنتناول فيه استعمال الادارة لسلطة تعديل العقد وهو مقسم على مطلبين نتناول في المطلب الاول اثر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وسلطات الادارة الانفرادية، إما في المطلب الثاني فسنخصصه لبيان ضمانات المتعاقد تجاه استعمال الادارة غير المشروع لسلطة التعديل. وفي الخاتمة سوف يتم التطرق الى اهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل اليها.

المبحث الأول: ماهية سلطات الادارة الاستثنائية في تعديل العقد الاداري

إنَّ الادارة تتمتع بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، فهي تستمدّها من تعاقدها بعدها سلطة عامة، الامر الذي يعطيها الحق في التمتع بامتيازات السلطة العامة من خلال ممارستها لتلك السلطات، والذي يستند تمتع الادارة بها الى طبيعة العقود الادارية وارتباطها الوثيق بتسيير المرافق العامة، الامر الذي يتعين معه تغليب الصالح العام على الصالح الخاص للمتعاقد مع الادارة دون ان يكون للمتعاقد الاعتراض على ممارسة الادارة لتلك السلطات مادامت تلك الممارسة في اطار المشروعية.

وفي ضوء ما تقدم سنتناول سلطات الادارة الاستثنائية من خلال مطلبين نخصص الاول لبيان مفهوم سلطات الادارة الاستثنائية في تعديل العقد الإداري، اما في المطلب الثاني فسنتناول فيه مظاهر سلطات الادارة الاستثنائية في تعديل العقد الإداري، وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأول: مفهوم سلطات الادارة الاستثنائية في تعديل العقد الاداري

إنَّ حق الادارة في استخدام سلطة التعديل في العقود الادارية في الحقيقة لا يمكن تأسيسه إلا على مستلزمات المرافق العامة، وتغييراته المفاجئة، إذ نجد أن الفكرة العامة في ذلك تتمثل في ان الادارة يجب الا تنقيد بشكل غير محدود لعقود صارت غير متكيفة مع حاجات المرفق وذلك لان العقد يرتبط بالمرافق العام الذي يتميز بدوره وقابليته للتغيير والتعديل مما يعني ضرورة تمتع العقد بذات درجة المرونة التي يتمتع بها المرفق والا أدى الى جمود العقد، ومن ثم، جمود المرفق^(٢).

وفي ضوء ما تقدم سنتناول مفهوم سلطات الادارة الاستثنائية في تعديل العقد من خلال التفصيل الآتي:-

الفرع الأول: تعريف سلطات الادارة الاستثنائية في تعديل العقد الاداري

إنَّ العقد الاداري شأنه شأن كل عقد ينشئ حقوقا والتزامات متبادلة بين طرفيه، إذ غالبا ما تكون منصوص عليها في العقد، الا ان علاقة الادارة بالمتعاقد معها في العقد الاداري تختلف اختلافا كبيرا عن العلاقة التي تربط المتعاقدين بالعقود المدنية، ويرجع السبب في ذلك أن علاقة الادارة بالأفراد في العقود

٢- د. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

الادارية تتميز بطابع خاص يختلف عن علاقة الأفراد بعضهم ببعض مما أدى الى وجود قواعد تناسب طبيعة نشاط الادارة وهدفها. ومرجع ذلك ان الادارة باستخدامها وسيلة العقد الاداري تهدف الى تسيير المرفق العام الذي تقوم على رعايته، مما أدى الى عدم وجود تساوي في المراكز القانونية بين الافراد والادارة، فالإدارة تتمتع بمركز متميز عن الافراد وذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام، ومن ثم فهي تتمتع بسلطات استثنائية لضمان حسن سير المرفق بانتظام واضطراد كلما اقتضت الحاجة لذلك^(٣).

وهنا تظهر قاعدة عدم المساواة بين الافراد وبين الادارة في العقد الاداري وذلك لان الفرد دائما يستهدف تحقيق مصلحته الخاصة بخلاف العقد الاداري الذي يهدف الى تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام لذلك نجد ان الادارة تتمتع بامتيازات لا مثيل لها بالنسبة للأفراد من اجل تحقيق الصالح العام. اضافة الى ذلك نجد ان حق الادارة في تعديل العقد الاداري هو حق ثابت لها فتستطيع الادارة استخدامه ولو خلا العقد من نص بشأنه، وحتى لو احتوى العقد على نص يحظره، إذ يبطل النص في هذه الحالة ويبقى الحق قائما، وحتى لو وجد نص في العقد يبيح للإدارة تعديل العقد فإن هذا النص لا يعدو دوره ان يكون كاشفا للحق لا منشيئ له^(٤).

الفرع الثاني: شروط ممارسة الادارة لسلطاتها الاستثنائية في تعديل العقد الاداري

إن سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري ليست سلطة مطلقة دون قيود ولهذا نجد ان القانون الاداري وأحكام القضاء قد فرضت على الادارة قيودا لا بد من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطة التعديل الانفرادي وهذه الشروط أو القيود يمكن اجمالها بالاتي:-

أولاً: اقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام

إن طبيعة احتياجات المرفق المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بتعديل بعض نصوص العقد، إذ نجد ان شروط العقد المتصلة بالمرفق العام هي وحدها تخضع لسلطة الادارة في التعديل الانفرادي، وهذه الشروط هي التي تنظم المرفق العام، وتتعلق باحتياجاته، وكيفية اشباع حاجات الافراد، وهذا القيد ليس الا نتيجة للفكرة الاساسية ذاتها التي تشكل الاساس القانوني لسلطة التعديل، وهي ضرورة تكيف العقد مع حاجات المرفق العام، إذ يستطيع في الواقع التمييز بين شروط العقد هذه التي تتعلق بتسيير المرفق العام والتي تمس حاجات المرفق، وتلك التي تتعلق بالامتيازات المالية المعطاة للمتعاقد، وسلطة التعديل لا تطبق الا على النوع الاول من الشروط دون النوع الثاني^(٥).

وقد اقر القضاء الاداري في مصر هذا القيد إذ قضت محكمة القضاء الاداري بأن جهة الادارة لا تملك أو تمس بالتعديل المزاي المالية المتفق عليها في العقد، والتي يتمتع بها المتعاقد معها، فهذه السلطة هي ليست مطلقة بل ترد عليها قيوداً منها انها تقتصر على نصوص العقد المتعلقة بتسيير المرفق العام وحاجاته

٣- عمر حلمي، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٠٥.

