



الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق - قسم القانون العام

امتيازات الإدارة المتعاقدة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية ﴿ دراسة مقارنة ﴾

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإدارية والمالية - قسم القانون العام

إعداد الطالب
غسان عبد اللطيف الجيوش

إشراف الدكتور

عمار التركاوي

الأستاذ في قسم القانون العام
كلية الحقوق / جامعة دمشق



قَالُوا سُبْحَنَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴿٣٦﴾

قرآن كريم سورة البقرة

بسم الله
الصلوة
العظيمة

الوقوف

إلى من بظله تربيّنا، وبفضله تعلّمنا

إلى مصدر فخرنا واعتزازنا

والذي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

إلى الروح التي علّمتني الصبر والثبات والثقة بالنفس

إلى من غرستُ في قلبي روح الخير وحب الناس

والدتي رحمها الله وأسكنها فسيح جناته

إلى من تحمّلت الوحدة رغم وجودي إلى جانبها

إلى من شجعتني على المضي قدماً لأداء هذا الجهد

إلى من جعلت من تعبي حافزاً على المتابعة، ومن مللي آملاً في الوصول إلى الهدف..

زوجتي الغالية

إلى نبض قلبي وفلذة كبدي

إلى شموع الفرح المضيئة في حياتي

أولادي: عبد اللطيف، زينة، مايا وفقهم الله

إلى من أشدّ بهم أزمري وأعتز وأفتخر بهم

إلى من شاطروني مصاعب الحياة

أشقائي وشقيقاتي

إلى من أحاطوني بحبهم وصادقتهم.....إلى من نشأت وترعرعت بينهم

إلى من أخذ بيدي إلى طريق العلم والمعرفة

إلى كل من يعمل بأمانة وإخلاص لإرساء مبدأ سيادة القانون إلى رجال القانون

أصدقائي وزملائي

أهدي هذا الجهد

شكر وتقدير

يشرفني وقد وفقني الله سبحانه وتعالى في إنجاز هذه الأطروحة أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لأستاذي المشرف الدكتور عمار التركاوي أستاذ ورئيس قسم القانون العام في كلية الحقوق في جامعة دمشق، على ما بذله من جهود حثيثة طيلة مدة إنجاز هذه الأطروحة، فقد كان مشرفاً سخياً بعلمه ووقته، وكان لتشجيعه وكرمه العلمي الأثر الكبير في خروج هذه الأطروحة بصورتها النهائية على الرغم من ضيق وقته.

فله مني كل الشكر والعرفان

وأتقدم بالشكر وعظيم الامتنان إلى أساتذتي أعضاء لجنة الحكم على الأطروحة، لما سيزيرونه من ملاحظات قيمة، ستغني الأطروحة بكل تأكيد، داعياً الله أن يوفقهم إلى ما فيه الخير والساداد:

✚ الدكتور سعيد نخيلي أستاذ القانون العام في كلية الحقوق في جامعة دمشق

✚ الدكتور نجم الأحمد أستاذ القانون العام في كلية الحقوق في جامعة دمشق

✚ الدكتور حسن البحري أستاذ القانون العام في كلية الحقوق في جامعة دمشق

✚ الدكتور المستشار عمار مرشحة القاضي في مجلس الدولة

لكم مني جميعاً جزيل الشكر والمحبة والعرفان

ولا يفوتني في هذا المقام إلا أن أتوجه بالشكر والعرفان إلى أعضاء الهيئة التدريسية جميعاً في قسم القانون العام خاصة، وفي كلية الحقوق عامة.

والشكر موصول أيضاً إلى الأستاذ الدكتور هيثم الطاس عميد كلية الحقوق، والدكتور سنان عمار

نائب عميد الكلية للشؤون العلمية، والدكتور محمد يوسف نائب عميد الكلية للشؤون الإدارية.

List des Abréviations

A.J.D.A.	Actualité Juridique du Droit Administratif
Art.	Article
B.J.C.P.	Bulletin Juridique des Contrats Publics
C.A.A.	Cour Administrative d'Appel
C.C.	Conseil Constitutionnel
C. E.	Conseil d'Etat
C.J.C.E.	Cour de Justice de Communauté Européenne
Coll.	Collection
Ed.	Edition
J.C.A.	Juris Classeur Administratif
L.G.D.J.	Librairie Générale de droit et du Jurisprudence
Op. Cit.	Opere Citato
P.	Page
P.U.F.	Press Universitaire de France
R.D.P.	Revue de Droit Public
T.	Tome
TA	Tribunal Administratif
Vol.	Volume

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
١	مقدمة
٥	إشكالية البحث
٦	أهداف البحث
٧	منهج البحث
٨	خطة البحث
٩	الباب الأول سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وتعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة
١١	تمهيد وتقسيم
١٣	الفصل الأول سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في أثناء تنفيذ العقد الإداري
١٥	تمهيد وتقسيم
١٧	المبحث الأول : ماهية سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وأساسها القانوني
١٨	المطلب الأول : ماهية الرقابة على تنفيذ العقد الإداري
١٨	الفرع الأول : مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري
١٩	أولاً - التعريف بسلطة الرقابة والتوجيه وأهميتها
٢٢	ثانياً - معنى الرقابة
٣٢	الفرع الثاني : التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة وما يشابهها من امتيازات
٣٢	أولاً - التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وتعديل العقد
٣٦	ثانياً - التفرقة بين سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه وسلطتها في الضبط الإداري

٣٩	المطلب الثاني : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه
٤٠	الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه عند وجود نص بشأنها
٤٠	أولاً . الأساس التعاقدي لسلطة الإدارة في الرقابة
٤٤	ثانياً . الأساس التشريعي أو اللائحي لسلطة الإدارة في الرقابة
٤٧	الفرع الثاني : الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه في حال عدم النص عليها
٥٧	المبحث الثاني : ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وحدودها
٥٨	المطلب الأول : القيود التي ترد على سلطة الرقابة في العقود الإدارية
٥٩	الفرع الأول : شروط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة وقيودها
٥٩	أولاً . التزام الإدارة بمبدأ المشروعية
٦١	ثانياً . أن يكون الهدف من الرقابة تلبية احتياجات المرفق العام
٦٤	ثالثاً . يجب ألا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير في مضمون العقد وطبيعته
٦٧	الفرع الثاني : الآثار القانونية المترتبة على ممارسة سلطة الرقابة
٦٧	أولاً - آثار الرقابة بالنسبة إلى المتعاقد
٦٨	ثانياً - آثار الرقابة بالنسبة إلى الإدارة
٧٥	المطلب الثاني : العلاقة بين مدى سلطة الإدارة في الرقابة ونوع العقد الإداري
٧٦	الفرع الأول : تطبيقات سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على عقود الأشغال العامة
٧٦	أولاً - خصوصية الرقابة على تنفيذ عقود الأشغال العامة وأهميتها
٧٩	ثانياً - الأوامر المصلحية كوسيلة للرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة
٨٥	ثالثاً - صور الرقابة التي تمارسها الإدارة في عقود الأشغال العامة
٩٧	الفرع الثاني : تطبيقات سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على عقود التوريد
٩٧	أولاً - مفهوم سلطة الإدارة في رقابة وتوجيه المورد
٩٩	ثانياً - مظاهر سلطة الرقابة على عقود التوريد

١٠٧	الفصل الثاني سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة
١٠٩	تمهيد وتقسيم
١١١	المبحث الأول : ماهية سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وأساسها القانوني
١١٢	المطلب الأول : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من منظور الفقه والتشريع والقضاء
١١٣	الفرع الأول : موقف الفقه والتشريع والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا
١١٣	أولاً . موقف الفقه من سلطة التعديل في فرنسا
١٢٦	ثانياً . موقف التشريع والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا
١٣٠	الفرع الثاني : موقف الفقه والتشريع والقضاء من سلطة التعديل في مصر وسورية
١٣٠	أولاً . موقف الفقه المصري
١٣٤	ثانياً . موقف القضاء الإداري المصري
١٣٨	ثالثاً . موقف التشريع المصري
١٣٩	رابعاً . موقف القضاء والتشريع في سورية
١٤٣	المطلب الثاني : نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة
١٤٤	الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة
١٤٤	أولاً . السلطة العامة كأساس قانوني لحق التعديل الانفرادي
١٥٠	ثانياً . المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الانفرادي
١٥٥	الفرع الثاني : نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وتطبيقاته
١٥٦	أولاً . التعديل في مقدار التزامات المتعاقد
١٦٢	ثانياً . التعديل في طرق التنفيذ ووسائله
١٦٩	ثالثاً . التعديل في مدة تنفيذ العقد

١٧٧	المبحث الثاني : النظام القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري
١٧٨	المطلب الأول : ضوابط ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري
١٧٩	الفرع الأول : الضوابط العامة لممارسة سلطة التعديل الانفرادي
١٧٩	أولاً - أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام
١٨٥	ثانياً - اقتصار التعديل على الأعمال التي لها صلة وثيقة بالعقد
١٩١	ثالثاً - أن تكون هناك ظروف جديدة استجدت بعد إبرام العقد تسوّغ ممارسة سلطة التعديل
١٩٦	رابعاً - صدور إجراءات التعديل وفق القواعد العامة لمبدأ المشروعية الإدارية
٢٠٠	الفرع الثاني : الضوابط الخاصة لممارسة الإدارة حقها في سلطة التعديل الانفرادي
٢٠٠	أولاً - التزام الإدارة بنسب التعديل التي تحددها القوانين واللوائح أو دفاتر الشروط
٢٠٥	ثانياً - ألا يترتب على التعديل فرض أعباء جديدة على المتعاقد تؤدي إلى إرهاقه وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية
٢٠٨	ثالثاً - ألا يترتب على التعديل اختلال في اقتصاديات العقد
٢١٢	المطلب الثاني : حقوق المتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطة التعديل
٢١٣	الفرع الأول : حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري "التوازن الشريف"
٢١٣	أولاً - مفهوم التوازن المالي
٢٢٠	ثانياً - الآثار المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي
٢٢٥	الفرع الثاني: حق التعويض عن فعل الأمير في نطاق العقود الإدارية
٢٢٥	أولاً - ماهية نظرية فعل الأمير
٢٣٣	ثانياً - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وآثارها

٢٥٣	الباب الثاني سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة
٢٥٥	تمهيد وتقسيم
٢٥٧	الفصل الأول سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية
٢٥٩	تمهيد وتقسيم
٢٦١	المبحث الأول : ماهية الجزاءات التعاقدية وأساسها القانوني
٢٦٢	المطلب الأول : ماهية الجزاءات التعاقدية
٢٦٢	الفرع الأول : مفهوم الجزاءات التعاقدية
٢٦٣	أولاً - التعريف بالجزاءات التعاقدية
٢٦٨	ثانياً - التكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية
٢٧٣	الفرع الثاني : الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية
٢٧٣	أولاً - سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة
٢٧٧	ثانياً - سلطة الإدارة في فرض الجزاءات من دون حاجة إلى النص عليها في العقد
٢٧٩	ثالثاً - فرض الإدارة للجزاءات التعاقدية من دون اشتراط إثبات الضرر
٢٨٠	رابعاً - اختيار الإدارة الوقت المناسب لتوقيع الجزاء
٢٨٢	المطلب الثاني : الأساس القانوني والضوابط النازمة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية
٢٨٣	الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية
٢٨٣	أولاً - فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات
٢٩٠	ثانياً - فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات
٢٩٧	الفرع الثاني : ضوابط سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية
٢٩٨	أولاً - الضوابط الإجرائية السابقة لفرض الجزاء (الإعذار)

٣٠٩	ثانياً . الضوابط الموضوعية لفرض الجزاء
٣١٩	المبحث الثاني : أنواع الجزاءات التعاقدية والرقابة القضائية عليها
٣٢٠	المطلب الأول : سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها
٣٢٠	الفرع الأول : سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية
٣٢١	أولاً . الغرامات التأخيرية
٣٣٨	ثانياً . مصادرة التأمين
٣٤٧	ثالثاً . التعويضات
٣٥٣	الفرع الثاني : سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية
٣٥٣	أولاً . الجزاءات الضاغطة
٣٧٩	ثانياً . الجزاءات الفاسخة
٣٩١	المطلب الثاني : الرقابة القضائية على الجزاءات التعاقدية
٣٩١	الفرع الأول : مفهوم الرقابة القضائية والقضاء المختص بمباشرتها
٣٩١	أولاً . مفهوم الرقابة القضائية
٣٩٥	ثانياً . القضاء المختص بممارسة الرقابة القضائية
٣٩٧	الفرع الثاني : نطاق الرقابة القضائية على الجزاء التعاقدية
٣٩٧	أولاً . الرقابة القضائية على مشروعية قرار الجزاء التعاقدية
٤٠٥	ثانياً . الرقابة القضائية على ملاءمة قرار الجزاء التعاقدية
٤١١	الفصل الثاني سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة
٤١٣	تمهيد وتقسيم
٤١٥	المبحث الأول : النظام القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة
٤١٦	المطلب الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري ونطاقها

٤١٦	الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري
٤١٧	أولاً - الأساس القانوني القائم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة
٤٢٣	ثانياً - الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة وامتنيازات القانون العام
٤٢٤	ثالثاً - الأساس القانوني التوفيقى القائم على فكرة المصلحة العامة وامتنيازات السلطة العامة
٤٢٦	الفرع الثاني : نطاق تطبيق سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري
٤٢٦	أولاً - موقف الفقه الإداري من الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي
٤٣٠	ثانياً - موقف القضاء الإداري من الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي
٤٣٤	ثالثاً - موقف المشرع من الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي
٤٣٧	المطلب الثاني : التكييف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة وتطبيقاتها
٤٣٧	الفرع الأول : الاتجاهات الفقهية حول التكييف القانوني لسلطة إنهاء العقد الإداري
٤٣٨	أولاً - الاتجاه الفقهي القائل إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري صورة من صور التعديل للعقد بالإرادة المنفردة
٤٤١	ثانياً - سلطة الإدارة في الإنهاء سلطة مستقلة
٤٤٥	الفرع الثاني : مدى تغاير سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تبعاً لنوع العقد
٤٤٥	أولاً - سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة
٤٥١	ثانياً - سلطة الإدارة في إنهاء عقد التزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة
٤٦٢	المبحث الثاني : شروط ممارسة الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري وآثاره والرقابة القضائية عليه
٤٦٣	المطلب الأول : شروط ممارسة حق إنهاء العقد الإداري لمقتضيات المصلحة العامة وآثاره
٤٦٣	الفرع الأول : شروط استعمال الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

٤٦٣	أولاً - شرط توافر مقتضيات المصلحة العامة
٤٦٩	ثانياً - أن يكون قرار الإنهاء مشروعاً
٤٧٤	الفرع الثاني : آثار الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة
٤٧٤	أولاً - انقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد وتصفية الالتزامات المتبادلة بين الطرفين
٤٧٧	ثانياً - حق المتعاقد بالتعويض
٤٨١	المطلب الثاني : الرقابة القضائية على سلطة الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة
٤٨٢	الفرع الأول : القضاء المختص بالرقابة
٤٨٢	أولاً - الطعن في قرار الإدارة بالإنهاء المقدم من المتعاقد معها بالذات
٤٨٧	ثانياً - طعن الغير في قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري
٤٩٢	الفرع الثاني : مدى سلطة القاضي في الرقابة على قرار الإنهاء الانفرادي
٤٩٤	أولاً - القاعدة العامة
٤٩٥	ثانياً - الاستثناءات التي ترد على القاعدة العامة
٤٩٩	الخاتمة
٥٠٠	النتائج
٥٠٣	المقترحات
٥٠٥	قائمة المراجع
٥٤١	ملخص أجنبي
٥٤٢	عنوان الأطروحة باللغة الانكليزية

الملخص

تملك الإدارة بحسبانها المسؤولية عن تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وسيلتين قانونيتين مهمتين: الأولى القرارات الإدارية التي تصدرها بإرادتها المنفردة، والثانية العقود الإدارية التي تبرمها مع الغير لتسيير المرافق العامة وتمكينها من أداء مهماتها بشكل دائم ومستمر.

ومما لا شك فيه أن المشرع قد منح الإدارة المتعاقدة في هذا الخصوص جملة من الامتيازات والسلطات في مواجهة المتعاقد معها تستطيع من خلالها أداء الدور المنوط بها في إدارة المرافق العامة وتسييرها.

ويأتي في مقدمة هذه الامتيازات سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في أثناء تنفيذ العقود الإدارية، وتعد هذه السلطة من أولى السلطات التي تملكها الإدارة المتعاقدة، إذ تملك مراقبة تنفيذ المتعاقد معها في كل مراحل التنفيذ.

والامتياز الثاني للإدارة حقها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وهو من السلطات الاستثنائية التي تملكها في مواجهة المتعاقد معها، ولكنه ليس حقاً مطلقاً لها بل يخضع إلى ضوابط تشريعية، ويجب أن يكون مستنداً إلى سبب يتعلق بالمصلحة العامة.

وثالث الامتيازات التي مُنحت إلى الإدارة حقها في فرض الجزاءات التعاقدية في حال إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته أو امتناعه عن تنفيذها أو إهماله في التنفيذ.

أخيراً تملك الإدارة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة من دون أن يكون هناك أي خطأ عقدي من طرف المتعاقد معها، مع خضوع هذا الامتياز لقيود وشروط وضوابط يتعين على الإدارة احترامها تحت طائلة مساءلتها أمام القضاء.

الكلمات الدالة: الإدارة، المتعاقد، امتيازات الإدارة، العقود الإدارية، سلطة الرقابة والتوجيه، التعديل الانفرادي للعقد الإداري، الجزاءات التعاقدية، الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، الالتزامات التعاقدية، الرقابة القضائية.

مُتَكَلِّمَةٌ

تتأثر النظم القانونية لأي دولة بالمعطيات السياسيّة والاقتصاديّة والاجتماعية والثقافية السائدة في هذه الدولة، ما يعني إخضاع هذه النظم إلى التعديل بما يتوافق مع التطورات التي تطرأ على تلك المعطيات.

ففي البدايات أُسِّت قواعد القانون الإداري بمعناه الفني الضيق على فكرة السلطة العامة بصورة أساسيّة، تلا ذلك أن تم توسيع أساس تطبيق القانون الإداري ونطاقه ليشمل فكرة المرفق العام. بيد أن السمة الرئيسة التي ميّزت القانون الإداري — ولا تزال تميّزه — تبدو في منح أشخاص هذا القانون (الدولة وباقي الأشخاص الاعتباريّة العامة والمحليّة) امتيازات لا نظير لها في قواعد القانون الخاص.

بعبارة أخرى، إن التصرفات القانونيّة الإداريّة التي تجريها الإدارة تختلف عن التصرفات القانونية الإداريّة التي يجريها أشخاص القانون الخاص، فالإرادة المنفردة في نطاق القانون الإداري تتجسّد في النظرية العامة للقرارات الإداريّة، أما التصرفات الاتفاقية في نطاق هذا القانون فتتجلى في نظام العقود التي تبرمها الإدارة.

بيد أن عقود الإدارة ليست من طبيعة واحدة، إذ يجوز لأشخاص القانون العام استخدام الصيغ القانونية الاتفاقية الراسخة في قواعد القانون المدني، وتبرم بهذه المنزلة عقوداً مدنية أو تجارية إذا ارتأت تلك الجهات أن مصلحتها الماليّة تقتضي استخدام أساليب القانون الخاص. فطالما أن الأشخاص الاعتباريّة العامة لها ذمة ماليّة مستقلة، فهي تمتلك أموالاً خاصة تستأثر بها وتتصرف بها بالصورة التي يستأثر أشخاص القانون الخاص بأموالهم وبالصورة ذاتها التي يتصرف بها هؤلاء بأموالهم.

بيد أن الأمر يختلف كثيراً عندما تقوم الجهات العامة بإدارة أموالها العامة، فهذا النوع من الأموال لا تملكه الإدارة بالخصائص ذاتها التي تطبق على أموالها الخاصة، بل هي تدير تلك الأموال وتشرف عليها وتراقبها بالنيابة عن المالك الحقيقي ولحسابه، ألا وهو الشعب. بل إنها ملزمة بالمحافظة على تلك الأموال واستثمارها وتطويرها، بافتراضها تعد الأداة الرئيسة لإحداث المرافق العامة وإدارتها بالصورة التي تحقق النفع العام لجمهور المستفيدين، ولكي تتمكن الجهات العامة من استثمار أموالها العامة وإدارتها، فإنها تستعمل في معرض قيامها بذلك الامتيازات والصلاحيات التي منحها إياها المشرع، سواء أكانت تلك الصلاحيات من طبيعة جزائية أم إدارية أم مدنية.

ومن جملة الامتيازات التي منحت إلى الإدارة ذلك الامتياز الذي يتمثل في إبرام عقود ذات طبيعة ذاتية خاصة يطلق عليها العقود الإدارية.

والمعلوم أن الإدارة تلجأ إلى إبرام هذا النوع من العقود، عندما يتعلق الأمر بتنفيذ مرفق عام أو إدارته أو تسييره، بحيث تقوم بصياغة الإيجاب بإرادتها المنفردة وتضمنه شروطاً منطبعة بطابع السلطة العامة أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وتتجسّد الشروط المنطبعة بطابع السلطة العامة بمجموعة من الامتيازات التي تتمسك فيها الإدارة سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه.

ولا يخفى على المتتبع وجود منازعات إدارية تنشأ بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقدين معها بسبب إساءة استخدام امتيازاتها العامة في مرحلة التنفيذ، ففي كثير من الحالات يحدث أن تتجاوز الإدارة الحدود القانونية أو الشروط العقدية عند مباشرتها سلطة الإشراف والرقابة أو سلطة التعديل الانفرادي للعقد أو عند إقدامها على فرض جزاءات عقدية بحق المتعاقد الذي يرتكب خطأ عقدياً.

وأبعد من ذلك قد تتجاهل الإدارة المتعاقدة المركز القانوني للمتعاقد، وتستغل صفتها كسلطة عامة فتعتدي على حقوقه المالية المصونة في العقد أو المحمية في القانون.

ومن الناحية العملية تغص دور المحاكم بالدعاوى الإدارية التي يرفعها المتعهدون المرتبطون مع الإدارة العامة بعلاقات عقدية، وأغلب هذه الدعاوى مؤسس على سبب ارتكاب الإدارة خطأً عقدياً يتجلى في إساءة استعمال امتيازاتها أو في مخالفة بنود العقد أو حتى في مخالفة نصوص القانون أو المبادئ القانونية العامة.

وإذا كانت العلة في منح الإدارة امتيازات السلطة العامة في معرض تنفيذ عقودها الإدارية تكمن في المحافظة على أموالها العامة ولحماية مرافقها العامة وجعلها دوماً في حالة إنتاج للخدمات العامة، فإن ذلك لا يعني أن تتحوّل فكرة العقود الإدارية إلى سلاح مسلط على حقوق المتعاقدين معها. فالعقود الإداريّة كغيرها من العقود تقوم أيضاً على الرضائية، ويحكمها أيضاً مبدأ حسن النية في تفسير العقد وتنفيذه. ينجم عن ذلك ضرورة تصميم رقابة قضائية تستند إلى محاكم قضائية متخصصة تتولى فحص مدى مشروعية قرارات الإدارة ومدى سلامة استخدامها لامتيازاتها الكثيرة والمتعددة في مرحلة تنفيذ العملية التعاقدية، بصرف النظر عن نوعها وفيما إذا كانت عقود أشغال عامة أم عقود توريد أم عقود التزام مرفق عام.

ومنذ أن بزغت فكرة العقد الإداري، بدأت أقلام الفقه تتصدى بالبحث والتقصي والتحليل لهذه الفكرة، وتم التركيز على ركن الشروط المنطبقة بطابع السلطة العامة بهدف رسم حدودها ومداها، بافتراض أن هناك طرفاً آخر، وهو المتعهد، معنياً بالحماية القانونية كما تُعنى الإدارة بهذه الحماية. فتم التوصل إلى نتيجة غاية في الأهمية تتجلى في أن المتعاقد مع الإدارة إنما هو

مسهم مباشر في تأمين سيرورة المرافق العامة بانتظام واطّراد، كيف لا، والأداءات العامة في حالة ازدياد مطّرد، كما أن كلفتها في حالة ازدياد دائم، الأمر الذي يشكل عامل ضغط على الإدارة للاستعانة بأشخاص القانون الخاص لتأمين سيرورة مرافقها العامة.

وجدير بالتنويه أن مشكلة المنازعات بين الإدارة والمتعاقد لم ولن تجد نهاية لها، إنها تتجدّد وتتطور تبعاً لتطوّر وتنوع الصيغ العقدية التي تستخدمها الإدارة. فهناك صيغ عقدية جديدة دخلت إلى ساحة الصيغ القانونية وأجبرت الإدارة (تحت ضغط التطوّر الاقتصادي والتقني) على استخدامها تمشياً مع التوجيهات الاستراتيجية الجديدة.

والسؤال: هل تصلح الأساليب التقليدية التي عرفت مع نشأة فكرة العقود الإدارية للتطبيق على الأنواع الجديدة من هذه العقود كعقد الـ BOT أو عقود الفيديك وغيرها؟ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا ينبغي إغفال عنصر مهم في هذا المجال يتجلّى في أن العقود الإدارية لا تقتصر على العقود الوطنية، بل بتنا نراقب قيام علاقات تعاقدية إدارية ذات طابع دولي. فهل يمكن من الناحية العملية تطبيق الفكرة التقليدية للعقود الإدارية على العقود الإدارية الدولية؟

انطلاقاً مما سبق، وبغية الاستمرار في التواصل مع المشكلات التي تخلفها فكرة العقود الإدارية في ضوء التطورات الجديدة، تمّ اختيار موضوع امتيازات الإدارة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية محلاً لهذه الدراسة.

فما الإشكالية الرئيسة لهذه الدراسة؟ وما أهدافها وأهميتها العلمية، وما المنهج المناسب لإنجازها، هذا ما سيتم إيضاحه في الفقرات الآتية:

أولاً. إشكالية البحث:

يكاد لا يوجد موضوع قانوني خالٍ من الإشكاليات، فالنظريات العامة تعرّضت للتقييم بين مؤيد ومعارض لها، وكذلك تتناول أقلام الفقه بالشرح والتعليق النصوص التشريعية وأحكام القضاء.

ويعود ذلك إلى أن القانون الوضعي من صنع البشر، والبشر قد يخطئون وقد يصيبون، والمسألة القانونية بصورة عامة مسألة نسبية ولا يمكن أن تكون واحدة وموحدة، بل تختلف من دولة إلى أخرى، بل يختلف التعاطي معها ضمن الدولة الواحدة من زمن إلى آخر.

ولا تشكل مسألة امتيازات الإدارة المتعاقدة استثناءً على ما ذكر، فهي تثير عدداً من التساؤلات الرئيسة أبرزها:

١- هل فكرة الشروط المنطبقة بطابع السلطة العامة والتي تظهر بصورة امتيازات ممنوحة إلى الإدارة في مواجهة المتعاقد معها فكرة ضرورية ولازمة لقيام الإدارة بتحقيق أهدافها؟ ويزداد طرح هذا السؤال إلحاحاً عند العلم أن التجربة الفرنسية المتمثلة في ابتداع هذا النوع من الشروط باتت محل جدل، بل ليست تجربة معومة وليست مطبقة في جميع النظم القانونية، وخاصة الدول ذات النظام القضاء الموحد.

٢- هل يصلح تطبيق هذا النمط من الشروط على العقود الإدارية الحديثة؟ وهل لا يزال منسجماً في ظل إيجاد أساليب جديدة لإدارة المرافق العامة، وخاصة عقود مشاطرة الاستغلال وشركات الاقتصاد المختلط وباقي الصيغ القانونية التي تقتضيها سياسة التشاركية بين القطاعين العام والخاص؟

٣- بفرض التسليم بضرورة المحافظة على امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد في بعض العقود الإدارية (ولاسيماً عند الأشغال العامة وعقد التوريد

بنوعيه البسيط والصناعي) أليس من الضرورة بمكان أن يتصدى المشرّع ابتداءً لتنظيم استخدام هذه الامتيازات من قبل الإدارة بالصيغة التي تخفف – كي لا نقول تمنع – من حدوث منازعات بين أطراف العملية العقدية؟

ثم: هل قام القضاء الإداري بالدور المنوط به والمتمثل في تحقيق العدالة الإدارية التي هي جزء لا يتجزأ من مفردات الدولة القانونية؟

ثانياً. أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الإجابة على تساؤلات الدراسة، ومناقشة المسائل القانونية التي تثيرها فكرة السلطات الاستثنائية التي تمارسها الإدارة العامة في معرض تنفيذ العقود الإدارية ومحاولة تقديم المقترحات التي من شأنها التوفيق بين المصلحة العامة التي تنطلق الإدارة منها وتنتهي إليها من جهة، والمصالح الخاصة للمتعاقدین معها من جهة أخرى، إذ إن دراسة هذا الموضوع له أهميته العملية وخاصة في ظل الظروف الاستثنائية التي تشهدها سورية، فاستراتيجية إعادة الإعمار تتطلب مقومات قانونية مرنة، وتتطلب أيضاً سرعة ومرونة في الإجراءات الإدارية، الأمر الذي يتطلب بدوره صياغة بنود عقدية تتناسب طردياً مع أهداف الجهتين: الإدارة والمتعاقد معها، ولا سيما إذا ما أخذ في الحسبان أن هناك شركات ضخمة تابعة للدولة الصديقة سيكون لها الأثر الفاعل في إنجاز المشروعات التي تعزم الدولة على تنفيذها.

أمام هذه الوقائع من المهم أن يُصار إلى إعادة تقييم فكرة سلطات الإدارة الاستثنائية في نطاق تنفيذ العقد الإداري؛ ولم يكن السعي متركزاً على ضرورة الإقلاع عن هذه السلطات، بل سيتم التركيز على ضرورة صياغتها بصورة جاذبة للمستثمرين، لا بصورة طاردة لهم.

ويتطلب إنجاز هذا الهدف بالضرورة العودة إلى النشأة التاريخية لفكرة السلطات الاستثنائية التي تحجزها الإدارة لذاتها والتطورات التشريعية

والقضائية والفقهية التي طرأت عليها في النظم القانونية المقارنة وخاصة فرنسا ومصر وسورية.

ثالثاً. منهج البحث:

يتطلب كشف الإشكالية القانونية التي يثيرها موضوع بحثنا هذا، البحث عن الحلول المناسبة لمعالجتها وأن يعالج الموضوع وفق المنهج التأصيلي والتحليلي.

إذ لا بدّ من التعمق في الأسباب الموجبة لفكرة السلطات الاستثنائية، وبيان مدى ضرورتها وجديتها في حماية المصلحة العامة، وفي المقابل محاولة الكشف عن آثارها السلبية على الطرف المتعاقد مع الإدارة ووضع الحلول اللازمة للتوفيق بين المصالح المتضاربة (مصلحة الإدارة من جهة ومصلحة المتعاقد من جهة أخرى).

ويتطلب ذلك بالضرورة عرض التشريعات النازمة، وعرض اجتهادات القضاء الإداري في هذا الشأن والتعرف على التعليقات والآراء الفقهية التي حصلت بهذا الخصوص.

وانطلاقاً من أن فكرة العقود الإدارية تعود في الأصل إلى النظام القانوني الفرنسي ومنه تم اعتمادها في أغلب النظم القانونية لدول عالمنا المعاصر (ومنها مصر وسورية)، سيكون للمنهج المقارن دوره في هذا البحث. فمن الضروري بمكان العودة إلى تشريعات واجتهادات الدولة القدوة في هذا المجال للكشف عن الحلول التي تمّ تطويرها هناك ومحاولة الاستئناس بها وتطويعها والأخذ بها بما يتناسب مع البيئة القانونية والاقتصادية والإدارية في سورية.

رابعاً. خطة البحث :

سيتم تقسيم البحث وفق الخطة الآتية:

الباب الأول

سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وتعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

الفصل الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في أثناء تنفيذ العقد الإداري

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

الباب الثاني

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة

الفصل الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة

خاتمة : تتضمن نتائج البحث والمقترحات

الباب الأول
سلطة الإدارة في الرقابة
وتعديل العقد بإرادتها المنفردة

تمهيد وتقسيم :

تتعدّد سلطات الإدارة في نطاق تنفيذ العقد الإداري، وتقسم هذه السلطات إلى مجموعتين: الأولى امتيازات ذات طبيعة رقابية، هدفها تمكين الإدارة من ضبط تنفيذ العملية التعاقدية التي عهدت إلى المتعاقد بما ينسجم ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام وأطّراد، والصورة التي تحقق المصلحة الماليّة والفنية للإدارة القوامه على هذا المرفق أو ذاك.

وينتمي إلى هذه المجموعة من سلطات الإدارة حقها في إدخال تعديلات لاحقة على أحد بنود العقد أو على العقد كليّة، بحسبان أسباب التعديل قد وقعت بعد إبرام العقد والبدء في تنفيذه.

ولما كانت العقود الإدارية واحدة من النظريات النافذة في نطاق روابط القانون الإداري، ولما كان لهذا النوع من التصرفات القانونية (العقد الإداري) خصوصيّة لجهة طريقة إبرامه أو لجهة منح الإدارة المتعاقدة سلطات تمارسها بشكل انفرادي بمواجهة المتعاقد، فإن عمليّة تنفيذ العقد تقتضي منح الإدارة سلطة تعديل العقد بصورة انفرادية.

وعليه ستنم دراسة الباب الأول من هذه الأطروحة من خلال فصلين اثنين على النحو الآتي:

الفصل الأول : سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في أثناء تنفيذ العقد الإداري

الفصل الثاني : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

الفصل الأول
سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه
في أثناء تنفيذ العقد الإداري

تمهيد وتقسيم :

تعد سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري أهم السلطات التي تملكها جهة الإدارة المتعاقدة، وتُوكَل إليها هذه السلطة لمراقبة تنفيذ التزامات المتعاقد معها في كل مراحل التنفيذ وخطواته، بغية التحقق من أن التنفيذ يتم وفق الشروط والمواصفات الفنية والمالية الموضوعة في العقد، ويتفق مع الغرض المنشود منه^(١).

فإذا ما رأت الإدارة أن المتعاقد معها خرج عن هذه الشروط، توجه نظره إلى الخطأ الذي ارتكبه، وتطلب منه العدول عن هذا المسلك، وتعديل ما وقع من خطأ^(٢).

وإذا كانت الإدارة تسعى إلى تحقيق متطلبات النفع العام الذي تستهدفه دائماً في إبرام عقودها، فإنه لضمان تحقيق أهداف هذا العقد، لا تعتمد على المتعاقد الذي يسعى عادة إلى تحقيق مصلحته الخاصة في الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح^(٣)، ولا تتخلى عن مسؤوليتها، وإنما تعاونه في تسيير المرفق العام تحت إشرافها ورقابتها لتطمئن إلى خروج المشروع على الوجه الذي يحقق الهدف منه، ومن ثم تفادي الإضرار بالصالح العام^(٤).

(١) د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج ٢، الطبعة الأولى، ١٩٥٨م، ص ٩.

(٢) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، بلا مكان نشر، عام ١٩٩٨، ص ٨٩.

(٣) د. سعيد نحيلي ود. عبيد الحسن، العقود الإدارية، مركز التعليم المفتوح، منشورات جامعة حلب، عام ٢٠٠٧، ص ٢٠٨.

(٤) د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة لحقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ١٩٨٩، ص ٢٦٦.

وغالباً ما تشترط الإدارة ضمن نصوص عقودها الإدارية أو في دفاتر الشروط العامة والخاصة التي تحال عليها، حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي يخضع التنفيذ فيها لتوجيهها وتراقب المتعاقد في تنفيذ التزاماته^(١).
ويعدّ حق الإدارة في الرقابة والتوجيه على هذا النحو حقاً أصيلاً مقررّاً لها بالنسبة إلى مختلف العقود الإدارية.

وإذا كان الأصل أن للمتعاقد الحق في اختيار وسائل تنفيذ العقد، فإن للإدارة في بعض العقود — كعقد الأشغال العامة — حق توجيه أعمال التنفيذ على النحو الذي تفضله بشرط ألا تتبالغ تحت ستار حق الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير موضوع العقد أو الاعتداء على حقوق المتعهد^(٢).

وحتى يتضح هذا الامتياز الذي تملكه الإدارة في مواجهة المتعاقد سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول : ماهية سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وأساسها القانوني

المبحث الثاني : ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وحدودها

(1) Voir A. PERI, Le concept de nullité en droit des contrats administratifs, in La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 3, 14 Janvier 2008, disponible sur Lexis Nexis SA.

(2) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام ١٩٩٦، ص ٥٩٠-٥٩١.

المبحث الأول

ماهية سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وأساسها القانوني

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه تلبية احتياجات المرفق العام بما يكفل أدائه لوظيفته وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة^(١).

وهذه الفكرة هي التي يجب أن تسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين، نظراً إلى تمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة فلها الحق في مراقبة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية، وكذلك حقها في التوجيه للتأكد من مدى مطابقة التنفيذ لشروط العقد.

ونظراً إلى أهمية هذه السلطة فإنه من الضروري تحديد معنى الرقابة ومفهومها حتى لا تختلط بغيرها من السلطات الأخرى التي تمتلكها الإدارة. من جهة أخرى يجب البحث في الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه السلطة كونها تشكل في النهاية عبئاً ثقيلاً على عاتق المتعاقد مع الإدارة، ولا سيما أن أساس هذه السلطة لا يكمن فقط في النصوص التعاقدية أو التنظيمية المدرجة في دفاتر الشروط.

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول : ماهية الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

المطلب الثاني : النظام القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

(١) د. سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عام ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ١٢٠.

المطلب الأول

ماهية الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

لتحديد ماهية سلطة الرقابة التي تمتلكها الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري لا بد من بيان مفهوم الرقابة، ثم محاولة التمييز بينها وبين بعض السلطات الأخرى المقررة للإدارة ولأسيما سلطة تعديل شروط العقد - التي سيتم بحثها بشيء من التفصيل في الفصل الثاني - والضبط الإداري. وسيتم بحث ذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول : مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

الفرع الثاني : التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة وما يشاكلها من امتيازات

الفرع الأول

مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

فكرة الرقابة على العقد الإداري لا تجد سنداً لها في اتفاق الأفراد، وإنما تجد سندها في مبادئ القانون الإداري بوجه عام، والتي تقرّر عدم تساوي مصالح طرفي العقد الإداري، إذ يجب أن يعلو الصالح العام الذي تعمل الإدارة على تحقيقه على الصالح الخاص للمتعاقد من دون أن تهدر هذا الصالح الخاص^(١).

فما مضمون سلطة الإدارة في الرقابة وما أهميتها في نطاق تنفيذ

العقود الإدارية؟

(١) سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطة الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام ٢٠١٧، ص ١٤٦. وأيضاً : حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٥٢٠، سنة ٢٠١٧، جلسة ٢٠١٧/٤/٢٠.

أولاً- التعريف بسلطة الرقابة والتوجيه وأهميتها :

١- تعريف سلطة الرقابة والتوجيه :

بالرغم من تداخل حق الرقابة مع الحقوق الأخرى للإدارة، فإنه يظل له كيانه المستقل كأحد الحقوق المقررة للإدارة في تنفيذ العقد^(١).

ويقصد بسلطة الرقابة والتوجيه: مجموعة الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة التنفيذ والتي من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد محققاً للغرض الذي أبرم من أجله^(٢).

ويعد حق الإدارة في الرقابة والتوجيه على هذا النحو مقررّاً لها بالنسبة إلى سائر العقود الإدارية ولو لم يرد ذكره في شروط العقد صراحة، إلا أنّ مدى هذا الحق يختلف من عقد إلى آخر حسب نوعيته^(٣)، إذ تنتسج السلطة في بعض العقود، وتضيق في بعضها الآخر وفقاً لمحل العقد الإداري. ففي عقد الالتزام مثلاً نجد أن رقابة الجهة الإدارية للمتعاقد تنتسج إلى أقصى مداها، لكون هذه الجهة تقوم دائماً بمراقبة إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، ولها في سبيل ذلك تعيين مندوب عنها في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم^(٤). أي إن الإدارة

(١) د. سعيد نحيلي ود. عبسي الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة، عمان، عام ١٩٨٠م، ص ١٠٩.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري في الإمارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة"، دار القلم بدبي، عام ١٩٩٢، ص ٢٤٠.

(٤) د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٩، ص ٢٩٨-٣٠٠.

تهيمن على أمور تنفيذ العقد الإداري والإشراف الكامل على تنفيذه في مراحله كافة^(١).

ويعتقد الباحث أن سبب هذه الصرامة في الرقابة على هذا النوع من أنواع العقود أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق، ما يعطي الإدارة الحق في أن تتدخل لتعديل أسلوبه في إدارة المرفق. وإذا كانت الرقابة على هذا النحو من الصرامة في عقود الالتزام فإنها تكون أقل في عقود الأشغال العامة، وتقل أكثر فأكثر في عقود التوريد^(٢).

ومن نافلة القول، إن الرقابة على المتعاقد تعد بالنسبة إلى الإدارة حقاً وواجباً في الوقت نفسه، بافتراض أن ما تملكه الإدارة من حقوق وسلطات خولها القانون إياها في مجال تنفيذ العقد الإداري، ما هي إلا وسيلة تستخدمها بهدف تحقيق النفع العام^(٣)؛ ذلك لأن المسؤولية التي تقع على عاتق الإدارة - بوصفها القوامة على رعاية الصالح العام - تقتضي وجود رقابة شديدة على النشاط الفردي، ولا سيما إذا كانت لا تستطيع أن تتولى بنفسها توفير الحاجات، وتقديم الخدمات التي يتطلبها الجمهور من خلال المرفق العام. وعندما تعهد الإدارة بهذه المهمة إلى الأفراد أو الشركات، فإنها تكون المسؤولة عن إدارة المرفق العام الملتزمة بحسن سيره، ووظيفتها تقتضي تأمين ذلك من خلال الإشراف على هذا النشاط الفردي الذي يسهم في تنفيذ العقد^(٤).

(١) سعيد عبد الرزاق باخبيزة، مرجع سبق ذكره، ص ١٢١.

(٢) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا تاريخ نشر، ص ٢٢١.

(٣) د. محمد سعيد أمين، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٠.

(٤) د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠١٢، ص ١٥٧.

وعليه، تكون الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية أمراً ضرورياً وواجباً على الإدارة وليست رخصة ممنوحة لها تستطيع استعمالها والتنازل عنها متى تشاء، لأنها مسألة تتعلق بالصالح العام^(١)، ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإذا نص العقد على التنازل أو الإعفاء منها فإن ذلك النص يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٢).

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول: إن الهدف من تخويل الإدارة السلطة الرقابية، يكمن في التحقق من أن العقد يتم تنفيذه وفقاً للشروط والقواعد المنظمة له، والتي تضمن تصحيح مسار التنفيذ عن طريق معالجة القصور والانحرافات وتبصير القائمين على التنفيذ بمواطن الزلل، كي يصار إلى معالجتها وتجنب أسباب وقوعها مستقبلاً.

٢. أهمية سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه:

تكتسب الرقابة عموماً أهمية بالغة في علاقة الإدارات فيما بينها أو في علاقتها مع الأفراد، وتزداد هذه الأهمية في مجال الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، كونها تهدف إلى التأكد من حسن سير الإدارة العامة، وملاءمة عملها للأوضاع التي ترسمها الدولة، وتظهر أهميتها بصورة خاصة من خلال:

أ - خضوع المتعاقد مع الإدارة إلى رقابة الإدارة وتوجيهاتها وأوامرها وتعليماتها في التنفيذ بهدف الاطمئنان، والتأكد من سلامة الأعمال، وصحة الأداء والتأكد من مدى الالتزام بمطابقة المواد والمستلزمات المستخدمة في المرفق للمواصفات المتفق عليها^(٣).

(١) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري، ج ٢، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٣٠٥.

(٢) تومي شريف، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، عام ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٣٠.

(٣) د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٩٩.

ب - التأكد من حسن إدارة الموارد المادية والبشرية، والتصرف بها وفقاً للخطة المقررة وضمن الحدود المرسومة لها^(١).

ج - ضمان حسن أداء الخدمة، وتنفيذ العقد وفقاً للمواصفات المتفق عليها، بغية حماية المال العام وترشيد إنفاقه.

د - رفع مستوى كفاءة الأنشطة الفنية وجودتها في جميع القطاعات والكشف عن الانحرافات التي قد توجد في مجال التطبيق^(٢).

ولما كانت الرقابة على المتعاقد قد تمثل إحدى صور تدخل الإدارة في تنفيذ العقد الإداري وامتيازاً من امتيازاتها، فإنه من الضروري في هذا المقام تحديد معنى تلك الرقابة.

ثانياً. معنى الرقابة:

يرى معظم الفقه الإداري في فرنسا^(٣) ومصر^(٤) أن سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري تنصرف إلى معنيين: معنى ضيق، وآخر واسع، وسيتم توضيح ذلك وفق الآتي:

(١) د. عبد الله الكاديكي، محاضرات في القانون الإداري الليبي، جامعة بنغازي، عام ٢٠١٣، ص ٣٠٤.

(٢) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٣ وما بعدها.
(٣) J. RIVERO, et J. WALINE, Droit Administratif, 18 éd., Dalloz, Paris, 2000, p. 125.

M. DEVEILLER, Droit Public Général, LGJD, Paris, 2003, p. 676.
(٤) عبد العزيز السيد الخولي، مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة ٣٣، عام ١٩٨٩، ص ٤٥. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٧٣، ص ٢٨٧. د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٨، ص ٦٣١. د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٥م، ص ٢٨٦ وما بعدها. د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠ وما بعدها. د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، ط ٢، بيروت، عام ٢٠١٢م، ص ١١٥ وما بعدها.

١. الرقابة بمعناها الضيق (الإشراف) :

ينحصر حق الإدارة في الرقابة وفقاً لهذا المعنى في مجرد تحقق الإدارة من أن المتعاقد معها ينفذ العقد وفقاً لنصوصه وشروطه المتفق عليها، وهي تمثل الحد الأدنى لما يمكن الاعتراف به للإدارة في مجال رقابتها على التنفيذ^(١).

وبهذا المعنى تكون سلطة الرقابة مرادفة لمعنى الإشراف ولا جدال في هذا الحق^(٢)، لدرجة أنه من الممكن تصوره في مجال عقود القانون الخاص^(٣)، التي تحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

وتبعاً لذلك، تمارس الإدارة حق الرقابة في صورة أعمال مادية تقوم بها عن طريق إرسال مندوبيها من المهندسين والفنيين إلى مواقع العمل، بغية الاطمئنان إلى سير العمل وجودة تنفيذه أو تلقي الشكاوى من المنقعين والبت فيها^(٤). وقد ورد هذا المعنى في حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية، ومما جاء فيه: "... للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام..."^(٥).

(١) د. عمار التركاوي، "سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية"، مجلة

جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد (١)، العدد (٣)، عام ٢٠٢١، ص ١٢٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، عام ١٩٩١، ص ٤٥٤.

(٣) د. فاروق أحمد خماس، ود. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، بدون دار النشر، عام ١٩٩٢، ص ١١٣.

(٤) L. RICHER, les Contrats Administratifs, 1 éd. Dalloz. Paris. 1991, p. 77.
- R.CHABUS, Droit Administratif Général. Montchrestien, Paris, 2001, p. 1203.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٢٦، لسنة ٣٥، جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٩٢. ص ٢٧٩.

وقد تأخذ الرقابة بمعناها الضيق صورة الأعمال القانونية، كأن تصدر الإدارة قرارات تنظيمية أو فردية أو تعليمات أو أوامر تنفيذية أو إنذارات توجهها إلى المتعاقد معها^(١).

وتعد هذه الإجراءات حقاً مقررّاً للإدارة ولو لم ينص عليها في العقد^(٢)، وهو لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عامة، ولا يمكن للإدارة التنازل عنه مقدماً^(٣)، وفي فرنسا أنكر بعض الفقهاء هذه السلطة في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط وعدم النص عليها في القوانين واللوائح^(٤).

ويرى الأستاذ "دي لوبادير" أن سلطة الإدارة في الرقابة موجودة خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط، فإذا قررتها الشروط فهي تقتصر على تنظيمها وتحديدّها، ومن ثم فإن سلطة الرقابة في عقد الالتزام (مثلاً) ليست قاصرة على ما تقرره هذه النصوص، فالإدارة تستطيع أن تخرج على التحديد الوارد فيها، وتمارس سلطات رقابية غير منصوص عليها، إذ إن تنظيم الرقابة يعدّ جزءاً من الشروط اللاتحّية في دفتر الشروط.

ويضيف "دي لوبادير": « هنا لا نكون إلا بصدد رقابة بالمعنى الضيق، أي رقابة إشراف على تنفيذ نصوص دفتر الشروط، والإدارة ليس لها في

(١) د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام ٢٠٠٧، ص ١٣٩.

(٢) G. PEQUIGNOT, Théorie Générale du contrat administratif, thèse, Montpellier, 1945, éditions A, Pedone, Paris, 1945, p.10.

وكذلك: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٩.

وأيضاً: د. عمار التركاوي، مرجع سبق ذكره، ص ٥.

(٣) طيبش حسنية، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عام ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ٣٩.

(٤) J. RIVERO, Droit Administratif, 11 éd, Dalloz, Paris, 1985, p. 144.

الواقع سلطة التوجيه في تنفيذ العقود، إذ إن الملتزم هو سيد التزامه لتسيير المرفق العام»^(١).

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الرأي في كثير من أحكامه، ومنها حكمه الصادر بتاريخ ١٩٠٣/١/٢٣ والخاص بامتياز استغلال بعض خطوط السكك الحديدية، والذي تمسك فيه بالنظرية التعاقدية، متجاهلاً خصوصية المرافق العامة وما تتطلبه من أن تكون لجهة الإدارة الكلمة العليا في شؤون إدارتها وتسييرها، مرجحاً فكرة العقد شريعة المتعاقدين^(٢).

وإذا كان للإدارة الحق في الرقابة والإشراف وفقاً لما تم بيانه، فإن لها أن تتدخل في أوضاع التنفيذ أو توجيه المتعاقد، وهذا ما يشكل مضمون الرقابة بمعناها الواسع.

٢. الرقابة بمعناها الواسع (التوجيه) :

طبقاً لهذا المعنى تتجاوز سلطة الإدارة في الرقابة مدلولها الضيق السابق، ويكون تدخلها هنا أعمق أثراً من سلطتها في الإشراف، فلا يقتصر

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣١١.

(٢) "... تتخلص وقائع هذا الحكم في أن أحد المديرين لدى خطوط السكك الحديدية قد اتخذ قراراً يرغب فيه الشركة المستثمرة بأن تسيّر يومياً قطاراً إضافياً علاوة على العدد المتفق عليه في عقد الامتياز، واستند في ذلك إلى اللائحة الإدارية الصادرة تنفيذاً للقانون ١٨٨١/٢١ الخاص ببوليس التزام السكك الحديدية المحلية والتي أعطت بموجبه للمديرين الحق في تحديد سرعة القطارات وعددها. وعندها احتجت شركة الامتياز واستندت في حجتها إلى المادة ١٤/ من قائمة الشروط المرفقة بعقد التزامها والتي لم تتعهد فيها الشركة إلا بتسيير قطارين في فصل الشتاء وأربعة في فصل الصيف، وقالت إن الإدارة باتفاقها مع الشركة على النص المذكور، تنازلت عن حقها في زيادة عدد القطارات، وقد أقرها مجلس الدولة على رأيها قاضياً بأنه لا يمكن زيادة عدد القطارات عن العدد المتفق عليه في العقد إلا برضاء الطرفين...".

للمزيد انظر: د. وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، الجزء الأول، دون ذكر مكان وعام النشر، ص ٤٠٨.

دورها على مجرد التأكد من قيام المتعاقد في تنفيذ العقد طبقاً للشروط المتفق عليها، بل تتدخل في تنفيذ العقد وتوجيه أعمال التنفيذ^(١)، واختيار أنسب الطرق وأفضلها لحسن سير المرفق محل التعاقد وبالتالي تحقيق المصلحة العامة^(٢).

وانطلاقاً من أن سلطة الإدارة في التوجيه والتدخل في التنفيذ من متعلقات النظام العام، فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عن استعمالها لسلطة التوجيه هذه، وأي اتفاق على هذا التنازل يعدّ باطلاً^(٣)، لأن الهدف من امتياز الإدارة هذا يكمن في تمكينها من تنفيذ واجباتها في حماية المصلحة العامة.

وأعتقد أن هذا الامتياز يعد ضرورياً لمصلحة الإدارة عندما تقوم برقابتها إذ لو اقتصرَت صلاحية الإدارة على معنى الإشراف، فإنها تصبح سلطة عادية ومألوفة، الأمر الذي يعني فقدان العقد الإداري أحد أركانه المتمثلة بالشروط التي لها طابع السلطة العامة.

ومن ثم، فإن الفائدة الحقيقية لسلطة الرقابة تبدو حينما يتم الاعتراف للإدارة بتجاوز حدود الإشراف على تنفيذ العقد، لتبدأ في توجيه التعاقد لإتمام تنفيذ العقد بأعلى جودة ممكنة، بما يخدم الصالح العام.

وخلافاً لرقابة الإشراف، فإن الإدارة تمارس رقابة التوجيه من خلال إصدار أعمال قانونية فقط كإصدار التعليمات باتباع طريقة معينة في التنفيذ، أو إصدار تعليمات لتوجيه التعاقد في التنفيذ^(٤).

(١) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.

(٢) د. السيد فتوح محمد هنداي، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٥.

(٣) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، وفقاً للقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٣، ص ٦.

(٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢ فبراير ١٩٤٢، والمنشور في مجموعة مجلس الدولة الفرنسي، ص ٥٣.

C.E., 21 février 1942, 50 société entreprise les limousins de Paris, p. 53.

كما تستطيع الإدارة ممارسة سلطة التوجيه مستخدمة امتياز التنفيذ المباشر من دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، كما يمكنها فرض جزاءات على المتعاقد في حالة الامتناع عن تنفيذ تلك الأوامر والتعليمات، لإجباره على الانصياع لها^(١).

بيد أن حق الإدارة في استخدام سلطة التوجيه ليس حقاً مطلقاً، بل عليها أن تلتزم بالحدود المقررة لممارسة هذه السلطة، وإلا أصبح عملها غير مشروع ويرتب عليها تعويض المتعاقد معها عن الضرر الذي أصابه جراء الاستخدام غير المشروع لهذه السلطة^(٢).

وقد تجد سلطة التوجيه مستندتها صراحة في العقد ودفاتر الشروط، أو في القوانين واللوائح. عندئذ يجب تطبيق النصوص التعاقدية أو اللائحية، أما في حالة عدم النص على هذه السلطة فإن حدودها وآثارها تختلف باختلاف طبيعة العقد الإداري ونوعيته^(٣).

وقد قنن المشرع المصري سلطة الإدارة في التوجيه في المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩/ لعام ١٩٤٧ - الخاص بنظام المرافق العامة - والمعدل بمقتضى القانون رقم ٤٩٧/ عام ١٩٥٤ والقانون رقم ١٨٥/ عام ١٩٨٥ ، إذ نصت على أنه : « لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع العقد، وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم

(١) د. ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام مجلس الدولة حتى عام ٢٠١١، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، عام ٢٠١١، ص ٨.

(٢) د. عمار التركاوي، مرجع سبق ذكره، ص ١٣١.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٩.

لاستغلال المرفق ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمناح الالتزام»^(١).

وضمناً للممارسات الفعلية لحقها في الرقابة، أوجب القانون على الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة كل المعلومات والبيانات والإحصاءات التي يطلبونها، علماً أن ذلك لا يمس بحق السلطة مانحة الالتزام في فحص الحسابات، أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت^(٢).

كما نظم المشرع الفرنسي سلطة الإدارة في التوجيه في العديد من التشريعات ومنها على سبيل المثال لا الحصر، ما جاء في "المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في ١٣/١٢/١٩٠٨ الخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجاري المياه، إذ ((جعل الحكومة وهي شخص معنوي عام تمتلك في مادة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه التي لم يقرها قانون أو لائحة مستقلة لها قوة القانون)).

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن هذه القاعدة التي تتناول عقد التزام المرفق العام تمتد — لوحدة الأسباب — إلى كل العقود الإدارية^(٣).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على حق الإدارة في مراقبة تنفيذ عقودها عندما قضت: "... بأن جهة الإدارة تتمتع بسلطات واسعة على مقال الأشغال العامة، لذا فإنه يخضع في تنفيذ التزاماته التعاقدية لرقابة وتوجيه الإدارة والتي هي من أهم سلطات وحقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في مجال تنفيذ العقد الإداري، ولا تقتصر تلك السلطات على الرقابة

(١) د. نصري منصور النابلسي، مرجع سبق ذكره - ص ١١٩.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٣١-٦٣٢.

(٣) J. GEORGE, Contrats de l'administration, Juris classeur, administrative fascicule, 510, 1968, p. 6.

بمعناها الضيق والتي تنحصر في الإشراف على المفاوض للتأكد من سلامة تنفيذ العقد طبقاً للشروط المتفق عليها، وإنما تمتد لتشمل الرقابة بمعناها الواسع^(١).

كما أكدت المحكمة نفسها على هذا الحق في حكمها الصادر في ٢٠٠١/٢/٥ والذي جاء فيه: "... أن للإدارة دائماً سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، بما يتفق مع المصلحة العامة، بغير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين..."^(٢).

وفي سورية، نصت المادة ١٠/ من المرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر شروط نظام عقود الجهات العامة على أنه: "يحق للإدارة تعيين أحد الأشخاص أو الشركات (يسمى المشرف) لينوب عنها في الإشراف على صنع التجهيزات والمواد أثناء الصنع وذلك على نفقتها، ويحق للمشرف القيام في جميع الأوقات بعمليات التفتيش والمراقبة والاختبار فيما يتعلق بالمصورات والمواد والصنع في المكاتب وأماكن الصنع العائدة للمتعهـد والمعامل المعتمدة من قبله وله أيضاً أن يرفض ما يرى لزوماً لرفضه لمخالفته الشروط الفنية، ويجب إبلاغ جميع حالات الرفض خطياً إلى المتعهد أو الشركة الصانعة وأن يطلع الجهة العامة على ذلك، وعلى المتعهد أن يستبدل المواد المرفوضة بـمواد تتوافر فيها جميع الشروط المطلوبة، كما ويحق للمشرف أو أي شخص آخر يمثل الجهة العامة الدخول بكل حرية خلال ساعات العمل على جميع الأماكن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ١٠٨٩ جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٠، مشار إليه في موسوعة د. ماهر محمد أبو العينين، ط٦، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، عام ٢٠١٤، ص ٤٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٦٨ لسنة ٤١ قضائية، جلسة ٢٠٠١/١٢/٥، غير منشور.

التي يقوم فيها المتعهد وأصحاب المعامل المعتمدة من قبله بصنع وتخزين أي من قطع التوريدات".

كما يحق للإدارة تكليف شركات مراقبة ذات سمعة حسنة لفحص البضاعة في ميناء المصدر، واستبعاد الشركات التي لا تتمتع بسمعة حسنة قبل فض عروضها، وإذا كانت أجور المراقبة على عاتق البائع، تحدد شركة مراقبة ذات سمعة جيدة مهما بلغت أسعارها، مع ضرورة فحص البضائع المستوردة في مرفأ الوصول مع مطابقتها لشروط العقد وعدم فسادها أصلاً^(١).

وبوجه عام، فإن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، شأنها شأن سائر السلطات المنطبقة بطابع السلطة العامة إنما تتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك نتائج عدة أهمها:

أ - تملك الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري ولو لم ينص عليها صراحة، لكون هذه السلطة مستمدة من احتياجات المرافق العامة وضمان حسن سيرها^(٢).

في هذه الحالة قد يترتب على ممارسة الإدارة لسلطتها بتوجيه المتعاقد في تنفيذ التزاماته في غير الحالات المنصوص عليها في العقد، اختلال التوازن المالي للعقد وإرهاق المتعاقد ولذلك يجب التوفيق بين مصلحة الإدارة في تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام من جهة، ومصلحة المتعاقد في ضمان حقه في التوازن المالي للعقد من جهة أخرى، ولا سيما أنه

(١) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء السوري، رقم ١٧٣/ب - ١٥/٣٠٥٧ تاريخ ١٢/٩/١٩٧١.

(٢) A. DE LAUBADERE, Traité des contrats administratif, op.cit., p. 325.

ليس أمام المتعاقد سوى تنفيذ تعليمات الإدارة، وإلا كان للإدارة توقيع الجزاءات عليه^(١).

ب - لا تملك الإدارة التنازل مقدماً (بموجب نص في العقد) عن استخدام سلطتها في الرقابة، كونها مرتبطة بالصالح العام، ونزول الإدارة عن هذا الحق يعدّ تقصيراً في أداء واجباتها^(٢).

وإذا كانت سلطة الإدارة في التوجيه من امتيازات الإدارة الراسخة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، فإنه لمن العدالة بمكان أن يصار إلى حماية حقوق ومصالح المتعهد بحسبانه شريكاً في تنفيذ مرافق الدولة وإدارتها، لذا فمن الطبيعي أن تتم الموازنة بين حقوق الإدارة وحقوق المتعاقد من خلال التوفيق بين تقديرين اثنين^(٣):

١- وجوب الحفاظ على الرضائية أو القوة الملزمة للعقد، بوصفها جوهر فكرة العقد أياً كان نوعه، سواء تم في نطاق القانون الخاص أو القانون العام، تلك الرضائية تعد تجسيدا لدور الإدارة في إبرام وتنفيذ العقد.

٢- وجوب مراعاة الخصائص الذاتية التي تتمتع بها العقود الإدارية، وعلى وجه الخصوص الدور الذي تؤديه فكرة المرفق العام فيها، وما يترتب عليها من زيادة في حجم السلطات والامتيازات التي تباشرها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

ولا شك في أن التوفيق بين هذين التقديرين يقتضي أن تباشر الإدارة سلطتها في الرقابة ضمن الحدود المعقولة وبما يستهدف تحقيق الصالح العام دون غيره، بحيث لا يترتب عليه اختلال التوازن المالي في العقد الإداري.

(١) د. أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار

النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠١٦، ص ٧٠ وما بعدها

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١١٠.

(٣) د. حمد محمد الشلماني، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٨.

الفرع الثاني

التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة وما يشابهها من امتيازات

تتميز سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه عن باقي الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة من صور في أثناء مجال تنفيذ العقد الإداري، لذا من الضروري إجراء مقارنة بين حق الإدارة في الرقابة وغيرها من السلطات وفق الترتيب الآتي:

أولاً- التفرقة بين سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه وتعديل العقد :

إنه لمن الضرورة بمكان وضع الحدود الفاصلة بين ما تملكه الإدارة من سلطة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، وسلطتها في تعديل شروط العقد نفسه بإرادتها المنفردة، إذا ما أخذ في الحسبان الآثار القانونية التي تترتب على كل من الامتيازتين.

سبق البيان أن سلطة الإدارة في الرقابة إنما تشمل حقها في الإشراف والتوجيه، مستخدمة الوسائل القانونية ووسيلة التنفيذ المباشر إذا لزم الأمر. فالرقابة بمذلوليها (الإشراف والتوجيه) تسمح للإدارة بالتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، كتحديد المواد المستخدمة في التنفيذ إذا لم ينص عليها في العقد، وبحيث لا يتعدى ذلك إلى التدخل لتغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها.

فإذا تدخلت الإدارة في توجيه المتعاقد ونجم عن ذلك تغيير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها، عندئذ تكون الإدارة قد تجاوزت حدود الرقابة ودخلت منطقة تعديل العقد. وهذه الأخيرة تعد سلطة خطيرة، بالنظر إلى الآثار التي تنجم عنها تجاه المتعاقد. فمن المسلم به أن التعديل ينصب على

مسائل وموضوعات مدرجة في نصوص العقد، بحيث تقوم الإدارة بزيادة الالتزامات التعاقدية المترتبة على المتعاقد معها أو إنقاصها.

بعبارة أخرى: يكون هناك تعديل للعقد عندما تتدخل الإدارة في مسألة تم الاتفاق عليها في العقد، فتقوم بإدخال زيادة أو إنقاص على التزامات المتعاقد، ويتم ذلك عادة بإرادة الإدارة المنفردة: خلافاً لحق الإدارة في الإشراف والتوجيه الذي لا ينبغي أن يصل إلى درجة إجراء تغييرات في بنود العقد. فمثلاً في عقد الالتزام، إذا طلبت الإدارة من الملتزم استعمال طريقة فنية معينة في التنفيذ لم ينص عليها العقد أو اتخذت إجراءات معينة للتأكد من حسن قيام الملتزم بتنفيذ النصوص الواردة في العقد، فإنها تمارس سلطة الرقابة بمعناها المزدوج «الإشراف والتوجيه». أما في حال قيام الإدارة، بإرادتها المنفردة، بإجبار الملتزم على تقديم خدمة أكثر اتساعاً أو تطوراً من الخدمة التي نص عليها العقد عند إبرامه، فإنها بذلك تعدل من شروط العقد^(١).

وأيضاً في عقد الأشغال العامة، إذا اتخذت الإدارة إجراءات معينة للتأكد من أن المتعهد يستخدم المواد نفسها المتفق عليها، فإن الإدارة تباشر سلطة رقابة وتوجيه، أما إذا طلبت من المتعهد استخدام مواد مختلفة عن المواد المتفق عليها، فإنها تعدل شرطاً من شروط العقد^(٢).

وعلى ذلك فإن متطلبات الدقة تقتضي القول إن سلطة الإدارة في الرقابة تنصرف أساساً إلى "كيفية" توجيه تنفيذ العقد عن طريق التدخل بتحديد أوضاع وأساليب معينة ولو لم يتم الاتفاق عليها، في حين أن سلطة التعديل تنصب على حجم الالتزامات التعاقدية للطرف الآخر المتعاقد والمنصوص

(١) د. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٣.

(٢) د. مطيع علي حمود الجبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن "دراسة مقارنة"،

رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٦، ص ٤١٨.

عليها في العقد سواء بالزيادة أو الإنقاص، كما أن سلطة التعديل تُباشر ممن يملك التعبير عن إرادة الجهة المتعاقدة (السلطة المختصة)، بينما سلطة الرقابة يباشرها مهندسو جهة الإدارة ومشرفوها، أو المكاتب الاستشارية التي تتعاقد معها في الإشراف على التنفيذ، وليس لأي من هؤلاء سلطة تعديل العقد^(١).

وفي هذا الاتجاه، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: «مهمة مهندس العقد المشرف على تنفيذه هي الإشراف على تنفيذ العقد وفق شروطه المتفق عليها وإصدار ما يلزم من الأوامر والتعليمات في حدود تلك الشروط وليس لمهندس العقد أن ينفرد بتعديله»^(٢)، وتتنوع سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد، ضيقاً واتساعاً، حسب نوعية العقد، كما أن لها حدوداً يجب ألا تتجاوزها، وإلا التزمت بتعويض المتعاقد معها، عن تعسفها في استعمال حقها في الرقابة، فلا يجوز أن تصل هذه الرقابة إلى حد تغيير طبيعة الالتزام وتعديل جوهره، ولا يجوز بحجة الرقابة إهدار حقوق المتعاقد الملتزم مع الإدارة^(٣).

وعلى ذلك إذا ترتب على استعمال سلطة الرقابة إرهاب المتعاقد أو الإخلال بالتوازن المالي للعقد، كان للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض، وفسخ العقد إذا بلغ عمل الإدارة في ذاته أو آثاره درجة معينة من الجسامة^(٤).

(١) د. أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، عام ٢٠٠٥، ص ٩٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٤٩ - لسنة ٣٨ ق.ع، جلسة ١٣/٦/١٩٩٥. وفي المبدأ ذاته. فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٧٥ تاريخ ١/٢/١٩٩٩ في الملف رقم ٢٠٢/١/٤٧، جلسة ١٩٩٩/١/٦، غير منشورة.

(٣) يوسف الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠١٧، ص ١٦١.

(٤) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٣-٣٢٦.

ولذلك ذهب الفقه والقضاء إلى أنه لا يجوز في عقد التزام المرافق العامة أن تؤدي الأوامر الصادرة من الإدارة بتنظيم سلطة الرقابة وإجراءات ممارستها إلى تغيير طبيعة الالتزام وتعديل جوهره، إذ إن من الخصائص الأساسية للالتزام أن الملتزم تكون له إدارة المرفق، « فالملتزم يدير والإدارة تراقب »، ولا يجوز بحجة تنظيم الرقابة إهدار سلطات الملتزم في الإدارة إلى درجة يصبح معها مجرد منفذ، ولذا قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الإدارة مانحة الالتزام الذي فرضت به نظام الإذن السابق على العقود التي يريد الملتزم إبرامها مع الغير بشأن مواد أو عمليات معينة^(١).

الخلاصة: أن استعمال الإدارة لسلطانها في الرقابة والتوجيه يجب أن يكون بباعث المصلحة العامة، وما يقتضيه حسن سير المرفق العام موضوع التعاقد، وإلا كان تصرف الإدارة مشوباً بسوء استعمال السلطة، كما ينبغي ألا يؤدي استعمال الإدارة لتلك السلطة إلى تعديل شروط العقد، بل يجب أن تظل ممارسة هذه السلطة في الحدود التي تقتضيها طبيعة العقد.

وللقاضي الإداري في النهاية أن يراقب استعمال الإدارة لحق الرقابة هذا بما يجعله متفقاً مع الصالح العام وفي حدود مقتضيات المرفق العام وضمان سيره بانتظام واطراد، ومن دون أن تسيء الإدارة استعمال سلطتها^(٢). وإلا ترتب للمتعاقد معها التعويض عن الأضرار التي لحقت به^(٣).

(١) C.E., 18 juillet 1930, Société .P.L.M, (R.D.P), 1931, p. 142.

(٢) د. حسين درويش عبد العال، مرجع سبق ذكره، ص ١٤-١٥.

(٣) د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٩، ص ٦٤٩.

ثانياً. التفرقة بين سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه وسلطتها في الضبط الإداري:

يُعرّف الضبط الإداري بمفهومه العام بأنه: « مجموعة الإجراءات والأوامر والقرارات التي تستخدمها السلطة العامة "المختصة" للمحافظة على النظام العام، بعناصره التقليدية: الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، والآداب العامة »^(١).

وسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد يجب ألا تختلط بسلطتها في اتخاذ إجراءات الضبط الإداري، فسلطة الضبط الإداري الذي تمارسه هيئات الضبط الإداري تستمد من النصوص التشريعية، وهي سلطة مقررّة دستورياً للحكومة تستخدمها في ردع أي تصرفات تمس المصلحة العامة، والحريات العامة، بهدف الحفاظ على النظام العام، بعناصره الأساسية^(٢)، ويقترن تطبيقها بفرض جزاءات على من يخالفها^(٣).

واستناداً إلى سلطة الضبط الإداري يمكن للإدارة أن تتدخل في بعض الأحوال لنفرض قيوداً على المتعاقد معها، شأنه في ذلك شأن بقية الأفراد في المجتمع، كما يحدث مثلاً في عقود النقل العام من اشتراط صيانة السيارات والحافلات لضمان سلامة الركاب والصحة العامة^(٤).

وعلى المتعاقد أن يلتزم بتنفيذ هذه الإجراءات ولا يمكنه تجاهل تنفيذها بحجة عدم تضمينها في العقد. فالإدارة تمارس سلطة الضبط الإداري بحسبانها سلطة بوليس إداري خارج النطاق التعاقدي، ومن هنا كان من اللازم وضع

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠٠٩، ص ٢٠٨.

(٢) د. ماجد الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠٠٦، ص ٣٩٨.

(٣) د. مطيع علي حمود الجبير، مرجع سبق ذكره، ص ٤١٩.

(٤) يوسف الشكلي، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٢، ود. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٨-٢٨٩.

الحدود الفاصلة بين هذه السلطة وسلطة الرقابة المعترف بها للإدارة في النطاق التعاقدى.

ومن المسلم به أن الإدارة تقوم بممارسة سلطة الضبط الإداري في مواجهة الأفراد بهدف تحقيق النظام العام^(١)، وتجد أساسها في القوانين واللوائح^(٢)، أما سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه فتمارس داخل النطاق التعاقدى وبهدف تحقيق المصلحة العامة، فهي جزء من نظرية العقد الإداري، ومن الخصائص الأساسية لهذا العقد وتجد أساسها ومسوّغ وجودها في فكرة الصالح العام وما تشمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة.

وتعد سلطة الرقابة على التنفيذ مظهراً من مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة في مجال العقود الإدارية^(٣)، وتوجه إلى متعاقد بعينه، بخلاف سلطة الضبط الإداري فهي إجراءات توجه للأفراد كافة سواء كانوا متعاقدين معها أو غير متعاقدين^(٤).

(١) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١١.

(٢) مع ملاحظة أن سلطة الرقابة هي الأخرى قد يتم تنظيمها بموجب نصوص قانونية أو لائحة، وحينئذ تندمج هذه النصوص في شروط العقد وتصبح جزءاً منه، ولا مفر من الالتزام بها. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٧/١/٦، المجموعة، س ١٣، ص ٣٦٩.

(٣) ذهب بعض الفقه إلى القول: إن أساس سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري هو من امتيازات السلطة العامة، ورأى بعضه الآخر أن سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها ترتكز إلى أساس قانوني مزدوج من فكرة الصالح العام (وما تشمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة) ومن فكرة امتيازات السلطة العامة.

وفي تقديرنا أن أساس سلطة الرقابة وغيرها من سلطات الإدارة المتعاقدة هو المصلحة العامة أو المرفق العام ومقتضيات سيره وانتظامه، وأن سلطة الرقابة هي مجرد مظهر أو تطبيق من تطبيقات امتيازات السلطة العامة، وأن هذه الامتيازات نفسها تجد أساسها القانوني في النهاية في فكرة المصلحة العامة أو المرفق العام.

(٤) د. عمار التركاوي، مرجع سبق ذكره، ص ٧.

ويترتب على مخالفة إجراءات الضبط الإداري فرض جزاءات على المخالف كما أسلفنا، في حين أن الإجراءات التي تباشرها الإدارة في مجال تنفيذ العقد لا تقتزن بمثل هذه العقوبة لأن المشرع وحده من يملك تجريم أخطاء المتعاقد^(١).

كما أنه لا يجوز لجهة الإدارة استخدام وسيلة الضبط الإداري كذريعة للضغط على المتعاقد لتنفيذ أغراض تعاقدية^(٢)، وإلا كان تصرفها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، فهذه الضبط الإداري الحفاظ على النظام العام، عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف^(٣).

وعلى الرغم من وجود نقاط اختلاف بين سلطة الإدارة في الرقابة وسلطتها في ممارسة الضبط الإداري، فإن هناك صعوبات تعيق التفرقة بين سلطة الضبط الإداري، وسلطة الإدارة في توجيه المتعاقد، ولا سيما عندما توجه الإدارة إجراءات وتدابير الضبط الإداري إلى متعاقد بعينه^(٤). ففي هذه الحالة لا بدّ من أن يتدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين المجالين بقواعد مشتركة^(٥).

وعليه، فالإدارة تمارس كلاً من السلطتين بقرارات فردية موجهة إلى المتعاقد، وإن ما يميز بينهما أن الإدارة تمارس سلطة الضبط الإداري خارج

(١) C.E., 11 octobre 1921, Société de navigation sud Atlantique, Rec. 1921, p. 892.

(٢) C.E., 19 mars 1930, société Toulousaine du Basicale, Rec. 1930, p. 312.

(٣) د. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٥.

(٤) د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٧.

(٥) د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره.

ص ٢٨٨-٢٨٩.

وأيضاً د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام

١٩٩٣، ص ٧٢.

النطاق التعاقدى، في حين أنها تمارس سلطة التوجيه داخل النطاق التعاقدى، وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عن سلطة التوجيه تخضع بصفة أساسية لقاضي العقد الذي لا يختص بإلغائها فقط وإنما له أن يحكم بالتعويض، بينما إجراءات الضبط الإداري تخضع إلى رقابة الإلغاء أمام القاضي الإداري عن طريق دعوى تجاوز السلطة^(١).

المطلب الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

يقتضي بحث الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، الوقوف على القواعد التي تركز إليها هذه الرقابة. فقد يرد النص عليها في العقد الإداري أو في دفاتر الشروط الخاصة أو العامة، وقد يرد في القوانين واللوائح، وقد لا يرد نص يحدد كيفية ممارسة هذه الرقابة. ومن ثم، فقد اختلف فقهاء القانون الإداري حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، وكان محور خلافهم حول ما إذا كانت هذه السلطة قد نص عليها في العقد أم لم ينص عليها.

وهذا ما سيتم إيضاحه بشيء من التفصيل من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه عند وجود نص بشأنها

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه في حال عدم النص عليها

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية "مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية"، دار الكتاب الحديث، القاهرة، عام ٢٠٠٨، ص ١١٠ وما بعدها.

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه عند وجود نص بشأنها

من المفيد في هذا المقام، توضيح حالات النص المختلفة التي تظهر بها سلطة الرقابة، سواء تلك المستمدة من العقود أو دفاتر الشروط أو المستمدة من نصوص القوانين واللوائح.

أولاً - الأساس التعاقدي لسلطة الإدارة في الرقابة :

قد يرد النص صراحة على سلطة الرقابة في العقد الإداري ذاته، أو في دفاتر الشروط، على نحو يوضح كيفية ممارسة هذه السلطة الرقابية والوسائل التي تتبع في ممارستها، وعندئذ فإن هذه الشروط هي الواجبة التطبيق، وتعدّ قيداً على الإدارة المتعاقدة وضمناً للمتعاقد في مواجهتها لا يجوز مخالفتها^(١)، وتكون سلطة التوجيه هنا مستندة إلى تلك النصوص^(٢).

وفي مثل هذه الحالة لا جدال في أن سلطة الرقابة تجد أساسها القانوني في بنود العقد ذاته^(٣)، لأنها تقررت من أجل ضمان المصلحة العامة وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد، وهو لا ينشئها لأنها أصيلة قائمة بذاتها^(٤). ويعد شرط الرقابة هنا من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص^(٥). ففي مجال عقود الالتزام، من الملاحظ أن هذه العقود، وما يلحق

(١) د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٦٦.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٢. ود. حمد محمد الشلماني، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

(٣) د. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٧.

(٤) A. DE LAUBADERE, Traité Théorique et pratique des contrats administratifs, Paris, 1956, T. 2, p. 319.

وكذلك: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، تاريخ ٣ يونيه، ١٩٥٧، المجموعة، سنة ١١،

رقم ٣٧٧، ص ٦١٠.

(٥) د. عمار التركاوي مرجع سبق ذكره، ص ٨.

بها من دفاتر شروط تتضمن غالباً تنظيماً مفصلاً لسلطة الرقابة التي تباشرها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد، وخاصة في المجال المالي.

ومن أمثلة ذلك حقها في الرقابة على الرسوم التي يفرضها الملتزم على المنتفعين مقابل الحصول على الخدمة.

ولا يجوز التشكيك في الأساس التعاقدي لسلطة الرقابة عند النص عليها في عقود الالتزام استناداً إلى ما هو سائد من عدّ النصوص المتعلقة بتنظيم وسير المرفق، (ومنها النصوص المنظمة لسلطة الرقابة) من قبيل الشروط اللائحية، فمثل هذه النصوص وإن كان لها الطابع اللائحي، إلا أنها كما يرى بعض الفقه ذات مصدر تعاقدي بحسبانها قد صادفت قبولاً من جانب الملتزم^(١).

ويصدق ذلك أيضاً في حالة النص على سلطة الرقابة في دفتر شروط الملحق بعقد الالتزام. صحيح أن هناك بعض التردد في الفقه حول الاعتراف بالطبيعة التعاقدية لهذا الدفتر^(٢). ولكنه، أيّاً كان الخلاف، فإنه من الصعوبة

(١) د. محمد سعيد أمين، رسالته سألته الذكر، ص ٣٢٠. إذ يرى وجوب التمييز بين أمرين جوهريين: الأول: يتعلق بمصدر الشروط المتعلقة بسلطة الرقابة. والثاني: يتعلق بالطبيعة القانونية لتلك الشروط. فإذا كانت الشروط المتصلة بسلطات الرقابة واردة في صلب اتفاقية الامتياز أو في كراسة الشروط الملحقة بها، فإنها تكون ذات مصدر أو منشأ تعاقدي، وإن كان هذا لا يمنع من الاعتراف لها في مقام تحديد الطبيعة القانونية بالصفة اللائحية نظراً إلى اتصالها بسير المرفق العام....

وأيضاً د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٦ وما بعدها، إذ يرى أن حق الرقابة بوجه عام يعد مظهراً من مظاهر السلطة العامة مستمداً من نظرية العقد الإداري ذاتها وليس خارج هذه النظرية.

(٢) أما بخصوص دفاتر الشروط في العقود الإدارية الأخرى، كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد، فلا خلاف حول الاعتراف لها بالطبيعة التعاقدية، على الرغم من تحريرها بمعرفة الإدارة ومن دون مناقشة من جانب الطرف المتعاقد معها.

- A. DELABADERE. Traité de droit administratif, *op. cit.*, T.L., p.363.

إنكار الطابع التعاقدي لدفتر شروط عقد الالتزام، لمجرد أنه يتصل بسير المرفق العام وتقوم الإدارة بتحريره بإرادتها المنفردة^(١).

أما عقود الأشغال العامة^(٢)، فتجسد بوضوح الأساس التعاقدي لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد، إذ تحرص الإدارة، بوصفها صاحبة المشروع على تضمين عقود الأشغال، والدفاتر الملحقة بها، ما يخولها الحق في ممارسة سلطة الرقابة، ليس فقط بمعنى الإشراف على التنفيذ وإنما أيضاً التدخل في تحديد أوضاع التنفيذ ووسائله، عن طريق ما تصدره إلى المتعاقد

(١) ربما ذلك هو الذي دفع مفوض الحكومة Odent إلى تكييف دفتر شروط عقد الالتزام بأنه عمل مختلط. للمزيد: تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٥ مايو ١٩٤٣. - C.E., 5 mai 1943, Societe Générale des Eaux., D.C. 1944, p. 121, Conel Odent:

"Le cahier des charges est un acte mix qui a un double caractère, l' un c'est ce qu'il est imprégnée de cette notion du service public qui domine toute une partie de notre droit public; et l'autre qui lui confère un aspect très particulier et qui rend vaine toute tentative de rapprochement avec les règles habituelles du droit privé...".

(٢) عقد الأشغال العامة: هو عقد بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يسمى المقاول "بمقتضاه يتعهد هذا الأخير القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي العام، تحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد". ويستفاد من هذا التعريف أن عقد الأشغال العامة يقوم على العناصر الآتية: أ- يجب أن ترد الأعمال التي يقوم بها المقاول على عقار، فلا تعد قبيل عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون موضوعها منقولات مملوكة للإدارة، مهما بلغت أهميتها أو حجمها ولو كانت مخصصة للمنفعة العامة.

ب - يجب أن تتم الأشغال لحساب شخص معنوي عام، فلا تعد من قبيل الأشغال العامة الأعمال التي تتم لحساب شخص معنوي خاص حتى ولو كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة ذات نفع عام.

ج - يجب أن تكون الغاية من الأشغال محل الاتفاق تحقيق نفع عام.

لمزيد من التفاصيل: د. فؤاد العطار، رسالته حول عقد الأشغال العامة، القاهرة، عام ١٩٥٥، ص ٨ وما بعدها.

من أوامر، وذلك لأن مصلحة الإدارة والأفراد معاً أن يتم التنفيذ للأشغال العامة بالدقة وبالشكل المطلوب.

كذلك في عقود التوريد، يلتزم المتعاقد بالخضوع لإشراف الإدارة وتوجيهها، وذلك على النحو الذي قد تنظمه تلك العقود ودفاتر الشروط الملحقة بها^(١).

وقد يظن بعض الفقه أن تنظيم عقود التوريد لسلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد ليس بالأهمية التي نصادفها في العقود الإدارية الأخرى، لأن المبدأ العام في عقود التوريد العادية أن المورد يملك تقدير واختيار طرق التنفيذ، لكون جوهر التزامه تسليم منقولات مادية للإدارة، وبالتالي ليس للأخيرة سوى حق فحص المنقولات التي تم توريدها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها.

ولكن يجب أن لا يغربن عن البال أن ظهور عقود التوريد الصناعية قد أسهم إلى حد كبير في إبراز أهمية ممارسة الإدارة لرقابة مستمرة على المتعاقد معها والذي لا يقتصر التزامه على تسليم مواد أو منقولات معينة، وإنما يقوم بتصنيع هذه المواد بنفسه، ما يقتضي إخضاعه إلى الرقابة في مرحلة قيامه بتصنيع المواد المطلوبة، وتصبح سلطة الرقابة أكثر إلحاحاً ولاسيما حينما تتصل عقود التوريد الصناعية بالمصالح الاستراتيجية المتمثلة في مرفق الدفاع^(٢).

(١) عقد التوريد هو اتفاق بين الإدارة وشخص خاص "فرد أو شركة" بمقتضاه يتعهد هذا الأخير بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين. وهذا العقد ينصب على أي نوع من أنواع المنقولات، كموايد الوقود والملابس والموايد الغذائية... .

- A. RRIGHI, Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures, thèse, Paris, 1945.

- A. HOMONT, Les marchés de fournitures et de services, J.C.A., 1967, Face 525.

(٢) A. HOMONT, *op. cit.*, p. 12-15.

وهذا حقيقةً ما أشار إليه المشرع الفرنسي في اللائحة التنفيذية لقانون العقود الإدارية الصادرة بموجب المرسوم (١٠٧٥-٢٠١٨)، إذ إنه أفرد الباب الثالث من اللائحة لبعض العقود المهمة على المستوى الوطني، وأطلق عليها عقود الدفاع أو الأمن (MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ)^(١).

خلاصة القول: إن النص الصريح على تنظيم سلطة الرقابة في العقد الإداري أو في دفا تر الشروط ليس من شأنه أن يغير من هذه السلطة بوصفها سلطة أصيلة قائمة بذاتها ومستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري.

بعبارة أخرى، إن النص في العقد على سلطة الرقابة مجرد "تنظيم" لهذه السلطة وليس "إنشاء" لها.

ثانياً. الأساس التشريعي أو اللائحي لسلطة الإدارة في الرقابة:

قد تتضمن بعض القوانين واللوائح النص على سلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري، وفي هذه الحالة يتم إعمال النصوص، وتكون سلطة الرقابة مرتكزة إليها^(٢).

ويجب التفرقة في هذا الصدد، بين حالة النصوص التي تقرر وتنظم سلطة الضبط الإداري التي تقوم خارج حدود العقد الإداري، والنصوص التي تنظم سلطات الرقابة الحقيقية المقررة للإدارة في تنفيذ عقودها الإدارية^(٣).

ففي الحالة الأولى: تعد السلطات المقررة للإدارة بمقتضى النصوص المنظمة للضبط الإداري مجرد تطبيق لامتيازات الدولة وسلطانها في تنظيم

(١) انظر المادة R. 2300-1 وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون العقود الإدارية الفرنسي الصادرة بموجب المرسوم (١٠٧٥-٢٠١٨).

(٢) د. حمد محمد الشلmani، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

(٣) عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنجلو أمريكي، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠١ وما بعدها.

المرفق العام وإدارته، ومثلها في ذلك، تلك النصوص التي تنظم المركز اللائحي في عقود التزام المرافق العامة، إذ تتضمن تخويل الإدارة سلطة القيام بتنظيم المرفق وتعديل أوضاع إدارته واستغلاله، واتخاذ الإدارة لهذه السلطات يتم بقرارات إدارية عادية، لا صلة لها بالعلاقة التعاقدية حتى ولو كان العقد قد تناولها بالذكر، أي إن النزاع بشأنها يخضع لقاضي الإلغاء^(١).

بينما في **الحالة الثانية** فهي - النصوص - التي تنظم سلطات الرقابة الأصلية المعترف بها للإدارة في العلاقة التعاقدية في أثناء تنفيذ عقودها

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٠٧/١٢/٦ في قضية شركة حديد الشمال، والذي صدر بمناسبة ممارسة الإدارة لسلطتها في الرقابة على شركات السكك الحديدية الملتزمة بمرفق عام. وقد لاحظ المفوض تاردييه في تقريره المقدم في هذه الدعوى أن التعليمات التي تصدر عن الدولة للشركات الملتزمة تختلف آثارها باختلاف ما إذا صدرت إعمالاً لدفتر الشروط أو إعمالاً للوائح.

ففي الحالة الأولى: فإن الشركات يجب أن تلجأ إلى قاضي العقد. بينما في الحالة الثانية: عندما تستند الدولة إلى سلطة البوليس لتفرض على الشركات التزامات جديدة، فإن هذه الإجراءات يجب أن تبحث مشروعيتها في ذاتها، مجردة عن العقد، أي إن الشركات تطعن في هذه الإجراءات بدعوى الإلغاء. C.E., 6 décembre 1907, Société du nord, Rec. 1907, p. 919; conclusions Tardieu.

وعلى هذا النحو تماماً جاءت أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر، ومن أحكامها في هذا المعنى:

- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧، المجموعة، السنة ١١، بند رقم ١١٢، ص ١٦١.

- وحكمها الصادر في ١٩٥٧/٣/٢٤ - المجموعة عينها، بند رقم ٢٠٤، ص ٣٠٢. مع العلم أن الفقه في غالبه يؤيد مسلك القضاء الإداري في هذا الشأن، على سبيل المثال: د. حسين درويش عبد العال، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، دون ذكر دار النشر، سنة ١٩٦١، ص ٣٥. ود. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون ذكر سنة النشر، ص ١٦٩.

الإدارية، وذلك كما جاء - على سبيل المثال لا الحصر - في المادة /٨٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري الجديد رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨ التي بينت بوضوح حق الإدارة في ممارستها لسلطتها في الرقابة والتوجيه في مرحلة تنفيذ العقد^(١). وكذلك المادة /١٠٧/ من ذات اللائحة^(٢).

ومما ينبغي التأكيد عليه في هذا السياق، أن هذه النصوص التشريعية في نظر القضاء الإداري تعد جزءاً لا يتجزأ من شروط العقد. وقد جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية ما يوضح ذلك بالقول: "إن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفترض، فإن أقبلوا - حال قيامها - على التعاقد مع الإدارة، فقد ارتضوا بكل ما ورد بها من أحكام ومن ثم تندمج في شروط عقودهم وتصبح جزءاً منها ولا مناص من الالتزام به"^(٣).

وعليه إن الأساس التشريعي أو اللائحي، كمصدر لالتزام المتعاقد بالخضوع لرقابة الإدارة، يعد تجسيداً واضحاً لما تتميز به العقود الإدارية من خصائص ذاتية: فالمشرع يتدخل إما عن طريق التشريع أو عن طريق

(١) نصت المادة /٨٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تجريها الجهات العامة في مصر رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ والصادرة بقرار وزير المالية رقم ٢٩٦ لعام ٢٠١٩ على أنه ((يجوز أن تصدر السلطة المختصة قراراً بتكليف من تراه مناسباً من ذوي الخبرة بالجهة الإدارية لإدارة العقد في العمليات التي تم التعاقد عليها، وله الاستعانة بمن يرى من ذوي الخبرات والتخصصات المختلفة لمعاونته في مهامه....)).

(٢) نصت المادة /١٠١/ من ذات اللائحة على أنه: "تصدر السلطة المختصة قراراً بتشكيل لجنة لفحص الأصناف الموردة برئاسة مدير المخازن - ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفني أو أكثر من الجهات الفنية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك... ولا يجوز أن يشارك في أعمال الفحص من سبق وشارك في إعداد الشروط أو المواصفات الفنية للعقد...".

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٨٦/١/٦، المجموعة، السنة ١٣، بند رقم ٥٠، ص ٣٦٩.

اللائحة، لكي يزود الإدارة بسلطات واسعة في الرقابة على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد مستهدفاً بذلك تحقيق النفع العام وصالح المنتفعين بخدمات المرفق محل العقد.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه في حال عدم النص عليها

الرأي السائد في الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر أو في سورية أنه إذا لم ينص في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به على حق الجهة الإدارية في مراقبة تنفيذ العقد، وإذا لم تقرر القوانين واللوائح هذا الحق وتنظمه، فليس معنى ذلك حرمان الإدارة من ممارسة سلطتها التي توجد بذاتها في هذا الصدد، بحسبانها من السلطات الأصلية المستمدة من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري^(١).

(١) ومع ذلك يرى بعض الفقه أنه - باستثناء عقد الأشغال العامة - من الخطأ تعميم سلطة الرقابة في حال عدم النص عليها في العقد. فالفقيه DUFAU لا يعترف بسلطة الرقابة، بمعنى الإشراف والتوجيه، في مجال عقد الالتزام وذلك في حالة عدم النص عليها صراحة في العقد. للمزيد انظر:

J. DUFAU, Les concessions de service public, J.C.A, 1970, Fasc. 530, p. 17.

ويعترف الفقيه DE LAUBADERE بسلطة الرقابة للجهة مانحة الالتزام حتى في حالة عدم النص عليها في العقد أو دفاتر الشروط، ولكنه يرى أن الرقابة في هذه الحالة يجب أن تنصرف إلى معناها الضيق الذي يقتصر على حق الإشراف دون التوجيه بحسبان أن الملتزم هو سيد الاستغلال. مؤلفه، الجزء الثاني، ص ٣٥٢.

أما في مصر، فلا خلاف ما بين الفقه والقضاء، على أن الجهة مانحة الالتزام تملك سلطة الرقابة، كالإشراف والتوجيه، في مواجهة الملتزم من دون حاجة إلى النص عليها في العقد أو دفاتر الشروط.

د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٨. وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٣/٢٤، س ١١، ص ٣٠٠.

وإذا تضمن العقد النص على هذه السلطة، فإن هذا النص لا ينشئ هذه السلطة، بل يقتصر دوره على تنظيمها وبيان شروط مباشرتها تحقيقاً للصالح العام للمرفق^(١).

ولا شك في أن هذا الحق الذي تملكه الإدارة يجعل العقود الإدارية تختلف اختلافاً كبيراً عن عقود القانون الخاص^(٢)، بافتراض أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية في أن الإدارة تملك سلطة مراقبة التنفيذ حتى في حالة سكوت العقد^(٣).

كما أن هذه السلطة مستقلة عن العقد ودفاتر الشروط، ولا تستطيع الإدارة أن تنتازل عنها لأنها من متعلقات النظام العام^(٤).

وقد أشار إلى هذا عدد من أحكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في مصر. إذ جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية: "... إن شروط العقد الإداري هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام ممن يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وإن هذا القانون — وهو دستور العقود الإدارية — يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها إذا أخل بالتزاماته.. والإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد، لأنها تتعلق بالنظام العام..."^(٥).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٥.

(٢) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٢.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٦.

(٤) عاصم بن سعود السباط، سلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، بحث منشور على الرابط الإلكتروني:

تاريخ الدخول: ٢٠٢٠/١١/٥ <http://www.al-jarirah.com/20/4/20140721/rj7.html>

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية - تاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠، المجموعة، س ١١، رقم ٣٧٧، ص ٦١٠.

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في المعنى نفسه حكمها الذي يقول: "... إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية"^(١).

وعلى الصعيد الفقهي، فقد انقسم الفقه الإداري حول سند سلطة الإدارة في الرقابة في حالة عدم النص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الطبيعة القانونية للمرفق العام وحدها، هي الأساس القانوني لهذه السلطة، استناداً إلى مبدأ وجوب تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، الذي يعطي الإدارة الحق في مراقبة تنفيذ العقد حتى في حالة سكوت العقد^(٢). ومن مؤيدي هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي، "جيز" و"بيكينو" و"دي لوبادير"^(٣). ويتعزز هذا الرأي في الفقه العربي بقول

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية لصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠، في الطعن رقم ١٥٢٠، س٢ق، المجموعة، س٢، ص٩٣٧، وحكمها في الطعن رقم ١٢٩٦، س١٢ق. جلسة ١٩٦٨/٢/٢، المجموعة ص٦٥٩.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، رسالته للدكتوراه سألقة الذكر، ص٣٣٣.

(٣) A. JEZE, Les contrats administratifs, T. 2, Dalloz, Paris, 1932, p. 336.
- G. PEQUIGONT, Théorie Générale du contrat administratif, thèse Montpellier, 1945, p. 9 et suivante.
- A. DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, *op. cit.*, p. 319-327.

مع تسليم هؤلاء الفقهاء بسلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها استناداً إلى احتياجات المرفق العام، لم يضيفوا أن هذه السلطة بمعناها الذي يشمل التدخل في أوضاع التنفيذ تختلف باختلاف العقود ومدى صلة العقد بالمرفق العام.

الدكتور سليمان الطماوي: "إن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور، وحق الرقابة يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام"^(١). ومن جهته ذهب (الدكتور طعيمة الجرف) إلى القول: "إن الإدارة تستمد حقها في الرقابة من فكرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد"^(٢).

وبهذا، فإن أنصار هذا الفريق يؤكدون أن الإدارة تمارس سلطة الرقابة والتوجيه للمتعاقدين معها، حتى في حال عدم وجود نص صريح في العقد ينص على ذلك، لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العام الذي تسهر الإدارة القوامة عليه على حسن سيره في كافة الأوقات والظروف"^(٣).

ويذهب الاتجاه الثاني: إلى أنه في حالة سكوت العقد، فإن الطبيعة القانونية للمرفق العام ليست وحدها الأساس القانوني لسلطة الرقابة، وإنما الأساس القانوني لسلطة الرقابة يرتكز في هذه الحالة إلى فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين كإرادة ضمنية مستخلصة من ظروف التعاقد"^(٤).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٦.

(٢) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري "دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، طبعة ١٩٦٣، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٠٥.

(٣) د. عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الثاني الأشغال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة ١٩٨٤، ص ٧٢. ود. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، دون ذكر مكان النشر، سنة ٢٠٠٤، ص ٤٣٨.

(٤) G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 9 et suivante.

وفي الفقه العربي. د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٥.

ويلاحظ، أن أنصار هذا الفريق يستندون في تسويغ وجهة نظرهم إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، بافتراضها طريقة لتفسير العقود في القانون الخاص، وهذه الطريقة تملئها طبائع ومقتضيات العدالة، لذلك فلا ريب عندهم في استخدامها في تفسير العقود الإدارية، إذ إن مقتضى هذه الفكرة، أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ما يعني أن هذه الفكرة تعدّ - في نظرهم - أصلاً عاماً في تفسير العقود سواء كانت إدارية، أو مدنية^(١)، فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

وأعتقد أن إرجاع أساس سلطة رقابة الإدارة في العقود الإدارية إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، فيه تجاهل للخصائص التي تتميز بها العقود الإدارية، ذلك أن الإدارة في عقودها الإدارية تمارس سلطتها في الرقابة حتى ولو لم ينص عليها في العقد أو دفتر الشروط. وهنا يتعطل العمل بفكرة النية المشتركة.

ولعل ما يدعم صحة هذا الرأي حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، إذ جاء فيه: "... إن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها لا تستند دائماً إلى شروط العقد، وإنما تستند أيضاً إلى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام، التي ليس للمتعاقد بطبيعة الحال دور في وضعها..."^(٢).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٤، المجموعة السنة ١٠، ص ٣٠٧.

فضلاً عن ذلك، فإن تفسير العقود الإدارية يجب أن يتم في حدود الصالح العام وحسن سير المرافق العامة، وفي هذه الحالة يفترض دائماً أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تحقيق الصالح العام.

ويرى أنصار الاتجاه الثالث: أن أساس سلطة الإدارة في الرقابة إنما يتجسد في فكرة الصالح العام التي يقع على عاتق الإدارة تحقيقها في نشاطها التعاقدية، كما في سائر أنشطتها الأخرى.

ويوضح بعض أنصار هذا الجانب من الفقه رؤيتهم بالقول: "إن أساس سلطة الرقابة خارج النصوص التعاقدية والتنظيمية، نجده في فكرة الصالح العام، لأن الإدارة مسؤولة عن أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة بشكل منتظم، ولمواجهة تلك المسؤولية اعترف لها بحق الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقودها، حتى في حالة سكوت العقد والنصوص التنظيمية، لذا فهي سلطة أصيلة، ومن ثم لا يجوز التنازل عنها، أو الاتفاق على ما يخالفها^(١).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن سلطة الرقابة تقوم على فكرة السلطة العامة، لأن السلطة العامة هي التي تمنح الجهة الإدارية حق التدخل في تنفيذ العقد وتتعلق السلطة العامة بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز النص في العقد على حرمان الإدارة من ممارسة هذا الحق^(٢).

ويؤيد الدكتور أحمد عثمان عياد هذا الاتجاه بقوله: "... إن حق الرقابة المقرر للإدارة في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط هو تطبيق لأساليب السلطة العامة وامتيازاتها التي تباشر بها الإدارة نشاطها في مجال العقود

(١) د. محمد يعقوب السعيد، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، من دون ذكر دار وسنة النشر، بغداد، ص ٢٦١. ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦ ود.

إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١١.

(٢) G. PEQUIGNOT, contribution à la théorie générale du contrat administratif, thèse, Université de Montpellier, 1954, p. 310.

الإدارية، وأن الإدارة تمارس هذا الحق إعمالاً لامتيازها في إصدار القرار التنفيذي وفي التنفيذ المباشر، وذلك بهدف تحقيق الصالح العام".

فسلطة الإدارة في الرقابة على المتعاقد معها ترتكز إلى أساس قانوني مزدوج يتكون من فكرة تحقيق الصالح العام (وما تشتمله من تحقيق مقتضيات المرافق العامة) كهدف مسوّغ لوجود السلطة، ومن فكرة امتيازات السلطة العامة التي تعد سلطة الرقابة تطبيقاً من تطبيقاتها^(١). وهو بهذا يتفق مع المبادئ التي قررها القضاء الإداري المصري بشأن سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية، إذ قرر أن الإدارة تمتلك هذه السلطات ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام^(٢).

وبهذا فإن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والمصري والسوري يتجه إلى أن سلطة الرقابة غير المنصوص عليها تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فإذا كانت هذه الفكرة هي التي تسوّغ ما تتميز به الإدارة من سلطة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها، فإنها تسوّغ أيضاً ومن باب أولى سلطتها في الرقابة على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري.

وأعتقد أن الرقابة الإدارية من دون نص تجد أساسها القانوني في فكرة المحافظة على المرافق العامة. مع التأكيد على وجوب الوقوف عند هذا الحد، لأن جوهر فكرة المرفق العام تستوعب في حقيقة الأمر الأفكار الأخرى، ولا سيما فكرتي (الصالح العام) و(السلطة العامة)، فلا وجود لمرفق عام من دون امتيازات سلطوية تمارسها الإدارة بهدف تحقيق مصلحة المرفق التي هي في النتيجة مصلحة الجمهور.

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٠-٣٠١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠، المجموعة، السنة ١١، رقم

٣٣٧، ص ٦١٠.

بمعنى آخر، فإن مقتضيات المرفق العام هي التي تسوّغ إشراف الإدارة على تنفيذ العقد والتدخل في تحديد أوضاعه وكيفية تنفيذه. وبالتالي لا يجوز للإدارة أن تستند في استعمالها لهذه السلطة إلى فكرة المصلحة العامة بمعناها المطلق، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام احتمالات إساءة استعمال السلطة، إذ إن فكرة المصلحة العامة من الأفكار المرنة وبالتالي التفسير الواسع لا يمكن أن يؤدي إلى إهدار القوة الملزمة للعقد، ولذلك فإن الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة يقتضي أن يكون استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة بهدف تحقيق مقتضيات المرفق العام بالمعنى المحدد لهذا المصطلح^(١).

والسؤال الآن: ما موقف القضاء من الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في حال غياب النص؟

اعتنق قضاء مجلس الدولة المصري الاتجاه الغالب في الفقه والذي يشير إلى أن الخصائص الذاتية للعقود الإدارية تكفل لجهة الإدارة ممارسة سلطة رقابة وتوجيه المتعاقد من دون حاجة إلى نص في العقد أو القانون.

وقد عبرت محكمة القضاء الإداري المصرية عن هذا المعنى بقولها: "إن كفتي المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين في تطبيقه وتفسيره وفي إنجائه. ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوي الحق في مراقبة تنفيذ العقد... طالما

(١) نشير هنا إلى أن المشرع المصري قد انحاز إلى الرأي الغالب في الفقه ونصّ على تلك السلطة، إذ أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم /١٨٥/ لعام ١٩٨٥ بشأن تعديل قانون التزام المرافق العامة إلى أن: "حق الرقابة على الملزم هو حق أساسي مرده فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره بانتظام، وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم يُنص عليها في العقد، بل يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام".

أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك، وقد استقر الرأي على أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تستند إلى شروط العقد فقط، وإنما تخضع للسلطة العامة في توجيه المرفق وتنظيمه^(١). كما قررت في حكم آخر أن فكرة الصالح العام هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب عليها أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد^(٢).

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا المصرية النهج نفسه عندما قضت في حكم لها بما يأتي: "إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية، إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد..."^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٦٢٥/ سنة ٤٠ق، جلسة ١٩٥٢/١٢/٢، بل ذهب المحكمة إلى أبعد من ذلك عندما قضت بأن: "شروط العقد الموضوعية هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وهذا القانون — وهو دستور العقود الإدارية — يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد... وهي تتمتع بهذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام". حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٩٨٣/ لسنة ٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠. سبقت الإشارة إليه.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ٤٠ق. جلسة ١٩٥١/١٢/٢٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٥٢٠/ لسنة ٢ ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠، سبقت الإشارة إليه، وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم ١٥٦/ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨، مجموعة المكتب الفني السنة ٣٧، الجزء الثاني، القاعدة رقم ١٤٤، ص ١٣٢٧، وحكمها في الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ١٠ق، جلسة ١٩٦٨/٣/٢. وفي حكم آخر ذهبت إلى أنه =

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد حكمه الصادر بتاريخ ١٩٠٧/١٢/٦ في قضية Societe du Nord وكذلك حكمه الصادر في الخامس من مايو عام ١٩٤٣^(١).

وفي سورية، سارت محكمة القضاء الإداري في حكم حديث لها على النهج نفسه عندما رأت أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد يجب أن تقوم على مبدأ التعاون في خدمة المرفق العام الذي تشرف الدولة على إدارته للعمل بانتظام، واستمرار تزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها^(٢).

خلاصة القول: إن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية قد اعترف بحق جهة الإدارة في ممارسة سلطتها في رقابة وتوجيه المتعاقد معها من دون حاجة إلى نص أو تشريع يقرر لها هذا الحق. وتجد هذه السلطة أساسها القانوني في الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية بصفة عامة، وهي سلطة أصيلة تملكها جهة الإدارة ولا تملك حق التصرف فيها أو التنازل عنها، ودرجات الرقابة تتفاوت وفقاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام.

وبعد التعرف على ماهية سلطة الرقابة وأساسها القانوني، لا بد لكي يستقيم البحث من أن يصار إلى دراسة ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، وحدودها، في المبحث الثاني من هذا الفصل.

= «... بينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازية إذ إن كفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته...».

حكمها في جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، موسوعة العقود الإدارية والدولية، ص ٢٠٧، وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق. جلسة ١٩٩٥/١/٢٤.

(١) ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي أيضاً:

C. E., 22 février 1952, Société pour l'exploitation des procédés Ingrandes, Rec. 1952, Lebon, p. 130.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الدائرة الثالثة في القرار رقم ٣/٧٤١ تاريخ ٢٠٢١/١١/١١ غير منشور.

المبحث الثاني

ضوابط سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري وحدودها

من الثابت أن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري سلطة أصيلة تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على استبعادها^(١).

وعلى الرغم من اعتراف المشرع بسلطة الإدارة في الرقابة والإشراف على العقد، فإن هذه السلطة، مهما اتسعت، ليست طليقة من كل قيد إذ يتعين على الإدارة أن تمارس هذه السلطة في ظل مجموعة من الضوابط والحدود التي تكفل عدم إساءة استعمالها^(٢).

بعبارة أخرى، إذا كان من حق الإدارة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، أن تمارس رقابتها على المتعاقد في أثناء تنفيذه للعقد، فإن هذا الحق لا يجوز استعماله لتحقيق غرض لا صلة له بتسيير المرفق العام، وإلا كان تصرفها مشوباً بإساءة استعمال السلطة^(٣).

ويؤدي إلى الخروج كليةً عن المبدأ الأساسي الذي يحكم العقود كافة على اختلاف أنواعها وهو مبدأ الرضائية أو القوة الملزمة للعقد^(٤). بل إن على

(١) د. خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، طبعة ١٩٩٤، من دون ذكر مكان النشر، ص ٧٤.

(٢) د. إحسان سليمان خربيط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠١٧، ص ٦٧ و ٦٨.

(٣) د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٠.
C.E., 19 Juin 1930, Société des chemins de fer de Provence, Rec. 1930, p. 621.

(٤) د. محمد أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٥.

الإدارة أن تلتزم بعدم التعسف باستخدامها لهذه السلطة وتقوم بتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة^(١).

