

جامعة دمشق
كلية الحقوق

محل العقد الإداري

دراسة مقارنة

بحث علمي قانوني أعد لنيل درجة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالبة

صبا شيبان

إشراف الدكتور

عمار التركاوي

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام — كلية الحقوق

العام الدراسي 2017 - 2018م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(إياك نعبد وإياك نستعين)

{سورة الفاتحة- الآية:5}

(رب اجعل هذا البلد آمناً)

{سورة ابراهيم- الآية 35}

صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ

الإهداء

إلى القلب الذي أبصرني قبل أن تراني عين .. إلى الروح
الناضجة في عروقي والدفء الباعث في الحياة
أمي الغالية .

إلى مصدر اعتزازي واقتخاري .. إلى من غرس في نفسي
حب العلم والنجاح والمثابرة
والدي الحبيب .

إليك في حضورك الأبدي ، في ابتسام طيفك المرافق لي .. لروحك السلام
في عليائها
أخي المرحوم .

إلى شركاء طفولتي وشبابي ، مشاعل النور ، ركائز الروح
إخوتي الأحبة .

إلى رفاق الطريق وأصدقاء الحياة ، وعكاز الروح
أصدقائي الأعزاء .

شكر وتقدير

إلى النور الذي ألهمنا الحياة وحبانا العلم لنمضي في ثبات .. إلى
من كانت رحمته سر توفيقتي وتحملي المصاعب ربي أرجو رضاك
ورحمتك

إليك رباه شكر وامتنان .

إلى الدكتور عمار التركاوي صاحب الفضل في تقديم عملي المتواضع
والذي أسعدني قبوله الإشراف على هذا العمل لما قدمه لي من
الإرشادات والنصح والتوجيهات الحكيمة، له مني كل المحبة والتقدير .

إلى من غادر سماء الوطن وما زالت أفكاره تنبض في سماء روحنا علماً لا
ينتهي .. دكوري وأستاذي الفاضل الدكتور مهند نوح .

إلى كل أعضاء هيئة التدريس في قسم القانون العام - كلية الحقوق بجامعة
دمشق، وإلى كل من ساهم في إتمام هذا العمل العلمي المتواضع وقدموا
لي العون والمساعدة .

مقدمة

أولاً - إشكالية البحث:

تقوم الإدارة في معرض قيامها بأعمالها في الأنظمة القانونية الحديثة بنوعين من التصرفات، إما أعمال مادية تنفيذاً لقانون معين، أو أعمال قانونية تحدث أثراً في المركز القانوني للغير المعني بهذه الأعمال.

وأعمال الإدارة القانونية ليست متشابهة في مجملها، فهي أحياناً تقوم بالعمل بإرادتها المنفردة دون مشاركة الطرف الآخر المعني بالعمل ويتجلى ذلك في القرار الإداري، وتارة أخرى تدخل في روابط عقدية تلبية منها لاحتياجات الجمهور وهو ما يصطلح عليه بنظرية العقد الإداري.

وكما هو معلوم فإن نظرية العقد الإداري نظرية حديثة المنشأ، أرسى قواعدها ومبادئها القضاء الفرنسي بعد اقتناعه بعدم صلاحية نصوص القانون المدني كأصل عام لتحكم العقد الإداري، نظراً لاختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها، فإن كان العقد المدني يسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف الرابطة العقدية، فإن العقد الإداري يسعى بشكل مخالف لتحقيق المصلحة العامة بشكل يتوازن مع المصلحة الفردية.

والعقد الإداري - شأنه شأن أي عقد - يجب أن يستجمع بعض الشروط التي يعتبر فقدانها سبباً في عدم صحته، وبالرغم من تطابق أركان العقد الإداري مع نظيرتها المدنية من ضرورة توافر الرضا والمحل والسبب لانعقاده صحيحاً، إلا أنه ومن خلال التعمق في دراسة محتوى هذه الأركان نجد اختلافاً واسعاً في مجال تطبيقها عن نظيرتها المدنية، وخصوصاً فيما يتعلق بركن المحل، والذي يعد وجوده لازماً لقيام الرابطة العقدية، وليس هذا فحسب بل مستوفياً لشروطه أيضاً من لزوم أن يكون ممكناً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً.

وبالرغم من اتفاق الأنظمة القانونية المختلفة على ضرورة توافر هذه الشروط في ركن المحل لينعقد العقد صحيحاً، إلا أن هذه الشروط تتعلق بمفاهيم عامة لا يبدو أن تطبيقها يقدم خصائص متفردة في العقود الإدارية التي تخضع في أحكامها - كما ذكرنا - لنظام قانوني مختلف عن نظيرتها المدنية لاسيما فيما يتعلق بموضوع تعيين محل العقد، إذ إن قابلية المحل للتعيين كما حددها القانون المدني، تصلح بالنسبة للعقود الإدارية رغم بعض القواعد أو التطبيقات الخاصة بهذه العقود، مثل حق الإدارة بإدخال بعض التعديلات، ضمن شروط معينة في التزامات المتعاقد أثناء التنفيذ، ونتيجة لذلك فقد قام الفقه الفرنسي باستخلاص نظريات أصيلة في هذا الميدان أعطت لركن المحل في العقود الإدارية ذاتية مستقلة عن نظيرتها المدنية، وهنا يرد التساؤل في أي مقياس يمكن تطبيق نصوص القانون المدني في شأن شروط صحة ركن المحل؟ ولأي مدى يمكن للإدارة ممارسة حقها في تعديل التزامات المتعاقد معها دون المساس بمبدأ التوازن المالي للعقد؟

ثانياً- أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى محاولة إيجاد الملامح التي تعطي لركن المحل في العقود الإدارية كيانه الخاص، مما يجعله يتميز عن نظيره المدني كونه مستقل بجملة من الخصائص تجعله يأخذ وضعاً قانونياً متميزاً، وذلك من خلال تناول شروط صحته ومقارنتها بما يقابلها في العقود المدنية، وتحديد المشكلات التي تثيرها التغييرية في هذا الركن والنّاجمة عن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بسلطتها الإنفرادية نظراً لما تتمتع به من سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، والتطرق إلى القيود التي وضعها المشرع على حرية الإدارة في تعديل عقودها في كل من فرنسا وسورية ومصر للاستفادة من تجارب دول قد تكون نافعة أخذ بها تشريع دون آخر.

ثالثاً- أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث فيما يأتي:

1- عدم وجود ملامح واضحة لنظرية مجالات الحرية التعاقدية¹ - والتي تبرز عند البحث في محل العقد - في الدول محل المقارنة، مما اقتضى التعمق في نصوص قانونية، واجتهادات قضائية لم يتطرق إليها الباحثون سابقاً وهي تمثل في حد ذاتها حلولاً لكثير من المسائل المعقدة التي يمكن أن تثار أثناء إبرام العقد الإداري، وأثناء تنفيذه.

2- ترتبط غالبية نقاط هذا البحث بمشكلات كثيراً ما تثار في الواقع العملي، وتكون على درجة كبيرة من الأهمية والتعقيد، وتشكل بالتالي لبنة أساسية تغني الدراسات المستقبلية فيما يخص أحد أهم أركان العقود بصفة عامة والإدارية بصفة خاصة.

رابعاً- الصعوبات التي واجهت الباحث:

أهم الصعوبات التي عانى منها الباحث تمثلت في عدم وجود دراسات فقهية متخصصة حول موضوع محل العقد، إضافة إلى صعوبة ترجمة بعض المصطلحات المستجدة من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، والتي اعتمدنا في تعريبها على روح النظام القانوني الذي تحمله في مضمونها، مع الحفاظ على دلالاتها القاموسية في الوقت ذاته.

(1) المجال التعاقدي هو النطاق أو الحيز القانوني الذي يمكن أن تتحرك فيه إرادات الأطراف عند إبرام الروابط التعاقدية، وترتكز نظرية المجالات التعاقدية بشكل أساسي على أن إرادات الأطراف يجب أن تنصب على مواضيع موجودة ومعينة، وغير مخالفة للنظام العام.

خامساً- منهج البحث:

إنّ المنهج المتبع في البحث هو المنهج المقارن بين أحكام القضاء الإداري والعادي في كل من فرنسا ومصر وسوريا، مع بيان موقف الفقه والتشريع في هذا الموضوع وذلك لإلقاء الضوء على أوجه الشبه والاختلاف بين هذه الأنظمة وصولاً إلى مقترحات نرجو أن تساهم في إيجاد مقدمة لأحكام محل العقد الإداري.

سادساً- خطة البحث:

تمّ تقسيم هذا البحث وفقاً للنظام المنهجي اللاتيني، الذي يعتمد على التقسيم الثنائي، لذلك سوف ينقسم هذا البحث إلى فصلين ندرس في أولهما: **ماهية محل العقد الإداري**، وفي ثانيهما، **مدى جواز تعديل محل العقد الإداري** كما سوف يأتي:

الفصل الأول

ماهية محل العقد الإداري

سوف نطرح في هذا الفصل مفهوم محل العقد الإداري، وشروطه (المبحث الأول)، ثم الخصوصية التي يتميز بها عن نظيره المدني والتي تكسبه طابعاً متميزاً (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم محل العقد الإداري وشروطه

يعدُّ محل العقد أحد أهم الأركان التي يقوم عليها العقد، والذي يلزم وجوده مستوفياً لشروطه قيام الرابطة العقدية، ويشترط في محل العقد الإداري - كنظيره المدني - أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، محدداً، ومشروعاً وسنحاول إيجاد مفهوم محدد لمحل العقد الإداري (المطلب الأول)، ثم نحدد شروط صحته (المطلب الثاني) وفق ما يلي:

المطلب الأول- مفهوم محل العقد:

الفرع الأول- محل العقد في اللغة:

يقصد بالمحل لغةً: "المكان الذي يحلُّ فيه"⁽²⁾، ويقال حلَّ محله: أخذ مكانه، صادف محله: وضعه في مكانه المناسب، ويقال أيضاً: كان في محله أي في مكانه الصحيح، أو في صلب الموضوع مباشرةً، وبالجمع محال، ومحل الدين: أجله⁽³⁾. وكلمة "العقد" كلمة قديمة في مبناها وفي معناها باللغة العربية، فهي تطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يراد به الضمان والعهد.

الفرع الثاني- محل العقد في التشريع:

يراد بمحل العقد قانوناً: ما يرد عليه العقد وتظهر فيه آثاره وأحكامه، ويختلف المحل باختلاف العقود فقد يكون المحل عيناً مالية كالمبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، وقد يكون عملاً من الأعمال، كعمل الوكيل في الوكالة وعمل الأجير في الإجارة، وقد يكون منفعة شيء معين، كمنفعة الأجور في عقد الإجارة.. وقد يكون غير ذلك. إلا أنه يلاحظ أن التشريعات في كل من فرنسا، ومصر وسورية، لم تتطرق لتعريف محل العقد بصورة محددة وقاطعة وإنما أشارت إليه وحددت شروطه كركن من أركان العملية التعاقدية.

ففي فرنسا نصّت المادة /45/ من قانون عقود الشراء العام أن: (عقد الأشغال يجب أن يتضمن تحديداً لمحل الأشغال العامة).

كما نصّت المادة /1108/ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم: (يعدُّ العقد باطلاً في حال كان محله غير محدداً)⁽⁴⁾.

(2) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط3، ج1، ص 856.

(3) مختار الصحاح، الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر الرازي، مكتبة لبنان، 1986، ص 257.

(4) Laubadère. A , Delvolvé. P et Moderne. F, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, T2, 1984, p149.

ومن خلال نص المادة /1101/ من القانون ذاته التي عرفت العقد بأنه: (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) يمكننا التوصل إلى أن محل العقد هو العملية القانونية⁽⁵⁾ التي تراضى الطرفين على تحقيقها، والتي تقتضي إنشاء التزامات على عاتق كلا الطرفين أو على عاتق أحدهما، أو هو الأداء⁽⁶⁾ الذي يتوجب على المدين القيام به لمصلحة الدائن، وهو إما أن يكون التزاماً بإعطاء، أو التزاماً بعمل، أو امتناعاً عن عمل.

وبالتالي يعدّ محل العقد أحد أركان العملية التعاقدية والذي يلزم وجوده مستوفياً لشروطه لقيام هذه الرابطة التعاقدية، إلا أن بعض فقهاء القانون المدني اعتبروا محل العقد ركناً في الالتزام لا في العقد، نظراً لكونه يتحقق عن طريق إنشاء التزامات على عاتق الطرفين أو أحدهما، وكل من هذه الالتزامات يكون له بدوره محل معين، وبالتالي فمحل الالتزام يعتبر مدلولاً مقدراً في العقد يقتضيه معناه ويستلزمه، وكون العقد ينشئ التزامات لكل منها محل مختلف فقد تسلى القول على سبيل المجاز بأن المحل ركن في العقد، بالرغم من أنه في الحقيقة ركن في الالتزام لا في العقد. ومهما يكن من أمر الخلاف فإن منطق التصرف القانوني يفترض توافر المحل في العقد، فمن دونه لا يمكن أن يكون للإرادة وجود، فكيف يمكن للإرادة أن تصدر دون أن تكون مقدرة وعالمة تماماً بمحل الالتزام.

و في مصر وسورية⁽⁷⁾، سار المشرع على نفس المنوال، فلم يشر صراحةً إلى تعريف محل العقد وإنما خصّ شروطه بالتفصيل وفقاً لنصوص القانون من (132 إلى 136 مدني سوري) و(131 إلى 135 مدني مصري). ومما لا شك فيه أن شروط محل العقد الإداري تتلاقى في خطوطها العريضة مع شروط محل العقد المدني إلا أنها تختلف عنها في تفاصيل جوهرية نشير إليها في موضعها من هذا البحث، فلن نبسط الكلام حول الخصائص الأولية لمحل العقد كون الأمر يتعلق هنا بمفاهيم عامة لا يبدو أن تطبيقها يقدم خصائص متفردة في العقود الإدارية، وبناءً على ذلك فإن شروط المحل في العقد المدني تبدو صالحةً بالنسبة للعقود الإدارية، مع التحفظ بملاحظة الخصوصية التي ترد في بعض العقود الإدارية، فهي لا تعني أنها متطابقة مع نظيرتها في القانون الخاص، وبالمقابل لا تعني الانسلاخ الكامل عنها، بل إن هناك تمفصلاً وتميزاً بينهما دون الفصل أو الانفصال، ومن المعلوم

(5) أ. د محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، جامعة دمشق، الطبعة العاشرة، 2003-2004، ص 123.

(6) أ. د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، 1952، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 379.

(7) أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 395، أ. د سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998-1999، ص

أنه يشترط في محل العقد لكي يكون سليماً أن يكون موجوداً إن كان شيئاً، أو ممكناً إن كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، ويشترط أخيراً أن يكون قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً). وتخلف أي شرط من هذه الشروط يستوجب البطلان المطلق دون جدال.

ومن خلال التعريفات السابقة يمكننا التوصل إلى تعريف شامل لمحل العقد الإداري بأنه: الركن المادي المحدد والملزم لأحد طرفي الرابطة التعاقدية أو كليهما بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل بناء على إرادتهما المشتركة، والتي يثبت من خلاله أثر العقد وحكمه.

وسنقوم بدراسة شروط محل العقد في المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني- شروط محل العقد:

يشترط في محل العقد الإداري- شأنه في ذلك شأن نظيره المدني- أن يكون ممكناً أو موجوداً (الفرع الأول)، ومعيناً أو قابلاً للتعيين (الفرع الثاني)، وأخيراً أن يكون مشروعاً (الفرع الثالث) وسنتطرق إلى هذه الشروط وفق ما يلي:

الفرع الأول- شرط الإمكان (الوجود):

تقتضي القاعدة العامة أن يتضمن العقد ذكر محله، فمحل العقد هو أظهر أركان العقود بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة⁽⁸⁾، وبناءً على ذلك لا ينعقد العقد ولا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله ممكناً إن لم يكن موجوداً، إذ لا التزام بمستحيل⁽⁹⁾، وهذا ما أكدته المادة 133/ مدني سوري باعتبار العقد باطلاً في حال كون محل الالتزام مستحيلاً، وكذلك الأمر في حال كون محل العقد منعداً، فيكون العقد باطلاً لانعدام محله⁽¹⁰⁾، وقد أقر الفقه والاجتهاد تطبيق أحكام القانون المدني بخصوص نتائج استحالة محل العقد الإداري باعتبارها متوقعة الحدوث مع وجود الإدارة كطرف فيه، فإن تعاقدت الإدارة مع أحد الأفراد، وكان محل العقد مستحيلاً، فإن الأحكام المقررة بالقانون المدني تطبق هنا.

وللاجهاد الإداري المصري أحكام عدة حول هذا الأمر، إذ قضى بأن جميع العقود إدارية كانت أم مدنية، يشترط أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد وموضوعه؛ فلا بد أن يكون للعقد الإداري موضوع، وأن يكون هذا الموضوع ممكناً وغير مستحيل في ذاته؛ ففي حال تعاقدت الحكومة مع المدعي مثلاً على تنفيذ عملية توسيع الطريق رقم (312) وتعديله، فإن مقتضى هذا التعاقد الإداري، أن يقوم المدعي بتنفيذ العقد من ماله الخاص، وعلى مسؤوليته، وهذا التعاقد لا ينسحب على ما ورد في البند التاسع من جدول الفئات الخاص بالعملية التعاقد عليها والمتعلقة بتوريد بوابات طراز " فهمي حنين" وتركيبها متى كانت

(8) أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 394-395.

(9) أ. د محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 134.

(10) راجع نص المادة (135) من القانون المدني المصري.

الحكومة قد اشترت براءة اختراع هذا النوع من البوابات، وصار من حقها دون سواها تشغيلها لمصالحها المختلفة دون الأفراد، ويترتب على ما تقدّم اعتبار هذا البند من المقولة مما يتعارض في طبيعته مع جوهر العقد الإداري، إذ اتضح مما سبق أنّ موضوع البند التاسع من جدول الفئات مستحيل على المدعي، وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة، الأمر الذي تترتب عليه بطلان هذا البند⁽¹¹⁾. ومن الواضح من هذا الاجتهاد أنّه بالإمكان الحكم بالبطلان النسبي للعقود في حال استحالة موضوع العقد.

و سوف نقوم بالتطرق إلى أثر استحالة محل العقد، في حال كونها استحالة مطلقة أو نسبية أو جزئية بشيء من التفصيل وفق ما يلي:

أولاً - الاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد:

إنّ الاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد هي الاستحالة المطلقة سواء أكانت طبيعية أم قانونية وقت التعهد بالالتزام، والاستحالة المطلقة هي التي تقوم في مواجهة الكافة، أما الاستحالة اللاحقة على العقد، حتّى وإن كانت مطلقة فهي تبرر فسخ العقد وليست سبباً لبطلانه، ويرى الدكتور النجار أنّ الاستحالة المطلقة في العقد الإداري هي الاستحالة الموضوعية⁽¹²⁾، كون العقد الإداري عقد ملزم للجانبين في معظم صورته، أما الاستحالة النسبية السابقة أو اللاحقة على العقد لا تحول دون قيام الالتزام، وإنّما تؤدي إلى انقضاء الالتزام بعد أن وجد، إذا كان بسبب أجنبي لا دخل ليد المدين فيه، والعكس من ذلك فيسأل المدين بتعويض الطرف الآخر في العقد، إن كانت قد تحققت بسببه.

ثانياً - الاستحالة الجزئية:

قد تتحقق الاستحالة المطلقة بالنسبة لجزء من المحل، عندئذ ينصرف البطلان إلى هذا الجزء وحده دون باقي أجزاء العقد، وهو ما يدعى بالاصطلاح الفقهي بالبطلان المطلق الجزئي⁽¹³⁾، وبالطبع يجب الأخذ بعين الاعتبار ألا يؤثر بطلان هذا الجزء في العملية التعاقدية بأكملها. فاحتكار الحكومة لنوع معين من السلع في حق تصنيعها مثلاً، وتضمن العقد الإداري في أحد أجزائه أو بنوده توريد هذه السلعة، يترتب عليه بطلان هذا الجزء وحده، مع مراعاة أنّ البطلان في هذا الجزء لا يؤثر في صحة العقد ووجوده بشروطه الأخرى⁽¹⁴⁾.

(11) انظر: الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية في تاريخ 4 يناير سنة 1953، السنتان 12 و 13 ق، ص 161، أ.د سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 399-400.

(11) Auby et du cosedz: Droit administratif, 2ed 1970, p.23، مذكور لدى: أ. د زكي النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1981، ص 105، أ. د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 383.

(13) أ. د زكي النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 106.

(14) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 219 لسنة 10 ق، مج س 13، ص 161.

وفي حال مخالفة الإدارة لبعض القيود الواردة على إرادتها والمتعلقة بالنصوص المتضمنة أحكام المواد (6، 6 مكرر، 13، 140، 143) من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر⁽¹⁵⁾، فإننا نتفق مع الدكتور النجار بأن هذه المخالفة لا تعدو أن تكون مخالفة لقواعد توجيهية، وبالتالي فهي لا تترتب أثراً إلا فيما يتعلق بمسألة الموظف الإداري، باستثناء مخالفة الحظر المنصوص عليه في المادة 143/ من لائحة المناقصات والمزايدات والخاص بشراء الموظفين أصناف من الإدارة لاستعمالهم الخاص، دون اتباع طريق المزايدات العامة فيترتب عليه البطلان المطلق ومرد هذا البطلان هو العيب في شكل العقد وليس فقط مخالفة قيد يرد على حرية الإدارة، وذلك نظراً لخطورة النتائج التي تترتب على بطلان العقد بما فيها انعدام آثاره واعتباره كأن لم يكن وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد إضافة إلى تترتب تعويض الطرف المتضرر من إبطال العقد، ولما كان مرد هذا البطلان – في حال تحققه – أتياً من جهة الإدارة نظراً لمخالفة القيود المنصوص عليها في المواد المذكورة، فإن خير تعويض للمتعاقد معها هو بقاء العقد قائماً بين طرفيه ومحاسبة الموظف المسؤول عن خطئه – خارج العملية التعاقدية التي تبقى قائمة وسليمة، وذلك خلافاً للأستاذ الدكتور سليمان الطماوي الذي يرى أن مخالفة جميع هذه النصوص السابقة تستوجب البطلان الجزئي للعقد الإداري.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن شرط الوجود يعتبر شرطاً لازماً في العقد سواء أكان محل الالتزام إعطاء شيء، أم التزاماً بعمل (الأشغال العامة – التوريد – النقل ... إلخ)، كما أنه عنصر ضروري في شرط الإمكان، لكنه ليس العنصر الوحيد، وبالتالي فقابلية الشيء للوجود في المستقبل يتحقق بها شرط الإمكان (م 131/ مدني سوري)، وعلى العكس فعدم قابلية الشيء للوجود في المستقبل يترتب عليها – دون شك – بطلان العقد بطلاناً مطلقاً⁽¹⁶⁾، كما أن اختلاف محل العقد عما كان عليه وقت التعاقد يترتب عليه فسخ العقد، كما في حال إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها، بما يجعل محل العقد مختلفاً اختلافاً جوهرياً عما كان عليه وقت التعاقد، بأن تحتفظ بجزء غير محدد من الأصناف التي التزمت بتسليمها للمتعاقد معها في العقد المبرم بينهما⁽¹⁷⁾.

(15) المحظورات الواردة في لائحة المناقصات والمزايدات في مصر رقم 542 لسنة 1957:

- 1- حظر الشراء أو إجراء المقاولات في الشهر الأخير من السنة.
- 2- حظر إسناد أي عمل من أعمال المقاولات إلا لشركات القطاع العام.
- 3- حظر شراء الأصناف العالية الثمن، وحظر بيع الأصناف الجديدة إلا للهيئات الحكومية.
- 4- حظر شراء موظفي الحكومة الأصناف التي تباعها الحكومة.

(16) أ. د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 389.

(17) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 954 لسنة 12 ق مج، ص 19، ص 364 وجاء به: "إن احتفاظ الجهة الإدارية بجزء غير محدد من الأصناف التي التزمت بتسليمها

الفرع الثاني- شرط تعيين محل أو قابليته للتعيين:

يجب أن يكون محل العقد معيناً، فإن لم يكن معيناً وجب أن يكون قابلاً للتعيين (م/1129، /1108/ مدني فرنسي، م/134، /133/ مدني مصري، م/135،134/ مدني سوري)، وفي هذا الصدد يمكن أن يعتبر مفهوم تعيين محل العقد، كما يعرفه القانون المدني، سارياً على العقود الإدارية فيما عدا بعض القواعد النظرية أو السلوكية الخاصة بهذه العقود، كالحق المعترف بموجبه للإدارة أن تبذل- وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة - بعض الالتزامات التي يتوجب على المتعاقد إنجازها في أثناء تنفيذ العقد، وبالتالي سوف نقوم بالتفصيل في شرط التعيين كركن أساسي في إبرام العقد صحيحاً في العقد المدني وما يقابله من خصوصية لدى نظيره الإداري وفق التالي:

أولاً - شرط تعيين محل العقد في العقود المدنية:

إن تحديد محل العقد أمر مفروض في القانون المدني لكل العقود، وهو أمر مشترك في الأنظمة القانونية الفرنسية، المصرية، السورية، على حد سواء، إلا أنه بالرغم من ذلك لم تولد أحكام قضائية غنية كفاية فيما يتعلق بتعيين محل العقد، ومما لا شك فيه أنه إذا لم يعلم المتعاقد بماذا يلتزم فلن يتمكن من تحرير العقد⁽¹⁸⁾. ومن المتفق عليه إن كان محل العقد التزاماً بعمل شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً تعييناً كافياً مانعاً من الجهالة، وإن كان التزاماً بإعطاء شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً بذاته أو بنوعه على الأقل وهذا ما أكدته المادة 1129/ من قانون الإجراءات الفرنسي القديم حين نصت أنه "يجب أن تمتلك الضرورة كفاية أمر محدد على الأقل بالنسبة لنوعه، ويمكن أن يكون مقداره غير مؤكد شريطة أن يكون محدداً".

ومن المعلوم أن تعيين محل العقد يختلف تبعاً لكونه قيمياً أو مثلياً، فإن كان قيمياً عين بذاته وإن كان مثلياً عين بجنسه ونوعه ومقداره، وبكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره⁽¹⁹⁾، وإن لم يكن الشيء معيناً وجب أن يكون قابلاً للتعيين وإلا كان العقد باطلاً.

للمدعي في العقد المبرم بينهما يجعل محل التعاقد مختلف اختلافاً جوهرياً عما كان عليه وقت التعاقد، مما يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً"، وانظر أيضاً: حكم محكمة القضاء الإداري في القضية 1048 لسنة 24 ق مج، ص 160.

(18) Laubadère –Delvolvé et Moderne, t1. op. cit, p 149.

(19) نص القانون المدني المصري في المادة (133) على طريقة تعيين المحل: "إن لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، وبكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق الطرفان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط"

كما نصت المادة (134): "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر"

وقد تنثور أحياناً مسألة جودة الشيء، وهنا يتعاقد الطرفان على عينة معينة تمثل المحل، وقد يعرف المتعاقدان تلك العينة، ففي هذه الحالة يترك أمر قبول الصفة الجديدة لإطلاقات الإدارة، والأمر نفسه بالنسبة لتقديم أصناف تخالف العينة المتفق عليها⁽²⁰⁾. وفي حال عدم اتفاق الطرفان على درجة الشيء من حيث جودته، وعدم إمكان استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

ثانياً- شرط تعيين محل العقد في العقود الإدارية:

إن قانون عقود الأشغال العامة الفرنسي قد تطرق لشرط تعيين محل عقد الأشغال العامة، حيث نصت المادة 45/ من هذا القانون على أن: "عقد الأشغال يجب أن يتضمن تحديداً لمحل الأشغال العامة"، إلا أن هذه المادة التي تجعل تحديد أحد عشر بنداً آخرأ أمراً ضرورياً لا يمكن تأويلها في شموليتها على أنها تعداد لمتطلبات بالكاد منصوص عليها في شرعية العقد، وبالتالي فإنه من الضروري إجراء محاصصة بين البنود الجوهرية وتلك التي لا تفرض إلا من أجل أسباب تتعلق بحسن الإدارة، والتي لا يكون لإغفالها انعكاسات على شرعية العقد. وبشكل أكثر دقة فإن تطبيق قانون الأشغال العامة يعتبر أن البند الجوهري المتعلق بتحديد محل العقد في قواعد القانون المدني لا يسبب بطلان العقد بالنسبة لعقود الأشغال العامة، وبالتالي فإن قواعد القانون المدني تخدم أسس تحديد محل العقد ومتطلباته أكثر من قواعد قانون الأشغال العامة.

وبالرغم من أن الفقه الفرنسي لا يشكك في ضرورة امتلاك العقود محلاً معيناً تعييناً كافياً، باعتباره متطلباً موجوداً في طبيعة الأمور ذاتها إلا أن الأحكام القضائية ليست غنية كفاية، فالأهمية التي يوليها القانون الإداري لتحديد محل العقد لا تظهر في الواقع من خلال دراسة شروط شرعية العقد، وإنما في شرعية تطبيقه، وذلك من خلال المبادئ النازمة لقابلية التغييرية في محل العقود الإدارية، فإن كانت الإدارة في الواقع تعدل المخصصات التي يتوجب على المتعاقد إنجازها في حال تطلبت المصلحة العامة ذلك، إلا أن هذه السلطة الأحادية الجانب في التعديل لا يمكن أن تنسحب إلى محل العقد الذي يجب أن يكون محدداً أساساً وبالتالي غير قابل للتعديل في أثناء تنفيذ العقد من حيث المبدأ، إلا أنه يحق للإدارة وفقاً لسلطاتها التقديرية ومقتضيات المصلحة العامة أن تعدل في الالتزامات المتوجب على المتعاقد تنفيذها، وبالتالي فإن التعيين في العقود الإدارية يقتضي أن يكون محدداً بالنوع أو بالكم.

راجع في ذلك: د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، 1998-1999، ص 254.
(20) انظر: حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم 951 لسنة 9ق، مج س 12، ص 110،
والقضية رقم 838 لسنة 7 ق، مج س 8، ص 1252.

1- التعيين الكمي لمحل العقد :

نظراً لسلطة التعديل الانفرادي التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية، وهذا التعديل الذي سوف يمس بالتأكيد موضوع العقد واقتصادياته، قام المشرع بحماية أحد أركان العقد الأساسية، والمتمثلة بالمحل. وهذا ما تضمنته المادة 255/ مكرر من قانون عقود الشراء العام الفرنسي، بنصها على أنه "مع مراعاة الصعوبات التقنية غير المتوقعة وغير الناتجة عن فعل الأطراف، أو بسببهم، فإن الملاحق يجب ألا تقلب اقتصاديات العقد، ولا أن تغير من موضوعه"⁽²¹⁾.

وهذا التقنين في عقود الشراء العام⁽²²⁾، يدل على أنه في حال إبرام العقود في ظل المنافسة الحرة، لا يمكن لأطراف العقد الاحتيايل على هذه المنافسة من خلال تعديل عقودهم تعديلاً يقلب اقتصاديات العقد، أو يغير من موضوعه الذي كان أساساً لإبرام هذا العقد. وذلك كون الملاحق التي تقلب اقتصاديات العقد أو تغير من موضوعه، لا يمكن اعتبارها ملاحق حقيقية، بل هي بالأحرى عقود جديدة، يجب أن تبرم بدورها بعد مراعاة إجراء المنافسة الحرة. وبالتالي فإن عدم المشروعية هنا يعود لوجود عقود قائمة بذاتها، لم يراع في إبرامها التزام المنافسة الحرة⁽²³⁾. ويبدو واضحاً أن المشرع قد قصد في ذلك حماية موضوع العقد بالأساس، وبالتالي الحفاظ على العقد عموماً.

أما الاجتهاد الفرنسي فكان قد تنبه إلى موضوع اقتصاديات العقد كمعيار كمي، وعالج هذا الأمر بشكل نسبي، وفق ظروف كل حالة على حدة⁽²⁴⁾، ونرى أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر أن ملحق العقد الإداري الذي يعدل من موضوعه بزيادة قيمة العقد الأصلي بنسبة 43%، من شأنه أن يقلب اقتصاديات هذا العقد⁽²⁵⁾. ومثاله أيضاً ما قضت به المحكمة الإدارية لمدينة Rennes: "أن البلدية قد أبرمت عقداً قيمته 2,5 مليون فرنك كحد أدنى و3,5 مليون فرنك كحد أقصى. ولكن البلدية رفعت من قيمة هذا العقد إلى 4,9 مليون فرنك. وهذه الزيادة في قيمة العقد

(21) Poitiers 13/des/1953, D.1954, 519, note Malarurie

Art. 255. Bis, (...Sauf en cas de sujétion techniques imprevisibles ne résultant pas du fait des parties, avenants ...ne peuvent bouleverser l' économie du marché, ni en changer l' objet...)

(22) لا بد من الإشارة إلى أن هذا المبدأ قد قرره الاجتهاد أولاً، ثم أخذ به المشرع وقتنه في قانون عقود الشراء العام بمرسوم 1992/12/15، وقد أشار الفقيه جيز في بداية القرن العشرين إلى ذلك.

انظر. Jéze.G.Les principes généraux de droit administratifs, Paris,1939,p 41.

(23) Conclusions de commissaire de gouvernement, Frtacci. S, sur l' arrêt du conseil d' état du 28/7/1995, Société de gerance Jeanne d' arc, R. D. p, 1996, p 569.et.s.

(24) Bréchon – Moulène.CH, Droit des marchés publics, T1, Mouniteur, Paris, 1999, p9.

(25) C. E. 8/3/1996, Commune de petit –Bourg. Req. No 165075.

الأصلي، لا يمكن أن تكون محلاً لملحق دون أن تقلب اقتصاديات العقد الأصلي،
رأساً على عقب، وتخرق بالتالي أحكام المادة /255/ مكرر من تقنين عقود الشراء
العام⁽²⁶⁾."

والملاحظ أن الاجتهاد الفرنسي قد حرص على موضوع العقد إلى أبعد من
ذلك، من خلال اشتراط بيان أسباب التعديل وتبريره لكي يكتسب المشروعية، وهذا
ما قضت به المحكمة الإدارية المشار إليها أعلاه، حين قررت عدم مشروعية ملحق
زاد على قيمة العقد الأصلي بنسبة 15% فقط، لأن الزيادة التي كانت موضوع
العقد لم تبرر من جانب الإدارة بكونها ضرورة للمرفق المتعاقد بصده⁽²⁷⁾.
وبذلك، فإن موضوع العقد الإداري من حيث الأساس، لا يختلف عن نظيره
المدني، وإن التعديل الذي يطرأ على العقد الإداري، يستلزم ألا يغير من موضوعه
ويحافظ عليه باعتباره أحد أركان العقد والمساس به غير مشروع. فالقيود التي
وضعها المشرع كقيود للتعديل، هي في الواقع حماية للعقد الإداري وموضوعه،
وتجاوز تلك القيود يعتبر غير مشروعاً، ويمس بكيان العقد وموضوعه.

2-التعيين النوعي لمحل العقد:

بالرغم من أن المحل في العقد المدني والإداري - على حد سواء- يعد ركناً
أساسياً ولا يختلف من حيث الأساس فيما بينهما؛ إلا أنه بالمقابل، فإن التغيير في
موضوع العقد الإداري من حيث النوع يؤثر في جوهر العقد ذاته ويغير من
الالتزامات الناتجة عنه، ونظراً لكون العقد الإداري يمتاز عن العقد المدني بخاصية
التعديل الانفرادي المرنة، وفقاً لحاجة المرفق العام وما يتطلب من تحقيق المصلحة
العامة، وكون هذا التغيير يتبلور في أغلب الأحيان، فيما يتعلق بالأسواق العامة،
بتضمين العقد الإداري الأساس ملحقاً يثبت أداءً جديداً مغايراً كلياً للأداء الذي كان
موضوعاً للعقد الأصلي، ولا يتصل معه بأي وجه كان⁽²⁸⁾.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الأشغال التي لا تشكل موضوع ملحق
عقد، تعتبر غير مشروعة، كونها تنفصل عن الأشغال المدرجة في العقد الأصلي،
وتتميز عنها، وبالتالي يتوجب أن تكون موضوعاً لعقد متميز مبرم بعد مراعاة
التزام المنافسة الحرة⁽²⁹⁾.

كما قضى أيضاً، بأن احتواء ملحق العقد على خصوصيات تقنية مغايرة لتلك
التي كانت مدرجة في العقد الأصلي، يمكن أن يؤدي إلى تغيير موضوع العقد
نفسه، ومن ثم إلى إيجاد عقد جديد يستوجب طرحه للمنافسة⁽³⁰⁾.

(26) T. A., Rennes, 17/3/1993, Préfet du Morbihan, R.M.P.1993, No 275, p13.

(27) T. A. , Rennes, 9/6/ 1993, Comm de la rep d 111- et Vialain, R.M.P. 1993,
No 279, p18.

(28) Bréchon- Moulenés, Droit des marchés, T1, op.cit, p9.

(29) C. E. 28/7/1995, Sté de gerance Jeanne d' arc, R.D.P. 1006, p 569.

(30) C. E. 29/7/1994, Commune de Cayenné, R.D.P.1996, p579.

وبالمقابل، فقد قضى المجلس بمشروعية ملحق عقد كان موضوعه متابعة تنفيذ أداءات تنسجم مع موضوع العقد الأصلي، كون هذا الملحق، لم يغير من موضوع العقد، وبالتالي ليس من الضروري إجراء منافسة حرة جديدة⁽³¹⁾، ومع ذلك فقد منح المشرع الفرنسي في المادة 255 مكرر من عقود الشراء العام الفرنسي الحق للإدارة بإبرام ملاحق عقد تتضمن تعديلات جوهرية، كمّا كانت أو نوعاً، على موضوع العقد الأصلي، واعتبرها مشروعة في حال كانت ناتجة عن ضرورات تقنية طارئة، بشرط ألا تكون ناجمة عن فعل أطراف العقد، وأن لا يكونوا قد توقعوها عند إبرام العقد الأصلي.

ويعود سبب هذا الاستثناء إلى احترام مبدأ المرونة أو التغيير، الذي يمكن أن يطرأ خلال تنفيذ العقد، مما يحتم وجود تكيفات تتلاءم مع هذه المرونة أو التغيير حتى وإن كانت على درجة كبيرة من الأهمية.

وهكذا نرى، أن المشرع قد حرص على عدم المساس بركن محل العقد الإداري، إلا أنه لم يغفل عن ضرورات العناية بالواقع الذي يطبق العقد في حقله ومجالاته ومعطيات التغيير في الواقع المحيط به، وضرورة استجابة العقد لهذه المتغيرات.

ويلاحظ أن الأحكام المتعلقة بالملاحق، لم تقتصر على عقود الشراء العام فحسب، وإنما على عقود تفويض المرفق العام أيضاً⁽³²⁾، والذي سنشير إليه لاحقاً في موضعه من هذا البحث.

وفي مصر، فإن القانون رقم 89/ لسنة 1998 ولائحته التنفيذية لم يتضمن أيّة أحكام تتعلق بملاحق العقود، إلا أن الاجتهاد الإداري المصري قد أباح صراحةً هذا النوع من التصرفات، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن "النص الذي يحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الإدارية، وإن كان يقيد كأصل عام طرفيه، إلا أن ذلك لا يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديله. فإذا ما تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي، صريحة وبشكل قطعي، مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن، كان واجب النفاذ وامتنع الخروج عليه إلا في حدود القانون⁽³³⁾".

وفي القانون السوري أجازت المادة 62/ من القانون رقم 450/ لعام 2004 التعديل الكمي للعقد الإداري دون التعديل النوعي لاسيما في إطار عقود الأشغال العامة، وهذا ما سنوضحه لاحقاً في موضوع لاحق من البحث.

(31) C. E. 22/6/1998, préfet du Puy-de Domé, Req.No 173025.

(32) راجع المادة 40/ من قانون 1993/1/29.

(33) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1222 لسنة 12ق، الجلسة 1970/1/17، السنة الخامسة عشر، ص 146، ومذكور في مجموعة الخمسة عشر عاما في العقود الإدارية ص 157. وقد أفقت الجمعية العمومية بنفس الاتجاه بفتاها رقم 1020 تاريخ 1987/12/16، جلسة 1987/10/28، ملف رقم 368/2/47، السنتان 41، 42، ص 518.

الفرع الثالث- شرط المشروعية:

إنَّ العقد الإداري كنظيره المدني لا يكون صحيحاً إن لم يكن مشروعاً، وبذلك فإنَّ محل هذا العقد إضافة إلى كونه ممكناً ومعيناً، يشترط أن يكون مشروعاً، ويعد شرط المشروعية أهمَّ الشروط الواجب توافرها في المحل، إذ تكمن فيه معظم حالات البطلان المطلق التي ترجع إلى عيب المحل. ومفاد هذا الشرط أن يكون قابلاً للتعامل فيه⁽³⁴⁾ وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا أثر له، ويكون محل العقد غير قابل للتعامل فيه في حالات ثلاثة:

1- في حال كانت طبيعة الشيء عامة تأبى أن تكون محلاً للالتزام كالماء أو الهواء، وبالتالي لا يمكن أن تدخل في مجال التعامل⁽³⁵⁾.

2- في حال كان الغرض الذي خصص من أجله يأبى أن يكون محلاً للالتزام كالمال العام، الذي خصص للمنفعة العامة وبالتالي فهو غير قابل للتعامل⁽³⁶⁾، نظراً لكون هذه الأموال لا يمكن التصرف فيها وإن كان بالإمكان استغلالها.

3- في حال كان التعامل في الشيء غير مشروع إما لنص القانون على عدم جواز التعامل في الشيء محل الالتزام، أو لكون التعامل فيه مخالف للنظام العام والآداب العامة.

وسنقوم بالتوسع في شرح حالة مخالفة محل العقد للنظام العام نظراً لأهميتها وفق ما يلي:

أولاً- التعريف بالنظام العام كفكرة قانونية وتطوره:

نظراً لأنه من أهم شروط محل العقد ليبرم صحيحاً أن يكون مشروعاً، وأنَّ الشرط الأساسي العام في هذه المشروعية عدم مخالفته لقواعد النظام العام فإنه يقتضي مبدئياً التعريف بالنظام العام وقواعده إلا أنَّ الإشكالية الأهم تجسدت في تحديد مفهومه الذي بقي مستعصياً عن كل تحديد مفهومي فكري⁽³⁷⁾، ولذلك سوف نقوم بإلقاء الضوء على مفهوم النظام العام وتطوره ثمَّ الإشارة إلى خصوصيته التي ترد كتنقيض موضوعي لفعالية إرادات الأطراف في العقد الإداري وفق ما يلي:

(34) انظر نص المادة /1128/ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن الأمور القابلة للتعامل وحدها تصلح محلاً للاتفاقات التعاقدية: "il n' y a que les choses qui sont dans les commerce qui puissant être l' objet des convention" وأيضاً نص المادة /83/ من القانون المدني السوري.

(35) أ. د السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 277، أ. د محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 131.

(36) Laubadère, Delvové et Moderne, T1, op.cit, P277.

(37) Pissaloux. J. L, Reflexion sur les moyens d' ordre public dans la procedure administrative contentieuse, R.D.P,1999, p782.

وفي نفس المعنى، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، إيراني للطباعة، الطبعة الرابعة، 1987، ص 276.

1- اختلاف الآراء حول مفهوم النظام العام:

من الملاحظ بدايةً أن الأنظمة القانونية الفرنسية، والمصرية، والسورية تجنب النص في تشريعاتها تحديد مفهوم النظام العام تحديداً شاملاً أو دقيقاً، وإنما اكتفت في نصوصها بالإشارة إلى بعض عناصر النظام العام، نظراً لمرونة هذه الفكرة، وارتباطها بالتطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي المستمر في المجتمع.

وإذا أردنا السعي لتعريفه يمكننا بدايةً الاستيحاء من دراسات القانون المدني كون بعض هذه المبادئ تفرض على المتعاقد أيّاً يكن العقد المبرم، كما يمكن اعتبار النظام العام مبدئياً مشتركاً بالنسبة لعقود القانون العام ونظيره الخاص على حد سواء، وفي الواقع إن مفهوم النظام العام مفهوم طارئ يتكوّن من عناصر فلسفية وسياسية وأخلاقية⁽³⁸⁾، كما أنه متغير بتغير الزمن، فمصادره القانونية والأخلاقية قد يظهر بعضها في فترات معينة بينما يختفي البعض الآخر. ورغم محاولات الفقهاء العديدة لإيجاد مفهوم محدد للنظام العام إلا أنها باءت بالفشل⁽³⁹⁾، وقد اختلفوا في تحديده اختلافاً كبيراً، فقد ذهب الفقيه **Haurio** إلى اعتبار أن (النظام العام هو حالة واقعية تعارض حالة أخرى هي الغموض والاضطرابات)⁽⁴⁰⁾.

ويبدو واضحاً أنه أعطى من خلال هذا التعريف طابعاً سلبياً للنظام العام، حيث اكتفى بإبقاء غايته المحافظة على الوضع القائم وهذا مالا يتناسب مع تعاضل دوره وتدخله في مختلف نواحي المجتمع الاجتماعية والاقتصادية، مما أدى إلى اندثاره وحلول الاتجاه الإيجابي مكانه.

أما الفقيه **George Burdéo** فقد اعتبر أن فكرة النظام العام تتسع لتشمل النظام العام المادي والأدبي والاقتصادي، وجميع صور النشاط الاجتماعي⁽⁴¹⁾. وبهذا الرأي اعتبرت فكرة النظام العام فكرة واسعة غير محددة، كونها تشمل كافة نواحي الحياة الاجتماعية.

(38) يرى جانب من الفقه بأن للنظام العام طبيعة محايدة، غير مرتبطة بأي سند أو ارتباطات فلسفية أو دينية في المجتمع، انظر: د. عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، ص 362-363.

(39) يمكننا الإشارة إلى آراء بعض فقهاء القانون الفرنسي في تعريف النظام العام حيث يقول R Japiot: "يستمد النظام العام جزءاً من عظمته من الغموض الذي يحيط به"، ويرى L Josseland: "أن مفاهيم النظام العام مبهمة أكثر منها مؤسسة"، ويقول Beudant: "لا شيء يقاوم تعريفاً محدداً أكثر من النظام العام"، أما Pilon فيرى أن "البحث عن تعريف محدد للنظام العام كالمغامرة في الرمال المتحركة"، ويقول Alglave: "إن تحديد مفهوم النظام العام كالسير على درب من الأشواك"، راجع:

Laubadère- Delvolvé et Moderne, Traité des droit administrative, op.cit, p 179

(40) Maurice Hauriou, Précis élémentaire de droit administrative, et droit public Sed 1911, p323.

(41) Burdéo. G, Traité de Science Politique, tom I. L. G. J, 3ed 1980, p143.

كما اعتبر الدكتور **ممدوح عبد الحميد** أن النظام العام: (ظاهرة مرنة ونسبية تشكل مجموعة من القواعد القانونية الأمرة التي لا يجوز مخالفتها وتجد مصادرها في القوانين أو العرف أو التقاليد، وهي تختلف باختلاف النظام السائد في الدولة زماناً ومكاناً)⁽⁴²⁾.

ومن خلال هذه التعاريف المختلفة يتجلى المفهوم الواسع للنظام العام بصورة واضحة، وكل محاولة لتعريفه لا تعدو أن تكون محاولة إيجاد تعريف ثابت لمضمون متحرك.

2- تطور مفهوم النظام العام:

لقد تطوّر مفهوم النظام العام نتيجة لتطور تنظيم المجتمعات، واتساع تدخل الدولة في حياة الأفراد، فأصبح يشمل إلى جانب عناصره التقليدية المادية، أغراضاً تمثل الجانب المعنوي غير المادي، وهو ما يسمى بالنظام العام الخلقي، إضافةً إلى شموله تدخل الدولة في تنظيم النشاط الاقتصادي للأفراد، ليولد ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي، وبناءً على ما تقدّم سنقوم باستعراض تطور مفهوم النظام العام وفق الآتي:

أ- النظام العام الخلقي:

اختلف الفقه الفرنسي حول دخول فكرة حماية الأخلاق والآداب العامة ضمن مفهوم النظام فرأى الفقيه **Hauriou** أن (فكرة النظام العام يجب أن تقف عند حد النظام العام المادي دون أن تمتد لتشمل النظام العام الأدبي، ما لم يكن الإخلال بهذا النظام خطيراً، ومن شأنه تعكير النظام العام المادي تعكيراً مباشراً)⁽⁴³⁾.

في حين ذهب الأستاذ **Georges Riport** إلى اعتبار أن (مضمون النظام العام يتسع ليشمل النظام العام الأدبي والمعنوي والاقتصادي)⁽⁴⁴⁾. ويرى الفقيه **Burdéau** أنه (إذا كان النظام العام الأداة الصحيحة لضمان فكرة القانون، فإن النظام العام الخلقي يعتبر انعكاساً للمناخ الاجتماعي القائم في لحظة معينة)⁽⁴⁵⁾.

وقد لاحظ الفقيه **Moderne** إمكانية تخيل فرضيات في النظام العام تنادي بفكرة الأخلاق الحسنة، كما في حال مباشرة جمعية تعاونية استثمار منزل دعارة أو حانة قمار، فإن العقود المبرمة بهذا الخصوص ستكون باطلةً حتماً. ويأتي في نفس

(42) د. ممدوح عبد الحميد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة 1991، ص66.

(43) Maurice Hauriou, Précis élémentaire de droit administratif, op.cit, p220.

(44) Georges Riport, Les Forces creatrices du droit, paris, 1959, p154.

(45) Burdéau.G, Traite de science politique, op.cit, p145.

السياق إذا لاحظ موظف محلي في أثناء إبرامه العقد أجراً غير شرعياً وذلك من دون المساس بالملاحقة القضائية الجزائية⁽⁴⁶⁾.

وبالنسبة لمجلس الدولة فلم يكن يتدخل لوضع قاعدة خلقية أو لتعليم الأفراد الأخلاق، وإنما كان يتدخل عندما يهدد الاضطراب الخلقي النظام العام المادي، وهذا ما أشار إليه الفقيه *Tietgen* في قوله إن: (البوليس لا يجوز له أن يحكم من وجهة نظر الأخلاق وإنما عليه فقط أن يبحث فيما إذا كان من شأن المساس بالأخلاق إثارة فضيحة لدى العامة المجتمعين في أواسط البيئة)⁽⁴⁷⁾.

وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي في القرار الخاص بمحمية *Tonkin* ببطلان عقد التأجير الزراعي، نظراً لعدم شرعية محله والمتمثل بإدارة حانات القمار الممنوعة في الهند الصينية في ذلك الوقت.

ويبدو بذلك أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف بوجود نظام عام خلقي إلى جانب النظام العام المادي، دون أن يضع إطاراً محدداً لهذه الفكرة، ومما لا شك فيه أن السبب في ذلك يعود للصفة المرنة والمتطورة بتغير الظروف.

أما من ناحية التشريع، فلم يأت قانون تقنين البلديات الفرنسي على ذكر الآداب العامة حين عدد عناصر النظام العام.

وفي مصر تدخل الآداب العامة ضمن مكونات النظام العام بنص الدستور حيث جاء في نص المادة /184/ على أن: "الشرطة تسهر على حفظ النظام والأمن والآداب"⁽⁴⁸⁾.

ويلاحظ أن القضاء الإداري المصري بدوره لم يحدد معياراً لأخلاقية تصرف ما أو عدم أخلاقيته، نظراً لكون هذا المعيار يختلف بين دولة علمانية ودولة تتبع في نهجها شريعة دينية، فما يثيره الرأي العام في دولة مثل سورية أو مصر قد لا يثيره في فرنسا.

ب- النظام العام الاقتصادي:

مع بداية القرن العشرين ونظراً لازدياد ضغط المشكلات الاقتصادية، اضطرت الدول إلى التدخل وتنظيم العديد من الموضوعات والعلاقات الاقتصادية التي كانت متروكة للنشاط الحر للأفراد بهدف تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية لأفراد المجتمع ككل. هذا الوضع الذي قاد للتساؤل عن حقيقة وجود نظام عام اقتصادي إلى جانب النظام العام المادي والمعنوي بعناصره التقليدية المعروفة⁽⁴⁹⁾.

(46) Laubadère- Delvolvé et Moderne, Traité des contrats administratifs, op.cit, p181>

(47) Tietgen (P.H), La police Municipale, Th :Nancy, 1934, p35.

(48) د. مجدي أحمد فتح الله حسن، فاعلية الأداء الضبطي لرجال الشرطة، مرجع السابق، ص 138.

(49) د. عبد العظيم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 119.

وبذلك فقد رأى الدكتور **عبد العليم عبد الحميد مشرف** أنه⁽⁵⁰⁾: (على الرغم من أن تقييد حرية التجارة والصناعة لأغراض تتصل بفكرة النظام العام التقليدي، مقررة أصلاً للهيئة التشريعية وليس للهيئة التنفيذية، إلا أن هذا الفقه يتجه ليعترف بأن مفهوم النظام العام يمتد ليشمل عنصراً جديداً هو النظام العام الاقتصادي⁽⁵¹⁾) والذي يكرّس لتنظيم العلاقات الاقتصادية في المجتمع، ويوصف هذا المفهوم الجديد للنظام العام بأنه مفهوم إيجابي، كونه لا يقتصر على الحظر إنما يمتد ليفرض التزامات محددة على عاتق الطرفين، وهو بذلك ينقسم إلى قسمين: النظام العام المتعلق بالإدارة الاقتصادية، والذي يتميز بنزعه إلى إدارة العلاقات الاقتصادية وفق ما تقتضيه المصلحة العامة، والنظام العام المتعلق بالحماية الاجتماعية، وتظهر فيه نزعة حماية الطرف الأكثر ضعفاً من المتعاقدين في حال كان وزنهم الاقتصادي غير متساو⁽⁵²⁾.

غير أن هذا المفهوم الواسع للنظام العام الاقتصادي يقتصر على تحقيق المصالح الاقتصادية الأساسية للمجتمع والتي تنعكس على النظام العام بمفهومه العام، كما في مجال التموين ومنع ارتفاع الأسعار الوهمي في الأزمات⁽⁵³⁾، ولا يمتد ليشمل إمكانية تدخل الإدارة في أي نشاط. ويتبنى أستاذنا الدكتور **عبد الله طلبة** هذا الاتجاه بقوله: (... فقد تطور مفهوم النظام العام وأصبح مضمونه لا يغطي فقط الهدوء والأمن والصحة والسكينة العامة، بل يغطي أيضاً النظام العام الاقتصادي والاجتماعي.....) ويعود سبب تزايد تدخل الدول الرأسمالية في الاقتصاد بنظره بغرض مواجهة الحروب ونتائجها، أما في البلاد الاشتراكية فإن النظام العام ينتج عن المخطط الذي يكتسب طابعاً آمراً، وأن قواعد التخطيط تحدد مضمون النظام الذي يؤمن الدفاع عنه بصورة أكثر صرامة مما يكون عليه الحال في البلاد الرأسمالية، وذلك لكون النظام العام الاقتصادي يتضمن علاقات الملكية والإنتاج التي تشكل الأساس للاشتراكية⁽⁵⁴⁾.

وعلى النقيض من ذلك، ينفي الأستاذ عادل أبو الخير وجود نظام عام اقتصادي بحجج مختلفة، دون أن يصل الأمر إلى حد إنكار وجود قانون إداري اقتصادي⁽⁵⁵⁾.

(50) د. عبد العليم عبد الحميد مشرف، المرجع السابق، ص 119.

(51) Leveneur. L, La liberté contractuelle en droit privé, A. J. D. A, 1998, p681.

(52) أ. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 237 وما بعدها.

(53) أ. د. عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 377-378.

(54) أ. د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، الطبعة الخامسة، عام 2003، ص 174-175.

(55) د. عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مرجع سابق، ص 204-205.

ومن جانبنا نرى أن القانون الإداري الاقتصادي هو ذلك القانون الذي ينظم
الفعاليات والحريات الاقتصادية الفردية كقانون المنشآت السياحية، وقانون المنشآت
الصناعية، وقانون المنشآت التجارية.. إلخ
خلاصة القول أن تدخل الإدارة في تنظيم النشاط الاقتصادي الحر للأفراد
يأتي في إطار سياسة الاقتصاد الموجه للدولة والذي يهدف إلى منع الخلل والفوضى
تحقيقاً للأمن الاقتصادي، ونرى أن النظام العام الاقتصادي لا يمكن أن يشكل نظاماً
مستقلاً منفصلاً عن النظام العام بمفهومه التقليدي، بل يعتبر جزءاً منه.
ويساير القضاء الإداري السوري هذا الاتجاه حيث اعتبرت محكمة القضاء
الإداري في معرض رقابتها للأحكام العرفية أن "أمن الدولة لا يتعلق فقط بأعمال
السيادة أو الخطر على السلامة العامة وإنما يتصل أيضاً باقتصادها، لذلك فإن
حماية الاقتصاد الوطني من العابثين به يعد أمراً لا يجوز استثنائه من أعمال
السلطة"⁽⁵⁶⁾.

بذلك يبدو واضحاً أن الاتجاه الفقهي والقضائي في سورية يؤكد على إدخال
النظام العام الاقتصادي في مفهوم النظام العام، وذلك لتأكيد خصوصية النظام
القانوني في كل دولة وتطوره وتميزه بما يلي حاجات المجتمع الأساسية.

ثانياً- مضمون فكرة النظام العام في العقد الإداري:

1- النظام العام في مجال القانون الخاص والعام:

بالرغم من وجود تأثيرات متبادلة بين القانون المدني والإداري وأساس
مشترك لمفهوم النظام العام⁽⁵⁷⁾. إلا أنه لا يبدو بالمظهر نفسه في كل منهما. فبينما
يولي القانون المدني مكانة أساسية لحرية المتعاقدين في إبرام عقودهم إلا أنه يعتبر
دوماً أن النظام العام ليس له مفهوم عثي ويجب أن يشكل حدوداً فعلية لحرية
المتعاقدين⁽⁵⁸⁾، وهذا ما ينتج عنه منطقياً عدم شرعية خرق قواعد النظام العام من
خلال اتفاقيات مبرمة بين المتعاقدين، وهذا ما أكدته نص المادة 6/ من القانون
المدني الفرنسي⁽⁵⁹⁾. وفي الاتجاه نفسه تعد غاية القانون العام الأساسية تأكيد النظام
العام وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة إلا أن القانون العام لا يتبنى مبادئ النظام
العام في القانون المدني في شموليتها⁽⁶⁰⁾. ففي حال تنظيم القانون المدني لأهداف
الأخلاق الحسنة إلى جانب أهداف النظام العام، فإن المجموعة المهمة في القانون

(56) قرار محكمة القضاء الإداري رقم 1/73 لعام 2004 في القضية رقم 2885، الحكم غير منشور.

(57) Pissaloux. J. L, op.cit, p 788.

(58) Laubadère- Delvolvé et Moderne, Traité de contrats administratifs, op.cit, p177.

(59) Aux termes de l' art.6: "on ne peut déroger, par des convention particulieres aux loi qui interessent l'ordre public et bonnes moeurs"

(60) يرى الفقيه Malouri أن: "قائمة قواعد النظام العام الموجودة ضمن العقود الإدارية هي أكثر أهمية من القواعد التي يتناولها القانون الخاص."

الخاص للعقود المصطدمة بالبطلان بسبب تناقضها مع فكرة الأخلاق الحسنة، لا تجد مكانتها عملياً في تطبيقات القانون العام، نظراً لغاية العقود الإدارية المتمثلة بتحقيق المصلحة العامة والتي من الصعب تصور إمكانية تناقض هذه المصلحة للأخلاق الحسنة.

2- الأثر المترتب على مخالفة محل العقد للنظام العام:

إن نظرية العقود الإدارية، شأنها في ذلك شأن النظرية المدنية، تعرف التفرقة بين النصوص الأمرة والنصوص التكميلية، ويترتب البطلان المطلق للعقد في حال مخالفة الأولى دون الثانية، ومما لا شك فيه أن مخالفة قواعد النظام العام تعد مخالفة لنصوص أمرة، وترتب البطلان المطلق للعقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، كما يجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان هذا العقد والمحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها، وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا في حال إعلان الإدارة عن مناقصة وفق عينة نموذجية مخالفة لأحكام القانون وطعن المتعاقد معها بعدم مشروعية محل العقد بالحكم ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وعدم جواز إجازة العقد لاحقاً⁽⁶¹⁾.

كما تشمل مسألة عدم تطابق العقد مع النظام العام عدة أنماط من المخالفات، ففي حال كان محل العقد مخالفاً للنظام العام توجب إبطال العقد برمته، أما في حال كان محل العقد شرعياً دون أن تكون مسببات بنوده كلها كذلك، في تلك الحالة، البنود غير الشرعية وحدها التي تبطل شريطة أن لا تكون محددة للصيغة النهائية للعقد، أو مرتبطة به ارتباطاً وثيقاً، وهذه الفرضية ترد فيما لو تخيلنا إدراج شرط مخالف للنظام العام أو أكثر في عقد ما، فالمبدأ الذي يمنع مثل هذه الشروط هو ذاته الذي يحكم عدم مشروعية الشرط المخالف للقانون، والفارق الوحيد هو أن محل العقد غير المشروع يبطل العقد برمته أما الشرط غير المشروع في عقد مقبول من حيث محله، هو الذي يكون باطلاً إلا في حال كان هذا الشرط حاسماً في ذهنية المتعاقدين من أجل إبرام العقد.

3- بعض التطبيقات الاجتهادية في مشروعية المحل:

نظراً لكون فكرة النظام العام قد بقيت غير واضحة -كما ذكرنا- وإذا كان المعيار كذلك غير محدد وأن التطبيقات الاجتهادية اعتبرت المرجع فليس يجدي في تقريبها إلى الأذهان سوى الإشارة إلى بعض هذه التطبيقات:

■ يقع باطلاً اتفاق الإدارة مع مكلفي الضرائب خلافاً لما نصت عليه أنظمة الضرائب التي تقوم على مبدأ التساوي في دفع الضريبة نظراً لكون مركز دافع الضريبة يمثل عادة كمركز مؤسسي لا يجوز تعديله بنظام تعاقد بين الإدارة الضريبية وأصحاب العلاقة، وعلى ذلك فإن جميع العقود أو الاتفاقات المبرمة من

(61) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية 1303 لسنة 8 مج، س12، ص494.

قبل الإدارات العامة بالإعفاء من الضرائب أو الرسوم المقررة قانوناً، تعتبر باطلة فيما يتعلق بهذه الإعفاءات إن لم تصدق من الجهة التي تملك حق الإعفاء⁽⁶²⁾.

- الاتفاقات المخالفة لتحديد الأسعار المحددة بقرارات نظامية معتبرة كأحكام متعلقة بالنظام العام، تعتبر باطلة أيضاً⁽⁶³⁾.
- نطاق الأملاك العامة البحرية والنهرية محدد وفقاً لقواعد تشريعية، وبذلك فإن العقود التي تحدد بموجبها الأملاك العامة تعتبر باطلة⁽⁶⁴⁾.

(62) اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1937/2/22، وأيضاً بتاريخ 1954/4/20، وبتاريخ 1946/3/18.

(63) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1973/3/2.

(64) قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1975/6/20.

المبحث الثاني

خصوصية محل العقد الإداري

لا يمكن لبعض المواد أو الموضوعات أن تكون محلاً لعقد إداري، نظراً لكونها غير قابلة للتعامل بها، إلا أن هذه المجالات غير منظمة بأي نص ذي مضمون عام، فلا يوجد قائمة لا قانونية ولا دستورية بطبيعتها مستعصية على التعاقد، وإنما يستخلص هذا التحديد من اجتهادات قضائية، ويرتكز إلى منطق التبريرات المعروفة غالباً بصورة عامة، ويعاد التذكير بها بمناسبة خروجها عن التعامل عقدياً، وتجدر سندها على الأقل في جزء منها في الاجتهاد القضائي، ولكن هذه الوسائل من المعرفة تترك مجالاً للشك والريبة، ولا تغطي مجموعة المواد التي يمكن أن نتساءل حول إمكانية استخدام الإجراء التعاقدي فيها ولا يمكن أن نأخذ بالحسبان الاستبعاد الشامل المعروف غالباً، وبالتالي فإن تحديد المجالات التي لا تصلح محلاً لعقد إداري لا تحصر كلها ضمن نصوص تشريعية، لأن ثمة مجالات تخرج بطبيعتها عن نطاق الحرية التعاقدية، وذلك على أساس المبادئ العامة المؤيدة بأحكام القضاء، وبذلك يمكننا القول، أنه يمكن لمادة أن تنهرب من كونها محلاً لعقد إداري، إما نظراً لطبيعتها أو بحكم القوانين والنصوص التشريعية⁽⁶⁵⁾.

المطلب الأول- المجالات التي لا تصلح محلاً لعقد إداري بطبيعتها:

لا يمكن لبعض المجالات في القانون الإداري أن تكون محلاً لاتفاقات تعاقدية، مما يستوجب استبعادها من أن تكون محلاً لعقد إداري نظراً لطبيعة العقد في القانون الإداري، وبالرغم من أن استبعاد إمكانية إبرام العقد في هذه المجالات ليس غريباً عن القانون المدني، فحالة الأشخاص المدنية وأهليتهم، وتنظيم العائلة، كلها أمثلة على المواد التي لا يسوغ أن تكون محلاً لعقد، والتي يقال بأنها خارج نطاق التعامل، وهذا ما اتفقت عليه الأنظمة القانونية، وما أقره القانون المدني الفرنسي في المادة /1128/ منه⁽⁶⁶⁾، إلا أن النظرية القضائية حول المواد المستعصية على التعاقد في القانون الإداري تختلف بشكل كبير عن النظرية المقابلة لها في القانون المدني، نظراً لأن الأساس الذي تقوم عليه النظرية المدنية حول استحالة التعاقد على الأمور الخارجة عن نطاق التعامل يطبق ذاته في القانون الإداري إضافة لاستثناءات كثيرة تستند إلى أساس مختلف وقائم على فكرة السلطة العامة تحقيقاً لمصلحة المرفق العام، إلا أن هذه السلطة المقررة للإدارة لا تخولها التصرف بها، أو التنازل عنها، مخالفةً بذلك للقطاع الخاص الذي يجيز لمتعاقبيه التنازل عن حقوقهم بشكل مطلق، وبالتالي فقد قررت نصوص القانون الإداري واجتهادات القضاء بطلان اتفاقيات الإدارة المتعلقة بتنظيم المرافق العامة (الفرع

(65) Laubadère-Delvolvé, et Moderne, op.cit,p.45

(66) تنص المادة /1128/ من القانون المدني الفرنسي على أنها: "وحدھا الأمور القابلة للتعامل تصلح أن تكون محلاً لاتفاقات تعاقدية"

الأول)، مع وجود بعض الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ ويعد عقد الالتزام مثلاً نموذجياً على هذا الاستثناء (الفرع الثاني)، وسنقوم بتفصيل ذلك وفق ما يأتي:

الفرع الأول- بطلان الاتفاقيات المتعلقة بتنظيم المرافق العامة:

يقصد بتنظيم المرافق العامة وضع القواعد الكفيلة بحسن سيرها، والمبينة لطرق إدارتها وكيفية تكوين الهيئات التي تتولاها، وتحديد اختصاص كل منها، وبيان ما إذا كان المرفق الجديد سيلحق بشخص إداري أم ستكون له شخصيته المستقلة، وطريقة استغلاله، وهل سيكون حكراً للسلطة الإدارية بحيث لا يباح غيرها مزاوله نشاط من نفس النوع أم لا.

وإذا كان الخلاف قد نشب حول أداة إنشاء المرافق العامة في مصر قبل دستور 1971 فإنه منذ صدور دستور 1923 كان من المسلّم به أن وسيلة تنظيم المرافق العامة هي القرارات الإدارية، وهو ما اتفقت عليه الأنظمة السياسية في فرنسا وسورية، وبالتالي فإن تحديد الأوضاع التنظيمية للمرفق العام يعتبر حكراً للسلطة العامة، ولا يمكن للإدارة أن تتنازل عن هذا الحق، وقد اعتبرت هذه الفكرة كمنهج عام، يطبق القاعدة التي قررها القضاء الإداري وكررها، والتي مفادها أن تنظيم المرفق العام لا يمكن أن يكون محلاً لعقد⁽⁶⁷⁾، كونه لا يمكن أن يكون هناك انسجام قانوني بين مفهوم تنظيم المرفق العام ومبدأ العقد⁽⁶⁸⁾، فامتيازات الإدارة في تنظيم المرفق العام لا تشكل حقاً ذاتياً يمكن لأشخاص القانون العام إقرارها بحرية، وإنما اختصاصات حقيقية لا يمكن التنازل عنها.

وبذلك فلا يمكن لأفراد القطاع العام التخلي عن امتيازاتهم بحجة تصرفهم بطريقة اتفاقية، كونهم يستطيعون فعل ذلك باختيارهم إبرام عقد من القانون الخاص، ولطالما قرروا الاحتفاظ بالقضاء الإداري كقضاء مختص بالنزاعات القائمة بينهم وبين أفراد القطاع الخاص توجب عليهم المضي فيه حتى النهاية، ومنع عليهم التخلي عن جميع امتيازاتهم. وإن بدت هذه الامتيازات للوهلة الأولى غير متوافقة مع مبدأ الرضا الذي يعتبر أساساً للعقود المدنية، ومتناقضة مع الاتفاق المبرم في تطبيق المادة 1134/ من القانون المدني الفرنسي والتي تقتضي بأن "الاتفاقات المشكّلة شرعياً تقوم مقام القانون بالنسبة لوضعها"، إلا أن فقهاء القانون العام الفرنسي بشكل عام، والفردى بشكل خاص، قد أجمعوا بأن هذه السلطات سلطات أصلية غير قابلة للتصرف وغير خاضعة للتقادم الزمني، ولا تستطيع الإدارة التخلي عنها بصورة إرادية، وهذا ما أكدّه الفقيه **Tardieu** سابقاً

(67) Laubadère-Delvolvé, et Moderne, op. cit, p.45

وفي الفقه العربي، راجع، د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 55، وأيضاً، المحامي عبد الهادي العباس، العقود الإدارية، دار المستقبل، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ص

(68) Richer. L ,Les contrats administratifs, Dalloz, paris,1991,ed1,p.46

عام 1907، وكذلك الأمر بالنسبة للفقهاء **Bonnard** الذي اعتبرها من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، أما بالنسبة للفقهاء **G. pequignot** فقد اعتبرت بنظره جميعها مشتقة من امتيازات السلطة العامة المعروفة للإدارة، وذلك بموجب الغاية التي تسعى إليها، وهي موجودة حتى وإن لم تعلن في العقد⁽⁶⁹⁾، وكل بند يتخلل عنها سيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا ما يشرح الصفة التنظيمية للبنود المرتبطة بحقوق الإدارة بحسب الامتياز، وكان موقف الفقهاء **C. Blumann** مشابهاً حيث اعتبر أن قبول الإدارة بصورة اتفاقية التنازل عن ممارسة سلطاتها، يعد باطلاً بصورة غير قابلة للنقاش، وبالتالي فإن التنازل الذي قد يحمل صفة عامة لن يكون له أدنى أثر، كما لن تستطيع الإدارة الارتباط مسبقاً بمجموعة قرارات لا علم لها بها لحظة إبرام العقد، من هنا قد تتخلل عن إتمام مهامها وترهن بها للمصلحة العامة، وهذا ما أيده الدكتور **عبد الإله الخاني** في الفقه العربي، باعتباره أن تنظيم المرافق العامة الإدارية لا يمكن تسييرها بطريق التعاقد، ولا يمكن أن تكون محلاً للاتفاقات التعاقدية وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً⁽⁷⁰⁾.

ومما يتصل بالمرافق العامة وتنظيمها أيضاً نظم النقاضي، التي تحقق في مجموعها مصلحة عامة وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية، فتحديد اختصاص المحاكم، فيما عدا الاختصاص المحلي يعتبر من النظام العام، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على اختصاص محكمة غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي، كأن يرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الإدارية إلى محكمة من المحاكم العادية، أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة الصلح.

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف، قد تعد أيضاً من النظام العام، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن الاعتراض جائز في حكم وجاهي، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله، ولكن يجوز الاتفاق أن الحكم الذي يصدر من محكمة درجة أولى لا يستأنف حتى لو كان قابلاً للاستئناف.

أولاً- نظم التقاضي كمثال على بطلان الاتفاقيات المتعلقة بتنظيم

المرافق العامة:

من المعلوم أن مبدأ فصل السلطات، واستقلالية القضاء تتطلب ألا يتمكن أشخاص القانون العام والقانون الخاص على حد سواء من التدخل في عمل القضاء من خلال العقد، وعلى ذلك فقد منعت الاتفاقيات المرتبطة باللجوء إلى القضاء وبتنظيم اختصاصات السلطة القضائية، أو سلطة القاضي بشكل صارم، واعتبرت أنها اتفاقات مخالفة لقواعد النظام العام وبالتالي فهي اتفاقات باطلة.

(69) Laubadère-Delvolvé, et Moderne, op.cit, p.243

(70) C.E.17/7/1932, Contrat, Laubadere, p.227-228

مذكور لدى عبد الإله الخاني، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 158.

ولتوضيح هذه الصورة وخصوصاً فيما يتعلق باتفاقات الإدارة نظراً لأهميتها في بحثنا يمكننا التوسّع فيما يتعلق بهذا المبدأ وفق التالي:

1- الاتفاقات المتعلقة باللجوء إلى القضاء:

إنّ القدرة على اللجوء إلى المحاكم، تعدّ بلا شك مبدأ أساسياً في التنظيم الاجتماعي في دولة القانون، ولهذا السبب لا يمكن التخلي عن ممارسة اللجوء إلى القضاء من خلال الاتفاق، وتطبق هذه القاعدة بقوة فيما يتعلق بالأشخاص العامة، ففي حين يتمكن أفراد القانون الخاص تقرير إبعاد خصومهم عن عدالة الدولة باللجوء إلى حكم، لا تستطيع الإدارة اللجوء إلى هذه العدالة الخاصة إلا في حالات معينة⁽⁷¹⁾، فحتى وإن التزم الطرفان بالتنازل عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، فإنّ هذا في الواقع، يفرضه الشخص العام على المتعاقد الآخر، ويقوم القاضي بحماية صاحب الملكية الخاصة من التزاماته الطائشة برفضه أي قيمة لهذا التنازل مقابل امتياز عام مباشر، وفي حال التخلي عن اللجوء إلى القضاء، يمكننا القول إن لم يكن المتعاقد ضحية تدليس أو عنف فهو على الأقل ضحية خطأ، لأنّ لا شيء يمكن أن يجردّه من هذه الحماية.