٤- علي عبد العزيز، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ١٩٧٥، ص ٥٥.

٥- د. مازن ليلو راضي، القانون الاداري، ط ٣، مطبعة جامعة دهوك، العراق، ٢٠٠٧، ص ٣٠٩.

ومقتضياته. الا في احوال معينة استثنيتها الشروط العامة الملحقه بالعقود الادارية في بعض الدول وأجازت تعديل اجور السلع واسعارها في عقود التزام المرافق العامة مع الاخذ بنظر الاعتبار التوازن المالي للعقد^(٦). وما تقدم يتضح لنا ان سلطة الادارة في التعديل الانفرادي للعقد تقه صر فقط على شروط العقد المتصلة بتسيير المرفق العام أما شروط العقد الاخرى غير المتصلة بالمرفق العام فلا تملك الادارة تعديلها.

ثانيا: احترام قواعد المشروعية

يجب ان تقيد الادارة في معرض تعديلها لعقدها بالمبدأ العام للمشروعية الادارية، إذ لا بد ان يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي ان يكون قرارها موافقا للأنظمة النافذة، إذ نجد ان بعض القواعد الخاصة بالنظام القانوني للعقد الاداري، قد بنيت على اساس القوانين واللوائح، فإذا قامت الادارة بتعديل هذه القواعد فإنها سوف ترتكب خرقا لمبدأ المشروعية، وخير مثال على ذلك القواعد التي ترد على عقود التوظيف، وهي في جزء كبير منها ذات طابع تنظيمي، ومن ثم، لا يمكن تعديلها الا بالطريق التنظيمي. او عن طريق السلطة المختصة بالتشريع إذا كانت ذات طابع تشريعي^(٧).

وقد استقرت احكام القضاء الاداري في مصر على "ان الادارة لا يحق لها اجراء اي تعديل في شروط العقد الا اذا اقتضت ذلك المصلحة العامة فللإدارة حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها اكثر اتفقا مع الصالح العام..^(٨)، وهذا ما أشار اليه احد الفقهاء بالقول، "ويقر الفقه للإدارة بحق التعديل، علما بأن هذا الحق لا ينفي ال صفة التعاقدية، وتبقى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي السائدة، إذ أن حق الإدارة في التعديل لا يعني أن هذه الأخيرة لا تلتزم بتنفيذ العقد، فحق التعديل لا يمكن للإدارة أن تمارسه، إلا في ظروف وبشروط ولأهداف محددة بوصفه وسيلة تمكنها من التكيف مع الظروف المتغيرة؛ لاستمرارية المرفق العام ومواكبته للمستجدات الحاصلة؛ لذا فإن حق الإدارة في التعديل ليس مرادفا لحق الإدارة في التخلص من التزاماتها أو عدم الوفاء بها، فإذا لم تلتزم الإدارة بالشروط والحالات والأهداف المشروعة لاستعمال الحق بالتعديل عندها يتم توقيع جزاءات على الإدارة عند خرقها أو مخالفتها للعقد، وهنا تتحمل منفردة المسؤولية التعاقدية وهذا ما استقر عليه الاجتهاد"^(٩)، ولم يكن مجلس الدولة المصري على هذا ببعيد عن مفهوم المشروعية الإدارية، فلمبدأ عام وردده قضاء المجلس كثير^(١٠).

وقد كان حكم المحكمة الصادر في ٢٥/مايو/١٩٦٣م أكثر إيضاحا وتبيانا عندما أقرت: "... تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بتسيير المرفق، وتنظيمه والخدمة التي تؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة.. ويخضع في تلك الإجراءات الى قواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص.."، وأشار بعض الفقهاء إلى هذا المعنى بقولهم: "وأخيرا فإن

٦- ينظر: حكم محكمة القضاء الاداري المصري الصادر في ٣٠/٦/١٩٥٧، السنة ١١، رقم ٣٧٧، ص ٦٠٧.

٧- د. نصري منصور نابلسي، العقود الادارية (دراسة مقارنة)، ط ١، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ٣٤٣.

٨- ينظر: حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في ٢٠/٤/١٩٥٧، المجموعة السنة، رقم ١٧، ص ٩٣٨.

٩- علي عبد الامير قبلان، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج ١، ط ١، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١، ص ٣٥٦.

١٠- علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢١٨.

الإدارة ملزمة باحترام العقد كله، بمعنى إنها لا تستطيع دون أن تعرض نفسها للمسؤولية أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة..^(١١).

ثالثا: اقتصار التعديل على موضوع العقد

ان الإدارة إذا فرضت على المتعاقدين التزاما خارجا عن العقد ولا صلة له بموضوعه فإن قرارها يعد باطلا، ويجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى قاض العقد لإلغاء هذا القرار، كما يحق له الامتناع عن تنفيذه، فسلطة الإدارة تقتصر على موضوع العقد ولا تتعداه، إذ ان المتعاقد قد اتفق مع الإدارة على معاونتها في موضوع معين، وهو يلتزم ببذل هذه المعاونة على اوسع مدى في حدود هذا الموضوع لسد احتياجات المرفق العام، ويتوقف التزامه عند هذا الحد، ومن ثم، فإنه لا يجوز للإدارة تحت ستار استعمال سلطتها في التعديل ان تطلب من المتعاقد أداء اعمال لم يكن ليقبل بها لو عرضت عليه عند ابرام العقد الاصلي، إذ يجب عليها إلا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد فلا يسوغ للإدارة إسناد أعمال جديدة للمتعاقد معها تنبت صلتها بالعقد الأصلي أو يحتاج تنفيذها لأوضاع جديدة تختلف بشكل تام عن تلك المتفق عليها، إذ يتعين ان تكون الاعباء التي يرتبها تعديل العقد الاداري على عاتق المتعاقد مع الإدارة في الحدود الطبيعية والمعمولة بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية^(١٢). وقد جرى القضاء الاداري في فرنسا على عدم جواز تعديل نصوص العقد الاساسية على أساس ان الشروط غير قابلة للتعديل، إذ ان ذلك يستلزم أخذ موافقة الطرف الثاني وإقامة العقد القديم وإنشاء عقد جديد متى توافرت عناصره. كما ذهبت محكمة القضاء الاداري في مصر الى القول "إذا كان من شأن التعديل زيادة اعباء المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه لا يصح أن تتجاوز الاعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وأهميتها، وبحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله^(١٣)."