وعليه يتعلق هذا المبحث بضوابط ممارسة سلطة الرقابة (المطلب الأول) ومن ثم نبين حدود هذه السلطة وتطبيقاتها بالنسبة إلى أهم وأبرز العقود الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القيود التي ترد على سلطة الرقابة في العقود الإدارية

تخضع الإدارة في أثناء ممارستها لسلطانها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري إلى مجموعة من الضوابط والشروط العامة، التي تشكل في الواقع ضماناً للمتعاقد معها من تعسف الإدارة ومنعها من الافتئات على حقوقه لكي يستمر في الوفاء بالتزامه التعاقدي.

وهذا ما سيتم إيضاحه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة وقيودها

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على سلطة الرقابة

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة،

منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٩، ص ٢٦٠.

الفرع الأول

شروط ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة وقيودها

يمكن إجمال الضوابط والشروط الواجب توافرها لممارسة الإدارة سلطة الرقابة في النقاط الآتية:

أولاً - التزام الإدارة بمبدأ المشروعية:

يجب على الإدارة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية^(١)، أي أن تلتزم في أثناء ممارستها لسلطتها في الرقابة بمراعاة النصوص القانونية أو اللائحية النافذة^(٢). فقد تمارس الإدارة الرقابة والتوجيه بموجب قرارات إدارية، وعندها يجب أن تصدر هذه القرارات في حدود قواعد المشروعية، وبغض النظر عن الأساس الذي تركز إليه هذه السلطة مصدرة القرار، كما عليها أن تنقيد بالإجراءات والشكليات^(٣).

ومن البديهي أن تكون هذه القرارات متفقة مع أحكام القانون من الناحية الموضوعية وإلا كانت موجبة للإلغاء^(٤). وفي كل الأحوال يتعين أن يكون الهدف من ممارسة سلطة الرقابة تحقيق المصلحة العامة، وإلا كان تصرف الإدارة مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة^(٥).

(١) د. عبد الله طلبة ود. نجم الأحمد، القانون الإداري، مطبعة جامعة دمشق ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٣٩٠.

(٢) في الواقع إن الالتزام بمبدأ المشروعية هو من القيود التي ترد على حرية الإدارة في جميع تصرفاتها بوجه عام، ومن ثم فإن هذا القيد يسري أيضاً على ما تباشره الإدارة من سلطات أخرى في مواجهة المتعاقد معها، كسلطتها في تعديل العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة.

(٣) G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, Dalloz, 3eme éd., Paris, 1934, p. 382-383.

(٤) C.E., 18 Juillet 1930, société P.L.M., Rec. 1930, p. 89.

(٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤١.

من جهة أخرى، إذا كانت سلطة الرقابة منصوفاً عليها في العقد، يجب ممارستها وفقاً للاشتراطات التعاقدية، فإذا لم تراعى الإدارة الشكل والإجراءات المقررة، فإن قرارها يكون مشوباً بعييب مخالفة الشكل والإجراءات وبالتالي عرضة للطعن فيه ويمكن إلغاؤه^(١).

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: "إن إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها هما من العيوب القصدية في السلوك الإداري، قوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فعييب إساءة استعمال السلطة هو الذي يبرر إلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه..."^(٢).

وهنا يحق للمتعاقد طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء عمل الإدارة، لأن الهدف الأساسي من استعمال الإدارة لسلطاتها كفالة حسن سير المرفق العام وحسن أداء الخدمات والأعمال المطلوبة.

وعلى الرغم من أن الالتزام بمبدأ المشروعية فيما تمارسه الإدارة من سلطات يعد من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل، فإن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد حرصت مع ذلك على إبراز هذا الالتزام في مجال استخدام سلطة الرقابة. إذ أكدت على أن تغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية في مجال العقود الإدارية، "يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، على أنها تخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص"^(٣).

(١) د. السيد فتوح محمد هندأوي، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، تاريخ ٣ مايو ١٩٦٩ في الطعن رقم ٥٩٨، السنة ١١ ق، المجموعة ص ٦٤١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥، المجموعة، ص ٨، ص ١٢٢٥.

وقد يخضع المتعاقد مع الإدارة لرقابتها على الرغم من اعتقاده الذي قد يصل إلى حد اليقين بعدم مشروعية وسائل مباشرتها وبعدها عن غاية تحقيق المصلحة العامة، توفيقاً لعنتها ورغبة منه في انتهاء عقده نهاية طبيعية يحصل بموجبها على مستحقاته المالية كافة، عازفاً عن التعاقد المستقبلي مع الإدارة، الأمر الذي يؤدي إلى الاضطراب في سير المرفق العام^(١).

وفي هذا الشأن يمكن القول إن تراخي الإدارة في ممارسة سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، شأنه في ذلك شأن التشدد فيها، لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة، وهي بلوغ المصلحة العامة. إذ يؤدي إفراط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية إلى عرقلة التنفيذ وبالتالي جنوح المتعاقد عن هذا التنفيذ ودفعه لولوج سبل التقاضي مما قد يوتر العلاقة بينه وبين الإدارة المتعاقدة، الأمر الذي قد ينعكس سلباً على حسن أدائه لالتزامه التعاقدى بعد تحوله من مساعد للإدارة ومشارك لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمعها بها ساحات القضاء.

ثانياً. أن يكون الهدف من الرقابة تلبية احتياجات المرفق العام :

المصلحة العامة هي الهدف الذي يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيقه في كل ما تقوم به من تصرفات وأعمال^(٢)، فمباشرة الإدارة لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري يجب أن تكون بدافع تحقيق مصلحة المرفق العام موضوع التعاقد، الذي لأجله أبرم العقد^(٣)، ولضمان سيره بانتظام

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ٢٠١٤، ص ٣٩.

(٢) د. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٧.

(٣) د. شكري حبيب جبر، التعاقد والشراء عن طريق عقود التوريدات والأشغال العامة والمقاولات والالتزام، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ١٦.

واطراد، وذلك من خلال تحسين أداء خدماته للمنتفعين بها في عقد الالتزام، أو أداء العمل المنوط بالمتعاقد أدائه في عقد الأشغال على نحو ما ينبغي، أو مطابقة الأصناف الموردة للعينات المعتمدة في عقد التوريد. فالمصلحة العامة رائدة الإدارة في مباشرتها لسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد، ولاسيما أن هذه الاحتياجات تمثل — كما أعتقد — الأساس القانوني لسلطة الرقابة في الحالات التي يأتي فيها العقد خالياً من النص عليها وتنظيمها^(١). فلا يجوز للإدارة أن تستعمل رقابتها لتحقيق أغراض لا تتصل بسير المرفق العام، وإلا كان القرار مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة^(٢).

فإذا ما اتسمت رقابة الإدارة على تنفيذ العقد الإداري بالتعسف والرغبة في عرقلة تنفيذ العقد الإداري، فإن تصرفاتها هذه لا تمت بصلة للمصلحة العامة وإن اتخذتها ستاراً لها^(٣)، الأمر الذي يعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء إلى قاضي العقد طاعناً في تصرفها بالانحراف في استعمال السلطة^(٤).

(١) د. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٧.

(٢) د. عمار التركاوي، مرجع سبق ذكره، ص ١٠، وأيضاً:

C.E., 19 juin 1930, société des chemins de fer de Provence, Rec. 1930, p. 312.

ويقصد بعيب الانحراف في استعمال السلطة، استعمال رجل الإدارة صلاحياته لتحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون، وعبب الانحراف في استعمال السلطة يسوِّغ إلغاء القرار الإداري، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها رقم ٣ مايو ١٩٦٩ في الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ١١ ق. ص ٦٤١، سبقت الإشارة إليه.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨ و ٣٩.

(٤) د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة ٢٠١١، ص ٥٩.

ويعد هذا الضابط ضماناً للمتعاقد مع الإدارة، فإذا أصدرت الإدارة أمراً للمتعهد بفصل بعض العمال، جاز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء طاعناً فيه، فيقوم القاضي بتدقيق أمر الفصل وهل هو متصل بالعقد، ومبني على أساس سليم، أم كان الفصل نتيجة لإساءة استعمال السلطة من قبل جهة الإدارة،^(١) وكذلك يجوز الطعن في القرار إذا لم تراخ الإدارة الشكل والإجراءات المقررة^(٢). ويعطي الحق للمتعاقد بطلب التعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به جراء عمل الإدارة^(٣).

ولكن إذا كان وجوب مراعاة احتياجات المرفق العام من القيود التي ينبغي احترامها عند ممارسة الإدارة لسلطاتها الاستثنائية بوجه عام وسلطاتها في الرقابة على تنفيذ العقد بوجه خاص، فإن أهميته ومدى هذا القيد يختلف باختلاف العقود. ففي العقود التي تتصل مباشرة بالمرفق العام، كما هو الحال في عقود الالتزام، يبرز بوضوح الدور الذي تؤديه احتياجات المرفق كضابط لسلطة الرقابة. إذ يتعين دائماً ممارسة هذه السلطة في الحدود وبالقدر الذي تتطلبه مقتضيات المرفق العام بالمعنى المحدد لهذا الاصطلاح^(٤).

والفقه والقضاء حينما يعترفان للإدارة بسلطات غير مألوفة في مواجهة المتعاقد معها، فإن ذلك يرجع في الواقع إلى اتصال العقد الإداري بالمرفق العام. ومن ثم فإن الهدف الأساسي من استعمال هذه السلطات يجب أن

(١) د. خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري للعقود الإدارية والتعويضات، طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات المصري الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، المجلد الثالث، دار محمود، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٥٧.

(٢) C.E., 6 décembre 1907, société du nord, Rec. 1907, p. 923.

(٣) R. CHAPUS, Droit administratif générale, Tome I, *op. cit.*, p. 477.

ود. عمار التركاوي، مرجع سبق ذكره، ص ١٠. ود. محمد الحسين ود. مهدي نوح، العقود

الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، عام ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٢٣١.

(٤) د. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٧.

ينصرف إلى كفالة حسن سير المرافق العامة وحسن أداء الخدمات والأعمال المطلوبة وسرعة إنجازها^(١).

صفوة القول إن مراعاة حقوق المتعاقد مع الإدارة يفرض على قاضي العقد — عند حدوث نزاع — التأكد من أن القرارات والإجراءات التي اتخذتها الإدارة في مواجهة المتعاقد في أثناء استعمال سلطتها في الرقابة تستند في حقيقتها إلى احتياجات ومقتضيات المرفق العام وليس إلى تحقيق أي غرض آخر.

ثالثاً. يجب ألا تؤدي ممارسة سلطة الرقابة إلى تغيير في مضمون العقد وطبيعته :

لا يجوز للإدارة المتعاقدة تحت ستار ممارسة حقها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، أن تقوم بتعديل موضوع العقد^(٢)، بأن تصدر إلى المتعاقد معها بعض الأوامر التي من شأنها تغيير طبيعة أو جوهر العقد ذاته أو تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوع الأداء وأهميتها والمدة المطلوبة للتنفيذ^(٣).

فإذا تجاوزت الرقابة هذا النطاق وقامت بتعديل موضوع العقد فإن هذا يعني سلطة تعديل شروط العقد لا سلطة الرقابة على تنفيذه^(٤). فليس للإدارة مثلاً بمناسبة ممارسة سلطتها في الرقابة أن تغيّر من طبيعة عقد الالتزام بتحويله إلى الاستغلال المباشر عن طريق مصادرة حق الملزم في الإدارة وجعله منفذاً لأوامرها^(٥).

(١) د. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٧.

(٢) د. جورج شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٤، ص ١٠٧٥.

(٣) د. عمار التركاوي، مرجع سبق ذكره، ص ١١.

(٤) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٣ وما بعدها.

(٥) د. طعيمة الجرف، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٩.

وتصرف الإدارة هنا يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، ويمكن للمتعاقد اللجوء إلى القضاء وطلب إلغاء قراراتها في هذا الشأن^(١). وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي، في حكمه الصادر بشأن قضية شركات السكك الحديدية: "... بإلغاء القرار الصادر من وزير الأشغال والذي يفرض على الشركات المذكورة ضرورة الحصول على موافقة الوزير بشأن العقود التي ترغب في إبرامها مع الغير في مجالات معينة "مثل إيجار البوفيهات" وذلك لأن المرسوم الصادر في ١٥ يونيو ١٩٢٦ والخاص بتنظيم الرقابة المالية، يعطي للوزير الحق في فحص العقود التي تبرمها الشركات وليس الحصول على إذن منه بإبرامها، وبالتالي يكون قرار الوزير بإخضاع العقود لاعتماده مشوباً بعيب تجاوز السلطة..^(٢).

فسلطة الإدارة في الرقابة بمفهومها المزدوج "الإشراف والتوجيه" سواء أكان منصوباً عليها في العقد أم كانت مستمدة من القوانين واللوائح أم كانت قائمة بذاتها كسلطة أصلية في خارج نصوص العقد، لها نطاق معين لا يجوز لها أن تتعدها، وهذا النطاق يمثل الحد الفاصل بين سلطة الرقابة "بمعنى التوجيه" وسلطة تعديل نصوص العقد بالإرادة المنفردة للإدارة^(٣).

فإذا كان يحق للإدارة في عقد الأشغال العامة — مثلاً — اتخاذ إجراءات من شأنها التأكد من أن المتعاقد يستعمل ذات المواد المتفق عليها بتعاقده، إلا أنها تكون قد تجاوزت مظاهر استعمال هذا الحصر إذا قررت إحلال مواد أخرى في التنفيذ محل تلك المتفق عليها بالعقد، وتكون بذلك قد عدلت شرطاً تعاقدياً ربما كان محل تقدير لدى المتعاقد مع الإدارة حين قدر المقابل المادي

(١) د. السيد فتوح محمد هندراوي، مرجع سبق ذكره، ص ١٢١. د. محمد الحسين ود. مهدي نوح،

مرجع سبق ذكره، ص ٢٣١.

(٢) C. E., 18 juillet 1930, Société P. L. M., Rec. 1930, p. 275.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

للمتعاقد^(١). وفي المقابل إذا كان تجاوز الإدارة في استعمالها لسلطتها في الرقابة والتوجيه يسيراً، فإن ذلك التجاوز لا يشكل خطأً عقدياً من جانبها، وإن كان يترتب عليه التزام الإدارة بتعويض المتعاقد عن النفقات التي تكبدها بسبب ذلك التجاوز، إعمالاً لمبدأ التوازن المالي للعقد، وهو يمثل إحدى حالات مسؤولية الإدارة العقدية بلا خطأ^(٢).

ولكنه إذا بلغت آثار تصرفات الإدارة غير المشروعة التي مارسها حال رقابتها على تنفيذ العقد حداً من الجسامة، يستحيل معه الاستمرار مع الإدارة في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، فهنا للمتعاقد حق اللجوء إلى قاضي العقد طاعناً في تصرفاتها مطالباً بفسخ العقد^(٣).

خلاصة القول: إذا كانت الإدارة المتعاقدة تملك حق الرقابة بالمعنى الواسع المشار إليه على تنفيذ العقود الإدارية، فإن حقها هذا ليس مطلقاً، وإنما يقيد بها بذلك قيدان: أولهما: أن يكون هدف الإدارة ورائدها في معرض ممارستها سلطة الرقابة تحقيق المصلحة العامة. وثانيهما: أن يقتصر إعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والإشراف على مطابقة الالتزامات الأساسية المنصوص عليها في العقد على تنفيذ الأعمال. ويترتب على إساءة استعمال الإدارة لحقها في الرقابة حق المتعاقد في الطعن بقراراتها أمام قاضي العقد والحصول على التعويض عما لحق به من أضرار. ويعد هذا في حد ذاته ضماناً للمتعاقد من تعسف الإدارة، وهي من المبادئ الأساسية والعامة المقررة في تنفيذ العقود الإدارية والمعمول بها في كافة الدول التي طبقت نظرية العقد الإداري.

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سبق ذكره، ص ١١٠-١١١.

(٢) د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢، ص ٣٤٤.

(٣) A. DELAUBADERE. Contrats administratifs, *op. cit.*, p. 321.

الفرع الثاني

الآثار القانونية المترتبة على ممارسة سلطة الرقابة

من الجدير بالذكر أن ممارسة الإدارة لسلطتها في رقابة وتوجيه المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد، لا تعني انتفاء مسؤوليتها عن ممارسة هذا الحق في حالة تجاوزها لحدودها، وممارستها لهذه السلطة بعيداً عن المصلحة العامة، أو في غرض لا يقتضيه سير المرفق العام.

وفي المقابل فإن كون الإدارة المتعاقدة الراعي والموجه الحقيقي للعقد في أثناء تنفيذه، فإن هذا لا يعفي المتعاقد من المسؤولية عن تنفيذ العقد بشكل صحيح وبما يتوافق مع الصالح العام وشروط العقد. وعلى هذا سيتم البحث في آثار الرقابة بالنسبة إلى كل من الإدارة والمتعاقد معها، على النحو الآتي:

أولاً. آثار الرقابة بالنسبة إلى المتعاقد:

من الجدير بالذكر أن ممارسة الإدارة لسلطتها في رقابة وتوجيه المتعاقد معها لا يعفي الأخير من المسؤولية عن التنفيذ السليم للعقد^(١).

كما أن عدم قيام الإدارة بالرقابة على تنفيذ العقد، أو مباشرتها للرقابة وعدم توجيهها أية ملاحظات للمتعاقد، لا يعفيه أيضاً من المسؤولية عن سوء التنفيذ، ولا يعفيه من مسؤولية التنفيذ الصحيح للعقد^(٢) استناداً إلى قاعدة حسن النية في تنفيذ العقد.

وبذلك يبقى المتعاقد مسؤولاً عن تنفيذ العقد الإداري على الوجه السليم، سواء مارست الإدارة دورها أو تقاعست في رقابتها على التنفيذ. وعلى قاضي

(١) G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, *op. cit.*, p. 229.

(٢) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٥. ود. عيسى عبد القادر

الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،

عام ١٩٩٧، ص ٢٨١-٢٩٨.

العقد أن يأخذ في الحسبان سلوك الإدارة لكي يخفف من مسؤولية المتعاقد معها وخاصة عندما لا تبدي الإدارة أي تحفظات على الأسلوب الذي نُفذت به الأشغال أو عندما تهمل ممارسة حقوقها في الإشراف والتوجيه^(١).

واستثناءً من ذلك تنتفي مسؤولية المتعاقد عن سوء التنفيذ إذا قام بتنفيذ تعليمات وأوامر الإدارة مع سبق إيدائه لتحفظاته على تعليمات الإدارة في الوقت المناسب^(٢).

ومثال ذلك، كما لو كان سوء التنفيذ بسبب يرجع إلى سوء المواد الأولية التي قدمتها الإدارة وتحفظ عليها المتعاقد معها وأخطرها بأن تلك المواد سوف تؤدي إلى سوء التنفيذ، فأصرت الإدارة على ذلك، عندئذٍ تنتفي مسؤوليته.

ثانياً. آثار الرقابة بالنسبة إلى الإدارة:

قد يلحق المتعاقد بعض الأضرار نتيجة ممارسة الإدارة سلطة الإشراف والتوجيه. والسؤال هنا: هل يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة عما تكبده من أضرار ونفقات بسبب قيام الإدارة بمباشرة حقها في الرقابة؟ لقد ميز الفقه والقضاء الإداري بين حالتين:

الحالة الأولى: عدم مسؤولية الإدارة عند ممارسة حق الرقابة:

كمبدأ عام لا يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عن قيام الإدارة بإعمال سلطتها في الرقابة على العقد الإداري ما دامت هذه الرقابة في الحدود المبينة في العقد^(٣). أو في الحدود المعقولة إذا لم تكن حدود الإشراف مبينة في العقد^(٤). وفي هذه الحالة يتحمل المتعاقد النفقات دون المطالبة بالتعويض عنها،

(١) Principe dégagé par C. E., 19 mai 1899, *Levieux: Rec. CE 1899*, p. 401 : le recours pour excès de pouvoir directement dirigé contre le contrat est irrecevable.

(٢) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٥.

(٣) د. محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٨.

(٤) عاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٣.

بحسبان أن إجراءات الرقابة والتوجيه التي تباشرها الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية هي من الأمور الطبيعية والمعتادة^(١).

وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في عددٍ من أحكامه، ومنها رفضه تعويض المتعاقد عن النفقات التي تكبدها بسبب الأوامر المصلحية النظامية الصادرة في نطاق نصوص العقد^(٢).

الحالة الثانية: تقرير مسؤولية الإدارة عند ممارسة حق الرقابة:

تتطلب المصلحة العامة حماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة، لذلك تمارس الإدارة سلطة الرقابة والإشراف. ولكن يترتب في بعض الأحيان على ممارسة الرقابة، تقرير مسؤولية الإدارة التعاقدية في مواجهة المتعاقد معها بهدف إيجاد التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطتها وضمان حقوق المتعاقد معها. عندئذٍ يجوز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء الإداري والمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطأ الإدارة، أو فسخ العقد في حالة جسامه الخطأ.

ويميز القضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد بين فرضين^(٣):

الأول - ارتكاب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف: في هذه الحالة يحق للمتعاقد الحصول على التعويض إذا ما قامت الإدارة بالإشراف على نحو شائب التعسف. ومن أمثلة ذلك أن ترفض الإدارة المواد التي يستخدمها المتعاقد معها من دون مسوّغ. أو أن تطلب مواد ذات تكلفة عالية لا تتطلبها الضرورة الفنية لتنفيذ

(١) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٥.

(2) CE, 7 oct. 1994, n° 124244, Épx Lopez : Juris-Data n° 1994-046400 ; Rec. CE 1994, p. 430; utilisation par le juge administratif des pouvoirs qu'il tient de la loi de 1980 pour obliger l'Administration à exécuter un jugement annulant un acte détachable, l'exécution relevant du plein contentieux même si elle concerne un jugement d'excès de pouvoir..

(3) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦.

العقد، أو أن تتأخر الإدارة في تسليم المخططات والرسومات المتعلقة بتنفيذ الأشغال، وكذلك تأخرها في تسليم المواد الضرورية^(١). أو أن تطلب من المتعاقد إحضار عدد من العمال يزيد عن الحد المألوف^(٢).

ومن أخطاء الإدارة المشوبة بالتعسف في أثناء ممارستها لسلطانها الرقابية، وقف تنفيذ العقد لمدة غير معلومة، وهذا الخطأ يسوّغ للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد والتعويض سواء نص العقد على ذلك أو لم ينص^(٣).

أما في سورية، فقد أجازت المادة ٦٠/ الفقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ الخاص بنظام عقود الجهات العامة والصادر بتاريخ ٩/١٢/٢٠٠٤ لأمْر الصرف الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً. وفي الفقرة الثانية من المادة ذاتها أعطت للمتعهّد حق طلب فسخ العقد إذا تجاوزت مدة وقف التنفيذ سنة كاملة... "مع حقه بالتعويض عما لحق به من أضرار. ويقدر هذا التعويض من قبل قاضي العقد.

الثاني - تجاوز الإدارة حقها في ممارسة الرقابة دون خطأ: إن امتلاك الإدارة حقها في ممارسة الرقابة والتوجيه يقابله التزامها بتعويض المتعاقد حتى ولو لم يرتكب أي خطأ متى تجاوزت الإدارة حدود هذه الرقابة بشكل يفوق توقعات أطراف العقد، ويؤدي إلى تفاقم الأعباء المالية للمتعاقد^(٤).

ولكي تتحقق مسؤولية الإدارة في هذا الفرض لا بد من توفر ضوابط عدة^(٥):

(١) C.E., 13 novembre 1964, Société Alantua et Olivier, Rec.1964, p. 459.

(٢) C.E., 20 Avril 1984, Rouget, Rec. 1984, p. 268.

(٣) C.E., 3 juin 1971, Société Saumoral, Rec. 1971, p. 12.

(٤) د. محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٤.

(٥) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦.

- D. POUYAUD, La nullité des contrats administratifs : LGDJ, coll. Bibl. droit public, 1991, thèse, Paris II, p. 26..

أ - صدور الأوامر والتعليمات عن الإدارة، بمعنى أن المسؤولية لا تتقرر على الإدارة عند تفاقم الأعباء المالية للعقد، إذا كان ذلك بسبب أفعال المتعاقد، ولو حازت موافقة الإدارة.

ب - إلحاق ضرر بالمتعاقد من جراء أوامر الإدارة وتعليماتها، وعليه لا يستطيع المتعاقد طلب التعويض عن الأوامر الإدارية الصادرة لمصلحته الخاصة.

ولكن يبقى لنا أن نتساءل: هل حق الرقابة والتوجيه والإشراف الذي تملكه جهة الإدارة يعني المتعاقد من المسؤولية قبل الغير؟

بداية لا بد من التفريق بين ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه المتعاقد مع الإدارة يثير مسؤوليته المدنية أم الجزائية.

بالنسبة إلى المسؤولية الجزائية: إذا أتى المتعاقد مع الإدارة فعلاً يشكل جريمة فإنه كقاعدة عامة لا يمكن تحميل شخص معين تبعة واقعة إجرامية ما لم ترتبط هذه الواقعة بنشاط ذلك الشخص برابطة السببية، أي رابطة النتيجة بالسبب، وذلك لأن مساءلة الشخص عن واقعة إجرامية بغير قيام هذه الرابطة المادية بينها وبين نشاطه، يعني مؤاخذته عنها على الرغم من عدم تدخل نشاطه في إحداثها وهذا لا يجوز. فالركن الأول للمسؤولية الجزائية هو الرابطة المادية بين نشاط الجاني والواقعة المعاقب عليها وهو ما يسمى الإسناد المادي^(١). وعليه، فإن المسؤولية الجزائية مسؤولية شخصية، والقاعدة في الفقه الإسلامي أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"^(٢).

(١) د. عبد الحميد الشواربي والمستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دون ذكر مكان النشر، سنة ١٩٩٧، ص ١.

(٢) المقصود بهذه القاعدة أن من يباشر الفعل يتحمل تبعاته حتى ولو لم يكن عامداً، انظر في تفصيل ذلك: الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ص ٤٥٣.

أما في المسؤولية المدنية: فالأصل فيها أن من يباشر نشاطاً يتحمل نتيجته، وعليه أن يعرض الغير الذي يلحقه ضرر منه ولو كان سلوكه غير مشوب بخطأ ما. وتستند هذه النظرية إلى فكرة العدل (الغرم بالغنم)، فعلى من يقوم بنشاط عليه أن يتحمل جميع نتائجه سواء كانت حسنة أو سيئة. وما دام الشخص يستفيد من مغنم نشاطه، فعليه أن يتحمل مغارمه^(١).

وعلى هذا فالمسؤولية المدنية في هذه الحالة تعد شخصية أيضاً. ويبقى أن نتساءل عما إذا كان المتضرر من عمل المتعاقد مع الإدارة يستطيع أن يرجع على الإدارة وفقاً لأحكام مسؤولية المتبوع من أعمال تابعه^(٢)، أم أن نشاط المتعاقد مع الإدارة لا تتحقق فيه شروط التبعية التي تسوّغ الرجوع على الإدارة وفقاً لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه؟

للإجابة على هذا السؤال ونظراً لسكوت قانون التعاقدات العامة المصري الجديد رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ عن التعرض إلى مثل هذه النقاط القانونية، كان لا بد من الرجوع إلى أحكام القانون المدني المصري. إذ نصت المادة ١٧٤/ منه على أن: « ١- يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها. ٢- تقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كانت عليه سلطة فعلية في رقيبته وفي توجيهه ».

مفاد هذه المادة أن المشرع جعل تحقيق مسؤولية المتبوع منوطة بتحقيق شرطين، هما: قيام علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع، وارتكاب التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً.

(١) د. عبد الحميد الشواربي، والمستشار عز الدين الدناصري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السادسة، دون ذكر مكان النشر، سنة ١٩٩٧، ص ٥٥ وما بعدها.

(٢) د. سالم أحمد علي الغص، مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٨، ص ٧٨.

وفي سورية تناولت ذلك المادة /٢٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة^(١).

فعللاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبع على تابعه.

وعنصر وجود السلطة الفعلية يكون قائماً حتى ولو لم تكن مستمدة من سلطة عقدية، إذ لا يشترط لقيام السلطة الفعلية أن يكون المتبع قد اختار تابعه بنفسه، بل يكفي أن يكون هناك تبعية مستمدة من سلطة فعلية.

أما عنصر الرقابة والتوجيه فمفاده أن تكون السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه، فالمتبع لا بد من أن تكون له السلطة في أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله ولو توجيهاً عاماً، وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر، ولا بد من أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل يقوم به التابع لحساب المتبع^(٢).

وباستعراض أحكام مسؤولية المتبع عن أعمال تابعه وتطبيقها على العقود الإدارية يلاحظ أن شروطها متوافرة، وذلك للأسباب الآتية:

(١) تنص المادة /٢٣/ من القانون رقم /٥١/ والخاص بنظام العقود للجهات العامة في سورية والصادر بتاريخ ٩/١٢/٢٠٠٤، على أنه: "... تقع على المتعهد مسؤولية اتخاذ التدابير كافة، اللازمة والكافية لمنع وقوع أي ضرر أو خسارة أثناء تنفيذ العقد.. ويتوجب على المتعهد أيضاً اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لصيانة أرواح العمال والمستخدمين والأهليين والحيوانات سواء منهم من كان له علاقة مباشرة بأعمال العقد أم لم يكن، من أي ضرر أو إصابة تلحق بأي منهم أثناء قيام المتعهد بتنفيذ أعمال العقد.

ويعتبر المتعهد في حال وقوع مثل هذا الضرر مسؤولاً عن إزالته وتجديده أو تصليح القسم المتضرر على نفقته، كما يعتبر مسؤولاً عن دفع كافة التعويضات المادية المترتبة عن وقوع أي من تلك الأضرار أو الخسائر أو الإصابات للجهة المتضررة..".

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٤، ص ٨٦٢.

أولاً — تملك الإدارة حق الإشراف والتوجيه على المتعاقد معها في أثناء تنفيذه للعقد الإداري، ولها أن تأمره بتغيير أسلوب تنفيذه للعقد، إذا كان لا ينفذه على نحو مرضٍ لها، ومتوافق مع أحكام العقد. كما أن لها سلطات أبعد من ذلك، تتعدى الإشراف والتوجيه على العقد لتصل إلى تعديله، لا بل إن سلطات الإدارة التي تملكها وتمكنها من تمام فرض هيمنتها على العقد الإداري تصل إلى حد إنهاء العقد من دون خطأ من المتعاقد.

ثانياً — إن المتعاقد مع الإدارة لا ينفذ العقد بمعزل عن الأخيرة، بل هو في نهاية الأمر معاون للإدارة في تسيير المرفق العام، وذلك عن طريق تنفيذ محل التعاقد الذي هو بالضرورة مسخر لخدمة المرفق العام.

ثالثاً — إن إمكانية مقاضاة الإدارة من قبل الغير المتضرر يحقق فائدة عظيمة، إذ إن المضرور سيكون له الخيار بين رفع الدعوى على المتعاقد أو على الإدارة. كما أنه سيجد الإدارة المليئة ليتلقى منها التعويض الجابر له عما أصابه من ضرر. والإدارة في هذه الحالة لن تخسر شيئاً كونها سترجع على المتعاقد معها بما قامت من دفعه كتعويض للمتضرر وتخصمه من مستحقات المتعاقد.

أضف إلى ذلك أن إمكانية مقاضاة الإدارة سيجعل المتضرر أمام خيارين:

— أولهما في رفع الدعوى أمام محاكم مجلس الدولة فيما إذا اختار مقاضاة الإدارة.

— وثانيهما خيار القضاء العادي إذا اختار رفع الدعوى على المتعاقد، وفي هذا فائدة كبيرة لصالح المتضرر.

وعليه، فإن من تضرر من جراء خطأ المتعاقد مع الإدارة — في أثناء أو بسبب تنفيذ العقد الإداري — أن يرجع على الإدارة بالتعويض وفقاً لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

المطلب الثاني

العلاقة بين مدى سلطة الإدارة في الرقابة ونوع العقد الإداري

يعترف الفقه والقضاء للإدارة بسلطة الرقابة حتى في خارج نصوص العقد، فهذه السلطة بمعناها الضيق كسلطة إشراف تقوم بذاتها في كافة العقود الإدارية، كما أن سلطة الرقابة بمعناها الواسع كسلطة توجيه، معترف بها من حيث المبدأ كسلطة قائمة بذاتها^(١).

إلا أن مدى هذه السلطة يختلف باختلاف نوع العقد الإداري ومدى ارتباطه بالمرفق العام. فتكون هذه السلطة شديدة وفي قمة اتساعها في عقود الأشغال العامة وأقل شدة في عقود التزام المرافق العامة أو عقود التوريد البسيطة^(٢).

وعليه سوف يتم التعرض إلى تطبيقات سلطة الرقابة على التنفيذ وكذلك وسائل هذه الرقابة في أهم العقود الإدارية من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تطبيقات سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على عقود الأشغال العامة

الفرع الثاني: تطبيقات سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على عقود التوريد

(١) L. GEORGE, La théorie générale des contrats administratifs, Encyclopédie administrative, L. 510, p. 6.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦. ود. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٧.

الفرع الأول

تطبيقات سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على عقود الأشغال العامة

أولاً - خصوصية الرقابة على تنفيذ عقود الأشغال العامة وأهميتها :

تعد عقود الأشغال العامة من أبرز أنواع العقود الإدارية التي تظهر فيها سلطة الإدارة في الرقابة بوضوح^(١)، إذ يتسع نطاق الرقابة فيها إلى أبعد مدى، ويرجع ذلك إلى الخصائص الذاتية^(٢) لهذا العقد، وكون الإدارة هنا هي

(١) لم يُعرّف المشرع السوري عقد الأشغال العامة لا في قانون العقود رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ ولا في دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤.

- وكذلك لم يعرفه المشرع في فرنسا ومصر.

- أما الفقه فقد عرفه بأنه "عقد يبرم بين الإدارة من جهة وبين أحد أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى لتنفيذ أشغال على عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق المنفعة العامة لقاء ثمن متفق عليه".

أسامة مازن العوا، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في التشريع السوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سنة ٢٠١٨، ص ١٩.

- ويعرف بأنه: "اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يكلف بموجبه الأخير القيام بتنفيذ أحد الأشغال العامة لحساب الشخص المعنوي العام في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد".

سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سنة ٢٠١٠، ص ٣٢٩.

- وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٢٣: بأنه "عقد مقالة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عمار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد".

عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١٦، ص ٣٢.

(2) A. DELAUBADERE, et A. LANDRE, Traite de droit administratif, Tome 2, ge éd, L.G.D.J, 9eme éd., Tome 2, Paris, 1992, p. 447.

المالك الحقيقي للمشروع^(١)، والقائمة على رعاية الصالح العام، والمسؤولة أمام المجتمع عن تنفيذ المشروعات العامة وأداء الخدمات بصورة منتظمة مما يوجب عليها أن تباشر رقابة شديدة على النشاط الفردي المسهم في تنفيذ هذه المشروعات، وتفرض على المتعاقد معها الالتزام بتنفيذ أوامرها المصلحية التي تصدرها إليه.

وعليه فإن الرقابة على تنفيذ عقود الأشغال العامة أمر واجب على الإدارة، وليس رخصة لها أن تستعملها متى نشاء وتتركها متى نشاء لتعلق ذلك بالصالح العام^(٢). ولأن الإدارة صاحبة المشروع وسيدة العمل والمدير الحقيقي للأعمال، فإن المتعاقد لا يعدو أن يكون مسهماً في التنفيذ^(٣) ومعاوناً لها في أداء الخدمة العامة^(٤) مع خضوعه الدائم لرقابة ممثلي الإدارة^(٥).

وتتدرج سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ضمن الشروط غير المألوفة في مجال القانون الخاص والتي تعد مظهراً أساسياً من مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري ولا تستمد منه^(٦)، وإنما من النظام القانوني لعقد الأشغال العامة كعقد إداري.

ويرى معظم الفقهاء أن عقد الأشغال العامة يحتوي بطبيعته الحال على شروط استثنائية، وأن خصائصه تتركز في أن الشروط الاستثنائية الخارجة عن القانون الخاص تهدف إلى وضع المتعاقد في مركز أدنى، يفرض عليه

(١) C.E., 5 août 1927, Mim de la guerre, Rec. 1927, p. 966.
- C.E., 18 Octobre 1935, Pasquelin, Rec. 1935, p. 952.

(٢) رياض عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، سنة ١٩٧٦، ص ١١٥.

(٣) J. DUFAU, le droit des travaux publics, Tome 1, 2eme éd. Editions, Paris, 1988, p. 196.

(٤) J. LEDLÉRE, les marches de fournitures et de travaux publics, Dalloz, Paris, 1949, p. 107.

(٥) أ. رياض عيسى الزهيري، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٣.

(٦) M.-L. MOREAU, Les contrats administratifs, droit administratif et administration, Notices de la documentation française, Paris, 1988, p. 2.

الخضوع للإدارة في الأوامر التي تصدرها إليه لتوجيهه في تنفيذ العقد، وأن هذه الشروط الاستثنائية يفترض وجودها حتى ولو لم ينص عليها في العقد^(١).

والأصل أن سلطات الرقابة المقررة للإدارة في عقد الأشغال العامة إنما هي عناصر عادية في هذا العقد، فإذا سببت ممارستها أعباء مادية أو إرهاباً للمتعاقد فإن عليه أن يتحمل هذه المخاطر، فالممارسة العادية لسلطات الرقابة في حدود توقعات العقد لا تعطي أي حق في التعويض^(٢).

والحقيقة أن للرقابة على تنفيذ الأشغال العامة أهمية قصوى، إذ تعد عاملاً وقائياً ضد أخطاء بعض المتعاقدين الذين لا يراعون الأصول الفنية في تنفيذ الأعمال^(٣). ولذا فإن مجلس الدولة الفرنسي يولي عناية خاصة بالإشراف على المقاولين في تنفيذهم للأعمال المسندة إليهم. فقد قضى أن "المهندسين أهملوا في تزويد المقاول بالإرشادات اللازمة لحسن تنفيذ الأعمال ولم يقوموا بالإشراف عليه، الأمر الذي كان يمكن به تجنب الغش الذي ارتكبه المقاول... ومن ثم فإن هؤلاء المهندسين قد أخلوا بالتزاماتهم التعاقدية"^(٤). وهذا ما أكدته مجلس الدولة المصري في عدد من أحكامه^(٥).

(١) G. JEZE, contrats administratifs, *op.cit.*, p. 375

ود. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٨. ود. فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، رسالته سألقة الذكر، ص ١٢٧ وما بعدها.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٥.

(٣) د. حمدي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عدد ٨، سنة ١٩٩٦، ص ٢١٩.

(٤) C.E., 16 octobre 1968, sieurs paparazzi et traversa, R. D.P., Rec. 1969, p. 737 et 738.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢٠٠٢، ع. جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠، مجلة العقود في (١٥) عاماً، ص ١٥٢. والطعن رقم ٦١٨ لسنة ٢٠٠٤، ع. جلسة ١٩٩٩/٢/٩، غير منشور، وفتوى الجمعية العمومية المصرية رقم ٥٤٠ تاريخ ١٩٩٣/٧/٦، ملف رقم ٢١/٢/٧٨ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ مجموعة مبادئ الجمعية العمومية، ص ٣٦٨.

وأياً كان الأمر، فإن سلطة الرقابة في عقد الأشغال العامة سلطة مطلقة، فالإدارة هي سيدة العمل، فهي تدير وتنظم وتصدر التعليمات، والمقاول يقتصر دوره على تنفيذ هذه التعليمات منذ أول لحظة لتنفيذ العقد، حتى نهايته^(١).

ويتم تدخل الإدارة في هذا المجال عن طريق ما يسمى "الأمر المصلحي" وهو ما يستدعي معالجته قبل أن نعرض لصور تدخل الإدارة بالرقابة في تنفيذ هذا العقد.

ثانياً - الأوامر المصلحية كوسيلة للرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة:

تعد الأوامر المصلحية الأداة الرئيسية، أو الوسيلة التي تلجأ إليها الإدارة لبسط رقابتها على تنفيذ عقد الأشغال العامة^(٢)، ومن ثم التدخل في تحديد أوضاع هذا التنفيذ، أو تكملة النقص فيه أو التعديل^(٣).

ويمكن تعريف الأمر المصلحي بأنه « الأمر الذي يصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد أو المقاول في عقد الأشغال العامة، بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد »، ويصدر عادة من الأعضاء الفنيين، ولا سيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العامة، ويعد قراراً إدارياً ملزماً، يتعين على المقاول أو المتعاقد احترامه وتنفيذ ما جاء فيه^(٤).

ولكي نكون بصدد أمر مصلحي ينبغي توافر الشروط الآتية:

-
- (١) د. جمال عباس عثمان، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩١-٣٩٢.
 - (٢) تجدر الإشارة إلى أن الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى الأوامر المصلحية بمناسبة تدخلها لتعديل شروط العقد الإداري.
 - (٣) د. سلمي الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨١. ود. محمود أبو السعود حبيب، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٣.
 - (٤) د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٥.

١- يجب أن يتخذ الأمر المصلحي الشكل الكتابي:

يجب أن يصدر الأمر المصلحي في صورة كتابية كقاعدة عامة^(١)، ما لم ينص في العقد على جواز صدوره شفاهة، إلا أنه من مصلحة أطراف العقد أن تعلن الإدارة عن إرادتها، بما تتضمنه من توجيهات وتعليمات تتصل بتنفيذ العقد في صورة واضحة ومحددة وقاطعة، ولن يتحقق ذلك إلا إذا اتخذ الأمر المصلحي الصورة الكتابية، إذ تساعد الكتابة في إثبات حصول الأمر ومضمونه، كما أنها تعطي للمتعاقد الفرصة للتعرف بشكل واضح على طبيعة وماهية أوضاع ووسائل التنفيذ التي يتعين عليه اتباعها.

ويترتب على ذلك أن من حق المتعاقد عدم الالتزام بتنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر إليه^(٢)، ولا سيما أنه لا يستطيع أن يطالب بالتعويض إلا استناداً إلى الأوامر الكتابية^(٣).

وقد اتبع المشرع المصري النهج الذي سلكه نظيره الفرنسي عندما أوجب الشكل الكتابي في الأوامر المصلحية، إذ تنص عادة دفاتر الشروط

(١) دي لوبادير، مؤلفه في العقود، مرجع سبق ذكره، الجزء الثاني، ص ٣٦٩. وأيضاً المادة ٢/فقرة (٥) من كراسة الشروط الإدارية العامة في فرنسا (C.A.G). والتي تنص على أن الأمر المصلحي يجب أن يكون مكتوباً ومؤرخاً ومرقماً ومسجلاً:

L'ordre doit être écrit, daté, numéroté, et enregistré.

وننوه هنا إلى أن المشرع الفرنسي أجاز للإدارة في المادة (R. 2234-8) من اللائحة التنفيذية لقانون العقود الإدارية الصادرة بموجب المرسوم (١٠٧٥-٢٠١٨) أن تراقب أداء العقد بأي وسيلة تراها مناسبة وأن تطلب أي مستند من المتعاقد تراه مفيداً لممارسة الرقابة على تنفيذ العقد.

ومن الفقه المصري، د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٧٦. ود. فؤاد العطار، رسالته باللغة الفرنسية، سالفه الذكر، ص ١٧٩. ود. محمد سعيد أمين، رسالته سالفه الذكر، ص ٣٥٣.

(٢) د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٣) دي لوبادير، مؤلفه في العقود، الجزء الثاني، ص ٣٦٩.

الرئيسة على استلزام الشكل الكتابي للأوامر المصلحية^(١). ومع ذلك يعتد مجلس الدولة الفرنسي بالأمر الشفهي في حالة ما إذا كان الأمر لا يتضمن سوى التنبيه على المفاوض بمراعاة ما هو منصوص عليه في العقد^(٢). ولكن إذا كان من المفروض - كقاعدة - صدور الأمر المصلي كتابة، فلا يوجد صيغة محددة يتعين الالتزام بها في هذا الصدد، وبالتالي يمكن أن يصدر الأمر في صورة خرائط أو تصميمات أو رسومات^(٣) أو خطابات تسلم للمفاوض^(٤).

٢ - وجوب صدور الأمر المصلي عن السلطة المختصة:

لا يكفي أن يأخذ الأمر المصلي الشكل الكتابي، وإنما يجب أن يصدر من السلطة المختصة، سواء تمثلت هذه السلطة في الإدارة المتعاقدة بذاتها أو في المهندس المكلف بالإشراف على تنفيذ الأشغال. ويذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى التفرقة بين نوعين من الأوامر المصلحية:

الأول: الأوامر التي تصدر في إطار ما هو متفق عليه بين الطرفين، وهذه يمكن صدورها من قبل مهندس الأشغال أو أحد تابعيه.

والثاني: الأوامر التي تنطوي على تغيير أو فرض التزام جديد، وهذه يختص مهندس الأشغال دون تابعيه بإصدارها.

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٧. ود. فؤاد العطار، رسالته سالفه الذكر، ص ١٧٩ وما بعدها، كما أن هذا الشكل الكتابي في الأوامر المصلحية مستفاد من نص المادة ٥١/ من قانون التعاقدات المصري الجديد رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ والتي تستوجب إخطار المتعاقد بمخالفته لشروط العقد أو إهماله أو تقصيره في أداء أحد التزاماته بكتاب يرسل بخدمة البريد السريع وذلك قبل فسخ العقد أو سحب العمل وتنفيذه على حسابه.

(2) C.E., 28 mars 1945, Clauzier, Rec. 1945, p. 68.

(3) C.E., 26 novembre 1913, vilale, Rec. 1913, p. 1148.

(4) C.E., 14 Février 1912, l'assaut, Rec. 1912, p. 210

C.E., 29 juillet 1943, Villemain, Rec. 1943, p. 219.

وأساس هذه التفرقة، أن الأوامر التي تنطوي على تغيير في العقد يترتب عليها غالباً نتائج على درجة عالية من الأهمية والخطورة، الأمر الذي لا يمكن معه تركها لتقدير أحد الموظفين التابعين لمهندس الأشغال إلا في حالات الضرورة القصوى^(١).

وهنا يمكن أن نتساءل ما مدى التزام المقاول بتنفيذ الأوامر المصلحية؟

القاعدة العامة هي ضرورة استجابة المقاول لهذه الأوامر والخضوع لها، وبذل الجهد في سبيل تنفيذ ما يرد بها من توجيهات وتعليمات طالما أنه قد قبل بهذه الأوامر من دون تحفظ، سواء عن طريق توقيعه عليها بالعلم أو بقيامه بتنفيذها مباشرة. ومن ثم تتعدّد مسؤولية المقاول أمام الإدارة المتعاقدة في حالة إهماله أو رفضه تنفيذ الأوامر المصلحية حتى ولو انطوت هذه الأوامر على تعديل في الأشغال المتفق عليها^(٢).

فالإدارة وحدها هي التي تملك إلغاء أو وقف تنفيذ الأوامر المصلحية التي أصدرتها إلى المقاول وذلك في ضوء ما تقتضيه المصلحة العامة ومستلزمات تنفيذ الأشغال. حتى قاضي العقد ليس له مثل هذه الصلاحيات، وكل ما يملكه في هذا الصدد الحكم للمتعاقّد بالتعويض أو فسخ العقد إذا كان لذلك ما يسوّغه^(٣).

ويمكن للمقاول ألا يوافق على الأمر المصلحي، ويتعين عليه حينئذ التظلم أو الاعتراض كتابة خلال المدة المنصوص عليها في العقد أو دفتر

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٥.

(٢) د. نصري منصور النابلسي، مرجع سبق ذكره - ص ١٣٥.

(٣) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، عام ١٩٧٤،

الشروط. وإلا سقط حقه في الاعتراض^(١). وبالتالي لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد يتحملها من جراء تنفيذ الأمر، وإذا قرر المَقول استخدام حقه في الاعتراض على الأمر المصلحي، فإنه يجوز له ذلك من دون التقيد بشكل معين، وبالتالي يمكن الاعتراض عند استلام الأمر أو عن طريق خطابات يبعث بها المَقول إلى مهندس المشروع^(٢).

واعترض المتعاقد على الأمر المصلحي لا يؤدي إلى وقف تنفيذه، إذ يظل المَقول ملتزماً بتنفيذ هذا الأمر على الرغم من اعتراضه عليه^(٣).

كما تجدر الإشارة إلى أن المدة المحددة للاعتراض لا تبدأ في السريان إلا من تاريخ استلام المَقول الأمر، وبالتالي لا يقبل الاعتراض منه قبل ذلك^(٤).

ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في احترام المدة التي يتعين الاعتراض خلالها على الأمر المصلحي، ويعد هذه المدة آمرة ويتحمل المتعاقد النتائج على انقضائها، إذ ليس من المعقول أن تبقى الإدارة تنتظر طويلاً الاعتراض المحتمل من جانب المتعاقد مما قد يؤدي إلى إعاقة تنفيذ الأشغال.

ومع ذلك فإن المجلس يتجه إلى عدم إلزام المتعاقد بمراعاة مدة معينة للاعتراض إذا لم ينص على هذه المدة صراحة في العقد أو في دفاتر الشروط^(٥). وعند النص على المدة اللازمة للاعتراض، فإن هذه المدة تنطبق فقط على الأوامر المصلحية بمعناها المحدد، ولا تمتد إلى طلبات المتعاقد الأخرى التي قد يستمدّها من العقد، كما أنها لا تنطبق على ما قد يصدر من

(١) تنظم دفاتر الشروط الفرنسية هذه المدة، وهي تتراوح بين عشرة أيام وخمسة عشر يوماً.
C.E., 23 décembre 1932, Départ de L'asine, Rec. 1932, p. 1140

(٢) د. فؤاد العطار، رسالته سألقة الذكر، ص ١٨٥.

(٣) C.E., 16 Février 1966, BERANARD, Rec. 1966, p. 113.

(٤) C.E., 14 Février 1912, L' Arnault, Rec. 1912, p. 211.

(٥) C.E., 8 Mars 1946, Ville d'Amiens, Rec. 1946, p. 76.

الإدارة من أوامر تعسفية تتعلق بإلزام المقاول بأعمال إضافية لا تدخل في صميم الأشغال المتفق عليها^(١).

وفي كل الأحوال لا يجوز للإدارة التستر وراء هذه المدة المقررة للاعتراض على الأوامر المصلحية لكي تحرم المتعاقد من بعض طلباته المشروعة الأخرى، فلا يجوز لها مثلاً التصل من دفع باقي الثمن المتفق عليه بحجة أن المتعاقد لم يعترض على قرارها في هذا الصدد خلال المدة المحددة للاعتراض على الأوامر المصلحية^(٢).

ومن المسلم به أن الرقابة التي تباشرها الإدارة على تنفيذ العقد الإداري لا تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من مسؤوليته عن الوفاء بالتزاماته في ظل هذا المجال سواء في مواجهة الإدارة أو في مواجهة الغير^(٣).

وعليه لا يجوز للمتعاقد أن يتذرع بقيام الإدارة بمراقبته في أثناء تنفيذ العقد، لنفي مسؤوليته عن الأشغال المعيبة التي أنجزها، كذلك لا يعفى المتعاقد من مسؤوليته عن هذا التنفيذ المعيب للأشغال بحجة أن هذه المواد المستعملة أو الأشغال لم تكن محلاً للنقد من أثناء التنفيذ من جانب مهندس المشروع^(٤).

إلا أن مسؤولية المقاول المتعاقد تنتفي في حالة قيامه بتنفيذ الأمر المصلحي الصادر من السلطة المختصة بشكل إجباري، كما لو ألزمته الإدارة باستخدام مواد معينة من نوع رديء^(٥).

(١) C.E., 12 juillet 1950, Vituret, Rec. 1950, p. 433.

(٢) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٨.

(٣) A, DELAUBADERE, *op. cit.*, p. 547.

(٤) C.E., 10 juillet 1925, Guillet, Rec. 1925, p. 663.

(٥) C.E., 19 mai 1948, Entreprise M. L. C Départ, Rec. 1948, p. 267.

أما إذا كانت المواد الرديئة المستخدمة في التنفيذ هي من اختيار المتعاقد، فإن خضوعه للرقابة لا يعفيه من المسؤولية في هذا الصدد.

ثالثاً - صور الرقابة التي تمارسها الإدارة في عقود الأشغال العامة :

تتعدد مظاهر وصور الرقابة التي تباشرها الإدارة في عقود الأشغال العامة، ويمكن حصر هذه الصور في النقاط الآتية:

١ - أمر البدء بتنفيذ الأشغال:

تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأشغال العامة في السريان من التاريخ المحدد في العقد صراحة أو ضمناً^(١) أو من التاريخ الذي يستلم فيه المتعهد الموقع خالياً من الموانع ما لم ينص العقد على خلاف ذلك^(٢). ونظراً إلى كون الإدارة هي صاحبة المشروع فهي التي تحدد للمتعهد بداية تنفيذ الأشغال من خلال الأمر الإداري بالبدء في التنفيذ (أمر المباشرة).

أما إذا لم ينص في العقد على تحديد موعد البدء في التنفيذ، فإن هذا الموعد، وفقاً للقضاء الفرنسي، يحسب من تاريخ إعلان المفاوض بالأمور المصلي بالبدء في تنفيذ الأشغال^(٣). وفي حالة الشك حول تاريخ البدء في التنفيذ يجب البحث عن النية المشتركة للطرفين^(٤).

ويلتزم المفاوض بالبدء في تنفيذ الأشغال فور تلقيه الأمر الخاص بذلك، غير أن الإدارة يمكنها أن تمهل المفاوض لمدة معينة. تختلف بحسب أهمية الأشغال، حتى يتمكن من توظيف العمال اللازمين وتجميع أدوات العمل ثم يبدأ بعد ذلك في تنفيذ الأشغال المطلوبة^(٥).

(١) د. فؤاد العطار، رسالته سالفه الذكر، ص ٢٤٣.

(٢) د. عمار التركاوي، بحثه سالف الذكر، ص ١٤.

(٣) في سورية لم يحدد القانون رقم ٥١/ الخاص بنظام العقود للجهات العامة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، موعد البدء في التنفيذ، ولكن يفهم من نص المادة ١٧ من القانون أن البدء في التنفيذ هو من تاريخ أمر المباشرة الصادر من الإدارة المتعاقدة إلى المتعهد المتعاقد معها.

(٤) C.E., 12 mai 1905, Ville de Troyes, Rec. 1905, p. 432.

C.E., 5 Juin 1942, Bradel, Rec. 1942, p. 191.

(٥) د. فؤاد العطار، رسالته سالفه الذكر، ص ٢٤٣.

وقد يبدأ سريان موعد تنفيذ الأشغال في مواجهة المتعاقد على أثر عمل مادي من جانب الإدارة المتعاقدة، كقيامها بتسليم المتعاقد النماذج والمخططات أو تسليمه موقع العمل^(١). وعلى ذلك تنص المادة /١٠٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات المصري الجديد رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ على أن "تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول خالياً من الموانع. إلا إذا اتفق على خلاف ذلك". ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من أصل وأربع نسخ يسلم الأصل للإدارة المالية ونسخة إلى الإدارة المتعاقدة لحفظها في ملف العملية. وإذا لم يحضر المقاول أو من يفوضه لتسلم الموقع في التاريخ الذي تحدد له أمر الإسناد، فيحرر محضر بذلك، ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل".

وتطبيقاً لهذا النص فإن المدة المحددة للبدء في تنفيذ الأشغال تبدأ في السريان من تاريخ تسليم الإدارة الموقع للمقاول إما تسليمياً فعلياً بحضوره، أو حكماً في حالة عدم حضوره في التاريخ الذي عينته الإدارة^(٢).

ويرى بعض الفقه أنه يقع على عاتق المقاول التزام باتخاذ موقف إيجابي بأن يتقدم للإدارة بطلب لتسليمه موقع العمل الذي سيجري فيه التنفيذ ليكون تحت تصرفه بما يمكنه من مباشرة مهمته، أما واجب الإدارة المتعاقدة فيقتصر على تمكينه من موقع العمل^(٣).

وفي اعتقادي فإن تقديم المقاول للطلب إلى الجهة الإدارية المتعاقدة لتسليمه موقع العمل لا يشكل التزاماً وإنما مجرد إجراء يصب في مصلحة المقاول كي يتمكن من البدء في تنفيذ العمل وإنجازه في الموعد المتفق

(١) A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, p. 116.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٧.

(٣) د. هارون الجمل، الجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، ١٩٧٩، ص ٤١٠.

عليه، فإذا تأخرت الإدارة عن تسليم موقع العمل فإنها تكون مسؤولة عما يترتب على ذلك من نتائج قد تؤدي إلى تعطيل البدء في تنفيذ العقد.

٢ - الأمر بتحديد خطوات سير العمل ومواعيد تسليم الأشغال:

يعدُّ احترام خطوات ومدد التنفيذ من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول^(١)، وغالباً ما تنص عقود الأشغال العامة أو دفاتر الشروط على تحديد خطوات تنفيذ الأشغال وتحديد ومواعيد التسليم، فإذا لم ينص العقد على ذلك، يتولى رجال الإدارة الفنيين إصدار أوامر التشغيل، وتحديد جداول الأعمال، وفقاً للخطة التي تحددها الإدارة، وتعديل طرق التنفيذ ووسائله^(٢).

وبصفة عامة، يلتزم المقاول بإنجاز العمل في المدة المنصوص عليها في العقد^(٣). أو في المدة التي تحددها الإدارة بقرار منها، وتصبح هذه المدة ملزمة للطرفين إذا لم يعترض عليها المقاول^(٤).

كما يلتزم المقاول بتنفيذ الأشغال خلال المدة المنصوص عليها حتى ولو تلقى أمراً بتغيير طرق أو وسائل التنفيذ، وذلك ما لم يكن هذا الأمر قد صدر في وقت لا يسمح بإتمام التنفيذ خلال هذه المدة. إذ تضاف، في مثل هذه الحالة، مدة مناسبة إلى المدة الأصلية لإتمام عملية التنفيذ، وذلك متى تم تقدير ذلك من قبل الفنيين أو الاستشاريين المعنيين من جانب الجهة الإدارية للإشراف على التنفيذ، أو أن المقاول لا يستطيع الانتهاء من التنفيذ في المدة المحددة أصلاً^(٥).

(١) د. عبد المجيد فياض، رسالته سالفه الذكر، ص ٤٢.

(٢) د. مطيع علي حمود الجبير، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢٦، ود. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٦ وما بعدها.

(٣) د. فؤاد العطار، رسالته سالفه الذكر، ص ٢٤٢.

(٤) C.E., 13 Février 1935, Vendange, Rec. 1935, p. 190.

(٥) د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٨.

والتزام المقاول المتعاقد بإنجاز الأشغال في المدة المحددة في العقد التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية^(١)، وبالتالي لا يعفى المتعهد من المسؤولية لمجرد عدم كفاية المدة، بل يجب قيام سبب أجنبي لا دخل له فيه وعدم ثبوت خطأ من جانبه عند التأخير في إنهاء الأعمال^(٢).

وعليه، فإن المقاول من حقه عند عدم كفاية المدة المحددة لتنفيذ الأشغال، أن يطلب تمديد العقد والحصول على مهلة إضافية^(٣).

وفي هذا الصدد تنص المادة ٩٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة المصري رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨ على أن: « يتعين على مسؤول إدارة العقد، بقدر الإمكان، العمل على إزالة أية عقبات أو مشكلات قد تؤدي إلى التأخير في تنفيذ العقد سواء كان بسبب راجع للجهة الإدارية أو المتعاقد، وفي حالة حدوث تأخير في البرنامج الزمني أو في تنفيذ العقد خارج عن إرادة المتعاقد فيجوز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل تأخير منه. أما إذا كان التأخير راجعاً للمتعاقد فيحصل منه مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة وبما لا يجاوز النسب الواردة بالقانون ... ».

كما تقضي المادة (١١٧) من اللائحة ذاتها بأن: « يقوم مهندس الجهة الإدارية بعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل، بالاشتراك مع المقاول أو مهندسه أو من يفوضه، ويتم التوقيع بصحة المقاسات والأوزان من

(١) د. هارون الجمل، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٠.

ود. عمر حلمي، النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٢.

(٢) C.E. 7 novembre 1917, Delage, Rec. p. 698, CE, 8 aout, 1924, Delobre, Rec. p. 824.

(٣) وفي رأيي يمكن للمتعاقد إلى جانب حصوله على مدة إضافية للانتهاء من تنفيذ الأشغال بناء على اتفاق صريح مع الإدارة المتعاقدة، المطالبة بمد الموعود في حالة تسبب الإدارة من جانبها بتأخير التنفيذ أو في حالة توافر القوة القاهرة.

الاثنين، فإذا تخلف المقاول أو من يفوضه بعد إخطاره، يلزم بالمقاسات والأوزان التي يجريها مهندس الجهة الإدارية.»

وفي سورية، أوجبت المادة /١٧/ من دفتر الشروط العامة لنظام عقود الجهات العامة الصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، على المتعهد أن يقدم للجهة العامة خلال عشرة أيام من التاريخ المحدد للمباشرة بالعمل برنامجاً خطياً يوضح فيه الإجراءات والخطوات التي يرغب في اتباعها في تنفيذ المشروع ويعين فيه الآجال التي يتوقع أن ينهي خلالها كلاً من المراحل العامة المشمولة في العقد. ويحق للجهة العامة أن تطلب إجراء أي تعديل في هذا البرنامج تقتضيه مصلحتها ضمن حدود أحكام العقد وبشكل يتناسب مع المدة المحددة لتنفيذ مجموع الأشغال، وعلى المتعهد التقيد بهذا البرنامج المعدل والعمل بموجبه في أثناء التنفيذ، ولا يجوز له الخروج عن حدوده أو تغيير أي قسم منه إلا بموافقة خطية من الجهة العامة...»^(١).

٣- الأمر بهدم الأشياء المخالفة وإزالتها :

للإدارة في حالة التنفيذ المعيب للأشغال أن تكلف المتعهد المتعاقد بهدمها وإعادة بنائها، ولا يجوز للمتعهد أن يعلّل تنفيذه المعيب للأعمال ويطالب بعدم مسؤوليته عن ذلك استناداً إلى إهمال الإدارة في مباشرة سلطتها في الرقابة والإشراف على التنفيذ^(٢).

ومن ثم فإن لممثل جهة الإدارة إذا اكتشف عيوباً في الأشغال حتى نهاية مدة الضمان أن يصدر أمراً مصلحياً بهدمها وإعادة تنفيذها^(٣).

(١) المادة /١٧/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩.

(٢) د. أيمن محمد جمعة، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٦ وما بعدها. ود. عمار التركاوي، بحثه السابق، ص ١٤.

(٣) د. أيمن محمد جمعة، المرجع ذاته، ص ١٠٦.

وفي مصر المتبع قانوناً وفقاً لما تقضي به المادة /١١٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨، أن الاستلام المؤقت للأعمال لا يتم إلا بعد معاينتها من قبل مندوبي الجهة الإدارية وإقرارهم أنها تمت على الوجه المطلوب، وإذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل يثبت هذا في المحضر ويؤجل الاستلام، ويؤجل التسليم إلى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط^(١).

أما في سورية فقد أوجبت المادة /١٨/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، على المتعهد أن يزيل أو يهدم حالاً كل عمل ترفضه الجهة العامة بسبب أي عيب أو نقص فيه أو تهاون في دقة تنفيذه أو لعدم انطباقه على كل ما تتطلبه المخططات والمواصفات الفنية... وللجهة العامة أن تقرر قبول ذلك العمل مع حسم مبلغ من سعره يعادل قيمة العيب أو العطل شريطة ألا يكون العيب أو العطل جسيماً، وألا يؤدي إلى الإخلال بسلامة المنشأة من الناحيتين الفنية والاستثمارية. وإذا تمنع المتعهد أو وكيله أو إذا تأخر عن القيام بإزالة أو تصليح الأعمال المرفوضة التي لم تجد الجهة العامة من المصلحة قبولها مع الحسم وكذلك إذا تأخر المتعهد عن القيام بذلك خلال المدة التي حددت له بكتاب خطي لهذا الغرض، فللجهة العامة الحق في تصليح أو إزالة أو تجديد الأعمال المبحوث عنها بالصورة التي ترتئها وحسم النفقات التي تنكبدها في هذا الشأن من استحقاقات المتعهد^(٢).

(١) الجدير بالذكر أن المادة (١١٨) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة المصري رقم (١٨٢) عام ٢٠١٨ تقابل المادة (٨٧) من اللائحة التنفيذية للقانون الملغى رقم (٨٩) عام ١٩٩٨.

(٢) المادة /١٨/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩.

كما يجوز للإدارة أن تأمر بوقف تنفيذ الأشغال وتأجيلها بصفة مؤقتة لدواعي المصلحة العامة مع مراعاة أن يكون الوقف لمدة معقولة، وإلا كان من حق المتعهد طلب فسخ العقد والحصول على التعويض اللازم^(١).

ولكن إذا قررت الإدارة الوقف المطلق للأعمال فإنَّ العقد يُفسخ، ويمكن للمتعاقد المتعهد المطالبة بالتعويض، وذلك على أساس أن الوقف المطلق يساوي الفسخ بالإرادة المنفردة للإدارة^(٢).

٤ - الرقابة على عمال المتعهد:

تمتد سلطة الإدارة في الرقابة لتشمل العمال والموظفين الذين يستعين بهم المتعهد المتعاقد في تنفيذ الأشغال العامة موضوع التعاقد. فإذا كان للمتعهد حرية اختيار عماله لتنفيذ الأشغال العامة موضوع العقد، فللإدارة أن تمارس رقابتها على اختيار العمال وأنشطتهم، فلها على سبيل المثال أن تطلع على القائمة التي تضمهم، وتطلب التغيير فيهم إما لعدم الكفاءة الفنية أو لنقص في النزاهة أو بسبب تمردهم^(٣) ولها أيضاً أن تطلب من المتعهد فصل أو رفض

(١) جاء في رأي لمجلس الدولة السوري ما يأتي: "... تملك جهة الإدارة في مجالات العقد الإداري سلطة التعديل كأصل مسلّم به، ويتفرع عن سلطتها هذه حقها بتأجيل العمل في الجزء الذي ترى تعديله أو تصحيحه من المشروع على ألا يؤدي بالضرورة إلى تعذر مواصلة العمل في المشروع لأكثر من سنة. على أنه إذا تجاوز التأجيل الجزئي مدة العقد كان لابد من اتفاق خاص بين الإدارة والمتعهد بشأن تنفيذ الأعمال المؤجلة... وفي كل الأحوال يملك المتعهد مراجعة القضاء إذا وجد غيباً أو ضرراً قد أصابه من جراء التعديل". - رأي مجلس الدولة السوري رقم ٣٧٨/ عام ١٩٦٨. أشار إليه صبحي سلوم، موسوعة العقود، ج ١، ط ١، دمشق، سنة ٢٠٠٥، ص ٣٨٨.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٧ وما بعدها. ود. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥.

(٣) المادة ١٣/ من دفتر الشروط العامة الخاص بعقود أشغال وزارة الزراعة في فرنسا، والتي تنص على ما يأتي:

=

الأشخاص وذلك لتقديرات تتعلق بالأمن^(١) أو ممن لا يتمتعون بالأهلية أو حسن السلوك^(٢).

ففي فرنسا تنص كراسة الشروط العامة الإدارية العامة (C.C.A.G) في المادة /٣٦/ على أن: « لممثل الجهة الإدارية الحق في أن يطلب من المقاول استبعاد كل الأشخاص الذين لا يتمتعون بالنزاهة في مواقع العمل».

وفي مصر تنص المادة /١٠٥/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ على أن: « يلتزم المتعاقد.. كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل.... وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف ذلك....».

كما أن محكمة القضاء الإداري المصرية قضت في أحد أحكامها بأنه: « إذا لم يتم المقاول بتعيين مهندس تتوافر فيه الشروط التي تضعها الإدارة والملائمة لظروف العمل كان للمصلحة ألا توافق على تعيينه وكان على المقاول أن يستبدل به غيره ممن تتوافر فيه الشروط وليس للمهندس المستبدل حق الاعتراض طالما أن المصلحة قد استهدفت من ذلك صالح العمل»^(٣).

أما في سورية فقد أوجبت المادة /٢٩/ من دفتر الشروط العامة لنظام العقود على المتعهد ألا يستخدم في تنفيذ أعمال العقد من العمال والصناع والمستخدمين وأرباب المهن والاختصاص، إلا من تتوفر فيهم شروط الكفاءة

"La personne responsable de l'exécution des travaux a le droit d'exiger le changement des agents et ouvriers de l'entrepreneur pour insubordination de l'incapacité ou de faute de probité".

(١) المادة /١٨/ من دفتر الشروط العامة لعقود أشغال رئاسة مجلس الوزراء في فرنسا والصادرة عام ١٩٦٥م.

(٢) د. عبيد القادر الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٢.

(٣) حكمة محكمة القضاء الإداري المصري ٩ نوفمبر ١٩٥٥، س ١٠، ص ٢١.

وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ٨ نوفمبر ١٩٦٩، س ١٥، ص ٣.

والسلوك الحسن. ويحق للجهة العامة أن تطلب إلى المتعهد إخراج أي من المستخدمين بمن فيهم المراقب والوكيل من موقع العمل، إذا لم تجددهم لائقين للعمل حسب تقديرها، وفي هذه الحالة لا يجوز للمتعهد إعادة أولئك المرفوضين من العمل إلا بموافقة خطية من الجهة العامة.

وإن استعمال الجهة العامة لهذا الحق لا يخول المتعهد الاتصال من مسؤولياته العامة، أو المطالبة بأي تعويض أو عطل أو ضرر قد يحصل من جراء ذلك^(١). كما يجب أن تكون شروط استخدام العمال أو المستخدمين في أعمال العقد متفقة مع أحكام قانون العمل واتفاقية العمل الدولية رقم ٩٤/٩٢^(٢) المرعية الإجراء في الجمهورية العربية السورية، وعلى المتعهد العمل بكل ما يتطلبه هذا القانون وتلك الاتفاقية من أحكام وعليه أن يطبق قانون التأمينات الاجتماعية^(٣).

وإذا كانت الإدارة تملك الحق في رفض عمال المتعاقد ومساعديه وإبعادهم على النحو السابق فغاية ذلك تحقيق المصلحة العامة التي يتطلبها المرفق، وسلطتها في هذا الصدد ليست مطلقة من كل قيد وإنما سلطة مقيدة بحسن استعمالها واستهداف الصالح العام^(٤).

(١) الفقرة (أ) في المادة ٢٩/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

(٢) اتفاقية العمل الدولية رقم ٩٤/ هي اتفاقية بشأن شروط العمل في العقود العامة، اعتمدت في جنيف في ٢٩/٦/١٩٤٩ وبدأ نفاذها في ٢٠/٩/١٩٥٢.

(٣) الفقرة (ب) من المادة ٢٩/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٨٦٦ لسنة ١١ ق. ع. جلسة ١٩٦٩/١١/٨، مجموعة العقود في ١٥/ عاماً، ص ١٥٦ وما بعدها.

حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٣٤٥٣ لسنة ٧ ق. جلسة ١٩٩٥/١١/٨ مجموعة مبادئ القضاء الإداري في ١٥/ عاماً، ص ١٩٢٠.

وأعتقد أن الإدارة عندما تختار للمتعاقد معها عماله ومساعديه تكون سلطة الرقابة والتوجيه أوطأ حدة مما لو كان الاختيار بغير ذلك، وتكون الإدارة أكثر اطمئناناً إلى التزام المتعاقد بتنفيذ أوامرها، وضماناً أكثر لتطبيق شروط العقد بأكمل وجه.

هـ - الرقابة على المواد والأدوات المستخدمة في التنفيذ:

الغاية من رقابة الإدارة على المواد والأدوات المستخدمة في التنفيذ، التأكد من صلاحيتها وسلامتها من الناحية الفنية. فالإدارة مطلوب منها فحص واختيار المواد ذات النوعية الجيدة، لأنها لو كانت سيئة أو غير صالحة لتنفيذ الأشغال، سوف تؤدي إلى نتائج لا تحقق الغرض المبتغى منها^(١).
ويسلم الفقه^(٢) والقضاء^(٣) في الدول محل المقارنة بحرية المتعاقد في شراء المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال، وإبرام العقود مع الممولين له، إذا لم يكن هناك نص يقيد حريته في هذا الصدد.

وعلى الرغم من ذلك يوجب المشرع المصري على الإدارة أن تتحقق من مطابقة المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال للمواصفات المتعاقد على أساسها، وأن ترفض الأصناف غير المطابقة للمواصفات^(٤).

(١) د. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة (إبرام - تنفيذ - انتهاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ٢٠١٧، ص ١٤٦.

(٢) M.-A. FLAMME, Traité théorique et pratique des marches publics, Tome 2, Bruxelles, 1969, p. 128

(٣) محكمة القضاء الإداري المصرية، في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩٩ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، سبقت الإشارة إليها.

(٤) تنص المادة ١١٠/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ المشار إليه على أنه: "يجب على الجهات التي تقوم بفحص الأصناف أن تبين في تقارير الفحص ما أسفر عنه عملها مقارناً بما هو مدون بالشروط والمواصفات المتعاقد على أساسها، وتلتزم الجهة الإدارية بالأخذ دائماً بهذه النتائج ورفض الأصناف التي لا تطابق المواصفات أو العينات المتعاقد على أساسها".

وتنص كراسة الشروط العامة الإدارية العامة (C.C.A.G) في فرنسا على مبدأ حرية المقاول في اختيار المواد المستخدمة في التنفيذ، ولكن بشرط أن تستوفي الشروط المنصوص عليها في العقد، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك^(١). فإذا كان مصدر المواد معيناً في العقد فلا يجوز للمقاول تغييره إلا بموافقة ممثل الإدارة^(٢).

أما في سورية، فقد عدت المادة /١٩/ من نظام عقود الجهات العامة المتعهد مسؤولاً عن تأمين المواد واللوازم والمعدات والأدوات كافة ومختلف التجهيزات الفنية اللازمة لإنجاز جميع الأعمال المطلوبة حسب ما ورد في العقد، على نفقته الخاصة، ويجب أن تكون جميع هذه المواد واللوازم والتجهيزات المحضرة لموقع العمل من أحسن الأنواع ومستوفية للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة منه في العقد^(٣).

وإذا وجدت الجهة العامة أن المواد واللوازم أو المعدات والأدوات المحضرة من قبل المتعهد لاستعمالها في المشروع غير صالحة للعمل أو غير مطابقة لشروط العقد، فإن لها الحق أن ترفض قبولها وتطلب إخراجها أو استبدال غيرها بها، وعلى المتعهد في هذه الحالة أن يزيلها فوراً من موقع العمل وأن يستبدل بها غيرها على نفقته بأنواع أخرى صالحة تقبل بها الجهة العامة. وإذا تمنع المتعهد أو تأخر عن نقل أو استبدال المواد المرفوضة خلال المدة التي تحددها له الإدارة، فللجهة العامة الحق في أن تقوم بذلك على نفقته مهما بلغت التكاليف، ولا يحق للمتعهد المطالبة بأي ضرر أو خسارة أو

(١) Art. 21. 1 du C.C.A.G. 1976.

(٢) Art. 21. 2 du C.C.A.G. 1976.

(٣) الفقرة /أ/ من المادة /١٩/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم /٤٥٠/ تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩.

تعويض أو تمديد لمدة العقد بسبب الإجراءات التي تتخذها الجهة العامة بموجب أحكام هذه المادة^(١).

وعليه فإن للمتعاقد الحرية في اختيار المواد والأدوات المستخدمة في التنفيذ، وفي تحديد مصدرها مع الالتزام بمطابقتها لمواصفات العقد، وليس له ذلك إذا كان العقد ينص على مواد أو أدوات محددة بعينها أو يعين مصدرها.

والخلاصة: إذا كانت سلطة الإدارة في مراقبة تنفيذ عقد الأشغال العامة سلطة أصيلة، ولها صور متعددة، فإن هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تملكها الإدارة، لا بد من أن تستهدف الصالح العام، لأن الرقابة ليست غاية في حد ذاتها وإنما وسيلة لتحقيق غاية معينة ألا وهي الحفاظ على سلامة الأعمال وتأمين سيرها، ويجب ألا تتجاوز ممارسة هذه الوسيلة الغاية المنشودة منها، وإلا كان هذا انحرافاً منها في استعمال السلطة، لذلك على الجهات الإدارية أن تضع الضوابط الكفيلة للحيلولة دون قيام بعض القائمين عليها أو بعض من ينوبون عنها في مباشرة سلطة الرقابة بالانحراف بها تحقيقاً لمصالحهم الخاصة، وذلك حتى تحقق هذه السلطة الغاية المنشودة منها والتي تقرر من أجلها ألا وهي تحقيق المصلحة العامة.

(١) الفقرة د/ من المادة ذاتها ومن المرسوم ذاته.

الفرع الثاني

تطبيقات سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على عقود التوريد

إذا كانت صلة عقد التوريد بالمرفق العام تتمثل في الإسهام في تسيير هذا المرفق، فما مفهوم سلطة الإدارة في رقابة وتوجيه المورد؟ وما مظاهر تلك السلطة؟

أولاً - مفهوم سلطة الإدارة في رقابة المورد وتوجيهه :

يعرف عقد التوريد بأنه: « عقد يتم بين الإدارة ومورد خاص، فرداً كان أو شركة، بمقتضاه، يتعهد هذا الأخير بتوريد أشياء منقولة، تكون ضرورية ولازمة لخدمة مرفق عام وذلك لقاء بدل محدد في العقد »^(١). ويجب أن يرد هذا العقد على أشياء منقولة مثل توريد ملابس أو مواد غذائية للمدارس أو المستشفيات أو توريد أجهزة طبية لمعامل ومستشفيات وزارة الصحة أو توريد أثاث ومكاتب وسيارات أو سفن أو طائرات وغيرها^(٢).

وذهب الفقه المصري^(٣) والفرنسي^(٤) إلى أن سلطة الإدارة في رقابة وتوجيه المورد المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد تنصرف إلى معنيين:

- (١) د. الياس ناصيف، عقد البوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، عام ٢٠٠٦، ص ٤٦.
- (٢) د. إبراهيم محمد علي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٩.
- (٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٥٤. د. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة المتعاقد معها "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ١٨٤. د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩٠. د. عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، مرجع سابق، ص ٢٦. د. إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٧. د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٣٩، والمستشار عبد العزيز السيد الخولي، مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة ٣٣، يناير، مارس، ١٩٨٩، ص ٤٥.

(4) M. DE VILLIERS, Droit public général, 2003, *op. cit.*, p. 676.
J. RIVERO, et J. WALINE, Droit administratif, Dalloz, 19eme éd., Paris, 2002, p. 125.

الأول: وهو المعنى الضيق، إذ يتحدد مفهوم سلطة الرقابة من مجرد التحقق من قيام المورد بتنفيذ العقد وفقاً للشروط المتفق عليها، وتبعاً لهذا المعنى تكون سلطة الرقابة مرادفة لمعنى الإشراف وتمارس الإدارة هذه السلطة عن طريق إيفاد مندوبيها إلى مقر المورد لإجراء الاختبارات اللازمة على المواد التي يقوم بتوريدها للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، وأن كل شيء يسير وفقاً لمقتضيات الصالح العام. ويكون تدخل الإدارة في هذه الحالة مكملاً لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم^(١).

أما الثاني: فهو المعنى الواسع للرقابة، إذ تتجاوز الإدارة حدود الإشراف، ويسمح لها بالتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض تلك الأوضاع، وذلك في غير الحالات المنصوص عليها في العقد، ومن ذلك مثلاً تدخل الإدارة وطلب استعمال طريقة معينة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعهد، وذلك على نحو تصبح معه الرقابة في منزلة توجيه للمتعاقد^(٢).

وفي هذا الإطار يجب ألا تختلط سلطة الرقابة والتوجيه بسلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فالإدارة تمارس سلطتها في الرقابة بالتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد كتحديد المواد المستخدمة في التنفيذ إذا لم ينص عليها في العقد، في حين تمارس سلطتها في التعديل لتغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد^(٣).

كما يجب ألا تختلط سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه بسلطتها في الضبط الإداري. إذ تباشر الإدارة سلطتها الأخيرة بهدف المحافظة على النظام العام، ويقترن تطبيقها بفرض جزاءات على من يخالفها، وبالتالي لا يجوز

(١) د. محمد سعيد أمين، رسالته سألته الذكر، ص ٣١٢.

(٢) د. محمد سعيد أمين، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٢.

(٣) د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٨.

للإدارة — كمبدأ عام — أن تستفيد من سلطتها في اتخاذ إجراءات الضبط الإداري لتفرض على المورد إجراءات وتدابير بوليسية مصحوبة بجزاءات^(١).

ثانياً - مظاهر سلطة الرقابة على عقود التوريد:

تتفاوت سلطة الإدارة في رقابة المورد وتوجيهه بحسب نوع عقد التوريد فالرقابة في عقود التوريد العادية لا تكون بالقوة والصرامة ذاتها كما هو الحال في عقود التوريد الصناعية، وذلك بالنظر إلى تفاوت تلك العقود وأهميتها هذا من ناحية، وإلى ضوء حجم تدخل المورد في عملية التصنيع قبل التوريد من ناحية أخرى^(٢)، ويخضع كل منهما لنظام قانوني متميز عن الآخر وعلى وجه الخصوص، فيما يتعلق بسلطة الرقابة التي تباشرها الإدارة على المورد في أثناء تنفيذ العقد، وذلك على التفصيل الآتي:

١ — حدود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في عقود التوريد العادية:

يتمثل محل الالتزام في هذا النوع من العقود في تسليم المتعاقد لأصناف معينة من البضائع، إذ يقتصر دور جهة الإدارة على مجرد فحص الأصناف التي تم توريدها والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها في العقد^(٣).

والأصل في هذا النوع من العقود أن المورد هو الذي يستقل في تحديد واختيار طرق التنفيذ، ولا يقيد حريته إلا النصوص المتفق عليها في العقد، ومن ثم يكون للمورد حرية اختيار طريقة الحصول على المواد المطلوب توريدها^(٤).

(١) د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، عام ٢٠٠٧، ص ٢٢٢. ود. عبد

المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٤ وما بعدها.

(٢) عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٥، ص ٤١٨.

(٣) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٧.

(٤) د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٠.

وأهم ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أن رقابة الإدارة على المورد في عقود التوريد العادية لا تتجاوز معنى الإشراف، كما أنها رقابة ذات مصدر تعاقدى ينبغي النص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط الملحقة بها^(١).

وقد انقسم الفقه حول مدى شمول رقابة الإشراف على تنفيذ عقود التوريد العادية من دون نص في العقد على ذلك، إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: ذهب أنصاره إلى القول إن سلطة الإدارة في الرقابة على عقود التوريد العادية يجب أن تنحصر في مجرد الإشراف دون التوجيه، فيكون للإدارة المتعاقدة الإشراف على المتعاقد بمناسبة ما يستخدمه من عمال أو معاونين له في تنفيذ العقد، وكذلك على المصادر التي يحصل منها على بضائعه كما تحتفظ الإدارة بحق فحص واختبار الأصناف المتفق على توريدها بهدف التأكد من مطابقتها للأوصاف المحددة في العقد.

(١) نصت المادة /١٠٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات العامة المصري رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ على أن يلتزم المورد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة بالعقد.... ومطابقة لأمر التوريد وللوصفات أو العينات المعتمدة، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يتم توريده بالعدد أو الوزن أو المقاس، وبحضور المورد أو من يفوضه، ويعطى عنه إيصالاً مختوماً بخاتم الجهة الإدارية موضحاً به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد، ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها، وتجتمع لجنة الفحص في موعد أقصاه يوم العمل التالي لاستلام الأصناف ويخطر المورد بموعد اجتماع اللجنة ليتمكن من حضور إجراءات الفحص والاستلام النهائي، وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة إخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم".

كما نصت المادة /١١٣/ من اللائحة ذاتها على أنه: "إذا رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة، أو وُجد فيها نقص أو مخالفة للوصفات أو العينات المعتمدة، يُخطر المورد بذلك كتابة بأسباب الرفض، وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة، وتوريد بدل عنها، ويجب أن يتم ذلك الإخطار فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر...".

ومعنى ذلك أن رقابة الإدارة على المورد تتمثل في حق الإشراف ولا تمتد إلى التدخل في أوضاع التنفيذ إلا إذا نص على ذلك صراحة في العقد أو دفاتر الشروط^(١).

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن الرقابة في مثل هذه العقود تنحصر في الإشراف دون التوجيه ولكنه قيد معنى الإشراف في هذه الحالة بحيث لا يشتمل إلا على مجرد رقابة لاحقة للأصناف التي تم تسليمها بالفعل من جانب المورد للتأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها.

وبذلك خالف أنصار هذا الرأي تعريفهم السابق لرقابة الإشراف بحيث قصرُوا رقابة الإشراف على صفة وحيدة من صفاتها، وعليه لا يحق للإدارة أن ترسل مندوبيها إلى موقع العمل والتفتيش على المواد المستخدمة في العمل أو الآلات وطلب البيانات اللازمة لمباشرة وظيفتهم الرقابية^(٢).

الاتجاه الثالث: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى عدم منح الإدارة سلطة الإشراف على عقود التوريد العادية إلا إذا وجد نص على خلاف ذلك في العقد، وعلى الرغم من ذلك منحوا الإدارة سلطة الرقابة على المورد في تنفيذ التزاماته من خلال فحص الأصناف الموردة ومطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد^(٣).

وبذلك فإن أنصار هذا الرأي حجبوا الرقابة بنوعيتها رقابة الإشراف ورقابة التوجيه بدون نص في العقد، على الرغم من أنهم حددوا أن الرقابة لا

(١) د. محمود أبو السعود، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٣.

(٢) د. محمود عاطف البناء، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٩. ود. عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، مرجع سبق ذكره، ص ٣٧.

(٣) د. محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤. ود. مطيع علي حمود جبير، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢٩. وحول تعريفه الرقابة والإشراف، ص ٤١٠.

تخرج على هذين النوعين. وبذلك خالف أنصار هذا الرأي تعريفهم لرقابة الإشراف التي يعدّ استلام الأصناف الموردة ومطابقتها للمواصفات المتفق عليها أحد مزاياها.

ولكن السؤال: ما سبب هذا الخلط في آراء الفقه حول حدود سلطة الرقابة على المورد في تنفيذ عقد التوريد الإداري العادي؟

السبب الوحيد لذلك أن معظم الفقه قصر الرقابة على نوعين وهما : الإشراف والتوجيه، وعند النظر إلى حدود سلطة الرقابة على المورد في عقود التوريد العادية، أجمع الفقه على أن رقابة التوجيه لا تشمل سلطة الإدارة في مثل هذه العقود.

وعندما أراد الفقه أن يحدد نوع الرقابة على مثل هذه العقود، لم يجد إلا رقابة الإشراف فاختلف حولها، لأن الواقع العملي وطبيعة هذه العقود ترفض أن تخضع لرقابة الإشراف بكل ما تحمل من معاني الإشراف.

واعتقد أن هناك رقابة ثالثة "جزئية" أو محددة تنطبق على عقود التوريد العادية والتي تتمثل في حق الإدارة في مراقبة الأصناف الموردة وفحصها للتأكد من مطابقتها للشروط والمواصفات المحددة سواء في العقد أو في دفتر الشروط. إلا إذا وجد نص على خلاف ذلك يمنح الإدارة سلطة رقابية أعلى سواء رقابة الإشراف أو التوجيه.

٢ - حدود سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في عقود التوريد الصناعية :

يعرف بعض الفقه عقد التوريد الصناعي بأنه « عقد التصنيع والتوريد الذي بسبب تقنيته الخاصة، يستدعي رقابة دائمة من الإدارة على التصنيع ذاته »^(١).

(١) A. HAUMONT, *op. cit.*, p. 12.

بناءً عليه تتميز عقود التوريد الصناعية بأن الإدارة لا تتفق على مجرد توريد المنقولات المتفق عليها، بل تتضمن قيام المورد بنفسه ومن خلال إمكانياته بتصنيع البضائع المتفق على توريدها^(١).

والإدارة هنا تملك سلطات رقابية أكثر اتساعاً من عقود التوريد العادية، نظراً للطابع الفني الخاص الذي تتميز به هذه الطائفة من العقود^(٢)، ولاسيما عندما يتم التعاقد على أجهزة متطورة ومعقدة كالطائرات الحربية والصواريخ والغواصات وأجهزة الأقمار الصناعية والفضائية وغيرها، لذا يكون التصنيع تحت إشراف الإدارة، فيحق لها الدخول إلى أماكن العمل والاطلاع على كافة الوثائق والمستندات اللازمة لمراقبة عمليات التصنيع والتأكد من مطابقتها فنياً للمواصفات المتفق عليها^(٣).

كما تملك الإدارة سلطة الإشراف على العاملين والموظفين في مصانع ومؤسسات المورد ومراقبة خطوات سير العمل بهدف التأكد من مراعاة مدة التنفيذ المتفق عليها، وعلى المورد أن يوفر كافة الوسائل التي تمكن الإدارة من إنجاز مهمتها في الرقابة^(٤). ولكن على الرغم من اتساع نطاق الرقابة في مجال تنفيذ عقود التوريد الصناعية، يرى بعض الفقه أن الرقابة لا تتضمن هي الأخرى معنى التوجيه أو التدخل في أوضاع التنفيذ، بل تشبه إلى حد كبير

(١) د. سيف سعد مهدي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عام ٢٠١٥، ص ٤٣.

(٢) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨٨-٤٨٩.

(٣) في هذا الصدد نص المادة /٣٧/ من دفتر الشروط العامة لسنة ١٩٧١ والخاصة بعقود التوريد الصناعية في فرنسا والتي تنص على أن:

- A la demande de l'administration, le fournisseur doit lui faire connaître les usines ou ateliers dans lesquels se déroulent les différentes phases de la fabrication. IL s'engage à laisser le libre accès de ses établissements, a tous moment, a l'autorité chargée de la surveillance et à mettre gratuitement as à disposition les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission..."

(٤) د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٠.

رقابة الإدارة على الملتزم في نطاق عقود الامتياز^(١) ولا يمكن أن تصل إلى الرقابة على تنفيذ عقود الأشغال العامة^(٢).

ومع أهمية هذا الرأي وما يهدف إليه من عدم عرقلة نشاط المورد وضمان حريته في اختيار وسائل التنفيذ، إلا أن الرقابة على عقود التوريد الصناعية – ولاسيما تلك التي تتضمن توريدات معقدة الصنع – يجب أن تتسع لتشمل الإشراف والتوجيه على غرار ما هو معترف به في عقود الأشغال العامة.

ويبقى أن نشير إلى أن عقود التوريد الصناعية قد تتضمن استلام المورد المواد الأولية من الإدارة لتصنيعها وهو ما يعرف بعقود التحويل، وفي هذا النوع من العقود تقوم الإدارة بتسليم المورد مواد أولية لتحويلها إلى مادة أخرى، وتباشر الإدارة هنا سلطتها في الرقابة على عقود التحويل من خلال إجراءات مغايرة إلى حد بعيد للوسائل والإجراءات، التي تمارسها في عقود التوريد العادية، إذ تخشى الإدارة اختلاس المورد للمواد المسلمة إليه بقصد تحويلها، لذلك فإنها تلجأ إلى أسلوب الكفالة، إذ تلزم المورد بدفع كفالة تساوي قيمة الحد الأقصى لكمية المواد المسلمة إليه، وفي حال فسخ العقد يلتزم المورد برد هذه المواد أو دفع قيمتها مسحوبه على أساس سعر السوق^(٣).

وفي سورية، نصت المادة /١٠/ من المرسوم التنظيمي رقم /٤٥٠/ عام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر شروط نظام عقود الجهات العامة على أنه: « يحق

(١) د. محمد سعيد أمين، رسالته سالفه الذكر، ص ٣٧١. أما الفقيه BENOTI بالرغم أنه من مؤيدي عدم فرض رقابة على القائم بالتوريد سواء بمعنى الإشراف أو التوجيه، إلا عند تسليم التوريدات إذ يكون من سلطة الإدارة فحصها للتأكد من مطابقتها للشروط، إلا أنه يعترف بهذه الرقابة فيما يتعلق بعقود التوريد الصناعية التي يكون محلها مواد حربية.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩. ود. عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨.

(٣) G. JEZE, *op. cit.*, p. 44.

للجهة العامة تعيين أحد الأشخاص أو الشركات "يسمى المشرف" لينوب عنها في الإشراف على صنع التجهيزات والمواد في أثناء الصنع، وذلك على نفقتها». ويحق للمشرف القيام في جميع الأوقات بعمليات التفتيش والمراقبة والاختبار فيما يتعلق بالمصورات والمواد والصنع في المكاتب وأماكن الصنع العائدة للمتعهد والمعامل المعتمدة من قبله، وله أيضاً أن يرفض ما يرى لزوماً لرفضه لمخالفته الشروط الفنية ويجب إبلاغ جميع حالات الرفض خطياً إلى المتعهد أو الشركة الصانعة وأن يطلع الجهة العامة على ذلك، وعلى المتعهد أن يستبدل بالمواد المرفوضة مواد تتوفر فيها جميع الشروط المطلوبة.

ويحق للمشرف أو أي شخص آخر غيره يمثل الجهة العامة الدخول بكل حرية خلال ساعات العمل إلى جميع الأماكن التي يقوم فيها المتعهد أو أصحاب المعامل المعتمدة من قبله بصنع أو تخزين أي من قطع التوريدات^(١).

- صور الرقابة :

تتسع سلطات الرقابة على المتعاقد في عقود التوريد الصناعية، فتشمل الرقابة الفنية، والرقابة المالية، والرقابة الإدارية^(٢).

— وتتمثل **الرقابة الفنية** في مراقبة عمليات التصنيع والإشراف الفني على المواد المستخدمة، بهدف التأكد من سلامتها وأمنها ومطابقتها للمواصفات الفنية المتعارف عليها.

— وبالنسبة إلى **الرقابة المالية**، فإنها تتمثل في الرقابة المحاسبية التي تباشرها الإدارة على المورد بهدف التأكد من سلامة اقتصاديات مشروعه، إذ تتم تلك الرقابة بمعرفة مندوبي الإدارة الذين يطلعون على الدفاتر والمستندات كافة التي يلتزم المورد بأن يطلعهم عليها.

(١) المادة /١٠/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

(٢) د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٩.

— أما الرقابة الإدارية فتتمثل في الإشراف على المتعاقد وهو بصدد استخدامه لموظفين أو عمال في مصانعه، ومراقبة سير العمل وفقاً للخطط السابق الاتفاق عليها بين الإدارة والمورد^(١).

وعلى الرغم من اتساع سلطات الرقابة الإدارية فإن الأمر يوجب ألا يصل إلى حد تغل يد المورد أو تعيقه في إدارة المشروع^(٢).

وأياً كان الأمر، فإنه ينبغي الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في رقابة المورد ليست سلطة مطلقة، بل لها حدود لا تتجاوزها، إذ إنه مهما اتسعت هذه السلطة في مواجهة المورد فإنه لا يجوز استعمالها لتحقيق غرض لا صلة له بتسيير المرفق العام، وإلا كان تصرفها مشوباً بإساءة استعمال السلطة^(٣).

فسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها الإدارة على عقود التوريد إنما تتأطر وتنطوي في كنف الهدف الذي تسعى إليه الإدارة دوماً وهو تسيير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة بأفضل الوسائل.

وفي ختام دراسة هذا الفصل يمكن القول: إن سلطة الرقابة والتوجيه هي أولى وأهم سلطات الإدارة، لأن إهمال الإدارة في مباشرة هذه السلطة يُمكن المتعاقد سيء النية من محاولة التنفيذ بطريقة تحقق له فائدة وربح أعلى، يضاف إلى ذلك أن مراقبة الإدارة للمتعاقد معها يطلعها طيلة مدة التنفيذ على مدى تقدم أو تأخر العمل ومطابقة ذلك مع مدد التنفيذ. فإذا كان هناك تقصير أو إهمال يمكن للإدارة إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها لحثه على سرعة تنفيذه لالتزاماته، كما أن سلطة الرقابة تُمكن الإدارة من تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا استدعت المصلحة العامة لذلك وهذا ما سيتم بحثه بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب.

(١) د. عاطف سعدي محمد، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٢.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٣٢. ود. محمود البناء، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٣) د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٧.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

تمهيد وتقسيم :

تمتد امتيازات الإدارة في نطاق تنفيذ العقد الإداري إلى الحد الذي يسمح لها بتعديل هذا العقد بإرادتها المنفردة كلما تطلب ذلك مقتضيات المرفق العام. وتُجسّد سلطة الإدارة في تعديل عقودها منفردةً إحدى أبرز وأهم الامتيازات المقررة لها في هذا المجال، لا بل أشد وأخطر من سلطتها في الرقابة والإشراف والتوجيه، ذلك لأنها تضيف على العقد الإداري مرونة تضيق وتتسع حسب مدى هذه السلطة^(١). ولأن الإدارة لا تتدخل هنا في مجال مسكوت عنه في العقد وإنما تتدخل لتغيير التزامات تعاقدية نص العقد عليها بالزيادة أو النقصان^(٢)، أو تعديل الجدول الزمني لمعدلات التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، ومن دون أن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو قاعدة القوة الملزمة للعقد^(٣).

وإذا كان الأصل في عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، إلا أنه ليس كذلك في ظل هذه السلطة لأن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا تسري على العقود الإدارية بشكل مطلق، لكون المتعاقد في العقود الخاصة يسعى دائماً لتحقيق مصلحته الخاصة، بينما تسعى الإدارة في العقود الإدارية إلى تحقيق المصلحة العامة، ما يقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها^(٤).

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٩، ص ٥٤.

(٢) د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر، عام ٢٠١٣، ص ٤٠٧. ود. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٨.

(٣) د. محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري، دراسة مقارنة، مكتب القانون و الاقتصاد، الرياض، عام ٢٠١٢، ص ١٣٧.

(٤) سامال اسكندر الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، عام ٢٠١٧، ص ١٥٥.

وبعد الحق في تعديل العقود الإدارية من السلطات الاستثنائية التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها^(١)، ولكن حق الإدارة هذا ليس مطلقاً، بل يخضع إلى ضوابط تشريعية^(٢)، ويجب أن يستند إلى سبب يتعلق بالمصلحة العامة، وألا يتجاوز حدوداً معينة تتفق والحكمة من تقريره، وأن يستند في إجراءاته أيضاً إلى تغيير الظروف التي أدخلت في الحسبان عند إبرام العقد، وذلك لكي لا تخرج الإدارة المتعاقدة عن التزاماتها بلا مسوغ ما يعطي المتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد^(٣).

وسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد يشمل العقود الإدارية كافة، بيد أن مدى هذا الحق وقوته يختلف من عقد إلى آخر حسب طبيعة العقد ومدى اتصاله بالمرفق العام الذي أبرم من أجله، إذ يكون أكثر اتساعاً في بعض العقود — كعقد الأشغال العامة — ويضيق في عقود أخرى — كعقد التوريد^(٤).

وللإلمام بسلطة التعديل الانفرادي سيتم التطرق إلى ماهية هذه السلطة وأساسها القانوني وضوابط ممارستها من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وأساسها القانوني

المبحث الثاني: النظام القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

(١) تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، عام ٢٠١٧، ص ١٧.

(٢) به يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، قسم القانون العام، عام ٢٠١٦، ص ٦٦.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري في الإمارات "دراسة مقارنة"، دار القلم، عام ١٩٩٠، ص ٢٤٣.

⁴ Voir L. RICHER, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 5e éd., Paris, 2006, p. 199.

المبحث الأول

ماهية سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وأساسها القانوني

تمتلك الإدارة في سبيل تنفيذ أعمالها وتأمين السير المنتظم للمرفق العام القدرة القانونية على تعديل العقد الإداري متى ما رأت في ذلك أسلوباً يحقق للمرفق أهدافه.

وهذه المزية تعد من أهم مظاهر سلطات الإدارة التي تملكها في مواجهة المتعاقد، وبالتالي متى استعملتها الإدارة فذلك يشكل قرينة قانونية تقضي بجلاء أنها في مركز متميز عن المتعاقد الآخر معها^(١).

وقد اعترف الفقه والقضاء العربي والفرنسي على حد سواء بسلطة الإدارة في تعديل العقد بصورة انفرادية، وعدّها من أحد أهم المزايا التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة في إدارة المرفق العام.

وبناءً على ذلك، سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من منظور الفقه والتشريع والقضاء

المطلب الثاني: أساس ونطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

(١) سعيد باخيرة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٢ وما بعدها.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من منظور الفقه والتشريع والقضاء

قديماً في نهاية القرن التاسع عشر كان فقهاء القانون العام يعتقدون وفقاً للرأي الذي كان سائداً في ذلك الزمان ضرورة التزام الإدارة باحترام العقد الإداري^(١).

فكان ينظر إلى الإدارة بوصفها مقيدة بما تعهدت به، على أنها لا تستطيع تعديله بإرادتها المنفردة، ولكن من منظور الفقه الحديث يجب أن يكون هناك نص صريح يجيز لها ذلك تمثيلاً مع القوة الإلزامية للعقد المعمول به في نطاق القانون الخاص^(٢).

ومن ثم فقد سادت في الفقه والقضاء فكرة المرونة في العقود الإدارية، أي سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإرادتها المنفردة بوصفها ضابطة إدارية مكلفة بالمحافظة على الأمن العام والسكينة العامة تستطيع اتخاذ ما تشاء من إجراءات، ولو أسفر ذلك عن تعديل شروط العقد^(٣).

وهذا سيتم توضيحه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: موقف الفقه والتشريع والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا

الفرع الثاني: موقف الفقه والتشريع والقضاء من سلطة التعديل في مصر وسورية

(١) سيف سعيد مهدي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة

ماجستير، مصر، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، عام ٢٠١٥، ص ٤٦.

(٢) د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٣) د. عبد الحميد حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية،

السنة الرابعة، العدد الثاني، عام ١٩٦٢م.

الفرع الأول

موقف الفقه والتشريع والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا

أولاً - موقف الفقه من سلطة التعديل في فرنسا :

ثار جدل فقهي فيما إذا كان يعترف للإدارة بحق التعديل الانفرادي للعقد الإداري في الحالة التي لا ينص فيها العقد على هذا الحق أو التي لا تشير إليها القوانين الإدارية^(١).

وبالرغم من الاعتراف بوجود هذه السلطة بيد الإدارة، فقد وجد هناك من ينكر عليها هذا الحق، كما وجد من يعترف لها بهذه السلطة ولكن بحدود الشروط التنظيمية واللائحية فقط وفي بعض العقود الإدارية^(٢).

وعليه سوف يتم التطرق إلى حجج وأسانيد كل اتجاه من تلك الاتجاهات الثلاثة على النحو الآتي:

١ - الاتجاه المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري:

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن الإدارة تملك سلطة تعديل عقودها الإدارية في أثناء تنفيذها من دون حاجة إلى النص عليها في العقد، أو في دفاتر الشروط، بافتراضه حقاً أصيلاً لها تملكه بوصفها سلطة عامة، وأن هذه القاعدة تشمل جميع العقود الإدارية وبلا استثناء^(٣). وإذا جاء النص عليها فلا

(١) نور الدين مصطفى كامل الجبوري، سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠١٨، ص ٧.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٧٣، ص ١٩٤.

(٣) جيز، المبادئ العامة للقانون الإداري، الجزء الرابع، ص ٢٢٤، ٢٤٠، ٢٥٨. ود. عبد السلام المزروعى، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، بدون ذكر دار النشر، عام ١٩٩٣، ص ٢٤٨. ود. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤.

يعد ذلك حقاً منشأً لجهة الإدارة، ولكنه كاشفٌ لها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة^(١).

فعندما تتعاقد الإدارة وتبرم عقداً إدارياً، لا ينبغي النظر إليها كمتعاقد عادي، لأنها عند تعاقدتها لا تسعى إلى تحقيق غرض آخر سوى ابتغاء المصلحة العامة^(٢)، تلك المصلحة التي كانت الدافع للإدارة على هذا التعاقد. والمصلحة العامة تتغير مع تغير الوقت والظروف الاجتماعية والاقتصادية، ومع التقدم العلمي والتكنولوجي، لهذا فالتعديل للعقد ضرورة لا مناص منها لتحقيق أغراض تلك المصلحة، ولكن في مقابل ذلك فإن المصلحة الفردية تتضرر من جراء هذا التعديل، وغالباً ما يكون هذا الضرر مادياً يمكن تعويضه، بعكس الضرر الذي يصيب المصلحة والمرفق العام فمن الصعب أن يعالج بالمال^(٣).

وعلى ذلك، وكون الإدارة هي الأمانة على مصالح الجماعة، فإن التعديلات التي قد تفرضها منفردة على العقد الإداري، يكون هدفها النفع العام، والقاضي الإداري من يقرر عند رقابته اللاحقة فيما إذا كانت الإدارة قد خرجت على اختصاصها المحدد بتحقيق المصلحة العامة من عدمه وهي تباشر سلطة التعديل^(٤).

(١) د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠١١، ص ٦٦٢.

(2) Voir G. PEQUIGNOT, Théorie générale du contrat administratif, thèse, Université de Montpellier, 1945, p. 25.

(٣) د. خالد مرموص خلف الحمداوي، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، عام ١٩٨٧م، ص ٦٥ وما بعدها.

(4) Voir S. BADAoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs, thèse, Paris, 1955, p. 60.

ولا شك في أن الفقه الغالب في فرنسا يؤيد سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية في أثناء تنفيذها، من دون البحث فيما إذا كان هناك شرط في العقد، أو نص في التشريع يمنحها حق هذا التعديل.

وبهذا الصدد يرى العميد "Hauriou" يقول: "إن كل عملية إدارية عملية احتمالية، أي بمعنى أنه يمكن خلال التنفيذ وقفها أو تأجيلها أو تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة"^(١).

ويرى أن نظرية عدم الثبات كان من الممكن أن تكتشف منذ زمن بعيد كأحدى النظريات التي تغوص في أعماق القانون الإداري وتمنحه المرونة الخفية.

ولكن هذه النظرية بقيت غائرة في الأعماق، فلا يوجد نص تشريعي واحد جاء ليقررها، ومساس الإدارة بعقودها ألوانه كثيرة، إلا أنه يبدو كأجراء استثنائي. أصبح من المقبول اليوم حتى في حالة سكوت دفتر الشروط عن الاعتراف للإدارة أن تزيد أو تخفض الأداءات^(٢).

ويؤكد "BONNARD" المبدأ ذاته، إذ يقول: "لا تطبق قاعدة الثبات التعاقدية بدقة في عقد الأشغال العامة، كما في كل العقود الإدارية، وتستطيع الإدارة في أي وقت بإرادتها المنفردة القيام بتعديل عقودها الإدارية"^(٣).

بينما يذهب "Marcel Valin" إلى أن الإدارة تستطيع بأعمال انفرادية أن تعدل في الأداءات والالتزامات المطلوبة من المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد،

(1) M. HAURIU. Note sous: C.E. 27 Juin 1913, Ville de Toulouse. S. 1913, 3, 17.

تعليق العميد هوريو على حكم مجلس الدولة الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٩١٣، في قضية مدينة تولوز.

(2) M. HAURIU, Note Sous, C.E., 3 Mai 1912, Dargention. S. 1914, 3, 65.

(3) L. BONNARD, Précis de Droit Administratif, L.G.D.J., 4eme ed., Paris, 1943, p. 620.

وضرب مثلاً على ذلك أن الإدارة في أثناء خدمة المتطوع في الجيش تخفف أو تشدد التزاماته^(١).

ثم يطالعنا "Mourice Andre Flamme" بقوله: "بما أن الإدارة تعد مسؤولة اليوم عن حسن سير المرافق العامة، فهي دائماً تستطيع عندما تستدعي المصلحة العامة أن تفرض تحت رقابة القضاء التعديلات التي تراها محققة لهذه المصلحة سواء فيما يتعلق بسير المرفق أو فيما يتعلق بشروط العقد، وهو حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها أن تنزل عنه، وليس بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد^(٢)."

أما الأستاذ "دي لوبادير" فإنه يرى أن كثيراً ما يحدث أن تتضمن العقود الإدارية نصاً يعطي الإدارة الحق في القيام بشكل منفرد ببعض التعديلات في العقد في أثناء تنفيذه من شأنها أن تغير من نصوصه الأصلية التي واجهتها الأطراف."

ثم يضيف أنه في حالة سكوت العقد توجد سلطة التعديل المنفردة للإدارة المتعاقدة، وهذا يكون عنصراً من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية، ويشكل بطريقة واضحة الأسس التي تفصل بين النظام القانوني للعقد الإداري، ونظام القانون الخاص، إذ إن مبدأ ثبات العقد في القانون الخاص يقابله عدم ثبات العقد في القانون الإداري^(٣).

وعدّ الإدارة مسؤولة عن انتظام سير المرافق العامة، تحقيقاً للمصلحة العامة، فيكون لها الحق في تعديل شروط العقد، وفي المقابل يكون للمتعاقد مع

(1) M. WALINE, Traité élémentaire du droit administratif, Recueil Sirey, 6eme éd., Paris, 1951, p. 559.

(2) M.-A. FLAMME, Traite théorique et pratique des marches publics, tome 1, Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 49.

(3) A. DE LAUBADERE, Traite théorique et pratique des contrats administratifs, *op.cit.*, p. 330.

الإدارة الحق في مراجعة القضاء إذا تجاوزت هذه التعديلات الحدود المقررة لها، فيطالب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته للمحافظة على قاعدة التوازن المالي في العقود، وله الحق في طلب فسخ العقد إذا صار مرهقاً له.

٢ - الاتجاه المعارض لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري:

مع أن غالبية الفقه الحديث قد أقرت بسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، إلا أن الفقه التقليدي — وقد سايره في ذلك بعض الفقهاء المحدثين — لم يعترف بوجود هذه السلطة ولا سيما عند عدم وجود نص صريح يبيح لها ذلك^(١).