وفي القانون الإداري، تعتبر عدم شرعية هذا التخلي ليس لاعتبار المتعاقدين يرتكبون خطأ، وإنما لأنّ هذا البند يصطدم بالنظام العام، وأكثر من ذلك، فإنّ القاضي يهدف قبل كل شيء إلى التأكيد على الإدارة الجيدة للقضاء أكثر من حماية القطاع الخاص، وذلك بإلزام الأطراف جميعهم بالخضوع إلى القوانين والأنظمة المعمول بها⁽⁷²⁾.

ويبدو لنا أنّه من النادر جداً الالتزام بشكل مسبق بعدم ممارسة أي لجوء إلى القضاء، وتقدّم الأحكام القضائية، بشكل أساسي، أمثلة عن التنازل أحادي الجانب الذي يلي عموماً قيام الدعوى، فإن كان هذا التنازل غير شرعي فإنّ التنازل الاتفاقي يعدّ كذلك بالأحرى، ويكون الالتزام الاتفاقي أكثر شبهة من التنازل أحادي الجانب كونه يقوم بافتراض الضغوط، علاوةً عن ذلك، فإن كان التخلي عن حقوق موجودة شرعياً في بعض الحالات، فإنّ التخلي مقدماً عن حق لم يوجد بعد يعدّ أمراً

(71) Laubadère-Delvolvé, et Moderne, Traité des contrats, T1, op. cit, p.148

(72) وفي الفقه الفرنسي كتب لافيير قائلا: "أنه خلال تطور وسائل اللجوء المتطرفة إلى السلطة، لم يخدم مجلس الدولة مصالح المواطنين فقط، وإنما أيضاً مصالح الإدارة الجيدة، التي لا تتفصل عن الملاحظة الدقيقة للقوانين، فيما بعد كان السعي لترك خلفية هذه الوظيفة، في اللجوء المتطرفة للسلطة لمصلحة حماية الحقوق الفردية، لكن هذا الاهتمام يجب ألا يجعلنا ننسى أن إلغاء اللجوء المتطرفة للسلطة هو وسيلة لخدمة غاية أخرى، والتي هي إصلاح الإدارة، ولهذا السبب فإن هذا الإلغاء ليس في متناول من حصلوا عليه، وإن كان بإمكان أطراف الدعوى في القانون الخاص أن يتنازلوا عن ميزات القرار الحاصل، وإن كان بإمكانهم ذلك أيضاً في دعوى إدارية في منازعة قضائية، فإن مثل هذا التنازل مستحيل إزاء التأثيرات المرتبطة بالإلغاء.

غير شرعي، وينتمي التخلي الاتفاقي عن القضاء إلى الزمرة الثانية، ومن هذا المنطلق يعد غير شرعي.

وأخيراً يمكننا الإشارة، إلى أن التخلي الاتفاقي عن كل لجوء تعاقدي هو أمر نادر⁽⁷³⁾، وأياً كانت طبيعة المنازعات القضائية، سواء كانت ذاتية أو موضوعية، وإن كان من الممكن أحياناً التنازل عن بعض الحقوق الموجودة مسبقاً، فإنه من غير المشروع في أي حال من الأحوال التنازل عن حق مستقبلي، ولا يمكن للمتعاقد أن يلتزم بترك الإدارة تتصرف في مسألة عدم الشرعية.

2- الاتفاقات المتعلقة بتوزيع الاختصاص في قلب السلطة القضائية الإدارية:

نظرياً، تعتبر قواعد الاختصاص الموضوعي والاختصاص المحلي كلاهما من النظام العام، لكن وحدها الأولى تملك هذه الصفة التعاقدية.

فتحديد اختصاص المحاكم - فيما عدا الاختصاص المحلي - لا يجيز للخصوم الاتفاق على اختصاص محكمة غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي، كأن يرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الإدارية إلى محكمة من المحاكم العادية⁽⁷⁴⁾، أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة الصلح وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق الاستئناف أو المعارضة أو نحو ذلك، قد تعد كذلك من النظام العام، ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن الاعتراض جائز في حكم وجاهي، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله، ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة درجة أولى لا يستأنف حتى ولو كان قابلاً للاستئناف، بيد أن الاجتهاد استقر على أن الإسقاط من الاستئناف لا يصح إلا بعد صدور الحكم النهائي⁽⁷⁵⁾، وأن خروقات الاختصاص الموضوع تعود غالباً إلى تعديل عدد درجات السلطة القضائية، حيث كان مجلس الدولة في فرنسا المصدر الأول والأخير للحكم أو الاستئناف من خلال اتباع المواد المنظور بها، وذلك على الأقل حتى تطبيق قانون الإصلاح الصادر في 31 كانون الأول 1978.

ويمكن أيضاً، تحويل الاختصاص - بصورة نادرة - لمصلحة سلطة قضائية من نفس الدرجة، وقد قام مجلس الدولة بمراقبة البنود الحاذفة لدرجة من درجات السلطة القضائية، وكذلك البنود المضاف إليها واحداً من هذه الدرجات، ولم يقبل بمصادقية هذه الخروقات سوى بصورة استثنائية.

(73) وجد قرار بيت فيه مجلس الدولة الفرنسي بالأساس بأن التزام مقدم الطلب الملزم مسبقاً بعدم ممارسة أي لجوء للقضاء يعتبر مجرداً من قيمته القضائية.

(74) شرح قانون أصول المحاكمات، الدكتور محمد واصل، منشورات جامعة دمشق، الكتاب الأول، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ص 186.

(75) المحامي عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 47

3- الاتفاقات المتعلقة بسلطات القاضي:

لا يمكن لأشخاص القانون العام تعديل سلطات القاضي من خلال العقد، كونهم لا يستطيعون إقرار اختصاص السلطات القضائية وهذا ما يناقض مبدأ الفصل بين السلطات، فدور الحماية الذي يمتلكه القاضي، يتطلب منه أن يكون هو نفسه ممارساً له بشكل كامل، دون أن يؤثر ذلك على الأطراف، وبالرغم من أن هذا الأمر ينطبق على أي قاضٍ من القضاة إلا أنه يشمل القاضي الإداري بشكل خاص بسبب المكانة التي يشغلها في الدعوى.

ويمكننا الإشارة، إلى أن مسألة التقليل الاتفاقي لسلطات القاضي، فيما يخص قابلية تطبيقها في القانون الإداري، قد طرحت في فرنسا مع القانون الصادر في 9 تموز 1975 المرتبط بإصلاح البند الجزائي في القانون المدني⁽⁷⁶⁾، حيث يلتزم من خلال هذه البنود المتعاقد لأداء ما خلال فترة زمنية معينة بدفع مبلغ مالي، في حال إخلاله بالتزاماته أو التأخير فيها، حتى في حال عدم وجود ضرر حقيقي، وذلك تأكيداً على تنفيذ الاتفاق.

ويسمح المظهر الاتفاقي البحث أساساً للمتعاقدين بالتنازل عن هذا الشرط بموجب استقلالية الإدارة، إلا أن حرية الأطراف في إنشاء هذه البنود قد لاقت مؤخراً إخفاقاً في العقود المدنية، فمنذ صدور المادة 1252/ من القانون المدني الفرنسي أمكن للقاضي، الذي كان يمنع من التدخل في حساب المبلغ الجزائي المتعاقد عليه تخفيف العقوبة أو زيادتها، والتي كان قد اتفق عليها وكل شرط مناقض يعتبر ملغياً، ويضع هذا القرار الذي يعتبر حكماً بالموت على البنود الجزائية حرية الأطراف في إبرام عقودهم موضع التساؤل، وبالتالي فهو يمس مبدأ استقلالية الإدارة، وبطبيعة الحال، فلا يطبق هذا النص على عقود القانون المشترك للإدارة، وعلى العقود المبرمة بين أفراد القطاع الخاص كما يطبق على العقود الإدارية.

لكن بإمكاننا التساؤل إن كان باستطاعة الأطراف في العقد الإداري زيادة سلطات القاضي بصورة اتفاقية؟

يرى الفقيه **Laubadère** بأنه في الغالب يأتي هذا التمديد نتيجة التقليل الاتفاقي المرتبط بامتيازات أفراد القطاع العام، ومن خلال تحليل شرعية هذا الشرط، تتلاشى سلطات القاضي أمام تقليل امتيازات الإدارة ولا يستطيع أشخاص القانون العام ترك سلطتهم في توجيه العقد وإدارته لمصلحة القاضي، فقط لأنهم لا يستطيعون نقل حقهم في تعديل بنود العقد خلال التنفيذ إلى القاضي فقد يصطدم هذا الفصل بين الإدارة النشيطة والقاضي.

ويمكننا الإشارة، إلى أن هذه القاعدة ذاتها تبرر الأحكام القضائية المرتبطة بسلطات القاضي في مادة التصديق، ويجب التمييز بين التصديق المالي، والمبطل

(76) المادة 1226/ من القانون المدني الفرنسي.

من جهة، والذي لا يؤدي تطبيقه بإخراجه من مهمته القضائية التقليدية ولا يتعدى بموجبه على امتيازات الإدارة، وبين التصديقات القسرية التي تنهرب من الوظائف التقليدية للقاضي، ويتطلب التقدير الشامل لظروف العمل والقانون تقدير النتائج التي تأتي في آن معاً لحماية الخدمة العامة والمتعاقد، حيث تستطيع الإدارة التنازل عن إقرار الأولى بنفسها وتقرير التمسك بالقاضي، وهي تفعل ذلك بصورة عامة في حال ارتكب المتعاقد خطأ ما، لكن من الملائم، أيضاً أن تحتفظ بمقدرة التمسك بالقاضي بصورة اتفاقية، وهذا الازدياد في سلطات القاضي، لا يحمل ضرراً بمبدأ الفصل بين القاضي والإدارة ولا يحل أيضاً بتنازل الإدارة عن امتيازاتها، حيث إن أفراد القطاع العام لا يفعلون شيئاً سوى إضافة مقدرة التمسك بالقاضي إلى امتيازاتهم، وبالمقابل يمكن التشكيك بشرعية بند قد يستبدل سلطات القاضي بسلطة الإدارة.

وأخيراً يمكننا القول، بأنَّ استقلالية القاضي ودوره في تحديد سلطاته الخاصة، أمران يتعارضان مع أي تعديل تعاقدى لامتيازاته، وهي بالتالي تنهرب من نفوذ المتعاقدين، سواء بالنسبة إلى تقييدها، أو على العكس بالنسبة إلى زيادتها.

ثانياً- عقود الالتزام كاستثناء على مبدأ بطلان الاتفاقيات المتعلقة

بتنظيم المرافق العامة:

يحق للإدارة أن تبرم عقوداً عند إنشاء المرافق العامة، أو عقوداً تسند فيها مهمة تسيير المرافق العامة للمتعاقد معها، كعقد الالتزام مثلاً، إلا أنَّ هذه العقود لا تنطوي حتى بشكل غير مباشر عن تنازل الإدارة لحقها في تنظيم هذا المرفق⁽⁷⁷⁾، وإنَّ هذه الإمكانية الممنوحة للإدارة بإبرام عقود مهمتها تسيير المرافق العامة لا تنظيمها يمكن أن تؤدي إلى نتيجتين هامتين:

1- إن هذا العقد يعتبر عقداً إدارياً مع كل ما يؤدي إليه من نتائج معروفة ضمن نطاق نظرية معايير العقد الإداري، وذلك كون نظام العقد الإداري يسمح للإدارة أن تعيد إلى يدها هذا المرفق وإعادة تنظيمه في حال اقتضت المصلحة العامة، وذلك بموجب سلطتها في فسخ العقد.

2- عندما يتطلب العقد وثيقة تحديد قواعد التنظيم وسير عمل المرفق العام (دفتر شروط التزام المرفق العام) فإنه يلاحظ وجود تمايز بين الشروط التعاقدية التي تحدد العلاقة بين الإدارة ومتعاقدها، والشروط التنظيمية التي تعدها الإدارة انفرادياً وتستطيع تعديلها بإرادتها المنفردة في حال اقتضت ضرورة إعادة تنظيم المرفق ذلك. إلا أنَّ هذه القاعدة ليست مطلقة، فقد تكون الإدارات لا تملك من الاستعداد والتجهيز ما يكفي لكي تقوم بخدمة المرفق العام، فتعهد بأمره إلى أفراد أو شركات كما فعلت دائرة المساحة في سورية مطلع العهد ما بعد الحرب العالمية

(77) R. D. P, 1974, p486. Note: Auby. J. M, sur: C. E. 26161 1974, Societe (lamaison des maison des isolants des France).

الأولى بإعطائها مرفق المسح الجغرافي إلى شركة فرنسية هي شركة دايفور، وإن كان من النادر أن تعهد المرافق العامة الإدارية إلى الأفراد إلا أن المرافق العامة الاقتصادية الصناعية منها والتجارية كثيراً ما تعطي إدارتها بالتعهد إلى الأفراد لتسييرها أو تنفيذ عقودها.

وقد اعتبر الفقه المعاصر في فرنسا أن هذه الاتفاقات تندرج تحت عنوان الاتفاقات ذات الآثار التنظيمية وهذا ما أيده الأستاذ **Chapus**، والذي اعتبر أن مثل هذه الاتفاقات تمتد آثارها في مواجهة الغير ويمكن أن يخاصموا في مشروعاتها كما هو الحال بالنسبة للقرارات التنظيمية تماماً⁽⁷⁸⁾، مخالفاً بذلك رأي الأستاذ **Richer**، الذي اعتبرها عقوداً ذات آثار تنظيمية وليست مجرد اتفاقات ذات آثار تنظيمية، ويكون للعقد في رأيه آثاراً تنظيمية إذا أدرجت فيه شروط تنظيمية، ولكن هذه الشروط لا تعتبر مشروعة ما لم تكن السلطة العامة المتعاقدة تملك سلطة تنظيمية، ورتب النتيجة المنطقية لهذا التكييف بإمكانية مخاصمة هذه الشروط ذات الطابع التنظيمي عن طريق دعوى الإلغاء⁽⁷⁹⁾.

ويتبين لنا مما سبق أنه لا بد أن يتوافر عنصران لكي يتكون اتفاق ذو آثار تنظيمية، أولهما أن يكون محل هذا الاتفاق تناول مرفق معين بالتنظيم، وقد يتحقق ذلك إما بشكل جزئي أو كلي، وباعتباره شرطاً ضرورياً إلا أنه ليس كافياً لانعقاد هذا الاتفاق، فلا بد من عنصر ثانٍ مكمل، يحرك الطبيعة التنظيمية داخل هذه الاتفاقات⁽⁸⁰⁾، وهو يتحقق إما بتدخل السلطة التنظيمية وإصدارها قراراً ينقل الطبيعة التنظيمية إلى الاتفاق، أو عن طريق تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي يكون له نفس المفعول.

ونظراً لأهمية هذا الاتفاق كاستثناء على قاعدة عدم جواز تصرف الإدارة بحقها في تنظيم المرفق العام فإننا سنقوم بدراسة حالتين تطبيقيتين لهذا الاستثناء، أولهما تلك المتعلقة باتفاقات التزام المرافق العامة كنموذج عن الاتفاقات التي يكون محلها التنظيم بشكل جزئي، والحالة الثانية هي اتفاقات الضمان الاجتماعي في فرنسا كنموذج على الاتفاقات التي تتخذ من التنظيم محلاً لها بشكل كلي وفق التالي:

1 - في ماهية عقد الالتزام:

يعدّ عقد الالتزام من أقدم عقود تفويض المرافق العامة والأساس الذي انطلقت منه باقي أصناف عقود التفويض، وقد تطرّق التشريع والاجتهاد في جميع الدول محل المقارنة إلى هذا النوع من العقود⁽⁸¹⁾، ويمكننا القول أنه العقد الذي تعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي إلى أحد الأفراد أو الشركات الخاصة،

(78) Chapus. Droit administrative, Delta, Paris, ed9, 1995, p.441

وفي الفقه العربي، د. مهدي نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 194

(79) Richer, Les contrat administrativé, 1991, op. cit, p12.

(80) Laubadère-Delvolvé, et Moderne, Traité des contrats, T1, op.cit,p117

(81) المادة (634) من القانون المدني السوري، والمادة (668) من القانون المدني المصري.

على أن يؤمن - وفقاً لدفاتر الشروط- وعلى نفقته وتحت مسؤوليته وبواسطة عماله سير مرفق عام اقتصادي وإعداد الإنشاءات الأولية له، واستغلاله مدة محددة، مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بخدمات هذا المرفق، وذلك وفقاً لعقد الالتزام المبرم بينه وبين الإدارة، وأن يلتزم بإعادة المرفق بعد انقضاء مدة العقد إلى حوزة الإدارة بحالة جيدة⁽⁸²⁾، وتسمى الإدارة في هذه العملية بالسلطة المانحة، أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم، وقد عرّفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه: (العقد الذي يكلف من خلاله فرداً أو شركة بتنفيذ شغل عام أو تحقيق المرفق عام مع تقاضٍ لعائدات استثمار المنشأة العامة أو تنفيذ المرفق العام، مع حق فرض التزامات على المنتفعين من المرفق أو المستفيدين من خدماته).

أما القانون المدني السوري فقد عرّفه من خلال نص المادة 634 بأنه: (عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق، وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن).

مما سبق يمكننا التوصل إلى مجموعة من النتائج التي تميز عقد الالتزام وتدخل في صميم تحديد محله:

أ- إن عقد الالتزام ينتمي إلى عائلة عقود إدارة المرافق العامة، والتي أطلق عليها المشرع الفرنسي في أواخر القرن العشرين تسمية موحدة وهي عقود تفويض مرفق عام⁽⁸³⁾، وبذلك فإن هذا المصطلح قد أصبح يضم إضافة إلى عقود الالتزام كل أساليب إدارة المرافق العامة الأخرى على أساس تعاقدية مثل الامتياز (L' affermage)⁽⁸⁴⁾، ومشاطرة الاستغلال⁽⁸⁵⁾، والتزام الأشغال العامة⁽⁸⁶⁾ والتي يشترط في محلها:

(82) راجع في تحديد مفهوم عقد الالتزام في الفقه الفرنسي: Chapus. R, Droit administratif, op. cit, p560 وفي الفقه العربي: أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 108، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 394، أ. د محمد سعيد أمين، دراسة في فكرة العقود الإدارية، 1992، المرجع السابق، ص 113، أ. د. عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1992، ط2، ص 507.

(83) راجع القانون رقم 12 تاريخ 1993/1/23، والقانون رقم 1222/93 تاريخ 1993/12/29.

(84) امتياز مرفق عام أو (الاستغلال): هو اتفاق تكلف الإدارة بموجبه شخصاً آخر (عاماً أو خاصاً) باستغلال مرفق يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، وذلك في مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة وما يحصل عليه من استغلال المرفق، ويلاحظ أن الفقه الفرنسي يفرق بين الالتزام والامتياز على أساس الإنشاءات الأولية للمرفق محل الاتفاق، ففي عقود الالتزام تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم، أما في عقود الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله، وقد قامت الإدارة بإعداد إنشاءاته الأولية، ويعتبر الأستاذ فالين أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للتفرقة بين الالتزام والامتياز سنة 1948، راجع: A. J. D. A, 1996, La spécificité de l' affermage, P. S, Biéussés- p608 et. s. وفي الفقه العربي: أ. د محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 104.

- أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً قابلاً للتفويض⁽⁸⁷⁾، حيث لا يجوز تفويض المرافق التي تثير امتيازات السلطة العامة نفسها كمرفق البوليس⁽⁸⁸⁾، والذي سنقوم بدراسة ذلك موسعاً في موضعه من هذا البحث.

- أن يكون محل هذا التفويض استغلال المرفق وليس نقل ملكيته، فالإدارة تبقى محتفظة دائماً بسيادتها على المرفق، وبذلك فإن عملية التفويض لا تقود إلى خصخصة المرفق، بل كل ما في الأمر أن المتعاقد يستغل هذا المرفق لفترة زمنية محددة بدلاً من الإدارة العامة، وبناءً عليه يتوجب على المفوض استخدام العاملين الضروريين لتسيير المرفق العام، وهذا لا يمنع من أن يوضع الموظفون العاملون في سلك الإدارة المفوضة تحت تصرف المفوض إليه⁽⁸⁹⁾.

ب- يجب أن يكون محل هذا العقد تناول مرفق معين بالتنظيم باعتباره عنصراً أساسياً لتولد اتفاق ذي آثار تنظيمية، إضافةً إلى الأسلوب الخاص للمقابل الذي يحصل عليه المفوض والذي يلعب دوراً حاسماً في تحديد ماهية عقد التفويض وتمييزه عن أنواع العقود الإدارية الأخرى، فالأساس القانوني لإمكانية الحديث عن وجود عقد تفويض يتجلى في المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة والمتكون من حصيلة استغلال المرفق⁽⁹⁰⁾.

2- الطبيعة القانونية لعقد الالتزام:

نظراً لكون عقد الالتزام عقداً إدارياً ذا طبيعة خاصة لكونه يتضمن نوعين من النصوص، الأولى تعاقدية تتصل بعلاقة الملتزم وحقوقه المالية تجاه السلطة مانحة الالتزام، وهي نصوص الأصل أنه ليس للإدارة حق المساس بها، فإن تعدلت وجب عليها التعويض عن الأضرار الناجمة عن التعديل، والثانية نصوص تنظيمية يمتد أثرها إلى المنتهين بخدمات المرفق مثل شروط الانتفاع بالخدمة وتحديد رسوم تقديمها، وهي نصوص تخضع لحق الإدارة في تغييرها كلما تغيرت الظروف واقتضت المصلحة العامة ذلك فقد طرحت نظريات عدة في سبيل تكييف

(85) مشاطرة الاستغلال: هو اتفاق تعهد بموجبه الإدارة لشخص عام أو خاص إدارة وتسيير مرفق عام معين مقابل مكافأة مالية تحدد غالباً عن طريق النتائج المالية للاستغلال. راجع: أ. د محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص 104، أ. د سليمان الطماوي، الوجيز، المرجع السابق، ص 410 وما بعدها، سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 223.

(86) التزام الأشغال العامة: هو عقد تقوم الإدارة بموجبه بتكليف شخص عام آخر أو شخص من أشخاص القانون الخاص بتنفيذ أشغال عامة في مقابل استغلال هذه الأشغال لزمّن معين أو مدة محددة، راجع: Laubadère - Delvolvé et Moderne, Traité de contrat, T1, op. cit, p311. وفي الفقه العربي: أ. د محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود، المرجع نفسه، ص 106 وما بعدها، د. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، 2007، ص 42.

(87) Auby. J. B, Maugué. CH, op. cit, p284.

(88) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 203.

(89) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع نفسه، ص 203.

(90) Auby. J. B, Maugué. CH, ibid, p284.

عملية الالتزام من الوجهة القانونية، حيث تقتضي النظرية الألمانية أن الالتزام قرار إداري ذو طبيعة اتفاقية، على عكس نظرية الطبيعة التعاقدية الخالصة التي تقتضي بأن عملية الالتزام عبارة عن عملية تعاقدية بحتة تستوجب إنابة من السلطة العامة، أما نظرية الطبيعة المزدوجة فتقتضي أن للالتزام مظهرين مزدوجين، أولهما تنظيمي، والآخر تعاقدية، وقد لاقت هذه النظريات انتقادات واسعة من قبل فقهاء القانون العام، إلى أن ظهرت نظرية العمل المختلط، والتي لاقت القبول الأكبر في وقتنا الحالي لتبرير الطبيعة القانونية للالتزام من جانب القضاء والفقه في كل من فرنسا ومصر وسنقوم بالتطرق إلى هذه النظرية بشيء من التفصيل نظراً لأهميتها، إضافةً للتكييف المقترح من قبل فقهاء القانون العام الفرنسي، وفق ما يلي:

أ- نظرية العمل المختلط:

مقتضى هذه النظرية أن قيام الالتزام كتصرف قانوني على أساس مركب من عناصر تعاقدية وأخرى تنظيمية، بمعنى أن هذا التصرف في جزء منه تعاقدية وفي جزئه الآخر تنظيمي، إلا أنها قد تعرضت أيضاً للنقد من قبل الأستاذ الدكتور ثروت بدوي، والذي رأى أن الاعتراف بالطبيعة المركبة للالتزام كتصرف قانوني، سوف يؤدي إلى توقف إبرامه على رضا الملتزم، بالنسبة لكل الشروط التي تتضمنها وثيقة الامتياز: التعاقدية واللائحية، وهذا غير مقبول من وجهة النظر القانونية، كون العمل التشريعي لا يمكن توقف صحته على إرادة الأفراد، لأنه من اختصاص السلطة العامة وحدها، وعلى أية حال، فقد لاقت هذه النظرية أصداء واسعة في أروقة مجلس الدولة الفرنسي، ولاسيما في تقارير المفوضين، كما تم اعتمادها من جانب القضاء الإداري المصري⁹¹.

ب- التكييف المقترح:

اعتبر أساتذة القانون الفرنسي Laubadère, Delvolve و Moderne أن عقد الالتزام ليس إلا اتفاقاً منتجاً لآثار تنظيمية، وقد استندوا إلى أن تكييف الالتزام على أنه تصرف قانوني مركب، بالرغم من كونه قد لاقي قبولاً أكبر في وقتنا الحالي من جانب القضاء والفقه في فرنسا ومصر، إلا أنه لم يكن حاسماً في توضيح الطبيعة القانونية للالتزام، حيث إن الاتجاه الذي تبني هذه النظرية قد قرر أن الالتزام عقد بالنسبة للشروط التعاقدية، إلا أنه لم يبين البتة تكييفه بالنسبة إلى الشروط اللائحية بمعنى أن تكييف الالتزام بأنه تصرف قانوني مركب يستجيب مع مقتضيات الشروط التعاقدية فقط دون تكييف يوضح دورها ضمن الالتزام باعتباره تصرفاً قانونياً⁽⁹²⁾، ونحن من جانبنا ننضم إلى هذا التكييف، إضافةً لما رأى الدكتور

⁹¹ أ.د ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 91.

(92) Laubadère - Delvolvé et Moderne , op. cit, p105.

مهند نوح بأن الالتزام اتفاق منتج لآثار تنظيمية محتوي على شروط تعاقدية وليس على شروط تنظيمية، وبسبب ذلك فإن محل هذا الاتفاق يتمثل بشكل رئيسي بتنظيم مرفق عام وتسييره و وتسييره وإدارته، وليست الشروط التعاقدية سوى عناصر ملحقة بالعناصر التنظيمية وتابعة لها ومرتبطة بها وجوداً أو انعداماً وبالتالي فإن التركيز على الشروط التعاقدية وتكييف الالتزام على أنه عقد تبعاً لذلك يأتي من باب حكم الجزء على الكل وبناء القاعدة على أساس الاستثناء.

3- آثار عقد الالتزام:

عقد الالتزام كأى عقد إداري من شأنه ترتيب حقوق والتزامات لكل من طرفي العقد، الملتزم والسلطة مانحة الالتزام، غير أن عقد الالتزام وبشكل خاص يرتب أيضاً حقوقاً للمنتفعين بخدمات المرفق وذلك تجاه كل من الملتزم والسلطة مانحة الالتزام، إذ إن الهدف من إبرام هذا العقد توفير خدمة عامة للجمهور المنتفع بالمرفق، وعلى ذلك يمكننا القول إن لعقد الالتزام أثراً قانونية بالنسبة للملتزم والسلطة مانحة الالتزام ولجمهور المنتفعين.

أ- بالنسبة للملتزم:

يحق للملتزم الحصول على رسوم الانتفاع بخدمات المرفق من جمهور المنتفعين حتى يتمكن من تعويض مصاريف إنشاء المرفق، وإدارته، واستغلاله، والحصول على نسبة معقولة من الربح خلال المدة الزمنية المتفق عليها، مع التزامه بتعريف الأسعار المتفق عليها في العقد، وما يطرأ عليها من تعديل من جانب الإدارة في حدود المخاطر العادية التي يتحملها الملتزم.

وفي مواجهة الإدارة، يتمتع الملتزم بحق الحصول على المزايا والتسهيلات المالية التي يتفق عليها في العقد وتكفلها السلطة مانحة الالتزام بهدف تشجيع الملتزم وقبول إدارة المرفق، كالسماح للملتزم باحتكار تقديم الخدمة، والحصول على القروض اللازمة لممارسة نشاط المرفق، وخلافاً للنصوص المتعلقة بتعرفة الأسعار فإن هذه النصوص الأخرى تعتبر نصوصاً تعاقدية لا يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة دون موافقة الالتزام.

وللملتزم الحق في ضمان التوازن المالي للعقد، بمعنى أنه لا يتحمل سوى نتائج المخاطر العادية للمشروع، وفي حال تعرضه لمخاطر غير عادية بغض النظر عن مصدرها فإن للملتزم الحق في المطالبة بالتوازن المالي للمشروع وفقاً لنظرية الظروف الطارئة.

وفي الفقه العربي: أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 108 وما بعدها. الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 394، أ. د سعاد الشراوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 49، د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، المرجع السابق، ص 122، أ. د محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 104.

ب- بالنسبة للسلطة مانحة الالتزام:

إن تمتع الإدارة بحقوق تجاه الملتزم، والتزامات تجاه المنتفعين ولصالحهم في حال إبرامها لعقد الالتزام مصدره في الواقع طبيعة المرفق العام وليس العقد أو قانون الالتزام، فسواء تم النص على هذه الحقوق في عقد الالتزام أو لم ينص عليها تعتبر قائمة في كافة الأحوال، فإذا تم النص عليها فإن الهدف من هذه النصوص تنظيم هذه الحقوق وليس إنشاؤها فهي بالتالي نصوص تنظيمية يحق للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة ولا يجوز التنازل عنها ولو جزئياً وتتمثل هذه الحقوق فيما يلي :

1- حق الرقابة على إنشاء المرفق العام وإدارته نظراً لكون الإدارة مسؤولة في الأصل عن حسن سير المرفق العام فإن لها الحق في مراقبة إنشاء المرفق وسيره حتى تتأكد من التزام الملتزم بشروط سير المرفق العام المتفق عليها ومن عدم استغلاله للامتيازات الممنوحة له في علاقته بالأفراد في غير ما خصص للمرفق وبالتالي فلها أن تعين مندوبين عنها في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق.

2- تماشياً مع مبدأ ضرورة مسايرة المرافق العامة للظروف المتغيرة، والحاجات المستجدة، وبحكم مسؤولية الإدارة عن حسن سير المرفق يحق لها تعديل شروط تنظيم المرفق العام، وبذلك يكون للجهة مانحة الالتزام أن تعدل بإرادتها المنفردة شروط تقديم الخدمة وقواعد استغلال المرفق ورسوم الانتفاع أو أسعار أداء الخدمة ومواعيد اقتضاءها، وكل ذلك بشرط استهداف الإدارة تحقيق المصلحة العامة.

3- حق استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد، فإذا قدرت الجهة مانحة الالتزام أن أسلوب الالتزام لم يعد متفقاً مع المصلحة العامة، فإن لها الحق في شراء حقوق الملتزم في المرفق مع تعويضه عما يلحقه من ضرر، وفي حال رفض الملتزم بيع حقوقه كان للإدارة حق تأمين المرفق واسترداده بالرغم من إرادة الملتزم.

ت- بالنسبة للمنتفعين بخدمات المرفق:

1- يحق للمنتفعين في مواجهة الملتزم ما اتفق عليه في العقد المبرم بينهما، وفي حال عدم وجود عقد يحق لكل من استوفى شروط الانتفاع بخدمات المرفق إلزام الملتزم تمكنه من الانتفاع تحت طائلة إجباره عن طريق الإدارة أو القضاء، وذلك استناداً إلى الطبيعة الإدارية الخاصة بعقد الالتزام وما يتضمنه من نصوص تنظيمية.

2- وفي مواجهة السلطة مانحة الالتزام يحق للمنتفعين مطالبة الإدارة بإجبار الملتزم تنفيذ شروط عقد الالتزام أو احترامها كتنفيذ تعريفه الأسعار المتفق عليها، وكذلك الحق في إجبار الملتزم على تقديم الخدمة لمن يطلبها ممن استوفوا شروط الانتفاع بخدمات المرفق ومراعاة لمبدأ المساواة بينهما.

الفرع الثاني- ممارسة الاختصاصات الإدارية:

اعتبر مبدأ عدم شرعية الالتزامات المتعلقة بممارسة الاختصاصات الإدارية غير مؤكد لفترة طويلة، ولم يظهر إلا ضمناً في بعض القرارات القضائية، فقد تم عام 1978 في فرنسا إبطال عقد بدافع أنه يركز على اختصاصات تنتمي للإدارة، وبالتالي فقد اعتبر محله غير شرعياً⁽⁹³⁾.

ويعود عدم تأكيد هذا المبدأ نظراً للطبيعة القضائية الخاصة بالامتياز ورفض تحليل بنوده على أنها أحكام تعاقدية، إضافة إلى رفض القاضي الإداري إعطاء أية قيمة قضائية أيّاً تكن الالتزامات المتعلقة بممارسة الاختصاصات الإدارية.

وجاء الظهور المؤخر لأشبه العقود الاقتصادية ليغذي هذه القضية المتنازع عليها منذ القدم، والتي تجلت بما يسميه الفقيه **Hauriou** بالمعنى العريض للكلمة " بفعل الأمير " بمعنى أن الإدارة يجب أن تكون في موقع الأمير وأن تملك سلطة مطلقة حتى بعد أن ترتبط إزاء متعاقديها.

إلا أنه قد أصبح من المسلّم به حديثاً بأن اختصاصات السلطة الإدارية لا تشكل حقوقاً لمن ينهضون بعينها، وهذا ما يمنع في حد ذاته من أن تكون محلاً لتصرفات تعاقدية⁽⁹⁴⁾.

وهذا ما أكدته الأحكام القضائية الغنية باعتبارها بأن الاتفاقيات المرتبطة بممارسة الاختصاصات الإدارية غير ذات أثر، وفي جميع الأحوال فإنه يتقرر لهذا المبدأ نتيجتين أساسيتين:

تتجلى النتيجة الأولى بمنع اتخاذ التزام حول قرار مستقبلي، فلا يمكن لرجل الإدارة مثلاً والذي يحوز اختصاصاً تقديرياً إبرام عقد محله اتخاذ قرارات مستقبلية (كالوعد بتعيين موظف⁽⁹⁵⁾، أو الحصول على رخصة بناء⁽⁹⁶⁾).

وبمعنى آخر، لا يمكن للأشخاص العامة إرجاع تعيين حالي إلى الماضي، ولا استباق مناصب ليست شاغرة بعد، وقد لا يكون لهم وجود في السلطة عندما تصبح المناصب شاغرة فعلياً، وبالتالي فقد يجدون أنفسهم لا يمارسون مجرد حقوق لم توجد بعد، وإنما مغتصبة أيضاً من سلطة غير شرعية إلا لمن سيأتي بعدهم⁽⁹⁷⁾.

(93) Laubadère- Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, T1, op. cit, p223

(94) Richer. L, Les contrat administratifs, 1991, op. cit, p47.

(95) C. E. Aout 1903, Douriez, D, 1905,...

(96) Laubadère- Delvolvé, et Moderne, Traité des contrats, op. cit, p

(97) Note M. Hauriou, 23/Mars/1923, S. Bourdiex, p.281

"حيث التزمت الإدارة بإيصال السيد B إلى المنصب خلال ثلاث سنوات على الأقل، وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي بشرعية العزل المعجل كون مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يمس بالسلطة التي يتمتع بها العمدة بالمادة (88) من القانون الصادر بتاريخ 5/نيسان/1884 والذي يلغي كل فترة أصحاب المناصب البلدية ضمن الأشكال القانونية.

أما النتيجة الثانية، فتتعلق بمنع استبدال القرار أحادي الجانب بالعقد، حيث لا يمكن للإدارة تحويل نظام الموافقة المسبقة على سبيل المثال إلى نظام اتفاقي⁹⁸ وتجدر الإشارة، إلى أنه في جميع الأحوال يجب التمييز بين الحالة التي تتنازل فيها السلطة الإدارية عن ممارسة اختصاصاتها عقدياً، والتفويض الذي يؤدي إلى نقل هذا الاختصاص للغير، وذلك على أساس أن هذا التصرف لا ينطوي بأي شكل على تصرف عقدي⁽⁹⁹⁾.

وسوف نبحث في أهم الاختصاصات الإدارية التي رأى القضاء الإداري أنها تبقى خارجة عن مجال إمكانية كونها محلاً لعقد إداري، وهي على التوالي الضبط الإداري والضبط الاقتصادي والمجال الضريبي وفق ما يأتي:

أولاً- الضبط الإداري :

يعتبر الضبط الإداري دون شك أحد أبرز المجالات التي لا تصح محلاً لعقد إداري⁽¹⁰⁰⁾ باعتباره من عمليات السلطة العامة التي لا يمكن للإدارة أن تبحث عن تعاون مع الأفراد في سبيل إنجازها نظراً لصفقتها السيادية وكونها تنطوي على عنصري الأمر والإخضاع المطلقين، وبالتالي لا يمكن لها أن تباشر إلا من جانب الإدارة مباشرة⁽¹⁰¹⁾.

سنقوم بدايةً بتحديد ماهية الضبط الإداري مبينين مفهومه وأنواعه ثم نوضح كيف يستعصي على التعاقد وفق ما يلي:

⁹⁸Richer.L,Droit des contrats administratifs,paris,1995,p53

(99) التفويض La délégation: تصرف قانوني يعهد الرئيس الإداري بموجبه ممارسة جانب من اختصاصاته إلى معاونيه المباشرين بناء على نص قانوني يجيز له ذلك، وبذلك فهو تصرف انفرادي "قرار"، راجع: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، أثر التفويض في الإصلاح الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص44 وما بعدها.

د. عمر فؤاد بركات، التفويض في القانون العام، دون دار نشر، القاهرة، 1989، ص 11 وما بعدها.

د. عبد الغني بسيوني عبدالله، التفويض في السلطة الإدارية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1986، ص 42 وما بعدها.

(100) Moreau. J. Les matières contractuelles, op.cit. p.747

-Rivero et Walin.J, op.cit. p.105.

-Maugué. Ch, Les réalités du cadre contractuel dans l'action administrative- l'exemple des contrats locaux de sécurité, A. J. D. A, 1999, p36.

(101) Moreau. J, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, A.G.D.A, 1965, p3 et9 et s.

ويرى الأستاذ Richer أن القانون عندما أعطى الإدارة سلطات البوليس، إنما أعطاها إياها لتمارسها عن طريق القرارات فقط، مما يمنع ممارستها عن طريق أي صيغة أخرى للتصرفات القانونية وفي مقدمتها العقود، راجع:

-Richer. L, présence du contrat (en la police administrative) A.J.D.A, 1999, p34.

1- في ماهية الضبط الإداري:

أ- مفهوم الضبط الإداري:

إنّ التشريعات في كل من فرنسا ومصر وسورية لم تتعرّض لتعريف الضبط الإداري بصورة قاطعة ومحددة وإنما أشارت إليه وحددت بعض أغراضه من خلال نصوص القانون وفقاً للآتي:

ففي فرنسا، على سبيل المثال نصّت المادة 97/ من القانون الصادر في 5/ نيسان/ 1884 على أنّه: (يختص البوليس المحلي بالمحافظة على حسن النظام والأمن العام والصحة العامة)

وفي مصر سار المشرع المصري على نفس المنوال، حيث نصت المادة 3 من القانون رقم 109/ لعام 1971 الخاص بهيئة الشرطة على أنّه¹⁰² (تختص هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام العام والأمن والآداب وحماية الأرواح والأعراض والأموال، وعلى الأخص ضبط الجرائم ومنعها، كما تختص بكفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين في المجالات كافة وتنفيذ ما تفرضه عليه القوانين واللوائح من واجبات، أما في سورية فقد نصّت المادة 15/ من نظام خدمة الشرطة الصادر بالقرار رقم 1962/ لعام 1930 وتعديلاته بأنّ "موضوع الضابطة الإدارية⁽¹⁰³⁾ طمأنينة البلاد، وحفظ السكينة، وتنفيذ القوانين، والأنظمة الإدارية العامة"

ب- أنواع الضبط الإداري:

ينقسم الضبط الإداري إلى نوعين رئيسيين هما الضبط الإداري العام، والضبط الإداري الخاص، وسنتطرق إلى كلا النوعين وفق ما يلي:

■ الضبط الإداري العام:

يمكن تعريف الضبط الإداري العام، بأنّه مجموعة السلطات والصلاحيات المملوكة من قبل هيئات الضبط الإداري العام لضمان سير النظام العام بمدلولاته الثلاث (الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة) من خلال تنظيم الأنشطة الفردية أو الحريات دون تحديد في بعض الحالات، أو تقييداً في حالات أخرى شرط الحصول على ترخيص من الإدارة قبل ممارسة هذه الأنشطة أو إخطارها مسبقاً وذلك بقصد عدم الإخلال بالنظام العام أو الإضرار بحريّات الأفراد الآخرين⁽¹⁰⁴⁾.

(102) قانون هيئة الشرطة رقم 109 لعام 1971، الجريدة الرسمية، العدد 45، تابع (ب) الصادرة في 11 نوفمبر سنة 1971م3.

(103) تستخدم بعض الدول اصطلاح الضبط الإداري كمصر والأردن، بينما تستخدم كل من سورية ولبنان اصطلاح الضابطة الإدارية، ولا يوجد لهذا الاختلاف في التأنيث والتذكير عند الترجمة من الفرنسية إلى العربية أهمية طالما أن الاصطلاحين يعبران عن المعنى ذاته، مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، 1991، ص 195، هامش (1).

(104) د. أنس جعفر، أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1989، ص 293، د. عيد العليم مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، ص 27.

و يعهد بمثل هذا الضبط العام إلى مختلف السلطات الإدارية، والذي يكون قابلاً لأن يمارس بطريقة عامة بالنسبة إلى أي نوع كان معه نشاط الأفراد⁽¹⁰⁵⁾.

■ الضبط الإداري الخاص:

ذهب بعض الفقهاء، إلى أن المقصود بالضبط الإداري الخاص، صيانة النظام العام في ناحية معينة من أنواع النشاط الفردي، كتنظيم الاجتماعات العامة، وتنظيم المحال، وحركة المرور⁽¹⁰⁶⁾، وبذلك فقد اعتبر جانب من الفقه أن للضبط الإداري معنيين، فإما أن يختص بتنظيم أنواع معينة من النشاط، أو تنظيم وضع فئة معينة من الأفراد، بقصد وقاية النظام العام، أو أحد عناصره، أو قد يهدف إلى تحقيق أغراض مغايرة للنظام العام، بعناصره المعروفة، والتقليدية، ويعزو الفقه تزايد أنواع الضبط نظراً لتزايد تدخل الدولة في تنظيم الأنشطة الخاصة⁽¹⁰⁷⁾، وبذلك فإن هذا النوع من التنظيم لهيئات الضبط العام، والضبط الخاص، لا من حيث الهدف إلى فئتين⁽¹⁰⁸⁾.

■ **الفئة الأولى:** ضبط يستهدف الأغراض ذاتها التي يستهدفها الضبط العام، وذلك من خلال تنظيم طائفة محددة من الموضوعات أو الأفراد وفق ما يلي:

أولاً- تخصيص الضبط بالموضوعات: ومن أمثلة ذلك الأنظمة الخاصة بالجنايات، ودفن الموتى، ولها نظام قانوني خاص، يهدف إلى الأغراض ذاتها التي تنظمها الضابطة الإدارية العامة، وذلك ضماناً لكي يكون الدفن في أماكن مرخص بها من قبل الدولة، وتتم الرقابة على الترخيص بالدفن، بعد التحقق من حدوث الوفاة، وأن يكون الدفن من قبل أشخاص مدربين على ذلك، ومعتمدين من الدولة، ويطبقون أصول تضمن حماية الصحة العامة. ومن ذلك أيضاً، الضبط الخاص بالسكك الحديدية، الذي يهدف إلى حماية أمن المسافرين، وسلامتهم، وتتولاه وحدات متخصصة تابعة لوزارة النقل، والمسماة بضابطة السكك الحديدية.

ثانياً- تخصيص الضبط الإداري بالأفراد: وذلك عند وجود أنظمة خاصة لرقابة طائفة معينة من الأفراد، يمكن أن تشكل تهديداً للنظام العام، أو إخلالاً بوضع معين، ومثال ذلك، الضبط الخاص بالأجانب الذي يهدف إلى مراقبة دخولهم غير الشرعي إلى الدولة تجنباً لخطرهم على الأمن والصحة في المجتمع.

(105) د. عادل السعيد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1995.

(106) د. عزيزة الشريف، دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الطبيعي، دار النهضة العربية 1989، ص 48، د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة 1973، ص 671.

(107) د. حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 108.

(108) د. ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، مرجع سابق، ص 22-23.

وهناك أمثلة عدة لهذه الفئة من الضبط، كالضبط الخاص بالمتسولين، والضبط الخاص بالأطباء والصيادلة، والضبط الخاص بالباعة الجوالين.

■ الفئة الثانية:

ضبط يسعى لتحقيق أهداف لا علاقة لها بالنظام العام التقليدي، ويتضمن هذا النوع تدابير تنظيمية لنوع معين من النشاط الهادف لحماية أغراض لا علاقة لها بالنظام العام بمفهومه المتعارف عليه.

ومن ذلك الضبط المتعلق بالصيد، الهادف لحماية أنواع معينة من الحيوانات المهددة بالانقراض، والحماية من الحيوانات المصابة بأمراض معدية كإنفلونزا الطيور وغيرها، وضابطة الحراج التي تستهدف حماية الثروة الحراجية⁽¹⁰⁹⁾، والضبط الخاص بحماية الآثار، وضابطة الجمارك⁽¹¹⁰⁾، والضبط الخاص بمكافحة المخدرات، والتهرب الضريبي وغيرها⁽¹¹¹⁾.

ويمكننا ملاحظة، أن هذه التنظيمات التي تستهدف تقييد الحريات، لتحقيق مصلحة عامة مغايرة للنظام العام، أيًا كانت هذه المصلحة، مالية، أم تراثية، أم حماية ثروات طبيعية، أن الجهة الإدارية لا تستطيع تقييد هذه الغايات إلا بالقدر الذي رسمه التشريع الخاص، لعدم تعلق ذلك بضرورة المحافظة على النظام العام أو إعادته⁽¹¹²⁾، وبالتالي لا يمكن اعتبارها ضبطاً خاصاً، ويتوجب استبعادها من هذه الطائفة⁽¹¹³⁾.

ونظراً لوجود العديد من الاختصاصات المتشابكة والمتداخلة، في مادة الضبط، يمكننا التساؤل، عن كيفية حل التنازع والتداخل الذي قد ينشأ بين هيئات الضبط العام وهيئات الضبط الخاص، ويجري التمييز في هذه الحالة بين أمرين:

الأول: في حال كون هدف المشرع من تنظيم ضبط خاص، هو منع هيئات الضبط العام من التدخل في تنظيم هذه المواضيع، وهو أمر نادر الحدوث، ومثالها في فرنسا، ضبط السكك الحديدية، التي أسند تنظيمها لوزارة النقل ومفتشي الرقابة،

(109) قانون الحراج رقم 7 لعام 1994.

(110) قانون الجمارك رقم 9 لسنة 1975 وتعديلاته سواء المرسوم التشريعي رقم 5 تاريخ 1983، أو المرسوم التشريعي رقم 13 لسنة 2003.

(111) نظمت ضابطة المخدرات بالقانون رقم 2 لعام 1983 والجداول الملحقة وتعديلاته بتاريخ 2003/1/9.

(112) د. ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، مرجع سابق، هامش 4، ويكر فيه أنه: تتفق الدساتير في كل من فرنسا ومصر بأن القيود الواردة على الحريات العامة مجال محجوز للتشريع وحده ولا يطبق هذا الحظر على لوائح الضبط التي لا تكون إلا لغرض وحيد وهو المحافظة على النظام العام، وفي سورية يطبق نفس الاتجاه وإن لم ينص على ذلك بشكل مباشر، ويفهم ذلك من أن الحريات التي أطلقها الدستور يكون إطلاقها في حدود النظام العام (حرية ممارسة الشعائر الدينية).

(113) د. حلمي القدوق، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط، مرجع سابق ذكره، ص 109-110.

دون تدخل من هيئات الضبط الإداري العام، للحفاظ على النظام العام بعناصره المختلفة.

والثاني: في حال عدم منع النصوص الخاصة هيئات الضبط الإداري العام من التدخل، فعندما تكون الأفضلية والأولوية في التنظيم للهيئات الخاصة، وتقوم هيئات الضبط العام بسدّ النقص الذي يتكشف عنه تطبيق الأنظمة الخاصة دون تناقض أو إعاقة للهيئة الخاصة.

وأخيراً يمكننا التنويه إلى أنه في حال اجتماع سلطة الضبط الإداري العام، مع سلطة الضبط الإداري الخاص، في يد هيئة إدارية واحدة، لا يجوز إدغام السلطتين، وإنما يبقى النص الخاص هو الذي يحكم الحالة الخاصة، كما في سورية حيث يمنح وزير الداخلية سلطة الضبط الإداري العام إلى جانب سلطة الضبط الخاص بالأجانب.

ويمكننا ملاحظة تعدد التشريعات السورية، التي تضيف صفة الضابطة الإدارية والعديلية على عدد كبير من موظفي الوزارات الأخرى غير وزارة الداخلية، ومن ذلك قانون منع الغش والتدليس، وقانون الدفاع المدني، وقانون التموين والأسعار، والقانون المتعلق بالأبنية المخالفة، وإن هذا التعدد الضابطي في سورية، يحقق نتائج أفضل بسبب إمكانية الإفادة من التخصص في مجال العمل، وعدم قدرة جهة واحدة مهما بلغت كفاءة عناصرها من القيام بأعمال الضابطة في مختلف النشاط الفردي.

2- الضبط الإداري كمادة مستعصية على التعاقد:

لا يمكن للأشخاص العامة التنازل بصورة أحادية الجانب عن سلطة الضبط الإداري، وليس الأمر هنا أكثر من أنهم لا يستطيعون التنازل عنها من خلال عقد مع فرد من أفراد القطاع الخاص أو مع القطاع العام على حدٍ سواء⁽¹¹⁴⁾.

أ- موقف الفقه والقضاء الفرنسي:

إنّ موقف الفقه الفرنسي حول المبدأ المتعلق بعدم إمكانية التعاقد في مجال الضبط الإداري كان مستقراً ومماتلاً لأحكام مجلس الدولة في هذا الصدد فعندما يعهد بالتنظيم لعامل من القطاع العام فإنّ ذلك يعتبر من قبيل تفويضه بالحقوق⁽¹¹⁵⁾، وفي الوقت نفسه، بواجب عدم إقرارها، حيث يرى الفقيه **G. Rivéro** أنّ العامل لا

(114) Richer, Droit des contrats Administratifs, op. cit, p54

(115) التفويض: تصرف قانوني يعهد الرئيس الإداري بموجب ممارسة جانب من اختصاصاته إلى معاونيه المباشرين بناء على نص قانوني يجيز له ذلك، وبذلك فيعد تصرفاً انفرادياً "قرار" لا تعاقدي، ويتم في الحالات التي يجيزها القانون فقط (آلية الإذن بالتفويض)، راجع: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، أثر التفويض في الإصلاح الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 44 وما بعدها.

وأيضاً: د. عمر فؤاد بركات، التفويض في القانون العام، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها، د. عبد الغني بسيوني عبد الله، التفويض في السلطة الإدارية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 198، ص 42 وما بعدها.

يعتبر حراً إزاء اختصاصاته، معتبراً أن التخلي عن ممارسة سلطته في الإدارة، أو تفويضها لشخص آخر يعتبر باطلاً، وبذلك يختلف الشخص العام عن نظيره الخاص في تحديد سلطته⁽¹¹⁶⁾.

وقد أثار **Tardiéu** هذه القضية عام 1907، باعتباره أن السلطة التنظيمية للحكومة على المواد المتعلقة بالأمن أو حركة السير غير قابلة للتصرف بها، وبذلك فهي غير خاضعة للتقادم الزمني، ولا يمكن للحكومة التخلي عنها من خلال إبرامها العقد. وبالمقابل فقد أبطل مجلس الدولة مداولة المجلس البلدي التي سمحت بإبرام عقد منح من خلاله سلطة الضبط في الريف لاتحاد المالكين الذين وضعوا حراساً شخصيين في متناول الإداريين لمراقبة أملاكهم بدافع أن الشرطة الريفية بطبيعتها لا يمكن أن تتألف إلا من أشخاص هم تحت سلطة الإدارة مباشرة، وبذلك فقد اعتبر أنه لا يمكن لموظفي البلدية التنازل عن سلطة الضبط الشرطة ورفع يدهم لصالح منظمات خاصة، وإن لم يبدُ أن أحداً قد أثبت هذا الرأي ودوافعه وأثار بالمقابل شروحات له، فإن مجلس الدولة المتمسك بتعليمات **Houriou** فيما يخص بلدية **Bassée** قد تأسس على نوعية الخدمة الممنوحة وبالتالي فإن فكرة الخدمات التي تنتمي بطبيعتها للدولة تعتبر غير ذات أثر. وقد برر المذهب المعاصر هذا الحل بالمعنى المتعارض للأشخاص العامين بالتخلي عن سلطتهم في مجال الضبط، وبالتوازي مع ذلك، فقد ألغت المحكمة الإدارية في **Clérmont- Férrand** قرار المحافظ باتباع ممارسة كل نشاط بيع في نطاق دائرة منافسة راكبي الدراجات النارية إلى موافقة موقّعة من شخص من القطاع الخاص، وقد جاء في قرارها: (يرتكب هذا النص مخالفة لمبدأ من مبادئ القانون العام والذي ينص أن هناك إمكانية وحيدة لتفويض الاختصاص، من قبل نص صريح، أو سلطة معينة، والتي يجب ممارستها نفسها من خلال السلطات الممنوحة إليها من قبل القانون، ولا يمكنها بأي حال وتحت أي ظرف كان اعتزال سلطتها وتركها في أيدي فرد من أفراد القطاع الخاص).

ويبدو اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي مستقراً و حازماً في هذا المجال. ففي حكمه الصادر في قضية **Association de dépêche et pisciculture** أبطل العقد الذي أبرمته الإدارة مع أحد الأفراد، وكان محلّه منصباً على تنظيم حقوق صيد السمك في بحيرة.

وإن كانت الأحكام القضائية تتعلّق بشكل أساسي بمواد الضبط، فإن هذا لا يعني أن هذه السلطات هي الوحيدة غير القابلة لنقل ملكيتها، فإن هناك أيضاً

(116) Laubadère - Delvolvé, et Moderne, T1, op. cit, p214.

مجموعة من امتيازات السلطة العامة التي تنتمي بطبيعتها لأفراد القطاع العام، والتي لا يمكنهم التنازل عنها، كونها تشكل النواة الأساسية لمفهوم السيادة، وقد لا يتمكن أشخاص القانون العام من التسليم بالمثالية في تطبيق العدالة، ونظام الضرائب، أو حتى حقهم في خلق المرافق العامة أو تنظيمها.

وبين القرار الصادر بهذا الخصوص أن مجلس الدولة قد صدق امتياز استثمار نهر من قبل نقابة مشتركة مستبدلة بكل حقوق الدولة إزاء الثلث والتزاماتها، مؤلاً هذا القرار على أنه لا يملك لا المحل ولا التأثير في تحويل ممارسة حقوق السلطة العامة التي تنتمي للدولة إلى هذه المنشأة، وتحديد حق تنظيم وتأجير ممارسة حق الصيد، وتحديد سعر الإتاوات المتعلقة به أو مبلغه.

وقد تبنى مجلس الدولة هنا خطوة شائعة بالنسبة إليه من أجل إنقاذ هذا النقل في الاختصاص من الرقابة، فإنه يؤولها بشكل حصري مؤكداً بشكل غير واضح عدم شرعية نقل حقوق السلطة العامة.

ب- مبررات المبدأ:

اعتبر الفقيه **Moreau** في مقاله الشهير (منع سلطة الضبط من استخدام تقنية النظام التعاقدية) أن هذا المنع قائم على صفة النظام العام للاختصاصات وعلى التناقض الذي يوجد بين الآلية التعاقدية والحفاظ على النظام العام.

أما المبرر المشتق من نص المادة الثالثة من إعلان حقوق الإنسان - والذي يقتضي بأن الاختصاصات لا تشكل حقوقاً ذاتية- فقد تلاشى نظراً لكونه يتعارض مع الاستثناءات المترتبة على هذا المبدأ.

ويرى الأستاذ **Richer** بأن العقود المذكورة في مادة الضبط غير شرعية نظراً لكون الإدارة في حال إبرامها تعتبر غير مختصة بإبرام عقد كونها لا تستطيع ممارسة هذا الاختصاص إلا عن طريق قرار أحادي الجانب.

ت- الاستثناءات المرتبطة بالمبدأ:

استطاع القانون إيجاد مكان للعقد في المجالات التي يمكن للإدارة التدخل عن طريق اتخاذ قرار تنظيمي أحادي الجانب، أو قرار فردي، ففي مجال الشرطة مثلاً يمكن تصور إمكانية منح بعض المهام المادية لأفراد من القطاع الخاص والذي أكدّه تعميم وزير الداخلية الصادر في 22/أيلول/1987 والمرتببط بتطبيق قانون الجبال والذي نصّ على أنه "في حال امتلكت بلدية واجب تنظيم عمليات إنقاذ في الجبال دون أن تتمكن من تمويل هذه المهمة، فإن هذا لا يمنعها من منح مندوب خدمة وسائل نقل المتزلجين الذين يتعرضون لحوادث، والتي تسمح المادة 97 من قانون 9/كانون الثاني/1985 فيها بطلب تسديد أجور عمليات الإنقاذ.

ثانياً- الضبط الاقتصادي:

تعد سلطة الضبط الاقتصادي استجابة قانونية خلفية اقتصادية محضة تتجسد في طبيعة الدور الاقتصادي الجديد للدولة، والذي استدعى بعد انسحاب هذه الأخيرة من وظائف التسيير المباشر والمراقبة إيجاد شكل مؤسساتي جديد ينوب عن الدولة، والتي لم تعد إلا مساهماً في السهر على حسن سير المرافق العامة، وضبط الأنشطة الاقتصادية من خلال المؤسسات العامة، خاصة مع عدم تكيف الإدارة الكلاسيكية للاضطلاع بهذه الوظيفة.

1- استبعاد الضبط الاقتصادي من نطاق الحرية التعاقدية:

نظراً لطبيعة وحساسية الدور الذي أنيط بسلطة الضبط الاقتصادي سوف نستعرض الوضع في فرنسا قبل صدور قانون تحرير الأسعار وبعد صدوره محاولة منا لإمكانية إيجاد صيغة إدارية أصيلة تخرج عن الأشكال الإدارية التقليدية وفق ما يلي:

أ- الوضع في فرنسا قبل صدور قانون تحرير الأسعار سابقاً:

وضعت العديد من النصوص الخاصة بالاقتصاد في النظام العام، وقد فرضت على المتعاقدين، واعتبر القاضي الإداري مختصاً بالعديد مما يتعلق من أوجه النشاطات الاقتصادية فقد ذكر في العديد من المناسبات مبدأ "حرية التجارة والصناعة" كمبدأ يعكساً لفلسفة التحرر السائدة في العصر وذلك في النصف الأول من القرن العشرين واعتبر كل ما يتعلق بموضوع العقود المحددة لهذه الحرية من اختصاصه، وإن لم يكن هذا ما منح قرار **Thérond** شهرته فإنه لا يمكننا إنكار أن مجلس الدولة قد كرس بهذا القرار عدم قبول العقود التي تقبل الاحتكار بخرقها هذا المبدأ⁽¹¹⁷⁾.

ولم تنفذ المدينة البند الذي يسلم السيد **Thérond** باحتكاره إزالة الحيوانات الميته، باعتباره غير شرعياً، كون هذا الأمر يتناقض مع حرية التجارة والصناعة، وكان هذا الأخير قد طالب القضاء بإلغاء عقده فتتحقق مجلس الدولة بذلك من عدم شرعية منشأ العقد، كونه احتكاراً حقيقياً يخرق مبدأ من مبادئ النظام العام لحرية الصناعة والتجارة.

وقد طبق مجلس الدولة هذا المبدأ أيضاً في قرار **Léfebure** عام 1918 مقررراً رفض التصريح بأي حق في تداولات المجلس الذي يقبل احتكار توزيع الطاقة الكهربائية المنتجة للإنارة وجر المركبات والتدفئة.

وبالمقابل، فقد تمسكت **Arzon** عام 1937 ببطلان عقد يطعن في هذا المبدأ وقد قبلت باحتكار بيع مجمل إنتاج السمك الذي يحضره الصيادون في نطاق الأراضي التابعة للبلدية، لكن لم تستطع المدينة احترام هذا التقادم الزمني غير

(117) Laubadère – Delvolvé et Moderne, T1. op. cit, p 214.

القانوني الذي نتج عن تقليص ملموس في المنتجات التي كان يأمل بها الملتزمون بهذا العقد، فقد طالب هؤلاء القاضي الإداري بعد 35 سنة من بداية التنازل من التحقق من بطلان العقد. وبعكس مجلس الولاية الذي اعتبر أن هذا العقد المجرد من الأسباب غير موجود فقد جعل مجلس الدولة للبلدية الحق في إبداء الملاحظات واعتبر أن الفعل كان ساقطاً بالتقادم، ورغم ذلك فقد منح تعويضاً للملتزمين بالعقد الذين استندوا إلى بطلان قبول الاحتكار القائم على خرق مبدأ حرية الصناعة والتجارة والذي فرضه قانوني 17 أيار الصادرين عام 1791 وذلك بسبب استحالة إيفاء البلدية بالتزاماتها والتي كانت مجبرة على تعليق استثماراتها في المزداد العلني.

ب- الوضع في فرنسا بعد صدور قانون تحرير الأسعار:

بعد خروج فرنسا من دمار الحرب العالمية الثانية لجأ المشرع الفرنسي إلى سياسة التسعير للتغلب على الصعوبات التي نجمت عن هذه الحروب والمتمثلة بالندرة في السلع والخدمات، واعتبر التشريع الخاص بالأسعار من النظام العام، وقد استمرت مسألة تثبيت الأسعار حتى العاشر من كانون الثاني عام 1987 حيث استند نظام التسويات على التنظيم المعلن في 30/حزيران/1954 والذي اعتبر شريعة حقيقية للأسعار، وقد أوكل للدولة ممارسة سلطة البوليس الاقتصادي في مجال تحديد الأسعار، وكان هذا التحديد يتم بناءً على قرارات صادرة عن وزير الاقتصاد والذي كان يسمح بأن يفوض سلطته في هذا المجال للمحافظين⁽¹¹⁸⁾، وبناءً على ذلك فقد أصبح مجال تحديد الأسعار مستعصياً أن يكون محلاً لعقد بين الدولة باعتبارها صاحبة الاختصاص في هذا المجال والمعنيين في قطاع اقتصادي معين⁽¹¹⁹⁾.

ومن خلاله أعلن عن تثبيت كل الأسعار على المستوى الذي وصلت إليه في الأول من أيلول عام 1939، ووحدها المنتجات المقصاة "المستثناة" صراحةً تخلص من تطبيق هذا النظام لكن هذا لا يعني أن أسعارها حرة لأنها يمكن أن تكون خاضعة لنظام آخر.

ومنذ صدور القرار في الأول من كانون الثاني عام 1986 والذي ألغى القرار الصادر عام 1945 أصبحت الأسعار كلها حرة ولكنها خاضعة لإمكانية التنظيم⁽¹²⁰⁾ أي للعرض والطلب ومعطيات المنافسة ضمن السوق، وهكذا فقد

(118) Gérald – Hubr cht. H, Droit public économique, Dalloz, Paris, 1997, p 279.

(119) Laubadère –Delvolvé et Moderne, T1, op. cit, p 48.

(120) Ordonnance 68-1243 dul et Décembre 1986

حيث تحتفظ المادة الاولى منه بإمكانية تنظيم الأسعار من خلال مرسوم من مجلس الدولة بعد التداول مع مجلس تحديد المناقشة في الأقسام التي تكون فيها المنافسة في الأسعار محددة، إما بسبب وضع احتكار أو صعوبات مستمرة في التموين، أو بسبب نصوص تشريعية أو تنظيمية، ويمكن للحكومة أن تتخذ إجراءات عدة مقابل ارتفاع الأسعار المفرط لمدة تقل عن ستة أشهر في حالة الأزمات أو الظروف الاستثنائية أو الكوارث العامة.

رفض القاضي الإداري تطبيق البنود التعاقدية مخالفاً بذلك القانون الصادر عام 1940 والقرار الصادر عام 1945 من خلال حيثية حكم أقرت في العديد من القرارات الإدارية، وهذا في حد ذاته أدى إلى الزوال الكلي لسلطة الضبط الاقتصادي التي كانت ممنوحة للدولة في هذا المجال⁽¹²¹⁾.

وبذلك فقد أصبح موضوع الضبط الاقتصادي يشكل مثلاً هاماً على المادة المستعصية أن تكون محلاً لعقد إداري، فقد اعتبرت العديد من النصوص الخاصة بالاقتصاد من النظام العام⁽¹²²⁾ ولا سيما فيما يتعلق بالتشريع الخاص بالأسعار.

2- الأساس القانوني لإمكانية وجود عقد اقتصادي:

نظراً لتوسع حقل الميدان الاقتصادي مع ازدياد مذاهب التدخل الاقتصادي فقد ظهر العقد الاقتصادي كأداة لتدخل الإدارة في الأمور الاقتصادية، وقد تكونت أمثال هذه العقود منذ الحرب العالمية الثانية على الأخص، وقد استعملت بصيغ مختلفة كعقود أو اتفاقات أو موافقات... الخ .

وتجاه عدم الدقة القانونية التي لازمتها اعتقد البعض أنه يمكن التكلم في هذا الصدد عن أشباه العقود دون الانتباه إلى أن هذه العبارة تناسب منظومة حقوقية ليست هي بالتأكيد المنظومة التي ظنوا بإمكانية الرجوع إليها، وبالتالي فقد أصبحت نظرية العقد الاقتصادي تحتل أهمية استثنائية في الأنظمة القانونية المختلفة، ففي النظام الاشتراكي تجلت أهميتها نظراً لارتباطها الوثيق بالخطوة الاقتصادية وباعتبارها أداة قانونية أساسية لتنفيذ هذه الخطوة، وفي النظام الرأسمالي أصبح العقد أداة قانونية تنظم موقفاً يتميز بالتناقض بين مصالح الأطراف المتعاقدة التي يسعى كل طرف فيها إلى الحصول على أكبر كسب ممكن نظراً لاختلافها في الصفة والمصلحة⁽¹²³⁾.

وهنا فقد تساءل الفقهاء عما إذا كان العقد قد استخدم في النظم القائمة على الملكية الخاصة كأداة لتحقيق التبادل بين الأطراف المختلفة في الصفة والمصلحة فهل يبقى لهذا العقد ذات الدور في مجتمع يقوم على الملكية العامة الاشتراكية، تتحقق فيه عمليات التبادل بين أطراف ينتمون جميعاً إلى شخص قانوني واحد ويهدفون لتحقيق مصلحة مشتركة واحدة؟ و هل من الممكن أن يتعاقد المالك مع نفسه؟ ثم إن كانت السمات الأساسية للقطاع العام في النظام الاشتراكي قيامه على أساس خطة اقتصادية موحدة وشاملة فهل للعقد باعتباره إحدى هذه الأدوات دور في تحقيق هذه الأهداف؟

(121) Gérald – Hubrécht .H ,op.cit, p 278.

(125) Laubadère – Delvolvé et Moderne, T1, op. cit, p 213.122

(123) المحامي عبد الهادي العباس، العقود الإدارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 366.

إن الوصول إلى إجابة عن هذه التساؤلات لم يكن سهلاً ولا مسلماً به ولا سيّماً في فرنسا التي استمرت فترة طويلة من الزمن ترفض تكييف إجراءات التحديد الاتفاقي للأسعار على أرضية تعاقدية.

■ النظام القانوني للعقود الاقتصادية:

تحت هذا العنوان يمكن جمع أعمال وتصرفات عدة تشكل طرقاً لتدخل الإدارة في الحياة الاقتصادية، كما تتضمن من جهة أخرى مظاهر تعاقدية لتتلاقى إرادتين أو أكثر بقصد التوصل إلى نتائج عامة وللوقوف على هذا النظام القانوني من حيث معناه وطبيعته القانونية والأصناف الرئيسية لهذه العقود سوف نتناوله وفق ما يلي:

■ التعريف بالعقد الاقتصادي.

■ الطبيعة القانونية للعقد الاقتصادي.

- التعريف بالعقد الاقتصادي:

يقصد بالعقد الاقتصادي العقد المبرم بين وحدات القطاع العام بهدف تجهيز المنتجات وتسويقها وتنفيذ الأعمال، وأداء الخدمات المرتبطة بالإنتاج السلعي محققاً الالتزامات الاقتصادية المنصوص عليها في قوانين وأنظمة الخطة الاقتصادية.

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن العقد يكون اقتصادياً متى كانت جميع أطرافه من القطاع العام، وبالتالي تخرج عن نطاقه العقود التي يكون أحد أطرافها من القطاع الخاص -إن وجد- أو من الأفراد⁽¹²⁴⁾، وإن كانت العقود الاقتصادية في مجملها تبرم من قبل السلطات العامة مع المندوبين الاقتصاديين فإن هذا الطابع المميز يغطي شركاء مختلفين، وإن كانت الدولة مقحمة عادة، فإن ذلك يمكن أن يكون عبر أقسام وزارية مختلفة (اقتصادية، مالية، زراعية، هيئة تخطيط، الخ).

- الطبيعة القانونية للعقد الاقتصادي:

نظراً لصعوبة الاعتراف بطبيعة قانونية متماثلة للعقود الاقتصادية، وإمكانية وجود إجراءات تحت غطاء العقود الاقتصادية ليست بالضرورة أعمالاً قانونية - وإن كانت أعمالاً قانونية فليست بالضرورة أن تكون عقوداً - وفي حال كونها عقوداً فلا يمكن الجزم بأنها عقود إدارية، فإننا سنقوم بدراسة هذه الطبيعة القانونية في الدول محل المقارنة، ونظراً لأن منظومتنا القانونية تتضمن فراغاً في هذا الصدد فسوف نعود إلى موقف القضاء في هذه الدول وفق التالي:

✓ موقف القضاء الفرنسي:

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي توصيف هذه الاتفاقات كعقود، مستنداً بشكل أساسي على عدم شرعية محل الاتفاقات التي تقوم على مواد السيادة،

(124) عرف العقد الاقتصادي في الدول الاشتراكية بأنه العقد الذي يبرم بين وحدات القطاع الاشتراكي، انظر: د. رياض عيسى، نظرية العقد الاقتصادي في النظام القانوني الاشتراكي، دمشق، 1987،

وبالرغم من الاتفاق القائم حسب الإرادة إلا أن مجلس الدولة يستفيد من العناصر أحادية الجانب كالقرار أحادي الجانب الخاص بتحرير الأسعار وذلك من أجل توصيف هذه العقود أحادية الجانب على أنه يمكن إبطالها أو تعديلها في أي لحظة، وقد تم تحليل الالتزام على أنه ملحق بالقرار الذي يندمج معه.

وبعد أن أدرك مفوض الحكومة أن العقد لا يغيب عن مجال الاقتصاد، فقد تابع الأمر مشيراً إلى أن الإجراء التعاقدي لا يمتد ليشمل المواد التي تمس الضبط الاقتصادي والنظام العام.

وفي هذه الحالات لا تستطيع الإدارة التنازل عن السلطة التنظيمية من خلال العقد الذي أكسبها إياه القانون، ولا يجب أن ترتبط مقدماً أو تمتنع عن أخذ مقاييس التثبيت أو التسعير دون تعويض، والتي يمكن أن يحكم عليها بأنها ضرورية لمصلحة تطوير الأوضاع أو سياستها، ويستخلص من ذلك بأن الإدارة لا تستطيع اللجوء إلى العقد في هذا المجال بالرغم من لغته الخاصة ظاهرياً⁽¹²⁵⁾، ولا شيء في القرار يسمح بإيجاد المحل الذي يقود إلى إنهاء الطبيعة أحادية الجانب للعقد، وإنما تقدير مفوض الحكومة الذي يظهر أن نفي الصفة التعاقدية عن هذه الاتفاقات ينتج من خلال تحليل محل هذه العقود.

وقد تحددت الصفة أحادية الجانب لهذه الالتزامات في مادة السعر بشكل غير واضح ومعروف في قرار النقابة الوطنية لتجارة الأحذية حيث جاء فيه: "لا يشكل هذا الاتفاق التزاماً تعاقدياً للإدارة وإنما قراراً أحادي الجانب ذا صفة تنظيمية يؤخذ بالموافقة مع المرشح المذكور أعلاه ولوزير الاقتصاد والمالية الحق في تعديله في أي حال من الأحوال، ومن هنا تزول الشكوى من عدم شرعية العقد بسبب عدم شرعية محله⁽¹²⁶⁾".

وبالتأكيد فقد ساهمت ترتيبات القرار الصادر عام 1945 حول نظام الأسعار، وطبيعة الاتفاق في تحليل هذه الالتزامات على أنها عقود أحادية الجانب، ولكن في جميع الأحوال قدم الإثبات على أن محل العقد غير مشروع، الأمر الذي لعب دوراً لا يمكن تجاهله في التحليل القضائي.