اضافة الى ذلك نجد ان المحكمة الادارية العليا في مصر قد ذهبت الى ان الاعمال الاضافية في عقود الاعمال يجب ان تكون من ذات نوع وجنس الاعمال الاصلية بحيث تكون الزيادة في كمية او حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الاصلي عليها عن ذات الفئات والاسعار الخاصة بكل نوع او جنس من الاعمال الاضافية المماثلة للأعمال الاصلية^(١٤).

المطلب الثاني: مظاهر سلطات الإدارة الاستثنائية في تعديل العقد الاداري

تجمع سلطات الإدارة الاستثنائية التي يحق لها استعمالها بصدور تنفيذ العقود الادارية مجموعة من الخصائص تبرز في مجملها مدى استثنائية هذه السلطات، إذ يكون بوسع الإدارة اصدار قرار بشأنها بإرادتها المنفردة، مع ضرورة اخضاع المتعاقد لما يفرضه عليه ممارسة الإدارة لتلك السلطات. وفي ضوء ما تقدم سنوضح مظاهر سلطات الإدارة الاستثنائية في تعديل العقد الاداري من خلال التفصيل الآتي:-

١١- سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٥٤٧.

١٢- د. نصري منصور نابلسي، مصدر سابق، ص ٣٤٦.

١٣- حكم محكمة القضاء الاداري في مصر، رقم ٩٨٣، س٧، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، ص ٢١٥.

١٤- ينظر: حكم المحكمة الادارية العليا في مصر الطعن رقم ١٩٤٤ لسنة ٣٣ جلسة ١٩٨٩/٤/٢٩، ص ٣٩٧.

الفرع الأول: سلطات الادارة الاستثنائية عند غياب النص القانوني

قد لا يوجد في العقود الادارية أو في دفاتر الشروط أو القوانين أو اللوائح نصوص تشير الى حق الادارة في ممارسة سلطة الادارة في الرقابة على تنفيذ العقد الاداري باعتبار ان الادارة تستند في ممارسة هذا الحق الى فكرة المرفق العام الذي يعد موضوع العقد، ولكن هذه السلطة التي تتمتع بها الادارة ليست سلطة مطلقة بل مقيدة بتحقيق المصلحة العامة بعيد عن تحقيق اغراض اخرى لا تتعلق بالمرفق العام الذي يعد اساس العقد، اضافة الى ذلك ان لا يترتب على ممارسة الادارة لهذه الرقابة التعديل في موضوع العقد^(١٥)، الا اذا كان موضوع التعديل يهدف الى تحقيق المصلحة العامة ففي هذه الحالة يجب ان يكون هدف الادارة من سلطة التعديل ان يكون دافعا لتحقيق المصلحة العامة المجردة فلا يجوز أن تبغي من وراء اتجاهها لتعديل العقد الاداري الاضرار بمصالح المتعاقد معها أو اعاقته عن التنفيذ توصلًا لتوقيع جزاءات عليه واطهاره بمظهر المقصر في الوفاء بالتزامه التعاقدي^(١٦).

ففيما يتعلق بموقف الفقه من عدم وجود نص تستند اليه الادارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد، فالبعض يذهب الى القول ان الادارة تتمتع بسلطة الرقابة على تنفيذ العقد حتى في حالة عدم وجود نص بذلك سواء في القوانين أو اللوائح أو دفاتر الشروط، باعتبار ان هذه السلطة تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز مخالفتها وكل اتفاق يقع خلاف ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا^(١٧)، وبناءً على ذلك فان الادارة تتمتع بسلطة الرقابة حتى وان لم ينص عليها في العقد أو القوانين أو اللوائح، فهي تتمتع بأساس قانوني مزدوج يتكون من فكرة تحقيق المصلحة العامة وما تنطوي عليه من تحقيق مقتضيات المرافق العامة، ومن فكرة امتيازات السلطة العامة والتي تعد سلطة الرقابة احدى تطبيقاتها، باعتبار ان اساس تحقيق المصلحة العامة هو المهدف الاسمي الذي من خلاله تمارس الادارة اعمالها القانونية وتتمتع بامتيازاتها وسلطاتها^(١٨).

وبالاستناد الى ما تقدم نجد ان الادارة تتمتع بسلطة الرقابة حتى وان لم يرد لها اي ذكر في دفاتر الشروط بل حتى لو وجد نص في العقد على استبعادها فهي تبقى موجودة، بالإضافة الى ذلك ان الادارة عندما تبرم عقد الالتزام فأنها لا تكون طرفا في العقد بصفتها شخصا خاصا، كما هو الحال عندما تتولى ادارة اموالها الخاصة، بل تبرمه بصفتها سلطة عامة تعمل على ضمان سير واستغلال وادارة المرافق العامة، على اساس ان هذه الحقوق لا يجوز التنازل عنها^(١٩).

فضلا عن ذلك ان المحكمة الادارية العليا في مصر قد ذهبت الى القول "بان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية الا انها في العقود الادارية غير متكافئة، إذ يجب ان يعلو المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه

١٥- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الادارية وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،

٢٠١٠، ص ٣١٠.

١٦- د. حمدي القبيلات، القانون الاداري، ج ٢، ط ١، دار وائل للنشر، الاردن، ٢٠١٠، ص ٩٦.

١٧- ينظر: الشروط العامة لمقاولات أعمال اهندسة المدنية بقسمها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨م) المعدلة الصادرة عن وزارة التخطيط.

١٨- محمد رضا جنيج، القانون الاداري، ط ٢، فنون للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٥٤.

١٩- د. مهذب نجار، القانون الاداري العام، دار الشمال للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٠، ص ٣٠٣.

الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الاداري، ويترتب على ذلك ان للإدارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الادارية^(٢٠).

وخلاصة ما تقدم يمكن القول ان فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على ان كل العقود الادارية تكون قابلة للتعديل من جانب الادارة بإرادتها المنفردة، ويعود السبب في ذلك لحسن ضمان سير المرافق العامة فتستطيع الادارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة او النقصان، وهذا الحق ثابت بالنسبة للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد.