ويجب على الإدارة الالتزام بعقودها شأنها في ذلك شأن الأفراد المتعاقدين معها^(٢). فالإدارة وفقاً لرأيهم ليس لها مركز متميز عن المتعاقدين^(٣).

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أكثر من ذلك إلى القول: إن سلطة التعديل الانفرادي لا توجد في أي عقد من العقود الإدارية، بما في ذلك عقد الامتياز، وهي إن وجدت تجد أساسها في نص صريح أو ضمني في العقد، أو في دفتر الشروط، ومع تكرار النص عليها في العقود الإدارية فإن القضاء افترض وجودها ولو لم يتم النص عليها في العقد^(٤).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٩.

(٢) يوسف الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٦.

(٣) نور الدين مصطفى كامل الجبوري، سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص ٨.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٨.

وأبرز من نادى بإنكار هذه السلطة في الفقه الحديث الأستاذ جان لوليه^(١)، إذ يرى أن سلطة الإدارة في التعديل تستند إلى فكرة زائفة ابتدعها الفقه^(٢)، إلا أنها لم تجد صدى لها في مجلس الدولة الفرنسي ولم تؤيدها أحكامه، والأحكام التي تؤيد هذه السلطة تستند إلى نصوص في العقد أو اللوائح^(٣)، كما توجد أحكام أخرى لمجلس الدولة الفرنسي تنكر هذه السلطة لجهة الإدارة^(٤).

وعلى ذلك فإن رأي "لوليه" في إنكار سلطة التعديل الانفرادي يقوم على حجتين:

الأولى: أن أنصار فكرة التعديل أسسوا رأيهم على حكم شركة ترام مرسيليا^(٥) الذي جاء فيه أن محافظ مقاطعة "الرون" تمكن قانوناً من أن يفرض على الشركة الملتزمة بتسيير ترام مرسيليا جدولاً يتضمن زيادة عدد السفريات بعدد أكثر من المنصوص عليه بدفتر الشروط، أي أداء خدمات أكثر من المنصوص عليها^(٦). ويذهب الفقيه لوليه إلى القول إن حكم مجلس الدولة لم يسوِّغ هذا الحل بوجود سلطة عامة للإدارة مانحة الالتزام في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام تعديلاً انفرادياً.

(١) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٩. ود. أحمد عثمان عياد،

مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٠.

(٢) د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٦.

(٣) د. زياد أحمد العرسان، الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام ٢٠١٨، ص ٢٤٤.

(٤) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢.

(٥) C.E., 11 mars 1910. Compagnie Générale Française des Tramways, Rec. 1910, p. 255.

(٦) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠١.

كما يشير الفقيه "لولييه" إلى أن مفوض الحكومة (ليون بلوم) نفسه لم يعتمد على وجود سلطة عامة للإدارة في مذكرته ليقرر شرعية قرار المحافظ هذا. فقد قال (ليون بلوم): "... إن المحافظ استخدم السلطة التنظيمية التي يمتلكها قانوناً، ولكنه أضاف أن هذه السلطة ليست من دون حدود، وأن حدودها مرتبطة بنشأتها وأصلها ذاتيهما، أي إنها مستمدة من القانون، وإنه لا يمكن أن تباشر إلا في الحدود التي يحددها التشريع أو اللوائح، ذلك أن الدولة لا تملك إلا الحقوق المخولة لها بنص"^(١).

وعليه، وحسب رأي لولييه إن الإدارة لا تملك إلا السلطات المخولة لها بموجب النصوص الصريحة أو الضمنية، وهذه النصوص يجب أن يفترض وجودها في العقد عندما تغفل الإدارة النص عليها^(٢). فكأن هذه الحجة يمكن احتسابها على نظرية عدم ثبات العقود الإدارية، وليس لصالحها، وهذا بالتأكيد ما أراد الأستاذ "لولييه" أن يصل إليه^(٣).

أما الحجة الثانية: ففيها يؤكد لولييه أن تلك السلطة لم تقرر مطلقاً في قضاء مجلس الدولة، والأحكام التي قد يستند إليها ما هي إلا مجرد حلول مقصورة على دعاوى معينة^(٤).

(١) C.E, 11 mars 1910, Compagnie générale Française des Tramways, Rec. 1911, p. 131.

مشار إليه في رسالة د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، رسالة دكتوراه، عام ١٩٧٥، ص ٧١.
وسيف سعيد مهدي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، رسالته سألقة الذكر، ص ٤٩.

(٢) مطيع علي حمود الجبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٥.

(٣) د. علي عبد العزيز الفحام، رسالته سألقة الذكر، ص ٧٣.

(٤) به يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦.

وقد ذكر "لولييه" ثلاثة أحكام مهمة لمجلس الدولة الفرنسي، عدّها قاطعة في نفي وجود سلطة التعديل من جانب واحد في العقد الإداري، وهذه الأحكام بلا شك ذات طابع مشترك ولا يعرفها إلا قلة من الشراح، وربما كان طابعها المخالف لنظرية عدم الثبات هو الذي حمل غالبية الفقهاء على الإحجام عن ذكرها، لكونها ضد آرائهم الفقهية^(١).

والأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي أوردها الفقيه "لولييه" تأييداً لوجهة نظره هي:

الحكم الأول: حكم مجلس الدولة الصادر في ١١ حزيران عام ١٩٤١م في موضوع مستشفى وملجأ "شوني"^(٢) ويتعلق بعقد عهدت فيه الإدارة إلى أحد المهندسين المعماريين بوضع الرسومات والتصميمات الخاصة بإعادة بناء مستشفى شوني وبتوجيه أعمال البناء. ونظراً إلى أن المهندس المتعاقد اضطر في أثناء التنفيذ للإقامة في مدينة أخرى، فقد اختار مهندساً آخر لمشاركته في أداء الأعمال المكلف بها، وتم عرض هذا الاختيار على الإدارة المتعاقدة فوافقت عليه، إلا أنها اشترطت توزيع الأجر المتفق عليه في العقد مناصفة بينهما، فرفض المهندس المتعاقد هذا الشرط.

وعندما عرض النزاع على مجلس الدولة، قضى بأنه لا يجوز للإدارة أن تعدل تعديلاً انفرادياً شروط هذه الوكالة المسموح بها للمتعاقد" ومن ثم فقد ألزم المستشفى بدفع جميع الأتعاب للمهندس المتعاقد.

ويرى لولييه، أنه يتبين من حيثيات هذا الحكم، أن مجلس الدولة قد قصد حرمان الإدارة المتعاقدة من حق إدخال أية تعديلات على شروط العقد^(٣).

(١) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) C.E., 11 Juillet 1941, Hôpital, Hospice de Chauny, S, 1942, 3, 15.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٢.

وانتهى إلى القول إن سلطة التعديل الانفرادي لا توجد في أي عقد من العقود الإدارية، وهي إن وجدت تجد أساسها في نص صريح أو ضمني من نصوص العقد ذاته^(١).

الحكم الثاني: هو حكم قرية فيزينيه الصادر في ٢٣ مايو عام ١٩٣٦^(٢)، والصادر بشأن نزاع حول ملحق عقد أبرم عام ١٩٢٣ بين قرية فيزينيه والشركة التي كانت قد التزمت بمرفق توزيع الغاز في القرية^(٣)، وكان الملحق يتضمن شرطاً لتحديد التعريفات، بمقتضاه أن تكون المحاسبة على سعر الغاز المورد للأفراد وفقاً لنصوص هذا الملحق بدءاً من ٣١ ديسمبر التالي لإبرامه، وعند حلول هذا التاريخ طلبت الإدارة مانحة الالتزام تطبيق أسعار أقل قليلاً من الأسعار التي كان قد انتهى الاتفاق عليها.

وبعرض النزاع على مجلس الدولة قرر المجلس أن عناصر التعريفات التي يتضمنها العقد والمدرجة في ملحق سنة ١٩٢٣ يمكن أن تحسب دون تدخل من الإدارة في المدينة، ثم قرر أن هذه المدينة لها بدون شك السلطة في حالة ما إذا كان المنتفعون قد نازعوا في أسس الحساب وفي التدخل بعلاقاتهم مع الملتزم لتأكيد احترام نصوص العقد وليس التدخل بهدف فرض تعريف لا تتفق مع نصوص العقد^(٤).

ويستطرد في تعليقه قائلاً: إن مجلس الدولة اعترف بالمسؤولية التي تتحملها الإدارة، بسبب هذا الخطأ، والمسؤولية كانت مشتركة، لأن الشركة بمسلكها زادت من الضرر الذي أصابها من تصرف الإدارة بسبب عدم

(١) L. LULLIER, Les contrats administratifs tiennent ses fiscales de l'administration, Dalloz, Paris, 1953, p. 87 et suivante.

(٢) C.E., 23 mai 1936, ville de vesinet, Rec. 1936, p. 591.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٢ و ٢٠٣.

(٤) د. علي عبد العزيز الفحام، رسالته سالفه الذكر، ص ٧٨.

محاولتها تحصيل المبالغ التي كانت تستحقها من قبل المنتفعين^(١). وهذا الحكم في رأي "لولييه" يتناقض تماماً وفكرة التعديل الانفرادي.

الحكم الثالث: وهو حكم مدينة "ليموج" الصادر في ١٩/ يناير عام ١٩٤٦^(٢). وهذا الحكم حسب رأي لولييه جاء متفقاً مع القضاء السابق، ويتعلق هذا الحكم في أن مرسوماً بقانون صدر في ١٩ مايو عام ١٩٣٥، فرض تخفيضاً على أسعار الشريحة الأولى من التيار الكهربائي المورد إلى المنتفعين بنسبة ١٠% فطبقت مدينة "ليموج" التخفيض ذاته على أسعار التيار الكهربائي الخاص بالإضاءة العامة. وقد رفض مجلس الدولة ذلك الإجراء، استناداً إلى أنه إذا كانت هذه التعريفة يجب أن تخضع إلى التغييرات المنصوص عليها في العقد، بصدد تعريفة الإضاءة الخاصة فإن ذلك لا يترتب عليه خضوعها إلى التخفيضات غير المنصوص عليها في العقد، مثل تلك التي يفرضها المشرع على الملتزم فيما يتعلق بالإضاءة الخاصة^(٣).

وقد انتهى "لولييه" في رأيه إلى أن الإدارة لا تملك إلا السلطات المخولة لها بموجب النصوص الصريحة أو الضمنية، وأن النصوص الصريحة في هذا الشأن تتضمنها دفاतर الشروط غالباً، ومع كثرة تكرارها افترض القضاء وجودها^(٤).

(١) د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع ذاته، ص ٧٨.

(٢) C. E., 19 janvier 1946, ville de limoges, Rec. 1946, p. 15

ود. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠٠٧، ص ١٥٢.

(٣) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٧٨.

(٤) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨١، ص ١٤١. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣.

وقد تعرضت نظرية لوليه لانتقادات من الفقه المؤيد لسلطة التعديل الانفرادي، وعدّه متطرفاً، لأنه ينكر طبيعة العقد الإداري^(١).

فالأستاذ "دي لوبادير" يرد على هذه النظرية بقوله: إنها غير مقنعة، ويتعين تصحيح ما جاء بها. ويؤكد أن الأحكام المؤيدة لسلطة التعديل المنفردة متوافرة، فالقضاء يعترف فيما يتعلق بالتزام المرفق العام بحق السلطة مانحة الالتزام في أن تقرر التعديلات المتعلقة بتنظيم المرفق كما ينص عليه دفتر الشروط، بل حتى في الحالات التي لا تنص عليها في دفاتر الشروط، فهناك صورة لسلطة التعديل وهي سلطة الإدارة في إنهاء العقد الذي يصبح غير محقق للمصلحة العامة^(٢).

وتبعاً لذلك فإن هذا التنظيم يمكن تعديله في أي وقت طبقاً للحاجات الاجتماعية والاقتصادية، وإن الإدارة تملك التدخل عند الضرورة لتعديل شروط العقد استعمالاً لسلطتها^(٣).

كما انتقد الحكم الخاص بمستشفى شوني الذي أشار إليه الفقيه لوليه. وذلك تأسيساً على أن موضوعه لم يكن متعلقاً بسلطة الإدارة في تعديل العقد، وإنما كان متعلقاً بمصلحة شخصية للمهندس المتعاقد مع الإدارة^(٤).

ويتضح مما تقدم أن الفقه المنكر لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي قد استند إلى مجموعة من الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي،

(١) مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٥.

(2) A. DELAUBADERE, Traite élémentaire de droit administratif, Tome. 1, 1984, p. 65.

(3) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٩.

(4) A.DELAUBADERE, Traite élémentaire de droit administratif, op. cit., p. 65.

وهذا الأمر كما يعتقد الباحث لا ينسجم مع الواقع بسبب الأعباء الملقاة على عاتق الإدارة، ولا سيما أنها المكلفة بحماية المرفق العام وضرورة المحافظة على سيره بانتظام واطراد. وحتى تتمكن الإدارة من القيام بهذه المهمة يجب أن تعطى لها سلطة التعديل الانفرادي وهو ما عليه الحال في الوقت الحالي.

٣ - الاتجاه الوسط بين الإنكار والتأييد "المقيد" لسلطة التعديل الانفرادي:

بين الاتجاهين السابقين — المؤيد لسلطة التعديل الانفرادي والمنكر لهذه السلطة — هناك اتجاه وسط يعترف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، ولكنه مع تقييد هذه السلطة بقصرها على الشروط اللائحية في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة^(١).

أي إن التعديل لا يشمل كل نصوص العقد بل قسماً منها فقط وهي النصوص التنظيمية للعقد. والقائلون بهذا الرأي يؤكدون، كمبدأ عام، القوة الملزمة للعقد^(٢)، ويرون أن العقود الإدارية والعقود المدنية هي طائفة واحدة من طوائف الأعمال القانونية توجد بالصفات ذاتها وبالأثار ذاتها^(٣). وذلك فيما عدا الشروط اللائحية في عمق الالتزام، إذ يجوز للإدارة تعديلها في أي وقت، تعدّ سلطة الإدارة في هذا المجال سلطة لائحية^(٤).

ومن أبرز المؤيدين لهذا الرأي الفقيه "Duguit"^(٥) الذي يرى أن عقدي الالتزام والأشغال من طبيعة مركبة تحتوي على نوعين من الشروط:

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٧.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.

(٣) M. VEGLERI, Des modifications Apportées par l'administration a ses contrats, thèse, Paris, 1927, p. 32.

(٤) L. DUGUIT, traite de droit constitutionnel, 3eme edition, 1936, p. 435

(٥) L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 430.

الأول: شروط لائحية أو تنظيمية تتعلق بتنظيم وسير المرفق العام، والتي يمكن للإدارة تعديلها في أي وقت بصفتها سلطة عامة، وليس بحسبانها طرفاً في العقد، متى اقتضت ذلك المصلحة العامة، ومثل هذه النصوص تكون ما يعرف بقانون المرفق العام^(١).

أما الثاني: فهو شروط لها الخاصية التعاقدية، وهي اشتراطات خاصة بالعلاقات بين مانح الالتزام والملتزم وتتعلق بتنظيم العلاقات المالية بينهما، ومن دون أن يكون لها اتصال مباشر بالمرفق. وهذه لا يمكن تعديلها من قبل الإدارة بالإرادة المنفردة لأنها تنشئ مركزاً قانونياً شخصياً أو ذاتياً بين مانح الالتزام والملتزم^(٢).

وعلى ذلك، وتطبيقاً لهذه النظرية، فإن التزام المرفق العام هو عملية قانونية مركبة تتضمن نوعين من العناصر التي لها طبيعة مختلفة:

- عناصر تنظيمية أو لائحية: تتعلق بتنظيم وسير المرفق.
- وعناصر تعاقدية: تنظم العلاقات والمزايا المالية للأطراف فقط، من دون أن يكون لها اتصال مباشر بالمرفق العام.

وقد انضم إلى هذا الرأي الفقيه "JEZE" الذي قال إن سلطة الإدارة في زيادة أو تخفيض قيمة الخدمات الواجب على المتعاقد أدائها لا وجود لها إلا في عقود الامتياز وعقود الأشغال العامة.... وإن هذه السلطة تسوغها طبيعة هذه العقود الخاصة، إذ يغلب عليها الطابع التنظيمي^(٣). وإن هذا الرأي يسمى "بنظرية جيز التحديدية".

(١) DUGUIT, *op. cit.*, p. 434.

(٢) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٤.

(٣) Voir C. VAYESSE, La théorie générale du contrat administratif, L'Harmattan, Paris, 2022, p. 333 et suivante.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه شبه عقد الأشغال العامة بعقد الالتزام، لجهة امتلاكه طبيعة مركبة، كما أن أحكام القضاء لم تدعم رأيه^(١)، لافتقاره للأسانيد القانونية. لذلك قيل في شأنها — أي نظرية جيز التحديدية — ليست صحيحة تماماً، ولم يتم تأييد هذه النظرية، لأنها أسرفت في الخيال^(٢).

ولا يؤيد الباحث هذه النظرية لسببين:

الأول: أنها اقتصرَت فقط على عقدي الالتزام والأشغال العامة ولم تتطرق إلى باقي العقود، ولم تبين فيما إذا كانت العقود الأخرى يمكن تعديلها أم لا. والثاني: تجزئة هذه السلطة في التعديل، وجعلها قاصرة على الجوانب التنظيمية فقط، فهذا يعني عدم الاعتراف للإدارة "كطرف متعاقد" في الوقت الذي يجب أن تستعمل فيه سلطتها كلما تطلب الأمر ذلك، وفي ذلك ابتعاد عن التطبيق الصحيح لقواعد الطبيعة الذاتية للعقد الإداري.

ثانياً - موقف التشريع والقضاء من سلطة التعديل في فرنسا :

في مجال التشريع أكد المشرع الفرنسي في العديد من النصوص التشريعية على حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ولكن عندما يرد نص تشريعي في القوانين أو اللوائح أو دفا تر الشروط يحدد مقدار التعديل، فعلى الإدارة الالتزام به وعدم تجاوزه تحت طائلة الحكم بقلب اقتصاديات العقد. مثال ذلك ما أجازَه المشرع الفرنسي للإدارة من زيادة حجم التعاقد شريطة التقيد بالنسب المئوية المُحدَّدة، وألاً تتجاوز القيمة المالية لحجم الزيادة نسبة (٥٠%) من القيمة المالية للعقد الأساسي^(٣).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.

(٢) د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية وضوابطها، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٧. ود. مهدي نوح، رسالته سألقة الذكر، ص ١٢٢.

(٣) Les articles (R.2194-3 et R.2194/9) du le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

ومن النصوص التشريعية التي أيدت هذا الحق، نص المادة (R.2194-7/8) من المرسوم رقم (١٠٧٥-٢٠١٨) المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون العقود الإدارية الفرنسي، والتي أجاز فيها المشرع للإدارة زيادة حجم التعاقد، وتكليف المتعاقد معها بأعمال إضافية من دون إجراء دعوة جديدة إلى المنافسة، بشرط تقيّد الإدارة عند الزيادة بنسبة (١٠%) من قيمة العقد الأساسي بالنسبة إلى عقود التوريد والخدمات، ونسبة (١٥%) من قيمة العقد الأساسي بالنسبة إلى عقود الأشغال العامة.

أما في مجال القضاء الإداري، فالأمر مختلف، فالعقد الإداري هو أحد وسائل الإدارة التي تلجأ إليها لتسيير المرافق العامة، وقد ترى الإدارة أن مبدأ ثبات العقد و الالتزام بنصوصه المجردة لا يتفق مع المصلحة العامة التي تتغير بتغير الوقت والظروف، لذا كان من الواجب على الإدارة في هذه الحالات أن تتدخل لتعديل نصوص العقد ليواكب تغير الظروف بما يضمن حسن سير وانتظام المرفق العام موضوع العقد^(١).

وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي على هذه السلطة الأصلية لجهة الإدارة في العديد من أحكامه التي تؤيد ذلك. ومن أشهر هذه الأحكام حكمه الصادر بتاريخ ١١ مارس ١٩١٠ في قضية ترام مرسيليا "Tramways de Marseille" والذي أكد فيه على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن مجلس الدولة الفرنسي أجاز فيه لمدير مقاطعة الرون أن يفرض على الشركة الملتزمة بترام مرسيليا جدولاً بمواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من العدد المنصوص عليه بدفتر الشروط، أي إنه

(١) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الشنات للنشر والبرمجيات، عام ٢٠٠٨، ص ١٥٣.

أعطى للمديرين ليس فقط سلطة تحديد مواعيد سير القطارات بل أيضاً فرض التعديلات الإضافية الضرورية لتأمين سير المرفق^(١).

وبذلك فإنه يكون قد عدل عن قضائه السابق وأجاز لجهة الإدارة المتعاقدة الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة بهدف تحقيق المصلحة العامة للمرفق العام.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي أشار إلى هذا الحق لاحقاً في أكثر من حكم له. كحكمه الصادر في ٢٦ مايو ١٩٣٠ في قضية "Viette" بشأن زيادة الإضاءة، وتتلخص وقائعه في أن السيد "Viette" الذي كان ملتزماً بأن يزود المدينة بالكهرباء لم يكن عليه وفقاً لدفتر الشروط أن يضمن قوة كهربائية تزيد عن (٧٠) سبعين حصاناً للتيار الكهربائي الذي يمد به المدينة، إلا أنه وبسبب الازدياد المطرد في زيادة الاستهلاك الكهربائي، أصبحت هذه القوة غير كافية للحاجات الجديدة. ف قضى مجلس الدولة بأن المدينة تملك أن تطلب من ملتزمها بتوريد الكهرباء، أن يقوم بالتجهيزات اللازمة وإحداث التغيرات الضرورية وإلا فلن يستطيع أن يتمسك بالتزامه في مواجهة المدينة واحتياجاتها اللازمة^(٢).

وحكمه الصادر في ١٢ مايو ١٩٣٣ في قضية الشركة الحديثة للمقاولات^(٣).

ويلاحظ الأستاذ "ريفيرو" أن سلطة التعديل الإداري قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء، استناداً إلى مبدأ تغليب الصالح العام الذي يوجب إزالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة.

(١) C.E., 11 mars 1910, Compagnie Generale Francaise des Tramways, Rec. 1910, p. 49.

(٢) C.E., 26 mai 1930, Rec. 1930, p. 564.

(٣) C.E., 12 mai 1933, Compagnie Generale des Eaux, Ville de la seine, Rec. 1933, p. 805; et C.E., 9 Février 1951, ville de nice, Rec. 1951, p. 80.

كما يلاحظ أن هذه القاعدة وإن وضعت موضع التنفيذ بمناسبة عقود الامتياز، إلا أنها تطبق على العقود الإدارية كافة⁽¹⁾.

وعليه، فإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداريين الفرنسيين يعترف بحق سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد، ولكنه لا يجعل منه حقاً مطلقاً بشكل يهدد القوة الملزمة للعقود الإدارية، فهذا الاعتراف جعل العقد الإداري يتمتع بشيء من المرونة المتعلقة بسير المرفق العام ولمقتضيات المصلحة العامة.

كما أن سلطة التعديل هذه المعترف بها للإدارة، سواءً من جانب القضاء أو الفقه، تمتد لتشمل كافة العقود الإدارية، فلإدارة الحق في تعديل شروط العقد وتغييرها بما يحقق المصلحة العامة. ولا يجوز للمتعاقد معها التمسك بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" على أن يكون كل هذا من دون الإخلال بقاعدة التوازن المالي والاقتصادي للعقد.

(1) C.E., 1 decembre 1973, Le couteur et sloan, Rec. 1973, p. 507; et C.E., 2 février 1983, Union des Transports publics urbains et regionaux, Rec. 1983, p. 33.

الفرع الثاني

موقف الفقه والتشريع والقضاء من سلطة التعديل في مصر وسورية

أولاً. موقف الفقه المصري:

يكاد يجمع فقهاء القانون الإداري في مصر على حق الإدارة في تعديل كافة عقودها الإدارية بسبب الطبيعة المختلفة للعقود الإدارية عن العقود المدنية^(١)، حتى في حالة عدم وجود نص قانوني على هذه السلطة كشرط من شروط العقد^(٢)، لأنها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة في تسيير المرافق العامة بانتظام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي.

فيرى الدكتور "محمد فؤاد مهنا" أن حق الإدارة في التعديل الانفرادي مسلم به من جانب الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر، وأنه حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة إلى جميع العقود ولو لم ينص عليه في العقد^(٣).

ويؤكد الدكتور "محمود حلمي" على هذا الحق للإدارة؛ لأن ذلك يتماشى مع مقتضيات سير المرافق العامة، وأن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق، وتحقيقاً للمصلحة العامة^(٤).

(١) د. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠٠٩، ص ٤٢٤ وما بعدها، د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤.

(٢) د. حمدي عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة الفاروق، عام ١٩٩٨، ص ٢١٥.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، عام ١٩٦٤، ص ١٢١٨.

(٤) د. محمود حلمي، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ٢٠٠٤، ص ٧٥.

كما يرى الدكتور "محمد ليلة" أن الإدارة لها حق التنفيذ المباشر في العقود الإدارية، من دون حاجة إلى وجود نص في العقد يمنحها ذلك الحق، وعلى الإدارة أن تمارس سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة لتحقيق النفع العام، وهذه السلطة من النظام العام لا تملك أن تنتازل عنها مقدماً^(١).

ويؤيد الدكتور "سليمان الطماوي" هذه الآراء عندما قال: إنه مهما كان الخلاف حول سلطة التعديل في فرنسا فإن هذا الحق فوق كل شك في مصر^(٢). ويضيف: "إن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الدولي. وعلى ذلك يجب أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد تسوّغ هذا التعديل، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة إذا لم تطرأ ظروف جديدة مختلفة عن تلك التي تم إبرام العقد في ظلها"^(٣).

وأوضح جانب من الفقه أن للإدارة أن تجري تعديلات على عقود الأشغال العامة التي ترتبط بها كلما دعت الحاجة إلى ذلك، لاختلاف العمل في أثناء التنفيذ عما هو مقرر في الخرائط والتصميمات الهندسية وعدم وضوح الكثير من التفاصيل فيها^(٤). ويرى هؤلاء أن تنفيذ عقود الأشغال العامة يحتفظ

(١) د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري "دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء"، دار الفكر العربي، عام ١٩٦٢، ص ١١١ وما بعدها.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٢.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ١٩٩١، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢١ وما بعدها.

(٤) د. رياض عيسى الزهيري، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الرابع، السنة ١١، ديسمبر، عام ١٩٨٧، ص ١١٧.

بالكثير من المفاجآت دائماً، حتى إن التعديلات تفرض نفسها بقوة على الإدارة ذاتها التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة^(١).

ولكن السؤال: ماذا لو بقيت الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها على حالها، ومع ذلك رأت الإدارة أنها قد أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرفق العام، فهل تملك تعديل العقد بما يتفق والحاجات الحقيقية للمرفق العام بعد إبرام العقد؟

ذهب الدكتور "ثروت بدوي" إلى الإجابة بالنفي، ويرى أن على الإدارة في هذه الحالة أن تتحمل الخطأ الذي وقعت فيه، فلا يجوز أن تتدارك خطأها على حساب المتعاقد وإجراء تعديل العقد لتلبية احتياجات الجماعة بصورة أفضل، فكان عليها أن تدرس مشروعاتها وتدقق في شروطها الفنية والمالية قبل عرضها على المتعاقد معها.

فيما عدا ذلك يسلم الدكتور "ثروت بدوي" بأن فكرة السلطة العامة وما تمتلكه الإدارة من امتياز في اتخاذ القرارات النافذة من تلقاء نفسها، وامتياز تنفيذ قراراتها جبرياً إذا لم ينفذها الأفراد طوعاً، 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 أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغماً عن المتعاقد، أي تلزم المتعاقد بها ولو كرهاً^(٢).

ويلقى هذا الرأي تأييداً من غالبية الفقه فيما يتصل بتقريره لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية منفردة. إلا أنه يلقي معارضة من بعض الفقهاء "إذ

(١) د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالته سابقة، ص ٢٢٥.

(٢) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، عام ١٩٧١،

ينكر على الإدارة حقها في التعديل تصحيحاً لخطأ وقعت فيه، ويرى هؤلاء^(١) أن هذا الرأي يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل، فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة وأولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتحديث، والمرفق العام يقبل التحديث في كل وقت متى ثبت بأعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة.

إن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها للمنتفعين، وفكرة التعديل فكرة ملازمة لقاعدة التغيير، فسواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أم غير مخطئة يجب تمكينها من نظام المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه^(٢).

وعلى الرغم من هذا الإجماع لفقهاء القانون الإداري على وجود سلطة للإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد، فقد أنكر فريق من الفقه وجود هذه السلطة، كما أنكر الطبيعة التعاقدية على غالبية العقود الإدارية، إذ عدّها من الأعمال المنظمة أو الشرطية^(٣). فعقد الأشغال العامة وعقد الالتزام يغلب عليهما الجانب التنظيمي، ويجوز تعديلهما بما لا يمس الحقوق المالية، بينما عقود التوريد تعد عقوداً ذاتية وليس للإدارة الحق في تعديلها بإرادتها المنفردة^(٤).

ولا يؤيد الباحث هذا الاتجاه الذي يتعارض مع ما ذهب إليه غالبية الفقه، ويتعارض مع النصوص التشريعية والأحكام القضائية لمجلس الدولة،

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٢٢.

(٢) د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٣) د. مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، مصر، القاهرة، السنة ١٣، العدد الأول، عام ١٩٧٩، ص ١٤٣ وما بعدها.

(٤) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٥.

ناهيك عن ذلك أنه سلخ صفة العقد على عقود الأشغال العامة وعقد الالتزام عندما عدّه نظاماً وليس عقداً، كما أن المحكمة الإدارية العليا أنكرت الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا الرأي.

ثانياً - موقف القضاء الإداري المصري:

استقرت أحكام القضاء الإداري المصري منذ القدم على تأكيد سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، من دون أن يتوقف ذلك على موافقة المتعاقد معها.

ومن ذلك ما تضمنه حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٦/١٢/١٩٥٦ الذي جاء فيه: "إن الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها، على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر، أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص، على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.... وذلك لأن طبيعة العقود وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملايساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام.

وإن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين المتعاقدين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة... ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل من دون حاجة إلى النص عليه في العقد، أو موافقة الطرف الآخر عليه... فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل، وبيان أوضاع وأحوال

ممارستها، يضاف إلى ذلك، أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة، لأنها تتعلق بالنظام العام^(١).

وفي حكم آخر أكثر حداثة يؤكد حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ففي حكمها الصادر في ٢٢/٦/٢٠١٠ قضت بما يأتي: "... إذ إن كفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة على تنفيذ شروط العقد، وتوجيه أعمال التنفيذ، واختيار طريقته، وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه، والخدمة التي يؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة، حسبما تقتضيه المصلحة العامة، من دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"^(٢).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على وجود هذه السلطة أيضاً في العديد من أحكامها. فقد قضت في أحد أحكامها بأن "سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية..."^(٣).

وبهذا الخصوص قضت أيضاً بأن "الجهة الإدارية تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها، وتتناول

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٥٦ في الدعوى رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق. غير منشور.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٦٢٢/١٦٢٢/٢٢/٦/٢٠١٠، لسنة ٦٣ ق. وفي المعنى ذاته حكمها في القضية رقم ٦٣٤٦/٦٣٤٦ تاريخ ٢٧/٦/١٩٩٩، لسنة ٤٢ ق. غير منشورين.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٩٨٦/ الصادر بجلسة ١٥/١١/١٩٩٢، لسنة ٣٥ ق.

الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان، على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، من غير أن يحتج عليها المتعاقد معها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(١).

وقضت بأن "قضاء هذه المحكمة جرى على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتملت عليه شروطه، وبما يتفق ومبدأ حسن النية، طبقاً للأصل العام، والمقرر في الالتزامات عموماً. ومقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والنص الذي يتحدد باتفاق الطرفين المتعاقدين في العقد الإداري، يقيد طرفيه كأصل عام، ويصبح واجب التنفيذ، ويمتنع الخروج عليه، ومرد ذلك أن ما اتفق عليه طرفا العقد هو شريعتهم التي تلاقت خلالها إرادتهما، ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته.

ومن جهة أخرى، فإنه من المبادئ المستقرة، أن جهة الإدارة المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة — وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد وفيما بينهم — حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها^(٢).

(١) حكمة المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /٤٦٥٦/ الصادر بجلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠ لسنة ٤٦ ق. مجموعة كنوز أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠. د. مجدي محمود محب حافظ، دار محمود للنشر والتوزيع، عام ٢٠١٠، الجزء الثامن، ص ٤٩٧٨.

وفي المعنى ذاته، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /٤١٦٨/ الصادر بجلسة ٢٠١١/١٢/٥، لسنة ٤١ ق. غير منشور.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /٩٧٦١/ الصادر بجلسة ٢٠٠٥/٤/٢٦ لسنة ٤٧ ق. غير منشور.

وقد سارت الجمعية العمومية المصرية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على النهج ذاته الذي سار عليه القضاء، واستقر إفتاؤها على أنه من المبادئ الأساسية المستقرة، أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة، حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد...^(١).

ففي فتوى للجمعية المذكورة صادرة بتاريخ ١٦/٥/١٩٩٣ أكدت على حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، إذ أعلنت فيها "... أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب موجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة. ويترتب عليها أن لجهة الإدارة أن تعدل شروط العقد بدون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة "إن العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كله، وأن يكون للطرف الآخر حق التعويض إذا أصابه من جراء هذا التعديل ضرر"^(٢).

وانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أنه يجوز للإدارة أن تعدل الأجل المقرر لإتمام العمل في العقود الإدارية، وتحديدده يخضع إلى فحص تقدير الإدارة حسبما تقتضيه ظروف العمل في المرفق العام الذي

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٩٨٤/ والصادرة في ٩/١٢/١٩٧٣، جلسة ١٩٧٣/١١/٢٨، ملف رقم ٣٥/٢٠/٢٨، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص ٣٩٣-٣٩٤، بند ٢١٦.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٥٤٠/ الصادرة في ٦/٧/١٩٩٣. منشورة في مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً منذ عام ١٩٥٥ حتى عام ١٩٩٥، ص ٣٩٧.

تتولاه، ومن ثم فإنها تملك تعديل الأجل الذي سبق أن حددته، سواء تم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أو بعد انقضائه..^(١).

ثالثاً- موقف التشريع المصري:

اعترف المشرع المصري بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية منفردةً، مؤيداً في ذلك مجلس الدولة وغالبية الفقه، وقد تأكد ذلك بنص المادة ٤٦/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري الجديد والصادر بالقانون رقم ١٨٢/ تاريخ ٢٠١٨/١٠/٣ على أنه: « إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد، يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يجاوز (٢٥%) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥%) من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار، على أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات مضمون ذلك. ويشترط لتعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة أو مجلس الوزراء، بحسب الأحوال ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد، وألا يؤثر ذلك على أولوية التعاقد في ترتيب عطائه، وأن تعدل مدة العقد الأصلي إذا تطلب الأمر ذلك وبالقدر الذي يتناسب وحجم الزيادة أو النقص »^(٢).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٢٦٤/ تاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٣، ملف رقم ٤٠٣/١/٥٤، جلسة ١٦/٤/٢٠٠٣.

(٢) المادة ٤٦/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة الجديد في جمهورية مصر العربية والصادر بالقانون رقم ١٨٢ تاريخ ٢٠١٨/١٠/٣، وبمقارنة هذه المادة مع المادة ٧٨/ من القانون السابق رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ الملغى بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات المصري نرى أن المادة ٧٨/ منه أعطت الجهة الإدارية الحق في تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود ٢٥% بالنسبة إلى كل بند، وبقدر متساوٍ بالنسبة إلى جميع العقود الإدارية، لا فرق بين عقود الأشغال العامة أو غيرها.

ونصت المادة /٤٧/ من القانون ذاته على أنه: « في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة الإدارية في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر وبمراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ من واقع نشرة الأرقام القياسية للمنتجين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبة العامة والإحصاء، ويكون هذا التعديل ملزماً لطرفي التعاقد ويتعين تضمين العقد مضمون ذلك»^(١).

رابعاً - موقف القضاء والتشريع في سورية:

اعترف مجلس الدولة السوري للإدارة بحق تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد^(٢)، كما أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في مجلس الدولة قد أكدت على هذا الحق بحسبانه يرتكز إلى سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقود المتعلقة بالصالح العام، وأضافت أنه إذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك.

= بينما ميّز في القانون /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ في المادة /٤٦/ منه بين عقود المقاولات وباقي العقود، فأعطى للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يتجاوز الـ ٢٥% من كمية كل بند لعقود المقاولات وبما لا يتجاوز الـ ١٥% لباقي العقود.

(١) المادة /٤٧/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري الجديد والصادر بالقانون رقم ١٨٢ تاريخ ٢٠١٨/١٠/٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٢٣ في الصفحة ١٤٨ لعام ١٩٨٤، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٩٨٤، ص ٣١٠.

يضاف إلى ذلك أن الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام^(١).

وفي التشريع السوري، اعترف المشرع السوري أيضاً للإدارة بحق التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية، وقد تأيّد ذلك بنص المادة /٣٢/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والخاص بنظام العقود للجهات العامة، إذ نصت في فقرتها /أ/ على أنه «للجهة العامة عند الضرورة الحق بطلب إجراء أي تعديل أو تصحيح أو حذف أو إضافة من الأعمال المطلوبة في العقد، سواء أدى ذلك إلى نقص أو زيادة في كميات تلك الأعمال المطلوبة في العقد، ويترتب على المتعهد في جميع الأحوال أن يقوم بتنفيذ طلبات التعديل كافة أو التغيير التي طلبت 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»^(٢).

كما أن المشرع السوري أعطى هذا الحق للإدارة في تعديل عقودها الإدارية إذا أوجبت ظروف المرفق الذي يتصل به العقد هذا التعديل^(٣)، إذ نصت المادة /٦٢/ من القانون السابق رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على ما يأتي:

أ - يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز ٣٠% لكل بند أو مادة من التعهد على حدة.

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، الرأي رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨، صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٥، ص ١٧٩.

(٢) الفقرة /أ/ من المادة /٣٢/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة السوري والصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ تاريخ ٩/١٢/٢٠٠٤.

(٣) د. مهدي نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١١٧.

وبالشروط والأسعار ذاتها الواردة في العقد ومن دون الحاجة إلى عقد جديد، على أن لا تتجاوز مجموع الزيادة أو النقص ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد. ب — يعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط^(١).

يستنتج من نص هذه المادة أنه يباح للإدارة أن تجري التعديل الانفرادي للعقد في أثناء التنفيذ زيادة أو نقصاناً بما لا يزيد عن ٣٠% من كل بند عقدي، وألا تتجاوز القيمة الإجمالية ما مقداره ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد. أي يجب ألا يتجاوز التعديل الانفرادي في كل الحالات ربع قيمة الأعمال المتعاقد عليها مهما تعددت بنود العقد. كما يفهم من نص هذه المادة أن المشرع طالما أجاز للإدارة إعمال التعديل الكمي للعقد في إطار ٣٠% لكل بند، وبما لا يتجاوز الـ ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد، فإن ذلك يعني بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز إجراء التعديل النوعي على العقد^(٢).

وبمقارنة هذه المادة بنص المادة /٤٦/ من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨ نجد أن المشرع السوري كان موثقاً أكثر من المشرع المصري عندما حدد نسبة التعديل بـ ٣٠% لكل بند أو مادة في التعهد، وألا يتجاوز مجموع الزيادة أو النقص بـ ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد. بينما المادة /٤٦/ من قانون تنظيم التعاقدات المصري الجديد حددت هذه النسبة بـ ٢٥% من كمية كل بند من عقود المقاولات، وبما لا يتجاوز الـ ١٥% من كمية كل بند لباقي العقود. أي إنه ميز في هذه المادة بين عقود المقاولات وغيرها من هذه العقود عند تحديده للنسبة، بينما المادة /٦٢/ من القانون السوري جاءت عامة وشاملة لكل العقود.

(١) المادة /٦٢/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام عقود الجهات العامة السوري.

(٢) د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٢.

نخلص مما سبق إلى أن موقف الفقه والقضاء والتشريع في كل من فرنسا ومصر وسورية كان موحداً لجهة الاعتراف بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة. وهي سلطة أصيلة ومستقلة عن العقد، ونابعة من طبيعة المرفق، والإدارة عند ممارستها هذه السلطة لا تخرج عن العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً لا تملك التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام. كما أن استعمالها هذه السلطة ليس معلقاً على موافقة المتعاقد معها، وليست بحاجة إلى وجود نص في العقد يشير إلى هذا الحق، لأنه مكفول بقوة القانون، بهدف استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وبعد استعراض موقف الفقه والقضاء والتشريع بشأن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية في كل من فرنسا ومصر وسورية، سوف يتم بيان الأساس القانوني لهذا الحق ونطاقه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

يؤدي تغيّر الظروف التي وضعت في الحسبان عند إبرام العقد، وارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، إلى ضرورة قيام الإدارة بالتعديلات اللازمة والضرورية على التزامات المتعاقد الأصلية، بغية ملاءمتها للمتطلبات الجديدة لحسن سير المرفق العام^(١).

وتغيّر هذه الظروف وقابلية المرفق العام للتعديل ومواكبته للتطور الجديد يمثل أساس هذه السلطة^(٢). ويجب على الإدارة عند قيامها بهذا التعديل أن تكون مدفوعة بمقتضيات المصلحة العامة.

كما أن سلطة التعديل تسري على جميع العقود الإدارية المختلفة، وإن كانت لا تطبق بقدر واحد عليها، بل تختلف باختلاف العقود ومدى ارتباطها واتصالها بالمرفق العام، فتكون أكثر شدة واتساعاً في عقود الأشغال العامة وتضييق في عقود التوريد^(٣).

ومن ثم سيتم عرض مضمون هذا المطلب من خلال فرعين وفق الآتي:

الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

الفرع الثاني : نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وتطبيقاته

(١) J. GARBOJO, Droit des services publics, dalloz, Paris, 1995, p. 43 et suivante.

(٢) د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٠.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٤.

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

اختلف الرأي حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية. فبعض الفقه يرى أن هذه السلطة تستمد من خارج الرابطة التعاقدية ومنبثقة من الطابع العام للسلطة الإدارية، وآخر يقول إن هذه السلطة مصدرها الروابط التعاقدية ذاتها القائمة بين الإدارة والمتعاقد معها^(١) وفيما يأتي عرض لأبرز الاتجاهات الفقهية والقضائية سواء في فرنسا أو في مصر أو في سورية.

أولاً- السلطة العامة كأساس قانوني لحق التعديل الانفرادي:

١- في فرنسا:

يذهب جانب من الفقه الفرنسي^(٢) إلى القول: إن القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية تعدّ من أعمال السلطة العامة وإن الإدارة لا تمارس بمقتضاها امتيازاً تعاقدياً، وإنما تستعمل امتيازاً إدارياً بصفتها سلطة عامة، ويجد هذا الامتياز مصدره في القانون ويتعلق بالنظام العام^(٣).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦.

ود. زياد أحمد العرسان، الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٤.

(٢) برينيه: مقالته عن "سلطة الإدارة في عقود الالتزام والأشغال العامة" المنشور بمجلة القانون العام في فرنسا عام ١٩٩٧، ص ٤٧٤ وما بعدها.

Voir Ch. Bernier, "Des pouvoirs de l'administration sur les concessions de travaux publics, in *RDPSPE*, Paris, 1927, p. 474-475.

(٣) طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠. وأيضاً: دلماس "رسالته عن سلطة الإدارة في تعديل شروط عقد الأشغال العامة، عام ١٩٤٥، ص ٤٤-٤٥-١٠٩.

F. Delmas, Le pouvoir de l'administration de modifier les prévisions du marché de travail public, Thèse, Université de Paris, 1945, p. 44.

وقد تعرّض هذا الرأي إلى انتقادات بعض الفقهاء، ولاحظوا أن عبارة "أعمال السلطة العامة" إما أنها مجرد عبارة عامة فضفاضة، وإما أنها انضمام إلى النظرية القائلة بازدواج شخصية الدولة كشخص اعتباري وكسلطة عامة. وهي نظرية مضى زمنها وتخلّى عنها أغلب الفقه الحديث .

والقول إن الإدارة لا تمارس "امتيازاً تعاقدياً" عند فرضها للتعديلات الانفرادية على العقد، يعني أنها تفرض هذه التعديلات على المتعاقد كفرد عادي وليس لكونه متعاقداً، والنتيجة الحتمية لذلك أن يكون للإدارة هذا الحق بالنسبة إلى أي فرد أجنبي عن العقد، وهذا غير مقبول، ويجافي المنطق.

وقد رفض قضاء مجلس الدولة الفرنسي الرأي القائل إن سلطة الإدارة في تعديل عقودها هي من النظام العام، لأنه في عدد من الأحكام اعترف بشرعية الشروط التي تحدد هذه السلطة إذا وردت في العقدة^(١).

ويرى بعض مؤيدي هذا الرأي الذي يقيم سلطة التعديل على أساس فكرة السلطة العامة، 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 العامة التي تملكها وهو امتياز التنفيذ المباشر^(٢).

(١) ميشيل روسيه "رسالته عن فكرة السلطة العامة في القانون الإداري"، سنة ١٩٦٠، ص ١٥١. إذ يقول "ليس من الممكن أن ننكر المبدأ العام الذي يقضي بأن سلطة التعديل، وعلى الأخص في أقوى مظاهرها وهو الفسخ بواسطة السلطة المتعاقدة ولو أنها سلطة فارقة عن القانون الخاص، هو امتيازاً عادياً من امتيازات الإدارة.

كما يقول: إن العقد الإداري ليس أبداً من أعمال السلطة، فهو ليس إدارياً في الواقع لأن فكرة السلطة العامة موجودة في نصوصه ولكن لأن السلطة المتعاقدة تستطيع في تنفيذ العقد مباشرة الاختصاصات التي تتمثل فيها هذه الفكرة. فهناك رابطة بين الوسيلة التعاقدية وفكرة السلطة العامة ولكنها لا تظهر إلا في العلاقات التي تنشأ عند تنفيذ العقد، ص ١٦٠.

(٢) جورج بيكينيو، رسالته عن النظرية العامة للعقد الإداري، عام ١٩٤٥، ص ٣٦٧-٣٦٩.

أما الأستاذ "برينيه" فإنه يعد سلطة الإدارة من أعمال السلطة العامة لتحقيق المصلحة العامة، أي إن الإدارة عند تنفيذ العقود الإدارية تتصرف قبل المتعاقدين معها كسلطة عامة تسعى إلى حماية المصلحة العامة، باتخاذ كافة الإجراءات القانونية والتدابير التي يعترف القانون بضرورتها. ففكرة السلطة العامة تظهر دائماً في مختلف موضوعات العقد الإداري^(١).

ويرى الأستاذ "موريس فلام" أن الإدارة تستطيع أن تفرض تحت رقابة القضاء التعديلات التي تراها في شروط العقد، وهو حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة، لا يمكنها أن تنتازل عنه، وهو ليس بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد^(٢).

ولم يسلم هذا الاتجاه من انتقاد أغلبية الفقهاء ولا سيما في العصر الحديث لأنه — حسب رأيهم — لا يمكن تأسيس حق التعديل الانفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامة، وتغيراتها المفاجئة، والفكرة العامة في ذلك تتمثل في أن الإدارة يجب أن لا تتقيد بشكل غير محدود بعقود صارت غير نافعة، أو بشروط عقدية صارت غير متكيفة مع حاجات المرفق العام^(٣).

ويتابع هؤلاء، إن اعتماد أعمال السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقود الإدارية يؤدي إلى أن الإدارة في هذه الحالة لا تستخدم امتيازاً تعاقدياً وإنما تستعمل حقاً مقررّاً لها بحسبانها سلطة عامة، وبذلك يتم الخلط بين الوسيلة والغاية التي تبتغيها الإدارة من العقود الإدارية،

= G. PEQUIGNOT, Contribution a la théorie générale du contrat administratif, Thèse, Université de Montpellier, 1945, p. 367-369.

(1) R. CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences reciproques des jurisprudences administratives et judiciaires, Thèse, Université de Paris, 1954, p. 567.

(2) M.-A. FLAME, Traité théorique et pratique des Marchés publics, Tome. 1, Bruylant, Bruxelles 1969, p. 49.

(3) A. DE LUBADERE, traité des contrats administratifs, *op. cit.*, p. 402.

فالسطة العامة للإدارة الوسيلة التي تعتمد عليها الإدارة في سبيل تحقيق الغاية الأساسية من عمل الإدارة وهي تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العامة. فالسطة العامة ليست الغاية أو الأساس الذي تركز إليه الإدارة لتسوية حقها في التعديل، إنما الوسيلة لتحقيق غاية النفع العام. ومن العيوب الأساسية أيضاً — في نظر هؤلاء — أن اعتماد هذه الفكرة سيتيح للإدارة ممارسة حق التعديل في أي وقت تشاء من دون حاجة إلى توفر مستلزمات هذا التعديل، وهذا يتنافى مع الغاية الأساسية التي تسعى إليها الإدارة دوماً وهي المصلحة العامة^(١).

٢- في مصر:

ذهب اتجاه من الفقه إلى القول: إن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري يجد أساسه في فكرة السطة العامة، وإن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري ليس بصفاتها متعاقدة، بل لكونها سلطة عامة. بمعنى أنها — أي الإدارة — وهي في موقف السطة العامة تجاه المتعاقد معها، لا تستطيع أن تفعل ما تفعله لو كانت في موقف كطرف متعاقد فقط. ويذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك فيرى أن الأمر الذي تصدره الإدارة إلى المتعاقد معها هو قرار إداري خارج العقد ومنفصل عنه، فهو ليس بمنزلة ممارسة من الإدارة لسلطتها التعاقدية، بل كسلطة عامة^(٢).

كما يرى جانب من الفقه أنه يقع على عاتق الإدارة إشباع حاجات ومصالح عامة عن طريق إنشاء المرافق العامة، وأن المصلحة العامة هي الهدف من إنشاء المرفق العام، وقد تكون لهذا المرفق شخصية قانونية، لا

(١) L. RICHER, Les contrats administratifs, 1991, *op. cit.*, p. 64.

(٢) د. مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية، أبريل ١٩٧٩، السنة الثانية عشرة، العدد الأول، ص ٣٥٨.

تمنع بقاءه مرتبطاً بأحد الأشخاص الإدارية، ويكون مسؤولاً عنه أمام الرأي العام، ويمارس عليه سلطاته الوصائية، وأن إنشاء المرفق العام يوجب تدخل السلطة العامة، سواء في حالة إنشائه أو تحويل النشاط الخاص إلى مرفق عام. ويتابع أنصار هذا الرأي: إن من حق الإدارة إدارة المرفق أو تعديل أساليب ووسائل تقديم الخدمات العامة، وكذلك تعديل المرفق العام بما يجعله منسجماً باستمرار مع مقتضيات المصلحة العامة المتغيرة^(١).

ويرى الدكتور محمد كامل ليلة أن الأساس الذي يقوم عليه حق الإدارة في التعديل يأخذ وجهين:
الأول سلبي: وهو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما.

والثاني إيجابي: ويتجسد في أن الإدارة تباشر سلطتها — التي تمتاز بها كسلطة عامة في مجال عقودها الإدارية — بهدف إشباع حاجات الجمهور.

ويرى أن فكرة السلطة العامة التي تمتاز بها الإدارة تتجلى في نظرية فعل الأمير، التي سلم بها القضاء في الكثير من أحكامه، وهذا الحق الذي تملكه الإدارة ينبعث من فكرة السلطة العامة، فهو ليس امتيازاً تملكه الإدارة بموجب عقودها الإدارية، بل بوصفها سلطة إدارية. ويترتب على هذا نتيجتان: الأولى أن هذا الحق يشمل جميع العقود الإدارية. والثانية أن تصرف الإدارة بتعديل عقودها الإدارية يعد من أعمال السلطة العامة.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من انتقاد بعض الفقه، إذ رأوا أن فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل الانفرادي تجعل الإدارة تمارس هذا الحق من دون أي قيود، أي إنه يحرر الإدارة حتى من القيود العقدية، وهذا

(١) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨٠. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨١، ص ١٤٣.

يتعارض مع ما استقر عليه القضاء الإداري، والذي يتطلب عدداً من الضوابط والقيود التي يجب على الإدارة مراعاتها^(١).

وفي القضاء المصري: قررت محكمة القضاء الإداري في عدد من أحكامها أن حق الإدارة في تعديل شروط عقودها الإدارية مظهر من مظاهر السلطة العامة، وأن هذا الحق يركز إلى سلطتها الضابطة لناحية العقود المتصلة بالصالح العام^(٢).

وفي حكم آخر لها قررت أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية حق مستمد من العقد ذاته، وأن هذا الحق امتياز تعاقدي من امتيازات السلطة العامة قائم بذاته من ناحية العقد المتصل بالصالح العام^(٣).

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن العقد الإداري — شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه — لا يعدو أن يكون توافق إرادتين — إيجاب وقبول — لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية.

والإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، مما يجعل للإدارة سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وحق تعديل

(١) د. السيد فتوح محمد هندأوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٨-١٤٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣٠ يونيو عام ١٩٥٧، سالف الذكر وقد جاء فيه "... أن الإدارة في ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ وإنما تستعمل حقاً...".

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٢٦ ديسمبر، عام ١٩٥١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية لعام ١٩٥١، ص ٨٧.

شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة^(١).

وبالرجوع إلى أحكام محكمة القضاء الإداري السابقة نستخلص: أن هذا القضاء يقيم سلطة التعديل الانفرادي على أساس مزدوج من فكرة السلطة العامة بما تتضمنه من امتيازات خاصة، وفكرة المرفق العام لتحقيق الصالح العام.

ثانياً - المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الانفرادي:

نتيجة الانتقادات التي وجهت إلى الرأي السابق والذي يستند إلى فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لحق التعديل الانفرادي، ذهب الرأي الراجح إلى أنه لا يمكن تأسيس حق التعديل الانفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامة، إذ تتغير متطلبات المصلحة العامة بمرور الزمن وتتغير المعطيات الاقتصادية والاجتماعية وفقاً للتطور العلمي والتقني المتواصل^(٢).

ويتمثل أساس هذه السلطة في مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتأقلم مع المعطيات الجديدة.

ففي فرنسا، يرى معظم الفقه الفرنسي أنه لا يمكن تأسيس حق التعديل الانفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامة، وتغيراتها المفاجئة.

وقد تزعّم هذه الفكرة الفقيه "De laubadère" الذي قرر أن احتياجات المرافق العامة ومستلزماتها تكون في حالة تغيير دائماً طبقاً لحاجات المرفق أو حاجات الجمهور المتعلقة بهذا المرفق، ولذا يجب أن يكون حق الإدارة في

(١) حكمة المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ ق.ع بجلسة ٢٠٠٤/٩/٤، مجموعة المبادئ، السنة ٤٩/ من أول أكتوبر ٢٠٠٣ حتى آخر ٢٠٠٤، المبدأ رقم ١١٨، ص ٩٥٧.

(٢) J. CARBAGJO, Droit des services publics, Dalloz, Paris, 1995, p. 43.

تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة يقوم على أساس احتياج المرفق العام^(١).

ويرى الأستاذ "Waline" أنه في شأن التطوع في الجيش، فإننا نكون أمام عقد إداري تكون شروطه قابلة للتعديل، إذ أبرم هذا العقد بقصد ضمان سير العمل في المرفق العام، وهو مرفق الدفاع الوطني الذي سيسهم فيه بطريقة دائمة، ذلك المجند المتعاقد مع الدولة^(٢).

وهناك من يرى أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي لا يقوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية، وهو امتياز تعاقدية، إلا أن هذا الفريق قد اختلف فيما بينه من حيث التعليل. فيرى بعضه أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي يكمن في فكرة تحقيق مقتضيات الصالح العام^(٣).

ويرى آخرون أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفرادي إنما يقوم على مقتضيات المرافق العامة^(٤). فالرأي الذي يؤيد سلطة التعديل الانفرادي كامتياز تعاقدية للإدارة يقيم هذه السلطة على أساس الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة، وهاتان الفكرتان بمعنى واحد، أو هما على الأقل متماثلتان بعد

(١) A. DE LAUBADERE, contrats administratifs, *op. cit.*, p. 335.

(٢) Note waline, sous C.E. 29 janvier 1947, contrat d'engagement, militaire, R.D.P. 1948, p. 84.

(٣) د. ثروت بدوي، كتابه بالفرنسية "حق الإدارة في تعديل عقودها" سنة ١٩٦٣، ص ٦٦ وما بعدها. ورسالته بالفرنسية عن (فعل الأمير في العقود الإدارية) سنة ١٩٥٥، ص ٩٩ وما بعدها. استعرض فيها أحكام مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بسلطة التعديل الانفرادي، ورأى أنه في الحالات التي أقر فيها القضاء مشروعية التعديلات التي أدخلتها الإدارة على عقودها فإن القضاء قد فعل ذلك لأن هذه التعديلات اقتضاها الصالح العام.

(٤) سارا محمود أحمد سلامة، بحث منشور بعنوان سلطات جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، دبلوم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٠-٢٠١١، ص ٢٠.

أن اتسع مدلول عبارة المرافق العامة إلى مدى يشمل كل ما من شأنه تحقيق منفعة عامة^(١).

والقائلون بهذا الرأي لم يغفلوا الدور المهم الذي تؤديه فكرة السلطة العامة في هذا المجال، فقد لاحظ بعضهم أنه وإن كانت سلطة التعديل تجد أساسها في فكرة تحقيق المصلحة العامة، ومراعاة الظروف المتغيرة في احتياجات المرفق العام وفي وسائل إدارته، فإن إجراء التعديل في ذاته يرتبط بفكرة السلطة العامة. فهذه الفكرة وما تتمتع به الإدارة من امتياز اتخاذ القرارات النافذة من تلقاء نفسها وامتياز تنفيذ قراراتها جبرياً إذا لم ينفذها الأفراد طوعاً، هي التي تجعل سلطة التعديل فعلية لها آثارها العملية^(٢).

وهذا يعني أن الإدارة بمقتضى حقها في اتخاذ قرارات ذات طابع تنفيذي، وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام، وتجعل هذه التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغماً عن المتعاقد، أي تلزمه بها ولو كرهاً.

كما لاحظ بعضهم الآخر أن سلطة التعديل لا تعد مجرد مظهر لامتيازات القانون العام أو للسلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها أيضاً تحقيق للدور الذي تؤديه فكرة المرفق العام في العقود الإدارية^(٣).

ومن ثم فالرأي الغالب في الفقه الفرنسي يقيم سلطة التعديل على أساس مزدوج من تقديرات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة من ناحية، وامتيازات السلطة العامة من ناحية أخرى، وهذا ما أخذ به القضاء الإداري المصري.

(١) ميشيل روسيه، رسالته عن "فكرة السلطة العامة في القانون الإداري"، باريس، عام ١٩٦٠،

مرجع سبق ذكره، ص ١٠٥، وهو يرى أن "الصالح العام يتحد مع مقتضيات المرفق".

(٢) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

(٣) لوبادير، مطوله في العقود الإدارية، الجزء الثاني، ص ٣٣٥.

أما في مصر: فقد أيد غالبية الفقهاء ما ذهب إليه الفقه الفرنسي من أن أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري مستمد من مقتضيات المرفق العام والوفاء بمسئزماته. فيرى الدكتور سليمان الطماوي أن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها احتياجات المرفق العام، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة متلازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري. أي إن سلطة الإدارة في التعديل تستند إلى مقتضيات سير المرفق العام، إذ يكون المرفق قابلاً للتغيير والتعديل بما يتناسب مع أداء الخدمة العامة^(١).

وفي الاتجاه نفسه يمضي الدكتور توفيق شحاتة مؤكداً أن سلطة التعديل تؤسس على المرفق العام، إذ ينبغي دائماً الوفاء بحاجات تلك المرافق حتى تكون متمشية مع التطورات الحديثة التي قد يستلزمها مقتضى سير المرافق العامة^(٢).

ويرى الدكتور فؤاد العطار أن قيام الإدارة بتعديل عقودها يقوم على مقتضيات الصالح العام، وأن سلطتها في التعديل تستمد كيانها وتتأسس على طبيعة استمرار المرافق العامة بانتظام واطراد^(٣). فالمصلحة العامة قد تتطلب تغييراً في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقاً لها في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد، وعلى هذا الأساس يكون للإدارة الحق في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية^(٤).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٣.

(٢) د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، طبعة أولى، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، عام ١٩٥٥، ص ٨٠٢.

(٣) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧٢.

(٤) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

وفي القضاء استقر قضاء مجلس الدولة المصري وإفتاؤه على هذا الرأي، إذ قضت محكمة القضاء الإداري بصراحة ووضوح بأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تقتض مضاماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سيمر المرفق. ومن شأن ذلك أن يكون لجهة الإدارة، وهي صاحبة الحق في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره من تعديل العقد^(١).

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا أيضاً عندما قضت بأن: « جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها.. ويشترط أن تقتضي حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل »^(٢).

وفي النتيجة فإن الأساس القانوني لحق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وفقاً للاتجاه الغالب والمعتمد في كل من فرنسا ومصر وسورية هو فكرة احتياج المرفق العام كأساس للتعديل.

ويعتقد الباحث أنه ليس هناك أساس واحد لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، ونعتقد أن الأساس القانوني لهذه السلطة مرجعه ما تمارسه الإدارة بوصفها سلطة عامة تهدف إلى تسيير المراق العامة بانتظام من أجل تحقيق المصلحة العامة.

وبعبارة أخرى لا يمكن رد الأساس القانوني من وجهة نظرنا إلى فكرة معينة دون غيرها، وذلك لكون جهة الإدارة عندما تقوم بتعديل العقد الإداري يكون الغرض من ذلك ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، والهدف من

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٧٤٢، جلسة ١٩٧٠/٣/٢٤، المجموعة السنة ٢١، بند ١٩، ص ٢١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٩٨٦ س ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥، موسوعة العقود الإدارية.

سير هذا المرفق بهذا الشكل تحقيق المصلحة العامة للجمهور، ولتحقيق هذا الأمر فإن الإدارة تستخدم امتيازاتها بوصفها سلطة عامة.

بعد أن تم بيان الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، سيتم التطرق إلى نطاق هذه السلطة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

نطاق سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وتطبيقاته

من المستقر فقهاً وتشريعاً وقضائياً في أغلب الدول التي تأخذ بمفهوم الإداري بمعناه الضيق (فرنسا ومصر وسورية) أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تشمل جميع العقود الإدارية. إلا أن مدى هذه السلطة يختلف باختلاف نوع العقد تبعاً لمدى اتصاله بالمرفق العام. فهي تتسع في عقود الأشغال العامة والالتزام، وتضيق في عقود التوريد^(١).

وبالتالي فإن هذه السلطة تتراوح قوةً وضعفاً تبعاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام، وسيتم الاقتصار على عرض عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، كأمثلة توضح نطاق حق التعديل فيها وذلك من خلال زيادة أو نقص حجم وكميات الأعمال المتفق عليها، وتعديل أوضاع التنفيذ، وتعديل مدة التنفيذ^(٢).

وسيتم تناول كل مظهر من هذه المظاهر في الجزئيات الثلاثة الآتية:

(١) د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٥.

(٢) تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢.

أولاً- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد:

تستطيع الإدارة أن تعدل مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقص^(١)، بدون أن يؤدي ذلك إلى تغيير طبيعة هذه الالتزامات، والتعديل هنا يرد على كم الالتزامات وليس على نوعها، إذ تكون الزيادة أو النقصان من طبيعة الأداءات المزايدة أو المنقوصة ذاتها^(٢).

وهذا الحق ثابت للإدارة في كل العقود الإدارية سواء أنصَّ عليه القانون أم لا، إلا أن حق الإدارة هذا ليس بمستوى واحد، فتتسع سلطة الإدارة في عقود الأشغال العامة ويضيق نطاقها في مجال عقود التوريد^(٣).

فللإدارة أن تأمر بزيادة أو إنقاص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد أو كمية التوريدات المتفق على تسليمها^(٤). والمتعاقد معها لا يستطيع أن يدعي الجهل بسلطتها في فرض هذه التعديلات فهو مكلف بتنفيذ ما تأمر به دائماً^(٥). ولبحث التعديل في حجم الأداءات بالزيادة أو النقصان يتم التعرض إلى تطبيقها في عقدي الأشغال العامة وعقد التوريد بافتراضهما من أكثر أنواع العقود الإدارية شيوعاً.

١ - عقد الأشغال العامة:

سبق البيان بأن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية تبرز إلى حد كبير بصدد عقود الأشغال العامة. وتعديل كميات الأعمال في أثناء تنفيذ

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، مصر، عام ٢٠٠٩، ص ٧٦.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٢.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة "الأسس العامة للعقود الإدارية"، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٥.

ود. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١.

(٤) دي لوبادير، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٩.

(٥) M.-A., FLAME, Traite théorique et pratique des Marchés publics, *op. cit.*, p. 49.

الأشغال العامة قد يكون لضرورة لابد منها نظراً إلى اختلاف العمل في أثناء التنفيذ عما هو مقرر في الخرائط والتصاميم الهندسية^(١).

والتعديلات التي تحدثها الإدارة في عقودها من الجائز أن تكون أقل شمولاً من التعديل الكامل للعقد، الذي هو دائماً استثنائي، ومهما كانت درجة الشمول، فإن كل تعديل ينتهي إلى ازدياد أو تخفيض في بعض الالتزامات الناتجة عن العقد^(٢). وتحدد قوانين العقود الإدارية نسباً للتعديل تختلف من دولة إلى أخرى^(٣).

(١) د. رياض عيسى الزهيري، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ١١، العدد ٤، ديسمبر ١٩٨٧.

(٢) د. علي عبد العزيز الفحام، رسالته سالفه الذكر، ص ٢٢٢-٢٢٣.

(٣) في فرنسا أجاز المشرع للإدارة زيادة حجم التعاقد، وتكليف المتعاقد معها بأعمال إضافية من دون إجراء دعوة جديدة إلى المنافسة، بشرط تقيّد الإدارة عند الزيادة بنسبة (١٥%) من قيمة العقد الأساسي بالنسبة إلى عقود الأشغال العامة، على ألا يتجاوز المقابل المالي للأعمال الإضافية نسبة (٥٠%) من قيمة العقد الأساسي.

- Art. 15. 3 du C.C.A. G. 1976 "Si l'augmentation de masse des travaux est supérieur a l'augmentation limite definie a l'aleina suivante. L'entrepreneur a droit a être indemnisé enfin de compte du prejudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette augmentation au dela de l'augmentntation limite...".

- في مصر نصت المادة ٤٦/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ على أنه "إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقصان بما لا يجاوز (٢٥%) من كمية كل بند لعقود المقاولات وبما لا يجاوز (١٥%) من كمية كل بند لباقي العقود".

- في سورية أجازت المادة ٦٢/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة "جهة الإدارة المتعاقدة تعديل الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها ضمن شرطين مجتمعين: الأول - ألا تتجاوز الإدارة في نسبة الزيادة والنقصان ٣٠% من قيمة كل بند أو مادة من التعاقد. والثاني - ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقصان ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد.

ومن المستقر في الوقت الحاضر، أن يشتمل دفتر الشروط الخاصة بعقود الأشغال العامة على حق الإدارة في تعديل كمية أو حجم الأشغال المنصوص عليها في العقد، سواء أنصَّ على هذا الحق في العقد أم لم ينص عليه، وفي المقابل من حق المتعاقد المطالبة بسعر مناسب أو تعويض معقول للضرر الذي لحق به. على أن سلطة الإدارة في التعديل لا تشمل إلزام المتعاقد معها القيام بعمل جديد^(١).

وفي هذا الصدد أعتقد أنه من الضروري التمييز بين الأعمال الجديدة والأعمال الإضافية:

أ - الأعمال الجديدة:

هي أعمال غريبة عن العقد الأصلي، لا يسمح بفرضها على مقاول الأشغال العامة وبالتالي لا تلزمه ولا يلتزم بها ولا تربطه بها أي صلة إطلاقاً، ويحتاج لتنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي نصَّ عليها في العقد^(٢). ومثال ذلك: نقل موقع التنفيذ من مدينة إلى أخرى بعيدة، أو أن تقوم الإدارة بتكليف المتعاقد بإنشاء جسر حديدي ثم تطالبه بإنشاء جسر خرساني بدلاً عنه^(٣).

أما الأعمال الجديدة غير المتوقعة فهي التي لم تظهر في العقد، ولكنها ليست غريبة عنه كطلب إعادة ترميم قناة تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور في أثناء إنشاء إحدى السكك الحديدية، أو نقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة

(١) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٣.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم ٩٨٤، ملف رقم ٧، ٩، ٣٠، جلسة ١٩٧٣/١١/٢٨ والتي جاء فيها: ".... إن نقل الموقع من مدينة نهبها إلى بلدة أبو النجا وهما يبعدان ع بعضهما مسافة ٤٠ كم تقريباً. يجعل المتعاقد أمام عقد جديد طالما لم يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة".

الأرض، أو إنشاء قنوات جديدة جانبية لتصريف المياه بمناسبة إنشاء أرصفة جديدة للمetro^(١).

ب - الأعمال الإضافية :

هي التي لم تظهر في العقد أو تُثبت فيه ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها. مثال ذلك، طلب مد السد المنفق عليه في العقد مسافة إضافية بسبب حدوث تغيير في مجرى النهر على غير المتوقع، ففي هذه الحالة يجوز للإدارة أن تطلب من المتعاقد معها تنفيذ تلك الأعمال ولو بعد انتهاء الأعمال الأصلية المنجزة^(٢).

وفي القضاء: قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد طعونها بأنه "... يجوز للجهة الإدارية أن تعدل كميات عقود الأعمال أو حجمها التي تبرمها مع المقاولين بالزيادة أو النقص في حدود ٢٥% من حجم هذه العقود دون توقف على موافقة المتعاقد معها، ودون أن يحق له المطالبة بأي تعويض عن ذلك. على أنه في حالة رغبة تلك الجهة تجاوز النسبة السالفة، فقد اشترط المشرع ضرورة الحصول على موافقة المتعاقد على تنفيذ الأعمال الزائدة بالأسعار ذاتها، وأن هذا القيد ملزم لطرفي العقد طالما ارتضى المتعاقد مع الجهة المتعاقدة تنفيذ الأعمال الإضافية بالأسعار ذاتها المنصوص عليها في العقد الأصلي..."^(٣).

(١) د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٠.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨٤، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٦٩ لسنة ٤٢ ق. ع جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣١، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ٤٦ ق. الجزء الأول، المبدأ رقم ٤/، ص ٢٣.

٢ - عقد التوريد:

الأصل أن المورد ملتزم بتوريد الأصناف المتفق عليها في العقد، وما هو من مستلزمات العقد ولا تستطيع الإدارة أن تفرض على المورد - تحت ستار سلطتها في التعديل - التزامات لا علاقة لها بالعقد الأصلي^(١). فسلطتها تقتصر على موضوع العقد ولا تتعداه، إذ إن المورد قد اتفق معها على معاونتها في موضوع معين، وهو يلتزم ببذل هذه المعاونة على أوسع مدى وفي حدود الأصناف المتفق عليها لسد احتياجات المرفق العام.

بناءً عليه، لا يجوز للإدارة أن تقوم بفرض التزامات جديدة على المورد، إذا كانت هذه الالتزامات منبئة الصلة عن موضوع العقد الأصلي، وينجم عنها تبديل في موضوع العقد^(٢).

ومن ثم فإن التعديل لا يكون صحيحاً إذا ترتب عليه إحلال عقد جديد مكان العقد الأصلي^(٣).

كما لو طلبت الإدارة من المتعاقد معها توريد سيارات بدلاً من السفن أو العكس. فمثل هذا التعديل لا صلة له بالعقد الأصلي وللمورد الحق في الامتناع عن تنفيذه، حتى وإن استندت الإدارة إلى مقتضيات الصالح العام. ومن ثم لا بد

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٤٩/ تاريخ ٢٤/١/٢٠٠٢ جلسة ٣/٣/٢٠٠١، ملف رقم ٤٧/٢/٤٤٠، مجموعة مبادئ الجمعية في شأن العقود الإدارية منذ نشأتها عام ١٩٤٦ وحتى عام ٢٠٠٥، المبدأ رقم ١٦٣، ص ٥٥٩.

(٢) د. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢٢٧.

(٣) M. DE VILLIERS, Droit public général, Dalloze, Paris, 2003, p. 678.

من أن يكون التعديل في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوع الأداءات وأهميتها والمدة المطلوبة للتنفيذ^(١).

وفي عقود التوريد يحدث كثيراً أن تفرض الإدارة على المورد المتعاقد معها التزامات تزيد أو تنقص من الكميات المتعاقد على توريدها، وتمارس الإدارة تلك السلطة حتى في حالة سكوت العقد، على أن تكون تلك التعديلات في طبيعة الأداء ذاته المتفق عليه، والأمر هنا لا يعدو سوى أن يكون تعديلاً في مظهر الكم وحده^(٢).

وهكذا يجد المورد نفسه ملتزماً بالاستجابة دائماً لأوامر الإدارة بإجراء التعديلات اللازمة سواء بالزيادة أو النقصان، وليس له أن يمتنع عن التنفيذ ما دام سيعوض عن الأضرار التي قد تلحقه من جراء هذا التعديل. وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر وسورية.

ففي فرنسا قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه يجوز للإدارة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها^(٣).

وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري أن للإدارة الحق في تعديل مدى التزامات المتعاقد معها، فتزيد الأعباء الملقاة على عاتقه أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص^(٤).

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، مرجع سبق ذكره، ص ٩٤. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠٠٨، ص ١١٥.

(٢) د. علي عبد العزيز الفحام، رسالته سالفه الذكر، ص ٢١٧.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٤ نوفمبر عام ١٩٠٢ في قضية "أولمر وهسبرت"، المجموعة، ص ٦٦٤.

C.E., 14 Novem. 1902, Olmer et Herbert, Rec. 1902, p. 664.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦، المجموعة، السنة ١١، رقم ٦٠، ص ٩٠. مشار إليه سابقاً، وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن

وخلاصة الأمر، أن هناك توافقاً فقهيّاً وقضائياً وحتى تشريعياً في كل من فرنسا ومصر وسورية فيما يتعلق بحق التعديل الانفرادي في حجم الأداءات بالزيادة أو النقصان سواء في عقد الأشغال العامة أو في عقد التوريد. وإن كان هناك اختلاف في النسب بين قوانين هذه الدول كما رأينا. وتعديل الإدارة في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان في هذا النوع من العقود إنما يرد على مقدار هذه الأداءات، وليس على نوعها، سواء أنصّ عليها في العقد أم لا.

ويرى الباحث أنه في حال قررت الإدارة المتعاقدة إجراء تعديلات على عقد الأشغال أو عقد التوريد، لا بد من أن يخضع قرارها إلى مراقبة لجنة مختصة محايدة مهمتها التأكد فيما إذا كانت قرارات الجهة المتعاقدة بالتعديل تصب في المصلحة العامة أم لا. فإذا كان من حق الإدارة التعديل لتمكينها من تسيير مرافقها العامة بانتظام واطراد، فإنها يجب أن تحترم المركز القانوني للمتعاقد وأن لا تثرى على حسابيه.

ثانياً. التعديل في طرق التنفيذ ووسائله :

كما للإدارة الحق في تعديل مقدار التزامات المتعاقد زيادةً أو نقصاناً، فلها أيضاً الحق في تعديل طرق ووسائل التنفيذ^(١) كلما دعت الضرورة إلى ذلك كما لو اكتشفت بعض الأخطاء في المشروعات الأصلية، ما يوجب إصلاحها، أو في حال الاكتشافات الحديثة المتطورة التي من شأنها أن تكون

رقم ١٥٤٣٦ لسنة ٥٣ ق.ع. جلسة ٢٣/٣/٢٠١٠، غير منشور، وأيضاً، فتوى الجمعية العمومية المصرية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٤٩، تاريخ ٢٢/١/٢٠٠٢، جلسة ٣/٣/٢٠٠١، ملف ٤٤٠/٢/٢٧، مجموعة المبادئ في شأن العقود الإدارية منذ نشأتها عام ١٩٤٦ وحتى عام ٢٠٠٥، المبدأ رقم ١٦٣، ص ٥٥٩.

(١) A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, p. 329.

أوفر اقتصادياً، وأكثر تقدماً فنياً من تلك المنصوص عليها في المشروعات الأصلية^(١).

ويختلف حق الإدارة هذا تبعاً لنوع العقد وموضوعه:

١ - **ففي عقود الأشغال العامة** : يقال إن التنفيذ يحتفظ دائماً بالكثير من المفاجآت، حتى إن التعديلات الأساسية في شروط العقد تصبح مسألة ملحة وتفرض نفسها بقوة على الإدارة ذاتها. إذ إنه مهما كانت المخططات والتصاميم المتعلقة بعقود الأشغال العامة متقنة، ومهما بذل القائمون عليها من جهد صادق، فإنهم قد لا يستطيعون دائماً وضع رسومات ومخططات غير قابلة للتعديل في أثناء التنفيذ. والإدارة المتبصرة بمصالحها، تحتفظ لنفسها دائماً بالحق في أن تفرض التعديلات اللازمة على وسائل وطرق التنفيذ، وذلك بنصوص صريحة في العقود التي تبرمها. ومن أمثلة ذلك أنه إذا تم اكتشاف طريقة أكثر حداثة في رصف الطرق يمكن للإدارة أن تفرضها على المتعاقد قبل انتهائه من الرصف^(٢). وكذلك تغيير الإدارة لموقع العمل لإقامة أشغال عامة عليه لوجود طبقة صخرية، أو لأن الأرض رخوة لا تصلح لإنشاء موضوع المقولة بصورة سليمة^(٣).

ومع ذلك فإن حق الإدارة في تغيير أساليب التنفيذ إنما يختلف تبعاً لنوع الأعمال التي يكلف بها المتعاقد، فهي أعمال إضافية أم جديدة أم غير متوقعة؟

(١) المختار أبو صاع محمد كلا، تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة في القانون الليبي والمصري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥. د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٥، د. ثروت بدوي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٨-٧٩.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٦.

(٣) د. أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عام ٢٠١٠، ص ١٧٨.

أ - حالة الأعمال الإضافية: تعرف الأعمال الإضافية بأنها الأعمال التي لم تظهر في العقد، ولكن قائمة الأسعار توقعتها، وحددت أسعارها^(١).

ويذهب بعض الفقه إلى أن قائمة الأسعار لا تتوقع الأعمال الإضافية لتحديد لها سعراً، وإنما يتم تقدير ثمنها على أساس السعر الوارد في العقد للأعمال الأصلية، ومن ثم فإن الأعمال الإضافية هي تلك التي لم تدرج في العقد ابتداءً بل تنفذ خلال مراحل تنفيذه^(٢).

ب - حالة الأعمال المستجدة: وهي التي يعد موضوعها غريباً عن العقد الأصلي، بحيث لا تربطها به صلة إطلاقاً^(٣).

ويعرفها الفقيه الفرنسي (DUFAU) بأنها الأعمال الغريبة تماماً عن موضوع العقد المبرم مع المفاوض أو عن موضوع الأعمال المتفق عليها في العقد، ولا تستطيع الإدارة أن تفرضها على المفاوض^(٤).

واعتقد أن معيار غرابة الأعمال عن موضوع العقد وعدم ارتباطها به بصفة، لا يكفي وحده لتمييز الأعمال المستجدة، بل يجب أن لا تكون هذه الأعمال مدرجة في بنود العقد. إذ قد يفرض الواقع العملي تكليف المتعاقد بأعمال جديدة مرتبطة بموضوع العقد الأصلي، وبالتالي لا يمكن عدّ هذه الأعمال غريبة عن العقد الأصلي، ولإيضاح ذلك نسوق المثال الآتي:

إذا خلت عملية عقدية لإنشاء مستشفى عام من بنود مثل: تركيب تكييف، وشبكة إطفاء حريق، وجهاز إنذار، وسقف صناعي "مستعار" ... وبعد أن تعاقدت الإدارة على إنشاء هذا المستشفى، قدرت أنها بحاجة إلى بعض أو

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٥ وما بعدها.

(٢) د. رياض عيسى الزهيري، مرجع سابق، ص ١١٩ وما بعدها.

(٣) د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٣١١، د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

(٤) J. DUFAU, Marché de travaux publics, Juris classeur de Droit administratif, 1985, p. 520.

كل هذه البنود، وطلبت من المتعاقد تنفيذها. عندئذ لا يمكن القول إن هذه البنود غريبة عن الموضوع الأصلي للعقد (بناء المشفى) أو لا ترتبط به بأية صلة إطلاقاً، بل إنها تتكامل وتندمج في سائر البنود العقدية.

في المقابل يكون موضوع الأعمال الجديدة غريباً عن العقد الأصلي، وغير مرتبط به بأية صلة، إذا طلبت الإدارة من المتعاقد معها رصف طريق أو بناء وحدة صحية... فكل عمل من هذه الأعمال منفرد في ذاته ومواصفاته، ولا يضيف جديداً إلى موضوع العقد الأصلي.

وفي فرنسا لم يسمح مجلس الدولة الفرنسي بفرض الأعمال المستجدة على متعاقد الأشغال العامة^(١).

بينما اعترف المشرع المصري بالأعمال المستجدة، ويُنظم التعاقد عليها بطريق الاتفاق المباشر^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في خصوص اختيار طريقة التعاقد على تنفيذ البنود المستجدة وفقاً لما تراه محققاً للصالح لعام، بالتعاقد عليها بالاتفاق المباشر مع المتعاقد القائم بالعمل الأصلي، حتى لا تتم تجزئة العملية العقدية بين أكثر من متعاقد فتتشتت المسؤوليات، مع التأكيد على أنه حين تقرر جهة الإدارة أن الصالح العام يقتضي إسناد الأعمال المستجدة إلى المتعاقد القائم بالتنفيذ فإن هذا معلق على شرط موافقته، وقد تلجأ الإدارة إلى أسلوب التعاقد بالتراضي لتنفيذ الأعمال الجديدة. وهذا ما سار عليه مجلس الدولة المصري في عدد من أحكامه^(٣).

(١) C.E., 13 juill 1950, viturd, Rec. 1950, p. 433.

(٢) المادة ٤٦/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨، سبقت الإشارة إليها.

(٣) أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٧٤٠ و ١٩٧٩ لسنة ٣٦ ق.ع جلسة ١٩٩٦/٧/١٦.

ج - حالة الأعمال غير المتوقعة: الأعمال غير المتوقعة هي أعمال غير منصوص عليها في العقد وقت إبرامه، وتختلف في طبيعتها عن الأعمال المدرجة في ذلك العقد، غير أنها ليست غريبة عنه^(١). وتسمى بالواقع العملي الأعمال غير المنظورة.

ومن الأشغال التي عدّها مجلس الدولة الفرنسي أعمالاً غير متوقعة، أشغال ترميم قناة تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور في أثناء إنشاء إحدى السكك الحديدية^(٢).

كما يعد من الأعمال غير المتوقعة الأشغال الخاصة بترميم جناح في مستشفى تصدع نتيجة تنفيذ عقد أشغال عامة في جناح آخر مجاور له.

والفرق بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية أنه في الأولى يقدر الثمن مستقلاً عن الثمن المنفق عليه في العقد الأصلي، لعدم ورود بند لتلك الأعمال في العملية العقدية. بينما في الثانية يقدر الثمن على أساس السعر الوارد لمثيلاتها من الأعمال الأصلية في العقد^(٣). والواقع أن حدوث الأعمال غير المتوقعة يكون بسبب تنفيذ العمل الأصلي، ولذلك تسمى بـ "الأعمال الحادثة" أو الطارئة، أي التي تحدث بسبب تنفيذ العمل الأصلي^(٤).

٢ - عقود التوريد:^(٥) الأصل في عقود التوريد أن المورد يستقل بتحديد شروط وطرق تنفيذ العقد، غير أن ذلك لا يمنع جهة الإدارة من ممارسة حقها في

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٥.

(٢) د. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٣.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٦.

(٤) أ. رياض عيسى الزهيري، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٥) تهباني قلا عواد، حدود سلطة الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة

ماجستير، جامعة دمشق، عام ٢٠٢٠، ص ٦١ وما بعدها.

تعديل هذا النوع من العقود^(١)، ولو أن سلطة التعديل فيها أقل أهمية وشدةً واتساعاً عما هي عليه في عقود الأشغال العامة^(٢).

ومن المستقر عليه أن التعديل في طرق ووسائل التنفيذ يختلف باختلاف عقد التوريد نفسه، ففي مجال عقود التوريد العادية، فإن المورد يحتفظ باختيار الوسائل وتحديد طرق تنفيذها.

وتعد عقود التوريد الصناعية - كعقود تصنيع الأسلحة وبناء السفن - المجال الخصب الذي تباشر الإدارة فيه حقها في التعديل بإرادتها المنفردة^(٣). فالإدارة فيها تتمتع بسلطة حقيقية في توجيه المتعاقد معها، وتعديل وسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، والإشراف على تنفيذ المواصفات الفنية للتوريدات، مع تحملها التعريف للمورد^(٤).

وفي فرنسا أقر مجلس الدولة الفرنسي سلطة الإدارة في تعديل وسائل التنفيذ المنصوص عليها في هذا النوع من العقود^(٥).

أما في مصر، فقد أصدرت محكمة القضاء الإداري حكماً لها في ٢٧/يناير ١٩٦٣ بخصوص عقد توريد صناعي، يتعلق بتوريد أسلحة للحكومة

(١) عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، قسم القانون العام، عام ٢٠٠٥، ص ٤٣٢.

(٢) د. علي عبد العزيز الفحام، رسالته سالفه الذكر، ص ٢٢٨.

(٣) د. عاطف سعدي محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٣. وتهاني قلا عواد، مرجع سبق ذكره، ص ٦٤.

(٤) د. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام "في النظامين الفرنسي والمصري"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ١٩٩٨، ص ٥٢٥.

(٥) C.E., 28 décembre 1927, Société Augustin Normand, Rec. 1927, p. 1284.

وهو خاص بتعديل وسيلة بناء إحدى السفن، ويلاحظ أن هذه العقود تتشابه إلى حد كبير مع عقود الأشغال العامة، مما دعا إلى الاعتراف للإدارة بسلطة إصدار الأوامر المصلحية لتوجيه التنفيذ في هذه العقود.

لاستخدامها بقصد الدفاع عن الوطن في أثناء حرب فلسطين، وقد جاء في هذا الحكم: "... مما لا جدال فيه أن الدفاع عن الوطن أهم مرفق في الدولة، وأن عقد ٩ أبريل ١٩٤٩ أبرم لخدمة هذا المرفق في ظروف غير عادية، كانت البلاد في أشد الحاجة إلى تلك المهمات الحربية، وقد تضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، وذلك بأن يتحمل المورد "شركة أورليكون" فحص الأسلحة نيابة عن جهة الإدارة كسباً للوقت.. ومن حيث أنه فوق ما تقدم فإن تدبير واختيار وفحص الأسلحة اللازمة للجيش المحارب واجب أساسي من واجبات الدولة الأولى، ومن المتعين أن يكون ذلك بمعرفتها وتحت إشرافها ورقابتها الصارمة..."^(١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صادر بجلسة ١٥/١١/١٩٩٧ بأن "... سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية..."^(٢).

وعليه، ونظراً إلى أهمية عقود التوريد الصناعية فإن الإدارة تستطيع أن تفرض تعديلات بالطريقة والوسيلة التي تراها مناسبة، ويعود ذلك إلى أن التنفيذ فيها كثيراً ما يدعو الإدارة إلى التعديلات الضرورية في أثناء التنفيذ إذ يتلاءم مع المصلحة العامة، وبالتالي هذا النوع من العقود في رأينا لا تقل أهميته عن أهمية عقود الأشغال العامة بالنسبة إلى سلطة الإدارة بتعديلها.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٤٣١٤/ في ٢٧/يناير ١٩٦٣، س ٩ ق، المبدأ رقم ٨٤، الموسوعة الإدارية الحديثة، ص ٢١٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٥/١١/١٩٩٧. مشار إليه في رسالة الباحث، عبد المنعم العاري أبو بريق، حق الإدارة في تعديل عقود البوت، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، عام ٢٠١٠، ص ١٥٤. وحكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق. جلسة ٢٨/٤/١٩٩٢، غير منشور.

ثالثاً - التعديل في مدة تنفيذ العقد :

لا تقتصر سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بشكل منفرد على حجم الأداءات وطرق التنفيذ ووسائله، بل يمتد هذا الحق ليطال تعديل مدة التنفيذ المشترطة في العقد. فلإدارة أن تعدل في مدة التنفيذ المثبتة في العقد، وذلك بتقصيرها أو بمددها، وهذا الحق تمارسه الإدارة استعمالاً لسلطتها في التعديل الانفرادي، ابتغاءً للصالح العام^(١). فحاجات المرفق العام التي تسوّغ التعديل في مدى وكيفية أداء الالتزامات بوساطة المتعاقد تسوّغ أيضاً التعديل في مدد التنفيذ سواءً باستعمالها "تقصير مدة التنفيذ" أو بتأخيرها "مدد مدة التنفيذ"^(٢) كأن تأمر الإدارة تعديل مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة وعقد التوريد لمدة أقصر من المدة المحددة في العقد.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بذلك في قضية وزارة الحربية، حينما أيد التعديلات التي أمرت بها الإدارة المتعاقد معها بالإسراع في بناء حصن بسبب حاجة الدفاع الوطني إليها^(٣).

وقد تستدعي ظروف الإدارة تأخير تنفيذ الأعمال عن المدة المتفق عليها أو وقفها، فتأمر بذلك التأخير، وعلى المتعاقد معها أن يعمل على تنفيذ هذه القرارات مراعاة للمصلحة العامة. وقد جاء ذلك مؤكداً في حكم لمجلس الدولة الفرنسي والذي أقر فيه للإدارة بحقها في وقف الأعمال المتفق عليها بسبب

(١) بيكينيو، النظرية العامة للعقود الإدارية، الموسوعة الإدارية، ملزمة ٥١٠، ص ٢٣. ولوبادير، مطوله في العقود الإدارية، الجزء الثاني، ص ٣٢٩. د. ثروت بدوي، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠.

(٢) د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق - دار النهضة العربية القاهرة، من دون ذكر عام نشر، ص ١٩٥.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٣/مايو/ ١٩٠٧، أورده: د. أحمد عياد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٨.

حرب عام ١٩١٤م^(١). بل إن سلطة الإدارة قد تصل في هذا الشأن إلى حد الإلغاء التام للعقد، فهي تستطيع أن تنهي العقد في أي وقت من دون خطأ من المتعاقد^(٢)، لذا فمن باب أولى أنه بإمكانها الأمر بوقف تنفيذ الأعمال لأسباب مسوغة خطياً.

ولبيان تعديل الإدارة لمدة تنفذ العقد الإداري سنتناول في هذه الجزئية توضيح نطاق هذه السلطة وتطبيقها على عقدي الأشغال العامة والتوريد.

١. تعديل مدة التنفيذ في عقد الأشغال العامة:

مدة التنفيذ لها أهمية قصوى بالنسبة إلى طرفي عقد الأشغال العامة. فبالنسبة إلى إطالة الإدارة مدة تنفيذ الأشغال: القاعدة العامة، أن تحديد الإدارة ميعاداً لإنهاء العملية محل عقد الأشغال العامة يفترض حاجة المرفق إلى الأشغال في هذا التوقيت، وتأخر المتعاقد في التنفيذ عن الميعاد المحدد من دون عذر مقبول يعني توقيع غرامات التأخير عليه. وما دامت القاعدة كذلك فإن إطالة مدة تنفيذ الأشغال العامة، تعد استثناء من هذه القاعدة.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأحقية الإدارة في تأجيل أو وقف تنفيذ الأشغال بسبب عدم كفاية الاعتمادات الحالية في الميزانية^(٣)، وبأحقية الإدارة كذلك في أن تأمر بوقف تنفيذ الأشغال أو تأجيلها بسبب ظروف الحرب^(٤).

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٢٠، أورده د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٩١. ويضيف في تعليق له: أنه "يجوز للإدارة المتعاقدة في أي وقت وبعد البدء في تنفيذ العقد أن تعدل في المدة المتفق عليها في التنفيذ، سواء بتقصيرها أو تمديدتها، وذلك إذا ما اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل، ومن ذلك مثلاً: أن تطلب من المورد الاستعجال في توريد الموارد التموينية والغذائية للقوات العسكرية بسبب دواعي الأمن القومي، ومن ثم تقصير المدة المتفق عليها..".

(٢) د. ثروت بدوي، مرجع سبق ذكره، ص ٩١.

(٣) C.E., 2 mars 1951, ville de Poissy, Rec. 1951, p. 812.

(٤) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣١.

والأمر الجدير بالتتويه إليه في هذا المقام، أن الجهة الإدارية المتعاقدة يمكن أن تباشر من تلقاء نفسها سلطتها في إطالة مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة، وهنا يجب التفرقة بين هذه الحالة والحالة التي تستجيب فيها لطلب المتعاقد المتأخر في التنفيذ بمنحه مهلة إضافية^(١).

وتبدو أهمية التفرقة بين الحالتين من خلال الآتي:

— فالأولى لا تفرض غرامات التأخير على المتعاقد عن المدة التي مدت الإدارة العقد إليها، لأن إقدامها على ذلك لم يكن ناتجاً عن أي تقصير أو خطأ من المتعاقد.

— بينما في الحالة الثانية يكون هناك تقصير من المتعاقد، ما يسوّغ توقيع غرامات التأخير عليه عن المدة التي امتد إليها العقد.

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري أن المعوّل عليه في مباشرة الإدارة لسلطتها في تعديل مدة تنفيذ العقد، أن يكون ذلك بالاتفاق فيما بينها وبين المقاول على تعديل مدة العقد بمدّها، أو بمبادرة من الإدارة من تلقاء نفسها متى قدرّت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك^(٢).

فالأصل أنه إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ عقده بحجة عدم قيام الإدارة بصرف المستحقات عن الأعمال التي تمت، فإن هذا السبب لا يكون مسوغاً للامتناع عن تنفيذ العقد، وبالتالي سيتحمل الغرامة التي أوقعها عليه الإدارة

(١) تنص المادة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ والخاص بقانون تنظيم التعاقدات العامة في مصر على أنه: "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادته...".

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٣٦٤ تاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٣، ملف رقم ٤٠٣/١/٥٤، جلسة ٢٠٠٣/٤/١٦ غير منشور.

بسبب التأخير في تنفيذ العقد، ما دامت الجهة الإدارية لم تنهض من تلقاء نفسها إلى تعديل المدة المحددة لتنفيذ الأعمال بمدّها إلى أجل آخر.

ويسقط حق الجهة الإدارية في اقتضاء غرامة التأخير عن المدة التي يمتد إليها أجل تنفيذ العقد متى قامت بتعديل الأجل الذي سبق وأن حددته من تلقاء نفسها إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك^(١).

أما بالنسبة إلى أثر الأعمال الزائدة "الإضافية والمستجدة" في مدة التنفيذ: فقد سكت المشرع المصري عن معالجة مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة في حالة تكليف المتعاقد بأعمال إضافية أو مستجدة يستلزم تنفيذها وقتاً يضاف إلى الوقت المحدد لتنفيذ الأعمال موضوع العقد الأصلي.

وإزاء هذا الفراغ التشريعي أرسى مجلس الدولة المصري مبدأً أحقية المَقاول في مد تنفيذ العملية المسندة إليه إذا تم تكليفه بأعمال زائدة، بيد أن منهج المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن يختلف عن نهج الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع. ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا قضت فيه أن: "المتعاقد أنهى جميع الأعمال المسندة إليه سواء الأصلية أو الإضافية في الميعاد المحدد بعد إضافة المدة التي طلبها مقابل الأعمال الزائدة ووافقت عليها الإدارة عند إضافتها قبل انتهاء مدة الأعمال الأصلية.. وهو ما يقتضي إضافة مدة لتنفيذ تلك الأعمال الزائدة. وبذلك لا يكون هناك تأخير من المَقاول يستوجب توقيع غرامة تأخير عليه..."^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٩٥٦ لسنة ٤٢ ق.ع. جلسة ١٩٩٩/٤/٢٧. غير منشور.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥، غير منشور وحكمها في الطعن رقم ٢٣١٦ لسنة ٤٢ ق.ع. جلسة ١٩٩٩/٢/٢٣. غير منشور.

أما بالنسبة إلى نهج الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، فقد قررت الجمعية العمومية، أنه في حال عدم وجود اتفاق على حصول المتعاقد على مدة زمنية نظير الأعمال الزائدة، أن يتم منحه مهلة تحدد من خلال حساب حجم الأعمال الإضافية أو كمياتها منسوبة إلى حجم أو كميات الأعمال الأصلية ومدتها. وذلك بالإضافة إلى ما قد تتطلبه طبيعة الأعمال الإضافية من مدد أخرى لظروف تتعلق بكيفية تنفيذها^(١).

ويعتقد الباحث أن منح المتعاقد مدة زمنية إضافية عند تكليفه بأعمال زائدة، فيه تحقيق للعدالة المجردة التي تأبى أن يتحمل المتعاقد وحده أعباء زيادة الأعمال. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فيه تحقيق للمصلحة العامة التي يهدف المرفق العام إلى تحقيقها والتي تتجسد في إنجاز المشروع في أسرع وقت ممكن.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجلس الدولة المصري - إزاء الفراغ التشريعي في هذا الصدد - قد اضطلع بدوره الإنشائي في ابتداع الحلول المناسبة لما يعرض عليه من منازعات في هذا الخصوص، فأرسل مبدأ أحقية المتعاقد في مدة زمنية إضافية عند تكليفه بأعمال زائدة.

ولكن قد تثار مسألة تقصير مدة تنفيذ الأشغال في حالة تخفيض حجم أو كميات الأعمال على مدة التنفيذ، وأيضاً في حالة تقصير الإدارة لمدة التنفيذ من دون أن تجري تخفيضاً لحجم الأعمال موضوع العقد.

ففي الحالة الأولى: فإن القاعدة التي أرسنها المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الصدد بحكمها الصادر في ١٥ فبراير عام ٢٠٠٠ هي أنه: "... إذا ما طرأ على العقد... نقص فإن الأصل أن... تنقص المدة بمقدار..

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٤٢ تاريخ ٢١/٦/٢٠٠٠، ملف رقم ٤٨/٢/٧٨، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢ غير منشور.

النقصان في الأعمال... وذلك باعتبار أن المدة المحددة في العقد وضعت لإنجاز الأعمال موضوعه فقط، وأي.. نقص ينعكس... على المدة المحددة في العقد، هذا إذا لم يتفق الطرفان على ما يخالف ذلك، فإنه في هذه الحالة يلتزم الطرفان بالاتفاق الذي يتم بهذا الشأن^(١).

واعتقد أن تقديرات العدالة والمصلحة العامة تقتضي في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين المتعاقدين على مدة جديدة للعقد عند تخفيض حجم أو كميات الأعمال، أن تكون القاعدة تقصير مدة العقد بمقدار المدة الزمنية المقدرة بمعرفة جهة الإدارة لتنفيذ الأعمال محل الإلغاء أو التخفيض، وليس بقيمة ما ينقص من الأعمال بالنسبة إلى القيمة الإجمالية للعقد منسوبة إلى مدتها. لأن نقصان المدة بمقدار هذه القيمة قد لا يحقق تقديري العدالة والمصلحة العامة.

وفي الحالة الثانية القاضية بتقصير مدة العقد من دون تخفيض حجم أو كميات الأشغال، فللإدارة هنا أن تتخذ من الإجراءات ما يلزم للإسراع في تنفيذ عقد الأشغال العامة في مدة أقصر من المدة الأصلية للعقد، متى اقتضت ذلك المستلزمات الحالّة والعاجلة للمرفق العام^(٢). فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بحق الإدارة في أن تأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة للإسراع في التنفيذ وذلك بتقصير مدة بناء حصن استناداً إلى حاجات الأمن القومي^(٣).

أما في مصر، فكما سكت المشرع عن النص بمد مدة عقد الأشغال العامة حال تكليف المقاول بأعمال زائدة يستلزم تنفيذها وقتاً، سكت عن النص

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥ غير منشور.

(٢) د. رياض عيسى الزهيري، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.

(٣) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣١.

على حق الإدارة في تخفيض مدة العقد مع ثبات حجم الأعمال محل العقد، وعن حق المفاوض في التعويض عن تخفيض المدة، على الرغم مما يقتضيه التنفيذ في الموعد الجديد من إسراع تكون كلفته المادية زائدة.

وأعتقد أن للإدارة هذا الحق في تقصير مدة العقد، وفي المقابل للمتعاقد الحق في إنجاز العملية التعاقدية في الموعد المحدد ابتداءً في العقد إذا لم يوافق على تقصير المدد.

ولكن في مثل هذه الحالة، وإن كانت قليلة الحدوث في الواقع العملي، فإن التسليم للإدارة بهذا الحق، يجب أن يقابله اعتراف للمتعاقد بالحق في التعويض، بافتراض أن إلزام المتعاقد بتنفيذ العملية التعاقدية قبل ميعاد نهايتها، إنما يتطلب مجهوداً ونفقات زائدة من قبله، والعدالة تأبى أن يكون للإدارة سلطة تقصير مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة دون أن تلتزم بتعويض المتعاقد عما تكبده من خسائر وما بذله من جهد مضاعف في سبيل تحقيق ذلك.

٢. تعديل مدة تنفيذ عقد التوريد:

على الرغم من أن غالبية الفقهاء في فرنسا ومصر وسورية يؤيدون حق الإدارة في ممارسة سلطة التعديل الانفرادي على عقودها، ومنها عقد التوريد الذي تمارس سلطتها فيه بنطاق ضيق، إلا أن التقدم الحديث لعقود التوريد الصناعية جعل سلطة الإدارة في هذا النوع تكون أكثر اتساعاً وأقوى مدى^(١).

وفيما يتعلق بتعديل مدة تنفيذ عقد التوريد، فإن التعديل يقع على المدة المتفق على تمام التوريد خلالها سواء بقصر المدة أو مدها، وذلك إذا اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل، ومن ذلك مثلاً أن تطلب الإدارة من المورد

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٦.

تقصير مدة توريد مواد الإعاشة للمناطق العسكرية بسبب دواعي الأمن القومي، كما يمكن له إطالة هذه المدة بسبب نفاذ الاعتمادات المالية، ولها أن تتخذ قراراً بإطالة مدة تنفيذ العقد في حال تكليفها للمورد بتوريد كميات إضافية، عندما لا تكفي المدة المتبقية المتفق عليها في العقد لأداء هذه الكميات الإضافية^(١).

وحق الإدارة هذا أقره القضاء، فقد أفنتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري أنه: "... إذا كان تحديد الأصل المقرر للتوريد أو لإتمام الأعمال في العقود الإدارية يخضع إلى تقدير الجهات الإدارية حسبما تقتضيه ظروف العمل في المرفق العام الذي تتولاه. ومن ثم فإنها تملك تعديل الأصل الذي سبق لها أن حددته، وذلك بعد موافقة الطرف الآخر في العقد، سواء تم هذا التعديل قبل انتهاء الميعاد المتفق عليه أو بعد انقضائه.

وفي هذه الحالة الأخيرة يسقط حقها في اقتضاء غرامة التأخير المستحقة عن المدة التي امتد إليها الأجل الجديد"^(٢).

على أن سلطة الإدارة في هذا الشأن ليست مطلقة أياً كان وجه التعديل الذي تباشره جهة الإدارة في عقود التوريد، ومن ثم فإنه يتعين على جهة الإدارة أن تباشر سلطتها في تعديل عقد التوريد بإرادتها المنفردة داخل أطر محددة تمثل نقطة التوازن بين المصلحة العامة التي من أجلها تقرر حق التعديل والمصلحة الخاصة للمورد^(٣).

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٩.

(٢) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية، فتاها، رقم ٣٢٣ في ١٠/٥/١٩٥٩.

(٣) د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٤.

المبحث الثاني

النظام القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

إن تغيّر الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية هي دائماً السبب وراء قرارات الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، فمواصلة المرفق مع هذه المتغيرات يستدعي قيام الإدارة بإجراء التعديلات في عقودها الإدارية المتعلقة بتسيير المرفق العام^(١). فالغرض من هذا التعديل إذاً تطوير هذا المرفق مع ما يستجد من ظروف، والمتعاقد حتماً لن يعارض هذا التعديل متى ما تمّ وفقاً لشروط محددة، لأن إطلاق سلطة الإدارة في تعديل شروط عقودها الإدارية سيكون هاجساً لهذا المتعاقد، ومهدداً له في كل وقت، ولا سيما أن سلطة التعديل تشكل خرقاً لمبدأ المشروعية الذي بني عليها^(٢).

لذلك حرص المشرع في أغلب دول العالم ومنها فرنسا ومصر وسورية على تنظيم هذا الحق ضمن مجموعة من الشروط والقيود التي يتعين على

(١) د. عبد السلام المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني، منشورات جامعة قاريونس، ليبيا، بنغازي، عام ١٩٩٣، ص ٢٥٥.

(٢) "سلطة التعديل هذه ليست مطلقة ولا تقديرية: فمن ناحية المصلحة العامة وهي ما تسعى إليه الإدارة، فالسلطة المطلقة بلا قيود تأتي ضد هذه المصلحة، ولا يقبل أي شخص أن يتعاقد مع الإدارة والخضوع إلى سلطات مطلقة من حيث مضمونها ومداهها ولا سيما أن مصلحة المتعاقد هي هدف القاضي الإداري من وراء وضع ضوابط لممارسة هذه السلطة".

د. أحمد السيد محمود عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوضعي الإسلامي، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠٠٦، ص ٣٤٦.

كما أنها ليست سلطة تقديرية، لأن السلطة التقديرية تعني الحرية الواسعة للإدارة في التهرب من التزاماتها العقدية، والقول إن الإدارة تستقل بضرورات التعديل من عدمه يعني إعطاءها سلطة مجردة وقائمة بذاتها ولذاتها، مما تكون معه سلطة التعديل وسيلة من وسائل التعديل وليس من وسائل سير المرفق العام، د. محمود خلف الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص ١٧١.

الإدارة مراعاتها عند ممارستها سلطتها في التعديل. فتنعقد مسؤولية الإدارة إذا مارست سلطتها هذه بدون احترامها لهذه الشروط والقيود. فمخالفة الإدارة الشروط أو القيود قد يؤدي إلى بطلان التعديل وقد يجيز للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة خطأ الإداري العقدي.

وعليه سيتم شرح مضمون هذا المبحث من خلال مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول: ضوابط ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطة التعديل

المطلب الأول

ضوابط ممارسة سلطة تعديل العقد الإداري

لكون سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة حقاً ثابتاً لها ويسري على جميع العقود الإدارية، فإن هذا الحق ليس مطلقاً، بل ترد عليه مجموعة من القيود والشروط^(١) تمثل في آن معاً ضماناً قانونية للمتعاقد في مواجهة تعسف الإدارة^(٢).

وسيتم عرض تلك الضوابط والقيود في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الضوابط العامة لممارسة سلطة التعديل الانفرادي

الفرع الثاني: الضوابط الخاصة لممارسة سلطة التعديل الانفرادي

(١) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٢.

(٢) محمد فؤاد محمد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ٢٠١٠، ص ٢٦٦.

الفرع الأول

الضوابط العامة لممارسة سلطة التعديل الانفرادي

يقصد بالضوابط العامة لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، تلك الشروط والقيود المتصلة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة بشأن هذا التعديل، ولذا تعتبر القرارات الصادرة دون مراعاتها مشوبة بعيب مخالفة القانون، وقابلة للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري، كما يستطيع المتعاقد الامتناع عن تنفيذ التعديل غير المشروع المخالف للقيود المتعلقة بالمشروعية الإدارية^(١).

وتتخصر القيود العامة التي ترد على حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية في أربعة قيود، سوف يتم تناولها تفصيلاً فيما يأتي:

أولاً- أن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام :

ترتبط سلطة التعديل بالقواعد الضابطة لسير المرفق العام، وأولها قابلية المرفق للتغيير^(٢). فطبيعة احتياجات المرفق المتغيرة باستمرار هي التي تقضي تعديل بعض نصوص العقد^(٣). ولا يجوز أن تتجاوز ذلك إلى الشروط التي تنظم المزاياء والضمانات المالية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد، فهذه الشروط أجنبية عن فكرة المرفق العام وهي مستقرة لا يجوز المساس بها^(٤).

(١) د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٧.

(٢) سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٤.

(٣) د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦.

(٤) بيكينيو، النظرية العامة للعقود الإدارية، الموسوعة الإدارية، عام ١٩٦٢، ملزمة ٥١٠، ص ٤، ودي لوبادير، مطوله في العقود الإدارية، الجزء الثاني، ص ٣٣٩، ود. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٩.

ولذلك استقر الرأي على أنه ينبغي على الإدارة عند ممارسة سلطتها في تعديل العقد أن تقتصر على شروطه المتصلة بالمرفق العام، أي التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق، وهي الكمية، وشروط التنفيذ، ومدته، وذلك بحسبان أن سلطة التعديل مرتبطة باحتياجات المرفق العام وليس بالحقوق المالية للمتعاقد^(١).