وهكذا يمكننا ملاحظة أن أحكام القضاء الفرنسية الأكثر وضوحاً المتعلقة بالسياسة التعاقدية للأسعار والتي لم يعد معمولاً بها حالياً منذ صدور قانون تحرير الأسعار عام 1986، إلا أن الحلول المتخذة لا تكتفي بهذا المجال، فإن كانت الفرصة لم تسنح للقاضي بإبداء رأيه بوضوح إلا أنه لا يمكن مطلقاً تحليل هذه

(125) Laubadère - Delvolvé et Modene, T1, op. cit, p223.

(126) قام مقدمي الطلب بعرض مسألة أن الوزير قد تنازل لصالح صنف محدد عن سلطته التنظيمية على شكل سعر ليستبدله بنظام اتفاقي، وبذلك يكون قد خالف القرار رقم 1945/30 والذي لا يجيز مثل هذا الإجراء في مجال تحديد الأسعار ولا يجوز للإدارة الاتفاق فيما يخص سلطة الضبط الاقتصادي، إلا أن هذا الثبات عديم القيمة لأن المطالبين به قد التبس عليهم الأمر بين طبيعة ومحل القرار الوزاري المطعون.

الاتفاقيات على أنها عقود وذلك بسبب محلها المخالف لقاعدة هامة من قواعد النظام العام، وهذا ما أكدّه الفقيه **G. Braibant** بشكل خاص في تنظيم التجارة الخارجية والرقابة على أسعار الصرف، واعتبرها أقرب أن تماثل الأفعال الشرطية، وقد جاءت أحكام القضاء الإداري الفرنسي مؤيدة لرأيه ومعتبرة بعض تلك الاتفاقيات لا تعدو أن تكون مجرد قرارات فردية ذات طابع تنظيمي⁽¹²⁷⁾.

✓ موقف القضاء العربي (السوري و المصري):

إن تنوع عناصر العقود الاقتصادية جعلت من المستحيل إيجاد طبيعة قانونية متماثلة تشملها جميعها، بذلك فقد اتفقت أحكام القضاء العربي مع أحكام القضاء الفرنسي بعدم إمكانية توصيف هذه الاتفاقيات كعقود بشكل عام، وذلك كون بعض هذه العقود ليست أعمالاً قانونية حقيقية أي إجراءات تهدف إنتاج آثار قانونية، ففي بعض الحالات لا تدخل النية الظاهرة في النظام القانوني، فليس للبرامج المعتمدة أي دقة قانونية كون الاتفاق الموقع بين شركاء اقتصاديين يقتضي صيغة معينة تعد الميزة الخاصة بالقانون، ولكنها ليست كافية للوصول إلى تكوين عمل قانوني⁽¹²⁸⁾.

■ الأصناف الرئيسية للعقود الاقتصادية :

من الصعب تقديم عرض شامل للعقود الاقتصادية واحدة فواحدة، لذلك كان من الأفضل الإشارة إليها بالنسبة للمفهوم القانوني للعقد، ولاسيما العقد الإداري. وفي الواقع كما أشرنا سابقاً يمكن إدخال بعض العقود الاقتصادية في نطاق العقود الإدارية ويتعلق ذلك بالعقود الحقيقية، وبعض هذه العقود يكون إدخالها موضع شك أما البعض الآخر فلا يمكن إدخالها في نطاق العقود الإدارية خاصة والعقود بشكل عام وتلك هي المتعلقة بالعقود الزائفة ويمكننا استعراض هذه الأصناف وفق ما يأتي:

■ الأصناف التي تعتبر عقوداً حقيقية: وهي العقود التي تتكون نتيجة اتفاق إرادات وتحدد الحقوق والالتزامات التي تربط أطرافها، ومن الممكن أن تكون عقوداً إدارية أو عقوداً من القانون الخاص وذلك حسب أطرافها ومضمونها، ولكن مفهوم العقد يتجلى فيها كأساس متحقق.

ويمكننا الإشارة إلى تلك العقود التي يكون محلها تكليف المتعاقد بمهمة تدخلية اقتصادية والأخرى التي يكون موضوعها تحقيق التدخلية الاقتصادية، وسنقوم بدراسة كل واحدة من أصناف هذه العقود وذلك حسب ما عليه حالها في فرنسا مع الإشارة إلى ما يشابهها في سوريا.

(127) C. E 23/10/1974, Valet, p 500.

(128) د. رياض عيسى، نظرية العقد الاقتصادي في النظام القانوني الاشتراكي، دمشق، 1987، ص 128.

✓ العقود التي تسند مهمة تدخلية اقتصادية: تعتمد الجهات العامة، وبخاصة الدولة بتكليف أجهزة متخصصة بالشروع ببعض العمليات في قطاع معين منعاً من تمركز أعمال التدخل الاقتصادي وبقصد تنويعها، وفي سبيل ذلك تكونت مؤسسات عامة وشركات أو وحدات تتبع القانون الخاص، ومثل هذه المؤسسات والأجهزة والشركات تستمد مهمتها من أنظمتها وملاكاتها، ويمكن أن تسند إليها هذه المهمات بصورة كلية أو بشكل متناوب، بموجب عقود يمكن أن تبرم أيضاً من قبل أجهزة تدخل بذاتها كي تكلف أشخاص آخرين بتنفيذ جزء من مهمتها الخاصة. ومثل هذه المؤسسات والشركات قد تعددت في سوريا نتيجة انتهاج منهج الاشتراكية وأصبح هناك مؤسسات أو شركات معينة بأسمائها لتعمل بعقود مع الدولة أو بغير عقود في تنفيذ بعض المشاريع أو القيام بأعمال توكل إليها، ومن هذه المؤسسات على سبيل المثال شركة إنشاء الطرقات، شركة جبل قاسيون، شركة الساحل... الخ.

إضافة إلى بعض العقود الاقتصادية التي قد تبرمها الدولة وتشكل مهمة تدخلية اقتصادية، والاتفاقات التي تعقدها الدولة مع مؤسسة التلفزيون (في فرنسا) لبث برامج معينة للمستهلكين أو العقود التي تبرمها إحدى الجامعات السورية مع شركة من شركات القطاع العام لتنفيذ حاجة الجامعة من منشآت أو تجهيزات سواء كان هذا التنفيذ مباشرة أو عن طريق تعاقد الشركة مع مقاول آخر... الخ، ومما لاشك فيه أن هذه العقود تتوافر فيها شروط العقد الإداري فالشروط غير المألوفة في القانون الخاص والتي تتضمنها هذه العقود كافية لوصفها بهذه الصفة، وهذا ما سار عليه القضاء الإداري في كثير من أحكامه⁽¹²⁹⁾.

✓ عقود لتحقيق مقاصد تدخلية: وهي ما تسمى بالقانون الفرنسي، والتي تقتضي تنفيذ أداءات تضمن مباشرة وضع التدخلية الاقتصادية موضع العمل، ويمكن للهيئات العامة بذاتها أن تعقد هذه العقود، وهناك أمثلة قديمة عليها في فرنسا، كالعقود التي أبرمها مرفق الكحول إدارة مباشرة للدولة مع مقطري الكحول بهدف ضمان انتظام الإنتاج، والعقود التي أبرمتها مصلحة الاستيراد والتصدير مع المشاريع سنة 1944، ومنذ وجد في فرنسا العديد من هذه الأنواع من العقود التي تبرمها أجهزة معينة، إما بطريقة تعاقدية أو استناداً لنظام، ومن هذه الأجهزة بذاتها تكلفة بمهمة تدخلية اقتصادية.

وفي سوريا يوجد العديد من هذه العقود، وبخاصة في النطاق الزراعي، كالعقود التي تبرمها مؤسسة إكثار البذار مع المزارعين أو مؤسسة معامل السكر مع المزارعين لزراعة الشوندر.

وقد اختلف الاجتهاد القضائي في فرنسا في تحديد ماهية أمثال هذه العقود فتارةً اعترف لها بالصفة الإدارية كعقد الكحول الذي أشرنا إليه، وتارةً أخرى تردد في إعطائها هذه الصفة.

(129) قرار محكمة التنازع الفرنسية في 1968/6/24 (مؤسسة التموين الغذائي وشركة التقطير)

✓ **كتب الموافقة:** تعود أصول هذه الكتب في فرنسا إلى القانون الصادر في 12/أيلول/ 1940 حول تمويل صناعات للمحركات، حيث صدرت هذه الكتب عن وزير الصناعة، وقد رسمت للصناعيين الراغبين في صنع بعض هذه المنتجات طبيعة المنتجات اللازم تصنيعها وصفتها وكميتها، وقيمتها التقريبية ومهلة الصنع وكذلك الشروط الخاصة المتعلقة بطرق الإنتاج وأمكنته.

وقد امتدَّ هذا النظام منذئذ لميادين أخرى وبخاصة إلى تنظيم بعض الأسواق الزراعية وإصلاحها وكذلك بصدد تمويل تصنيع طائرة (الكارافيل) و(الكونكورد) عام 1966، وقد اعتبرت هذه الكتب في فرنسا مبدئياً كعقود إدارية حقيقية، إلا أنه حصل تردد حول هذا التكييف نظراً للحظر المنفرد في إصدارها، لكنها تشكل اتفاقية حقيقية متضمنة حقوقاً والتزامات متقابلة⁽¹³⁰⁾، وتستخلص خاصيتها التعاقدية من وجود شروط غير مألوفة في القانون الخاص⁽¹³¹⁾.

■ العقود القابلة للتفاوض:

تحت هذا العنوان نواجه أعمالاً تظهر نوعاً من الاتفاق بين الأشخاص الذين تبنيها، دون التأكيد إن كانت عقوداً حقيقية أم ليست كذلك، فإن أي واحد من الأصناف لا تناسب في ذاتها عقوداً حقيقية أو عقوداً كاذبة، فكل عقد يجب أن يفحص بشكل منعزل لإمكانية إعطاء جواب مؤكد، ويمكننا تصنيف هذه الأعمال إلى الأصناف الآتية:

✓ أشباه العقود وعقود الخطة:

- المفهوم القانوني لأشباه عقود الخطة:

يأتي عدم تأكيد مفهوم أشباه العقود من كونها تشمل العديد من القرارات، إذ يمكن للالتزامات المتبادلة بين الإدارة والشركات أن تتخذ أشكالاً متعددة، وهي تقضي غالباً إلى نتيجة العقد الفعلي⁽¹³²⁾.

ويمكننا القول أن عبارة (شبه-عقد) الخطة⁽¹³³⁾ أطلقت للدلالة بطريقة تقريبية على الالتزامات المتبادلة والمتخذة من قبل مشروع أو فئة مهنية والإدارة بهدف تحقيق مقاصد الخطة، فالرابط بين الخطة والعقد يشبه ما كان في منظومة الاتحاد السوفييتي، حيث كانت العقود تستمد قوتها الإلزامية من تطابقها مع المخطط⁽¹³⁴⁾.

(130) قرار مجلس الدولة الفرنسي في 1954/1/29 (المكتب الوحيد للشراء والتخزين والبيع والبضائع المرسلة)

(131) Laubadère – Delvolvé, et Moderne, op. cit, p 417.

(132) Delvolvé. P. Les principé d' egalite devant les charges publiques, L. G. D. J, paris, 1962, p111.

(133) عقود الخطة: هي العقود المبرمة بين الدولة والفاعليات الاقتصادية الخاصة بقصد توزيع وتطوير النشاط الاقتصادي.

(134) في الخطة المؤقتة عام 1961 ثم في الخطة الرابعة عام 1962 - 1965 تم توصيف الاتفاقيات المبرمة مع الشركات بأنها شبه عقود.

وفي التخطيط الدلالي الذي تم تطبيقه في فرنسا ظهر العقد كأداة لا بديل لها من أجل تحفيز الوكلاء الاقتصاديين: "القوى الاقتصادية" العامة والخاصة، وبالتالي فإن لم ترتبط تعاقدية العلاقات بين الدولة والقوى الاقتصادية بالمخطط فإنها تصبح مجرد فقهاً أو مذهباً لا يعتد به بوجود الخطة، وقد استعملت الخطة المؤقتة في فرنسا لأول مرة عام 1961-1962 بصدد أعمال تتجمع فيها الموارد عند الاقتضاء لتمويل برامج معينة من استثمارات وبحوث، وإنتاج محدد باتفاق مشترك، ثم أعادت الخطة الرابعة استعمال هذه الصيغة لتشير إلى جمع استثمارات مختلفة في وثيقة واحدة بمقابل التزام المشروع بتحقيق برامج استثمارات مقررّة بتوافق مع توجيهات الخطة، ولم تستعمل هذه العبارة في الخطط اللاحقة، لكنّ الفكرة ذاتها أعيد الأخذ بها بالنسبة لإعداد اتفاقات⁽¹³⁵⁾، وقد أمكن تطبيق هذه العبارة على العلاقات بين الدولة والهيئات المحلية (عقود خطة-عقود مدن وسطي⁽¹³⁶⁾)، كما وجدت بصدد علاقات بين الدولة ومشروعات عامّة وخاصة⁽¹³⁷⁾.

وهكذا فإنّ وضع الخطة موضع العمل بالإجراءات التعاقدية يشكل إحدى ثوابت التخطيط الفرنسي حيث أقرت المادة (11) من القانون الصادر في 29/ تموز/ 1982 أنه "يمكن للدولة إبرام عقود تخطيط مع التعاونيات الإقليمية والمناطق والشركات العامة أو الخاصة أو أفراد آخرين وتحتوي هذه العقود التزامات متبادلة بين الأطراف في سبيل تنفيذ المخطط وبرامجه الأولية⁽¹³⁸⁾" أما في الدول الاشتراكية فإنّ ما يميزها سيطرة الدولة الكاملة على وسائل الإنتاج، والسماح في بعض الدول للقطاع الخاص في العمل بحدود ضيقة جداً، وهذا ما فرض أن تتبنّى هذه الدولة مبدأ التخصص في القطاع العام وفقاً للقوانين والأنظمة التي تحكم هذا القطاع، وطبقاً للأهداف المقررة في خطة الدولة المركزية، وبالتالي تصبح العقود المخالفة ما خصص لأجلها باطلة.

(135) ظهرت في الخطة الخامسة 1966-1970 اتفاقيات الخطة، لكنه لم يبرم منها عملياً إلا عدد قليل، انظر كتاب الفقيه جاكو، القوام القضائي للخطة الفرنسية، 1973، ص 207.

(136) في إطار العلاقات مع الهيئات المحلية ظهر هذا المصطلح عام 1969، ويبدو أن المشرع الفرنسي اعتبر عقود الخطة عقوداً حقيقية بالرغم من أنها تبدو من الناحية القضائية أكثر قرباً من الاتفاقات منها إلى العقود الحقيقية.

(137) في تصريح لرئيس مجلس الوزراء الفرنسي السابق ج. شابان ولما عام 1970/1/23 تصور من خلاله تجربة تنحصر في عقود بين الدولة والجمعيات المدنية، ومن ثم شهدت السياسة التعاقدية انحطاطاً قبل أن تنتعش ومن ثم اتباع سياسة تعاقدية تتمحور على المناطق انطلاقاً من الخطة التاسعة (1984-1988) وتم اتباعها فيما بعد (تعميم 31/ديسمبر/1980 المتعلق بعقود المدينة).

(138) Richer, Droit des contrats administratifs, op. cit, p71

وبناءً على ذلك فالتصرفات القانونية التي تجريها وحدات القطاع الاشتراكي يجب أن تكون متطابقة مع الالتزامات الواردة في قانون الخطة بحيث لا يمكنها إبرام عقود اقتصادية لم يرد محلها في القانون، ويتصل هذا الشرط بمبدأ التخصص الذي سبق ذكره وإن كان شرطاً مقيداً له.

وفي سورية التي تأخذ بنظام يوجد فيه قطاع خاص إلى جانب القطاع العام المهيم يمكننا ملاحظة أن العقود الاقتصادية ترتبط بميزانية الخطة الاقتصادية والبرامج التي تعتمدها الدولة في هذا النطاق، وقد أقام المشرع مؤسسات عامة وشركات عامة ذات طابع اقتصادي كما أقام شركات اقتصاد مختلط، وقد أجاز إبرام عقود اقتصادية متنوعة لهذه المؤسسات من خلال القوانين والأنظمة الموضوعية لها في إطار خططها المقررة.

وبصورة عامة وفي مواجهة ازدهار العقود هذا، يمكننا التساؤل إذا كانت هذه العقود تشكل عقوداً رسمية من الناحية القضائية، أو إذا كانت تستحق هذه التسمية بالمعنى الاجتماعي للكلمة⁽¹³⁹⁾؟

- الطبيعة القانونية لأشباه عقود الخطة:

لاحظ الفقيه بريبان الفرنسي أن تمييز الوضع التنظيمي من الوضع التعاقدية يفقد وجوده في الاقتصاد الموجه⁽¹⁴⁰⁾.

وينعكس التردد الخاص بالقيمة القضائية لهذه العقود في تسميتها، فهي وإن كانت تطمح دائماً إلى إثارة العقد التام بدلاً من العقد أحادي الجانب إلا أنها قد تطورت اليوم وأصبحت أكثر قرباً من الاتفاقات منها إلى العقود الحقيقية⁽¹⁴¹⁾، وبحسب تعبير السيد savy فقد ظهر أنه يختفي وراء تسمية هذه العقود نوعان من العقود القضائية وهي العقود ذات الصفة التعاقدية والأخرى ذات الصلة التعاقدية ظاهرياً، وتنتمي العقود الاقتصادية إلى النوع الثاني⁽¹⁴²⁾، وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بأن عقد التخطيط لا يحمل بحد ذاته أي نتيجة مباشرة بالنسبة للتحقيق الفعلي للأعمال أو العمليات التي يقرها، وفي الواقع لا يمكن للدولة أو المنطقة أن تلتزم مالياً لأكثر من سنة ولا شيء يجبر البرلمان على التصويت للاعتمادات.

وبشير الفقيه ايف ماديو بأن مبدأ إلغاء الميزانية يتوافق جيداً مع منح نظام التعاقدية للاعتمادات إذ يضاف إلى الالتزام القضائي المحدد الناتج عن العقد التزام

(139) المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 18/15 تاريخ 1974/2/15.

(140) Laubadère- Delvolvé, et Moderne, op. cit, p.229.

(141) راجع نص المادة (12) من القانون رقم 29/تموز/ 1982 الفرنسي.

(142) في حال استخدمت محكمة الجنايات مصطلح العقد في قضية Forma 1987/5/24 لكان ذلك أمراً مرفوضاً، ويذكر مفوض الحكومة J.Kahn ذلك قائلاً: "الكل متفق اليوم على معرفة أن التمييز بين التعاقدية وأحادي الجانب يطرح أكثر من تساؤل لم يتمكن من الإجابة عليه، وباختصار فإن الإجابة تأتي بالمجمل بين هلالين، حيث وضعت أنفسكم عقوداً مشابهة لعقود الصنف الحالي."

أخلاقي وسياسي يصعب تجاوزه، إلا أنه قد تم خرقه عملياً بعض الشيء، مما دفع النواب إلى تقديم اقتراح قانون يوجه تعديل عقود تخطيط الدولة وتأمينها⁽¹⁴³⁾. وفي جميع الأحوال يبدو من الواضح أن عقود تخطيط الدولة- المناطق تعرف الأعمال التي تفترض اتخاذ قرارات تمويل وعقود خاصة لتفضي إلى غايتها "كعقد تخطيط خاص" وبذلك فإن عقد التخطيط يعد عقد تأطير للعمل الإداري، ويمكن لهذا العمل الإداري أن يأخذ بذاته شكلاً تعاقدياً حيث إن التشريع يضع هراً للعقود، وبالتالي فإن عقود الدولة، وعقود الإسكان التي أقرتها المادة (26) من القانون الصادر في 25 حزيران 1999 حول السكن تعد عقود تطبيق لعقد تخطيط الدولة- المنطقة⁽¹⁴⁴⁾.

وإذا تركنا مصطلح العقد لصالح التعابير الدالة على أشباه العقود والتي تعكس الطبيعة المحددة لهذه الاتفاقات، فإن ذلك من أجل الاستفادة بشكل عام من التعابير الأكثر التباساً في الموافقة والالتزام، ويحضر هنا ترادف في المصطلحات حول التحليل القضائي، ورغم ذلك فإن تعبير العقد عاد للظهور مجدداً منذ عدة سنوات، ويبقى أن نقول أنه لكي يكون هناك عقد بالفعل فإن أطرافه يجب أن يكونوا قد قصدوا عقد اتفاق إرادي يلتزمون فيه ببعض الانجازات المترتبة عليهم، وإن كان اتفاق الإرادات يكشف عن عقد حقيقي، فإنه يمكن لهذا العقد أن يتضمن اشتراطات متنوعة فإلى جانب هذه الاشتراطات التي تربط الأطراف، يمكن استمرار بيانات لم يريدوا الارتباط بالنسبة لها، ففي حال كون الاتفاق بمجمله عقداً فإن بعض الاشتراطات لا يكون لها مضمون قانوني، ومن بين تلك الاشتراطات التي يكون لها مضمون قانوني يتوجب علينا تمييز تلك التي لها أثر مباشر من غير المباشر، والأولى منها تكفي بذاتها لربط الأطراف، كذلك الاشتراطات التي يلتزم مشروع بموجبها بتحقيق استثمار ما، وتسمى الاشتراطات الثانية بالإجراءات التكميلية ومثالها التزام الدولة بمنح بعض المساعدات المالية أو عقد صفقات.

إضافة إلى ذلك فإن الاتفاق يمكن ألا يحكم فقط العلاقات بين الأطراف، وإنما يتضمن أيضاً أحكاماً تقيد الآخر، ويتجلى ذلك بصورة خاصة بتلك الاتفاقات التي تتوقع مكاسب اجتماعية لفائدة مجموعة موظفين أو اتحادات منظمات نقابية بتنفيذ بعض الحلول، وبالتالي تعتبر مثل هذه الشروط مجرد أحكام تنظيمية.

وبالتالي كي يوجد في اتفاقيات الخطة أعمالاً مختلفة في المعنى الأكثر عمومية للكلمة، ليس لمجرد كونها تتضمن شروطاً تعاقدية وشروطاً تنظيمية فحسب، بل لأن شروطها التعاقدية تحتوي مضموناً مختلفاً، وبعض الشروط الأخرى ليست تعاقدية أو تنظيمية وإنما تقع على مستوى دون القانوني أو قبله، فضلاً عن ذلك فإن أجزاء هذه العقود لا توقع التزاماً تعاقدياً حقيقياً، إنما تطبق موقفاً

(143) الاقتراح رقم 630 تاريخ 13/شباط/2003 والذي يقر التزام الدولة بدفع تعويض لشرائها الماليين في حال عدم التنفيذ.

(144) المرسوم الصادر في 21/كانون الأول/2000 والتعميم الصادر في 7/حزيران/2001.

أحادي الجانب، مما يجعل هذه العقود تتقارب مع الأفعال الشرطية أكثر من العقود النظامية، وعندئذ تبدو أشباه العقود، اتفاقات وعقود الخطأ، بمجملها وكأن لها طابع حقوقية متنوعة وكل واحدة منها بصورة خاصة، وكأنها تتضمن شروطاً متنوعة، لكن بعضها يمكن أن يكون عقداً والبعض الآخر لا يمكننا الاعتراف له بهذه الصفة.

■ **عقود البرامج:**

تمثل هذه العقود في فرنسا بتبادل الكتب أو بتبادل كتب يتبعها عقد، كما تمثل بطرق أخرى يمكنها جميعها أن تغطي عقوداً حقيقية بالنسبة للأساس ويتعلق ذلك بإرادة الأطراف ومضمون الوثيقة التي يعتمدونها.

لقد تم إبرام أول عقد برنامج عام 1969 مع شركة الخطوط الحديدية (Sncf)، كما تم إبرام عقد آخر عام 1970 مع شركة مياه EDF، وثمة عقود ظهرت فيما بعد أطلق عليه تارة عقوداً برنامج وتارة أخرى عقود موضوعية "عقود خطة أو شركة"، وقد تم إبرام هذه العقود بين الدولة والشركات العامة الكبرى الوطنية، ولهذه العقود هدف مالي كبير يتجلى بتثبيت مخصصات الرأسمال (مستوى الدين- تطور الأجور) ومكافأته كما تهدف إلى تثبيت الأهداف في مجال الإنتاجية وإرضاء الزبائن.

وعلى ذلك وبما أن هذه العقود لم تعد بعد مفاوضة بين الأطراف فحسب، بل إنها تتضمن عبارات تدل على إرادتهم في الارتباط فيما بينهم، وإذا أمكن لعقد حقيقي الظهور بهذا الشكل، فإنه يغطي اشتراطات ذات مضمون مختلف، وبعضها هو في آن واحد أمر ويطبق مباشرة، وتوجد بعض العقود التي يمكن أن تكون التزاماً بوسائل وبعضها بنتائج، وبعض هذه الشروط تبدو أمراً لكنها لا تطبق مباشرة، لأن تحقيقها يمر بتنفيذ إجراءات لاحقة، وهكذا يمكننا القول بأن هذه العقود التي يمكن أن تكون بكليتها عقوداً حقيقية تغطي في الحقيقة اشتراطات مختلفة يمكن لبعضها يكون تعاقدياً أو قانونياً.

■ **عقود الإنشاء الصناعي:**

تقوم الدولة في نطاق سياستها التعاقدية بإبرام اتفاقات تقدم فيها مساعداتها للمشاريع مقابل برامج معينة تلتزم بتحقيقها. وعند تحليل أمثال هذه العقود تظهر في قسم منها طبيعة تعاقدية بالفعل، وبالمقابل يظهر فيها آثار التزامات ذات مضمون أمر بالنسبة للأطراف. وكما يمكن أن يقتصر بعضها على إظهار توقعات دون أن تكون أمراً. وهكذا فإن خطة التنمية التي توضع لسنوات طويلة وتستخدم نطاقاً لارتباطات مختلفة، لا تشكل بذاتها سوى بيان دون مضمون قانوني، ويشترط أن تكون عامة جداً كي يمكن لها أن تؤدي لنتائج مباشرة، ومثاله الالتزام بدعم إيقاع لتنمية طموحة لإقامة علاقات تدعم صناعة النسيج، وهذا ما يشكل بذاته سلوكاً عاماً مأموراً أكثر مما يشكل التزاماً بوسيلة أو بنتيجة. وإضافة إلى ذلك فإن بعض التحقيقات المنصوص عليها في العقد محكمة بتدخل أشخاص ليسوا أطرافاً في

العقد ومثاله أَنَّ الحصص المقدمة في رأس المال الخاص بالمساهمين مرتبط بتصرفهم، ونتيجة المعاهدات الصناعية مرتبط بإرادة مشاريع أخرى. إضافةً إلى ضرورة التمييز بين مختلف شرائط العقود، ففي حال عدم تضمن أحدها ارتباطاً مباشراً، فإنه لا يتعلّق فعلاً بعقد، وإن كانت هناك حقوق والتزامات ناتجة مباشرة عن بعض الشروط فهي تعتبر على الأقل شروطاً تعاقدية.

■ عقود التمويل:

يقصد بعقود التمويل بالمعنى الواسع جميع المساهمات المقدمة من السلطات العامة لتمويل نشاطاتها، ويندرج تحت هذا العنوان القروض، الضمانات، التأمينات... الخ. وتقتصر هنا على الترخيص بمبلغ من المال مخصّص مباشرة لبعض العمليات. وهذه الطريقة تأخذ أسماء مختلفة، معونة، منحة... الخ. وتقوم الإدارة بمنح الاعتمادات اللازمة على ضوء سلطتها التقديرية تارةً، وتارةً أخرى ضمن اختصاص مقيد. وبالتالي فإنّ هذه الثنائية ذات طبيعة مفترضة، دون أن تغطي بالضرورة التمييز بين العمل المنفرد والعقد، فعندما تكون سلطة الإدارة مقيدة بمطابقة حالة مشروع مع معايير تشريعية أو تنظيمية، فإنه قلماً يوجد في ذلك علاقات مفاوضة تتدخل بينها وبين المشروع، وعلى ضوء الملف الذي يقدم إليها. وبالعكس من ذلك عندما تمتلك الإدارة سلطة التحقيق، فإنه يمكن لسلطتها هذه أن تقدم مادة لسلوك طريق مفاوضة تتواجه فيه نوايا الفريقين، وإمكانياتهم للعمل وقيمون عادة التزاماتهم المتقابلة، وعندئذ يمكن فعلاً إبرام عقد.

وبذلك لا يمكن الإجابة قطعاً بصنف المقاييس، فتارةً تود الإدارة الترخيص بموجب إرادتها وحدها بمكسب للمشروع بسبب سلوك هذا المشروع، فتتخذ قراراً منفرداً مشروطاً. وتارةً يسجل الترخيص بالمعونة في نطاق اتفاق إرادات، فتعطي مادة لعقد حقيقي. ويمكن أيضاً لمثل هذا العقد أن يزدوج، فقد يحصل تأكيداً على أنّ العقد يؤدي بذاته للترخيص بالمعونة المشار إليها، إلا أنه يمكن الالتزام بممارسة سلطة الترخيص بالمساعدة، فممارسة هذه السلطة مسبقة التحديد بالالتزام التعاقدية تفسح المجال لإجراء منفرد، ويبدو أنّ الاجتهاد الفرنسي يترك الفوارق الممكنة مفتوحة، فقد اعتبر طبيعياً كإجراء منفرد رفض مساعدة مالية⁽¹⁴⁵⁾، وبالمقابل تعتبر قرارات أخرى أنّ المعونات تدخل في نطاق عقود حقيقية⁽¹⁴⁶⁾.

■ العقود الزائفة:

بالرغم من عناوين هذه الأعمال والأصول التي توصلت بها لوضعها، إلا أنها ليست بالتأكيد عقوداً وإنّما مجرد إجراءات منفردة. ويضرب الفقه الفرنسي أمثلة كثيرة عليها إلا أنها ليست مطروحة في سوربة على بساط البحث ولذلك سنقوم بالإشارة إليها بإيجاز كما عالجها الفقه الفرنسي.

(145) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 200

(146) عبد الهادي عباس، المرجع نفسه، ص 201

✓ العقود في مادة الأسعار:

تولدت فكرة العقود في مادة الأسعار من خلال إشراك الإدارة أصحاب المهن بتحديد الإجراءات المتخذة في نطاق تنظيم الأسعار، من خلال البحث عن اتفاقات تمكنهم أن يذعنوا بذاتهم لإجراءات تطور الأسعار بإيقاع منتظم، بدلاً من اللجوء إلى إجراءات منفردة تجيزها بعض القوانين في مادة الأسعار. وبالرغم من الفوارق بين الحالات المختلفة، فإن كافة الحلول تتميز بعمومية الأصول والنتيجة التي تنفتح عليها، ففتح نقاش بين ممثلي الإدارة وأرباب المهن، قد يوصل إلى وثيقة يثبت فيها الطرفان اتفاقهم وتبعاً له تصدر القرارات الوزارية أو قرارات المحافظين، ففي إطار التشريع القديم حول الأسعار حررت قرارات وزارية أسعار بعض القطاعات مقابل بعض الالتزامات من قبل المنظمات المهنية المختلفة إلا أن هذه الالتزامات لم توصف بأنها عقود ولم تعدو أن تكون قرارات وزارية.

وتبعاً لما سبق يبدو أن الأثر الذي تتضمنه هذه العقود لا يعدو أن يكون قراراً تنظيمياً⁽¹⁴⁷⁾، نظراً لموضوعها الذي يتعلق بمادة تعود للضبط الاقتصادي، المتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإنها تخرج بذاتها عن العلاقات التعاقدية، ولا يمكن أن تكون سوى إجراءات منفردة.

✓ عمليات التبادل المكافئة:

تعتمد السلطات العامة، في مادة التبادل الخارجي، لصياغات تتضمن ترخيصاً ببعض المكاسب للمشاريع مقابل التزاماتها، وتبدو هنا العلاقة بين التزام المشروع بأن يحقق العملية التي يتحمل خسارة عنها ويتلقى بالمقابل ترخيصاً والتزاماً من الإدارة بمنحه ترخيصاً ثانياً يمكن للمشروع بفضل أن يحقق عمليات رابحة. ويبدو من الظاهر هنا أنه لا يمكن التكلم عن عقد، كون الترخيص بإجازات الاستيراد والتصدير يعود للسلطة التقديرية للإدارة التي تمارس بطريق منفرد.

ثالثاً - الضبط الضريبي:

1- الطرح المتعلق بعدم تصور وجود رابطة تعاقدية في المجال الضريبي: من المعلوم أن القوانين الضريبية تعد من النظام العام، وكل ما يمس بها يمس بمبدأ سيادة الدولة، ومن هذا المنطلق فالضريبة تشكل بالتأكيد مادة مستعصية على التعاقد استناداً إلى قاعدة عدم جواز التصرف بالسلطة الضريبية، وكذلك عملاً بمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة لأن كون السلطة الضريبية محلاً لعقد من شأنه أن يؤدي إلى إحداث تمايزات بين المكلفين وإلى المساس بمبدأ المساواة

(147) مرسوم 2/ آذار/ 1973 بخصوص النقابة الوطنية لتجارة المعدات وقطع المركبات وتجهيزاتها.

المرسوم 4/ تموز/ 1975 بخصوص النقابة الوطنية لتجارة الأحذية.

مرسوم 4/ آذار/ 1991 بخصوص منطقة التجمع السكني في بلفور.

راجع: Richer, Droit des contrats administratifs, op. cit, p64

الضريبية⁽¹⁴⁸⁾. وهذا ما جعل القانون العام للضرائب الفرنسي يفرض بطلان العقود التي تبرمها الإدارات العامة، والتي يكون محلها إعفاءات الضرائب أو الحقوق، أو الرسوم التي تراها الدولة لحسابها الخاص أو لحساب التعاونيات العامة عندما لا تلقى هذه الإعفاءات الرضا أو الموافقة المسبقة من وزير المالية أو ممثليه أو في حال عدم المصادقة عليها من قبل البرلمان⁽¹⁴⁹⁾.

وليس مستغرباً أن توجد هذه القاعدة دون نص، فمبدأ المساواة الضريبية المحتوى في إعلان حقوق الإنسان له في الواقع قيمة دستورية، وبالتالي تطبق العقوبة المقررة بحق المنتزمين بالعقد المستلمين للسلطة في حال قبولهم تحت أي شكل من الأشكال ولأي سبب كان إعفاءً ضريبياً، أو حصانة ضريبية، ومن هذا المنطلق فإن الإعفاءات المعطاة دون موافقة تشريعية محددة تصدق من خلال اتفاق عقدي، أو من خلال تعهد أحادي الجانب تعتبر اتفاقات معدومة، ويرفض القاضي الإداري تطبيقها، كالمساح بتحديد المبالغ الخاضعة للضريبة من خلال تطبيق نسبة مئوية متفق عليها، ولا يأخذ القاضي الإداري بالاعتبار التزام الإدارة بمخالفة القوانين الضريبية، وعليه لا يمكن للإدارة المطالبة بمبالغ الضرائب المتوجبة شرعياً بالرغم من الاتفاق الذي تبرمه، ويكون القاضي الإداري أيضاً على علم بصفة النظام العام للضريبة، لكنه قد يقبل المصادقة على بعض الاتفاقات المرتبطة بالضرائب، كون المسائل التي تمس بها لا تخص رفع يد الشخص العام عن سلطته، ولا تطرح بالضرورة التساؤل حول العلاقة بين الإدارة ودافعي الضرائب، ورغم هذا الموقف الحاسم، فإن نقاشاً حاداً قد ثار في فرنسا حول إمكانية وجود عقد ضمني عند منح مثل هذه الأفضليات والمزايا بناءً على إجازة من الإدارة المعنية، تلك الآلية القانونية التي أثّرت وتطورت في فرنسا منذ الحرب العالمية الثانية خصوصاً في إطار تنفيذ الخطط⁽¹⁵⁰⁾، لكن إمكانية توقيع عقد في المجال الضريبي لا تتوقف على منح الامتيازات لمكلف الضرائب، إنما تطرح نفسها أياً تكن الغاية المحددة للعقد، فالأمر لا يتعلق بالمساواة الضريبية فقط، وإنما بإمكانية استخدام التقنية التعاقدية في هذا المجال، وبالتالي فإن فكرة التعارض الفعلي بين الضريبة والعقد التي كرستها الأحكام القضائية، تحض على الإجابة بالنفي على التساؤل حول إمكانية إبرام عقد ضريبي، وبالتالي لا يقوم العقد المانع لامتياز ضريبي، بصورة فردية، سوى بوضع المستفيد تحت نظام قانوني ألا وهو الوضع الضريبي المميز، ولا يسمى بذلك عقداً، وإنما اتفاقاً شرطي.

(148) د. مهذ نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 60.

(149) Laubadère-Delvolvé, et Moderne, Traité du contrat, op. cit, p133.

(150) Delvolvé. P, Les principes d'égalité devant les chargés publiques, op. cit, p121.

أ- موقف الفقه:

لقد كان موقف الفقه متردداً إزاء هذه المشكلة، فقد قام الفقيه فوربيه عام 1974 بالدفاع عن الطابع التعاقدي، في كتابه "تقنيات الاقتصاد المدير"، إلا أن تحليله القائم بشكل خاص على العناصر الشكلية لا يتفق مع ما تبقى من أصحاب الفقه، ولا يتفق مع ما تبقى من أصحاب الفقه أمثال **H. jacquot** في كتابه قانون الإجازات الضريبية في فرنسا، حيث يرى أن القاضي الإداري يعتبر أمام عمل انفرادي بمقتضى الشرط الفاسخ⁽¹⁵¹⁾.

أما الفقيه **Delvolvé** في كتابه مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فيرى أن هذا التصرف لا يكون عقداً، بل هو اتفاق شرطي، لأنه يمنح أفضليات ضريبية بتقنية اتفاقية، ولكن بالاستناد إلى قواعد قانونية تبيح مثل هذه الأفضليات، وعلى المشرع تحديد الشروط بدقة كافية، وتقوم الإدارة بالتحقق من وجوده قبل تحرير الاتفاق، ويقتصر دورها هنا على إسناد القاعدة العامة المجردة التي تمنح مثل هذه الأفضليات على الحالات الفردية، فيصبح أصحابها في مراكز نظامية وليست شخصية، كذلك التي تنتج عن التصرفات العقدية⁽¹⁵²⁾. ومن جهة أخرى، يرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذه الاتفاقات تدعى بأشباه العقود المالية⁽¹⁵³⁾.

ب- موقف القضاء:

استقرّ القضاء في فرنسا على مبدأ عدم جواز التعاقد في المجال الضريبي، وقد انعكس ذلك بشكل واضح، ضمن موقف القضاة الإداري والعادي، على حد سواء، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية أن: "تحصيل الضرائب يتعلّق بالنظام العام، وبالتالي لا يمكن أن تكون محلاً لعقد⁽¹⁵⁴⁾". إلا أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد تطور في هذا المجال، حيث فرقت في نطاق الإجراءات الضريبية، بين الإجراءات المتعلقة بنسبة التكاليف الضريبية وقيمتها، وتلك المتعلقة بأسس هذا التكاليف، وتوصلت إلى أن الإجراءات الأولى لا يمكن لها أن تكون محلاً لاتفاق بين الإدارة الضريبية والمكلف، على عكس الإجراءات الثانية التي تقبل ذلك⁽¹⁵⁵⁾.

من جهته، أدان مجلس الدولة في مناسبات متعددة أية إمكانية لإبرام عقد ضمني أو صريح في المجال الضريبي مقررأ أن: "العقود التي يمكن أن تبرم بين المكلفين والإدارة في سبيل تحديد أساليب الإقرار والمزايا والفوائد، بالمخالفة

(151) Richer, Droit des contrats administratifs, op. cit, p56

(152) Delvolvé. P, Sa these ,op. cit, p121.

(153) Delvolvé. p, SWa These, op. cit, p122.

(154) Cass. Cham, Civ, 13/3/1895, Drey fus, cite par Delvolvé, Sa these, p99.

(155) Delvolvé. P, Les principé d'egalite devant les chargés Publiques, op. cit, p121.

للأحكام التشريعية أو التنظيمية، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنتج حقوقاً مكتسبة لصالح المكلفين، ومن شأنها أن تمنع الإدارة من استيفاء الضرائب المستحقة وجبايتها بموجب القانون⁽¹⁵⁶⁾."

وبالتالي فإنّ عدم شرعية هذه المزايا، المتفق عليها خارج إطار الحالات التي يقبلها القانون، مرتبط بمبدأ المساواة الضريبية، ويبدو الأمر هنا عبارة عن قاعدة مستقلة عن استعمال العقد، ومتجاوزة لهذه الصيغة، حتى وإن حصل خرقها عن طريق الاتفاقات، وبذلك يمكن أن تكون مستبعدة بالقانون، كما في حالة أنظمة المزايا الضريبية (إعفاءات، تخفيضات ضريبية)، فعندما يدعى الشخص المدين بالضريبة، وبشكل فردي تطبيقاً للقانون للاستفادة من هذه المزايا، فإنّ مفهوم العقد لا يتدخل بالضرورة، ويجد المستفيد نفسه حيال نظام قانوني وغير تعاقدي، وهو الحالة الضريبية المتميزة المقصودة، فمسألة العقد لا تتدخل إلا في حال كان الخضوع الفردي إلى النظام الضريبي المتميز يمثل هيئة اتفاق ثنائي.

2- ظهور تقنية العقد الضريبي كأداة لتدخل الإدارة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية:

إنّ مبدأ المساواة أمام الضرائب المنصوص عليه، يسقط مباشرةً من خلال الإعفاء الجزئي أو الكلي المقرر لمصلحة الشركات التي تنفتح على بعض النشاطات، حيث لا يعود الأمر مجرد منحهم عوضاً عن امتياز إيجابي، وإنما تخليصهم من مسؤولية تفرض على مكلفي الضرائب⁽¹⁵⁷⁾.

حيث تأتي العقود الضريبية، كما يشير إليها المخطط الرابع، من وراء الغاية من الحيادية الضريبية، من أجل استخدام الضريبة، والتخلي عنها، كإجراء توجيه اقتصادي واجتماعي لتحقيق المصلحة العامة، حيث تبدو الضريبة إحدى الوسائل الأساسية للتدخل الاقتصادي، الذي يشكل سلاحاً رئيساً للسلطة العامة لتحقيق أهدافها، فإلى جانب القروض والمساعدات المالية الحكومية، تشكل التخفيضات الضريبية أداة للسياسة الاقتصادية والتخطيط⁽¹⁵⁸⁾.

أ- محلّ العقود الضريبية:

إنّ القانون هو الذي يحدّد محلّ العقود الضريبية، من خلال استشفافه للإعفاءات التي قد يتوافق عليها في بعض الشروط، ولا يوجد هنا سوى مقياس أحادي الجانب متساوٍ بالنسبة لكل المواقف المشابهة، حيث لا يحدث أي تحريف لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وإنما تقييد لهذا المبدأ من خلال الحالة التي تكون فيها الفائدة من الإعفاءات الضريبية ممنوحة لمكلف الضرائب من قبل الإدارة،

(156) C. E, 28/6/1961, La Compagnie général, Rec, p443.

(157) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité du contrat administratifs, op. cit, p121.

(158) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Sa these, op. cit, p121.

كامتياز وليس كحق، وذلك بسبب النشاطات التي يقوم بها، والتي يظهر فيها تميز الإجراءات التي تدخل في إطار تعبير "العقد الضريبي".

وهناك أمثلة عدة في السنوات التي سبقت الحرب العالمية الثانية وتلتها، وتحديدًا من العام 1957-1958، حيث تعددت الأحكام من هذا النوع، وبدأت متفاوتة في موضوعها، بسبب الحقوق القائمة عليها، والنشاطات المرتبطة بها، ومع ذلك فهي تتعلق إلى حد كبير بالتطور الاقتصادي والاجتماعي، وتجعل من مفهوم العقد الضريبي نوعاً من الوحدة الكاملة، فالأمر عبارة عن تأكيد التمديد الاقتصادي والاجتماعي بشكل أساسي، بتفضيل تحسين البنى، ووسائل الشركات، وتحسين البنى الزراعية، والتأثيرية "المتعلقة بالأثاث" وأخيراً تطوير المناطق.

■ تحسين بنى الشركات:

إن الأحكام المنصوص عليها حالياً، والتي تسمح بمنح امتيازات ضريبية بموافقة الإدارة متعددة، فالمادة القديمة /718/ من القانون العام للضرائب، تسمح بتطبيق نظام ضريبي لمصلحة الدمج الجزئي المتفق عليه، والقانون رقم 66/566 الصادر في 12 /تموز/ 1965 يتناول هذا النظام ويوسعه لمصلحة المشاركة الجزئية للأشخاص الأجانب أو في حال الانفصال، وفي كل هذه الحالات يعد التوافق ضرورياً لكي يكون بالإمكان تطبيق نظام القانون المشترك المتوقع من أجل الدمج الكلي للشركات. ودون اللجوء إلى دمج كلي أو جزئي، يمكن للشركات أن تجتمع معاً لتحقيق بعض الأهداف المشتركة، وهذه هي بالضبط حالة التجمع المهني المتابع لمجهود المنهجية والتبديل، ويشترط أن تلقى قبولاً للإفادة من أحكام المراسيم رقم 55-877 الصادر في 30/حزيران/1955، والمرسوم رقم 55-1369 الصادر في 18/ تشرين الأول /1955، والتي تسمح للشركات التي تعتبر جزءاً منها باعتبار أسهمها كنفقات احتمالية، أن تتلقاها ضمن نظام ضريبي لمصلحة المساعدات المالية الحكومية للتجهيزات⁽¹⁵⁹⁾.

ومن أجل مساعدة تطوير الصناعة والتجارة والزراعة ومناسبتها للسوق المشترك فقد سمح القرار رقم 59-248 الصادر في 4/شباط/1955 لإنشاء تجمع على شكل شركات مرتبطة بالإدارة من خلال اتفاقية ينتج عنها نظام ضريبي يتمتع بالحظوة.

■ تحسين وسائل الشركات:

سمحت النصوص القانونية للصناعيين بزيادة المساحة المالية، من خلال إمكانية تخفيف حقوق تسجيل مبيعات المباني لشركات الدولة، وشركات الاقتصاد المشترك، والتي تلجأ لشراء الأراضي لتنظيمها، وتجهيزها، وإعادتها للمستخدمين الصناعيين، حيث تجلب موافقة الإدارة فروعاً ضريبية يفترض أن يتم تلقيها

(159) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité du contrat administratifs, op. cit, p122.

بصورة طبيعية في مرحلة إعادة البيع، وبذلك فقد سمح القانون رقم 873-68 الصادر في 31/ تموز/ 1962 بتخفيض استثنائي حتى 25% من سعر العائدات المتوقع في المادة 39/ من القانون العام للضرائب، ومن خلاله فقد سمح للاستثمارات التي تستفيد من هذه الميزة بأن تمنح الحق في تقليص الضريبة المطبقة على زيادة القيمة في حال التوافق دائماً، والذي تحققه الشركة من خلال التنازل عن أراضي للبناء، ويتم إنجازه في السنوات الثلاث الأخيرة وذلك حتى تاريخ 31/ كانون الأول/ 1970، وفي نفس السياق فقد استبدل المرسوم رقم 442-64 الصادر في 21/ أيار/ 1964 بالمادة 722 من القانون العام للضرائب الفرنسي، بإمكانية تقليص حق التعديل م 13,20% إلى 1,40% بالنسبة لبعض العمليات المتفق عليها بصورة مسبقة.

كما تم وضع مقاييس أخرى للسماح للشركات بتطوير صادراتها، حيث أقر القانون رقم 566-65 الصادر في 12/ تموز/ 1965 في المادة (22) إمكانية الشركات الفرنسية المتفقة، في هذا المجال الاحتفاظ بمجموع نتائج صادراتها المباشرة، أو غير المباشرة، سواء أكانت في فرنسا، أم في الخارج بالنسبة لأساس الضريبة المقامة على تحقيق أرباحها وتوزيعها.

كما يمكن لتوافق آخر أن يسمح بعدم نقل نفقات الدراسة، والتنقيب المطروح بهدف إقامة منشأة للبيع في الخارج، إلى أرباح يفرض عليه ضرائب، وكذلك الأمر، بالنسبة لمكتب الدراسات أو مكاتب التعليم، والأرباح القابلة للحسم، المحتملة خلال فترات التدريب الثلاثة الأولى لتوظيف هذه المنشآت.

وأخيراً في مجال البحث، فقد تم تشجيع جهود الشركات، التي اعتبرت غير كافية، من خلال الربط بين اتفاق تنظيم البحث، وإمكانية التخفيض إلى 50% بالنسبة للشركات التي تكتتب على رأسمالها، وبحدود 2% من مجموع المبيعات للشركات التي تخصص جزءاً منها كمساعدات مالية حكومية تقطعها من ربحها المفروض عليه ضريبة، وبالنسبة للتنظيمات بحد ذاتها، فيطبق عدم تحمل حقوق التعديل على الأملاك والميراث الذي تقوم به، وبالتالي يشكل القسم الصناعي غاية العديد من مقاييس التوافق الضريبي، ويمكننا إيجاد مقاييس أخرى في مجال الزراعة(160).

■ تحسين البنى الزراعية:

يعدّ تنظيم الاستثمارات الزراعية في فرنسا، أحد الغايات الأساسية للسياسة الزراعية، نظراً لتبعثر هذه الاستثمارات وتعارضها مع عائداتها، وبذلك فقد وضعت امتيازات ضريبية ناتجة عن توافق ضريبي في هذا الشأن، وبذلك فقد نصّ قانون التوجيه الزراعي الصادر في 5/ آب/ 1960 على الإعفاء من حقوق الطبع

(160) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité du contrat administratifs, op. cit, p 123.

والتسجيل، وكذلك الرسوم على مبالغ المبيعات، وكل العمليات العقارية المنجزة من قبل شركات التنظيم العقاري، والمنشآت الريفية، عندما تحصل على الموافقات الضرورية.

وكذلك ينشأ القانون رقم 62-917 الصادر في 8/آب/1962 نظاماً خاصاً للتجمعات الزراعية للاستثمار المشترك المستفيدة من التوافق، من خلال إعفائها كلياً من أي فرض ضريبي.

وأخيراً يمكن للشركات الاتفاقية، وشركات الاقتصاد المشترك، التي غايتها "تصدير المنتجات الزراعية الخاضعة للقوانين" الاستفادة من نفس الامتيازات تماماً، كالمنتجات المتوافق عليها في تجمعات تصدير المنتجات الصناعية التي أقرها القرار الصادر في 4/شباط/1959.

وفي سورية أيضاً أجاز المرسوم التشريعي رقم (10) والمعدل وفق أحكام المرسوم التشريعي رقم (7) لعام 2000 تأسيس شركات مساهمة مغلقة سورية في مجال القطاع الزراعي بشقيه النباتي والحيواني بنسبة لا تقل عن 25% من رأسمالها مقررأ إعفاء المشاريع الموافق عليها بالإعفاءات والمزايا والتسهيلات من جميع الضرائب والرسوم المالية والبلدية والجمركية شريطة استخدامها حصراً في أغراض المشروع، ولا يجوز التخلي عنها إلا بموافقة المجلس الأعلى للاستثمار.

■ تحسين البنى العقارية:

نظراً لأزمة السكن، التي حثت المشرع على أن يضع امتيازات ضريبية بناءً على موافقة الإدارة، فقد تتالت القرارات القانونية التي تعطي امتيازات ضريبية للشركات العقارية التي يتم الاتفاق عليها، وقد أصبحت هذه القرارات أكثر ليونة مع صدور قانون 12 تموز/ عام 1965 الذي نصّ على إمكانية تقليص الضريبة على فائض القيمة الذي تحققه الشركات على المدى الطويل، بمناسبة تنازلات عن أراضي البناء تنجز خلال ثلاث سنوات سابقة، وذلك بسعر استثمار قائم بشكل خاص على اكتتاب على نشاطات الشركة العقارية المستثمرة، أو على حصص الشركات العقارية المشاركة في الإدارة، وبذلك فتخضع هذه الشركات لنظام ضريبي امتيازي عندما تقر التوافقات اللازمة بها.

ويتوجب الفصل في المجال العقاري، بين المباني ذات الصفة التاريخية، والأخرى ذات الصفة كالفنية، حيث يسمح القانون رقم 64-1279 الصادر في 23/ كانون الثاني/ 1964 باستنتاج العائد الخاضع للضريبة، بمنافسة 25% على زيادة النفقات وإعادة ترميم المباني التي يتفق على أنها تشكل جزءاً من الميراث الوطني عندما تفتح أبوابها للمشاهدة أمام الناس.

وفي سورية تنص أحكام المادة (13) من قانون الاستثمار رقم 10 على إعفاء الشركات المشتركة المرخصة وفق أحكام هذا القانون وأسهمها وأموالها من

جميع الضرائب المفروضة على الدخل، ومن ضريبة ريع العقارات وذلك لمدة سبع سنوات اعتباراً من تاريخ بدء الإنتاج الفعلي أو الاستثمار وفقاً لطبيعة المشروع.

■ تطوير المناطق:

أما فيما يخص تطوير المناطق، فقد سمحت المادة (1472) من القانون العام للضرائب للتعاونيات المحلية، بالتخلي بشكل كامل أو جزئي، عن المساهمة في الضريبة، خلال مدة خمس سنوات للشركات التي تقام على أراضيها، والتي تستفيد من توافق إداري، ويمكن الحصول نتيجة لهذا الامتياز، على تخفيض ضريبي على فائض القيمة المتحقق من خلال التنازل عن أراضي البناء، أما بالنسبة لأراضي المستعمرات ما وراء البحار، فقد أحاط نظام الاتفاقيات الضريبية نوع من الإبهام، فقد سمح المرسوم رقم 207-57 الصادر في 23/شباط/1957 بتبني نظام ضريبي طويل الأمد لمصلحة الشركات التي تمارس نشاطاً أساسياً في الأراضي المذكورة. وقد استطاعت الشركات الممولة لتطوير أراضي المستعمرات، وشركات تنمية الصحراء، الاستفادة من الإعفاءات الضريبية نفسها التي تستفيد منها شركات تطوير المناطق.

وفي مصر نصّ قانون الاستثمار الجديد رقم (72) لسنة 2017 في المادة (11) منه على منح المشروعات الاستثمارية التي تتوافر فيها الشروط والحدود المبينة في هذا القانون نسبة 50% خصم من التكاليف الاستثمارية للقطاع أ للمناطق الجغرافية الأكثر احتياجاً للتنمية وفقاً لتوزيع أنشطة الاستثمار الصناعي. وكذلك فقد نصّ قانون الاستثمار رقم (10) السوري في المادة (15) منه على إعطاء مدة سنتين إعفاء إضافية إلى فترتي الإعفاء المنصوص عليهما في الفقرتين أ، ب من المادة (13) من هذا القانون في حال أنشئ المشروع الاستثماري الصناعي أو الزراعي في إحدى المحافظات النامية: الرقة – الحسكة-دير الزور.

ب- أشكال العقود الضريبية

إن مصطلح العقد الضريبي يشمل عقوداً تتخذ غالباً شكلاً أحادي الجانب للتوافق الإداري، ومن النادر جداً، مصادفة اتفاقات موقعة بين خزانة الدولة ومكلف الضرائب.

■ منح الموافقة:

يعدّ منح الإدارة أحادي الجانب للموافقة، الشكل الاعتيادي للعقد الضريبي، لكن قيمته وإجراءاته، ومحرره، وتأثيراته، ليست دائماً متشابهة

■ قيمة التوافق:

يجب أن يفرض التوافق في جميع الأحوال إلى التخفيف الضريبي، وفي فرضيات عدة يجب أن تعطي الإدارة موافقتها على إنشاء تنظيم كي يتمكن من الاستفادة من بعض المزايا الضريبية، ويطبق هذا النظام على التجمعات الاقتصادية

وعلى الشركات وأنظمة البحث، وعلى شركات الدولة ذات الاقتصاد المشترك، التي تقوم بتنظيم الأراضي التي تقام عليه الصناعات. وفي مجال الزراعة، يجب أن يحصل إنشاء شركات تنظيم العقارات، والمؤسسات الريفية، والتجمعات الزراعية ذات الاستثمار المشترك على الموافقة، لكي يطبق عليها نظام المراعاة الضريبية الذي أقرته هذه الأحكام⁽¹⁶¹⁾. كما يطبق هذا النظام أيضاً على الشركات العقارية المتفق عليها في مجال البناء، وفي جميع الحالات الأخرى، لا يقوم التوافق على التنظيم المهتم بنشاط يتم تشجيعه، وإنما على هذا النشاط بحد ذاته، فضلاً عن ذلك، يمكن للنظاميين أن يجتمعا معاً، وبالتالي إضافة للموافقة على إنشاءها، يجب أن تحل شركات استثمار وإدارة العقارات طرفاً آخر يقوم على برامج نشاطها، ويمكن بالتالي للإدارة أن تمارس إدارة مزدوجة في هذه الحالة، ويتم تسهيل ذلك من خلال الإجراءات المنظمةة.

■ موانع الموافقة:

إن طلبات الموافقة تفحص بدقة، إلا أنه يحق لجهة واحدة فقط اتخاذ القرار اللازم بمنح الإعفاءات الضريبية، ففي فرنسا كانت سلطة وزير المالية مشتركة مع سلطة وزراء آخرين، ومجلس إدارة أموال الدولة العامة للتطوير الاقتصادي والاجتماعية حتى تاريخ 12/ تموز/ 1965، إلى حين قررت المادة 83/ من القانون المذكور أنه: "بالرغم من وجود أي حكم معارض فإن قرار إقرار الموافقة المتعلقة بمنح امتياز ضريبي هو من اختصاص "وزير المالية" حصراً، وبالتالي فقد أعطت لوزير المالية الصلاحية المطلقة في إقرار منح الامتياز الضريبي، إلا أنها استثنيت حالات محددة فقط كالموافقات المعطاة بقرارات وزارية مشتركة بين (وزير المالية والزراعة) للتعاونيات الزراعية⁽¹⁶²⁾، ولشركات تنظيم العقارات والمنشآت الريفية⁽¹⁶³⁾، وأخيراً فيما يتعلق بالعمليات الخاصة بالمقاطعات الموجودة خارج أراضي الدولة والتابعة لها يبقى الاختصاص منوطاً باللجان المحلية التي يرأسها المحافظون أو بوزير المالية بعد أخذ رأي اللجنة التي ترأسها، وذلك حسب أهمية العمل المراد إنجازه⁽¹⁶⁴⁾.

(161) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité du contrat, op. cit, p 129.

(162) راجع نص المادة 49 من المرسوم الصادر في 4/ شباط/ 1959 والمتعلق بالإعفاءات الضريبية في فرنسا.

(163) راجع نص المادة الأولى من المرسوم الصادر في 14/ حزيران/ 1961 والمتعلق بالإعفاءات الضريبية في فرنسا.

(164) راجع نص المادة 238 من المرسوم الصادر في 27/ آب/ 1965 والمتعلقة بالإعفاءات الضريبية في فرنسا.

ت- طبيعة العقود الضريبية:

توجد سمة مشتركة لمجموعة الإعفاءات التي يمكن منحها من حيث الغاية، أو الشكل، حيث يحق للإدارة وحدها سلطة منح الموافقة أو رفضها، ولا يمكننا تحديد الطبيعة القضائية لهذه العقود الضريبية، دون العودة إلى تحليل دقيق يكشف أن الإعفاءات التي تعتبر غاية الاتفاق، تنم عن وضع يحدده القانون، وعلى هذا الأساس يمكننا تمييز فرضية منح التوافق من فرضية توقيع الاتفاق الوضع الذي يحدده القانون.

إن مبدأ الشرعية والمساواة، قد واجهته مشاركة الإدارة في سلطة التخفيف الضريبي، ولم يبق منه سوى أن يقوم القانون بتعريف الشروط التي يمكن من خلالها تطبيق هذا المبدأ، حيث لا يمكن للسلطة التقديرية لخزينة الدولة أن تمارس إلا ضمن الحدود المرسومة لها، وبذلك تعد الأحكام التشريعية أساس الإعفاء في العقد الضريبي.

فالوضع التشريعي هو الذي يطبق دائماً، وكما هو الحال بالنسبة لكل أشكال الضريبة المفروضة، فإن الموقف شرعي وموضوعي، ويمكن للقانون تعديله في أي لحظة، فمن الممكن دائماً أن تأتي أحكام جديدة تخضع للضريبة مادة كانت قد تهربت منها حتى اللحظة، ويمكن للإعفاءات الضريبية المرتبطة بمنح الدولة للقروض أن تستعاد لاحقاً، ويأتي ذلك نتيجة الصفة التشريعية لوضع العقد الضريبي، فالقانون هو الذي يحدد شروط قرار الإدارة وفي الأحوال العادية يجعل القانون الضريبي الضريبة واجبة على كل وضع يدخل ضمن الشروط التي يحددها، وهنا لا يكتفي العقد الذي يقرر الإعفاء بمطابقة الوضع الضريبي لمكلف الضرائب مع القانون وإنما بإضافة ما ينقص عنه عادة.

وبالتالي فإن الإعفاء الضريبي يمنح على مستويين من القرارات قرار المشرع ثم قرار الإدارة، والقرار الثاني يعد شرطاً لتحقيق القرار الأول، سواء اتخذ على شكل توافق أم اتفاقات، ولكن ضمن الحدود التي يرسمها القانون.

وفي هذه الشروط لا يمكن للأحكام الضريبية - التي هي في موضع المسائلة - أن تكون محلاً للعقد، وكونها عناصر لوضع تشريعي لا يمكن أن تنفصل عنه، فإنه لا يمكن للأطراف المتعاقدة إقرارها وأياً كانت الالتزامات التي تربط الإدارة بشركة ما، فإنها يمكن أن تهدف إليها، وتجعلها غاية لها بشكل أساسي.

وهنا نجد مفهوم العقد القابل للانفصال والذي يسمح للتحليل بتحديد الاختلافات في القانون الإداري، وتحت أي شكل تستخدم فيه الإدارة الإمكانيات المفتوحة التي يمنحها إياها القانون، فإن التخفيض الضريبي الذي يستجره العقد،

ينفصل عنه وهو غير قابل للاختزال، ولا يتم الأمر عبر الاتفاق أو التوافق، إنما نتيجة حاصلة لا يمكن الوصول إليها إلا بشرط تدخل المشرع⁽¹⁶⁵⁾.

■ طبيعة العقد الضريبي في حالة التوافق

باعتباره الإجراء الأكثر استخداماً، يعدُّ التوافق الذي تمنحه خزينة الدولة، بشكل أساسي عقداً أحادي الجانب وتقديرية.

حيث لا يعدُّ التوافق في المادة الضريبية، سوى تطبيق لإجراء موجود أيضاً في مجالات أخرى، ويمكننا تحديد المبادئ المستخلصة، بانعدام المظهر التعاقدية بشكل كلي، وتوجب خضوع طالب الموافقة للقانون، أما الإدارة فلا تخضع لأي إزامات، وتشير الأحكام القضائية إلى الصفة أحادية الجانب والتقديرية للموافقات، التي تعطيها الإدارة وتوظفها، فمن خلال سلطة التقدير الخاصة بكل حالة على حدة، وفي حال متابعة المعنيين تقديم الضمانات اللازمة، يتوجب على السلطة الإدارية إعطاء الموافقة المطلوبة في كل مرة يبدو لها فيها أن هذا الأمر ضروري للحفاظ على المصالح التي منحت لها مهمة الدفاع عنها، وهكذا فإن سلطة منح الموافقة أو سحبها، تخلص الإدارة من أي عائق، فالعقد الذي توقعه هو بالكامل عقد أحادي الجانب وتقديرية، ويمكن لهذه المبادئ أن تؤخذ أيضاً فيما يتعلق بالموافقات الحاصلة في المجال الضريبي.

ويبدو موقف الفقه واضحاً إزاء الصفة الأحادية الجانب، والتقديرية من خلال الأحكام القضائية المتعلقة بمسألة تطبيق المادة 722/ من قانون الضرائب العام، والتي تسمح بإعطاء تخفيض لحقوق التعديل في حال المكتسبات العقارية العائدة للتجمع أو للتحويل، أو للامركزية، أو إنشاء الشركات، وباعتبار قرار الموافقة أو الرفض على التخفيض الصادر عن السلطات المختصة ليس قابلاً للنقاش عن طريق الدعوى القضائية، وعدم إمكانية الأحكام القضائية تقويم الأسباب التي يتم بموجبها اتخاذ قرار رفض التوافق، وتجلى ذلك بشكل أكثر صرامة من خلال القرار الذي اتخذه مجلس الدولة، برفض الاستفادة من أحكام التخفيض الضريبي لمقدم الطلب، وعدم قبول التبريرات التي قدمتها الإدارة نظراً لكون العملية المقترحة لا تمثل مصلحة اقتصادية كافية لتبرير منح الموافقة المتوقعة من المادة 722 من قانون الضرائب العام.

وبذلك يمكننا القول، إن الطبيعة القضائية للعقد الضريبي الناتج عن موافقة تبدو واضحة، أنه عبارة عن عقد أحادي الجانب منجز بشرط ملغي، والتزامات

(165) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité du contrat administratifs, op. cit, p133.

الشركة هي شرط الموافقة، وهذا العقد لا يتعارض مع الالتزام الاتفاقي، ورغم ذلك يجب المحافظة على فرضية الحالات الاستثنائية الممكنة⁽¹⁶⁶⁾.

■ 'طبيعة العقد الضريبي في حالة الاتفاق':

كان موقف الفقه مختلفاً فيما يتعلق بالاتفاقات، فقد رأى السيد "تيمسي" أنه لا يبدو مسبقاً أن الاتفاق يضم صفة تعاقدية أكثر من الموافقات، على الأقل في إعطاء كلمة العقد امتداداً غير محدد والذي قد يفرغه من أي مضمون، وعلى النقيض من ذلك يرى السيد "Vassuér" في هذا الإجراء تجديداً لمنهجيات الإدارة التي تفضل تحديد هذه الشروط بعد نقاش حر، حيث يجد كل من المتحاورين نفسه على قدم المساواة. فتمنح موافقة متعلقة بإتمام الشروط التي تقررها السلطة، وفي جميع الأحوال عندما يبرم الاتفاق، فإن الإدارة والشركة تلتزمان بمضمون الاتفاق وفي الواقع لا يمكننا رفض كل طبيعة تعاقدية من هذا النوع من الاتفاقات بشكل قطعي، ومن الواضح أن تحليل كل حالة على حدة سيكون ضرورياً للتوصل إلى نتيجة مؤكدة.

المطلب الثاني- المجالات المستبعدة أن تكون محلاً لعقد إداري بحكم القانون:

يمتنع على هذه المجالات أن تكون محلاً لعقد إداري، نظراً لأثر القانون الذي يفرض ذلك، إما بشكل مباشر كما هو الحال بالنسبة للمراكز القانونية والتنظيمية والتي لا يتم إنشاؤها أو تعديلها أو إنهاؤها إلا بنص قانوني أو تنظيمي، والذي ينفي بدوره أية إمكانية للعلاقات التعاقدية، أو بشكل غير مباشر عندما يستنتج ذلك من خلال أحكام قانونية يتضمنها النص القانوني ويستفاد منها تقييد الحرية التعاقدية في المجالات التي ينص عليها.

الفرع الأول- الاستبعاد المباشر: المراكز القانونية والتنظيمية

من المعلوم أن المراكز القانونية والتنظيمية تحدد بشكل انفرادي عن طريق القوانين واللوائح، فالإدارة وحدها صاحبة السلطة في اتخاذ القرارات أحادية الجانب والتي تخلق الحقوق والالتزامات دون أن تكون موافقة الشخص المعني ضرورية، وإنما مجرد شروط لوضوح إرادة الإدارة أحادية الجانب، وبذلك يقع باطلاً أي اتفاق أو رابطة تعاقدية بين الإدارة والأفراد ضمن تلك المجالات التي تنفرد القوانين واللوائح بتنظيمها⁽¹⁶⁷⁾، ويبدو لنا ظاهرياً أن العقد والقرار أحادي الجانب يمكن غالباً استبدال أحدهما بالآخر مع الأخذ بالحسبان لتكافؤ النتائج المترتبة عليهما، وبذلك يمكن للإدارة أن تختار موظفين تم تعيينهم عن طريق قرار أحادي الجانب واستخدام عاملين بالتعاقد، فعندما تمنح الموافقة على إشغال المجال

(166) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité de contrats administratifs, op. cit, p134.

(167) Laubadère-Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, T1, op. cit, p.51.

العام أو المساعدة المالية فإنها تفعل ذلك عن طريق اتخاذ قرار أحادي الجانب أو عن طريق العقد، وبالرغم من ذلك ليس للإدارة أن تختار بالمبدأ بين القرار أحادي الجانب والعقد⁽¹⁶⁸⁾.

وبعدُ مركز الموظف العام المثال الأكثر نموذجية في هذا النطاق، فقد طرحت العديد من النظريات التي تحدد طبيعة هذا المركز للوصول نهاية إلى أن الموظف يكون إزاء الإدارة ضمن مركز قانوني تنظيمي⁽¹⁶⁹⁾. ولكن يسعنا بدايةً التعريف بالموظف العام ثم التطرُّق إلى مركزه القانوني تجاه الإدارة

أولاً- في ماهية الموظف العام:

سننطرق إلى مفهوم الموظف العام، والمركز القانوني له وفق ما يلي:

1- مفهوم الموظف العام:

من المتفق عليه فقهاً وقضاً، أن الموظف العام هو كل شخص يشغل وظيفة دائمة، بطريقة مستمرة، لخدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى بشكل مباشر⁽¹⁷⁰⁾ مقابل أجر يقدر عادة بالشهر. وقد أقر القضاء الإداري هذا التعريف، فعلى سبيل المثال: قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: (المقومات الأساسية التي تقوم عليها فكرة الموظف العام تتلخص في أن يكون تعيين الموظف بأداة قانونية، لأداء عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام). واستناداً إلى ذلك يمكننا استخلاص ثلاثة عناصر لازمة لتعريف الموظف العام:

- أن يشغل الشخص عملاً دائماً مستمراً وغير عارض.
- أن يساهم في خدمة مرفق عام تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى.
- أن تصدر السلطة المختصة قراراً بتعيينه. وسوف نقوم بالتفصيل في هذه الشروط وفق ما يلي:

(168) قرار 23/أذار/1973 بخصوص فيدرالية موظفي الدفاع الوطني: اعتبر الاتفاق حول تعيين مؤقت للتعويض عن أيام الإضراب هو اتفاق غير شرعي.

A. J.D.A, 2000. et.s., 169169 Pochard. M, Quel a venir pour la fonction publique? A. المذكور لدى، د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 64.

(170) أ. د محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1999م، ص 88، د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، 2003م، ص 356، أ. د بكر القباني، القانون الإداري، دار النهضة العربية، بلا تاريخ، ص 563، أ. د محمد يوسف الحسين ود. مهند نوح، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، 2011-2012، ص 14، وفي الفقه الفرنسي، راجع:

Chapus, Droit administratif, op. cit, p.38.

أ- القيام بعمل دائم: وهذا يعني أن يتولى الموظف وظيفة دائمة، بصفة مستقرة وليست عارضة⁽¹⁷¹⁾.

وتتجلى أهمية هذا الشرط في توجب إدارة المرفق الذي يقوم به الموظف العام بعمل دائم، بطريقة مباشرة عن طريق أحد الأشخاص القانونية العامة، وهي إما أن تكون أشخاص معنوية عامة مركزية أو لا مركزية، وتعد الدولة الشخص العام المركزي الوحيد، وتقوم بنشاطاتها عن طريق وزاراتها، وبالمقابل فإن الأشخاص المعنوية اللامركزية، إما محلية وتضم وحدات الإدارة المحلية بمختلف أنواعها (محافظات، مدن، بلدان، قرى، و... إلخ)، أو مرفقية وتضم على سبيل المثال: المؤسسات العامة، والهيئات العامة⁽¹⁷²⁾.

ب- يجب إصدار قرار من السلطة المختصة بتعيين الموظف:

إذ لا يمكن للشخص أن يكتسب صفة الموظف العام، إلا بتعيينه قانوناً بقرار من السلطة المختصة، وشرط أن يكون هذا القرار مستجماً لعناصره القانونية، وبذلك لا يعتبر موظفاً عاماً الشخص الذي يعهد إليه بممارسة واجبات الوظيفة قبل صدور قرار التعيين، والذي قامت الإدارة بترشيحه لشغل هذه الوظيفة، حتى ولو كان قد تقاضى بالفعل مقابلاً عن عمله، ويعود ذلك لأن المركز القانوني للموظف لا ينشأ إلا بأداة التعيين من السلطة المختصة، وكذلك لا يعتبر مقاولو الأشغال العامة من قبل الموظفين العموميين⁽¹⁷³⁾. وفي نفس السياق، لا يمكن اعتبار الشخص الذي ينتحل الوظيفة أو يغتصبها موظفاً عاماً، بالرغم من أن التطبيق اقتضى بضرورة الاعتراف بمشروعية القرارات التي تصدر عن الموظف الفعلي⁽¹⁷⁴⁾ أو الواقعي.

2- المركز القانوني للموظف العام:

لقد طرحت في مجال تكييف علاقة الموظف العام مع الإدارة عدد من الآراء والتي نتج عنها ثلاث نظريات، سنقوم باستعراضها وفق ما يلي:

(171) أ. د محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق، ص 356، أ. د محمود أبو السعود حبيب، مرجع سابق، ص 89، أ. د فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 437، وفي الفقه الفرنسي: Chapus.R,op.cit,p39.

(172) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 702، أ. د فؤاد العطار، مرجع سابق، ص 439، أ. د سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 471.

(173) أ. د محمود أبو السعود، مرجع سابق، ص 91، أ. د محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 359.

(174) الموظف الفعلي أو الواقعي: هو الشخص الذي يباشر مهام الوظيفة العامة في ظروف معينة دون تولية صحيحة، إما لعدم صدور قرار بتعيينه في الوظيفة، أو لصدور قرار معيب بتعيينه فيها. راجع، أ. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 432، أ. د محمد الحسين ود. مهند نوح ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 16.