الفرع الثاني: سلطات الادارة الاستثنائية عند وجود النص القانوني

إنَّ العقود الادارية أو دفا تر الشروط قد تتضمن نصوصاً تبين كيفية ممارسة الادارة لسلطة الرقابة والاشراف على تنفيذ العقد الاداري والوسائل المتبعة في تحقيق ذلك الهدف، ففي عقود الاشغال العامة بصفة خاصة كثيراً ما تنص دفا تر الشروط العامة على السلطات المخولة للموظفين المندوبين للرقابة والاشراف على تنفيذ الاشغال، الا ان الادارة ليس لها ان تبالغ تحت ستار حق الرقابة والتوجيه الى حد تغيير موضوع العقد او الاعتداء على حق المتعاقد الاخر، اضافة الى ذلك نجد ان بعض القوانين واللوائح المتعلقة بأنواع معينة من العقود قد تبين التزامات المتعاقد وسلطة الادارة في مراقبة تنفيذ هذه العقود ووسائل ممارسة هذه السلطة^(٢١).

ومن الامثلة على ذلك في العراق تعليمات مناقصات التوريد والشراء بالنسبة لوكالات الدولة او القطاع الاجتماعي ال صادرة من الدائرة القانونية منظمة التخطيط بمجلس الوزراء لجمهورية العراق لسنة ٢٠٠١ والمعلقة بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤، كذلك تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وعمل خطة التطور الوطني ال صادرة من الدائرة القانونية لوزارة التخطيط لسنة ١٩٨٨ والمعلقة ايضاً بموجب الامر المذكور انفا والذي ينص في القسم (١٠/ج) على حق اي وحدة او وكالة حكومية تمنح العقود بالتدخل ولها الحق بمراقبة سجلات المقاول المالية المتعلقة بطرح المناقصة العامة^(٢٢)، وهذا الحق بالمراقبة تقوم به بجانب اي مسؤوليات للأشراف تمارسها المديرية غير المسؤولة عن طرح المناقصة، ويجوز لمديرية ادارة العقود العامة ان تؤسس وكالة مركزية لخدمات ومراقبة المشتريات العامة^(٢٣).

إما في مصر فنجد ان القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ الخاص بنظام المرافق العامة والمعدل بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٨٥ على انه (لمنح الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والادارات التي ينشأها الملتزم لاستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمنح الالتزام)^(٢٤).

٢٠- د. محمد جمال، العقد الاداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، بلا سنه طبع، ص ١٣١.

٢١- د. ابراهيم الفياض، العقود الادارية، ط ١، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، بلا سنه طبع، ص ٣٥.

٢٢- د. محمد جمال، مصدر سابق، ص ١٣٢.

٢٣- د. حسين عثمان، اصول القانون الاداري، ج ١، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٣٣.

٢٤- د. ابراهيم الفياض، مصدر سابق، ص ٣٥.

اضافة الى ذلك نجد أن المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيادات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ قد نصت على (يلتزم المفاوض بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع العقد، كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بمواقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الادارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف احكام هذه الشروط...) (٢٥).
إما فيما يتعلق بموقف الفقه فنجد ان البعض يذهب الى القول بانه لا يجوز ممارسة الرقابة من جانب الادارة الا في الحالات والشروط المنصوص عليها في القوانين ودفاتر الشروط وان هذه السلطة ليست حقا للإدارة ومن ثم لا يمكن ان تمارسها الا اذا وجد شرط او بند في العقد ما بين الطرفين يحدد هذه السلطة، فيكون اساس سلطة الرقابة وفق هذا الرأي هو اتفاق الطرفين ليس الا، بينما يرى الجانب الاخر ان خلو العقد الاداري من نص يعطي للإدارة حقا في الرقابة على تنفيذه ولا يحرم الادارة من هذا الحق، باعتباره حقا اصيلا مقررأ للإدارة كسلطة عامة تستمد من المبادئ العامة للقانون الاداري وليس من نصوص العقد، إذ يقتصر دور النص ان وجد على الكشف عن حق الادارة في استعمال هذا الحق وتنظيم وبيان وسائل وشروط مباشرة الادارة له، لذلك فان الادارة لا يمكن ان تتنازل عن حقها في الرقابة على تنفيذ العقود الادارية لأنها تعبير عن فكرة السلطة العامة في العمل الاداري وهي اختصاصات لا يمكن ان تكون محل تعاقد او اتفاق بين الادارة والافراد (٢٦).

ومن جانبنا نجد أن الرقابة التي تمارسها الادارة من اجل تنفيذ العقد الاداري تستند بالدرجة الاساس الى النصوص التي اوردتها دفاتر الشروط العام في مختلف القوانين سواء في العراق ام مصر، فالرقابة اذن تجد اساسها القانوني وترتكز الى النصوص ان كانت هذه النصوص موجودة سواء في القوانين أو اللوائح أو دفاتر الشروط أو نصوص العقد، وما يمكن ملاحظته في هذا المجال ان الادارة وان كانت تستند في ممارسة سلطة الرقابة في حالة وجود النص على ذلك الا انه في بعض الاحيان قد لا توجد نصوص تجيز للإدارة ذلك، فهذا لا يعني ان سلطة الرقابة غير موجودة بل يحق للإدارة ممارسة هذه الرقابة باعتبارها طابع عام اي انها موجودة حتى في حالة عدم النص عليها في العقد.

المبحث الثاني: استعمال الادارة لسلطة تعديل العقد

من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومضمون هذه القاعدة أن ما اتفق عليه طرفا العقد بإرادتهما ملزم لهما ويترتب على ذلك بأنه ليس لأي من طرفي العقد الرجوع عن العقد أو تعديله أو إلغائه أو وقف سريانه إلا 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، والعقد لا يكون ملزماً لطرفي العقد وحدهم وإنما يكون ملزماً بالنسبة للقاضي، فلا يستطيع القاضي تعديل العقد وإنهاءه لاعتبارات تتعلق بالعدالة إلا إذا ورد نص في القانون يميز له ذلك ويكون التعديل في الحدود التي رسمها المشرع في النص، الا ان الطبيعة الخاصة للعقود الادارية وعدم مساواة

٢٥- د. مازن ليلو، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

٢٦- نقلا عن: د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، حكها في القضية رقم (١٦٠٩) لسنة (١٠ قضائية)، ص ٤٤٠.