وهذا القيد ليس إلا نتيجة للفكرة الأساسية ذاتها التي تشكل الأساس القانوني لسلطة التعديل، وهي ضرورة تكيف العقد مع حاجات المرفق العام^(٢).

ولكن السؤال: كيف يمكن التمييز بين شروط العقد المتصلة بالمرفق العام وهي الشروط المرنة التي يجوز تعديلها، وتلك الشروط التي تعد أجنبية عن فكرة المرفق العام، وهي الشروط المستقرة التي لا يجوز المساس بها؟

من المقرر أن الشروط التي يتضمنها العقد الإداري تنقسم إلى شروط لائحية وأخرى تعاقدية^(٣). والإدارة بسلطتها في التعديل تقتصر على الشروط اللائحية المتعلقة بالمرفق العام فقط، كالشروط المتعلقة بحجم الأعمال محل التعاقد، وطرق التنفيذ ووسائله ومدته^(٤). بينما الشروط التي تعد أجنبية عن المرفق العام، هي الشروط المتعلقة بالمزايا المتفق عليها مع المتعاقد "الشروط التعاقدية" وعلى الأخص العناصر المالية في العقد، مثل الثمن المتفق عليه، فهذه شروط تتعلق بالمزايا والضمانات التي دفعت المتعاقد إلى إبرام عقده، وهي لا تؤثر في سير المرفق أو تنظيمه، ولذلك تبقى خاضعة إلى قواعد

(١) د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٢، ص ٤٣.

(٢) C. VELDEL, P. Delvolve, Droit administratif, PUF, ed. 12, Paris, 1933, p. 419.

(٣) د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦.

(٤) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٨.

القانون المدني الذي يحكم العقود بصفة عامة^(١). وهي القاعدة الأصلية المعروفة بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" فهذه لا يمكن لجهة الإدارة أن تنفرد بتعديلها وفقاً للرأي الراجح في الفقه والقضاء، بل لا بد من موافقة المتعاقد عليها، وإلا كان قرارها باطلاً^(٢).

ففي فرنسا: حدد الفقه الفرنسي سلطة التعديل بالصلاحية التي تهدف إلى تحقيق سير المرفق العام وسد احتياجاته ومتطلباته، ومن ثم يتعين أن تقتصر هذه السلطة على شروط العقد المتصلة بسير المرفق العام، أي على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها، دون الشروط المالية المتعلقة بالمقابل المالي للمتعاقد^(٣).

وقد أقرَّ القضاء الفرنسي هذا المبدأ عندما قضى أن: "سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري تنصب على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وتنظيمه، أما الشروط المتعلقة بالمزايا المالية المنقولة عليها للمتعاقد، فلا يجوز تعديلها انفرادياً من جانب الإدارة ويستلزم لتعديلها اتفاق أطراف العقد"^(٤).

وفي مصر: يرى بعض الفقه أنه يتعين على الإدارة عند تعديل عقودها الإدارية التقيد بأن يقتصر التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، أي على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق، لأن سلطة التعديل تتحدد بموضوعها وهو سد احتياجات المرافق العامة، ولا يجوز أن تتجاوز ذلك إلى الشروط التي تنظم المزايا والضمانات

(١) د. عمرو بخيت حسن، مضمون فكرة الشروط الاستثنائية في نطاق العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٩، ص ٢٦٠.

(٢) د. رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٤، ص ٧٧.

(٣) F. BERGERE et autres, Le guide operationnel der 2010, p. 209.

(٤) C. E., 10 Décembre 1973, Le couteur et slon, Rec. 1973, p. 705.
C.E., 9 Mars 1951, Didonna, Rec., p. 148.

المالية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد، فهذه شروط أجنبية عن فكرة المرفق العام، وبالتالي لا يجوز المساس بها وإلا كانت قرارات الإدارة في هذا الشأن مخالفة للقانون وواجبة الإلغاء^(١).

وهذا ما تؤكد بإفتاء هيئة الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري إذ جاء في إحدى فتاواها: "إن الشروط التي تتعلق بالتحديد المالي للعقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية، تحدد بدقة وقت التعاقد الذي لا يستطيع أحد طرفيه كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر"^(٢).

وتؤكد أيضاً في أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية فجاء في حكم لها عام ٢٠١١: "... ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد، سواءً تعلقت بتحديد هذا المقابل في أي صورة تم الاتفاق عليها، وفقاً لطبيعة العقد، أم أساليب الوفاء بهذا المقابل، ومواعيد وإجراءات وحالات الوفاء بالثمن، تعد كصفة عامة شروطاً تعاقدية، وتتحدد باتفاق الطرفين، ولا يملك أي طرف التحلل منها، أو تعديلها بإرادته المنفردة من دون موافقة الطرف الآخر، إعمالاً لمبدأ ثبات تلك الشروط التعاقدية"^(٣).

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣١.

(٢) فتاوى اللجنة الثالثة لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري رقم ٢٣ وملف رقم ٥٩/٢٨ جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٢، ص ١٤٨. وفتوى رقم ٢٥، ملف ٥٥/١٥١، جلسة ٢٠٠٥/٩/١٥، ص ١٦١. مشار إليهم لدى فتاوى اللجنة عن الفترة من أول أكتوبر ٢٠٠٢ إلى مارس ٢٠١١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٦٨٩/ لسنة ٤٩ ق.ع، جلسة ٢٠٠٦/١/١٧، المجموعة الإلكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام ٢٠١٠، وحكمها في الطعن رقم ٢٥١٩/ لسنة ٣٤ ق.ع. جلسة ١٩٩٣/٨/٣١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العقود الإدارية في ٤٠ عاماً، البند ٢١٧، ص ٣٩٥.

والمقابل النقدي يتخذ صوراً متعددة، حسب الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها^(١): فإذا كان المتعاقد يقدم خدمة للجمهور بصورة مباشرة كما في عقد الالتزام، فالمقابل المالي الذي يحصل عليه يسمى "الرسم" وهو الذي يتقاضاه من جمهور المنتفعين من الخدمة.

أما إذا كان المتعاقد قد حصل على المقابل المالي من الإدارة نتيجة لتقديمه الخدمة مباشرة فيسمى "الثمن" ويكون ذلك في عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل.

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام حول ما إذا كان يجوز للإدارة منفردة تعديل عنصري الثمن والرسم أم لا؟

فيما يتعلق بتعديل الثمن: من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أنه متى تم الاتفاق بين طرفي العقد الإداري، وعلى الأخص في عقود الأشغال العامة والتوريد، على ثمن معين وشروط وطريقة سداد، فإنه يصبح نهائياً في مواجهة كل المتعاقدين، وهو ما يعبر عنه بمبدأ نهائية الثمن. وينتج هذا المبدأ أثره منذ اللحظة التي يتم فيها إبرام العقد، ومن هذه اللحظة يستقر السعر أيضاً ويصبح ملزماً للطرفين، ويكتسب حجية في مواجهة الأطراف المتعاقدة^(٢).

ويترتب على "مبدأ نهائية الثمن" نتيجتان:

الأولى: تخص المتعاقد، إذ لا يجوز له المطالبة بزيادة أو إنقاص السعر المتفق عليه بمناسبة تنفيذ العقد، بحجة أنه أخطأ في الحساب أو أنه لم يقدّر الظروف تقديرًا جيداً وسليماً وقت إبرام العقد، وبوجه عام ليس للمتعاقد أن يطالب بزيادة الثمن على أساس تقديرات العدالة^(٣).

(١) به يمان جلال حسن، مرجع سبق ذكره، ص ١٠١.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩١.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، ذات المرجع، ص ٥٩٢.

والثانية: تخص الإدارة المتعاقدة، إذ لا يجوز لها أن تغير من الثمن سواء بتعديل فئاته أو طريقة السداد من دون موافقة المتعاقد معها، ويستثنى من هذا المبدأ:

١- تدخل المشرع أحياناً بتعديل الثمن المتفق عليه تحقيقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

٢- أحقية المتعاقد في الحصول على ثمن إضافي نتيجة قيامه بأعمال إضافية، لم ينص عليها العقد لصالح جهة الإدارة، بسبب ظروف حدثت بعد إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه، وبالتالي فإن استحقاق المتعاقد ثمناً إضافياً لقاء قيامه بتلك الأعمال يعد أمراً واقعياً محتملاً^(١).

ويختلف الأمر فيما يتعلق بتعديل الرسم الذي يتقاضاه الملتزم من المنتفعين في عقود الالتزام. ففي هذا النوع من العقود يميز الفقه بين نوعين من الشروط هما:

١ - **الشروط العقدية:** وهذه لا يجوز للإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة، كالشروط المتعلقة بالنواحي المالية، وبتنظيم العلاقة بين الطرفين، فهي تعبر عن حقوق الملتزم وتعبر عن حقه في التوازن المالي للعقد، ولا تتعلق بسير المرفق العام، بل تعد شروطاً أجنبية عن فكرة المرفق العام^(٢). بل هي الشروط التي حفزت المتعاقد ودفعته إلى إبرامه^(٣).

٢ - **الشروط اللاتحجية:** وهي التي تنظم قواعد وأسلوب واستغلال المرفق ومقدار الرسوم التي يحق للملتزم تقاضيها من المنتفعين، وكذلك القواعد المتعلقة بدوام سير المرفق وعدم تعطيله، إذ يجوز للإدارة تعديل هذه الشروط

(١) د. محمد سعيد أمين، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٩.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣، ود. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٣) المختار أبو صاع محمد كلا، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٩ وما بعدها.

كونها تتعلق بتسيير المرفق العام، بل إنها شروط وضعت لمصلحة المنتفعين بالمرفق العام. لذا فمن الطبيعي أن تجري عليها الإدارة المتعاقدة تعديلات بالصورة التي تعزز وتحمي المنتفعين بخدمات المرفق إزاء الملتزم، ولا يحق للملتزم الاعتراض على ذلك، وفقاً لمبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير في كل وقت^(١).

وهذا ما أخذ به المشرع المصري وأكدته المحكمة الإدارية العليا، إذ قضت في أحد أحكامها بأن: "الرسم بمعناه القانوني هو مبلغ من المال يجبيه أحد الأشخاص العامة كرهاً من الفرد نظير خدمة معينة تؤديها الدولة إليه، ويتكون الرسم من عنصرين: أولهما: أن الرسم يدفع مقابل خدمة معينة، والثاني: أنه يدفع اختياراً ويؤدي كرهاً بطريق الإلزام وتستأديه الدولة من الأفراد مما لها عليهم من سلطة الجباية، وقد تقدم هذه الخدمة للفرد من دون أن يطلبها وقد تقدم له ولو أظهر رغبته عنها، ولا يتمثل عنصر الإكراه في التزام الفرد بدفع الرسم مقابل الخدمة المؤداة له، ولكنه يتمثل في حالة الضرورة القانونية التي تلجئ الفرد إلى المرفق العام لاقتضاء هذه الخدمة..."^(٢).

ثانياً - اقتصار التعديل على الأعمال التي لها صلة وثيقة بالعقد:

يتعين على الإدارة عند ممارسة سلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة أن يقتصر التعديل على الأعمال المتصلة بموضوع العقد فقط^(٣). فلا

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٤٨ ق.ع جلسة ٢٣/١٢/٢٠٠٦، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر، الدائرة الأولى، الجزء الأول، من أول أكتوبر ٢٠٠٦، إلى نهاية أبريل ٢٠٠٧، القاعدة ٣٣، ص ٢٦٤.

(٣) د. ثروت بدوي، حق الإدارة في تعديل عقودها، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٩، ص ٨٣.

يحق لها أن تفرض عملاً يؤدي إلى تعديل طبيعة العقد وموضوعه، أو تحدد له موضوعاً جديداً يختلف عن الموضوع الأصلي للعقد الذي انصرفت إليه إرادة الطرفين^(١).

وهذا يعني أن الإدارة عليها أن تراعي عند إصدار قرار التعديل الدقة في مضمونه بما لا يؤدي انصرافه إلى موضوع جديد يختلف كلياً عن الموضوع الأصلي^(٢).

فإذا فرضت الإدارة على المتعاقد التزاماً جديداً خارجاً عن العقد ولا صلة له بموضوعه، فإن قرارها يعد باطلاً، ويجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد لإلغاء هذا القرار، كما يحق له الامتناع عن تنفيذه^(٣).

فسلطة الإدارة مقيدة بالألا يتجاوز التعديل حداً معيناً مهما كانت مقتضيات المصلحة العامة ومستلزمات المرفق العام، لأن المتعاقد عندما تعاقد مع الإدارة قَبْلَ التعاقد على عقد بعينه وعمل محدد وعلى موضوع بذاته^(٤). وهو ملتزم ببذل هذه المعاونة على أوسع مدى في حدود هذا الموضوع لسد احتياجات المرفق العام، ويتوقف التزامه عند هذا الحد^(٥).

كما يجب أن يكون تعديل الإدارة لشروط العقد جزئياً بحيث لا يشمل كافة الشروط، فيجد المتعاقد نفسه أمام عقد جديد لا يتناسب مع إمكانياته الفنية

(١) أحمد محسن جميل، مظاهر السلطة العامة في تعديل وإنهاء العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠١٤، ص ٢٢.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٥.

(٣) د. نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٦.

(٤) د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠١، ص ٧٦.

(٥) برينيه، مقالة عن "سلطات الإدارة قبل ملتزمي الأشغال العامة"، مجلة القانون العام في فرنسا، سنة ١٩٢٧، ص ٤٧٤.

Voir Ch. Bernier, *op. cit.*, p. 474.

وظروفه المالية؛ لذا يشترط في الأعمال الإضافية التي تطلبها الإدارة أن تكون من نوع وجنس الأعمال الأصلية ذاتها^(١). وهذا يقودنا إلى نتيجة مهمة جداً مؤداها عدم جواز التكاليف ببند جديدة لم تكن موجودة في العقد أساساً^(٢).

وعليه فعندما تقوم الإدارة المتعاقدة بإجراء تعديلات من شأنها المساس بالشروط الجوهرية في العقد وفرض التزامات منبئة الصلة بموضوع العقد الأصلي، فإنه في المقابل يمنح المتعاقد الحق في أن يطلب من القاضي الإداري فسخ العقد، مع احتفاظه بالحق في التعويض الكامل إن كان له مقتضى^(٣).

ويعد هذا القيد من الضوابط المتصلة بمشروعية المحل، أي بنطاق التعديل الجائز قانوناً^(٤).

ولا يوجد معيار يمكن معه تمييز الالتزامات التي تدخل ضمن موضوع العقد الأصلي وتلك التي ليست لها صلة بهذا الموضوع، وقد أورد الدكتور ثروت بدوي بعض الأمثلة التي يمكن الاستهداء بها في هذا التمييز. فإذا كان موضوع العقد مثلاً توريد علف للحيوانات، فلا يجوز للإدارة تعديل شروطه بإلزام المتعهد بتوريد مواد الوقود اللازمة للسيارات بحجة أن الجيش استبدل بالخيول سيارات النقل، فمثل هذا التعديل يعد تغييراً لموضوع العقد في جملته، وهو أمر غير جائز^(٥).

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، عام ٢٠٠٨، ص ٢٥٠.

(٢) د. مهند نوح، القانون الإداري "النظام القانوني للوظيفة العامة - القرار الإداري - العقد الإداري"، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٢.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٣٣.

(٤) د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٣.

(٥) د. ثروت بدوي، مرجع سبق ذكره، ص ٨٤.

ففي فرنسا: ذهب الفقيه "De Laubaderé" إلى أن شروط العقد ذاتها تشكل قيداً على حرية الإدارة في التعديل، ذلك أنه لا يجب أن يتعدى حداً معيناً، فطرفا العقد، وهما الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها، عندما أبرما عقداً معيناً حدد له موضوع معين يهدف إلى تحقيق مصلحة محددة، وعلى هذا فإن الإدارة لا يكون لها أن تفرض عملاً ينتهي إلى تعديل طبيعة العقد وموضوعه، أو تحدد له موضوعاً جديداً، يختلف عن الموضوع الأصلي الذي كان يقع عليه العقد وانصرفت إليه الإدارة المشتركة للأطراف المتعاقدة^(١).

كما ذهب الفقيه البلجيكي "Flamme" إلى أنه "يجب على الإدارة ألا تمس جوهر العقد ذاته بدرجة قد تغير من طبيعته، بأن تجعل موضوعه كما لو كان موضوعاً جديداً يختلف عن ذلك الموضوع الذي قصدته الأطراف عند التعاقد^(٢)".

وفي القضاء: قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٩٧ في قضية شركة: "نيوبولار" بأنه إذا قامت جهة الإدارة باتخاذ إجراء خارج موضوع التعاقد، وألزمت به المتعاقد معها فإنه يحق للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض عن ذلك^(٣).

كما أكد أيضاً على ضرورة ألا يمتد التعديل إلى محل العقد أو إلى شروطه المالية، فإذا كان لا بد من ذلك، تلزم موافقة المتعاقد على التعديل^(٤).

وهذا ما أكدته أيضاً الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فرنسا، عندما قالت: "لما كان من المسلم به أن أعمال جهة الإدارة لسلطتها في زيادة كميات أو حجم الأعمال المتعاقد عليها يستلزم بالضرورة أن تكون

(١) A. DELAUBADERE, Contrats administratifs, *op.cit.*, p. 339.

(٢) M.-A. FLAMME, Traite theorique et pratique des marches publics, *op. cit.*, p.179.

(٣) C.E., 29 Decembre 1997, Société civile des Néo polders, *op.cit.*, p. 78.

(٤) C.E., 27 Octobre 2010, Syndicat inter-communal des transports de Cannes, AJDA, 2010, p. 279.

الأعمال الإضافية من ذات جنس ونوع الأعمال الأصلية، وتكون قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عن ذات الفئات والأسعار الخاصة لكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية للأعمال الأصلية، وإذا كانت الأعمال الإضافية غير منبئة الصلة بالأعمال الأصلية فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة" ^(١).

كما قضت محكمة الاستئناف الإدارية في مدينة "ليون" أنه: يجب ألا يكون هناك تحايل من جهة الإدارة في استخدام سلطتها في التعديل بإضافة أعمال جديدة تخرج عن موضوع العقد، ولم ترد في كراسة الشروط" ^(٢).

وفي مصر: استقر الفقه المصري على أنه لا يجوز للإدارة المتعاقدة — تحت ستار سلطتها في التعديل — أن تقوم بفرض التزامات جديدة على المتعاقد معها لا صلة لها إطلاقاً بالعقد الأصلي أو تؤدي إلى تبديل موضوع العقد، بحيث يفاجأ المتعاقد أنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو كان حراً مختاراً.

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فرنسا رقم ٤٩/ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١/٢٢ وجلسة ٢٠٠١/١٠/٣، ملف رقم ٤٤٠/٢/٤٧ — قاعدة رقم ١٦٣/ مجموعة الفتاوى بشأن العقود، الجزء الأول، ص ٥٥٩، سبق الإشارة إليها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية الاستئنافية الفرنسية الصادر في ديسمبر ٢٠١١ ((تتلخص وقائعه في قيام جهة الإدارة بالتعاقد مع أحد الأشخاص لبناء مظلة في أحد الأندية الرياضية، وعقب إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه أضافت الإدارة أعمالاً إضافية تتمثل في قيام المتعاقد بتزيين المظلة بأعمال الإنارة واللوحات الضوئية، وتم الطعن في قرار إضافة أعمال وبنود إضافية وقررت المحكمة إبطال قرار الإضافة هذا مع بقاء التعاقد الأصلي، إذ ما قامت به الإدارة من إدراج بنود لم ترد في كراسة الشروط يعد بمنزلة تحايل مخالف للقانون يستوجب إبطاله، وكان على الإدارة أن توضح احتياجاتها الفعلية وقت إعداد كراسة الشروط)).

Voir CAA de Lyon, 15 December 2011, Association des contribuables à citoyens du lyonnais, commune urbaine de Lyon, AJDA, p.1022.

ويرى الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي أن: "الإدارة لا تستطيع أن تتدخل على العقد تعديلات من شأنها تغييره أو تبديل محله أو إنشاء محل غير الذي تم الاتفاق عليه، حيث يجد المتعاقد نفسه أمام عقد مختلف عن الذي تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد"^(١).

والحقيقة أنه ليس كل تعديل تمارسه الإدارة أو تأمر به يكون بالضرورة عملاً جديداً عن العقد، فقد تأمر المتعاقد معها في عقود الأشغال العامة بتنفيذ أعمال إضافية أو أعمال تكميلية استعملاً لسلطتها في التعديل ولو أنها غير واردة في العقد الأصلي، وهي بذلك لا تعد خارجة عن موضوع العقد، فهذه الأعمال وإن كانت لا تظهر في العقد، إلا أن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها ويتم تنفيذها خلال مراحل تنفيذه^(٢).

كما أن القضاء الإداري أقرّ للإدارة بهذا الحق عندما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣٠ جاء فيه أن: "الجهة الإدارية المتعاقدة تملك بإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه... وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل... ولكن سلطة التعديل ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة... ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل، إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد..."^(٣).

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٦.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ ق.ع، جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠، الدائرة الثالثة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، المبدأ ٦٦، ص ٥٣١. وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم ٥٦، أساس ٤٥٥٧، السنة

وفي الاتجاه نفسه سار القضاء الإداري السوري، ففي فتوى للجمعية
لعمومية لقسمي الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري قضت أن الإدارة
تستطيع لمقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في بنود
العقد... إلا أن سلطتها ليست مطلقة ويجب ألا يتعدى التعديل موضوع
العقد...^(١).

ثالثاً- أن تكون هناك ظروف جديدة استجبت بعد إبرام العقد تسوّغ ممارسة سلطة التعديل:

يجب أن تكون هناك ظروف قد استجبت بعد إبرام العقد تسوّغ إجراء
التعديل على مضمونه، وفي هذا توسيع لسلطة التعديل التي تمتلكها الإدارة في
العقد^(٢).

فتغير الظروف ليس شرطاً لازماً للتعديل، وإنما شرط يمهد للتعديل الذي
إما أن يكون ضرورياً أو ليس كذلك حسب ما يُستجد من متغيرات، وبقدر ما
تريد الإدارة إدخاله من مواصفات جديدة على العقد من شأنها إحداث تغيير
على الطرف الاقتصادي للعقد، ولهذا تختلف سلطة التعديل من عقد إلى آخر
حسب طبيعته، وحسب الظروف التي ينفذ فيها^(٣).

بناءً على ذلك فإن بقاء الظروف التي أبرم في ظلها العقد على حالها
وعدم تغييرها يحول دون استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل عقودها بإرادتها
المنفردة، إذ إن لكل سلطة دواعي استعمال لا بد من توافرها^(٤).

٤٦ق.ع، جلسة ٦/٦/٢٠٠٤، مجموعة كنوز أحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الثامن،
ص ٤٩٧٩.

(١) رأي الجمعية العمومية السورية لدى مجلس الدولة السوري، رقم ٢١٤/١٥٢، في القضية ذات
الرقم (٢٠١٤/١٨٢٠). منشور في المجموعة الذهبية الحديثة للأراء الصادرة عن القسم
الاستشاري في مجلس الدولة الصادرة عام ٢٠١٦، ص ١٢٣.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٣.

(٣) جورج فيدل، مرجع سبق ذكره، ص ٦٣٢.

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٨.

والإدارة يجب أن تكون مدفوعة بمقتضيات المصلحة العامة في التعديل، وأن تستند في إجراءاته إلى تغيير الظروف التي أدخلت في الحسبان عند إبرام العقد^(١)، وهي لا تملك سلطة تقديرية في ذلك، ولكنها سلطة تفترض تغيير الظروف، بعد إبرام العقد، تسوّغ استخدام الإدارة لهذه السلطة^(٢).

ومن المعروف أن مستلزمات المصلحة العامة لا تكون دائماً ثابتة، فهي تتغير بتغير الوقت والظروف الاقتصادية والاجتماعية للمكان والزمان وفي ضوء الاكتشافات العلمية والتقدم الفني^(٣).

فالمصلحة العامة توجب على الإدارة أن تتكيف مع الظروف وعلى وجه الخصوص مع التقدم التقني، وعليه يجب أن يكون لدى الإدارة من السلطة ما يمكنها من فرض تعديلات على المتعاقدين معها تتوافق مع التطورات الجارية^(٤).

فإذا تغيرت ظروف المرفق ولم تكن في حساب المتعاقدين عند إبرام العقد، وكان من شأن هذا التغيير أن يؤثر في تحقيق المصلحة المنشودة من إبرام العقد، فعندها تستطيع السلطة المتعاقدة أن تعدل من شروط العقد لتستجيب للظروف الجديدة تحقيقاً للمصلحة العامة^(٥).

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على الاعتراف بحق الإدارة في إجراء تعديلات انفرادية على عقودها الإدارية متى تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت إبرام العقد، إذ تصبح شروط العقد غير متلائمة مع متطلبات

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٧-٢٠٨.

(٢) A. DELAUBADERE, F. MODERNE et P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Tome.1, L.G.D.J. Paris, 1983, p. 403.

(٣) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٩.

(٤) M. DE VILLIERS, *Droit public general*, *op.cit.*, p. 678.

(٥) S. BADAoui, *op. cit.*, p. 98.

سير المرفق العام وغير محققة للمصلحة العامة^(١). وقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي هذا القيد "تغير الظروف" في حكم دوريس "Duris"^(٢).

وفي مصر سار مجلس الدولة المصري في الاتجاه نفسه، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن قضت أنه: "من حيث إن سلطة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي في العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية.. ومقتضى هذه السلطة إن جهة الإدارة مستهدفة حسن سير وانتظام المرافق العامة... لذلك تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه... وهذا الحق لجهة الإدارة مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره... ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه... والإدارة تملك حق تعديل هذا العقد بما يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة"^(٣).

(١) A. DE LAUBADERE, et autres, *op. cit.*, p. 403.

(٢) S. BADAoui, *op. cit.*, p. 100.

وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن إحدى البلديات قد تعهدت مع ملتزم توريد الغاز بعدم السماح بإقامة أي مشروع منافس لمشروعه، إلا أنه وبعد التطور العلمي تم استخدام الكهرباء في الإنارة بدلاً من الغاز، فرأت البلدية أن تعدل عن رأيها بأن تحل الإنارة بالكهرباء محل الإنارة بالغاز، وعرضت على الملتزم أن يتولى المرفق الجديد لإمداد المدينة بالكهرباء ورفض الملتزم ذلك، وأمام رفضه تعاقدت البلدية مع ملتزم آخر يقوم بإمداد المدينة بالتيار الكهربائي المطلوب، وعند عرض النزاع على المجلس أجاب الملتزم إلى طلبه، إذ لاحظ مجلس الدولة أن المدينة حين تعاقدت مع ملتزم الغاز وتعهدت بحمايته من المشروعات المنافسة، كانت استعمال الإنارة بالكهرباء منتشراً بين المدن، فليس لها ن تعرض بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها "الملتزم" الإنارة بالكهرباء، وعلى ذلك فإن هذا الحكم لم يوافق الإدارة على طلبها، بسبب عدم تغيير الظروف التي كانت سائدة وقت إبرام العقد عند طلبها تعديل العقد مع الملتزم.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٩٨٦ الصادر بجلسته ١٥/١١/١٩٩٢، لسنة ٣٥ ق. سبقت الإشارة إليه. وحكمها في الطعن رقم ٦٤٥٦، لسنة ٤٦ ق. جلسته ٣٠/٣/٢٠٠٤، سبقت الإشارة إليه أيضاً.

وفقها: كان الدكتور "ثروت بدوي" أول من استخلص هذه الفكرة استخلاصاً سليماً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي^(١). فقد لاحظ أن الفقه الفرنسي الحديث ومعه القضاء الإداري المصري يُغلب دائماً سلطة التعديل على مبدأ القوة الملزمة للعقد. وذلك على عكس القضاء الفرنسي الذي يجري نوعاً من التوفيق بين القاعدتين. فعندما تتغير الظروف فقط يجوز للإدارة تعديل عقودها حتى تتواءم مع الظروف الجديدة. ولذلك رأى أن هذه الفكرة تصلح كشرط لاستعمال سلطة التعديل أكثر من صلاحيتها كأساس لهذه السلطة^(٢).

وقد أيد أغلب الفقهاء في مصر وجوب حدوث تغيير في الظروف كشرط لممارسة سلطة التعديل الانفرادي^(٣).

ومع ذلك يثار تساؤل حول مدى جواز استعمال الإدارة لسلطتها في تعديل العقد بشكل منفرد في ظل ثبات ظروف المرفق وعدم تغييرها؟ أو كأن تكون الإدارة قد أخطأت أو أساءت التقدير لاحتياجاتها عند إقدامها على إبرام العقد، فلم تقدرها التقدير السليم؟

في الواقع اختلف الفقه حول الإجابة على هذا التساؤل:

فقد ذهب جانب من الفقه إلى وجوب تغيير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها حتى تستطيع الإدارة ممارسة حقها في التعديل الانفرادي، لأن الاعتراف بخلاف ذلك يعد نوعاً من تهرب الإدارة وتخليها عن التزاماتها التعاقدية. فإذا كانت الإدارة وقت إبرام العقد لم تقدر مصالح الجمهور بشكل

(١) د. ثروت بدوي، رسالته سالفة الذكر، ص ١٠٠.

(٢) د. ثروت بدوي، ذات المرجع، ص ١٠١ ود. دي لوبادير، مطولة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، ص ٢٠٩.

(٣) د. فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٢، ود. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥٦ وما بعدها.

سليم تحملت تبعة ذلك. فإذا هي أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرفق العام، يجب عليها أن تتحمل نتيجة خطئها لأنه كان عليها أن تدرس جيداً وتقدر بدقة احتياجات المرفق العام من أول الأمر تقديراً سليماً^(١).

ويذهب جانب من الفقه عكس ذلك^(٢). فلا يشترط أي تغيير في ظروف المرفق العام بعد إبرام العقد حتى يتسنى للإدارة أن تمارس سلطتها في التعديل الانفرادي للعقد، وأعطى الإدارة سلطة تعديل عقودها حتى في حال عدم تقديرها السليم لاحتياجات المرفق.

ويقول الدكتور سليمان الطماوي: إن الرأي السابق يتجاهل تماماً الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل، فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة والتي منها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل، ويستوي في هذه الحالة كون الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديرها لمقتضيات تحقيق الصالح العام^(٣). فجب تمكين الإدارة من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه وتشبع حاجة الجمهور بالشكل الصحيح^(٤).

والقول بعكس ذلك يؤدي إلى إهداء الصالح العام أمام فكرة احترام المصلحة الخاصة للمتعاقد.

ويبدو أن رأي الدكتور سليمان الطماوي أكثر قبولاً، لأن عدم قدرة الإدارة على التوقع أو توقعها غير السليم لا يسلب حقها بضرورة مواجهة

(١) S. BADOUI, *op. cit.*, p. 98.

ود. محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري، السلطة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام ١٩٩٦، ص ٢٥٩.

(٢) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ١٨١. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٦ وما بعدها.

(٣) د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦٥.

(٤) د. محمود عاطف البناء، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٣.

الظروف المتغيرة والمستجدة التي قد يتعرض لها المرفق. وسلطتها هنا ليست تقديرية وإنما سلطة تفترض تغيير الظروف بعد إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه تسوَّغ للإدارة استخدامها لهذه السلطة.

رابعاً - صدور إجراءات التعديل وفق القواعد العامة لمبدأ المشروعية الإدارية^(١) :

يجب أن يصدر قرار الإدارة بالتعديل مستوفياً أركانه المشروعية الإدارية، ويقضي هذا المبدأ بضرورة احترام الأفراد والسلطات العامة للقواعد القانونية السائدة في الدولة والالتزام بها^(٢).

وإذا كانت بعض شروط العقد الإداري قد تقررت بنصوص قانونية أو لائحية، فإن الإدارة لا تستطيع تعديل هذه الشروط، فإن فعلت تكون قد ارتكبت خرقاً لمبدأ المشروعية، ووسم قرارها بالبطلان^(٣)، ويكون قابلاً للطعن بالإلغاء أمام قاضي العقد^(٤).

إذاً حتى ينتج التعديل أثره، فلا بد من أن يصدر وفق القواعد العامة للمشروعية، وعلى وجه التحديد قواعد الاختصاص في التعبير عن الإرادة^(٥)، والتي تقضي بأن يصدر من السلطة المختصة بإجراء هذا التعديل^(٦). وبمنأى

(١) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤١ وما بعدها.

(٢) طاهر التكمه جي، حماية مصالح المتعاقدين المشروعة في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، عام ١٩٧٦، ص ١٤٣.

(٣) دي لوبادير، مطوله في العقود الإدارية، الجزء الثاني، ص ٣٣٩ و ٣٤٠، وإيهاب سامر عليا، الانتهاء المبني للعقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، عام ٢٠١٢، ص ٨٦٩.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦١.

(٥) د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، كلية الحقوق، قسم لقانون العام، سنة ٢٠١٧، ص ٩٢.

(٦) أي أن يصدر من الجهة الإدارية المتعاقدة أو سلطة أعلى منها ووفقاً للإجراءات التي يتطلبها القانون، كما لو أوجب المشرع عرض التعديل على لجنة استشارية ومجلس الدولة مثلاً.

عن المتعاقد القائم بالعمل، وتتولاه الإدارة بوصفها المخاطبة بشرط موافقة السلطة المختصة على التعديل^(١). ولا اعتداد بتعليمات شفوية من مهندس العملية في هذا الخصوص^(٢).

وعليه فإنه لا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل لاحق على ذلك العقد، ولو تعلق الأمر بشأن من شؤونها، ما لم تفوض بذلك من قبل الإدارة المتعاقدة، كما أن السلطة الرئاسية للإدارة المتعاقدة لا تعطيها صلاحية الحلول محل الإدارة المتعاقدة، وتجري تعديلاً على العقد المبرم من قبلها، لأن الحلول لا يكون إلا بقانون، ولكن يمكن أن تخول النيابة في التعاقد الجهة النائبة القيام بما تقتضيه ضرورات تنفيذ العقد من تعديلات، لأن النيابة في التعاقد تعني حلول إرادة الأصيل مع انصراف أثر هذه الإرادة إلى الأصيل وكأنه الذي تعاقد بنفسه^(٣).

وفي فرنسا: يؤكد جانب من الفقه الفرنسي على هذا القيد، ذلك أنه وإعمالاً للمبادئ العامة للمشروعية الإدارية إذا كانت سلطة التعديل منصوصاً عليها في العقد أو دفا تر الشروط، فإن جهة الإدارة لا يمكنها ممارسة سلطة التعديل المنصوص عليها والمنظمة في العقد إلا وفقاً للاشتراطات التي تنظم استعمالها^(٤).

وفي القضاء: أكد قضاء مجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ في قضية "P.L.M" عندما قضى بإلغاء القرار الصادر من وزير الأشغال والذي

(١) د. أيمن محمد جمعة، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.

(٢) د. محمد سعيد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلة الانعقاد والتنفيذ، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠١٠، ص ١٦٤. د. ماجد رغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٨.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٤.

(٤) G. PEQUIGONT, *op. cit.*, p. 19.

يفرض بموجبه على شركات السكك الحديدية، ضرورة الحصول على موافقة الوزير بشأن العقود التي ترغب في إبرامها مع الغير في مجالات معينة، وذلك لأن المرسوم الصادر في ١٥ يونيو عام ١٩٢٦ والخاص بتنظيم الرقابة المالية، يعطي الوزير حق الفحص فقط للعقود التي تبرمها الشركات وليس الحصول على إذن منه بإبرامها، وبالتالي يضحى قرار الوزير بإخضاع العقود لاعتماده المسبق مشوباً بعيب تجاوز السلطة، وعليه فقد أعلن المجلس إلغاء إجراءات التدخل من جانب الإدارة نظراً إلى مخالفتها نصوص المرسوم المشار إليه^(١).

وفي مصر: قال الدكتور "سليمان الطماوي" في هذا الخصوص: "إنه في الحالات التي يجوز فيها للإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، يجب عليها أن تحترم في إجراء هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية، فيصدر التعديل من السلطة المختصة بإجرائه، ووفقاً للإجراءات الشكلية المقررة، بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم خلاف القواعد المقررة"^(٢).

ومفهوم المشروعية حاضرٌ في قضاء مجلس الدولة المصري والسوري أيضاً:

ففي قضاء مجلس الدولة المصري: استقرت أحكام القضاء الإداري على الأخذ بهذا القيد بضرورة احترام القواعد العامة للمشروعية الإدارية، إذ قضت في حكم لها بأن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد إلا طبقاً للمشروعية الإدارية إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، أو طالما أن

(١) C.E., 18 juillet 1930, Compagnies des chemins de fer P.L.M. de Paris a Orléans, syndicat des ceintures, Rec. 1930, p. 753.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦٦.

المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك^(١). أو إذا اقتضت ذلك تقديرات الصالح العام^(٢). كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/١/٦ بأن "تنفيذ العقود أي كان نوعها يجب أن يكون على أساس من حسن النية بين أطرافه، إذ يجب على الإدارة أن تكون مثلاً في احترام التزاماتها التعاقدية، لأنها مطالبة أصلاً باحترام القواعد والإجراءات القانونية التي تحكم نشاطها، مما يحقق العدالة والمساواة بين المتعاقدين معها ويؤكد مصداقيتها"^(٣).

وفي سورية لم يغفل مجلس الدولة السوري القواعد العامة للمشروعية الإدارية منذ نشأته، ففي رأي للجمعية العمومية لدى مجلس الدولة السوري جاء فيه "... تستطيع الإدارة إذا ما اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في بنود العقد، وهذا الحق ثابت لها ولو لم يتم النص عليه في العقد، إلا أن سلطة الإدارة في تعديل العقد ليست مطلقة... ويجب أن يصدر في حدود القواعد العامة للمشروعية"^(٤).

يستنتج مما سبق، أنه يجب على الإدارة ألا تتجاوز حدود المشروعية عند إجراء أي تعديل لها على العقد الإداري، احتراماً لحكم القانون والأنظمة

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٢/١٢/٢، المجموعة، السنة السابعة، رقم ٦١، ص ٧٦.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٦١/٦/٢٥، المجموعة، السنة ١٥، رقم ١٩٤، ص ٢٦٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٣٨٠٨ لسنة ٥١ ق.ع، جلسة ٢٠٠٧/١/٦، المجموعة الإلكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ١٣٨٣٧، لسنة ٥٠ ق.ع، جلسة ٢٠٠٨/٤/١٥، نفس المرجع.

(٤) رأي الجمعية العمومية لدى مجلس الدولة السوري رقم ٢٠١٤/١٥٢ في القضية ذات الرقم ٢٠١٤/١٨٢٠ منشور في المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لسنة ٢٠١٦، ص ١٢٣.

والتعليمات التي تحتوي على قواعد من قبيل النظام العام في بعض العقود، وأن عدم تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية عند إصدارها قراراً بالتعديل للعقد، كأن يصدر هذا القرار من سلطة غير مختصة، أو أن يكون محله غير مشروع، فإن قرار الإدارة في هذه الحالة يكون قابلاً للإلغاء أمام القضاء الإداري.

الفرع الثاني

الضوابط الخاصة لممارسة الإدارة حقها في سلطة التعديل الانفرادي

إلى جانب القيود المذكورة سابقاً والتي يترتب البطلان بسببها في رأي بعض الفقهاء، هناك قيود لا تترتب البطلان وإنما تعطي للمتعاقد حقاً في طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له وجه، وذلك إذا تجاوزت الإدارة الحدود المرسومة للتعديل أو كان من شأن التعديل أن يؤدي إلى إرهاب المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد، فإذا لم يصل التعديل إلى هذا المدى، فإن حق المتعاقد يقتصر على طلب التعويض فقط^(١). وسيتم تناول هذه الحالات وفق الآتي:

أولاً- التزام الإدارة بنسب التعديل التي تحددها القوانين واللوائح أو دفاتر الشروط:

إذا كان من حق الإدارة تعديل عقودها الإدارية منفردة – حتى في حالة سكوت العقد ذاته – فإنه مهما كانت حاجة الإدارة إلى إجراءاته فيجب ألا تتجاوز هذه السلطة حداً معيناً. فأحياناً تنص القوانين أو اللوائح أو دفاتر الشروط على حدود معينة للتعديلات – زيادة أو نقصاً – وهنا لا يسوغ للإدارة أن تأمر بتعديلات تتجاوز هذا الحد^(٢) وإلا كان للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد^(٣). إذ إن الحق في الفسخ مقرر بمقتضى نص قانوني أو تعاقدي^(١).

(١) د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.

(٢) L. RICHER, Droit des contrats administratifs, *op. cit.*, p. 245.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٣.

ذلك لأن المتعاقد، عندما أبرم العقد كان يضع في حسابه احتمالات التعديلات كافة التي يمكن أن تمارسها الإدارة، كما كان يدخل في حساب تقديراته التزام الإدارة بما قد يرد في دفاتر الشروط العامة، أو ما تنص عليه القوانين أو اللوائح في حدود ضابطة، ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يشكو قضائياً أو إدارياً، طالما أنها لم تتجاوز هذه النسب في التعديل^(٢).

ففي فرنسا: تضمنت المادتان (R.2194-7/R.2194-8) من المرسوم رقم (٢٠١٨-١٠٧٥) المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون العقود الإدارية الفرنسي نسباً معينة للتعديل في العقود الإدارية، وأعطت المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل المنصوص عليه. ففي عقود الأشغال العامة مثلاً ليس للإدارة الحق في التعديل بالزيادة أو النقص في حجم الأداءات إلا في حدود (١٥%) من قيمة العقد^(٣).

أما في مصر وسورية فالأمر مختلف: فقد جاء في قانون تنظيم التعاقدات العامة المصري رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ أنه "إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد، يكون للجهة الإدارية أن تعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يجاوز (٢٥%) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥%) من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار.." ^(٤).

ونصت المادة /٦٢/ من القانون رقم /٥١/ الخاص بنظام العقود للجهات العامة لعام ٢٠٠٤ السوري على أنه: "يجوز لآمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز (٣٠%) لكل

(١) د. محمود عطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٥.

(٢) G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 380.

(٣) F. El ATTAR, Le marché de travaux publics, thèse, Université de Paris, 1955, p. 194.

(٤) المادة /٤٦/ من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨.

بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد، على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص (٢٥%) من القيمة الإجمالية للعقد^(١).

وبمقارنة للمادتين السابقتين في القانونين المصري والسوري يُلاحظ:

١- أن كلتا المادتين أعطتا حدوداً لسلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة.

٢- ولكنهما اختلفتا في تحديد النسب، ولم تخولا المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد إذا تجاوزت الإدارة هذه الحدود، واكتفتا بألا يؤثر ذلك التعديل في أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه، ومنح المتعاقد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة^(٢).

(١) الفقرة (أ) من المادة ٦٢/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود في سورية.

(٢) تنص المادة ٤٦/ من القانون رقم ٢٠١٨/١٨٢ المصري على أنه: "٠٠ يتعين لتعديل العقد.. ألا يؤثر على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه. وأن تعدل مدة العقد الأصلي إذا تطلب الأمر بالقدر الذي يتناسب وحجم الزيادة أو النقص". "ويعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط".

— المادة ٦٢/ فقرة ب. من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود في سورية. والواقع أن منح المشرع السوري للمتعاقد مدة إضافية في حال الزيادة يحوط به تقديران اثنان: الأول: تحقيق العدالة المجردة التي تأبى أن يتحمل المتعاقد وحده أعباء زيادة الأعمال. والثاني: تحقيق المصلحة العامة التي يهدف المرفق إلى تحقيقها بسرعة الانتهاء من تنفيذ العملية التعاقدية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجلس الدولة المصري إزاء الفراغ التشريعي في نص المادة ٤٦/ من القانون رقم ٨٢/ لعام ٢٠١٨ اضطلع بدوره الإنشائي في ابتداع الحلول المناسبة لما يعرض عليه من منازعات، فأرسى مبدأ أحقية المَقاول في مدة زمنية إضافية عند تكليفه بأعمال زائدة.. "المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٣١٦، السنة ٤٢ق.ع، جلسة ١٩٩٩/٢/٢٣ غير منشور، وحكمها في الطعن رقم ٦٧٦٠، السنة ٤٢ق.ع جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥ غير منشور.

ويبدو من المسلم به اليوم قضاءً في فرنسا، أن الإدارة إذا ما تجاوزت في قرارها الصادر بالتعديل المنفرد كماً معيناً، بزيادة أو نقص الأداءات المطلوبة من المتعاقد فإنه يمكن لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد^(١)، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يصيبه من خفض الأشغال^(٢).

وفي مصر أكدت محكمة القضاء الإداري أن: "... هناك قاعدة تنظيمية مقررة بالنسبة للحد الأقصى للكميات التي تكون محلاً للتوريد، وهي ألا يجاوز تعديل العقد بشأنها نسبة مئوية معينة زيادةً أو نقصاً، وإن أقصى هذه النسبة فيما يتعلق بعقود توريد الأغذية ٢٠%، وبذلك وضعت القاعدة معياراً مادياً للحد الطبيعي المعقول الذي يستطيع المتعاقد مع الإدارة تحمل أعبائه ويلتزم بتنفيذه"^(٣).

وفي فتوى للجمعية العمومية صادرة في ٢٨ نوفمبر عام ١٩٧٣ جاء فيها: "... من المبادئ الأساسية المستقرة، أن جهة الإدارة المتعاقدة، تملك من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة، وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد وفيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصه، وتتناول الأعمال المتعاقدة عليها بالزيادة أو النقص، على خلاف ما ينص عليه العقد..."^(٤).

(١) S. BADAoui, *op. cit.*, p. 82.

(٢) F. EL ATTAR, *op. cit.*, p. 194.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٦٩ تاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦، س ١١، ق مجموعة المبادئ القانونية، ص ٩٠، وحكمها رقم ٩٨٣ في ٣٠ يونيو ١٩٥٧، س ١١، ق، المجموعة، ص ٦٠٨، وحكمها رقم ١٠٤٨ في ٢٥ فبراير ١٩٧٣، س ٢٨، ق. المبدأ رقم ٧٨، غير منشور.

(٤) فتوى الجمعية العمومية لدى مجلس الدولة المصري رقم ٩٨٤ جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٧٣ ملف رقم ٣٠/٩/٧، س ٢٨، مبدأ رقم ١٩، غير منشورة.

وفي الاتجاه نفسه سارت المحكمة الإدارية العليا في عدد من أحكامها^(١).

ولكن السؤال: ماذا لو تجاوزت الإدارة حدود نسب التعديل التي تحددها اللوائح أو دفاتر الشروط؟

لم يجرز المشرع في أغلب دول العالم (ومنها فرنسا ومصر وسورية) للمتعاقد المطالبة بالتعويض إذا مارست الإدارة حقها في التعديل، شريطة عدم تجاوز الحدود المنصوص عليها، أما إذا ما تجاوزت الإدارة هذه النسب، جاز للمتعاقد الحق بمطالبة إعادة التوازن المالي إلى ما كان عليه^(٢).

وفي المقابل ذهب جانب من الفقه إلى القول: إن الإدارة لا تكون ملزمة باحترام أي نسب يمكن أن تقيد حريتها في مباشرة سلطة التعديل، طالما أنَّ احتياجات المرافق العامة توجب الزيادة أو النقص في الأداءات الأصلية. والمتعاقد مع الإدارة لا يمكنه التمسك بالاستمرار في تنفيذ عقده في ظروف لم تعد مناسبة لتحقيق المصلحة العامة، وليس له في مثل هذه الحالة سوى طلب فسخ العقد طالما أنه قد أصبح غير مناسب لإمكانياته أو أكثر تكلفة^(٣).

ويلاحظ الدكتور "سليمان الطماوي" أن النسب التي وردت في القانون هي التي تطبق في كل حالة لا ينص فيها العقد على حد معين، كما أنه ليس هناك ما يمنع الإدارة من الاتفاق مع المتعاقد معها على زيادة تلك النسب في العقد أو بمقتضى اتفاقات لاحقة^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية المصرية رقم ٩٥٤، في ١١ أبريل ١٩٧٠، س١٥ق، المجموعة، ص٢٦٤. وحكمها رقم ٨٨٢ في ٢ مارس ١٩٦٨، س١٣ق، المجموعة، ص٣٢٥، وحكمها رقم ٤٣٩ في ١١ مايو ١٩٦٨ س١٣ق، المجموعة، ص٧٩٧.

(٢) المختار أبو صالح محمد كلا، مرجع سبق ذكره، ص١٠٠.

(٣) S. BADAoui, *op. cit.*, p. 82 et 83.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص٤٦٠.

وبناءً على ذلك عندما ينص القانون أو اللوائح أو دفاقر الشروط على نسب محددة، فلا يجوز للإدارة تجاوزها بقرار التعديل. وليس للمتعاقد في هذه الحالة المطالبة بأي تعويض إذا التزمت الإدارة الحدود المنصوص عليها قانوناً. أما إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل المنصوص عليه ولم تناسب التعديلات الزائدة المتعاقد، فليس له في مثل هذه الحالة طلب فسخ العقد إلا إذا أدى هذا التعديل إلى إرهابه، وفاق إمكانياته المالية وقدراته الفنية، أو إذا وصل هذا التعديل إلى حد قلب اقتصاديات العقد.

ثانياً - ألا يترتب على التعديل فرض أعباء جديدة على المتعاقد تؤدي إلى إرهابه وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية :

يجب على الإدارة عند ممارستها لسلطة التعديل في عقودها الإدارية أن تراعي قدرات المتعاقد وإمكانياته المالية والفنية التي قبل على أساسها الارتباط بالعقد^(١). لأنه إذا كانت هذه التعديلات من شأنها إرهاب المتعاقد وتحمله بما يفوق طاقته المالية والاقتصادية وإمكانياته الفنية، فإن للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد، تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لجبر الضرر الذي نشأ عن هذا التعديل^(٢).

فالمتعاقدين عندما أبرم العقد كان يضع في حسابه أوضاعاً معينة تتعلق بإمكانياته وقدراته الفنية، ومن ثم لا يجوز للإدارة أن ترهقه بما يجاوز هذه الإمكانيات والقدرات، وإلا جاز له طلب فسخ العقد^(٣). إذا يشترط لممارسة الإدارة حقها في التعديل أن يكون ضمن الحدود الطبيعية والمعقولة من نوعها

(١) M.-A. FLAMME, Traite théorique et pratique des marches publics, 1969, Tome 2, p. 824.

C. GUETIER, Droit des contrats administratifs, 2008, *op. cit.*, p. 393.

(٢) د. ثروت بدوي، مرجع سبق ذكره، ص ٨٢-١٢٧.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦٠.

وأهميتها في نطاق موضوع العقد، وألا يتجاوز إمكانات المتعاقد النفسية والمالية^(١). وهي وفق المادتين (R.2194-7/R.2194-8) من المرسوم رقم (٢٠١٨-١٠٧٥) المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون العقود الإدارية الفرنسي (١٥%) من قيمة العقد في عقود الأشغال العامة و (١٠%) من قيمة العقد الأساسي بالنسبة إلى عقود التوريد والخدمات، وفي حدود الـ (٢٥%) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥%) من كمية كل بند لباقي العقود، وفقاً لقانون التعاقدات المصري، و (٣٠%) لكل بند أو مادة من العقد على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص (٢٥%) من القيمة الإجمالية للعقد حسب القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ في سورية^(٢).

وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا وسورية.

وقد ذهب الدكتور "توفيق شحاتة" إلى أنه لا ينبغي للإدارة أن تلقى أعباءً جديدة على عاتق المتعاقد معها، تتجاوز الحدود الطبيعية والعادية في نوعها وأهميتها، حتى لا يكون من شأنها أن تحدث تعديلاً شاملاً لموضوع العقد ذاته^(٣). إلا أن بعض الفقهاء ذهب إلى أنه يجب ألا تتعسف الإدارة في استخدام ذلك الحق متجاوزة الحدود الطبيعية والمعقولة، وأن معيار التعسف يتمثل في عدم التناسب بين الضرر الذي يلحق بالمتعاقد والفائدة التي تعود على الإدارة من جراء هذا التعديل^(٤).

(١) د. مطيع علي حمود جببر، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٨.

(٢) للمزيد: المادتان (R.2194-7/R.2194-8) من المرسوم رقم (٢٠١٨-١٠٧٥) المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون العقود الإدارية الفرنسي، والمادة (٤٦) من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ الخاص بنظام التعاقدات المصري، والمادة (٦٢) من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة السوري.

(٣) د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٠٥.

(٤) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٧.

وفي القضاء: قررت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها: "أن من قيود سلطة التعديل الانفرادي 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 والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو أن تؤدي هذه الأعباء إلى إرهاب المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية، وإلا جاز له أن يمتنع عن تنفيذها، بل له أن يطلب فسخ العقد..."^(١).

وفي حكم آخر جاء فيه: "أن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزاي المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها، ومنها كذلك إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، إلا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وفي أهميتها، أو أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة،... أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهابه، وتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية، وإلا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ، وفسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلترم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا التعديل"^(٢).

وعلى النهج ذاته سارت المحكمة الإدارية العليا المصرية عندما قضت في حكم لها أن: "الوعاء الذي يتم على أساسه حساب تعديل العقد زيادةً أو نقصاً هو قيمة العقد المبرم مع المتعاقد والذي سيرد التعديل بشأنه،.. إذ لا

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦، المجموعة، السنة ١١، رقم ٦٠، ص ٩٠.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧، المجموعة، السنة ١١، رقم ٣٧٧، ص ٦٠٧. سبقت الإشارة إليه.

يستقيم ذلك مع ما ينبغي أن يتوافر للعقود بصفة عامة في معايير منضبطة تكفل للمتعاقدين ابتداءً أن يتبينوا التزاماتهم الواجبة والمتوقعة الأداء...^(١). وفي فرنسا استقر الفقه والقضاء أيضاً على أن تراعي الإدارة عند تعديلها للعقد إمكانات التعاقد التقنية والمالية..^(٢).

وعليه، متى ما تجاوزت الإدارة المعدل المحدد للتعديلات، فإنه يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يتوجه للقضاء لطلب فسخ العقد^(٣). فالمتعاقد ما أقدم على التعاقد إلا للحصول على تلك المزايا المالية والتي حملته على أن يقدم إسهامه للإدارة، ولولاها لما فكر إطلاقاً وأقدم على التعاقد.

ثالثاً. ألا يترتب على التعديل اختلال في اقتصاديات العقد:

يجب ألا تتجاوز سلطة الإدارة في تعديل عقودها حدوداً معينة، فلا يجوز أن تبلغ حداً يفوق ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة من شأنها أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب^(٤)، أو إلى حد إنشاء مرفق عام جديد. فلا بأس لها أن تنشئه وتسند إدارته إلى الملتزم ذاته مثلاً، ولكن باختياره وإرادته الحرة، وليس بإرادة الإدارة المنفردة. على أنه إذا فرضت الإدارة تعديلات تبلغ هذا الحد من الجسامة فإن للملتزم أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا تحققت عناصره^(٥).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٥٦٦، س ٣١ ق. جلسة ١٩٨٦/٣/١، المجموعة، مبدأ رقم ١٦٦، ص ١٢٢١. وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ ق. جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠، الدائرة ٣/ مجموعة المبادئ، المبدأ رقم ٦٦/، ص ٥٣١، سبقت الإشارة إليه.

(2) M. DEVILLIERS, Droit public général, *op. cit.* p. 678.

(3) - J. RIVERO, et J. WALINE, Droit administratif, *op.cit.*, p. 126.

- C.E., 2 Janvier 1937, Chauvel, Rec. 1937, p. 546.

- C.E., 10 Mars 1946, Michelin, Rec. 1946, p. 89.

- C.E., 7 Decembre 1973, Le coteur, Rec. 1973, p. 705.

(٤) د. مصطفى كامل محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٥.

(٥) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٦.

وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر. وتم التعبير عن هذا المعنى باصطلاحات وعبارات مختلفة ولكنها تؤدي في النهاية إلى المعنى ذاته. ففي فرنسا يرى "Delaubadère" أن شروط العقد تشكل قيداً على حرية الإدارة في التعديل، ويجب ألا يتعدى حداً معيناً، أو أن تفرض عملاً ينتهي إلى تعديل طبيعة العقد وموضوعه، أو أن تحدد موضوعاً جديداً يختلف عن الموضوع الأصلي^(١). وذهب الفقيه البلجيكي Flamme إلى أنه يجب على الإدارة ألا تمس جوهر العقد، بأن تجعل موضوعه كما لو كان موضوعاً جديداً يختلف عما قصدته الأطراف عند التعاقد^(٢).

وفي القضاء: إذا كان التعديل الجائر بالزيادة أو النقص فإن مجلس الدولة الفرنسي يعبر عنه بأن هذا التعديل يجاوز بدرجة ملحوظة توقعات المتعاقدين^(٣). وفي حالة ما إذا كان التعديل الجائر ينصب على طرق التنفيذ وأوضاعه، فإن مجلس الدولة الفرنسي يكتفي للحكم بفسخ العقد، كأن يكون أحد الشروط الأساسية والجوهرية التي أبرم العقد بعد تحقيقها قد عدل^(٤).

وأكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فرنسا على ذلك عندما أفتت أنه إذا كانت الأعمال الإضافية ليست لها صلة بالأعمال الأصلية فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة^(٥).

وجميع الاصطلاحات التي أوردها الفقهاء، أو التي جاءت في أحكام مجلس الدولة الفرنسي وفتاويه تؤدي إلى معنى "قلب اقتصاديات العقد ذاته"^(١).

(١) A. DE LUBADERE, contrats administratifs, *op. cit.*, p. 339.

(٢) M.-A. FLAMME, Traite théorique et pratique des marches publics, *op. cit.*, p. 179.

(٣) C.E., 17 Juillet 1918, Baugé Rec. 1918, p. 717.

(٤) C.E., 28 mars 1866, Syndicat de Varades, Rec. 1866, p. 309.

(٥) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع الفرنسية رقم /٤٩/ الصادرة بتاريخ

٢٠٠٢/١٠/٣، جلسة ٢٠٠١/١٠/٣، ملف رقم ٤٧/٢/٤٤٠، قاعدة رقم /١٦٣/ مجموعة

الفتاوى بشأن العقود، الجزء الأول، ص ٥٥٩، سبق الإشارة إليها.

وفي مصر، فإن محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا تستخدمان اصطلاحات متشابهة، فالتعديلات التي تفرضها جهة الإدارة لا يصح - في رأي محكمة القضاء الإداري - "أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة.." أو "أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله"^(٢).

كما قررت المحكمة الإدارية العليا بأن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك حق تعديل العقد، وسلطة التعديل هذه ليست مطلقة بل ترد عليها قيود، ومن هذه القيود أن تكون الأعباء الجديدة في الحدود الطبيعية والمعقولة ولا تتجاوز إمكانيات المتعاقد. أو أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب... وإلا جاز للمتعاقد فسخ العقد"^(٣).

ويلاحظ أن أحكام القضاء الإداري في مصر تجيز للمتعاقد - في حالة عدم مراعاة الإدارة لقيود التعديل - الامتناع عن تنفيذ التعديلات التي تفرضها الإدارة والمطالبة بفسخ العقد"^(٤).

وعليه، إن حق المتعاقد في طلب الفسخ لعدم مراعاة الإدارة للقيود الثلاثة السابق ذكرها يختلف عن حقه في طلب إلغاء قرار التعديل إذا صدر

(١) د. ثروت بدوي، مرجع السابق، ص ١٢٨.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧، سبقت الإشارة إليه.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠ في الطعن رقم ٦٤٥٦ لسنة ٤٦ ق.ع. سبقت الإشارة إليه.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٦/١٢/١٩٥٦ وحكمها الصادر في ٣٠/يونيه/سنة ١٩٥٧، سالف الذكر.

وفي المعنى نفسه : حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٤٥٦ تاريخ ٢٠٠٤/٣/٣٠، سالف الذكر.

مخالفاً لشروط المشروعية. إذ إن الحكم بإلغاء قرار التعديل يتضمن حق المتعاقد في الاستمرار في تنفيذ عقده الأصلي مع عدم تنفيذ قرار التعديل، وذلك على عكس حالة الفسخ الذي يترتب على الحكم به إلغاء العقد كلية وعده كأن لم يكن.

والجدير بالملاحظة أن تقسيم الضوابط والقيود المتقدمة إلى نوعين: عامة يترتب على مخالفتها بطلان التعديل، وأخرى خاصة يترتب على مخالفتها حق المتعاقد في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض، يرد عليه تداخل بعض هذه الشروط واختلاطها، وخاصة لجهة التعديلات خارج نطاق العقد وقلب اقتصاديات العقد. ولكن النتيجة أو الأثر القانوني الذي رتبته الفقه على هذا التمييز بين نوعي الشروط كما يعتقد الباحث محل نظر.

فإذا كان يترتب على مخالفة الشروط المتعلقة بالمشروعية بطلان التعديل، بحيث يجوز طلب إلغائه مع بقاء العقد الأصلي سليماً قانوناً واستمرار تنفيذه، فإن مقتضيات حسن سير المرفق العام وقابليته للتعديل والتبديل قد تسوّغ أن يكون الحل هو فسخ العقد بدلاً من إجبار الإدارة على الاستمرار في تنفيذ العقد الأصلي كما هو، مما قد لا يتفق مع مصلحة المرفق.

والقول بحق طلب الفسخ يتفق مع المبادئ العامة في العقود، سواء كانت مدنية أو إدارية، ذلك أن الفسخ مقرر بصفة خاصة كجزاء للخطأ العقدي الجسيم من أحد المتعاقدين. ولا شك في أن مخالفة التعديل للشروط المتعلقة بالمشروعية تمثل خطأ من جانب الإدارة، وقد يكون خطأً جسيماً بسبب ضخامة التعديل كما أو نوعاً مما يسوّغ طلب فسخ العقد.

المطلب الثاني

حقوق المتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطة التعديل

مثمنا تملك الإدارة حقوقاً في مواجهة المتعاقد معها، فإن الأخير يملك حقوقاً مماثلة، وعليه أن يعي أهمية العمل المقدم عليه وخطورته، فعلى الرغم من الأرباح التي سيجنيها، إلا أنه يتحمل عبء السلطات الإدارية وثقلها الواضح في العقد الإداري^(١).

وعلى ذلك لا بد من أن يكون للمتعاقد من الحقوق ما يوازي تلك السلطات التي تمتلكها الإدارة، حتى لا تؤدي تلك السلطات إلى نفور الأفراد من الإقدام على التعاقد معها، فتفقد بذلك وسيلة من أنجع الوسائل في تسيير المرافق العامة^(٢).

ونظراً إلى الارتباط الوثيق الذي لا يقبل الشك بين سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وحق المتعاقد معها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد، سيتم بحث هذا الموضوع من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري "التوازن الشريف"

الفرع الثاني : حق التعويض عن فعل الأمير في نطاق العقود الإدارية

(١) د. رأفت فوده، دروس في القانون الإداري "العقود الإدارية والأموال العامة"، مرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦٥، ود. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٩.

الفرع الأول

حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري "التوازن الشريف"

إن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، وهي تقيم ارتباطاً وتناسباً بين حقوق المتعاقد والتزاماته، عند تغيير تلك الالتزامات والأعباء بالزيادة أو النقص^(١).

والقضاء الإداري مهما كان يقدر الأهداف السامية للإدارة، فإنه يجب ألا يضحى بحقوق المتعاقد^(٢)، فإذا ترتب على التعديل زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد من جهة الإدارة، فإن له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد، تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل جهة الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بحقوق المتعاقد، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه^(٣).

وعلى ذلك سيتم تناول مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري، والآثار المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطة التعديل من خلال الآتي:

أولاً - مفهوم التوازن المالي :

يراد بالتوازن المالي للعقد أن يكون هناك تناسب ما بين التزامات المتعاقد وحقوقه ليكون بإمكانه تنفيذ الالتزامات التي على عاتقه بالشكل الذي تم الاتفاق عليه مع الإدارة^(٤).

(١) د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٠.

(٢) S. BADAoui, *op. cit.*, p. 103.

(٣) د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٦، ص ٣٥٤-٣٥٥.

(٤) سامال اسكندر الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٢.

وبعد حق التعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد حقاً أساسياً له، ويمثل امتداداً طبيعياً لحقه الثابت والأصيل في المقابل المالي المتفق عليه في العقد^(١).

وأساس فكرة التوازن المالي يرجع في الحقيقة إلى العدالة المجردة التي هي قوام القانون عموماً^(٢). فليس من العدل والإنصاف أن يترك التعاقد ضحية لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض^(٣).

وفي فرنسا: انقسم الفقه هناك في تحديد معنى التوازن المالي للعقد إلى جانبين:

ذهب الجانب الأول ويتزعمهم الفقيه "Pequignot" إلى القول إن التوازن المقصود هنا هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات التعاقد وحقوقه. ويرى أنه في العقود الإدارية يوجد نوع من التناسق بين التزامات التعاقد وما ينتظره من ربح، فإذا اختلف هذا التوازن يكون من العدل إعادته^(٤).

وإذا كان "بيكينو" قد جعل من نظرية التوازن المالي عملية حسابية تكاد أن تكون شبيهة بمواد الرياضيات الذهنية، فإن الأستاذ "De Soto" جعل للنظرية طابعاً عاماً، فالإدارة — طبقاً لرأي هذا الفقيه — تكون ملزمة دائماً بضمان التوازن المالي للعقد، في كل حالة يختلف فيها هذا التوازن لأي سبب كان.

ويرى جانب آخر من الفقه أن التوازن المالي للعقد لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات، وإنما يقصد به مرونة التزامات التعاقد مع الإدارة، فيكون من الضروري أن تتناسب حقوق التعاقد مع التزاماته، زيادة

(١) د. محمد سعيد أمين، الأحكام العامة للالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية، عام ١٩٩٨، ص ٤٠٠-٤٠١.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٢.

(٣) د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٣.

(٤) G. PEQUIGNOT, "Contrats de l'administration", *op. cit.*, p. 237.

أو نقصاً على الأقل إذا كان حصول هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة. وهذا الرأي هو الغالب فقهاً وقضاءً.

وفي القضاء: أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي فكرة التوازن المالي في عدد من أحكامه بعد أن ظهرت أول مرة في الحكم الصادر في ١١/ مارس/ ١٩١٠ في قضية الشركة الفرنسية العامة للنترام^(١). إذ تولى المفوض "ليون بلوم" صياغة ذلك في تقريره الذي أكد فيه أنه: "من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام ضرورة أن يتحقق قدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للمتلتزم، والأعباء التي تفرض عليه... فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة، ففي كل عقد التزام يتضمن التوازن الشريف بين ما يمنح للمتلتزم، وما يتطلب منه... وهذا ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري لعقد الالتزام^(٢)."

وأما في مصر: فقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم قديم لها أن "القضاء الإداري قد خلق نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة والمزايا التي ينتفع بها.. وأن من حق المتعاقد المتضرر من حالة الظروف الطارئة أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً". ثم يستمر هذا الحكم ليقرر مبدأ استقلالية نظرية التوازن المالي للعقد عن النظريات الأخرى فيقول: "ومن هذا تختلف هذه النظرية "نظرية الظروف الطارئة" عن نظرية التوازن المالي للعقد فمن ناحية: أن نظرية التوازن المالي

(١) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٣،

ص ٢١٧. ود. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤.

(٢) C.E., 11 mars 1910, Compagnie Générale Française des Tramways, Res. 216, Concl Blum.

تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه، أما في نظرية الظروف الطارئة فإنه بالرغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة فإن العقد يظل قائماً وموجوداً.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد، أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة وإسهام في مقدار الضرر^(١). وبهذا الحكم تبرز المحكمة في قرارها أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة وبين نظرية التوازن المالي للعقد.

وفي الفقه: ترى الغالبية من الفقهاء^(٢) أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري يقابلها حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد، فمن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض من دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد، لأنه ليس من العدالة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٧/٦/٣٠، في القضية ٩٨٣، السنة ٧ ق. أشار إليه: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٦٠٣، وفي المعنى نفسه: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تاريخ ١٩٩٣/٧/١، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها الفتاوى الصادرة من أول مارس ١٩٩٣ حتى آخر سبتمبر ١٩٩٣، الجزء الثاني، ص ٤٨.

(٢) د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦، ص ١٤٥، وجاسم محمد عبد الله البلوشي، التوازن المالي في عقد الأشغال العامة وأساليب تحديد الأسعار، دراسة مقارنة في القانون المصري والعُماني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٩، ص ١٧٣. د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٣، د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، عام ٢٠٠٦، ص ٣٥٧ وما بعدها.

وإن كانت فكرة التوازن المالي فكرة مسلم بها بصورة عامة، فإن الصعوبة كلها تكمن في تحديد مدلولها، وشروط تطبيقها، ولم يكلف مجلس الدولة الفرنسي نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي وتوضيح شروط استعمالها، وهذا ما أدى إلى اختلاف الفقهاء حول تحديد شروط فكرة التوازن المالي. فبعض الفقه يرى — كما نوهنا سابقاً — أنها قاعدة عامة تطبق في جميع الأحوال، إذ تلتزم الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد في كل مرة يخل فيها توازن العقد، سواءً كان ذلك بفعل الإدارة أو لأمر خارج عن إرادتها.

ويرى آخرون أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تطبق إلا إذا كان اختلاف التوازن راجعاً إلى فعل الإدارة، ومن أنصار هذا الرأي الفقيه "دي لوبادير"^(١). أما الدكتور "ثروت بدوي" فله رأي آخر، فهو يرى أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري خطيرة وغير صحيحة، ومن ثم يقترح ضرورة التخلص من هذه الفكرة، وحذفها نهائياً من نظرية العقود الإدارية، كما يرى أن خطورتها تكمن في محاولة الفقهاء إرجاع كل تعويض يستحقه المتعاقد على جهة الإدارة ولو كان اختلال التوازن بغير فعل الإدارة، ما يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على الدولة، وبالتالي فإن فكرة التوازن المالي في هذه الحالة في رأيه عاجزة عن تسوية التعويض.

أما عدم صحتها فمرده إلى كيفية تطبيقها، إذ يرى أن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة باقتضائيات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد، فقد يحدث أن يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجدية نتيجة خطأ من جانبه، فإذا تدخلت الإدارة في التنفيذ بعد ذلك فإن الحكم القضائي بالتعويض الكامل لا يكون على أساس السعر وقت التعاقد، بل على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة في التنفيذ.

(١) أشار إليه د. حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١١٩.

وهكذا ينتهي هذا الفقيه إلى القول إنه لا حاجة بنا إلى مثل هذه الفكرة غير الصحيحة لتفسير حق المتعاقد في التعويض. فهذا التعويض ما هو إلا نتيجة لازمة لسلطة التعديل التي تملكها الإدارة⁽¹⁾.

وقد تعرض هذا الرأي للنقد من قبل الدكتور "الطماوي"، إذ يرى أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري تمثل حقيقة ثابتة يصعب إنكارها، وإن كانت لا تكفي لتسوية التعويض في جميع الحالات التي يحكم فيها القضاء بالتعويض من دون خطأ من جانب الإدارة، ويستطرد قائلاً، إنه يجب معاملة العقد الإداري كظاهرة طبيعية، مثل الحيوان والنبات، فهو يتمدد وينكمش، إلا أنه يحتفظ مع ذلك بخواصه ومظاهره، فالعقد الإداري قد تزيد أو تنقص الإدارة من أداؤه، إلا أنه يجب عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي، وأن يظل على خواصه الأصلية، ويبدو أنه من المغالاة القول إن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة. وينتهي إلى وضع أسس ثلاثة، تقوم عليها فكرة التوازن المالي للعقد وهي:

الأساس الأول: يقصد بالتوازن التوازن الشريف بين التزامات المتعاقد وحقوقه المقابلة لتلك الالتزامات، وليس التوازن الحسابي.

الأساس الثاني: تفسر فكرة التوازن المالي التعويض الذي يتقرر للمتعاقد مع جهة الإدارة إذا ما كان مرجع الضرر فعل الإدارة ذاتها، أما خارج نطاق هذه النظرية، فإن تلك الفكرة لا تصلح لتسوية التعويض إذا كان مرد الاختلال إلى غير عمل الإدارة، ولهذا ففكرة التوازن المالي للعقد لا تكفي وحدها، بل يجب أن يذكر بجوارها مبدأ التعويض بلا خطأ من الإدارة، لكي تشمل جميع صور التعويض التي يحكم بها للمتعاقد من دون خطأ من جهة الإدارة.

(1) S. BADAOU, *op. cit.*, p. 105 et suivante.

الأساس الثالث: يرجع إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، كما أن بعضاً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي يشير إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، ولكن مثل هذا التفكير لا يصلح إلا في حالة النص صراحة في العقد على فكرة التوازن المالي، حتى يمكن أن نكون أمام تفسير لبعض شروط العقد^(١).

أما في حالة عدم النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي أو الاقتصادي، فيمكن إرجاع أساسها إلى فكرة العدالة، لأنها لا تشتق من العقد ولا تستند عليه^(٢). ومن مصلحة المرفق العام الذي يسهم فيه المتعاقد أن يعوضه، حتى يكون ذلك حافزاً للأفراد على التعاقد مع الإدارة، ولا يكون سبباً لنفورهم من معاونه جهة الإدارة^(٣).

نستنتج مما سبق أن فكرة التوازن المالي تتعلق بالاختلال المالي للعقد بفعل الإدارة، وهي فكرة ملازمة للتعديل في العقود الإدارية، ويصعب القول إن التوازن المالي للعقد يقصد به التوازن الحسابي، كما لا يمكن التسليم بما نادى به جانب من الفقه، من ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد، إذ إن هذه الفكرة تنطوي على حقيقة لا يمكن إنكارها ومرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة جهة الإدارة.

(١) C.E., 10 avril 1935, Ville de Toulon, R.D.P., 1935, p. 783.

أشار إليه د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٨.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٠٣-٦٠٤، وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٩٣٨/ تاريخ ١٥ يونيو ١٩٥٧، سبقت الإشارة إليه، إذ جاء فيه "... ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك، وأبيح للإدارة حق التعديل، دون أن تلتزم بمقابل ذلك بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد، لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة، ليبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها".

ثانياً. الآثار المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي :

يترتب على ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري الآثار الآتية:

١ - حق المتعاقد في اقتضاء مقابل الأعمال الإضافية :

إن تعديل كميات الأعمال في أثناء تنفيذ العقد قد يكون ضرورة لا بد منها نظراً إلى اختلاف العمل في أثناء التنفيذ، كما أن دفاطر الشروط العامة حددت نسباً للتعديل تختلف من دولة إلى أخرى.

ففي فرنسا: ميّز المشرع بين كل عقد في خصوص نسبة الزيادة فحددها في العقود الجرافية بـ (٢٠%) وفي عقود فئات الأسعار بـ (٢٥%) وفي عقود نفقات المراقبة بـ (٥٠%) من الحجم الأصلي للأشغال^(١). وإذا ما تجاوزت الزيادة في حجم الأشغال هذه النسب يكون للمتعاقد الحق في التعويض عما قد يلحق به من ضرر بسبب تجاوز الحد المسموح به للزيادة^(٢). أما الزيادة في حجم الأشغال في حدود النسب المحددة للتعديل، فإن المحاسبة عليها تتم بالأسعار ذاتها المحددة لها في العقد^(٣). ولذا قضى مجلس الدولة الفرنسي أن من حق الإدارة أن تفرض على المتعاقد زيادة الأشغال المعهود إليه القيام بها^(٤).

(1) Art. 15, alinéa 3 du C.C.A.G. 1976, il stipule que "si L'augmentation de la masse des travaux est supérieur a' l'augmentation. Limite définie a' l'alinéa suivant, l'entrepreneur a droit à être indemnisé enfin de compte du préjudice qui la éventuellement subi du fait de cette augmentation au-delà' de l'augmentation limite...".

(2) Art. 15, alinéa 3 du C.C.A.G. 1976 "L'augmentation limite est fixée a' la somme des augmentations limites offertes respectivement a' chacune des masses initiales partielles de travaux relevant des modes dont il s'agit".

(3) Art. 15, alinéa 3 du C.C.A.G. 1976, stipule que "L'augmentation limite est fixée la somme des augmentations limites offertes respectivement a' chacune des masses initiales partielles de travaux relevant des modes dont il s'agit".

(4) C.E., 19 Octobre 1934, Société Alfred Ehrlich et fils, Rec. 1934, p. 938.

وفي مصر: حدد المشرع المصري للإدارة نسباً عند تعديل عقودها بالزيادة أو النقص في المادة /٤٦/ من قانون التعاقدات المصري رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ وذلك بما لا يجاوز (٢٥%) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥%) من كمية كل بند لباقي العقود بالشروط والمواصفات والأسعار ذاتها، على أن يتضمن دفتر الشروط والمواصفات مضمون ذلك...^(١).

وحسب هذا النص تتم محاسبة المتعاقد في حدود الـ (٢٥%) من كمية كل بند لعقود المقاولات وبما لا يجاوز الـ (١٥%) من كمية كل بند لباقي العقود. ووفقاً لأسعار البنود الواردة في العقد وبالشروط والمواصفات ذاتها، أما عن الأعمال الزائدة عن النسب المحددة فتتم محاسبة المتعاقد بناءً على ما تم الاتفاق عليه بينه وبين الإدارة بشرط ألا يؤثر ذلك في أولوية عطائه، وهذا ما ذهب إليه إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر^(٢).

وعليه، لا يجوز للمتعاقد أن يطالب بالزيادة على هذه الأسعار إذا كانت في حدود (٢٥%) من قيمة الأعمال والكميات تطبيقاً لنصوص القانون، أما في حالة الزيادة عن النسبة المقررة فلا يتم ذلك إلا بالاتفاق مع المتعاقد قبل تنفيذه لهذه الزيادة، ويكون التنفيذ في هذه الحالة طبقاً للاتفاق الجديد بين الإدارة والمتعاقد، وهذا ما أوضحت المحكمة الإدارية العليا عندما قضت قائلة: "حقوق المتعاقد تتحدد أصلاً طبقاً لنصوص العقد، فيتعين تنفيذه وفقاً لما

(١) المادة /٤٦/ من القانون رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ الخاص بتنظيم التعاقدات العامة الجديد في جمهورية مصر العربية.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فتوى الإسكان رقم (٣١٠) تاريخ ٢٠٠٢/٥/٧ ملف رقم ٤٨٨/٥/٣١.

اشتمل عليه، والأسعار المتفق عليها تقيّد طرفيه كأصل عام، فلا يجوز للمقاول أن يطالب بزيادتها على أساس ما يطرأ من زيادة^(١).

وفي سورية : حددت المادة /٦٢/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز (٣٠%) لكل بند أو مادة من التعهد على حدة، وذلك بالشروط والأسعار نفسها الواردة في العقد ومن دون حاجة إلى عقد جديد. على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص (٢٥%) من القيمة الإجمالية للعقد...^(٢).

ووفقاً لنص هذه المادة فإن المشرع السوري فرض نسبة واحدة لكل أنواع العقود ولم يميز بين عقد وآخر عند تطبيق هذه النسبة كما فعل المشرعان الفرنسي والمصري، إلا أنه سكت عن حق المتعاقد في اقتضاء مقابل الأعمال الإضافية واكتفى بإعطائه مدة إضافية تتناسب مع طبيعة هذه الزيادة ومقدارها وذلك من أجل هذه الزيادة فقط^(٣).

وفي اعتقاد الباحث إن المتعاقد في هذه الحالة يستحق تعويضاً كاملاً يغطي جميع الأضرار الناتجة عن تدخل الإدارة، كي لا تثري على حسابيه من دون سبب.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٤٥٢٧) لسنة ٤٦ ق.ع، جلسة ٢٠٠٤/٦/٦، مجموعة كنوز أحكام المحكمة الإدارية العليا، الجزء الثامن، ص ٤٩٧٩، سبق الإشارة إليه.

(٢) الفقرة /أ/ من المادة /٦٢/ من القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ في سورية.

(٣) الفقرة /ب/ من المادة /٦٢/ من القانون ذاته.

٢ - استحقاق المتعاقد مدة إضافية:

في فرنسا: لم يسمح مجلس الدولة الفرنسي بفرض أعمال مستجدة على متعاقد الأشغال العامة^(١)، وكان يسمى المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد لقاء الأعمال الإضافية أو المستجدة بالأجر الإضافي تمييزاً له عن الثمن الذي يحصل المتعاقد عليه مقابل تنفيذ الأعمال الواردة في العقد الأصلي، فقد قضى بأن للمتعاقد الحق في المطالبة بأجر إضافي عند قيامه بإنشاء أبنية جديدة لم تدرج في العقد الأصلي^(٢).

وفي مصر: سكت المشرع المصري عن معالجة مدة تنفيذ عقد الأشغال العامة في حالة تكليف المتعاقد بأعمال إضافية أو أعمال مستجدة يستلزم تنفيذها وقتاً يضاف إلى الوقت المحدد لتنفيذ الأعمال موضوع العقد الأصلي.

وإزاء هذا الفراغ التشريعي أرسى مجلس الدولة المصري مبدأ أحقية المقاول في مد مدة تنفيذ العملية المستندة إليه إذا ما تم تكليفه بأعمال زائدة، بيد أن منهج المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن يختلف عن منهج الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

فالمحكمة الإدارية العليا المصرية لا تقرر أحقية المتعاقد مباشرة في مدة زمنية تضاف إلى المدة الأصلية لتنفيذ العملية العقدية بمجرد تكليفه بأعمال زائدة، إذ تربط المحكمة منح المدة بمدى الحاجة إليها وأياً كان حجم الأعمال سواء في حدود (٢٥%) من قيمة العقد أو ما جاوز ذلك، وما تستهدي به المحكمة في ذلك حجم الأعمال وتوقيت صدور الأمر المصلي بها للمقاول بالنسبة إلى مدة تنفيذ العملية، فإذا كانت مدة التنفيذ المتبقية وقت صدور هذا الأمر تكفي لتنفيذ الأعمال، لا يكون ثمة مسوِّغ لمد مدة العقد، وعندما يكون الأمر عكس ذلك فلا بد من مد مدة العقد بالقدر الكافي لتنفيذ الأعمال الزائدة

(١) C.E., 13 Juillet 1950, Viturat, Rec. 1950, p. 433.

(٢) C.E., 13 novembre 1968, Entreprise panel et Jacquet, R.D.P. 1969, p. 726.

بصرف النظر عن نسبة الزيادة في كمية الأعمال أو حجمها إلى إجمالي قيمة العقد^(١).

وفي فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قررت فيها أن الأصل في حال عدم وجود اتفاق على حصول المتعاقد على مدة زمنية نظير الأعمال الزائدة، أن يتم منحه مهلة تحدد من خلال حسب حجم الأعمال الإضافية أو كمياتها منسوبة إلى حجم أو كميات الأعمال الأصلية ومدتها، وذلك بالإضافة إلى ما قد تتطلبه طبيعة الأعمال الإضافية من مدد أخرى لظروف تتعلق بكيفية تنفيذها^(٢).

أما في سورية، فقد كان للمشروع السوري رأيٌ مختلفٌ عندما أعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٩٦٩ لسنة ٣٧ ق.ع جلسة ٢٠٠٠/١/٢٥ سبقت الإشارة إليه.

حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥ سبقت الإشارة إليه.

حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٦٨٣ لسنة ٣٤ ق.ع جلسة ١٩٩٩/٤/٢٧ سبق الإشارة إليه. وفي المبدأ ذاته حكمها في الطعن رقم ٢٣١٦ لسنة ٤٢ ق.ع جلسة ١٩٩٩/٢/٢٣ غير منشور. وفي هذا الحكم قضت المحكمة بأحقية المتعاقد باسترداد غرامة التأخير التي أوقعها جهة الإدارة عليه، وقررت أنه إذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في مدة تنفيذ المشروع... يكون له في مقابل ذلك أن... يمنع مدة إضافية للتنفيذ.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٣٤٢ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٢١، ملف رقم ٤٨/٢/٧٨. جلسة ٢٠٠٠/٢/٢ سبقت الإشارة إليها. وفي المعنى بذاته فتاها رقم ٤٦٨ تاريخ ١٩٩٠/٣/٣١. ملف ١١٨/٦/٣١ غير منشورة. وكذلك فتاها رقم ١١٥٠ - تاريخ ١٩٩٧/١٠/١٩، ملف رقم ٢٨٢٥/٢/٣٢، جلسة ١٩٩٧/١٠/١، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج٤٩، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٣) الفقرة ب/ من المادة ٦٢/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

ويرجع منح المتعاقد مدة زمنية إضافية عند تكليفه بأعمال زائدة في اعتقادي إلى سببين:

الأول: تحقيق العدالة المجردة التي تأبى أن يتحمل المقاول وحده أعباء زيادة الأعمال.

والثاني: تحقيق المصلحة العامة التي يهدف المرفق العام إلى تحقيقها من خلال سرعة الانتهاء من تنفيذ العقد.

لذا تجب زيادة المدة بما يناسب الزيادة في الأعمال متى كانت تتطلب أجلاً لإجرازها وفقاً لطبيعتها، ووفق التكلفة بزيادتها، لكون المدة المحددة في العقد وضعت لإجراز الأعمال محل العقد فقط.

الفرع الثاني

حق التعويض عن فعل الأمير في نطاق العقود الإدارية

كما أن للمتعاقد الحق بالتعويض عند قيام الإدارة بتعديل العقد الإداري مما يزيد الأعباء على المتعاقد ويؤدي إلى المساس بالتوازن المالي للعقد، فله الحق أيضاً بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد عندما تتخذ الإدارة بصفتها سلطة عامة إجراءات من شأنها أن تؤثر في مركزه معها وتزيد من أعبائه المالية في تنفيذ التزاماته وذلك استناداً إلى نظرية فعل الأمير.

ولدراسة حق المتعاقد في التعويض استناداً إلى هذه النظرية، سوف يتم بحث ماهية هذه النظرية أولاً، وشروط تطبيقها والآثار المترتبة عليها ثانياً.

أولاً- ماهية نظرية فعل الأمير:

سنبحث في هذه الجزئية التعريف بنظرية فعل الأمير بداية، يليه البحث في صور فعل الأمير.

١ - التعريف بنظرية فعل الأمير:

تعد نظرية فعل الأمير من أقدم نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، وكان مجلس الدولة الفرنسي أول من ابتدعها. ويعد حكمه الصادر بتاريخ ١٩٠٩/٤/١٩ من أوائل الأحكام الصادرة في خصوص تطبيق هذه النظرية^(١).

وهي أولى النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة^(٢). لذا تعد هذه النظرية خاصة بالقانون الإداري، ولا يوجد لها صلة بالقانون الخاص، إذ تعد أعمال السلطة التي تمس عقود الأفراد الخاصة من أعمال الغير بالنسبة إلى طرفي العقد، وأن فعل الأمير فيها حدث خارج عن إرادة الطرفين، وهو ليس سوى نوع من القوة القاهرة الإدارية، مقارنة مع القوة القاهرة المتجسدة في ظروف طبيعية^(٣).

وبالرغم من قدم هذه النظرية لم يعرفها القضاء المصري إلا بعد إنشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦^(٤)، وهي لا تزال غامضة وغير واضحة الحدود^(٥)، ويكثر الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة^(٦).

ولنظرية فعل الأمير معنيان^(٧):

(١) M. HAURIOU, not sous C.E 11 mars 1910, Compagnie générale Française des tramways, S. 1911. 3.1.

(٢) S. BADAoui, Le Fait Du prince dans les contrats administratif en droit français et en droit égyptien, L.G.D.J., Paris, 1955, p. 166.

(٣) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع السابق، ص ٢١٤.

(٤) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الأول والثاني، دار المستقبل، دمشق، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٢، ص ٣٨٦.

(٥) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥١.

(٦) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٢.

(٧) د. سعاد الشرقاوي، ذات المرجع، ص ٥٤٢.

الأول: واسع، ويقصد به كل تدخل من جانب جميع السلطات العامة يؤدي إلى التأثير بشكل أو بآخر في تنفيذ العقد.

والثاني: ضيق، يصدر عن الإدارة المتعاقدة وتكون نتيجته التأثير في تنفيذ العقد، وهو يتعلق بمصدر العمل وأثره. وهذا المعنى "الضيق" يقترب من حق الإدارة في تعديل العقد.

ويعرف الفقيه الفرنسي "دي لوبادير" فعل الأمير بأنه: كل إجراء تصدره السلطة العامة ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد، ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية والتي تقابل المخاطر الاقتصادية التي تعالجها نظرية الظروف الطارئة^(١).

ويعرفه الدكتور "سليمان الطماوي" بأنه: "عمل يصدر من سلطة عامة من دون خطأ من جانبها، ينجم عنه سوء مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"^(٢).

أما قضاء: فقد عرف مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير بأنها: "عمل يصدر من سلطة عامة ومن دون خطأ منها، ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري، وتلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد"^(٣).

(١) د. علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٧، ص ٤٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٨.

(٣) أ. لمياء هاشم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، عام ٢٠١٣، ص ٤٨.

وعرفت محكمة القضاء الإداري المصرية فعل الأمير بقولها: "المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية" وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ قراراً فردياً خاصاً أو قواعد تنظيمية عامة^(١).

أما الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري فقد اشترطت لإعمال هذه النظرية أن يكون الفعل الذي أدى إلى زيادة أعباء المتعاقد والتزاماته صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل من جهة إدارية أخرى غير التي أبرمت العقد، فلا تطبق هذه النظرية لتخلف أحد شروطها^(٢).

ويمكن تعريف فعل الأمير بأنه: كل إجراء غير متوقع يصدر من سلطة عامة أو من جهة إدارية متعاقدة، من دون خطأ من جانبها، ينجم عنه خلل في مركز المتعاقد المالي ويرتب له تعويضاً عن الأضرار كافة التي لحقت به تحقيقاً للتوازن المالي للعقد.

٢ - صور فعل الأمير:

تختلف حالات تطبيق نظرية فعل الأمير بحسب الصورة التي يتخذها الفعل من الناحية العملية، فقد يتجسد فعل الأمير في صورة إجراء فردي خاص صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، أو يتخذ صورة إجراء تنظيمي عام

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠، في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩٠٩ ق. المجموعة، س ١١، ص ٦٠٧.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٧٥٤، تاريخ ١٩٧١/٧/١١، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، (١٩٥٥-١٩٩٥)، ص ٤٣٠.

صادر عن إحدى السلطات العامة في الدولة^(١). وسيتم عرض كلتا الصورتين على النحو الآتي:

أ - الإجراءات الإدارية الخاصة:

يقسم الفقه^(٢) الإجراءات الإدارية الخاصة التي تؤثر في تنفيذ العقد إلى نوعين:

النوع الأول - إجراءات مباشرة تعدل في شروط العقد:

قد تتخذ الإدارة استناداً إلى سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة إجراءً يؤدي إلى تعديلات سواء بالنقص أو الزيادة في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد، أو في شروط التنفيذ أو مدة التنفيذ، وقت إبرام العقد، وفي هذه الحالة إذا أدى هذا التعديل إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد يكون له الحق بضمان التوازن المالي للعقد وذلك بتعويضه عن الضرر في إطار نظرية فعل الأمير^(٣).

ويكون التعويض استناداً إلى نظرية فعل الأمير في هذه الحالة بسبب التأثير المباشر في نصوص العقد بالتعديل، ما يؤدي إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة تكاليف وأعباء إضافية لم تكن في حسبانها وقت إبرام العقد، وليس أمام المتعاقد مع الإدارة إلا المطالبة بالتوازن المالي للعقد عن طريق تعويضه نتيجة هذا التعديل.

النوع الثاني - الإجراءات التي يؤثر في ظروف التنفيذ:

قد يكون الإجراء الفردي الذي تقوم به جهة الإدارة غير مؤثر بصورة مباشرة في شروط العقد، ولكنه يؤدي إلى تغيير في ظروف تنفيذ العقد بكيفية

(١) د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق، عام ٢٠٠٠، ص ٣٣.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره،

ص ١٨٢، وكذلك د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٨.

(٣) L. RICHER, Droit des contrats administratifs, *op. cit.*, p. 287.

يكون من شأنها تحميل المتعاقد أعباء لم يكن بوسعها توقعها عند إبرام العقد، عندئذ يجب تعويض المتعاقد أيضاً تعويضاً كاملاً على أساس التوازن المالي للعقد^(١).

والإجراءات التي تتخذها الإدارة وينطبق عليها هذا الوصف عديدة ويصعب حصرها وهي ليست من طبيعة واحدة^(٢)، ومن أهم هذه التطبيقات: — القرارات التي تصدر عن الإدارة إلى المتعاقد في مجال تنفيذ العقد بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة، مثل قراراتها بتعديل سير العمل، أو إدخال وسائل جديدة في تنفيذه^(٣). — بعض تدابير الضبط الإداري الصادرة عن جهة الإدارة، والتي يترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد، كالأمر الصادر من جهة الإدارة — بوصفها سلطة ضبط — إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى موقع آخر حفاظاً على سلامة الجمهور^(٤).

ب - فعل الأمير في صورة إجراء عام:

قد لا يتخذ فعل الإدارة الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية فعل الأمير صورة إجراء فردي خاص، وإنما قد يكون نتيجة إجراء تنظيمي عام، يتمثل في صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة^(٥).

وهنا الإجراء التنظيمي العام لا يمس شروط العقد دائماً، بل يقتصر أثره على ظروف التنفيذ الخارجية، بما يجعلها أكثر مشقة على المتعاقد مع

(١) د. وهيب عياد سلامة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤.

(٢) د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٥.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٣٢.

(٤) د. وهيب عياد سلامة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥.

(٥) د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٦، وفي الفقه الفرنسي:

L. RICHER, Droit des contrats administratifs, *op. cit.*, p. 290.

الإدارة^(١). ومن أمثلة ذلك التشريعات الضريبية أو الجمركية، والرسوم التي تفرضها الهيئات المحلية وغيره.

ويلاحظ الفقه أن الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يعوض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة إلا في أضيق الحدود، والاستثناء هو الحكم به على أساس نظرية فعل الأمير^(٢).

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد استبعد إعمال نظرية فعل الأمير كأصل عام، إلا أنه أعمل في الوقت نفسه نظرية الظروف الطارئة^(٣).

ويلاحظ أن الصيغة التقليدية التي يجري بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الحالات التي يرفض فيها تعويض المتعاقد، تؤكد على أن النفقات الإضافية التي تكبدها المتعاقد، إنما أصابته في الظروف ذاتها الخاصة بسائر المواطنين، ومن ثم لا يستحق عنها تعويضاً إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد^(٤).

ويجب هنا التمييز في موقف مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الإجراء العام قد صدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من جهة إدارية أخرى^(٥).

فإذا كان الإجراء العام صادراً من الجهة الإدارية المتعاقدة وكان من شأن الإجراء أن يؤثر في العنصر الرئيس في التعاقد، فإن نظرية فعل الأمير تطبق في هذه الحالة. ومثال ذلك، فرض رسوم محلية على الفحم بحسابه مادة

(١) د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٤١.

(٣) DE LAUBADER., Traite de droit administratif, op. cit., p. 421.

(٤) د. علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام ١٩٩١، ص ٣٥٣.

(٥) C.E., 29 decembre 1985, Bardy, Rec. 1985, p. 1004.

أولية أساسية، وتمس هذه الرسوم ملتزم توريد الإضاءة بالغاز، لأنه يعتمد بصفة أساسية على الفحم كمادة أولية.

أما إذا كان الإجراء العام صادراً من جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، ومن ذلك على سبيل المثال، صدور تشريعات ضريبية أو اقتصادية أو عمالية.. فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يقتصر على معيار محدد في هذا الصدد، فتارة يقضي بأن تأثير الإجراءات التشريعية أو اللائحية في العقد لا ينشئ للمتعاقد حقاً في التعويض، وتارة نجد قضاء مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية، ولكن بشرط أن تكون عناصر العقد التي منها الإجراء قد احتلت مكانة رئيسة في ذهن المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد، وأن يكون من شأن هذا التعديل الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً خطيراً^(١).

وفي مصر، رفضت المحكمة الإدارية العليا تعويض المتعاقد مع الجهة الإدارية ما دام الضرر الذي لحق به لا يتسم بطابع الخصوصية لكونه غير مقصور عليه، وهي بذلك سارت في اتجاه مجلس الدولة الفرنسي نفسه بهذا الخصوص. إذ قضت أنه: "... نظراً لأن الثابت أن الزيادة التي طرأت في أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة... هذا فضلاً عن أن الضرر الذي تدعيه الشركة نتيجة زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصاً بتلك الشركة بحسبان أن تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات... وبالتالي فلا تكون شروط انطباق نظرية فعل الأمير محققة..."^(٢).

(١) د. خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، الطبعة الأولى، عام ١٩٩٤، من دون ذكر دار النشر، ص ٢١٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٢٧ ق. تاريخ ١٢/١٢/١٩٩٧، منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، قاعدة رقم ٤٣، ص ١٧٦.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر أيضاً بأنه "... من حيث إن فرض الرسم كان متوقعاً وقت التعاقد، فضلاً عن أنه لم يجاوز الحد المعقول وأنه لم يؤدّ إلى إرهاب الشركة في التزاماتها وإلى الإخلال المالي للعقد وأن دفعها بأن أرباحها المتزايدة قد تناقصت... ولكن هذا النقص لم يصل إلى المساس بالربح المعقول الذي كان متوقعاً عند التعاقد"^(١).

ومن الواضح أن القضاء الإداري في مصر كان متأثراً بالقضاء الفرنسي إذ لم يطبق نظرية فعل الأمير في القضايا المعروضة في الحكيمين السابقين والتي تتعلق بإجراءات عامة متخذة من قبل الإدارة، مسوغاً عدم التعويض بأن الضرر الناتج عن الإجراء العام ليس خاصاً بالمتعاقد وفقاً لاجتهاد المحكمة الإدارية العليا ولم يؤدّ إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد وفق اجتهاد محكمة القضاء الإداري.

ثانياً - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وآثارها :

يفترض لإعمال نظرية فعل الأمير توفر مجموعة من الشروط، وبتوفرها تترتب عليها بعض الآثار، وسيتم تناول هذه الشروط والآثار كلاً على حدة وفقاً للآتي:

١ - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

يتطلب الفقه^(٢) والقضاء^(١) في كل من فرنسا ومصر وسورية شروطاً لا بد من توافرها لكي يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً وفقاً لنظرية فعل الأمير، ويمكن بيان هذه الشروط فيما يأتي:

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، جلسة ١٦ يونيو ١٩٥٣، منشور في مجموعة السنة السابعة للمكتب الفني في مجلس الدولة المصري، ص ١٥٧٨.

(٢) د. عيسى الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٢، ود. إبراهيم علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣١. ود. توفيق شحاته، مرجع سبق ذكره، ص ٨١٩، ود. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧٣، وفي الفقه الفرنسي. De Laubadère, *op. cit.*, p. 29.

أ - أن يكون الإجراء الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة:

يشترط لإقرار التعويض استناداً إلى نظرية فعل الأمير أن ينسب الفعل المسبب للضرر إلى الإدارة المتعاقدة^(١)، أما إذا كان ذلك العمل صادراً من جهة إدارية أخرى (غير المتعاقدة) فإن المتعاقد لا يستفيد من نظرية فعل الأمير وإنما بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إلى الإدارة التي تعاقدت معه، أما بالنسبة إلى السلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقاً لقواعد المسؤولية الإدارية^(٢).

ويحتل هذا الشرط درجة كبيرة من الأهمية، ويجب بشأنه التمييز بين الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة وتتمثل في تعديل شروط العقد، وتلك التي لا تنصب على شروط العقد بيد أنها تؤثر في تنفيذه.

فالإجراءات الأولى لا بد من أن يتوافر بشأنها هذا الشرط، لأن الإدارة المتعاقدة تباشرها إعمالاً للسلطة الممنوحة إليها في التعديل.

أما الثانية، فإن تقديرات العدالة توجب التوسع في تفسير اتصال الإدارة أو السلطة العامة بهذه الإجراءات، لأن من شأن اشتراط صدورها من جهة الإدارة المتعاقدة التضييق من نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير، ما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق.ع جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦، وحكمها في الطعن رقم ٦٥ لسنة ١٢ ق.ع جلسة ١٩٦١/٥/٢٠، مجموعة العقود في (١٥) عاماً، ص ١٧٧ وما بعدها. وفي القضاء الفرنسي:

C.E., 8 mars 1941, Amat, Rec. 1941, p. 99.

(٢) P.-B. FRANCIS, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 1986, p. 225.

(٣) ديلو باديري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢.

(٤) أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٥.

ويشترط مجلسا الدولة الفرنسي^(١) والمصري^(٢) أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة لتطبيق نظرية فعل الأمير. فقديمًا كان مجلس الدولة الفرنسي يقضي بإجازة التعويض على أساس نظرية فعل الأمير من دون التفرقة بين العمل أو التصرف الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة ذاتها، أو التصرف الصادر من جهة الإدارة غير المتعاقدة^(٣). إلا أنه — أي مجلس الدولة الفرنسي — أصبح منذ منتصف القرن الماضي يشترط أن يكون العمل أو التصرف صادراً من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد^(٤).

وقد سارت محكمة القضاء الإداري في مصر في الاتجاه نفسه الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي عندما اشترطت صدور الإجراء الذي أضر بالمتعاقدين مع الإدارة من الإدارة المتعاقدة نفسها لتطبيق نظرية فعل الأمير فقد قضت في حكم لها بأنه: "... ومن حيث أنه يشترط لتعويض المدعي إعمالاً لنظرية فعل الأمير أن يترتب الضرر الذي أضر به نتيجة تنفيذ العقد على إجراء تكون جهة الإدارة المتعاقدة قد اتخذته من جانبها.."^(٥).

وتؤيد المحكمة الإدارية العليا الاتجاه ذاته في عدد من أحكامها^(٦).

(١) C.E., 4 mai 1949, ville de Toulon, Rec. 1949, p. 197.

(٢) أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعنين: ١٥٦٢ لسنة ١٠ ق.ع و ٦٧ لسنة ١١ ق.ع. جلسة ١١/٥/١٩٦٨، مجموعة العقود في (١٥) عاماً، ص ١٧٨، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية رقم ٩٤١ في ٣/١١/١٩٦٤، جلسة ٢٨/١٠/١٩٦٤، وفتاوها في ١١/٣/١٩٦٥، جلسة ٢٤/٢/١٩٦٥، مجموعة العقود في (١٥) عاماً، ص ١٨٠.

(٣) د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٩.

(٤) C.E., 15 Février 1949, ville d'Elbeuf, Rec. 1949, p. 358.

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية تاريخ ٥ مايو ١٩٦٩، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة في أول أكتوبر ١٩٦٦ حتى آخر سبتمبر ١٩٦٩.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ١١ ق.ع. جلسة ١١/٥/١٩٦٨، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة، السنة ١٣، ص ٨٩٧.

وفي شأن تحديد المقصود بالإدارة المتعاقدة، يذهب جانب من الفقه إلى عدم وجود صعوبة في العقود المبرمة باسم الدولة بوساطة أحد الوزراء، إذ تجد نظرية فعل الأمير مجالاً لتطبيقها سواء كان الإجراء الذي سبب الضرر صادراً عن ذلك الوزير أو عن أي وزير آخر أو حتى لو كان الإجراء صادراً عن رئيس مجلس الوزراء^(١). إذ يعدّ صادراً من الجهة المتعاقدة ذاتها، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة شخصية الدولة، فلا عبرة بتعدد أجهزة الدولة واستقلال كل جهاز عن الآخر، لأن هذه الأجهزة هي مجرد أوجه متعددة لشخص قانوني واحد هو الدولة.

بمعنى آخر يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير إذا كان الإجراء الضار صادراً من الوزارة التي أبرمت العقد أو أي وزارة أخرى.

وتعد الإجراءات التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تؤثر في العقود المبرمة بمعرفة الدولة من الإجراءات التي تدخل في نطاق نظرية فعل الأمير، ويجوز التعويض عن الأضرار التي تترتب عليها استناداً إلى تلك النظرية، وذلك بحسب ما إذا كانت تلك الإجراءات العامة تعدل مباشرة من شروط العقد أو تقتصر على التأثير بطريق غير مباشر في شروط تنفيذ العقد^(٢).

ولا شك في أن شرط صدور الفعل الضار من جهة الإدارة المتعاقدة من شأنه أن يضيق من نطاق تطبيق هذه النظرية، ويؤدي إلى عدم المساواة بين المتعاقدين مع الإدارة بالمفهوم الواسع الذين تجمعهم ظروف واحدة وأصابهم ضرر من جراء القرار الصادر عن الإدارة بمفهومها الواسع، أي ما يمكن

(١) د. علي محمد عبد المولى، الظروف التي نظراً أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة عين شمس، عام ١٩٩١، ص ٣٦٧ وما بعدها.

(٢) د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٨.

تسميته بالقرار الحكومي أو السيادي. ولهذا فإن بعض الفقه ينتقد ما انتهى إليه مجلسا الدولة الفرنسي والمصري من ضرورة صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة لتطبيق نظرية فعل الأمير، وينادي بجواز تطبيق هذه النظرية سواء صدر العمل أو الإجراء الضار من الجهة المتعاقدة أو من غيرها من الجهات أو السلطات العامة في الدولة^(١).

ويثار تساؤل حول إمكانية تطبيق نظرية فعل الأمير في الحالة التي يكون فيها طرفا العقد من الأشخاص الاعتبارية العامة، إذ إن كلا من طرفي العقد يتمتع بسلطات السلطة العامة وامتيازاتها، ويمكن أن يستعملها ويتخذ إجراء يسبب ضرراً للطرف الآخر، ويجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاباً.

غالباً في العقد الإداري عندما يكون العقد مبرماً بين الأشخاص العامة ويكون أحدهما أكثر سيطرة وهيمنة في علاقته بالطرف الآخر، كما هو الحال بالنسبة إلى العقود التي تبرم بين الدولة والوحدات المحلية الأخرى، ففي هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير إذا صدر التصرف الضار من السلطة على المرفق أو العقد^(٢).

ويعتقد الباحث أن ما يجب التعميل عليه، هو أن يكون الإجراء الضار مؤثراً في ظروف تنفيذ العقد ما يجعله أكثر مشقة وكلفة على المتعاقد، ويستوي صدورهم من أي جهة إدارية (متعاقدة أو غير متعاقدة) بوصفها سلطة عامة. فهذا أقرب إلى المنطق والعدالة، لأن المتعاقد وفقاً له، سوف يعوض تعويضاً كاملاً عن الضرر الذي لحق به والذي لا يشترط فيه درجة من الجسامة عندما تتحقق باقي شروط نظرية فعل الأمير. بينما في حال عدم

(١) د. عبد العظيم عبد السلام، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، الولاء للطبع والنشر، بشبين الكوم، عام ١٩٨٩، ص ٢١٩.

(٢) د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧١.

التسليم بذلك تكون هناك إمكانية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها التي من بينها ضرورة أن يكون الإجراء الضار قد قلب اقتصاديات العقد وألحق ضرراً جسيماً بالمتعاقد، وحينئذ لن يعوض الأخير سوى تعويضاً جزئياً.

ب - أن يكون الإجراء الضار الصادر عن الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة^(١)، وهذا الشرط يعدّ ضرورياً للحصول على التعويض عند اختلال التوازن المالي للعقد الإداري ليس فقط بسبب فعل الأمير، وإنما أيضاً بسبب الظروف الطارئة والصعوبات المادية التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري^(٢).

ومعيار عدم التوقع معيار موضوعي، بمعنى أنه ليس في مقدور الشخص العادي مثل ظروف المتعاقد أن يتوقع عمل الإدارة الضار، وهذا يخضع لتقدير القاضي الذي يبحث لمعرفة فيما إذا كان المتعاقد قد بذل عناية الشخص العادي لتوقع ما قد يواجهه من صعوبات أو إجراءات في أثناء تنفيذ العقد^(٣).

وبالتالي إذا توقع المتعاقد هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض عليه منطقياً أن يتوقعه، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض استناداً إلى نظرية فعل الأمير^(٤).

(١) L. RICHER, *op. cit.*, p. 287.

(٢) مفتاح مختار عبد العزيز، حقوق المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الفاتح، طرابلس حالياً، عام ٢٠٠٩، ص ١٤٧.

(٣) د. علي محمد عبد المولى، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٤، ود. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٨.

(٤) د. سعاد الشرقاوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٣.

وقد سار الاجتهاد الفرنسي في هذا الاتجاه^(١)، وكذلك القضاء الإداري المصري، والسوري. إذ قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها أنه: "ومن شروط تطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد، فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدّر لهذه الظروف، الأمر الذي يرتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير..."^(٢).

وقد توجت المحكمة الإدارية العليا السورية هذا الاتجاه عندما أشارت إلى هذا الشرط بقولها: "...إن شروط نظرية فعل الأمير... هي... أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع..."^(٣). وتعود محكمة القضاء الإداري المصرية وتصف عدم التوقع بقولها: "... شرط مطلق في معنى المفاجأة، فيقتضي استبعاد كل احتمال لتحقيق الواقعة، ولكنه إذ يقوم على التقدير فهو مسألة يختلف تقديرها من شخص إلى آخر والمعيار في تقديره هو عناية الرجل المعتاد في ظل الظروف القائمة وعلى ضوءها..."^(٤).

وعلى ذلك لا يعتد القاضي في تقديره لتوافر شروط عدم التوقع بما دار في ذهن المتعاقد وقت التعاقد من توقع، وإنما ينبغي عليه البحث في إمكانية

(١) C.E., 19 novembre 1909, Compagnie générale transatlantique, Rec. 1909, p. 891.