أ- النظرية التي تعتبر العلاقة بين الموظف والإدارة علاقة تعاقدية من القانون الخاص:

يرى أنصار هذه النظرية أن العلاقة بين الموظف والإدارة، علاقة تعاقدية، يحكمها القانون المدني، وبذلك فالعقد الذي يجمع بين الموظف والإدارة يعتبر عقد عمل في حال تعلق العقد بعمل مادي يقوم به الموظف لمصلحة الإدارة، وعقد وكالة في حال تعلقه بعمل قانوني⁽¹⁷⁵⁾.

وقد انتقدت هذه النظرية باعتبار أن إبرام العقد بين الإدارة والعامل، يفترض أن يتم عن طريق مفاوضات لتحديد شروط العقد، في حين انعدام وجود هذه المفاوضات عند تعيين الموظفين العموميين، كما أن الأخذ بالتكييف العقدي على النحو السابق ذكره، يؤدي إلى اختلاف أحكام العقد من شخص لآخر. ونظراً لهذا النقد فقد أصبحت هذه النظرية قديمة ومهجورة منذ زمن بعيد، وثم الانتقال إلى نظرية أخرى أخذ بها القضاء لفترة من الزمن.

ب- العلاقة بين الموظف والإدارة تعاقدية من القانون العام:

اعتبرت هذه النظرية العلاقة التي تجمع الموظف مع الإدارة علاقة عقدية تخضع للقانون الإداري وليس المدني، وبذلك فهي علاقة عقد إداري يخول الإدارة في مواجهة المتعاقد سلطات واسعة لتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن الإدارة تستطيع تعديل العقد الذي يجمعها مع الموظف بإرادتها المنفردة، كما لا يستطيع هذا الأخير طلب فسخ العقد لمجرد مخالفة الإدارة لبعض شروط التعاقد⁽¹⁷⁶⁾، إلا أن هذه النظرية لم تسلم بدورها من النقد ولم تحظ بالقبول، لذلك فقد تم هجرانها كسابقتها، ليستقر الرأي أخيراً على أن علاقة الموظف مع الإدارة إنما هي رابطة قانونية ينتج عنها مركز نظامي.

ت- العلاقة بين الموظف والإدارة علاقة لائحية:

نظراً لكون فكرة الرابطة التعاقدية في نطاق القانون العام اعتبرت منتقدة وغير نافعة، فقد تم العدول عنها نهائياً، لتحل مكانها فكرة "المركز النظامي أو اللائحي للموظف"، وبذلك يتم تحديد عناصر المركز القانوني لهذا الموظف عن طريق القواعد الموضوعة مسبقاً في القوانين واللوائح، ومن ثم فإن المركز القانوني للموظف، إنما هو مركز قانوني موضوعي، نظراً لكون المراكز القانونية الناجمة

(175) أ. د سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 473، أ.د بكر القباني، مرجع سابق، ص 538، د. محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 364. وفي الفقه

الفرنسي: Chapus. R, op. cit, p 56.

(176) أ. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 474، أ. د. بكر القباني، المرجع السابق، ص 540، د. شريف يوسف حلمي خاطر، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 21.

عن القوانين واللوائح تتسم بهذه الصفة، وبالنتيجة فإن المركز القانوني للموظف ليس ذاتياً ناجماً عن عقد مبرم بينه وبين الإدارة⁽¹⁷⁷⁾.

وقد لاقت هذه النظرية التأييد والقبول ضمن الطروحات القانونية المعاصرة، فقد أصبح من المسلّم به أن مركز الموظف العام هو مركز تنظيمي، فمنذ سنة 1946 تعاقبت النصوص التشريعية في فرنسا والتي نصت صراحة على أن الموظف يكون إزاء الإدارة ضمن مركز قانوني وتنظيمي فقد نص قانون الموظفين الأساسي الفرنسي على ذلك في المادة الخامسة منه بوضوح وصراحة، وقد أكد القضاء الإداري هذا الموقف في مصر وسورية⁽¹⁷⁸⁾ أيضاً دون غموض أو لبس، بالرغم من عدم وجود نص صريح يبين هذا التكييف، كما هو الحال في فرنسا، وبذلك فقد قررت المحكمة الإدارية العليا - المصرية والسورية على حد سواء - في أكثر من مناسبة أن الرابطة الوظيفية، التي تربط الموظف العام بالإدارة رابطة تنظيمية، تحكمها القوانين واللوائح.

فقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1959/12/12: (...إن قرار التعيين وإن كان هو المنشئ للمركز القانوني- الوظيفي- وهو مركز تنظيمي عام لا مركز تعاقدية، وإن رضاء الموظف وإن كان لا ينهض ركناً على إنشاء المركز المذكور إلا أنه بطبيعة الحال، يلزم لتنفيذ القرار، فلا يلزم الموظف على قبول الوظيفة⁽¹⁷⁹⁾)

وبالمقابل فقد قررت نظيرتها السورية: (...إن الرابطة الوظيفية التي تربط الموظف العام بالإدارة رابطة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح...⁽¹⁸⁰⁾) وفي الحقيقة، إن للاعتراف بالطبيعة التنظيمية للعلاقة بين الموظف والإدارة عدة نتائج، يمكن إجمالها في ما يلي:

1- أن مركز الموظف العام ينتج من قواعد عامة مجردة قانونية أو تنظيمية، وليس من عقد مبرم بين الإدارة والموظف، وبالتالي فإن تسمية الموظف

(177) أ. د محمد عبد الحميد أبو زيد ، دوام سير المرفق العام، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، الطبعة الثانية، ص 93 وما بعدها، أ. د فؤاد العطار، القانون الإداري، ص 444، وما بعدها، د. طلعت حرب محفوظ، مبدأ المساواة في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، الهيئة العامة المصرية للكتاب، 1989، ص 49، وما بعدها، وفي الفقه الفرنسي:

Chapus. R, Droit administratif général, T2, Delta, Paris, 1995, ed. 8, p52 et.s. s. Auby. J. M. et Auby J. B, Droit de la fonction publique, Dalloz, Paris, 1997, p43.

(178) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للسنوات 2001-2002-2003-2004، ص 467.

(179) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الخامسة، الطعن رقم 709، ص 94.

(180) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام 1984، الطعن رقم 757، ص 569.

لا تعتبر عنصراً من اتفاق تعاقدي، وإنما قراراً إدارياً بكل ما يحمله ذلك من معنى قانوني⁽¹⁸¹⁾.

2- إنَّ المركز الناتج عن التشريع يجب أن يكون نفسه بالنسبة إلى كل الموظفين الذين يكونون من الصنف أو النوع نفسه، وبذلك فكل اتفاق مبرم بين الإدارة وأحد الموظفين لمنحه مركزاً خاصاً يعتبر باطلاً⁽¹⁸²⁾، وكذلك فإنه ليس بمقدور الإدارة أن تستثني أحداً من الموظفين العاملين من الأوضاع القانونية والتنظيمية بصكوك فردية.

3- عدم جواز تعديل التشريع الذي يحكم مركز الموظفين العاملين استناداً إلى اتفاق خاص يبرم بين الإدارة والموظف، نظراً لكون مركز الموظف مركز تنظيمي يستند مباشرة إلى القوانين واللوائح ولا يستند إلى عقد مع الإدارة، وعلى النقيض من ذلك، فإنَّ هذا التشريع يكون قابلاً للتعديل في أي وقت من جانب الإدارة، دون أن يكون للموظفين الحق بالاحتجاج بأي حقوق مكتسبة في مواجهة الإدارة⁽¹⁸³⁾.

4- اعتبار قضاء الوظيفة العامة قضاء موضوعياً، متمثلاً بقضاء المشروعية⁽¹⁸⁴⁾، وذلك على عكس المراكز الذاتية الناجمة عن العقود التي يكون قضاؤها قضاء شخصياً، مع ملاحظة أنَّ هذا القضاء يمكن أن يكون قضاءً شخصياً عند مطالبة الموظف بحق شخصي له، كالقضاء المتعلق بالمرتبات والمعاشات. وإن كان الأصل أن العلاقة بين الموظف والإدارة هي علاقة تنظيمية، إلا أنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى الطريق التعاقدي على سبيل الاستثناء في بعض الحالات، وخصوصاً بالنسبة لبعض الوظائف ذات الطابع الخاص⁽¹⁸⁵⁾، وهو ما يطلق عليه في التشريعات الحديثة بعقود التوظيف.

(181) Auby. J. M et Auby. J. B. op. cit, p477.

أ. د سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 467.

(182) C. E, 25/10/1929, Portebois, D, 1929, 111, 57, note, Bienvenue.

C. E, 19/12/1946, Henry, Rec. P411.

(183) C. E, 19/12/1980, Denis, Rec. p47.

وراجع في الفقه:

Auby. J. M et Auby. J. B, op. cit, p47.

مع ملاحظة اشتراط أن يكون التعديل بإجراء عام، بناء على تعديل في قوانين التوظيف، أما المساس بمركز الموظف عن طريق قرار فردي يؤدي إلى إنقاص مزاياه المادية أو الأدبية، فلا يكون إلا بإجراء تأديبي. راجع: - أ. د. سليمان الطماوي، الوجيز، المرجع السابق، ص 475.

(184) أ. د. بكر القباني، المرجع السابق، ص 542، أ. د محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 366، د. حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 716.

(185) راجع المادة /14/ من قانون العاملين المصري رقم /47/ لسنة 1878

ثانياً- إمكانية تصور وجود رابطة تعاقدية في مجال الوظيفة العامة:

تقوم الإدارة بإبرام العقود على سبيل الاستثناء في مجال الوظيفة العامة، بالنسبة لبعض الوظائف ذات الطابع الخاص، وفقاً لما يسمّى بعقد الوظيفة العامة.

1- موقف القضاء الفرنسي:

قرّر مجلس الدولة الفرنسي أنّ الموظفين المتعاقدين والموظفين المعيّنين لا يوجدون في مركز قانوني واحد⁽¹⁸⁶⁾ إلا أنّ مركز الموظفين المتعاقدين ليس تعاقدياً صرفاً، بل تعاقدية بشكل جزئي، فالمسافة التي تفصل بين الموظفين المتعاقدين والموظفين المعيّنين قليلة جداً⁽¹⁸⁷⁾.

فالموظفون المتعاقدون يخضعون إلى حد كبير للقوانين واللوائح التي تحكم نظرائهم المعيّنين، والتي تقبل التعديل في أي لحظة، وقد استقر الاجتهاد الفرنسي على أنّ السلطة الإدارية المختصة يمكنها تحديد وتعديل الأحكام التنظيمية التي تحكم المراكز القانونية لموظفي المرافق العامة، بحرية كاملة حتى بالنسبة للمتعاقدين منهم، وخاصة تلك الأحكام المتعلقة بأجورهم ومراتبهم، وذلك ضمن

القواعد القانونية المقررة لمصلحة المرفق⁽¹⁸⁸⁾. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي، أنّ قرار إبرام عقد التوظيف يتماثل تماماً مع قرار التعيين من حيث كونه منتجاً للحقوق، وهو لا يمكن أن يسحب إلا ضمن ذات الشروط التي يسحب فيها قرار التعيين⁽¹⁸⁹⁾. ولعل المركز التعاقدية الجزئي للموظفين المتعاقدين يتضح بصورة جلية إذا علمنا بإمكانية قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ عقود التوظيف، على الرغم من أنّ القاعدة العامة هي عدم قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري إلا بشكل جزئي ومحدود.

2- موقف المشرع السوري:

أجاز القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم 50 لسنة 2004 التعاقد مع الخبراء، والاختصاصيين المهنيين⁽¹⁹⁰⁾، ولا يعتبر هذا التعاقد تعييناً، لأنّ العقد يجري على أعمال مؤقتة ضمن الجهة العامة المتعاقدة، وليس من الجائز أصلاً أن ينصب على إشغال وظائف دائمة ضمن ملاك الجهة العامة صاحبة العلاقة، وقد أوضحت الفقرة أ من المادة 148 من القانون الأساسي للعاملين 50 لسنة 2004

(186) C. E. 1111/1980, Delaunay, Rec, p772.

(187) Chapus. R, Droit Administratif, T1, op. cit. P57.

(188) Puisoye. J, Situation juridique des agents des services publics, A. J. D. A, 1960, p170

مذكور لدى، د. مهذ نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 66.

p 923, C.E, 1110/1986, La pierre, A.J.D.A, 1984, p 284. 189 C. E, 2/4/1971, Tlatli, Rec,

(190) أ. د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 135.

على أنه "لا يجوز أن يجري الاستخدام المؤقت، أو التعاقد على الوظائف المعرفة بمقتضى المادة الأولى من هذا القانون".

وعلى كل حال، يشترط تصديق هذه العقود المبرمة مع الاختصاصيين والخبراء المهنيين من قبل الجهة المختصة حتى تكون نافذة.

حيث تنص الفقرة ج من المادة (147) من قانون العاملين الأساسي رقم (50) لسنة 2004 على ما يلي: "...يتم تصديق العقود الجارية وفق أحكام هذه المادة كما يلي:

- 1- بمرسوم: في حال كان الأجر الشهري المقطوع أو التعاقد عليه الحد الأقصى أو يزيد عنه لأجر الفئة الأولى من جداول الأجور الملحقة بهذا القانون.
- 2- بقرار من الوزير المختص: في حال كان الأجر الشهري المقطوع التعاقد عليه أقل من الحد المشار إليه في البند السابق، وتحدد مدة العقد وفقاً لاتفاق الطرفين⁽¹⁹¹⁾.

وفي كل الأحوال، لا يمكن أن ينقلب الاستخدام المؤقت الناجم عن العقد إلى استخدام دائم، مهما تم تحديده، أو تجديده⁽¹⁹²⁾.

الفرع الثاني- الاستبعاد غير المباشر:

إن تقييد الحرية التعاقدية المستنتج من نصوص قانونية معينة يمكن أن يكون ناجماً إما من خلال اشتراط القانون تدخل الإدارة عن طريق القرار، أو من خلال تدخل المشرع ليفرض على أطراف العقد الإداري إدراج شروط معينة ضمن عقدهم، أو حظر إدراج شروط أخرى فقد يوجد نص قانوني معين يشترط على الإدارة التدخل في مجال محدد عن طريق قرار أحادي الجانب دون أن ينفي بوضوح إمكانية التدخل عن طريق العقد إلا أنه يستنتج ضمناً أنه يحظر على الإدارة إبرام عقود في ذلك المجال⁽¹⁹³⁾ بذلك فإنه يحظر على الإدارة إبرام عقود عندما تحتم عليها النصوص القانونية التدخل عن طريق القرار التنظيمي وقد شرحنا ذلك موسعاً في موضعه من هذه الرسالة كما في قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي قرر فيه أن العقد الذي كان محلّه أداء خدمة الوقاية من التلوث يعد غير مشروع كون القانون قد أوجب على الإدارة التدخل في نطاق هذا المرفق على أساس قرارات فردية أو تنظيمية⁽¹⁹⁴⁾ وكذلك في حال نص القانون على وجوب وضع مرفق معين تحت الإدارة المباشرة مما يمنع ضمناً نقل إدارته للغير عن

(191) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 2-32 في الطعن 282 لسنة 1994-مجموعة أحكام المحكمة لسنة 1994، م 131 ص 438.

(192) الفقرتان ب و ج من المادة 148 من قانون العاملين الأساسي رقم 50 لسنة 2004م.

(193) Laubadère-Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, op. cit, p52, Richer. L, Les contrats administratifs, op. cit, p46.

(194) C. E, 8-3-1985, Association (les amis de la terre, precite).

طريق التفويض التعاقدية وبذلك فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي ببطلاق عقد عهدت الإدارة بموجبه مرفق الوقاية من الأمراض الطفيلية إلى شركة خاصة⁽¹⁹⁵⁾. وكذلك فإن السلطة العامة لا يمكنها أن تتخلى تعاقدياً عن امتيازاتها وسلطاتها في التحديد الانفرادي للدومين العام كون هذا التحديد لا يمكن أن يتم إلا عن طريق قرار أحادي الجانب⁽¹⁹⁶⁾.

وبالمقابل يلاحظ أن المشرع يتدخل ليفرض على أطراف العقد الإداري إدراج شروط معينة ضمن عقودهم أو يحظر عليهم إدراج شروط أخرى، وبذلك فإن تدخل المشرع يكون إما باسئراط هذا الأخير على الإدارة ومتعاقداتها إدراج شروط معينة في عقودها كشرط الثمن في عقود الشراء العام وشرط المدة في عقود التفويض، أو من خلال حظر القانون على أطراف الرابطة التعاقدية الإدارية تضمين عقودهم شروطاً معينة كشرط التحكيم. وسوف نقوم بدراسة هذه الأمثلة وفق الآتي:

أولاً- اشتراط القانون إدراج شروط معينة في العقد الإداري:

قد يفرض القانون على الإدارة ومتعاقداتها إدراج شروط معينة في عقودها، وخير مثال على ذلك، الشرط المتعلق بالثمن في عقود الشراء العام، وبالمقابل فقد يحظر القانون على أطراف الرابطة التعاقدية أن يضمّنوا عقودهم شروطاً معينة، وبالتالي فإنه يقيد حريتهم التعاقدية بالنسبة لهذه الشروط، فلا يجوز مثلاً أن يتضمّن العقد شرطاً تحكيمياً، وذلك لأنّ الأشخاص العامة يجب أن تكون مثلاً يحتذى للنّفاة بعدالة الدولة، وسنوضح هذين المثالين بشيء من التفصيل وفق ما يلي:

1- شرط الثمن في عقود الشراء العام:

عقود الشراء العام هي تلك العقود التي يكون محلها الشراء العام أي تقديم أداءات معينة مقابل ثمن تدفعه الإدارة وتسمى في هذه العملية بالمشتري العام⁽¹⁹⁷⁾. يحصل المتعاقد في هذه العقود على مقابل نقدي، وإن كان هذا الأخير يعتبر معاوناً للإدارة في تسيير المرفق العام؛ إلا أن هدفه الأول من الدخول مع الإدارة في رابطة عقدية يتجلى في سعيه لتحقيق الربح، الأمر الذي يجعل حصوله على المقابل النقدي، أو ثمن ما قام به من أشغال من أهم حقوقه⁽¹⁹⁸⁾.

(195) C. E, 17-3-1989, Des Psgchiatres Francais, Rec, p95.

(196) ويلاحظ أنّ الدومين العام نفسه غير قابل للتصرف بنص القانون وبالتالي فإنه لا يمكن للإدارة أن تبرم عقود بيع متعلقة به أو عقود إيجار، راجع المادة: ل/250/ من قانون الأملاك العامة في فرنسا، ولكن إذا أراد الشخص العام أن يتصرف بالمال العام وجب عليه أن يغير صفته العامة ويحوّله إلى مال خاص، راجع: - أ.د إبراهيم عبد العزيز شيخا، المرجع السابق، ص 520 وما بعدها.

(197) عقود الشراء العام في فرنسا هي صنف من أصناف العقود الإدارية، وتشمل عقود الأشغال العامة والتوريد والخدمات والدراسات.

(198) أ.د محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 214.

ويلاحظ أن القانون يرتب بطلان الرابطة التعاقدية في حال تخلف الشرط المتعلق بالثمن في هذا النمط من العقود الإدارية⁽¹⁹⁹⁾، إضافة لاشتراطه أن يكون هذا الثمن نهائياً، مع ملاحظة أن القانون في فرنسا يحظر اقتران الثمن بالدفع المؤجل، مما يفيد من الحرية التعاقدية للأطراف في هذا النطاق⁽²⁰⁰⁾.

ولقد قام المشرع الفرنسي بتخصيص المواد 17/ وما يليها من تقنين عقود الشراء العام لدراسة شرط الثمن والذي يوافق من الناحية النقدية القيمة المحددة للأعمال القانونية التي تشكل غاية العقد، ويشكل السعر بنداً جوهرياً في عقد الشراء العام، ويترتب على غيابه بطلان العقد. وتقر المادة 12/ من تقنين عقود الشراء العام أنه: "يجب على المشتريات العامة أن تشمل بشكل إجباري سعر تحديدها وصيغه إضافة إلى شروط تنظيمها والمحاسبة العامة" وتلتزم الإدارة بدفع السعر المذكور في العقد حسب الصيغ المذكورة آنفاً، ويطرح السعر في عقود الشراء العام ثلاث تساؤلات مرتبطة بدايةً بمختلف أنماط السعر، ثم محتوى السعر، وأخيراً تعديل السعر.

أ- أنماط السعر:

■ السعر القطعي والسعر المؤقت:

تبرم عقود الشراء العام - من حيث المبدأ - بسعر قطعي كما تشير المادة 1/18 من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي، ويعد اللجوء إلى الأسعار المؤقتة أمراً استثنائياً بالرغم من أنه يبدو أن تقنين عقود الشراء العام الصادر عام 2006/ قد فتح المجال أمام هذه الإمكانية، إلا أنه لا يجوز المساس بالثمن القطعي للمشتريات العامة، ولا يحق للأطراف تعديله إلا بغرض تصحيح الأخطاء المادية⁽²⁰¹⁾.

وقد بقي اللجوء إلى عقود الشراء ذات الأسعار المؤقتة محدداً بشكل صارم من خلال نص المادة 19/ من تقنين عقود الشراء العام، ولا يمكن اللجوء إليها إلا في الفرضيات التي يبدو من الضروري فيها تنفيذ العقود، حتى وإن كانت جميع الوسائل التي تسمح بتحديد السعر المبدئي غير معروفة، فالسعر المؤقت يشكل الأساس الذي تتم من خلاله التعبئة المصرفية للمشتريات وتسديد الحساب. ويمكننا تحديد الحالات التي يجوز فيها إبرام عقد الشراء العام ذي الأسعار المؤقتة فيما يلي:

عندما يتوجب البدء بتنفيذ العقد ولا يكون بالإمكان تحديد السعر المبدئي القطعي، وذلك بالنسبة للأعمال القانونية المعقدة أو استخدام تقنية جديدة تحمل صفة مستعجلة أو احتمالات تقنية مهمة.

(199) أ. محمد سعين أمين، المرجع نفسه، ص 59.

(200) د. مهدي نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 69.

(201) Stephan Braconnier, *Precis du Droit des marchés public*, édition 2, 2007, p396.

يمكن اللجوء إلى عقود الشراء ذات الأسعار المؤقتة عندما لا تعرف نتائج تحقيق تكلفة العائد المالي القائم على أعمال قانونية مماثلة مطلوبة من صاحب الحق في عقود سابقة.

في حال توجب تحديد أسعار الأجزاء الأخيرة من عقد ذو أجزاء شرطية على ضوء النتائج غير المعروفة بعد وتحقيق تكلفة العائد المالي القائم على الأجزاء الأولى المبرمة بسعر قطعي.

كما يمكن ذلك أيضاً عندما تكون الأسعار القطعية المماثلة محلاً لعقود سابقة أعيد النظر فيها من الشخص المسؤول عن الشراء، مع التحفظ على أن هذا الشخص لا يقر العناصر التقنية أو الحسابية التي تسمح له بالمفاوضة على أسعار قطعية جديدة⁽²⁰²⁾.

وقد تناولت هذه الفرضية المادة 9/ من المرسوم رقم 2004-16 الصادر في 7/ كانون الثاني/ 2004، وتتعلق ببعض عقود الشراء السابقة التي تم التفاوض فيها في مجال الدفاع الوطني، على الأقل من قبل الطرف الذي يواجهه صاحب الحق كمتعهد ثانوي، في هذه الحالة، يمكن للإدارة المتعاقدة أن تدخل إلى دفتر الشروط فروضاً على المتعهدين الثانويين بهدف الوضع موضع المنافسة، والتحقق من صيغ اختيارهم من قبل صاحب الحق في الشراء.

وعندما يتعلق الأمر بعقود شراء إدارة العمل، فإنها تحرر بأسعار مؤقتة، لكن ضمن شروط مذكورة في المرسوم رقم 93-1268 الصادر في 29/ تشرين الثاني/ 1993 (تقنين عقود الشراء العام، المادة 19- فقرة 3).

تحتوي العقود المبرمة بأسعار مؤقتة بصورة إلزامية بعض البنود التي ذكرتها المادة 19/ من تقنين عقود الشراء العام وهي الشروط التي يحدد فيها السعر القطعي عند الاقتضاء ضمن حدود سقف معين، والاستحقاق الذي يجب أن يتدخل به ملحق العقد لتحديد السعر القطعي، والقواعد الحسابية التي يجب أن يتلاءم صاحب الحق في العقد معها والتحقق من الأجزاء وعلى الأرض الذي تحتفظ به الإدارة حول العناصر التقنية والحسابية لسعر العائدات.

يأتي الملحق ليحدد السعر القطعي مع الاستحقاق الذي يذكره العقد، فإن لم يوجد، وحده السعر المؤقت الذي يمكن أخذه بالحسبان، ويمكن للإدارة عند الاقتضاء أن تتصرف إن بدا لها أن هذا التقصير محسوم وذلك بتعويض الشركة عن نتائج الضرر الذي ينتج عنه بالنسبة لها.

■ الثمن الموحد والثمن الجزافي:

تشير الفقرة الأولى من المادة 17/ من تقنين عقود الشراء العام إلى أن الأسعار في الأعمال القانونية محل العقد يجب أن تكون إما أسعاراً موحدة مطبقة

(202) Stéphan Braconnier, op. cit, p399.

على كميات منفذة ومسلّمة حقيقةً، أو أسعاراً جزافية مطبقة على العقد كله أو على جزء منه أياً كانت الكمية.

يكون الثمن موحّداً عندما يطبق على الكميات المسلّمة حقيقةً، ونرى ذلك بشكل أساسي في عقود التموين العادية، وبصورة أكثر ندرة، في بعض عقود مصلحة الطرق القائمة على أعمال معمرة منفذة في عدة أماكن، حيث يساوي المبلغ المتوجب على الشركة في هذه الحالة السعر الموحّد الناتج عن تسليم كميات متعددة فعلياً، ولا يمكن لسعر التنظيم المتناسب طرداً مع الكميات المنفذة أو المسلّمة أن يحدد إلا في نهاية تسليم المشتريات.

من جهته، ينتج السعر الجزافي من حيث أنه يتم تحديد سعر الأعمال القانونية بحد ذاتها في العقد، بعبارة أخرى، لا يمكن المساس بالسعر ولا يتغير حسب الكميات المنفذة والمسلّمة.

من المهم أن يحدد العقد إن كان السعر الجزافي يطبق على كل المشتريات أو على جزء منها، وفي الواقع يمكن أن يحوي العقد في الوقت نفسه أسعاراً موحّدة وأسعاراً جزافية، كما يمكن أيضاً، خلال تنفيذ العقد تحويل السعر الموحّد إلى سعر جزافي من خلال ملحق العقد، وعندما يقوم السعر الجزافي على مجمل العقد، فيكون السعر هنا جزافياً إجمالياً⁽²⁰³⁾.

ب- محتوى السعر:

يشمل السعر في العقد كل الأعباء المرتبطة بتنفيذ أعماله القانونية من قبل المتعاقد: كنفقات الأعمال الأولية، والضرائب والرسوم ونفقات العمال.. إلخ، وقد ذكرت النفقات والأعباء في السعر بشكل دلالي في المواد المختلفة لتقنين عقود الشراء العام، إذ تحدد الفقرة الثانية من المادة 17/ أنه. "يمكن إدراج بنود مالية مخصصة في عقود الشراء العام من أجل غايات تحسين مهل التنفيذ والبحث عن النوعية الأفضل للأعمال القانونية، وتقليص تكاليف الإنتاج"، وبصورة عامة، تكون عبارة عن مكافأة انتفاع في حال إتمام الأعمال في الموعد المحدد، ومنذ الأول من كانون الثاني عام 2002 فإن الأسعار في العقود العامة تحدد باليورو بصورة إلزامية.

كما يشمل السعر أيضاً جميع الرسوم المتضمنة، وعندما تخضع الشركة للرسوم ذات القيمة المضافة، فإن هذه الأخيرة يجب أن تظهر بوضوح في كشف الحساب أو الوثيقة الموجودة في الأشكال المذكورة في التشريع الضريبي، وعندما لا يحدد المبلغ أو الرسوم ذات القيمة المضافة، يذكر أنّ السعر يشمل الرسوم ذات القيمة المضافة، كما يجب أخذ سعر تنظيم المشتريات بالحسبان إضافة للتغيرات المحتملة للرسوم أو أساس الرسوم ذات القيمة المضافة في الأعمال القانونية التي

(203) Stephan Braconnier, Droit des marches public, op. cite, p401.

هي محل العقد، فإن لم يذكر ذلك في العقد، توجب إبرام ملحق للعقد لإدخال هذا التغيير⁽²⁰⁴⁾.

ت- تعديل السعر:

فيما عدا الحالات التي يسمح فيها تقنين عقود الشراء العام باللجوء إلى عقد الشراء ذي السعر المؤقت، فإن السعر في عقود الشراء العام قطعي من حيث المبدأ، وبالرغم من هذه الصفة إلا أنه يمكن تعديله وفق شروط متغيرة بحسب الصيغة المختارة، ويمكن إبرام عقود الشراء في الواقع إما بسعر ثابت، أو بسعر قابل للمراجعة.

■ السعر الثابت:

إن السعر النهائي لعقد الشراء العام المبرم بسعر ثابت غير قابل للمساس به من حيث المبدأ، فلا يمكن تغيير السعر الثابت نظراً للتغيرات الاقتصادية والمالية المحتملة التي تحيط بالعقد، ويتم اختيار هذه الصفة للسعر في حالتين: أولهما عندما لا تكون هناك خشية من تغييرات مفاجئة وغير متوقعة للسعر، وهذا ما يشير إليه التعميم الصادر في 25/كانون الثاني/2005 والمرتبط بالأخذ بالحسبان لتطور الزيادة في تحديد الأسعار في عقود الشراء العام للمباني والهندسة المدنية، وثانيهما عندما يكون إبرام السعر الثابت محفوظاً في العقود ذات المدة القصيرة، والتي تستخدم مواد يمكن اعتبار سعرها مستقراً نوعاً ما بصورة عقلانية على أمد طويل نسبياً، ومن هنا تحدد الفقرة الثانية من المادة 18/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الجديدة أنه يبرم العقد بسعر ثابت شريطة ألا تكون صيغة هذا السعر ذات طبيعة تعرض أطراف العقد إلى مخاطر عظمى بسبب تطور للشروط الاقتصادية خلال فترة تنفيذ الأعمال القانونية.

لذلك يبقى السعر الثابت قابلاً للتمديد ضمن شروط معينة، حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 18/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي على ضرورة تجديد السعر في حال انقضت مهلة ثلاثة أشهر بين تاريخ إنشاء السعر المبدئي المذكور في العقد، وتاريخ البدء بتنفيذ الأعمال القانونية، ويكون هذا التمديد ضمن الشروط الاقتصادية الموافقة لتاريخ يسبق بمدة ثلاثة أشهر التاريخ الفعلي للبدء بتنفيذ الأعمال القانونية، وكل ذلك يتوجب أن يكون مذكوراً في عقد الشراء العام بالإضافة إلى صيغ التجديد، أما بالنسبة لعقود الشراء في الظروف العادية فإن السعر فيها يبقى ثابتاً طيلة فترة تنفيذ العقد⁽²⁰⁵⁾.

■ السعر القابل للمراجعة:

يهدف السعر القابل للمراجعة إلى تغيير السعر الأولي الموضوع عند إبرام العقد، وذلك مراعاة للتغيرات الاقتصادية التي تحدث في أثناء تنفيذ العقد.

(204) Stephan Braconnier, Droit des marchés publics, op. cite, p 400.

(205) Stephan Braconnier, op. cite, p 401.

يمكن تصنيف هذه المراجعة في ثلاثة أنماط:

أ- التدخل التشريعي لتعديل الثمن: وهذا ما أشار إليه تقنين عقود الشراء العام الصادر عام 2004/ بتسمية "العقود ذات السعر القابل للضبط"، ويمكن أن يلعب هذا التدخل التشريعي دوراً في رفع السعر أو خفضه، ويفترض بالسعر التعاقد المعرف تغطية كافة النفقات المرتبطة بتنفيذ العقد، ويشمل كل الأعمال الإضافية التي يثبت أنها ضرورية للتنفيذ الأمثل للعقد.

وتحدد المادة (17) أنه في حال العقد ذي السعر الجزافي، فإن السعر يطبق على كل مجمل العقد، أو على جزء منه أي كانت الكميات المنفذة أو المسلمة.

ب- استحقاق المتعاقد لثمن إضافي نظير أعمال لم يتناولها العقد:

ولقد أقر القضاء حق المتعاقد في زيادة الثمن نتيجة الأعمال الإضافية في حال كانت الأعمال الإضافية ضرورية لمصلحة الإدارة، أو تعود بالنفع على جهة الإدارة، وفي حال اعتبرت الأعمال الإضافية ضرورية وناجمة عن عجز أو تقصير المتعاقد، فلا يحق لهذا الأخير المطالبة بالتعويض.

ت- بموجب وثائق مستقلة (ملاحق) تلحق بالعقد الأصلي: ويتم إبرامها من جهة الإدارة، وفي هذه الحالة لا يمكن تعديل صيغة مراجعة السعر المذكورة في العقد خلال فترة تنفيذه⁽²⁰⁶⁾.

2- شرط المدة في عقود تفويض المرافق العامة:

عقود تفويض المرافق العامة هي تلك العقود التي يكون محلها إسناد إدارة وتسيير مرفق عام، واستغلاله من جانب الإدارة (باعتبارها مفوضاً) إلى شخص آخر من أشخاص القانون الخاص أو العام (باعتباره مفوضاً إليه) مقابل إتاحة إجبيها هذا الأخير من المنتفعين من خدمات المرفق محل التفويض⁽²⁰⁷⁾.

سابقاً كان الاتجاه التقليدي يقوم على أن تكون مدة عقود التفويض، لاسيما عقد الامتياز، لفترات طويلة تصل في بعض الأحيان إلى 50 أو 99 عاماً دون وجود أية قيود على سلطة الجهة الإدارية بهذا الصدد، إلا أن التشريعات الحديثة التي صدرت في فرنسا والدول العربية قد تدخلت للحد من فعالية إرادات الأطراف في عقود تفويض المرافق العامة، وذلك من خلال القيود التي أوردتها على شرط المدة في هذه العقود الأخيرة والتي لا يجوز الاتفاق على خلافها، ففي فرنسا ألزم القانون رقم 93-122 تاريخ 1993/1/29 والمعروف بتسمية قانون *Spain* الإدارة أن يتضمن عقد التفويض تحديداً لمدة تنفيذه.

وسنقوم بتحديد موقف كل من المشرع الفرنسي والمصري من هذا الشرط وفق ما يلي:

(206) راجع الفقرة الثانية من المادة / 94/ من تقنين عقود الشراء العام المطبق في فرنسا.

(207) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 480.

أ- في القانون الفرنسي:

نص القانون الفرنسي صراحةً أنه لا يمكن للإدارة ومتعاقداتها الخروج عن حدود المدة المحددة صراحةً لسريان عقود التفويض في حال حدد القانون نطاقاً زمنياً لسريان هذه العقود من خلال قانون 1993/1/29 حيث اتخذ المشرع الفرنسي معياراً لذلك وهو طبيعة الأداءات المطلوبة من المفوض إليه، وفي حال كون إنشاءات المرفق محل التفويض على عاتق المفوض إليه (كما في عقود الالتزام) فإن مدة العقد تحدد عندئذ مع الأخذ بالحسبان طبيعة الاستثمارات التي يتطلبها العقد وقيمتها، ولكن في جميع الأحوال لا يمكن للمدة في هذه الحالة أن تتجاوز المدة الطبيعية لاستهلاك الإنشاءات التي قدمها المفوض لأجل استثمار وتشغيل المرفق (208).

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي عندما نظر في الحكم الذي جاءت به المادة (40) والمتعلق بمدة التفويض، قرر بأن المشرع حين حدد مدة التفويض لم يخالف مبدأ الإرادة الحرة للجماعات المحلية والمقرر بموجب المادة (72) من الدستور الفرنسي لأنه ترك لهذه الجماعات هامشاً كافياً من التقدير والذي تجسد في كثرة أساليب استهلاك إنشاءات المرفق (209).

إلا أن قانون 1995/2/2 كان صارماً أكثر من ذلك في تحديد مدة تفويض بعض المرافق البيئية، فقد حدد مدة عقد التفويض في نطاق مرافق الماء الصالح للشرب وتطهير المياه، ومرافق النفايات بما لا يتجاوز عشرين عاماً.

ب- في القانون المصري:

توصل المشرع المصري منذ زمن بعيد إلى أنه لم يعد من المقبول أن تمنح الالتزامات لمدة تناهز قرناً من الزمان، وقد نص على ذلك القانون رقم 129/ لسنة 1947 في المادة الأولى منه والتي قررت أنه: "لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين عاماً، بل قرر أن تسري هذه المدة على الالتزامات السابقة والباقي من مدد الالتزامات القديمة أيضاً، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاماً وذلك كله نظراً لكون هذه المادة تكفل للملتزم الانتفاع بالالتزام مدة كافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاءات" (210).

(208) المادة 40/ من قانون 1993/1/29 وبموجبها فإن المدة تكون قابلة للامتداد على أن يعرض الأمر أولاً على المسؤول عن الخزانة العامة بناء على طلب من السلطة المفوضة، وفي هذه الحالة يقوم هذا الأخير بدراسة وفحص مبررات هذا التجاوز، وبعد أن ينتهي من ذلك يقوم بإرسال ملاحظاته بهذا الشأن إلى سلطة التقرير المختصة لتطلع عليها وتتخذ بشأنها القرار المناسب. راجع:

Maugue. Ch, Les variations de liberte contractuelle, op.cit, p697.

(209) C. c, N 92-310, D. C, du, 20-1-1993, R. F. D. A, 1993, p902, note, Pouyaud.

(210) أ.د محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، ص 137.

غير أن المشرع المصري الذي قرر هذا الموقف في منتصف القرن العشرين قد عاد في آخره ليقرر حكماً كان سائداً في القرن التاسع عشر حيث تضمنت القوانين الخاصة بإنشاء وإدارة واستغلال المطارات (قانون 1997/3) والطرق (قانون 1996/229) ومحطات الكهرباء (قانون 1996/100) مجتمعة حكماً مشتركاً مفاده أن مدة الالتزام يجب أن "لا تزيد عن تسع وتسعين عاماً" وإن كانت التطبيقات الأولى لهذه القوانين قد أظهرت أن عقود الالتزامات التي أبرمت كانت لمدة أقل ولكنها لا تخلو من طول، وذلك لأن عقد التزام مطار مرسى علم قد أبرم لمدة أربعين سنة بما فيها الإنشاءات⁽²¹¹⁾.

وبالمقابل إذا كانت طبيعة عقود الامتياز تفرض منح عقد الامتياز لمدة طويلة نسبياً بما يتيح للملتزم تعويض ما صرفه في إدارة واستغلال المرفق بتحقيق الأرباح، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن للإدارة الحق في إعفاء الملتزم من مهمته لتحل محله في تسيير المرفق العام بطريقة التسيير المباشر، حيث يمكن وضع نهاية لعقد الامتياز عن طريق الاسترداد قبل نهاية مدته، والذي يفرض من السلطة مانحة الامتياز بشكل انفرادي، وحسب الفقيه *Laubadère* فإن الإدارة يحق لها وضع حد للامتياز قبل نهاية أجله إذا ما أرادت إلغاء المرفق في حال رأت أنه أصبح دون فائدة، أو إن أرادت تسييره بالاستغلال المباشر، ولعل صفة الأمر في ذلك هي أن شرط المدة ولو كان مزية تخص الملتزم، إلا أنها في ذات الوقت تهم فكرة تنظيم المرفق العام، أي أنه إن كان شرطاً تعاقدياً، إلا أنه يفقد صفة الثبات عندما يصل الأمر إلى ضرورة تنظيم المرفق العام⁽²¹²⁾.

ثانياً- حظر القانون إدراج شروط معينة في العقد الإداري:

يفضل المتعاقدون أحياناً إخضاع دعواهم للتحكيم من أجل السرعة والفعالية وذلك بالتزاماتهم وفقاً لقانون الأحوال المدنية، وباعتبار القرار التحكيمي إجباري يتحفظ كي يكون نافذاً بصيغة تنفيذية يقرها القاضي يثور التساؤل حول مدى إمكانية التجاء الإدارة إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتولدة عن العقد المبرم بينها وبين المتعاقد، وفيما يتعلق بالعقود الإدارية يمكننا التساؤل هل يمكن لطرفي العقد الالتجاء إلى اتفاق التحكيم أو تضمين عقودهم شرطاً لتسوية منازعاتهم المتعلقة بالعقد المبرم بين طرفي العقد؟

يمكننا الإجابة من خلال استعراض ماهية التحكيم، ثم بيان موقف كلٍ من القضاة الفرنسي والعربي وفق التالي:

(211) أ. د محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، ص 38.
(212) C. E, 11/1/1895, Chemin de fer d'orleans, rec, p31.

1- ماهية التحكيم:

غالباً ما يقوم أطراف النزاع في النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد، وبالأخص سلطة التعديل وما يتعلّق بها من نزاعات حول السعر أو الزيادات في الأشغال أمام المحاكم باعتبارها الجهات القضائية المؤهلة للفصل في منازعات الأفراد.

ومع هذا يمكن للخصوم اللجوء إلى التحكيم كطريقة ودية لتسوية النزاع في حقوق لهم مطلق التصرف فيها، وفي هذه الحالة عليهم طرح النزاع بشأن تنفيذ العقد على محكمين لهم السمعة والنزاهة والمؤهلات الفنية، وسنقوم بالتطرق إلى تعريف التحكيم في الفقه والتشريع، ثم تحديد صورته وفق ما يلي:

أ- تعريف التحكيم:

■ التعريف التشريعي:

عرّف القانون الفرنسي التحكيم في قانون المرافعات في المادة (1442) بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم"

وجاء في المادة (1447) من القانون ذاته بأنّ التحكيم "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر"

■ التعريف الفقهي:

عرّف بعض الفقهاء التحكيم بأنه: (اتفاق على طرح نزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة)⁽²¹³⁾.

كما عرّفه آخرون بأنه: (الاتفاق الذي تكون بموجبه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً تلجأ بموجبه الإدارة إلى حل منازعاتها ذات الطابع الإداري الحالية أو المستقبلية من اختصاص قضائها أو قانونها الإداريين إلى محكم أو هيئة تحكيمية لحل النزاع بحكم نهائي مبرم)⁽²¹⁴⁾.

ومن خلال هذه التعاريف يمكننا تعريف التحكيم بأنه: اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على فض النزاع الذي ثار بينهم، أو الذي يمكن أن يثور عن طريق آخر غير القضاء من قبل محكمين أو هيئة تحكيمية يختارها الطرفان.

(213) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 12.

(214) د. ماجد راغب الحلّو، العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 2000، ص 161.

ب- صور التحكيم:

يشمل التحكيم صورتين هما:

■ اتفاق التحكيم: أي الاتفاق الذي يبرمه الأفراد، فضلاً عن العقد الأصلي من أجل اللجوء إلى التحكيم في صدد نزاع نشب فعلاً بينهما⁽²¹⁵⁾.

■ شرط التحكيم: وهو النص الوارد ضمن نصوص العقد الإداري، والذي يقرر اللجوء إلى آلية التحكيم كآلية لتسوية النزاع القائمة حول العقد أو تنفيذه⁽²¹⁶⁾.

2- مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض منازعات العقود الإدارية:

سوف نقوم بدراسة مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم أو عدم مشروعيته في كل من الدول فرنسة، مصر، سورية، وفق التالي:

أ- التحكيم الإداري بين الحظر والإباحة في فرنسا:

■ الحظر:

الأصل في العقود الإدارية الفرنسية حظر الالتجاء إلى التحكيم⁽²¹⁷⁾، نظراً لكونه لا يعني الضمانات التي يخولها القضاء للمتعاقدين، إلا أنه يغدو ممكناً في حال وجود نص يسمح به⁽²¹⁸⁾.

أي أنّ المبدأ في فرنسا يقضي بحظر اللجوء إلى التحكيم في مادة العقود الإدارية سواء في شكل اتفاق التحكيم أم شرط التحكيم إلا ما استثنى بنص خاص وفي الحدود أو الشكل الذي يحدده القانون⁽²¹⁹⁾. وتاريخ هذا الحظر يعود إلى نص المادتين (1004، 83) من قانون المرافعات الفرنسي القديم، واللتين حظرتا التحكيم في المنازعات التي تتصل بالدولة، أو بالأشخاص العامة، فالمادة (1004) لا تجيز التحكيم في أي أمر يقتضى فيه تبليغ النيابة العامة، والتي رتب على مخالفتها بطلان

(215) عرّفت المادة / 1010 / من قانون الإجراءات الفرنسي اتفاق التحكيم بأنه: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم"

(216) عرّفت المادة / 1007 / من قانون الإجراءات الفرنسي شرط التحكيم: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"

(217) AUBY (J. M): *larbitrage en matiere admin*, Aet. jur, 1995, I, p81.

(218) قانون 1946/4/8 المتعلق بمرافق الكهرباء والغاز والذي عهد إلى المجلس الأعلى للطاقة بوظيفة التحكيم، وكذلك قانون 1928/3/2 والذي أجاز التحكيم في العقود المتعلقة بالأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة، والمرسوم الصادر بتاريخ 1940/5/27 قد أجاز التحكيم في منازعات الطرق.

(219) راجع: - نص المادة/1442/ من قانون الأحوال المدنية الفرنسي والتي عرفت البند التحكيمي: بأنه الاتفاق الذي يلتزم من خلاله أطراف العقد بإخضاع دعواهم التي يمكن أن تنشأ عنه للتحكيم.

- المادة /1447/ والتي عرفت التحكيم: بأنه الاتفاق الذي يخضع من خلاله أطراف دعوى ناشئة لتحكيم شخص أو عدة أشخاص.

الاتفاق أو الشرط التحكيمي بطلاناً مطلقاً، فمسلك مجلس الدولة الفرنسي قد تطلّب نصاً صريحاً من القانون يجيز لأشخاص القانون العام الالتجاء إلى التحكيم في منازعات عقودها الإدارية، ويأخذ بنظرية البطلان المطلق لهذه القرارات، كونه يؤدي إلى مخالفة قواعد الاختصاص والتي تعتبر من النظام العام⁽²²⁰⁾، كما أنّ المادة (83) وضعت لائحة بالمسائل والمواضيع التي يتوجّب إبلاغ النيابة العامة بها، ومن جملتها (المواضيع الخاصة بالدولة أو المحافظات أو المقاطعات أو المؤسسات العامة).

وتؤكد هذا الحظر بنص المادة /2060/ من القانون المدني الفرنسي، كما أنّ مجلس الدولة الفرنسي قضى في أكثر من اجتهاد له بأنّ إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً لكونه متعلقاً بالنظام العام، في حين ذهبت محكمة النقض الفرنسية مذهباً مخالفاً معتبرة أنّ الواقع العملي يجيز للدولة وأشخاصها العامة إبرام عقود لاسيما التجارية منها، وقد تتضمن هذه العقود بنداً تحكيمياً لا بدّ من تطبيقه، ولذلك فقد اجتهدت في حكم مؤرخ لها بتاريخ 1964/4/14 أنّ الحظر الوارد في قانون المرافعات (المادتين 1004,83) يتعلّق بالحفاظ على النظام العام الداخلي، ولا يتعلّق بعقود التجارة الدولية التي تلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد منها، وتؤكد هذا الاجتهاد باجتهادات أخرى لاحقة⁽²²¹⁾.

بيد أنّ مجلس الدولة الفرنسي ظلّ على موقف الرفض، وعدّ هذا الأمر متعلقاً بالنظام العام، ولا تجوز مخالفته، وعزّز رأيه هذا استناداً إلى القانون الصادر في 1906/4/17 والذي لم يسمح باللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة، وعقود التوريد إلّا للدولة ومصالحها الحكومية ومؤسساتها العامة بشرط أن يتم التحكيم عبر مشاركة تبرم بعد نشوء النزاع.

■ الإباحة:

حيال هذا التناقض بين موقف مجلس الدولة الفرنسي، ومحكمة النقض، وبسبب تطوّر الظروف الاقتصادية والتجارية الدولية، واشتراك الدولة بمؤسساتها العامة بمشاريع تجارية؛ وجد المشرع الفرنسي نفسه مضطراً للتخفيف من غلواء حظر التحكيم في المنازعات الإدارية؛ حيث طرأ تطور على نص المادة /2060/ مدني فرنسي بإضافة المشرع فقرة ثانية إليها بالقانون (رقم 75-596) تاريخ 1975/7/9 وأجاز بموجبها للتعاونيات العامة الصناعية والتجارية اللجوء إلى التحكيم بموجب مرسوم.

كما خطا المشرع الفرنسي خطوات أخرى بغرض التحكيم الإلزامي فيما يتعلّق ببعض المنازعات، ورغم ذلك ظلّ مجلس الدولة الفرنسي على رأيه، إذ ورد في توجه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة الفرنسي

(220) C. E. 17-7-1932, Ville costen Audry, Dalloz, 1932, ed3, P

(221) Richer, Droit des contrat administratifs, op. cit, p306.

ما يلي: "غير أن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم، بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم، بحيث يمكن القول: إنه لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقه"

وبعد صدور قانون 19/أب/1986 والذي أجاز بموجبه وخلافاً لنص المادة 2060/ للدولة والهيئات الإقليمية والمؤسسات العامة تضمين العقود المبرمة من قبلها بنداً تحكيمياً (في المادة 9 منه) ويظهر من مضمون هذا النص أنه يشترط لتطبيق النص أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية، إضافةً أن يكون التحكيم في سبيل تحقيق مصلحة وطنية.

ومن هذا يستدل أن المشرع الفرنسي أجاز أخيراً شرط التحكيم في المنازعات الإدارية، لكنه ربطها بالنفع القومي والمصلحة الوطنية، ومع وجود مثل هذا النص لم يزل شراح القانون يفسرونه في أضيق الحدود.

إذاً فالمشرع الفرنسي أيد أخيراً مبدأ الاحتكام في العقود الإدارية؛ ولكن على استيحاء وتحفظ، كما أن مجلس الدولة الفرنسي في تقريره السنوي لعام 1993، أبدى تأييده للاتجاه الذي يعترف بمشروعية التحكيم في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة والمؤسسات العامة الصناعية والتجارية خاصة.

ب- التحكيم الإداري في مصر بين الحظر والإباحة:

■ في قانون مجلس الدولة والاجتهادات:

نصت المادة 58/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47/ لعام 1972/ على إجازة الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها الإدارية شريطة استفتاء الإدارة المختصة بمجلس الدولة في العقود التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه.

كما أفتتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجواز التحكيم الإداري باعتبار أن المادة 501/ (مرافعات مصري) أجازت اللجوء إلى التحكيم دون التمييز بين العقدين المدني والإداري.

كما أضافت أنه إزاء عدم وجود نص خاص بشأن التحكيم الإداري، يتعين اللجوء إلى النصوص العامة الواردة في قانون المرافعات.

وعلى الرغم من أن هذه الإجازة دون قيد؛ فقد عادت الجمعية العمومية، وأصدرت فتوى ثانية تقيد فيها هذا الاتجاه، وتجيز التحكيم الإداري شريطة عدم استبعاد القواعد الموضوعية التي تطبق على منازعات العقود الإدارية.

■ التحكيم الإداري في مصر بعد صدور قانون التحكيم رقم (27) لعام

1994.

ألغى القانون المذكور مواد التحكيم من قانون المرافعات (المواد من 501-

513) وكل حكم مخالف، حيث نص في مادته الأولى على:

(مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر؛ أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون)

ورغم هذا النص فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن هذه المادة لم تحسم الجدل حول التحكيم الإداري؛ لأن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة في القانون الإداري، وبالتالي يصعب إخضاعها للتحكيم وفق القانون 27/ والذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه⁽²²²⁾.

ولدى عرض الأمر على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع انتهت إلى عدم جواز التحكيم بداعي أن الأهلية لا تتوافر للأشخاص العامة إلا بوجود نص تشريعي صريح يجيز ذلك؛ لأن التحكيم هو طريق استثنائي غير مشمول بنص المادة 1/ من القانون رقم 49/ 27/ وبذلك فقد تدخل المشرع المصري بسبب تعدد الآراء والفتاوى، وأصدر القانون رقم 9/ لعام 1997 المعدل للقانون رقم 1994 والذي نص في مادته الأولى على إضافة فقرة جاء فيها: (وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه، ولا يجوز التفويض بذلك).

وبذلك يكون القانون المصري قد أزال الغموض، وأجاز التحكيم في جميع منازعات العقود الإدارية ولكن بشرطين وهما:

1- موافقة الوزير المختص، أو من يقوم مقامه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة.

2- عدم جواز التفويض بهذا الاختصاص نظراً لخصوصية التحكيم الإداري، وإمكانية استبعاد القانون الوطني، واللجوء إلى هيئة تحكيمية خاصة بدلاً من مجلس الدولة، والحيلولة دون إساءة استعمال الإذن في الإجازة، وبهذا فقد أمكن اعتبار توجه المشرع المصري بشأن التحكيم الإداري خطوة أكثر مرونة وتطوراً⁽²²³⁾.

(222) جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص134.
(223) محمد محمود، العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي، منشور في مجلة العلوم الإدارية، عدد 2، 1993، ص 59.

3- التحكيم الإداري في سورية:

■ التحكيم الإداري وفق قانون مجلس الدولة:

أجاز المشرع السوري من خلال نص المادة /44/ من قانون مجلس الدولة رقم (55) لعام/ 1959⁽²²⁴⁾ التحكيم في منازعات العقود الإدارية عبر شرط التحكيم الوارد في عقد أبرم بين الطرفين وبشروط محددة⁽²²⁵⁾.

■ التحكيم الإداري وفق المرسوم التشريعي رقم /228/ لعام 1969:

خفت الجدول حول مسألة التحكيم الإداري منذ صدور المرسوم التشريعي رقم (228) تاريخ 1969/9/23 المتعلق بنظام عقود الهيئات العامة ذات الطابع الإداري⁽²²⁶⁾.

كما أضاف المرسوم التشريعي رقم 21 لعام/ 1994 (المادة 75 مكرر) إلى مواد المرسوم (رقم 228 / 1969) المعدل بالقرار الصادر عن رئيس مجلس الوزراء رقم /9/ لعام 2002 ما يلي: (أ- لا تنفذ العقود الإدارية الجارية وفقاً لأحكام هذا النظام، والتي تتجاوز قيمتها 500 ألف ل.س؛ إلا بعد استفتاء الإدارة المختصة لدى مجلس الدولة.

أ- يجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل القيمة المحددة في الفقرة أ عند الاقتضاء، مع اعتبار المادة /44/ من قانون مجلس الدولة رقم (55) لعام /1959/ معذلة حكماً)

كما جاء في بلاغ لرئيس مجلس الوزراء ما يلي:

"في العقود الخارجية التي لا يرتضى مبرمها الاحتكام إلى القضاء السوري، ولا يقبل إلا بالنص على التحكيم فلا مانع من ذلك في العقود ذات الأهمية ضمن الشروط التالية:

1- أن يكون ممثل الجانب السوري ممن تختاره الإدارة المختصة.

2- أن يتم قبول التحكيم الخارجي بموافقة الوزير المختص بالذات"

وعلى الرغم من ذلك فإن المحكمة الإدارية العليا السورية أعلنت انعدام حكم تحكيمي صادر في نزاع بين شركة فرنسية ومدينة حلب بسبب عدم الحصول على الإجازة من الجهة المختصة في مجلس الدولة رغم تصديق العقد أصولاً، وهذا يعني أن قضاء مجلس الدولة السوري عدّ مسألة الإجازة لقبول التحكيم مسألة متعلقة

(224) نصت المادة / 44 / من قانون مجلس الدولة رقم 55 لعام 1959 على أنه "لا يجوز لأي وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على عشرة ملايين ليرة سورية بغير استفتاء الإدارة المختصة"

(225) عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ص13.

(226) حيث نصت المادة 57 من القانون رقم 228/ لعام 1969: (أ- يحق للإدارة الموافقة على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة في القضاء الإداري..)

بالنظام العام تحت طائلة انعدام الحكم سواءً أم خارجياً، والمعدوم لا تلحقه الإجازة⁽²²⁷⁾.

■ **التحكيم وفق المرسوم التشريعي رقم /159/ لعام 1974 المتعلق بنظام عقود المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت ذات الطابع الاقتصادي:**

إذا كان المشرع قد أوجب لجواز التحكيم في عقود الجهات العامة الإدارية استفتاء إدارة الفتوى في مجلس الدولة؛ فإنه في عقود الأشخاص العامة ذات الطابع الاقتصادي أجاز اللجوء إلى التحكيم الداخلي أو الخارجي دون الحاجة إلى استفتاء مجلس الدولة.

وقد أجازت المادة /46/ من المرسوم التشريعي رقم /159/ لعام 1974 اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالقوة القاهرة التي تلحق عقد التعهد أو الحوادث الاستثنائية العامة التي تواجه المتعاقد مع الإدارة، وأجازت أن يكون المحكمون مفوضين الصلح؛ وذلك في حالة التحكيم الداخلي (الوطني فقط) كما أن المادة 58 من المرسوم ذاته نصت على أنه:

"يجوز النص في العقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقواعد والشروط المحددة فيه"

وعلى الرغم من أن نص المادة /46/ من المرسوم /159/ 1974 والذي يجيز اللجوء إلى التحكيم جاء خالياً من أي نص يوجب الحصول على إجازة من مجلس الدولة لإبرام اتفاق التحكيم؛ فإن المحكمة الإدارية العليا اتجهت إلى بسط رقابتها على عقود المؤسسات واتفاقاتها ذات الطابع الاقتصادي، وألزمها بضرورة الحصول على إجازة التحكيم أسوةً بالهيئات ذات الطابع الإداري.

■ **التحكيم الإداري وفقاً للقانون رقم /51/ لعام 2004**

صدر القانون رقم 51 لعام /2004 بشأن نظام العقود الموحد في سورية والذي طبق على جميع الهيئات العامة في الدولة سواء كانت ذات طابع إداري أم اقتصادي أم إنشائي باستثناء وزارة الدفاع ومؤسساتها، وبذلك فقد حل هذا القانون محل المرسوم رقم 228 / لعام 1969 والرسوم رقم 195 / لعام 1974.

حيث نص في المادة 66 منه على أن: (ب - يجوز أن ينص في دفاتر الشروط الخاصة والعقود على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة، ويختار المتعهد العضو الآخر)

(227) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 1998، ص98.

إضافةً لذلك تبقى جميع الهيئات الإدارية الاقتصادية ملزمة بموجب المادة 44 من قانون مجلس الدولة بالحصول على إجازة من الجهة المختصة بمجلس التحكيم في كل تحكيم تزيد قيمته على 500 ألف ل.س⁽²²⁸⁾.

■ التحكيم الإداري بعد صدور القانون رقم 4/ لعام 2008

صدر القانون رقم 4/ لعام 2008 وألغى في المادة 64 منه مواد التحكيم 506-534 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

حيث نصّت المادة 2/2 منه على "يبقى التحكيم في منازعات العقود الإدارية خاضعاً لأحكام المادة 66 من نظام العقود الصادر بالقانون رقم 51 / 2004" وهذا يعني أنّ المشرع في قانون التحكيم رقم 4 أخرج التحكيم الإداري من دائرة تطبيق أحكامه وأخضعه لنص المادة 66 من القانون 51/ 2004، والحقيقة أنّ هذا الإخضاع لا يبتعد بمسيرة التحكيم كثيراً عن قانون التحكيم رقم 4 لاسيّما أنّه فتح نافذة للعقود الدولية وذلك بالسماح للجهات العامة بالاحتكام أمام جهة تحكيمية خاصة يتفق عليها الطرفان.

228 محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق، 2002، ص 170.

الفصل الثاني

مدى جواز تعديل محل العقد الإداري

سوف نقوم في هذا الفصل بدراسة الانتقال من الطرح القائم بأن العقد شريعة المتعاقدين إلى العقد شريعة المرفق العام (المبحث الأول)، ثم بيان المجالات التطبيقية في تعديل محل العقد الإداري (المبحث الثاني)

المبحث الأول

الانتقال من الطرح القائم بأن العقد شريعة المتعاقدين إلى العقد شريعة المرفق العام

تظهر الأهمية التي يوليها القانون الإداري لتحديد محل العقد الإداري من خلال دراسة شروط تطبيق هذا العقد إضافة لشروط مشروعيته، وذلك من خلال المبادئ النازمة لقابلية تبذل العقود الإدارية في حال كون الإدارة تملك سلطة تعديل المخصصات التي يتوجب على المتعاقد إنجازها عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك، إلا أن هذه السلطة أحادية الجانب في التعديل تبقى مقيدة بحدود معينة وضوابط محكمة تحول دون انقلاب العقد وبالأعلى الفرد المتعاقد، وعدم المساس بمحل العقد الذي لا يمكن أن يخضع للتعديل في أثناء تنفيذ العقد.

وبناءً على ذلك فإننا سنقوم بدايةً بدراسة القاعدة العامة التي تقطع بأن العقد الإداري شريعة المتعاقدين (المطلب الأول) ثم ننتقل إلى القاعدة الاستثنائية التي قد تجعل من العقد الإداري شريعة المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول - العقد الإداري شريعة المتعاقدين:

يقوم العقد الإداري- كأى عقد آخر- على توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، ولا بد من أن هذا الأثر القانوني ينشأ في ذمة كل من طرفي العقد كون إرادتهما قد اتجهت إلى قبول هذا الأثر المترتب مباشرة من الفعالية الإرادية الحرة لهما⁽²²⁹⁾، وبذلك فلا يجوز لأحد منهما نقض هذا العقد، أو تعديله، أو إنهاؤه إلا باتفاق لاحق بين هاتين الإرادتين، ولا يجوز من حيث المبدأ للقانون، أو للمحكمة تعديل ما تم الاتفاق عليه، أو تفسيره إلا في حدود اتجاه إرادة الطرفين، أو لأسباب موجبة محددة⁽²³⁰⁾.

والنتيجة الهامة المترتبة على ذلك، بأن القوة الملزمة للعقد الإداري تستمد من حيث الأصل من الإرادة الحرة لطرفيه، دون الحاجة للاستناد على سلطة القانون، فالإرادة تعد الأساس المباشر لهذه القوة، وبذلك فالعقد الإداري - كأى عقد - ينشئ الحقوق والالتزامات في ذمة متعاقديه شأنه في ذلك شأن القانون⁽²³¹⁾، وقد أقر الفقه والقضاء هذه القاعدة:

(229) Lebréton. G, Droit administratif général, Armand, Colin, Paris, 2000, ed2, p.233.

-Richer. L, les contrats administratifs, 1991, op. cit, p.61.

- د. رضوان السيد راشد، الإلزام على التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 13 وما بعدها.

(230) راجع قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (45) في الطعن 222 لسنة 1986، مجموعة الأحكام القضائية لسنة 1986، ص 266.

(231) د. عبر الرحمن عياد، أساس الالتزام التعاقدى، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ، ص 24-48-49.

الفرع الأول - موقف الفقه والقضاء الفرنسي:

في فرنسا البلد الرائد قانوناً، يجمع الفقه على أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين، استناداً إلى كونه - كأى عقد آخر - ليس إلا اتفاق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء مراكز قانونية فردية، مما يعني أن إرادة الإدارة والمتعاقد معها على حد سواء يهدفان إلى إنشاء حقوق والتزامات في ذمة كل منهما، فتكون إرادة أطراف العقد مولدة للحقوق والتزامات التي يتضمنها أي عقد إداري من حيث الأصل والمبدأ وعلى هذا الأساس فإن الأستاذ **Jéze** يوضح أن العقد الإداري: (ليس إلا اتفاق إرادتين أو أكثر في سبيل توليد مراكز قانونية شخصية)⁽²³²⁾

وكذلك فإن الأستاذ **L'Huillier** يرى أن: (العقد الإداري هو شريعة المتعاقدين...) ⁽²³³⁾، وأيضاً فإن الأستاذ **Waline** يجزم بأن: (التراضي هو العنصر الأساسي في العقد الإداري، وبأنه لا يوجد عنصر يمكن أن يقوم مقامه، وهو المصدر المباشر لالتزامات الأطراف)⁽²³⁴⁾.

ومن جهته الأستاذ **Bénoit** يقرر بشكل صريح أن: (المبدأ الأساسي الذي يشكل أساس نظام العقود الإدارية، هو كون الاتفاق المبرم بين الإدارة ومتعاقدها شريعة المتعاقدين)⁽²³⁵⁾.

أما الأستاذ **Laubadère** فيقرر من جهته بأن: (العقد الإداري اتفاق بين الإرادات، وبوصفه اتفاقاً بين الإرادات يعتبر مصدراً للالتزامات القانونية)⁽²³⁶⁾. وبالنسبة للأستاذ **Chapus** فقد عبّر في رسالته عن المسؤولية العامة والمسؤولية الخاصة بأن: (العقد الإداري شريعة المتعاقدين، وبذلك يمكن لهم أن يشترطوا كل ما يناسبهم ويرونه جيداً)⁽²³⁷⁾.

وأخيراً فإن موقف الأستاذ **Debbash** كان أكثر وضوحاً إذ ذهب إلى أن: (التقنية التعاقدية في القانون العام كما القانون الخاص، تستند على اتفاق إرادتي شخصين أو أكثر بقصد إنتاج آثار قانونية، ويغدو بذلك العقد شريعة المتعاقدين، وهو يفرض نفسه عليهم ولا يطبق إلا بينهم)⁽²³⁸⁾.

ويبدو مؤكداً أن هذا الاتفاق والإجماع التام لفقهاء القانون الفرنسي، يرجع لقرار مجلس الدولة الفرنسي عام 1923 والذي قرّر فيه: "العقد الإداري كما العقود

(232) Jéze. G, Les Principes Généraux de droit administratif, B. I. D. P, Paris, 1939, p1.

(233) Waline. M, Traité élémentaire de droit administratif, Sirey, Paris, 1950, p559.

(234) L'Huillier. J, les contrats administratifs tiennent- ils lieu de loi à l'administration, D. 1953, Chron, p87.

(235) Bénoit. P, Droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968.

(236) Laubadère-Delvolvé et Moderne, Traité des contrat, T1, op. cit, p29.

(237) Chapus. R, Responsabilité publique et responsabilité privé, L. G. D. J, paris, 1957.

(238) Debbash. CH, Institution et droit administratif, P.U.F, paris, ed3, 1992, p156.

المدنية يقوم أساساً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يمكن لأطراف العقد تعديله أو فسخه إلا بإرادتهم المشتركة²³⁹

وكان المجلس قد أثبت ذلك من قبل بشكل غير مباشر من خلال أحكام عديدة له، ولعل أبرزها حكم شركة إضاءة بورديو والذي قرّر فيه: "من حيث الأصل، إن عقد الالتزام ينظم حتى انقضائه بطريقة نهائية الالتزامات المتبادلة لكل من الملتزم ومناح الالتزام..".

الفرع الثاني - موقف الفقه والقضاء العربي:

يبدو أن أحكام القضاء وآراء الفقهاء العرب كانت مماثلة لنظيرتها في فرنسا، فقد رأى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي "رحمه الله" أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين، من حيث المبدأ كونه كنظيره في القانون الخاص، ليس إلا توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء الالتزام، أم نقله، أم تعديله، أم إنهائه، وأنه بمجرد إبرام العقد يغدو هذا العقد قانوناً للطرفين، ولهذا السبب لا يمكن المساس بالرابطه العقدية القائمة عن طريق إجراء عام، ومن ثم في حال عدل القانون الأوضاع التي تعاقدت الإدارة في ظلها، فإن هذه التعديلات الجديدة لا تسري على عقود الإدارة القديمة⁽²⁴⁰⁾.

أما الأستاذ الدكتور فؤاد العطار يرى أن: "العقد الإداري شريعة المتعاقدين في حدود تحقيق النفع العام"⁽²⁴¹⁾.

والأستاذ ثروت بدوي يرى أن: "العقد الإداري يفترض توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، تكون له قوة ملزمة بالنسبة لطرفيه"⁽²⁴²⁾.

ومن جانبه الدكتور محمود أبو السعود حبيب يرى أن "مبدأ القوة الإلزامية للعقد المقرر في القانون الخاص بالنسبة لعقود الأفراد يسري أيضاً على العقود الإدارية، ولكن يتم تطبيقه بطريقة مرنة تتفق وضرورة الوفاء باحتياجات المرافق العامة"⁽²⁴³⁾، وقد أكدّ القضاء الإداري المصري هذه القاعدة، حيث حكمت المحكمة الإدارية العليا أن: (العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يحكمها أصل عام هو

(239) C. E, 1411211923, Société des grands moulins de Corbeil, Rec, p822.-

ومن الأحكام الأخرى التي أثبت فيها المجلس هذه القاعدة:

C.E, 111711941-Hopital-Nospice de chauby. S, 1943, p15.-

C.E, 191111946, Ville de limoge, Rec, p15.-

(240) راجع هذا الحكم معلقاً عليه في كتاب الأحكام الكبرى للقضاء الإداري الفرنسي، ترجمة د. أحمد يسري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 163 ومابعد.

(241) أ. د فؤاد العطار، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 572.

(242) أ. د ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 121.

(243) أ. د محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1993، ص 257.

أنَّ العقد شريعة المتعاقدين حيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه⁽²⁴⁴⁾

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر كتطبيق على ذلك أنه: (الأصل بالنسبة للعقود المدنية والإدارية على حدٍ سواء هو أنَّ العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون..)⁽²⁴⁵⁾.

كما جاء في فتوى ثانية للجمعية ذاتها: (طالما كان الأصل في العقود الإدارية أنَّ العقد شريعة المتعاقدين، شأنها شأن العقود المدنية، فيجب تنفيذها بما اشتملت عليه، من حيث أن حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة إنما يحددها العقد المبرم بينهما، ولا رجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه العقد بالتنظيم..، وإذا تناول العقد تنظيم مسألة ما على نحو مخالف لما جاء بهذه اللائحة كان نص العقد هو الواجب التطبيق احتراماً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين)⁽²⁴⁶⁾. وطالما أنَّ "العقد شريعة المتعاقدين" وأن الحقوق والتزامات تحدد طبقاً لنصوص العقد، فإنَّ المحكمة الإدارية العليا قد حكمت أنه (لا أثر للمنشورات والكتب الدورية التي تصدرها الوزارة إلى أجهزتها الإدارية في تحديد حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة)⁽²⁴⁷⁾

ننتقل بعد بيان موقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر بشأن القوة الإلزامية للعقد- والتي شكلت القاعدة كما ذكرنا سابقاً- إلى الاستثناء على هذه القاعدة والتي أثارت الجدل دائماً وهي تلك المتعلقة بالحالة التي تكون التزامات الأطراف مصدرها شريعة المرفق العام.

(244) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 3565/ لسنة 33 ق، جلسة 2/2/ 1993، مذكور عند حمدي ياسين عكاشه، ص 66

(245) فتوى الجمعية العمومية، ملف رقم 2530/2/32، جلسة 25/2/1997، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا، وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، ج 49، حسن الفاكهاني- نعيم عطية - عبد المنعم بيومي، 1999-2000، الدار العربية للموسوعات، ص 23.

(246) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ملف 16/2/28- جلسة 9-2-1987، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، السنتان 41 و 42 ص 598، والفتوى رقم 28 تاريخ 1/1/1998، جلسة 10/12/1997، ملف رقم 343/1/54، مذكورة عند المستشار عليوة فتح الباب.

(247) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 254-10/ لسنة 10 ق جلسة 1/2/1969، السنة الرابعة عشر ص 306، ومذكور لدى مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً (من سنة 1955 حتى سنة 1970)

المطلب الثاني - العقد الإداري شريعة المرفق العام

في الواقع إن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وعدم مساواة المتعاقدين فيها كون الفرد يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة، بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة، نظراً لكون الأعمال التي تقوم بها الإدارة العامة ليست سوى مرآة للطبيعة المرنة والمتغيرة للحياة الاجتماعية، توجب تمكين الإدارة من التغيير في قواعد تنظيم المرافق العامة وطرائق سيرها بما يتناسب مع هذه الطبيعة، بغرض تحقيق المصلحة العامة دون التقيّد مبدئياً بحقوق الأفراد التي قد تتأثر بهذا التعديل.

فالإدارة لا تظهر بمظهر المتعاقد العادي في معرض مساعدتها للقطاع الخاص لأجل تنفيذ عقود ذات طبيعة مختلفة تتراوح بين تنفيذ المرافق نفسها وإشباع بعض الحاجات والخدمات، كونها القوامة على حسن سير المرفق العام الذي تستدعي متغيراته إمكانية إعادة النظر في علاقاته الخارجية، وعلى رأسها علاقاتها مع متعاقديها، وإن هذا المركز الخاص للإدارة المتعاقدة يستدعي - دون شك - وجود بعض المرونة في علاقاتها الخارجية مع الأفراد، كون العقد الإداري له حياة خاصة ذات متغيرات تقنية ومالية وإنسانية، وبالتالي فإن الإدارة لا يمكن أن تركز دائماً إلى مزاعم متعاقدتها القائمة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، وتترك إنجاز العمل يسير وفقاً لخطة أو لشروط لم تعد ملائمة لحاجات المرفق. لذلك، واستناداً إلى هذه المسوّغات فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد منح الإدارة سلطة التعديل الانفرادي في محتوى الالتزامات التعاقدية، كلما استوجبت ضرورات المرفق الذي يتصل به ذلك وفقاً لأسس وضوابط وشروط محددة.