المتعاقدين لكون الفرد يسعى الى تحقيق مصلحته الخاصة، بخلاف الادارة التي تسعى الى تحقيق المصلحة العامة، مما يقتضي ترجيح كفة الادارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الادارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وان تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها (٢٧).

فالإدارة تستمد هذه السلطة من المصلحة العامة، ولكنها ليست مطلقة، إذ تمتلك الإدارة حق التعديل في العقد تعديلاً كمياً (بالزيادة أو النقصان، كزيادة مقدار اللوازم محل العقد أو نقصانها وإضافة بعض الحجات للمبنى المقرر انشاؤه أو إلغاء حجات في عقد اشغال خاصة ببناء عقود الاشغال الحكومية)، أو نوعياً (بدون زيادة أو نقصان في الكميات)، أو زمنياً (إذ يتم ذلك بتعديل برنامج سير الاعمال أو التوريدات كاستعجال أو وقف الاعمال أو الإبطاء في انجاز الاعمال أو توريد اللوازم) كلما اقتضت ذلك ظروف المشروع أو تنفيذه (٢٨). وسلطة الادارة في تعديل العقد الاداري هو حق ثابت لها يجيز للإدارة استعماله حتى لو خلا العقد من نص بشأنه، ولو احتوى العقد على نص يحظره يبطل هذا النص ويبقى حق التعديل للإدارة قائماً.

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول أثر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وسلطات الادارة الانفرادية، اما في المطلب الثاني فسنتناول فيه ضمانات المتعاقد تجاه استعمال الادارة غير المشروع لسلطة التعديل.

المطلب الأول: أثر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وسلطات الادارة الانفرادية

إنَّ العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني يقوم على أساس توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين، وأن مبدأ سلطان الإرادة هو مصدر القوة الملزمة للعقد المدني باعتبار أن الإرادة هي التي تنشئ العقد ويكون العقد قانون المتعاقدين، كما أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساس الحرية التعاقدية، فالفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وإذا ما تعاقد بإرادته الحرة ألزم نفسه بإرادته بما تعاقد عليه فلا يملك أي طرف من أطراف العقد تعديل العقد أو تمديده أو إلغائه إلا بموافقة الطرفين (٢٩)، ومع ذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة لم ينبج من النقد كما بينا باعتبار أن العقد لا ينشأ من اتفاق الإرادات فحسب وإنما العقد ينشأ نتيجة لفاعلية الإرادة في تحريك القواعد القانونية الموضوعية ولذلك ظهرت اتجاهات فقهية حاولت أن تخفف من قوة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ذلك أن هذه القاعدة لا تكفي بحد ذاتها لإلزام المتعاقدين بمضمون العقد إذ كثيراً ما يفرض المشرع نصوصاً تضع الحدود القانونية للحرية التعاقدية يكون المتعاقدان ملزمين بممارسة هذه الحرية ضمن هذا النطاق ولذلك فإن التطور التاريخي لهذه القاعدة -أي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين- شهد تدخلاً كبيراً من جانب القانون لحماية الطرف الضعيف (٣٠).

٢٧- د. حسين عثمان، مصدر سابق، ص ٣٤.

٢٨- د. مهذب النجار، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

٢٩- محمد حسن جاسم، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٦، ص ٣٢.

٣٠- د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة (١٩٤٦م)، مكتبة الفلاح، ط ١، ١٩٨١، ص ٣٣.

وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول موقف التشريعات المعاصرة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أما في الفرع الثاني فسنتناول موقف الفقه والقضاء من سلطة الادارة في تعديل العقد.

الفرع الأول: موقف التشريعات المعاصرة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

إنَّ الادارة وان كانت تتمتع بامتيازات تميز لها تعديل العقد بإرادتها المنفردة خدمة للصالح العام ولكنها تكون في احيانا اخرى محكومة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فنجد ان معظم التشريعات المدنية المعاصرة قد نصت على هذه القاعدة، كأساس للقوة الملزمة للعقود ففي العراق نجد ان المادة (١٤٦/١) من القانون المدني العراقي قد نصت على القوة الملزمة للعقد بقولها (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي)، كما ألزمت المادة (١٥٠) منه المتعاقدين بتنفيذ العقد وفقاً لما ورد 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).

وكذلك الحال فعل المشرع المصري حيث نصت المادة (١٤٧/١) من القانون المدني المصري على أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون)^(٣١)، وأيضاً نصت المادة (١٤٨) مدني سوري على هذه القاعدة بقولها (العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون)، وكذلك فعل المشرع اللبناني في المادة (٢٢١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث جاء فيها (إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإلزام صاف والعرف) هذا وقد أخذت الكثير من التشريعات العربية والغربية بهذه القاعدة^(٣٢).

ومع ذلك فإن هذه القاعدة بدأت تتعرض للخروقات في مجال القانون الخاص ذاته من خلال ورود بعض الاستثناءات عليها التي تميز للمتعاقدين حق الرجوع أو العدول عن تنفيذ العقد بعد إبرامه من خلال إعطاء الحق للمستهلك لفسخ العقد بإرادته المنفردة ضمن مهلة معينة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو ما يطلق عليه المشرع الفرنسي بمصطلح (مهلة التروي أو التفكير "Délai de Réflexion") وهي عادةً تكون لمدة (٧) أيام تسري اعتباراً من تاريخ العقد أو تسليم البضائع، وقد شاع ما يعرف بحق العدول أو رخصة الرجوع في فرنسا خصوصاً فيما يتعلق بالبيع الاستهلاكية لتوفير نوع من الحماية للمستهلكين ومن هذه البيوع (البيع المنزلي) و(بيوع المسافات) التي تتم بين غائبين عن طريق الإذاعة أو التلفون، أو عن طريق التلفزيون أو ما يعرف تحت اسم (télé chat)^(٣٣).

٣١- د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٩١.
٣٢- ألباس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، ج ٢، ط ٢، بدون دار نشر. ١٩٩٨، ص ١٥. وينظر ايضا د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ٢٠٠٧، ص ٢٩٠.
٣٣- د. محمد جمال، مصدر سابق، ص ١٣٢.