- C.E., 15 Décembre 1922, ville de Renne, Rec. 1922, p. 945.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ في القضية رقم ٩٨٣، لسنة ٧ق. السنة ١١، ص ٦٢٤، وفي المعنى ذاته حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية تاريخ ١٩٦٤/١/١١، المجموعة، س ١٣، ص ٨٧٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٦٥ق تاريخ ٢٠ مايو ١٩٦١، س ٦ق، المجموعة، ص ١١٣٣.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٦/١٦ في القضية رقم ١٢٧٣، لسنة ٩ق، ص ٢٠٧.

تصرف الإدارة وفقاً لعناية الرجل المعتاد في ظل الظروف والملابسات وقت التعاقد^(١).

وإذا كان شرط عدم توقع الإجراء بالغ الوضوح فيما يتصل بالإجراءات العامة، فإن فعل الأمير غير مقصور على الإجراءات العامة بل يتسع ليشمل الإجراءات الخاصة التي تصدر من الإدارة وتؤدي إلى تعديل شروط العقد^(٢).

الخلاصة أن المتعاقد يستحق التعويض طبقاً لهذه النظرية إذا توقع صدور الإجراء، لكنه لم يتوقع ولم يكن في مقدوره توقع مدى الأثر الذي يحدثه هذا الإجراء، أما إذا كان فعل الأمير متوقعاً ومنصوصاً عليه في العقد فإن القاضي الإداري يستبعد نظرية عمل الأمير ويطبق نصوص العقد. وفي هذا تتشابه نظرية فعل الأمير مع نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ج - ألا يشكل عمل الإدارة خطأً من جانبها:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير ألا ينطوي الإجراء الإداري الذي أضر المتعاقد مع الإدارة على خطأ ينسب إلى الإدارة المتعاقدة^(٣)، إذ يفترض فعل الأمير، أن الإدارة حين قامت بتعديل العقد لم تخطئ، بل كانت تباشر حقاً مقررأً لها كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية^(٤).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢٨.

(٢) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٧١٥.

(٣) C. GUETTIER, La responsabilité en droit administratif, in Ph. Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, action No. 221, 2006-2007, p. 877.

د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق ذكره، ص ١٨١.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ٢٠٠٤، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠١.

كما أن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفها كسلطة عامة حريصة على المصلحة العامة^(١).

فالأصل أنه لا يجوز أن يكون التزام الجهة الإدارية بموجب العقد، قيداً على تصرفاتها كسلطة عامة تهدف دائماً إلى تحقيق الصالح العام، فعندما تستخدم الإدارة صلاحياتها التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد معها، فإن هذا الأخير الذي أُضرَّ من تصرفها يمكنه مطالبتها بالتعويض استناداً إلى نظرية فعل الأمير، بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها^(٢).

ومن ثم فإن المسؤولية في نطاق تلك النظرية، وإن كانت مسؤولية عقدية، إلا أنها مسؤولية عقدية بلا خطأ^(٣).

وعليه، لتطبيق نظرية فعل الأمير يشترط في الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة وأضر بالمتعاقد معها أن يكون مشروعاً^(٤) واتخذته في إطار اختصاصها، فإذا ثبت أن هذا الإجراء ينطوي على خطأ وقعت فيه الإدارة، فلا تطبيق لنظرية فعل الأمير، بل تنعقد مسؤولية الإدارة على أساس هذا الخطأ حيال المتعاقد معها^(٥). ولم تغفل المحكمة الإدارية العليا المصرية عن هذا الشرط عندما قالت في أحد أحكامها: "من شروط نظرية عمل الأمير.. افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين عملها الضار، فمسؤوليتها بلا خطأ"^(٦).

(١) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٥.

(٢) د. وهيب عياد سلامة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٧-٦١٨.

(٤) د. ماهر أبو العينين، موسوعة القاضي الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٨١.

(٥) د. عبد الحميد حشيش، رسالته سالفه الذكر، ص ٢١٥. ود. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٨.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٥. س ٢ق. جلسة ١٩٦١/٥/٢٠، المجموعة، س ٦، ص ١١٣٣.

د - أن يترتب على فعل الإدارة ضرر خاص للمتعاقد معها يؤدي إلى اختلال التوازن المالي:

يشترط لإقرار التعويض استناداً إلى نظرية فعل الأمير أن يؤدي عمل الإدارة إلى تفاقم الأعباء والالتزامات على المتعاقد^(١)، ما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد وبالتالي إلحاق الضرر به. فإذا لم ينشأ عن إجراء الإدارة ضرراً للمتعاقد فلا يكون هناك مجال للتعويض، إذ إن وجود الضرر أياً كانت درجته ضروري لاستحقاق التعويض^(٢).

ولا يشترط في الضرر الذي لحق بالمتعاقد درجة معينة من الجسامة، فقد يكون هذا الضرر فادحاً أو يسيراً أو ضرراً فعلياً، أو مجرد نقص في الأرباح التي قام على أساسها العقد^(٣).

وفي كل الحالات يكفي لتطبيق هذه النظرية تحقق أي ضرر يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ولا يشترط في هذا الضرر أن يكون على درجة كبيرة من الجسامة تهدد المتعاقد مع الإدارة بالانهيار أو التوقف عن تنفيذ العقد كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة^(٤).

فإذا كانت الأعباء كبيرة وجعلت المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد يفوق قدراته المالية والفنية، عندها يكون له الحق في التعويض مع طلب فسخ العقد^(٥). وإذا كان لا يشترط في الضرر الذي يترتب على فعل الأمير درجة

(١) R. CHAPUS, Droit administratif général, Montchrestien, 15eme ed., No. 1384, tome 1, 2001, p. 533.

(٢) د. جهاد زهير الحرازين، عقود الامتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٣، ص ٢٢٤.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢٨.

(٤) د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٩.

(٥) د. محمد سعيد حسين أمين، رسالته سألقة الذكر، ص ٦١١.

معينة من الجسامة، فإنه يشترط فيه أن يكون خاصاً، بمعنى أن يصيب الضرر المتعاقد وحده^(١).

وقد اختلف الفقهاء بخصوص فكرة الضرر الخاص، ويمكن رد آرائهم إلى ثلاثة اتجاهات^(٢):

الاتجاه الأول: يرى أن نظرية فعل الأمير لا تعطي الحق في التعويض، إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد ضرراً خاصاً.

ويرى أنصار هذا الرأي^(٣) أن مجلس الدولة الفرنسي لا يعوض عن الضرر المترتب على الإجراءات العامة، إلا إذا أثبت المتعاقد أن ضرراً خاصاً قد لحقه، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء. وقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بفكرة خصوصية الضرر كشرط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية فعل الأمير عندما قضت في حكم لها بأنه: "... يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص"^(٤).

والتزمت المحكمة الإدارية العليا المسلك ذاته الذي أخذت به محكمة القضاء الإداري ففي حكم لها استعرضت المحكمة شروط تطبيق نظرية فعل

(١) د. فتحي فكري، محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٤، ص ١١١.

(٢) د. علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٩ وما بعدها.

(٣) من أنصار هذا الاتجاه: د. ثروت بدوي، رسالته بالفرنسية: S. Badaoui, Thèse, pré-citée, p. 209 ويبدو أن الدكتور ثروت بدوي قد جعل من فكرة الضرر الخاص الشرط الوحيد الذي يكفي بذاته لمنح التعويض للمتعاقد.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٥/١/٣٠، مجموعة أحكام المحكمة، السنة التاسعة، ص ٢٦٨.

الأمير ومن بينها: "أن يلحق بالمتعاقد ضررٌ خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسّه القرار العام^(١).

الاتجاه الثاني: يرى أن الضرر الذي يصيب المتعاقد بناءً على الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة يكون دائماً ضرراً خاصاً، نظراً إلى الرابطة التعاقدية التي تربط المتعاقد بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المتضررين من تلك الإجراءات^(٢).

الاتجاه الثالث: فإنه يرى أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيئاً إلى الشروط الأخرى للمسؤولية العقدية من دون خطأ في نطاق نظرية فعل الأمير^(٣).

ويذهب مجلس الدولة المصري إلى الأخذ بفكرة خصوصية الضرر كشرط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير كما أشرنا سابقاً.

الخلاصة أنه لا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير متى انعدمت رابطة التعاقد الإداري، وألا يكون الإجراء متوقعاً من قبل المتعاقد مع الإدارة، وأن يؤدي هذا الفعل إلى إلحاق الضرر به، سواءً كان يسيراً أو جسيماً أو فوت

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٥. س٢ق، جلسة ١٩٦١/٥/٢٠، المجموعة، س٦، ص ١١٣٣. وفي المعنى ذاته: فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في مجلس الدولة المصري، فتاها ذات الرقم (٩٤١) تاريخ ١٩٦٤/١١/٣، مجموعة المبادئ، السنة ١٩، ص ٢١٨.

(٢) نادى بهذا التفسير العميد "موريس هوريو" في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Zeilabadine".

M. HAURIOU, note au S. 1910, 3, 1, sous l'arret zeilabadine.

(٣) يدعمه الأستاذ ديلفوفيه:

P. DELVOIVE, "Responsabilité contractuelle" Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit public: "Responsabilité administrative" 1987, p. 33.

أرباحاً على المتعاقد أو أصابته خسائر نتيجة عمل الإدارة التي لم تخطئ عندما قامت بتعديل العقد، بل كانت تباشر حقاً مشروعاً مقررأ لها.

ثانياً. الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير:

أهم أثر يترتب على نظرية فعل الأمير، عند تحقق شروطها، تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي أصابته من جراء تصرف الإدارة^(١).

ويمكن أن يتولد أيضاً عن فعل الأمير إلى جانب أثره الرئيس، بعض الآثار الفرعية وتتمثل في الآتي^(٢):

١- إعفاء المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ، وهنا يمكن عدّه كما لو كان قوة قاهرة، كصدور تشريع يحظر استيراد سلعة معينة كانت محلاً للتعاقد بين الإدارة والمتعاقد معها، ولا يمكن الحصول عليها إلا بالاستيراد من خارج البلاد.

٢- حق المتعاقد في فسخ العقد إذا لم يكن بالإمكان متابعة التنفيذ^(٣)، كما في حال زيادة أعباء التنفيذ بدرجة كبيرة تفوق إمكانيات المتعاقد المالية والفنية.

٣- حق المتعاقد في المطالبة بعدم إيقاع عقوبة غرامات التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤد إلى استحالة التنفيذ، ولكنه كان سبباً لتأخير المتعاقد في التنفيذ^(٤).

(١) C.E., 28 Juillet 1926, Mindels travaux publics, Rec. 1926, p. 812.
- A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, p. 62.

وأيضاً: د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٤٣. ود. فؤاد العطار، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٤.

(٢) د. وهيب عياد سلامة، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩. ود. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٩.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، مرجع سبق ذكره، ص ١١٧.

(٤) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٦.

وبما أن النتيجة الأساسية لفعل الأمير هي التعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة، فلا بد من بحث الأساس القانوني للتعويض وكيفية تحديد التعويض ومداه، وذلك على النحو الآتي:

١ - الأساس القانوني للتعويض:

تعددت الاتجاهات الفقهية في بيان الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد المتضرر نتيجة فعل الأمير، وتتراوح فكرة التعويض هذه بين اتجاهين استند إليهما الفقه لتسوية التعويض^(١).

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن أساس التعويض يرجع إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل نتيجة الإجراء الصادر منها^(٢).

كما أنهم يرجعون فكرة التوازن المالي للعقد الإداري إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، بما يشير إلى أن إعادة التوازن المالي للعقد هي أثر لتطبيق شرط تعاقدى ضمني للنية المفترضة للمتعاقدين في أثناء التعاقد، ومن ثم فإن تعرض المتعاقد مع الإدارة لمخاطر إدارية تسببت فيها الإدارة المتعاقدة وترتبت عليها أضراراً لحقت به وأخلت بالتوازن المالي للعقد فإنه ينبغي تعويضه لإعادة هذا التوازن إلى حالته السابقة^(٣).

وفكرة التوازن المالي للعقد الإداري تعد أساساً عاماً لا تطبق في حالة استحقال المتعاقد مع الإدارة التعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥٤، ود. وهيب عياد سلامة، مرجع سبق ذكره، ص ٦٠.

(٢) د. سعاد الشرقاوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٦.

(٣) د. أحمد سلامة بدر، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٦.

الإدارة، إنما يُعمل بها في حالات التعويض التي يستحقها من دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، وأساس المسؤولية هو التوازن المالي للعقد الإداري^(١).

بناء على ذلك عندما ينهار التوازن المالي للعقد بسبب فعل الإدارة، فإنها تكون ملزمة بإعادة التوازن المالي للعقد إلى حالته الطبيعية، وإذا كان للإدارة الحق في تعديل العقد، فبالمقابل للمتعاقد الحق في أن يُعوّض عن كل ضرر يصيبه بسبب واقعة التعديل.

الاتجاه الثاني: يقوم على أساس المسؤولية التعاقدية إذ تصبح الإدارة مسؤولة بالتعويض على المتعاقد معها نتيجة عملها الضار^(٢).

وقد نادى بهذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالي للعقد، وذلك بإرجاع التزام الإدارة بالتعويض على أساس أنه التزام نابع من العقد، وأن مسؤوليتها مسؤولية تعاقدية بلا خطأ^(٣).

إلا أن بعض الفقه لاحظ صحة كلا الاتجاهين وأن أحدهما مكمل للآخر^(٤)، فالمسؤولية عن فعل الأمير هي مسؤولية تعاقدية ترتكز إلى أساس التوازن المالي للعقد، بمراعاة أن المسؤولية في هذا الصدد مسؤولية تعاقدية. ولعل هذا الذي يفسر الشرط الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي، من ضرورة صدور الفعل محل التعويض عن جهة الإدارة المتعاقدة، بينما رفض المجلس التعويض على أساس النظرية نفسها إذا كان فعل الأمير قد صدر بفعل سلطة

(١) أ. لمياء هاشم قبيع، مرجع سبق ذكره، ص ٨٥.

(٢) S. BADAWI, *op. cit.*, p. 302.

(٣) د. عمر محمد السيوي، نظرية عمل الأمير والعقد الإداري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، العدد ١٦، المجلد ١٥، عام ١٩٩٨، ص ١٢٨، ١٢٩.

(٤) A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, p. 64.

عامة أخرى خلاف جهة الإدارة المتعاقدة^(١). وهذا ما يميز بين فعل الأمير ونظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة.

وهناك من انتقد فكرة المسؤولية التعاقدية كأساس لتطبيق نظرية فعل الأمير ورأى أنها غير كافية لتسوية التعويض في حالة إذا ما كان الإجراء المعدل للمركز المالي للعقد صدر من جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، ولذلك يجب أن يوجد إلى جانب فكرة المسؤولية التعاقدية فكرة أخرى تدعمها وتمكّن من عدّها أساساً للتعويض^(٢).

واعتقد أن الأساس القانوني للتعويض في فعل الأمير يقوم على فكرة التوازن المالي للعقد وفكرة المسؤولية التعاقدية مجتمعتين، فالمسؤولية التعاقدية من دون خطأ تشكل أداة فنية للتعويض على المتعاقد، وفكرة التوازن المالي للعقد تشكل أيضاً المسوّغ لإقرار التعويض من دون خطأ من جانب الإدارة.

٢ - نظام التعويض:

يتعلق نظام التعويض بمقداره، وطرق تحديده، وهو ما سيتم التعرض إليه تباعاً فيما يأتي:

أ - مقدار التعويض:

إذا توافرت جميع شروط فعل الإدارة يحق للمتعاقد معها أن يحصل على تعويض كامل يغطي جميع الأضرار التي لحقته بما يعيد التوازن المالي إلى

(١) من الأحكام التي أقر فيها مجلس الدولة الفرنسي حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض عن عمل الأمير استناداً إلى فكرة المسؤولية التعاقدية حكمه الصادر في قضية "KERGUELEN"، أشارت إليه - أ. لمياء هاشم قبع، مرجع سبق ذكره، ص ٨٧.

(٢) د. أحمد سلامة بدر، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٤.

العقد. وهو ما يشكل النتيجة الرئيسة لنظرية فعل الأمير. والتعويض الكامل يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب^(١).

وتقول محكمة القضاء الإداري المصرية في هذا الشأن: "... والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري وهو يشمل عنصرين:

الأول: ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، كما لو طلبت الإدارة سرعة اتخاذ الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع ثمن مرتفع أو زيادة في أجور الأيدي العاملة.. وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.

والثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب، بحسبان أن من حقه أن يعوض عن ربحه من عمله ورأس ماله^(٢).

كما أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما يذكر ذلك صراحة في كثير من أحكامه^(٣). ولو أنه خرج على قاعدة التعويض الكامل في بعض الحالات^(٤):

(١) A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, p. 67.
G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 37.
S. BADOUI, *op. cit.*, p. 119.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠، في القضية رقم ٩٨٣، السنة ١١، ص ٦٢٤، المجموعة، ص ٦٠٨.

(٣) C.E., 3 mai 1907, Min de la Guerre, Rec. 1907, p. 414.
C.E., 8 février 1922, Carrares, Rec. 1922, p. 119.
C.E., 28 juillet 1926, Min. T. P., Rec. 1926, p. 812.

(٤) د. علي عبد المولى، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٤ وما بعدها.

١ — كحالة فسخ الإدارة للعقد بسبب ظروف الحرب أو بسبب توقف الأعمال الحربية، وفي هذه الحالة فإن التعويض الذي يقرره مجلس الدولة الفرنسي لا يغطي سوى الأضرار الفعلية المترتبة على الفسخ، مع استبعاد عنصر الكسب أو الربح الذي كان يعول عليه المتعاقد لو لم يتم فسخ العقد^(١).

٢ — وحالة الضرر غير المنسوب إلى الإدارة وحدها، إذ يستبعد التعويض الكامل منطقياً إذا كان المتعاقد أسهم في إحداث الضرر جزئياً، أو حتى إذا أدى فعله إلى زيادة الضرر الذي أصابه، ففي هذه الحالة يستنزل القاضي في التعويض ما أسهم فيه المتعاقد بفعله في إحداث الضرر^(٢).

والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يمكن أن يتضمن العقد شرطاً مفاده عدم مسؤولية الإدارة تجاه المتعاقد عن الأضرار المترتبة على الإجراء المفاجئ الصادر عنها؟

في الواقع إذا كان من الصعب أن يقبل المتعاقد مثل هذا الشرط مسبقاً ويعرض نفسه لمخاطر لا حد لها، فإن هذا الشرط، بإجماع الفقه والقضاء، يتنافى مع المبادئ المقررة في القانون الإداري، وهو غير مشروع إذا ما تضمنه العقد الإداري^(٣).

وقد تبنت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا المبدأ في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠ بقولها: "من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع نصاً عاماً يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحاصل للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون

(١) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٢٣.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٩.

(٣) د. أحمد سلامة بدر، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٧.

الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد^(١).

ب - طرق تحديد التعويض:

أياً كان الأمر، فإن القيمة التي يجب أن يقوم عليها التعويض ينبغي ألا تغطي إلا الضرر الحقيقي الذي أصاب المتعاقد، كما أنه عند تقدير الضرر يعتد دائماً بالتاريخ الذي تحقق فيه، وليس ذلك التاريخ الذي يجري فيه تقدير الضرر^(٢).

ويحدد قيمة التعويض قاضي العقد، وليس الإدارة بوسيلة القرار الإداري^(٣).

ويمكن أن يستعين القاضي بأهل الخبرة^(٤)، وقد يعدّ كافياً ذلك التعويض الذي اتفق عليه الأطراف، حتى ولو كان جزافياً^(٥).

هذا وقد سارت محكمة القضاء الإداري المصرية في الاتجاه ذاته، حين أعلنت صراحة بالنسبة إلى التعويض أن: "... جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقرره قاضي العقد، باعتبار أنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة..."^(٦).

بناءً عليه، فإن تحديد التعويض الكامل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة على إثر تطبيق نظرية فعل الأمير يتم بإحدى الطرق الآتية^(٧):

(١) علي عبد الكريم السويلم، مرجع سبق ذكره، ص ٦٤.

(2) C.E., 23 mai 1951, Bonguet, Rec. 1951, p. 283.

(3) G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 38.

(4) C.E., 14 avril 1948, Min des Armées, Rec. 1948, p. 159.

(5) F. EL-ATTAR, *op. cit.*, p. 324.

(٦) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، رقم ٦٨٣، ق. ١٩٥٧/٦/٣، سبقت الإشارة إليه.

(٧) د. أحمد سلامة بدر، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٧.

١- اتفاق الإدارة المتعاقدة والمتعاقد سلفاً عند تنظيم العقد على مقدار التعويض الذي يمكن دفعه له عن الأضرار التي قد تلحق به من جراء تصرفاتها وبما يحقق مصالحهما معاً، ويسمى هذا النوع بالتعويض الاتفاقي.

٢- تحديد التعويض بوساطة المشرع، فقد يحدد المشرع التعويض الملائم لجبر الضرر نتيجة إجراء الإدارة، ويسمى هذا التعويض بالقانوني.

٣- اللجوء إلى القضاء إذا لم يوجد نص سابق في العقد يحدد التعويض سلفاً، أو لم يحدده المشرع، عندئذٍ يسمى التعويض القضائي.

وهنا للمتعاقد الحق في أن يلجأ إلى القضاء الإداري طالباً الحكم له بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به والربح الذي ضاع عليه من جراء فعل الأمير^(١).

صفوة القول: إن المتعاقد المتضرر يستحق التعويض الكامل، وذلك لجبر الضرر الذي قد يلحق به بفعل الأمير؛ ولكن إذا شارك بخطئه في إحداث الضرر فإنه لا يستحق التعويض الكامل. أما تقدير التعويض فيتم تحديده من خلال العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، وأحياناً يتم تقدير التعويض من خلال النصوص التشريعية، وفي حالة عدم تحديده من خلال العقد أو من خلال النصوص التشريعية فإن اللجوء إلى القضاء يعد السبيل الأخير للمتعاقد مع الإدارة للمطالبة بتعويضه عما لحق به من ضرر.

(١) د. مال الله جعفر الحمادي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٧٦-٦٧٧.

الباب الثاني
سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية
وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة

تمهيد وتقسيم :

تم التعرض في الباب الأول من هذه الدراسة إلى امتيازين مهمين تملكهما الإدارة في أثناء تنفيذ العقود الإدارية هما: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه، وسلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

بيد أن امتيازات الإدارة المتعاقدة لا تقتصر على هاتين السلطتين، بل تملك في هذا الصدد سلطات وامتيازات أخرى أشد خطورة من سابقتها، والمقصود بذلك سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية بنوعيتها (الإداري والمالي) وذلك في حال تقصير المتعاقد أو إخلاله بأداء التزاماته التعاقدية، والسلطة التي منحها لها القانون في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

بناءً على ما سبق، ومن أجل الإحاطة بموضوع هذه الدراسة تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين اثنين على النحو الآتي:

الفصل الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة

الفصل الأول

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

تمهيد وتقسيم :

الأصل في تنفيذ العقد أيّاً كان نوعه وطبيعته، أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية.

وإذا كان هذا الأصل يطبق في عقود القانون الخاص التي تستهدف تحقيق أغراض ذاتية لأطرافها، فإنه أجدر بالتطبيق في مجال العقود الإدارية، نظراً إلى ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق المصلحة العامة واتصالها بسير المرفق العام^(١).

وقد استقر الفقه والقضاء على أنه، في حالة إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته أو امتناعه عن تنفيذها أو تراخيه أو تأخره أو إهماله في التنفيذ، كان للإدارة بموجب سلطتها التي منحها لها القانون أن تفرض عليه جزاءات تحثه على التنفيذ في المواعيد المحددة في العقد الإداري ولو لم ينص على هذه الجزاءات في العقد صراحة،^(٢) وحتى إذا نص العقد على بعض الجزاءات فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه^(٣).

وتعد سلطة فرض الجزاءات من أخطر السلطات التي تملكها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره بنفسها ومن دون اللجوء إلى القضاء^(٤).

(١) خلفان محمد أمين وكمال محمد، سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة البويرة، عام ٢٠١٩، ص ٤٦.

(٢) د. جابر جاد نصار، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٥.

(٣) C.E., 17 décembre 1926, Société des chantiers Industriels, Rec. 1926, P. 1125.

ومن أحكام مجلس الدولة المصري - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٠٨ الصادر في ١٩٦٩/٦/٢١. السنة ١١ ق. المجموعة - ص ٢٤٥.

(٤) د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٦.

وليس الهدف الأساسي من فرضها مجازاة المتعاقد معها أو تعويض الإدارة عما أصابها من ضرر، وإنما ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد^(١)، ومعالجة الخلل الذي أحدثه امتناع المتعاقد عن التنفيذ^(٢)، أو الخلل الذي نجم عن ارتكابه أخطاءً عقديّة في أثناء تنفيذ العقد.

وعليه، فإن هذه الجزاءات تتميز بإمكانية فرضها على المتعاقد إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ولا يوجد خلاف ما بين الفقه والقضاء حول ذلك. إلا أن الفقهاء اختلفوا حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات. والنقطة الثانية التي هي محل جدل فقهي إنما تتجسد في تعدد وتنوع تلك الجزاءات، الأمر الذي يعني امتلاك الإدارة سلطة تقديرية في اختيار الجزاء المناسب تبعاً لنوع الخطأ العقدي، وضرورة تقيدها بمبدأ المشروعية ومبدأ التناسب بين الخطأ والجزاء الذي تختاره الإدارة على أن يكون ذلك تحت رقابة قاضي العقد^(٣).

ومن ثم ستنتم دراسة هذا الفصل من خلال مبحثين اثنين وفق الآتي:

المبحث الأول : ماهية الجزاءات التعاقدية وأساسها القانوني

المبحث الثاني : أنواع الجزاءات التعاقدية والرقابة القضائية عليها

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩١.

(٢) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٤.

(٣) A. DE LAUBADERE, J. -CL. VENEZIA, et Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif, LGDJ, 15eme éd., 1999, tome 1, p. 685.

المبحث الأول

ماهية الجزاءات التعاقدية وأساسها القانوني

تمتلك الإدارة بحسبانها القوامة على حسن تنفيذ عقودها الإدارية سلطة فرض الجزاءات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها لمواجهة تقاعسه في أداء التزاماته التعاقدية وحمله على تنفيذ العقد على الوجه المطلوب.

وإذا كانت غالبية الفقه والقضاء تقر حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله في تنفيذ التزاماته، إلا أن الخلاف ظل قائماً حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة.

ونظراً إلى أهمية هذا الموضوع من الناحيتين القانونية والعلمية، كان لا بد من وضع نظام قانوني يحكم توقيع هذه الجزاءات وضبط سلطة الإدارة بشأن استخدامها، تفادياً لإساءة استعمالها تلك السلطات من غير وجه حق.

وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، كالآتي:

المطلب: الأول: ماهية الجزاءات التعاقدية

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

المطلب الأول

ماهية الجزاءات التعاقدية

يُقصد بالجزاءات التعاقدية تلك التي يكون للإدارة حق فرضها على المتعاقد معها بنفسها (أي بطريقة التنفيذ المباشر) ومن دون اللجوء إلى القضاء^(١)، وإن كان قرارها في هذا الشأن يخضع إلى رقابة القضاء للتأكد من قيامه على سبب يسوّغه وخالياً من الانحراف بالسلطة^(٢).

ويقتضي البحث في ماهية الجزاءات التعاقدية التعرّض إلى مفهومها من ناحية، ثم العمل على رصد خصائصها. وهذا ما سيتم بحثه وفق الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الجزاءات التعاقدية

الفرع الثاني: خصائص الجزاءات التعاقدية

الفرع الأول

مفهوم الجزاءات التعاقدية

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية من أهم امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري.

ولتحديد مفهوم هذه الجزاءات يتحتم علينا التعريف بها وبيان تكييفها القانوني، وفق الترتيب الآتي:

(١) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٩٣.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٢١.

أولاً. التعريف بالجزاءات التعاقدية:

يتطلب البحث في فكرة الجزاء في العقد الإداري الوقوف على معنى الجزاء بصفة عامة، لذا فمن الضرورة بمكان أن يصار إلى التعرف على معنى هذه الجزاءات، وتمييزها عن باقي الإجراءات التي تبدو متشابهة معها، فما المقصود بالجزاء التعاقدية؟

١ - المعنى العام للجزاء:

الجزاء لغة يأتي من الفعل جزى، جزاه بمعنى صنع، ويجزيه جزاءً، وجزى عنه هذا أي قضى^(١). ومنه قوله تعالى: ((إن الساعة آتية أكاد أخفيها لتجزى كل نفس بما تسعى))^(٢).

فإذا كان السلوك الآثم يمثل فعلاً، فسيكون الجزاء عندئذ رداً على ذلك الفعل، وليس معالجة له بل معالجة لآثاره.

والجزاء بمعناه العام: الأثر الذي يترتب على مخالفة القواعد والأحكام التي نص عليها المشرع، وهو هنا لا يقتصر على العقوبة التي نص عليها المشرع كجزاء لمخالفة القواعد القانونية، وإنما يشمل أيضاً ما ينص عليها من مكافآت لمن قام بتنفيذ ما نص عليه من قواعد وأحكام^(٣)، فيأخذ الجزاء في هذه الحالة معنى الثواب.

وفي الاصطلاح الفقهي القانوني يقصد بالجزاء: ذلك الأثر الذي يترتب وفقاً للقانون على مخالفة القاعدة القانونية من خلال اتخاذ الدولة ممثلة في سلطاتها المختلفة الوسائل والإجراءات كافة لضمان نفاذ القاعدة القانونية

(١) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، عام ١٩٨٣، ص ٧٧.

(٢) سورة طه، الآية رقم (١٥).

(٣) طيبش حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦١.

وفعاليتها سواء كان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة أو عن طريق معالجة الوضع الذي أدت إليه أو عن طريق ردع من قام بها^(١).

ومعنى ذلك أنه إذا خالفها أي شخص، تحرك عنصر الجزاء ليرتب أثره، وفي الوقت نفسه تبرز مكانة القاعدة القانونية ودرجة إلزامها^(٢).

ويعرفه الفقيه "فيليب جستار" بأنه: تكريس أو إقرار قاعدة القانون بطريقة النظام القانوني أو الآثار المحددة للصيقة بالقاعدة، أو ترتيب الآثار الناجمة عن القاعدة بطريقة الإكراه^(٣).

والجزء بهذا المعنى ركن من أركان القاعدة القانونية، وعنصر من العناصر المكونة لها، وبدونه تصبح القاعدة القانونية مجرد أحرف ميتة لا وجود لها من الناحية العملية^(٤)، وهذا ما يميزها عن القاعدة الأخلاقية، ولكن ما المقصود بالجزاء في مجال العقود الإدارية؟

٢- معنى الجزاء في مجال تنفيذ العقود الإدارية والتميز بينها وبين ما يشابهها:

يقصد بالجزاءات هنا: تلك التي تفرضها جهة إدارية مختصة قانونياً على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ شروط العقد الإداري^(٥).

(١) د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة نبها، السعودية، عام ٢٠٠٧، ص ٣٢.

(٢) د. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائي)، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، عام ٢٠٠٧، ص ٢٧.

(٣) M. DEGOFFE, Droit de la sanction non pénale, 1^{er}ed., Economica , 2000, p. 2.

(٤) د. عمار بوضياف، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧.

(٥) د. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، عام ٢٠١٤، ص ٤٣.

وبمعنى أدق، يقصد بها: " تلك الامتيازات التي تسمح للإدارة المتعاقدة وهي بصدد تنفيذ عقودها الإدارية بتوقيع مختلف الجزاءات التعاقدية وغير التعاقدية مهما كانت طبيعتها لمواجهة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو تقصيره في تنفيذها على أي وجه من أوجه الإخلال بعد إعداره "(١).

فالجزاء بمعناه الواسع تعبير عن رد الفعل المناسب الذي يصدر من الجهة الإدارية المتعاقدة لردع وتقويم سلوك المتعاقد معها لإجباره للعودة إلى نطاق المشروعية في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

والجزاءات في نطاق تنفيذ العقود الإدارية تختلف عن نظيرتها في العقود المدنية لاختلاف كل منهما من حيث الهدف، ومن حيث النظام القانوني الذي يحكم كلا العقدين^(٢). فهدف الجزاءات في القانون المدني العقوبة على التقصير من قبل الطرف الذي لا ينفذ التزاماته، بينما تهدف الجزاءات في العقود الإدارية في الدرجة الأولى إلى المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد لتقديم خدمته للجمهور ولتحقيق الصالح العام.

كما تخضع الجزاءات في العقد المدني لإجراءات وشكليات محددة، مثل إثبات الضرر والالتجاء إلى القضاء، على عكس الجزاءات التعاقدية في العقد الإداري التي يجوز للإدارة فرضها بإرادتها المنفردة ومن دون الالتجاء للقضاء. ومسوّغ ذلك السرعة التي يستلزمها حسن سير المرفق العام، وكون الخطأ في العقد الإداري دائماً خطأً مفترضاً لا يشترط إثباته^(٣).

(١) سعيد عبد الرزاق باخبيزة، مرجع سبق ذكره، ص ٤١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ ق. تاريخ ٢٤/نوفمبر/١٩٧٥، غير منشور.

(٣) محمد موسى إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، كلية الدراسات القانونية العليا، عام ٢٠٠٤، ص ٥٠.

وعليه، فإن نظام الجزاءات في العقود الإدارية إنما يعد معياراً مميزاً للنظام التعاقدي في كل من القانونين العام والخاص، ويعد حق الإدارة في إصدار قرارات تنفيذية كأسلوب لممارسة نشاطها الإداري، مظهراً بارزاً لسلطتها العامة في نطاق العقود الإدارية إذ تعطي لنفسها سنداً تنفيذياً من دون وساطة القاضي^(١).

وقد تختلط مع الجزاءات التعاقدية جزاءات أخرى لا حصر لها، كالجزاء التأديبي الذي تفرضه الإدارة على الموظف المخالف لقواعد الوظيفة العامة^(٢).

وعلى الرغم من التشابه بين الجزاء التعاقدي والجزاء التأديبي من حيث إن كليهما تفرضهما جهة إدارية، إلا أنهما يختلفان من حيث الغاية المتوخاة من فرض أي منهما، فالجزاءات الإدارية تفرض كتدابير وقائية ضد الموظف يراد بها تلافي ما قد يحدث من إخلال أو اضطراب بالنظام العام، أما الجزاءات في العقود الإدارية فتفرض بعد وقوع الإخلال من المتعاقد لمعالجة ما نجم عن ذلك الإخلال من أضرار^(٣).

وعليه، فإن الجزاء التعاقدي يعد وسيلة من وسائل الضغط تمارسها الإدارة تجاه المتعاقد معها، لكفالة تنفيذ العقد على الوجه الذي يحقق الصالح العام، ومن ثم تحقيق مصلحة المرفق ذاته، وليس هدفه تعجيز المتعاقد أو التضيق عليه.

(١) د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي - القاهرة - سنة ٢٠٠٦ - ص ٦١٣.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - دار الفكر العربي - القاهرة - سنة ١٩٨٦ - ص ٢٦٥ وما بعدها.

(٣) ثوميد أحمد محمد - التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٧ - ص ٩.

وتتبع ذاتية الجزاء التعاقدي من أنه يصدر عن سلطة إدارية بصورة انفرادية، الأمر الذي يضفي عليه وصف القرار الإداري الانفرادي، تمييزاً له عن باقي أعمال السلطات العامة كالتشريع أو الحكم القضائي.

والجزاء التعاقدي على هذا النحو لا يتضمن في حقيقته معنى التعويض^(١)، كما هو الحال في الجزاء المدني، ومرد ذلك أن كل إخلال من المتعاقد لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي، وإنما فيه أيضاً مساسٌ بالمرفق العام^(٢)، ولضرورة الحرص على سير هذا المرفق أوجب القانون أن تكون هذه الجزاءات شديدة^(٣).

واستناداً إلى ما سبق يمكن تعريف الجزاءات التعاقدية بأنها: تلك التي تفرضها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته في أثناء تنفيذ العقد الإداري، بهدف الحفاظ على حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ويبدو أن التشريع لم يعرف الجزاءات التعاقدية، وترك مهمة تعريفها للفقهاء، وهذه نتيجة منطقية، لأنه ليس من صميم عمل المشرع وضع التعريفات للمواضيع المختلفة، فقد خلت معظم التشريعات العربية ومنها مصر وسورية من تعريف لهذا النوع من الجزاءات واكتفت بتحديد أنواعها، والنتائج القانونية المترتبة عليها، لذا فمن المنطقي العودة إلى شراح القانون وفقهائه للوقوف على توجهاتهم المختلفة بهذا الشأن.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٦/١/١١ - مجموعة المبادئ القانونية في ١٥ عام (١٩٤٦ - ١٩٦١) الجزء الثاني - ص ١٩٥٤.

(٢) د. محمد سعيد أمين - الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة - مرجع سبق ذكره - ص ٣٩٥.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٣/٢٧ - مجموعة المبادئ القانونية في ١٥ عام (١٩٤٦ - ١٩٦١) الجزء الثاني - ص ١٩٥٣.

ومن الجدير بالذكر أن الجزاء الإداري غداً طريقاً مألوفاً لتنفيذ القانون وظاهرة تفرضها متطلبات التوازن في الحياة اليومية بين واجب الإدارة في أداء دورها في تنفيذ القانون وحق الأفراد في التمتع بما يكفل لهم من حقوق.

ومن هنا لم يكن نظام الجزاءات في العقد الإداري أمراً بلا معالم ولم ينشأ عبثاً بلا هدف، بل له معالم تحدده، وأهداف توجبه، وهذه المعالم وتلك الأهداف هي التي تحددها ماهيته.

ثانياً. التكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية :

يقصد بالتكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، تحديد الصفات التي تتخذها أو الوصف الذي تنطبع فيه.

فقد ذهب بعض الفقه إلى أن الجزاء التعاقدية عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها كإحدى الامتيازات الممنوحة لها، وهناك من عدها تعويضاً جزافياً لجبر الضرر الحاصل للإدارة جراء إخلال المتعاقد في التنفيذ، بينما ذهب آخرون إلى أنها إجراء يقصد منه حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته بصورة جيدة. ولأجل معرفة التكييف القانوني للجزاءات في العقود الإدارية سيتم عرض الفرضيات الآتية:

١ - الجزاءات التعاقدية عقوبة من الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها:

تعد الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية وفقاً لهذا الرأي عقوبة تفرضها الإدارة على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته التعاقدية لردعه وحمله على تنفيذ هذه الالتزامات^(١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٦ والذي ذهب فيه إلى أنه: « إن كان التنفيذ عيناً في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء فإنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الالتزام عيناً بواسطة الإدارة، وتقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها=

ومن الجدير بالذكر – ووفقاً لهذا الرأي – أن هذه الجزاءات تختلف من حيث هدفها عن الجزاءات المدنية، فإذا كانت هذه الأخيرة تستهدف إصلاح الأخطاء والمخالفات التعاقدية وتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به بما يترتب عليه إعادة التوازن إلى الالتزامات ولا يوجد فيه معنى العقوبة، فإن الجزاء التعاقدي يستهدف إضافة إلى معنى العقوبة، ضمان دوام سير المرافق العامة وانتظامها، وهذا يجعل من هذه الجزاءات وسائل تعمل على تنفيذ مضمون العقد بما يكفل للإدارة أن تستعمل بمناسبتها امتيازها بالتنفيذ المباشر، وبما يمكنها من فرض هذا الجزاء بوسيلة القرار الفردي من دون اللجوء إلى القضاء ابتداءً^(١).

ويتماثل الجزاء التعاقدي وفق هذه الفرضية مع الجزاء الجنائي في خاصية الردع الذي يقع على مرتكب السلوك الآثم، ويستوي في ذلك أن يتمثل ذلك السلوك في فعل أو امتناع عن فعل. ويتجلى التماثل بينهما لجهة أن السلوك الموجب لكل منهما ينطوي على اعتداء على مصلحة يحميها القانون بغض النظر عن طبيعة تلك المصلحة، لذا فمن الضروري أن تكون المصلحة الواقعة عليها الاعتداء مصلحة تستوجب حمايتها أيًا كان صاحب تلك المصلحة^(٢).

= وتحت مسؤوليتها، فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده وإلزامه بفرق السعر، عقوبة توقع على المتعهد وهو تطبيق لقاعدة الالتزام عيناً تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده ضماناً لحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها، ومنعه من تعطيلها الذي يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق».

(١) محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، عام ١٩٩١، ص ٨٤. وأيضاً: رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، عام ٢٠١٠، ص ٣٦-٣٨.

(٢) د. أمين مصطفى محمد النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٠ وما بعدها.

والعبرة في التفرقة بين المصلحة التي يحميها الجزاء الإداري وتلك التي يحميها الجزاء الجنائي ليس صاحب المصلحة نفسه، بل أهميتها في نظر المشرع، فالمصلحة في الحالتين واحدة، وإنما الاختلاف يكمن في طبيعتها ودرجة الإخلال فيها، أي مدى عمقها ونطاق خطورة الاعتداء عليها.

ومهما يكن من أمر فإن الجزاء الإداري بطبيعته الردعية يستلزم لفرضه (كالجزاء الجنائي) أن يتوفر في المخالفة المستوجبة للجزاء الركن المادي والركن المعنوي معاً، سواء تمثل هذا الأخير في صورة العمد أم الخطأ^(١). وهذه هي العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات على معنى العقوبة، بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعاقد المخل بمجرد قيام سببها^(٢).

وفي اعتقاد الباحث فإن التكييف القانوني وفقاً لهذا الرأي غير سديد، ذلك أن التسليم بالقول إن الجزاءات في مجال تنفيذ العقود الإدارية عقوبة للمتعاقد، ويعني ذلك خضوعها للمبادئ نفسها التي تخضع لها الجزاءات الرادعة، سواء من حيث مشروعيتها الموضوعية أو الإجرائية، الأمر الذي لا يتناسب مع فكرة الجزاءات التعاقدية ذات الطبيعة الإدارية.

٢ - الجزاءات التعاقدية تعويض من المتعاقد للإدارة:

تعد الجزاءات التي تفرضها الإدارة وفقاً لهذا الرأي، وهي بصدد تنفيذها لعقودها الإدارية في منزلة تعويض جزافي لها نتيجة للأضرار التي تحملتها من جرّاء إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية^(٣). وإذا كانت القاعدة

(١) د. عبد العظيم مرسي، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية في النظامين اللاتيني والأنكلوأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨٨، ص ٢٩٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٥ - ٤٧٦.

(٣) د. محسن حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠١٤، ص ٤٥.

العامة وجوب إثبات الضرر لترتب التعويض، فإنه في العقود الإدارية يكون الضرر مفترضاً بالمرفق العام، ويدعم هؤلاء الفقهاء رأيهم هذا بالفتوى التي أصدرها مجلس الدولة المصري والتي ذهب فيها إلى أن : « .. غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقاً للتكييف القانوني الصحيح صورة من صور التعويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفاً نظير الضرر الناشئ... »^(١).

إذاً فالقاعدة المسلم بها وفقاً لهذا الرأي أن كل خطأ — سواء كان إخلالاً بالتزام عقدي أو إخلالاً بالتزام قانوني — سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، لذلك فإن التسليم بأن الجزاءات في العقود الإدارية هي جبراً للأضرار التي لحقت بالإدارة، يقود إلى أنها ليست تعويضاً له طابع مالي فقط، بل قد يتخذ صوراً متعددة نتيجة للطبيعة التي تتخذها الجزاءات في العقود الإدارية والتي قد تكون ذات طبيعة مالية مثل الغرامات والتعويض، أو تكون جزاءات ضاغطة مثل سحب العمل، أو قد تكون فاسخة تؤدي إلى نهاية العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد.

٣ — الجزاءات التعاقدية إجراء يقصد منه حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية:

يرى جانب آخر من الفقه أن الجزاء المفروض من قبل الإدارة وسيلة للضغط على المتعاقد ودفعه إلى تنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد، بما يكفل ضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك بالنظر إلى العلاقة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرفق العامة التي تدار بوساطتها^(٢).

(١) فتوى الجمعية العمومية لدى مجلس الدولة المصري ذات الرقم ٧١/ح/٩٥٩ تاريخ

١٩٥٩/٤/١٣.

(٢) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٦١.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٩٦٥/١/٢ والذي بينت فيه أن: « التأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري، فلا يمكن تصور هذا الضمان ما لم يكن للإدارة مصادرة هذا التأمين»^(١).

يُستنتج مما تقدم: أن الجزاءات التعاقدية لا تعدو أن تكون إجراءات ضاغطة على المتعهد لحمله على تنفيذ التزاماته، إذ تعد بمجموعها وسائل حث له على تنفيذ ما هو موكل إليه من التزامات، ذلك أن نظام الجزاءات في العقود الإدارية لا يستهدف فقط إعادة التوازن بين الطرفين ولا يتسم بطابع العقوبة فقط، بل هو فضلاً عن ذلك تنفيذ الالتزام على أكمل وجه، الأمر الذي يضمن السير المستمر والمنتظم للمرفق العام، الذي يمثل الأساس القانوني السليم الذي قامت عليه سلطة الإدارة في فرض الجزاءات في العقد الإداري، ومزية هذه الجزاءات أن الإدارة تتخذها على الفور من خلال امتياز التنفيذ المباشر والذي يمثل بدوره سنداً تنفيذياً مباشراً من دون وساطة القاضي.

ونظراً إلى أهمية الجزاءات التي يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد معها في العقود الإدارية، كان من الواجب وضع نظام قانوني خاص بها له ذاتيته وقواعده التي تحكم هذه الجزاءات، كي لا تسيء الإدارة استخدامها ضد المتعاقدين معها، وهذه الذاتية تتحدد من خلال خصائص معينة تميزها عن الجزاءات الأخرى المعروفة في قواعد القانون الخاص. وهذا ما سيتم بيانه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(١) أشارت إليه: رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سبق ذكره، ص ٦١.

الفرع الثاني

الخصائص العامة للجزاءات التعاقدية

تمتاز الجزاءات التعاقدية بسمات خاصة تميزها عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص، والتي تعكس مدى ما تتمتع به الإدارة من امتيازات في مجال تنفيذ العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة، إذ تتجلى تلك الامتيازات في منح الإدارة القدرة على توقيع الجزاء بنفسها ومن دون حاجة إلى نص عليها في العقد، ومن دون حاجة إلى اللجوء للقضاء مع خضوع هذا القرار إلى رقابة القضاء من حيث المشروعية والملاءمة^(١).

وفيما يأتي بيان بالخصائص العامة للجزاءات التعاقدية :

أولاً - سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية بإرادتها المنفردة:

يجمع غالبية الفقه الإداري في أغلب الدول التي اعتمدت مفهوم القانون الإداري بمعناه الضيق — ومنها فرنسا ومصر وسورية — على حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها المخل بالتزاماته التعاقدية بنفسها^(٢). ومن دون اللجوء إلى القضاء، وذلك باستعمال سلطتها في التنفيذ المباشر^(٣)، أو باستخدام امتياز المبادرة^(٤) ما يجعل المتعاقد معها في موقف المدعي دائماً،

(١) بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، عام ٢٠٠٩، ص ٢٢.

(٢) د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٩٨. ود. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٥.

(٣) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢.
(٤) J. ANTOINE, les pouvoirs de sanction du contractants défaillant "Approche comparée entre droits des contrats administratifs et droit prive des obligations", petites affiches, 07.octobre, 2000, No. 22, p. 39.

وفي الفقه المصري، د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي القاهرة، عام ٢٠١١، ص ٥٠١.

ونادراً ما تكون الإدارة مدّعيّاً، وهذا الامتياز لا نظير له في القانون المدني أو الخاص^(١)، إذ إن الإدارة - وعلى خلاف الحال في القانون الخاص - لا تحتاج إلى التوجه للمحكمة الإدارية للمطالبة بتوقيع الجزاء ضد المتعاقد المقصر، فلها الحق في إصدار أوامر ملزمة للأفراد، وتنفيذها بالقوة الجبرية، وتمثل هذه الطريقة استثناءً على الأصل العام، ولكنها تُفرض تحت رقابة القضاء^(٢).

ويتوازى مع حق الإدارة في توقيع الجزاء التعاقدي بإرادتها المنفردة ومن دون حاجة منها إلى اللجوء إلى القضاء، حقها في إعفاء المتعاقد معها من تطبيق كل أو بعض الجزاءات المنصوص عليها في العقد في ضوء ما تراه من ظروف المتعاقد وظروف تنفيذه للعقد^(٣).

وإذا كان الأصل أن الإدارة تفرض الجزاء التعاقدي من تلقاء نفسها، فإن ذلك لا يحول بينها وبين اللجوء إلى القضاء طلباً لتوقيعه ويكون ذلك بمنزلة تنازل طوعي منها عن حق قرره لها القانون^(٤).

وفي اعتقادي فإن لجوء الإدارة إلى القضاء لفرض ما تراه مناسباً، لمواجهة المتعاقد المخلّ والمقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية - خصوصاً في الحالات التي لا تستوجب السرعة في فرض تلك الجزاءات - إنما يجد مسوّغاته إما في رفع المسؤولية عن الإدارة في حالة عدم مشروعية الجزاء،

(١) A. DE LAUBADERE et autres, traite des contrats administratifs, op. cit., p. 1124.

(٢) د. فؤاد مهنا، دروس في القانون الإداري (السلطة الإدارية) ج ١، الدار المصرية للطباعة، الإسكندرية، عام ١٩٥٦، ص ١٢٤٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦١ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ١٩٦٠/٩/٢١، غير منشور.

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، مرجع سبق ذكره، ص ٧٠ - ٧١.

الأمر الذي يجنبها تحمل أعباء تعويض المتعاقد عن الأضرار التي يولدها قرار الجزاء المقضي بعدم مشروعيته، وإما بتوافر القناعة لدى المتعاقد بمشروعية الجزاء، لما يتسم به القضاء من حيطة واستقلال، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على أدائه لالتزاماته التعاقدية.

ويسلم القضاء المصري بإعطاء الإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد الذي يقصر في التزاماته التعاقدية، إذ أخذ مجلس الدولة المصري بهذا المبدأ في كثير من أحكامه. ففي تقرير الحق الأصيل للإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية، ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن: «الإدارة حينما قامت بسحب الالتزام من الملتزم ومصادرة التأمين النهائي إنما كان ذلك بسبب إخلال المدعي بشروط العقد، وجزاء السحب من الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته»^(١).

وجاء في حكم آخر لها: «إن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد الإداري بوصفها سلطة عامة، تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام، فكفتا المتعاقدين فيه غير متكافئتين، مما يجعل للإدارة .. سلطة فرض جزاءات على متعاقديها بإرادتها المنفردة..»^(٢).

وعليه، فإن الإدارة المتعاقدة تملك فرض جميع أنواع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المتقاعس في تنفيذ التزاماته، بنفسها ومن دون اللجوء إلى القضاء مقدماً. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يستثني من ذلك عقوبة إسقاط

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ١١٠٩، لسنة ٨ ق. جلسة ١٩٧٢/٦/١٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ١٠٥٩، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥،

المجموعة، س ٨، ص ١٢٢٥.

الالتزام، فقد منع فرضها إلا بحكم قضائي^(١)، ما لم يوجد نص صريح بالعقد يخول جهة الإدارة حق فرضه^(٢).

ويعود السبب في ذلك إلى أن هذا الجزاء شديد الوطأة على الملتزم الذي يتكبد نفقات ضخمة لإعداد المرفق وتهيئته للاستغلال، ومن ثم فرضه يجب أن يناف بالقاضى وليس بجهة الإدارة المتعاقدة^(٣).

أما مجلس الدولة المصري فلم يأخذ بنهج مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص جزاء إسقاط الالتزام، إذ أجاز للإدارة صلاحية فرض عقوبة إسقاط الالتزام من دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء^(٤).

وعليه، فإن أحكام القضاء الإداري المصري وفتاويه تسمح للإدارة بإنهاء عقد الالتزام مع عدم وجود نص في حالة المخالفة الجسيمة من قبل المتعاقد الذي يريد الالتزام^(٥).

(١) - Le pouvoir de sanction présenté deux particularités D'une part, l'administration peut appliquer les sanctions D'office sauf la déchéance sans recourir au juge ..».

VOIR Ch. DEBBASCH, droit administratif, 6eme édition, Economica, Paris, 2002, p. 542.

- G.VEDEL, et P. DELVOLV, Droit administratif, 1ere ed., UPF, Paris, 1984, p. 354.

(٢) - C.E., 21 Novembre 1980, syndicat intercommunal, Rec. 1980,p. 686.

ود. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٣.

(٣) د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٧. ود. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، طبعة عام ٢٠٠٥، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٣.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣، السنة ١١، المجموعة، ص ٢٣٩.

حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٦/١٧، المجموعة، ص ١٧، ص ٥٦٧.

(٥) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦٣.

ثانياً - سلطة الإدارة في فرض الجزاءات من دون حاجة إلى النص عليها في العقد :

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد، وهي ناتجة عن اتصاله بمرفق عام بقصد تسييره وتنظيمه^(١). ولا يشترط لوجودها أن تتضمنها أحكام العقد، بل هي موجودة وإن لم ينص عليها العقد، أو نص على بعض الجزاءات دون بعضها الآخر.

وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Deplanque)^(٢) إذ استخلص الفقهاء الفرنسيون أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إنما توجد بذاتها مستقلة عن نصوص العقد، ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام في سيره وتنظيمه^(٣). أي إنها توجد ولو لم ينص العقد على أي منها، فإذا نص على بعضها وأغفل بعضها الآخر، فإن الإدارة من حقها فرض جزاءات على المخالفات التي لم ينص عليها العقد^(٤).

ويأخذ القضاء الإداري المصري بالاتجاه نفسه، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في جلستها بتاريخ ١٩٥٧/١١/١٧ بخصوص جزاء فرضته الإدارة على المتعاقد المقصر على الرغم من عدم النص على ذلك في العقد إذ ذهب فيه إلى أنه : « ليس بالذي يعتد به ما يقوله المدعي في

(١) فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٦٢.

(٢) Romieu conclusions sur. C.T.13 mai 1907 Déplanque Rec, p.514.

وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن السيد (ديبلانك) أبرم عقد التزام مع إحدى القرى الفرنسية لإضاءتها، وقد نص في العقد على الفسخ كجزاء لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وقد نسب بعد ذلك التقصير إلى السيد ديبلانك في أداء بعض التزاماته المقررة في العقد، ومن ثم عرض الأمر على القضاء الإداري الفرنسي للفصل فيه، وكانت النتيجة أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بالتعويض للإدارة عن المخالفات التي ارتكبتها الملتزم.

(٣) د. محمد حسن مرعي الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٣.

(٤) G.PEQUIGNOT, *op.cit.*, p. 162.

مذكرته، من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ .. فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أو لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين العطاء...»^(١).

وهذا ما أكدته أيضاً المحكمة الإدارية العليا عندما قررت أن: «العقد الإداري شأنه شأن العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إعلان أثر قانوني معين، وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة أو موضوعية إلى أشخاص بذواتهم. فإذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاء بعينه، فإنه يجب أن تنقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته...»^(٢).

ويفهم من هذا الحكم أنه إذا كان بوسع الإدارة المتعاقدة اختيار نوع الجزاء الذي تفرضه على إخلال المتعاقد معها بأحد التزاماته التعاقدية، إلا أن سلطتها لا تكون تقديرية في هذا الشأن إذا ما تضمن العقد النص على جزاء محدد لمواجهة خطأ بذاته، إذ يتعين عليه أعمال الجزاء المنصوص عليه.

وبمعنى آخر لا يجوز للإدارة الحياد عن الجزاء المحدد في العقد والمتفق عليه، وتوقيع جزاء آخر بحجة أنه أكثر ملاءمة لمواجهة تلك المخالفة، ذلك لأن هذا الجزاء المنصوص عليه — في اعتقادي — هو الذي انصرفت إليه إرادة الطرفين «الإدارة والمتعاقد معها».

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ١٩٩٨ لسنة ١٠ ق تاريخ ١٩٥٧/١١/١٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية لعام ١٩٥٧، ص ١٦٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٣٧٤٥ تاريخ ٢٠٠٠/٤/١٥ لسنة ٤٣ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٤/١٥، غير منشور.

وليس هناك مسوّغ لتتصل الإدارة من توقيع جزاء ارتضته وتضمنته بنود العقد – والمتعاقد معها على علم مسبق به – من أن تلجأ وتقاضي المتعاقد بجزاء آخر لم ينص عليه العقد، وربما لا يخلو هذا الجزاء من تعسف الإدارة. ومن ثم فما جدوى النص على جزاء محدد لمواجهة مخالفة ما إذا لم تُرد الإدارة أن تنقيد به؟

ثالثاً - فرض الإدارة للجزاءات التعاقدية من دون اشتراط إثبات الضرر:

تستند الإدارة عند فرضها للجزاءات التعاقدية على المتعاقد معها إلى ضرر مفترض أصابها من جراء مخالفته لالتزاماته التعاقدية من دون حاجة إلى إثباتها وقوع هذا الضرر بصورة فعلية^(١) لأن الهدف من فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر ليس مجرد معاقبته على خطأ ارتكبه، وإنما يتجه أساساً إلى حسن سير المرافق العامة وانتظام سيرها تحقيقاً للمصلحة العامة^(٢).

وتأكيداً لذلك فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن : « الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد معها ... إنما تستهدف أساساً سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ إن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقيق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد .. »^(٣).

وهنا يتضح مدى اتساع سلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها، إذ إن ذلك الجزاء واقع لا محالة متى انصرفت إليه إرادة الإدارة

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سبق ذكره، ص ٨٣.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٠.

(٣) حكمها في الطعن رقم ١٩٨٧ الصادر بتاريخ ١٧/٣/١٩٦٢، غير منشور.

وفي المعنى ذاته حكمها الصادر في الطعن رقم ١٠٨٦ لسنة ٧ ق السنة التاسعة، المجموعة، جلسة ١١/٣/١٩٦٣، ص ١٦٠.

مصدرة القرار، وبمجرد ارتكاب المتعاقد لفعل أو امتناعه عن إتيان فعل يشكل مخالفة، من دون التقيد بتسببها في ضرر ملحوظ، إذ لا تلزم الإدارة بإثباته لأن وقوعه مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، ويكون قرار الإدارة بفرض الجزاء في هذه الحالة صحيحاً في سببه لا ينتابه الشك، ويتجلى في المخالفة الثابت ارتكابها.

ولا يضير المتعاقد مع الإدارة منحها سلطة فرض الجزاء عليه من دون حاجة إلى إثبات الضرر، ذلك لأنه كان عالماً وقت تعاقدته معها بمدى ما تملكه من سلطة في هذا الشأن.

رابعاً. اختيار الإدارة الوقت المناسب لتوقيع الجزاء:

ينبثق عن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية حقها في تحديد الوقت الذي تراه ملائماً لفرضها، ما دام أن العقد قد خلا من نص يلزمها بفرض الجزاء. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها، ففي حكم لها قضت بما يأتي: «... تترخص الإدارة اختيار الوقت المناسب لفرض الجزاء حسب ما تراه صالحاً لضمان سير المرافق العامة، طالما لم يلزم العقد الإداري بفرض الجزاء في وقت معين، ومن ثم فإنه لا يترتب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريث في فرض الجزاء على المتعاقد المقصر حتى يفيء إلى الحق، من حيث النهوض بالتزاماته، وقد يكون في هذا الترتيب تحقيقاً لهذه المصلحة... ولا يملك المتعاقد المحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه وأن تراخيها قد أساء إليه، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره...»^(١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٨٨ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٠ غير منشور، وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم ٢٣١٠ لسنة ٤٥ ق تاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠١ غير منشور. وأيضاً حكمها الصادر بتاريخ ٣٠/١٢/١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية ص ١٩٢٣.

ووفقاً لهذا الحكم فإن تأجيل فرض الجزاء على الرغم من ثبوت الخلل
رخصة تملكها الإدارة في ضوء ما تراه محققاً للصالح العام الذي من أجله تم
إبرام العقد، فإن هي أعملتها تكون قد استعملت بذلك سلطة تقديرية مقرر لها،
ولا يعطي ذلك المتعاقد حقاً في الاعتراض على استعمال الإدارة اللاحق لها،
لأن تأجيل استعمال الحق لا يسقطه.

وفي فتوى للجمعية العمومية لدى مجلس الدولة المصري قررت فيها أن
جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض فيها أنها قدرت
حاجة المرفق العام توجب التنفيذ في هذه المواعيد من دون أي تأخير.
واقترضاء الغرامة منوط بتقديرها بحسبانها القوامة على حسن سير المرفق
العام، وذلك من دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراءات قضائية
أخرى^(١).

وإذا كان للإدارة سلطة تقديرية في اختيار توقيع الجزاء وفقاً لمقتضيات
المصلحة العامة، فإن لها السلطة ذاتها في اختيار الجزاء الذي تراه مناسباً في
حالة ما إذا قرر المشرع جزاءين على مخالفة واحدة، إذ يكون ذلك بمنزلة
رخصة منه للإدارة في الاختيار بينهما، ولا يملك المتعاقد هنا الاعتراض على
ذلك بحجة أن الإدارة في ذلك قد تعسفت في استعمال حقها.

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ١١٩٦، تاريخ
١٩٩١/١٢/٢٨ ، جلسة ١٩٩١/١٢/١ ، غير منشورة ، وفتاها رقم ٣١ تاريخ ١٩٥٢/١/٢٨ ،
الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثامن عشر ، ص ١١١٠-١١١٢.

المطلب الثاني

الأساس القانوني والضوابط الناظمة لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

يولّد العقد الإداري كغيره من العقود التزامات متبادلة بين طرفيه، وقد استقرّ الفقه والقضاء على أن للإدارة سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها إذ قصرّ في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا أن الخلاف في الفقه يكمن حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض تلك الجزاءات^(١).

وإذا كانت الإدارة تملك امتيازات وسلطات واسعة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية — كسلطتها في فرض الجزاءات — إلا أن ذلك لا يحررها من وجوب احترام التزاماتها التعاقدية.

وهذه الالتزامات تعدّ ضوابط تحكم الإدارة في أثناء ممارستها لهذه السلطة، ولذا سيتم في هذا المطلب دراسة أساس هذه السلطة والضوابط التي تحكم الإدارة في أثناء فرضها لهذه الجزاءات في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

الفرع الثاني : ضوابط سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

(١) د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٢، ص ٥٠.

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

يقتضي التعرّف على الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية، عرض آراء الفقهاء والسياسة القضائية للقضاء الإداري بهذا الشأن إذ تم رصد اتجاهين فقهيين^(١): الأول يرى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة يكمن في فكرة السلطة العامة. والثاني يرى أن هذا الأساس يقوم على فكرة المرفق العام ودوام سيره بانتظام واطراد.

ولبيان كلا الرأيين سيتم تقسيم هذا الفرع إلى جزئيتين كما يأتي:

أولاً - فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات:

السلطة العامة مجموعة من الامتيازات التي تمتلكها الإدارة وتستخدمها من أجل إشباع الحاجات العامة في الدولة^(٢).

وتهدف فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية إلى تحقيق الصالح العام وتغليبه على المصلحة الشخصية، وهي تمثل خروجاً على قاعدة المساواة بين المتعاقدين خلافاً للعقود المدنية^(٣).

ويرى جانب من الفقه الإداري بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية يكمن في فكرة السلطة العامة، إذ تلعب دوراً أساسياً

(١) C. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, PUF, 3eme ed., tome 1, Paris, 1927, p. 680

- G. VEDEL, les bases constitutionnelles de droit administratif, E.D.C.E., Paris, 1954, p. 21.

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سبق ذكره، ص ١٢.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤١.

في إخضاع تنفيذ العقود الإدارية لقواعد استثنائية حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها في العقد^(١).

وعلى ضوء ذلك سيتم بيان أهم الآراء الفقهية والأحكام القضائية المؤيدة لفكرة السلطة العامة :

١ - موقف الفقه من فكرة السلطة العامة:

أ - موقف الفقه الفرنسي:

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها تجد أساسها في فكرة السلطة العامة، ويرى أن من حق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر الذي يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد بخصوص المرافق العامة للدولة، فلها أن تفسخ العقد وأن تحل نفسها محل المتعاقدين المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بقرار من جانبها من دون أن تكون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذه الجزاءات^(٢)، باستثناء إسقاط الالتزام والتعويض^(٣).

وقد أثار حق الإدارة في التنفيذ المباشر جدلاً وخلافاً بين بعض رجال الفقه الفرنسي، فالفقيه "Hauriou"، يرى أن حق الإدارة في التنفيذ المباشر واجبٌ عليها، وليس فقط حقاً لها، وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد^(٤).

(١) د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الجامعة للطباعة، القاهرة، عام ١٩٦٢، ص ١٢٢.

(٢) د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، عام ١٩٧٩، ص ٨٦.

(٣) G. DUPUIS, Droit administratif, 3 eme ed., Dalloz, Paris, 1999, p. 406.

(٤) M. HAURIOU, Precis de droit administrative et de droit public, 8eme ed., Paris, 1914, p. 850.

في حين يرى "Bonnard" أن امتياز التنفيذ المباشر يفترض فيه التزام سابق لوجوده، فتكون الإدارة ملزمة بالتنفيذ المباشر، وكذلك يسمح لها بالمطالبة بحقوقها باستخدام هذا الامتياز بالرغم من منازعات مدينيها^(١).

أما "Waline" فيرى أن حق الإدارة بالتنفيذ المباشر يعدّ ضرورياً لضمان تنفيذ القرارات العاجلة بشكل أسرع خاصة في مجال الأمن والصحة العامة على الرغم من شدة هذا الحق بالنسبة إلى الأفراد^(٢). ومن بين هذه الامتيازات حق توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر بتنفيذ التزاماته والتي تستمد قوتها من السلطة العامة^(٣).

ويذهب "Vedel" إلى أن من الامتيازات الرئيسة التي تملكها الإدارة في تطبيق الجزاءات على متعاقدها المقصر بنفسها تنتج بقوة القانون من نظام السلطة العامة^(٤).

ويرى الفقيه البلجيكي "Flamme" أن حق الجزاء المعترف به للإدارة من جانب واحد يعد امتيازاً أصيلاً للسلطة العامة موجوداً من تلقاء نفسه لصالح الإدارة واختصاصاً متعلقاً بالنظام العام^(٥).

ومن جانب آخر، يرى المعارضون لهذا الحق "ومنهم الفقيه شيتو" أنه ليس للإدارة أن تقوم بالتنفيذ المباشر، إلا في حالات معينة، بحيث يكون فيها

(١) R. BONMOURD, précis de droit administratif, 4eme ed., L.G.D.J., Paris, 1943, p. 620.

(٢) J. WALINE, Droit administrative, 19eme ed., Dalloz, 2002. P. 711.

(٣) علاء إبراهيم محمود، الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٨، ص ١٧٦.

(٤) G. VEDEL, les bases constitutionnelles de droit administratif, E.D.C.E., 1954, p. 21.

(٥) M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 16.

استعمال هذا الحق مسوّغاً وفي حالات خاصة، إما بنص قانوني أو لأسباب خاصة كما في حالة الضرورة، أو عند استحالة وجود وسيلة قانونية.

وكذلك لا يعترف "لافرير" أو "بيرتلي" بهذا الحق، ويريان أن الإدارة ليس لها أن تمارس سلطاتها إلا في الحدود الممنوحة لها من المشرع فقط^(١).

ب - موقف الفقه المصري:

يذهب قسم من الفقهاء المصريين إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيق الجزاء بنفسها باستعمال التنفيذ المباشر يكمن في فكرة السلطة العامة بحجة الارتباط الوثيق بالعقد الإداري، إذ يمتد أثرها إلى تنفيذ هذا العقد فيخضعه إلى قواعد استثنائية لم يكن منصوصاً عليها فيه، لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تدمج بها العقود التي تظهر فيها^(٢)، وترتبط بنشاط تسيير وتنظيم المرفق العام^(٣).

وعليه، يرى الدكتور "ثروت بدوي" أن ما يميز العقد الإداري عن غيره من العقود «لا سيما عقود الإدارة المدنية» هو تسليح الإدارة بصفة السلطة العامة بامتيازاتها ومظاهرها، والتي تتضح بامتياز الشروط الاستثنائية، هذه الشروط التي تعبر عن نية الإدارة باتباع أساليب القانون العام، وبموجبها تتمتع الإدارة ببعض مظاهر السلطة العامة.

علاوة على ذلك، فهو يرى أن ما يميز عمل الإدارة — بشكل حقيقي — هو عنصر السلطة العامة الذي يتضمنه، فالسلطة العامة والسلطة الإدارية وجهان مختلفان لعملة معدنية واحدة^(٤).

(١) أشار إليه د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩.

(٢) د. محمد كامل ليلة، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤.

(٣) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٥.

(٤) د. ثروت بدوي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٣ - ٢٦١.

ويرى الدكتور "محمد كامل ليلة" أن فكرة السلطة العامة المعيار الأساسي والسليم لتحديد قواعد القانون الإداري، واختصاص القضاء الإداري، فالامتيازات والقيود التي تمتاز بها الإدارة، في حقيقة الأمر مرتبطة بفكرة السلطة العامة^(١)، الأمر الذي يترتب عليه انتفاء الحاجة لمعيار وفكرة المرفق العام أو غيره عند تحديد المعيار المميز لنشاط الإدارة وتحديد اختصاصاته^(٢).

٢ - موقف القضاء الإداري من فكرة السلطة العامة إزاء فرض الجزاءات التعاقدية:

أيد القضاء الإداري في عدد من أحكامه سواء في فرنسا أو مصر أو سورية هذا الموقف. وسنبين ذلك على التوالي:

أ - موقف القضاء الإداري الفرنسي:

خضعت نظرية الجزاءات التعاقدية لتطور مهم في القضاء الفرنسي، فبعد أن كانت الإدارة تستمد سلطتها في توقيع الجزاءات من النصوص التعاقدية أو القانونية، عدل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا المبدأ بحكمه الصادر في ٣١ مايو عام ١٩٠٧ في قضية "Deplanque"^(٣) والذي قضى بنتيجته تعويض الإدارة عن المخالفات التي ارتكبتها الملتزم.

وقد، أيد مجلس الدولة الفرنسي فكرة السلطة العامة أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري، ومن أحكامه بهذا الخصوص، حكمه الصادر في ١٩٢٦/١١/٢٧، في قضية

(١) محمد كامل ليلة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣.

(٢) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري "الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري"، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٣، ص ١١٥.

(٣) C.E., 31 Mai 1907, Deplanque 514, conclusions Romieu, Rec.1907, p.113, Note Hauriou.

"Monot" التي قضى فيها أن للإدارة في كثير من الحالات بالاستناد إلى سلطتها العامة أن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة تطبيقاً لأهم امتيازاتها المتمثل في التنفيذ المباشر^(١). وفي تحليل لهذا الحكم نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أسند سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على أساس سلطتها العامة باستخدام أهم امتيازاتها المتمثل في التنفيذ المباشر.

ب - موقف القضاء الإداري المصري:

من المسلم به أن القضاء الإداري في مصر مستقر على أن للإدارة سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد معها المخل والمقصر بتنفيذ التزاماته وذلك بإرادتها المنفردة ومن دون الحاجة إلى حكم يصدر بها^(٢). ولكنه غير مستقر حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة عند فرضها هذه الجزاءات^(٣). ويتضح ذلك من خلال الأحكام الصادرة بهذا الخصوص.

فمن الأحكام التي ذهبت بها المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى تأكيد فكرة السلطة العامة، حكمها الصادر في ١٩٦٣/٥/٢٥، إذ جاء فيه: « إن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد - بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها - وذلك بقصد تحقيق نفع عام، فكفتا المتعاقدين

(١) د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤ - ٢١٧.

وكذلك. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٣، عام ١٩٧٣، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٤ لسنة ٩ ق. جلسة ١٩٦٥/١٢/١١ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ١٨٨٥.

(٣) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٦٤.

فيه غير متكافئتين تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل لها سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وكذلك حق توقيع جزاءات على متعاقديها بإرادتها المنفردة»^(١).

وفي حكم آخر لها صادر في ١١/٣/١٩٩٠ ذهبت فيه إلى القول : « يشترط لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتصل بإدارة مرفق عام، أو يبرم بمناسبة تسييره، وأن يتضمن شروطاً استثنائية، غير مألوفة في القانون الخاص، يبدو فيها مركز الإدارة المتميز ومظاهر سلطتها العامة التي لا يتمتع بها المتعاقد العادي »^(٢).

يتضح مما تقدم، ومن خلال الحكمين السابقين لمجلس الدولة المصري أنه أكد فيهما على فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة بفرض الجزاءات، ولكن هناك أحكاماً أخرى – كما سيرد لاحقاً – يستند فيها إلى فكرة المرفق العام كمعيار آخر تساق الأحكام على أساسه. أي بمعنى أنه لم يستقر على فكرة معينة لتسوية الأساس القانوني لسلطة الإدارة عند فرضها الجزاءات.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص ١٢٢٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٥٨ ق. عليا، جلسة ١٩٩٠/٣/١١، غير منشور.

وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم ٤١٥١ لسنة ٣٨ ق. عليا جلسة ٢٠٠٤/٩/٤، مجموعة المبادئ القانونية لسنة ٤٩ – ص ٩٥٧.

وأيضاً حكمها في الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٤١ ق عليا جلسة ١٩٩٧/٢/٢٥، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري، الجزء ٤٩، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٦١ – ٦٤.

ثانياً. فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات:

المرفق العام نشاطٌ تتولاه الدولة مباشرة أو يقوم به شخص من أشخاص القانون الخاص تحت إشرافها المباشر لإشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام^(١). وتعد فكرة المرفق العام هي الأساس في القانون الإداري، ولا سيما في العقود الإدارية، وذلك للصلة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة، ما يستلزم ضرورة سيرها بانتظام واطراد^(٢).

وبافتراض أن الإدارة المسؤولة عن سير هذه المرافق، فمن حقها وواجبها أن تتخذ الإجراءات الكفيلة لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته^(٣).

وعليه، فقد استند فريق من الفقهاء إلى فكرة المرفق العام، وضرورة سيره بانتظام واستمرار كونها أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

وللوقوف على هذه الفكرة سيتم استعراض أهم الآراء الفقهية والأحكام القضائية بهذا الخصوص في الدول المعنية بالمقارنة في هذا البحث:

١- موقف الفقه من فكرة المرفق العام:

أ- موقف الفقه الفرنسي:

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول: «إن أساس سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على متعاقديها يكمن في فكرة المرفق العام وضرورة سيره

(١) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، عام ١٩٩٦، ص ٩١.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، بلا تاريخ، ص ٨٧.

(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٧، ص ١٣٥.

بانتظام واطراد، فالإدارة تفرض هذه الجزاءات باستعمال سلطتها في امتياز التنفيذ المباشر»^(١).

ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه "JEZE" الذي ذهب إلى القول : « إن السير المنظم للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، ولا بد من أن تكون الجزاءات المفروضة على المتعاقد المقصر بالتزاماته التعاقدية مؤثرة، حازمة وسريعة، ودونما حاجة إلى التدخل من القاضي، باستثناء إسقاط الالتزام »^(٢)، وسار على النهج نفسه الفقيه "بيكينو"^(٣) الذي قرر أن : « من حق الإدارة استعمال سلطتها في القرار التنفيذي والتنفيذ المباشر عندما تطبق جزاء ضد متعاقدها المقصر من دون حاجة إلى شرط صريح في العقد »، واستشهد في ذلك بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ملاحه جنوب الأطلنطي الصادر في ١٢/١٠/١٩٢٩.

وفي هذا الصدد يرى أيضاً الفقيه الفرنسي "Andre de laubadere" أن : « الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف فحسب قمع أوجه الإخلال، وإعادة التوازن للالتزامات التعاقدية، بقدر ما تهدف في الدرجة الأولى إلى ضمان كفاءة حسن سير المرافق العامة »^(٤).

وفي الفقه الحديث نجد ذلك الرأي الذي يقول: إن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف مواجهة تقصير المتعاقد بالتزاماته التعاقدية فحسب، وإنما تهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة^(٥).

(١) فارس علي جانكير، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣ و ٢٤.

(2) G. JEZE, *op. cit.*, p. 856.

(3) G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif, op. cit.*, p. 856

(4) A. DE LAUBADERE, *Traite de droit administratif*, Tome 1, 16 eme édition, L.G.D.J., 2001, P. 700

(5) M. AHOUACH, *these, op. cit.*, p. 493.

وقد وجه أصحاب هذا الرأي الانتقاد لفكرة السلطة العامة، بكونها ذات أساس ضيق. إذ تقف فكرة السلطة العامة عند الوسيلة، من دون الاهتمام بالغاية، فضلاً عما تهيئه من فرص لتعسف الإدارة اعتماداً على السلطة العامة، ولا سيما في الوقت الحالي الذي كثر فيه تدخل الدولة في شتى النواحي^(١).

وعليه، فإن الفقهاء المؤيدون لهذه الفكرة يحرصون دائماً على تأكيد مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، حتى وإن اختلفت سبل إدارته^(٢)، ويرون أن تكليف أحد الأشخاص بتنفيذ مرفق عام، هو في حد ذاته شيء غير عادي، وغير مألوف في القانون الخاص، إذ لا يقوم أحد الأفراد بأخذ مسؤولية تنفيذ مرفق عام على عاتقه^(٣).

ب - موقف الفقه المصري:

يذهب أغلب فقهاء القانون الإداري في مصر إلى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها قائم على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وأن من حقها فرض الجزاءات الذي يعد من أهم النتائج المترتبة على هذا المبدأ نظراً إلى الصلة الوثيقة التي تربط العقود الإدارية بالمرافق العامة.

وفي هذا يقول الدكتور "سليمان الطماوي"، وهو من أشد المؤيدين لفكرة المرفق العام، إن المرفق العام هو المعيار المميز لنشاط الإدارة، وإذا كان أصحاب فكرة السلطة العامة يرجحون الوسيلة على الغاية، فهو يرى العكس،

(١) د. أنور رسلان، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٥، ص ٣٦.

(٢) د. محمد قدرى حسن، القانون الإداري، ط ١، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٩، ص ٤٤٨ و ٤٤٩.

(٣) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٠.

ذلك أن فكرة السلطة — في نظره — تقف عند الوسيلة من دون الوصول إلى الغاية، وأن سلطة الدولة ليست غاية في ذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق خير الجماعة^(١).

بينما يرى الدكتور "مصطفى أبو زيد فهمي" أن وجود المرفق العام وحده لا يعدّ شرطاً كافياً، فلا بد من شرط آخر، وذلك بأن تلجأ الإدارة إلى استخدام وسائل القانون العام لإدارته وتنظيمه^(٢).

يتضح مما تقدم، ومن خلال استعراض آراء الفقهاء، أن مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد هو من المبادئ المهمة لضمان تنفيذ التعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية، ويعد أحد الأفكار الأساسية لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على التعاقد معها، والتي تتطلب إجراءات سريعة وفعالة لضمان سير المرفق العام. فالإدارة هي القوامة على المرافق العامة، وهي المسؤولة بحكم وظيفتها عن سير المرفق وتنظيمه، ومن هنا يحق لها توقيع الجزاء المناسب على التعاقد معها لدفع الخلل الذي يمكن أن يصيب المرفق من جراء تقصير التعاقد معها.

فما موقف القضاء الإداري فيما يختص بالأساس النظري لسلطة الإدارة في فرض جزاءات على التعاقد معها؟

(١) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، بدون مكان طبع،

عام ١٩٨٦، ص ٣١٨، ٣١٩.

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سبق ذكره، ص ١١٤، ١١٥.

٢ - موقف القضاء الإداري من فكرة المرفق العام بوصفه أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية:

أ - موقف القضاء الإداري الفرنسي:

أخذ مجلس الدولة الفرنسي في عدد من أحكامه بفكرة المرفق العام كأساس قانوني لإمكانية الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

ونذكر على سبيل المثال حكمه الصادر في ٣٠/٥/١٩٢١ الذي أقر فيه أن للإدارة الحق في أن تصدر قراراً إدارياً بوضع المرفق تحت الحراسة إذا اختل سيره اختلالاً جزئياً أو كلياً، وتستطيع الحكومة اتخاذ هذا الإجراء ولو لم يرد في دفتر الشروط إشارة إليه، بحسبانه إجراءً يتعلق بالنظام العام ويصدر بصيغة قرار إداري من الإدارة مباشرة، وهذه الحراسة تقتض دائماً وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم من شأنه أن يعرض استمرار المرفق وانتظامه للخلل، وهو إجراء يصدر من الإدارة من دون التجاء سابق إلى القضاء ويترتب على هذا الإجراء أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم^(١).

وأيضاً حكمه الصادر بتاريخ ٢٣/يونيو/١٩١٤ والذي أكد فيه أيضاً أن للإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها الذي يخل بالتزاماته بالشكل الذي يؤثر في دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد وحتى ولو لم ينص عليه في العقد^(٢).

وكذلك حكمه بتاريخ ٢٩/١٠/١٩٢٦ والذي جاء فيه أن للإدارة أن تضع المرفق العام المدار بطريقة الالتزام تحت الحراسة إذا قصر الملتزم في تسيير

(١) مشار إليه لدى د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٣، عام ١٩٧٥، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢٥.

(٢) حكمه في قضية (Vill De Toulon)، أشار إليه د. سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص ٥٢٠.

المرفق العام، وتضعه تحت الحراسة أيضاً إذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم كإضراب لا ذنب له فيه^(١).

ومن الأحكام السابقة يتبين أن القضاء الإداري الفرنسي أخذ بفكرة المرفق العام كأساس نظري قانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها.

ب - موقف القضاء الإداري المصري:

يذهب القضاء الإداري المصري في أغلب أحكامه إلى عدّ فكرة المرفق العام أساساً لسلطة الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد المخل بالتزاماته معها. ومن أحكامه في هذا الخصوص، قضاء المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٣/١١/٣٠ والذي قضت فيه بأن: «الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، تستهدف أساساً تأمين دوام سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعها وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ إن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقه المنصوص عليه في العقد، ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها، فهو اتفاق ملزم لا يحصل الترخيص في أعمال حكمه أو التقرير في تحديد مداه»^(٢).

وفي حكم لها صدر بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٤ قضت بأنه: «من المقرر أن غرامات التأخير التي تنص عليها العقود الإدارية هي جزاء قصد به ضمان

(١) حكمه في قضية (vill de stinne)، أشار إليه د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٢٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٠٨٦ تاريخ ١٩٦٣/١١/٣٠، غير منشور.

وفاء المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق بانتظام...»^(١).

ج - موقف القضاء الإداري السوري:

لا يختلف موقف القضاء الإداري السوري عن سابقه الفرنسي والمصري عندما عدّ أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد تشاركية تقوم على مبدأ التعاون في خدمة المرفق العام، وللإدارة من باب الحرص على انتظام تسيير المرفق العام والاستمرار في تقديم الخدمة للمواطنين عدم التهاون في اتخاذ الإجراءات المناسبة في حينها إزاء تقصير المتعاقد في التزاماته...^(٢).

صفوة القول: بعد استعراض فكرتي السلطة العامة والمرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية تبين أن الفقه والقضاء مستقران على مبدأ ثبوت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته من دون اللجوء إلى القضاء ومن دون اشتراط ذلك في العقد، إلا أن هناك اختلافاً فقهيّاً وقضائياً حول الأساس القانوني لهذه السلطة، فذهب بعض الفقه إلى أن هذا الأساس يكمن في فكرة السلطة العامة، في حين عدّ بعضه الآخر فكرة المرفق العام أساساً صالحاً لسلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٥٣١٣ لسنة ٤٥ ق.ع جلسة ٢٠٠٢/٦/٤ موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠، دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة، عام ٢٠١١، ص ١٧٨.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري السورية (الدائرة ٣) رقم ٢٠٢١/٣/٧٤١ جلسة ٢٠٢١/١١/١١ غير منشور، والمصدق من المحكمة الإدارية العليا بموجب حكمها رقم (٦١٩/ط)، تاريخ ٢٠٢٢/٣/٢٧، غير منشور.

ويرى الباحث أن الفكرتين مجتمعتين تشكلان الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض هذه الجزاءات، فهو — أي الجزاء — مظهر من مظاهر السلطة العامة في التنفيذ المباشر وتسوُّغه فكرة المرفق العام؛ لكون الإدارة هي المسؤولة عن هذا المرفق بحكم وظيفتها، ويحق لها توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد المقصر والمخل، وذلك لكفالة سير المرفق العام بانتظام واطراد.

الفرع الثاني

ضوابط سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية

نظراً إلى خطورة سلطة الإدارة المنفردة في فرض جزاءات تعاقدية على المتعاقد معها، فقد سعى الفقه والقضاء إلى تطوير مجموعة من الضوابط والإجراءات التي من شأنها ضبط سلطة الإدارة في معرض ممارستها لسلطانها هذه، بهدف حماية المتعاقد في مواجهة الإدارة.

وعليه، فإن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية ليست مطلقة، بل تحدّها بعض القيود، التي تحبّط الجزاء قبل صدوره، وتشكل ضمانات من ضمانات المتعاقد مع الإدارة^(١).

وهذه الضوابط والقيود إما أن تكون ضوابط إجرائية، أي إجراءات تلتزم الإدارة باتخاذها قبل فرض الجزاء ((كالإعذار))، وإما أن تكون ضوابط موضوعية تتصل بمضمون الجزاء نفسه، مثل تسببيه وتناسبه مع درجة جسامته المخالفة العقدية.

وبناءً على ذلك سيتم تناول هذه الضوابط وفق الآتي:

(١) د. عزيزة الشريف، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٦.

أولاً. الضوابط الإجرائية السابقة لفرض الجزاء (الإعذار) :

يعد الإعذار واحداً من الضوابط الأساسية لتوقيع الجزاء التعاقدية، وهو بهذه المنزلة من الضمانات المهمة في نطاق العقود الإدارية، ويقع على عاتق الإدارة — كقاعدة عامة — الالتزام بضرورة إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، وإلا أصبح قرارها غير المسبوق بالإعذار معيباً من الناحية الإجرائية وقابلاً للإبطال لهذا السبب^(١).

وبغية التعرف على أهمية هذا الإجراء وآثاره القانونية، فمن المقتضى بيان ماهيته ورصد شروطه.

١ — ذاتية الإعذار:

يقتضي التعرف على ذاتية الإعذار بيان ماهيته، واستخلاص شروطه.

أ — ماهية الإعذار:

يُقصد بالإعذار (أو الإنذار) التنبيه الموجه من قبل الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها، مبينة فيه أوجه الخلل وتقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وحثه على ضرورة الالتزام بالتنفيذ، حسب بنود العقد، وخلال المدة المحددة، قبل اللجوء إلى فرض الجزاءات عليه من الإدارة المتعاقدة^(٢). وبذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة إحداث حالة قانونية جديدة، وإنما إجراء تمهيدي، يجب أن يسبق تطبيق الجزاءات القانونية أو الاتفاقية^(٣). بل إنه دعوة رسمية للمتعاقد، لتنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح.

(١) G. JEZE, op. cit., p. 1043

(٢) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٧.

(٣) ROGER, la mis en régie dans les marches des travaux publics, thèse, Université de Nancy, 1944, p. 52

ولا يقتصر مفهوم الإعذار على إنذار موجه إلى الملتزم، بل إنه يفرض على الإدارة منح مهلة معقولة للمتعاقد الذي لم يبذل كل جهده لتنفيذ التزاماته، وأن تناقش الإدارة معه ملاحظاته وأوجه دفاعه^(١).

وهو على هذا النحو يُعد من أهم الضمانات التي يتعين توفيرها للمتعاقد، ولا سيما عند فرض جزاءات محددة كجزاء فسخ العقد انفرادياً أو جزاء سحب التعهد والتنفيذ على حسابه. ولذا قضي أنه يتعين لفرض إجراء سحب التعهد وتنفيذ العملية على حساب المتعاقد إخطاره بوقوع المخالفة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، كي يتسنى له إصلاح تلك المخالفة، فإذا ثبت عدم إخطاره فلا وجه لإلزامه بالمبالغ الناجمة عن التنفيذ على حسابه^(٢).

وعليه، يُعد الإعذار من الإجراءات التمهيدية الجوهرية قبل فرض الجزاء على المتعاقد^(٣)، كونه يهدف إلى تنبيهه إلى مخالفته التي قد تضر بالمرفق ويمكن تلافي هذه المخالفة بعد إعذاره وتنتهي المشكلة عند هذا الحد^(٤).

ويتفق الفقه الفرنسي – من حيث المبدأ – على ضرورة إعذار المتعاقد مع الإدارة عند إخلاله بتنفيذ التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد، ومستقر على أن عدم مراعاة الإدارة المتعاقدة للإجراءات الشكلية التمهيدية التي تسبق فرض الجزاء (ومنها إنذار المتعاقد) من شأنه أن يؤدي إلى إعفاء

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٥/٨٢٢٩، ق. عليا، جلسة ٢٤/٢/٢٠٠٤، مجموعة المبادئ القانونية لسنة ٢٠٠٥، الجزء الأول، ص ٨٤.

(٣) فارس علي جانكير، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧.

(٤) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، ص ٢٣٦.

المتعاقد من النتائج الباهظة والمكلفة المترتبة على هذا الجزاء، مهما كانت جسامة المخالفات ودرجتها أو الأخطاء المنسوبة إليه^(١).

وقد قيّد مجلس الدولة الفرنسي جهة الإدارة بضرورة إنذار المتعاقد، وتنبيهه إلى الخطأ الذي ارتكبه قبل فرض الجزاء عليه، وعدّ هذا القيد التزام يقع على عاتق الإدارة، وإلا أصبح قرارها غير المسبوق بالإنذار معيباً من الناحية الإجرائية وقابلاً للإبطال^(٢)، بافتراض أن قرارها يفتقر إلى أحد الأركان اللازمة لمشروعيته وهو ركن الإجراءات الجوهرية.

وعليه، فإن الإنذار — كما يراه مجلس الدولة الفرنسي — تدبير إعدادي لا يعلق العقد^(٣)، ولكن لا بد من توجيهه قبل فرض الجزاء، ولو لم يتم إدراجه صراحة في العقد، أو حتى ولو لم يوجد شرط في كراسة الشروط يقضي بضرورة الإنذار^(٤).

وبناءً عليه، فإن التزام الإدارة بإنذار المتعاقد يُعدّ ضرورياً وحتمياً بالنسبة إلى بعض الجزاءات كغرامة التأخير، وفسخ العقد، ولو أن بعض الفقهاء يتشكك في ضرورته بالنسبة إلى بعضها الآخر كوضع المشروع تحت الحراسة^(٥).

وفي مصر: كان مسلك مجلس الدولة المصري مختلفاً تماماً عن نظيره الفرنسي، فالقضاء المصري لا يُلزم الإدارة بإعذار المتعاقد المقصر قبل

(١) F. LORENS, *Contrat d'Entre prise et marche' de Travaux publics*, L.G.D.J., Paris, 1981, p. 437.

(٢) G. JEZE, *op.cit.*, p. 1043

(٣) د. مورييس نخلة، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٣.

(٤) C.E., 26 novembre 1993, société anonyme de nouveau part de Saint Jean, cap Ferrat – R.D.P., 1994, p. 863.

(٥) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٤١/٦/١١ بخصوص قضية (Grenouiller) أشار إليه: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٦.

فرض الجزاء عليه، باستثناء إجراء فسخ عقد التزام المرافق العامة^(١). إلا أنه، وبالعودة إلى النصوص القانونية النافذة في مصر، وخاصة المادة ٤٨/ من قانون تنظيم التعاقدات المصري رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ نجد أن المشرع قد فرّق في حالة المتعاقد المتأخر عن الميعاد المحدد له في العقد، وبين المتعاقد المتأخر لسبب خارج عن إرادته، والمتعاقد المتأخر لأسباب تتعلق بالمتعاقد ذاته.

إذ أجاز المشرع للإدارة في الحالة الأولى ولدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة لإتمام التنفيذ من دون تحصيل مقابل للتأخير منه، بينما أوجبت على الإدارة تحصيل مقابل التأخير في الحالة الثانية بحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر...^(٢).

ويستفاد من نص هذه المادة أن المشرع المصري لم يلزم جهة الإدارة — في الحالة الثانية من المادة السابقة — بإنذار المتعاقد المقصر وأعفاها من هذا الإجراء عند تحصيلها لمقابل التأخير الواقع بسبب المتعاقد ذاته.

أما الفقه المصري: فيرى أن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني المتعلقة بالإعذار يجب العمل بها في نطاق العقود الإدارية، وطبقاً لذلك، فإن الإدارة ملزمة بإعذار المتعاقد معها قبل فرض الجزاء عليه^(٣).

(١) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٤. وأيضاً: د. عبد المجيد الفياض، مرجع سبق ذكره، ص ٩٧. ود. محمد فؤاد عبد الباسط، آثار العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠٠٦، ص ٢٨٢.

(٢) يبدو أن المادة ٤٨/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ الخاص بقانون التعاقدات العامة الجديد المصري تختلف عن المادة ٨٤/ من قانون المناقصات والمزايدات الملغى رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ والذي اشترط على الإدارة وجوب توجيه الإعذار للمتعاقد قبل فرض الجزاء عليه.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٦.

وفي سورية: لم يجعل القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الإعذار وجوبياً في جميع الحالات، بل اقتصر وجوبه على حالة سحب التعهد المنصوص عليها في المادة ٥٤/ من هذا القانون^(١).

ويكاد يكون نص المادة ٥٤/ سالف الذكر النص الوحيد الذي جعل فيه المشرع الإعذار وجوبياً، في حين جعله جوازياً في الحالات الأخرى، وأخضعه للسلطة التقديرية للإدارة^(٢).

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا في سورية، قضت أن : « شروط فسخ العقد من قبل الإدارة كمؤيد جزائي عقدي - هي شروط موضوعية وشروط إجرائية، فالشروط الموضوعية تتجلى في ثبوت تخلف المتعهد عن تنفيذ عقده رغم تنبيهه مراراً.... أما الشروط الإجرائية فهي توفير الشكليات الجوهرية المثبتة للشروط مارة البيان ومنها الإنذارات المتكررة »^(٣).

ويفهم من هذا الحكم أن مجلس الدولة السوري قد سار فيه على نهج مجلس الدولة والفقهاء الفرنسيين بشأن عدّ الإنذار من الإجراءات الشكلية الجوهرية التي تسبق فرض الجزاء، وأن إهماله قد يترتب نتائج لمصلحة المتعاقد من دون الإدارة، ومنها حقه في طلب إلغاء ذلك الجزاء لعدم اكتمال

(١) نصت المادة ٥٤/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه: ب - ينذر المتعهد بسحب تنفيذ التعهد لمرة واحدة ولمدة تحدد في الإنذار قبل سحب التعهد...

(٢) مثال ذلك: ما نصت عليه المادة ٤٠/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠/ تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ والذي جاء فيه: « أ - إذا أوقف المتعهد الأشغال دون سبب معقول تقبله الجهة العامة، أو إذا رأت الجهة العامة أن المتعهد قد تباطأ أو قصر أو أهمل أو عجز في تنفيذ أي عمل من الاعمال في العقد، أو خالف في العمل وفق أي من أحكامه، فإن لها أن تنذره بوجوب بذل الاهتمام والنشاط والتقيّد بالأحكام والشروط المطلوبة فيه خلال مدة لا تقل عن خمسة أيام ».

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٠/ لعام ١٩٨٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية، ص ٢٢٤.

أركان مشروعيته. فما شروط الإعذار إذاً لكي يكون إجراءً منتجاً لمفاعيله القانونية؟

ب - شروط الإعذار:

لكي يكون الإعذار صحيحاً ومرتباً لآثاره، لا بد من توافر عدة شروط يمكن بيانها في النقاط الآتية:

(١) أن يكون الإعذار صادراً من الجهة الإدارية المختصة:

تعد الجزاءات التعاقدية من الأمور المتصلة بتنفيذ العقد الإداري، لذلك فإن الجهة المختصة بالقيام به هي السلطة المختصة بإبرام العقد، ولا يجوز لهذه السلطة تفويض اختصاصها في هذا الشأن إلا إذا أذن المشرع بذلك ووفقاً للقواعد العامة التي تحكم التفويض الإداري عموماً^(١).

وعليه، يجب أن يكون الإنذار معبراً عن إرادة الإدارة، على نحو قاطع وجلي، فإذا لم تخطر الإدارة المتعاقد بما نسب إليه من مخالفات عقدية بشكل صريح فإنه لا وجه لإيقاع الجزاء عليه^(٢)، هذا من جهة، ومن جهة ثانية يجب أن يكون صادراً من الجهة المختصة بإبرام العقد.

وبناءً عليه لا يمكن عدّ الأوامر المصلحية التي يصدرها المهندسون، أو بعض الموظفين، إعداراً، ما لم تصدر أو يصدق عليها من الجهة المختصة التي أُنيط بها العقد اتخاذ الجزاء^(٣). وهذا تطبيق للقواعد العامة في القانون

(١) للمزيد من التعمق في موضوع التفويض في الاختصاصات الإدارية، انظر: د. سعيد نحيلي، د. وسام كاشي، الإدارة العامة، منشورات جامعة الحواش الخاصة، عام ٢٠٢٢، ص ٩٨ وما بعدها.

(٢) إدارة الفتوى والتشريع المصري: فتوى رقم ٣٤٩٧/٢ تاريخ ١٢/٣١/١٩٧٩، مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢.

(٣) C.E.6/5/1930. Thibon. Rec.p.572.

الإداري التي تستلزم ألا يصدر التصرف إلا ممن يختص به قانوناً، ولا يجوز أن يقوم به غيره إلا عند التفويض المسموح به قانوناً^(١).

(٢) وضوح الإعذار:

يُفترَض أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي ارتكبتها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تقاديبها^(٢)، مع إفصاح الإدارة فيه عن نيتها في فرض الجزاء المقابل لذلك الإخلال^(٣). وهذا الأمر له ضرورته، لأن المتعاقد مع الإدارة قد لا يعلم المخالفات التي تم ارتكابها، أو لا يعلم كيفية تقاديبها ومحاولة تصحيحها، ولا شك في أن علمه بذلك قد يؤدي إلى تصحيح مسلكه وتجنبه الأخطاء التي وقع فيها، بل ويجنب الإدارة تكاليف وأعباء التعاقد مع آخر لتنفيذ العقد ذاته.

(٣) شرط المدة الزمنية:

يجب تحديد مدة معينة ما بين الإعذار والجزاء، على أن تكون المدة معقولة، بحيث يستطيع المتعاقد أن يتلافى الأخطاء المرتكبة.

ويسلم القضاء الفرنسي بضرورة أن تكون هناك مهلة كافية لإصلاح خطأ المتعاقد عند توجيه الإعذار إليه وقبل فرض الجزاء. فعلى سبيل المثال ما تنص عليه المادة ١/٤٩ من دفا تر الشروط الخاصة بعقود الأشغال العامة في فرنسا وهي مهلة خمسة عشر يوماً فيما إذا كانت هناك حالة استعجال، ويعود إلى قاضي الموضوع تقدير مدى كفاية هذه المهلة من عدمه^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٩٨٢/١٣٣ ، جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ ،

مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٧.

(٢) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٧.

(٣) M. DE VILLIERS, Droit public général, litec, 2001, p. 675 et suivante.

(٤) Y. GAUDEMET, Traite de droit administratif, Tome I, 16eme ed., L.G.D.J., 2001, p. 702.

وما ورد في المادة /٤٠/ من دفتر الشروط العامة السوري الصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ عندما أوجبت على الجهة العامة عند تقصير المتعاقد أو إهماله في تنفيذ أعمال العقد، أن تنذره بوجوب بذل الاهتمام والنشاط.... خلال مدة لا تقل عن خمسة أيام^(١).

وما نصت عليه المادة /٤٨/ لعام ٢٠١٨ من قانون تنظيم التعاقدات المصري بشأن إعطاء الإدارة للمتعاقد معها مهلة لإتمام التنفيذ^(٢).

ومن مراجعة المواد المذكورة آنفاً يتبين لنا أن المشرع الفرنسي حدّد المدة الزمنية للإدارة في عقود الأشغال العامة بخمسة عشر يوماً وترك لقاضي الموضوع التقدير في مدى كفاية هذه المدة من عدمه.

بينما المشرع السوري في المادة /٤٠/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ أوجب على الجهة العامة أن تنذر المتعاقد خلال مدة لا تقل عن خمسة أيام.

وأما في المادة /٤٨/ لعام ٢٠١٨ من قانون تنظيم التعاقدات المصري فجاءت المهلة مفتوحة لإتمام التنفيذ.

وفي اعتقادي إن ما أورده المشرعان الفرنسي والسوري من مدد، ليست كافية لإصلاح خطأ المتعاقد أو تلافي تقصيره قبل فرض الجزاء عليه، كما أنه ليس من المعقول ترك المجال مفتوحاً أمام المتعاقد المخل بالتزاماته كما جاء في القانون المصري، فحبذا لو كانت هذه المدد معقولة وبما يتناسب مع كمية الأعمال غير المنجزة أو المُقَصَّرَ فيها من قبل المتعاقد، بحيث يعود لأهل الخبرة تقدير تلك المدة.

(١) المادة /٤٠/ من دفتر الشروط العامة السوري الصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩.

(٢) المادة /٤٨/ من القانون رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ المصري.

٢ - حالات إعفاء الإدارة من إعدار المتعاقد:

هناك حالات تُعفى فيها الإدارة من إعدار المتعاقد قبل اتخاذ الجزاء التعاقدية، وهذه الحالات يمكن تقسيمها إلى مجموعتين: حالات نصّ عليها القانون، وحالات أخرى تقتضي الظروف التي يمر فيها تنفيذ العقد عدم التقيد بالإعذار والإعفاء منه.

أ - الإعفاء من الإعدار بناءً على نص:

من حالات الإعفاء من الإعدار ورود نص في العقد الإداري يقضي بإعفاء الإدارة من توجيه إعدار للمتعاقد معها في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية^(١).

إن هذا الإعفاء قد يرد في حالة اتفاق طرفي العقد على الإعفاء من الإعدار صراحة، بشرط أن يكون ذلك واضحاً دون لبس أو غموض^(٢). كأن ترد عبارة: « بدون الحاجة إلى توجيه الإعدار »^(٣). ويعد هذا الاستثناء بلا شك مظهراً واضحاً من مظاهر إعمال مبدأ الرضائية واحترام إرادة الطرفين في مجال العقد الإداري^(٤)، ومنعاً لأي خلاف حول تطبيقه^(٥)، فالغموض أو الشك في النص يفسر لصالح المتعاقد بحسبانه الطرف الأضعف في العقد^(٦).

(١) - C.E., 21 Janvier 1944, Leoni, R.D.P, 1945, P. 254.

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩. وكذلك: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٩.

(٣) - POLACK (H) Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics en cas de manquement a ses obligations, thèse Paris 1946 librairie rousseau .Paris 1958.p.56.

(٤) د. محمد سعيد أمين، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٢.

(٥) - J. LEFFAULON, Les Formalités En matière de sanction dans le contrat administratif A.J.D.A. 1974.I.p.565.

(٦) فارس علي جاتكير، مرجع سبق ذكره، ص ٨٦.

وقد يرد الإعفاء في نص تشريعي أو لائحي^(١)، أو في دفاتر الشروط، أو في نص من النصوص القانونية الأخرى^(٢).

أما في حالة عدم وجود نص على الإعفاء من الإعذار في قانون أو لائحة، أو عندما يكون النص الموجود في العقد غامضاً غير واضح، فإن العمل بالقاعدة العامة بوجوب توجيه إعذار للمتعاقد مع الإدارة يفرض نفسه كإجراء ضروري يرتب المقتضى القانوني المحق والعاقل^(٣).

وعليه، فإن النص صراحة على الإعفاء من الإعذار يجب أن يكون صريحاً وواضحاً لا ينتابه الشك والغموض، نظراً إلى النتائج المترتبة على ذلك، وحتى يأخذ بها قاضي العقد في حالة ما إذا نشأ أي نزاع بهذا الخصوص.

ب - الإعفاء من الإعذار بسبب الظروف المحيطة بالعقد:

تعفى الإدارة من توجيه الإعذار إذا اقتضت طبيعة الأشياء ذلك، فلا ضرورة لتوجيه إعذار للمتعاقد المقصر حينما يكون بدون فائدة أو جدوى، كما في حالة إعلان المتعاقد عن عدم قدرته أو رغبته بتنفيذ العقد^(٤). أو قيامه بفعل يصبح معه تنفيذ العقد غير ممكن، أو قيامه بارتكاب الغش والتدليس^(٥)، أو قيام ظروف استثنائية وغير طبيعية تتعارض مع ضرورة توجيه إعذار للمتعاقد المقصر، كالفيضانات والزلازل^(٦).

(١) د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ١٦١.

(٣) د. عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص ١٥٨.

(٤) C.E., 29 Juin 1945, Ville De Bressuire, Rec. 1945, p. 144

وكذلك: د. جمال عباس أحمد عثمان، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٥) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

(٦) د. سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٦٦٣. وبلاوي ياسين بلاوي، مرجع سابق، ص ١٠١.

ولكل دعوى ظروفها الخاصة بها التي يعود تقديرها لقاضي العقد^(١)،
فيرى الدكتور سليمان الطماوي، أنه لا ضرورة للإعذار إذا كانت الظروف
تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة، مثال ذلك تسليم المشتريات
المتعلقة بالمجهود الحربي في مواعيدها، فمجرد حلول الموعد، يعدّ بذاته
إعذاراً للمتعاقد بالوفاء^(٢).

كما لا ضرورة للإعذار عندما يتنازل المتعاقد عن عقده، وكذلك الحال
بالنسبة إلى التعاقد من الباطن من دون إذن مسبق مع الإدارة^(٣).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي عدم الفائدة والجدوى من الإعذار في
بعض الجزاءات الإدارية، كما في عقد التزام المرفق العام، فإن الجزاء
الإداري المترتب على المتعاقد المقصر في تنفيذه يكون بوضع المرفق تحت
الحراسة الإدارية^(٤).

وهو ما يراه بعض الفقه المصري بخصوص عدم ضرورة توجيه
الإنذار إلى المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته قبل وضع المرفق العام تحت
الحراسة الإدارية، ويرى أن سنده في هذا الإعفاء هو ما نص عليه القانون
المدني المصري — والذي يستثني ويعفي المدين من وجود الإعذار — إذا ما
أصبح تنفيذه غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل المدين^(٥).

(١) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٩٤.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٧.

(٣) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٥.

(٤) G. JEZE, Les contrats administratifs, *op.cit.*, p. 192

P. HUGUETTE, thèse, *op. cit.*, p. 56.

(٥) المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري والتي أشارت إلى الحالات التي يكون فيها الإعذار غير

ضروري والتي ترجع إما إلى الاتفاق أو إلى حكم القانون أو إلى طبيعة الأشياء.

للمزيد انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٣٤.

وعليه، فإنه لا فائدة من إعدار المتعاقد مع الإدارة قبل فرض الجزاء عليه في حالة توافر حالات الإعفاء من الإعدار المتفق عليها والمنصوص عليها في القانون ومن جهتنا ندعو إلى ضرورة حصر الحالات المستثناة من تطبيق قاعدة الإعدار حتى لا تتحرر الإدارة من هذا الإجراء، وتتوسع في تقدير الحالات التي تُعفى فيها من هذا الإجراء ولا سيما في بعض الجزاءات الجسيمة التي يجب تقييد الإدارة في ممارستها إلى أضيق نطاق ممكن.

ثانياً. الضوابط الموضوعية لفرض الجزاء:

هذه الضوابط تجنب المتعاقد من تحكّم الإدارة وسطوتها في اتخاذ الجزاء في مواجهته، وتقف سداً منيعاً ضد أي اختلال يُحيد بالجزاء عن المشروعية، ذلك أنه لا أحد ينكر أن التسبب أو التناسب ليس حداً تتوقف سلطة الإدارة في اتجاه الجزاء عنده، وإنما يعدّ كل منهما جزءاً لا يتجزأ من الإجراء الذي تتخذه الإدارة. وليبيان ذلك لا بد من التعرف على أحكام كل من هاتين الضمانتين، وهما: التسبب وكذلك أيضاً ضرورة اختيار جزاء يتناسب مع حجم المخالفة (عدم الغلو).

١ - تسبب الجزاء التعاقدي:

يمكن التعرف على ضمانّة التسبب من خلال تناول مفهوم التسبب وأهميته، وشروطه.

أ - مفهوم التسبب وأهميته:

يعدّ تسبب الجزاء التعاقدي ضمانّة للمتعاقد مع الإدارة، وللإدارة نفسها، فبالنسبة إلى المتعاقد، تظهر هذه الضمانة للحيلولة دون تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها المختلفة لفرض الجزاءات عليه^(١).

(١) د. عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨٣، ص ٨٣.

وبالنسبة إلى الإدارة، يقي التسبب قرارها الإداري من الإلغاء، فيما لو طعن فيه أمام قاضي العقد، ولا سيما أن القاضي عند مراقبته للقرار الإداري يستند إلى تسبب الإدارة لقرارها وفقاً لما اشترطه القانون وفيما إذا كان التسبب صحيحاً أم لا^(١).