وبذلك سوف نقوم بدراسة سلطة التعديل الانفرادي هذه باعتبارها تتضمن سلطة الإدارة في الإنهاء الفردي للعقد لدواعي المصلحة العامة من حيث أن هذا الإنهاء ليس سوى تعديل للشرط المتعلق بمدة العقد، والذي يؤدي إلى إنهائه قبل انقضاء المدة المحددة في متن العقد، ونظراً لهذه الخطورة الواضحة لهذه السلطة باعتبارها ضرباً واضحاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فإننا سنقوم بدراسته بشكل مفصل مبينين موقف التشريع والفقه والقضاء في الدول محل المقارنة (الفرع الأول)، والأساس القانوني الذي يقوم عليه (الفرع الثاني)، إضافة لشروط تطبيقه (الفرع الثالث)، وأخيراً نطاق تطبيقه (الفرع الرابع).

الفرع الأول - موقف التشريع والاجتهاد والفقه في فرنسا ومصر

وسورية:

أولاً - الوضع في فرنسا:

1 - موقف الفقه الفرنسي:

الأصل في الفقه الفرنسي - وفقاً للطرح التقليدي - فإن التعديل الانفرادي يعدّ حقاً للإدارة في حال اتفق عليه المتعاقدون، وأدرج صراحة ضمن شروط العقد، كون مستند التعديل هنا قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وبالتالي فإن المتعاقد مع

الإدارة قد قبل بهذا الشرط، وفي حال أعطت القوانين واللوائح هذا الحق للإدارة، فإن الأمر عندئذ لا يغدو أن يكون خطاباً قانونياً موجهاً إلى الأفراد. إلا أن محل الخلاف كانت تلك الحالة التي لا ينص فيها العقد على حق الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد، أو التي لا تشير إليها القوانين واللوائح، فقد انقسم فقهاء القانون الفرنسي في ذلك إلى ثلاثة أقسام، قسم معارض وآخر مؤيد، وثالث مؤيد بشكل جزئي:

أ- الفقه المعارض لحق التعديل الانفرادي: ويؤيده الأستاذان

Bénoit و L'huillier

■ موقف الأستاذ **L'Huillier**:

يرى الفقيه L'huillier أن سلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة في عقودها الإدارية تركز على فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء، وأنها لم تؤيد بأحكام مجلس الدولة الفرنسي، إذ إن الأحكام التي قررت وجود هذه السلطة كحل لحالة خاصة يمكن تفسيرها دون حاجة إلى القول بأن العقود الإدارية تخرج عن تلك القاعدة التي بمقتضاها تقوم الاتفاقات المبرمة على وجه قانوني مقام القانون بالنسبة لمن عقدها، كما أنه توجد أحكام متعددة تنكر صراحة على الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل الانفرادي المزعومة.

وقد استند **L'huillier** لتأييد رأيه إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أنكر فيها سلطة التعديل الانفرادي للإدارة وهي حكمه الصادر في قضية **"ville de vésient"** بتاريخ 1936/5/23، وحكمه الصادر في 1941/7/11 في قضية **"Hopital Hospice chauny"** معتبراً أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لا يمكن أن تجد لها أساساً قانونياً إلا في نص واضح في دفاتر شروط العقد - وعندها يكون التعديل استناداً إلى قاعدة العقد سريعة المتعاقدين - أو ضمن نصوص تشريعية. ويبدو أن رأيه هذا يقوم في الأساس على حجتين: الأولى ومقتضاها أن الحكم الرئيسي الذي استند إليه مؤيدو فكرة التعديل الانفرادي في قضية **"Merssilia"** لا يؤيد هذه الفكرة، إذ يمكن تفسيره من دون حاجة إلى القول بسلطة التعديل الانفرادي، فقد قرر هذا الحكم أن مدير مقاطعة **Bouchés-Rhone** يجوز له قانوناً أن يفرض على الشركة الملتزمة بترام مدينة مرسيليا جدول مواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من المنصوص عليه في دفتر الشروط، أي أداء خدمات أكثر من المنصوص عليها، وبذلك يلاحظ أن حكم مجلس الدولة الفرنسي لم يبرر هذا الحل بوجود سلطة عامة للإدارة مانحة الالتزام في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام تعديلاً انفرادياً، بل إنه قد استند إلى نص صريح في مرسوم 1881/8/6 الخاص بالسكك الحديدية، والذي يخول المديرين سلطة تحديد جداول مواعيد القطارات، وأن مجلس الدولة قد فسر هذا النص على

أساس أنه يعطي المديرين ليس سلطة تحديد مواعيد سير القطارات فقط بل – أيضاً- فرض التعديلات الإضافية الضرورية لتأمين سير المرفق. ويلاحظ *L'Huillier* كذلك أن مفوض الحكومة "*Blum*" نفسه لم يقر وجود سلطة عامة للإدارة بل سلطة لائحية تصدر عن القانون، ولا يجوز إعمالها إلا في حدوده.

أما الحجة الثانية: فهي أحكام مجلس الدولة الفرنسي والتي تنكر بوضوح سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي ومنه حكمه في قضية *Hopital Hospice chuny*" والمتعلق بصفقة عهدتها الإدارة إلى أحد المهندسين بوضع الرسوم والتصميمات الخاصة بإعادة بناء مستشفى "*Chuny*" وبتوجيه أعمال البناء، ونظراً لأن المهندس المتعاقد اضطر أثناء التنفيذ إلى الإقامة في مدينة أخرى فقد اختار مهندساً آخر لمشاركته في أعماله المكلف بها، وعرض على الإدارة هذا الاختيار فوافقت عليه، إلا أنها اشترطت توزيع الأجر المتفق عليه في العقد مناصفةً بينهما، فرفض المهندس المتعاقد هذا الشرط، وعند عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي قضى بأنه: "لا يجوز للسلطة الإدارية أن تعدل تعديلاً انفرادياً شروط هذه الوكالة المسموح بها للتعاقد، ومن ثم فقد ألزم المستشفى بدفع جميع الأتعاب للمهندس المتعاقد. ويرى *L'huillier* أنه يتبين من حيثيات الحكم أن مجلس الدولة قد قصد حرمان الإدارة المتعاقدة من حق إدخال أي تعديلات على شروط العقد، وأن ما جاء في هذا الحكم يتناقض مع حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة⁽²⁴⁸⁾.

وعلى العموم فقد خلص *L'huillier* إلى أن الإدارة لا تملك سوى السلطات المخولة لها بموجب النصوص الصريحة، وأن هذه النصوص كثيراً ما توجد في دفاتر الشروط، ومع كثرة تكرارها افترض القضاء وجودها، وهذه الحلول القضائية ليست سوى تطبيق لنص المادة/1135/ من القانون المدني الفرنسي والمطبقة على عقود القانون الخاص، والتي تقضي بأن الاتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيها، بل تشمل أيضاً ما هو من مستلزماتها وفقاً للعرف والعدالة والقانون حسب طبيعة الالتزام⁽²⁴⁹⁾، وبذلك فإنه لا ينكر أنه توجد حالات يمكن أن تلجأ الإدارة فيها إلى التعديل الانفرادي دون شرط تعاقدية ولا نص قانوني يبيحه، ولكن ذلك - على حد رأيه - لا يأتي من إرادة الإدارة لوحدها فحسب، إنما هو مستمد من العرف بمعنى أن أطراف العقد قد أحالوا أنفسهم ضمناً على العرف الذي يجيز هذه السلطة الانفرادية في التعديل⁽²⁵⁰⁾.

(248) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 202.

(249) د. إبراهيم طه الفيّاض، المرجع السابق، ص 181.

(250) L'Huillier.S,op.cit,p89.

■ موقف الأستاذ *Bénoit*

يرى الأستاذ *Bénoit* بأنه من أكبر الأخطاء التي ارتكبها الفقه خلال القرن العشرين يتمثل بتلك النظرة التي تقر للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي دون نص عقدي أو تشريعي⁽²⁵¹⁾، ويصرُّ بذلك على أنَّ العقد الإداري شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، وعلى وجود مفهوم واحد للعقد في النظام القانوني الفرنسي، مضيفاً إلى أنه حتى بداية القرن العشرين لم تحم شكوك أبدأً حول كون العقد الإداري - كنظيره المدني- شريعة المتعاقدين، وأنه لا يمكن أن يعدل إلا باتفاق الأطراف، بيد أنه سادت بعد ذلك فكرة زائفة مقتضاها أن العقد يمكن أن يعدل انفرادياً من جانب الإدارة.

وقد عارض حجج القائلين بإمكانية التعديل الانفرادي للعقد، ففي حكم الشركة العامة الفرنسية للترام، رأى أن الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي للعقد قد استند إلى مرسوم عام 1881/ والذي أعطى للمحافظ سلطة ضبطية في مجال رحلات الترامواي، وقد مارس التعديل بموجب هذه السلطة الممنوحة إليه وليس بوصفه متعاقداً، واعتبر أن النظرية الواجبة التطبيق في هذا المقام هي نظرية فعل الأمير⁽²⁵²⁾. وفي الحالة التي يؤيد فيها أنصار التعديل الانفرادي استناداً إلى السلطات التي تتمتع بها الإدارة في نطاق عقود الأشغال العامة اعتبر أن هذه الحجة مردودة، كون الإدارة تستطيع في حالة - تنفيذ عقود الأشغال - أن تعدل في المشروع، وهي سلطة مغايرة تماماً لسلطة التعديل الانفرادي، بل إن القاضي الإداري يحظر صراحةً على الإدارة في هذه الحالة كل تعديل في العقد ذاته⁽²⁵³⁾، إضافةً لذلك فإنه لا يمكن الإقرار بسلطة التعديل الانفرادي قياساً على الإقرار لها بسلطة الفسخ الانفرادي، كون كل من التعديل والفسخ يقوم على فلسفته الخاصة به⁽²⁵⁴⁾.

وقد تساءل *Bénoit* أخيراً، كيف يمكن للاجتهاد الاعتراف للإدارة بالحق في التعديل الانفرادي لشروط العقود الإدارية، دون أن يخرب مبدأ العقد ذاته؟ وذلك على أساس أن اتفاق الإرادات الذي هو أساس العقد يتناقض بشدة مع مبدأ التعديل الانفرادي⁽²⁵⁵⁾؟

(251) Bénoit.p,op.cit,p616.

(252) Bénoit.p,op.cit,p658.

(253) Bénoit. p, ibid, p659.

(254) Bénoit. p, ibid, p659.

(255) Bénoit. p, ibid, p569

و كان الأستاذ *Bénoit* قد طرح أفكاره هذه المتعلقة بإنكار سلطة التعديل الانفرادي دون نص عقدي أو تشريعي لأول مرة في مقاله الشهير "عدم وجود سلطة التعديل الانفرادي في العقود الإدارية"، منشور في J. c. p سنة 1963، القسم الأول، ص 1557، ثم أعاد طرحها في مطوِّله في القانون الإداري، سنة 1968.

ب- الموقف الوسط - موقف الأستاذ Jéze:

يرى الأستاذ Jéze أن العقد الإداري - كما العقد المدني - شريعة المتعاقدين، وبذلك ليس للإدارة الحق في تعديل شروط العقد الذي تم قبوله بحرية من جانب الأطراف، مستثنياً من هذه القاعدة عقود الامتياز وعقود الأشغال التي يحق للإدارة تعديل العقد انفرادياً استناداً إلى الطبيعة الخاصة لهما، والتي تتمتع الإدارة في معرض تنفيذهما بسلطة تنظيمية تخولها مثل هذا الحق، وليس استناداً إلى وجود سلطة عقدية تسمح لها بهذا الحق⁽²⁵⁶⁾.

ت- موقف الفقه المؤيد:

أقرت الغالبية الساحقة من الفقه الفرنسي بوجود حق التعديل الانفرادي، كسلطة أصيلة تتمتع بها الإدارة بغض النظر عن وجود نصوص عقدية أو تشريعية تبيحهما، وكسلطة عامة تباشرها الإدارة في جميع العقود دون تخصيص⁽²⁵⁷⁾، وذلك استناداً للملاحظات الشهيرة التي قدمها الأستاذ "Hauriou" على حكم الشركة العامة للترامواي سنة 1911/ والذي رأى فيه أن: (.. العمليات الاتفاقية التي تبرمها الإدارة يمكن أن تعدل أو تقطع من جانبيها في كل لحظة..)⁽²⁵⁸⁾.

كما أضاف إلى أن كل عملية إدارية تعتبر احتمالية، بمعنى أنه يمكن خلال تنفيذها وقفها أو تأخيرها أو التعديل فيها، وذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، مرتباً على ذلك أن كل اتفاق يتعلق بعملية إدارية يكون عقداً احتمالياً.

وبناءً على ذلك قرر الأستاذ "Vedel. M" أن: (..العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق، كون العنصر التعاقدى سيكون محكوماً بمبدأ التوازن المالي الذي يقتضي نوعاً من التغييرية، مع استمرار التوازن في حقوق والتزامات الأطراف، وهذا ما يجعله مختلفاً عن العقد المدني الذي تحدد فيه حقوق والتزامات الأطراف بصورة نهائية..)⁽²⁵⁹⁾.

أما الأستاذ "Waline. M" فيقرر: (.. بالرغم من أثر الرضا في العقود الإدارية، والذي يضع على عاتق الأطراف التزامات مؤيدة بمسؤوليتهم التعاقدية، إلا أنه يحق للإدارة في معرض تنفيذها لعقودها أن تشدد التزامات المتعاقد معها عن طريق إصدارها قراراً إدارياً، وذلك إما في سبيل إنجاز العمل على أفضل مستوى ممكن، أو في سبيل التكييف مع المرفق محل الامتياز، أو لأجل التكييف مع ازدياد

(256) Jéze, Notes sur: C. E, 14-1-1944, D'entreprise et de construction en béton armé R. D. P, 1954, p257.

(257) د. عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 19.

(258) وهذه الملاحظات منشورة في سيري، 51916، الجزء الثالث، ص 17، علماً أن الأستاذ Jéze قد علق أيضاً على هذا الحكم واستنتج منه إمكانية تعديل الإدارة لعقودها انفرادياً (مجلة القانون العام، 1910، ص 270، ثم عدل عن موقفه الوسطي الذي تحدثنا عنه أعلاه، سنة 1954)

(259) Vedel. M, Cours de droit administratif, paris, 1953, p1130.

حاجات المرفق أو بهدف الاستفادة من التطورات التقنيّة الجديدة..(260).
كذلك الحال مع الأستاذ "**Bonnard**" والذي صوّر المشكلة بشكل أكثر وضوحاً معتبراً أنه: (لا يمكن تطبيق قاعدة الاستقرار العقدي بدقة، كما هو الحال في نطاق العقود المدنية والتي لا يمكن تعديلها إلا باتفاق جديد بين أطرافها، نظراً لأن الإدارة تستطيع في أي لحظة الخروج عن الأصل التعاقدى لتفرض تعديلات على شروط العقد بشكل انفرادي..)(261).

ويجزم الأستاذ **Laubadère** مع **Delvolvé** و **Moderne** في مطوّلهم بأن للإدارة الحق في أن تفرض انفرادياً تغييرات معيّنة على شروط العقد، وإن نص العقد على هذه السلطة يعتبر كاشفاً لها ومنظماً لشروط ممارستها وليس منشئاً لها، كما أن وجود هذه السلطة لا يعني - في الوقت ذاته - أن العقد لا يقيّد الإدارة، أو أنه لا يملك قوة إلزامية إلا في مواجهة المتعاقد معها، لكنه يعني أن المبدأ السائد في عقود القانون الخاص والمتعلّق بالاستقرار التعاقدى لا يطبّق على العقود الإدارية بنفس النتائج العامة والمطلقة، كونه يوجد نوع من التغييرية في العقود الإدارية(262).

وكان الأستاذ **Laubadère** قد دافع عن فكرة وجود سلطة التعديل الانفرادي في العقود الإدارية منذ سنة 1954 في مقال شهير له، والذي ردّ فيه على الأستاذ **L'huillier** مستنداً إلى أن ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكم الشركة العامة للترام إنما يستند على سلطة حقيقية ممنوحة للإدارة في تعديل نص في دفتر الشروط كان محلاً لاتفاق الإدارة ومتعاقدتها، وليس على سلطة الإدارة في تعديل الشروط اللائحية للمرفق محل الالتزام، بمعنى أن التعديل هنا قد طال الشق التعاقدى من الالتزام ولم يمسّ الشق التنظيمي والذي يشكل مجاًلاً طبيعياً لإعمال الإرادة المنفردة للإدارة(263). كما رأى الأستاذ "**Laubadère**" في هذا المقال أيضاً أن سلطة التعديل الانفرادي كحق أصيل ممنوح للإدارة المتعاقدة لا يقتصر على حقوق الامتياز فقط، وإنما إلى عقود التوريد والأشغال، كونه قد طبّق في نطاق هذين النمطين الأخيرين من العقود قبل تطبيقه في نطاق عقود الامتياز، وإن كان تطبيقاً ضمناً غير مباشر(264).

(260) Waline. M, Traité de droit administratif, op. cit, p560.

(261) Bonnard. R, précis de droit administratif, L. G. D. J, paris, 1943, ed4, p620.

(262) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité des contrats, T2, op.cit, p394.

(263) Changements aux disposition des contrats administratifs, R. D.P,1954,p50

Laubadère. A, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des (264) حيث يستشهد الأستاذ "**Laubadère**" بعدد من الأحكام وبعضها صادر من القرن التاسع عشر، ليثبت وجود حق التعديل الانفرادي للإدارة ولكن بشكل ضمني، حيث تستطيع الإدارة أن تعدّل في مضمون الشروط العقدية دون الحاجة لنص عقدي أو تشريعي، وحين يلجأ المتعاقد إلى القضاء

كما يرى الأستاذ "**Pequignot**" أنه ليس هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تطوير المرفق ليساير أهدافه، وبالتالي يكون للإدارة الحق في التعديل الانفرادي لشروط العقد المتصلة بالمرفق العام، وإن هذه الفكرة هي فكرة مرونة العقد الإداري التي تقف في مواجهة المبدأ الأساسي السائد في القانون الخاص وهو مبدأ الثبات والقوة الملزمة للعقد⁽²⁶⁵⁾.

ومن جهته يشير الأستاذ "**Flamme**" إلى أن "حق الإدارة في أن تعدّل شروط العقد دون حاجة لرضا الطرف الآخر هو حق أصيل لها مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكن النزول عنه، وليس بحاجة إلى النص صراحة في العقد"⁽²⁶⁶⁾. ويسلم الفقه الفرنسي المعاصر بحق التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة، حيث يرى الأستاذ **Richer. L** (..إن الشخص العام يستطيع تعديل العقد الإداري في حال اقتضت مصلحة المرفق ذلك، مع مراعاة تعويض المتعاقد إذا سبب هذا التعديل ضرراً له..) و يجزم أيضاً بأن: (مبدأ التعديل الانفرادي يعتبر من العناصر الرئيسية والأصلية لنظرية العقود الإدارية..)⁽²⁶⁷⁾.

وكذلك الحال مع الأستاذ "**Guibal**" والذي رأى أن (..سلطة التعديل الانفرادي حق معترف به للإدارة بقوة القانون ضمن نطاق العقود الإدارية..)⁽²⁶⁸⁾. أما الأستاذ "**Bruère**" فقد سلم أن (..حق التعديل الانفرادي من قبيل القواعد العامة للعقود الإدارية مستندة على مبدأ المصلحة العامة، وإن التجاوز الخطير الذي يحمله على مبدأ الرضائية في العقود الإدارية يوازن مباشرة عن طريق الاعتراف بحق المتعاقد في التعويض المناسب..).

2- موقف القضاء الفرنسي:

تمّ تكريس مبدأ سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري منذ بداية القرن الماضي في قضية **Société nouvelle du gaz Deville- les Rouen**⁽²⁶⁹⁾، ثم أخذت الاجتهادات القضائية تعترف بهذه السلطة من حين لآخر، لكن في عقود محددة، وبشروط معينة، وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي هذا الجدل نهائياً في حكمه الصادر في 1983/2/2، حيث أقرّ بحق التعديل الانفرادي للإدارة

يقرر له التعويض المناسب دون إنكار ما قامت به الإدارة، فيكون ذلك اعترافاً غير مباشر من مجلس الدولة بهذه السلطة، راجع مقاله سالف الذكر، ص 54.

(265) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 196.

(266) Flamme. M. A, Traité théoriquet pratique de marchés publics, Bruxelles, 1969, p178-179.

(267) Richer. L, les contrats administratifs, 1991, op. cit, p61.

(268) Guibal. M, Mémento des marchés public, Moniteur, paris, 1998, p203.

(269) C. E, 2/11/1902, note Hauriou, GAJA, 16 edition, Dalloz, France, 2007, p58.

باعتبارها سلطة عامة وأصيلة، مقررًا أن هذه السلطة تعد من الأسس العامة للعقود الإدارية وتطبق دون الحاجة إلى نص عقدي أو تشريعي⁽²⁷⁰⁾.

ثانيًا- الوضع في مصر:

لقد ثبت حق التعديل الانفرادي في مصر بمقتضى النصوص التشريعية، وأحكام القضاء الإداري المستقرة، وتأييد غالبية الفقه المصري⁽²⁷¹⁾.

1- موقف الفقه والقضاء:

رسّخ الفقه في مصر سلطة التعديل الانفرادي للعقد بما لا يدع مجالاً للشك، حيث رأى الأستاذ "سليمان الطماوي" أنّ سلطة التعديل الانفرادي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، وكأنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري⁽²⁷²⁾، كما يرى الدكتور "ثروت بدوي" أنّ (الإدارة بمقتضى حقها في اتخاذ القرارات ذات الطابع التنفيذي، وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغمًا عن المتعاقد، أي تلزم المتعاقد بها ولو كرهها)⁽²⁷³⁾.

ويؤكد بدوره الدكتور "محمد فؤاد مهنا" أنّ حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مسلّم به بصفة عامة من جانب الفقه والقضاء سواء في فرنسة أو مصر، وأنّه حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة إلى العقود الإدارية. وقد حسم الأستاذ "سليمان الطماوي" الموقف بقوله: (أنّه مهما كان الخلاف حول سلطة التعديل في فرنسة فإنّ هذا الحق فوق كل شك في مصر)⁽²⁷⁴⁾.

وقد رسّخ القضاء الإداري المصري سلطة التعديل الانفرادي بشكل قاطع، حيث قررت محكمة القضاء الإداري: (. أنّ سلطة الإدارة في تعديل العقد هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، ومقتضى هذه السلطة أنّ الإدارة تملك وحدها بإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على النحو وبالصورة التي لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول كمية الأعمال والكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه العقد وذلك

(270) C. E, 2-2-1983, Union de transport public urbain et régionaux, R. D. P, 1984, p212.

(271) أ.د. عمر حلمي، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، المرجع السابق، ص 40.
د. عبسي حسن، د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، 2007، ص 218.

(272) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 443.
(273) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دون طبعة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970، ص 136.

(274) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 439.

كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين..⁽²⁷⁵⁾.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن (..سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية..)⁽²⁷⁶⁾.

2- موقف التشريع:

جاءت نصوص التشريع واضحة وصريحة ومقررة لحق الإدارة في التعديل الانفرادي، فقد نصت المادة /78/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 على أنه: (..يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالة الضرورة القصوى الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة في الفقرة السابقة..)⁽²⁷⁷⁾.

والواضح في أن هذه المادة تحمل تجاوزاً على حق المتعاقد مع الإدارة في التوازن المالي للعقد، حيث أعطت الإدارة الحق في زيادة كميات عقودها وفقاً لنسب محددة، وبذات الأسعار، ولم تأخذ في اعتبارها أبداً إمكانية حدوث تغييرات في المعطيات السوقية للأداءات التي تكون محلاً للعقد، فقد ترتفع الأسعار بين لحظة وأخرى، فتصبح عند التنفيذ مخالفة لما كانت عليه وقت إبرام العقد، مما يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد بما يتجاوز حساباته المتعلقة بالغرم الذي قد ينجم عن عقده، مما يشكل بالتالي تجاوزاً حقيقياً على رضاه، كما أن هذا التحديد الجامد للمعطيات المالية عند التعديل قد يأتي في غير صالح الإدارة حين تنخفض الأسعار في السوق، مما يزيد عن غنم المتعاقد ويجعل التعديل وبالأعلى على الإدارة بعدما كان الأمد، إلا أن ما يخفف من غلواء هذه المادة أن المتعاقد يستطيع المطالبة بالتعويض استناداً إلى مسببات قانونية أخرى (نظرية فعل الأمير).

وفي مجال التزامات المرافق العامة نصت المادة الخامسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 والمتعلق بعقود التزام المرافق العامة على أنه: (لماح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق

(275) محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 983، لسنة 9 ق، جلسة 1957/6/30، مذكورة سابقاً.

(276) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق، جلسة 1992/11/15، مذكور لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة،

(277) يلاحظ أن المشرع في اللائحة الجديدة قد وحد النسبة التي يمكن التعديل في حدودها، والتي كانت تختلف من عقد لآخر في التشريعات السابقة، فالمادة /76/ مكرر/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983 الملغى تنص على: (جواز التعديل زيادة أو نقصاناً في حدود 15% في عقود توريد الأغذية و25% في عقود الأعمال)، وكذلك كان الوضع في ظل اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات القديم رقم 236 لسنة 1954.

العام موضوع الالتزام، وقواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل)

ثالثاً- الوضع في سورية:

1- موقف الفقه والقضاء السوري:

سار الفقه السوري في نفس الاتجاه الذي أخذ به نظيره المصري وغالبية الفقه الفرنسي، وأقرّ للإدارة حق التعديل الانفرادي للعقد دون نص تشريعي أو عقدي⁽²⁷⁸⁾.

كما أقرّ مجلس الدولة السوري حق التعديل الانفرادي للإدارة، حيث جاء في فتوى شهيرة له: (.. يثبت حق الإدارة في التعديل باعتبار أن هذا الحق يتركز على سلطة الإدارة الضابطة لנاحية العقد المتعلقة بالصالح العام، فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإنّ ذلك لا يكون سوى مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع ممارستها وأحوالها وما يترتب على ذلك، يضاف إلى ذلك أن الإدارة نفسها لا يجوز لها التنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام)⁽²⁷⁹⁾.

2- موقف التشريع السوري:

لقد قنن المشرع السوري مبدأ التعديل الانفرادي للعقد على غرار شقيقه المصري، حيث نصت المادة/65/ من المرسوم التشريعي رقم/228/ لسنة 1969 والمتضمن نظام عقود الهيئات ذات الطابع الإداري على ما يلي: "1- يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة على حدة، وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد، دون الحاجة إلى عقد جديد، على أن لا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص النسب التالية: 25% من القيمة الإجمالية لكل من عقود الأشغال والتوريدات والخدمات وتوريد المواد الغذائية والأعلاف والبذور والغراس، و10% من القيمة الإجمالية لعقود سائر التوريدات الأخرى.

2- يعطى المتعهد في حالة الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط"

ويلاحظ أنّ المشرع السوري قد اشترط أن يتم التعديل الانفرادي للعقد وفقاً لذات الأسعار والشروط الواردة في العقد الأصلي قبل تعديله، ويؤخذ عليه نفس ما يؤخذ على شقيقه المصري بشأن عدم مراعاة مقتضيات السوق عند القيام بمثل هذا

(278) أ. د عبد الله طلبة، القانون الإداري، منشورات جامعة حلب، 1990، ص 363.
أ. د عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارنة، المجلد الرابع، لا يوجد اسم دار نشر، دمشق، 1985، ص 410 وما بعدها.

(279) رأي مجلس الدولة رقم 23/ لسنة 1986، مذكور عند صبحي سلّوم، المرجع السابق، ص 179، وهذا المبدأ راسخ في الاجتهاد القضائي السوري، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 123/ في الطعن رقم 148/ لسنة 1984، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، لسنة 1984، ص 310.

التعديل، إلا أن المشرع السوري قد أحسن صنعا حين أعطى المتعاقد مدة تتناسب مع تنفيذ الكميات الزائدة، مما يقطع الطريق أمام كل جدل حول هذه الناحية، ويشكل في نفس الوقت ضمانا للمتعهد إزاء الإدارة والجزاءات التي يمكن أن تفرضها هذه الأخيرة في حالات التأخير.

ويبدو لنا أنه يقتضي أن يقابل حق الإدارة في تعديل العقد حق المتعاقد في الحصول على تعويض عادل جراء ما قد يصيبه من أضرار نتيجة استعمال الإدارة لهذا الحق، ولكن ما هو الأساس القانوني لهذا الحق المقرر للإدارة في التعديل الانفرادي للعقد؟ وما هي أهم الموضوعات التي يمكن أن يتناولها هذا التعديل؟ سنقوم بالإجابة على هذه التساؤلات مبينين آراء الفقه والقضاء في كل من الدول محل المقارنة وفق ما يلي:

الفرع الثاني- الأساس القانوني لنظرية التعديل الانفرادي:

إن الإدارة باعتبارها سلطة عامة تتمتع بسلطات استثنائية عند إبرام عقودها ليس لها ما يقابلها في القانون الخاص، وهذه السلطات متعددة المظاهر ومتباينة الأوضاع، ومن أهم مظاهر هذه السلطات حق الإدارة في إدخال تعديلات على شروط العقد في أي وقت بإرادتها المنفردة. والإدارة حين تتعاقد وتبرم عقداً إدارياً، لا ينبغي النظر إليها باعتبارها متعاقداً عادياً، ذلك أنها وهي تتعاقد لا تسعى إلى تحقيق غرض آخر سوى المصلحة العامة، بمعنى أن الإدارة تعاقدت لتحقيق المصلحة العامة، وهي وإن قامت بتعديل عقودها فإنه لتحقيق المصلحة ذاتها.

وسنبين في هذا الفرع الأساس القانوني لاستعمال الإدارة صلاحيتها في تعديل العقد الإداري في نظر الفقه والقضاء، ثم ننتقل لدراسة موقف التشريع من ذلك في الدول محل المقارنة:

أولاً- موقف الفقه والقضاء:

كان موقف كل من الفقه والقضاء في الدول محل المقارنة مبنياً على فكرتين أساسيتين أولهما فكرة السلطة العامة، وثانيهما فكرة حاجة المرفق العام وسنوضح ذلك بالتفصيل وفق ما يلي:

1- فكرة السلطة العامة:

اعتبرت فكرة السلطة العامة أساساً قانونياً لسلطة التعديل الانفرادي للعقد وكانت آراء بعض فقهاء القانون مماثلة للأحكام القضائية المقررة بهذا الشأن ويمكننا توضيح ذلك وفق التالي:

أ- موقف الفقه:

اتجه بعض الفقهاء في فرنسا ومصر إلى اعتبار فكرة السلطة العامة هي الأساس القانوني لسلطة التعديل استناداً إلى أن القرارات التي تصدرها الإدارة في مجال تعديل عقودها الإدارية تعتبر من أعمال السلطة العامة، وأن الإدارة لا تمارس بمقتضاها التزاماً تعاقدياً، وإنما تستخدم حقاً تتمتع به كسلطة إدارية، وهو

(أي الحق العام) من النظام العام⁽²⁸⁰⁾، وبذلك يغدو تعديل الإدارة لعقودها بإرادتها المنفردة مظهراً من مظاهر السلطة العامة تباشره الإدارة باستعمال امتياز من أهم امتيازات السلطة العامة، وهو امتياز التنفيذ المباشر⁽²⁸¹⁾.

ويرى الأستاذ "ثروت بدوي" أن فكرة السلطة العامة وما تتمتع به الإدارة من امتياز اتخاذ القرارات النافذة من تلقاء نفسها، وامتياز تنفيذ قراراتها تنفيذاً جبرياً في حال لم ينفذها الأفراد اختياريًا، هذه الفكرة هي التي تجعل سلطة التعديل سلطة فعلية لها آثارها العملية، فالإدارة بمقتضى حقها في اتخاذ قرارات ذات طابع تنفيذي وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر، تستطيع فرض التعديلات التي يقتضيها الصالح العام، وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغماً عن المتعاقد⁽²⁸²⁾، إلا أن هذا الرأي منتقد وشبه مهجور في الوقت الحالي في كل من فرنسا ومصر⁽²⁸³⁾.

وذهب رأي آخر إلى أن السلطة العامة تظهر عندما تستخدم الإدارة أساليب واختصاصات غير مألوفة في القانون الخاص، وتتضح مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري باشتمال العقد على شروط غير مألوفة في العقود المدنية⁽²⁸⁴⁾، والإدارة حين تلجأ إلى استخدام أساليب القانون العام فإنها تعبر عن اتجاهها إلى الظهور بمظهر السلطة العامة في العقد لا بمظهر الأفراد العاديين، ولقد بلغ الاهتمام بالشروط غير المألوفة في العقد إلى أن أصبح هو المعيار المميز للعقود الإدارية. وقد لا تمارس الإدارة مظاهر السلطة العامة بنفسها، بل قد تمكن المتعاقد معها من ممارستها في مواجهة الغير، ومثاله: سلطة الملّزم في فرض رسوم مقابل الخدمات التي قد يقدمها المرفق العام، كذلك سلطة الملّزم في نزع الملكية للمنفعة العامة، ومنها أيضاً منح المكاوّل في عقد الأشغال العامة سلطة شغل العقارات

(280) Chapus. R, Responsabilité public et Responsabilité privé, op. cit, p570.-
Pequignot. G, op. cit, p 367 ets.

وفي الفقه العربي: راجع د. أحمد عثمان عياد، رسالته سالفه الذكر، ص 143.
(281) يمكن تعريف امتياز التنفيذ المباشر بأنه: (حق الإدارة في أن تنفذ أوامرها على الأفراد بالقوة الجبرية، إذا رفضوا تنفيذها اختياريًا دون حاجة إلّ إذن سابق من القضاء) ، راجع: أ.د سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 634، وراجع أيضاً فيما يتعلق بامتياز التنفيذ المباشر: محمد كامل ليلة، رسالته عن التنفيذ المباشر، سبق ذكرها، ص 112، وأيضاً، د. مصطفى كامل وصفي، مقاله عن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإداريّة، السنة 13، العدد الأول، 1971، ص 143 وما بعدها.

(282) أ. د. ثروت بدوي، 1971، القانون الإداري، القاهرة، ص 136، د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 54.

(283) راجع هذه الانتقادات عند: أ. د عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 56، وفي الفقه الفرنسي:

Badaoui. s, Droit de l'administration de modifier ses contrats, Imprimerie Mondial, le caire, non daté, p65 ets.

(284) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص 62.

الخاصة، دون حاجة لموافقة أصحابها مقدماً⁽²⁸⁵⁾.

ب- موقف القضاء:

جاءت أحكام القضاء مشابهة لآراء الفقهاء بالاستناد إلى فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل الانفرادي للعقد، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر أن: (العقد المبرم بين الهيئة المدّعية والمدّعى عليها أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج فهو عقد خدمات لمرفق عام، إذ تلتزم بموجبه الجهة المدّعى عليها لقاء تحمّل الهيئة بنفقات تعليمها وإيوائها أن تلتحق بخدمة مستشفائها لمدة خمس سنوات التالية لإتمام دراستها.. وهذا الشرط في حد ذاته يعدّ من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، وبالتالي فإنّ العقد يكون قد اتّسم بالطابع المميّز للعقود الإدارية لاتصاله بمرفق عام وأخذ بأسلوب القانون العام فيما تضمّنه من شروط استثنائية)⁽²⁸⁶⁾.

ويتبيّن مما سبق أنّ هذا الرأي اعتبر أن الأساس القانوني لتعديل العقد الإداري يعتمد على ما للإدارة من سلطة عامة تمارسها من أجل تحقيق المصلحة العامة، وأخذة بأسلوب القانون العام، سواء كانت شروطاً منسجمة مع طابع السلطة العامة، أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وتكشف عن نيّة المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، والخضوع لمبادئه وأحكامه، وما تتضمّنه من عناصر السلطة العامة وامتيازاتها⁽²⁸⁷⁾. إلّا أنّه في الحقيقة لا يمكن للإدارة التقيّد بشكل غير محدود بعقود صارت غير نافعة، أو بشروط عقدية أصبحت غير متكيفة مع حاجات المرفق⁽²⁸⁸⁾. وبناءً على ذلك ننقل لدراسة الفكرة الثانية والمتعلّقة بحاجة المرفق العام كأساس لسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

2- فكرة حاجة المرفق العام:

يمكن تعريف المرفق العام بأنّه: " كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته، ويعمل بانتظام وإطراد، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجة العامة"⁽²⁸⁹⁾.

(285) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 69.

(286) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الطعن رقم /567/، جلسة 1967/12/30، السنة 13 ق.

(287) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، 2010، المرجع السابق، ص 241.

(288) Laubadère, Delvolvé, et Moderne, Traité des contrat, T2, op. cit, p402.

Forge. J. M, Droit administratif, paris, 1992, op. cit, p81.

Richer. L, les contrats administratifs, op. cit, 1991.

(289) محكمة القضاء الإداري المصري، الحكم في القضية رقم /983/ لسنة 9 ق، تاريخ 1957/6/30، سبق ذكره.

وأيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم /3968/ لسنة 35 ق، جلسة

1992/11/15، سبق ذكره.

وإن الصفات المميزة للمرفق العام، هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام أي أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة، أو تقديم خدمة عامة، إضافةً لأن يخضع في إدارته للسلطة العامة، بمعنى أن تكون لها الكلمة النهائية في إدارة المشروع وتنظيمه، أو أن يكون لها على الأقل الرأي النهائي فيما يتعلق بالمشروع وتنظيمه⁽²⁹⁰⁾.

وبذلك فلا يمكن للإدارة كما ذكرنا سابقاً التقيد بشكل غير محدود بعقود صارت غير نافعة، أو شروط عقدية غير متكيفة مع حاجات المرفق، ذلك أن العقد يرتبط بالمرفق العام الذي يتميز بقابليته للتغيير والتعديل، مما يعني أن يؤدي جمود هذا العقد لجمود المرفق، وانقلاب العقد الذي كان وسيلة لتسيير مهمة المرفق إلى قيد عليه⁽²⁹¹⁾.

وبالتالي فإن العملية التعاقدية الإدارية تتم على أساس انصراف نية الطرفين إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه تمنع الإدارة - باعتبارها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره بحق تعديل العقد - بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة.

والنتيجة الهامة المترتبة على ذلك أن الأساس القانوني للحق المقرر للإدارة في التعديل الانفرادي يرجع إلى مستلزمات المرافق العامة وتغييراتها المفاجئة وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة⁽²⁹²⁾.

أ- موقف الفقه:

ذهب رأي في الفقه إلى القول، بأن الإدارة حين تقدم على التعاقد فإن لها سلطة تعديل شروط التعاقد بالزيادة أو النقص، وذلك لأنه من القواعد الضابطة لسير المرافق العامة قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير، ولا يعقل أن تقف الإدارة مكتوفة الأيدي وتعجز عن تنفيذ واجباتها نحو تعديل نظام سير المرفق العام لمجرد أن المتعاقد معها قد فرض عليها بمقتضى العقد شروطاً تحول دون التغيير، وذلك يقتضي حق الإدارة في تعديل العقد الإداري في أي مرحلة من مراحل تنفيذه، وذلك حفاظاً على سير المرفق العام وتلبية للحاجات العامة⁽²⁹³⁾.

ويرى بعضهم الآخر أنه أصبح من المسلّم به حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، وفي مجال هذه السلطة احتياجات المرفق العام، ولا يمكن اعتبار سلطة التعديل مظهر من مظاهر السلطة العامة الممنوحة لجهة الإدارة، وإنما نتيجة مباشرة لفكرة مقتضيات حسن سير المرفق العام⁽²⁹⁴⁾.

(290) محكمة القضاء الإداري المصري، الحكم سالف الذكر.

(291) د. محمد مرغني خيرى، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1972، ص 360.

(292) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 221.

(293) د. محمود حلمي، العقد الإداري، 1977، (د.ن)، ص 70.

(294) أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 456.

وتأتي سلطة التعديل هذه للوفاء بحاجات المرفق العام، وذلك حتى تكون متماشية مع التطورات الحديثة، والتي قد يستلزمها مقتضى سير المرفق العام⁽²⁹⁵⁾.
يضاف إلى ذلك، أن قيام الإدارة بتعديل شروط عقدها يقوم على مقتضيات الصالح العام، وأن سلطتها في التعديل تستند كيانها وتؤسس على طبيعة استمرار المرفق العام بانتظام وإطراد وحتمية مسيرته لتلبية الحاجات العامة⁽²⁹⁶⁾، ومن ثم فإن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يقيم سلطة التعديل على أساس مزدوج من اعتبارات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة من ناحية، وامتنيازات السلطة العامة من ناحية ثانية (امتياز التنفيذ المباشر، امتياز السلطة الضبطية للعقد).
وفي الفقه العربي، يرى الدكتور "أحمد عثمان عياد"، أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، إنما هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، تباشره الإدارة باستعمال امتياز من أهم امتيازات السلطة التي تملكها، وهو امتياز التنفيذ المباشر، كما يرى بأن هذا الحق إذ يعتمد على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام فإنه يعتبر امتيازاً تعاقدياً متصلاً بالعقد، وليس مرتكزاً على سلطة الإدارة اللائحية أو قاصراً على ما يطلق بالشروط اللائحية⁽²⁹⁷⁾.

ب- موقف القضاء:

قضى مجلس الدولة المصري بأن: (سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد، أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن نظيرتها المدنية...) ⁽²⁹⁸⁾.
كما قضى أيضاً، بأن (طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرائق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام، وأن التعاقد في تلك العقود يتم على أساس انصراف نية الطرفين عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة. ومن شأن ذلك أن يكون لجهة الإدارة - وهي صاحبة الحق في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره - حق تعديل العقد - وبقتصر هذا التعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته ومقتضياته) ⁽²⁹⁹⁾.

(295) د. توفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 803، أ. د حسن درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، 1961، الطبعة الأولى، القاهرة (د.ن)، ص 48.

(296) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، 1993، المرجع السابق، ص 579.

(297) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 220.

(298) حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، القضية رقم/893، لسنة 7 ق، جلسة 1957/6/30.

(299) حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، القضية رقم /741/، لسنة 29 ق، جلسة 1973/3/22.

كما أكدّ القضاء الإداري السوري هذه الفكرة بوصفها أساساً قانونياً⁽³⁰⁰⁾. ونحن من جانبنا نؤيد أحكام القضاء بأنّ العقود الإدارية تتميّز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام، والذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجهة المصلحة العامة على مصلحة الأفراد، وما يترتب على ذلك من حق الإدارة في الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، إضافة لحقها الدائم في تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد تراه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ثانياً - موقف التشريع:

لقد ثبت حق الإدارة في تعديل العقد انفرادياً، وأصبح يشكّل قاعدة من القواعد الأساسية المطبقة في العقود الإدارية، سواء نصّ في العقد على ذلك أم لم ينص، والمستند القانوني لذلك مقتضيات المصلحة العامة، ويعدّ النص على ذلك في الشروط التعاقدية كاشفاً لهذا الحق وليس منشأً له، بحيث تستطيع الإدارة ممارسة حق التعديل حتى في حال خلو العقد من هذا الشرط كلّما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وقد نظّم هذا الحق بنصوص تشريعية، سواء في القانون المصري أو نظيره السوري⁽³⁰¹⁾، إلّا أنّه يلاحظ أنّ موقف كلّ من المشرع المصري في المادة /78/ من اللائحة الجديدة، وشقيقه السوري في المادة /65/ من المرسوم التشريعي رقم 1969/228 قد تناقض مع هذا الأساس القائمة عليه سلطة التعديل الانفرادي، حيث قام كلا المشرعين بتحديد هذا التعديل بنسب معيّنة مخالفين الأساس الذي يقتضي بأن مقدار التعديل ونوعيته إنّما هما رهينا حجم التغييرات في ظروف المرفق والذي أدى أساساً إلى هذا التعديل، فكيف يمكن للمشرّع أن يقتن مسبقاً هذه التعديلات في حدود نسب جامدة دون أدنى مراعاة للحقائق النسبية التي تنسم بها عملية التعديل الانفرادي القائمة على تقلبات حاجات المرفق الذي يتصل به العقد؟ على أيّة حال، فإنّ هذا الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي يؤدي إلى نتيجة مهمة مقتضاها أنّ التعديل الانفرادي لشروط العقد لا يتم ولا يطبق بدرجة واحدة في كل نماذج العقود الإدارية ذلك لأنّ هذه النماذج المختلفة لا تملك الدرجة نفسها من حيث الارتباط بالمرفق العام⁽³⁰²⁾.

(300) جاء في قرار لمجلس الدولة السوري أنّه: (يثبت حق الإدارة في التعديل باعتبار أنّ هذا الحق يتركز على سلطة الإدارة الضابطة لנاحية العد المتصلة بالصالح العام، فإذا أشارت نصوص هذا العقد إلى هذا التعديل فإنّ ذلك لا يكون سوى مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاعها وأحوال ممارستها، وما يضاف إلى ذلك بأنّ الإدارة نفسها لا يجوز لها التنازل عن ممارسة هذه السلطة، لأنّها تتعلق بالنظام العام)، رأي مجلس الدولة السوري رقم /23/ لعام 1986، مذكور في كتاب صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، دار الأنوار للطباعة، دمشق 1991، ص 179.

(301) نص المادة /62/ من القانون رقم (51) لعام /2004/، أيضاً، المادة /32/ من المرسوم رقم (450) المتضمن دفتر الشروط الناظم للقانون رقم (51) لعام /2004/.

(302) Laubadère-Delvolvé-et Moderne, Traité des contrats, T2, op. cit, p404.

فهناك عقود إدارية يتجسد محلها في تسيير المرفق أو المعاونة على تسييره، مما يستوجب مشاركة المتعاقد معها مباشرة في تسيير المرفق، كعقود الامتياز، والتي تقتزن فيها سلطة الإدارة في تعديل العقد انفرادياً مع سلطتها في إعادة تهيئة المرفق وتنظيمه، وتبرز في هذا المجال أيضاً عقود الأشغال التي تكون الإدارة فيها رب عمل، وتحرص دائماً على حسن التنظيم التقني للمشروع وخطوات سيره، وكذلك الحال مع عقود التوظيف والتي تنطوي على اشتراك مباشر للموظف المتعاقد في تسيير المرفق⁽³⁰³⁾.

وبالمقابل، فإنه توجد عقود لا تتصل مباشرة بالمرفق، ولا تشكل إلا أداءً بسيطاً مخصصاً لإشباع حاجات عامة مما يعني أن التعديل في هذه الحالة لا يكون تعبيراً عن سلطة إعادة تنظيم المرفق ذاته، لكن يمكن أن يبدو على الأقل نتيجة لإعادة هذا التنظيم مما يقتضي أن تكون سلطة الإدارة في التعديل - في هذه الحالة - أكثر تقييداً.

الفرع الثالث - شروط تطبيق نظرية التعديل الانفرادي:

هناك نوعان من الضوابط أو القيود التي عند قيامها بممارسة حقها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، أولهما ما يتعلق بقرار التعديل (أولاً)، وثانيهما ما يخص التعديل وموضوعه (ثانياً)، وسنبين هذين النوعين وفق ما يلي:

أولاً - الشروط المتعلقة بقرار التعديل:

يشترط لصحة قرار التعديل خضوعه لمجموعة من الشروط والإجراءات، سواء تعلقت بالقرارات الإدارية عامة، أو قرار التعديل الانفرادي خاصة، فالقرار المعدل يجب أن يكون في حدود المبدأ العام للمشروعية، مستوفياً كافة أركان المشروعية الإدارية، من اختصاص وشكل وإجراءات، إضافةً للشروط الأخرى التي وضعها التشريع والقضاء لصحة عملية التعديل، كشرط تغير الظروف، احترام المشروعية الإدارية، صدور قرار التعديل ضمن آجال تنفيذ العقد، وبذلك فإن الشروط المتعلقة بقرار التعديل هي ثلاثة: شرط تغير الظروف، شرط احترام مبدأ المشروعية الإدارية، وشرط النطاق الزمني.

1- شرط تغير الظروف:

يتعين لصحة تعديل الإدارة في بنود العقد الإداري توافر مبرر لهذا التعديل، بأن تستجد ظروف لاحقة لإبرامه من شأنها أن تقف حائلاً دون تحقيق المصلحة العامة⁽³⁰⁴⁾، مما يستوجب بالإدارة ممارسة سلطة التعديل⁽³⁰⁵⁾، بما ينسجم مع هذه

(303) Laubadère-Delvolvé-et Moderne, ibid, p 404.

(304) علي الفخام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ج م ع، 1976، ص 233.

(305) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 249.

الظروف الجديدة⁽³⁰⁶⁾، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إطلاق الحرية للإدارة في التحلل من التزاماتها الناشئة عن العقود، بحجة استعمال حقها في التعديل، وهو ما يتعارض مع المبادئ المسلّم في مجال التعاقد حيث يكون الالتزام متبادلاً⁽³⁰⁷⁾. ومن جانبه، يتطلّب القضاء الإداري شرط تغيّر الظروف لممارسة الإدارة سلطة التعديل، حيث يرى الأستاذ "علي الفخّام" أن دراسة قضاء مجلس الدولة الفرنسي توضح أن حق الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري يعود لفكرة المصلحة العامة وتغيّر الظروف⁽³⁰⁸⁾، وبذلك فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي لإمكانية تعديل الإدارة لعقودها بإرادتها المنفردة أن تكون ظروف التعاقد قد تغيّرت عمّا كانت عليه وقت إبرام العقد، بحيث تصبح شروط العقد غير متلائمة مع مقتضيات سير المرافق، واعتبارات الصالح العام. أمّا في حال لم تتغيّر الظروف فليس ثمة مبرر لتعديل العقد⁽³⁰⁹⁾، وبما لا يدع مجالاً للشك فإن الإدارة عند إبرامها لعقودها تضع الشروط التي تلائم سير المرفق العام في الظروف القائمة في ذلك الوقت، فإذا ما تغيّرت هذه الظروف بعد ذلك بحيث لم تعد تلك الشروط التي تقررت عند إبرام العقد ملائمة لحسن سير المرفق، فإنّه يكون لها حق تعديل هذه الشروط بما يحقق مصلحة المرفق تماشياً مع الظروف الجديدة⁽³¹⁰⁾، إذ إن تغيّر الظروف هو الدافع إلى تدخل الإدارة وإجراء التعديلات المناسبة في شروط العقد⁽³¹¹⁾، وبذلك فإن حق الإدارة في التعديل مقيد بأن تطرأ مستجدات وظروف بعد إبرام العقد تسوّغ هذا التعديل⁽³¹²⁾، بل أكثر من ذلك أن حق التعديل مرتبط بتغيّر الظروف التي تكون سبباً دافعاً إلى تدخل الإدارة لإجراء التعديلات الضرورية والمناسبة لشروط العقد. لكن ماذا لو اكتشفت الإدارة أنها أخطأت في تقدير المصلحة العامة بعد البدء بتنفيذ العقد، ليتبيّن معها أن العقد لا يتماشى مع الظروف الواقعية، مما يستدعي تعديله؟

تكون الإدارة هنا أمام تناقضين: أولهما وجوب تغيير العقد بما يماشي ضرورات حسن سير المرفق العام، وثانيهما عدم تغيّر الظروف التي تستدعي منها هذا التعديل، ولقد تنازع في هذه المسألة رأيان:

(306) د. مهدي مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 133.

(307) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 250.

(308) علي الفخّام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ج. م. ع، 1976، ص 270.

(309) علي الفخّام، المرجع نفسه، ص 280.

(310) د. أحمد عثمان عيّاد، المرجع السابق، ص 240-241.

(311) د. عبد الغني بسبوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 557.

(312) أ. د. فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، 1964، (د. ن.)، ص 1220.

الرأي الأول: بزعامة الأستاذ "ثروت بدوي" ويرى أنه: (إذا لم تقدر الإدارة مصالح الجماعة تقديرًا سليمًا، فإنها لا تستطيع أن تستند على خطئها وتفرض على متعاقداتها تعديل العقد في سبيل الاستجابة الأفضل لحاجات الجماعة، بل عليها أن تدرس حاجاتها جيدًا قبل أن تطرحها للتعاقد⁽³¹³⁾).

ويوافق في هذا الرأي الأستاذ الدكتور "فؤاد مهنا" حيث يرى أنه (إذا لم تتغير الظروف فليس ثمة مبرر لتعديل العقد، ومن ثم يكون من الواجب إلزام الإدارة باحترام الشروط كما تقررت عند إبرامه، وإن القول بغير ذلك يؤدي إلى إطلاق الحرية للإدارة في التحلل من التزاماتها التي تنشأ عن العقود، وهو ما يتعارض مع المبادئ المسلّم بها⁽³¹⁴⁾).

ومن جانبه يرى الدكتور "مهند نوح" موافقًا لهذا الرأي أن: (سلطة التعديل الانفرادي للعقد ميزة استثنائية تتمتع بها الإدارة أعطيت لمجابهة ظروف طارئة وغير متوقعة في أوضاع المرفق الذي يتصل به العقد، وإن سوء تقدير أوضاع المرفق لا توازي إطلاقاً الظروف الطارئة التي تمر بالمرفق، وإن القول بغير ذلك، وإعطاء الإدارة مكنة التعديل بسبب خطأ مردود عليها، يمكنها الاستفادة من خطئها مما يخالف القاعدة الأصولية "لا يصغى إلى قول من يستفيد من سوء عمله"، ومما يؤدي في النهاية إلى مخالفة قواعد حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية والتي حرص القضاء على صيانتها وحراستها⁽³¹⁵⁾).

وقد تعرض هذا الرأي للنقد من قبل أنصار الرأي الثاني، وذلك كما يلي:

الرأي الثاني: ويتزعمه الأستاذ الدكتور "سليمان الطمّاوي" والذي انتقد الرأي الأول بحجة تجاهله الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل الانفرادي، كونها مرتبطة بقواعد المرفق العام، وأبرزها قابلية هذا الأخير للتغيير في أي وقت، ويرى في هذا الصدد (..إذا أخطأت الإدارة في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة، فلم تقدرها التقدير السليم في العقد، فإنها تملك تعديل العقد بما يتفق مع الحاجات الحقيقية للمرفق العام، حيث إننا لسنا بصدد عقاب الإدارة عن خطئها⁽³¹⁶⁾..)، وقد لاقى هذا الرأي التأييد من قبل العديد من الفقهاء بما فيهم الأستاذ "علي الفخام" حيث يرى أنه: (مهما تكن الإدارة قد أخطأت، فلها دائماً مكنة التعديل⁽³¹⁷⁾).

(313) مذكور لدى، د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 134.
(314) ومن قبيل ذلك ما حكمت به المحكمة الإدارية المصرية: (إن العقود لا تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجب حسن النية)، حكمها في الطعن رقم 954-12ق- جلسة 1970/4/14، السنة الخامسة عشر، المبدأ 43، ص 366، ومذكور في مجموعة الخمسة عشر عاماً في العقود الإدارية، ص 277.

(315) أ. د فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، 1964، (د.ن)، ص 1220.

(316) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 134.

(317) علي الفخام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 281.

ويمكننا القول، أنه إذا ما طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف جديدة، وتدخلت الإدارة مباشرة لتدارك الأمر عن طريق إصدار قرار التعديل، فإن هذا القرار لا يكون مشروعاً ما لم يحترم مبدأ المشروعية الإدارية.

2- شرط احترام مبدأ المشروعية الإدارية:

أي صدور قرار التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية، وما دام أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي تتجسد ميدانياً في قرار التعديل، فلا بد من احترامه لمبدأ المشروعية⁽³¹⁸⁾، ومن ثم يتعين صدوره عن السلطة الإدارية المختصة بإجرائه⁽³¹⁹⁾، ووفقاً للإجراءات الشكلية المقررة، وفي إطار القواعد القانونية التي تحكم موضوع التعديل، وأن يكون الدافع من القرار تحقيق المصلحة العامة، مستنداً لسبب قائم ببرره، والمتمثل في تغير الظروف التي أبرم في كنفها العقد، وللمتعاقدين الحق بالتمسك ببطلان كل تعديل يتنم خلافاً لهذه القواعد⁽³²⁰⁾.

وبذلك، فليس لمهندس العقد المكلف بالإشراف على تنفيذه وفق شروطه المتفق عليها، وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في حدود تلك الشروط، أن ينفرد بتعديل العقد واستحداث التزامات مالية جديدة على عاتق الجهة الإدارية، وليس للمقاول أن ينسثر وراء تعليمات شفوية منسوب صدورها إلى مهندس العقد يتذرّع بها سبباً إلى تعديله وتحميل الجهة الإدارية التزامات مالية جديدة لا تنبثق عن العقد الأصلي، إذ أن مثل هذا التعديل لا غنى عن صدوره من جهة الاختصاص بإجرائه⁽³²¹⁾، ولا ينتج التعديل أثراً حتى تعبر الجهة الإدارية عن ذلك، ويشترط أن يكون هذا التعبير صريحاً، وإلا لم يعتد به، فالإدارة يجب أن تفصح عن إرادتها في استعمال حقها في التعديل بقرار صريح⁽³²²⁾، من خلال عبارات صريحة دون الحاجة لأي أدلة أو قرائن أخرى. فالإدارة المتعاقدة هي صاحبة الاختصاص الأصلي في تعديل عقودها، وهنا تثور مشكلة توزيع الاختصاص بين الإدارات المعنية، فعندما يكون الاختصاص بالتعاقد من صلاحية جهة ما فإنه لا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل لاحق على ذلك العقد، ولو تعلّق بأمر من شؤونها ما لم تفوض بذلك من قبل الإدارة المتعاقدة⁽³²³⁾.

-
- (318) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 253.
(319) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، دون طبعة وتاريخ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 224.
(320) أ. د سليمان الطمّاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 466، د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، المرجع السابق، ص 148، د. حسين عثمان عياد، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص 535.
(321) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 167.
(322) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 271.
(323) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، أثر التفويض في الإصلاح الإداري، مكتبة المدينة، 1977، ص 47.

ثانياً- الشروط المتعلقة بموضوع التعديل (محلّه):

تهدف الشروط المتعلقة بمحل التعديل إلى عدم تجاوز الإدارة حدود التعديل، مما يرهق المتعاقد ويفوق إمكانياته وطاقاته، إذ لا يجوز للإدارة الإفراط في السلطة الممنوحة لها إلى حد تغيير موضوع العقد الأصلي، أو قلب التوازن المالي للعقد، أو تجاوز النسب المحددة قانوناً، وبذلك تتجلى الشروط المتعلقة بموضوع التعديل في الآتي: عدم تغيير موضوع العقد، عدم قلب اقتصاديات العقد، وعدم تجاوز النسب المحددة وسنتناول هذه الشروط تباعاً وفق ما يلي:

1- عدم تغيير موضوع العقد:

ينبغي على الإدارة وقبل كل شيء أن تراعي الدقة لمعرفة ما تريد من التعديل على النحو الذي لا يفضي ذلك التعديل إلى مسخ العقد بإعطائه محلاً جديداً غير المحل الأصلي الذي اتجهت إليه إرادتا الطرفين أصلاً، كون المتعاقد قد تعاقد مع الإدارة على أساس معاونتها في موضوع معين، ومن ثم يبذل قصار جهده لسيّد حاجات المرفق العام المتّصل به العقد في حدود هذا الموضوع دون أن يتعدّاه، وبذلك تكون الإدارة ملزمة بالتقيّد بموضوع العقد وعدم الخروج عنه⁽³²⁴⁾، إلا أنه قد يثور التساؤل بخصوص هذا الشرط حول المعيار المعتمد لمعرفة ما إذا كانت الأعمال التي أضافها التعديل تدخل ضمن إطار العقد الأصلي أم لا، وقد أجاب الأستاذ علي الفحام على هذا التساؤل حيث يرى أن "ما يلقي على المتعاقد بعد التعديل يجب ألا يتجاوز الحدود الطبيعية والعادية في نوعها وأهميتها، أو بمعنى أخرى أن الإدارة يجب ألا تمسّ جوهر العقد ذاته بدرجة قد تغير من طبيعته فيصبح موضوعه وكأنه موضوع جديد، ويمكن أن يمثل المعيار في مدى الاتصال، أو الانفصال مع موضوع العقد، بمعنى أن التعديل ينبغي اقتصره على أعمال من ذات جنس ونوع وقيمة الأعمال المتعاقد عليها"⁽³²⁵⁾.

2- عدم قلب اقتصاديات العقد:

إذا كان تعديل العقد حقاً للإدارة تستعمله في إطار المشروعية متى اقتضت الظروف ذلك، فإن هذا الحق يجب ألا يتعارض مع واجبها في ضمان التوازن المالي للعقد⁽³²⁶⁾، ذلك أن المتعاقد قد أقدم على إبرام هذا العقد أخذاً في حسبانها اعتبارات مالية، وتقنية معينة، ومن ثم لا تملك الإدارة إحداث تعديلات من شأنها

(324) أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 237.

(325) علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 261، ولمزيد من الإيضاح يقدم الفقهاء الأمثلة عن تغيير موضوع العقد مثل أن يلزم قرار التعديل المقاول بأعمال مختلفة من الأعمال موضوع العقد، وتقع على بعد 3 كيلومترات عن موقع الأعمال الأصلية.

(326) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 254.

قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب⁽³²⁷⁾، وكلُّ تعديل على خلاف ذلك يعطي المتعاقد الحق بطلب فسخ العقد، أو الامتناع عن تنفيذه، أو طلب التعويض عمّا لحقه من خسارة، وفاته من كسب، وقد أقرّ مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط في إحدى قراراته⁽³²⁸⁾، كما أفتت به الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع حيث قررت: (..أن الجهة الإدارية تملك أن تعدّل في شروط العقد دون أن يتمسك الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حدّ مسخ العقد بأكمله..)⁽³²⁹⁾.

3- شرط النطاق الزمني:

يبدو مؤكداً، أن قرار التعديل يجب أن يكون متزامناً مع سريان العقد الإداري، لأنه متى انتهى تنفيذ العقد وانقضت التزامات المتعاقد مع الإدارة، فلا يحقُّ لها طلب التعديل وإنّ أيّ طلب من هذا القبيل يعتبر بمثابة تعاقد جديد، كون التعديل هو امتداد لعقد قائم بزيادة التزامات المتعاقد، أو إنقاصها، ومن ثمّ فإنّ طلب التعديل بعد انقضاء العقد يعتبر طلباً غير ذي محل⁽³³⁰⁾.

الفرع الرابع- نطاق سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري:

تملك الإدارة بصفة انفرادية سلطة تعديل بعض بنود العقد أثناء التنفيذ، حتى لو لم يرد نص في العقد يخوّلها ذلك، بل إنّ هذه السلطة تعدّ من أهم خصائص العقد الإداري المميزة له عن عقود القانون الخاص الخاضعة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ومما لا شكّ فيه، أنّ سلطة التعديل الانفرادي، وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية، إلّا أنها ليست مطلقة بل تردّ عدة قيود⁽³³¹⁾، مما دفع بالفقيه "Laubadère" إلى القول أنّ: (تحليل المعطيات القضائية يوصل إلى مفهوم ثابت، هو أنّ مظاهر سلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة لها مدى أقل اتساعاً عمّا

(327) أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 467، أ. د محمد مرغني خيري، التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، المرجع السابق، ص 360، أ. د عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإداري ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1997، ص 94، أ. د محمد سعيد أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 122. وفي الفقه الفرنسي:

Laubadère- Deivolvé-et Moderne, Traité de contrats, op. cit, p 406.

Guibal. M, Mémento, op. cit, p 203.

(328) C. E. 14/3/1980, S. A Compagine industrielle de travaux electrice et mecanique, citebpar, Patrick Schultz, p146.

(329) فتوى الجمعية العمومية رقم 540/ بتاريخ 1993/6/1، جلسة 1993/5/16، ملف رقم 21/2/78، مذكور عند المستشار عليوة فتح الباب، المرجع السابق، ص 243، وأيضاً، د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 136.

(330) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 248.

(331) علي الفخام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 232.

يبدو عليه بصفة عامة⁽³³²⁾. حيث يبدو جلياً من خلال دراسة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد أن لها الكثير من الحدود التي تعمل على إعطائها حيزاً محدداً لا يجوز تجاوزه لعدد من الاعتبارات، ويبقى للإدارة سلطتها في ذلك الحيز المسموح لها به.

وتستدعي دراسة نطاق سلطة التعديل الانفرادي التطرق لمجالات أعمال هذه السلطة (أولاً)، ثم القيود الواردة عليها (ثانياً).

أولاً - مجالات أعمال سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري:

إن استخدام الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي يعود لمتطلبات المرافق العامة، والتي تتسم بالمرونة والتغيير، وهذا يعني وجوب اقتصار هذه السلطة على الشروط التنظيمية التي تخدم المرفق العام، أي النصوص العقدية المتصلة بالمرفق العام واحتياجاته، فستطيع الإدارة تعديل شروط العقد، وإضافة شروط جديدة كلما تبين لها أن ذلك يعتبر أكثر اتفاقاً مع الصالح العام. ويتضمن العقد الإداري شروطاً تنظيمية وشروطاً مالية ندرسها تباعاً:

1- الشروط التنظيمية:

وهي تلك الشروط المتعلقة بسير المرفق العام والخدمات التي يقدمها للمنتفعين⁽³³³⁾، وأسلوب العمل بالمرفق، وما يتعلق بذلك من شروط تنفيذ العقد، ومواعيد تنفيذه، والشروط الفنية والإدارية للتنفيذ، والتي تؤثر في استمرار العمل في المرفق العام وانتظامه، فكيف يمكن للإدارة بسط نفوذها على الشروط المتعلقة بالمرفق العام دون سواها من خلال التعديل الانفرادي للعقد الإداري؟

يبدو أنه على الإدارة - في معرض تنفيذها لعقودها الإدارية - قصر هذا التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، أي تلك الشروط المحددة للالتزامات الواجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق العام، نظراً لارتباط سلطة التعديل الانفرادي باحتياجات المرفق العام⁽³³⁴⁾، لكن كيف يمكن تمييز الشروط المتصلة بالمرفق العام والجائز تعديلها من الشروط الأخرى التي لا تتعلق بالمرفق العام؟

يمكن التعرف على الشروط المتعلقة بالمرفق العام من خلال تمييزها من تلك الشروط الأجنبية عنه، فكل شرط لا صلة له بالمرفق العام لا يمكن تعديله، وقد استقر الفقه والقضاء على أن الشروط التي تعتبر أجنبية أو دخيلة على المرفق العام

(332) A. de laubadère, Du pouvoir de l' administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, R. D. P, mars, 1954, p57.

(333) علي الفخام، المرجع نفسه، ص 236.

(334) أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 231.

هي الشروط المتعلقة بالمزايا المتفق عليها للمتعاقد، وبذلك فهي شروط تخصّ المزايا والضمانات المقررة للمتعاقد دون أن تؤثر في سير المرفق العام، أو تنظيمه.

2- الشروط المرتبطة بالمزايا المالية:

وهي تلك الشروط المتعلقة بحقوق المتعاقد مع الإدارة، كالقروض والمساعدات المالية التي تلتزم الإدارة بتقديمها له. فكما هو معروف أنّ المتعاقد مع الإدارة يهدف إلى تحقيق الربح المادي، وهذا الهدف بحد ذاته مشروع مما ينبغي على الإدارة احترامه، طالما أنّ المتعاقد قد وضع كافة إمكانياته المادية والفنية كافة من أجل تنفيذ العقد، وعلى هذا الأساس إذا كان بمقدور الإدارة تعديل شروط العقد الإداري، خاصة ما اتصل منها بالمرفق العام، فليس باستطاعتها أن تتناول بالتعديل النصوص المتعلقة بالمزايا المالية التي يستفيد منها المتعاقد حرصاً على مصلحته الخاصة. ويعود مردّ هذا المنع لكون الشروط الخاصة بالناحية المالية في العقد الإداري هي شروط تعاقدية تتصل بأهم حق للمتعاقد على الإطلاق وهو حق اقتضاء المقابل المالي⁽³³⁵⁾، وتعديلها بإرادتها المنفردة إضراراً بالمتعاقد مع الإدارة، لما يترتب عليها من إخلال بالتوازن المالي للعقد، ولهذا فإنّ حرص الإدارة على انتظام سير المرافق العامة يتجلى في كثير من الأحيان بإجراء التعديل لعقودها دون المساس بالمركز المالي، فضلاً عن ذلك، تهتم بالجانب المالي للمتعاقد عند إجراء التعديل، وأحقّيته في المطالبة بالتعويض المناسب، ولقد كرّس القضاء الإداري مبدأ عدم جواز التعديل الانفرادي للشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد، ففي فرنسا أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في قرار *le Couteur et sloan* أنّ الإدارة لا يحق لها أن تعدل انفرادياً الثمن المتفق عليه⁽³³⁶⁾.

ثانياً- القيود الواردة على سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري:

إنّ سلطة التعديل الانفرادي شاملة، لكنّها ليست مطلقة، يتمّ تقييدها بشكل عام، إمّا لطبيعة العقود محل التعديل، وإمّا بشكل تعاقدية من خلال وجود شرط عقدي يمنع هذا التعديل⁽³³⁷⁾، ومن ثمّ فلا بدّ من دراسة القيود العامة الواردة على سلطة التعديل الانفرادي، ثمّ القيود الاتفاقية على التوالي:

(335) علي الفخام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 256.

(336) C. E, 2/6/1937, Chouvel, rec, 546، مذكور لدى علي الفخام، سلطة الإدارة في تعديل

العقد الإداري، المرجع السابق، هامش رقم 95، ص 252.

(337) يلاحظ أنّ الفقه في مصر يجمع على أن سلطة التعديل الانفرادي تشمل جميع العقود الإدارية دون

استثناء، راجع: أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 469، أ. د عمر حلمي،

سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، المرجع السابق، ص 63، د. إبراهيم محمد عبد الحليم، أثر

العقود الإدارية بالنسبة للغير، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1994، ص 34.

1- القيود العامة للتعديل الانفرادي للعقد الإداري:

تتميّز بعض العقود الإدارية بصفة خاصّة تحول دون إمكانية تعديلها، وهذان النوعان هما عقد تقديم المعونة، والعقد المبرم بين الأشخاص العامة لتوزيع الاختصاص أو تنسيقه⁽³³⁸⁾.

أ- عقد تقديم المعونة:

وهو العقد الذي يمكن من خلاله لشخص خاص أو عام أن يقدم للإدارة مساهمة مالية، أو أحياناً خدمات شخصية تمكنها تنفيذ أشغال عامّة⁽³³⁹⁾، وما دام أن الالتزام الرئيسي المترتب على مثل هذه العقود يتمثل في دفع مبلغ من المال من جانب مقدّم المعونة، فإن كل تعديل انفرادي للعقد سيغيّر في التوازن المالي للعقد دون ريب، وهذا مخالف لما أقرّه مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل، من عدم جواز المساس بالمعادلة الأوليّة لعقد تقديم المعونة، وبالتالي لا يجوز إعمال سلطة التعديل الانفرادي على هذا النوع من العقود، وكلّ خرق لذلك عن طريق التعديل الانفرادي للعقد، يقود إلى عدم مشروعية القرارات الصادرة بالتعديل⁽³⁴⁰⁾.

ب- العقود المبرمة بين الأشخاص العامة:

يحدث أن يبرم العقد الإداري بين شخصين من أشخاص القانون العام، كالاتفاقات التي تبرم بين الجماعات المحلية والدولة بهدف توزيع الاختصاصات بين المحليّات والسلطة المركزية، أو التنسيق في ممارسة الاختصاصات ضمن نطاق المرافق ذات الطبيعة الواحدة، ونظراً لاعتبار مجلس الدولة الفرنسي هذه الاتفاقات من قبيل العقود الإداريّة، يمكن التساؤل عن إمكانية قيام أحد أطراف العقد بتعديله انفرادياً؟

لقد منع مجلس الدولة الفرنسي ذلك مقررّاً بشكل صريح (..أن الأطراف في هذه العقود لا يمكن أن يتمتّعوا بالسلطات المعروفة للإدارة في نطاق عقودها الإداريّة، وإن سلطة التعديل الانفرادي في هذا النوع من العقود لا يملكها أي من

(338) راجع ما سبق ذكره، ص 102 وما بعدها.

(339) د. مهني نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 262، أ. د. محمد الحسين، د. مهني نوح، العقود الإداريّة، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها، وفي الفقه الفرنسي:

Laubadère, Delvolvé, et Moderne, op. cit, p276

وفي الفقه العربي:- أ. د سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 143.

- أ. د محمد سعيد أمين، فكرة العقود الإداريّة وأحكام إبرامها، 1992، المرجع السابق، ص 200، وراجع التعريف الذي قدمته المحكمة الإداريّة العليا المصريّة لهذا العقد في حكمها الصادر في الطعن 323، تاريخ 1980/3/51، مجموعة المبادئ القانونيّة التي أقرتها المحكمة الإداريّة العليا في 15 عاماً من 1965 إلى 1980، الجزء الثاني، 1983.

(340) C. E, 11-7-1941, Hôpital- Hospice de Chaauny, préctité.

الطرفين المتعاقدين..)⁽³⁴¹⁾ ويتجلى الأساس القانوني لاستبعاد هذه العقود من الخضوع لسلطة التعديل الانفرادي فيما يلي:

- إن محل هذه العقود يتعلّق بتنظيم المرفق العام، وتحقيق التعاون وتوزيع الاختصاص للنهوض بعبء مرافق معينة، أو تحقيق الانسجام في ممارسة الاختصاصات ضمن المرافق المتشابهة، لتنظيم هذا المرفق وتعديل شروطه انفرادياً، سيكون عكس مصلحة هذا التعاون⁽³⁴²⁾.