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من سلطة الادارة في تعديل العقد

اختلف الفقه والقضاء الاداري حول مسألة اعطاء الادارة الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة في الحالات التي لا ينص فيها العقد على هذا الحق أو التي لا تشير فيها القوانين واللوائح وذلك كعصر من عناصر النظرية العامة للعقود الادارية، فالبعض من الفقه المصري يذهب الى القول الى اعطاء الادارة حق التعديل الانفرادي للعقد وخير دليل على ذلك ما نصت عليه المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على انه "... يحق للجهة الادارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو بالنقص في حدود ٢٥٪ بالنسبة لكل بند بذات الشروط والاسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات المطالبة بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالة الضرورة القصوى الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة في الفقرة السابقة..."^(٣٤).

في ضوء ذلك نجد ان سلطة الادارة في تعديل عقودها الادارية وفق نص المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية قد اصبحت متساوية بالنسبة لجميع العقود الادارية.

اضافة الى ذلك نجد ان غالبية الفقه المصري قد أكد على حق الادارة في تعديل عقودها الادارية بإرادتها المنفردة حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد. بينما اختلف الجانب الاخر من الفقه الفرنسي حول اعطاء الادارة الحق في تعديل عقودها الادارية بإرادتها المنفردة فالبعض يجيز للإدارة استخدام هذا الحق بحجة ان حق التعديل الانفرادي يعد من قبيل المصلحة العامة^(٣٥)، وانه اذا كان التعديل الانفرادي يحمل تجاوزا خطيرا على مبدأ الرضائية الذي هو حجة المتعاقدين الاساسية في محتوى حقوقهما والتزاماتهما فإن هذا التجاوز يوازي فوراً عن طريق الاعتراف للمتعاقد مع الادارة بالحق في التعويض المناسب، بينما يرى الجانب الاخر من الفقه الفرنسي ان الادارة لا تمتلك الحق في تعديل العقد الاداري بالإرادة المنفردة ولا يمكن ان تجد اساساً قانونياً لها إلا في نص صريح واضح في دفاتر شروط العقد فعندها يكون التعديل وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو ضمن نصوص تشريعية^(٣٦). وعلى الرغم من وجود الاتجاه المعارض لحق الادارة في التعديل الانفرادي لعقودها الادارية أو جزء منها الا ان غالبية الفقه الفرنسي قد اقرت بحق الادارة في تعديل العقود الادارية. فبالرغم من الاختلاف الفقهي الحاصل حول احقية الادارة في التعديل من عدمه في فرنسا الا ان الاتجاه المعتمد حالياً هو التسليم للإدارة بحق التعديل الانفرادي للعقد الاداري ضمن ضوابط معينة مع المحافظة على حقوق المتعاقد مع الادارة من خلال منحه حق التعويض فيما اذا الحق التعديل ضرراً مالياً بالمتعاقد^(٣٧).

كذلك الحال نجد ان الفقه في العراق ومصر وسوريا ولبنان لا يعطي لسلطة الإدارة في إجراء المتغيرات على العقد الإداري سواء بالتعديل أو الفسخ أو الإلغاء الا بموجب النصوص التشريعية أو نلتزمه في أحكام القضاء وبتأييد غالبية الفقه فعلى سبيل المثال اجازت المادة (١٤/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) المعدلة تمديد مدد العقود خلافاً للمدة المحددة في صلب العقد، كما

٣٤- د. مازن لبلو، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

٣٥- د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الاداري، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ٦٢٣.

٣٦- د. محمد رضا جنيح، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

٣٧- د. سمير صادق، العقد الاداري في مبادئ الادارية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٣٠.

أجازت المادة (١٥) من التعليمات نفسها إجراء التغيير على الأعمال المتعاقدة عليها أو إضافة أعمال أو كميات جديدة في حالة الضرورة القصوى وبأضيق نطاق ممكن وفي حالات محددة على سبيل الحصر في المادة المذكورة، إما فيما يتعلق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والضوابط الملحق بها فنجد أن الاصل في هذه التعليمات أن يلتزم المتعاقد بتنفيذ بنود العقد خلال المدة المنصوص عليها في شروطه وتحسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو أي تاريخ آخر ينص عليه في هذا العقد، ولكن هناك حالات تجيز فيها التعليمات للمقاول تمديد العقد، إذا تقرر إجراء أي زيادة أو تغيير في الأعمال موضوع العقد أو الكميات المطلوب تجهيزها كما ونوعاً بما يؤثر في تنفيذ المنهاج المتفق عليه بحيث لا يمكن اكمالها ضمن المدة المتفق عليها بموجب العقد الاصلي على ان يتم مراعاة النسبة المحددة للتمديد في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة وكذلك الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني^(٣٨). وبالرجوع الى قرارات محكمة تمييز العراق نجد انها قد اعطت للإدارة حق تعديل العقد بصورة منفردة استناداً الى قرارها الاتي "إن الميعاد الذي أيده جبهة الإدارة لاعتباره تاريخاً لاستلام العمل يُعدُّ تعديلاً لشروط المقاوله وارتفعت مسؤولية المقاوله مما يكون ظاهراً من عيب بحكم المادة (٨٧٥) من القانون المدني"^(٣٩).

اما فيما يتعلق بموقف القضاء الاداري من حق الادارة في التعديل فنجد ان القضاء الإداري في فرنسا ومصر والعراق قد اكد على قاعدة العقد الإداري شريعة المتعاقدين في أحكام عديدة حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر له عام (١٩٢٣) إلى القول (.. أن العقد الإداري كما العقود المدنية تقوم 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 أفروها بتوافق الإرادات حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية إنارة مدينة بوردو (Bordeaux) إلى أن (من حيث الأصل أن عقد الالتزام ينظم حتى انقضائه وبطريقة نهائية الالتزامات المتبادلة لكل من الملتزم ومانح الامتياز)^(٤١).

أما القضاء الإداري المصري فنجد حافلاً بالأحكام التي تؤيد حق الادارة في التعديل الانفرادي للعقد فقد اكدت محكمة القضاء الاداري على ذلك بقولها "تختلف العقود الادارية عن العقود المدنية انها تستهدف مصلحة عامة.. ان الادارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره، تملك حق تعديل العقد بما يلائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة"، وقد اكدت المحكمة الادارية العليا ذات المبدأ "إذ قررت ان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص هو احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الافراد الخاصة يترتب على ذلك أن

٣٨- د. مهذب النجار، مصدر سابق، ص ٣٠٤، وينظر: أيضاً تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ الفصل التاسع، دار العقود الحكومية، الطبعة المنقحة، ٢٠١٧، ص ٥٤.