ويقصد بالتسبب أن تقوم الإدارة بتحديد الوقائع التي دفعتها لاتخاذ القرار ومدى انطباقها مع مواد القانون^(٢). والتسبب يعني ذكر السبب الذي دفع الإدارة لاتخاذ القرار في متن القرار، وهو يختلف عن السبب بحسبانه أحد أركان القرار الإداري، والذي هو عبارة عن الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع الإدارة لاتخاذ القرار كما جاء في أحكام القضاء^(٣).

ومن ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية عندما قررت أن: « السبب في القرار هو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القرار »^(٤).

وقد ظهر التسبب في فرنسا في القرن التاسع عشر، كاصطلاح في نطاق المرافعات، ولا سيما نظرية الأحكام، ويعني : « تضمين الحكم الأسباب الضرورية التي أدت إلى وجوده »، ثم انتقل التسبب إلى المجال الإداري

(١) د. سعد محمد علي المري، نظرية الجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عام ٢٠١٠، ص ١٣٣.

(٢) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٣١٣.

(٣) د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية عام ٢٠١٢، ص ١٨٤. وفي الفقه السوري د. عبد الله طلبة، ود. نجم الأحمد، القانون الإداري، جامعة دمشق، نظام التعليم المفتوح، طبعة عام ٢٠١٣ - ٢٠١٤، ص ٢٣٣.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٩٣/٢/٢٧، مجموعة المبادئ القانونية، السنة ٣٨، الجزء ١، ص ٦٨٤.

بفضل مجلس الدولة الفرنسي^(١)، كاصطلاح يقصد به إفصاح الجهة الإدارية المختصة عن الأسباب الواقعية والقانونية التي دعتها لاتخاذ الجزاء، فطالما هناك جزاء فإن هناك أسباباً دافعة إليه، وبالتالي يجب على الإدارة الإفصاح عنها^(٢). وهذا الإفصاح ما هو إلا تعبير عن الاقتناع، والإدارة عليها أن تدلل على اقتناعها بالجزاء الذي اتخذته.

وفي ضوء ذلك يرى بعض الفقه أن إسناد سلطة الجزاء إلى جهة الإدارة لممارستها بحق المتعاقد معها بدون الرجوع إلى القضاء أمر خطير للغاية، ذلك أن احتمال جنوح هذه الجهة به أمر وارد، ولذا كان لا بد من ضمانات تحول دون إساءة هذه السلطات^(٣).

وهذا ما يدفع إلى تأييد هذا الرأي، ذلك أن التسبب في نطاق الجزاءات التعاقدية أمر واجب تمليه طبيعة تلك القرارات وخطورتها، فمن حق المتعاقد مع الإدارة الذي قد يتكبد خسائر باهظة في حال قيام الإدارة بفسخ عقده، أو توقيع غرامات تأخير عليه، أن يتبين الأسباب التي استندت إليها الإدارة في جزائها لكي يستند إليها عند تحقيق دفاعه.

(١) لم تكن جهة الإدارة ملزمة في فرنسا قبل ١١ يولييه ١٩٧٩ بتسبب قرارات الجزاء الصادرة ضد متعاقديها، وإنما كان يؤول إلى البنود العقدية إمكانية النص على هذا الالتزام. وأما بعد صدور القانون السابق الخاص بشأن تسبب القرارات الإدارية بدأ يطبق على قرارات الإدارة بتوقيع الجزاءات على متعاقديها أي كانت هذه الجزاءات، ولاسيما تلك التي توقع جزاءً صادراً عن الدولة، أو عن الهيئات المحلية، أو المؤسسات العامة بما يعني كافة القرارات الإدارية الصادرة عن مختلف الجهات الإدارية والتي تخضع لرقابة القضاء الإداري.

- السلال سعيد الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، عام ١٩٩٤، ص ١٦٨.

(٢) - M. ISAAC, La procédure administrative non contentieuse, thèse, Paris, 1966, p. 546.

(٣) د. محمد عبد اللطيف، تسبب القرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩.

وفي مصر: فإن المبدأ السائد في القانون المصري أنه لا تسبب إلا بنص، أي إن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم يلزمها المشرع بذلك. ولكن الفقه المصري رأى أنه من الواجب إلزام الإدارة بأن تقوم بتسبب قرارات الجزاء التي تفرضها على متعاقديها في مجال العقود الإدارية، وذلك حتى يتسنى لقاضي العقد بسط رقابته على الأسباب التي تستند إليها الإدارة عند إصدارها الجزاء، أسوة بما هو متبع في فرنسا^(١).

أما في سورية: فالقوانين النافذة وأحكام مجلس الدولة السوري لم تلزم الإدارة بتسبب قراراتها، ما لم يوجد نص قانوني يوجب التسبب. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا السورية في أحد قراراتها عندما قالت: «الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا أوجب عليها القانون ذلك...»^(٢).

وفي اعتقادي، إن موقف المشرع السوري وكذلك القضاة الإداريين المصري والسوري تجاهها ضماناً من أهم ضمانات التعاقد مع الإدارة ضد تعسفها وإساءة استعمال سلطتها، وتركها المتعاقد تحت رحمة الإدارة. فحبذا لو ألزما الإدارة بتسبب قراراتها قبل فرض الجزاء ليساعد قاضي العقد في بسط رقابته على صحة قراراتها ببسر وسهولة.

ب - شروط تسبب الجزاء التعاقدية:

يمكن مناقشة شروط التسبب من زاويتين: الأولى جدية التسبب وكفايته، والأخرى بيان حكم التسبب بطريق الإحالة.

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٦٠ لعام ١٩٦٠، مجموعة المبادئ القانونية - للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص ٣١٦، المبدأ ٢٥٧. وفي المعنى ذاته حكمها في الطعن رقم (٧٣) في القضية رقم ٣ لعام ١٩٦٢، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية، للأعوام ١٩٦٠ - ١٩٦٤، ص ٣١٣، المبدأ ٢٥٥.

(١) جدية التسبب وكفايته:

إن فاعلية التسبب وأهميته في نطاق الجزاءات التعاقدية لا تتوقف عند حد النظر إليه كشكل أو إجراء يجب أن يستوفيه القرار، وإنما يجب تطابقه مع الحكمة التي أدت إلى عده إجراءً مهماً.

وعليه، يجب أن يتم التسبب وفق ضوابط معينة، ومن هذه الضوابط تحديد معالم الخطأ المنسوب إلى المتعاقد مع الإدارة، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، عندما قضى بعدم مشروعية قرار الجزاء استناداً إلى واقعة أخفت الإدارة في قرارها بعضاً من معالمها فجاء قرارها غامضاً في تحديدها^(١).

وهذا يعني ضرورة أن يكون التسبب كافياً وجدياً^(٢)، فإذا جاء ناقصاً كان القرار باطلاً كما لو أنه لم يسبب^(٣). وفي إيضاح هذا الشرط ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول: "إن المقصود بالتسبب أن يحدد الحكم (أو القرار) الوقائع ومواد القانون ووجه الرأي الذي تثبته المحكمة بوضوح كافٍ يؤدي إلى منطوق الحكم منطقاً وعقلاً"^(٤).

وبعدّ القرار في حكم القرار الخالي من التسبب إذا ما اكتفى بإدراج النص القانوني من دون توضيح الأسباب التي اتخذ من أجلها^(٥).

(١) - C.E.26.7.1990. Sa. La cinque. Rec.p.17.

(٢) - C.E.21,7,1972, Talarie. A.J.D.A 1973 . p378.

(٣) د. محمد باهي أبو يونس، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٥.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٨/٢١٧٥، ق عليا، جلسة ٢٢/١١/٢٠٠٣،

مجموعة المبادئ القانونية، الجزء الثالث، عام ٢٠٠٥، ص ١٩١.

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٢٤ يونيو ١٩٥٤، المجموعة، السنة الثامنة،

ص ١٥٨٩.

وفي ذلك يرى مجلس الدولة الفرنسي أن القرار المطعون فيه، يكون غير مشروع إذا كان لا يقدم تحديداً كافياً لجسامة المخالفة المنسوبة إلى المدعي^(١).

كما يجب ألا يكون التسبب نمطياً^(٢)، فالتسبب النمطي (كما لو قالت الإدارة بناءً على مقتضيات المصلحة العامة) لا يتفق مع جوهر التسبب ويتناقض مع حكمته، فالإدارة ملزمة ببحث كل حالة على حدة، وعدم استخدام صيغة معدة سلفاً، ومن دون تحديد لطبيعة الخطأ التي تختلف من حالة إلى أخرى^(٣).

صفوة القول: على الإدارة عند فرضها لجزاء ما على المتعاقد معها أن تسبب قرارها بتوقيع هذا الجزاء، وذلك ليسهل رقابة قرارها، ومن ثم لا بد من أن يكون قرارها هذا سائغاً ومتناسقاً، بمعنى أنه يجب أن تكون الأسباب التي بني عليها مستخلصة استخلاصاً صحيحاً، وأن تكون حقيقية لا وهمية ولا صورية، تتحقق فيها الشروط والصفات الواجب توافرها قانوناً، وإلا كان قرارها باطلاً لتخلف إجراءً جوهرياً وهو التسبب.

(٢) حكم التسبب بالإحالة:

يقصد بالتسبب عن طريق تقنية الإحالة، أن تحيل الإدارة في قرارها إلى أسباب وردت في قرار آخر أو سابق أو على مذكرة تتضمن موضوعاً

(١) DEBBASCH (C). Contentieux administratif, Dalloz. Paris. 1990, p.809.

(٢) التسبب النمطي هو الذي تستخدم فيه الإدارة صيغة معينة تستعملها في كافة الحالات، كأن نقول - مثلاً- لتسويق الجزاء، إنها اتخذته لإخلال المتعاقد بتنفيذ العقد كعبارة نمطية تدرجها لكل قرار جزائي.

- C.E.27,4,1994, Moreau. D.A.1994.N381.obs.H.T.

(٣) د. سعد العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، رسالة دكتوراه، القاهرة عام ٢٠٠٥، ص ٣٥٧ وما بعدها.

مستقلاً. ولا يعد هذا التسبب سليماً، وإن كان هناك تشابه مع الحالة المحال إليها؛ لأنه من المحتمل أن يكون التشابه بين الحالتين تشابهاً ظاهرياً، وأن تكون هناك فروق دقيقة بين الحالتين^(١).

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن إرادة المشرع لا تكون قد أُحترمت عندما يكون القرار الجزائي غير متضمن بنفسه السبب، أي لا يرد السبب الذي حمل عليه القرار في صلب القرار ذاته^(٢)، وذلك كالاكتفاء بالإحالة إلى مجرد رأي أو مذكرة لم تتضمن في القرار^(٣).

وقد سارت محكمة القضاء الإداري المصرية على هذا الاتجاه، عندما قضت بأن الإحالة إلى أوراق أو وثائق أخرى لا تكفي لقيام التسبب^(٤)، بل لا تعد تسببياً مكتمل الشروط.

خلاصة القول: الجزاءات في العقود الإدارية، جزاءات شديدة الوطأة. فإذا ما أقدمت الإدارة على فسخ أحد العقود مثلاً بعد دراسة وتمحيص وسببت قرارها، فإن هذا التسبب لا يصلح لكافة الحالات المستقبلية، وإن تشابهت فيما بينها، وإنما يجب أن تكون الأسباب متعلقة بكل قرار على حده.

٢. التناسب بين الجزاء والمخالفة العقدية:

إن التناسب^(٥) في الاصطلاح القانوني هو الصلة التوافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها، نتيجتها توازن مقبول بينهما، لذا فقد جعل الفقه

(١) توميد أحمد محمد، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٥.

(٢) - C.E., 6 Mars 1949, Tramp, Rec. 1949, p. 202.

(٣) - C.E., 13 Février 1987, Marot, Rec. 1987, p. 48.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري: جلسة ١٩٥٨/١/٢٩، مجموعة المبادئ، السنة الثانية عشرة، ص ٤٧٠.

(٥) تجدر الإشارة إلى الفرق بين مصطلحي التناسب والملاءمة، فالملاءمة في نطاق الجزاءات الإدارية تعني، توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره، والأوضاع السائدة

والقضاء مبدأ التناسب من الضمانات المهمة في مجال الجزاء الإداري في العقود الإدارية. وهو ما يحقق مفهوم العدالة، وإذا كان التناسب يفرض على الجهة الإدارية مراعاة الاعتدال في الجزاء الذي تختار توقيعه على المتعاقد، فإن هذه الوظيفة تقوم على تحقيق الهدف الذي ابتغاه المشرع من العقاب العقدي، وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهذا الضمان لا يمكن تحقيقه بالشكل الذي يأمله المشرع إلا باعتدال الإدارة في ممارسة سلطاتها الجزائية، لأنه - كما تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية - إذا انطوى الجزاء على غلو بركوب الشطط في القسوة فإنما يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة ومتعاقديها، عن دخول مجال خدماتها خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة^(١).

ونظراً إلى أهمية التناسب، ومراعاة الامتيازات التي يقوم عليها، أدت بالقضاء إلى رفعه إلى مرتبة المبادئ الدستورية التي تطبق على كافة الجزاءات، بما فيها الجزاءات التعاقدية^(٢)، فيعدّ الجزاء غير مشروع إذا تضمن مخالفة جسيمة لمبدأ التناسب^(٣)، وتكمن أهميته في مواجهة تعسف

= وقت اتخاذ الملابس المصاحبة لذلك. حتى يخرج القرار ملائماً لظروف الزمان والمكان والتقدير الأخرى المختلفة، كإصداره في الوقت المناسب، وأن يكون ملائماً لمواجهة الحالة التي اتخذ من أجلها، والملاءمة بهذا التقدير صفة للقرار الإداري، يكتسبها نتيجة اتخاذه بطريقة يراعي فيها جوانب إصداره المختلفة، وتقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب. د. محمد محمود عبد العزيز، التنظيم القانوني للجزاءات الإدارية العامة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠١٣، ص ١٤٣.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٠٨٢٦، ٤٨/١١٩٦٨، ق. عليا، جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٠، مجموعة المبادئ القانونية، عام ٢٠٠٥، الجزء الثالث، ص ٢٤٨.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الطعن رقم ٨/٢٢، ق. دستورية، جلسة ١٩٩٢/١/٤، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٨٩.

(٣) د. ناصر حسين العجمي، الجزاءات الإدارية العامة في القانون الكويتي والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة عام ٢٠١٠، ص ٣٨٩.

الجهة الإدارية أو إساءة استعمال سلطتها، أو مخالفتها في توقيع جزاء لا يتناسب مع تقصير المتعاقد أو مخالفته للنصوص العقدية، فينشئ حقاً للمتعاقد في أن يلجأ إلى القضاء للطعن على قرار الجزاء^(١).

وهذا الحق مكفول قانوناً ويعدّ من النظام العام، وأي شرط في العقد يستبعده يعدّ باطلاً ولا تترتب عليه أي آثار^(٢).

ومراعاة للتناسب بين مخالفة المتعاقد والجزاء، فإنه يجب قياس درجة خطورة المخالفة بالنسبة إلى ما تمثله من اعتداء على مصلحة محمية قانوناً، وهذا يضمن ألا يتحول الجزاء من أداة إصلاح للخلل، إلى وسيلة لتهديد حقوق الأفراد وحررياتهم من غير مسوّغ^(٣).

وعلى ذلك فإن تقدير التناسب في المجال العقدي، يعتمد على قدر ما يصيب الإخلال بتنفيذ العقد من تعطيل للمرفق العام أو يضر بالمصلحة العامة أو إعاقة لانتظام سيره^(٤).

ومن متطلبات مبدأ التناسب عدم تعدد الجزاءات على المخالفة الواحدة، ومرد ذلك أن الجزاء عندما يُفرض يكون قد حقق غايته، وبالتالي فإن معاقبة المتعاقد مرة أخرى عن ذات الفعل فيه قسوة غير مسوغة وخروج على مبدأ التناسب، وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بعدم جواز الجمع بين جزاء إنهاء العقد والتنفيذ على الحساب، وذلك بقولها: إن جزاء

(١) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨٢.

(٢) د. محمد سعيد أمين، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٠.

(٣) د. محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، عام ١٩٩٦، ص ١١٤.

(٤) د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤١.

الفسخ يترتب عليه إنهاء العقد، والتنفيذ على الحساب يتطلب بقاء العقد سارياً، لذا فإنه لا يجوز للإدارة الجمع بينهما^(١).

يتضح من هذا الحكم أن المحكمة تؤكد على عدم جواز توقيع الجزاء على الفعل نفسه مرتين، وهذا يعد من المبادئ الثابتة في كافة النظم القانونية، ولا شك في أن هذا المبدأ يشمل الجزاءات التعاقدية بافتراضها من الجزاءات الردعية التي ينبغي أن تخضع لهذا المبدأ وغيره من المبادئ القانونية العامة^(٢).

يُستنتج مما سبق أن الإدارة ملزمة بتطبيق مبدأ تناسب الجزاء في العقود الإدارية، حتى ولو لم يوجد نص صريح يقره، وذلك بقياس درجة خطورة المخالفة على المصلحة العامة مع الجزاء المفترض توقيعها من قبل الإدارة على المتعاقد معها، بمعنى أن يكون تقدير التناسب بين المخالفة والجزاء بقدر ما يصيب المرفق العام من تعطيل أو إعاقة لانتظام سيره، وبقدر ما تؤثر تلك المخالفة على المصلحة والمنفعة العامة.

وبهذا تم الانتهاء من دراسة المبحث الأول، والآن سنتم دراسة بعض صور الجزاءات التعاقدية ورقابة القضاء عليها في المبحث الثاني.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٧٥٩ لسنة ٤٣. ق.ع. جلسة

٣١/١٠/٢٠٠٠، مجموعة المبادئ القانونية، السنة ٤٦، ص ٣٧.

(٢) د. محمد محمود عبد العزيز، التنظيم القانوني للجزاءات الإدارية العامة، مرجع سبق ذكره،

ص ١٤٩.

المبحث الثاني

أنواع الجزاءات التعاقدية والرقابة القضائية عليها

يترتب على إخلال المتعاقد بالتزاماته في أثناء تنفيذ العقد الإداري فرض جزاءات معينة عليه، لا تقف عند نوع واحد فقط، بل تتعدد وتتوسع، فمنها له طابع مالي يمس ذمة المتعاقد المالية^(١). وتفرض على المتعاقد مع استمرار العقد المبرم بينه وبين الإدارة، من دون أن يؤدي الأمر إلى إنهائه^(٢).

وقد تكون هذه الجزاءات على صورة جزاءات ضاغطة ومؤقتة، لا تنهي العقد، بل تحل فيها الإدارة مكان المتعاقد المقصر والمخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بالإضافة إلى الجزاءات التي تنهي الرابطة التعاقدية بالإرادة المنفردة للإدارة، والتي تسمى بالجزاءات الفاسخة أو النهائية^(٣).

ولكن عندما تملك الإدارة هذه الجزاءات، لا بد من جهة تراقب عملها وتحد من سلطتها بما يحقق نوعاً من التوازن بين سلطاتها الواسعة وحقوق المتعاقد معها. لذلك كان من الواجب إخضاع سلطتها عند فرض الجزاءات لرقابة قضائية تمثل ضماناً حقيقية وفعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة في حالة خروجها أو مخالفتها للقانون^(٤). وعلى ضوء ذلك سيتم تناول هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الجزاءات التعاقدية

(١) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢، ٣١.

(٢) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٧.

(٣) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٢، ص ٥٨١ و ٥٨٢.

د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٠٧. ود. مهند

نوح، القانون الإداري، النظام القانوني للوظيفة العامة، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٤.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها

قد تكون الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها مبالغ مالية تستحقها الإدارة مقابل الخطأ العقدي الذي ارتكبه المتعاقد، لتغطية الضرر الحقيقي الذي لحق بها من جرّاء هذا الخطأ. وقد تفرض الإدارة جزاءات لا تؤثر تأثيراً مباشراً في الذمة المالية للمتعاقد، ولكنها تهدف إلى إرغامه على تنفيذ التزاماته لتأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد، أو قد تفرض جزاءات تؤدي إلى فسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية بقرار إداري انفرادي ومن دون اللجوء إلى القضاء. وهذا ما سيتم تناوله من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية

الفرع الأول

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية

يرى بعض الفقه أن الجزاءات المالية تعويضات جزافية متفق عليها في العقد عند اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية⁽¹⁾. وتختلف عن مثيلتها من الجزاءات المالية المعروفة في قواعد القانون الخاص، والتي تطبق في مجال

(1) A. DE LAUBADERE, Traite de contrats administratifs, *op. cit.*, p. 939.

- وفي الفقه المصري: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق

ذكره، ص ٤٦١. ود. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٠.

- وفي الفقه السوري: د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره،

ص ٢٢٧. ود. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٥.

العقود المدنية اختلافاً بيناً^(١)، وتفترق عنها أيضاً من ناحية أن جهة الإدارة تمتلك فرضها مباشرة ومن دون الالتجاء إلى القضاء^(٢).

والجزاء المالي الذي يُفرض على المتعاقد من قبل الإدارة المتعاقدة إما أن يكون على شكل غرامة تأخيرية، أو أن يكون على شكل مصادرة التأمين أو على شكل تعويض عن الضرر الذي أصاب الإدارة.

وينحصر هذا النوع من الجزاءات بشكل عام في ثلاثة أنواع سيتم تناولها من خلال الآتي:

أولاً. الغرامات التأخيرية: ((Pénalités))

تعد غرامات التأخير أو غرامات الإخلال كما يسميها بعض الفقه^(٣)، من أكثر الجزاءات المالية شيوعاً، وتستخدم بكثرة في مجال العقود الإدارية، ولا سيما في حالة التأخير عن تنفيذ العقد، وتفرض على المتعاقد كجزاء عند إخلاله في تنفيذ التزامه^(٤)، بهدف التعويض عن الأضرار التي قد تصيب الإدارة بفعل خطئه.

وعليه، سيتم تناول الغرامات التأخيرية من خلال بيان مفهومها وكيفية حسابها والإعفاء منها، وفق الآتي:

(١) في حال إخلال المتعاقد بأحد التزاماته في القانون المدني، يكون الجزاء فيه على شكل تعويض عن ما فات المتعاقد من ربح إضافة إلى تعويض عن خسارته، أما في حالة إخلاله بتنفيذ أحد شروط العقد في العقود الإدارية، فإن الجزاء الذي يفرض على المتعاقد معها يكون: إما على شكل تعويض عن الضرر الذي أصاب الإدارة، أو على شكل غرامة تأخيرية أو مصادرة التأمين وتفرضها الإدارة بنفسها، من دون اللجوء إلى القضاء.

(٢) د. حسين درويش عبد العال، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العدالة، أبو ظبي، العدد ١٧، السنة ٥ يناير، ١٩٧٨، ص ٢٣.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٠.

(٤) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٨.

١ - مفهوم الغرامة التأخيرية:

تسمى هذه الغرامات بالتأخيرية، لأن الإدارة تلجأ إليها عندما يتأخر المتعاقد في تنفيذ عقده، ولبيان هذا المفهوم، سوف نقوم بتعريف الغرامة التأخيرية أولاً، ومن ثم نتعرف على خصائصها وشروطها ثانياً.

أ - تعريف الغرامة التأخيرية:

تباينت آراء الفقهاء حول تعريف محدد للغرامات التأخيرية :

فعرّفها كل من "paul duez" et "Debyre Guy" بأنها: « تعويض جزافي محدد في العقد، ولا مصدر لها سوى نصوص العقد نفسه، ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر»^(١).

وعرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها: « مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، ولا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الجزاءات لا يكاد يخلو منها عقد إداري»^(٢).

كما عرفها الدكتور سعيد نحيلي والدكتور عيسى الحسن بأنها : « تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعها الإدارة على المتعاقد عند إخلاله بالتزامات عقدية معينة، وخاصة عند التأخير في التنفيذ»^(٣).
ويلاحظ من التعريفات السابقة أنها تنطلق من كون الغرامة التأخيرية تعويضاً جزافياً محدداً في العقد، تفرضها الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر. وتستحقها الإدارة تلقائياً بمجرد وقوع الإخلال من جانب المتعاقد معها.

(١) P. DUEZ, et G. DEBYRE, Traite de droit Administratif, PUF, Paris, 1962, p. 906.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٢.

(٣) د. سعيد نحيلي. ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٧.

ويمكن تعريف الغرامات التأخيرية بأنها مبالغ مالية، تقدر سلفاً عند التعاقد وقبل التوقيع على العقد، وتفرض على المتعاقد الذي يخل بتنفيذ التزاماته العقدية ضمن المهل المحددة وذلك بقرار إداري انفرادي.

فما خصائص غرامة التأخير؟ وما شروط فرضها؟

ب - خصائص الغرامة التأخيرية وشروطها:

(١) خصائص الغرامة التأخيرية:

تمتاز غرامة التأخير بخصائص عدة تفرّقها عن غيرها من الجزاءات التعاقدية الأخرى. وفيما يأتي شرح لأهم خصائص الغرامة التأخيرية :

المرونة : هذا يعني أن تحصيلها منوط بتقدير الجهة الإدارية^(١)، التي تستحصلها بموجب قرار إداري تصدره بإرادتها المنفردة^(٢)، ومن دون الحاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار قرار بذلك^(٣). ولكن لا بد من إفصاح الإدارة عن إرادتها في فرض تلك الغرامة بقرار واضح منها. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها عندما قضت فيه أنه: «.. إن كانت للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه، ولا بد من صدور قرار إداري بتوقيع غرامة التأخير..»^(٤).

وما أكدته أيضاً محكمة القضاء الإداري السورية عندما جاء في أحد أحكامها: «..إن اقتضاء الغرامات الناجمة عن تأخير المتعهد منوط بالجهة

(١) د. عبد الله نواف العنزي - مرجع سبق ذكره - ص ٤٧.

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين - مرجع سبق ذكره - الكتاب الثاني - ص ٥٦٩.

(٣) مطيع الجبير، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦٥.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٧/٢٤٥ ق. عليا تاريخ ١٢/١٢/١٩٨٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٨٧ - المبدأ ٣١ - ص ٧٨.

الإدارية المتعاقدة... فلها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد...»^(١).

يتبين من هذه الأحكام أن الغرامة لا تستحق على المتعاقد بمجرد حدوث التأخير، بل لا بد من إفصاح الإدارة عن إرادتها في فرض تلك الغرامة بقرار واضح منها. ولكن ما يجري في الواقع مخالف لمذهب القضاء في كلا البلدين (مصر وسورية) إذ المعمول به أن غرامة التأخير تتحقق بمجرد التأخير في تنفيذ العقد، لذلك من الأفضل أن تقوم الإدارة بإصدار قرار إداري بفرض غرامة التأخير، حتى يكون المتعاقد على بينة مما يفرض عليه من غرامات، فلا يفاجأ بتراكم الغرامات عليه، أو إلزامه بغرامات لم يكن على علم بها، مما قد يؤثر في سير المرفق العام.

- التلقائية : تتميز غرامة التأخير بأنها جزاء تلقائي، بمعنى أنها تطبق بصورة مباشرة بمجرد التأخير، بمقتضى قرار إداري^(٢)، ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار^(٣)، وتقرض حتى ولو لم يلحق الإدارة أي ضرر، إذ إن الضرر هنا مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، كما أن المتعاقد لا يعفى منها إلا

(١) حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ١٣١ في القضية رقم ١٥٦ لسنة ١٩٧١، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإدارية السورية لعام ١٩٧١، ص ١٣١.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية مرجع سبق ذكره، ص ٥١٧. ننوه هنا في هذا الخصوص، إلى أنه يجب التفريق بين استحقاق الغرامة، والمطالبة بها، فالاستحقاق في ذاته تلقائي بمجرد حصول التأخير ولا يجوز التنازل عنه، بينما المطالبة بها فعلٌ يعود لتقدير الإدارة ورغبتها، من عدمها في إعفاء المتعاقد منها.

(٣) سعيد باخبيزة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٨-٢٠٩. وهنا يرى أنه من المستحسن إنذار المتعاقد بما تعترمه الإدارة عند فرض الجزاء عليه، لأن هذا الإجراء وإن لم يكن التزاماً على الإدارة، إلا أنه مع ذلك يحول دون الاستمرار في التأخير والإبطاء من قبل المتعاقد ويحفزه للسرعة في تنفيذ التزاماته.

إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل الإدارة نفسها^(١)، ويعود إلى قاضي العقد ولاية الفصل في هذه المسألة ويختلف جزاء فرض غرامة التأخير في فرنسا عنه في مصر وسورية.

ففي فرنسا تلزم الإدارة قبل فرض جزاء الغرامة على المتعاقد المقصّر بإعذاره^(٢)، أما في مصر وسورية، فلا تلزم الإدارة بإعذار المتعاقد المقصّر عند استحقاق غرامة التأخير، ففي حكم لمجلس الدولة المصري قضى بأن غرامة التأخير تستحق بمجرد انتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة إلى التنبيه باستحقاقها^(٣). وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا السورية جاء فيه: إن الإدارة لا تحتاج عند فرض غرامة التأخير على المتعاقد الذي تأخر في تنفيذ التزاماته إلى إعذاره^(٤). وهذا ما أكدته المرسوم التنظيمي رقم ٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة في سورية لعام ٢٠٠٤ في المادة (٤١) منه^(٥).

وبناءً على ما سبق يلاحظ أن إرادة المشرع والقضاء في كل من مصر وسورية قد توافقت فيما بينهما إلى حد كبير بهذا الخصوص، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم الإدارة المتعاقدة بإعذار المتعاقد معها قبل فرض جزاء الغرامة عليه. ومن نافلة القول: إن الغرامة التأخيرية تتميز بالتلقائية

(١) د. محمد عبد العال السناري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٤.

(٢) - G. JEZE (GASTON), les principes Generux du Droit Administratif, op .cit., p. 303.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١١٦٣ تاريخ ١٢/٢٣/١٩٧٢، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٧٢، الجزء الثاني، ص ١٤٣.

(٤) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٩١/ لعام ١٩٧١، موسوعة العقود، العميد صبحي سلوم، ص ٣١٠.

(٥) نصت المادة ٤١/ من المرسوم التنظيمي رقم ٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية لعام ٢٠٠٤ على أنه: « إذا تأخر المتعهد عن إنجاز الأعمال المطلوبة منه... ولم يتم بتسليمها للجهة العامة تسليماً مؤقتاً خلال المدة المحددة... تفرض عليه غرامة مالية... كل ذلك دون الحاجة لأي إخطار أو إذار لأن مجرد التأخير يعتبر قائماً مقامها ».

بخلاف بقية أنواع الجزاءات، التي لا تشترط بالضرورة أن يتم الإعذار المسبق للمتعاقد قبل فرضها، وما ذلك إلا تطبيقاً لفلسفة الجزاء الإداري الذي يهدف إلى تأمين سير المرافق العامة، فضلاً عن أن غرامة التأخير من تستحق دون حاجة إلى صدور حكم من القضاء لفرضها^(١).

- الطابع اتفاقي: هذا يعني أن غرامة التأخير تتحدد مسبقاً في بنود العقد الإداري، على أن يتم التحديد وفق إرادة المشرع، أي أن تنظيم فرضها ومقدارها يتم وفقاً لنص قانوني^(٢)، بحيث إذا خلا العقد من تحديد قيمة غرامة التأخير لا تستطيع الإدارة مطالبة المتعاقد بقيمتها^(٣). ففي هكذا حالة تلجأ الإدارة إلى فرض الجزاءات الأخرى كمصادرة التأمين أو فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد^(٤). كما لا يمكن رفع الغرامة إلى مبلغ أعلى من القيمة المحدد في العقد، حتى ولو كانت قيمة الضرر تزيد عن المبلغ المحدد فيه^(٥)، وفي المقابل ليس من حق المتعاقد أن يطالب بإنقاص قيمتها عن المعدل المنصوص عليه في العقد بحجة أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلي الناتج عن تأخيرها^(٦). ولا بد من الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع في الدول محل المقارنة، قد قنن أحكام غرامات التأخير بدقة، بحيث يتم توقيعها طبقاً للنسب والحدود المنصوص عليها قانوناً^(٧).

(١) د. عزيزة الشريف، مرجع سبق ذكره، ص ١٦١.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٨.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٩.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٧.

(٥) د. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥.

(٦) C.E., 3 mai 1944- Rousteau- R.D.P. 1946. P.788.

(٧) حسب نص المادة ٤٨/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري — يجب أن لا يتجاوز مجموع الغرامة الـ (١٥%) بالنسبة إلى عقود المقاولات و ٤% بالنسبة إلى عقود التوريد.

الخلاصة أن غرامة التأخير ذات طبيعة اتفاقية، تفرض بنسب محددة عن مدد محددة، وهي ملزمة للإدارة المتعاقدة، بمعنى أن النص على مقدارها في العقد يغل يد الإدارة في تغييرها حتى ولو نتج عن التأخير ضرر يزيد على مقدار الغرامة المحددة في العقد. كما أن إغفال الإدارة عن النص صراحة في العقد عليها، إنما يعبر عن رؤيتها الخاصة، ومن ثم فإنها تتحمل المسؤولية كاملة في حالة ما إذا تبين لاحقاً أن ذلك قد نتج عن إهمالها.

(٢) شروط الغرامة التأخيرية:

لكي يكون لجهة الإدارة الحق في فرض الغرامة التأخيرية على المتعاقد معها، لا بد من أن تتوفر شروط معينة، لتستطيع الإدارة ممارسة هذه السلطة واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، ومن أهم هذه الشروط:

- وجود نص في العقد يعطي الإدارة الحق في فرضها: غرامة التأخير جزاء عقدي بحت، لا مصدر لها سوى نصوص العقد ذاته، ولأن الغرامة شرط عقدي، فإن كلاً من طرفي العقد يستطيع أن يتمسك به إزاء الآخر^(١).

وخلو العقد من النص على الغرامة، لا يجيز للإدارة فرض العقوبة على المتعاقد معها^(٢).

- وفي المادة /٥٠/ من القانون رقم /٥١/ سنة ٢٠٠٤ السوري - يجب ألا يزيد مجموع غرامات التأخير عن /٢٠٪/ من القيمة الإجمالية للعقد.

- وفي فرنسا تنص المادة /١/٢٠ من كراسة الشروط العامة الإدارية (C.C.A-G) على أنه في حالة التأخير في تنفيذ الأشغال أو جزء منها عن الموعد المحدد توقع غرامة يومية بنسبة (نصف من الألف) من إجمالي قيمة الاعمال أو قيمة الجزء المتأخر منها. ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

Art 20,4 du C.C.A-G 1976. "les samedis, les dimanches et les jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des penalties et des primes"

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٥.

(٢) د. ماهر أبو العينين، مرجع سبق ذكره، ص ٥٩٤.

وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر وسورية^(١). غير أن بعض الفقه يرى عدم ضرورة إدراج شرط الغرامة على بنود العقد كشرط لفرضها من قبل الإدارة، معللاً وجهة نظره بإمكانية الإدارة في عدم النص عليه في العقد في حال تأخر المتعهد في تنفيذ التزامه.

بيد أن عدم إدراج نص في العقد حول غرامة التأخير لا يعني تساهل الإدارة أو تنازلها عن المدد المحددة في العقد لإنجاز موضوع التعهد. بل بإمكانها اللجوء إلى قاضي العقد للمطالبة بالأضرار الناجمة عن العقد. وعلى الرغم من جدية هذا الرأي، فإن الواقع العملي لجميع العقود يشير إلى أهمية إدراج النص حول غرامات التأخير في العقد.

- تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد: للإدارة سلطة فرض جزاء غرامة التأخير على المتعاقد معها بمجرد تأخره عن تنفيذ العقد، حتى وإن لم يترتب على ذلك أي ضرر للإدارة، ومن دون حاجة إلى إنذار أو أي إجراءات قضائية. فخطأ المتعاقد يكمن في عدم التزامه بالمواعيد المتفق عليها، أي إن تأخره في تنفيذ العقد أساس استحقاق الإدارة للغرامة التأخيرية، وبمفهوم المخالفة فإنه لا مجال لفرض غرامة التأخير، إذا لم يحصل تأخير في تنفيذ المتعهد لالتزاماته العقدية، مع التأكيد على أن التأخير يجب أن يكون قد حصل لأسباب تتعلق بالمتعهد نفسه، لتقاعسه وإهماله وغير ذلك من صور.

- الضرر: تستحق الغرامة التأخيرية المحددة في العقد لمجرد تحقق سببها، ألا وهو حصول الضرر. والضرر هنا مفترض بقريضة قاطعة لا تقبل إثبات

(١) - C.E., 10. Février 1971. Bonnet. Rec.p1104-A.J.DA.1971.P.368.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٦٨١٧، سنة ٤٨ ق.ع، تاريخ ٢٠٠٩/٧/٢١، غير منشور.

- حكم محكمة القضاء الإداري في سورية رقم ١٩١ في القضية رقم ٢٨١ لعام ١٩٧١، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة القضاء الإداري السوري لعام ١٩٧١، ص ١٤٢.

العكس، وفي أعمال المرفق العام يكون الضرر دائماً مفترضاً لمجرد التأخير عن تنفيذ العقد^(١). وإثبات تحقق الضرر ليس شرطاً لاستحقاق الغرامة، كما أنه ليس للمتعاقد أن يتحمل من دفعها بحجة أن المرفق العام لم يصبه أي ضرر نتيجة تأخره عن تنفيذ العقد^(٢). وهذا ما سار عليه القضاء الإداري في فرنسا^(٣) وسورية^(٤).

وعليه، فإن الغرامة التأخيرية هي جزاء عقدي، اتفاقي، لا بد من النص عليه في العقد، ومن ثم تملك الإدارة الحق في فرضها على المتعاقد المقصر إذا تأخر في تنفيذ التزاماته، ومن دون حاجة إلى إثبات للضرر، وكذلك من دون حاجة إلى إنذار.

٢. كيفية حساب الغرامة واقتضاؤها والإعفاء منها:

تعد غرامة التأخير من الجزاءات المألوفة في العقود الإدارية، والنص عليها في العقد لا يكفي، بل لا بد من صدور قرار إداري صريح بفرضها، وتنظيم مقدارها ونسبها، وطرق اقتطاعها، وغالباً ما تتضمن التشريعات المنظمة للعقود الإدارية عدداً من النصوص القانونية التي تتكفل معالجة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٨٦٦ لسنة ١١١ ق جلسة ١٩٦٩/١١/٨، غير منشور. وفي المعنى ذاته فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصري رقم ٨٤٥، جلسة ١٩٦٥/٩/٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع مجلس الدولة في عشر سنوات - ص ١٩٧٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٦٠ و ٢٦٧ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧٠/٣/٢١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠، ص ١٨٨٤.

(٣) C.E.22.Feb 1952. Societe pour L exploitation procedes sngrand R.P 1952.p.527

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٨٩/ لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص ٢٠١.

تقديرها واحتسابها. وعليه، فإن الكيفية التي تمت بها معالجة تحديد واحتساب غرامة التأخير تختلف في الدول محل المقارنة:

ففي مصر، أعطى المشرع المصري للجهة الإدارية المتعاقدة الحق في فرض غرامة التأخير في مقاولات الأعمال بما لا يتجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (١٠%) من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (١٠%) من المدة الكلية للعملية، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (١٥%) إذا جاوزت مدة التأخير ذلك. وفي باقي العقود بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (٣%) من قيمة العقد إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (١٠%) من المدة الكلية للعقد، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (٥%) إذا جاوزت مدة التأخير ذلك^(١).

بينما في سورية، أعطى المشرع للإدارة الحق في فرض غرامات التأخير على ألا تصل الغرامة اليومية عن (٠,٠٠١) من القيمة الإجمالية، وشريطة أن لا يزيد مجموع غرامات التأخير عن ٢٠% من القيمة الإجمالية للتعهد^(٢).

أما في فرنسا فكان الوضع مختلفاً عما عليه في مصر وسورية فقد حددت المادة (١/٢٠) من كراسة الشروط العامة الإدارية (C.C.A-G) نسبة غرامة التأخير (نصف في الألف) من إجمالي القيمة إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك^(٣).

ومن خلال استعراض موقف المشرع في الدول محل المقارنة، فيما يتعلق بتحديد مقدار غرامة التأخير، نجد أن المشرع الوطني في كل دولة اتبع أسلوباً مغايراً عن الأسلوب الذي اتبعه المشرع الآخر. فبالنسبة إلى

(١) المادة ٤٨/ من القانون ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٢) المادة ٥٠/ من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

(٣) Art 20-4 .du .C.CA.G. 1976 "les samedis, les dimanches et. les jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des penalties des primes"

المشرعين المصري والسوري، صحيح أن كليهما وضع حدين أدنى وأعلى لنسب غرامة التأخير، إلا أن المشرع السوري جعلها شاملة لجميع أنواع العقود، على خلاف نظيره المصري الذي ميز بين عقد المقاولات (أي عقد الأشغال العامة) وباقي العقود، وحدد لكل منها نسبته الخاصة به، وحبذا لو أن المشرعين حددا النسبة لكل نوع من أنواع العقود على حدة، وحسب أهمية ومدى ارتباطه بالمرفق العام، وذلك تجنباً لمخاطر التأخير في تنفيذها مما قد يؤثر في سير المرفق العام ومن ثم في المصلحة العامة.

أ - اقتضاء غرامة التأخير:

هناك طرقاً عدة تمكن الإدارة من تحصيل غرامة التأخير وتعد هذه الطرق في منزلة ضمانات للإدارة تستطيع من خلالها الحصول على مبلغ الغرامة من دون اتباع الإجراءات القضائية، ومن أهم هذه الطرق:

(١) اقتضاء مبلغ التأمين النقدي:

هو عبارة عن المبلغ الذي أودعه المتعاقد مع الإدارة بهدف تحصيل الغرامات التي تفرض عليه في حالة مخالفته لالتزاماته^(١). والتأمين المقدم من المتعاقد قد يكون تأميناً مؤقتاً أو نهائياً^(٢)، وهو في الحالتين لا يتخذ شكلاً معيناً. كما يمكن أن يكون مبلغاً يدفع نقداً كما يمكن أن يكون شيكاً، أو خطاب اعتماد، أو خصماً من مستحقات المتعاقد لدى الإدارة^(٣).

(١) د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢٦.

(٢) توميد أحمد محمد، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٣٧٨ ق. عليا تاريخ ١٩٩٧/٣/٤.

الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، ص ٩٦.

وفي المعنى ذاته، حكمها في الطعن رقم ٤٤/٣٥٤٧ ق، عليا تاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣١ مجموعة

المبادئ القانونية، هيئة قضايا الدولة، عام ٢٠٠٥، ص ٨٢٢. وأيضاً: حكمها في الطعن رقم

٥٢٧١ لسنة ٤٦ ق، عليا تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٢٨، المجموعة عام ٢٠٠٦، ص ٣٨٨.

وعليه، فإن للجهة الإدارية وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد أن تقوم بخضم قيمة غرامات التأخير التي استحققت لها من المتعاقد معها من قيمة الكفالة البنكية المقدمة منه، ضماناً لتنفيذ العقد.

ويعتقد الباحث أنه من الصواب أن تكون قيمة مبلغ التأمين الذي تحدده الإدارة عالياً، وذلك من أجل تحصيل مستحققاتها من المتعاقد حال إخلاله بتنفيذ التزاماته، خصوصاً عندما يكون الإخلال جسيماً، كما أنه من الصواب أيضاً أن تستوفي الإدارة قيمة غرامات التأخير من التوقيفات المالية التي تحبسها لديها للتنفيذ عليها في حال إخلال المتعهد بالتزاماته التعاقدية.

(٢) خطاب الضمان:

يمثل خطاب الضمان الطريقة الثانية من طرق تحصيل الغرامات، وخطاب الضمان هو في منزلة تعهد من أحد البنوك يصدره ويتعهد فيه بدفع مبلغ نقدي معين عند أول طلب يقدم إليه من المستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه خلال مدة معينة، لكنه إذا تم تحديد هذا الخطاب بمدة معينة، فإنه يجوز للإدارة طلب تجديد هذه المدة إلى مدة أخرى، وللبنك الموافقة على هذه المدة أو رفضها، وفي حالة الرفض، عليه إخطار جهة الإدارة في وقت مناسب ليتسنى لها المطالبة بأداء التأمين نقداً^(١).

وهنا يجب التنويه إلى أن خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين النقدي، إلا أنه أداة ضمان فقط، وليس أداة وفاء، ومن ثم لا يجوز الحجز على قيمة خطاب الضمان المشار إليه^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٤٥ ق.ع جلسة ٢٠/١١/٢٠٠١، مجلة المحامون في جمهورية مصر العربية، العدد الثالث، عام ٢٠٠٣، ص ٢٩٨.

(٢) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٦.

(٣) حق الحبس (الحجز):

بموجبه يجوز للإدارة المتعاقدة احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وآلات وأدوات... لاقتضاء غرامة التأخير، كما يحق لها الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل، ضماناً لحقها، ولها الحق في أن تبيعها من دون أدنى مسؤولية من جراء هذا البيع^(١).

وأعتقد أن الإدارة عندما تقوم باستيفاء حقها من الغرامات التأخيرية، فهي تقوم بذلك استناداً إلى حقها بالتنفيذ المباشر، ولها أن تتخذ إجراءات الحجز والبيع الإداري وفق القانون، كما أن الإدارة تملك سلطة تقديرية عند اختيارها طريقة تحصيل المستحق لها من غرامات، شريطة ألا ينص العقد على طريقة محددة، فعندها لا يمكن للإدارة العدول عنها إلى غيرها.

ب - الإعفاء من غرامات التأخير:

من المتفق عليه فقهاً وقضاً وتشريعاً في الدول محل المقارنة، أن الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطة تقديرية في مجال إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير كلياً أو جزئياً، إذا ما قدرت أن لذلك محلاً^(٢).

ومع ذلك هناك حالات وجوبية يتعين على الإدارة في حال تحقق إحداها إعفاء المتعهد من غرامات التأخير، وهذا ما يسمى الإعفاء الوجوبي. وعليه فالإعفاء إما أن يكون وجوبياً على أساس أن الإدارة هي السبب في تأخير تنفيذ العقد، أو كان عدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة، وإما أن يكون جوازياً، يعود إلى الإدارة لما لها من سلطة تقديرية للظروف التي ترافق تنفيذ العقد، فلها أن تعفي المتعاقد، أو لا تعفيه.

ومن أهم حالات الإعفاء:

(١) د. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سبق ذكره، ص ٧٦.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢٧.

(١) القوة القاهرة:

تعدّ القوة القاهرة من أبرز أسباب الإعفاء من غرامة التأخير^(١)، ويقصد بها في هذا المجال كل عذر قهري غير متوقع يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه، وقد يكون من فعل الطبيعة أو خطأ إنساني^(٢). فوجود القوة القاهرة غير المتوقعة يكون التأخير قد حدث لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين^(٣).

ففي فرنسا تعدّ القوة القاهرة سبباً لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من الغرامة في حالة تأخره عن تنفيذ العقد^(٤).

وفي مصر، ألقى المشرع المتعاقد من الغرامة إذا ثبت أن سبب التأخير كان خارجاً عن إرادته^(٥).

وكذلك في سورية، يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها، وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة^(٦).

وعليه، يبدو أن قواعد وأحكام الإعفاء من غرامة التأخير لهذا السبب، جاءت متناغمة في الدول المعنية بالمقارنة وكأنها مشكاة واحدة وعلى كافة الأصعدة، فقهاً وقضاً وتشريعاً.

(١) د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تنفيذ العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام ٢٠٠٢، ص ٩٦.

(٢) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥.

(٣) محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد عام ١٩٩١، ص ١٦٢.

(٤) C.E., 14.juin 1961, Daudiez, p. 1092.

(٥) المادة ٤٨/ من القانون رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٦) المادة ٥٣/٥٣/ فقرة ب/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

(٢) إذا تم التأخير بسبب من الإدارة المتعاقدة ذاتها:

قد يكون تأخير المتعاقد في تنفيذ التزامه التعاقدى بسبب الإدارة ذاتها، سواء كان بطلاً من جانبها، أو نتيجة لفعل مشروع من قبلها^(١)، وفي هذه الحالة تقضي قواعد الإنصاف والعدالة أن يعفى المتعاقد من غرامة التأخير.

ويقضي مجلس الدولة الفرنسي بأن من أفعال الإدارة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير، تأخرها في تسليم المتعاقد صور المخططات والتصاميم اللازمة لبدء تنفيذ العقد^(٢)، أو تأخرها في تسليم موقع العمل^(٣).

وفي مصر، قررت المحكمة الإدارية العليا، أنه: « يعفى المتعاقد من غرامة التأخير إذا ثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع ... إلى إخلال جهة الإدارة المتعاقد معها... »^(٤).

وأما في سورية فقد كان الوضع مختلفاً بعض الشيء عندما أعفت المادة ٥٣/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتعهد من غرامات التأخير بسبب من الجهة العامة المتعاقدة، والجهات العامة الأخرى^(٥). وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا السورية في عدد من أحكامها، وعللت ذلك بأن الدولة

(١) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، دون مكان نشر عام ١٩٨٩، ص ١١٢. وكذلك د. منصور إبراهيم العتوم، مرجع سبق ذكره، ص ٣٧١.

(٢) - C.E.2.7.1912. Rec.p770. - C.E.9.4.1954. R.D.P.1954. p.835.

(٣) - C.E.11 12.1963. R.D.P.1964. P. 735.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٣١/٢٥٥١ تاريخ ١٩٨٩/٥/٣٠، مجموعة القواعد التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٨٩، ص ١٢٨. وفي المعنى نفسه أيضاً: فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في= ٢٠٠٢/٥/٨، ملف رقم ٤١٦/١٨/٣١. وأيضاً- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١١٩٨٦ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٢٠٠٧/١/١٦، الدائرة الثالثة، غير منشور.

(٥) المادة ٥٣/ فقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

بكل مؤسساتها كل لا يتجزأ، فإذا تسببت إحداها بتأخير تنفيذ عقد ما، عاد أثر ذلك على المؤسسات جميعاً^(١).

ويبدو أن المشرع والقضاء السورييين كانا أكثر عدالة وإنصافاً للمتعاقد من نظيرهما المصري، عندما أخذوا بمبدأ وحدة الجهة العامة، وعدا التأخير الواقع من المتعاقد مسوغاً لإعفائه من الغرامة بسبب الجهة المتعاقدة أو الجهات العامة الأخرى. في حين أن القضاء الإداري المصري قصرها على الجهة المتعاقدة فقط. وهذا يعني أنه لو وقع الحادث المفاجئ من قبل إدارة أخرى غير الجهة المتعاقدة، تطبق عندئذ نظرية الظروف الطارئة، بعكس ما لو وقع من قبل الإدارة المتعاقدة، فعندها تطبق نظرية فعل الأمير، ولا يخفى على المتتبع المختص اختلاف آثار كل من النظريتين من حيث أدلة الإثبات وقيمة التعويض.

(٣) الإعفاء الإداري من الغرامة:

قد تقوم الإدارة المتعاقدة بما تملكه من سلطة تقديرية بإعفاء المتعاقد من الغرامة التأخيرية، كلياً أو جزئياً^(٢)، ووفقاً لما تراه في سبيل تحقيق المصلحة العامة^(٣). وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في عدد من أحكامه، على حق الإدارة في صرف النظر على فرض الغرامة المنصوص عليها في العقد، ورأى أن فرض الغرامات ليس ملزماً للإدارة، إذ يجوز لها فرضها، كما يجوز لها التنازل عنها صراحة أو ضمناً^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢١٠، قرار ٦٢ لعام ١٩٧٥، المجموعة، ص ٣٨٦. وفي المعنى نفسه: حكمها في الطعن رقم ٢٩١ لعام ١٩٨٢، مصباح المهاني، ص ٢٤٣.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٦٨ وما بعدها.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٤) C.E., 28 Oct 1953, société comptoir des Textiles, R.D.P.1954, p. 198.

وفي مصر، أعطى المشرع للسلطة المختصة الحق في إعفاء المتعاقد من مقابل التأخير جزئياً أو كلياً إذا لم ينتج عن التأخير ضرر. ويجوز للسلطة المختصة استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة إذا ارتأت ذلك^(١).

كما أن المحكمة الإدارية العليا في مصر تسلم بأن فرض الغرامة التأخيرية متروك لجهة الإدارة، لما لها من سلطة تقديرية في هذا المجال بقولها: «... إذا قدرت أن لذلك محلاً، ولم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير...»^(٢).

أما في سورية، فكان الوضع مختلفاً بعض الشيء عما عليه في مصر وفرنسا، إذ نظم المشرع إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير، في حالات تحدد بقرار من الوزير المختص تبعاً لماهيتها^(٣).

وهنا يبدو أن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً من نظيره السوري، عندما أجاز للسلطة المختصة استطلاع رأي إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة، في حين أن المشرع السوري حصر أمر الإعفاء بالوزير، وفي حالات محددة يعود أمر تقديرها له، لا سيما وأن إدارة الفتوى هيئة مستقلة عن المتعاقدين. بينما الوزير المناط به أمر تقدير الإعفاء هو طرف في التعاقد، فكان حرياً بالمشرع السوري عدم منح الوزير هذه السلطة الواسعة، وأن يسلك مسلك نظيره المصري وعرض مثل هذه الحالات على إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة السوري لإبداء رأيها، بدلاً من أن يبقى الأمر بيد السلطة التنفيذية ممثلة في الوزير المختص.

(١) المادة ٤٨/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٣٧٢٧ لسنة ٥٠ ق.ع. جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٧ حكم غير منشور.

(٣) المادة ٥١/ فقرة ب/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

خلاصة القول: إن المشرع والقضاء الإداري في الدول المعنية بالمقارنة يسلّم بحق الإدارة في فرض جزاء الغرامة التأخيرية على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك بقرار صادر بإرادتها المنفردة، ومن دون إثبات الضرر الذي لحق بها، وتستحق الغرامة على المتعاقد بمجرد وقوع المخالفة.

ثانياً - مصادرة التأمين (Saisie de cautionnement) :

يعد جزاء مصادرة التأمين من الجزاءات المالية التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد معها عند تقصيره في تنفيذ التزاماته، وللإلزام بهذا الجزاء سيتم التطرق إلى مفهومه وطبيعته القانونية.

١ . مفهوم مصادرة التأمين:

لمعرفة مفهوم جزاء مصادرة التأمين لا بد من التعريف بالتأمين أولاً، ومن ثم بيان أنواعه ثانياً.

أ - التعريف بالتأمين:

التأمين مبلغ من المال يمثل نسبة من قيمة العقد، يقوم المتعاقد بإيداعه لدى الإدارة كمقدمة أساسية لإبرام العقد^(١).

وعرّفه الفقه والقضاء، بأنه عبارة عن ضمان لجهة الإدارة تتوقى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءته المالية لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره^(٢).

(١) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ١٠١. وأيضاً : فارس علي جانكير، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

(٢) د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، عام ١٩٩٣، ١٩٩٢، ص ٣٣٥. وأيضاً: د. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٩٧. ود. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤٩.

وقد تتخذ بعض التأمينات شكل رسوم مالية، بحيث تمثل جزءاً من قيمة استعمال أدوات المرفق، كما هو الحال في عقد التزام المرفق العام وعقود الأشغال العامة، عندما يقوم المتعاقد مع الإدارة بإعارة أو استئجار بعض الأدوات الضرورية من أجل تنفيذ عقد المقاول، والاحتفاظ بها بقدر قيمة مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة، وذلك بمنزلة تعويض عن اندثار تلك الآلات^(١).

وعليه، فإن مصادرة التأمين هي بمنزلة تعويض للإدارة في حالة تقصير المتعاقد معها في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، حتى ولو لم تصب الإدارة بأي ضرر.

ب - أنواع التأمين:

التأمينات التي يقدمها المتعاقد نوعان : تأمينات أولية (مؤقتة)، وتأمينات نهائية، وهو ما سيتم التطرق إليه من خلال الآتي:

(١) التأمينات الأولية أو المؤقتة: تدفع من قبل المتقدم بالعطاء عند تقديمه به، وقبل رسو العطاء عليه، وذلك لضمان مدى جديته بالعطاء، والمساواة بين المتنافسين، وعادة ما يكون ذا نسبة قليلة بالمقارنة مع قيمة العطاء موضوع التعاقد^(٢). والجهة الإدارية المتعاقدة هي من تحدد عادة نسبة أو مبلغ التأمين الأولي (المؤقت) ضمن شروط الإعلان، وتختلف هذه النسب في الدول محل المقارنة ما بين دولة وأخرى.

= وفي القضاء : حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ ق. جلسة ١٩٩١/٧/٧، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٩١، ص ٢٧٣.

(١) د. مورييس نخلة، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٦. وأيضاً: د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة عام ٢٠٠٣، ص ١٨٢.

(٢) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٥.

ففي مصر مثلاً، حدد القانون نسبة التأمين المؤقت في عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال بنسبة (١,٥%) لعمليات شراء العقارات أو استئجارها، وأما بالنسبة إلى عمليات بيع وتأجير المنقولات والعقارات والمشروعات والترخيص بالانتفاع فيتم تحديد مبلغ التأمين المؤقت حسب طبيعة وأهمية المزايدة^(١).

وفي سورية، حدد القانون نسبة التأمينات الأولية بـ (٥%) من القيمة التقديرية للكشف التقديري المعد من قبل الجهة العامة، أو بمبلغ مقطوع عند عدم وجود كشف تقديري^(٢).

وأما في فرنسا، فإن مبلغ الكفالة يجب أن لا يتجاوز عموماً الـ (٣%) من مبلغ الصفقة الأساسي^(٣).

يبدو مما سبق أن المشرع في الدول محل المقارنة حدد نسبة التأمين المؤقت للجهة الإدارية، على الرغم من اختلاف النسبة المئوية فيما بينها، مع ملاحظة الاختلاف بين المشرعين المصري والسوري فيما يتعلق بمكان ذكر نسبة التأمين المؤقت، إذ قصرها المشرع المصري فقط في الإعلان، بينما أوجب المشرع السوري تحديدها في دفتر الشروط الخاصة والإعلان^(٤). وبعض الدول أجازت إنقاص التأمينات المؤقتة والإعفاء منها^(٥)، وبعضها كان متشدداً في مجال الإعفاء، لا بل استبعد كل عطاء غير مصحوب بمبلغ التأمين المؤقت كاملاً^(٦).

(١) المادة ١٦/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٢) المادة ٤٦/٤٦/ فقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

(٣) د. مورييس نخلة، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٣.

(٤) المادة ٤٦/٤٦/ فقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

(٥) المادة ٤٦/٤٦/ فقرة ب- ج- د. من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

(٦) المادة ٢٢/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

وفي فرنسا، قرر مجلس الدولة الفرنسي أن من بين الحالات التي يفسخ فيها عقد التوريد هو عدم قيام المورد بتكملة التأمين في المواعيد المحددة^(١).

وفي سورية، وبالرغم من عدم ذكر قانون العقود رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ جزاء عدم تسديد التأمين المؤقت، إلا أن مجلس الدولة السوري سرعان ما سدّ هذا الفراغ التشريعي عندما أعطى مهلة للعارضين الذين نقصت تأميناتهم الأولية في عروضهم عن النسبة المحددة في الإعلان لاستكمالها حتى تبلغ النسبة المطلوبة، قبل فض مغلفات الأسعار وإعلان محتواها^(٢).

ويبدو أن الحل الذي ابتدعه قضاء مجلس الدولة السوري والمتمثل في استكمال التأمينات الأولية، يمثل مرونة محمودة ومتلائمة مع مقتضيات المنافسة الشريفة، ومع مصالح الإدارة والعارضين الذين قلّت نسبة تأميناتهم عن النسبة المحددة في الإعلان. وترد التأمينات المؤقتة إلى أصحاب العطاءات الذين لم تقبل عروضهم بعد فض مغلفات الأسعار وإعلان محتواها من قبل لجنة المناقصة، أما العارض الذي لم ترسّ عليه المناقصة، تعاد إليه التأمينات المؤقتة بعد مصادقة أمر الصرف على محضر لجنة المناقصة^(٣) ما لم يفقده بعدوله عن العطاء قبل فتح المظاريف، أو إذا رفض المتعاقد دفع التأمين النهائي بعد رسو المناقصة عليه^(٤).

وعليه، فإن التأمين المؤقت أو الأولي ضمان لجدية العرض من العارض، وهو لا يأخذ صفة العربون في القانون المدني الذي يدفع مقابل

(١) C.E., 16 Mars 1928, Nivert. Rec. 1928, p. 384.

(٢) د. محمد الحسين. ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٤.

(٣) المادة ٤٧/ فقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

المادة ٢٢/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٤) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٧.

الاحتفاظ بحق العدول، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية^(١) وما استقر عليه اجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية، عندما قررت أن جزاء نكول المتعهد المرشح عن تنفيذ ما التزم به في عرضه، إنما هو مصادرة تأميناته الأولية فقط^(٢).

(٢) **التأمينات النهائية:** هي المبالغ التي يودعها من رسا عليه العطاء أو المناقصة، بعد اخطاره بقبول عطائه، ضماناً لقيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية طبقاً لشروط العقد، ومعرفة ملاءته المالية إزاء المسؤوليات التي تواجهه من جراء عدم قيامه بتنفيذ العقد على الوجه الأكمل^(٣). فإذا كان التأمين الابتدائي (المؤقت) هو ضمان لجدية اشتراك المتعاقد بالمناقصة قبل إبرام العقد، فالتأمين النهائي هو ضمان حسن تنفيذ العقد، مع التلويح بتعرضه لجزاء مصادرة التأمين عند اخلاله بأحد شروط العقد^(٤).

وكما هو الحال في التأمينات الأولية، فقد اختلفت نسبة التأمين النهائي في كل من تشريعات الدول محل المقارنة:

ففي مصر، حددها قانون التعاقدات المصري الجديد لعام ٢٠١٨ بـ (٥%) وعلى أن تؤدي خلال عشرة أيام بالنسبة إلى عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال... وخلال عشرين يوماً بالنسبة إلى

(١) د. صلاح الدين فوزي، "قانون المناقصات والمزايدات المصري" رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨،

المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٠، ص ١٦٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٠٢٢/ تاريخ ١٢/٣٠/ ٢٠٠٩، مجموعة

المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ٢٠٠٥ - ٢٠٠٩، ص ٦٤٤.

وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري السورية (الدائرة الثانية) في الدعوى رقم أساس ٦٩٥/ تاريخ ٢٩/٣/ ٢٠٢٢ غير منشور.

(٣) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٤.

(٤) د. محمود حلمي، مرجع سبق ذكره، ص ٩٣ و ٩٤. وكذلك د. حسام عبد السميع هاشم، مرجع

سبق ذكره، ص ١٠١.

العقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج. وأجاز إطالة المهلة المحددة للأداء في الحالتين بموافقة السلطة المختصة بما لا يجاوز العشرة أيام^(١).

وإذا لم يقم صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المهلة المحددة، جاز للجهة الإدارية، وبعد إنذاره إلغاء العقد أو تنفيذه بوساطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه^(٢).

وفي سورية، حدد القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ نسبة التأمينات النهائية بـ (١٠%) من قيمة العقد^(٣). وعلى أن تدفع خلال مدة محددة في دفاتر الشروط الخاصة والتي يجب ألا تتجاوز الـ (٣٠) يوماً من تاريخ تبليغه خطياً الإحالة عليه^(٤). إلا أن المشرع السوري لم يذكر — كما فعل نظيره المصري — جزاء عدم تسديد التأمين النهائي. وأعتقد أنه يتعين على الإدارة المتعاقدة في هذه الحالة مصادرة التأمين النهائي، كما يمكنها أن تحمّل المرشح الفائز والذي تخلف عن تسديد التأمينات النهائية، جبر الضرر الذي لحق بها من جراء لجوئها للتعاقد مع المرشح الجديد الذي يليه في السعر، فهي بذلك يمكن أن تتكبد خسارة إجبارها على التعاقد بسعر أعلى كلفة من التعاقد المتخلف، ومن ثم على المتناقص الناكل أن يتحمل قيمة هذا الضرر، وكل ذلك بعد إنذاره من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة.

أما في فرنسا، فتم تحديد نسبة التأمينات النهائية بـ (٥%) من مبلغ الصفقة الأساسي، يدفعها صاحب الصفقة ضماناً لحسن تنفيذها^(٥). وقد قرر

(١) المادة ٤٠/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٢) المادة ٤١/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٣) المادة ٤٦/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

(٤) المادة ٤٨/ من ذات القانون.

(٥) Art. R. 2191-33 du le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

مجلس الدولة الفرنسي فسخ العقد عند عدم قيام المتعاقد بتكملة التأمين في موعده المقرر^(١)، ولها في سبيل ذلك مصادرة التأمين^(٢).

ولما كان التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد، فقد أوجب المشرع المصري الإدارة برد ما تبقى منه فور انتهاء مدة الضمان المحددة في العقد بغير طلب خلال عشرة أيام عمل ما لم تعدل مدة التعاقد^(٣).

بينما ميّز المشرع السوري بين عقود التوريدات والخدمات التي أوجب فيها بإعادة التأمينات النهائية إلى أصحابها بعد الاستلام النهائي، وبين عقود الأشغال الذي أمر بإعادة التأمينات النهائية فيها بعد الاستلام المؤقت، ما لم يتحقق على المتعاقد التزامات توجب حجز هذه التأمينات^(٤).

ويبدو هنا أن المشرع السوري كان أكثر عدالة وتوفيقاً من نظيره المصري عندما أخذ في الحسبان نوع العقد فيما يتعلق بإعادة التأمينات النهائية لأصحابها، بعكس المشرع المصري الذي أوجب ردها فور انتهاء مدة الضمان المحددة في العقد ومن غير تمييز ما بين عقود المقاولات وغيرها من العقود الأخرى.

خلاصة القول: إن التأمينات النهائية عبارة عن مبلغ من المال يدفعه من رست عليه المناقصة أو العطاء، وشرعت في سبيل ضمان جدية تنفيذ العقد، ولإدارة المتعاقدة الحق في مصادرتها استناداً إلى سلطتها في التنفيذ المباشر، ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ضماناً لاستيفاء ما قد يترتب لها من حقوق تجاه المتعاقد، ناتجة عن تقصيره في تنفيذ العقد.

(١) C.E., 29 Juin 1927, Huguenin, Rec. 1927, P. 723.

(٢) J. DELMAS, Renouvelle la justice administrative, PUF, Paris, 1989, p. 133.

(٣) المادة /٤٠/ من القانون رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

(٤) المادة /٤٧/ فقرة /ب/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ السوري.

٢ - الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين:

هناك اختلاف حول الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين كونها تتشابه مع الشرط الجزائي أو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي المعمول به في العقود المدنية، إذ إنهما يتشابهان في فرضهما على المتعاقد المقصر في تنفيذ أحد شروط العقد، ولكنهما يختلفان من حيث إن الإدارة في العقود الإدارية تستطيع أن تفرضهما من تلقاء نفسها من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء^(١).

وسيتيم بيان الطبيعة القانونية لمصادرة التأمين في كل من الدول محل المقارنة (فرنسا ومصر وسورية)، وذلك كالآتي:

أ - في فرنسا:

يرى الفقه والقضاء أن شرط مصادرة التأمين المقرر لصالح الإدارة في العقد بمنزلة تقدير جزافي للتعويض عند اخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، وبذلك لا تكون الإدارة محقة في مطالبتها بأية تعويضات أخرى متميزة عن التأمين الذي أصبح من حقها^(٢).

وذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أن هذا الجزاء جزاءً اتفاقياً^(٣). واستشهدوا على ذلك بحكم لمجلس الدولة الفرنسي جاء فيه: « ... إذا اتفقت الإدارة والمتعاقد على تضمين العقد الإداري بنداً يقضي بمصادرة التأمين لصالح الإدارة جزاءً للإخلال بالتزامات المتعاقد، فإن هذا الشرط يعد شرطاً جزائياً متفقاً عليه عند عدم التنفيذ، وعلى هذا الأساس لا يحق للإدارة أي تعويضات أخرى... إلا أنه يجب إعذار المتعاقد عند توقيع جزاء مصادرة التأمين...»^(٤).

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٤.

(2) - C.E.18 Février 1931. Ginella. Rec. P187.

(3) -G. JEZE, les principes généraux du droit administratif, *op.cit.*, p. 122.

(4) - C.E. 1. Janvier 1944, Sée d'entreprise. De contruction Rec .p.128.

ب - في مصر :

إن الفقه والقضاء الإداري المصريان متفقان على عدّ مصادرة التأمين (شرطاً جزائياً) في العقود الإدارية لمواجهة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية^(١). ففي حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية أكدت أن مصادرة التأمين لا ترتبط بالضرورة بفسخ العقد أو إنهائه، فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعاقد أو تقصيره ... أو غير ذلك^(٢). كما أن مصادرة التأمين، لا ترتبط بالتأخير في التنفيذ، لأن التأمين النهائي هو ضمان لإجراء العمل على أكمل وجه، ولتحصيل الجزاءات والتعويضات ومنها المصادرة^(٣).

وغني عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بالألا يحظر العقد الإداري صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر مازال موجوداً بعد مصادرة التأمين، أي يجاوز هذا التأمين، فإذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله فلا محل للتعويض ما لم يتفق على عكس ذلك^(٤).

ج - في سورية :

سار الفقه والقضاء والمشرع السوري على نهج نظيره المصري في هذا الخصوص^(٥).

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١١٢٧ تاريخ ٢٢/٤/١٩٦١، الموسوعة الإدارية الحديثة (١٩٤٦ - ١٩٨٥) جزء ١٨، ص ٤٨٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٣٢٣ تاريخ ١٥/١٠/١٩٩١ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ١٠٨ لسنة ١١ ق.ع، جلسة ١٩٦٥/٦/٢١ مجموعة العقود في ١٥ عاماً، ص ٣٢.

(٥) د. مهدي نوح، القانون الإداري - النظام القانوني للوظيفة العامة، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٧. وأيضاً د. سعيد نحيلي وعيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣١ - ٢٣٤. وأيضاً المواد (٤٦ - ٤٧ - ٤٨) من القانون رقم ٥١/لعام ٢٠٠٤ السوري.

وعليه، فإن أساس التكيف القانوني لمصادرة التأمين يكمن في عدّه شرطاً جزائياً يقضي بفرض جزاء مالي على المتعاقد عند تقصيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، - في حالة إلغاء العقد - ومصادرة التأمين على هذا الأساس يعد بمنزلة تعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد تم تقديره بقيمة مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة من قبل المتعاقد. وإلى جانب الغرامة التأخيرية ومصادرة التأمين، هناك نوع آخر من الجزاءات المالية يعرف بالتعويض، وهو ما سيتم تناوله في الجزئية التالية:

ثالثاً. التعويضات: (les Dommages d'interet)

يعدّ التعويض - الذي يعود أصله إلى القانون الخاص - من الجزاءات الأصلية التي يجوز للإدارة فرضه على المتعاقد معها، في حال خلو العقد من أي جزاءات مالية^(١). وسيتم التعرض في هذه الجزئية لمفهوم التعويض وشروطه من ناحية، وكيفية تقديره وتحصيله من ناحية ثانية.

١ - مفهوم التعويض وشروطه:

أ - تعريف التعويض:

يعرف التعويض بأنه مبلغ من المال يدفعه من أخل بالتزام تعاقدي (أو قانوني) مقابل الضرر الذي أحدثه بسبب ذلك الإخلال^(٢). وعرفه بعض الفقه بأنه الجزاء الأصيل والطبيعي للإخلال بالالتزامات التعاقدية عندما لا ينص العقد على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال^(٣). وعرفه بعض الفقه الفرنسي، بأنه عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، حالة سكوت العقد أو

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٩.

(٢) د. إبراهيم طه الفياض، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٦.

(٣) د. مهند نوح، القانون الإداري، النظام القانوني للوظيفة العامة، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٦.

دفا تر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال^(١).

ومن حيث المبدأ فإن أحكام التعويض في العقود الإدارية تقترب من فكرة التعويض في قواعد القانون الخاص، وبهذا الصدد يقول الفقيه "دي لوبادير" : «إن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بطريقة تحديده وكيفية تحصيله»^(٢).

ففي نطاق العقود الإدارية يكون دور التعويض أقل مما هو عليه الحال في نطاق القانون الخاص، بحيث إنه مهما ارتفعت قيمة التعويضات، فإن ذلك لا يسد الضرر الذي لحق بالإدارة، ذلك لأن المستفيدين من المرفق العام لا يهتمهم الأمر، بقدر ما يهتمهم قيام المرافق العامة بأداء الخدمات لهم^(٣) بأعلى جودة وفي أسرع وقت وبأقل تكلفة.

وعليه، فإن التعويض في هذه الحالة لا يعدّ تعويضاً عادلاً عما لحق الإدارة من أضرار، لأنه يستحيل تقدير الضرر الذي يصيب الإدارة، بحسابه يمس المصلحة العامة التي تنطلق منها الإدارة وتنتهي إليها. فما شروط استحقاق الإدارة للتعويض؟

ب - شروط التعويض:

ترتبط التعويضات ارتباطاً وثيقاً بنظرية المسؤولية العقدية، لذلك لا بدّ من توفر أركان هذه المسؤولية والمتمثلة في الخطأ والضرر، وتحقيق العلاقة السببية بينهما، لفرض هذه التعويضات على المتعاقد^(٤).

(١) J DULAU, les concessions de service public, Moniteur, Paris, 1979, P.83.

(٢) A. DE LAUBADERE, *op.cit.*, p. 145.

(٣) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٢.

(٤) أحمد خورشيد حميد المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، رسالة

ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد عام ١٩٨٩، ص ١٨.

(١) **الخطأ العقدي:** من أركان المسؤولية التعاقدية أن يحدث (خطأ) من قبل المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد.

ويعرف الفقه الخطأ العقدي، بأنه: «إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد، وهذا الالتزام إما أن يكون إيجابياً أو قد يكون التزاماً ببذل عناية، أي انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته»^(١). وقد تبنت لجنة الفتوى والتشريع المصرية فكرة الخطأ العقدي، حين أفتت أن الخطأ العقدي في مجال العقود (إدارية أو مدنية) هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيًا كان السبب في ذلك، يستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله أو فعله من دون عمد أو إهمال^(٢).

وعليه، فإن التعويضات لا تشكل فقط جزاءً، بل تعد أيضاً تعويضاً مالياً عن الضرر الذي لحق بالإدارة والناجم عن الخطأ العقدي، وهذا الجزاء قائم في العقود الإدارية كافة، وفي حالة عدم ثبوته لا تستحق الإدارة تعويضاً.

(٢) **تحقق الضرر:** لكي تستطيع الإدارة المطالبة بالتعويض، فإنه يجب أن يؤدي الخطأ الصادر من المتعاقد إلى إلحاق الضرر بالإدارة^(٣).

وتعويض الضرر في المسؤولية العقدية يجب أن يكون مباشراً، بمعنى أن يكون نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب من قبل المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد^(٤).

(١) د. عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام

بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ١٩٩٨، ص ٧٣٥ وما بعدها.

(٢) فتوى الجمعية العمومية المصرية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، رقم ٢٦٦، تاريخ ١٩٩٠/٣/٧. جلسة ١٩٩٠/٢/٢١، ملف رقم ١٨٣٤/٢/٢٢، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية، الجزء الأول، ص ٨٠٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٣٤ تاريخ ١٩٦٥/١/٢، مجموعة المكتب الفني لدى مجلس الدولة المصري س ١٠، ص ٣١٣.

(٤) د. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سبق ذكره، ص ١١٤.

وليس بالضرورة أن يكون الضرر جسيماً، فيكفي أن يكون بسيطاً للمطالبة بالتعويض على أساسه^(١)، كما يمكن أن يكون ضرراً مادياً أو أدبياً، ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق الإدارة^(٢).

ويتشابه جزاء مصادرة التأمين وغرامات التأخير مع جزاء التعويض في أنها جزاءات ذات طابع مالي^(٣)، تتضمن معنى العقوبة، إلا أن أوجه الخلاف بينهما يكمن في عنصر الضرر. فالإدارة تستطيع فرض الغرامة ومصادرة التأمين النهائي إذا أخل المتعاقد بالتزاماته من دون حاجة إلى إثبات حصول الضرر، بخلاف التعويض الذي يرتبط بنظرية المسؤولية العقدية، إذ لا يمكن مطالبة المتعاقد المقصر به إلا إذا كان الخطأ العقدي قد سبب ضرراً للإدارة.

(٣) تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: لكي تتحقق المسؤولية العقدية، لا بد من أن تكون هناك علاقة رابطة بين الخطأ والضرر، أي أن يكون خطأ المتعاقد هو السبب في حدوث الضرر للإدارة، فتتعدم المسؤولية إذا كان الضرر لا يرجع إلى خطأ المتعاقد، كأن يرجع إلى سبب خارجي^(٤).

وكقاعدة عامة، فإن التعويض لا يستحق إلا بعد إضرار المدين، ما لم ينص على خلافه. وفي فرنسا ومصر وسورية يعمل به استناداً إلى نص المادة ١١٤٦/ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ٢١٨/ من القانون المدني المصري، والمادة ١٦٥/ من القانون المدني السوري.

٢ - تقدير التعويض وتحصيله:

يقدر التعويض بقيمة الضرر الذي لحق بالإدارة وقت وقوعه، ويراعى في تقدير التعويض الأخطاء والأعمال التي أسهمت بها الإدارة والتي أدت إلى

(١) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٩١، ٩٢.

(٢) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٢.

(٣) RICHER, Droit des contrats administratifs, 3ed 2002, op cit, p.242.

(٤) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٣.

حدوث الخطأ وتحقق الضرر^(١). وسيتم بيان كيفية تقدير وتحصيل التعويض في كل من فرنسا ومصر وسورية.

في فرنسا، استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن تقدير التعويض أمر متروك للإدارة، فلا يحق لها أن تطلب من القاضي فرض جزاء تملك نفسها توقيعه^(٢). ومع ذلك تستطيع الإدارة طلب الحكم من القاضي على المتعاقد معها وإلزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها^(٣).

وبذلك يكون من المستقر عليه وفق قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن للإدارة سلطة تقديرية في تقدير قيمة التعويض، إما بإرادتها المنفردة وبقرار إداري، أو أن توكل هذه المهمة إلى القاضي.

وفي المقابل يحق للمتعاقد أن ينازع في التعويض أمام القضاء، كما يمكن لقاضي العقد أن يقرر إعفاءه منه كله متى تبين له عدم صحة الأساس الذي بني عليه. كما له أن يطلب تخفيض قيمته إذا كان مبالغاً فيه^(٤).

وفيما يتعلق بطريقة تحصيل التعويض، فإن ذلك يتم عن طريق خصم مبلغ التعويض من مبلغ التأمين المودع لدى الإدارة. والمشرع الفرنسي في كثير من الحالات كان يسمح للإدارة باللجوء إلى تحصيل قيمة هذه التعويضات بإرادتها المنفردة استناداً إلى أوامر الدفع الصادرة عنها^(٥).

(١) د. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سبق ذكره، ص ١١٨.

(٢) C.E sect 27 janv.1933.

وأيضاً : د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة عام ٢٠٠٩، ص ٦٩٣.

(٣) C.E.7 .avril 1978.

(٤) A. DE LAUBADERE, P. D ELVOLVE, et F.MODERNE, Traite des contrats administratifs, *op. cit.*, p.135.

أيضاً د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٤، ص ٦٦٤.

(٥) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٠.

وفي مصر، ليس في القوانين واللوائح ما يسمح للإدارة أن تحدد بنفسها مقدار التعويض الذي تستحقه عن الأضرار التي تلحقها، ولا أن تنفذه بالطريق المباشر، ولذلك فإن للإدارة في مصر أن تلجأ إلى القضاء في مثل هذه الحالات للحصول على حكم لها بالتعويض ضد المتعاقد معها المخل في تنفيذ التزاماته^(١). وكذلك في سورية، لا توجد نصوص تشريعية تبيح للإدارة استعمال هذا الأسلوب، كما أن الإدارة لا تستطيع أن تقدر التعويض بإرادتها المنفردة، أو أن تحصله بأسلوب التنفيذ الجبري، وعملياً ما يجري عليه الأمر الآن، أن الجهة الإدارية إذا ما أرادت أن تحصل التعويض المترتب على المتعاقد معها، ما عليها إلا مراجعة القضاء لاستحصال حكم يقضي لها بالتعويض إذا وجدت أن خطأ المتعاقد أدى إلى الإضرار بها^(٢).

صفوة القول: يعد جزاء التعويض من الجزاءات المهمة، ويهدف إلى جبر الضرر الذي يلحق بالإدارة نتيجة تقصير المتعاقد معها، والتعويض هنا لا يكون محدداً ومقدراً سلفاً في العقد، وإلا أصبح في حكم الغرامة، وهو بخلاف الجزاءات المالية الأخرى كالغرامة ومصادرة التأمين، إذ لا تستطيع الإدارة تحصيله بنفسها، وإنما عن طريق سلطة قضائية بناء على طلب جهة الإدارة، التي لا تملك التنازل عن حقها هذا أو الإعفاء منه أو تخفيضه والذي يخضع أصلاً لسلطة القضاء فقط.

بعد استعراض الجزاءات المالية في هذا الفرع، ننقل الآن إلى دراسة بعض الجزاءات الأخرى من غير الجزاءات المالية التي يجوز للإدارة إيقاعها على المتعاقد معها كالجزاءات الضاغطة والجزاءات الفاسخة. وهذا ما سيتم تناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(١) د. سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص ٢١٥.

(٢) د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٦. وأيضاً محكمة القضاء الإداري في القضية رقم / / ٢٠٢٢ جلسة ٢٨/٣/٢٠٢٢، غير منشور.

الفرع الثاني

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات غير المالية

تمتلك الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية صلاحية فرض جزاءات أخرى على المتعاقد المقصّر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، تتجاوز في شدتها الجزاءات المالية السابقة.

وهذا النوع من الجزاءات لا يتضمن تأثيراً مباشراً في الذمة المالية للمتعاقد، وإنما يهدف إما إلى إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته ضماناً لسير المرفق العام^(١). وإما إلى فسخ العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة فتنهيه قبل انتهاء مدته، ومن دون اللجوء إلى القضاء^(٢).

وعليه تشتمل الجزاءات غير المالية على نوعين من الجزاءات هما: الجزاءات الضاغطة أو الإكراهية، والجزاءات الفاسخة، وسوف يتم التعرض لكل منهما على حدة من خلال الآتي:

أولاً. الجزاءات الضاغطة:

تعرفّ الجزاءات الضاغطة بأنها إجراءات مؤقتة تلجأ إليها الإدارة بقصد ضمان تنفيذ العقد، وليس إنهاءه^(٣)، وتشكل في الغالب خطوة مسبقة على الفسخ النهائي للعقد، عندما لا يكون عجز المتعاقد مع الإدارة مؤقتاً^(١).

(١) J. MORAND, Cours de Droits administratif, 8eme ed., Montchrestien, 2003. P. 676.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٩.

(٣) ERB (ROGER) La mise en régie dans les manches de travaux publics, thèse Nancy 1944.p30.

وكذلك د. حسين درويش عبد العال، وسائل الضغط في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العدالة أبو ظبي، العدد ١٨، السنة ٦ يناير ١٩٧٩، ص ٤٨.

وفي القضاء الفرنسي: C.E.23, Juin, 1944, ville de Toulon. R.D.P.1945.p101

وتختلف تلك الجزاءات باختلاف نوع العقد الإداري، وتتدرج بين وضع المرفق تحت الحراسة في عقد الالتزام، وسحب العمل من المتعاقد المقصّر وتنفيذه على حسابه بالنسبة إلى عقد الأشغال العامة، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد الإداري^(٢).

وهذه الصور الثلاثة للجزاءات تباشرها الإدارة إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر. فما النظام القانوني في كل من الجزاءات المذكورة؟

١ - وضع المشروع تحت الحراسة في عقود الالتزام:

من المسلم به فقهاً وقضاً، أن هذا الجزاء يتعلق بعقد التزام المرافق العامة فقط. وهو من وسائل الضغط المؤقتة، تلجأ إليه الإدارة عند إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً، ويترتب عليه رفع يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المرفق^(٣):

أ - مفهوم وضع المرفق تحت الحراسة:

يعني فرض الحراسة على المرفق العام الذي يُدار بطريقة الالتزام رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق لمدة محدودة، وقيام السلطة مانحة الالتزام بمباشرة إدارة المرفق بنفسها عن طريق شخص قانوني آخر (طبيعي أو اعتباري) لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد^(٤).

وتلجأ الإدارة إلى فرض جزاء وضع المرفق الذي يدار بطريقة الالتزام تحت الحراسة إذا قصّر الملتزم في تسييره تقصيراً جسيماً، من شأنه أن

(١) J. ANTOINE, les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant "Approche comparée entre droit des contras administratifs et droit prive des obligations, petites affiches, 7 octobre 2000, p. 6 et suivante.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٩.

(٣) د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٩١.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢٩.

يعرّض استمرار وانتظام المرفق العام للخطر، ويتحقق ذلك على الأخص في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، نتيجة لعجز الملتزم أو عدم كفاءته أو عدم قدرته^(١).

ومع ذلك فإنه يجوز للإدارة أن تضع المرفق تحت الحراسة وإن لم يكن هناك خطأ منسوباً إلى الملتزم، أو لأسباب لا دخل لإرادة الملتزم بها، كما لو كان التوقف راجعاً إلى قوة القاهرة^(٢). وهذا الإجراء ليس له طابع الجزاء، وإنما تستلزمه ضرورة تسيير المرفق العام^(٣).

وعليه، فإن وضع المرفق (أو المشروع) تحت الحراسة هو إجراء مؤقت يوجبه تحقيق المصلحة العامة، وذلك برفع يد الملتزم عن إدارة المرفق، بعد تقصيره في تنفيذ التزاماته، أو لسبب خارج عن إرادته. فما أسباب وضع المرفق تحت الحراسة؟

ب - أسباب وضع المرفق تحت الحراسة:

تقوم الإدارة بوضع المشروع تحت الحراسة لسببين رئيسيين:
الأول - إذا قصر الملتزم في تنفيذ التزاماته تقصيراً جسيماً، كما في حالة توقف الملتزم عن استغلال المرفق، أو تنازله عن عقده للغير من دون إذن مسبق من الإدارة^(٤). والثاني - إذا حدث ظرف طارئ من شأنه تهديد المرفق العام بالتوقف عن الاستمرار في عمله، من دون أن يحدث ذلك بطلاً من الملتزم، كحدوث إضراب في المرفق لا ذنب للملتزم فيه^(٥).

(١) C.E. 5.Mars. 1943. Ville de Nimes .p. 58.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٣، ٣٠٢.

(٣) د. إبراهيم الفياض، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٠.

(٤) C.E. 20.Jan. 1905, Compahn. e department des aeux Rec p. 61.

(٥) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢٩.

وكذلك د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٢، ٢٢٣.

وفي هذه الحالة يكون الغرض من وضع المشروع تحت الحراسة مجرد إجراء وقائي تتحمل فيه الإدارة مانحة الالتزام المخاطر المالية كافة عند الاستغلال المؤقت للمرفق العام في أثناء فرض الحراسة الإدارية الناشئة عن عوامل القوة القاهرة^(١).

خلاصة القول: إن الحراسة تفرض على المرفق لضمان سيره بانتظام واستمرار من دون توقف وليس كجزء يفرض على الملتزم من قبل الإدارة، سواء كان نتيجة خطأ صدر من جانبه أو من دون أن يصدر أي خطأ عنه.

ج - الطبيعة القانونية لحق الإدارة في وضع المرفق تحت الحراسة:

يرى جانب من الفقه أن سلطة الإدارة في وضع المرفق تحت الحراسة ذات طبيعة لائحية، وليست تعاقدية وبهذا يقول "JEZE"^(٢)؛ لأن مضمون هذه السلطة يعد من مستلزمات أي مرفق عام يدار بطريق الالتزام ويرتبط بضمان سير المرفق العام على نحو مرض^(٣).

وفي هذا الاتجاه يقول الفقيه "دي لوبادير": « إن إجراء فرض الحراسة على المرفق يعد جزءاً موجوداً في عقد الالتزام، ومن ثم فهو من متعلقات النظام العام لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه لكونها مسؤولة عن سير المرفق، ومن واجبها حماية المنتفعين بخدماته، وهو ما يسمح لها بفرض الرقابة على نشاط الملتزم، ومن ثم إقصاؤه عن إدارة المرفق، وقيامها بدلاً منه إذا لم يقيم الملتزم بها، أو عجز عن أدائها »^(٤).

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٥٣٠.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠١.

د. إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص ١٠١. ود. مهند نوح، مرجع سبق ذكره، ص ١٩١.

وفي الفقه الفرنسي:

G. JEZE , les principes généraux du droit administratif, *op. cit.*, p. 883.

(٣) د. عزيزة الشريف، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٣.

(٤) A.DE LAUBADERE, Traite De droit Administratif, *op. cit.*, p 616.

ومن نافلة القول إن الإدارة تملك سلطة فرض الجزاء الضاغط بسلطان الإرادة المنفردة حتى مع صمت العقد، في مواجهة المتعاقد المقصر، ولكن هذه السلطة ليست خصيصة للإدارة دون غيرها^(١).

وعليه، فإن فرض الحراسة بطبيعته إجراء مؤقت، لا يؤدي إلى إنهاء الالتزام، ولكن مصيره في النهاية إلى الزوال، إما بعودة المرفق إلى الملتزم الأصلي، أو بسقوط الالتزام وفسخ العقد، وهو يصدر بقرار إداري، يمكن الاعتراض عليه وإلغاءه من قبل القضاء عندما يكون غير مشروع، أو ليس له ما يسوغه، أو غير متلائم مع جسامه الخطأ.

د - الآثار القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة:

يترتب على وضع المرفق الذي يدار بطريقة الالتزام تحت الحراسة جملة من الآثار القانونية، أهمها:

- ❖ استبعاد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المرفق في أثناء مدة وضعه تحت الحراسة، وعليه فإن عقد الالتزام لا ينتهي بهذا الإجراء، بل يبقى قائماً، ويبقى للملتزم حقه في الالتزام. ويستطيع دائنو الملتزم أن يتمسكوا بحق الضمان العام على القيمة المالية لحق الالتزام على الرغم من فرض الحراسة^(٢).
- ❖ للملتزم أن يطلب إنهاء وضع المرفق تحت الحراسة إذا استعاد قدرته على الاستمرار في استغلال المرفق أو زالت الأسباب التي من أجلها فرضت الحراسة، شريطة ألا يكون بخطأ من جانبه^(٣).

(١) M. LUBRANO, LAVDERA (M) les marches de L'état et des collectivités I ocales, paris, 1960, Berges levrault, p 46
- J.ANTAINE, L'Article précitée. N22-P.17.

(٢) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٦، وكذلك د. محمود خلف الجبوري. مرجع سبق ذكره، ص ١٥٨.

(٣) - C.E 30.mars 1928 ville de louhans Rec. p.481

وكذلك: د. عزيزة الشريف، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٣.

❖ من حق الإدارة تحصيل كافة رسوم وإيرادات الانتفاع بالمرفق، طيلة مدة الحراسة، على أن يتحمل الملتزم كافة المصروفات التي تتطلبها إدارة المرفق، ويستشهد الدكتور الطماوي بما ذهب إليه الفقيه "JEZE" عندما قال: ((... ويدار المرفق تحت مسؤولية الملتزم الذي يتحمل جميع المصروفات التي يقتضيها سير المرفق...))^(١).

❖ تلتزم الإدارة بالعناية والصيانة للمنشآت والأدوات كافة، في أثناء مدة صيانتها المؤقتة للمرفق، إلى أن تعيد المرفق إلى الملتزم عند انتهاء الحراسة في حالة جيدة. على أن تتحمل الإدارة مسؤولية أي ضرر أو تلف يصيب المرفق من جراء إهمال الحارس^(٢).

❖ يتحمل الملتزم كامل تكاليف تشغيل المرفق في أثناء الحراسة، إذا كانت بسبب خطأ جسيم صادر عنه، وبالتالي الاستغلال المؤقت للمرفق يقع على نفقته وتحت مسؤوليته^(٣). أما إذا كان وضع الحراسة قد تم بغير خطأ من الملتزم، فإن الإدارة هي من تتحمل مخاطر المرفق المالية^(٤).

خلاصة القول : من خلال استعراض جزاء وضع المرفق تحت الحراسة، فإن الإدارة تقوم به استناداً إلى سلطتها في التنفيذ المباشر، ووفقاً لما يقتضيه سير المرفق العام بانتظام، ومن دون توقف وعندما تشعر الإدارة بأن خطراً ما يهدد توقفه فإنها تلجأ إلى كف يد الملتزم مؤقتاً عن إدارة المرفق لتتولى هي بنفسها، أو تعيين حارس لإدارته، واستغلاله، وفي الأحوال كافة فإن هذا الإجراء مؤقت، ولا ينهي العقد الذي يظل قائماً.

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٣٢-٥٣٣.
G. JEZE, Theorie general des contrats de l'administration, R.D.P. 1935- P23.

(٢) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.

(٣) H. POLAK, Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics en cas de manquement à ses obligations, thèse, Paris, p. 79.

(٤) C.E. 24. Juin 1944 ville de Toulon . R.P.189.

٢ - سحب العمل من المتعاقد وتنفيذه على حسابه :

يعد جزاء سحب العمل من المتعاقد من ضمن وسائل الضغط التي تلجأ إليها الإدارة، لتجنب نتائج إخلال المتعاقد الجسيم بالتزاماته التعاقدية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، وغالباً ما يتصل هذا الإجراء بعقد الأشغال العامة. وعليه، ستنم دراسة النظام القانوني لهذا الجزاء من خلال بيان مفهومه، وشروطه، وآثاره القانونية.

أ - مفهوم سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد:

يقصد بسحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد أن تقوم الإدارة بنفسها - في حالة الخطأ الجسيم - مقام المتعاقد في تنفيذ التزاماته، أو أن تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة لحسابه وعلى مسؤولية المتعاقد، لحمله على تنفيذ التزاماته مع بقاء العقد قائماً^(١).

ويعد هذا الإجراء وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر، وتطبيقاً لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام^(٢)، تقوم به الإدارة لضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، ويحق للإدارة مطالبة المتعاقد بتكاليف تنفيذ العقد وفقاً للشروط العقدية واللائحية^(٣).

(١) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح لعام ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٢٥٥. صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠١٧ ص ١٩٩ وما بعدها. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٤. حسام سليمان فيصل، سحب تنفيذ الأعمال من المتعاقد مع الإدارة وتنفيذها على حسابه، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، عام ٢٠٢٠، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٢٦٣٥) السنة ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٣/١٢، أشار إليه بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، عام ٢٠١١، ص ٧٤.

(٣) د. عمار التركاوي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في العقود الإدارية "دراسة مقارنة" مجلة العلوم القانونية بجامعة دمشق، المجلد ١، العدد الأول عام ٢٠٢١، ص ١٦٧.

ويعرف بعض الفقهاء جزاء السحب بأنه: « جزاء توقعه الإدارة في أثناء تنفيذ عقود الأشغال العامة، بمقتضاه تحل الإدارة نفسها محل المقاول المقصر في تنفيذ التزاماته، أو التباطؤ في أدائها، أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال، وذلك على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته، أي أن تضع هذه المقولة تحت إدارتها المباشرة لضمان تنفيذها، حرصاً على دوام المرفق العام وانتظامه »^(١).

وعرفه الفقيه "Josse" بأنه جزاء له طبيعة مؤقتة، تمتلك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً، وبمقتضاه تحل الإدارة بنفسها، أو عن طريق متعاقد آخر محل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته، لضمان تنفيذ الالتزامات العقدية على حساب المتعاقد المقصر وتحت مسؤوليته المالية^(٢).

أما قضاءً، فقد عرفته المحكمة الإدارية العليا السورية أنه : « أحد الجزاءات التي يمكن فرضها بحق الملتزم المتقاعس، بل أشدها، لما يترتب عليه من نتائج خطيرة لا يلجأ إليه إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال من جانب الملتزم، أو يعجز عن متابعة التنفيذ .. »^(٣).

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فقد قضت في حكم لها بأن : « للإدارة وسائل ضغط على المتعاقد المقصر، وذلك بأن تحل هي بنفسها

(١) أحمد خورشيد المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، مرجع سبق ذكره، ص ٣١. وأيضاً: أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة. رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عام ٢٠٠٢، ص ١١٠ وما بعدها. د. سعيد نحيلي ود. عبسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٤-٢٣٦. د. حسين درويش عبد العال، وسائل الضغط في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩.

(٢) P.-L. JOSSE, les travaux publics et les appropriations, Sirey, Paris, 1958, p.145.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٣٣٩ لعام ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٧، ص ٢٦١ - المبدأ ١١٢.

محله، أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام، وإن هذا الإجراء لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصّر، بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة، وتتم العملية لحسابه، وعلى مسؤوليته»^(١).

خلاصة القول: إن جميع ما تناوله الفقه والقضاء من تعريفات لجزاء سحب العمل – وإن تعددت – تؤدي إلى النتيجة ذاتها، وأن التنفيذ فيها لا يخلو من صفة الجزاء، وفرضه لا بد من وقوع أخطاء على قدر من الجسامة والخطورة من جانب المتعاقد والتي من شأنها التأثير في مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد وتهديد المنتفعين بخدماته، ونظراً إلى خطورة هذا الجزاء وآثاره على المركز القانوني للمتعاقد، فقد تم تقييده بشروط وضوابط عدة. فما شروط فرضه؟

ب – شروط سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد:

ربط الفقه والقضاء إجراء سحب العمل من المتعهد المتعاقد والتنفيذ على حسابه بشطين جوهريين هما:

الشرط الأول - وقوع خطأ جسيم من جانب المتعاقد :

يُسلم الفقه والقضاء بأن قيام الإدارة بوضع التعهد تحت إدارتها المباشرة يفترض وقوع خطأ جسيم من جانب المتعاقد^(٢)، فمن غير المعقول أن تقوم به الإدارة لمجرد خطأ بسيط من جانبه^(٣). ويحق للمتعاقد في هذه الحالة أن يطلب

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٢١١، سنة ٣٢ ق. جلسة ١٩٩٤/٦/٧ أورده د. ماهر أبو العينين، مرجع سبق ذكره، ص ٨٧٣.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٣.

(٣) د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ١٩٩٧، ص ١٣٣.

- G. DRAGO, les Travaux publics, Droit administratif et administration, Natives de la Documentation Française, Paris – 1988, p.3.

تحميل الإدارة مسؤولية ما يترتب على هذا الإجراء من نتائج، إضافة إلى حقه في طلب التعويض^(١).

ولو نظرنا إلى التزامات المتعاقد في عقد الأشغال العامة، لوجدنا أن إخلال المتعاقد بالتزاماته الرئيسية ينقسم إلى نوعين^(٢):

النوع الأول - عدم مراعاة المتعاقد لشروط العقد: من أمثلة ذلك، عدم مراعاة المتعاقد لمدد التنفيذ المنصوص عليها^(٣). وفي هذه الحالة يحق للإدارة سحب العمل من المتعاقد، أما إذا كان ذلك يرجع إلى الإدارة بعدم قيامها بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل خالياً من المعوقات مما يترتب عليه وقف العملية، فإن ذلك يعد إخلالاً جسيماً من جانب الجهة الإدارية بواجباتها، ولا تملك والحالة هذه التمسك بحقها في سحب الأعمال والتنفيذ على حساب المتعاقد معها^(٤)، ولو استعملته يكون قرارها غير مشروع.

النوع الثاني - عدم تنفيذ المتعاقد للأوامر الإدارية: من الواجبات المفروضة على المتعاقد خضوعه للأوامر الإدارية الموجهة إليه من الإدارة، ويعد عدم استجابة المتعاقد لتلك الأوامر سبباً كافياً لقيام الإدارة بسحب العمل منه وتنفيذه بمعرفتها^(٥). وذلك لأن المتعاقد في عقد الأشغال العامة يجب أن ينفذ شروط العقد تحت إشراف وتوجيه الإدارة^(٦). والأسباب التي تسوّغ سحب العمل من المتعاقد تختلف من دولة إلى أخرى:

(١) د. عمار التركاوي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد، بحثه السابق ٨.

(٢) د. هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٣) C.E.13 Mars 1912. Quintyn . R.P362.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٧١٦ لسنة ٤٤.ق.ع جلسة ٢٠٠١/١١/٦.

أشار إليه أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالته السابقة، ص ٣٤٠.

(٥) J. DUFAU "Marches de travaux publics. Régime juridique formation et exécution du marche ". Juris classeur administratif. Fasc. 521. Février 1993, P. 15.

(٦) د. هارون الجمل، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٠. د. عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص ٢١٦.

- ففي سورية:** حدد القانون رقم /٥١/ عام ٢٠٠٤ حالات سحب التعهد على سبيل الحصر، إذ عدت المادة /٥٤/ هذه الحالات:^(١)
- ١- عند عدم مباشرة المتعهد بتنفيذ التعهد في الوقت المحدد.
 - ٢- عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المتعاقد عليها.
 - ٣- عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة وعلى دفعات.
 - ٤- إذا ارتكب المتعاقد أعمال الغش والتلاعب أو الرشوة.
 - ٥- إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته وامتنع عن إصلاح خطئه خلال المدة التي تحددها الإدارة.
 - ٦- إذا أخل المتعاقد ببرنامج العمل بحيث يُخشى ألا يُنجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية لإنجازه في هذا الموعد.
 - ٧- إذا كان من المنتظر تجاوز غرامة التأخير النسبة المحددة في المادة /٥٠/ من قانون العقود رقم /٥١/ عام ٢٠٠٤.
 - ٨- إذا أعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ العقد.
- أما في مصر،** فقد أجازت المادة /٥١/ من القانون رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ للجهة الإدارية تنفيذ العقد على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه، ويكون ذلك بقرار مُسبب من السلطة المختصة^(٢).
- وفي فرنسا،** يستخلص من قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن وقف المقاول للأشغال أو التخلي عنها وتركها وعدم استجابته للأوامر المصلحية يعدّ سبباً كافياً لقيام الإدارة بسحب العمل من المقاول وتنفيذه بمعرفتها^(٣).

(١) فقرة /أ/ من المادة /٥٤/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام التعاقدات السوري.

(٢) المادة /٥١/ من القانون رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ في مصر.

(٣) C.E. 28 Mai 1952. Cane de ste. Barbe. R.P282

ولا يؤيد الباحث ما ذهب إليه بعض الفقه من جواز الاتفاق على فرض جزاء سحب العمل في حالات الخطأ الجسيم دون الخطأ اليسير، نظراً إلى صعوبة وضع ضابط للتفرقة بين هذين النوعين من الأخطاء فهناك أخطاء يسيرة يكون من اللازم تلافيتها أو إصلاحها، وعندما يتقاعس المتعاقد في القيام بذلك لا يكون أمام جهة الإدارة من سبيل سوى سحب الأعمال منه والتنفيذ على حسابه.

الشرط الثاني - وجوب إعدار المتعاقد وإعطاؤه مهلة معينة :

يعد إعدار المتعهد بوضع التعهد تحت الإدارة المباشرة إجراءً جوهرياً، وهو بالتالي شرط أساسي لصحة جزاء سحب المقاوله وتنفيذها على حساب المقاول المقصر^(١). ويعدّ هذا الجزاء معيباً بأحد عيوب عدم المشروعية إن لم يكن مسبوقاً بإعدار صحيح^(٢).

ففي فرنسا، أوجب القانون إعدار المقاول بسحب العمل منه ومنحه مهلة كافية لإصلاح مخالفاته قبل إصدار قرار السحب^(٣). إذ أوجبت كراسة الشروط العامة الإدارية (C.C.A.G) إعدار المقاول ومنحه مهلة لا تقل عن خمسة عشر يوماً بدءاً من تاريخ إخطاره^(٤).

ويترب على ذلك أنه لا يجوز للإدارة سحب الأعمال من المتعاقد قبل انقضاء المدة السابقة، وإلا ارتكبت خطأً يوجب مسؤوليتها^(٥).

(١) مطيع جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، مرجع سابق، ص ٤٨٧. د. عادل

عبد الرحمن، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٢) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٣) MONTMERLE (JACQUES). Passation et exécution des marches de travaux publics Ey RoLLES. 2^{ed}. paris 1967 p.205.

(٤) Art . 491. De.C.C.A.G.1976. ((Ce délai, Sauf pour les marches intéressant la défense ou en cos d'urgence, 'n. est pas inferieur a'quinze jours a' compter de la date de notification de la mise en demeure.

(٥) DELAUBADERE (A), Modeme (F) et Delvolve (P).op.cit, T,2,p.158.

وفي مصر، لم توجب نصوص القانون رقم /١٨٢/ عام ٢٠١٨ وخصوصاً المادة /٥١/ منه ولا حتى لائحته التنفيذية، توجيه إعدار إلى المتعاقد قبل اتخاذ إجراء السحب منه، وذلك خلافاً لما كان معمولاً به في ظل نص المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الملغى رقم (٨٩) عام ١٩٩٨، والتي جاءت قاطعة في إعطاء المتعاقد مهلة خمسة عشر يوماً لكي يصلح مخالفاته خلالها، وإلا أوقعت عليه الجزاء المذكور^(١).

أما في سورية، فقد سار المشرع السوري على نهج نظيره الفرنسي، وخلافاً لما سار عليه المشرع المصري، عندما ألزم الإدارة بضرورة إنذار المتعاقد بسحب تنفيذ التعهد منه ولمدة تحدد في الإنذار قبل سحب التعهد منه، والتنفيذ على حسابه^(٢).

وبهذا فإن المشرع السوري كان أكثر توفيقاً وعدالة من نظيره المصري، عندما أوجب على الإدارة إعدار المتعاقد قبل سحب العمل منه؛ وذلك حتى يكون المتعهد على بينة من اتجاه نية الإدارة بسحب العمل منه، فيعمل على تنفيذ ما قصر في تنفيذه، كما أن عدم قيام الإدارة بإخطاره من شأنه أن يؤدي إلى عدم إلزامه بالمبالغ الناجمة عن التنفيذ على حسابه.

وأعتقد أن في ذلك ضماناً للمتعاقد وللإدارة معاً، فمن جهة فإن الإعدار يحمي المتعاقد من تعسف الإدارة فيما لو اتخذت قرارها بسحب العمل منه فجأة، ومن جهة أخرى يعدّ ضماناً للإدارة في حماية المرفق العام من المخاطر التي يمكن أن تواجهه نتيجة جزاء السحب.

(١) د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، عام ٢٠١٦، ص ٣٦٨.

(٢) الفقرة ب/ من المادة /٥٤/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

وفي المعنى نفسه: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم (١٦٧) في القضية رقم (٩٧) لعام ١٩٨٢، أشار إليه المحامي مصباح المهائني، مرجع سبق ذكره، ج ٣، ص ٢١٢.

ج - آثار جزاء سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد:

يتحمل المتعاقد المقصّر مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية الآثار كافة الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه ومسؤوليته :

ففي فرنسا، يجيز الفقه والقضاء الإداري للإدارة بعد قرارها بسحب العمل من المقاوّل أن تتعاقد مع مقاوّل آخر أو أن تعهد بذلك إلى أحد وكلائها، كما يجوز لها أن توكل ذلك إلى المقاوّل الأصلي نفسه ولكن بصفته عاملاً وليس بصفته مقاولاً، بشرط أن يقبل ذلك.^(١) وكذلك تلتزم الإدارة في فرنسا أن تستعمل المواد والأدوات الخاصة بالمقاوّل في تنفيذ الأعمال التي سحبت منه^(٢). ويسلم الفقه الفرنسي أنه إذا ما تم تنفيذ الأعمال بتكلفة أقل من القيمة المقررة في العقد الأصلي، فإن هذا الفرق يكون لصالح الإدارة ولا يعد حقاً للمقاوّل^(٣).

ويجدر القول، هنا، إنه في حالة سحب العمل، فإن المقاوّل يتحمل كل المصروفات الزائدة الناشئة عن هذا الإجراء ولا يستطيع أن يتحلل منها^(٤)، وفي المقابل له أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض إذا ثبت عدم مشروعية الإجراء المتخذ من قبل الإدارة^(٥). ومع ذلك يستطيع المتعاقد المطالبة بإنهاء إجراءات سحب العمل، وإعادة الأعمال إليه لإكمال تنفيذها بعد قرار الإدارة بسحب العمل منه، إذا أبدى القدرة الكافية والضمانات اللازمة لتنفيذ العمل في الموعد المحدد له، ويكون للإدارة سلطة تقديرية بخصوص هذا الطلب إما بالموافقة عليه وإما برفضه^(٦).

(1) A DELAUBADERE, et autres, Traite des contrats administratifs op.cit.p158.

(٢) د. عبد المجيد الفياض، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٦.

(٣) د. عبد المجيد الفياض، المرجع ذاته، ص ٢٣٣.

(4) Art. 49. 6du. C.C.A.G 1976.

(٥) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٠-٣٦١.

(٦) د. أحمد خورشيد المبرجي، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٤.

وفي مصر، فإن سحب العمل من المتعاقد، وتنفيذه على حسابه إجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء العملية التعاقدية، بل يظل العقد قائماً وتستمر مسؤولية المتعاقد عن تنفيذه. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية عندما قضت أن: « قرار سحب الأعمال وتنفيذها على حساب المقاول ليس قراراً إدارياً، وإنما هو إجراء تصدره جهة التعاقد، وهو مجرد إجراء تمهيدي تعقبه إجراءات أخرى.. وفي هذه الحالات جميعها يظل العقد الأصلي قائماً على أن يتم تنفيذه على حساب المقاول الأصلي وتحت مسؤوليته »^(١).