— تقوم العقود الإدارية التي تيرم بين الأشخاص العامة على مبدأ المساواة القانونية، والتي تعتبر من المبادئ الجوهرية لنظام العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص العامة، فكما يلاحظ أن هذه العقود المتعلقة بالتنسيق في ممارسة الاختصاص ضمن المرافق المتماثلة، قد ظهرت بعد صدور القوانين المتعلقة باللامركزية في فرنسا سنة 1982، تلك العقود التي ألغت نظام الوصاية على الجماعة المحلية، وهي حين ألغت نظام الوصاية هذا، فإنها قد أوجدت بين الأشخاص العامة كافة نوعاً من المساواة القانونية، وهذه المساواة القانونية قد أدت بدورها إلى استبعاد القواعد العامة المطبقة في نطاق نظرية العقود الإدارية، والناجمة أساساً عن انعدام المساواة بين الإدارة كشخص عام والأفراد⁽³⁴³⁾، وقد عبر الأستاذان *Fatome* و *Moreau* عن ذلك بوضوح:

(..حيث إن الأشخاص العامة متساوية، فإن القواعد العامة المعروفة في العقود الإدارية لا يمكن تطبيقها على العلاقات بين الأشخاص التي يتمثل الهدف منها إقامة علاقات تعاون لا علاقات خضوع بعد إلغاء الوصاية)⁽³⁴⁴⁾. ويؤيد من جانبه الأستاذ *Rolin* في رسالته وجهة النظر هذه، معتبراً أن تفوق أحد أطراف العقد في نطاق العلاقات التعاقدية المبرمة بين الأشخاص العامة، يعتبر مخالفة صارخة لما توصل إليه المجلس الدستوري الفرنسي من وجوب تطبيق مبدأ المساواة في كافة العلاقات بين الأشخاص العامة، ولاسيما في نطاق العلاقات بين الدولة والجماعات المحلية⁽³⁴⁵⁾، ويقتضي التنويه أخيراً، أنه يتوجب عدم الخلط بين عقود تنسيق الاختصاصات في إدارة المرافق العامة المتماثلة، وعقود تفويض المرافق العامة والتي يكون طرفها شخصان عامان، حيث يكون محل العقد في

(341) C. E, 13-5-1992, Ville d' Ivry sur Seine, A. J. D. A, 1992, p480, Chro Maugué et Schwartz.

(342) Rolin, op. cit, p434.

(343) Rolin, op. cit, p434.

(344) Fatome. E et Moreau. J, Les relation contractuelles entre collectivités publiques, 'l analyse juridique dans le cadre de décentralitation, A. J. D. A, 1990, p142 ets.

(345) Rolin, op. cit, p466.

وراجع حكم المجلس الدستوري الفرنسي رقم 358-94 تاريخ 1995/1/6، منشور في المجلة الفرنسية للقانون الإداري، 1995، ص 876.

الحالة الثانية ممارسة مهمة تدخل في اختصاص إحدى الجماعات العامة من جانب شخص آخر، وليس تنسيقاً في ممارسة الاختصاص بينهما، وبناء عليه، إذا أبرم عقد تفويض مرفق عام (كالالتزام مثلاً) بين شخصين عامين فإنه تعود للشخص العام المانح جميع السلطات التقليدية، وعلى رأسها سلطة التعديل الانفرادي للعقد، إذ إنه في هذه الحالة يتوجب تدخل الشخص العام وتعديله للعقد، ضماناً لسير المرفق الممنوح⁽³⁴⁶⁾.

2- القيود الاتفاقية الواردة على سلطة التعديل الانفرادي:

نظراً لاعتبارات عدة، قد تطرأ على سلطة التعديل الانفرادي بعض القيود الاتفاقية نوردها تباعاً وفق ما يلي:

أ- عقود الدولة:

عملاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وتضمن أغلب العقود الإدارية بنوداً تنص صراحةً على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، ليس لمجرد التكريس فقط، بل لتنظيمها وتضع للإدارة قيوداً لا يمكن تجاوزها، وتدرج مثل هذه الشروط في العقود الإدارية الدولية.

ونظراً لازدياد أهمية الاستثمار الأجنبي الخاص، ودوره في عملية التنمية، خاصة بعد التغييرات الكبيرة التي طرأت على النظام المالي الدولي في أعقاب أزمة المديونية الخارجية خلال عقد الثمانينات، فقد أخذت معظم الدول النامية تسعى اتجاه جذب هذا النوع من الموارد الأجنبية لمساعدتها في تمويل مشاريعها في مواجهة بعض مشكلاتها الاقتصادية الملحة⁽³⁴⁷⁾، ولذلك فقد اتجهت هذه الدول إلى تشجيع المستثمر الأجنبي، وإكرامه وإفادته، وكان العقد من أهم أساليب جذب رؤوس الأموال الأجنبية⁽³⁴⁸⁾.

وفي ظل مثل هذه العقود تختلف المصالح، فهناك من جهة مصلحة الدولة النامية المتجسدة في تأمين استقرار رؤوس الأموال الأجنبية في سبيل إنعاش اقتصادياتها الناشئة، وإن تناقض ذلك مع سيادتها أحياناً، ومن جهة أخرى مصلحة المستثمر الأجنبي المتمثلة في وجوب تحقيق أعلى مردود من نشاطه ضمن الدولة النامية المتعاقدة، ونظراً لاختلاف المصالح في هذه العقود يختلف أيضاً ميزان القوى، فإذا كانت الدولة المتعاقدة تملك كل مظاهر السيادة التي تمكنها من فرض قوانينها وإرادتها على إقليمها، إلا أن هذه السلطة تظل شكلية في مواجهة السلطات

(346) Rolin, op. cit, p466.

(347) د. علي ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص4، وراجع في شرح أزمة المديونية وإشكالية التنمية: أ.د حازم البيلالي، النظام الاقتصادي الدولي المعاصر، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، مايو، 2000، ص 106.

(348) د. علي ملحم، المرجع السابق، ص96.

الاقتصادية الهائلة التي يملكها المشروع الأجنبي، والتي تخوّله فرض شروطه وإرادته من الناحية الواقعية⁽³⁴⁹⁾.

وبذلك فقد درجت الدول المختلفة - ومنها مصر - على إبرام عدد من عقود امتياز الأشغال العامة، والتي تهدف إلى تشييد مقومات البنية الأساسية برؤوس أموال أجنبية، مقابل منح امتياز استثمار هذه المشاريع الكبرى لمدد زمنية تتناسب ورؤوس الأموال الموظفة، ونتيجة لذلك ظهرت عقود تتوافر فيها مقومات العقود الإدارية، إلا أنها تنطوي على عنصر أجنبي متمثل بالمستثمر الأجنبي، وجرى الفقه على تسميتها بالعقود الإدارية الدولية أو بعقود الدولة⁽³⁵⁰⁾.

ويميز الدكتور سلامة فارس عرب بين عقود الدولة والعقود الداخلية الإدارية، فيعد العقد داخلياً إذا كانت كل عناصره ترتبط بنظام قانوني وطني واحد، ومثاله العقد الذي تكون عناصره جميعها (من محل وأطراف) مصرية، فهو عقد مصري صرف، يخضع للنظام القانوني المصري حصراً، أما عقود الدولة فهي تلك التي تبرمها الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام، مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية - غالباً ما يكون شركة متعددة الجنسيات - وفي نطاق هذه العقود يمكن تحديد القانون واجب التطبيق عليها عن طريق الاتفاق المشترك الصريح، أو الضمني، وقد ثارت مشكلة في هذا النطاق، تتعلق بضرورة معرفة القانون الذي يعطي أطراف العقد الدولي حق اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم، ومن هنا جاءت فكرة النظام القانوني القاعدي المتجسدة عند الأستاذ *Weil.P*⁽³⁵¹⁾.

ب- خصائص عقود الدولة:

تتميز عقود الدولة بمجموعة من الخصائص لا نجد لها نظيراً في العقود الإدارية وفقاً لنظريتها المعروفة، ومن أهمها تلك الخصائص التي تتعلق بتنشيت العقد، بحيث لا تستطيع الدولة التعديل في الأوضاع القانونية للعقد، لا بإرادتها المنفردة باعتبارها سلطة تنفيذية، ولا على أساس الطريق التشريعي على أساس

(349) راجع مقال الأستاذ الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض عن عقود التنمية والتحكيم الدولي (بالفرنسية)، والمنشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الثاني والأربعون، 1986، ص 255.

(350) د. محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 54، وكذلك: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، دراسة لأثر الطبيعة القانونية الجديدة على الأحكام الخاصة بها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، 2000، ص 21.

(351) د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 199 وما بعدها، وراجع في تحديد مفهوم عقود الدولة بشكل عام: - أ.د. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 27 وما بعدها. ويلاحظ أن البعض يطلق على مثل هذه العقود عقود التنمية *Les contrat de developpement* نظراً للدور الاقتصادي الذي تلعبه هذه العقود، والنتائج أساساً عن تراجيدياً تقسيم العالم إلى دول الشمال الصناعية المتخمة، ودول الجنوب المحرومة على حد تعبير الأستاذ الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص 253.

كونها سلطة تشريعية، وقد أطلق على الشرط الذي تتضمنه الحالة الأولى شرط عدم المساس بالعقد ، وأطلق على الشرط الذي يفرض الحالة الثانية شرط الثبات التشريعي، وعلى الرغم من أن هذه الشروط التي تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي، وتجميد القانون من حيث الزمان تختلف من الناحية النظرية عن الشروط التي تهدف إلى عدم المساس بالعقد، فإن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي قد يتضمن كلا الشرطين في العقد ذاته، وإذا ما احتوى العقد كلا الشرطين فإن التفرقة بينهما تبدو أقل وضوحاً، وذلك لأن شروط الثبات التشريعي تهدف في نهاية المطاف إلى عدم المساس بالعقد، إذ أنها تسعى إلى عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون عليه، كما أن شرط الثبات نفسه لا يحقق الأمان القانوني، إلا إذا كان من غير الممكن المساس به⁽³⁵²⁾.

فحين وفدت الشركات الأجنبية إلى الدول المحكومة بحاجاتها الاستثمارية كان يهتمها الحفاظ على مكتسباتها الاستثمارية - الناجمة عن العقود التي تبرمها مع الدول المضيفة - عبر الزمان، وذلك عن طريق تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومن ثم غل يد الدولة عن المساس بالتوازن العقدي، ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة من ناحية، وتأكيد عدم سريان أية تعديلات، أو تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الأجنبي من ناحية أخرى، فلا تسري على هذه العقود التشريعات الجديدة أيّاً كان وضعها، ولا تستطيع الدولة التدخل في تعديل العقد انفرادياً على الرغم من التغيير غير المتوقع في ظروف المرفق المتصل به العقد⁽³⁵³⁾.

ت- موقف الفقه والقضاء من الشروط الخاصة بعقود الدولة:

لقد ثار جدال عنيف في الأوساط الفقهية والقضائية حول مدى صحة الثبات ومشروعيته سواء التشريعي منه، أو عدم المساس بالعقد، حيث دافع البعض عن هذه الشروط محتجين بذاتية شروط الثبات واستقلاليتها عن كل نظام قانوني، فهي صحيحة في ذاتها دون الرجوع إلى أي نظام قانوني آخر يقرر هذه الصحة، ذلك أنه يحكم عقود الدولة قانون ليس في سلطة أحد تعديله، أي قانون مستقل بذاته ينشئه الاتفاق ذاته، فطالما أن العقد شريعة المتعاقدين، وتم الاتفاق على هذه الشروط من جانب الطرفين بشكل نهائي، فلا مجال لخرقها من قبل الدولة بإرادتها المنفردة أو بالطريق التشريعي⁽³⁵⁴⁾.

وذلك كون المبرر العام لتجميد قانون العقد في لحظة الإبرام، متمثلاً في تماشيه مع فلسفة قاعدة تنازع القوانين في العقود، وبذلك فجوهر تلك القاعدة أن

(352) أ. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 327.

(353) أ. د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 331 وما بعدها.

(354) أ. د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 344. د. محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع

السابق، ص 261.

تطبيق ذلك القانون يجد مصدره، وأساسه المباشر في إرادة الأطراف، فالقانون المختص هو ذلك الذي يريده الأطراف ويرغبونه، وهنا يلاحظ أن القواعد التي تطرأ على القانون المذكور، بعد إبرام العقد، لم يردّها الأطراف، ولم تنصرف إليها نيّتهم، وتطبيقها عليهم، رغم ذلك، يعني تطبيق قانون آخر، غير قانون الإرادة، وهذا يكون غير مقبول في مجال العقود الدولية، حيث إن ما يجب اعتباره دائماً، هو ما أراده الأطراف فقط⁽³⁵⁵⁾.

أما الجانب الآخر من الفقه فكان معارضاً لشروط الثبات، منطلقاً من أن هذه الشروط تتناقض ومبدأ سيادة الدولة المتعاقدة على مصادر الثروة الطبيعية على أرضها خصوصاً، ومع حقوقها المستمدة من القانون الدولي والوطني⁽³⁵⁶⁾، وتتنافى - في الوقت ذاته - مع الحقيقة الجوهرية التي كان المتعاقد الأجنبي متيقناً منها عند إقدامه على التعاقد، والمتمثلة بكونه قد تعاقد مع دولة ذات سيادة، والتي يجب أن تجذبه إلى دائرة القانون العام، لا أن يقوم هو بجذبها إلى دائرة القانون الخاص⁽³⁵⁷⁾. وحاول الاتجاه الفقهي الثالث التوفيق بين الاتجاهين السابقين، مقترحاً التمييز بين كون العقد متمركزاً في النظام القانوني الوطني باعتباره القانون واجب التطبيق عليه، وكونه متمركزاً في القانون الدولي ويستمد منه قوته وتطبق عليه أحكامه، ورتّب على خضوع العقد للقانون الوطني خضوع شروط الثبات لهذا القانون، واختصاصه وحده بتحديد مدى صحة هذه الشروط، كما رتّب على خضوع العقد للقانون الدولي اختصاص هذا القانون وحده في تحديد مدى القوة الملزمة لشروط الثبات، ونطاق الالتزامات والآثار الناجمة عن مخالفتها وعدم احترامها⁽³⁵⁸⁾. وفي الواقع، إن وجود شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد ضمن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي قد دفع جانباً من الفقه المصري إلى القول أن نظرية العقد الإداري المعروفة قد أصبحت في مهب الريح، أو في أحسن الأحوال، إن وجود مثل هذه الشروط سوف يؤدي إلى إيجاد عقود ذات خاصية مركبة تقف على الحدود المشتركة بين العقود الإدارية والعقود المدنية⁽³⁵⁹⁾. ويرى الدكتور "مهّد نوح" أن هذا التوجه يحمل قدراً من المبالغة للأسباب التالية:

- إن العقود الإدارية الدولية تبقى محدودة بالنسبة لمجمل العقود التي تبرمها الأشخاص العامة على المستوى الداخلي، وهي تكاد تنحصر في عقود الأشغال

(355) أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ص 328.

(356) أ. د. حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه ص 325، وما بعدها.

(357) أ. د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 324.

د. محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع نفسه، ص 161.

(358) د. محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع نفسه، ص 164.

(359) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 80.

العامّة دون بقية العقود الإداريّة الأخرى، وبذلك تبقى العقود الإدارية الداخليّة هي القاعدة، والعقود الإدارية الدولية هي الاستثناء مما يمتنع معه تعميم حكم الاستثناء مما يمتنع معه تعميم حكم الاستثناء على القاعدة.

- لا يمكن التذرع بمصلحة المستثمر الأجنبي - التي يجب مراعاتها لضمان استقرار الاستثمارات - في سبيل تبرير شروط عدم المساس بالعقد، لأنّ استخدام الإدارة لحق التعديل الانفرادي تؤطره وتحكمه شروط معيّنة تمنع أيّ تعرّض للحقوق الماليّة للمتعاقد مع الإدارة، وتخول هذا المتعاقد المطالبة بالتعويض العادل استناداً إلى نظرية التوازن المالي للعقد، ففي فرنسا ذلك البلد العضو في الاتحاد الأوروبي لم تثر مشكلة تفوق إرادة الإدارة في تحديد معطيات العقد، على الرغم من أن المبدأ الساري لدى كل دول الاتحاد الأوروبي تقريباً هو مبدأ القوّة الإلزامية للعقود أيّاً كانت⁽³⁶⁰⁾، بل السائد حالياً في أوربة أن الامتيازات التي تتمتع بها الإدارات وفقاً للنظرية الفرنسية في العقود الإدارية لا تتعارض مع مبدأ الأمن القانوني وما يستلزمه من استقرار العلاقات القانونية ودوام الالتزامات التعاقدية المدرجة في العقود التي تبرمها الإدارة⁽³⁶¹⁾.

- إنّ التعديل الانفرادي لا يشكل تجاوزاً على المبدأ العقدي، لأنّ العقد ليس إلا وسيلة اجتماعية نافعة وعادلة، وعندما تقوم الإدارة بتعديل عقدها المبرم مع الغير، فإنّها تقوم به في سبيل تحقيق منفعة اجتماعية، وذلك دون الإخلال بالعدالة العقدية المتمثلة في إعادة التوازن المالي للعقد على النحو المذكور سابقاً، مما يحقق في النهاية مبدأ العدالة التبادليّة الذي هو غاية كل عقد مهما كان النظام القانوني المطبق عليه⁽³⁶²⁾.

- إنّ العقد الإداري يعدّ شريعة المتعاقدين، من حيث الأصل، وبالتالي فإنّ وضع شروط عدم المساس بالعقد إنّما هو عودة للأصل المعروف عن الاستثناء الطارئ (التعديل الانفرادي)، وحتى وجود حاجة للتعديل، فإنّ الموقف المعاصر في فرنسا - كما سنرى سابقاً - يتجه نحو التعديل الاتفاقي عن طريق الملاحق، على مستوى جميع العقود الإدارية، بحيث لا يأتي التعديل الانفرادي إلا كعلاج أخير.

(360) Terneyre.PH,L' influence du droit communautaire sur droit des contrats administratifs, A. J. D. A, 1996, p90.

(367) Pacteau. B, La securit Juridique- un principe qui nous manqué? A. J. D. A, 1995, p151361.

Sinkondo. M, op. cit, p 244.-

(362) Sinkondo. M, Ibid, p254. et.s.

المبحث الثاني المجالات التطبيقية في تغيير محل العقد الإداري

المطلب الأول- ملحق العقد كآلية للتعديل الاتفاقي للعقد الإداري:

إن الأحكام والقواعد التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف اختلافاً واضحاً عن عقود القانون الخاص، ويرجع ذلك - كما ذكرنا سابقاً - لتمييزها بشروط وامتيازات غير مألوفة في القانون الخاص، تمكّنها من الوفاء بحاجة المرافق العامة وضمان سيرها وانتظامها واستمرارها في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وبذلك يكون للإدارة الحق في التعديل الانفرادي للعقد كلما استوجبت ضرورات المرفق العام الذي يتصل به العقد ذلك، وخروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما يعرفها القانون الخاص، ولا شك أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورته، فالإدارة لا تتدخل هنا في مجال مسكوت عنه دائماً، إنما تحاول أن تغير في الالتزامات المنصوص عليها في العقد⁽³⁶³⁾، على اعتبار أن حق الرقابة أيضاً هو من الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي يتمنّع بها العقد الإداري خلافاً لنظيره المدني، ويمكن للإدارة المتعاقدة أن تعدّل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، خاصة من خلال آلية الملحق، وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن ماهية ملحق العقد (الفرع الأول)؟ وما هي معايير مشروعيته (الفرع الثاني)؟ وسنقوم بالإجابة على هذه التساؤلات وفق ما يلي:

الفرع الأول- ماهية ملحق العقد:

سننظر في هذا الفرع إلى التعرّف بالمقصود بملحق العقد، ومعايير تمييزه من العقد الأصلي ثم القيود الواردة على إبرامه.

أولاً - مفهوم ملحق العقد:

إذا كان من الممكن تعديل العقد قيد التنفيذ من قبل الإرادة المنفردة لجهة الإدارة المتعاقدة، خروجاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن ذلك لا يمنع من تعديل هذا العقد بالطريق الاتفاقي وبناءً على توافق إرادتي الطرفين المتعاقدين، ومن ثم يغدو التعديل الانفرادي للعقد مختلفاً عن الطريق الاتفاقي له، ففي حين يتم تعديل العقد انفرادياً من قبل الإدارة، دون أخذ إرادة الطرف الآخر بالحسبان، يعدّ رضا الطرف الآخر شرطاً ضرورياً لإعمال التعديل الاتفاقي في المحتوى العقدي، وبذلك فإن التعديل الاتفاقي وفقاً لذلك النحو يصبّ في نطاق ما يصطلح على تسميته بملحق العقد.

(363) أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 437.

1- تعريف الملحق:

تمتدّ الصيغة المكتوبة في العقود الإدارية إلى ما وراء تحرير العقد ذاته في صيغته الأصلية لتصل إلى مجموعة من الوثائق التي لا نجد لها مثيلاً في القانون المدني، وذلك بموجب وثيقة إدارية تحرر في ملحق مكمل للعقد الأصلي، متخذة طبيعة تعاقدية بالتبعية بالرغم من بدايتها الانفرادية⁽³⁶⁴⁾، ويبدو لنا أنّ ملحق العقد لم يعرف من خلال النصوص الفقهية أو الاجتهادات القضائية.

ويمكن تعريفه بأنه: تصرف يتم باتفاق طرفي العقد، يؤدي إلى التعديل في أحكام العقد الأصلي، بأن يدمج فيه شروطاً جديدة، أو يكمل نقصاً في شروطه⁽³⁶⁵⁾. كما عرّفه المشرع الفرنسي من خلال النص على أنه: (..) ومهما يكن من أمر، فإنّه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف⁽³⁶⁶⁾.

وبالتالي فإن ملحق العقد وفق هذا النص هو وثيقة تعاقدية تابعة للعقد، أبرم على إثر التعديلات التقنية والإدارية المحدثّة في العقد⁽³⁶⁷⁾، كما يمثل اتفاق إضافي للعقد الأساسي، هدفه تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية تضمنها العقد الأساسي، أو زيادة الخدمات أو تقلييلها، ويمكن أن تعطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع العقد الأساسي⁽³⁶⁸⁾.

كما يمكن تعريفه تعريفاً شاملاً بأنه: "وثيقة تعاقدية تابعة للعقد غرضه الأساسي التعديل في الالتزامات التعاقدية، وهذا التعديل يحتمل الزيادة أو النقصان أو إضافة أعمال جديدة شريطة أن تكون لها اتصال مباشر بموضوع العقد"⁽³⁶⁹⁾. ومن خلال التعريفات السابقة يتبيّن لنا أنّ ملحق العقد يتميز بجملة من الخصائص نستعرضها وفق التالي:

(364) عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها، المقال السابق، ص 396-420.

(365) Fatome. E, les avenants. A. J. D. A, 1998, p960.

Guibal. M, Mémento, op. cit, p50.

Bréchon - Moulénès, Droit des marchés, T1, op. cit, Iii, 123, p2.

(366) المادة 103/ من قانون الصفقات العمومية في فرنسا والتي نصت: (L' avenant est l' acte par lequel les partis à un contrat conviennent de modifier ou du comléter un ou plusieurs de ses clauses)

(367) Formation des subdivisionnaires – Module 1: "Réglemenation des marchés Public", Ministère de l'habitat du urbanisme, I. S. G. P, 2007, p42.

(368) Christophé l' ajoye "droit des marchés public", 2ème édition, Galion-éditeur, France, 2005, p183.

(369) Christophé l' ajoye " Droit de marchéspublic, calino éditeur, L. G. D. J, paris, 2008, p183.

2- خصائص ملحق العقد:

يتميز ملحق العقد بجملة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:
أ- الملحق ليس تصرفاً مستقلاً، بل هو يتصل دائماً بتصرف موجود قبلاً وهو العقد الذي يعدله⁽³⁷⁰⁾، وهذا يؤدي بشكل منطقي إلى أن الملحق الذي ينصب على عقد مشوب بالبطالان يكون في حد ذاته مشوباً بالبطالان، كما أن إبرام الملحق لا يؤثر في مدة العقد الذي ينصب عليه، وذلك مع مراعاة الحالة التي يكون الملحق قد أبرم في سبيل تمديد العقد الأولي⁽³⁷¹⁾.

ب- الملحق تصرف رضائي، كونه يتم باتفاق الطرفين⁽³⁷²⁾ هذا ما يميزه عن تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة، والتي تطرقنا إليها سابقاً، كما أن مدى التعديل ومحتواه الذي سيقوم به الملحق لا يكون منصوباً عليه سلفاً في العقد الأولي الذي ينصب عليه هذا التعديل، وهذا ما يميز الملحق عن شروط إعادة النظر، والتي تحدد النقاط التي يمكن أن ينصب عليها التعديل الاتفاقي مستقبلاً⁽³⁷³⁾.
ت- يخضع الملحق في إبرامه إلى قاعدة توازي الإجراءات، وبالتالي فإن السلطة التي كانت مختصة بإبرام العقد الذي ينصب عليه الملحق، يجب حتماً أن تختص بإبرام هذا الملحق نفسه، وإلا كان العقد باطلاً⁽³⁷⁴⁾.

3- أنواع الملاحق:

لملاحق العقود عدة أنواع وهي:

أ- ملحق الأشغال المضافة:

يمنح تقنين العقود الإدارية الفرنسي للإدارة المتعاقدة إمكانية تعديل بنود العقد الأولي من خلال ملحق عقد، في ظل احترام القسم الخامس منه ومبادئ المنافسة الحرة، إلا أنه يلاحظ أحياناً قيام المتعاقد في العقد الإداري بتعديلات عن الأشغال دون ترخيص من الإدارة المتعاقدة، فإذا كان تنظيم قانون العقود الإدارية لسنة 1967 لم يتضمن هذه الحالة، إلا أن دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 ينص في المادة 22/ منه على أن "هذه التعديلات مقبولة ما لم تكن مخالفة لقواعد الفن والذوق السليم". ويتخذ هذا النوع من الملاحق أحد الأشكال التالية:
- ملحق الأشغال المضافة أو المنقصة للبنود المتضمنة في العقد الأساسي:

(370) Fatome. E, op. cit, p960, Guibal. M, Mémento, op. cit, p50.

(371) Fatome. E, op. cit, p960.

(372) Gubial. M, Mémento, op. cit, p51.

(373) Fatome. E, op. cit, p960.

(374) Symchowicz. N, les renunciation de lapersonne publique à l' application du contrat, A. J. D. A, 1998, p972.

Fatome. E, op. cit, p965.

ويهدف هذا النوع من الملاحق إلى الأخذ في الحسبان زيادة الأشغال أو تقليلها، وتكون مراجعة الأسعار في هذا العقد بناءً على الصيغة المتضمنة في العقد الأساسي.

- ملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في العقد الأساسي:

ويهدف هذا النوع من الملاحق إلى الأخذ في الحسبان زيادة الأشغال أو تقليلها، وتكون مراجعة الأسعار في هذا الملحق بناءً على الصيغة المتضمنة في العقد الأساسي.

ب- ملحق التغيير:

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق عندما تتغير أحد أطراف العقد.

ت- ملحق إنهاء العقد:

ويكون اللجوء إلى هذا النوع من الملاحق استثنائياً، إما بقرار صادر عن الإدارة بالتخلي عن المشروع، أو في حالة التسوية الودية للنزاع، أو القوة القاهرة.

4- شروط إبرام الملحق:

إنّ عملية إبرام الملحق في العقد الإداري تخضع لمجموعة من الشروط نستعرضها تباعاً وفق ما يلي:

أ- أن يكون هناك التزاماً تعاقدياً جديداً:

إذ يجب أن يصدر الملحق في صيغة كتابيّة، ومصادقاً عليه من قبل السلطة المختصة بإبرامه، بمعنى أنّه لا يقبل أي طلب من المتعاقد للتعديل بعد تلقّيه وعوداً من غير السلطات المختصة⁽³⁷⁵⁾.

ب- خضوع الملحق للشروط الاقتصادية للعقد المتصل به:

إنّ الملحق يخضع لذات الشروط الاقتصادية الأساسية للعقد الذي يعدّله، فتطبّق في الملحق الأسعار التعاقدية الموضوعة مسبقاً، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار المحددة في العقد الأساسي على العمليات الجديدة المنصوص عليها في الملحق، فإنهما يحددان أسعاراً جديدة تتناسب والعمليات الجديدة المطلوبة⁽³⁷⁶⁾.

ت- إبرام الملحق في المدة المحددة في العقد:

فلا يبرم العقد إلّا في الحدود الزمنية المحددة في العقد ماعدا الحالات الآتية:

■ عندما لا يكون للملحق أية آثار مالية على العقد الأساسي، ولا يمس البنود المتعلقة بمدة التنفيذ.

(375) Christophe l'ajoye, op.cit, p185.

(376) Jean David Drey fus: "le critère permettant de caractériser les sujétions des marchés public", Ministère des finances, 1998, p163.

- عندما يبرم الملحق في ظل تأخير الأجال التعاقدية الأصلية بسبب اختلال التوازن الاقتصادي ومردّه أسباب استثنائية غير متوقّعة⁽³⁷⁷⁾.
- إذا أبرم الملحق بصورة استثنائية بغرض إنهاء العقد خاصة إذا كان يهدف إلى تجنب الدعاوى القضائية المضرة لمواصلة تنفيذ الخدمات محل العقد.

ثانياً- خصوصية ملحق العقد:

يتميز ملحق العقد - باعتباره محلاً للتعديل الاتفاقي لموضوع العقد - عن العقد الإداري المتصل به، كما يختلف عن دفتر شروط العقد، وسلطة التعديل الانفرادي للعقدي اختلافات جوهرية نوردها تباعاً كما يلي:

1- تمييز ملحق العقد عن العقد الإداري:

أ- من حيث الشكل:

فالعقد الإداري عقد مكتوب وفق أوضاع شكلية يقررها القانون، أما الملحق فهو وثيقة تعاقدية تابعة للعقد الأساسي⁽³⁷⁸⁾، وبذلك فالملحق لا يمثل عقداً جديداً وإنما وثيقة مكتوبة تابعة للعقد.

ب- من حيث الإبرام:

إنّ العقود الإدارية تخضع لطرق إبرام خاصة، ولإجراءات تعاقدية غاية في التعقيد، مقارنة بالملحق الذي لا يمر بهذا النوع من الإجراءات، كونه مجرد وثيقة تعاقدية صادرة عن الإدارة نتيجة تعديلها للعقد، شريطة أن يكون لها صلة بالموضوع الأصلي فيه، فالعقد الإداري يمر عند إبرامه بأسلوب المناقصة والتراضي:

■ المناقصة:

وقد عرّفها الأستاذ البلجيكي "Flamme" بأنها: (إجراء انفرادي، سابق على إبرام العقد، يجيز للإدارة أن تلجأ إلى التعاون الاتفاقي مع مشروع خاص في سبيل تسيير سير المرفق العام، وذلك ضمن أشكال وصيغ قانونية وتنظيمية قائمة على الدعوة إلى المنافسة التي تكون من حيث المبدأ غير محدودة وغير مقيدة، ومما يؤدي إلى إرساء المناقصة على صاحب العرض الأقل سعراً بشكل مألوف، مع الإشارة إلى عدم اكتمال الرابطة التعاقدية مع المتنافس الذي رست عليه المناقصة إلا مع صدور اعتماد السلطة الإدارية المختصة طبقاً للقوانين النافذة)⁽³⁷⁹⁾.

وقد أكد المشرع على أنّ المناقصة هي القاعدة العامة في مجال إبرام العقود الإدارية، والتراضي هو استثناء يرد على هذه القاعدة.

(377) Circulaire interministerielle N15/MDB/92 du 7/1/1992, Réglementation des marchés public, Ministère finances, 1998, p163.

(378) راجع نص المادة 103/ من المرسوم الرئاسي 263-10

(379) Flamme, op. cit, p299.

وفي مصر، قرر قانون المناقصات والمزايدات صراحةً أن بيع وتأجير العقارات والمنقولات والترخيص بالانتفاع، أو باستغلال العقارات، إنما يتم استناداً إلى مزايمة عامة، وقد نظمت المواد من 114/ إلى 132/ إجراءات المزايدة العامة في هذه الأحوال، وهذه الإجراءات لا تختلف في جوهرها عن الإجراءات المتبعة في نطاق المناقصة العامة عند قيام الإدارة بالشراء العام، وفي سورية تعتبر المزايدة هي الطريقة الأساسية لبيع عقارات الجهات العامة، أو إيجارها، أو استثمارها، وكذلك بيع الأشياء واللوازم والمواد⁽³⁸⁰⁾.

■ العقد بالتراضي:

ويجدر بالذكر أنه إن كانت القاعدة أن إبرام التصرفات التعاقدية التي تقوم بها الإدارة تخضع لإجراءات غاية في التعقيد حيث قيدها المشرع بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد والتمثلة بمبدأ العلانية، حرية المنافسة، ومبدأ المساواة بين المتنافسين، وتقضي هذه المبادئ إعلام المتنافسين ومنحهم أجلاً واحداً محدداً ومعروفاً، وأن تكون قواعد اختيار متنافس عن آخر واضحة ومحددة، وأن يعتمد الاختيار من قبل الجهة المخولة قانوناً بذلك، إلا أن هذه الالتزامات لا تجد مجالاً للتطبيق في نطاق الملاحق، لأن مشكلة تحديد المتعاقد مع الإدارة لا تثور عند إبرام الملحق، إنما المشكلة الرئيسية التي تثور في هذا النطاق تتعلق بمدى قدرة إرادات أطراف الرابطة التعاقدية على تعديل عقد مبرم سابقاً⁽³⁸¹⁾، ولكن إذا كان مبدأ الحرية التعاقدية هو الأساس الذي تستند عليه إرادتا طرفي العقد لتعديله عن طريق الملاحق، فإنه يجب ألا يوجد تناقض بين ممارسة حق التعديل الاتفاقي هذا، ومبدأ المنافسة الحرة الذي يشكل الأساس الجوهرى لإبرام العقود الإدارية⁽³⁸²⁾، وهذا معناه أن التعديلات التي يمكن أن تجري على العقد الأصلي عن طريق الملحق لا تكون مشروعة ما لم تضح بالأبعاد الاقتصادية والقانونية لمبدأ المنافسة الحرة⁽³⁸³⁾.

ت- من حيث الغاية (الهدف):

إن الغرض الأساسي من إبرام العقد الإداري هو الأشغال واقتناء اللوازم والدراسات لخدمات الجهة العامة المتعاقدة⁽³⁸⁴⁾، أما الهدف من إبرام ملحق العقد هو

(380) المادة 76/ والمادة 82/ من المرسوم التشريعي 1969/228.

(381) Bréchon- Moulénes, Droit des marchés, T1, op. cit, III, 123, p3. Fatome. E, op. cit, p960.

(382) ينص مبدأ مفهوم المنافسة الحرة على فتح باب التزام الشرف أمام كل من يود الاشتراك بالمناقصة، وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك بالمناقصة يجب أن تكون واحدة لجميع المتنافسين، راجع في ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن 288/ لسنة 4ق، تاريخ 5/9/1959م، السنة الرابعة، المبدأ 109، وفي الفقه الفرنسي:

Bréchon- Moulénes, Choix des procédures, choix dans les procédures, op. cit, p754.

(383) Bénétoit, op. cit, p612.

(384) المادة 4/ من المرسوم الرئاسي المذكور.

زيادة الخدمات أو تقليلها، أو تعديل بند أو عدة بنود في العقد الأصلي⁽³⁸⁵⁾، أو من أجل إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على تنفيذ العقد، وذلك في إطار ما يعرف بالتسوية الودية للنزاع⁽³⁸⁶⁾.

2- التمييز بين ملحق العقد ودفتر الشروط:

يمكن تمييز الملحق عن دفتر الشروط من خلال العناصر التالية:

أ- من حيث التكوين:

يتضمن دفتر الشروط مجموعة من الوثائق تمثل في مجملها القواعد والأحكام المطبقة على العقد الإداري، وهي عناصر مكونة لها وتمثل جزءاً لا يتجزأ من العقد، أما ملحق العقد لا يعدّ عنصراً أو جزءاً من العقد، إنما هو وثيقة تعاقدية تابعة للعقد، ولا يشترط النص على إبرامه فيها كما هو مقرر لدفاتر الشروط، إذ تلجأ الإدارة لإبرامه حتى لو لم ينص على ذلك في العقد الأصلي.

ب- من حيث الإبرام:

تعدّ الإدارة المتعاقدة دفاتر الشروط مسبقاً بإرادتها المنفردة لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، وبهذا يتفق الملحق ودفاتر الشروط في حالة إجراء الإدارة تعديلاً أنفرادياً من جانبها على العقد الإداري، لكن يمكن أن يصدر الملحق بموجب طلب من المتعاقد وفي هذه الحالة يصدر بطريقة اتفاقية (الإدارة والمتعاقد معها)، وتظهر هذه الصورة بوضوح في حالة البحث عن حل ودي للنزاع الدائر بين الطرفين، إذ يبرم الملحق لإعادة التوازن المالي للعقد.

ت- من حيث الغاية (الهدف):

تهدف دفاتر الشروط إلى تحديد القواعد والأحكام التي تطبق على العقد الإداري المبرم، إذ توضح هذه الدفاتر الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها العقود، أو من أجل إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين في إطار التسوية الودية للنزاع.

3- التمييز بين ملحق العقد وسلطة التعديل الانفرادي:

تختلف آلية الملحق اختلافاً تاماً عن سلطة التعديل الانفرادي، ذلك أن الجهة الإدارية تملك وحدها سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، في حين أن سلطة التعديل الاتفاقي للعقد الإداري تتم بموجب آلية الملحق، ومن ثمّ يظهر الفرق بينهما، فآلية الملحق عبارة عن عمل تعاقدية، أما سلطة التعديل الانفرادي فهي عبارة عن عمل انفرادي صادرة من الإدارة المتعاقدة، إضافةً إلى أن التعديل عن طريق الملحق لا يشكل امتيازاً للإدارة، والتي تملك حق فرض تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة ولو رغماً عن إرادة المتعاقد معها، لذلك فإن الأطراف أحرار في تعديل بنود العقد

(385) المادة/103/ من المرسوم الرئاسي المذكور.

(386) المادة /115/ من المرسوم الرئاسي المذكور.

وتوقيع ملاحق، وللإدارة سلطة عامة في الرقابة والتوجيه مما يسمح لها بالتعديل الانفرادي للعقد.

وجدير بالذكر، أن التعديل سواء كان انفرادياً من جانب الإدارة فقط، أو اتفاقياً بتوافق إرادتي كل من الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها، فإن هذا التعديل لا يكون في نهاية الأمر إلا بموجب ملحق عقد.

الفرع الثاني- مشروعية ملحق العقد الإداري:

تملك الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري في حال استجدت ظروف تستدعي ذلك التعديل وتتعلق بالمصلحة العامة وانتظام سير المرفق العام، وكما أوضحنا سالفاً أن التعديل الذي تقوم به الإدارة - سواء كان تعديلاً انفرادياً أم اتفاقياً - لا يكون إلا بموجب ملحق للعقد وبمفهوم المخالفة، فإن الغرض الجوهري للملحق هو التعديل في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد الأصلي.

ولما كان الدافع من الملحق هو تعديل لمحل العقد، فإن هذا الأخير يكتسب شرعيته القانونية من مدى مشروعية التعديل الصادر، فسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية - وإن كانت سلطة أصلية - توجد حتى في حال سكوت العقد إلا أنها ليست مطلقة، إذ ترد عليها قيود، منها ما يترتب البطلان على مخالفتها، فتعتبر القرارات الصادرة دون مراعاتها مشوبة بعيب مخالفة القانون ويجوز للمتعاقد طلب إلغائها بحكم من قاضي العقد، كما يستطيع الامتناع عن تنفيذ التعديل غير المشروع، مثل القيود المتعلقة بالمشروعية الإدارية، والقيود الخاص بوجوب أن يكون الصالح العام هو الذي يقتضى إصدار قرار التعديل، ومنها ما لا يترتب البطلان على مخالفتها كونها لا تعتبر متصلة بالمشروعية الإدارية، وإنما يترتب على مخالفتها حق المتعاقد في طلب فسخ العقد استناداً إلى أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن التعديل الجائر الذي أمرت به الإدارة، مثل الأوامر التي تؤدي إلى إرهاب المتعاقد وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية، وكذلك الأوامر التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد⁽³⁸⁷⁾.

ويجدر بالذكر، أن القيود التي تحكم التعديل الانفرادي للعقد من جانب الإدارة المتعاقدة هي نفسها التي تسقط على الملحق على اعتبار أن الغرض والدافع من إبرامه هو التعديل في الالتزامات التعاقدية⁽³⁸⁸⁾.

وقد ذكرنا في موضع سابق من هذا البحث القيود المتعلقة بالمشروعية التي تحكم سلطة التعديل الانفرادي للإدارة، والتي يترتب البطلان على مخالفتها، إلا أن هناك إلى جانبها قيوداً لا ترتب البطلان وإنما ترتب للمتعاقد حقاً في طلب فسخ

(387) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 228.

(388) Patrick Schulz: "Eéments du droit des marchés public" 2eme édition, L. G. D. J, 2002, p146.

العقد إن كان له وجه، وإذا تجاوزت الإدارة الحدود المرسومة للتعديل، أو إذا كان من شأن التعديل أن يؤدي إلى إرهاب المتعاقد، أو إلى قلب اقتصاديات العقد، فإذا لم يصل التعديل إلى هذا المدى فإن حق المتعاقد يقتصر على طلب التعويض فقط. وترتيباً على ذلك، فإنه يجوز للمتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض، ولا يكون ذلك إلا إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل الذي حددته اللوائح أو دفاتر الشروط، ونصت على حق الفسخ كمقابل لمخالفته، أو إذا وصل التعديل إلى درجة يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد.

أولاً - الملاحق وحماية مبدأ المنافسة الحرة:

1- تجاوز الحد الأقصى للتعديلات المقررة:

لا يسوّغ للإدارة أن تأمر بتعديلات تتجاوز الحد المنصوص عليه في دفاتر الشروط والذي يعبّن الحد الأقصى للتعديلات ويقرر للمتعاقد معها حق الفسخ في حال تجاوزتها³⁸⁹، حيث قرر الحق بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة في حال تجاوزها بالتعديل القيمة المقدرة في دفاتر شروط العقد، وهذا ما أكدّه المشرع الفرنسي من خلال نصي المادتين 30/ و 31/ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقد الأشغال العامة والتي جاء فيها: (لا يجوز للإدارة تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في الحدود المقررة التي يتعين على الإدارة الالتزام بها)، وهذا ما أيّده المشرع المصري أيضاً، حيث قررت المادة 78/ من لائحة المناقصات والمزايدات حدود سلطة الإدارة في تعديل التزامات المقاول أو المورد بالزيادة أو النقص، إلا أنها لم تخول المتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد إذا تجاوزت الإدارة هذه الحدود، ولا يتقرر الفسخ إلا إذا كان هذا التعديل يؤدي إلى إرهاب المتعاقد، ويفوق إمكانياته المادية وقدراته الفنية، أو إذا وصل هذا التعديل إلى حد قلب اقتصاديات العقد، وبالتالي لا يمكن تجاوز النسب المحددة وإلا ترتّب على ذلك تعويض المتعاقد، مع الإشارة إلى أنّه في حال تجاوزت الزيادة النسب المئوية المحددة، بقي المتعاقد ملتزماً بتنفيذ الأشغال التي شرع بها حسب شروط العقد، مع بقاء حقه في طلب التعويض على أساس الضرر الذي ألحق به من جراء التعديلات التي أدخلت على العقد محل التنفيذ.

2- فرض أعباء جديدة ترهق المتعاقد وتجاوز إمكانياته:

من بين القيود التي تفرض على الإدارة عند استخدامها لسلطة تعديل عقودها، ما يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة لممارستها هذه السلطة، إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية المعقولة

(389) وفي هذا الإطار نصت المادتان 30/ و 31/ من دفاتر الشروط العامة في فرنسا على حق المتعاقد في طلب فسخ العقد إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل المنصوص عليه في هذه الدفاتر.

من حيث نوعها وأهميتها⁽³⁹⁰⁾، فإذا كانت التعديلات التي تفرضها الإدارة من شأنها إرهاب المتعاقد وتحميله ما يفوق طاقته المالية أو الاقتصادية أو إمكانياته الفنية، فللمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لجبر الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل، فالمتعاقد قد أبرم العقد وفي اعتباره أوضاع معينة تتعلق بإمكانياته وقدراته الفنية، ومن ثم فلا يجوز للإدارة إرهابه فيما يجاوز هذه الإمكانيات والقدرات، وإلا جاز له طلب فسخ العقد، وعليه لا يمكن إرغام المتعاقد على تقديم خدمات تختلف تماماً عن تلك المقررة عند إبرام العقد.

ومما لا شك فيه، أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشره على نحو إراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، فلا يجوز لها أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغيير موضوع العقد وإرهاب الطرف المتعاقد معها. وعليه، لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه، وإلا كنا أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، والتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، فإنه قد راعى في ذلك قدراته الفنية والمالية، فإن أقبلت الإدارة على تغيير موضوع أو هيكل العقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها، وبذلك يلزم أن يكون التعديل من حيث الأثر نسبياً بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.

3- قلب اقتصاديات العقد:

إذا وصل التعديل إلى درجة يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد، فللمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض إذا تحققت عناصره. وقد نصت على ذلك المادة 255/ مكرر من قانون عقود الشراء العام الفرنسي بأنه: (مع مراعاة الصعوبات التقنية غير المتوقعة، وغير الناتجة عن فعل الأطراف أو بسببهم، فإن الملاحق لا يجب أن تقلب اقتصاديات العقد، ولا أن تغير من محله⁽³⁹¹⁾). ومعنى هذا الحل الذي أدخل إلى تقنين عقود الشراء العام⁽³⁹²⁾، أن العقود طالما أبرمت في ظل المنافسة الحرة، فإن أطراف العقد لا يمكنهم أن يحتالوا على هذه المنافسة بتعديل عقودهم تعديلاً يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أو إلى

(390) د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 414-415.

(391) Art. 255. Bis (..Sauf en cas de suéjtion techniques imprévues ne résultant pas pu fait des parties, avenants..ne peuvent bouleverser l'économie du marchés, ni en changer l' objet..)

(392) علماً أن هذا المبدأ قد قرره القضاء أولاً، ثم تلقفه المشرع، وفتنه في تقنين عقود الشراء العام بمرسوم 1992/2/15، راجع في ذلك:

Libert. X, les modification du marchés en cours d' execution, A. J. D. A
كما أشار إليه الأستاذ الكبير Jéze في أوائل هذا القرن، راجع مطوله في القانون الإداري، الجزء الرابع، المرجع السابق ص 41.

تغيير موضوعه الذي أبرم لأجل تحقيقه كلياً، وذلك لأن الملاحق التي تقلب اقتصاديات العقد أو تغيير من محلّه ليست ملاحق حقيقية، بل هي عقود جديدة يجب أن تبرم بدورها بعد مراعاة إجراء المنافسة الحرة.

وبالتالي فإنّ عدم المشروعية يرجع إلى وجود عقود قائمة بذاتها لم يراع في إبرامها التزام المنافسة الحرة⁽³⁹³⁾، ولعلّ الغاية من هذا القيد- كما يرى بعض الفقه الفرنسي - تتمثل في حث الأشخاص العامة على إيجاد أفضل سويّات التحليل المسبق لاحتياجاتها، حيث إنّ وجود هذا القيد سوف يؤدي إلى التقليل من فرص اللجوء المتكرر إلى ملاحق العقود، لأجل معالجة التحليل المسبق غير الكافي لاحتياجات هذه الجماعات، بيد أنّ هذا القيد يحمل - مع ذلك - بعض الخطورة، إذ إنّّه قد يمنع الأطراف المتعاقدة من التصرف وفقاً للتكييفات التي قد تبدو ضرورية ومتناسبة مع تطور الظروف في أثناء تنفيذ العقد واقعياً وقانونياً، وبالتالي يمكن أن يكون مصدراً للجمود.

وكما هو ملاحظ، فإنّ القيد الذي جاءت به المادة /255/ مكرر من قانون الشراء العام الفرنسي على إبرام ملاحق العقود يتحدد من خلال معيارين، أحدهما كمي والآخر نوعين:

أ- المعيار الكمي:

اقتصاديات العقد هي القيمة الكلية التي أبرم على أساسها العقد الأصلي، لكنّ المشكلة التي تطرح نفسها في هذا الصدد تتمثل في أنّ هذا المعيار يحتاج بدوره إلى معيار يحدده، فكيف يمكن تحديد قيمة التعديلات الطارئة على قيمة العقد الأصلي؟ والتي يمكن أن تعتبر قلباً لاقتصاديات هذا الأخير؟

في الواقع لم نجد جواباً محدداً في أحكام القضاء على هذا السؤال، إذ إنّ القضاء الإداري الفرنسي قد عالج الموضوع بشكل نسبي، يختلف من حالة إلى أخرى، وحسب ظروف كل حالة على حدة⁽³⁹⁴⁾، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنّ الملحق الذي يؤدي إلى زيادة قيمة العقد الأصلي بنسبة 43% من شأنه أن يقلب اقتصاديات هذا الأخير⁽³⁹⁵⁾، كما حكمت المحكمة الإدارية لمدينة **Rennés**: (..إنّ البلدية قد أبرمت عقداً قيمته 2,5 مليون فرنك كحد أدنى و3,5 مليون فرنك كحد أقصى، ولكن البلدية قد رفعت من قيمة هذا العقد إلى 4,5 مليون فرنك، وإنّ هذه الزيادة في قيمة العقد الأصلي لا يمكن أن تكون محلاً لملاحق دون أن تقلب

(393) Conclusions du commissaire de gouvernement, Fratacci. S, sur l' arrêt du conseil d' état du 28/7/1995, Société du gérance Jeanne d' arc, R. D. P, 1996. p569, et.s.

(394) Bréchon- Moulènes, Droit des marchés, T1, III, 123, 2, p9.

(395) C. E, 8/3/1996, commune de petit- Bourg, R eq. N165075.

اقتصاديات العقد الأصلي رأساً على عقب، وتخرق بالتالي أحكام المادة /255/ مكرر من عقود الشراء العام..⁽³⁹⁶⁾.

وقد حكمت نفس المحكمة بعدم مشروعية ملحق زاد على قيمة العقد الأصلي بنسبة 15% فقط، لأن هذه الزيادة التي كانت محل الملحق لم تبرر من جانب الإدارة بأي شكل من الأشكال، وغير محكومة بأي ضرورة للمرفق المتعاقد⁽³⁹⁷⁾، ويحمل التعميم الصادر في 3/أب/2006 الخاص بالأعمال اليدوية لتطبيق قانون الأشغال العامة نفس هذا القرار⁽³⁹⁸⁾.

وفي بعض الأحيان، يكون انقلاب اقتصاديات العقد واضحاً جداً، وفي هذه الحالة لا يتردد القاضي في إعلان عدم مشروعيته، فعلى سبيل المثال نجد أنّ القضاء الإداري الفرنسي قد قضى بعدم مشروعية ملحق عقد، حمل زيادة في قيمة العقد قدرها 4500000 فرنكاً على العقد الذي بلغت قيمته 5660000 فرنكاً⁽³⁹⁹⁾.

وكذلك فإن المحكمة الإدارية لمدينة **Bastia** قد حكمت في حالة مماثلة بأن: (... زيادة نسبة 41,3 على القيمة الأولية للعقد الأصلي، من شأنها أن تسبب قلباً في اقتصاديات العقد الأصلي، ولا يمكن قبول الدفع المقدم بأن ظروفها غير متوقعة قد طرأت أثناء التنفيذ، وأدت إلى هذا التعديل الجسيم..)⁽⁴⁰⁰⁾.

ب- المعيار النوعي:

ويكون ذلك بتضمين ملحق العقد أداءً جديداً مغايراً كلياً لذلك الأداء الذي كان محلاً للعقد الأصلي ولا يتصل معه بأي وجه كان⁽⁴⁰¹⁾.

وسنبين موقف كل من الدول محل المقارنة تباعاً وفق ما يلي:

■ موقف مجلس الدولة الفرنسي:

حكم مجلس الدولة الفرنسي بأنّ الأشغال التي تشكّل محل ملحق العقد، تعتبر غير مشروعة لأنها تنفصل عن الأشغال المدرجة في العقد الأصلي وتتميز عنه، وبالتالي يجب أن تكون محلاً لعقد متميز يبرم بعد مراعاة المنافسة الحرة⁽⁴⁰²⁾. كما قضى المجلس نفسه بمشروعية ملحق عقد كان محلّه متابعة تنفيذ أداات تنسجم مع

(396) T. A, Renne, 9/6/1993, Comm de la répd III-et- Vilaine, R. M. p. N,p13.

(397) T. A, Renne, 9/6/1993, Comm de la répd III-et- Vilaine, R. M. P. N 279, 1993, p18.

C. E, 30/Janvier/1995, Ste via france, R.m, 1995, p183.

T. A, Cergy - Pontoise, 23/Janiver/2001, Prefet de la Seine-Saint-Denis, req, B J cp, 2001, n12, p357.

(398) Stephane Braconnier, Pre5cies du Droit marches Public, op. cit, p382.

(399) T. A, Renne, 2/12/1992, prfet du Moribihan, R. M. P, 1993, N272, p13.

(400) T. A, Bastia, 7/5/1997, cit par Bréchon- Moulènes, Droit de marchés, T1, op. cit, III, 123, 2, p11.

(401) Bréchon- Moulènes, Droit des marchés, T1, op. cit, III, 123, 2, p11.

(402) C. E, 28/7/1995, Stéde gérance Jeanne d' arc, R. D. P, 1996, p569.

محل العقد الأصلي، لأن هذا الملحق لم يغيّر محل العقد، وبالتالي يجب أن يخضع إلى التزام المنافسة الحرة من جديد⁽⁴⁰³⁾.

وتجدر الإشارة، إلى أن أعمال هذين المعيارين يجب ألا يحول دون الأخذ بما قرره المادة 255/ مكرر ذاتها للإدارة، من حيث إن الملاحق التي تتضمن تعديلات جوهرية، كمية أو نوعية على محل العقد الأصلي، تكون مشروعة إذا كانت ناتجة عن ضرورات تقنية طارئة، شريطة أن لا تكون هذه الضرورات التقنية ناجمة عن فعل أطراف العقد، وأن لا يكونوا قد توقعوها عند إبرام العقد الأصلي⁽⁴⁰⁴⁾.

وفي الحقيقة، إن علة هذا الاستثناء تكمن في احترام مبدأ التغييرية التي يمكن أن تطرأ خلال تنفيذ العقد، مما يحتم وجود تكيّفات تلائم مع هذه التغييرية، ولو كانت هذه التكيّفات على درجة من الأهمية. وبذلك يمكن القول أن المشرع قد راعى من خلال هذا الحل التشدد القانوني الذي يقتضي إبرام كل عقد وفقاً لمنطق المنافسة الحرة، لكنه لم ينس منطق القانون الذي يطبق العقد في حقوقه ومجالاته، مما يعني أن تغيير معطيات الواقع المحيط بالعقد لابد أن يؤدي إلى ضرورة استجابة العقد لهذه التغييرات، لأنه إذا كان يجب أن توجد علاقة بين المنافسة وتنفيذ العقد لأجل حماية مبدأ المنافسة الحرة فإن هذه العلاقة يجب ألا تكون حسابية، وهذا هو السبب الذي يدفع القاضي الإداري الفرنسي إلى الحذر عند تقديره لمشروعية الملحق⁽⁴⁰⁵⁾.

■ موقف القضاء المصري:

إن محكمة القضاء الإداري المصرية، والمحكمة الإدارية العليا استعملت اصطلاحات مشابهة لنظيرتها في مجلس الدولة الفرنسي، وبذلك اعتبرت محكمة القضاء المصري أن: (التعديلات التي تفرضها الإدارة لا يصح أن تفوق قيمتها أو نتيجتها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة)، أو (أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله، أو أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، كما قررت محكمة القضاء الإداري أنه يشترط في التعديل الذي تفرضه الإدارة ألا يصل إلى حد مسخ العقد كلياً وإلا جاز للطرف الآخر فسخه).

(403) C. E, 29/7/1994, Commune de Cayenne, R. D. P, 1996, p579.

(404) C. E, 22/6/1998, Prefet du puy- de-Dome, Req, N173025.

C. E, 15/12/2000, M. Lacroix cl Association departementale hydraulique du Haute-Savoie, BJCP, 2001, n18, p448.

C. E, 30/6/2003, Commune de lens, Contrats et marches public, p50.

(405) Stephane Braconnier, Droit marches public, op. cit, p348.

■ موقف القضاء السوري:

وكنتيجة إلى ما أشرنا إليه سابقاً، إلى أن سلطة الإدارة في تعديل العقد لا يكون إلا بموجب ملحق للعقد، فإن الشروط والقيود الواردة على هذا التعديل تسقط مباشرة على الملحق باعتباره آلية أو وسيلة للإدارة تصب فيها التعديلات التي أحدثتها على العقد، فعملية إبرام العقد تخرج عن دائرة التعديل إلا في حال استثناء وحيد يتمثل في إنهاء العقد، وذلك في حالة استحالة تنفيذ العقد الإداري، ومرد ذلك إما نتيجة لتخلي الإدارة عن المشروع، أو نتيجة لقوة قاهرة.

نخلص ممّا سبق، إلى أن الملحق هو الآلية التي تستخدمها الإدارة المتعاقدة بهدف تعديل العقد الإداري، ولما كانت سلطة التعديل هي الدافع الجوهرى لإبرام ملحق العقد يمكننا القول بأن مشروعية الملحق تتحقق من مشروعية التعديل الصادر من الإدارة المتعاقدة.

كما أن سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد ليست مطلقة، فلا تمارس بالقياس على جميع نصوص العقد بل تقتصر على تلك التي تتصل بسير المرفق العام وتمس مقتضياته، فيجوز للإدارة دائماً أن تزيد من الأعباء الملقة على عاتق المتعاقد معها في سبيل تحقيق مصلحة المرفق العام، حيث إذا تجاوزت تلك الأعباء الحدود الطبيعية العادية في نوعها وأهميتها، كأن يكون من شأنها تبديل موضوع العقد تبديلاً شاملاً، أو حين تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو الاقتصادية، جاز للمتعاقد طلب فسخ العقد، وللقاضى سلطة تقدير ما إذا كان طلب الفسخ له ما يبرره، ذلك أن الإدارة لا تملك تعديل النصوص المتعلقة بالروابط المالية الناشئة بين المتعاقدين، كثمن الخدمات، أو المزايا المالية، وبذلك فالملحق يكون ذو آثار مالية على العقد بتغيير أجر المتعاقد بالزيادة أو النقصان، شريطة ألا يمس بالمنافسة التي يكون ضمانها صعباً عند إبرام الصفقة والحفاظ عليها عند تنفيذ الخدمات أصعب، ولذلك يمنع إبرام أي ملحق قد يسيء إليها⁽⁴⁰⁶⁾.

ثانياً- إجراء عرض الملحق على لجنة طلب العروض:

1- لجنة طلب العروض كرقابة على ملحق العقد:

تنص المادة 8/ من القانون رقم 95- 27 تاريخ 1995/2/8 على أن: (..كل مشروع ملحق على عقد أشغال، أو توريدات، أو خدمات، أو على اتفاق تفويض مرفق عام يؤدي إلى زيادة أكثر من 5% على قيمة العقد الأصلي، يكون خاضعاً لرأي لجنة طلب العروض لدى الشخص العام المعني، ويجب على السلطة التي تبت في مشروع العقد أن تكون مطلقة على هذا الرأي قبل اتخاذها قرار بإبرام الملحق..)، والغاية من عرض الملحق على لجنة طلب العروض متى تجاوزت 5% من القيمة الكلية للعقد الأصلي هي احترام الالتزامات المتعلقة بالمنافسة

(406) Libér Xavier "les Modification du marchés au cour d'exécution, A. J. D. A, Numéro spécial, 1994, p65.

الحرّة⁽⁴⁰⁷⁾، حيث إنّ لجنة طلب العروض – وهي سلطة فعّالة في نطاق الإجراءات التعاقدية – هي الأقدر على تقدير فيما إذا كان هذا الملحق على اتصال مع العقد الأصلي، وإنّه ناتج عن الضرورات الفنية والواقعية لهذا الأخير، وليس مجرد احتيال على مبدأ المنافسة بالاتفاق على عقد جديد بين الإدارة ومتعاقداتها تحت ستار هذا الملحق⁽⁴⁰⁸⁾، لذلك فإن الأستاذ *Fatome* يرى عرض الملحق على لجنة طلب العروض، يمثل قاعدة للشفافية تبنّاها المشرع كبديل عن إجراء المنافسة الحرة⁽⁴⁰⁹⁾. ويطبق هذا الإجراء على عقد مهما كان محلّه، ومهما بلغت قيمته، وسواء أبرم من جانب الدولة أم من جانب الجماعات المحلية، ويطبق مهما كان الإجراء الذي أبرم العقد الأصلي على أساسه (مناقصة، طلب العروض، تفاوض الخ)⁽⁴¹⁰⁾ ويبدو واضحاً أنّ دور لجنة طلب العروض استشاري بحت، كونها لا تصدر ترخيصاً بإبرام الملحق وإنّما تعطي رأياً حول إبرامه⁽⁴¹¹⁾، ولكن إذا لم يكن لرأي هذه اللجنة قوّة ملزمة، فإنّ لها قوّة أدبية في مواجهة السلطة المختصة في اتخاذ قرار إبرام الملحق، كما أنّ المتعهد سيكون حذراً من تنفيذ الالتزامات التي ينطوي عليها الملحق إذا كان رأي اللجنة المذكورة سلبياً.

2- الأحكام المتعلقة بملحق العقد في مصر وسورية:

إنّ القضاء الإداري في مصر قد أباح صراحةً إبرام ملاحق العقود، كنوع من تصرفات الإدارة الاتفاقية في مجال تعديل عقودها، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا: (..إنّ النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الإدارية، وإذا كان يقيّد كأصل عام طرفيه، إلّا أنّ ذلك لا يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديله، فإذا ما تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الإداري، صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن، كان واجب التنفيذ، وامتنع الخروج عليه إلّا في حدود القانون..)⁽⁴¹²⁾.

إلّا أنّ القانون رقم /89/ لسنة 1998 ولائحته التنفيذية الساري حالياً في مصر لم يتضمّن أية أحكام صريحة متعلّقة بالملاحق.

وفي سورية، فإنّ المرسوم التشريعي رقم /228/ لسنة 1969، والذي يحكم عقود هيئات القطاع الإداري، قد أقرّ إبرام ملاحق عقود، وذلك في حالة وجود

(407) Stephane Braconnier, Droit marchés public, op. cit, p383.

(408) Bréchon- Moulènes, Droit des marchés, op. cit, III, 123, p4.

(409) مقاله سالف الذكر عن الملاحق، ص 966

(410) Bréchon- Moulènes, Droit des marchés, op. cit, III, 123, p3.

(411) Bréchon- Moulènes, Droit des marchés, ibid, 123, p3.

(412) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم /1222/ - لسنة 12، جلسة 1970/1/17، السنة الخامسة عشر، ص 146، ومذكور في مجموعة المبادئ والأحكام التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في الخمسة عشر عاماً في العقود الإدارية، ص 157، وفي نفس الاتجاه: فتوى الجمعية العمومية رقم /1020/ تاريخ 1987/2/16، جلسة 1987/10/28، ملف رقم 368/2/47، السنتان 41 و 42، ص 518.

ضرورات فنية وواقعية تؤدي إلى عدم لحظ الأشغال أو الخدمات أو التوريدات المكملة للعقد الأصلي⁽⁴¹³⁾، ويلاحظ أن اللجوء إلى الملاحق في سورية لا يتم إلا في حالات (الضرورة القصوى) لذلك يجري التشدد على عدم طرح أي عملية تعاقدية قبل التأكد من اكتمال الدراسات الخاصة بالأداءات المنوي طرحها للتعاقد عليها، بحيث تشتمل على الاحتياجات كافة وتغني الجهة المعنية عن أسلوب ملاحق العقود⁽⁴¹⁴⁾. إلا أنه لا يوجد في سورية أحكام مشابهة لتلك التي جاء بها المشرع الفرنسي، والتي من شأنها أن تحافظ على مبدأ المنافسة الحرة وتحميه في مرحلة تنفيذ العقد.

وقد نصت الفقرة أ من المادة /34/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /450/ لعام 2004 في سورية على حق الإدارة في أن تطلب من المتعهد في عقد الأشغال العامة القيام بأعمال إضافية في حال تطلّب تنفيذ العقد القيام بأعمال إضافية لم تلحظ سابقاً، وعلى المتعهد المباشرة بتنفيذ هذه الأعمال بعد الاتفاق مع الإدارة بموجب ملحق عقد في حال لم يكن تنفيذ هذه الأشغال الإضافية يقتضي السرعة القصوى⁽⁴¹⁵⁾.

المطلب الثاني- دوافع إبرام ملحق العقد:

يتعيّن لصحة قيام الإدارة بتعديلات العقد الإداري أن تستجد ظروف لاحقة لإبرامه تستوجب ممارسة الإدارة لتلك السلطة، ولذلك فإنّ بقاء الظروف التي أبرم في ظلّها العقد على حالها يحول دون ممارسة الإدارة لحقها في سلطة التعديل⁽⁴¹⁶⁾. وبمقتضى هذه السلطة المقررة للإدارة يحق لها تعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يضمن زيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها، أو تعديل المدد الزمنية المتفق عليها بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، دون أن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقد، وبالأساس القانوني المعمول به في نطاق عقود القانون الخاص، والمتمثل بأن العقد شريعة المتعاقدين⁽⁴¹⁷⁾، ويجد هذا الحق المقرر للإدارة سنده وأساسه في قواعد تنظيم

(413) البند /12/ من الفقرة أ من المادة /42/، والفقرة ج من المادة /43/ من المرسوم التشريعي 1969/228.

(414) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء السوري، رقم 12/ب-15/132، تاريخ 1989/1/14، وكذلك تعميم رئاسة مجلس الوزراء السوري رقم 15/366 تاريخ 1980/2/23، مذكور عند صبحي سلوم في موسوعة العقود، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 264.

(415) جاء في نص المادة 34 من المرسوم 450/2004: (أ- عندما يتطلّب تنفيذ الأعمال القيام بأعمال إضافية لم تلحظ في العقد أو تغيير مصادر وأنواع بعض المواد الملحوظة فيه، فللجهة العامة أن تطلب إلى المتعهد القيام بهذه الأعمال، وعلى المتعهد أن يباشر فوراً بالتنفيذ، وتعين أسعار هذه المواد بالاتفاق بين الطرفين، أما إذا كان تنفيذ الأشغال الإضافية لا يتطلّب السرعة الكلية فلا تعطي الجهة العامة أمراً بتنفيذها إلا بعد الاتفاق مع المتعهد على أسعارها بموجب ملح عقد).

(416) د. عبد العزيز عبد النعم خليفة، المرجع السابق، ص 249.

(417) د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 214.

وتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد، وقابليته للتعديل والتغيير⁽⁴¹⁸⁾، وسلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري تمارسها عن طريق الملحق⁽⁴¹⁹⁾، كما أوضحنا سابقاً، وبذلك فإن الإدارة لا تستطيع إجراء أي تعديل إلا من خلال اللجوء إلى ملحق العقد، ومبرر لجوء الإدارة لإبرام ملحق العقد هو الحاجة لتعديل الالتزامات التعاقدية بناءً على ظروف طرأت بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، ونظراً لطبيعة العقود الإدارية، وأهدافها، وقيامها على فكرة استمرارية المرافق العامة يفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملاساته، وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام، وأن التعاقد فيها يتم على أساس انصراف نية الطرفين عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه أن الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة، ويحقق تلك المصلحة⁽⁴²⁰⁾، إذ يحق للإدارة بإرادتها المنفردة تعديل شروط تنفيذ العقد المتفق عليه في جميع الحالات من خلال تعديل التزامات المتعاقد معها من حيث كم ونوع الأشياء محل التعاقد، أو من حيث طرق ووسائل تنفيذه⁽⁴²¹⁾.

وسنقوم بالتطرق إلى هذه الحالات وفق ما يلي:

الفرع الأول- التعديل في كمية الأعمال محل التعاقد:

تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بزيادتها أو إنقاصها، والتعديل هنا يرد على مقدار الالتزامات وليس نوعها، حيث تكون الزيادة أو الإنقاص المطلوبة من نفس طبيعة الالتزامات المزايدة أو المنقوصة، وهذا الحق ثابت للإدارة في كل العقود الإدارية فلها أن تأمر بزيادة حجم الالتزامات المتفق عليها في العقد أو إنقاصها، أو كمية التوريدات المتفق على تسليمها، كما يثبت هذا الحق المقرر للإدارة في كل من فرنسا، ومصر، وسورية، وذلك بمقتضى النصوص التشريعية وأحكام القضاء الإداري المستقرة وتأيد غالبية الفقه.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أحقية الإدارة باستخدام امتيازها سالف الذكر، وأقرّ حقها في زيادة الالتزامات المنصوص عليها في عقود التوريد الإدارية وفي عقود الأشغال العامة، كما أقرّ سلطتها في إنقاص الالتزامات المنصوص عليها في هذه العقود، حيث قضى في مجال عقود التوريد بأنه: (يجوز للإدارة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها)، وفي عقد الأشغال

(418) محمود فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 253.

(419) أنيسة سعاد قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 124.

(420) أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ص 441.

(421) André de l' aubadère " du pouvoir de l' administration d' imposer unilateralement des changements aus dispositions des contrat administratif" R. D. P, 1954, p103.

العامّة قضى بأن من حق الإدارة أن تفرض على المقاول زيادة الأشغال المعهود بها.

وفي هذا السياق قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن: (للإدارة الحق في تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتقه أو تنقصها، وتتناول الأعمال والكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص).

وبناءً على هذا النص فإنّ التعديل في كمّيات الأعمال أثناء تنفيذ العقد ضرورة لا بدّ منها، نظراً لكون العمل يختلف في أثناء التنفيذ عمّا هو مقرر في العقد الأولي مع المتعاقد، فالإدارة تلجأ إلى تعديل العقد كلما اقتضت حاجة المرفق ذلك، ومن غير أن يحتجّ عليها المتعاقد بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، وهذا ما يستدعي إلى التساؤل حول أسباب التعديل في مقدار الالتزامات، وما هي القيود الواردة على هذا الحق المقرر للإدارة المتعاقدة عند تعديلها لكمية التزامات المتعاقد معها؟

أولاً: مبررات التعديل الكمي لمحل العقد الإداري:

إنّ التعديلات الطارئة على كمّيات العمل تبررها عوامل متعددة أبرزها:

- 1- إذا كان عدم التغيير أو الإضافة من شأنه أن يسبب تأخيراً في العمل أو ضرراً كبيراً من الناحية الاقتصادية أو الفنية.
- 2- إذا كان عدم التغيير يؤدي إلى عدم إمكانية الاستفادة من أعمال الملتزم على الوجه المطلوب عند إنجازها.
- 3- إذا كان التغيير يؤدي إلى توفير مبالغ كبيرة للإدارة مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار المترتبة على التأخير المحتمل بسبب هذا التغيير.
- 4- حالة قيام ظروف ملحة تستدعي هذا التعديل، كالغاء المرفق العام أو إعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد⁽⁴²²⁾.

مما لا يعني أنّ الأسباب التي تدعو الإدارة إلى تعديل مقادير عمل الملتزم وكمياته متعددة منها ما يتعلّق باختلاف الكمّيات الحقيقية عن تلك التي رسمت في جدول الكمّيات، إذ يحدث في كثير من الأحيان اختلاف بين الكمّيات الحقيقية والضرورية لإكمال العمل طبقاً لشروط المقولة، وبين الكمّيات التي قدرّت ورسمت في جدول الكمّيات الملحق بالمقولة، وذلك لأنّ تلك الجداول تحمل مقادير العمل بصورة مستقلة عن الممارسة العملية فهي تخمينات قد لا تكون دقيقة في معظم الأحيان.

لذلك، يلاحظ أن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى حماية نفسها عن طريق النص في دفاتر الشروط على اعتبار الكمّيات المدونة في جداول الكمّيات هي كمّيات تقديرية

(422) أ. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 472.

للعمل، ولا تعتبر الكميات الحقيقية الصحيحة للأعمال الواجب تنفيذها من المقاول لغرض الوفاء بالتزاماته بموجب عقد المقاول.

ثانياً- القيود التشريعية الواردة على التعديل الكمي لمحل العقد

الإداري:

لقد قام التشريع المقارن بتنظيم حق الإدارة في تعديل الكميات سواء بالزيادة أو النقص، إلا أنه اختلف في هذا الصدد في مقدار النسب المسموح للإدارة أعمالها بالزيادة أو النقصان وحدودها.

1- في التشريع المصري:

أكد المشرع المصري حق الإدارة في تعديل شروط بإرادتها المنفردة، وتكون هذه التعديلات نافذة في مواجهة المتعاقد مع الإدارة رغماً عنه، غير أنه قد قيد هذه التعديلات من حيث الكمية أو الحجم بالزيادة أو بالنقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند وفي ذلك نصّت المادة /78/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89/ لسنة 1998 على أنه: "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك"⁽⁴²³⁾.

2- في التشريع السوري:

أجاز المشرع السوري للإدارة إجراء التعديل الانفرادي للعقد قيد التنفيذ حتى حدود كمية معينة، حيث قرر في نص المادة /62/ من القانون رقم 51/ لسنة 2004 على أنه "أ- يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة من التعهد على حدة، وذلك بالشروط والأسعار نفسها الواردة في العقد دون الحاجة إلى عقد جديد، على أن لا تتجاوز مجموع الزيادة أو النقص 25% من القيمة الإجمالية للعقد. ب- يعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة ، وذلك من أجل هذه الزيادة فقط".

ويمكننا من خلال نص هذه المادة ملاحظة أن التقييد الكمي على التعديل الانفرادي يفرض قيداً نوعياً، حيث أن المشرع طالما قرر الحق للإدارة في التعديل الكمي للعقد في نطاق المادة 62 سألقة الذكر في إطار 30% لكل بند وبما لا يتجاوز 25% من القيمة الإجمالية للتعهد، فإن هذا يعني بمفهوم المخالفة عدم جواز إجراء التعديل النوعي للعقد⁽⁴²⁴⁾، وطالما أن التعديل المباح في حدود ربع القيمة الإجمالية

(423) د. مهند نوح، حدود سلطة الإدارة في التكليف بأعمال الربع النظامي، مجلة الميزان، دمشق، 2008، ص1.