٣٩- ينظر: حكم محكمة التمييز حكماً في القضية (١٠٤٦ / ح / ١٩٦٥) في (٢٩ / ٦ / ١٩٦٦) والمنشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الخامسة، ١، (١٩٦٦)، ص ٢١٥.

٤٠- د. اعاد القيسي، الوجيز في القانون الاداري، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٢.

٤١- ينظر: حكم المحكمة الادارية العليا في مصر الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠ السنة الثانية، رقم ٩٧، ص ٩٣٧.

للإدارة حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة" (٤٢). أما في العراق فإن محكمة التمييز قد أكدت في أحكامها على أن أساس القوة الملزمة للعقد المدني أو الإداري هو إرادة متعاقدية طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ (٢٣/١٠/١٩٨٦م) ما نصه (... 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 المفاوضة بين الطرفين قد نص على مقدار الغرامة التأخيرية فإن هذا النص هو الذي يعمل فيه...) (٤٣)، ومما يؤكد هذا الاتجاه أن مجلس الوزراء الحالي قد أكد على 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.

المطلب الثاني: ضمانات المتعاقد تجاه استعمال الإدارة غير المشروع لسلطة التعديل

يقابل تمتع الإدارة بسلطتها الاستثنائية في تعديل ما تهرمه من عقود إدارية لا نظير لها فيما تهرمه من عقود مدنية، التزام يقع عليها باستعمال تلك السلطة وفقاً لضوابط القانونية، فإذا ما حادت عنها الإدارة كان للمتعاقد معها ضمانات تشكل في مجملها حقوقاً له لمواجهة خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية وهي بصدد إصدار قرارات تعديل العقد الإداري. في ضوء ما تقدم سنتناول هذه الضمانات من خلال تقسيم المطلب على فرعين وفق التفصيل الآتي:-

الفرع الأول: الامتناع عن تنفيذ قرار تعديل العقد

للمتعاقدين مع الإدارة الحق في الامتناع عن تنفيذ القرار الصادر من جانب الإدارة فيما يتعلق بتعديل العقد إذا كان هذا التعديل مخالفاً للقانون كما لو تجاوز النسبة التي حددها المشرع الخاصة بموضوع العقد، دون أن تملك الإدارة الحق في توقيع جزاءات مالية عليه، إذ إن نطاق تطبيق تلك الجزاءات يقتصر على حالة الامتناع عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو التقاعس في أدائها، وليس في سلوك المتعاقد ما ينطبق عليه أي من الوصفين السابقين، باعتبار أن التعديل المخالف للقانون لا يشكل تنفيذه التزاماً قانونياً يتعين على المتعاقد الوفاء به، ففي حالة قيام الإدارة بفرض الجزاءات المالية على المتعاقد الممتنع عن تنفيذ قرار التعديل فيكون من حق اللجوء إلى القضاء الذي بدوره يبحث عن مدى مشروعية التعديل من أجل معرفته الجزاء الذي قامت الإدارة بفرضه هل هو مشروع أم غير مشروع؟ (٤٤).

٤٢- د. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص ٤٩١.

٤٣- ينظر: المادة (١/٤٧) مدني لبي و (١٩٦) مدني كويتي، (١٠٦) مدني جزائري، و (٢٠٩) مدني أردني، و (٢٣٠) من تقنين الالتزامات والعقود المغربي والمادة (١١٣٤) مدني فرنسي و (١٠٩١) مدني أسباني.

٤٤- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ٢٠٠٧، ص ٢٢٧٥.

الفرع الثاني: المطالبة بإلغاء قرار التعديل وفسخ العقد

للمتعاقدين مع الادارة له الحق ان يطلب بإلغاء القرار الصادر من جانب الادارة اذا كان هذا القرار غير مشروع وان ادعت الادارة انها قد استخدمت سلطاتها الاستثنائية في سبيل تحقيق المصلحة العامة فإذا كان القرار الصادر من جانبها بعيداً عن تحقيق تلك المصلحة وفيه مخالفة للقانون يجوز للمتعاقدين في هذه الحالة ان يطعن في هذا القرار لأن الادارة قد انحرفت في استعمال سلطاتها، اضافه الى ذلك ان الادارة قد لا تستند في اصداره الى مبرر من تغير الظروف بعد إبرام العقد بما يجعله غير محقق للغاية من إبرامه الأمر الذي يكون بوسع المتعاقدين مع الإدارة معه الطعن على قرار التعديل وذلك لانعدام السبب إذ ان القرار قد افتقد الى الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اصداره^(٤٥).

اضافه الى ذلك يستطيع المتعاقدين مع الادارة ان يطلب فسخ العقد إذا كان قرار التعديل الصادر من جانب الادارة يؤدي الى الاخلال بالتوازن المالي للعقد، أو القاء التزامات جديدة عليه تتعدى امكاناته الفنية أو المالية، بحيث يكون من شأن وفائه بتلك الالتزامات ارهاقا ماليا بصورة كبيرة، ففي هذه الحالة يلجأ المتعاقدين الى المطالبة بفسخ العقد، ويرجع السبب في ذلك ان المتعاقدين عندما اقدم على إبرام العقد كان في اعتباره أوضاعاً معينة تتعلق بإمكاناته وقدراته الفنية، الأمر الذي لا يجوز معه للإدارة تحميله بما يجاوز تلك القدرات، إذ يكون له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض إذا كان هناك مبرر لذلك^(٤٦). هذا من جانب ومن جانب آخر نجد ان المتعاقدين عندما يطلب بفسخ العقد الاداري لا يعني انه قد تحلل من التزاماته اتجاه الادارة بل يبقى مسؤولاً امامها حين البت بطلب الفسخ من قبل القاضي الاداري فهذا الالتزام يبقى قائماً حتى يصدر قرار الفسخ^(٤٧).