وفي المعنى نفسه ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها إلى أن سحب العمل من المقاول المقصر، إنما هو وسيلة ضغط مقررّة لجهة الإدارة لإجبار المقاول على التنفيذ العيني للعقد الإداري عن طريق الحلول محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد، ولا يعد هذا الإجراء في مقام التكييف القانوني قراراً إدارياً^(٢).

وفي سورية: رتب المشرع السوري عدة آثار على سحب التعهد وتنفيذه على حساب المتعهد، يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

(١) يبقى المتعاقد مسؤولاً عن التنفيذ خلال مدة الإنذار^(٣). وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا السورية في عدد من أحكامها^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم (٣٠٨٤) السنة ٣٦ ق. جلسة ١٣/١٢/١٩٩٤. أشار إليه : حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٦٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٦٠١ السنة ٤٨ ق. جلسة ٧/١٢/٢٠٠٤. أشار إليه بلاوي ياسين بلاوي، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٧.

(٣) المادة ٥٤/٥٤/فقرة ب/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤. السوري.

(٤) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٦١ في القضية (٧٥) لعام ١٩٨٢، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لدى مجلس الدولة السوري لعام ١٩٨٢، ص ٢٧١.

٢) يحق لأمر الصرف الرجوع عن هذا الإجراء إذا قدّم المتعاقد الضمانات الكافية لحسن التنفيذ، وكان في ذلك مصلحة للإدارة، بشرط ألا يكون أمر المباشرة قد أعطي للمتعهد الجديد^(١).

٣) إذا نجم وفر في الأسعار نتيجة التنفيذ بالطرق السابقة، كان هذا الوفر من حق الجهة العامة وليس للمتعهد الحق في المطالبة به...^(٢).

وعليه فإن المشرع السوري قد اشترط على المتعهد ثلاثة شروط للعودة عن قرار أمر الصرف بسحب تنفيذ التعهد والتنفيذ على حسابه وهي أن يقدم المتعاقد الضمانات الكافية لحسن تنفيذ التعهد، وأن يكون هنالك مصلحة للإدارة لإعادته، وألا يكون المتعهد الجديد قد أعطي أمر المباشرة لتنفيذ الأعمال على حساب المتعهد الناكل.

صفوة القول إن جزاء سحب العمل من المتعاقد والتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته يفترض فيه بقاء العقد قائماً ومستقراً، فهو جزاء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء العقد الذي يستمر نافذاً وينفذ على حساب المتعاقد الأصلي الذي يتحمل مخاطر قيام الإدارة بهذا التنفيذ، ومن هنا لا يجوز الجمع بين هذا الجزاء وجزاء إلغاء العقد ومصادرة التأمين، لأن وسائل الضغط تستهدف إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته، فإذا ألغت العقد، فإنه لا معنى للالتجاء إلى وسائل الضغط.

(١) المادة /٥٤/ فقرة /هـ/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤. السوري.

(٢) المادة /٥٥/ فقرة /جـ/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤. السوري.

وأيضاً الفقرة /هـ/ من المادة /٤٢/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ في سورية.

٣ - الشراء على حساب المورد في عقد التوريد:

يعد جزاء الشراء على حساب المتعاقد المورد وسيلة من وسائل الضغط التي تملكها الإدارة لإجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزاماته التعاقدية. وسنتناول هذا الجزاء من خلال تعريفه ورصد آثاره القانونية:

أ - التعريف بالشراء على حساب المورد المقصر :

يقصد بجزاء الشراء على حساب المورد قيام الإدارة بالتنفيذ على حسابه وعلى مسؤوليته القانونية في حالة تخلفه عن تنفيذ التزاماته الموكلة بها^(١). فالأصل أن المورد يلتزم بتوريد الأصناف المتعاقد عليها طبقاً للمواصفات الواردة في العقد وفي المواعيد المحددة، فإن عجز عن تنفيذ العقد أو أحلّ بذلك إخلالاً جسيماً، تقوم الإدارة بنفسها بالحلول محله في تنفيذ التزاماته، أو تعهد بذلك إلى غيره^(٢).

وهذا يعني أن الإدارة تبرم عقداً مع متعاقد آخر غير المتعاقد الناكل، في سبيل القيام بعملية التوريد محل العقد، وعلى حساب المتعاقد الناكل وعلى مسؤوليته^(٣).

ويعرفه بعض الفقه بأنه إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد المورد الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم

(١) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٨. سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤.

(٢) د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٥.

(٣) C.E. 27. Mars. 1957 Sieur

وكذلك: د. مهند نوح، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٧.

في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالموصفات المطلوبة والمحددة في العقد. وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته^(١).

ولا يعدّ التنفيذ على حساب المتعهد عقوبة عقدية توقعها الإدارة على المتعاقد، ولكنه إجراء مؤقت تستهدف به الإدارة الضغط على المتعهد لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام ومنع تعطلها، بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هذه المرافق^(٢).

وبهذا، فإن قيام الإدارة بالشراء على حساب المتعاقد المقصّر في عقود التوريد يشبه حالة التنفيذ على حساب المتعاقد المقصّر في عقود الأشغال العامة، إذ يحقّ لجهة الإدارة شراء الأصناف محل التعاقد على حساب المورد المخل بتنفيذ التزاماته، وذلك لتحقيق الهدف ذاته وهو الحفاظ على السير المنتظم والمستمر للمرفق العام^(٣).

خلاصة القول إن الشراء على حساب المورد جزاءً إكراهيًّا تفرضه الإدارة على المورد المتأخر من جرّاء تأخره في التوريد خلال المدة المحددة في العقد، ومن دون حاجة إلى إثبات الضرر أو اللجوء إلى القضاء لتوقيعه، إلا أن ذلك لا يعني حرية الإدارة المطلقة، بل يخضع هذا الإجراء إلى عدة شروط وضوابط. فما ضوابط ممارسة هذا الجزاء؟

(١) هوريو Hauriou: الوجيز في القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٥٠. وكذلك د. حسين

درويش عبد العال، وسائل الضغط في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠ وما بعدها.

ود. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية،

الجزائر، طبعة عام ٢٠٠٠، ص ٢١٩-٢٢٠. ود. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في

تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، عام ٢٠٠٢، ص ١٠٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٧٥٩، السنة ٤٣ ق. جلسة

٣١/١٠/٢٠٠٠ أشار إليه: د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري،

مرجع سبق ذكره، ص ٩٩٤.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري ...، مرجع سبق ذكره، ص ٩٤.

ب - ضوابط ممارسة حق الإدارة في الشراء على حساب المورد:

نظراً إلى خطورة هذا الإجراء وقسوته فقد أحاطه الفقه والقضاء بشروط، يتعين على الإدارة مراعاتها عند فرضه على المورد، وتتمثل هذه الشروط والضوابط بشرطين رئيسيين:

الشرط الأول - الإخلال الجسيم من المورد بشروط العقد:

يشترط الفقه لقيام الإدارة باتخاذ هذا الإجراء أن يكون خطأ المورد جسيماً إلى درجة تسوُّغ التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته، فمجرد التأخير في توريد الأصناف المتفق عليها في العقد لا يعدّ تسويغاً كافياً لهذا الإجراء، بل يجب أن يترجم التأخير بعدم تنفيذ شروط العقد^(١).

ووفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن تقاعس المورد عن التسليم في المواعيد المقررة، أو التأخير فيه، ورداءة الأصناف الموردة، تعدّ جميعها أخطاء جوهرية تسوُّغ اتخاذ إجراء التنفيذ على الحساب^(٢).

أما في مصر فقد أجاز قانون تنظيم التعاقدات المصري الجديد رقم ١٨٢/ عام ٢٠١٨ للجهة الإدارية تنفيذ العقد على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط جوهرية من شروطه^(٣).

وقد أكدت على ذلك المادة ١٠١/ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون والصادرة بموجب قرار وزير المالية المصري رقم (٦٩٢) لعام ٢٠١٩.

كما أيدّ القضاء الإداري المصري، حق الإدارة في اللجوء إلى الشراء على حساب المورد في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته، إذ ذهبت الجمعية

(١) د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٥، ص ٤٧٨.

(2) C.E.5. décembre 1934. Ste Horme. P.1149.Snov.1982. SOC. Propetrol .P.381. C.E. 23. Mars. 1927. Babert. P.372.

(٣) المادة ٥١/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المصري.

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتوى لها إلى القول: «.. إن جوهر التزام المتعهد في عقد التوريد هو توريد الأصناف المتعاقد عليها خلال المواعيد المحددة، فإذا ما تأخر المتعهد في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد، جاز للجهة المتعاقدة شراء الأصناف - التي لم يتم توريدها - من غيره وعلى حسابه، أو إنهاء التعاقد فيما يتعلق بتلك الأصناف»^(١).

وفي سورية، نظم المشرع الشراء على حساب المورد المقصّر في القانون رقم ٥١/ عام ٢٠٠٤، إذ عدت المادة ٥٤/ منه صوراً للأخطاء التي تسوّغ سحب تنفيذ التعهد من المتعاقد وتنفيذه على حسابه^(٢).
الشرط الثاني - ضرورة إعداز المورد قبل اللجوء إلى فرض الشراء على حسابه:

يعد الإنذار إجراءً ضرورياً قبل توقيع الجزاء على المتعاقد، والإدارة ملزمة بذلك، إذ يعد الإنذار السابق التمهيد الطبيعي لأي إجراء ضاغط^(٣).
ففي فرنسا ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى أن الإعداز يشكل العامل الحقيقي لمشروعية الجزاءات الضاغطة الصادرة عن طريق الإدارة في العقود

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم ٥٨٩ تاريخ ١٩٩٩/٩/٣٠ ملف ٢٠٣٧/٢/٣٢، أشار إليه د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سبق ذكره، الكتاب الثاني، ص ٩٢١-٩٢٣.

(٢) نصت المادة ٥٤/ فقرة ١/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على الآتي: « يحق لأمر الصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعهد وتنفيذه على حسابه في الحالات التالية: ١- عند عدم مباشرة المتعهد بتنفيذ التعهد في الوقت المحدد. ٢- عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المتعاقد عليها أو ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأ على دفعات متتالية. ٣- إذا ثبت للجهة العامة ارتكاب المتعهد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة. ٤- إذا أخل المتعهد بالتزامات وامتنع عن إصلاح خطئه خلال المدة التي تحددها الجهة العامة. ٥- إذا أخل ببرنامج العمل الموضوع بحيث يخشى ألا ينجز في موعده... ٦- إذا أعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ التعهد ».

(٣) د. عمار التركاوي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد، بحثه سالف الذكر، ص ١١.

الإدارية^(١). ويعدّ جزاء الشراء على حساب المورد معيباً، ولا يتحمل المورد نتائجه في حالة تخلف الأعذار^(٢).

وتنص المادة /٧٠/ من كراسة الشروط الخاصة بالبحرية الفرنسية على أن : « .. كل مورد — باستثناء القوة القاهرة — يخل بتنفيذ التزامه في المواعيد المحددة في العقد، يعذر في الحال بخطاب مسجل بعلم الوصول بأن ينفذ التزامه، وأنه في حالة عدم التنفيذ سيجري الشراء على نفقته ومسؤوليته..»^(٣)، وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي^(٤).

وفي مصر، لم يسر مجلس الدولة المصري على وتيرة واحدة بشأن ضرورة إعدار المتعاقد، فتضاربت الأحكام القضائية حول ضرورة إعدار المورد قبل توقيع الجزاءات عليه، فذهبت بعض أحكام القضاء الإداري إلى ضرورة تطبيق النصوص المدنية المتعلقة بالإعذار في مجال الجزاءات، ومن ثم ضرورة إعدار المورد قبل توقيع الجزاء عليه^(٥)، بينما عدلت المحكمة عن حكمها السابق وقررت عدم تطلب الإعذار^(٦).

كما أن المشرع المصري لم يوجب على الإدارة توجيه الإعذار إلى المتعاقد قبل اتخاذ إجراء السحب منه والشراء على حسابه في القانون رقم /١٨٢/ عام ٢٠١٨، وخصوصاً المادة /٥١/ منه، وكذلك المحكمة الإدارية العليا، إذ قضت في حكم لها بأنه: «... في حالة لجوء جهة الإدارة إلى طريقة

(١) L.RICHER. Droit des contrats administratifs .3ed 2002,op cit.p.227.

(٢) JEZE (GASTON): Les principes généraux du Droit administratif. Op.cit.p.1097.

(٣) د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٠٢.

(٤) C.E.23. janvier 1952. Commune de. st. Remy. Res.p45.

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٥٣، السنة ٢٧، أشار إليه: د عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨.

(٦) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم ١٨٢٧، السنة ١٠ ق. جلسة ١٧/٣/١٩٥٧. مجموعة المبادئ القانونية، السنة ١١، ص ٢٧٧.

الشراء على الحساب، إذا رأت أن صالح المرفق يقتضي هذا الإجراء، لا يكون ثمّ موجب لإعذار المورد المتأخر أو إعطاء مهلة إضافية للتوريد بعد تحيئه لتأخره في التوريد وإسناد التوريد إلى غيره وعلى حسابه..»^(١).

وقد انتقد بعض الفقه مسار هذا القضاء، على أساس أن خطورة إجراء الشراء على حساب المورد تستدعي إعذاره مسبقاً^(٢).

وأما في سورية، فإنه ووفقاً لأحكام الفقرة ب/ من المادة ١٥/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم ٤٥٠/ عام ٢٠٠٤ ليس هناك حاجة لإنذار المتعاقد قبل أن تقوم الإدارة بشراء المواد المتعاقد عليها على حسابه إذا انقضت مدة ثلاثين يوماً على المدة المحددة للوفاء بالالتزام، من دون أن يقوم المورد بتسليم المواد المتعاقد عليها، وأعطت للوزير في الحالات الضرورية التي يقدرها، أن ينذر المورد المتقاعس بوفاء التزاماته خلال مدة يحددها من دون التقيد بمدة الثلاثين يوماً المذكورة وعلى ألا تقل عن يومين، بعد ذلك تباشر الجهة العامة باتخاذ إجراءات الشراء على حسابه^(٣).

إلا أن قضاء مجلس الدولة السوري قد ذهب عكس ما ذهبت إليه المادة السابقة عندما أوجب إعذار المتعاقد قبل فرض جزاء سحب الأعمال منه والتنفيذ على حسابه عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية^(٤). وأعفى جهة الإدارة منه إذا أعلن المتعاقد رفضه تنفيذ التزاماته العقدية بشكل صريح^(٥).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٣٩٣، السنة ٣٧ ق. جلسة ١٩٩٤/٢/٨، المجموعة السنة ٣٩ ج ١، المبدأ رقم ٨٣، ص ٨٣٩.

(٢) د. عبد المجيد محمد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤١.

(٣) المادة ١٥/ فقرة ب/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم (٩٧) لعام ١٩٨٢، أشار إليه المحامي مصباح المهاني مرجع سبق ذكره، الجزء الثالث، ص ٢١٢.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم (٥١) لعام ١٩٧٠، أشار إليه العميد صبحي سلوم موسوعة العقود، الجزء الأول، طبعة ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٣٧٥.

أما فقهاً، فقد انقسم الفقهاء السوريون حول ذلك، فمنهم من يرى أن الإدارة غير ملزمة بتوجيه الإعذار إلى المتعاقد قبل فرض الجزاء عليه إذا لم ينص عليه العقد، أو نص عليه القانون بالنسبة إلى جزاء معين^(١).

بينما ذهب جانب آخر إلى وجوب إعذار المتعاقد ومنحه المدة الكافية قبل جزاء السحب منه، لأنه — حسب رأيهم — يشكل الإعذار إحدى الضمانات المهمة للمتعاقد في مواجهة الإدارة من جهة، ومن جهة ثانية فإن سحب الأعمال إجراء خطير يترتب عليه نتائج باهظة بالنسبة إلى المتعاقد، فهذا الأخير قد ينصاع إلى أوامر الإدارة فيما لو تم إعداره^(٢).

وأعتقد أنه إذا كان الإنذار للمتعاقد قبل سحب العمل منه ضرورياً في بعض العقود كعقد الأشغال العامة، فهو ليس كذلك في عقد التوريد والشراء على حساب المورد. لأن طبيعة هذا العقد تختلف عن غيره من العقود، لما يتطلبه التنفيذ فيه من السرعة والدقة، ولما قد يؤثر في سير المرفق العام ويهدده بالتوقف فيما لو قامت الإدارة بإنذار المتعاقد وانتظرت المدة المحددة لانتهاء الإنذار، وبحثها عن متعاقد آخر للتعاقد معه من جديد، فتكون قد أدخلت نفسها والمرفق والمنتفعين به في دوامة المتعاقدين ومشكلاتهم.

٣ - الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المورد المقصر:

الشراء على حساب المورد المقصر إجراء تمهيدي، تعقبه إجراءات أخرى، وينتج عن ذلك الآثار القانونية الآتية:

(١) جزاء الشراء على حساب المورد المقصر — كغيره من الجزاءات الضاغطة — يعد إجراءً مؤقتاً لا يترتب عليه إنهاء عقد التوريد، أو فسخه، بل يظل هذا العقد قائماً ومستمراً، وتحل الإدارة مؤقتاً بنفسها أو

(١) د. محمد الحسين ود. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٩.

د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية، عام ٢٠١٨، ص ٩٣.

(٢) د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٧.

بإحلال متعهد آخر في توريد المواد والأصناف التي لم يقيم المتعهد الأصلي بتوريدها وشرائها على حسابه، وعليه يبقى المورد مسؤولاً أمام جهة الإدارة وتتم العملية على حسابه وتحت مسؤوليته المالية^(١).

(٢) تقوم الإدارة بشراء الأصناف التي لم يقيم المتعهد بتوريدها على حسابه وبالشروط وبالمواصفات المعلن عنها ذاتها، ومن ثم فلا يجوز للإدارة التحلل من الصنف المتعاقد عليه وتعديله. فلا تقوم بشراء سيارات مثلاً إذا كان التعاقد على دراجات، ولا تستطيع شراء سيارات نقل إذا كان التعاقد على شراء سيارات ركوب. وفي حالة مخالفة ذلك، فإن المورد الأصلي المنفذ على حسابه يستطيع أن يتمسك بأن نتائج العقد الجديد غير قابلة للاحتجاج بها عليه، وأن يرفض بالتالي أن يتحمل تبعات هذه النتائج^(٢).

(1) L.RICHER Droit des Contrats administratifs, 3ed 2002 .op.cit.p245.

- وفي الفقه العربي: د. أحمد عثمان عياد مرجع سبق ذكره. ص ٣٥٣. د. حسام سليمان فيصل، سحب تنفيذ الأعمال من المتعاقد مع الإدارة وتنفيذها على حسابه "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه سالفة الذكر، ص ٣٥٦. وأيضاً: د. عمار التركاوي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في العقود الإدارية، بحثه سالف الذكر، ص ١٣.

- المادة /١٠١/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري الجديد /١٨٢/ الصادرة بقرار وزير المالية رقم /٦٩٢/ لعام ٢٠١٩.

- المادة /١٥/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ السوري المتضمن دفتر الشروط العامة الناظم للقانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /٩٣٣/ لسنة ٨ ق. ع جلسة ١٩٦٤/٢/٨ مجموعة المبادئ القانونية السنة ٩/، ص ٦٢٢.

- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم /١٣٣/ لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية لعام ١٩٧٢، ص ١٩٧.

(2) C.E.16.Juin 1978. Ste d'achats et de consignations . R.D.P.1980. p1484.

- د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٠٩. وأيضاً: د. حسام سليمان فيصل، رسالته سالفة الذكر، ص ٣٦٣. ود. محمد الحسن، د. مهند نوح: القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق، عام ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٣٤٠-٣٤١.

٣) ولا يخالف القاعدة السابقة شراء أصناف تختلف عن جودتها زيادةً أو نقصاً عن تلك التي تم التعاقد عليها^(١).

٤) يتحمل المورد الأصلي قيمة الزيادة في ثمن الشراء مضافاً إليها ما يستحق من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بالإدارة، بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية على حسابه^(٢).

٥) لا يجوز للمورد الأصلي المنفذ على حسابه أن يشترك في تنفيذ التوريدات المنفذة على حسابه، وتحت مسؤوليته^(٣). وفي المقابل لا يسأل المورد الأصلي في التأخير الذي يحصل في شراء المواد المتعاقد عليها من قبل الإدارة مباشرة. أو عن أي تأخر يرتكبه المورد الجديد الذي حل محله^(٤).

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٤ لسنة ٩٩ ق. جلسة ١١/١٢/١٩٦٥، مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص ٦١٣.

- رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري رقم ١٥٢/ لعام ٢٠١٤ المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٨، ص ١٢٣-١٢٦.

- المادة ١٠١/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري والصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢/ لعام ٢٠١٩.

(١) د. عمار التركاوي، بحثه سالف الذكر، ص ١٣.

(2) C.E.5.Nov.1982. Ste propetrol, Rec.p.318.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٣٧٣ لسنة ٤٢ ق. جلسة ٩/١٩/٢٠٠٠. أشار إليه. د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٥، ص ٤٨٥.

- المادة ١٥/ من المرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ في سورية، مشار إليها سابقاً.

(٣) المادة ٣٨/ من كراسة الشروط المطبقة في فرنسا على عقود التوريد الصناعية.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١١٨١/ لسنة ٣٣ ق. جلسة ١/٢٥/١٩٩٤.

- أشار إليه: د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، مرجع سبق ذكره، ص ١٠١٧.

- JEZE (G) les principes généraux du droit administratif. op cit p1100.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٣٦ لعام ١٩٦٧، أشار إليه: المحامي مصباح المهاني، مرجع سبق ذكره، الجزء الثالث، ص ٢٥٥.

- ٦) التزام الإدارة ببذل العناية اللازمة كالتّي تبذلها في أعمالها الخاصة من دون أن تكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد، إذ تعدّ الإدارة عندما توقع جزاء التنفيذ على حساب المورد المقصّر في مركز الوكيل عنه، فإن هي قصرت في بذل عناية الرجل المعتاد وترتب على ذلك ضرر بالمورد الأصلي المنفذ على حسابه فإنها تكون مسؤولة عن خطئها أمامه^(١).
- ٧) لا يجوز الجمع بين الشراء على حساب المورد المقصّر وإنهاء العقد، فالتنفيذ على حساب المتعاقد يقوم على أساس عدم إنهاء الرابطة العقدية واستمرار العقد منتجاً لآثاره، ومن ثم بقاء المتعاقد مسؤولاً أمام الإدارة^(٢). بينما يجوز الجمع بين إجراء الشراء على حسابه، والجزاءات الأخرى، بشرط ألا تتعارض معه، كالتعويض والغرامة^(٣).
- ٨) ولكن إذا نفذت الإدارة عملية الشراء على حساب المورد المقصّر فليس هناك ما يمنع من إنهاء العقد^(٤).

(١) د. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨٤.

- المادة ٦٧٠/ من القانون المدني السوري الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٤٩.

- المادة ٧٠٤/ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.

- C.E. 5 Nov. 1982 sté propétrol. Rec, p.381.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٣٧٣ لسنة ٤٢ ق. جلسة ١٩/٩/٢٠٠٠ .

- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٨٥٨/ لعام ١٩٨٨، مجموعة المبادئ

القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٨، ص ٥٢٥. المبدأ ١٠٨.

(٢) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٤. ود. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد

الإدارية وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سبق ذكره، ص ٩٤، ٩٥.

(٣) د. عزيزة الشريف، مرجع سبق ذكره، ص ١٨١.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ ق. تاريخ ٢٤/١١/١٩٥٧ - أشار

إليه: د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٣، ٥٤٤.

صفوة القول: عند تخلف المورد وتقصيره في الوفاء بالتزاماته في توريد الأصناف المتعاقد عليها في العقد، فإن الإدارة تقوم باستبعاده مؤقتاً، وتقوم بالتنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته بنفسها، أو تعهد بمهمة التوريد إلى متعاقد آخر، إلا أن هذا الإجراء لا يؤدي إلى إنهاء العقد، الذي يظل قائماً ومستمراً، ويظل المورد مسؤولاً أمام الإدارة.

وعندما تقوم الإدارة بالشراء على حسابه، فإن المورد المقصّر يتحمل كافة النتائج الباهظة، التي يمكن أن تنتج عن تنفيذ عملية الشراء على حسابه، ويجوز للإدارة أن تفرض عليه بعض الجزاءات كالغرامة ومصادرة التأمين والتعويض، بينما لا يجوز الجمع بين عملية الشراء على حسابه وإنهاء العقد، وفي المقابل فإن المورد الأصلي يستطيع مراجعة القضاء للحكم له بالتعويض إذا أصابه أي ضرر من جانب الإدارة في أثناء عملية التنفيذ، وفي جميع الأحوال لا يجوز للقاضي إلغاء قرار الإدارة بالشراء على حسابه.

هكذا وبعد الانتهاء من دراسة الجزاءات الضاغطة بصورها الثلاثة، فإن هناك جزاءات أخرى أشد من الجزاءات السابقة قد تؤدي إلى فسخ العقد وإنهائه من جانب الإدارة وهو ما سنتناوله في الجزئية الآتية:

ثانياً- الجزاءات الفاسخة:

يقال إن العقود قد تنتهي قبل أوانها^(١). ويعد من أسباب هذا الانتهاء الفسخ، ويتفق الفقهاء على أن هذا الإجراء يعد من أشد الإجراءات التي قد تلجأ إليها الإدارة^(٢). ولأهمية هذا الجزاء ستتم دراسته من خلال الجزئيات الآتية:

(١) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٦.

(٢) إذا كانت عقوبة الإعدام هي أشد العقوبات وأقساها في قانون العقوبات، وإذا كانت عقوبة الفصل كذلك في قانون الوظيفة العامة، فإن فسخ العقد هو من أقسى الجزاءات في العقود الإدارية. وهو جزاء بغض لا تلجأ إليه الإدارة إلا في حالة فقدان الأمل من قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، وهذا الجزاء تنفرد به الإدارة إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا =

١ - مفهوم الفسخ الجزائي:

من الحقوق الأصلية للإدارة حقها في فسخ عقودها الإدارية إذا أخلَّ المتعاقد معها بالتزاماته إخلالاً يستلزم فرض هذه العقوبة القاسية. ويعد فسخ العقد الإداري من أشد الجزاءات وأخطرها، لا بل يأتي في قمة هذه الجزاءات^(١)، إذ به تنتهي الإدارة التعاقد بإرادتها المنفردة ومن دون اللجوء إلى القضاء، أو موافقة المتعاقد معها^(٢). وتلجأ إليه الإدارة بعد أن تكون قد استنفدت الوسائل كافة في إصلاحه، مما يفقدها الأمل، وتصل إلى حد اليقين من أنه لا فائدة ترى من تقويم المتعاقد^(٣). ولهذا تملك الإدارة اتخاذها في كل مرة يبدو لها أن المتعاقد معها قد أخلَّ بالتزاماته العقدية إخلالاً جسيماً مما قد يعرض المرفق العام للخطر^(٤).

أ - التعريف بالفسخ الجزائي:

يُعرَّف **الفسخ لغة** بأنه النقص أو التفريق. يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقضه فاننقض^(١). ويأتي معناه أيضاً فسخ يفسخ فسخاً، في الشيء فرقه، وفي

= الحق في التعويض إذا كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية، التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها دون إرادة الطرف الآخر.

للمزيد: د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، عام ١٩٩٨، ص ٤٦٩.

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٢٢.

(٢) د. محمد جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٩.

- ANDER D LAUBADERE . op . cit.p.441.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٩.

(٤) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٣/ سنة ١٩٧٣. أشار إليه علي نصر الحسن في رسالته - الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، رسالة ماجستير في القانون العام، قسم العلوم الإدارية والمالية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام ٢٠١٧، ص ١٣٥.

الأمر نقضه^(٢). والفسخ في الشريعة الإسلامية، غير جائز أصلاً في العقود الملزمة للجانبين إذا أخلَّ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية^(٣). إذ تدعو شريعتنا السماح إلى ضرورة الالتزام بتنفيذ العقود التي يتفق عليها الأطراف، لقوله تعالى في محكم آياته: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٤).

ويُعرف الفسخ في الاصطلاح الفقهي القانوني بأنه : « حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا ما أخلَّ الآخر بالتزامه في حل الرابطة التعاقدية، كي يتحلل هو من التزامه »^(٥).

(١) محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، طبعة دار الفكر، بيروت، عام ١٩٩٥، ص ٧٤٠. أشار إليه : علي رثيف الديوب، فسخ العقد بإرادة منفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، قسم القانون الخاص، عام ٢٠١٧، ص ٢٢.

(٢) معجم الرائد لجبران مسعود، دار العلم للملايين، بيروت، عام ١٩٧٨، المجلد الثاني، ص ١١٨.

(٣) أشار بعض الفقه إلى عدم وجود دلالة قاطعة على جواز فسخ العقد في الشريعة الإسلامية غير أن رجال الفقه الإسلامي أكدوا على جوازه في بعض الحالات التي يتعذر فيها تنفيذ العقد، وهو بذلك استثناء من الأصل العام، ومرد هذا الاستثناء كما يرى د. عبد الرزاق السنهوري يعود إلى أمرين، أولهما: انعدام محل العقد أو فوات منفعته المقصودة. وثانيهما أن عقد الإيجار في الفقه الإسلامي قد جاء على خلاف القياس (استحساناً) والمعقود عليه فيه معدوم، ولكنه يتجدد بين الحين والآخر. ومن ثم يكون الفسخ فيه أكثر تصوراً، ليس عندما يختل محل العقد فقط، بل حين لا يفي المستأجر بأجرة العين أو رب العمل بأجرة العامل.

- د. عبد الناصر توفيق العطار، ماهية العيب وشروطه في عقد البيع، مقال منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، السنة ١٦، العدد ٢، عام ٢٠٠٣، ص ٤٦٠ وما بعدها. وأيضاً: د. بلعير عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، الجزائر، عام ٢٠٠١، ص ٧٦-٨٢.

(٤) الآية رقم ١/ من سورة المائدة.

(٥) د. أحمد حشمت أبو شيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول الطبعة الثانية، عام ١٩٥٤، ص ٣٤٠ وما بعدها. وكذلك: د. محمود جمال الدين تركي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، عام ١٩٧٨، ص ٤٠٢.

وعرّفه آخرون بأنه زوال العقد بجميع آثاره في الماضي والمستقبل، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى^(١).
أما الفسخ كجزاء في العقود الإدارية فيعرّف بأنه: "جزاء تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة عندما ثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم قدرة المتعاقد في تنفيذ التزاماته محل التعاقد بصورة مرضية، أو في عدم مراعاة تنفيذ الأعمال أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة، وتنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها"^(٢). ويعرف أيضاً بأنه: "جزاء شديد الجسامة، تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية، والذي يترتب عليه استبعاد المتعاقد معها نهائياً من تنفيذ موضوع العقد أو من الاستمرار في تنفيذه"^(٣).

والفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، هو جزاء عقدي شديد الجسامة توقعه الإدارة على المقلول المخل بتنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً، ويترتب عليه انقضاء العلاقة العقدية ومن ثم استبعاد المقلول من تنفيذ العقد^(٤).

ويمكن من خلال استطلاع التعريفات السابقة استخلاص خصائص الفسخ كجزاء في العقود الإدارية، إذ يمتاز هذا الجزاء بخاصتين جوهريتين هما:
(١) أن الإدارة تقرر هذا الجزاء بإرادتها المنفردة وبناء على سلطتها التقديرية، من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، باستثناء جزاء الإسقاط فيما يختص بعقود الالتزام، إذ لا يتم إلا بحكم قضائي.

(١) د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، عام ١٩٩٩، ٢٠٠٠، ص ٢١٨.

(٢) د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٠.

(٣) حسام سليمان فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام ٢٠٠٩، ص ٧٥.

(٤) LECLERE (JULIEN): les marches de fournitures et de travaux publics charles lavaurelle paris 1949 . p112.

(٢) أنه يترتب على توقيع هذا الجزاء انتهاء العقد، واستبعاد المتعاقد نهائياً وتنفيذ الأعمال محل العقد^(١).

وبالنظر إلى خطورة هذا الجزاء على المتعاقد وعلى المرفق العام الذي يتعلق العقد محل الفسخ به، فقد تم تقييده بعدة شروط.

ب - شروط الفسخ الجزائي:

يشترط لمباشرة الإدارة المتعاقدة سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي، أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيماً، وأن تقوم بإعذاره وإعطائه أجلاً محدداً قبل فرض هذا الجزاء عليه.

وسيتم التعرض إلى هذين الشرطين على النحو الآتي:

الشرط الأول - وقوع خطأ جسيم من المتعاقد:

ليس كل خطأ يرتكبه المتعاقد يصلح لأن يكون مسوّغاً لتوقيع جزاء الفسخ، بل يتعين أن يكون هذا الخطأ على درجة معينة من الجسامة^(٢).

ويعرف الخطأ الجسيم: بأنه كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام قانوني جوهرى حتى يكون مسوّغاً كافياً تستند إليه الإدارة في توقيع جزاء الفسخ^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم /١١١/ لسنة ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص ٢٠٦.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، عام ١٩٩٣، ص ١٩٩.

- JEZE (G): op, Cit, T3. P1037.

— حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم /٢٢/ لسنة ١٩٧٢ ص ٢٢٨.

(٣) RACHID ZOUAÏMIA. Marie Christine ROUAULT, Droit Administratif. Editions BERTI . Alger, 2009. P.191.

ويستلزم التشريع والفقه والقضاء في الدول محل المقارنة أن يقتصر فرض هذا الجزاء بخطأ جسيم يرتكبه المتعاقد في تنفيذ التزاماته، فمن الأخطاء الجسيمة على سبيل المثال التي عدّها مجلس الدولة الفرنسي مسوّغاً كافياً للفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، عدم مراعاة مدد التنفيذ^(١)، أو التنازل عن العقد بدون إذن مسبق من الإدارة^(٢)، أو التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة^(٣)،

وفي مصر، استقرت الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة المصري على عدّ عملية تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده للغير أو قيامه بالتعاقد بشأن العمل محل التعاقد مع الغير من الباطن دون الحصول على موافقة الإدارة على ذلك، خطأ جسيماً يسوّغ للأخيرة توقيع جزاء فسخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة^(٤).

وفي التشريع نصت المادة /٥١/ من القانون رقم /١٨٢/ عام ٢٠١٨ المصري على أنه: « يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد... إذا أخل المتعاقد بأي شرط جوهرى من شروطه ».

ويفهم من نص هذه المادة أن المشرع المصري قد جعل الفسخ هنا جوازياً يعود فرضه إلى السلطة التقديرية للإدارة، فعند إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقد تقوم الإدارة بتقدير مدى أهمية هذا الشرط الذي أخل به المتعاقد، وعلى ضوء تلك الأهمية تتخذ قرارها إما بفسخ العقد أو الإبقاء عليه.

(١) - C.E. 21 mars 1986 Meyrignac R.D.P. 1986 .p1736.

(٢) - C.E.8 nov 1940 commune de moussance . R.e.c.p 205

(٣) - C.E.16.nov.1966. Bernard. R.e.c.p.113.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم أساس ١٩٨ — ١١ اق تاريخ

١٩٥٧/١/٢٧. أشار إليه: د. نجم حمد الأحمد في رسالته للدكتوراه، التعاقد من الباطن في نطاق

العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عام ٢٠٠١، ص ١٨٣.

أما في سورية، فإن الوضع مختلف بعض الشيء عما عليه في مصر وفرنسا، إذ جعل المشرع الفسخ الجزائي وجوبياً تارة^(١)، ليس للإدارة سلطة تقديرية بشأنه، وتارة أخرى عدّه جوازياً يعود فرضه إلى السلطة التقديرية للإدارة^(٢).

وذكرت المحكمة الإدارية العليا السورية بعض الحالات التي يعد فيها الخطأ جسيماً ويسوّغ للإدارة الفسخ الجزائي للعقد منها: إهمال المتعاقد للأعمال أو عدم احترام المدد للأعمال أو التوريدات أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر الإدارية... وهذه الحالات وردت على سبيل المثال لا الحصر^(٣). وعليه، فإنه يشترط لخطأ المتعاقد حتى يسوّغ للإدارة فسخ العقد في كل الدول محل المقارنة أن يكون جسيماً، وإلا كان تعسفاً من جانب الإدارة يعطي المتعاقد المتضرر حق المطالبة بالتعويض.

الشرط الثاني - وجوب إعدار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ:

يعدّ إعدار المتعاقد قبل الفسخ الجزائي للعقد من الضمانات المقررة للمتعاقد إزاء السلطة المكفولة للإدارة، نظراً إلى خطورة هذا الإجراء.

(١) يتمثل الفسخ الجزائي الوجوبي في حالة واحدة وهي التعاقد مع الكيان الصهيوني، إذ يعدّ التعهد مفسوخاً حكماً في حالة ثبوت مخالفة أحكام الفقرة ٦/ من البند /أ/ من المادة ١١/ من نظام العقود النافذ حالياً في سورية رقم ٥١/ عام ٢٠٠٤. وتتص هذه المادة على أنه: « يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة... ألا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وألا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها... وألا يساهم بشكل من الأشكال في دعم إسرائيل أو مجهودها الحربي ».

(٢) تنص المادة ٥٩/ البند ج/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه "يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات التالية:.. ج- التصفية القضائية إلا أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعهد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك".

(٣) حكم لمحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٢/ لسنة ١٩٦٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية في عام ١٩٦٥، ص ٩٧.

وللإعذار في هذا الصدد فائدة مزدوجة، فهو من ناحية يهدف إلى تحقيق مصلحة المرفق العام من خلال استجابة المتعاقد وتنفيذه لالتزاماته بدلاً من فسخ العقد مع ما يحمله هذا الفسخ من أعباء وجهد على جهة الإدارة، ومن ناحية أخرى يحقق مصلحة للمتعاقد بتمكينه من تقديم ملاحظاته، وأوجه دفاعه قبل توقيع جزاء الفسخ عليه^(١).

ومن المستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسيين، ضرورة إعذار المتعاقد قبل فرض جزاء الفسخ عليه مع منحه مهلة معقولة لتنفيذ التزاماته التي أخل بها^(٢). ويكون الفسخ معيباً إذا أوقعته الإدارة على المتعاقد معها ولم يسبقه الإعذار^(٣).

وعلى الرغم من الاجماع الفقهي والقضائي في فرنسا على ضرورة الإعذار المسبق للمتعاقد قبل فرض جزاء الفسخ للعقد، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ويرد عليها بعض الاستثناءات أو يترتب على توافر إحداها إعفاء الإدارة من ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ^(٤).

وفي مصر، لم يجعل المشرع الإعذار المسبق وجوبياً قبل توقيع جزاء الفسخ في القانون رقم /١٨٢/ عام ٢٠١٨ النافذ حالياً، وخصوصاً نص المادة

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢١.

(٢) - JEZE (G). op.cit,T3. P.1043.

- MONTMERLE (J): op cit.p205.

- C.E.2.oct 1959. Ministre résidant en Algérie R.D.P. 1960. P196.

(٣) - C.E.9. Nov 1932 ste weil. R.ec .P.912.

(٤) من هذه الاستثناءات النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار المسبق. وتعتمد المتعاقد عدم التنفيذ وغش المتعاقد، وتنازله عن العقد للغير... . أشار إلى هذه الاستثناءات: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٨ . حسام سليمان فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص ١١٥ و ١١٦. وإيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الحقوق، قسم القانون العام عام ٢٠١٧، ص ١٣٠، ١٢٩.

٥١/ منه، وكذلك الأمر بالنسبة إلى موقف مجلس الدولة المصري، فإن أحكامه لم توجب في جملتها على الإدارة إعدار المتعاقد قبل فرض هذا الجزاء، ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري قضت بأنه: «تتمتع الإدارة بالحق في الفسخ دون حاجة إلى النص عليه في العقد، ودون إعدار...»^(١) وبخلاف ما تضمنته اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الملغى رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ والتي اشترطت فيه الإعدار صراحة^(٢).

وأما في سورية، فإن المشرع السوري ومن خلال أحكام القانون رقم ٥١/ عام ٢٠٠٤، وأحكام المرسوم رقم ٤٥٠/ تاريخ ٩/١٢/٢٠٠٤ المتضمن الشروط العامة، لم يجعل الإعدار المسبق وجوبياً في جميع الجزاءات، بل اقتصر وجوبه على حالة سحب التعهد فقط^(٣)، وجعله جوازياً يخضع للسلطة التقديرية للإدارة^(٤).

أما قضائياً فقد تبنى مجلس الدولة السوري وجوبية الإعدار قبل فرض جزاء الفسخ^(٥).

ويرى بعض الفقه في سورية أنه إذا كان الإنذار يعد شرطاً أساسياً ضمن العقود المدنية، فهو ليس كذلك ضمن العقود الإدارية إلا إذا نص العقد على ذلك^(١).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم أساس ١٨٢٧ ق. تاريخ ١٧/٣/١٩٥٧، أشار إليه المستشار حمدي ياسين عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥١.

(٢) المادة ٨٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الملغى رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨ في مصر.

(٣) المادة ٥٤/ من القانون رقم ٥١/ عام ٢٠٠٤.

(٤) مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٥٧/ من القانون رقم ٥١/ عام ٢٠٠٤ - والمواد (١٥ و ٤٠ و ٤١) من اللائحة التنفيذية للقانون ذاته في سورية.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٠، أشار إلى هذا الحكم المحامي مصباح المهاني، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٤.

خلاصة القول: يتضح مما سبق أن المشرعين المصري والسوري لم يسيرا على خطى نظيرهما الفرنسي لجهة إعدار المتعاقد قبل إيقاع جزاء الفسخ عليه، على خلاف ما قضى به القضاء الإداري في هذين البلدين. ولكن ما الآثار القانونية للفسخ الجزائي؟

٢ - الآثار القانونية للفسخ الجزائي:

إذا توافرت الشروط السابقة، تلجأ الإدارة إلى اتخاذ قرار بفسخ العقد الإداري، إذ يترتب على هذا القرار الآثار الآتية:

أولاً - انفصام الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الذي يصبح حينئذ غير مسؤول عن الالتزامات المنصوص عليها في العقد^(٢) ويستبعد نهائياً من تنفيذ العقد^(٣). ويعد هذا الأثر أهم ما يميز الفسخ عن غيره من الجزاءات التعاقدية الأخرى. ذلك أن هذه الجزاءات يمكن للإدارة اتخاذها من دون أن تنقضي الرابطة التعاقدية، التي تبقى قائمة والعقد مستمراً في التنفيذ على الرغم من فرض هذه الجزاءات.

ثانياً - لا تستطيع الإدارة أن تقرر الفسخ إلا في أثناء سريان العقد، فهو لا يتقرر بعد إنجاز المتعاقد للأعمال واستلام الإدارة لها استلاماً نهائياً^(٤)، بافتراض أن الفسخ يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، فإذا انتهت هذه بالتنفيذ، فلا مكان لإجراء الفسخ.

(١) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٩.

(٢) د. هارون الجمل، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨١ ود. علي عبد العال سيد أحمد، الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، عام ١٩٩٨، ص ١٠٦.

- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١١١ عام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص ٢٦٠، المبدأ ١٠٥.

(٣) EL-ATTAR (FOUAD): le marché de travaux publics Thèse, paris, 1953, et éd le CAIRE, 1955. P393.

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٦.

ثالثاً – يشمل الفسخ العقد كله، فلا يجوز للإدارة أن تفسخ جزءاً من العقد، وتبقي على الجزء الآخر، وإلا تكون الإدارة قد أخلت بالتوازن المالي للعقد، فالفسخ يجب أن ينصب على الالتزامات كافة التي لم يتم المتعاقد بتنفيذها^(١).

رابعاً – يتعين على المتعاقد الذي صدر بشأنه قرار الفسخ إخلاء أماكن العمل خلال المدة الزمنية التي تحددها له جهة الإدارة، وإلا تحققت مسؤوليته في حالة رفض الإخلاء^(٢)، وتستطيع الإدارة بعد إعذاره أن تقوم بنفسها بإزالة أدواته على حسابه^(٣).

خامساً – قرار الإدارة بفسخ العقد لا يعطي للمتعاقد الحق بطلب التعويض. أياً كان مقداره، بل بالعكس للإدارة أن تتخذ قراراً بمصادرة التأمين كجزاء آخر.

ويؤسس القضاء حق الإدارة بمصادرة التأمين على أنها في منزلة تعويض جزائي للإدارة عما لحقها من ضرر جراء عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية. ولا يعد ذلك في منزلة ازدواج في الجزاء يخالف المشروعية^(٤). وكذلك الأمر بالنسبة إلى غرامات التأخير، إذ يجوز للإدارة فرضها على المتعاقد الذي تم فسخ عقده عن المدة السابقة على صدور قرار

(١) SINGER (J): les marchés des collectivités locales SIRE 1962. P157.

- JEZE (G). op.cit.T3-p.1047 et 1132

(٢) - C.E.16 Decmber. 1932 chauveau. R.C.C.P.1099.

وفي المعنى نفسه: د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٨.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٨.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤١/١٧٢ جلسة ١٩٩٩/٤/٢٠ منشور لدى د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سبق ذكره، ص ٥٤٥.

- C.E.12.Fev 1931- charbanric, Rec.P163.

مشار إلى هذا الحكم لدى د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٥٤.

الفسخ، بينما لا تستطيع الإدارة فرض هذه الغرامات عن المدة التالية للفسخ^(١).

سادساً — عند فسخ العقد يتعين تصفية آثاره، ولا يتم ذلك إلا بمعرفة مقدار ما تم تنفيذه من الأعمال، وهنا لابد من تحرير محضر بما نفذ وجرّد الموجودات بحضور المتعاقد والإدارة^(٢).

خلاصة القول: إن الفسخ في العقود الإدارية هو أقصى الجزاءات التي تملكها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد الذي أخطأ خطأ جسيماً، ولم يعد قادراً على الوفاء بالتزامه التعاقدى على نحو ما ينبغي، وتنتهي الإدارة بهذا الجزاء التعاقد معه واستبعاده نهائياً عن تنفيذ أعمال العقد.

بيد أن الجزاءات التي تفرضها الإدارة بحق المتعهد إنما تصدر بقرارات إدارية انفرادية، والمعروف أن القرار الإداري يقوم على أركان عدة كي تتحقق شروط مشروعيته، لذا فمن العدالة بمكان أن يمنح المتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء إلى قاضي العقد طالباً الطعن في قرارات الإدارة غير المشروعة والحكم له بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة قرارات الإدارة التعسفية.

وعليه فقد تم تخصيص المطلب الآتي لدراسة جزئية الرقابة القضائية على الجزاءات التعاقدية التي تفرضها الإدارة بقرارات انفرادية على النحو الآتي:

(١) - G. JEZE. Op. Cit. T3. P.1132.

وفي المعنى نفسه: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٢ مجموعة المبادئ لعام ١٩٧٢، ص ١٦٩.

(٢) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٩.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على الجزاءات التعاقدية

سبق البيان أن للإدارة سلطة تقديرية في توقيع الجزاء على المتعاقد معها، عند إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية. والهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة من خلال تأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد.

بيد أن سلطة الإدارة هذه ليست طليقة من كل قيد، بل لو تم إخضاع تلك السلطة إلى رقابة القضاء لطمأنة المتعاقد من ناحية، ولضمان عدم انحراف الإدارة بقراراتها من ناحية أخرى، لحققنا نوعاً من التوازن بين سلطات الإدارة وحقوق المتعاقد معها.

وعليه سوف يتم التطرق للرقابة القضائية على الجزاء التعاقدية في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم الرقابة القضائية والقضاء المختص بمباشرتها

الفرع الثاني: نطاق الرقابة القضائية على الجزاء التعاقدية

الفرع الأول

مفهوم الرقابة القضائية والقضاء المختص بمباشرتها

سيتم في هذا الفرع بيان مفهوم الرقابة القضائية أولاً، ثم دراسة القضاء المختص بمباشرتها ثانياً.

أولاً. مفهوم الرقابة القضائية:

تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وتصرفاتها الضمانة الحقيقية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم. وهي في منزلة التنبيه والتحذير للإدارة ما

يدفعها لاحترام القانون والخضوع لسلطاته ومعرفة أوجه النقص أو القصور في أداء العمل الإداري^(١).

١ - تعريف الرقابة القضائية:

في فرنسا، تعني الرقابة من الناحية اللغوية البحث عن المطابقة "Conformité" أو المضاهاة "Conformation"^(٢).

وفي مصر، اختلف الفقهاء حول تحديد المدلول الفني للرقابة بصفة عامة^(٣)، فعرفها بعض الفقه بأنها تلك التي تباشرها المحاكم العادية أو الإدارية، أو تلك التي تصدر عنهما معاً إذا كان الاختصاص بمباشرتها مشتركاً بين هذه المحاكم وتلك، وهي تختلف باختلاف الدول تبعاً لاختلاف النظام القضائي لكل دولة^(٤).

وبهذا تعد الرقابة القضائية الضمان الحقيقي للأفراد في مواجهة تجاوز الإدارة لحدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها وخروجها عن حدود مبدأ

(١) د. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٨.

(2) Denis LEVY. L'administration publique. Recueil De Texte, paris 1971.p.333.

(٣) أهم التعريفات التي عرفت الرقابة:

- هي الوظيفة التي تحقق توازن العمليات مع المستويات المحددة سلفاً.
- هي الوسيلة التي تحدد بها الإدارة ما إذا كانت الأهداف قد تحققت بكفاية في حينه.
- الرقابة تستهدف التأكد من مشروعية نشاط الإدارات، ومدى قيامها بتحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها، وذلك في الأزمدة المحددة وفي حدود التكاليف المقررة، داخل إطار الخطة المرسومة.

د. أنور أحمد رسلان، مرجع سبق ذكره، ص ١٩٣.

(٤) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٤٦٩.

المشروعية^(١). وذلك لما يتسم به القضاء من استقلال ونزاهة وحياد عن أطراف النزاع، وهو الملاذ والملجأ لجميع السلطات العامة والأفراد لتحقيق الالتزام بمبدأ المشروعية. مما دعا أغلب الكتاب إلى وصف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بأنها أكمل أنواع الرقابات وأكثرها فاعلية^(٢).

٢ - أهمية الرقابة القضائية وضوابطها:

القضاء ولاية وليس وظيفة، فالقاضي لا يلغى حكمه أو يعدله إلا قاضٍ مثله، وللرقابة القضائية مزية أساسية تتمثل في صدورها عن جهة مستقلة ومحيدة وهي بحكم تخصصها القانوني تعدّ أقدر من غيرها على مباشرة مهمة الرقابة^(٣).

وعلى الرغم من وجود أنواع أخرى من الرقابة على أعمال الإدارة، إلا أن الرقابة القضائية تمثل أفضل ضمانات لتطبيق حكم القانون^(٤). وهي ضمانات من ضمانات المتعاقد مع الإدارة - في نطاق تنفيذ العقود الإدارية - للحد من تعسف الإدارة في حالة فرض الجزاء عليه أو مخالفتها للقانون^(٥).

ويجوز للمتعاقد الادعاء أمام القضاء من قسوة الجزاء المفروض عليه من قبل الإدارة^(٦). إذا ما أخطأت أو لجأت إلى المغالاة في استعمال سلطتها

(١) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٣، ص ٣٠٣.

(٢) د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٠.

(٣) د. طارق سلطان، المرجع نفسه، ص ٤٧٠.

(٤) د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام ٢٠١٥، ص ٩.

(٥) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري "الرقابة على أعمال الإدارة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٣، ص ٣٠٣.

(٦) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٣، ص ١٨٠.

بفرض الجزاء، فيفصل القاضي بمشروعية قرار الإدارة من عدمه أو بانتفاء السبب الذي يسوّغ قرارها، ومن ثم، الحكم للمتعاقد بالتعويض العادل^(١).

وعليه فإن حق الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد المقصّر (لضمان سير المرفق العام بانتظام وإطّراد) يقابله ضرورة توفير ضمانات للأخير تحميه من تعسف الإدارة لما قد يترتب على فرض هذه الجزاءات من أضرار قد تلحق تهديداً بمركزه المالي، ومن ثم، قد يكون له أثر في سمعته في المجالات الاقتصادية^(٢).

وتتمثل أهم ضوابط الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات التعاقدية في الآتي^(٣):

١- أن يكون هدف القرار الإداري المتضمن فرض الجزاء التعاقدية تحقيق المصلحة العامة، فإذا ما خرجت الإدارة عنه يكون قرارها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة.

٢- استناد قرار الإدارة في فرض الجزاء التعاقدية إلى أسباب صحيحة مسوّغة. فيجب أن تكون هذه الأسباب قائمة أو موجودة، وأن تكون مطابقة للحقيقة والواقع، ويراقب القضاء الوجود المادي للوقائع، كما يراقب التكيف القانوني لها.

٣- مراعاة قواعد الاختصاص: إذ تعدّ قواعد الاختصاص من النظام العام، وهي ملزمة للجميع ولا يجوز الخروج عنها أو مخالفتها، ولا تمتلك الإدارة أي سلطة تقديرية في مجال الاختصاص وعليها أن تمارس سلطتها طبقاً لقواعد الاختصاص التي حددها القانون، وإلا عدّ ذلك

(١) د. نصري منصور نابلسي، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٩.

(٢) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٨.

(٣) د. أنور أحمد رسلان، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٠.

خروجاً على مبدأ المشروعية، كما تلتزم الإدارة باحترام قواعد الشكل والإجراءات الجوهرية، لأن مخالفتها يمكن أن تؤدي إلى إلغاء القرارات الصادرة خلافاً لما حدده القانون.

ثانياً. القضاء المختص بممارسة الرقابة القضائية:

في فرنسا، استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد هو المختص بالنظر في المنازعات الناشئة بين أطراف العقد الإداري وليس قاضي الإلغاء^(١)، فإذا صدر قرار من الإدارة بفسخ العقد مثلاً، فعلى المتعاقد أن يطعن في هذا القرار أمام قاضي العقد وليس قاضي الإلغاء^(٢). أي إن الدعوى الصحيحة فيما يختص بالطعن في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ العقد هي دعوى القضاء الكامل.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن « قرار السلطة بإسقاط الالتزام لا يمكن أن يكون محلاً لدعوى الإلغاء من جانب الملتزم المستبعد »^(٣). وعليه، فكل القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة على أساس العقد في أثناء تنفيذه لا يمكن أن تنشئ للمتعاقدين إلا الحق في إقامة دعوى التعويض في نطاق القضاء الكامل وليس دعوى الإلغاء^(٤). إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من ذلك القرارات المنفصلة عن العقد وأجاز الطعن فيها بالإلغاء استقلاً^(٥).

(١) - C.E. 20 janvier 1965. Sté des pompes funèbres générales Rec, p.42.

(٢) مشار إليه لدى د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٠. وكذلك د. طارق سلطان، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٩.

(٣) - C.E. 28 Mai 1924, Montier, Rec. p.513.

(٤) - VOIR.PH. Thrénégre, la responsabilité contractuelle der personnes public en droit administratif économique- paris, 1989, p.285.

(٥) وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي: يعد عملاً قابلاً للانفصال كل قرار سابق على الإبرام النهائي للعقد بما في ذلك القرار الذي بمقتضاه تقرر الجهة الإدارية إبرام العقد أو إقراره، أو رفض ذلك.
- C.E. 4.Aout .1905. Martin, Rec. P749. Conseil, Romieu.

وقد سار القضاء الإداري المصري على نهج نظيره الفرنسي في العقود الإدارية كافة^(١)، إذ قررت محكمة القضاء الإداري أنه: « متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أم صحته، أم تنفيذه، أم انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء »^(٢).

واستثنى القضاء الإداري الطعن المقدم من الغير، إذ قبلت محكمة القضاء الإداري في مجال عقود التوريد على سبيل المثال الطعن المقدم من الغير بالإلغاء^(٣).

ولم يختلف المشرع السوري عن نظيره الفرنسي والمصري الذي أسند الاختصاص في النظر في المنازعات الإدارية إلى جهات القضاء الإداري الممثلة في مجلس الدولة^(٤).

(١) نصت المادة /١٩٠/ من دستور سنة ٢٠١٢ المصري، المعطل والمعدل سنة ٢٠١٤، ومؤخراً سنة ٢٠١٩ على أن: « مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية... ».

وتنص المادة /١٠/ من قانون مجلس الدولة المصري رقم /٤٧/ عام ١٩٧٢ على أن: « تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية: (حادي عشر): المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر ».

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٨ نوفمبر عام ١٩٥٦، المجموعة، س ١٠، رقم البند ١١٨. ص ٢٨٣.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٢٢٧ لسنة ٤ ق جلسة ١٠/٦/١٩٥٢. مجموعة المبادئ، السنة السادسة، ص ١١٦٣.

(٤) تنص المادة /١٠/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /٣٢/ عام ٢٠١٩ على أن: « يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، والأشغال العامة، والتوريد، أو بأي عقد آخر، وكذلك العقود التي تبرمها النقابات المهنية، والمنظمات الشعبية، إذا كانت تلك العقود مبرمة وفقاً لأحكام أنظمة عقود الجهات العامة ».

خلاصة القول: القضاء الكامل أو الشامل في الدول ذات النظام القضائي المزدوج المختص وله الصلاحية الكاملة في الرقابة القضائية على الجزاء الصادر عن السلطة الإدارية بحق المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه، وهذا — كما سبق القول — يشكل ضماناً من ضمانات المتعاقد مع الإدارة، لإعادة شيء من التوازن بين طرفي العقد الإداري. وهذه الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري تتناول نوعين من الرقابة: رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة. وستتم معالجة هذه الجزئية من خلال الفرع الآتي.

الفرع الثاني

نطاق الرقابة القضائية على الجزاء التعاقدي

لتوضيح نطاق الرقابة القضائية على قرار الجزاء الصادر من الإدارة على المتعاقد معها، لا بد من بيان رقابة المشروعية على قرار الجزاء ثم بيان رقابة الملاءمة :

أولاً- الرقابة القضائية على مشروعية قرار الجزاء التعاقدي:

لما كان الجزاء التعاقدي يصدر في شكل قرار إداري، فإن رقابة القضاء الكامل على مشروعيته، رقابة واسعة تشمل مشروعية القرار بمعناها الواسع أي من مختلف النواحي: كالاختصاص، والشكل، والمحل والسبب، وانتفاء الانحراف بالسلطة^(١)، وذلك على التفصيل الآتي:

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، الإسكندرية عام

١ - عيب عدم الاختصاص:

الاختصاص بشكل عام هو: « السلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار في إصدار قراره من النواحي النوعية والزمنية والمكانية »^(١).

وعيب الاختصاص يقصد به: « عدم القدرة على مباشرة عمل إداري معين، جعله المشرع من اختصاص سلطة أخرى »^(٢)، وهو عيب من النظام العام لا يجوز الخروج عليه أو الاتفاق على مخالفته^(٣).

وعدم الاختصاص بالنسبة إلى العقد الإداري يتجسّد في عدم القدرة القانونية على إبرام العقد^(٤). ومن ثم فإنّ الجزاء الصادر عن الإدارة بحق المتعاقد معها يكون مشوباً بعيب الاختصاص إذا ثبت لدى قاضي العقد صدوره من غير السلطة المختصة المنوط بها إبرام العقد^(٥).

وتطبيقاً لذلك، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن قرار الجزاء بإسقاط الالتزام يعدّ غير مشروع في حالة صدوره من المحافظ على الرغم من انعقاد الاختصاص للمجلس البلدي نفسه^(٦).

(١) د. ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠٠٩، ص ١١٧.

(٢) د. حسين عثمان محمد، قانون القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩٠.

(٣) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٩.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، جلسة ١٩٦٧/١/٢٧، مجموعة المبادئ القانونية، السنة ١٧، ص ١٧٢.

(٥) عمار بوضياف، القرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠. وأيضاً: خلفان محمد أمين وكمال محمد، سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري مذكّرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، الجزائر عام ٢٠١٨/٢٠١٩، ص ٧٨.

(٦) - C.E.26 Juillet 1947. Département Du Tarn R.D.P. P353.

وفي مصر، حددت المادة الأولى من القانون رقم /١٨٢/ عام ٢٠١٨ المقصود بالسلطة المختصة: «الوزير، ومن له سلطاته، أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة أو الصندوق، أو من يعادلهم من سلطات في الجهات المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار هذا القانون، كل في نطاق اختصاصه».

أما في سورية، فقد عرفت المادة /١/ من القانون رقم /٥١/ عام ٢٠٠٤ أمر الصرف بقولها: «أمر الصرف هو عاقد النفقة المحدد وفق الأنظمة النافذة في الجهات العامة ذات الطابع الإداري، أو المدير العام للمؤسسة العامة، أو الشركة العامة أو المنشأة العامة، حسب الحال».

وتنص المادة /٥٤/ من القانون ذاته على أنه: «يحق لأمر الصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد، وتنفيذه على حسابه في حالات معينة...».

٢ - عيب الشكل والإجراءات:

يقصد بالشكل: «المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها التي تتبعها في إصداره»^(١).

والعيب في الشكل يتحقق عند عدم مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية الواجب مراعاتها واتباعها عند ممارستها لسلطتها بفرض الجزاء على المتعاقد معها^(٢). فقد يشترط العقد إجراءً معيناً، فإذا تجاهلته الإدارة، يكون قرارها معيباً بعيب الشكل والإجراءات، كما لو أوقعت الإدارة جزاءً على المتعاقد قبل إعداره، إذ يشكل الإعذار التزاماً عقدياً على الإدارة احترامه^(٣).

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٦، ص ٢٨٢.

(٢) فوزية سكران، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦١.

(٣) - VOIR PAR EXEMPLE: C.E 11 Juillet 1941. grenauiller, p124.

وعليه، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم مشروعية قرار وضع
المقاوله تحت الحراسة المباشرة الصادر من المجلس البلدي من دون تصديق
مدير المدينة. وكذلك قرر عدم مشروعية وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة
الصادر من دون موافقة الوزير المختص^(١).

وفي مصر، نصت المادة /٥١/ من القانون رقم /١٨٢/ عام ٢٠١٨ على
أنه: «.. يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد، أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا
أخلّ بأي شرط جوهري من شروطه..».

وجاء في نص المادة /٥٤/ من القانون رقم /٥١/ عام ٢٠٠٤ في
سورية ما يأتي: «أ.. ب- ينذر المتعهد بسحب تنفيذ التعهد لمرة واحدة، ولمدة
تحدد في الإنذار قبل سحب التعهد منه..».

وعليه، فإن قيام الإدارة بفرض الجزاء على المتعاقد يعد غير مشروع
إذا صدر من دون إنذار المتعاقد، أو عدم احترامها للمواعيد بين تاريخ الإنذار
وتاريخ صدور الجزاء.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن إهمال الإدارة استشارة
جهة معينة منصوص عليها في العقد قبل إصدار قرار الفسخ لا يؤدي إلى عدم
مشروعية هذا القرار، إلا إذا كان هناك نص تشريعي أو لائحي يلزمها بذلك،
لأن هذا الإجراء مقرر لمصلحتها^(٢).

كما أفتت الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري بأنه إذا كانت المادة
/٧/ من اللائحة التنفيذية توجب أخذ رأي إدارة الفتوى قبل استعمال حق
شطب المتعاقد في السجل أو إعادة قيده، فإن عدم اتباع جهة الإدارة لهذا

(١) - C.E.26 Dec .1903 Cottancin Rec.p.839.

(٢) - C.E. 18/2/1983. R.P.781.

الالتزام ليس من شأنه أن يؤثر في قرارها بالشطب أو إعادة القيد. فيظل قرارها سليماً على الرغم من عدم الرجوع إلى مجلس الدولة قبل اتخاذها^(١). ومن الجدير بالذكر أن عيب الشكل في الغالب لا يتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك أن القاضي لا يستطيع إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم يثره صاحب المصلحة^(٢).

خلاصة القول: إن اتباع الشكل في نطاق العقود الإدارية يعدّ من الضمانات الضرورية والمهمة للمتعاقد، وفي حالة عدم مراعاة الإدارة لهذه الإجراءات الشكلية يكون من شأنه إعفاء المتعاقد من الجزاءات المفروضة عليه مهما كانت جسامة المخالفات المرتكبة من قبله، ويتحقق عدم مشروعية الجزاء حتى ولو كان الجزاء قد تم توقيعه على المتعاقد مع الإدارة نتيجة لإهماله، كما يعد من الإجراءات الشكلية اللازمة لعدّ التصرف صحيحاً اعتماده من جهة أعلى، فإذا لم يتم هذا الاعتماد عدّ التصرف معيباً^(٣).

٣ - عيب الانحراف بالسلطة أو تجاوزها:

يتصل عيب الانحراف بالسلطة بعنصر «الغاية» في القرار الإداري، ويقصد به الهدف الذي يسعى إليه مصدر القرار الإداري ويأمل تحقيقه^(٤).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٤٥٦ تاريخ ١٩٨٥/٤/٢٠ جلسة

١٩٨٥/٤/٣، مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص ٦٤٨.

(٢) د. يحيى الجمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨٦. ص ٤٠٩. وكذلك

د. عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٤.

(٣) د. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،

كلية الحقوق، عام ٢٠٠٧، ص ٣١٥.

(٤) د. إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥٧.

ويعد ركن الغاية في القرار الجزائي ضماناً بالغة الأهمية لمشروعيته^(١)، فعندما تنحرف الإدارة عن الهدف المحدد لها فذلك يعدّ انحرافاً للسلطة^(٢).

وفي نطاق العقود الإدارية، يهدف القرار الجزائي من قبل الإدارة على المتعاقد المقصّر إلى تحقيق المصلحة العامة التي تكمن في استمرار عمل المرفق الذي من أجله تم إبرام العقد الإداري، مما يحمي بالتالي مصلحة المنتفعين به^(٣). فتوقيع الجزاء التعاقدي ليس الهدف منه الإضرار أو الإساءة إلى المتعاقد ولا الانتقام منه، بل تحقيق غاية أساسية رئيسة هي الصالح العام في تأمين سير المرافق العامة واستمرارها من دون توقف. فإذا سعت الإدارة إلى تحقيق غاية أخرى، يكون قرارها الجزائي معيباً بعبء الانحراف بالسلطة وفاقداً للمشروعية.

والمعلوم أن عيب الانحراف بالسلطة لا يُثار إلا عندما تكون سلطة الإدارة تقديرية، ذلك لأنه عندما تكون سلطة الإدارة مقيدة، تخضع قراراتها لرقابة القضاء من زاوية المشروعية، أما حينما تكون سلطتها تقديرية فإن قرارات الإدارة لا يمكن مراقبتها إلا من زاوية الملاءمة^(٤).

والحقيقة أن عيب انحراف السلطة يصعب إثباته، لهذا فإن القضاء يعدّ هذا العيب احتياطياً ولا يلجأ إليه إلا إذا لم يجد عيباً آخر يشوب القرار الصادر عن الإدارة، ولا يتعلق هذا العيب بالنظام العام، وبناءً على ذلك فإن القاضي لا يفحصه من تلقاء نفسه وإنما يمدّ إليه رقابته إذا أثاره الخصوم^(٥)،

(١) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٨.

(٢) د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي، بيروت، عام ٢٠٠٧، ص ١٦٤.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري ...، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٢.

(٤) د. سعاد الشرفاوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، عام ١٩٨١، ص ٩٥.

(٥) د. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام ٢٠١٣، ص ٣١٦ وما بعدها.

ومثال ذلك قرار إسقاط الالتزام الذي لم يتخذ إلا من أجل إتمام عقد جديد أبرم مع شخص آخر^(١)، أو قرار الإدارة بفسخ العقد بغرض إبرام عقد جديد مع متعاقد آخر^(٢)، فهنا تتحقق المسؤولية العقدية للإدارة.

٤ - عيب مخالفة القانون:

عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يلحق بعنصر ((المحل)) في القرار الإداري ويقصد به «أن يخالف القرار الإداري إحدى القواعد القانونية. وتستوي في ذلك القواعد المدونة- وهي التشريعات الدستورية والعادية- أو غير المدونة المستمدة من العرف أو القضاء»^(٣).

والرقابة التي يمارسها القضاء على محل القرار ليست رقابة خارجية كما هو الشأن في الرقابة على عيب الاختصاص والشكل السابق ذكرهما، وإنما هي رقابة داخلية تنصب على جوهر القرار ومدى مطابقة أو مخالفة القرار الصادر من الإدارة للقانون بمعناه الواسع^(٤).

وفي نطاق العقود الإدارية يجب أن يكون القرار الصادر من الإدارة بفرض الجزاء على المتعاقد معها صحيحاً ومطابقاً لنص القانون أو العقد^(٥).

فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتسويغ الجزاء، أو كانت هذه الواقعة لا تشكل خطأً عقدياً أو قانونياً، فإن قرار الجزاء يكون غير مشروع.

وبناءً على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن: «قرار حظر التعامل مع الطاعن لم يرق على سبب صحيح واقعاً أو قانوناً،

(١) - C.E.11 Juillet. 1941 Grenouiller. R.p.124.

(٢) - C.E.3. Mars 1978. Hôpital intercommunal de Frajus- saint- Rophael . R.D.P. 1978, p1489.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨٦.

(٤) عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧١.

(٥) فوزية سكران، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٤.

فإنه يعدّ قراراً مخالفاً للقانون، الأمر الذي يتحقق به ركن الخطأ من جانب الجهة الإدارية»^(١).

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة من دون الاعتداد بحجية الشيء المقضي فيه غير مشروع^(٢).

وفي مجال العقوبات الضاغطة، يجب أن تصدر قرارات الإدارة طبقاً للنصوص القانونية والعقدية، ومن بينها ضرورة أن ينطوي الفعل الصادر من الملتزم على خطأ جسيم من جانبه، فإذا لم يوجد هذا الفعل أصلاً أو كان لا يشكل خطأ جسيماً من جانب الملتزم، أو كان تصرفه لا يتعارض مع التزاماته التعاقدية أو القانونية يكون قرار الإدارة غير مشروع^(٣).

وكذلك يعدّ مما يخالف فيه الجزاء العقدي للقانون أن تعتد الإدارة في حساب غرامة التأخير بواقعة التسليم الابتدائي، ذلك أن هذا الأخير تقتصر مهمته قانوناً على إثبات كمية الأصناف وعددها المتفق على تواريخ ورودها، أما التسليم النهائي فهو الذي يتعلق بمدى اتفاق هذه الأصناف مع الاتفاق أو نصوص العقد، ذلك أن التوريد غير المطابق للمواصفات وفق محضر التسليم النهائي هو الذي يأخذ حكم عدم التوريد من حيث توقيع

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٣٦ جلسة ١٩٨٥/٤/٩ مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية - ص ٦٤٣.

(٢) - C.E.13 Juillet 1928 Derloche , R.p901.

يتعلق هذا الحكم بغرامة مالية وقعتها الإدارة ضد المتعاقد معها بالرغم من صدور حكم تحكيمي أنهى جميع المنازعات بين الطرفين. أشار إليه د. سيد أحمد محمد جاد الله، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٥.

(٣) - C.E.22.Mars. 1929 Brandt Rec. p356.

الجزاء العقدي أو غرامة التأخير إذا لم يورد بديلها المطابق للمواصفات في الميعاد المحدد للتوريد^(١).

٥ - عيب السبب:

يقصد بعيب السبب: « عيب عدم المشروعية الذي يصيب القرار الإداري في ركن السبب، ويتجلى ذلك بأن تكون الواقعة التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني »^(٢). فالقرار الجزائي الصادر من الإدارة بحق المتعاقد المقصّر، يفترض وجود سبب يسوغه كأن يأتي المتعاقد بفعل (أو يمتنع عن القيام به) ويعد فعله خطأ تعاقدياً أو قانونياً يوجب فرض الجزاء عليه^(٣).

خلاصة القول: تجتمع في الجزاء الذي تفرضه الإدارة بحق المتعهد صفات القرار الإداري بالمعنى الفني الضيق للكلمة لذا يتعين أن يكون هذا القرار مشروعاً من حيث صدوره عن سلطة مختصة وفي الشكل الذي حدده القانون وأن تتفق غايته مع المصلحة العامة، وأن يقوم على أسباب تسوغه مع عدم إصابته بعيب مخالفة القانون. ومن ثم فإن قرار الإدارة الصادر بتوقيع الجزاء التعاقدية يخضع إلى رقابة القضاء الكامل على مشروعية هذا القرار، ويكون غير مشروع إذا ما شابه أي عيب من العيوب المذكورة.

ثانياً. الرقابة القضائية على ملاءمة قرار الجزاء التعاقدي:

يتسع نطاق الرقابة القضائية على مشروعية قرار الجزاء، ليشمل الرقابة على ملاءمته. ورقابة الملائمة تنصب على سلطة الإدارة التقديرية عند إصدار قراراتها، فتعكس دور القاضي الإداري في التحقق فيما إذا كانت الوقائع

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع: رقم ٦١٩ تاريخ ١٦/٦/١٩٩٠م. جلسة

١٩٩٠/٦/٦م. مجموعة المكتب الفني في العقود الإدارية، ص ٥٢٠.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٣.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري ... ، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٢.

التي تدعي بها الإدارة لتأسيس قرارها الجزائي، تكفي لحملها على إصداره أم لا^(١).

فإذا كان الفعل المرتكب من قبل المتعاقد لا يصل إلى الحد الذي يسوغ للإدارة توقع الجزاء المفروض عليه، فلقاضي العقد أن يقرر عدم شرعية الجزاء الذي تجاوز الحد المطلوب — أي المبالغ فيه — ورده إلى درجة يتحقق فيها التوازن والتساوي بين الجزاء المغالى فيه، والخطأ المرتكب من قبل المتعاقد^(٢).

وبذلك يقرر القاضي الإداري صحة أو عدم صحة الجزاء الذي اتخذته الإدارة، بشأن مخالفة المتعاقد لشروط العقد، أو يعدل فيه، أو يوقع جزاء أخف من الجزاء الذي اتخذته الإدارة إذا كان فعل المتعاقد لا يمثل طابعاً من الخطورة كافياً لتسويغه. فيستطيع قاضي العقد مثلاً أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لغرامة التأخير المفروضة على المتعاقد إذا تبين له أن هذه الغرامة قد فرضت عليه من دون سبب صحيح. كما يستطيع القاضي أن يخفض منها بما يعادل نصيب الإدارة في تأخير التنفيذ^(٣).

وعليه، فإن القاضي الإداري يضع في حسابه جسامه الخطأ عند تطبيق الجزاءات التعاقدية، ويقدر مدى جسامه المخالفة وما إذا كان يناسبها الجزاء^(٤). بمعنى آخر رقابة الملاءمة تقتضي أن يتحقق القاضي أولاً فيما إذا كان المتعاقد قد ارتكب خطأ ما، ثم يبحث بعد ذلك عما إذا كان هذا الفعل

(١) د. عبد الله نواف العنزي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٣.

(٢) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٤. ود. حسان عبد السميع هاشم، مرجع سبق ذكره، ص ٤٥.

(٣) د. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تفسير المرفق العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام ٢٠٠٧، ص ٢١٨.

(٤) د. جمال عثمان جبريل، العقود الإدارية، القاهرة، دون ذكر مكان النشر، عام ١٩٩٩، ص ٤٧٩.

يشكل مخالفة، وأخيراً ما إذا كانت هذه المخالفة تستحق الجزاء المفروض أم لا^(١). فمن خلال هذه المراحل يصل القاضي إلى تحقيق لمقتضى التناسب نزولاً على كونه من المبادئ القانونية العامة التي يجب على الإدارة الالتزام بها في تصرفاتها من دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن القاضي الإداري عندما يمارس رقابة الملاءمة فإنه لا يخرج عن رقابة المشروعية، لأن الملاءمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية، لذلك ففكرة الملاءمة فكرة نسبية، وهذا لا يعني أن المشروعية والملاءمة فكرتان متناقضتان، لأنه إذا كانت شرعية قرار من القرارات يمكن تقديرها والبحث فيها على أساس من القواعد القانونية، فإن تقدير ملاءمة هذا الجزاء أو القرار لا يمكن أن يتم إلا بالنسبة إلى مجموعة من العوامل الواقعية المنبثقة عن فكرة المشروعية^(٣).

وتتفاوت سلطة قاضي العقد في رقابته على ملاءمة قرارات الجزاءات التعاقدية بحسب نوعية الجزاء ونوعية العقد.

فبالنسبة إلى الجزاءات المالية، يكون باستطاعة القاضي الحكم بردّ هذه الجزاءات أو الإغفاء منها، كما يستطيع تخفيضها حسب كل حالة^(٤).

أما بخصوص الجزاءات الضاغطة فللقاضي أن يحكم بالتعويض عنها، إلا أنه لا يملك في جميع الحالات الحكم بإلغاء هذه الجزاءات^(٥).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٤٢٣، جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٨ مجموعة المبادئ القانونية، السنة الثالثة عشر، ص ٧٦٤.

(٢) د. محمد عزيز سليمان، الرقابة على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، المنصورة، عام ١٩٨٩، ص ٤١١.

(٣) د. سعاد الشرفاوي، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٠.

(٤) C.E.20 Mars 1957. Ruiz, R.p184.

(٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري ...، مرجع سبق ذكره، ص ١٢٥.

أما في القضاء الإداري المصري، فلا وجود لمثل هذا القيد، الذي يعتد به القضاء الفرنسي، ومن ثم فإن قاضي العقد يمارس سلطاته بإلغاء الجزاء غير المشروع والحكم بالتعويض، بغض النظر عن نوع العقد الإداري، سواء أكان عقد التزام أم توريداً أم عقد أشغال عامة^(١). وإعمالاً لرقابة الملاءمة قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن ممارسة الإدارة لحقها في مصادرة التأمين يجب ألا تتطوي على تعسف، فإذا كان الالتزام العقدي الذي أخل المتعاقد بتنفيذه ضئيلاً بالنسبة إلى قيمة التزاماته جميعها، فإنه لا بد من التدخل لإقامة التوازن بين هذا الجزاء والالتزام الذي أخل بتنفيذه^(٢).

وأما في سورية، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا السورية بقولها: «... إن سلطة القاضي الإداري في أعمال رقابته على تصرف الإدارة إزاء ما تنسبه للمتعهد من تقصير هي سلطة واسعة، تشمل رقابة مشروعية العقوبة المفروضة كوسيلة من وسائل الضغط عليه من جهة، وملاءمتها لخطأ المتعهد من جهة ثانية»^(٣).

خلاصة القول: في ضوء ما تقدم يبدو أن القاضي الإداري قد وسّع من نطاق رقابته لتشمل مدى ملاءمة القرارات الجزائية مع جسامه الخطأ الذي أدى إلى إصدارها، فيقرر القاضي عدم مشروعية الجزاء إذا زاد عن الحد المطلوب أو كان مبالغاً فيه. فيرده أو يعدّله أو يخففه، وهو بذلك يسعى إلى تحقيق نوع من التوازن ما بين الجزاء المفروض وأسباب فرضه.

(١) د. بلاوي ياسين بلاوي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢١. ود. عزيزة الشريف، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، جلسة ١٢/٢٣/١٩٥٧، مجموعة المبادئ القانونية، السنة الثانية عشرة، عام ١٩٥٧، ص ٣٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٣٢٧/ لسنة ١٩٧٧، أشار إليه العميد صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، طبعة عام ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص ٣٧٨.

وبعد دراسة كلٍّ من الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة التي يجوز للإدارة توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته في أثناء التنفيذ، ننتقل إلى دراسة أنواع الجزاءات التي من شأنها إنهاء الرابطة العقدية. وبالنظر إلى أهمية هذه الجزاءات فقد اقتضى الأمر تخصيص الفصل الثاني من هذا الباب لدراسة امتيازات الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة. فما تفصيلات هذا الامتياز؟ وما مسوغاته؟ وما مكونات نظامه القانوني؟

الفصل الثاني

**سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري
بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة**

تمهيد وتقسيم :

الأصل في العقد الإداري — كباقي العقود — أنه ينتهي نهاية طبيعية إما بانتهاء مدته الزمنية إذا كان من العقود الزمنية، أو بتنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها المتبادلة بحسن نية وفقاً لشروط العقد.

وإذا كان هذا هو الأصل العام بالنسبة إلى جميع أنواع العقود، فإن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري تقتضي منح الإدارة امتيازات لا نظير لها في عقود القانون الخاص بحسبانها القوامة على المرافق العامة التي تبرم بشأن تنفيذها أو تسيرها أو إدارتها عقوداً إدارية ساعية إلى تحقيق المصلحة العامة. ومن هذه الامتيازات صلاحيتها بإنهاء العقد قبل الأوان بإرادتها المنفردة بناءً على تقديراتها الذاتية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. فقد تجد الإدارة أنه من دواعي المصلحة العامة عدم الاستمرار في تنفيذ العملية العقدية، فتقدم على إنهاء الرابطة العقدية بإرادتها المنفردة من دون أن يكون هناك أي خطأ عقدي من طرف المتعاقد معها، إذ تقوم الإدارة بإجراء موازنة بين الاستمرار في تنفيذ العقد وإنهائه أو فسخه قبل الأوان فإذا لجأت إلى خيار إنهاء العقد يعد تصرفها هذا سليماً وتسوّغه مقتضيات المصلحة العامة. بيد أن هذا الإجراء يخضع إلى قيود وشروط وضوابط يتعين على الإدارة احترامها ومراعاتها، تحت طائلة مساءلتها أمام القضاء.

وإذا كان فسخ الإدارة للعقد بسبب خطأ المتعاقد يمثل عقوبة أو جزاءً تفرضه الإدارة على المتعاقد معها، فإن الحالة الماثلة (إنهاء العقد) تفرض عدم وجود خطأ من جانب المتعاقد، وأن صالح المرفق العام الدافع وراء إنهاء الإدارة للعقد قبل أوانه. ومن هنا تظهر الأهمية البالغة التي تميز سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، ليتم التساؤل حول ما إذا كانت الإدارة تمتلك فعلاً

سلطة إنهاء العقد الإداري في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدته؟ وإذا كان لها ذلك فما النظام القانوني لهذا الإجراء سواءً لجهة نطاق إنهاء العقد، وشروط تطبيقه، والآثار المترتبة عليه والرقابة القضائية التي يخضع إليها، وستتم معالجة هذه الجزئيات من خلال مبحثين اثنين على النحو الآتي:

المبحث الأول: النظام القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على قرار إنهاء العقد

المبحث الأول

النظام القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

لما كانت الإدارة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة وتسييرها، فقد تعهد للقيام بهذه المهمة إلى غيرها عن طريق العقد الإداري، والمتعاقد هنا لا يعدو أن يكون سوى معاون لها ونائب عنها في أمر يعد من أخص خصائصها، وتظل الإدارة ضامنة ومسؤولة عن إدارته واستغلاله.

وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، بل ويكون لها الحق في إنهاء العقد الإداري ذاته قبل إتمام مدته انطلاقاً من تمتعها باستعمال أساليب القانون العام، الذي يعطيها الحق في فسخ العقد حتى وإن لم يصدر أي خطأ من جانب المتعاقد.

ويعد فسخ العقد من أهم السلطات التي تمتلكها الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، وامتيازاً يضعها في مركز أسمى يمكنها من إدارة العقد وتنفيذه بطريقة تضمن سير المرفق العام ومقتضيات المصلحة العامة على أحسن وجه⁽¹⁾.

وهذا ما يدفع إلى معرفة النظام القانوني الذي تستند إليه هذه السلطة من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري ونطاقها

المطلب الثاني: التكييف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري وتطبيقاتها

⁽¹⁾ Voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs, Armand Colin, 2000, p. 255,

المطلب الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري ونطاقها

يعد الفسخ الانفرادي لدواعي المصلحة العامة تصرفاً قانونياً يصدر عن الإدارة المتعاقدة، عندما ترى أنه لا جدوى من بقاء العقد قائماً، أو أنه صار لا يحقق الهدف المطلوب من إبرامه، مع تعويض المتعاقد عن ذلك^(١). وهو من أخطر الأساليب التي قد تلجأ إليها الإدارة، وأكثرها قسوة على المتعاقد معها^(٢). ولها في هذا الصدد سلطة تقديرية لا يحدها إلا قيد الانحراف باستعمال السلطة^(٣).

فما الأساس القانوني لهذه السلطة؟ وما نطاقها؟ هذا ما سستم الإجابة عليه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري

تعددت واختلفت الآراء الفقهية والأحكام القضائية والنصوص التشريعية حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وانقسم الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهات عدة: فبعضه يرى أن حق الإدارة بهذا الخصوص يقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، فيما يرى بعضه الآخر أن حق

(١) يوسف مصباح سعيد الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٥.

(٢) مودع فريدة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢.

(٣) A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, et P. DEVOLVE, Traite des contrats administratifs, *op.cit.*, p.414.

الإدارة في الإنهاء يقوم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام، بينما يرى اتجاه ثالث أن الأساس القانوني مزدوج يجمع بين الرأيين السابقين، وسيتم عرض هذه الآراء من خلال الآتي:

أولاً. الأساس القانوني القائم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة^(١) :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مصلحة المرفق الذي يرتكز إليه العقد هي التي تسوّغ إنهاء العقد الذي يصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لاحتياجاته أو يشكل عبئاً ثقیلاً عليه. فما موقف الفقه والقضاء والمشرع ؟

١ - موقف الفقه:

في فرنسا ذهب الفقيه "Pequignot" وهو من أنصار هذا الاتجاه، إلى أنه من غير المعقول أن يصبح العقد حائلاً دون تحقيق أهداف الإدارة وتأمين المنفعة العامة، فيرى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد تعد نتيجة لفكرة المرفق العام الذي يرتكز إليه العقد الإداري، فعندما يصبح المرفق العام موضوع العقد مرهقاً للإدارة، لا ينبغي أن يبقى العقد قائماً، ولا بد من إزالة هذا الإرهاق عن طريق إلغاء المرفق، والإدارة تملك السلطة التقديرية لإزالة مثل هذه العقبة^(٢).

^(١) من أنصار هذا الرأي في الفقه الفرنسي والمصري والسوري:

في الفقه الفرنسي:

- L. RICHER, Droit des contrats administratifs – 3^{ed}-2002, p. 219.

- M. DE VILLERS, Droit public général, 2003, p. 678.

وفي الفقه المصري. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧٩. ود. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٧.

وفي الفقه السوري: د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق، عام ١٩٩١-١٩٩٢، ص ٣٣٨. ود. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٩ وما بعدها.

^(٢) G. PEQUIGNOT, Théorie générale du contrat administratif, thèse, Montpellier, 1945, p. 391.

ويرى الفقيه "Lachaume" أنه على الشخص العام المتعاقد ولأسباب مستوحاة من المصلحة العامة واستمرار المرفق، أن يتحلل من التزاماته التعاقدية من دون تدخل القاضي الإداري، وعليه فإن للإدارة الحق في أن تفرض على المتعاقد هذا الإنهاء لمصلحة المرفق مهما كان موضوع العقد، حتى إذا لم توجد موافقة من المتعاقد على إنهاء العقد⁽¹⁾.

وفي الفقه المصري نجد أن الدكتور "ثروت بدوي" يؤسس سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية على فكرة المرفق العام والصالح العام، إذ ذهب إلى أنه عندما لا تكون هناك أي فائدة من العقد للوحدة المسؤولة عن المرفق، وعندما يطرأ تغيير على الظروف التي تنظم إنشاء العقد يصير معها العقد غير ذي موضوع، عندها من الأفضل إنهاء هذا العقد الذي يبدد المال العام، لأنه من غير المعقول أن تستمر الإدارة في استقبال أدوات أو أشياء أصبحت غير مفيدة للمرافق العامة. ثم يضيف: "إن الصالح العام قد يتطلب إلغاء المرفق العام الذي يشارك المتعاقد في إدارته"⁽²⁾.

وعليه، تستند هذه السلطة إلى ضرورة تكيف العقود مع المصلحة العامة، وإلغاء العقود التي لم تعد تفي باحتياجات الإدارة والجمهور⁽³⁾. فالمصلحة العامة لن تتحقق في عقد أصبح غير مفيد للمرفق أو غير ملائم لاحتياجاته، لأن العقد يرتبط بالمرفق العام الذي يتميز بقابليته للتغيير والتبديل، مما يعني ضرورة تمتع الإدارة بسلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك متمثلة في مقتضيات المرفق العام. والإدارة يجب ألا تتقيد بعقود صارت غير نافعة أو غير متكيفة مع حاجات المرفق العام وإلا

(1) - J.-F. LACHAUME, Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif, P.U.F., 7ème éd., 1983, p. 272 et 273.

(2) - S. BADAoui, *op.cit.*, p. 119

(3) - M. DE VILLIERS, Droit public général, 2003, P. 678.

أدى جمود العقد إلى جمود المرفق، وانقلب العقد الذي كان وسيلة لتسيير مهمة المرفق إلى عالة عليه^(١).

ويرى الدكتور "سليمان الطماوي" أن للإدارة دائماً أن تنتهي عقودها الإدارية، إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام أو أصبحت لا تحقق المصلحة العامة المنشودة^(٢).

كما يؤسس الدكتور "عبد الفتاح حسن" سلطة الإدارة في إنهاء العقد على فكرة الصالح العام، إذ يرى أنه قد يظهر في وقت لاحق على إبرام العقد أن المرفق لم يعد في حاجة إلى موضوعه، مما يتنافى مع المصلحة العامة الإبقاء عليه والإصرار على تنفيذه، مع أنه لم يعد يحقق أي مصلحة عامة^(٣).

ومن الفقهاء المصريين المناصرين لهذا الاتجاه، الدكتور "حسين درويش"، إذ ذهب إلى أن حق الإدارة في الفسخ الإداري للعقد يتم بإجراء صادر من جانب الإدارة وحدها، إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، كأن تقرر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام، وأن هذه السلطة المخولة لجهة الإدارة تقوم على فكرة المرفق العام، إذ ينبغي الوفاء بحاجاته وجعلها مساهمة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها^(٤).

(١) L. RICHER, Droit des contrats administratifs, 3^e éd, 2002, p. 219.

(٢) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٧١١.

(٣) د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، عام ١٩٧٩، ص ٢٦٧.

وفي المعنى نفسه: د. محمد فؤاد مهنا، مرجع سبق ذكره، المجلد الثاني، ص ١١٨٥.

(٤) د. حسين درويش، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مجلة العدالة، أبو ظبي، دولة الامارات العربية المتحدة، ص ٢٥، العدد السابع عشر — يناير ١٩٧٨. الجزء الثاني، ص ١٦٤. وأيضاً: د. محمود حلمي، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٧.

أما في الفقه السوري: فيرى الدكتور "عبد الله طلبه" أن إنهاء العقد الإداري يجب أن يستخدم في نطاق مقتضيات المصلحة العامة وحسن أداء المرافق العامة^(١). وذهب كل من الدكتور "محمد الحسين" والدكتور "مهند نوح" إلى أن الإدارة تملك هذا الحق ولو لم ينص العقد أو القانون على ذلك، ويقع باطلاً تنازل الإدارة عنه، لأن من واجبها كإدارة مسؤولة عن حسن تنظيم المرفق العام، تأمين حسن تسييره بما يتلاءم مع التطورات والتغيرات التي تحصل في أثناء التنفيذ حتى تتحقق المصلحة العامة^(٢).

٢ - موقف القضاء:

اعتمد مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري الأساس القانوني ذاته الذي تبناه الفقه الراجح:

ففي فرنسا: ذهب مجلس الدولة الفرنسي في عدد من أحكامه إلى أنه من حق الإدارة عندما تقرر أن العقد لم يعد يتفق مع حاجات المرفق العام أن تقوم بإنهائه بإرادتها المنفردة، وهي في ذلك سلطة ثابتة لها في جميع الأحوال بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية^(٣).

والاجتهاد الحديث لمجلس الدولة الفرنسي أكد بشكل حاسم أن كل عقد إداري ممكن إنشاؤه من قبل الإدارة لأجل المصلحة العامة، وهذا الحق لا يمكن التنازل عنه^(٤). وأكد أيضاً على هذا الحق في عقود الالتزام، إذ قضى بأنه: « للجهة مانحة الالتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود

(١) د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٨.

(٢) د. محمد الحسين، ود. مهند نوح: العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٩.

(٣) - C.E.2 mai 1958. Distillerie de Magnoc lovale. Rec.246. AJ 1958. II-282 concl. Kahn. D. 1958. 730, note A. de laubadère.

(٤) - L.RICHER, droit des contrats administratifs, 2eme ed., 2006, p. 239.
((C.E., 6 mai 1985, Association Eurolat, Rec. 1985, p. 211.

الإدارية أن تنتهي عقد الالتزام قبل حلول أجله لأسباب تتعلق بالصالح العام، تبرر في تاريخ اتخاذها لقرارها وجوب التخلي عن المرفق محل الالتزام أو إعادة إنشائه على أسس جديدة»^(١).

وفي مصر، لم يخرج موقف مجلس الدولة المصري عن نظيره الفرنسي، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: « للجهة الإدارية الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان، حتى وإن لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض.. »^(٢).

وفي حكم آخر للمحكمة ذاتها قضت بأن: « للإدارة سلطة إنهاء عقودها الإدارية وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ أنه حق للإدارة وهو مقرر لها بدون حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر... »^(٣).

وفي سورية، سار مجلس الدولة السوري على خطى نظيره الفرنسي والمصري، عندما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بأن: « القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك، وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار.. »^(٤).

(١) C.E. ASS 2 févr. 1987. Société Tv6, Rec.29, v'n.16-7

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٦٢، جلسة ٢٠٠١/٥/١٥، الدائرة الثالثة، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، المكتب الفني، ص ٥٠٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق. جلسة ١٥ تاريخ ١٩٩٢/١١/١٠. أشار إليه المستشار حمدي ياسين عكاشة في مؤلفه العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ١٩٩٨، ص ٢٥٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم قرار ١٣٢، أساس ١٨، لسنة ١٩٧٥ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥ ص ٢٤١.

وفي حكم آخر لها قررت: « حق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية في كل وقت وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة بغير انحراف أو إساءة استعمال السلطة، وهو حق أصيل لا ينازعها فيه أحد طالما أنها استعملت سلطاتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام، فإذا كان الفسخ غير مستند إلى مخالفة التعاقد لشروط من شروط العقد، جاز للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح...»^(١).

وفي حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري السورية والمصدق من دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا قررت: « أن إنهاء العقد لضرورات تتعلق بصحة المواطنين هو أمر يصب في المصلحة العامة، والإدارة هي القوامة على رعايتها وتحقيقها...»^(٢).

٣ - موقف المشرع:

من الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي أقر صراحة سلطة الإدارة في إنهاء العقد في مجال عقود الالتزام^(٣). على عكس المشرع المصري الذي لم يعترف للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في قانون تنظيم التعاقدات العامة الجديد رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨.

أما المشرع السوري فقد اعترف للإدارة بهذه السلطة في المادة /٦٠/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، إذ جاء فيها: «... يحق لأمر الصرف

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٧٤. مجموعة المبادئ

القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لسنة ١٩٧٤، ص ٥٤، المبدأ ١٠٣.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم أساس ٢٩٠/٢/قرار ٢/١٧٠٠ لعام ٢٠١٤ تاريخ

٢٠١٤/١١/٢. والمصدق من دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية برقم

أساس /٦٩٦٥/ وقرار ٦٥٧ لعام ٢٠١٤.

(٣) تنص المادة (1-3136 L) من الأمر رقم (١٠٧٤-٢٠١٨) المتضمن قانون العقود الإدارية في

فرنسا على أنه « يجوز للسلطة المانحة إنهاء عقد الالتزام... لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ».

فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناءً على مقتضيات المصلحة العامة...»^(١).

ثانياً - الأساس القانوني القائم على فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام:

تؤدي السلطة العامة دوراً أساسياً في إخضاع تنفيذ العقد الإداري لقواعد استثنائية وإن لم يكن منصوصاً عليها في العقد.

ويقصد بالسلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري هو أن تطبق الإدارة قواعد قانونية خاصة ومتميزة، تختلف عن تلك المطبقة في عقود القانون الخاص^(٢).

في فرنسا: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الامتيازات الاستثنائية للإدارة — ومن بينها سلطتها في إنهاء العقد الإداري — النتيجة الطبيعية والمنطقية لنظام السلطة العامة استقلالاً عن اشتراطات أطراف العقد.

فالعميد "جورج فيدل" "G.Vedel" يرى أن سلطة الفسخ دون خطأ من المتعاقدين نظاماً من أنظمة السلطة العامة، تستطيع الإدارة تقريره بالإرادة المنفردة، وأن الفسخ لا يجوز أن يصدر إلا لأسباب تتعلق بالصالح العام، وعلى الأخص بسبب إلغاء أو تعديل المرفق^(٣).

أما الفقيه "ديلفولفيه" Delvolve فإنه يرى أن الإدارة المتعاقدة تملك دائماً حصانات وامتيازات واختصاصات سيادية أو سلطوية عامة لا يمكنها أن تنتازل عنها، أو أن تتصرف فيها تعاقدياً إلا بمقتضى نص اتفاقي في العقد الإداري، فهي عندما تبرم عقداً بقصد استغلال مرفق عام، فإنها تحتفظ دائماً

(١) الفقرة /أ/ من المادة /٦٠/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة السوري.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ٨٠-٨١.

(٣) G. VEDAL, et P. DELVOVE, Droit administratif. 12eme ed., 1993, p. 353.

بالمسؤولية الأساسية في تنظيم وتسيير هذا المرفق، وعلى ذلك فإن العقد لا يمكن أن يفقدها السيطرة والسيادة على المرفق العام، وهذا التسويغ هو الذي يسمح بتفسير سلطات الإدارة في التعديل والإنهاء الانفرادي للعقد^(١).

وفي مصر: يرى الدكتور "أحمد عثمان عياد" - وهو من أنصار هذا الاتجاه - أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية تقوم على فكرة السلطة العامة أكثر من قيامها على فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة، فالإدارة تمارسها في مجال العقود الإدارية عن طريق استعمال امتيازاتها في إصدار القرار التنفيذي، وفي التنفيذ المباشر، بينما فكرة الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة تصلح شرطاً لممارسة هذه السلطة أكثر منها أساساً قانونياً لها^(٢).

أما في سورية، فلم نعثر في الفقه السوري على رأي يؤيد هذا الاتجاه.

ثالثاً - الأساس القانوني التوفيقي القائم على فكرة المصلحة العامة وامتيازات السلطة العامة:

نظراً إلى الانتقادات الموجهة إلى الرأيين السابقين، فإن كل فكرة في ذاتها لا تصلح لأن تكون أساساً ومعيّاراً لسلطة الإنهاء الانفرادي، لذا اتجه جانب من الفقه إلى الجمع بين الفكرتين أو الرأيين السابقين لتكوين الأساس القانوني الذي يسوغ وجود هذه السلطة:

ففي فرنسا: يرى الفقيه "دي لوبادير" - وهو من المناصرين لهذا الاتجاه - أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري قبل أوانه، لا يمكن أن تكون إلا مظهراً من مظاهر سلطتها العامة في إدخال بعض التعديلات على

(١) P.DELVOLVE responsabilité contractuelle. Répertoire de responsabilité de puissance publique, Dalloz 1987. P29 No 246.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٦.

الشروط التعاقدية خلال تنفيذه، لأن هذا الإجراء يؤدي إلى تغيير وتعديل في الشروط التعاقدية للعقد. ويضيف قائلاً: "للإدارة أن تنتهي العقود التي أصبحت غير صالحة وغير ملائمة لحاجات الجمهور مع تعويض المتعاقد معها. فعلى الرغم من الشروط الاتفاقية، ليست مجبرة على أن تواصل قبول خدمات أو أعمال غير صالحة أو غير مفيدة"^(١).

وذهب مفوض الحكومة "Knhn" إلى أن الإدارة بصفتها طرفاً في العقد تمارس امتيازات استثنائية، ومن بين هذه الامتيازات حقها في إنهاء العقد من جانب واحد، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، ذهب إلى أن إنهاء العقد بواسطة الإدارة كطرف في العقد لا يكون مسوغاً إلا بسبب احتياجات المرفق^(٢).

ويرى الفقيه "Terneyre" أن الشخص العام المتعاقد يستطيع بحكم رسالته في حماية المصلحة العامة وحسن تنفيذ المرافق العامة لمهامها، وبمقتضى السلطة العامة التي يتمتع بها، أن ينهي من جانب واحد العقود التي هو طرف فيها، ولو لم يجز له ذلك أي شرط تعاقدي^(٣).

وفي مصر: ذهب الدكتور "محمد صلاح عبد البديع السيد" إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد تقوم على أساس قانوني مزدوج يستند إلى الصالح العام واحتياجات المرافق العامة من ناحية، وإلى فكرة السلطة العامة وامتيازات القانون العام من ناحية أخرى^(٤).

وأما في سورية: فلم يؤيد الفقه هناك هذا الاتجاه.

(١) - A.DE LAUBADERE et autres, contrats, op.cit.T.2.P633

(٢) - M.KAHN. Conclusions sur C.E2 mai 1958. Distillerie de magnac. Loyal , A.J.D.A. 1958.II.J. p.285.

(٣) PH. TERNEYRE, La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Economica, Paris, 1989, p. 145.

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عام ١٩٩٣، ص ٤٤٥.

ويميل الباحث إلى الأخذ بالرأي الأول، وهو الرأي الراجح في الفقه والقضاء، الذي يرى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري قبل الأوان بالإرادة المنفردة ومن دون خطأ من المتعاقد يقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات المرفق العام.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري

يتسع نطاق سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وسلطتها في ذلك سلطة تقديرية، لكنها ليست مطلقة، تمارسها بهدف الحفاظ على المصلحة العامة.

وقد تعرض الفقه والقضاء والمشرع لنطاق سلطة الإدارة في الإنهاء المبترس لعقودها الإدارية، وسيتم بحث ذلك في الجزئيات الآتية:

أولاً - موقف الفقه الإداري من الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي:

سيتم بيان موقف الفقه في كل من فرنسا ومصر وسورية:

في فرنسا: اختلف الفقه الفرنسي حول مسألة نطاق تطبيق سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، علماً أنه أقرّ بوجود هذه السلطة منذ قرن مضى^(١). فذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الإدارة تملك سلطة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد من دون خطأ المتعاقد بالنسبة إلى بعض العقود الإدارية وليس جميع العقود^(٢). وهؤلاء يرون أن سلطة الإدارة هذه ليست من

(1) P. BERNARD, Des Contrats entre l'État et les particuliers, thèse, Poitiers, 1851.p.49.

(2) G.VEDEL. et R.BETTINGER, Modalités d'exercice aux quelles obéit l'action d'une concession de service public intentée en vertu des dispositions de la loi No. 47. 1413 du 30 Juillet, 1947. C.J.E.C.1955, P.2.

النظام العام، فهي لا توجد إلا إذا كانت مدرجة صراحة في شرط العقد أو بمقتضى نص قانوني^(١).

بينما يرى غالبية الفقه الفرنسي أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري تسري على جميع العقود الإدارية، وهذا الرأي يرى أن سلطة الإدارة في الإنهاء لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، فهي حق ثابت لها في جميع العقود، سواء وجد نص يجيز لها ذلك أم لم يوجد، ولو لم يقررها نص في القانون، أي إن الإدارة تملك هذه السلطة حتى في حالة سكوت العقد الإداري ذاته عن النص عليها^(٢).

إذ ذهب الفقهاء "دي لوبادير" و"مودرن" و"ديلفولفي" في ردهم على الرأي السابق بالقول: « ليس صحيحاً أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تمثل نظاماً خاصاً لبعض أنواع العقود، ولكنها تعد في الواقع قاعدة عامة لقانون العقود الإدارية، قابلة للتطبيق في مختلف العقود الإدارية »^(٣).

كما ذهب الفقيه "Lachaume" إلى القول إن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة تمثل قاعدة تقليدية للنظام القانوني للعقود الإدارية أياً كان موضوع العقد^(٤).

(١) - J. LHUILLER. Note Sous C.E 29 juillet 1953 Thapan. D.1955.J.p.794.

-J. DUFAU, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concessions de service public, A,J.D.A.1955. Doctrine, p. 69.

(٢) - A. DELAUBADERE, et autres, contrats, *op.cit*. T.2,p. 658.

-P.BERNARD. La notion d'ordre public en droit administratif, thèse Montpellier, 1959,ed., LG.D.J., 1962, P.189.

(٣) -A. DELEAUBADERE et autres, Contrats administratifs, *op.cit*,T. 2., p. 663 et 664.

(٤) -J.-F. LACHAUME, les grands décisions de la jurisprudence , droit administratif, PUF, 7eme éd., 1983.p.272

وعلى الرغم من إقرار غالبية الفقه بوجود سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي في جميع العقود الإدارية، فهناك جانب من الفقه الفرنسي يرى - وبحق - أن العقود ذات الطابع المالي (مثل عقود القرض العام) لا تسري عليها هذه السلطة، إذ لا تستطيع الإدارة أن تنهي بإرادتها المنفردة العقود المالية (مثل عقد القرض العام) قبل نهاية مدته الأصلية، فإلغاء العقد الإداري لا يمكن للإدارة اللجوء إليه إلا لتحقيق صالح المرفق العام والمصلحة العامة، والعقود المالية بطبيعتها لا تمس المرافق العامة بشكل مباشر، ومن ثم لا يجوز إنهاء هذه العقود قبل حلول موعد انقضائها، وخاصة أن الإدارة لا تلجأ إلى إنهاء هذه العقود إلا لتحقيق مصالح مالية بحتة، الأمر الذي لا يتفق مع الأساس القانوني الذي يسوغ للإدارة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد، وعليه فلا تستطيع الإدارة أن تنهي عقد القرض إذا كان أجل السداد لصالح المقرض وكانت هي التي اقترضت المال^(١).

ويعد هذا من البديهيات، إذ إن الاستمرار في تنفيذ العقد في هذه الحالة يكون في صالح الإدارة، وإن إنجازه قبل الأوان سوف يكون أكثر كلفة لها من تنفيذه، فإذا اختارت إنهاء العقد فإنه يجب عليها أن تسدد مبلغ القرض في الحال مع جملة الفوائد المستحقة عن هذا المبلغ، وهذا ليس في صالحها.

في مصر: يذهب غالبية الفقهاء إلى أن سلطة الإدارة المتعاقدة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، تعد امتيازاً استثنائياً من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، كما أنها إحدى السمات المميزة للعقود الإدارية^(٢).

(١) S. BADAoui, thèse précitée, p. 120, note 264.

(٢) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٠٦. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، عام ٢٠٠٧، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٣. د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٣. د. حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٩.

ويرى هؤلاء أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة من النظام العام، إذ تملكها الإدارة ولو لم ينص عليها صراحة في العقد^(١). فلا يجوز للإدارة أن تتنازل مقدماً بمقتضى شرط في العقد عن استخدام هذه السلطة، لأنها لا تستطيع أن تتنبأ مقدماً باحتياجات المرفق العام.^(٢)

وفي ذلك ذهب الدكتور "سليمان الطماوي" إلى أن حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري أمر مسلم به ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ، وتتجلى أصالة هذا الحق في حالة عدم النص عليه في العقد^(٣).

أما الدكتور "حسين درويش" فيرى أن حق الإدارة في الإنهاء غير مقصور على حالة النص عليه في العقد، بل هو حق مقدر لها حتى في حال سكوت النص في العقد، وحتى من دون صدور خطأ من المتعاقد^(٤).

ومن الفقهاء المصريين الذين ساروا على هذا النهج الدكتور "عبد الغني بسيوني عبد الله" الذي ذهب إلى أن السلطة الإدارية تملك الحق في إلغاء العقد الإداري إذا كانت المصلحة العامة تتطلب ذلك، ويتم إجراء الإلغاء بإرادة الإدارة المنفردة من دون الحاجة إلى وجود نص في العقد، بحسبانه حقاً أصيلاً مقررّاً لها لحماية المصلحة العامة^(٥).

(١) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٧. ود. فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي التعاوني، دار المعارف، ص ١٩٦٧، المجلد الثاني، ص ١١٨٥.

(٢) د. عمر حلمي فهمي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٠.

(٣) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧٦.

(٤) د. حسين درويش، مرجع سبق ذكره، ص ١٦٤.

(٥) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، طبعة عام ١٩٩٣، ص ٢٠١.

ويفهم من موقف الفقه المصري السابق أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة هي من النظام العام، تملكها الإدارة في جميع العقود الإدارية المختلفة.

في سورية: سار الفقه السوري على نهج نظيريه الفرنسي والمصري، إذ يرى كل من الدكتور "محمد الحسين" والدكتور "مهند نوح"، أن الإدارة تملك هذا الحق من دون وجود نص قانوني أو نص في العقد عليه، ويقع باطلاً تنازل الإدارة عنه، لأن من واجبها تأمين حسن سير وتنظيم المرفق العام بما يتلاءم مع التطورات والتغييرات التي تحصل في أثناء التنفيذ حتى تحقيق المصلحة العامة التي تلبي احتياجات الجمهور^(١).

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه غالبية الفقه في فرنسا ومصر وسورية من الإقرار للإدارة المتعاقدة بحق الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وهو حق أصيل لها تملكه في جميع العقود الإدارية، وتسويغ ذلك أن الإدارة عندما تبرم عقداً إدارياً ما فإنها تحتفظ دائماً لنفسها بالمسؤولية الأساسية في تنظيم المرفق العام وتسييره، وسلطة الإدارة في إنهاء هذا العقد تعدّ نتيجة طبيعية لفكرة المرفق الذي يرتكز إليه العقد، عندما يصبح هذا الأخير غير مفيد ولا يتلاءم مع احتياجات هذا المرفق.