(424) وهذا ينسجم مع نص المادة /32/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم 2004/450 والتي قضت بحق الجهة العامة عند الضرورة أن تطلب إجراء أي تعديل أو تصحيح أو حذف أو إضافة أي من الأعمال المطلوبة في العقد سواء أدى ذلك إلى نقص أم زيادة في كميات تلك الأعمال المطلوبة في العقد، وهذا ما يؤكد على أن المشرع السوري قد أباح التعديل الكمي فقط دون التعديل النوعي لاسيما في إطار عقود الأشغال.

للعقد، فإن سلطة الإدارة في تعديل عقدها بإرادتها المنفردة قد أطلق عليها في الواقع العملي تسمية "التكليف بأعمال الربع النظامي"⁽⁴²⁵⁾.

ويشترط أن يتم التعديل الانفرادي خلال مدة تنفيذ العقد، وفقاً لنص المادة 62/ سالف الذكر ذاتها وإلا كان العقد باطلاً، ويمكننا ملاحظة أن هذه المادة الأخيرة قد أعطت المتعاقد الحق في تنفيذ مدة إضافية، إلا أنها أعطت الإدارة الحق في أن يكون التكليف بنفس أسعار العقد المبرم أساساً مع المتعاقد، ويؤدي ذلك إلى نتيجة غاية في الأهمية تؤكد ما أشرنا إليه من **عدم جواز التعديل النوعي للعقد**، وتتجلى في عدم جواز التكليف ببند جديدة لم تكن موجودة أساساً في العقد، إلا ما ورد في النص بهذا المعنى بأن تكون الأعمال الإضافية في حدود ربع قيمة أعمال العقد وبنفس أسعار العقد الأصلي، إذ إن ذلك يدل حتماً على أن الأعمال محل التعديل الانفرادي يجب أن يكون لها أصل في العقد.

وإضافة إلى ما تقدم فإن التعديل الكمي موضوع المادة 62/ لا يكون دائماً عند زيادة الكميات المتعاقد عليها نحو ربع قيمة الأعمال، إنما يمكن أن يتجه نحو إنقاص من الكميات ضمن الحدود ذاتها، وذلك كله وفقاً لما تقرضه ضرورات سير المرفق العام، الذي يتصل بالعقد.

ثالثاً - تطبيقات التعديل في كمية الأعمال محل العقد:

إن سلطة الإدارة تظهر في عقود الأشغال العامة، وعقد التوريد، إلا أن سلطة الإدارة تظهر بوضوح وبصورة أدق في عقد الأشغال العامة على اعتبار أن الإدارة صاحبة الاختصاص الأصيل فيها مقارنةً بعقد التوريد التي تكون فيها سلطة التعديل في أضيق حدودها، ونفس الأمر يطبق على كل من عقود الخدمات وإنجاز الدراسات، وذلك لوجود مساهمة غير مباشرة للمتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام مقارنةً بعقد الأشغال العامة.

1- صور التعديل في عقد الأشغال العامة:

يعدّ عقد الأشغال مجاًلاً خصباً لعملية إبرام الملاحق في العقد الإداري نظراً لارتباطه الوثيق بتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ونظراً للمبالغ الضخمة التي تنفقها الدولة على الأشغال مقارنةً بالعقود الأخرى، وإن كان الغالب أن تتضمن عقود الأشغال العامة شروطاً تسلم بحق الإدارة في تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان⁽⁴²⁶⁾، فهو لا يتناول إلا الشروط التي تتعلق بالمرفق، وبالتالي لا يمكن أن يمتد إلى باقي الشروط، ومن ثم فإنّه من المسلّم به أن عقد التعديل في عقد الأشغال العامة لا يمكن أن يتناول الثمن بأي حال، وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال محل التعديل بالمرفق العام، إلا أن هذا التعديل له حدود وضوابط تتعلق بمداه

(425) د. مهدي نوح، حدود سلطة الإدارة في التكليف بالربع النظامي، مجلة الميزان، دمشق، 2008، ص

1.

(426) علي الفخّام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 222-223.

وبحقوق المتعاقد مع الإدارة حيال ذلك التعديل حيث تمارس الإدارة هذه السلطة باعتبارها (صاحب العمل) فتحتفظ دائماً بصلاحيّة تنظيم المرفق، غير أنّه لا يجوز إجراء تعديل على الأعمال المتعاقد عليها إلّا عند الضرورة القصوى، كما بيّنا ذلك من خلال تبريرات التعديل في مقدار الالتزامات المتعاقد عليها، ويتم تدخل الإدارة في هذا المجال بمقتضى أوامر مصلحيّة. وليس من حق الإدارة تعديل شروط عقد الأشغال العامّة تعديلاً يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فيجب أن تكون هذه الأعباء المفروضة من قبل الإدارة على المتعاقد معها في الحدود الطبيعيّة من حيث نوعها وأهميتها لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه، أو إنشاء محل جديد له غير ما تمّ الاتفاق عليه، أو أن تؤدي الأعباء التي أوجدها التعديل إلى إرهاب المتعاقد بالتزامات تجاوز إمكانيّاته الفنيّة أو الاقتصادية، كما لا يعني حق الجهة الإدارية في تعديل شروط العقد أن تفرض على المتعاقد معها القيام بأعباء جديدة غريبة عن العقد الأصلي لا تربطها به أي صلة⁽⁴²⁷⁾، أي إنّ موضوع تعديل الكمّيّات في عقود الأشغال العامّة يمكن أن ينصب على التعديل الذي تدخله الإدارة المتعاقدة على مقادير العمل كما قد يتناول الأعمال الإضافيّة وسنوضح كل حالة على حدة:

أ- تعديل الوارد على مقادير الأعمال:

لقد نصّ دفتر الشروط الإداريّة العامّة في فرنسا والمطبّق على عقود الأشغال العامّة على نسب محددة تلتزم بها الإدارة أثناء قيامها بإجراء التعديل على مقادير العمل في عقد الأشغال العامّة وتشمل هذه الصورة من التعديل: حجم الأشغال، طبائع المنشآت، أسعار المنشآت غير المدفوعة.

■ التعديل المتعلّق بحجم الأشغال

لقد تناولت المادتين 30/ و 31/ من دفتر الشروط الإداريّة العامّة المطبّق في فرنسا النسب المقررة قانوناً فيما يخص تعديلها لحجم الأشغال، وذلك بأن لا يتجاوز التعديل المفروض في حالة الزيادة أو النقصان نسبة 20% من قيمة العقد الإجمالي بالأسعار الأوليّة، 50% بالنسبة لأشغال الصيانة والتصليح في حالة زيادة حجم الأشغال، و 35% في حالة نقصان حجم الأشغال⁽⁴²⁸⁾، وإذا ما تجاوزت الزيادة أو النقصان النسب المئوية المحددة، يظلّ المفاوض ملتزماً بتنفيذ الأشغال التي شرع فيها حسب شروط العقد، ويحق له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي ألحقت به التعديلات التي أدخلت في هذا الصدد، وفي حال انعدام الوصول إلى اتفاق ودي يحدد التعويض يكون القضاء مختصاً في تحديده. ومما يعاب على المشرع الفرنسي في تحديده لنسب التعديل في دفتر الشروط العامّة لسنة 1964 أنّه لم يراع مقتضيات

(427) د. محمود حلمي، العقد الإداري، دون طبعة، دار الفكر العربي، 1974، ص 68.
(428) انظر المادة 30/ و 31/ من القرار الصادر بتاريخ 21/نوفمبر/ 1964 والمتضمن دفتر الشروط الإداريّة العامّة المطبّق في فرنسا.

احتياجات المرفق العام، فكان لازماً عليه مراعاة احتياجات المرفق العام كأساس للتعديل مقترناً بشرط الحفاظ على التوازن المالي للعقد.

وفي القانون السوري نصّت المادة /32/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم 2004/450م على أنه: "أ- للجهة العامة عند الضرورة الحق بطلب إجراء أي تعديل أو تصحيح أو حذف أو إضافة أي من الأعمال المطلوبة في العقد، سواء أدى ذلك إلى نقص أم زيادة في كميات تلك الأعمال المطلوبة في العقد، ويترتب على المتعهد في جميع الأحوال أن يقوم بتنفيذ طلبات التعديل كافةً أو التغيير الذي يطلب منه بموجب أوامر خطية أثناء سير العمل دون تأخير، ويحق للجهة العامة في حال تأخر المتعهد عن تنفيذ هذا التعديل خلال المدة المحددة له أن تقوم بهذا التعديل على نفقته، وتحسم ما تنفقه في هذا السبيل من استحقاقه مهما بلغت تكاليف ذلك".

■ التعديل المتعلق بالتغيير في أهمية الطابع المختلفة للمنشآت:

نصّت على ذلك المادة /32/ من دفتر الشروط الإدارية العامة، عندما يتضمن مهلة تقديرية تبين أهمية مختلف طابع المنشآت، وعندما تعدل التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو الناتجة من ظروف ليست من خطأ ولا من فعل المقاول، طبيعة بعض طابع المنشآت بحيث تصبح الكميات مختلفة بما يزيد عن 35% زيادة أو نقصاناً بالنسبة للكميات الواردة في التفصيل التقديري⁽⁴²⁹⁾، فإنه في هذه الحالة يجوز للمقاول أن يقدم في النهاية طلباً لتعويضه عن الأضرار التي ألحقت به التعديلات، والتي أدخلت في هذا الصدد على المشروع الأولي، غير أنه لا يجوز للمقاول المطالبة بأي تعويض عن تنفيذ طابع منشآت لم يرد ذكرها في التفصيل التقديري والتي ورد النص على أسعارها مع ذلك في العقد.

■ التعديل المتعلق بأسعار المنشآت غير المدفوعة

طبقاً لنص المادة /29/ من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق في فرنسا، عندما تظهر ضرورة إنجاز منشآت لم يرد ذكرها في جدول العقد، أو ضرورة تعديل مصدر مواد البناء مثلما ورد بيان ذلك في دفتر الشروط دون تغيير موضوع العقد، يتقيد المقاول على الفور بالأوامر المصلحية التي يتلقاها في هذا الموضوع، ويتمّ دون تأخير إعداد أسعار جديدة حسب أسعار السوق، أو يتمّ تشبيه المنشآت بمثيلاتها، وفي حال تعذر ذلك تتم المقارنة اعتماداً على الأسعار الجديدة في المنطقة.

ويتمّ حساب الأسعار الجديدة بنفس الشروط الاقتصادية لأسعار السوق، وبصورة يجعل بالإمكان الزيادة أو النقصان فيها، إذا سمحت السوق بذلك، وبعد مناقشتها من طرف المهندسين والمقاول تطرح لموافقة السلطة المختصة، وتبلغ

(429) انظر المادة /32/ من القرار الصادر بتاريخ 21/ نوفمبر/ 1964 والمتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق في فرنسا.

للمقاول عن طريق أمر مصلحي⁽⁴³⁰⁾، أمّا في حالة عدم الاتفاق يختص القضاء بالفصل فيها.

ب- الأعمال الإضافية:

يمكن للإدارة أن تلجأ إلى إبرام ملحق عقد أثناء تنفيذه لتنظيم أعمال إضافية طرأت أثناء التنفيذ، فالمقصود بالأعمال الإضافية؟ وما هي معايير تمييزها عن غيرها من الأعمال التي تظهر عند تنفيذ العقود؟

■ مفهوم الأعمال الإضافية:

يذهب قسم من الفقه إلى أن الأعمال الإضافية هي تلك الأعمال التي لم تدرج صراحةً أو ضمناً في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها في العقد، وهي من نفس طبيعة الأعمال الأصلية المتفق على إجرائها⁽⁴³¹⁾.

كما لو طلب من المقاول مدّ الطريق المراد إنشاؤه مسافة أطول من تلك المتفق عليها في العقد، أو طلب إليه تعميق أسس المشروع أكثر من العمق المتفق عليه، أو غلق بعض فتحات النوافذ المتفق على إنشائها.

■ التمييز بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة:

لقد ميّز الفقه بين الأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة وسنقوم بتحليل هذا التمييز في ما يلي:

✓ من حيث الطبيعة:

إن الأعمال غير المتوقعة هي أعمال لم تظهر في العقد، ولم تدرج فيه وقت إبرامه وتختلف في طبيعتها عن الأعمال المدرجة في هذا العقد إلا أنها ليست غريبة عنه، كطلب إعادة ترميم قناة هدمت بسبب انهيار أحد الجسور أثناء إنشاء السكك الحديدية أو نقل بعض المواد اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض، و كما هو الحال في تصليح مجاري المياه القريبة من المشروع إنشاؤه بسبب الأضرار التي حدثت من جرّاء تنفيذ ذلك المشروع.

أمّا الأعمال الإضافية فهي أعمال لم تظهر في العقد ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها كطلب مدّ السد المتفق عليه في العقد مدة إضافية لأن النهر غير مجراه على غير المتوقع، وكذلك الأعمال التكميلية التي يجوز للإدارة أن تطالب المقاول بإنجازها بعد انتهاء الأعمال الأصلية.

✓ من حيث تحديد الثمن:

يحدد الثمن في حالة الأعمال غير المتوقعة استقلاً عن الثمن المتفق عليه في العقد، فيحدد على أساس السعر الجديد الذي يتفق عليه بين الإدارة والإدارة صاحبة العمل.

(430) انظر المادة 29/ من القرار الصادر بتاريخ 21/ نوفمبر/ 1964 والمتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق في فرنسا.

(431) د. رياض عبيسي، مقاله، ص 19.

أمّا في حالة الأعمال الإضافية فإنّ الثمن لهذه الأعمال يقدر على أساس السعر الوارد في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية.

نخلص مما تقدّم أن طبيعة العمل المطلوب إجراؤه من قبل المقاول هو المعيار المميز بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية، فإذا كان العمل المطلوب إجراؤه من نفس طبيعة العمل الأصلي المتفق عليه في العقد فيكون من قبيل الأعمال الإضافية، وإذا كان يختلف في طبيعة هذا العمل الأصلي فهو يدخل في نطاق الأعمال غير المتوقعة.

■ التمييز بين الأعمال الإضافية و الأعمال الجديدة:

إنّ الأعمال الإضافية تختلف عن الأعمال الجديدة وسنبيّن أوجه الاختلاف:

✓ من حيث الطبيعة:

إنّ الأعمال الإضافية تعتبر من طبيعة العمل الأصلي وتنتج بسبب تنفيذ هذا العمل الأصلي، بينما تعتبر الأعمال الجديدة أعمالاً غريبة عن العمل الأصلي المتفق عليه بين الإدارة والمقاول بموجب عقد المقولة المفقود بينهما، أو هي أعمال تنفذ في أوضاع جديدة وشروط غير تلك التي اتفق عليها في العقد، ويطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذا النوع من العمل بالعمل الغريب عن موضوع العقد. وعلى هذا الأساس يذهب المجلس في أحكامه إلى أنه لا يجوز للإدارة أن تفرض هذه الأعمال على مقاول الأشغال العامة، كما لو أمرت الإدارة المقاول بإجراء أعمال مختلفة تماماً عن الأعمال الأصلية موضوع المقولة، فإذا كان العمل الأصلي المتفق عليه هو إنشاء شبكات للري فلا يجوز للإدارة صاحبة العمل أن تأمر المقاول بإنشاء سكن لموظفيها لأن ذلك يخرج عن موضوع العقد الأصلي، وعليه لا يلتزم المقاول بتنفيذ الأعمال الجديدة وإلاّ جاز طلب فسخ العقد.

وقد أخذ القضاء الإداري بهذا الرأي حيث قضى بأنّه يتمكن المقاول من الامتناع عن تنفيذ الأعمال الجديدة التي تفرضها عليه الإدارة والتي تخرج عن موضوع العقد الأصلي، كما يستطيع المطالبة بفسخ العقد، وذلك تأسيساً على أن التعويض الذي تلزم به الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا لجبر الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل.

✓ من حيث الأثر:

إنّ إلزام مقاول الأشغال العامة بتنفيذ الأعمال الإضافية لا يترتب عليه إبطال العقد، بينما يؤدي إلزام مقاول الأشغال العامة بتنفيذ أعمال جديدة إلى طلب فسخ عقد الأشغال العامة⁽⁴³²⁾.

وما يمكن إثارته في هذا المجال هو شروط دفع الأثمان، وأسعار الإضافات التي قام بها المقاول، فالإدارة المتعاقدة مسؤولة عن دفع أثمان الإضافات وكلفتها إلى المقاول إلاّ أنّه يشترط لذلك ضرورة تحرير أوامر التعديل، وعدم إدراج كلفة

(432) د. رياض عبيسي، المقال السابق، ص 22.

أو ثمن الأعمال الإضافية في العقد الأصلي، إضافة لضرورة إصدار أمر التعديل قبل إكمال الأعمال الأصلية وقبل مباشرة العمل الإضافي، وأخيراً عدم تنفيذ المقاول للعمل الإضافي من تلقاء نفسه وسنودها بشيء من التفصيل وفق ما يلي:

✓ ضرورة تحرير أوامر التعديل:

إنّ دفاتر الشروط المتعلقة بالأشغال العامة يجب أن تنص على تلك الإضافات بصورة كتابية، والهدف من ذلك تجنب المنازعات التي قد تنثور بين الإدارة المتعاقدة والمقاول، وهذا ما أكدته المادة /30/ من دفتر البنود الإدارية العامة في فرنسا والمطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل، من ضرورة إصدار أوامر المصلحة المتعاقدة للمقاول بإنجاز أشغال إضافية، وبالتالي فإن شرط إصدار أوامر التعديل بشكل تحريري يعتبر شرطاً لازماً، وهو شرط سابق لدفع الكلفة، وحتى يستطيع المقاول أن يحصل على أثمان الأعمال الإضافية، يجب عليه أن يثبت وجود أمر تحريري بأعمال إضافية صادرة إليه من جهة الإدارة المتعاقدة.

✓ عدم إدراج كلفة أو ثمن الأعمال الإضافية في العقد الأصلي:

ذلك أن إدراج الأعمال الإضافية في العقد الأصلي يعتبر خروجاً عن نطاق الأعمال الإضافية، ذلك أن هذه الأخيرة لا تدرج أصلاً في العقد الأصلي وذلك حتى لا نكون أمام دفع كلفتين للأعمال الإضافية. إصدار أمر التعديل قبل إكمال الأعمال الأصلية وقبل مباشرة العمل الإضافي الأصل أن يصدر أمر العمل بالأعمال الإضافية قبل الانتهاء من الأعمال الأصلية المدرجة في العقد، ويجب أن يصدر قبل بداية إجراء الأعمال الإضافية.

✓ عدم تنفيذ المقاول للعمل الإضافي من تلقاء نفسه:

لا بدّ للمقاول أن يحصل على أمر تحريري صادر من جهة الإدارة المتعاقدة، تأمره من خلاله بالقيام بالأعمال الإضافية، وبذلك في حال قيام المقاول بأعمال إضافية من تلقاء نفسه، فإنّ الإدارة صاحبة الأشغال غير ملزمة بدفع كلفة الإضافات، إلا أنّ مجلس الدولة الفرنسي أجاز حصول المقاول على ثمن وكلفة لهذه الأعمال الإضافية، رغم عدم حصوله على أمر تحريري من الإدارة في حالتي الأعمال الضرورية غير المنصوص عليها في العقد واللازمة للعمل الأساسي⁽⁴³³⁾، والأعمال النافعة التي تعود بالفائدة على الإدارة صاحبة الأشغال.

(433) وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1967/11/17 في قضية شركة Nikon بأنه من حق مقاول الأشغال العامة المطالبة بالتعويض عن الأعمال التي يقوم بها زيادة عن المنصوص عليه في العقد متى كانت ضرورية ولازمة لتنفيذ الأعمال المتفق عليها طبقاً للأصول الفنية و ذلك حتى ولو لم يصدر إليه أمر العمل بها من الإدارة أو المشرف على الأعمال.

2- صور التعديل في عقود التوريد :

للإدارة في عقود التوريد تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها متى اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة ذلك، فمن حق الإدارة إلزام المورد بزيادة كمية التوريدات أو إنقاصها⁽⁴³⁴⁾.

وكما هو معلوم أن عقود التوريد تقوم على أسس تسليم منقولات للإدارة، ولما كانت سلطة التعديل تستند أساساً إلى صلة العقد بالمرفق العام، وكانت صلة التوريد بالمرفق ليست بدرجة وضوح عقد الأشغال العامة، فإن سلطة التعديل في عقود التوريد إنما تمارس في أضيق الحدود⁽⁴³⁵⁾، ويميز الفقه الحديث في نطاق عقود التوريد الإدارية بين نوعين منها عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية⁽⁴³⁶⁾، مما يدفعنا إلى التساؤل ما مدى سلطة الإدارة في تعديل عقود التوريد بنوعها؟

أ- عقود التوريد العادية:

إن رقابة الإدارة تتجلى بشكل واضح فيما يتعلق بفحص البضائع تمهيداً لتسليمها نهائياً، أما فيما يتعلق بالإشراف والتوجيه أو التعديل قبل التسليم، فإن الأصل أن يرجع بالخصوص إلى شروط العقد ودفائتر الشروط، فإذا التزم الصمت فإن الأصل أن يترك للمورد حرية التوريد على مسؤوليته⁽⁴³⁷⁾.

ولكن نظراً لضعف صلة عقود التوريد العادية بالمرفق العام، فإن بعض الفقهاء ينازعون في حق الإدارة في تعديل كمية البضائع المتفق على توريدها بالنقص أو الزيادة، وتبدو أحكام مجلس الدولة الفرنسي قليلة في هذا المجال، إلا أنه أعلن صراحة عن حق الإدارة في تعديل شروط عقد التوريد بالزيادة أو النقص⁽⁴³⁸⁾. ولهذا وقف الفقيه *laubadère* موقفاً وسطاً في هذا الصدد، مسلماً بحق الإدارة في تعديل شروط عقد التوريد، إلا أن سلطة الإدارة في هذا الصدد

(434) وقد أقرت المادة 87 من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر، على حق الجهة الإدارية في تعديل كميات وحجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون حق في المطالبة بتعويض على ما تقدم.

(435) د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 232.

(436) يمكننا الإشارة أنه يوجد في فرنسا ثلاث من عقود التوريد طبقاً لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات التوريد بمقتضى المرسوم الصادر في 27/مايو/1977، بالإضافة إلى عقود التوريد الصناعية، والتي نظمها المشرع الفرنسي بموجب مرسوم أكتوبر 1980، وثالث هذه الأنواع هو ما يعرف بعقد أداء الخدمات الصناعية التي تنصب على الأعمال الذهنية والفكرية التي يقدمها الأفراد إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بمقتضى المرسوم الصادر في 26/أكتوبر/1975.

(437) أ.د سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 471.

(438) أ.د سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 472.

سلطة مقيّدة منوطة بقيام ظروف ملحة تستدعي هذا التعديل، كإلغاء المرفق أو إعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد⁽⁴³⁹⁾.

ب- عقود التوريد الصناعية:

إنّ الوضع في هذه العقود مختلف، لأنّ الإدارة لا تتفق على مجرد التوريد، وإنّما على نوع الصناعة أيضاً لاسيّما إذا انصبّ موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصّة تتعلق بالجهود الحربية مثلاً، فعندئذ لا تقتصر رقابة الإدارة على مجرد التسليم، وإنّما يكون لها متابعة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، وهذا ما نظمته دفاتر الشروط الخاصّة في فرنسا.

أما في مصر، فقد تناولت هذه المسألة المادة /87/ من **لائحة المناقصات والمزايدات**، حيث اعترفت للوزارة أو المصلحة بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود 15% في عقود التوريد، و30% في عقود الأغذية، وليس من الضروري أن يقتصر التعديل في عقود التوريد على الكمية فقد ينصرف إلى المواصفات⁽⁴⁴⁰⁾.

وفي سورية نصّت المادة /9/ من **دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم 2004/450م** على أنّه: "تعتبر الكميات المقدّرة في قائمة الكميات أو الكشف التقديرية لمختلف الأعمال المطلوبة في هذا العقد كأساس تقريبي فقط قابلة للزيادة أو النقص حسب مقتضيات العمل أثناء التنفيذ، وتجري محاسبة المتعهد على أساس الكميات الحقيقية المقاسة التي ينجزها فعلاً في موقع العمل لكل من الأعمال المطلوبة منه بموجب هذا العقد، على أن تضاف أو تحسم قيمة الزيادة أو النقص من القيمة الإجمالية للعقد حسب الأسعار المحددة فيه".

الفرع الثاني - التعديل في مدد وطرق ووسائل التنفيذ:

إنّ استعمال الإدارة لسلطتها بتعديل عقودها الإدارية لا يقتصر على صورة واحدة فقط، بل تتعدد مظاهر هذه السلطة أيضاً، بمعنى آخر لا يقتصر التعديل على مقدار الالتزامات المتعاقد عليها فقط سواء بزيادة الكميات أو إنقاصها، بل يمتد أيضاً إلى آجال تنفيذ العقد، وإلى آليات تنفيذه، وهذا بحسب ما تقتضيه ظروف التنفيذ وملايساته، مما يدفعنا إلى التساؤل ما الدافع من لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تعديل الآجال المتفق عليها وكذلك آليات التنفيذ التي تمّ التعاقد عليها مسبقاً؟ سنحاول تسليط الضوء على مظاهر التعديل في كل حالة على حدة موضحين دوافع الإدارة أثناء اتخاذها هذه الإجراءات في كل حالة على حدة.

(439) André de l' aubadère, Traité de droit administratif, Tome 2, paris, 1999, p40

(440) حكم المحكمة الإدارية العليا في 11/ ماي/ 1968، حيث نص العقد على توريد دجاج أو أرانب حية، إلّا أنّ الإدارة طالبت بتوريدها مذبوحة ومنزوعة الأحشاء، فقالت المحكمة أنّ هذا الرأي الذي طلبته الإدارة في حقيقته تعديل لشروط العقد تملكه الإدارة المتعاقدة، على أن تعوّض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة التعديل.

1- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ:

يحق للإدارة أن تقوم بإرادتها المنفردة بالتعديل في طرق ووسائل التنفيذ كلما تبين لها أثناء هذا التنفيذ ما يستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية، أو لمواجهة ومسايرة الاكتشافات التي تقتضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتضاءً أو أكثر تقدماً من تلك المنصوص عليها في المشروعات الأصلية⁽⁴⁴¹⁾، ومن أمثلة التعديل في وسائل التنفيذ أن تطلب الإدارة رغبة منها في تحسين نوع الموارد تغيير مصدر الجهة التي تأتي منها تلك الموارد، أو أن تطلب تعديل قاعة المكتبة بقاعة للمحاضرات في عقد أشغال بناء إحدى كليات الجامعة⁽⁴⁴²⁾.

وتستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها إتباع أسلوب معين في التنفيذ على خلاف الأسلوب المتفق عليه في العقد، فلإدارة أن تحل طريقة فنية محل طريقة كان قد سبق استعمالها في أحد مراحل تنفيذ العقد، وقد تفرض الإدارة على المتعاقد معها أن يستعمل مادة أحسن أو وسيلة أفضل للصناعة أو البناء محل تلك التي كانت ثابتة في العقد المبرم بينهما⁽⁴⁴³⁾. وسلطة الإدارة في استعمال صلاحيتها بالتعديل في وسائل التنفيذ تشمل العقود الإدارية جميعها، وسنتطرق إلى تطبيقات هذه السلطة على أهم العقود الإدارية محل دراستنا بدايةً في عقود الأشغال العامة ثم في عقود التوريد وفق ما يلي:

1- عقد الأشغال العامة:

تستطيع الإدارة أن تأمر بتعديل المشروعات الأصلية شريطة عدم تغيير موضوع العقد، وهذا ما أقرّه مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Barnay*⁽⁴⁴⁴⁾ بقوله: "إن من حق الإدارة أن تأمر بإحلال كوبري بخمسة قناطر محل كوبري بقنطرة واحدة"، أو بإجراء تعديلات أنواع المواد المستعملة وعلى أماكن استخراجها، كما تستطيع الإدارة أن تفرض تعديلات على أماكن العمل وفي إحلال شغل محل آخر⁽⁴⁴⁵⁾.

وفي مجال عقود الأشغال العامة يجب التمييز بين الأعمال الجديدة والأعمال الإضافية، فالأعمال الجديدة هي التي لا يسمح بفرضها على مقاول الأشغال العامة، لأن موضوع تلك الأعمال الجديدة يعتبر غريباً عن العقد الأصلي بحيث لا تربطها به أي صلة إطلاقاً، أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي نص عليها في العقد، ومثاله أن تعهد الإدارة على المقاول بأعمال مختلفة عن

(441) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 225، د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 58.

(442) د. علي الفخام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 226.

(443) د. علي الفخام، المرجع نفسه، ص 225، د. حمدي أبو النور، الوجيز في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 152.

(444) حكم مجلس الدواة الفرنسي في قضية *Barnay*، وذلك في 20/يوليو/1877.

(445) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 199.

الأعمال موضوع العقد، وتقع على مسافة بعيدة عن موضوع العقد الأصلي، ومنها أن تكلف الإدارة المتعاقدة معها على إنشاء جسر حديدي ثم تطالبه الإدارة بإنشاء جسر خرساني، أما الأعمال الإضافية، فهي أعمال لم تظهر في العقد ولكن قائمة الأسعار توقعتها، وحددت أسعارها، ومثال ذلك طلب مد السد المتفق عليه في العقد مسافة إضافية(446).

2- عقد التوريد:

إن التعديل في طرق ووسائل التنفيذ في هذا النوع من العقود يبدو أقل إعمالاً، مما هو عليه في عقود الأشغال العامة، لاسيما في عقود التوريد العادية أو الجارية، حيث إن التعديل في هذا النوع من العقود ليس له أهمية مقارنة بعقود التوريد ذات الحجم الكبير، كعقود التوريد الصناعية ومنها عقود تصنيع الأسلحة أو بناء السفن، ويتجلى التعديل بأن تفرض الإدارة على المتعاقد معها استخدام مواد معينة أفضل من المواد المتعاقد عليها في العقد الأصلي، وهذه التعديلات التي تجربها الإدارة في أسلوب تنفيذ العقد مقيدة بمقتضيات حسن سير المرفق العام(447)، وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر إلى أن موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً في نطاق الخدمة أو العمل، كما أنه لا يعد من وسائل وطرق التنفيذ، ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إليه لخروجه عن النطاق الجائر قانوناً، وبهذه المثابة يكون من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسابه وتقديره، وإن كان على هذا النحو فإنه لا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام العقد(448).

ثانياً- التعديل في مدة تنفيذ العقد:

من المسلم به أن حق الإدارة في التعديل يمتد ليشمل مدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط، وذلك بتقصيرها أو تمديدتها متى اقتضى الصالح العام ذلك، فحاجات المرفق العام التي تبرر التعديل في مدى وكيفية أداء الالتزامات بواسطة المتعاقد تبرر أيضاً التعديل في مدد التنفيذ، وعندما تقوم الإدارة بتمديد تنفيذ العقد الإداري، فإن تمديد العقد من الناحية الشكلية، قد يكون صريحاً أو ضمناً، ويتحقق التمديد الصريح إذا أفصحت الإدارة عن إرادتها صراحة في منح المتعاقد مهلة إضافية، ويأتي هذا التعديل عادةً استجابةً لطلب المتعاقد نفسه، وقد يكون التمديد ضمناً إذا قررت الإدارة المتعاقدة تسلم اللوازم الواردة بعد فوات مدة

(446) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 59-60.

(447) محمد السناري (د- ت) ، وسائل التعاقد الإداري والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دار النهضة العربية، وص 216، د. إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 175.

(448) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، فتوى رقم 984 ملف 30/9/7، جلسة 1973/12/9.

التنفيذ، دون أن تتخذ أي إجراءات في حق المتعاقد المقصر⁽⁴⁴⁹⁾. ذلك أن الإدارة حين تبرم عقودها، فإن هذه العقود تكون لمدة أو لفترة زمنية معينة تبدأ من تاريخ تحرير العقد وتنتهي بانتهاء المدة المعيّنة والمنصوص عليها في العقد، وفي هذه المدة قد تقوم الإدارة بإدخال التعديلات عليها سواء كانت هذه التعديلات بالزيادة أو النقصان⁽⁴⁵⁰⁾، فإذا اقتضت الحاجة العاجلة للمرفق أن يتم التوريد، أو أن تتم الأشغال في مدة أقصر من المتفق عليها في العقد، فإن الإدارة تستطيع أن تأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للإسراع في التنفيذ، وعلى العكس من ذلك، قد تستوجب الظروف أو مصلحة المرفق العام وقف الأعمال، أو تأخير تنفيذها عن المدد المتفق عليها في العقد، فتستطيع الإدارة أن تطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو تتم الأشغال في مدة أقصر من المدة المتفق عليها، كما تستطيع أن تطلب وقف الأعمال أو تمديد مدة تنفيذها وذلك كما سنبينه وفق ما يلي:

1- حالة إنقاص مدة التنفيذ:

إذا رأت الإدارة المتعاقدة أن حاجات الجماعة تستوجب إنجاز المشاريع بأقصر مدة ممكنة، فعندئذ تطلب من المقاول إنقاص مدة التنفيذ بما يتفق ذلك مع حاجات الجمهور، كما لو حصلت أزمة في إحدى المواد الاستهلاكية، وكان هناك مشروع لإنتاج تلك المادة تحت الإنشاء وقد حددت له فترة ثلاث سنوات لغرض إنجازه من قبل المقاول، ففي هذه الحالة، وبسبب حاجة الجمهور لهذه المادة يمكن للإدارة تقصير مدة التنفيذ إلى الحد المعقول.

2- حالة تمديد مدة التنفيذ أو توقيفها:

قد تطرأ ظروف أثناء تنفيذ العقد تستوجب وقف الأعمال أو تأخير تنفيذها عن المدد المتفق عليها في العقد، فالإدارة بسبب ظروف الحرب مثلاً تستطيع أن تأمر بتأخير تنفيذ الأعمال، أو بوقف تنفيذها، كما تستطيع ذلك أيضاً بسبب عدم كفاية اعتمادات الميزانية⁽⁴⁵¹⁾، وقد نصت على ذلك المادة 62/ من القانون رقم 51/ لسنة 2004 في التشريع السوري⁽⁴⁵²⁾.

(449) د. علي خطار شنتاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مارس، 2000، ص 110.

(450) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 61، د. خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص 260.

(451) د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 229.

(452) راجع الفقرة ب من المادة 62/ من القانون رقم 450/ 2004 م والمتعلق بنظام العقود في سورية.

المطلب الثالث- ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الانفرادي للعقد:

من المعلوم أن الإدارة من خلال تعاقدتها مع الأفراد أو حتى مع الأشخاص المعنوية الأخرى، لا تتنازل عن سلطاتها بعد إتمام عملية التعاقد، بل تظل الإدارة المتعاقدة متمتعة بسلطة إصدار الإجراءات القانونية المشروعة التي يكون لها أثر على تنفيذ العقد بما يضر بمصالح المتعاقد معها. ونظراً لكون الإدارة هي المسؤولة عن تنظيم سير المرافق العامة، فلها الحق في زيادة أو إنقاص حجم الأداءات المطلوبة من المتعاقد معها، دون الحاجة إلى موافقته، وبالمقابل يتوجب عليها ألا تجهل حق المتعاقد في استرداد قيمة الأعمال الإضافية المنفذة من جانبه بقصد تعاونه معها في سبيل ضمان سير المرفق العام، وبذلك فقد نشأت فكرة التوازن المالي للعقد، وأصبحت من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، وهي تقيم ارتباطاً وتناسباً بين حقوق المتعاقد والتزاماته، كما أنها ليست بعيدة عن مجالات القانون المدني، إذ مردّها في الحالتين على اعتبارات العدالة، حيث أن المتعاقد وإن قبل الدخول في العلاقة التعاقدية أملاً منه في تحقيق عائد مرض، وهو ما يقتضي استمرار نوع من التناسب بين حقوق المتعاقد والتزاماته في حال تغيير تلك الالتزامات أو الأعباء بالزيادة أو النقص.

وقد تزيد الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة فيختل التوازن المالي للعقد، إما بفعل الإدارة مباشرة حين تمارس سلطاتها في تعديل العقد، وإما نتيجة لإجراءات عامة لا يقصد بها المتعاقد نفسه لكنها تؤثر على التزاماته (المخاطر الإدارية)، أو بفعل ظروف اقتصادية خارجية (المخاطر الاقتصادية)، وفي مثل هذه الأحوال لا ترتكب الإدارة خطأ، ولكن العدالة وصالح المرفق معاً يقتضيان تعويض المتعاقد عما يناله من ضرر⁽⁴⁵³⁾، وإما أن يرجع سبب الاختلال بالتوازن إلى الافتقار الذي لحق المتعاقد والثراء الذي أصاب الإدارة من جراء تنفيذ المتعاقد أعمالاً إضافية مفيدة للمشروع.

وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي من خلال القضايا المعروضة عليه، وإن تطبيق هذا المبدأ (التوازن المالي للعقد) أدى إلى ظهور نظريتين أساسيتين هما نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، إضافةً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي تثار بشكل واسع في أثناء تنفيذ عقود الأشغال العامة، الأمر الذي يدعو بنا إلى السؤال ما المقصود بهذه النظريات؟ وما مدى تطبيق كل منها؟

(453) د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 291.

الفرع الأول - نظرية فعل الأمير:

تعتبر نظرية عمل الأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي أصابته بسبب إصدارها إجراءات إدارية مشروعة تزيد من أعباء المتعاقد، وتجعل تنفيذه للعقد أمراً مرهقاً مادياً بالنسبة له⁽⁴⁵⁴⁾، ويرى البعض أن نظرية فعل الأمير تعتبر المجال الحقيقي لمسؤولية الإدارة التعاقدية دون خطأ في العقود الإدارية⁽⁴⁵⁵⁾، سواء كانت في صورة إجراء خاص أو إجراء عام، وسواء أدى هذا الإجراء إلى تعديل مباشر في شروط العقد، أو أثر بطريقة غير مباشرة على ظروف تنفيذه. وفي الواقع إن نظرية عمل الأمير لا تزال غير واضحة الحدود، بل قد تكون من أكثر النظريات غموضاً في قانون العقود الإدارية، وكثيراً ما يتداخل مفهومها مع مفهوم نظرية الظروف الطارئة التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لمعالجة الحالات التي لا تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، ويبدو أن سبب هذا الغموض في الأساس هو أنه لمصطلح فعل الأمير معنيان أحدهما واسع، والآخر ضيق، وفي الحالتين تبدو النتائج مترددة وغير مؤكدة، وقد حاولت دراسات كثيرة توضيح معالمها، وحتى نعطي صورة واضحة ودقيقة لهذه النظرية سنحاول بالدراسة تسليط الضوء على مفهوم النظرية وتحديد أساسها القانوني، وأيضاً شروط تطبيقها، وذلك كما يلي:

أولاً - مفهوم نظرية فعل الأمير:

لقد تناول كل من الفقه والقضاء تعريف فعل الأمير، وسنتطرق إلى التعريف الفقهي والتعريف القضائي لفعل الأمير محاولة للوصول إلى تعريف موحد لنظرية فعل الأمير وفق ما يلي:

1- التعريف الفقهي لنظرية فعل الأمير:

يمكننا بداية الإشارة إلى المقصود بعمل الأمير في الفقه وصولاً إلى تحديد المقصود بنظرية فعل الأمير حيث يعرف أحد الفقهاء فعل الأمير بأنه: "عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام الجهة العامة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه مما يعيد التوازن المالي للعقد"⁽⁴⁵⁶⁾.

(454) S. Badoui, op. cit, p2.

(455) Richer,

(456) د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 291-292.

كما يعرفه آخرون بأنه: "الإجراءات والأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة، والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد عما هو محدد في العقد، فقد تلتزم هذه الجهة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي قد تلحق به جراء ذلك"⁽⁴⁵⁷⁾. كما جاء في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أن فعل الأمير: (إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء)

ومن خلال هذه التعريفات السابقة توصل الفقه لتعريفات متعددة فيما يخص المقصود بنظرية فعل الأمير، ومن هذه التعريفات ما توصل إليه الأستاذ **مفتاح خليفة عبد الحميد** بقوله: "إن المقصود بنظرية فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطة العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة المخاطر الإدارية"⁽⁴⁵⁸⁾. على أن نظرية فعل الأمير صارت تنصرف على إجراءات تصدر من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، والإجراءات التي تصدرها هذه الجهة تتخذ شكل قرار فردي خاص، أو قواعد تنظيمية عامة، وقد تؤثر على العقد تأثيراً مباشراً، أو تأثيراً ويحدث التأثير المباشر عندما تستعمل الإدارة سلطتها في تعديل العقد⁽⁴⁵⁹⁾.

وقد تصدر هذه الإجراءات المشروعة من جهة الإدارة، أو من جهة إدارية أخرى، وقد تتخذ موقف إيجابي في صورة إجراءات إدارية عامة، أو إجراءات إدارية خاصة، أو تتخذ موقف سلبي لجهة الإدارة بالامتناع عن تطبيق القوانين واللوائح، وهذه الإجراءات من شأنها أن تؤثر تأثيراً مباشراً على العقد فتجعل تنفيذه أشد عسراً وأكثر تكلفةً أو أقل أرباحاً، وقد تؤثر بشكل غير مباشر على العقد، مثل إصدار قرارات تنظيمية عامة بفرض رسوم جمركية على مواد أولية يحتاج إليها المتعاقد مع الإدارة، أو يكون من شأنها رفع الحد الأدنى لأجور العمال والمستخدمين، وانطلاقاً مما سبق، فإن هذه الإجراءات التي تتخذها الإدارة والناتج عنها المساس بالحقوق المكتسبة للمتعاقد، وتحميله أعباء مالية غير متوقعة عند التعاقد أو اختلال التوازن المالي للعقد، يمكن أن تولد بالضرورة مسؤولية الإدارة التعاقدية رغم عدم وجود أي خطأ من جانبها.

2- التعريف القضائي لنظرية فعل الأمير:

لقد عرّفت المحكمة الإدارية العليا السوربية نظرية فعل الأمير بأنها: (كل إجراء تتخذه الجهة الإدارية المتعاقدة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد

(457) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص 466.

(458) مفتاح خليفة عبد الحميد، الدكتور حمد محمد السكمان، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات، جامعة الاسكندرية، 2008، ص 236.

(459) أ. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 598.

معها، وهذا الإجراء الذي يصدر عن تلك الجهة، قد يتخذ شكل قرار فردي، أو يكون بصورة تنظيم عام شامل يؤثر في ظروف تنفيذ العقد⁽⁴⁶⁰⁾.
وبصورة مشابهة عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر هذه النظرية بقولها (إن المقصود بنظرية فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطة العامة⁽⁴⁶¹⁾).

ومن خلال التعريفات الفقهية والقضائية السابقة يمكننا التوصل إلى تعريف شامل لنظرية فعل الأمير بأنها: كل فعل يصدر عن السلطة الإدارية التي تكون طرفاً في العقد الإداري، ويترتب على هذا الفعل ودون خطأ من جانب الإدارة التأثير في شروط العقد أو التأثير في تنفيذه، فيسوء معها المتعاقد مع الإدارة، وتصبح تكاليف العقد أشد إرهاقاً له مما يسمح له بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به.

ثانياً- شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

يتفق الاجتهاد والفقه الإداريان على ضرورة توافر عدة شروط أساسية لتطبيق نظرية فعل الأمير والمتمثلة في ضرورة صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة، وأن يؤدي هذا الإجراء إلى قلب اقتصاديات العقد والتأثير فيها بصورة أساسية محدثاً ضرراً يصيب المتعاقد بصفة خاصة، وألا ينطوي هذا الإجراء إلى خطأ ينسب إلى الإدارة⁽⁴⁶²⁾، بمعنى أن يكون التصرف الإداري مشروعاً، وسوف نوضح تفاصيل كل شرط من هذه الشروط على حدة وفق التالي:

1- يجب أن يكون الإجراء الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة:

يتعين أن يصدر الفعل الذي سبب الضرر، والذي تطبق على أساسه نظرية عمل الأمير، عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم التعاقد، فإن صدر العمل أو القرار عن جهة إدارية أخرى، فلا يمكن في هذه الحالة إعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير، فإذا مارست الإدارة حقها في التعديل، ونجم عن ذلك آثار مالية، عاد للمتعاقد حق المطالبة بإعادة التوازن المالي⁽⁴⁶³⁾.

مع الإشارة إلى أن هناك إجماعاً بين الفقهاء بأن يكون هذا الإجراء صادراً من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة، أي أنه يجب أن يكون العمل الضار صادراً عن المصلحة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية⁽⁴⁶⁴⁾، كما يمكن أن

(460) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم 133، في الطعن، 195، لسنة 1974، والمجموعة 1974، ص 269.

(461) حكم محكمة القضاء الإداري في 1957/6/30، المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص 11.

(462) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 193.

(463) أ.د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 393-394.

(464) Francis Paul Benoit "le droit administratif francais, Dalloz, Paris, 1968, p367.

يظهر الإجراء المشروع الصادر من جهة الإدارة في صورة قرارات لها تأثير غير مباشر في التوازن المالي للعقد، كالقرارات التنظيمية في مجال الضبط الإداري. إلا أن أحكام القضاء ليست ثابتة في هذا الشأن، بالرغم مما أقرته بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي منذ بداية القرن العشرين.

فقد ذهب **Mestre** إلى اعتبار أن القضاء لم يلجأ لتطبيق نظرية فعل الأمير إلا في الحالة الخاصة التي تتعلق بالإدارة المتعاقدة، والتي تعتبر تصرفاتها أكثر كلفة للمتعاقد في تنفيذ العقد، وبالمقابل إذا صدرت هذه التصرفات من سلطة أخرى غير السلطة المتعاقدة، فإن التعويض الذي يطالب به المتعاقد يكون على أساس نظرية الطوارئ فقط⁽⁴⁶⁵⁾.

وتطبيقاً لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي، برفض تعويض الملتزم لشركة السكك الحديدية المحلية، بالرغم من أن المرسوم الصادر سنة 1935 قد ألحق بالملتزم ضرراً بمقتضى تخفيض نفقات الدولة بنسبة 10%، مستنداً في رفضه منح التعويض للشركة الطاعنة إلى عدم توافر الشرط الخاص بوجوب صدور الفعل الضار من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة، حيث أن العقد لم يكن مبرماً مع الدولة مصدرة المرسوم مسبب الضرر، بل كان التعاقد مع إحدى المقاطعات⁽⁴⁶⁶⁾.

كما قضى أيضاً بعدم تطبيق نظرية عمل الأمير عن إجراءات اتخذتها الدولة، وكان لها أثر في عقد أبرمته إحدى المدن⁽⁴⁶⁷⁾.

وفي حكم حديث لمجلس الدولة، قضى بأن الشركة التي أبرمت عقد توريد المازوت المنزلي مع مكتب H.L.M لا يمكن أن تستند في طلب التعويض فيما لحقها من خسارة على نظرية فعل الأمير بدءاً من وقت ارتفاع أسعار البترول، كون الصعوبات التي صادفتها مستقلة عن عمل الإدارة المتعاقدة⁽⁴⁶⁸⁾.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى هذا الشرط حين تطلبت بأن: (تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير يستوجب توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، ففي حال صدر هذا الفعل عن شخص

(465) Note, A. Mestre. Sous, C. E, 15/Juill/1949, Ville d' Elbeuf, c/Etat Français, S, 1950, 3, 61.

(466) C. E, 13/mars/1944, Compagnie des chemins de fer de Belfort Rec, p106.

(467) C. E, 4/mars/1949, Ville de Toulon, Rec, p 197.

حيث جاء في الحكم: "أنه من الثابت أن إجراءات تخفيض الإضاءة التي تستند إليها شركة الغاز والكهرباء، والتي تسببت في تخفيض إيراداتها، ولم تكن من مدينة طولون، ولكنها تدابير فرضتها السلطات العسكرية أثناء الحرب، وعلى ذلك فانخفاض الإيرادات يرد فقط إلى ظروف استثنائية خارجة عن عمل الأطراف".

(468) C. E, Sect 5/nov/1982, Soc. propetrol, A. J. D. A. 1983, p539.

معنوي عام غير أبرم العقد، امتنع تطبيق أحكام نظرية فعل الأمير لتخلف أحد شروطها⁽⁴⁶⁹⁾.

وفي نفس السياق استقر رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري⁽⁴⁷⁰⁾.

وترتيباً على ذلك، يتوجب أن تكون الإجراءات التي قادت إلى فعل الأمير صادرة من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدرت هذه الإجراءات عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد، تخلفت إحدى الشروط الجوهرية لتطبيق نظرية فعل الأمير، ولم يحصل المتعاقد على التعويض استناداً إلى هذه النظرية، مع ملاحظة أن الإجراءات الصادرة عن المشرع والتي تؤثر في العقود المبرمة بمعرفة الدولة تدخل في نطاق نظرية عمل الأمير، لأن البرلمان عضو في الدولة بذات الأداة التي للسلطات التنفيذية والتي تتكون من أعضاء مختلفة⁽⁴⁷¹⁾.

ويمكننا الإشارة إلى أن القضاء الإداري السوري كان أكثر توسعاً من نظيره الفرنسي، الذي اشترط صدور الإجراء المشروع من قبل الإدارة المتعاقدة فقط⁽⁴⁷²⁾، حيث طبق نظرية فعل الأمير، سواء أكان التدبير المشروع الذي أدى إلى فعل الأمير صادراً عن الإدارة المتعاقدة، أم عن أي من أجهزة الدولة الأخرى، بحسبان أن أجهزة الدولة كل منها في حدود المرفق، الذي تشرف عليه وتشكل وحدة متكاملة مع الأجهزة الأخرى⁽⁴⁷³⁾.

وإذا كان الهدف من نظرية فعل الأمير هو تمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد، دون أن يلحق الضرر به، فإن الأعباء المترتبة على فعل الأمير يجب ألا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وخلق ظروف جديدة من شأنها أن تضع الأطراف أمام عقد جديد، عندئذ يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد، وإنهاء الرابطة التعاقدية، وليس مجرد المطالبة بالتعويض⁽⁴⁷⁴⁾.

(469) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1968/5/11، مشار إليه في العقود الإدارية، ص 424.
(470) وجاء فيه: (على أن الواضح أن زيادة الأعباء المالية للمقاولين نجمت عن رفع التسعيرة الجبرية للحديد والاسمنت وتسليمهم كميات من الحديد المستورد - الذي لم تستلزم شروط العقد استخدامه - بدلا من الحديد المحلي، وقد تم ذلك بإجراءات صادرة عن غير الجهة المتعاقدة - وزارة الري- وبذلك فقد انتفى شرط جوهري من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير)، فتوى الجمعية العمومية رقم 754 في 1971/7/13، جلسة 1971/7/11، مشار إليها في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 429.

(471) A. De laubadère, op. cit, p526.

(472) C. E, 29/7/1997, Soc. Civ. Des neo- polders. D A.1998,n 109.

(473) قراره المحكمة الإدارية العليا رقم 83 في الطعن 469 لسنة 1984، وقرارها رقم 85 في الطعن 304 لسنة 1984.

(474) أ. د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 420.

2- يجب أن يكون العمل الضار الذي سبب فعل الأمير مشروعاً:

يشترط أن يكون العمل الضار الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة في إطار ممارسة اختصاصاتها غير التعاقدية مشروعاً، إذ الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ، حيث تطالب مجلس الدولة الفرنسي أن تكون تصرفات الإدارة مشروعة، غير مخالفة للنظام القانوني السائد بالدولة، أو النظام العام أو الآداب، وغير قائمة على مجرد استغلال بعض الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية أو نحو ذلك، وبذلك يجب أن تستهدف الإدارة المتعاقدة من تصرفاتها تحقيق الصالح العام، فإذا ما تصرفت الإدارة في حدود سلطتها المشروعة، وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد، فإن الإدارة تسأل طبقاً لنظرية فعل الأمير، بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها، وهذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية إلا أنها مسؤولية عقدية بلا خطأ وذلك لأن وجود العقد الإداري ليس من شأنه أن يغفل يد السلطات العامة في الدولة عن القيام بكل ما يمكن أن يحقق الصالح العام، وعلى نحو مخاف إذا كان تصرف الإدارة غير مشروع فإنها لا تسأل طبقاً لهذه النظرية، وإنما على أساس قيام خطأ من جانبها.

3- يجب أن يكون الإجراء الصادر من جهة الإدارة غير متوقع:

معيار شرط عدم التوقع، هو عدم إمكانية الشخص العادي أن يتوقع حصول ذلك الإجراء المسبب لفعل الأمير وقت إبرام العقد، ومن ثم فإن لحظة إبرام العقد هي التاريخ المعتد به لتقدير عدم التوقع، فإذا كان هذا العمل متوقعاً، أو من الممكن عادةً توقعه في أثناء إبرام العقد، فيفترض أن المتعاقد قد أخذ ذلك في حسابه لاسيما فيما يتعلق بتحديد الثمن⁽⁴⁷⁵⁾.

وأحياناً يقود تطبيق هذا الشرط لحلول أكثر قسوة بالنسبة للمتعاقد لاسيما وأن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي لالتزامات المتعاقد معها على نحو يعلم معه المتعاقد سلفاً بإمكانية استخدام الإدارة لتلك السلطة في أي وقت، وبالتالي لا يستطيع الإفادة من هذه النظرية⁽⁴⁷⁶⁾.

ويُتجه الرأي الراجح في هذا الغرض إلى أن شرط عدم التوقع، يبدو واضحاً، بالنسبة لنظرية فعل الأمير، في الحالة التي يكون فيها الإجراء الذي أثر في العقد إجراءً عاماً مثل التشريع، أو اللائحة، أما الحالة التي يكون فيها الإجراء الخاص الصادر من الإدارة قد أحدث تعديلاً في العقد، فإنه على الرغم من أن فعل الأمير يغطي هذا الإجراء، إلا أن التعديل في هذه الحالة يكون متوقعاً من الإدارة، كما يفترض علم المتعاقد به سواء تم النص عليه في العقد، أم لم يتم، فشرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، وإنما إلى حدود هذا التعديل ومداه، ونتيجة

(475) P. Delvolvé, Responsabilité Contractuelle, op. cit, p31.

(476) P. Terneyre, op. cit, p153.

لذلك لا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض استناداً لنظرية فعل الأمير، في حال نظم العقد كيفية إجراء التعديل⁽⁴⁷⁷⁾.

وتطبيقاً لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "لم يكن في إمكانية الطاعن أن يجهل الظروف الاقتصادية، مثل ارتفاع أجور الأيدي العاملة، وارتفاع ثمن الفحم، والتي اضطرت السلطات العامة نتيجة لذلك بالسماح بزيادة جديدة في أسعار النقل بالسكك الحديدية⁽⁴⁷⁸⁾".

وقد نوهت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا الشرط في أحد أحكامها⁽⁴⁷⁹⁾.

4- يجب أن يترتب على الإجراء ضرر للمتعاقد من شأنه الإخلال بالتوازن المالي:

يعد شرط إصابة المتعاقد بضرر شرطاً بديهياً، بغض النظر عن درجة جسامته هذا الضرر⁽⁴⁸⁰⁾، على أن يكون هذا الضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه من يمسهم الإجراء العام، ولا يشترط بعد ذلك أن يمثل عمل الإدارة خطأ من جانبها، إذ المفترض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار، وإنما تصرفت كسلطة عامة، وفي حدود سلطاتها بهدف تحقيق المصلحة العامة دون التوقف على ما قد يترتب على تصرفاتها من أضرار خاصة بالمتعاقد معها، وبذلك فإن مسؤوليتها في هذه الحالة، كما أشرنا سابقاً، هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، وبالتالي فإنه إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ، فإنها تسأل عنه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

(477) S. Badaoui, op. cit, p115, A. De laubadère et autres, T2, p916.

وفي الفقه العربي: أ.د سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 572، د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 330، د. علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، 1991، ص 252.

(478) C. E, 19 Nov 1926, Cie générale transatlantique, Rec, p891.

(479) حيث جاء فيه أن: (صدور القانون رقم 204 لسنة 1960 خلال فترة الامتداد هذه يترتب عليه أن تتحمل الهيئة، دون الشركة بقيمة الزيادة في رسم الإحصاء الجمركي المقررة بموجب هذا القانون، دون الحاجة للجوء إلى نظرية فعل الأمير، كون اللجوء إلى هذه النظرية يتم في حال طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد، ولكن الثابت أن المتعاقدين قد توقعوا، عند إبرام العقد، زيادة الرسوم الجمركية والضرائب، وأجور النقل، أو نقصها، ووضعاً نص البند الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة)، حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1969/1/11، المجموعة المقررة في كتاب العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 242.

(480) د. راغب ماجد الحلو، المرجع السابق، ص 498.

ثالثاً- النتائج المترتبة على نظرية فعل الأمير:

لفعل الأمير نتائج عدة نستعرضها وفق التالي:

1- للمتعاقد الحق بالمطالبة بعدم توقيع غرامات التأخير الناجمة عن التأخير في التنفيذ بسبب فعل الأمير:

وذلك في حال ثبت أن فعل الأمير، ولو لم يؤد إلى استحالة التنفيذ، إلا أنه جعله عسيراً مما يبرر التأخير في التنفيذ⁽⁴⁸¹⁾، وقد تبني المشرع السوري ذلك، حين أعلن عدم مسؤولية المتعاقد عن التأخير، الذي تسببه الإدارة المتعاقدة، أو الإدارات العامة الأخرى.

2- يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد:

وذلك في حال ازدادت أعباء المتعاقد بشكل كبير لا تحتمله إمكانيات المتعاقد الفنية أو المالية.

3- منح المتعاقد الذي تضرر من آثار هذا الفعل تعويضاً كاملاً:

والتعويض الكامل في هذه الحالة يشتمل على العنصرين الأساسيين لكل تعويض، وهما ما يلحق المتعاقد من خسارة بفعل الأمير، كالنفقات الإضافية نتيجة فرق السعر، أو الرسوم الجديدة، والعنصر الثاني هو ما فاتته من كسب⁽⁴⁸²⁾، ويشتمل على المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يخلل توازن العقد نتيجة فعل الأمير.

ولا بد من التأكيد، على أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد أقرت حق المتعاقد في التعويض الكامل في حالة فعل الأمير، ولاسيما عندما تقوم الإدارة العامة، سواء أكانت طرفاً في العقد أم لم تكن سبباً في ارتفاع المواد الداخلة في تنفيذ العقد، وكان الإيجار في هذه المواد محصوراً بينها، أو كانت سبباً في ارتفاع أجور اليد العاملة⁽⁴⁸³⁾.

(481) د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 245-246.

(482) د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 300.

(483) - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 83 في الطعن 469 لسنة 1984، مجموعة المبادئ لسنة 1984 ص 291.

- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 65 في الطعن 287 لسنة 1986، مجموعة المبادئ لسنة 1986 ص 305.

- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 188 في الطعن 96 لسنة 1984، مجموعة المبادئ لسنة 1984 ص 326.

- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 42 في الطعن 78 لسنة 1984، مجموعة المبادئ لسنة 1984 ص 265.

- حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 27 في الطعن 160 لسنة 1986، مجموعة المبادئ لسنة 1986 ص 295.

4- التزام المتعاقد في الاستمرار بتنفيذ العقد:

بالرغم من الصعوبات التي يواجهها المتعاقد بسبب فعل الأمير، يتوجب عليه الاستمرار في تنفيذ العقد، نظراً لأن الاستمرار في التنفيذ هو الذي يمنحه الحق بالتعويض، وبذلك لا يجوز بأي شكل من الأشكال قبول اعتذار المتعاقد عن الاستمرار بالتنفيذ، طالما كان باستطاعته متابعة ذلك، على الرغم من كل الصعوبات التي واجهته.

الفرع الثاني- نظرية الظروف الطارئة

قد يحدث أن تطرأ ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقد وغير متوقعة عند إبرام العقد الإداري، من شأنها أن تخل باقتصاديات العقد، دون أن تجعل تنفيذه مستحيلاً، ولكنها توقع المتعاقد في خسارة نتيجة التزامه باستمراره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ذلك أن الظروف الطارئة لا يحرر المتعاقد من التزامه كون هذا الالتزام، وإن كان مرهقاً للمتعاقد إلا أنه ليس مستحيلاً، وتلتزم الإدارة نتيجة لذلك بتحمل جزء من الخسارة التي سببتها تلك الظروف من خلال مساعدتها للمتعاقد لتخطي هذه الصعوبات الطارئة⁽⁴⁸⁴⁾، وسنحاول دراسة هذه النظرية من خلال تسليط الضوء على كل من مفهومها، شروط تطبيقها، والآثار المترتبة عليها وفق ما يلي:

أولاً- مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

إن نظرية الظروف الطارئة بالأصل من صنع الاجتهاد القضائي الفرنسي، وبالتحديد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير في قضية "Gaz de Bordeau" بتاريخ 1916/3/30 والتي انتهت فيها مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة قيام الإدارة بتعويض الشركة المتعاقدة عن الخسارة التي أصابها من جراء الظروف الطارئة، وتتجلى أحداث هذه القضية أنه نتيجة ارتفاع أسعار الفحم الحجري إبان الحرب العالمية الأولى أثر ذلك تأثيراً فادحاً في الوضع المالي للشركة التي طلبت السماح لها برفع تعريف الأسعار، فرفضت مدينة **Bordeau** طلبها، ومن ثم طلبت التعويض من جراء إبقاء التعريف القديمة على حالها فرد طلبها أيضاً، وأمام إصرار الإدارة على إجبار الشركة على الاستمرار في تنفيذ الالتزام باعتبار العقد شريعة المتعاقدين، لجأت الشركة لمجلس الدولة الفرنسي، والذي أقر هذا المبدأ الجديد لأول مرة وجاء فيه: "إذا وجدت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وأدت إلى زيادة أعباء الملزم، مما يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، توجب على الإدارة تعويض المتعاقد عن الخسائر التي لحقت به"⁽⁴⁸⁵⁾ وبذلك، فقد

(484) A. De laubadère et autres, T2, op. cit, p563, L. Richer, op. cit, p210.

(485) C. E, 30/mars/1916, Compagine du Gaz de Berdeau, D, 1916, 3, p25.

Forge. J. M, op. cit, p82.

Richer. L, Droit des contrats, op. cit, p255.

Laubadère-Gaudemet-Venizia, op. cit, p840.

Jéze. G, op. cit, p491.

أقرّ للشركة المتعاقدة بتعويض غير كامل معتبراً أنه يجب أن تتحمل الشركة جزءاً من الخسارة يوازي القدر المعقول المفروض حصوله في كل عقد وفي ظروف طبيعية.

وسنحاول فيما يلي تحديد تعريف النظرية، وكذلك تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه أحكام القضاء والتشريع في الدول محل المقارنة.

1- تعريف النظرية:

يقصد بالظروف الطارئة أن تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري أحداث أو ظروف طبيعية، أو اقتصادية، أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد، وغير ممكنة الدفع، ويترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالاً جسيماً، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقاً، أو أكثر تكلفة للمتعاقد حتى وإن لم تجعل تنفيذه مستحيلاً، وبذلك يصبح للمتعاقد الذي أضر من هذه الظروف أو الأحداث الحق في مطالبة الإدارة في تحمّل نصيب من الخسارة الناجمة على ازدياد الأعباء الناتجة عن تلك الظروف⁽⁴⁸⁶⁾، ولقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 18 ديسمبر 1984 العناصر الأساسية والأحكام الرئيسية التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة⁽⁴⁸⁷⁾.

2- الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة:

برزت نظرية الظروف الطارئة إثر الأزمات التي حلت بالاقتصاد الرأسمالي بعد الحرب العالمية الأولى، وظهرت في وقتنا هذا لمواجهة ظروف تقع أثناء تنفيذ العقد، وتؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد.

وتقوم هذه النظرية على أساس تحمّل جزء من النفقات غير التعاقدية من قبل الإدارة للمتعاقد معها الذي تكبد هذه النفقات كنتيجة للظرف الطارئ، وبالتالي فهي مخصصة لتدارك موقف غير تعاقدية والأعباء التي يتحمّلها المتعاقد خلال فترة استغراق الظرف الطارئ تعد نفقات غير تعاقدية، وبذلك تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد ليس عما فاتته من كسب كان يأمل به، وإنما لحل أزمة التنفيذ من خلال توحيد مجهود الإدارة والمتعاقد معها للتغلب على هذه الظروف الطارئة⁽⁴⁸⁸⁾.

وفي الفقه العربي: أ. د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 288، أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 660، أ. د. محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود، ص 420، د. سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد، منشورات الحلب الحقوقية، حلب، دون سنة نشر، ص 35-36.

(486) أ. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 607، د. علي عبد الحق، رسالته، سابق الإشارة إليها، ص 25، د. محمود حلمي، العقد الإداري، الفكر العربي، 1977، ص 122، د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 331.

(487) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 30 ق، العدد الأول، ص 250.

(488) De laubadère et autres T2, op. cit, p563, L. Richer, op. cit, p210.

وتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في أحكام القضاء والتشريع، وسنحاول إلقاء الضوء على أحكام القضاء والتشريع في كل من الدول محل المقارنة فرنسا، مصر، وفق ما يلي:

أ- أحكام القضاء:

■ أحكام مجلس الدولة الفرنسي:

أقرّ مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة في أحكام عدة ومتنوعة، حيث أقرّ في حكمه الصادر في 15/يوليو/1949 والمتعلّق بمدينة **"Elbeuf"** بأن: (حق المتعاقد في طلب التعويض نتيجة للعمل أو التّصرف الذي يغلب أوضاع العقد طبقاً لنظرية الظروف الطارئة يتجلّى حتّى وإن كان قلب أوضاع العقد ناتجاً عن الظروف المستقلّة عن إرادة الأطراف، فقد طالبت الشركة الملتزمة بتوزيع الغاز لمدينة **Elbeuf** بالتعويض عن الأعباء التي تحمّلتها على أساس نظرية الطوارئ، وذلك لاختلال التوازن المالي لعقد امتيازها بتوزيع الغاز، بسبب وقف سعر الغاز المحدد من قبل الدولة، مما أدّى إلى الإضرار بها)⁽⁴⁸⁹⁾.

وقد أقرّت هذا الحكم تطبيق نظرية الظروف الطارئة لاختلال وقلب اقتصاديات العقد الذي كان مرجعه إلى صدور تشريعات تتعلّق بتنظيم الأسعار، وذلك بمنح الشركة تعويضات جزئية لا تغطي جملة التكاليف التي تكبدتها.

كما قضى أيضاً، بتطبيق نظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها، في حكمه الذي تتلخص وقائعه في الآتي: "أنّه بتاريخ 11/6/1974 أبرم عقد إداري بين المرفق الطبي **Poitier** وشركة **Dumez** لأجل تشييد مبنى لمستشفى يحتوي على عدد 976 سريراً⁽⁴⁹⁰⁾، وفي أثناء التنفيذ واجهت الشركة المتعاقدة مشكلة اختيار الشخص اللازم لإدارة ورشة أعمال البناء وكذلك مشكلة ارتفاع الأجور، وأمام ذلك توجّب على الشركة تنفيذ عملية تشييد المبنى، رغماً عن الظروف التي واجهتها، والتي لم تكن وضعت في الحسابان ارتفاع الأجور وأمام ذلك توجّب على الشركة تنفيذ عملية تشييد المبنى رغماً عن الظروف التي واجهتها، والتي لم تكن وضعت في الحسابان وقت إبرام العقد، وهذه الظروف هي تغيّر السعر المتفق عليه في العقد، والذي تدفع منه الأجور التي ارتفعت، وقد أدّى ذلك التغير في السعر إلى قلب اقتصاديات العقد" وعلى ضوء ذلك قرر مجلس الدولة أنّ الوقائع المذكورة من الشركة المدّعية لا تعفيها من التزاماتها بتنفيذ العقد، ولكنها تستطيع مع ذلك الاستفادة من التعويض المالي المدفوع من الإدارة على أساس أنّ نظرية الظروف الطارئة تطبّق إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة تخرج عن إرادة المتعاقدين، ولم يكن في الحسابان توقعها، ومن شأنها أن تحمّله أعباء ثقيلة إلى درجة كبيرة، وهذا ما

(489) C. E, 15/Juill/1949, Villed, elbeuf, D, 1950, J, p59.

(490) C. E, 61/fev/1980, société Dumez, c/c. H. R. dePoitier, Rec, p121014.

حدث للشركة المدعية، والتي تحمّلت أعباء جسيمة ناجمة عن الظروف الطارئة التي واجهتها، وانتهى إلى تقرير التعويض لها على أساس هذه النظرية. ويبدو ظاهراً في هذه القضية أنّ الظروف الطارئة التي واجهت الشركة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد كانت مستقلة عن إرادة المتعاقدين، ولم يكن في الحسبان توقعها، أو ليس بالإمكان توقعها وقت إبرام العقد، إضافةً إلى أنها أدت إلى قلب الجانب الاقتصادي للعقد رأساً على عقب، وعلى هذا الأساس قضى مجلس الدولة بالمسؤولية دون خطأ على المرفق الطبي تجاه الشركة المتعاقدة، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد، وحرصاً على دوام سير المرفق العام. ويمكننا الإشارة، إلى أنّ هذه النظرية عرفت آخر تطور لها سنة 1976، إذ أقرّ مجلس الدولة الفرنسي إمكانية تطبيقها حتى بعد انتهاء مدة العقد على نحو طبيعي، أي على فترة لاحقة لانقضاء الالتزام، إذ سمح للشركة المتعاقدة المدعية المطالبة بالتعويض رغم انتهاء العمل بالعقد، وذلك استناداً إلى مبدأ العدالة، بيد أنه رفض تطبيق هذه النظرية في حال ما إذا كان العقد قد فسخ فسخاً قبل نهايته الطبيعية⁽⁴⁹¹⁾.

■ أحكام مجلس الدولة المصري:

إنّ مجلس الدولة المصري قد سلّم بنظرية الظروف الطارئة منذ أن اختصّ بالنظر في العقود الإدارية، بقانون المجلس رقم 9/ لسنة 1949⁽⁴⁹²⁾ على اعتبار أنّها نظرية عامة تطبق على جميع العقود الإدارية دون حاجة إلى نص تشريعي⁽⁴⁹³⁾.

وقد أقرّ القضاء الإداري المصري نظرية الظروف الطارئة ووسّع من نطاقها، ورأى أنّها تقوم إما على ظروف طبيعية كالزلازل، أو اقتصادية كفرض رسوم على السلع المستوردة، أو من عمل جهة إدارية أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة، شريطة أن يكون الطرف الطارئ أثقل عبئاً وأكثر كلفةً مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي ألحقت بالمتعاقدين فادحةً واستثنائيةً تتجاوز حدود الخسارة العادية⁽⁴⁹⁴⁾.

(491) قرار مجلس الدولة الفرنسي، 1976/3/12، Departement des Hautes Pryenees socite، Sofillia، القرارات القضائية في القانون الإداري، 1976، ص 552.

قرار مجلس الدولة الفرنسي، 1980/2/22، الشركة المغفلة للرمال الحديثة لمدينة Arsi، مجلة قرارات مجلس الدولة الفرنسي، ص 901، مذكور لدى أ.د محمد الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، الموسوعة العربية القانونية المتخصصة، ص 33.

(492) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 250-251.

(493) أ.د سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 605، أ.د محمد سعيد أمين، رسالته، ص 628.

(494) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1976/11/25، المجموعة التي قررتها المحكمة في خمسة عشر عاماً، ص 1879.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا (...وبذلك فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة، والتي تعد قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة وهدف الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد)⁽⁴⁹⁵⁾.

ولا شك أن المحكمة الإدارية العليا في هذا الحكم الأخير أشارت إلى أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة أساسه تحمّل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وأشارت في الحكم السابق عليه إلى ارتباط التعويض المستحق للمتعاقد في مواجهة الظروف الطارئة بفكرتي العدالة والصالح العام. ويذهب الرأي الراجح في الفقه المصري، إلى أن ضرورات سير المرافق العامة وقواعد العدالة هما اللتان تبرران منح المتعاقد تعويضاً جزئياً في حالة قلب اقتصاديات العقد⁽⁴⁹⁶⁾.

ويستفاد من قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، أن الغرض من مشاركة الإدارة في تحمّل نتائج الأعباء الناتجة عن هذه الظروف، تحقيق العدالة بين طرفي العقد، أي مساهمة الطرفين في تحمّل أعباء الظروف الطارئة، حتى يتمكن المتعاقد من تنفيذ التزاماته، وضمان سير المرفق العام.

ب- نصوص التشريع:

■ في القانون المصري:

بداية لم يتقبل فقهاء القانون العام تدخّل المشرع لإقرار تطبيق نظرية الظروف الطارئة بنص عام، وإنما يكون ذلك بصفة استثنائية عند وقت الحاجة، وبالقدر المناسب لمواجهة الحالات الاستثنائية الطارئة المؤقتة⁽⁴⁹⁷⁾، وظلّ الحال على ذلك حتى تدخّل المشرع، وأقرّ تطبيق النظرية بالنسبة لعقد الالتزام بصور القانون رقم 29/ لسنة 1949 بشأن التزامات المرافق العامة في مصر، ومن ثمّ صدور القانون المدني الجديد رقم 131/ لسنة 1949، إذ نصّت الفقرة الثانية من المادة 147/ على أنه: (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق مخالف لذلك).

(495) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1993/4/4، طعن رقم 549 لسنة 35ق، الموسوعة الإدارية، ص 387.

(496) أ. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 634، د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص 130، أ. د. محمد سعيد أمين، رسالته، ص 632، د. علي عبد المولى، رسالته، ص 519.

(497) أ. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص 635.