الخاتمة

لقد توصلنا في بحثنا هذا الى جملة من النتائج والتوصيات يمكن الاشارة اليها وفق الآتي:-

أولاً: النتائج

- ١- اتضح لنا من خلال البحث ان الادارة تتمتع بامتيازات وسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقدين معها من اجل ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد وتعديله.
- ٢- إن الحقوق والامتيازات التي تتمتع بها الادارة لا يشترط بالضرورة ان تستند الى نص قانوني يبيح للإدارة ممارسة هذا الحق ففي احيان نجد وجود نص يبيح للإدارة استخدام هذا الحق وفي احيانا اخرى لا يوجد ولكن ذلك لا يعد عائقاً لمنع الادارة من ممارسة حقها في الرقابة انطلاقاً من مبدأ ضمان انتظام سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة فهو يعد من القواعد العامة إذ يعد هذا الاستثناء من النظام العام ولا يبيح للإدارة مخالفته.

٤٥- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٦٠.

٤٦- سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٤٦٠.

٤٧- عبد العزيز عبد المنعم، المصدر السابق، ص ٦٠.

٣- إنَّ موقف الفقه اتجاهاً ممارسة الإدارة لهذا الحق يوجد فيه اختلاف فالبعض يذهب الى القول بأنه لا يجوز ممارسة الرقابة من جانب الإدارة الا في الحالات والشروط المنصوص عليها في القوانين ودفاتر الشروط، بينما يرى الجانب الآخر ان خلو العقد الاداري من نص يعطي للإدارة حقاً في الرقابة على تنفيذه ولا يحرم الإدارة من هذا الحق، باعتباره حقاً اصيلاً مقررّاً للإدارة كسلطة عامة تستمد من المبادئ العامة للقانون الاداري وليس من نصوص العقد.

٤- اتضح لنا ان سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست مطلقة من كل قيد وان الإدارة لا تمتلك أن تمس المزايا المالية المتفق عليها في العقد والذي يتمتع بها المتعاقد معها، فيجب على الإدارة المتعاقدة أن تلتزم حدود المشروعية القانونية وهو ما يستلزم صدور التعديل من السلطة المختصة قانوناً بإجرائه.

ثانياً: التوصيات

١- إنَّ المنازعات الناشئة عن العقود الادارية ما زالت خاضعة للمحاكم العادية بالرغم من انشاء المحكمة الادارية في العراق، بالإضافة الى ذلك عدم وجود قوانين وتشريعات خاصة لتنظيم العقود الادارية بشكل مستقل ومنظم، مما قد يؤدي الى حدوث الكثير من المشاكل من الناحية النظرية وحتى العملية لذلك نقترح على المشرع العراقي ان يعطي لمحكمة القضاء الاداري استقلالية في فصل النزاعات الخاصة بالأمور الادارية بعيداً عن القضاء العادي.

٢- نقترح على المشرع العراقي معالجة الكثير من الثغرات الموجودة في التشريعات العراقية القائمة فيما يتعلق بتحديد قواعد وطرق ابرام العقود الادارية وسلطات الادارة وحقوق المتعاقد.

٣- ندعو المشرع ووزارة التخطيط الى إعادة النظر في دفاتر الشروط الخاصة بالأعمال المدنية والأعمال الكهربائية والميكانيكية والكيميائية ونقصد بذلك (الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨)، والشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨م) من خلال جعلها متوافقة مع المعايير الدولية للعقود الإدارية.

٤- نوصي باستبعاد جزاء الفسخ الذي يقع بطلب من المتعاقد بسبب تجاوز الإدارة القيود الشكلية أو الموضوعية لسلطة التعديل، لأنَّ الفسخ يعني انقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، وهذا يؤدي بدهاءة إلى شل جزء من تنفيذ خطة التنمية- مما يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة.

المصادر

أولاً: الكتب

١. ابراهيم الفياض، العقود الادارية، ط ١، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، بلا سنه طبع.
٢. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة (١٩٤٦م)، مكتبة الفلاح، ط ١، ١٩٨١.
٣. اعاد القيسي، الوجيز في القانون الاداري، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٨.

٤. ألياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، ج٢، ط٢، بدون دار نشر. ١٩٩٨.
٥. حسين عثمان، اصول القانون الاداري، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
٦. حمدي القبيلات، القانون الاداري، ج٢، ط١، دار وائل للنشر، الاردن، ٢٠١٠.
٧. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩.
٨. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩.
٩. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٠. سمير صادق، العقد الاداري في مبادئ الادارية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
١١. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة (١٩٨٨م) المعدلة الصادرة عن وزارة التخطيط.
١٢. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الادارية وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠.
١٣. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ٢٠٠٧.
١٤. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
١٥. علي عبد الامير قبلان، اثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج١، ط١، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١١.
١٦. علي عبد العزيز، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ١٩٧٥.
١٧. عمر حلمي، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري وضمائنات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
١٨. مازن ليلو راضي، القانون الاداري، ط٣، مطبعة جامعة دهوك، العراق، ٢٠٠٧.
١٩. محمد جمال، العقد الاداري (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، بلا سنه طبع.
٢٠. محمد حسن جاسم، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٦.
٢١. محمد رضا جنيح، القانون الاداري، ط٢، فنون للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٨.
٢٢. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الاداري، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١٢.
٢٣. مهتاب نجار، القانون الاداري العام، دار الشمال للطباعة والنشر، مصر، ١٩٩٠.
٢٤. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٢٥. نصري منصور نابلسي، العقود الادارية (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.

ثانياً: الاحكام القضائية

١. حكم محكمة القضاء الاداري المصري الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠، السنة ١١، رقم ٣٧٧.
٢. حكم المحكمة الادارية العليا المصرية الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠، المجموعة السنه، رقم ١٧.
٣. حكم محكمة القضاء الاداري في مصر، رقم ٩٨٣، س٧، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠.
٤. حكم المحكمة الادارية العليا في مصر الطعن رقم ١٩٤٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٨٩/٤/٢٩.
٥. حكم المحكمة الادارية العليا في مصر الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠ السنه الثانية، رقم ٩٧.

ثالثاً: القوانين والتعليمات

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م).
٢. القانون المدني الفرنسي، مجموعة دالوز، باريس، (١٩٨٧م).
٣. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
٤. الشروط العامة لمقاولات أعمال المهندسة المدنية في العراق لسنة ٢٠٠٥.
٥. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ والضوابط الملحق بها.

رابعاً: الأوامر والقرارات

- أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٨٧) لسنة (٢٠٠٤م) قانون العقود الحكومية.