■ في القانون السوري:

تبنيّ المشرع السوري نظرية الظروف الطارئة بشكل واضح، وذلك في الفقرة د من المادة /53/ من القانون 2004/51 والتي نصّت على أنّه: (إذا طرأت ظروف، أو حوادث استثنائية عامّة؛ لم يكن في الوسع تَوْعُها، وترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ العقد، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً؛ بحيث يهدد بخسارة فادحة، كان للمتعاقد الحق بطلب تعويض عادل)، أما الفقرة ه من المادة نفسها، فقد أناطت بالقضاء الإداري مهمة البت في ذلك.

في حين أنّ المادة /63/ من القانون 2004 /51/ فقد ثبتت حالة خاصّة من الظروف الطارئة، وهي المتعلّقة بارتفاع الأسعار؛ التي تدخل في تنفيذ التّعهد، حيث نصّت على أنّه: (...إذا طرأ بعد تقديم العرض، وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار، أدّى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفّذ بنسبة تزيد عن 15% من قيمتها بموجب التّعهد، يتحمّل 15% من هذه الزيادة، وتحملّ الجهة العامّة باقي الزيادة..).

وبناءً على هذه النصوص يمكن ترتيب جملة من النتائج:

1- وضع المشرع في المادة /53/ نصّاً عامّاً للظروف الطارئة، ولم يميز بين أنواعها، وقرّر أحقية المتعاقد بالتعويض العادل في كل حالاتها، وفقاً لما يقرره القضاء، أما في المادة /63/ فقد أفرد حكماً خاصّاً بأكثر حالات الظروف الطارئة شيوعاً، وهي المتعلّقة بتقلبات الأسعار.

2- اشترط المشرع شرطاً كمياً لإمكانية المطالبة بالتعويض، وذلك في المادة /63/ سالف الذكر، مقتضاه زيادة تكاليف الأجزاء التي لم تنفّذ على 15% من قمتها، ومثاله: أن يطرأ ارتفاع في الأسعار في ظل أجزاء لم تنفّذ من العقد قيمتها عشرة ملايين ليرة سورية، وفي هذه الحالة، لا يستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض إلّا في حال كانت هذه الزيادة تزيد عن مليون ونصف ليرة سورية، دون أدنى شك، فإنّ ذلك يعدّ مخالفاً لأصول نظرية الظروف الطارئة؛ التي لم تفترض مثل هذا الشرط المانع للمطالبة.

3- قام المشرع تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، بتوزيع عبء التكاليف الجديدة على عاتق الطرفين، وقد حمل الإدارة 85% منها، ومن ثمّ فإنّ تطبيق المادة /63/ يفترض حساب الزيادة في الأسعار أولاً، ثمّ توزيع أعبائها وفقاً للنسب المذكورة ثانياً، ومثاله أن تبلغ قيمة الزيادة بالنسبة للأجزاء التي لم تنفّذ قيمة مليوني ليرة سورية، وفي هذه الحالة يحمّل المتعاقد ثلاثمئة ألف ليرة سورية، وتحملّ الإدارة مبلغ مليون وسبعمئة ألف ليرة سورية؛ تعويضاً للمتعاقد عن قيمة ارتفاع المواد الداخلة في تنفيذ العقد.

4- تمثّل الإطار الزمني للمطالبة بالتعويض عن ارتفاع الأسعار وفقاً لما هو وارد في نص المادة /63/ من القانون 2004 /51/ في المدة الزمنية بين إيداع

عرض المتعاقد في ديوان الإدارة وحتى الانتهاء من تنفيذ العقد، وعلّة ذلك تبدو واضحة، وتتمثل في أن المتعاقد قد ثبتت أسعاره في عرضه منذ تقديمه، وهذا الثبات راجع إلى الالتزام القانوني الواقع على عاتقه بعدم جواز سحب عرضه، أو تبديله بعد إيداعه في ديوان الإدارة⁽⁴⁹⁸⁾.

5- أوجب المشرع على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ الأعمال لحفظ حق مطالبة المتعاقد بالتعويض، ورتّب المسؤولية الكاملة على المتعاقد عن كل ما يصيب الإدارة من أضرار وخسائر جرّاء إيقاف تنفيذ الأعمال المترتبة عليه وفقدان الحق بالمطالبة بأيّ تعويض⁽⁴⁹⁹⁾، وكذلك الحال إذا تبين أن الضرر الذي لحق بالمتعاقد ناجم عن تقصيره، أو مخالفته في تنفيذ أي من التزاماته المترتبة عليه، أو إهماله، أو عدم توافر الوسائل اللازمة لديه، أو سوء إدارته، أو تأخره عن إنجاز الأعمال في المدة المحددة في العقد لأسباب غير مشروعة⁽⁵⁰⁰⁾.

6- تقوم لجنة خاصة بولفها أمر الصرف، بحساب التعويض المتعلق بارتفاع الأسعار مع التزام المتعاقد والإدارة بتقديم جميع المعلومات اللازمة لدراسة الظروف أو الملابسات كافة؛ التي أحاطت بالعمل أثناء تنفيذه، وكذلك يترتب على كل من الفريقين تقديم بيان عن الخسائر والأضرار التي يدعي أنه تعرّض لها مع إيضاح الأسباب؛ التي أدت إلى مثل هذه الخسائر⁽⁵⁰¹⁾.

7- وفي حالة انخفاض الأسعار عمّا كانت عليه وقت تقديم العرض، يجري عندئذ تخفيض الأسعار بنسبة 85% لمصلحة الإدارة، بشرط عدم تجاوز الانخفاض مقدار 15% من قيمة الأجزاء التي لم تنفذ من العقد⁽⁵⁰²⁾.

8- أمّا في حالة قبض المتعاقد سلفة على الثمن العقدي المترتب له، قضت الفقرة 4 من المادة 49/ من القانون 2004/51 بسقوط حقّه بالمطالبة بالتعويض، إلّا أن القضاء الإداري السوري لم يربّط هذا الأثر على قبض السلفة، بل قصر أثر هذه السلفة على تحمّل المتعاقد الفائدة القانونية عنها بمقدار 5% من تاريخ تقاضيها، وحتى تاريخ تسديدها، وكلّ اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً⁽⁵⁰³⁾.

(498) الفقرة ب من المادة 19 من القانون 2004/51م.

(499) المادة / 33 من المرسوم التشريعي رقم 2004/450م.

(500) المادة / 33 من المرسوم التشريعي رقم 2004/450م.

(501) المادة / 33 من المرسوم 2004/450م.

(502) المادة / 64 من المرسوم 2004/450م.

(503) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم /127/ في الطعن / 51 لسنة 1995، مجموعة المبادئ لسنة

1995، ص 860، وحكمها رقم /75/ في الطعن / 71 لسنة 1988، مجموعة المبادئ لسنة

1988، ص 467.

9- وبعيداً عن حالة تقاضي المتعاقد للسلفة، فإن أي نص عقدي من شأنه منع المطالبة بفروقات (ارتفاعات) أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقد إنما يكون باطلاً لمخالفته النظام العام⁽⁵⁰⁴⁾.

وبناءً على ما تقدّم، فإن فلسفة الظروف الطارئة سواء في القضاء الفرنسي، أو المصري، أو السوري على حده، سواء تتجسّد في أن المتعاقد مع الإدارة قد قام بكل جهوده؛ لاستمرارية مساعدة المرفق العام، على الرغم من الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة، والتي لا علاقة للأطراف بها، لأجل الاستمرار في مساعدة المرفق العام، والتي قلبت اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وبالتالي يتوجب على الإدارة المساهمة في مساعدة المتعاقد في جزء من الخسارة التي لحقت به.

ثانياً- شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة:

يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة حدوث ظرف طارئ، وأن يكون هذا الظرف غير متوقع، وأجنبياً عن إرادة المتعاقدين، وأن يقع خلال فترة تنفيذ العقد، إضافة إلى أن يكون من شأنه أن يلحق بالمتعاقد مع الإدارة أضرار فعلية، وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا المصرية شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بقولها: (يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ في مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث، أو ظروف طبيعية، أو اقتصادية، أو ظروف من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو ظروف من عمل إنسان آخر لم يكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد توقعها، ولا يملك لها دعاءً، ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تخلل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً)⁽⁵⁰⁵⁾.

وسنقوم بمعالجة هذه الشروط وفق ما يلي:

1- وجود ظرف طارئ أو حادث استثنائي:

يبدو في الوقت الحاضر أن نطاق الظرف الطارئ متسع جداً، فقد يكون كما أشرنا سابقاً ظرفاً طبيعياً، كالزلازل والفيضانات، وقد يكون اقتصادياً حيث تعدّ من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة ارتفاعاً غير عادياً⁽⁵⁰⁶⁾، أو إدارياً ناجماً عن إجراءات عامة إدارية، كالقوانين التي ترتب ارتفاعاً فاحشاً في الأجور والأسعار، أو إجراءات إدارية خاصة كصدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء من موقع العمل لاعتبارات السلامة العامة⁽⁵⁰⁷⁾.

(504) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 34/ في الطعن 39/ لسنة 1984، مجموعة المبادئ لسنة 1984، ص 253.

(505) حكم المحكمة الإدارية العليا، 16/5/1987 في الطعن رقم 3562/ لسنة 29 ق، في جلسة 16/5/1987، مجموعة المبادئ لسنة 1987، ص 65.

(506) كما هو الحال في القضية المعروضة على مجلس الدولة الفرنسي: "قضية بوردو" حيث ارتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي إلى 73 فرنك فرنسي.

(507) حكم المحكمة الإدارية العليا في 11/2/1968، مجموعة المبادئ لسنة 1968، ص 874.

2- عدم تَوَقُّع الظرف الطارئ أو إمكانية دفعه:

من المعلوم أن أي عقد يحمل بعض المخاطر، ويتوجب على كلا المتعاقدين تقرير هذه المخاطر قبل التعاقد، وفي حال إساءة أحدهما التقدير، توجب عليه تحمُّل وزر سوء تقديره، وهذا يعني أن الظرف الطارئ الذي يعتدُّ به إنما هو الظرف الذي يفوق أي تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان، وبذلك يجب التفريق في هذه الحالة بين المخاطر الطبيعية التي يتوقعها ويقبل بها المتعاقد عند إبرام العقد، والمخاطر الاستثنائية التي يمكن أن تخرب كل الشروط التي اتفق عليها المتعاقدان وقت التعاقد، وهذا النوع الأخير من المخاطر العقدية هي التي تشكل الظروف الطارئة، والحادث غير المتوقع بحسب وصف الفقيه *Corneille*، في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في دعوى *Formassol*، هو ذلك الحدث الذي يتناقض مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد في أثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف⁽⁵⁰⁸⁾.

وفي مصر أبرزت المادة السادسة من القانون رقم 29/ لسنة 1947 في شأن نظام المرافق العامة ضرورة شرط عدم التوقع بوصفه أحد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة المقررة في مصر بنص تشريعي بالنسبة للعقود الإدارية والمدنية على حد سواء.

كما يتوجب أن يكون الحدث غير ممكن الدفع من قبل المتعاقد لاعتباره ظرفاً طارئاً، أما في حال تقاعس، أو أهمل، ولم يبذل الجهد الكافي لدفع الضرر، امتنع تطبيق هذه النظرية، ويترك للقاضي تقدير مدى توقع المتعامل الاقتصادي المتعاقد لوقوع الظرف الطارئ، أو إمكانية توقع حدوثه على ضوء معيار الرجل العادي الموجود في نفس ظروفه.

3- يجب أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين:

فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان الحدث أجنبياً عن إرادة أطراف العقد، فإذا تسبب المتعاقد في حدوث هذا الضرر، أو ساهم في إحداثه فلا يجوز تطبيقها⁽⁵⁰⁹⁾، وبذلك يستبعد تطبيق هذا النظرية في حال كان الحدث نتيجة إهمال أو خطأ حصل من قبل المتعاقد، أما في حال كان ناتجاً عن إهمال الإدارة المتعاقدة تعذر تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وكان بالإمكان تطبيق نظرية فعل الأمير.

4- الطابع المؤقت للظرف الطارئ:

يجب أن يكون للظرف الطارئ طابعاً مؤقتاً⁽⁵¹⁰⁾، وذلك لأن استمرارية وجود الظرف الطارئ لفترة طويلة من فترة تنفيذ العقد، من شأنه أن يجعله غير منتج،

(508) أشار إليه، د. علي محمد عبد المولى، المرجع السابق، ص 235.

(509) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 224.

(510) أ. د. سليمان الطماوي، الوجيز، المرجع السابق، ص 687.

وعالة على طرفيه، ويحق للطرفين عندئذ المطالبة بفسخ العقد؛ بناءً على القوة القاهرة⁽⁵¹¹⁾.

5- يجب أن يسبب الإجراء أضرار جسيمة للمتعاقد:

حيث لا يمكن إثارة الظروف الطارئة إلا إذا أثرت هذه الظروف في العقد، إذ ينتج عنها خسارة للمتعاقد تتعدى توقعاته، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد⁽⁵¹²⁾، ولا يشترط في هذه الحالة درجة معينة من الجسامة في الضرر، فقد يكون هذا الضرر جسيماً أو يسيراً، وقد تتمثل في خسارة فعلية تصيب المتعاقد، أو قد يكون مجرد إنقاص للربح الذي يحول عليه، ويلتزم المتعاقد بتقديم الدليل اللازم؛ لإثبات الضرر نتيجة الإجراء المتخذ من قبل الإدارة تحت طائلة سقوط الحق بالتعويض، إضافة إلى أنه لا بد أن يكون الضرر المدعى به خاصاً، ومباشراً، ومؤكداً⁽⁵¹³⁾.

وإذا ما توافرت هذه الشروط سالفة البيان، فإن ذلك لا يعطي المتعاقد مع الإدارة مبرراً للتوقف عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، استناداً إلى أن من شأن الاستمرار في التنفيذ إصابته بضرر فادح، حيث إن الإدارة سوف تشاركه في تحمل جزء من هذا الضرر، ومن ثم يمكننا القول بأن نظرية الظروف الطارئة يتولد عنها التزامات متبادلة بين طرفي العقد، تتمثل في إلزام المتعاقد في تحمل جزء من خسارته طوال فترة وجود الطرف الطارئ.

ثالثاً- آثار نظرية الظروف الطارئة:

1- استمرارية المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية:

نظراً لكون نظرية الظروف الطارئة قد أنشئت ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فإن توافر شروطها لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة مبرراً للتحلل من التزاماته التعاقدية لما في ذلك من تعارض مع غاية النظرية، وإن جعلت تنفيذ

(511) راجع في شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أ.د سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 673، أ.د محمد الحسين، د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص 294، أ.د محمد سعيد أمين، رسالته، ص 421، وفي الفقه الفرنسي:

Jéze. G, op. cit, p497

Forge. J. M, op. cit, p82.

Richer. L, op. cit, p265.

Laubadère – Gaudement - Venizia, p 839.

(512) د. سعاد الشرقاوي، ص 522.

(513) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 627 وما بعدها، أ.د محمد الحسين، د. مهدي نوح، المرجع السابق ص 313 وما بعدها، أ.د محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص 418 وما بعدها، المحامي الأستاذ عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 407، وفي الفقه الفرنسي:

Richer. L , Droit des contrats, op. cit, p275.

Dupuis. G, Gudon. M. J. Chrtien. P, op. cit, p419.

Forge. J. M, op. cit, p81.

الالتزام مرهقاً، إلا أنه لا يكون مستحيلاً، ولذا فإن العقد يظل قائماً وموجوداً، ويتعين على المتعاقد أن يواصل تنفيذه، ومن ثم فإن توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد إذا ما طرأت أثناء هذا التنفيذ ظروف جعلته أكثر إرهاقاً، يعطي الحق للإدارة بأن توقع على هذا المتعاقد جزاءات إدارية على أساس أن هذا التوقف يشكل خطأ عقدياً.

2- حق المتعاقد في الحصول على معونة متمثلة بالتعويض:

ويلاحظ أن التعويض في حالة الظروف الطارئة لا يغطي الخسائر كافة التي تكبدها المتعاقد، بمعنى أن الإدارة لا تتحمل التعويض عن الخسائر الحاصلة والأرباح؛ التي فانت المتعاقد، كما لو أن العقد قد استمر في سيره الطبيعي، بل تتحمل جزءاً، ويتحمل المتعاقد الجزء الآخر، والسبب في جعل التعويض جزئياً لا كلياً هو أن الظرف الطارئ ليس من فعل الإدارة، والتعويض الذي تدفعه إنما يعدّ معونة منها للمتعاقد، ومشاركة لتجاوز الظروف المرهقة عقدياً⁽⁵¹⁴⁾.

وترتيباً على ما تقدّم، فإن نظرية الظروف الطارئة تعطي للمتعاقد مع الإدارة، الحق في التعويض المالي للخسارة الجسيمة التي لحقت به في أثناء تنفيذ العقد⁽⁵¹⁵⁾، وهذا التعويض لم يعتبر تعويضاً كاملاً للضرر الذي لحق بالمتعاقد، بل يتحمل جزءاً من الخسارة التي أصابته، فالتعويض يكون مقابل نفقات أو أعباء غير تعاقدية، وهذه النفقات والأعباء ناتجة عن موقف خارج النطاق التعاقدية، وبالتالي فإن المسؤولية المنعقدة للإدارة هنا ليست مسؤولية تعاقدية، ولكنها مسؤولية غير تعاقدية، رغم أن الجزء الأكبر من هذه النفقات – وليس كلها – كان بمناسبة تنفيذ العقد الإداري.

أما الأساس القانوني للتعويض في حالة الظروف الطارئة، فكان محلاً لخلاف فقهي، فمنهم من رأى أن ذلك يكمن في فكرة التوازن المالي للعقد، ومنهم من أعاد هذا الأساس إلى فكرة النية المشتركة للطرفين؛ التي تنصرف على ضرورة أن يتحمل الطرفان المتعاقدان الآثار الضارة للظروف الطارئة، ومنهم من أعاده إلى فكرة سير المرفق العام بانتظام واضطراب، والذي لا يجب أن يضطرب في سيره؛ نتيجة الخلل في تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة، وهذا الاتجاه الأخير هو

(514) أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 672 وما بعدها، أ.د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص 303، أ.د. محمد سعيد أمين، رسالته، ص 420، وفي الفقه الفرنسي:

- Laubadère, op. cit, p482.
- Forge. J. M, op. cit, p83.
- Richer. L, op. cit, p277.

(515) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 8/نوفمبر/1944 في قضية Compagnie du chemin "de fer D' Enghien"

الأرجح في مقام تفسير الأساس القانوني للتعويض على أساس الظروف الطارئة⁽⁵¹⁶⁾.

وعلى أي حال، فإن تطبيق الظروف الطارئة تنتهي مع انتهاء الظروف، حيث يعود كل من الطرفين إلى تنفيذ التزاماته العقدية كما تم الاتفاق عليها، أما إذا ثبت أن المتعاقد لا يمكنه الاستمرار في تنفيذ التزاماته إلا بمعاونة دائمة من الإدارة، أي في حال ثبت استحالة الطرف الطارئ، فلا مناص من طلب فسخ العقد بناءً على القوة القاهرة⁽⁵¹⁷⁾.

الفرع الثالث- نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؛ التي تواجه المتعاقد في مجال العقود، نظرية قضائية، كونها من ابتكار القضاء سواء في فرنسا، أو مصر، وتستهدف هذه النظرية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حال مواجهة المتعاقد لصعوبات استثنائية غير متوقعة يترتب عليها زيادة أعباءه الاقتصادية، وتجعل من تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً وتكلفة، الأمر الذي يقتضي حق المتعاقد بمطالبة الإدارة بتعويض كامل لجبر ما أحدثته من أضرار، ويلاحظ أن هذه النظرية تجد مجالها التطبيقي بصورة أكثر شيوعاً في عقود الأشغال العامة، وغالباً ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية كما لو صادف المتعاقد لحفر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسعه توقعها رغم ما اتخذته من حيلة ودراسات للمشروع قبل التنفيذ، وحتى تتضح هوية هذه النظرية لابد من الإجابة على التساؤلات التي تطرح حولها: ما المقصود بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؟ وما هي شروط تطبيقها؟ وما هي النتائج القانونية المترتبة عليها؟

أولاً- مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يتضح مفهوم النظرية من خلال تحديد تعريفها، والأساس القانوني الذي تقوم عليه، وسنقوم ببيان ذلك وفق الآتي:

1- تعريف النظرية:

عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة، وخاصة في مجال عقود الأشغال العامة، صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، فتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، الأمر الذي يلزم جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً لجبر ما أحدثته له تلك الصعوبات من أضرار⁽⁵¹⁸⁾، وبذلك يجب على الإدارة أن تعوض المتعاقد معها عن

(516) أ. د. سليمان الطماوي، الوجيز، المرجع السابق، ص 434، أ. د. محمد الحسين، د مهند نوح، المرجع السابق، ص 298 وما بعدها،

(517) أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 703.

Richer. L, op. cit, p259.

(518) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 219.

الضرر الذي لحق به، وذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها⁽⁵¹⁹⁾، وقد طبق القضاء الإداري المصري هذه النظرية في حكم لها بتاريخ 1957 / 1 / 20⁽⁵²⁰⁾.

وبعد المجال الخصب لتطبيق هذه النظرية موجوداً في عقود الأشغال العامة، لما يكتنف تلك العقود من صعوبات مادية، وهذا ما ذهب إليه الفقيه *Laubadère* مؤكداً أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، لكنه لم ير مانعاً متى توافرت شروط تطبيقها في مجال العقود الإدارية الأخرى⁵²¹. وسنحاول تقديم المضمون الذي تقوم عليه النظرية في كل من الفقه والقانون وفق ما يلي:

أ- التعريف الفقهي

تعرض جانب من الفقه الفرنسي لبيان مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها: "الصعوبات المادية الناتجة في أغلب الأحيان من ظواهر طبيعية غير متوقعة، وخارجة عن إرادة المتعاقدين، والذين لم يستطيعوا توقعها وقت إبرام العقد، ومثل هذه الظروف تقيم صعوبة غير عادية في تنفيذ العقد"⁽⁵²²⁾.

ويرى جانب آخر بأنه: "للمتعاقدين الحق في المطالبة بتعويض عن الأضرار التي تسببت له في حال مصادفته في أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، وعدم إمكانية توقعها عند إبرام العقد، ومن شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقدين"⁽⁵²³⁾.

كما حدد مضمون هذه النظرية لدى البعض بأنها: "مصادفة المتعاقدين عند تنفيذ العقد الإداري صعوبات عادية أو استثنائية، من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً لا مستحيلاً، مما يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، وهنا يستحق المتعاقدين تعويضاً عن الأضرار التي أصابته، جزاء هذه الصعوبات شريطة أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية"⁽⁵²⁴⁾.

(519) د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 311.

(520) حيث جاء في الحكم: "ومن حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري مقتضاهما أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل تنفيذ العقد أشد وطأة على المتعاقدين والإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد.."

(521) André de l' aubadère, Traité théorique des contrats administratif, Tom3, paris, 1956, p9.

(522) أ. د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 649.

(523) د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، س 48، عدد 3 و 4 و 1987 و ص 823.

(524) A. De laubadère et eutres, T2, p480.

ب - التعريف القضائي:

لقد قام مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق هذه النظرية في مجالات عدّة، وأكثرها في مجال عقود الأشغال العامة، معتبراً أنّه ليس هناك ما يمنع من تطبيقها في العقود.

الأضرار التي أصابته، والناجمة عن صعوبات مادية ما كان من الممكن أن تدخل في التوقعات المشتركة للأطراف عند إبرامهم العقد⁽⁵²⁵⁾. وقد قام مجلس الدولة المصري بنقل هذه النظرية عن مجلس الدولة الفرنسي، فقد تعرّضت محكمة القضاء الإداري لبيان مضمون النظرية، مقررّة أنّ مقتضى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، (أنّه عند تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد، وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشدّ وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفةً فيجب تعويضه عن ذلك)⁽⁵²⁶⁾.

كما قرّرت أيضاً أنّه: (ومن حيث أنّ المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، أنّه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصّة عقود الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، ويجعل تنفيذ العقد أشدّ وطأةً على المتعاقد مع الإدارة، وأكثر كلفةً، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحمّلها اعتباراً بأنّ الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأنّ هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا لا يمثل في معاونة جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحمّلها المقاول بدفع مبلغ إضافي على الأسعار المتفق عليها)⁽⁵²⁷⁾. أما المحكمة الإدارية العليا السورية فقد قرّرت: (أصبحت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية مقبولة في الفقه والقضاء الإداريين في أحقية المتعهد بالتعويض عن الحفريات؛ إذا ما صادفته صخور قاسية من النوع؛ الذي ظهر في الحفريات التي قام بها المتعهد" وبذلك فقد طبق القضاء الإداري السوري هذه النظرية في مجال عقود الأشغال، لاسيّما عند ظهور طبقة صخرية في موقع العمل عند القيام بالحفر من أجل تشييد الأشغال محل العقد)⁽⁵²⁸⁾.

(525) C. E, 3/Fev/1905, Ville de Paris, Rec, p105.

(526) محكمة القضاء الإداري، الطعن رقم 7892 لسنة 11ق، مجموعة الأحكام، السنة 11، ص 152.

(527) حكم محكمة القضاء الإداري، 1975/1/20، المجموعة، س 11، ص 152.
(528) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 152 في الطعن 121 لسنة 1979، مذكور لدى المحامي مصباح المهاني، مبادئ القضاء الإداري، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق، 2005، ص 169.

2- مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يبدو ظاهراً أنَّ نظرية الصعوبات المادية تختلف عن نظرية الطوارئ، كون الأولى ناتجة عن صعوبات يصادفها المتعاقد عند تنفيذ العقد، وتعود إلى الظواهر الطبيعية، بينما تطبق نظرية الطوارئ في حالة الحوادث الاستثنائية التي قد تنتج من وقائع سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية⁽⁵²⁹⁾.

ونتيجة لذلك، يتبين لنا أنَّ مضمون هذه النظرية وفحواها إنما يتجلى بأن يتعاقد متعاقد مع الإدارة، ويبدأ في التنفيذ، ليظهر له في أثناء التنفيذ عقبات مادية أو استثنائية وغير متوقعة، تعرقل تنفيذ العقد، ويترتب عليها أن تجعل هذا التنفيذ مرهقاً مالياً للمتعاقد مع الإدارة، الأمر الذي يختل معه التوازن المالي للعقد، ويعطي الحق للمتعاقد بمطالبة الإدارة بالتعويض المناسب الذي يعيد للعقد توازنه المالي.

ومن أمثلة هذه العقبات أن يجد المكاوّل تحت أرض موقع الأشغال محل العقد، خراسانات مجاري، أو أساسات خرسانية⁽⁵³⁰⁾. من ذلك أيضاً أن يبدأ المكاوّل في التنفيذ بحفر الأساسات فيفاجأ بمياه جوفية غزيرة بشكل غير عادي، إلى درجة ترهقه مالياً بما يتكلفه من نفقات رفع هذه المياه، وكذلك عند ظهور طبقة صخرية في موقع العمل عند القيام بالحفر من أجل تشييد الأشغال محل العقد⁽⁵³¹⁾.

وطبقاً لتصوير الفقه واستخلاصاً من أحكام القضاء، يقوم الأساس القانوني لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على اعتبارات العدالة، ويشترط لتطبيقها أن تتميز بسمات معينة، وسنقوم باستعراض ذلك وفق ما يلي:

ثانياً - الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

اعتبر الفقهاء أنَّ الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه النظرية يكمن في الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة على أساس أنَّ السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية المتوقعة، أما بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة والتي لم تخطر في ذهن المتعاقدين، فيفترض أنهما قصداً ضمناً أن يقدّر ما يقابلها بطريقة خاصة خارج السعر المتفق عليه.

إضافةً لاعتبارات العدالة وطبيعة العقود الإدارية، واتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واضطراب.

ويمكن القول أنَّ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تقوم على أساس العدالة، بمعنى تحقيق التوازن بين طرفي العقد، بيان ذلك أنه إذا ما طرأت صعوبات مادية غير متوقعة وقت التعاقد، وقام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في

(529) Pospescu: Essai d'un Theorie de l' imprevision droit Francais et compare, 1937.

(530) المحكمة الإدارية العليا المصرية، المجموعة السنة 14، ص 778.

(531) المحكمة الإدارية العليا السورية، حكم رقم 152 في الطعن 121، السنة 1979، المجموعة 1979.

التنفيذ، وتكأف تكاليف إضافية لم يكن منصوفاً عليها في العقد، كما أنها لم تكن في الحساب وقت إبرام العقد؛ بذلك يكون المتعاقد مع الإدارة قد افتر بمقدار ما تكأفه، وتكون الإدارة قد أثرت بمقدار ما تكأفه المتعاقد - كون التنفيذ لصالحها - الأمر الذي يعني اختلال التوازن المالي للعقد، وتقتضي العدالة إعادة التوازن المالي للعقد؛ ذلك بإلزام الإدارة بتعويض المتعاقد عن كل ما تحمله نتيجة ظهور هذه الصعوبات الغير متوقعة.

ولهذا نجد رأياً يؤسس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، على أن هناك نية مشتركة بين طرفي العقد، مفادها ومؤداها التزام المتعاقد بمواجهة الصعوبات غير المتوقعة، والتي تعترض التنفيذ، وفي المقابل التزام الإدارة بتعويضه عن كل ما يتحمله من خسائر لإزالة هذه الصعوبات والاستمرار في التنفيذ.

ثالثاً - شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تتميز بسمات معينة، منها أن تكون هذه الصعوبات ناجمة في معظم الحالات عن ظواهر طبيعية، كالطبيعة الصخرية للأراضي التي تنفذ فيها الأشغال⁽⁵³²⁾، كذلك أن تكون خارجة عن إرادة المتعاقدين، فلا يمكن أن يكون مصدرها فعل الإدارة أو المتعاقد معها، كما يشترط عدم توقعها، أو إمكانية ذلك وقت إبرام العقد⁽⁵³³⁾، إضافة أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة غير عادية تتجاوز المخاطر العادية التي قد يتعرض لها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد، كونها صعوبات استثنائية تتجاوز كل ما كان مقدراً، أو متوقعاً⁽⁵³⁴⁾.

وسنقوم باستعراض هذه الشروط بشيء من الشرح الموجز، بالقدر الذي يبين مضمون كل شرط وحدوده وعلة اشتراطه وفق التالي:

1- أن تعترض تنفيذ العقد صعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية:

وهذا شرط مركب، بمعنى أنه يشترط شروطاً معينة في الصعوبات، إضافة لضرورة ظهور هذه الصعوبات في وقت معين.

أما عن الصعوبات ذاتها، فيشترط فيها شرطان، **أولهما** أن تكون مادية، لأنه في خلاف ذلك فإنها إما أن تكون تشريعاً، أو قراراً مما يجعلها في طائفة شروط فعل الأمير، وإما أن تكون ظرفاً اقتصادياً مما يدخل في شروط نظرية الظروف الطارئة، ومن هنا توجب اشتراط أن تكون هذه الصعوبات مادية لاستبعادها أن تدخل في نطاق فعل الأمير، ولا في نطاق الظروف الطارئة، وترجع هذه

(539) Alpes cste savoyarde d entrepris, Rec, p533.532 -C. E, 21 /Juill/ 1970, De Partementdes Hautes

(533) C. E, 11/Fev/1905, Ville de paris, Precite, p105.

(534) C. E, 3/mai/1982, Ste des autoroutes pis- rhin-rhon.Rec, p213.

الصعوبات في الغالب إلى ظواهر طبيعية كطبيعة طبقات التربة محل العقد، كأن يكتشف المتعاقد أنَّ الأرض المراد تنفيذ العقد فيها ذات طبيعة صخرية مما يقتضي زيادة مرهقة في النفقات والتكاليف، أو يفاجأ المتعاقد بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيفها، كما قد ترجع الصعوبات إلى فعل الغير وليس إلى ظواهر طبيعية، كوجود قناة مملوكة لشخص ولم يشر إليها أو إلى مواصفاتها.

والشرط الثاني يتمثل في أن تكون هذه الصعوبات غير عادية (استثنائية)، أي لم تكن في حسابان أي طرف من أطراف العقد، وهو ما يبرر أحقية المتعاقد المتضرر في التعويض.

يضاف إلى ما سبق أن لا تكون هذه الصعوبات بفعل الإدارة، ولا بإرادتها، ولا بفعل المتعاقد معها، ولا بإرادته أيضاً، ولا أن يكون مسبباً لزيادة خطورة هذه الصعوبات⁽⁵³⁵⁾، كونها تفقد صفتها الاستثنائية في حال لم تكن كذلك، ويتوجب على المتسبب في إحداثها تحمّل كل نتائجها، بما في ذلك تعويض المتعاقد المتضرر من وقوعها.

وكما أنه إذا وقعت هذه الصعوبات بفعل المفاوض، أو إرادته فإن هذا الشرط لا يتحقّق، ومن ثم لا يستحق أي تعويض، وفي حال ثبت أنه كان في إمكان المتعاقد أن يقف على حقيقة هذه الصعوبات لو كان قد استطلع طبيعة الموقع، وقام بما يتوجب عليه قبل التعاقد من التحري والتقصي، فإنه لا يستحق تعويضاً كونه قد تقاعس عن أداء واجبه، وارتكب تقصيراً في حق نفسه.

ونشير إلى أنه لو وقعت العقبات بفعل الغير، أي بعمل أجنبي عن أطراف العقد، فإنه مما يتحقّق به الشرط إذا استوفى باقي شرائطه. وأخيراً إذا ما توافر في الصعوبات شرطي المادية والاستثنائية، فإن لا يكفي لتحقيق هذا الشرط، وإنما يتوجب اقترانه بأن يظهر في وقت معين، يقع بعد انعقاد العقد، لكان ذلك معلوماً لطرفي العقد، ومن ثم يكون ذلك في اعتباره، وإن ظهرت هذه الصعوبات بعد تمام التنفيذ، فإنه لا يكون لظهورها أي أثر يؤثر في المتعاقد، أو ينزل به ضرراً.

2- أن تكون الصعوبات طارئة وغير متوقعة من قبل المتعاقدين:

لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يتعيّن أن تكون الصعوبة التي واجهت تنفيذ العقد غير متوقعة الحدوث من قبل المتعاقد، ولم يكن بوسعها توقع حدوثها في الظروف التي أبرم فيها العقد، حيث إنه لو كان قد توقّعها، ورغم ذلك أقدم على التعاقد دون أن يبدي للإدارة تحفظاته الفنية بشأنها، فإن عليه أن يتحمّل وحده نتيجة خطئه، لأن المتعاقد ينبغي عليه أن يبذل وقت التعاقد كل جهد ممكن للإحاطة بظروفه، وما يتصل به من صعوبات، وعليه أن يتحرى بنفسه أو

(535) د. حسين عثمان محمد عثمان، القانون الإداري، ص 210.

بواسطة من ينوبه قانوناً عن طبيعة الأعمال، والقيام بكل ما يلزم للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، وعلى الإدارة أن تمكنه من ذلك كلما كان ذلك ممكناً، فإذا لم يقدّم المتعاقد بواجبه في هذا الشأن، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حتى ولو اعترض تنفيذ العقد صعوبات جسيمة. ويلحق بالصعوبات غير المتوقعة، تلك التي يمكن أن تكون متوقعة، وذلك بأن يكون في وسع المتعاقد إذا بذل جهداً في التعرف على موقع المشروع وظروفه أن يقف على ما إذا كان التنفيذ سيتعرض لهذه الصعوبات أم لا، ومن ثم إن لم يكن بوسع المتعاقد التعرف على الموقع⁽⁵³⁶⁾، فإنه يكون مخطئاً وبذلك لا يمكن أن تنطبق عليه أحكام ومبادئ هذه النظرية. وقد نصّ المشرع المصري على ذلك بقوله: "يلتزم المَقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال، وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها، وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب لملاحظته"⁽⁵³⁷⁾.

ونظراً لخطورة النتائج المترتبة على التزام المَقاول بالتعرف على الموقع كإجراء جوهري للكشف عما قد يظهر من عقبات، فإنّ الفقه يؤكد التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد معها، بأن تزوده بما قد يكون لديها من معلومات تتعلق بالموضوع، وأن تمكنه من دخول الموقع، وكذلك كل من يأتي بهم من خبراء غير ذلك، وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التعاقد⁽⁵³⁸⁾. فإنه يستتبع حرمانه من تطبيق أحكام ومبادئ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ومن ثمّ عدم أحقيته في أي تعويض عما قد يظهر من عقبات غير عادية، أيّاً كانت الأضرار المترتبة عليها.

3- أن يلحق المتعاقد ضرراً:

ويتجلى هذا الضرر، بأن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها، وتزيد من أعباء المتعاقد مع الإدارة⁵³⁹، ففي حال ظهرت هذه الصعوبات، وكان بإمكان المتعاقد التغلب عليها والاستمرارية في تنفيذ العقد دون تحمّل أي نفقات إضافية فلا محلّ هنا لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويستوي في ظل هذه النظرية أن يكون الضرر جسيماً أو طفيفاً، فالعبرة هنا بمجرد تحقق الضرر ولا عبرة بمقداره، وفي ذلك تتفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية عمل الأمير، وتخالف نظرية الظروف الطارئة التي يشترط أن تكون الخسارة التي لحقت بالمتعاقد فيها فادحة لدرجة تقلب معها اقتصاديات العقد

(536) المادة 78/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(537) المادة 89/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(538) أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 696.

(539) أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 321.

رأساً على عقب⁽⁵⁴⁰⁾. إضافةً إلى أنه يتوجب أن يتحقق الضرر فعلاً، إذ القاعدة أن لا اعتداد بالضرر المحتمل، فالضرر المحتمل لا تعويض عنه، ولا يصلح لتحقيق شروط وقوع الضرر كشرط لإعمال أحكام ومبادئ هذه النظرية، وفي هذا المجال تثار إشكالية فحواها كالآتي: **هل العقود الجزائية تكون محل إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتطبيقها؟**

إنّ العقود الجزائية هي تلك العقود التي تتضمن تحديداً لكمية الأعمال مقابل ثمن إجمالي تؤديه الإدارة لقاء تنفيذها، ففي مثل هذه العقود يتطلب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يكون من شأن الضرر قلب اقتصاديات العقد، أي تجاوز الخسائر في الموضوع محل التعاقد الحد الأقصى للأسعار، وهو الحد الاحتمالي لارتفاع الأسعار والذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي دائماً وبصورة لا تدعو للشك بأن صفة هذا النوع من العقود لا تقف حائلاً دون إمكان المتعهد الحصول على تعويض مناسب بسبب الصعوبات الاستثنائية، وغير المتوقعة التي يصادفها أثناء الأعمال، ولكن مجلس الدولة نفسه قضى في حالة العقد الجزائي، أنّ الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤدي إلى التعويض إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد، هذا ويقدر قلب اقتصاديات العقد بالنظر إلى أهمية النفقات الإضافية التي أثارت الصعوبات مع أهمية العقد في هذا المجال بالذات.

رابعاً- آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إذا توافرت شروط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنّ ذلك لا يترتب إعفاء المتعاقد مع الإدارة من أداء التزامه التعاقدية، حيث يتعين عليه الاستمرار في هذا التنفيذ رغم ما يؤدي إليه ذلك من ارتفاع التكاليف المشروع في ظل وجود الصعوبات المادية، وفي مقابل ذلك فإنّ الإدارة تلتزم بتعويضه تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به.

1- استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد:

يتعين على المتعاقد الالتزام بعدم التوقف عن تنفيذ الأعمال الموكولة إليه، بالرغم من حدوث هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة، وبيان ذلك أنه في حال صادفت التنفيذ عقبة غير عادية ولا متوقعة، فإنّه إما أن يكون من شأنها استحالة التنفيذ، وهنا تخرج من دائرة الصعوبات المادية ونكون بصدد نظرية القوة القاهرة، وقد تؤدي إلى إنهاء العقد وإعفاء المتعاقد من التنفيذ⁽⁵⁴¹⁾، وإما أن تكون العقبة مما يجعل التنفيذ ممكناً، ولكن بتكلفة أكبر وبمشقة وجهد، هنا نكون في ظل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وعلى المفاوض الاستمرار في التنفيذ، تحت طائلة

(540) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 226.

(541) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 228.

حرمانه من التعويض نظراً لارتكابه خطأ إضافة لتعرضه لعقوبات توقعها عليه الإدارة.

2- حق المتعاقد في الحصول على تعويض:

ترتب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للمتعاقد مع الإدارة الذي واجه تنفيذه للعقد صعوبة مادية لم يتوقعها، ولم يكن بإمكانه ذلك، واستمر في تنفيذ التزاماته، الحق في الحصول على تعويض كامل، عما أصابه وتحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات، فمجرد قيام صعوبات مادية غير عادية من شأنها أن تلحق الضرر بالمتعاقد، وتؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، تعطي الحق للمتعاقد في الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به، ويقدر هذا التعويض على أساس مبدأ التعويض الكامل، وفقاً لما توصل القضاء الفرنسي الإداري⁽⁵⁴²⁾، وأخذ به القضاء الإداري المصري على خلاف شقيقه السوري والذي تبني مبدأ التعويض العادل.

وسوف نقوم بدراسة موقف القضاء في كل من فرنسا ومصر وسورية من مبدأ تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بشيء من التفصيل وفق ما يلي:

أ- موقف مجلس الدولة الفرنسي:

توصل مجلس الدولة الفرنسي إلى أحقية المتعاقد بالمطالبة بالتعويض الكامل عما تكبده ونزل به من أضرار، فالتعويض في ظل هذه النظرية ليس جزئياً بقصد معاونة المتعاقد على الاستمرار في التنفيذ، وإنما هو تعويض كلي، لأنه لو كانت هذه العقوبات متوقعة لدخلت في حسابات المشروع، ومن ثم فلا محل لتطبيق النظرية ولا محل للتعويض، أما وأن هذه العقوبات لم تكن متوقعة فإنها لم تكن في حسابان المتعاقدين، ولا في حسابات المشروع، فإن ظهرت كانت خارج إطار التكلفة المتفق عليها، ومن ثم وجب تعويض المقاول عنها تعويضاً كاملاً، وفي ذلك تلقت نظرية الظروف المادية غير المتوقعة مع نظرية فعل الأمير، وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة⁽⁵⁴³⁾، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض عن الصعوبات التي قابلت المقاول جراء ظهور طبقات ضخمة من المياه تحت الأرض أثناء تنفيذ الأعمال، والتي استلزمت نفقات غير عادية لسحب المياه وتجفيف الأرض⁽⁵⁴⁴⁾.

(542) C. A: A, Marseille, 26/2/2002, Entreprise Marion, req. N° 9900566.

C. E, 29/4/1949, les entrepôts frigor Lyonnais, Rec, p196.

(543) أ. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص 27، أ. د محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص 451 وما بعدها، وفي الفقه الفرنسي:

Braconnier. S, op. cit, p 404.

(544) C. E, 5/Janv/1944, Ville de., Rec, p433.

كما قضى بحق المتعاقد في التعويض نظراً لطبيعة الأرض الصخرية التي كلفته نفقات غير عادية لتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها⁽⁵⁴⁵⁾.

وقد كان موقف مجلس الدولة الفرنسي إزاء هذه النظرية واضحاً وصريحاً، فقد أخذ دائماً بقاعدة التعويض الكامل عن الصعوبات غير المتوقعة⁽⁵⁴⁶⁾.

ب- موقف القضاء المصري:

وقف القاضي المصري موقفاً مشابهاً لنظيره الفرنسي، وقد أخذ بمبدأ التعويض الكامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، ولقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصري من قبيل الصعوبات المادية، وجود أتربة متكتلة وطبقات صخرية، وذلك بمناسبة عقد أشغال عامة موضوعه تطهير إحدى الترع، وبذلك واجه المتعاقد امتداداً غير عادي من الطبقات الصخرية التي لا يمكن حفرها بالوسائل العامة التقليدية، مما يبرر منحه التعويض عن الأضرار التي تكبدها لمواجهة هذه الصعوبات⁽⁵⁴⁷⁾.

وبذلك التزمت الإدارة طبقاً لنظرية الصعوبات المادية بتعويض المتعاقد معها عن كافة الخسائر التي تحملها بسبب تلك الصعوبات، وقد عبرت محكمة القضاء الإداري المصري عن ذلك بوضوح في أن: "التعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها الإدارة للمتعاقد، وإنما تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول"⁽⁵⁴⁸⁾.

كما انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أنه: "عند تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك، بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها.. والتعويض هنا لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها، وذلك بدفع مبلغ إضافي على الأسعار المتفق عليها"⁽⁵⁴⁹⁾.

(545) C. E, 7/Fev/1962, Dama sautra, ..., p1020.

(546) راجع في أحكام مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص:

- C. E, 30//1947, Min de la gurre, A. J. D. A, 1947, p359.
- C. E, 27//1969, Min de armées, A. J. D. A, 1969, p705.
- C. E, 5//1971, Soc. Dodin, A. G. D. A, 1971, p288.
- C. E, 22//1977, Soc. Norocéan poir sosetcie, p347.

(547) حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1953/5/5، المجموعة، ص 1880.

(548) حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1957/1/20، سابق الإشارة إليه.

(549) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 172/ في الطعن 198/ لسنة 1977، مج، س 1977،

ت- موقف القضاء الإداري السوري:

بالرغم من أن المشرع لم يتبنَ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في القانون 2004/51م

إلا أن القضاء الإداري قد تبناها بوضوح، وطبقها في مجال عقود الأشغال خصوصاً، لاسيما عند ظهور طبقة صخرية في موقع العمل عند القيام بالحفر من أجل تشييد الأشغال محل العقد، إلا أن موقفه كان مخالفاً لموقف القضاء الفرنسي، وشقيقه المصري فقد أخذ بمبدأ التعويض العادل للمتعاقد، ولم يتبنَ صراحةً التعويض الكامل المترتب على نظرية الصعوبات المادية، وهذا ما حكمت به المحكمة الإدارية العليا: (...بالرغم من أن المناقصة قد رست على المتعهد على أساس سعر الحفر من أي نوع كانت، فإن ظهور طبقة صخرية قاسية أثناء الحفريات؛ كما ثبت ذلك باعتراف الإدارة وتقرير الحفرة الجارية، يعطي المتعهد الحق باقتضاء تعويض عادل تطبيقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)⁵⁵⁰

(550) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 77/ في الطعن 188/ لسنة 1984، مج، س 1984، ص 287.

الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أجمالها فيما يأتي:

أولاً- النتائج:

- 1- لا يمكن الحديث عن ركن المحل في العقود كافة ما لم يكن مستوفياً لعناصره الأساسية التي تتطابق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء من حيث أن يكون ممكناً أو موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً غير مخالف للنظام العام، إلا أن محل العقد الإداري يتميز بخصوصية تجعله مختلفاً عن نظيره المدني، كونه يرتبط بالمجالات التي تخرج عن نطاق الرابطة التعاقدية من جهة، و بالامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في معرض قيامها بوظائفها من جهة أخرى.
- 2- إن تحديد المواد أو الموضوعات التي لا يمكن أن تكون محلاً لعقد إداري غير منظمة بأي نص ذي مضمون عام، فلا يوجد قائمة غير قانونية وغير دستورية بطبيعتها مستعصية على التعاقد، وإنما يستخلص هذا التحديد من اجتهادات تقليدية ويرتكز إلى منطق التبريرات المعروفة غالباً بصورة عامة.
- 3- يمكن القول أنه يمكن لمادة أن تنهرب من كونها محلاً لعقد إداري، إما نظراً لطبيعتها، أو بحكم القوانين والنصوص التشريعية، مع ملاحظة الاختلاف الكبير للنظرية القضائية حول المواد المستعصية على التعاقد في القانون الإداري عن النظرية التي تقابلها في القانون المدني نظراً لاختلاف أساس هذا الاستبعاد بالنسبة لكل جزء من الأجزاء الداخلة في مجال تطبيقه.
- 4- الأصل والقاعدة أن الإدارة العامة هي من تتولى تنظيم المرافق العامة الإدارية، ويمكن للإدارة إبرام عقود عند إنشاء المرافق العامة كعقد الالتزام، إلا أن هذه العقود لا تنطوي حتى بشكل غير مباشر عن تنازل الإدارة لحقها في تنظيم هذا المرفق.
- 5- إن استقلالية القاضي ودوره في تحديد سلطاته الخاصة أمران يتعارضان مع أي تعديل تعاقدى لامتيازاته، وبالتالي فهي تنهرب من نفوذ المتعاقدين، سواء بالنسبة إلى تقييدها، أو على العكس بالنسبة إلى زيادتها.
- 6- نظرياً تعتبر قواعد الاختصاص الموضوعي والاختصاص المحلي كلاهما من النظام العام، لكن وحدها الأولى تملك هذه الصفة التعاقدية، فلا يجوز للخصوم الاتفاق على اختصاص محكمة غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي.
- 7- إن اختصاصات السلطة الإدارية لا تشكل حقولاً لمن ينهضون بعينها، وهذا ما يمنع في حد ذاته من أن تكون محلاً لتصرفات تعاقدية.

8- إن أهم الاختصاصات الإدارية التي أخرجها القضاء الإداري من إمكانية كونها محلاً لعقد إداري هي على التوالي: الضبط الإداري، الضبط الاقتصادي، الضبط الضريبي، مع وجود بعض الاستثناءات المتعلقة بهذا المبدأ.

9- يتمتع على بعض المجالات أن تكون محلاً لعقد إداري نظراً لأثر القانون الذي يفرض ذلك، إما بشكل مباشر كحال المراكز القانونية والتنظيمية، أو بشكل غير مباشر عندما يستنتج ذلك من خلال أحكام قانونية يتضمنها النص القانوني ويستفاد منها تقييد الحرية التعاقدية في المجالات التي ينص عليها.

10- يقع باطلاً كل اتفاق أو رابطة تعاقدية بين الإدارة والأفراد ضمن المجالات التي تنفرد القوانين واللوائح بتنظيمها، ويعد مركز الموظف العام المثال الأكثر نموذجية في هذا النطاق.

11- وإن كان الأصل أن العلاقة بين الموظف والإدارة هي علاقة تنظيمية، إلا أنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى الطريق التعاقدية على سبيل الاستثناء في بعض الحالات، وخاصة بالنسبة لبعض الوظائف ذات الطابع الخاص، وهو ما يطلق عليه في التشريعات الحديثة بعقود التوظيف.

12- إن تقييد الحرية التعاقدية المستنتج من نصوص قانونية معينة يمكن أن يكون ناجماً إما من خلال اشتراط القانون تدخل الإدارة عن طريق القرار، أو من خلال تدخل المشرع ليفرض على أطراف العقد الإداري إدراج شروط معينة ضمن عقودهم، أو حظر شروط أخرى.

13- فيما يتعلق بإمكانية اللجوء إلى التحكيم باعتبار أنه كان محظوراً على المتعاقدين المتنازعين طلب اللجوء إلى هذا الحل، إلا أن التشريعات المقارنة في فرنسا جاءت لتحسم المسألة وتقرر في معظمها للإدارة إمكانية اللجوء إلى التحكيم الإداري في درجة مجال معين ومحدد مبينة شروطه وحالاته وإجراءاته.

14- وبالنسبة لشروط الإتاوة فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الإتاوة في عقود الشراء العام تعدّ عنصراً من عناصر تنظيم وتسيير المرفق العام محل التفويض، وبذلك تعدّ عنصراً من العناصر التي لا يمكن أن تكون محلاً للتفويض، ويتوجب بذلك أن تحدد بالطريق الانفرادي عن طريق قرارات أحادية الجانب، وقد جاء موقف المشرع المصري والسوري معاكساً له في بعض الحالات ومؤيداً له في حالات أخرى.

15- الأصل أن العقد الإداري شريعة المتعاقدين، لذلك فهو ملزم لأطرافه في كل ما اشتمل عليه من شروط وأحكام، إلا أنه يعدّ على سبيل الاستثناء شريعة المرفق العام، وهذا أمر طبيعي يفرضه منطق الأمور كون العقد الإداري هو عقد المصلحة العامة ويهدف إلى سد حاجات المرفق العام المتصل به، مما يعني أن تجسيد العلاقة التعاقدية على الرغم من تغير ظروف المرفق الذي أبرم العقد في

سبيل سد احتياجاته، سوف يؤدي إلى انقلاب العقد غراماً خالصاً على عاتق الإدارة والصالح العام.

16- إذا كان بالإمكان تعديل العقد الإداري قيد التنفيذ من قبل الإرادة المنفردة لجهة الإدارة المتعاقدة خروجاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن ذلك لا يمنع من تعديل هذا العقد بالطريق الاتفاقي وفق ما يصطلح بتسميته بملحق العقد.

17- ملحق العقد اتفاق تعاقدى لاحق وتابع للعقد الأصلي، ولا يمثل عقداً جديداً.

18- إن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإبرام ملاحق لها نسبية تمليها اعتبارات الصالح العام ومقتضياته، وحسن سير المرافق العامة واحترام مبدأ المشروعية.

19- نظراً لارتباط العقد بالمرفق العام وتحقيق الصالح العام، فقد استقر الأمر على أنه يتوجب على الإدارة تحقيق التوازن المالي لعقودها لتضمن استمرارية المتعاقد في تنفيذ العقد، بحيث تلتزم الإدارة بتحمل زيادة الأعباء (الإضافية) تحقيقاً للتوازن المالي للعقد، وقد اصطلح القضاء على هذه الفكرة بفكرة التوازن المالي للعقد، واعتمد نظريات عدة في هذا الشأن أهمها: نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ثانياً - المقترحات:

1- نظراً لكون محل العقد أحد أركان العملية التعاقدية، والذي يلزم وجوده مستوفياً لشروطه قيام هذه الرابطة التعاقدية فحبذا لو أن المشرع في كل من فرنسا وسورية ومصر قد أفرد له نصوص قانونية خاصة تتضمن تحديداً وافياً لمفهوم محل العقد وشروط صحته، وتجنب الإحالة إلى قواعد القانون المدني باعتبار أن كلا النظامين يختلف عن الآخر إضافة للخصوصية التي ترد في محل العقد الإداري، مع غياب ما يقابلها لدى نظيره المدني.

2- نقترح إلغاء التقييد الكمي للتعديل الانفرادي للعقد في القانونين السوري والمصري، كون التقييد الكمي لتعديل الأداءات محل العقد يخالف أساس تغير الظروف المتعلقة بالعقد والذي تقوم عليه نظرية التعديل الانفرادي، فتغير ظروف المرفق غير محدد بنسبة معينة كتلك التي حددتها المادة /78/ من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد في مصر أو المادة /62/ من المرسوم التشريعي 2004/450 في سورية، ويترتب على تقييد التعديل الانفرادي بنسب معينة تقييد للظروف التي يجب أن يتكيف معها المرفق الذي يتصل به العقد، إضافة إلى أن منطوق هاتين المادتين لا يولي أي اعتبار للمتغيرات السوقية بين لحظة إبرام العقد ولحظة تعديله، مما يؤدي بالنتيجة إلى إهدار حقوق المتعاقد بشكل كبير فيما لو قامت الإدارة بالتعديل

في إطار الحدود المتاحة لها، حيث توجب أن يتم التعديل بنفس الشروط والأسعار التي كان ينص عليها العقد الأصلي فقط، ويترتب عليه مخالفة الأسس الجوهرية التي قامت عليها نظرية التعديل الانفرادي، لاسيما فكرة التوازن المالي، وبذلك نقترح تعديل نص المادة /78/ من اللائحة التنفيذية للقانون 89 / 1998 في مصر والمادة /62/ من المرسوم التشريعي 2004/450 في سورية لتصبح على النحو الآتي: (يحق للإدارة المتعاقدة أن تقوم بتعديل الأداءات محل العقد كماً ونوعاً مع مراعاتها المتغيرات السوقية لأسعار هذه الأداءات في الفترة الواقعة بين إبرام العقد ولحظة تعديله)

3- نقترح أن يتبنى المشرع في سورية ومصر نظاماً قانونياً واضحاً للتعديل الاتفاقي للعقد، على أن يتضمن النظام تحديداً وافياً لمفهوم الملحق وتقييداً لمجال التعديل الاتفاقي عن طريق الملحق، بحيث لا يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب من الناحيتين الكمية والنوعية، وأن يكون التعديل راجعاً إلى صعوبات تقنية غير متوقعة، وغير ناجمة عن فعل الأطراف، وذلك استرشاداً بما قرره المادة /255/ مكرر/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي من جهة، وما سار عليه عمل مجلس الدولة الفرنسي من جهة ثانية.

قائمة المراجع

أولاً- باللغة العربية:

أ- الكتب والمؤلفات العامة والخاصة:

- 1- د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 2- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- 3- د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، دون طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
- 4- د. أنور رسلان، مسؤولية الإدارة غير التعاقدية، دار النهضة العربية، 1982.
- 5- د. بكر القباني، القانون الإداري، دار النهضة، بلا تاريخ.
- 6- د. بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، القاهرة، دار الفكر العربي، 2010.
- 7- د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 8- د. جابر نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 9- د. حسين عثمان عياد، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 10- د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 11- د. رمزي الشاعر، قضاء التعويض، مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير التعاقدية، مطبعة جامعة عين شمس، 1995.
- 12- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998-1999.
- 13- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، 2007.
- 14- أ.د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
- 15- أ.د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.

- 16- أ.د سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، 1976.
- 17- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، إيراني للطباعة، الطبعة الرابعة، 1987.
- 18- د. سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد، منشورات الحلب الحقوقية، حلب، دون سنة نشر.
- 19- د. شريف يوسف حلمي خاطر، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 20- د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دون طبعة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970.
- 21- د. عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1997.
- 22- د. عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة.
- 23- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في العقود الإدارية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 24- أ.د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1952.
- 25- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2005.
- 26- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاتها قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، مصر، 2009.
- 27- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، التفويض في السلطة الإدارية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1986.
- 28- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، دون طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
- 29- د. عبد الله طلبة، القانون الإداري، منشورات جامعة حلب، 1990.
- 30- د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، 2003.
- 31- المحامي عبد الهادي العباس، العقود الإدارية، دار المستقبل، الطبعة الأولى، الجزء الأول.
- 32- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

- 33- د. عمر فؤاد بركات، التفويض في القانون العام، دون دار نشر، القاهرة، 1989.
- 34- المستشار عليوة فتح الباب، الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات، مكتبة كوميت، القاهرة، الطبعة الأولى.
- 35- أ.د. عمر حلمي فهمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 36- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1976.
- 37- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.
- 38- د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.
- 39- د. محمد الحسين، مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، 2007-2008.
- 40- د. محمد الحسين، مهند نوح، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، 2011-2012.
- 41- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 42- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 43- د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 2000.
- 44- د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الأولى، 1991.
- 45- د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، 1973.
- 46- د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، دار المعارف، القاهرة، 1963-1964.
- 47- د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، 2006.
- 48- د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2000.
- 49- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، أثر التفويض في الإصلاح الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

50- د. محمد واصل، شرح قانون أصول المحاكمات، منشورات جامعة دمشق، الكتاب الأول، الجزء الأول، الطبعة الثالثة.

51- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، جامعة دمشق، الطبعة العاشرة، 2003-2004.

52- محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات فرع نقابة المحامين، دمشق، 2002.

53- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 1998.

ب- الرسائل:

1- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة

دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962

2- أنيسة سعاد قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

3- د. رضوان السيد راشد، الإيجار على التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.

4- زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1981

5- د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام التعاقد، رسالة دكتوراه، بدون تاريخ.

6- د. عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1974.

7- د. علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

8- د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة.

9- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1993، الطبعة الأولى..

10- د. محمد مرغني خير، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1984.

11- د. ممدوح عبد الحميد، سلطة الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة.

ج- المقالات والبحوث العلمية:

- 1- د. أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، س 48، عدد 3,4.
- 2- د. رياض عيسى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيرى وزو، العدد الأول، 1986.
- 3- د. علي خطر شنطاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مارس، 2000.
- 4- د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر، العدد 13، 1997.
- 5- د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، الجزائر، العدد 13، 1997.
- 6- المحامي مصباح نور المهاني، مبادئ القضاء الإداري، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق، 2005.
- 7- د. مصطفى كامل وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة 13، العدد الأول، 1971.
- 8- د. مهدي نوح، حدود سلطة الإدارة في التكليف بأعمال الربع النظامي، مجلة الميزان، دمشق، 2008.

د- الدوريات ومجموعات الأحكام وموسوعات:

- 1- موسوعة العقود، إعداد صبحي سلوم، الجزء الأول، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1991.
- 2- موسوعة العقود الإدارية والدولية، حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، دون طبعة وتاريخ، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- 3- مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لأعوام 1975-1976-197-1978- (1984).
- 4- مجلس الدولة المصري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، (السنتان السابعة والثلاثون والثامنة والثلاثون، السنتان الحادية والأربعون والثانية والأربعون)

- 5- مجلس الدولة المصري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً: من سنة 1965 إلى سنة 1980، الجزء الثاني.
- 6- خلاصة الآراء الاستشارية لمجلس الدولة السوري للأعوام 1967 - 1968-1969-1970-1971-1972.
- ثانياً- باللغة الفرنسية:

- 1- **BADAOUIS**, Droit de l'administration de modifier ses contrats, Imprimerie mondiale, Le Caire, non daté.
- 2- **BADOUIS**, Droit de l'administration de modifier ses contrats, Imprimerie mondiale, Le Caire, non daté.
- 3- **BENOIT.P**, Droit Administratif français, Dalloz, Paris, 1968.
- 4- **BRAIBANT.G**, le droit administratif ,français, Dalloz, Paris, 1988.
- 5- **BONNARD. R**, Précis de droit administratif, L. G. D. J, Paris, ed4, 1943
- 6- **BRUERE.J.CH**, Consensualisme et contrats administratifs, R.D.P, 1996.
- 7- **Bréchon-Moulénes.CH**, Droit de marchés public, T1, Moniteur, paris, 1999.
- 8- **CHRISTOPHE L'ajoye**, Droit de marchés public, calino éditeur, L.G.D.J, paris, 2008.
- 9- **CHAPUS. R**, Droit administratifs, Delta, paris, ed9, 1995.
- 10- **CHAPUS.R**, Responsabilité publique et responsabilité privé, L.G.D.J, paris, 1957.
- 11- **DEBBASH.CH**, Institution et droit administratifs, P. U. F, Paris, ed3, 1992.
- 12- **FLAMME.M.A**, Traité de droit administrative, Bruxelles, T2, 1989.
- 13- **Forge.J.M**, Droit administrative, P.U.F, paris, 1992.

- 14- **GILLESJ. GUGLIELMI GENVEVE KOUBI**,
Droit du service public, E. J. A, 2000.
- 15- **JEZE.G**, Les principes généraux de droit
administrative, paris, 1939.
- 16- **LAUBADERE.A, DELVOLVE.P et
MODERNE.F**, Traité des contrats administratifs,
L. G. D. J, paris, T2, 1984.
- 17- **Laubadère.A**, Du pouvoir de l'administration
d'imposer unilatéralement des changements aux
dispositions des contrats
administratifs, R.D.P, 1954.
- 18- **Lebereton.G**, Droit administrative
general, Armand, Colin, Paris, 2000.
- 19- **L'Huillier.J**, les principes généraux de droit
administratif, B.I.D.P, paris, 1939.
- 20- **Peiser.G**, Droit administratif, Dalloz, Paris, 1970.
- 21- **RICHER. L**, Droit des contrats administratifs, L.
G. D. J, paris, 1995.
- 22- **RICHER. L**, les contrats administratifs, Dalloz,
paris, 1991.
- 23- **STEPHANE BRACONNIER**, Précis du Droit
des marchés publics, paris, 2007.
- 24- **VEDEL.M**, Cours de droit
administrative, paris, 1953.
- 25- **VEDEL.G, Delvolvé.P**, Droit administrative,
P.U.F, paris, 1993.
- 26- **WALIN.M**, Traité élémentaire de droit
administrative, Sirey, paris, 1950.

الفهرس

1	مقدمة:
5	الفصل الأول:
7	المبحث الأول: مفهوم محل العقد الإداري وشروطه
7	المطلب الأول- مفهوم محل العقد
7	الفرع الأول- محل العقد في اللغة
7	الفرع الثاني- محل العقد في التشريع
9	المطلب الثاني- شروط محل العقد
9	الفرع الأول- شرط الإمكان (الوجود)
10	أولاً- الاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد
10	ثانياً- الاستحالة الجزئية
12	الفرع الثاني- شرط تعيين المحل أو قابليته للتعيين
12	أولاً- شرط تعيين محل العقد في العقود المدنية
13	ثانياً- شرط تعيين محل العقد في العقود الإدارية
14	1-التعيين الكمي لمحل العقد
15	2-التعيين النوعي لمحل العقد
17	الفرع الثالث- شرط المشروعية
17	أولاً- التعريف بالنظام العام كفكرة قانونية وتطوره
18	1-اختلاف الآراء حول مفهوم النظام العام
19	2-تطور مفهوم النظام العام
22	ثانياً- مضمون فكرة النظام العام في العقد الإداري
22	1-النظام العام في مجال القانون الخاص والعام
23	2-الأثر المترتب على مخالفة محل العقد للنظام العام
23	3-بعض التطبيقات الاجتهادية في مشروعية المحل
25	المبحث الثاني - خصوصية محل العقد الإداري
25	المطلب الأول - المجالات التي لا تصح محلاً لعقد إداري بطبيعتها
26	الفرع الأول- بطلان الاتفاقيات المتعلقة بتنظيم المرافق العامة
27	أولاً- نظم التقاضي
28	1-الاتفاقيات المتعلقة بالجوء إلى القضاء
29	2-الاتفاقيات المتعلقة بتوزيع الاختصاص في قلب السلطة القضائية
30	3-الاتفاقيات المتعلقة بسلطات القاضي
31	ثانياً- عقود الالتزام

- 32..... 1- في ماهية عقد الالتزام
- 34..... 2- الطبيعة القانونية لعقد الالتزام
- 36..... 3- آثار عقد الالتزام
- 38..... الفرع الثاني- ممارسة الاختصاصات الإدارية
- 39..... أولاً - الضبط الإداري
- 40..... 1- في ماهية الضبط الإداري
- 43..... 2- الضبط الإداري كمادة مستعصية على التعاقد المبدأ
- 46..... ثانياً- الضبط الاقتصادي
- 46..... 1- استبعاد الضبط الاقتصادي من نطاق الحرية التعاقدية
- 48..... 2- الأساس القانوني لإمكانية وجود عقد اقتصادي
- 59..... ثالثاً - الضبط الضريبي
- 59..... 1- الطرح المتعلق بعدم تصوّر وجود رابطة تعاقدية
- 62..... 2- ظهور تقنية العقد الضريبي
- 70..... المطلب الثاني- المجالات المستبعدة بحكم القانون
- 70..... الفرع الأول- الاستبعاد المباشر
- 71..... أولاً- في ماهية الموظف العام
- 71..... 1- مفهوم الموظف العام
- 72..... 2- المركز القانوني للموظف العام
- 76..... ثانياً - إمكانية تصور وجود رابطة تعاقدية في مجال الوظيفة العامة
- 76..... 1- موقف القضاء الفرنسي
- 76..... 2- موقف المشرع السوري
- 77..... الفرع الثاني- الاستبعاد غير المباشر
- 78..... أولاً- اشتراط القانون إدراج شروط معينة في العقد الإداري
- 78..... 1- شرط الثمن في عقود الشراء العام
- 83..... 2- شرط المدة في عقود تفويض المرافق العامة
- 85..... ثانياً - حظر القانون إدراج شروط معينة في العقد الإداري
- 86..... 1- ماهية التحكيم
- 87..... 2- مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم
- 95..... الفصل الثاني: مدى جواز تعديل محل العقد الإداري
- المبحث الأول: الانتقال من الطرح القائم بأن العقد شريعة المتعاقدين إلى العقد
- 97..... شريعة المرفق العام
- 97..... المطلب الأول - العقد الإداري شريعة المتعاقدين
- 98..... الفرع الأول - موقف الفقه والقضاء الفرنسي
- 99..... الفرع الثاني - موقف الفقه والقضاء العربي

المطلب الثاني - العقد الإداري شريعة المرفق العام	101
الفرع الأول - موقف التشريع والاجتهاد والفقه	101
أولاً - الوضع في فرنسا	101
1 - موقف الفقه الفرنسي	101
2 - موقف القضاء الفرنسي	107
ثانياً - الوضع في مصر	108
1 - موقف الفقه والقضاء	108
2 - موقف التشريع	109
ثالثاً - الوضع في سورية	110
1 - موقف الفقه والقضاء السوري	110
2 - موقف التشريع السوري	110
الفرع الثاني - الأساس القانوني لنظرية التعديل الانفرادي	111
أولاً - موقف الفقه والقضاء	111
1 - فكرة السلطة العامة	111
2 - فكرة حاجة المرفق العام	113
ثانياً - موقف التشريع	116
الفرع الثالث - شروط تطبيق نظرية التعديل الانفرادي	117
أولاً - الشروط المتعلقة بقرار التعديل	117
1 - شرط تغير الظروف	117
2 - شرط احترام مبدأ المشروعية الإدارية	120
ثانياً - الشروط المتعلقة بموضوع التعديل (محلّه)	121
1 - عدم تغيير موضوع العقد	121
2 - عدم قلب اقتصاديات العقد	121
3 - شرط النطاق الزمني	122
الفرع الرابع - نطاق سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري	122
أولاً - مجالات أعمال سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري	123
1 - الشروط التنظيمية	123
2 - الشروط المرتبطة بالمزايا المالية	124
ثانياً - القيود الواردة على سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري	124
1 - القيود العامة للتعديل الانفرادي للعقد الإداري	125
2 - القيود الاتفاقية الواردة على سلطة التعديل الانفرادي	127
المبحث الثاني: المجالات التطبيقية في تعديل محل العقد الإداري	133
المطلب الأول - ملحق العقد كآلية للتعديل الاتفاقي للعقد الإداري	133
الفرع الأول - ماهية ملحق العقد	133

أولاً - مفهوم ملحق العقد	133
1- تعريف الملحق	134
2- خصائص ملحق العقد	135
3- أنواع الملحق	135
4- شروط إبرام الملحق	136
ثانياً - خصوصية ملحق العقد	137
1- تمييز ملحق العقد عن العقد الإداري	137
2- التمييز بين ملحق العقد ودقتر الشروط	139
3- التمييز بين ملحق العقد وسلطة التعديل الانفرادي	139
الفرع الثاني - مشروعية ملحق العقد الإداري	140
أولاً - الملاحق وحماية مبدأ المنافسة الحرة	141
1- تجاوز الحد الأقصى للتعديلات المقررة	141
2- فرض أعباء جديدة ترهق المتعاقد وتجاوز إمكانياته	141
3- قلب اقتصاديات العقد	142
ثانياً - إجراء عرض الملحق على لجنة طلب العروض	146
1- لجنة طلب العروض كرقابة على ملحق العقد	146
2- الأحكام المتعلقة بملحق العقد في مصر وسورية	147
المطلب الثاني - دوافع إبرام ملحق العقد	148
الفرع الأول - التعديل في كمية الأعمال محل التعاقد	14*
أولاً: مبررات التعديل الكمي لمحل العقد الإداري	150
ثانياً- القيود التشريعية الواردة على التعديل الكمي لمحل العقد الإداري	151
1- في التشريع المصري	151
2- في التشريع السوري	151
ثالثاً - تطبيقات التعديل في كمية الأعمال محل العقد	152
1- صور التعديل في عقد الأشغال العامة	152
2- صور التعديل في عقود التوريد	158
الفرع الثاني - التعديل في مدد وطرق ووسائل التنفيذ	159
أولاً - التعديل في طرق ووسائل التنفيذ	160
1- عقد الأشغال العامة	160
2- عقد التوريد	161
ثانياً - التعديل في مدة تنفيذ العقد	161
1- حالة إنقاص مدة التنفيذ	162
2- حالة تمديد مدة التنفيذ أو توقيفها	162
المطلب الثالث- ضمانات المتعاقد	163

164	الفرع الأول - نظرية فعل الأمير
164	أولاً - مفهوم نظرية فعل الأمير
164	1- التعريف الفقهي لنظرية فعل الأمير
165	2- التعريف القضائي لنظرية فعل الأمير
166	ثانياً - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير
166	1- يجب أن يكون الإجراء الضار صادراً من جهة الإدارة
169	2- يجب أن يكون العمل الضار الذي سبب فعل الأمير مشروعاً
169	3- يجب أن يكون الإجراء الصادر من جهة الإدارة غير متوقع
170	4- يجب أن يترتب على الإجراء ضرر للمتعاقد
171	ثالثاً - النتائج المترتبة على نظرية فعل الأمير
172	الفرع الثاني - نظرية الظروف الطارئة
172	أولاً - مفهوم نظرية الظروف الطارئة
173	1- تعريف النظرية
173	2- الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة
179	ثانياً - شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة
179	1- وجود ظرف طارئ أو حادث استثنائي
180	2- عدم توقع الظرف الطارئ أو إمكانية دفعه
180	3- يجب أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين
180	4- الطابع المؤقت للظرف الطارئ
181	5- يجب أن يسبب الإجراء أضرار جسيمة للمتعاقد
181	ثالثاً - آثار نظرية الظروف الطارئة
183	الفرع الثالث - نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة
183	أولاً - مفهوم نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة
183	1- تعريف النظرية
186	2- مضمون نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة
186	ثانياً - الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة
187	ثالثاً - شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة
187	1- أن تعترض تنفيذ العقد صعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية
188	2- أن تكون الصعوبات طارئة وغير متوقعة من قبل المتعاقدين
189	3- أن يلحق المتعاقد ضرراً
190	رابعاً - آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة
190	1- استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد
191	2- حق المتعاقد في الحصول على تعويض
195	خاتمة

199	قائمة المراجع
207	الفهرس