ثانياً. موقف القضاء الإداري من الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي:

استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية على أن الإدارة تمتلك سلطة إنهاء عقودها بإرادة منفردة لدواعي المصلحة العامة، ولو لم ينص عليها صراحة في العقد وفي العقود الإدارية كافة.

(١) د. محمد الحسين ود. مهند نوح: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

وفي المعنى نفسه: د. عبد الله طلبة: مبادئ القانون الإداري، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

و د. سعيد نحيلي و د. عيسى الحسن: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

١- في فرنسا:

بالاطلاع على أحكام مجلس الدولة الفرنسي فقد اعترف للإدارة المتعاقدة بسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، على الرغم من عدم وقوع خطأ من جانب المتعاقد. وذلك بالنسبة إلى جميع العقود الإدارية، وعدّها حقاً ثابتاً لها. سواء أوجد نص في العقد يجيز لها ذلك أم لم يوجد^(١).

وقد أقرّ القضاء الإداري الفرنسي بسلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية على اختلاف أنواعها:

ففي عقد الالتزام مثلاً، أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن للإدارة مانحة الالتزام سلطة الإنهاء الانفرادي لعقود التزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة والتي تأخذ شكل استرداد الالتزام إذ قرر أنه: « يحق للسلطة المتعاقدة مانحة الالتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، مع مراعاة حق الملتزم في التعويض، أن تنتهي عقد الالتزام قبل حلول أجله لدواعي المصلحة العامة »^(٢).

وفي عقد الأشغال العامة أيضاً أقر مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة إنهاء عقد الأشغال العامة استناداً إلى سلطتها العامة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية في أي وقت لدواعي المصلحة العامة حتى ولو ينص عليها صراحة في عقد الأشغال العامة^(٣). لا بل إن القضاء الإداري الفرنسي الحديث ذهب في حكم له إلى إبطال الشرط التعاقدي الذي من شأنه أن يعطل أو يشل سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، عاداً هذا الشرط غير مقبول^(٤).

(١) مطبع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، مرجع سبق ذكره،

ص ٥٠٣.

(٢) - C.E.16. Fev.1987, ete TV.6.Rec.p.20

- C.E.22 Avril .1988. Sté' France. R.D.P.1988.p.1436

(٣) - C.E. 6.Juin. 1986. Callin et Vincent. R.D.P.1986. P.1742.

(٤) - C.A.A.versailles. 7.Mars.2006. Commune de Draveil reg . OUVÉ
01381. AJDA 2006 .1044. Cancl . Bresse.

٢- في مصر:

أخذ مجلس الدولة المصري باتجاه نظيره الفرنسي ذاته، عندما اعترف للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر قضت بأن: «... للإدارة في العقود الإدارية السلطة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجات المرفق العام...»^(١).

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضاً على سلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز بغير حاجة إلى النص على ذلك في العقد^(٢).

وفي عقد الأشغال العامة، أقرَّ القضاء الإداري بحق الإدارة في إنهاء عقد الأشغال لا استناداً إلى سلطة الإدارة العامة في إنهاء العقود الإدارية، ولكن لتقديرات المصلحة العامة، وكون تنفيذ العقد أصبح غير ضروري^(٣).

وكذلك في عقد التوريد إذ استقرت أحكام القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا على الإقرار بسلطة الإنهاء الانفرادي لعقد التوريد. فقد قضت محكمة القضاء الإداري « بحق جهة الإدارة في إنهاء عقد التوريد دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد ودون إعدار... »^(٤).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٦/٧/١٩٥٧، مجموعة المبادئ، س ١١، رقم ٣٤٩، ص ٥٦٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٨٦ س ٣٥ ق جلسة ١٥/١١/١٩٩٢. وحكمها في الطعن رقم ١٠٠١ س ٤٢ ق. جلسة ٢٤/١١/١٩٩٨. د. ماهر أبو العنين، ج ٢ ص ١٢٦.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ٣٠/٦/١٩٥٧، المجموعة س ١١، رقم ٣٧٧. ص ٦٠٧.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٨٢٧، تاريخ ١٧/٣/١٩٥٧. المستشار حمدي ياسين عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٢.

كما استقرت المحكمة الإدارية العليا على الاتجاه ذاته حين قضت بأنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه «... بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك. وأساس ذلك أن فسخ العقد كأصل عام هو أمر تترخص فيه الإدارة ضماناً لحسن سير المرافق العامة. وليس للمتعاقد معها إلا الحق في المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى...»^(١).

٣- في سورية:

لم يختلف موقف مجلس الدولة السوري عن سابقه الفرنسي والمصري لجهة الاعتراف للإدارة بسلطة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة. فالإدارة بحسبانها القوامة على حسن تسيير المرافق العامة، اعترُف لها بسلطة تقديرية لإنهاء عقودها الإدارية كافة لمقتضيات المصلحة العامة ومن دون وجود نص في العقد على ذلك، وفي المقابل للمتعاقد الحق في التعويض لقاء ذلك. ففي حكم لمحكمة القضاء الإداري قضت بأن: «الإدارة المتعاقدة مع الأفراد بعقد إداري، تملك إلغاء هذا العقد في أي وقت إذا ما تبدى لها وجه مصلحة في هذا الإلغاء يستلزمها سير المرفق العام...»^(٢).

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا أكدت على ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري إذ جاء فيه أنه: «من حق الإدارة إنهاء عقودها متى شاءت باعتبارها القوامة على تسيير المرفق العام ولا إلزام عليها بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً، لأن هذا التنفيذ يعود أصلاً إلى تقديرها، لهذا كانت مطالبة المدعي

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٢٨ تاريخ ١٩٧٨/١/٢٨ ص ١٥ ق م، حمدي ياسين عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٧. وفي المعنى ذاته حكمها بتاريخ ١٩٩٢/٥/١٥، المجموعة لسنة ١٥، رقم ٤٣، ص ٧٦٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في سورية رقم قرار ٢٩٠، في القضية رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٧٠، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام ١٩٧٠، ص ٣٨٧.

إلزامها بالتنفيذ غير قائمة على أساس قانوني...»^(١). وفي حكم آخر قررت أنه: «... إذا كان من حق الإدارة إنهاء العقد في أي وقت كان فإن من حق المتعهد في المقابل اقتضاء تعويض عادل ومناسب عن هذا الإنهاء في ضوء أسبابه وظروفه ومداه ...»^(٢).

ثالثاً. موقف المشرع من الاعتراف للإدارة بسلطة الإنهاء الانفرادي:

أوردت التشريعات في الدول محل المقارنة، فرنسا ومصر وسورية، نصوصاً قانونية تتعلق بسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية:

ففي فرنسا: تدخل المشرع وأصدر قوانين عدة اعترف من خلالها صراحة بسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ومن ذلك على سبيل المثال:

القانون الصادر في ١٩٤٠/٧/٢٠ والذي قرر حق الإدارة في إنهاء جميع العقود المبرمة بوساطة الدولة من أجل احتياجات الدفاع القومي التي مازالت في طور التنفيذ ولم تلغ بعد^(٣).

وتدخل المشرع الفرنسي أيضاً وقرر حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بمقتضى نظام إعادة النظر أو إنهاء عقود الهيئات المحلية والمقرر بالقانون الصادر في ١٩٤٧/٧/٣٠ والذي صدر بمقتضى تسوية بعض المراكز الناتجة عن الحرب والتحرير في فرنسا^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٦٤، أساس ٣٦٥، سجلات المحكم الإدارية العليا لعام ١٩٧٩، الجزء الرابع، أشار إليه المحامي مصباح نوري المهاني، الجزء الثالث، عام ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٥٦١ سنة ١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص ٣٨٧. المبدأ ٨٢.

(٣) G.MALDIDIER. La résiliation sans faute des marches de fournitures passes par l'Etat, Thèse, Paris, 1949.

(٤) A.DELAUBADERE. et autres, contrats, op. cit. T.2.P.673.

كما تدخل المشرع الفرنسي أيضاً عندما أورد في قانون الأشغال العامة في المادة ٤٢/ من المرسوم رقم ٧١/٥٠ الصادر بتاريخ ١٨/١/١٩٧١، أنه: « يمكن بموجب قرار صادر من السلطة المختصة ودون إنذار مسبق، فسخ العقد سواء بسبب تقرير إنشاء نظام الإدارة المباشرة أو لإبرام عقد جديد، أو بسبب فسخ العقد بعد توقيع عقد مماثل، أو حتى بدون توقيع أي عقد جديد...»^(١). كما نصت الفقرة العاشرة من المرسوم رقم ٧٨/٤٩٤ الصادر بتاريخ ٣١/٣/١٩٧٨ على « وجوب تضمين العقد المستندات الخاصة بتحديد شروط الفسخ، وما يحدث بالنسبة لحالات الفسخ بالإرادة المنفردة، دون توقف على إرادة المتعاقدين الآخرين...»^(٢).

وآخر التشريعات التي نصت على حق الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري كان الأمر (١٠٧٤-٢٠١٨) المتضمن قانون العقود الإدارية في فرنسا، إذ تضمنت المادة (L.3136-1) منه حالات عدة لإنهاء عقد الالتزام بإرادة السلطة المانحة المنفردة، ومن ضمن تلك الحالات كان حق الإدارة في الإنهاء من دون أي خطأ من الملتزم وإنما لدواعي المصلحة العامة^(٣).

وفي مصر: لم تتضمن القوانين في مصر سواء الملغاة أو الحالية أية مواد تشير إلى سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من دون خطأ من المتعاقد^(٤). وإذا كان المشرع المصري لم يشر إلى إمكانية الفسخ

(١) Code administratif, pouvoirs publics collectivités locales, contentieux administratif, Domianc clietons, expropriation fonction publique, marches publiques.

(٢) أشار إلى ذلك د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ١١٠ وما بعدها. وأيضاً:

د. نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨٢ وما بعدها.

(٣) Art. L.3136-1 de Ordonnance no 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

(٤) فالقانون رقم ٢٣٦/ عام ١٩٥٤ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى. وكذلك القانون رقم ٩/ عام ١٩٨٣ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات المصري الملغى أيضاً، =

الانفرادي للعقد الإداري من قبل الإدارة ومن دون خطأ من جانب المتعاقد، فإن ذلك لا يعني أنه منع هذا النوع من الفسخ المطبق من قبل الإدارة والمكرس من قبل القضاء والمؤيد من قبل الفقه المصري.

أما في سورية: فقد كان الأمر مختلفاً بالنسبة إلى المشرع السوري، عندما اعترف للإدارة بسلطة إنهاء عقدها الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة سواء في المرسوم التشريعي رقم (٢٢٨) عام ١٩٦٩ الناظم لعقود الهيئات العامة ذات الطابع الإداري السابق، أو في القانون رقم (٥١) عام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود النافذ حالياً^(١). وبذلك فإن المشرع السوري قد نهج منهج نظيره الفرنسي، بعكس نظيره المصري عندما اعترف للإدارة بسلطة إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة وبدون خطأ من المتعاقد في جميع طوائف العقود الإدارية.

ومن وجهة نظر الباحث فإن حالات الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري بمقتضى القوانين النافذة لا تعد في ذاتها مظهراً للامتياز الاستثنائي المعترف به للإدارة من أجل إنهاء العقد، بل إقراراً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ إن إنهاء العقد في هذه الحالة يعد تطبيقاً لنص القانون، أما إنهاء العقد بحسبانه مظهراً للسلطات السيادية والاستثنائية التي تملكها الإدارة من أجل تنظيم

= ولائحته التنفيذية، وكذلك القانون رقم م/٨٩ عام ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الملغيان، والقانون رقم ١٨٢ عام ٢٠١٨ النافذ حالياً. لم تتضمن جميعها أية مواد تشير إلى منح الإدارة حق فسخ عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة بل أشارت المادة /٢٤/ من القانون رقم /٨٩/ عام ١٩٩٨ الملغى والمادة /٥٠/ من القانون رقم ١٨٢ عام ٢٠١٨ النافذ إلى حالات فسخ العقد في حال استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب، أو في حالة إفلاسه، كما بينت المادة /٥٠/ من القانون رقم ١٨٢ عام ٢٠١٨ (حالة فسخ العقد إذا وجد تواطؤ أو احتيال أو فساد أو احتكار من قبل المتعاقد...).

(١) المادة /٦٠/ فقرة /أ/ من القانون رقم /٥١/ عام ٢٠٠٤ والنافذ حالياً في سورية.

المادة /٦٣/ من المرسوم التشريعي رقم /٢٢٨/ عام ١٩٦٩ السابق في سورية.

المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد، فإنه يتمثل في حالة إنهاء العقد الإداري من جانب الإدارة وإبرادتها المنفردة وبدون النص على ذلك في القانون، أي في حال سكوت القانون عن النص على سلطة الإدارة في إنهاء العقد.

وعليه، فإن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة تعد من النظام العام، تملكها الإدارة في جميع العقود الإدارية ولو لم ينص عليها صراحة في العقد ذاته، وهي مقررّة بقوة القانون لصالح الإدارة التي لا يجوز لها أن تتنازل عنها. وإذا ورد في العقد الإداري نص يسمح للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري من جانب واحد، فإن هذا النص يعد مجرد إعلان لحق موجود أصلاً لصالح الإدارة، وليس نصاً منشأً لحق لصالحها.

المطلب الثاني

التكليف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي

للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة وتطبيقاتها

لم يستقر الفقه الإداري على رأي معين حول مسألة التكليف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، وقد انقسم في هذا الشأن إلى أكثر من اتجاه.

وهذا ما سيتم بحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الاتجاهات الفقهية حول التكليف القانوني لسلطة إنهاء العقد الإداري

الفرع الثاني: مدى تغاير سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تبعاً لنوع العقد

الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية حول التكييف القانوني لسلطة إنهاء العقد الإداري

ثار جدل فقهي كبير بشأن التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية لدواعي المصلحة العامة، وقد انقسم الفقهاء إلى اتجاهين مختلفين: الأول يرى أن سلطة الإدارة في الإنهاء صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري وامتداد له^(١). والاتجاه الثاني يرى أن سلطة الإدارة في الإنهاء سلطة مستقلة قائمة بذاتها، ولها مفهوم ونطاق ووسيلة وقيود مختلفة عن التي في سلطة التعديل^(٢).

أولاً - الاتجاه الفقهي القائل إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري صورة من صور التعديل للعقد بالإرادة المنفردة:

ذهب جانب كبير من الفقه إلى عدّ سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري صورة من صور سلطاتها في تعديل العقد، بل إن إنهاء العقد من دون خطأ من المتعاقد ما هو إلا تعديل للشرط الخاص بمدة العقد.

— في فرنسا:

يرى أصحاب هذا الرأي أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد في وقت سابق لأوانه ليست إلا صورة من سلطاتها العامة في إحداث بعض التغييرات للشروط التعاقدية في أثناء تنفيذ العقد، لأن الإنهاء ينصب على تعديل الشرط المتعلق بمدة العقد. ومن أنصار هذا الاتجاه: الفقيه "de Laubadère" الذي ذهب إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد ليست إلا شكلاً خاصاً لحق الإدارة في التعديل

(١) يوسف الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٢) د. عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص ٨٣.

الانفرادي للعقد^(١). والفقيه (Rivero) الذي رأى أن حق الفسخ لدواعي المصلحة العامة هو امتدادٌ طبيعيٌّ ومنطقيٌّ لسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد^(٢). وذهب الفقيه (Pequignot) إلى أن سلطة الإدارة في تعديل العقد يمكن أن تصل إلى حد تدمير العقد عن طريق إنهائه الذي يعدّ صورة من صور التعديلات التي أقرها القضاء^(٣).

أما الفقيه (Hadjidinas) فقد رأى أن من بين التعديلات التي تدخلها الإدارة من جانب واحد على عناصر العقد المختلفة ذلك التعديل الذي يتمثل في إنهاء العقد في وقت سابق لأوانه قبل انقضاء مدته المتفق عليها. ومع أن الإنهاء الانفرادي للعقد يذكر من بين طرق انقضاء العقد، فإنه لا شك في أن الإنهاء الانفرادي للعقد ليس إلا شكلاً من أشكال التعديل الانفرادي للعقد^(٤).

ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيهان (J.Morand - Deviller) إذ ذهبوا إلى أن سلطة الإدارة في تعديل العقد من جانب واحد يمكن أن تصل إلى حد تقرير إنهاء العقد خارج أي خطأ، إذا أرادت الإدارة أن ترتبط بالعقد إلى نهاية مدته^(٥).

ومن الفقهاء الذين أبدوا هذا الاتجاه الفقيه (Jeze)^(٦) والفقيهان (Azibert et Deboisdeffre)^(٧)

(١) - A.DELAUBADERE, etoutres, contrats, op,cit,T2.P.663.

(٢) - J.RIVERO, Droit administratif, éd Dalloz.10^e éd, 1983.p.135.

(٣) - G.PEQUIGNOT, Théorie générale du contral administratif, thèse, Montpellier. 1945. Editions. A.Pedone. paris 1945. P390.

(٤) J.HADJIDINAS, la force a bligatoire du contrat dans les contrats administratifs, thèse paris, 1966. P.P204 et, 205.

(٥) - J.MORAND-DEVILLER- cours de droit administratif, cours thèmes de réflexion, commentions d'arrêt avec corriges, éd. Montchrestien, 1989.p.326.

(٦) - G.JEZE. contrats administratifs. éd, Marcel Giard 1932. T2.p.p 249,256,278 et 286.

(٧) - M.AZIBERT. et M.DEBOSDEFRE, chronique sous. C.E.2.Fev 1987.ste' Tv6, A.J.D.A, 1987 p.319.

— في مصر:

ذهب الغالبية من الفقه المصري إلى تأييد ما ذهب إليه الفقه الفرنسي. ومن بين هؤلاء الدكتور "سليمان الطماوي" الذي أكد أن: «سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من جانب المتعاقد، هي بحق صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد الإداري»، ويسوغ ذلك على أساس أن إنهاء العقد تعديل للشرط الخاص بمدة العقد^(١).

وذهب الدكتور "محمد كامل ليلة" إلى أن سلطة الإدارة في تعديل العقد متشعبة وتصل إلى حد إنهاء العقد وفسخه^(٢).

أما الدكتور "أحمد عثمان عياد" فيرى أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية صورة من صور التعديل الانفرادي^(٣).

ويذهب الدكتور "علي عبد العزيز الفحام" إلى القول: «إن الإدارة قد ترى إنهاء العقد قبل الأجل المحدد له - كما يحدث كثيراً في عقود التزام المرافق العامة - فتقوم من جانبها بإنهاء العقد قبل المدة المقررة له حسب شروط العقد المبرم بينها وبين الملتزم، وكذلك قد تطلب وقف الأشغال العامة من المفاوض المتعاقد معها»، ويرى أيضاً أن: «سلطة التعديل قد تصل إلى حد فسخ العقد، وتستطيع الإدارة دائماً قبل الشروع في التنفيذ أو حتى بعده، أن تنهي العقد من دون خطأ من جانب المتعاقد معها»^(٤).

— في سورية:

لم يُعثر في الفقه السوري على أي رأي قيل في هذه المسألة، ولكنه تكلم في سلطة التعديل وسلطة الفسخ كل على حدة. ومع ذلك فإن الرأي القائل:

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧٩.

(٢) د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٠.

(٣) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٣.

(٤) د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٩، ٢٣١.

«إن إنهاء العقد من دون خطأ من المتعاقد يعد صورة من صور التعديل الانفرادي للعقد» ليس رأياً يمكن تأييده بصورة مطلقة، فقد يصلح هذا الرأي للتطبيق على العقود الزمنية (كعقد التزام المرافق العامة)، غير أنه لا يصلح للتطبيق في العقود الآنية. فقد تلجأ الإدارة إلى إنهاء عقد الأشغال العامة لأسباب تنظيمية أو لأسباب عسكرية أو حتى لأسباب مالية، غير أن هذا لا يعد تعديلاً على العقد، بل في أحسن الحالات عدولاً عن الفكرة، أي إنهاء الرابطة العقدية وصرف النظر عنها.

وهذا الإجراء يختلف بطبيعة الحال عن إجراء وقف الأعمال لأسباب مسوغة، إذ إن هذا الإجراء لا ينهي الرابطة التعاقدية، بل هو إجراء مؤقت تسوغه الإدارة وفق مقتضيات المصلحة العامة.

ثانياً - سلطة الإدارة في الإنهاء سلطة مستقلة :

على الرغم من وجود شبه إجماع في الفقه الفرنسي والمصري على أن سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ما هي إلا صورة من صور سلطتها في التعديل، فإن هناك اتجاهاً آخر نقيضاً لهذا الاتجاه يرى أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي لعقودها الإداري لدواعي المصلحة العامة، سلطة مستقلة قائمة في ذاتها.

في فرنسا: من أنصار هذا الاتجاه الفقيه (Benoit) إذ ذهب إلى تكييف سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تكييفاً قانونياً مختلفاً عما ذهب إليه سابقوه في الاتجاه السابق. فرأى أن حق الإدارة في فسخ عقودها الإدارية منفردة مبدأً مقرر لها في القانون الإداري بوساطة القضاء، فلا يمكن القول إن سلطة الإنهاء هذه تتشابه مع سلطة التعديل الانفرادي ولكل منها نطاقها المستقل. فسلطة إنهاء العقد ينتج عنها إنقاص كلي أو جزئي لالتزامات المتعاقد، في حين أن سلطة تعديله تؤدي إلى فرض شيء أجنبي

على العقد خلافاً لما هو منصوص عليه فيه. فقد لا يرغب المتعاقد في عمل هذا الشيء الجديد، إما لأن هذا العمل لا يناسبه، أو لأن هذا العمل يجبره على تنفيذ أعمال تتطلب استثمارات مالية جديدة^(١).

والمسائل المثارة بوساطة الإنهاء الانفرادي للعقد - حسب رأي Benoit - تكون مختلفة تماماً عن المسائل التي يثيرها التعديل الانفرادي، كما أن إنهاء العقد كلياً أو جزئياً يكون أقل خطورة من تعديل العقد، إذ يكون الإنهاء مصحوباً بتعويض كامل للمتعاقد، لذلك فإن تعديل العقد من جانب واحد يفرض على المتعاقد القيام بأداء إيجابي مختلف عن ذلك الأداء الذي قبله من قبل^(٢).

وهكذا يرى الفقيه (Benoit) أن أي إلغاء كلي أو جزئي للالتزامات المتعاقد يعد إنهاء للعقد، وأن مشكلة الإنهاء الانفرادي للعقد وحلها تعد مختلفة تماماً عن المشكلة التي يثيرها التعديل، ولا يمكن الربط بينهما ولا التمسك بأحد الحلول المتعلقة بسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد لمحاولة تسويق سلطة التعديل الانفرادي^(٣).

ومن أنصار هذا الاتجاه أيضاً، (Dufau) الذي ذهب إلى أن الإدارة تملك دائماً القدرة على إنهاء العقد الإداري لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، فمن باب أولى يجب الاعتراف لها بالحق في إنقاص حجم الأداءات المنصوص عليها في العقد، بينما تعديل العقد يحمل المتعاقد تبعات وأعباء ثقيلة جداً أكثر من إنهاء العقد. لذلك فإن سلطة التعديل الانفرادي للعقد لا يمكن أن تماثل أو تشابه السلطة المعترف بها للإدارة لإنهاء العقد بإرادتها المنفردة^(٤).

(١) - F.P.BENOIT, De l'inexistence dun pouvoir de modification unilatéral dans les contrats administratifs J.C.P.1963.P664.

(٢) - F.P.BENOIT.op.Cit.p662.

(٣) - F.P.BENOIT.op.Cit.P.663.

(٤) - J.DUFAU, Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concessions de service public, A.J.D.A, 1955.I.P.65.

أما الفقيه (Llorones)، وهو من أنصار هذا الاتجاه أيضاً، فقد ذهب إلى عدم الخلط بين سلطة التعديل وسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، إذ يجب بسط السلطة للإدارة المتعاقدة عن طريق سلطة التعديل الانفرادي للعقد من أجل تعديل بنود العقد بمقتضى امتيازاتها التعاقدية^(١).

وفي مصر:

ذهب الدكتور "محمد صلاح عبد البديع السيد" إلى أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، سلطة مستقلة وقائمة في ذاتها وليست صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد، وسوّغ ذلك في أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري يترتب عليها انقضاء الروابط التعاقدية بين الإدارة ومتعاقديها، على عكس سلطتها في التعديل التي لا يترتب عليها انقضاء العقد الذي يظل مستمراً وقائماً بين الإدارة ومتعاقديها.

ويضيف قائلاً: «إن أغلب الفقه الإداري في فرنسا ومصر الذي ذهب إلى عدّ سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري صورة من صور سلطتها في التعديل يناقض نفسه عندما قام بدراسة سلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة كدراسة مستقلة عن سلطتها في تعديل العقد الإداري من جانب واحد، مما يعني أهمية هذه السلطة وأصالتها في العقود الإدارية. وأيضاً إن أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر لم تتحدث عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بحسبانها صورة من صور سلطتها في تعديل العقد»^(٢).

(١) F.LLORORENS, Note Sous C.E.2.Fev. 1983, (U.T.p.R.U).R.F.D.A. 1984, P46.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٤٣٦، ٤٣٧.

أما في سورية: فقد رأى الفقه أن الإدارة تملك هذا الحق من دون وجود أي نص قانوني أو عقدي، ويقع باطلاً تتنازلها عنه، لأن من واجبها كإدارة تأمين حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد وبما يتلاءم مع المتغيرات والتطورات التي تواجه العقد في أثناء تنفيذه، وبما يتوافق مع المصلحة العامة^(١).

يُستنتج مما سبق أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري هي سلطة مستقلة عن سلطتها في التعديل، وهي مقررّة بموجب الكثير من الأحكام القضائية، وتختلف عن سلطة التعديل اختلافاً جلياً. فسلطة الإنهاء يترتب عليها انتهاء العقد بصفة قاطعة، وانقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد، بينما في سلطة التعديل يستمر العقد قائماً، وتظل الروابط التعاقدية موجودة ومستمرة حتى نهاية مدة العقد الأصلية إذا كان من العقود الزمنية أو إلى حين تنفيذ الأعمال وإنجازها إذا كان من العقود الآنية. ومن ثم فإن النتائج المترتبة على ممارسة الإدارة حقها في إنهاء العقد أخطر بكثير من المترتبة على ممارستها سلطتها في تعديل العقد، وهذا ما يدعم الرأي في أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري سلطة مستقلة عن سلطتها في تعديل العقد، وليست صورة من صورها.

(١) د. محمد الحسين ود. مهند نوح: العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٩. وأيضاً:

د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن: العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٩ وما بعدها.

الفرع الثاني

مدى تغاير سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري تبعاً لنوع العقد

من المسلم به أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري من الأمور المتفق عليها في كل أنواع العقود الإدارية، إلا أن هناك بعض العقود تتميز بأهمية خاصة في العمل أكثر من الآخر، لذلك سوف يتم اختيار عقدين من العقود الإدارية ليكونا تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بشكل منفرد، هما : عقد الأشغال العامة كنموذج للعقود الإدارية الفورية، وعقد التزام المرافق العامة كنموذج للعقود الإدارية الزمانية.

أولاً - سلطة الإدارة في إنهاء عقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة :

يشغل عقد الأشغال العامة مكانة مهمة في مجال العقود الإدارية، بل يعد من أكثر العقود شيوعاً بحسبانه من العقود التي تحتاج إليها الدول لتنفيذ مرافقها العامة التي تتصف دوماً بالمرونة والقابلية للتطوير والتحديث.

ومع ذلك فالإدارة المتعاقدة تملك سلطة إنهاء هذا العقد في أي وقت بإرادتها المنفردة قبل إنجاز الأشغال موضوع العقد ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي أخطاء عند تنفيذ التزاماته إذا اقتضى الصالح العام ذلك. فكيف تظهر ملامح الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة؟

١- التعريف بسلطة إنهاء عقد الأشغال العامة بدون خطأ المتعاقد:

يحدث أن تقدم الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع على إنهاء العقد الذي يربطها مع المتعاقد من جانب واحد ومن دون خطأ منه لدواعي المصلحة العامة، مع بقاء حق الأخير في التعويض قائماً^(١).

(١) تومي شريف، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٣.

ويترتب على إنهاء عقد الأشغال العامة من جانب الإدارة انقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد، وتصفية هذا العقد وتسوية المبالغ الناشئة عن إنهائه^(١). إذ تستطيع الإدارة — ومن دون انتظار التصفية النهائية — متى كان المتعاقد دائماً لها أن تحرر إذنًا بالصرف لحساب المتعاقد بـ ٨٠% على الأكثر من الحد الأقصى للرصيد المتبقي له، وذلك كتصفية مؤقتة إلى حين التصفية النهائية^(٢).

ويقع على عاتق المتعاقد عبء إثبات الأشغال التي تم تنفيذها، أو الأجزاء التي قام بتنفيذها فعلاً، كما عليه القيام بإجراء جرد لكل المواد والأدوات الموجودة موضعاً استلام الأشغال المنفذة أو الأجزاء التي تم استلامها، وذلك حتى انتهاء مدة الضمان التعاقدية لهذه الأشغال^(٣).

ولا يترتب على إنهاء عقد الأشغال العامة أيلولة ملكية أدوات المتعاقد إلى ذمة الإدارة المتعاقدة، فهذه الأدوات لا تفرض على الإدارة، وهي حرة في شرائها من المتعاقد، كما أن هذا الأخير له الحرية في رفض التنازل عنها ما لم يوجد شرط تعاقدية يقضي بخلاف ذلك، وعادة ينظم العقد أو دفاتر الشروط مصير هذه الأدوات في حالة إنهاء العقد^(٤).

(١) A.DE LAUBADERE. et autres, contrats.op.cit.T2.P.866.

(٢) السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٩.

(٣) المادة ٤٦/٤ من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا والصادرة عام ١٩٧٦.

وأيضاً: د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٠.

(٤) إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٣.

٢- موقف الفقه والقضاء والتشريع من سلطة إنهاء عقد الأشغال العامة:

يرى الفقه الفرنسي أن سلطة الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة توجد لصالح الإدارة بقوة القانون^(١)، وهي سلطة من النظام العام^(٢).

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه السلطة للإدارة منذ أمد بعيد في العديد من أحكامه وانتهج مسلكين مختلفين في تأسيس هذه السلطة: ففي بداية الأمر اقتصر مجلس الدولة ولمدة طويلة على تطبيق قواعد القانون المدني على حالات الإنهاء الانفرادي لعقود الأشغال العامة، إذ كان يؤسس ذلك صراحة على المادة ١٧٩٤ من القانون المدني^(٣).

ثم عدل مجلس الدولة عن الاستناد إلى المادة السابقة، عندما اعترف صراحة للإدارة بسلطة إنهاء عقد الأشغال العامة استقلالاً عن المادة ١٧٩٤، إذ قرر في أول حكم له أنه يستطيع الحاكم العام للإدارة أن يستند إلى المادة ٣٣/ من كراسة الشروط من أجل تقرير إنهاء العقد^(٤).

ثم تواترت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة التي أقرت للإدارة بهذه السلطة في أي وقت لدواعي المصلحة العامة، حتى ولو لم ينص عليها صراحة في عقد الأشغال العامة^(٥).

وتشريعياً، تدخل المشرع الفرنسي وقرر صراحة حق الإدارة بممارسة سلطتها في الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة، إذ نصت المادة ١/٤٦/ من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا

(١) - R.BONNARD. op.cit.p636.

(٢) - J.DUFAU.Marches de travaux publics. J.C.A. 1987 fase 521 No178.

(٣) تنص المادة ١٧٩٤ من القانون المدني الفرنسي على أنه « يستطيع رب العمل أن يفسخ بإرادته المنفردة عقد المقاولة ولو كان العمل قد بدأ من قبل، مع تعويض المقاول عن كل نفقاته، وعن كل الأشغال التي نفذها وعن كل الأرباح التي كان يمكنه أن يجنيها من المقاولة ».

(٤) - C.E.15 Mai 1903, Girard, Rec.p.371.

(٥) - C.E4. Jan . 1957, ville de paris, Rec.P.11.

على أنه: «يستطيع رب العمل أن ينهي تنفيذ الأشغال موضوع العقد قبل إنجاز هذه الأشغال بواسطة قرار إنهاء العقد والذي يحدد فيه تاريخ نفاذه...».

وقد تأكد هذا الحق أيضاً بموجب المواد L.2195/1-2195/6 من الأمر رقم (٢٠١٨-١٠٧٤) المتضمن قانون العقود الإدارية الفرنسي والتي أشارت إلى الحالات التي تستطيع فيها الإدارة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة وإجراءات تنفيذها الحق.

وفي مصر وسورية، اعترف الفقه^(١)، والقضاء^(٢)، في كل من البلدين للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، ولو لم ينص على هذه السلطة في العقد، أو في القوانين واللوائح، وذلك بالنسبة إلى جميع العقود الإدارية بما فيها عقد الأشغال العامة، لأنه لا فائدة من استمرار عقد الأشغال العامة في حالة عدم احتياج المرفق إلى مثل هذه الأشغال^(٣).

(١) في الفقه الإداري المصري: د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٩٥. ود. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧٦. ود. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٤ وما بعدها.

في الفقه الإداري السوري: د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٩. ود. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٣٩ وما بعدها. ود. عبد الله طلبية، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص ٣٣٨.

(٢) في القضاء الإداري المصري: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٩٨٦، السنة ٣٥ ق. جلسة ١٥/١١/١٩٩٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٩٢، ص ٢٣٩. سبقت الإشارة إليه.

في القضاء الإداري السوري: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٦١ لسنة ١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص ٣٨٧، المبدأ ٨٢.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سبق ذكره، ص ٤١٣.

٣ - شروط ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء عقد الأشغال العامة:

يخضع قرار الإدارة المتعاقدة المتضمن إنهاء عقد الأشغال العامة بإرادتها المنفردة إلى شروط عدة نعرضها على النحو الآتي:

أ - يجب أن يتخذ قرار الإنهاء قبل إنجاز الأعمال:

كي تستطيع الإدارة إنهاء العقد يجب اتخاذ هذا القرار قبل إتمام تنفيذ الأشغال، فإذا ما تم العمل، لم تعد هناك فائدة من إنهاء العقد^(١)، وعليه يظل الحق في إنهاء العقد قائماً بعد البدء في العمل والمضي فيه حتى ما قبل إتمامه، فإذا أتمه المتعاقد وأعذرته الإدارة لغرض تسليمه، انقطع حق هذه الأخيرة في إنهاء العقد بعد هذا الإعذار.

ب - وجود مصلحة عامة تقتضي إنهاء العقد:

لا يكفي الشرط الأول ليسوغ للإدارة إنهاء العقد، بل لا بد من أن تستدعي المصلحة العامة هذا الإنهاء، وحالات تحقق هذا الشرط عديدة لا يمكن حصرها، ومثال ذلك أن العقد أصبح غير ذي فائدة للمرفق العام، أو ظهر بعد بناء الأساس أن المنطقة التي تجري عليها الأشغال منطقة نفطية، وأن الاستمرار في الأشغال يؤدي إلى خسارة اقتصادية كبيرة^(٢).

وعموماً، فإن هذا الحق في الإنهاء ليس مطلقاً، وإنما مقيدٌ بعدم الانحراف بالسلطة، ومن ثم إذا ما ثبت أن الإدارة أخطأت عند اتخاذ قرارها في الإنهاء، فإن المتعاقد يستحق التعويض لتعسف الإدارة في استعمالها هذا الحق.

ج - إعذار المتعاقد بقرار الإنهاء:

اشتراط بعض الفقهاء ضرورة إخطار المتعاقد بما تعترضه الإدارة في إنهاء العقد، ويرتبون على ذلك نتيجة مفادها، إعفاء المتعاقد من إتمام العمل،

(١) د. محمد فؤاد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر

والتوزيع عمان، الأردن، عام ٢٠٠٢، ص ١٣٤.

(٢) د. عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢٠.

وإعفاء الإدارة من دفع الأجور وإلزامها بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعاقد. واستناداً إلى ما سبق، يغدو قرار الإدارة بإنهاء العقد غير مشروع ويرتب مسؤوليتها في حالتين: الأولى – إذا فقد قرار الإنهاء غايته. والثانية – إذا خرج عن قواعد المشروعية التي يتعين على الإدارة احترامها ومراعاتها. فإذا ثبت وجود حالة من الحالتين السابقتين، وجب تعويض المتعاقد بجرر الضرر الذي لحق به بسبب تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطة^(١).

٤ – آثار قرار الإنهاء:

يترتب على إنهاء عقد الأشغال العامة بصورة انفرادية الآثار القانونية الآتية:

أ – انتهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها:

هنا يصبح المتعاقد في حلٍّ من الالتزامات المنصوص عليها في العقد، ويطل الفسخ العقد كله.

ب – خضوع قرار الإنهاء لرقابة قاضي العقد:

يختص قاضي العقد وحده بمراقبة ممارسة الإدارة لسلطتها عند إعلان الفسخ، بناءً على طعن يقدم من المتعاقد، وهنا يبحث القاضي في صحة الفسخ وأساسه ومسوغاته. وهدف القاضي من ذلك يكمن في البحث عن الحق في التعويض فقط^(٢)، إذ إن ولايته لا تمتد إلى إجبار الإدارة على الاستمرار في العقد، والقول بغير ذلك يعني تدخل القضاء في عمل السلطة التنفيذية، فالقاضي الإداري يحكم ولا يدير.

(١) حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية،

رسالة ماجستير، قسم القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، عام ٢٠١١، ص ١١١.

(٢) فتحية حابي، النظام القانوني لصفة إنجاز الأشغال العمومية، رسالة ماجستير، قسم القانون

العام، جامعة مولود معمري (تيزي وزو) عام ٢٠١٣، ص ٣٠٧، ٣٠٨.

يُستنتج مما سبق، أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة أمرٌ مسلمٌ به منذ مدة طويلة في كل الدول محل المقارنة، حتى في حالة سكوت العقد عن النص صراحة على حق الإدارة في ممارستها. وهذه السلطة في مجال عقد الأشغال العامة ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام يسري على جميع العقود الإدارية.

ثانياً - سلطة الإدارة في إنهاء عقد التزام المرافق العامة لدواعي المصلحة العامة:

تملك الإدارة امتياز إنهاء عقد الالتزام قبل انقضاء مدته الطبيعية في أي وقت وبشكل منفرد ومن دون أن يرتكب الملتزم أي خطأ عندما تقتضي المصلحة العامة ذلك.

ويطلق بعض الفقه على هذا النوع من الإنهاء اصطلاح "استرداد الالتزام"^(١):

١ - مفهوم استرداد الالتزام والتعريف به:

الأصل الذي لا يحتمل أي استثناء أن عقود الالتزام تكون دائماً مؤقتة من حيث مدتها ولا يمكن أن تكون مؤبدة أو دائمة، فعقد الالتزام المؤبد يتضمن تصرفاً في أن الإدارة تتنازل إلى الأبد عن المرفق العام محل الالتزام، وهذا لا يمكن تصوره قانوناً. ويضفي على الطابع المؤقت لعقد الالتزام طريقتان^(٢):

الأولى: المدة المحددة للعقد، والتي بحلولها ينتهي العقد نهاية طبيعية بقوة القانون، ويعود المرفق إلى الإدارة مانحة الالتزام.

(١) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٨ و ٤٠٩ وأيضاً:

حسام سليمان فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة، رسالة ماجستير، مرجع سبق ذكره، ص ٤٢ وما بعدها.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٥٨٥، ٥٨٦.

والطريقة الثانية: الاسترداد، وهذه هي الوسيلة الاستثنائية لإنهاء عقد الالتزام، والتي تسمح بإنهاء العقد قبل انقضاء مدته العادية، وهو ما يسمى الإنهاء المبسر لعقد الالتزام.

ويكون استرداد الالتزام عادة بقرار إداري من جانب الإدارة مانحة الالتزام، وقبل حلول الأجل المحدد له، وفقاً لسلطتها التقديرية، والتي يجب عليها أن تتبع فيها الهدف المحدد للاسترداد وإلا كان قرارها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة^(١).

وقد تعددت تعريفات الفقهاء لفكرة استرداد الالتزام في الدول محل المقارنة، وإن كانت جميعها من حيث النتيجة تصب في مفهوم واحد. **ففي فرنسا:** ذهب الفقيه (Dufau) إلى تعريف الاسترداد بأنه إجراء يسمح للسلطة مانحة الالتزام بأن تنهي بطريقة مبسرة وسابقة للأوان تنفيذ عقد التزام المرفق العام مقابل دفع تعويض للملتزم^(٢).

وأما (Bonnard) فقد عرفه بأنه ذلك القرار الانفرادي والتقديري من جانب الإدارة والذي عن طريقه تنهي الإدارة الالتزام قبل التاريخ المحدد في العقد لانقضائه وذلك لمصلحة المرفق العام من أجل وضعه تحت الإدارة المباشرة من جانب الإدارة^(٣).

وفي مصر، عرف الدكتور "محمد صلاح عبد البديع السيد" الاسترداد، بأنه إجراء انفرادي صادر من جانب الإدارة مانحة الالتزام وقبل نهاية مدته المنصوص عليها في العقد، وذلك بقصد إنهاء هذا العقد واسترجاع المرفق من الملتزم، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق... مقابل تعويض الملتزم

(١) تومي شريف، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٩.

(2) J.DUFAU, concessions de service public, J,C,A. 1984. Fasc. 530, No, 160.

(3) R.BoNNARD, OP.Cit, P773.

تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة، وعما فاتته من كسب نتيجة إنهاء عقده قبل مواعده الطبيعي^(١).

وأما في سورية، فقد عرفه الدكتور "محمد الحسين" والدكتور "مهند نوح"، بأنه إنهاء الإدارة لعقد الالتزام قبل حلول مواعده من دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً، ومن ثم فإن الاسترداد يتم بقرار إداري حتى ولو تضمن العقد نصاً على حق الإدارة في اللجوء إليه، فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد^(٢).

وعليه يستنتج من تحليل التعريفات السابقة أن استرداد الالتزام قرار إداري انفرادي، تقوم الإدارة المتعاقدة بمقتضاه بإنهاء العقد قبل حلول أجله، وتعطي المتعاقد تعويضاً عادلاً عن ذلك الاسترداد الذي يسرد عليه الطعن أمام القضاء الإداري كإجراء منفصل عن العملية التعاقدية.

فما حالات استرداد المرفق العام الذي يدار بطريقة عقد الالتزام؟

٢ - حالات الاسترداد:

من المتصور أن يتم استرداد المرفق العام بالطرق الآتية:

أ - الاسترداد التعاقدي:

يعد هذا النوع من الاسترداد الصورة الغالبة في عقود الالتزام، ويكون عادة منصوصاً عليه في العقد بمقتضى نص صريح، ينظم العقد شروطه ويحدد أوضاعه، وعلى القاضي التقيد بقواعده وأحكامه^(٣). لذلك تعد إجراءات هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة والقضاء احترامها.

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٧.

(٢) د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سبق ذكره، ص ٩٩.

(٣) مودع فريدة، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٦٥.

وقد أوجب مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة عند ممارستها للاسترداد التعاقدى لعقد الالتزام ضرورة توافر شروط عدة:

(١) وجوب النص صراحة على حق الإدارة في استرداد الالتزام قبل انتهاء مدته:

النص صراحة في عقد الالتزام على الاسترداد يجنب أطراف العقد من أي نزاع حول شروط الاسترداد، والتي تعد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الأطراف احترامها، لذلك من الأفضل لطرفي العقد أن يتفقا مقدماً على حساب التعويض المستحق للملتزم عند استرداد الالتزام^(١).

ومع ذلك فإن عدم النص صراحة في العقد على شرط الاسترداد، لا يعني تجريد الإدارة من سلطة استرداد الالتزام مطلقاً، بل تستطيع ممارسة سلطة الاسترداد غير التعاقدية للالتزام^(٢).

(٢) احترام شرط المدة:

يجب أن يتم الاسترداد التعاقدى بعد انقضاء المدة المحددة في عقد الالتزام والنص في العقد على حظر الاسترداد خلالها. ويجب على الإدارة احترام هذه المدة، فإذا قامت باسترداد الالتزام قل حلول هذا التاريخ، فإن هذا الاسترداد لا يعد استرداداً تعاقدياً، بل استرداداً غير تعاقدي^(٣).

وبمجرد انقضاء المدة الزمنية المحظور الاسترداد خلالها، فإن الإدارة تستطيع أن تقوم بممارسة حقها في استرداد الالتزام، وتملك السلطة التقديرية في اختيار الوقت الملائم والأكثر نفعاً لها لاسترداد الالتزام^(٤). والحكمة من اشتراط عدم جواز استرداد الالتزام قبل انقضاء المدة الزمنية المحددة هي

(١) - F.LECoMTE, le rachat des concessions, thèse paris, 1942.P.84.

(٢) - A.DE LAUBADERE et autres, contrats. Op. cit.T2.p710.

(٣) - G.JEZE, op. cit.T.V.I.P. 1214.

(٤) - J.DUFAU. les concessions de service public, op.cit.p.167.

حماية الملّزم من استبعاده المبكر قبل أن يتمكن من جني ثمار ما أنفقه من أجل استغلال الالتزام.

(٣) يجب أن يصدر قرار استرداد الالتزام من الجهة مانحة الالتزام أو الجهة المفوضة بذلك بموجب العقد:

وهي عادة السلطة المختصة بإبرام العقد، فإذا اشتركت سلطتان إداريتان في إبرام العقد، فإنه يجب أن يصدر قرار الاسترداد بموافقة هاتين السلطتين معاً^(١).

(٤) يجب على الإدارة إنذار الملّزم قبل ممارسة حقها في الاسترداد: يعد هذا الشرط ذا أهمية مزدوجة لكل من الملّزم والإدارة مانحة الالتزام.

فمن ناحية أولى، فإن هذا الإخطار يعطي الملّزم الفرصة لترتيب أوضاعه كي لا يتفاجأ بقرار الاسترداد مما قد يؤثر في مصالحه. ومن ناحية ثانية، فإن الإنذار يعطي للإدارة الوقت الكافي لتأمين الاستمرار المنتظم للمرفق والاستعداد للطريقة الجديدة لإدارة المرفق محل الالتزام الذي سوف يتم استرداده^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن القرار الذي ترسله الإدارة مانحة الالتزام إلى الملّزم لإخباره بأنها قررت استرداد الالتزام، لا يعد قراراً بالاسترداد، وإنما يمثل هو إعلام للملّزم برغبتها في الاسترداد^(٣). ويسري مفعول الاسترداد بدءاً من تاريخ انقضاء مهلة الإخطار^(٤).

(1) Ch.BETTINGER, L'évolution de la concession, Nation du droit administratif français, thèse, paris II, 1975.P.231.

(2) M.BASSET. Note sous T.Ade Rennes. 2fevries 1972.Societe du port de pêche de Lorient, C.J.E.G, No 268.1973.P.108.

(3) J.DUFAU, Concessions de service public, J.C.A.1984, fasc. 530. No.164.

(4) C.E 15 Jan 1975.ste pour le développement touristique Rec.p.1132.

ب - الاسترداد غير التعاقدى للالتزام:

(١) مفهومه وموقف الفقه والقضاء منه:

هو استرداد غير اتفاقي، لا ينص عليه العقد صراحة، بل تقررره الجهة الإدارية مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة في أثناء تنفيذ العقد وقبل نهاية مدته، أو خلال المدة التي يحظر الاسترداد خلالها^(١).

وقد أثار موضوع الاسترداد غير الاتفاقي جدلاً فقهيّاً واسعاً سواء في فرنسا أو مصر أو سورية، إذ انقسم الفقه الإداري بين معارض ومؤيد للاعتراف بهذا الحق لمانح الالتزام. كما أن موقف القضاء في الدول محل المقارنة كان غامضاً من فكرة الاسترداد غير التعاقدى.

وبالرغم من أن الأغلبية في الفقه تقر هذا النوع من الاسترداد كوسيلة بيد الإدارة، إلا أن هناك من يرى أن الاسترداد لا يكون إلا بطريقة النص عليه في العقد، أي غير مقبول إلا بالطريقة الاتفاقية.

فمن الفقهاء الذين ذهبوا إلى إنكار وجود الاسترداد غير التعاقدى في فرنسا، مع التسليم بوجود الاسترداد التعاقدى فقط، الفقيه (Hervouet) الذي ذهب إلى أن: « مانح الالتزام لا يستطيع أن يستخدم الحق في الاسترداد إلا في الحدود والحالات المنصوص عليها في العقد »^(٢).

كما ذهب الفقيه (Josse) إلى أنه: « إذا لم ينص العقد على الاسترداد، فإنه لا يمكن اتخاذه بدون اتفاق ودي... »^(٣).

وقد اعتنق هذا الاتجاه في الفقه المصري الدكتور "أحمد عثمان عياد" الذي رأى أن الاسترداد بالمعنى الفني هو الاسترداد المنصوص عليه في العقد، أي الاسترداد التعاقدى، أما في غير حالة النص في العقد على هذه

(١) د. محمود حلمي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٩.

(٢) G.MONSARRAT, Note. CE 6.et 27 février 1925, Gouverneur général d'Algérie. D.P.1926. III. P.P.39,131 et.s.

(٣) P.L. JOSSE, les travaux publics et l'expropriation Sirey, paris. 1958. p.197.

الوسيلة، فيجب الرجوع إلى القواعد العامة في إنهاء العقود الإدارية^(١). وهو في رأيه هذا يؤيد ما ذهب إليه الدكتور "ثروت بدوي" عندما اعترف بوجود الاسترداد التعاقدى فقط، ولا يعترف بوجود الاسترداد غير التعاقدى^(٢).

ومن الفقهاء المؤيدين لوجود الاسترداد غير التعاقدى في فرنسا De Laubadere – F.Moderne Etp- Deluolve الذين انتهوا إلى التسليم بحق الإدارة في أن تنتهي الالتزام بإرادتها المنفردة خارج نصوص العقد، بمعنى آخر، التسليم بحق الاسترداد غير التعاقدى^(٣).

ويرى الدكتور "سليمان الطماوي" أن من حق الإدارة استرداد المرفق من دون حاجة إلى انتظار نهاية المدة، فالإدارة تملك حقاً أصيلاً في أن تنظم المرفق العام، وبالتالي فلها دائماً أن تلغي المرفق، فينقضي الالتزام^(٤).

أما فيما يختص باجتهاد القضاء حول الاسترداد غير التعاقدى للالتزام، فإن الأحكام القضائية الصادرة قليلة، ومع ذلك فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي أحكاماً عدة تعترف للإدارة مانحة الالتزام بالحق في ممارسة الاسترداد غير التعاقدى. إذ أقرّ ضمناً للإدارة بالحق في استرداد الالتزام غير التعاقدى في حكمه الصادر في ١٩٤٢ وفي حكم آخر في عام ١٩٦٤^(٥)، ثم أقرّ صراحة للإدارة في ذلك الحق عندما منحها سلطة إنهاء عقد الالتزام لدواعي المصلحة العامة ولو لم ينص العقد على ذلك^(٦). كما أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في حكم له صادر في ٢٢ أبريل ١٩٨٨ بحق الإدارة مانحة الالتزام

(١) د. أحمد عثمان عياد، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٢ وما بعدها.

(2) S.BADAoui. Thèse précitée, p.123 et note . 275.

(3) A.DELAUBADERE et autres, Contrats.op.cit,T2.P.P.735ets.

(٤) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٨٠٣.

(5) C.E.30. DEEC. 1942. Consorts Simongiovanni, Rec.p362.

C.E.14 Déc. 1964. Commune de Moins, Journal des Maires 1965.p.369.

(6) T.C 2Mars 1987. Ste d'aménagement et développements.
R.D.P.1988.P.1437.

في الاسترداد غير التعاقدية عندما أعطاهما الحق في أن تنتهي عقد الالتزام قبل ميعاده ولو لم ينظم ممارسته أي نص تشريعي أو لائحي أو أي شرط تعاقدي، ما دامت توجد أسباب من المصلحة العامة تسوغ لها اتخاذ هذا القرار^(١).

وفي مصر، تبنى القضاء الإداري المصري الاعتراف بالاسترداد غير التعاقدية عندما ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم لها جاء فيه أن: «حق الإدارة في الفسخ غير مقصور على حالة عدم وجود نص في العقد ودون صدور خطأ من المتعاقد وهذه السلطة المخولة لجهة الإدارية تقوم على فكرة المرفق العام، إلا أنه يقابل سلطة الإدارة في الفسخ دون صدور خطأ من المتعاقد معها حقه في التعويض عما لحقه من أضرار بسبب هذا الفسخ»^(٢).

وأما في سورية، فقد سار مجلس الدولة السوري على نهج نظيره الفرنسي والمصري، إذ أقرت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم لها أن: «الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة على أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض إن كان لذلك وجه قانوني»^(٣).

صفوة القول: إن الاسترداد غير التعاقدية لا يستند إلى نص في العقد، ولكنه يعد تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة والتي تعد من النظام العام، تمارسها الإدارة في أي وقت وفي جميع الأحوال حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها صراحة في عقد التزام المرفق العام.

(١) C.E.22 Avril 1988. Ste France 5, R.D.P.1988.P.1437.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٨٦٢/١٠ ق تاريخ ١٩٥٧/٦/١٦.

مشار إليه لدى المستشار حمدي ياسين عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٢١ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ

التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، المبدأ ٩٤، ص ٢٠٥.

٢ - الآثار المترتبة على الاسترداد غير التعاقدى للالتزام:

يترتب على استرداد السلطة مانحة الالتزام لهذا الالتزام انقضاء عقد الالتزام وعودة المرفق العام محل الالتزام إلى الإدارة المباشرة لهذه السلطة. وفي المقابل الحق في التعويض للمتعاقد نتيجة إنهاء الإدارة لعقده قبل نهاية المدة المتفق عليها. ويمكن أن يتم تحديد مبلغ التعويض عن هذا الاسترداد بالتراضي والاتفاق بين الجهة مانحة الالتزام والملتزم، وعند الاختلاف بينهما فإن القاضي يتولى تحديد مقدار التعويض من دون أن يتقيد بنصوص العقد في هذا الشأن^(١) ويملك السلطة التقديرية من أجل تقدير هذا التعويض^(٢).

إلا أنه - أي القاضي الإداري - لا يستطيع أن يطبق بطريق القياس القواعد المتعلقة بطرق تحديد التعويض عن الاسترداد التعاقدى والمنصوص عليها في عقد الالتزام، ولكنه يجب عليه أن يطبق المبادئ المتعلقة بالتعويض والخاصة بسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة على حالة الاسترداد غير التعاقدى^(٣).

والتعويض المستحق للملتزم في هذه الحالة يشمل التعويض الكامل، أي ما لحق المتعاقد من خسارة، وما فاته من كسب^(٤).

ولا يأخذ القاضي في حسبانته عند تقدير التعويض عن الاسترداد غير التعاقدى الأرباح التي حققها الملتزم في السنوات السابقة على الاسترداد. على عكس الوضع بالنسبة إلى التعويض في الاسترداد التعاقدى. فالقاضي في مجال الاسترداد غير التعاقدى يكون أكثر حرية في تحديد مقدار التعويض^(٥).

(1) A. COUDEVYLLE, les concessions de service public des collectivités locales Sirey, paris.1983. .p.160.

(2) G.JEZE,op, Cit,T.VI,p.1217.

(3) A.DELAUBADERE. et autres, contrats, op.cit.T2.p.737.

(4) Ph.TERNEYRE. la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Economica, paris. 1988.p.243.

(5) A COUDEVYLLE. op.cit.p.160.

وقد اعترفت المحكمة الإدارية العليا المصرية بحق المتعاقد في الحصول على التعويض في حكم لها نصت فيه على حق الإدارة في « إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه... »^(١).

وكذلك الحال في سورية، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا بالحق ذاته للإدارة، وبحق المتعاقد في الحصول على التعويض مقابل هذا الإنهاء^(٢).

ج - الاسترداد القانوني:

الاسترداد القانوني لا يعدو أن يكون استرداداً غير تعاقدي للالتزام^(٣)، إذ تلجأ الإدارة أحياناً إلى المشرع لإصدار قانون باسترداد المرفق وإنهاء الالتزام، وحينما يصدر مثل هذا القانون يجب تنفيذ ما يتضمنه من شروط، واتباع ما يقضي به من إجراءات وما يترتب من التزامات^(٤).

وفي الاسترداد القانوني يحرص المشرع على النص على التزام جهة الإدارة مانحة الالتزام بتعهدات الملتزم السابقة والمتعلقة بإدارة المرفق أو مسؤوليتها عن ذلك. ولذلك تكون جهة الإدارة في هذه الحالة مسؤولة عن الوفاء بهذه الالتزامات، وأساس هذه المسؤولية (الاستخلاف القانوني) أي بحكم القانون^(٥). وقد لجأ المشرع في فرنسا ومصر وسورية إلى أسلوب الاسترداد القانوني لاسترداد بعض المرافق المهمة التي تدار بطريق الالتزام.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٩٥٤ تاريخ ١١/٤/١٩٧٠ أشار إليه المستشار حمدي ياسين عكاشة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٨ لسنة ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٢٤١.

(٣) محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٧٠٣.

(٤) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٩، ٢٧٠.

(٥) د. فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، عام ١٩٦٧، ص ١٤٧.

ففي فرنسا: لجأ المشرع الفرنسي إلى استرداد بعض المرافق المهمة التي تدار بطريق الالتزام عن طريق إصدار قوانين خاصة تنظم قواعد وإجراءات استرداد هذه المرافق^(١).

وفي مصر، لجأ المشرع أيضاً إلى أسلوب الاسترداد القانوني في أكثر من حالة منها القانون رقم ٢٨٥ والصادر بتاريخ ٢٦ يوليو ١٩٥٦ والذي أنهى امتياز شركة قناة السويس البحرية وأعاد مرفق قناة السويس إلى الدولة. وفي سورية، لم يلجأ المشرع إلى الاسترداد القانوني لعقد الامتياز وإنما اكتفى بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة^(٢).

خلاصة القول إن استرداد المرفق العام وإن كان يتفق في جانب من أحكامه مع جزاء إسقاط الالتزام، نظراً إلى اندراج كليهما ضمن ما يعرف بسلطة الإدارة في إنهاء عقد الالتزام بالإرادة المنفردة، فإنهما يختلفان من حيث إن استرداد الالتزام لا يستلزم في الأحوال كافة خطأ من قبل الملتزم، على العكس تماماً مما يترتب على جزاء الإسقاط. وإن الإدارة تستطيع أن تمارس الاسترداد في أي وقت حتى ولو لم يكن منصوباً عليه صراحة في العقد، فهي تملك الحق في أن تمارس الاسترداد التعاقدي في الوقت المتفق عليه في العقد، وتمارس أيضاً الاسترداد غير التعاقدي إذا لم يوجد نص تعاقدي أو قانوني يمنحها هذا الحق، وكل ذلك ليس إلا تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الفردي للعقود الإدارية.

(١) من هذه القوانين: القانون الصادر في ٣١ يولييه سنة ١٩٦٣ والمتعلق باسترداد الامتيازات الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بالترام. وقانون ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ والذي أقر للإدارة مانحة الالتزام بالحق في استرداد بعض المرافق التي تدار عن طريق الالتزام في ظروف معينة. وقانون ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٧ الذي خول الهيئات المحلية استرداد المرافق من أجل إدارتها عن طريق الإدارة المباشرة أو الاقتصاد المختلط. والأمر رقم (١٠٧٤-٢٠١٨) المتضمن قانون العقود الإدارية الفرنسي.

(٢) المادة ٦٠/ الفقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ الخاص بنظام العقود للجهات العامة لعام ٢٠٠٤.

المبحث الثاني

شروط ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري وآثاره والرقابة القضائية عليه

بيناً سابقاً أن الإدارة تمتلك السلطة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة في أي وقت وقبل حلول الأجل المحدد له، لدواعي المصلحة العامة، وإن لم يصدر أي خطأ من جانب المتعاقد معها، إذا ما قدرت بناءً على سلطتها التقديرية أن الصالح العام يقتضي هذا الإنهاء المبكر.

إلا أن هذا لا يعني أن سلطة الإدارة في هذا الإنهاء مطلقة، لكنها مقيدة بشروط تختلف عن تلك التي وضعت لممارسة سلطتها في الإنهاء عند ارتكاب المتعاقد معها لخطأ جسيم يوجب الإنهاء.

كما أنه يترتب على هذا الإنهاء آثارٌ تتمثل في فسخ عرى الرابطة التعاقدية بصفة نهائية، وتعويض المتعاقد عما لحق به من أضرار جراء هذا الإنهاء، وكل ذلك تحت رقابة قضائية عادلة، وهذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: شروط ممارسة حق إنهاء العقد الإداري لمقتضيات المصلحة العامة وآثاره.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

المطلب الأول

شروط ممارسة حق إنهاء العقد الإداري لمقتضيات المصلحة العامة وآثاره

أدركنا أن للإدارة سلطة إنهاء الرابطة التعاقدية لدواعي المصلحة العامة، من دون طلب الموافقة من المتعاقد معها، وإن كانت هذه السلطة تقديرية، إلا أنها لا يجوز أن تكون تحكمية^(١)، إذ تخضع الإدارة في استعمالها لضوابط، الغرض منها الحيلولة من دون العصف بحقوق المتعاقد معها، كما يترتب عليها آثار، وذلك على نحو ما سوف يتم تناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

شروط استعمال الإدارة لسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

اشتراط الفقه والقضاء لمشروعية ممارسة الإدارة لسلطتها في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة ولدواعي المصلحة العامة شرطين جوهريين: أولهما أن يستند قرار إنهاء العقد الإداري إلى فكرة الصالح العام، وثانيهما أن تتوافر في القرار أركان المشروعية.

أولاً - شرط توافر مقتضيات المصلحة العامة:

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لا يمكن أن تكون سلطة مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما تشاء^(٢)، بل يجب أن تقوم على أساس محدد هو ضرورة تمكين الإدارة من إنهاء عقودها الإدارية التي لم تعد تتفق مع متطلبات المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام^(٣).

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٧.

(٢) A. DELAUBADERE. et autres. Contrats.op.cit.T.2.p665.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠٠.

ويقصد بالمصلحة العامة هنا مصلحة المرفق العام، والتجاوب مع حاجاته ومقوماته^(١)، وهي تمثل بالنسبة إلى القرار الإداري الباعث والغاية، إذ يكون استهداف المصلحة العامة شرطاً موضوعياً وضرورياً لمشروعية القرار الإداري في الإنهاء^(٢).

فيجب أن يسعى مُصدر القرار لتحقيق الغاية التي من أجلها مُنح سلطة القرار^(٣) وعليه إذا كان مقصد الإدارة من الإقدام على إبرام عقودها الإدارية هو مقتضيات المصلحة العامة، فإنه يتعين أن يكون باعثها على إنهاء ما أبرمته من تلك العقود إنهاءً مبسّراً هو أيضاً الرغبة في تحقيق هذه المصلحة، فالإدارة تنطلق من الصالح العام وتنتهي إلى الصالح العام. لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم مشروعية الفسخ الانفرادي في حال كانت التقديرات التي استندت إليها الإدارة لممارسة هذه السلطة أجنبية عن الصالح العام^(٤).

وقد أكد مجلس الدولة في كل من مصر وسورية على ضرورة تحقق شرط المصلحة في العديد من الأحكام القضائية، لكي يكون إنهاء العقد مشروعاً، وإلا كان قرار الإدارة في إنهاء العقد تعسفياً وليس له ما يسوغه^(٥).

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، عام ٢٠٠٧، مرجع سبق ذكره، ص ١٧٣.

(٢) د. محمد مصطفى حسن، المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٢٥، العدد الأول، يونيو، عام ١٩٨٣، ص ٧.

(٣) OLIVIER . GOHIN: contentieux Administratif Third Edition. Paris, 2002.p.202.

(٤) Par ex 2.fevr. 1987. Société, résiliation fondée sure projet loi dont l'aboutissement n'était pas certain.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة ١١/٤/١٩٧٠، مجموعة المبادئ القانونية، السنة ١٥، ص ٢٦٤.

حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٨٨ لعام ١٩٨٣، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية في مجلس الدولة السوري لعام ١٩٨٣، ص ٢٤٤.

وتحقيق الصالح العام له أوجه كثيرة لا يمكن حصرها، ونورد على سبيل المثال بعض هذه الصور التي عدّها القضاء الإداري في الدول محل المقارنة، من الحالات التي يتحقق فيها شرط الصالح العام ويسوّغ بالتالي إنهاء العقد، ومن هذه الصور:

١ - انقضاء احتياجات المرفق العام:

تعد هذه الصورة أكثر الأسباب شيوعاً من الناحية العملية، فعند زوال الغرض الذي تعاقدت الإدارة من أجله يصبح العقد غير ذي فائدة للصالح العام، فإذا كانت احتياجات المرفق العام في توريد سلعة معينة لتحقيق غرض معين هي سبب التعاقد، ثم طرأت ظروف بعد التعاقد أو في أثناء التنفيذ جعلت العقد غير مفيد للصالح العام، فإنه يكون للإدارة في هذه الحالة إنهاء العقد^(١).

وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية، إذ أقرّ لجهة الإدارة المتعاقدة بالحق في إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي بسبب توقف القتال لتوافر شرط المصلحة العامة المتمثل في عدم الاستمرار في العقود بعد زوال الاحتياج إليها^(٢).

وقد سار مجلس الدولة المصري والسوري على النهج ذاته، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه أنه: «إذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود، فللإدارة أن تتحلل من تعاقدتها وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد وتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر...»^(٣). واعترفت المحكمة الإدارية العليا في سورية للإدارة بسلطة

(١) إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١١٤.

(٢) C.E. 23. Jan.1952. secretaire d'Etat aux farces armees.Rec.p50.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٥٢٠ سنة ٢ ق، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠.

إنهاء العقد الإداري بعد أن تبين لها وجود مصور طبوغرافي سابق لمدينة القامشلي يمكن الاستفادة منه والاستغناء نهائياً عن تنفيذ العقد الذي أبرمته^(١).

٢ - إعادة تنظيم المرفق العام:

يعد من قبيل المصلحة العامة قيام الإدارة بإنهاء عقودها بالإرادة المنفردة في حالة إلغاء المرفق العام الذي أبرمت العقود من أجل تسييره أو إعادة تنظيم هذا المرفق بما يتناسب مع التطورات العلمية الحديثة^(٢).

ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي والذي ذهب فيه إلى إمكانية إنهاء عقد التوريد للوقود بسبب إحلال الأفران الاقتصادية محل المواقد ذات المداخل بالنثكنات الحربية^(٣).

٣ - تغيير الظروف في المجال الاقتصادي:

أقر مجلس الدولة الفرنسي وأجاز للإدارة سلطة إنهاء العقود بإرادتها المنفردة وبالاتقلال عن أي خطأ من جانب المتعاقد، إذا كانت تزيد عن حاجتها، وتثقل كاهل الميزانية العامة للدولة، إذ عدّ من قبيل تحقيق المصلحة العامة تخفيف العبء عن الخزنة العامة إن كانت الأصناف المتعاقد عليها زائدة عن حاجة المرفق العام^(٤).

٤ - وجود بند باطل ضمن العقد أو عدم تنظيم موضوع العقد:

يرى القضاء الفرنسي أن بطلان بند منفصل من بنود العقد^(٥) أو عدم تنسيق وتنظيم موضوع العقد^(١) يؤدي إلى توافر شرط المصلحة العامة في قرار الإدارة بإنهاء العقد.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٤٦٧، قرار ٣٧٧، مجموعة المبادئ

القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، ص ٣٠٨.

(2) - L.RICHER. Droit des contrats administratifs. 3éd. 2002.op.cit.p.222.

(3) - C.E.ASS 29 Avril 1994. Colombani. R.F.D.A.1994. 479.

(4) - C.E. 2.Mai 1958. Distillerie de magnace loval, Rec. P.246.

(5) - C.E.Sect.7. Octobre 1994 Lopez R.F.D.A 1994.1090.

وهناك حالات قرر فيها كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري عدم توافر شرط المصلحة العامة نذكر منها على سبيل المثال:

١ - إنهاء العقد لأسباب شخصية أو تحكّمية:

لا يحق للإدارة أن تنتهي العقد الإداري بإرادتها المنفردة لأسباب شخصية غريبة عن المصلحة العامة: كالعداء الشخصي للمتعاقد، فقد يكنّ أحد الأعضاء المؤثرين في الإدارة المتعاقدة عداءً شخصياً للمتعاقد^(٢) فيحرّض سلطة اتخاذ قرار الإنهاء على إصداره أو إنهاء العقد من أجل إبعاد المتعاقد الذي لا يروق لها، على الرغم من عدم ارتكابه أي خطأ عند تنفيذه للعقد^(٣)، إذ إن هذا الإنهاء لم يكن رائده تحقيق المصلحة العامة، وإنما الرغبة في الانتقام، مما يشكل انحرافاً في استعمال السلطة.

٢ - الإنهاء لأسباب ذات طابع سياسي أو للنشاط النقابي للمتعاقد:

لا يجوز للإدارة إنهاء العقد لأسباب ذات طابع سياسي أو لأسباب تتعلق بالنشاط النقابي للمتعاقد، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة بفصل العمال المتعاقدين، لاستناد هذه القرارات إلى أسباب أجنبية عن مصلحة المرفق العام^(٤)، ومخالفته لاتجاه القضاء الذي يقوم على احترام حرية الرأي لكل العاملين في الدولة^(٥).

(١) C.E. 10. Juillet 1996 . Coisne, R.F.D.A 1997, 504, CONCL. CHANTEPY, not douance.

(٢) C.E Nov. 1982 commune de Boux willer, R Marches publics. No . 201, 1984 .p.48.

وفي الفقه العربي: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

(٣) G.JEZE. op.cit.T.VI.p.1208.

(٤) C.E. 26.Oct.1960 Marthon Rec.P.560.

(٥) مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، مرجع سبق ذكره، ص ٥١١.

٣ - الأسباب المالية:

إذا استخدمت الإدارة سلطتها في إنهاء العقد من أجل تحقيق مصلحة مالية فقط، تكون قد انحرفت في استعمالها لهذه السلطة^(١). فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم مشروعية استناد سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري إلى تقديرات المصلحة المالية للإدارة^(٢).

كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن حق الإدارة في الإنهاء لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه أو تفسيره تفسيراً واسعاً على وجه يسمح لجهة الإدارة بأن تهدد العقود المبرمة معها والساري تنفيذها كلما عنت لها فرصة أو لاح لها أمل في سبيل الحصول على زيادة في مورد مالي تتقاضاه من هذه العقود، من دون أن يكون هناك مصلحة عامة أخرى تقتضي إنهاء هذه العقود^(٣). كذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم لها إلى أن: « .. للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، وأن وجود عطاء يزيد على المبلغ الذي رست عليه المزايدة غير كافٍ لمنح الإدارة حق فسخ العقد »^(٤).

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الفقه والقضاء لجهة عدم جواز استخدام الإدارة سلطتها في الإنهاء الانفرادي للعقد من أجل تحقيق مصلحة مالية لها فقط، بحسبان أن الإدارة يجب أن تترقى عن الجشع المالي. غير أنه عندما يصبح تنفيذ العقد الإداري سبباً في خسائر مالية باهظة للإدارة فإنه من المؤكد أن ذلك يؤدي إلى توافر شرط المصلحة العامة ويكفي لتسوية إنهاء

(١) A. DE LAUBADERE. et autres, contrats, op.cit.T2.P667.

(٢) C.E.13 Juin 1980, Sté du port de pêche de lorient R.D.P.155.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٨/١٢/١٩٧٠، المجموعة، س٢٥، رقم المبدأ ٢٦، ص١٧٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٤٨ لعام ١٩٦٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص٢١٨.

العقد، لأن الخسائر المالية الباهظة ستؤدي حتى إلى إرهاب الموازنة العامة للدولة.

٤ - الأسباب المتعلقة بحرية العقيدة الدينية:

لا يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لأسباب تتعلق بممارسة الشعائر أو العقائد الدينية، وقرارها بذلك يكون مشوباً بتجاوز استعمال السلطة لمخالفته حرية العقائد الدينية وكونه صادراً من أجل أسباب أجنبية عن حسن سير المرفق العام^(١).

يُستنتج مما سبق أنه لا يجوز للإدارة أن تنتهي العقد الإداري لأسباب أجنبية عن الصالح العام، فالمصلحة العامة تظل السبب الوحيد الذي يمكن للإدارة من أجله إنهاء العقد.

ثانياً - أن يكون قرار الإنهاء مشروعاً:

حتى ينتج إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة أثر من دون خطأ من المتعاقد، لا بدّ من أن تجتمع في قرارها هذا عناصر المشروعية كاملة. وفي هذا السياق يتعين أن يصدر القرار عن مختص بإصداره، وأن يستوفي مثله مثل أي قرار آخر أركانه الشكلية والموضوعية، هذا ما سيتم بحثه في الجزئيات الآتية:

١ - السلطة المختصة بإصدار قرار الإنهاء الفردي للعقد الإداري:

حتى يكون قرار الإدارة بالإنهاء الفردي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة مشروعاً، فإنه يتعين أن يصدر عن مختص بإصداره، والسلطة المختصة بإنهاء العقد الإداري هي ذاتها المختصة بإبرامه^(٢)، ما لم يرد نص في العقد يحدد سلطة أخرى ينعقد إليها الاختصاص بإنهائه^(٣).

(١) A. COCATRE. ZLLGIEN, Artiche précité R.I.S.A. 1956.I.p.87.ets.

(٢) طيبش حسينة، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٨٨.

(٣) د. عبد العزيز خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود ... مرجع سبق ذكره، ص ١٣٧.

وفي حال عدم وجود نص في العقد يُطبَّق عندئذٍ مبدأ الاختصاص المتوازي، أي إن السلطة التي تملك إبرام التصرف تملك نقضه^(١).

ولكن السؤال يُثار عما إذا كان قرار الإدارة المتعاقدة بالإنهاء يخضع للتصديق من جانب السلطة الوصائية في حال كان إبرام العقد خاضعاً للتصديق هذه السلطة.

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن قيام الإدارة بفسخ العقد لا يخضع بالضرورة لتصديق سلطة الوصاية، حتى لو تطلب إبرام العقد تدخل هذه السلطة، إلا إذا ورد نص على خلاف ذلك يلزم الإدارة بضرورة الحصول على تصديق سلطة الوصاية على قرارها بفسخ العقد^(٢). وهذا ما أكدّه الفقيه الفرنسي "Lachaume" عندما ذهب إلى أن: « سلطة إنهاء العقد تستعمل بواسطة الشخص العام التعاقدى، بدون ضرورة مراعاة كل الأشكال والإجراءات المنصوص عليها من أجل إبرام العقد »^(٣).

وإذا كان إنهاء العقد يقتضي أن يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة نفسها، إلا أن المشرع يمكنه بصفة استثنائية أن ينهي العقد لدواعي المصلحة العامة^(٤).

وتملك الحكومة السلطات نفسها بالنسبة إلى عقود الالتزام بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية، وإن تنازل الحكومة عن القيام بإنهاء العقد وطلبها من المشرع القيام بذلك، لا يمنع الحكومة من مباشرة ذلك بنفسها تحت بعض الشروط^(٥). وقد أقرَّ مجلس الدولة الفرنسي للحكومة بسلطة إنهاء

(1) L.Raher. Droit des contrats administratifs, se Edition. L.G.D.J.2006.241.

(2) C.E 17 Mars 1972, Dame Figaroli, Rec.p224.

(3) LACHAUME. J.F. les grands décisions. de la jurisprudence. Droit administratif 2^e éd, presses universitaires de France, paris. 1983.p.273.

(4) FORNACCIARI, Conclusions précitées, R.F.D.A. 1987.p.37.

(5) M.FORNACCIARI. Conclusions précitées R.F.D.A.1987. p.37.

عقد التزام المرفق العام لدواعي المصلحة العامة في حكم له قضى فيه بأنه :
« استناداً إلى هذه الأسباب، فإن الحكومة قد قامت في هذه الحالة باستخدام
قانوني لسلطتها في إنهاء عقد الالتزام من أجل أسباب المصلحة العامة...»^(١).

وفي مصر، قررت محكمة القضاء الإداري أن: «الإدارة تتمتع بالحق
في إنهاء العقد بناءً على سلطتها التقديرية متى قدرت أن الصالح العام يقتضي
إنهاء العقد، حتى في حالة عدم النص على ذلك في صلب العقد، وحتى لو لم
يقع خطأ من جانب المستغل، وإن سلطتها التقديرية في ذلك مناطها عدم
الانحراف بالسلطة»^(٢).

وبعد قراءة دقيقة لهذا الحكم استنتجنا أن قرار الإدارة في إنهاء العقد
الإداري لدواعي المصلحة العامة يجب أن يصدر مستوفياً جميع الشروط
الشكلية والموضوعية التي تؤثر في سلامة القرارات الإدارية الصادرة عن
سلطة تقديرية مثل شروط الاختصاص والمحل والشكل ومطابقة القانون.

وأما في سورية فلم نعثر على أحكام قضائية تبين رأي مجلس الدولة
حول هذا الموضوع. علماً أن المشرع السوري أعطى لأمر الصرف في
الجهة العامة المتعاقدة سلطة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة من دون
حاجة إلى الرجوع إلى الجهات الوصائية على العقد^(٣).

٢ - مدى ضرورة تسبيب قرار الإنهاء:

وفقاً لآراء الفقه وأحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر وسورية فإن
قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة
ليست واجبة التسبيب من جانب الإدارة.

(١) C.E.22-4-1988. Ste France 5, R.D.P. 1988. P.1436

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٦١/٦/٢٥، س ١٥ رقم ٩٩، ص ٢٦٩.

(٣) المادة ٦٠/٦٠ الفقرة أ/ من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة.

ففي فرنسا، وقبل صدور القانون رقم ٧٩/٥٨٧ تاريخ ١١ يوليو ١٩٧٩ ذهب الفقه الفرنسي إلى أن قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة غير واجبة التسبب^(١).

أما بعد صدور هذا القانون والمراسيم التالية له، فقد أثّر التساؤل حول مدى وجوب تطبيق نصوص القانون السابق على قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة. فقد ذهب مفوض الحكومة (Fornacciari) إلى أن المرسوم الصادر من الحكومة الفرنسية في ١٩٨٦/٧/٣٠ والذي يقضي بإنهاء عقود الالتزام التي تسري على قناتي التلفزيون الفرنسي الخامسة والسادسة لدواعي المصلحة العامة يدخل في نطاق تطبيق القانون الصادر في ١٩٧٩/٧/١١ من حيث ضرورة تسبب هذا المرسوم^(٢).

ومع ذلك فالاتجاه السائد في فرنسا يعد القرارات الصادرة من الإدارة بإنهاء العقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة غير خاضعة للقانون الصادر في ١٩٧٩/٧/١١، ولا تخضع كذلك للمنشور الصادر في ١٩٨٠/١/١٠ المتعلق بوجوب تسبب القرارات المتعلقة بالجزاءات الفاسخة والضاغطة، وبالتالي فإن هذه القرارات الإدارية ليست واجبة التسبب من جانب الإدارة^(٣).

كما أن الأمر رقم (٢٠١٨-١٠٧٤) المتضمن قانون العقود الإدارية الفرنسي، وكذلك المرسوم رقم (٢٠١٨-١٠٧٥) المتضمن اللائحة التنفيذية للقانون المذكور لم يتضمن أي نص يشير إلى وجوب تسبب قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري.

(1) G. MALDIDIER, la résiliation sans faute des marches de fournitures passés par l'Etat, thèse, paris, 1949. P. p. 3et 4.

- G.JEZE, op.cit.T.VI.P.1206.

(2) M.FORACCIARI, Conclusions précitées, R.F.D.A.1987.p.35.

(3) B.STIRN. Conclusions sur. C.E Juin 1986. Thomas R.F.D.A, 1987.p.197.

يُستنتج مما سبق أن قرارات الإدارة بإنهاء العقود الإدارية كجزاء على متعاقديها لأخطائهم الجسيمة هي التي يجب على الإدارة تسببها وفقاً للقانون السابق، بينما قرارات الإدارة بإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة من دون خطأ المتعاقد ليس لها طابع الجزاء، ومن ثم فإن هذه القرارات الإدارية ليست واجبة التسبب من جانب الإدارة.

وهذا ما هو معمول به في مصر وسورية، إذ لم يشترط القضاء وكذلك الفقه على الإدارة تسبب قراراتها بإنهاء المنفرد للعقد لدواعي المصلحة العامة كما هو الشأن في سلطتها بتوقيع قرار فسخ العقد لخطأ المتعاقد المقتصر^(١).

وفي هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم لها إلى أن: « الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم يكن ثمة نص قانوني صريح على وجوب التسبب.. »^(٢).

وفي حكم آخر لها قضت فيه بأن: « تلتزم الإدارة بتسبب قرارها المتضمن إنهاء العقد الإداري طالما أن ظروف هذا الإنهاء وما رافقه من وقائع تشكل بحد ذاتها أسباباً جدية للقرار... »^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٥ لسنة ٢٨ ق. جلسة ١٩٨٥/١٢/١٤ مجموعة المبادئ القانونية، السنة ٣١، مبدأ رقم ٧٨، ص ٥٨٧.

وفي المعنى ذاته: د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، عام ١٩٧٩، ص ١١٠. وكذلك: د. ماجد راغب الحلوة، القضاء الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٤٠. وأيضاً: د. يحيى الجمل، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٠، ص ٤١٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤، ص ٣١٣، ص ٤٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٢ لعام ١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص ٩٧.

صفوة القول: إن قرارات الإدارة بالإلغاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة ليست واجبة التسبب من جانب الإدارة، ولكن لا بد أن تسند الإدارة قرار الإلغاء إلى أسباب جدية، لأنه في حال عدم صحة الأسباب وجديتها فإن القرار الإداري ينطوي على الانحراف في استعمال السلطة، ما يؤدي إلى عدم مشروعيته، ومن ثم إبطاله والحكم بالتعويض للمتعاقد المتضرر.

الفرع الثاني

آثار الإلغاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة

يترتب على فسخ العقد من دون خطأ من المتعاقد وبالإرادة المنفردة للإدارة لدواعي المصلحة العامة نتيجتان في غاية الأهمية: الأولى، انقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد، والثانية حق المتعاقد في التعويض الكامل عن إنهاء عقده.

وهذا ما سيتم بحثه في الجزئيتين الآتيتين:

أولاً - انقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد وتصفية الالتزامات المتبادلة بين الطرفين:

يترتب على إنهاء العلاقة التعاقدية من جانب الإدارة، انقضاء الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين طرفي العقد، والانقضاء يكون لجميع الالتزامات الباقية من دون تنفيذ^(١). وعليه لا يترتب الفسخ في هذه الحالة أثره إلى المستقبل^(٢).

ويختلف وضع إنهاء العلاقة التعاقدية بين المتعاقد والإدارة تبعاً لنوع العقد:

(١) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٣.

(٢) L. Richer, Droit des contrats administratifs, 3ed, 2002, op. cit.p.223.

بالنسبة إلى عقد الأشغال العامة: يترتب على إنهاء عقد الأشغال العامة من جانب الإدارة انقضاء الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد وضرورة تصفية هذا العقد وتسوية المبالغ الناشئة عنه، وهذه التصفية تستند إلى المبالغ المستحقة للمتعاقد أو على العكس للإدارة صاحبة الأشغال^(١).

ويجب على المتعاقد أن يقوم بإثبات الأشغال التي تم تنفيذها أو الأجزاء المنفذة من هذه الأشغال، وأن يقوم بإجراء جرد للمواد الخام والمؤن المتعلقة بالعمل، وأن ينظم محضراً بكل ذلك متضمناً استلام الأشغال أو الأجزاء المنفذة منها، حتى يتم سريان مدة الضمان التعاقدية لهذه الأشغال المنفذة. وتملك الإدارة الحق في شراء جميع المنشآت المؤقتة المستخدمة في تنفيذ العقد أو بعضها^(٢).

ويجب على المتعاقد أن يخلي مستلزماته وأدواته من أماكن الأشغال في المهلة التي تحددها له الإدارة^(٣).

كما تملك الإدارة عند اللزوم وبعد إغذار المتعاقد أن تباشر بنفسها رفع المواد والأدوات والتجهيزات الخاصة بالمتعاقد بمقتضى المبادئ العامة المطبقة في مجال عقود الأشغال العامة^(٤).

وفي حالة الإنهاء الكلي أو الجزئي لعقد الأشغال العامة من جانب الإدارة، تستطيع الأخيرة وبدون انتظار التصفية النهائية للمتعاقد متى كان دائناً لها، أن تحرر إذنًا بالصرف لحساب المتعاقد بـ ٨٠% على الأكثر من الحد الأقصى للرصيد المتبقي له، وذلك كتصفية مؤقتة^(٥).

(١) - A.DE LAUBADERE. et autres, contrats, op.cit T.2.p.866.

(٢) المادة ٤٦/٤ من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا.

(٣) المادة ٤٦/٥ من كراسة الشروط ذاتها سابقة الذكر.

(٤) - C.E. 21 Juille 1970, ministre de l'equiement, Rec. P1116.

(٥) - A.DELAUBADERE, et autres, contrats, op.cit.T.2.P.867.

وفي مصر وسورية، لم نعثر هناك في القوانين وأحكام مجلس الدولة على ما يجب عمله جرّاء قيام الإدارة بإنهاء عقد الأشغال العامة لدواعي المصلحة العامة من دون خطأ من المتعاقد، لتصفية هذا العقد، وأعتقد أنه يمكن الرجوع إلى المادة /٤٢/ من المرسوم التنظيمي رقم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ والمتعلق بأحكام سحب تنفيذ الأعمال. والمادة /٥١/ من القانون رقم /١٨٢/ عام ٢٠١٨ الخاص بتنظيم التعاقدات العامة في مصر، والمتعلقة بالفسخ الجوازي للعقد والتنفيذ على حساب المتعاقد، والقياس عليهما حول تصفية عقد الأشغال العامة عند فسخه لدواعي المصلحة العامة.

وبالنسبة إلى عقد التوريد: يترتب على إنهائه من جانب الإدارة انقضاء الالتزامات التعاقدية، ويجب على المورد أن يتوقف عن توريد الأصناف المتفق عليها ابتداءً من تاريخ نفاذ قرار الإنهاء، كما يكون من حق الإدارة أن ترفض استلام التوريدات أو المواد المصنعة في عقود التوريد الصناعية بعد تاريخ نفاذ هذا القرار^(١).

وعلى المورد في العقود الصناعية أيضاً وعلى وجه الخصوص في عقود التحويل، أن يقوم بتسليم المواد الأولية واللوازم والمؤن المخصصة لتنفيذ العقد والتي تسلمها من قبل الإدارة، فإن تعذر ذلك بسبب البدء في التصنيع فإنه يكون ملزماً بدفع قيمتها. ويكون من حق الجهة الإدارية خصم هذه القيمة من مستحقاته لديها وإلا من التأمين النهائي إن لم تكف تلك المستحقات^(٢).

ويجب تصفية العقد وتسوية المبالغ المالية المستحقة لكل من الإدارة والمورد، إذ أجازت الفقرة الثانية من المادة /٣٠/ من كراسة الشروط الإدارية

(١) C.E.14 Mai 1926, Bathiat, Rec.P.497.

(٢) د. عبد المجيد فياض، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٤.

العامة المطبقة على عقود التوريد في فرنسا لجهة الإدارة أن تقوم بإجراء تصفية مؤقتة بدون انتظار التصفية النهائية إذا كانت مستحقات المورد تفوق ما عليه من الالتزامات المالية لصالح الإدارة، بمعنى أن يكون المورد دائناً للإدارة، على أن تكون هذه التصفية المؤقتة بواقع (٨٠%) من الرصيد المستحق^(١).

وفي مصر وسورية لا يوجد أيضاً في القوانين وأحكام مجلس الدولة في البلدين ما يبين كيفية التصفية المالية لعقد التوريد عند إنهائه من قبل الإدارة لدواعي المصلحة العامة ومن دون خطأ من المورد.

ويمكن القول إن عقد التوريد ينقضي بمجرد إبلاغ الإدارة للمورد بإنهاء عقده، وتصرف له قيمة ما ورده من مواد للإدارة بموجب محضر استلام، وأما بالنسبة إلى الكميات التي لم يتم توريدها تعدّ ملغاة ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.

ثانياً. حق المتعاقد بالتعويض :

لا شك في أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري انفرادياً تعدّ من الامتيازات الأصلية والاستثنائية للإدارة، لذلك من الطبيعي أن يكون للمتعاقد الحق في التعويض كمقابل لهذا الامتياز. فإنيهاء العقد الإداري من جانب الإدارة وقبل نهاية مدته الطبيعية يحرم المتعاقد من المزايا المالية المتوقعة فيما لو نُفذ العقد بالكامل، لذلك حرص القضاء على إقامة نظام المسؤولية التعاقدية بدون خطأ على عاتق الإدارة، وهو ما يتيح للمتعاقد الحصول على تعويض نتيجة فعل الإدارة^(٢).

(١) المادة ٢/٣٠ من كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد في فرنسا.

(٢) C.-H. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, Thèse, PUF, 2008, p. 395.

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار الفسخ يجب أن يتضمن قيمة التعويض حتى لو لم يكن المتعاقد قد تلقى أو طالب بهذا التعويض^(١). فالمتعاقد الحق في التعويض بسبب الخسارة التي لحقت به بفعل المشتريات التي قام بها والاستثمارات التي تم فسخها، ويقع عليه عبء إثبات الخسارة التي حلت به بسبب الفسخ، كما له الحق بالربح الفائت^(٢).

وهنا يجب التمييز بين فرضين:

الأول: عندما يرد نص صريح في العقد الإداري، أو القوانين واللوائح يبين كيفية استحقاق المتعاقد مع الإدارة لمقدار التعويض عند إنهاء عقده بدون خطأ منه ولدواعي المصلحة العامة، فهنا يجب تطبيق هذا النص بصورة كاملة حتى لو تضمن حرمان المتعاقد من أي تعويض، لأن جهة الإدارة والمتعاقد معها قد اتفقا على ذلك بكامل حريتهما منذ البداية، وعند توقيع العقد^(٣).

الثاني: إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح بشكل مسبق مبدأ التعويض ومقداره، فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد^(٤).

وتطبيقاً لذلك فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد عن إنهاء عقده؛ لأن استمرار العقد كان مرهقاً في الأصل ومكلفاً للمتعاقد، وبالتالي فإن إنهاء العقد جاء في مصلحته^(٥).

كما رفض مجلس الدولة الفرنسي منح المتعاقد أي تعويض عن الربح الفائت من جراء إنهاء الإدارة لعقده ما دام أن استمرار العقد لا يمكن أن يحقق

(١) C.E., 10 décembre 1982, l'oiselet, Rec. 1982, p. 669.

(٢) C.A.A. de Versailles, 7 Mars 2006, Commun de Draveil, Dr. Adam 2006, p. 74.

(٣) د. عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٢١-٣٢٢.

(٤) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٧١٤.

(٥) C.E., 7.Novembre 1930, Teyssager, Rec. 1930, p. 912.

للمتعاقدين أي فائدة^(١). ورفض تعويض المتعاقدين عن الأضرار غير المنسوبة إلى مدة تنفيذ العقد، إذ لا يستطيع المتعاقدين المطالبة بأي تعويض عن خسائر سابقة على إبرام العقد أو لاحقة على إنهائه^(٢).

ولكي يكون التعويض كاملاً، لا بد من أن يشتمل على عنصرين متلازمين هما تعويض المتعاقدين عما لحقه من خسارة وتعويضه عما فاتته من كسب^(٣).

وعلى الرغم من أن التعويض الكامل يشمل - كقاعدة - عنصري الخسارة المحققة والربح الفائت، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد استبعد التعويض عن الربح الفائت من نطاق التعويض المحكوم به للمتعاقدين في حالتين:

- ١- إذا كان إنهاء العقد راجعاً إلى ظروف خارجية لا يد للإدارة فيها^(٤).
- ٢- إذا كان الإنهاء الانفرادي للعقد راجعاً إلى طلب المتعاقدين نفسه أو راجعاً إلى تخلي المتعاقدين عن تنفيذ العقد بموافقة الإدارة^(٥).

وغني عن البيان أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتعاقدين، ويعود إلى قاضي العقد تقدير الأدلة والاستعانة بأهل الخبرة بهدف التوصل إلى حكم عادل.

وأقرّ مجلس الدولة المصري مبدأ عدم استحقاق المتعاقدين أي تعويض إذا لم يلحق به أي ضرر، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٥ يونيو ١٩٦١ والذي قضت فيه بأن: « التعويض يخضع للأحكام العامة

(١) C.E., 21. Décembre 1928, Société Nelson aimé, Rec. 1928, p. 1340.

(٢) PH. TERNEYRE, Note précitée, les petites affiches, No. 64- 28 Mai 1986.p.21.

(٣) C.E., 20 Janvier 1978, centre hospitalier de Lisieux, Rec. 1978, p. 872.

(٤) A. DELAUBADERE. et autres, contrats, op. cit.T.2.p.670.

(٥) C.E., 19.Juillet 1930, Ministre de la guerre, Rec. 1930, p. 633.

المقررة في هذا الصدد ومنها شرط حصول ضرر من جراء إنهاء العقد، فإذا ثبت أن إنهاء العقد لم يرتب ضرراً فلا محل للتعويض...»^(١).

ولا يختلف الوضع في سورية عما هو عليه في فرنسا ومصر، إذ سار مجلس الدولة السوري على نهج نظيريه الفرنسي والمصري عندما أكد على حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ومن دون خطأ من المتعاقد، وحق المتعاقد في الحصول على التعويض مقابل هذا الإنهاء.

ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية قضت بأن: «... القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك، وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار...»^(٢).

وهذا ما أكدته الفقه أيضاً، إلا أنه ميز في هذا الصدد بين حالتين:

الأولى: حالة النص في العقد على كيفية التعويض، ففي هذه الحالة يجب إعمال تلك النصوص.

والثانية: حالة عدم النص على تعويض المتعاقد، وفي هذه الحالة يحدد قاضي العقد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد^(٣).

صفوة القول إن التعويض حق للمتعاقد في حالة صدور قرار بإنهاء العقد خلال المدة التعاقدية كمقابل للضرر الذي لحق به نتيجة الإنهاء المبسر للعقد، ويشمل التعويض الخسارة التي لحقت بالمتعاقد والربح الفائت.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ٢٥ يونيو ١٩٦١ - المجموعة س ١٥ رقم ١٩٤، ص ٢٦٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٨ لسنة ١٩٧٥، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥، المبدأ ١٠٢، ص ٢٤١.

(٣) د. سعيد نحيلي، ود. عيسى الحسن: العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٢.

واستثناءً من القاعدة السابقة، فإنه لا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن الضرر إذا لم يلحقه ضرر نتيجة الإنهاء الانفرادي للعقد، أو في حالة النص في العقد أو دفاتر الشروط على عدم استحقاق أي تعويض للمتعاقد عند الإنهاء الانفرادي للعقد من قبل الإدارة.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على سلطة الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة

يخضع قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ومن دون خطأ من المتعاقد كغيره من القرارات الإدارية لرقابة القضاء. فبالرغم من أن الإدارة تملك سلطة تقديرية لإنهاء العقد عندما يكون رائدها في ذلك المصلحة العامة، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، ومن ثم لا تقلت من رقابة القضاء، إذ يمارس القاضي المختص رقابته على قرار الإدارة ويتأكد من مدى توافر الشروط القانونية التي تضبط ممارسة هذه السلطة^(١).

وعليه ستتم معالجة موضوع هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القضاء المختص بالرقابة

الفرع الثاني: مدى سلطة القاضي في الرقابة على قرار الإنهاء الانفرادي

(١) د. عبد الحميد مفتاح خليفة، مرجع سبق ذكره، ص ٣٨٧.

الفرع الأول

القضاء المختص بالرقابة

يختلف الأمر بشأن تحديد القاضي الإداري المكلف بممارسة سلطة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري، ويجب التمييز هنا بين حالتين: الأولى، ما إذا كان المتعاقد نفسه هو من طعن في قرار الإدارة بإنهاء الانفرادي للعقد. والثانية، إذا كان الغير الأجنبي عن العقد هو من طعن في قرار الإدارة.

وسيتم بحث هاتين الحالتين على التوالي في الجزئيتين الآتيتين:

أولاً. الطعن في قرار الإدارة بإنهاء المتعاقد معها بالذات:

ليس أمام المتعاقد مع الإدارة الذي تضرر من قرارها بإنهاء العقد إلا قاضي العقد للمطالبة بإلغاء قرار إنهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة، ويعود إليه رقابة قرار الإنهاء من ناحية المشروعية دون الملاءمة^(١). وهذه الدعوى تأخذ شكل دعوى القضاء الكامل، ولا مجال لرفع دعوى إلغاء قرار إداري، لأن قرار الإدارة بإنهاء من القرارات المتصلة بالعقد الإداري وليست من القرارات المنفصلة عنه.

وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر وسورية.

ففي فرنسا: قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بأن: «... دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري انفرادياً وليست دعوى

(١) د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، مرجع سبق ذكره،

الإلغاء»^(١). واستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن: «قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة في مواجهة متعاقديها، ومن بينها قرار الإدارة بإنهاء الانفرادي لعقود التوريد، حتى ولو كانت هذه القرارات غير مشروعة، وإنما تقتصر سلطته على البحث عما إذا كانت هذه القرارات تنشئ للمتعاقدين الحق في التعويض...»^(٢).

كما قرر في حكم آخر: «... أنه نظراً إلى أن قرار السلطة مانحة الالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يعد قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة إلى الملتزم، فإن هذا الملتزم لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد»^(٣). فقرار الإدارة بإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لا يمكن عدّه في أي حالة قراراً منفصلاً عن هذا العقد بالنسبة إلى المتعاقد، ولذلك لا يمكن أن يكون هذا القرار محلاً لدعوى الإلغاء من جانبه^(٤). ولكن واستثناءً من القاعدة السابقة فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي دعوى الإلغاء المقامة من المتعاقد أمام قضاء الإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، والذي اتخذ شكل مرسوم لائح صادر من الإدارة بإنهاء طائفة من العقود معاً لدواعي المصلحة العامة^(٥).

وقد عدّ بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الاستثناء الذي أورده مجلس الدولة الفرنسي زائفاً، لأن قرار الإدارة بإنهاء العقد في هذه الحالة يعدّ صادراً طبقاً لسلطات الإدارة غير التعاقدية^(٦).

(1) C.E. 17.Déc. 1971 . Association syndicale des embranches. Rec.p.785.

C.E.19.Nov. 1971. Dlle ledac, Rec.p.688.

(2) C.E.11 Juill. 1986. Sté Missenard- Quint, Gazette du palais 1987.p.238.

(3) C.E.2. Fév. 1987. Ste France 5,Rec.P.28.

(4) M.FORACCIARI. Conclusions précitées, R.F.D.A.1987.p.31.

(5) C.E.2.Mai.1958. Distillerie de magnac laval, Rec.P.246.

(6) PHOTERNEGRE, op. cit. E.D.C.E. 1988.p.86et87.

F. LLORENS.op.cit.R.D.P.1989.P.1177.

والواقع أن قرار الإدارة بالإلغاء طبقاً لاستثناء مجلس الدولة الفرنسي لا ينبع من سلطات الإدارة التعاقدية وإنما يستند إلى مرسوم صادر عن سلطات خارجة تماماً عن العقد. وقد نهج مجلس الدولة المصري منهج نظيره الفرنسي عندما قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه أن: « قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري وجميع ما يتوزع عنها...»^(١). وحكمها أيضاً الذي قضت فيه بأنه: «.. من حيث أن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات أو إجراءات قبل التعاقد معها إنما تدرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي بمجلس الدولة، حتى ولو انصب النزاع على طلب المتعاقد بإلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبله...»^(٢).

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أنه: « متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء »^(٣). وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية المبدأ نفسه في أحكامها المتلاحقة إذ قررت أن: « اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل ومطلق...»^(٤).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٦-٣٦٨٣ ق، تاريخ ١١/٢٩/١٩٩٤

مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٩٤، ص ١٢٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٢٨٤ - ٣٦ ق. تاريخ ٧/٣/١٩٩٥ أشار إلى هذا الحكم المستشار حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية تاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٥٦، س ١٠، قضية ١١٨٠.

أورده: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص ٥٥٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٧٩٨، س ٤٥٥ ق جلسة ٢/٤/٢٠٠٢ وحكمها في الطعن رقم ١٢٥٨ س ٤٦ ق جلسة ٨/٥/٢٠٠١. وحكمها أيضاً في الطعن رقم=

واستثنى القضاء الإداري المصري القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية، إذ فتح باب الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات^(١).

وفي سورية، يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية^(٢).

وبناءً عليه يدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري (النظر في كافة المنازعات الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، وهي تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء)^(٣).

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا السورية في عدد من أحكامها، ففي حكم لها قضت بما يأتي: «إن المحكمين في تصديهم للفصل في نزاع ناشئ عن عقد إداري يكونوا قد حلوا محل محكمة القضاء الإداري في اختصاصهم وبالتالي فإن حكمهم يقبل الطعن أمام المحكمة الأعلى مرتبة»^(٤).

وهكذا فإن حدود ولاية قاضي العقد على المنازعات المتعلقة بتنفيذه مشروطة، بأن تتعلق المنازعات بقرارات صادرة في مرحلة تنفيذ العقد، وأن تثار هذه المنازعات بين أطراف العقد، وأن تصدر هذه القرارات استناداً إلى

= ١٢٩ س ٣٥٥ جلسة ١٩٩٩/٢/٢٣. أشار إليها جميعها د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٣٩١.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم ٧٤١٨. س ٥٥٥. جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٤. د. ماهر أبو العينين، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ١٤٢.

(٢) المادة ١٠/١٠/فقرة (١) من قانون مجلس الدولة رقم ٣٢ لعام ٢٠١٩.

(٣) د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢١١ لعام ١٩٧٣. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٣، ص ٢٢٠.

وحكمها في الطعن رقم ١٠٧ لعام ١٩٧٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٨، المبدأ ٨٣، ص ١٩٦.

وحكمها في الطعن رقم ٤٩ لعام ١٩٨٧، المجموعة لعام ١٩٨٧، المبدأ ٣٣، ص ١٧٣.

قيود العقد واشتراطاته الصريحة والضمنية سواء أكانت جزءاً من نصوص العقد أم اشتراطات خارجة عن نصوص العقد اتفق الطرفان على الإحالة إليها أو استقر القضاء على عدّها جزءاً من بنود العقد متى لم يستبعدا الطرفان صراحة^(١).

ويرجع عدم قبول دعوى الإلغاء من المتعاقد أمام قاضي الإلغاء ضد قرار الإدارة بالإلغاء الانفرادي للعقد الإداري إلى افتقاد تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وهو القرار الإداري، إذ لا تدور المنازعة حول قرار إداري معيب أصدرته الإدارة بالإرادة المنفردة، بل تدور حول عقد إداري يمثل توافقاً لإرادتين إحداهما إرادة الإدارة^(٢).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، إن دعوى الإلغاء وجدت لأجل حماية مبدأ المشروعية بصفة عامة، والمنازعة التي تنظرها تدور حول تهديد المراكز القانونية الموضوعية التي يشغلها الأفراد أو الاعتداء عليها، ومن ثم يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هي دعوى القضاء الكامل، الأمر الذي يعجز عنه قضاء الإلغاء الذي يقتصر دوره على قبول الدعوى أو رفضها، من دون أن يملك حقاً في أن يأمر الإدارة باتيان عمل أو الامتناع عنه^(٣).

ومن أسباب عدم قبول دعوى الإلغاء من المتعاقد أمام قاضي الإلغاء نذكر أيضاً أن المتعاقد يملك دعوى أخرى موازية، أو طريق طعن مواز أمام قاضي العقد، فضلاً عن أن قرار الإدارة بالإلغاء الانفرادي للعقد الإداري لا

(١) د. عمر حلمي فهمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٣، ص ٢٨٣، ٢٨٤.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

(٣) د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ١٩٨.

يعد بالنسبة إلى المتعاقد قراراً منفصلاً ومستقلاً عن هذا العقد، أو عن العلاقات التعاقدية التي تربط الإدارة مع المتعاقد^(١).

يُستنتج مما سبق أن ولاية القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية في الدول محل المقارنة اختصاص مطلق وشامل لأصل تلك المنازعات. وأن المتعاقد مع الإدارة ليس أمامه إلا دعوى القضاء الكامل التي يستطيع أن يتقدم بها إلى قاضي العقد ضد جميع المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري.

وتبقى دعوى القضاء الكامل هي الأصل في القضاء الفرنسي، وأن دعوى الإلغاء من جانب المتعاقد أمام قاضي الإلغاء ضد قرار إنهاء العقد هي الاستثناء على القاعدة السابقة. وإن كان هذا الاستثناء في نظر بعض الفقهاء الفرنسيين غير حقيقي ووهمي؛ لأن الإدارة تقوم بإنهاء العقد في هذه الحالة استناداً إلى سلطتها غير التعاقدية.

ثانياً. طعن الغير في قرار الإدارة بإنهاء الانفرادي للعقد الإداري:

إن العقد الإداري لا ينتج آثاراً إلا بين المتعاقدين فقط، والغير يعدّ أجنبياً عن العقد، وليس له الصفة ولا المصلحة في أن يطلب من قاضي العقد إلغاء تدبير ما يتعلق بتنفيذ العقد أو قرار الإدارة بإنهائه^(٢).

لذلك فإن الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة الذي هو خارج عن دائرة العقد الإداري لا يقبل به أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى القضاء الكامل؛ لأنه يعدّ أجنبياً عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين الإدارة والمتعاقد.

كما لا يجوز للغير أن يطعن كذلك في قرارات الإدارة المتعلقة بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري أمام قاضي الإلغاء بمقتضى دعوى الإلغاء استناداً إلى

(1) C.E., 2 Février 1987, Société de France, Rec. 1987, p. 28.

(2) A.DELAUBADERE, et d'autres, op.cit., p. 1067.

فكرة القرار المنفصل. لأن قرارات الإدارة المشار إليها لا تعد قرارات منفصلة عن العقد أو عن العلاقات التعاقدية بين طرفي العقد^(١).

وعليه، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه لا يقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في قرار متعلق بتنفيذ العقد، ولكن يمكنهم فقط أن يتدخلوا في الدعوى المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي العقد.

ويمكن للغير فقط عند اللزوم أن يقيموا دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من أجل الحصول على تعويض من الإدارة عن الضرر الذي أحدثه لهم تدبير صادر منها يتعلق بتنفيذ ونهاية العقد الذي يربطها بالمتعاقد^(٢).

وظل الغير الأجنبي عن العقد خلال مدة طويلة من الزمن — مثلهم مثل أطراف العقد — لا يقبل منهم أن يطعنوا بوساطة دعوى الإلغاء في التدابير المرتبطة بتنفيذ العقد إلى أن أقرّ مجلس الدولة الفرنسي ذلك في حكمه الصادر بتاريخ ٢٤ نيسان ١٩٦٤ والذي مثّل تحولاً في أحكام القضاء الفرنسي، إذ قرر في هذا الحكم صراحة: « أنه سوف يقبل من الغير — من الآن فصاعداً — أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في جميع قرارات الإدارة، سواء المتعلقة بإبرام العقد أو المتعلقة بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيتها، على أساس أن هذه القرارات تعدّ منفصلة عن هذا العقد بالنسبة إلى الغير »^(٣).

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بقبول دعوى الإلغاء من جانب الغير الأجنبي عن العقد الإداري المبرم بين المتعاقد والإدارة ضد قرار الإدارة بإنهاء هذا العقد لدواعي المصلحة العامة، على أساس أن قرار الإدارة بإنهاء

(١) د. مصطفى كمال وصفي، الإجراءات القضائية في منازعات العقود الإدارية، مجلة المحاماة

المصرية، س٤٨، العدد السابع ١٩٦٨، ص١٦.

(٢) C.E., 24 Octobre 1952, Chambre syndicale de la bonne terre, Rec. 1952, p.465.

(٣) C.E. 24. Avril 1964, Ste anonyme de livrassions industrielles, Rec.p.239.

العقد يعد بالنسبة إلى الغير قراراً منفصلاً عن هذا العقد، ويجوز لهذا بالتالي أن يطعن فيه أمام قاضي الإلغاء^(١).

كما أجاز للمنتفعين، وهم أجانب عن العقد في حالة امتياز المرافق العامة، أن يطعنوا بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بالمخالفة لشروط العقد المنظمة لكيفية أداء الخدمة للمنتفعين^(٢).

وهكذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أقرّ بقبول دعوى الإلغاء من جانب الغير الأجنبي عن العقد الإداري ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، على أساس أن قرار الإدارة بإنهاء العقد يعد بالنسبة إلى الغير قراراً منفصلاً عن هذا العقد، وله مصلحة في ذلك.

وقد تعرضت فكرة قبول دعوى الإلغاء من جانب الغير أمام قاضي الإلغاء ضد قرار الإدارة بإنهاء العقد للنقد الشديد من جانب الفقه الفرنسي. فقد ذهب الفقيه (Rosenfeld) إلى أنه: «.. من المزعج أن يكون الغير أفضل حماية من المتعاقد، إذ لا يستطيع هذا الأخير أن يطالب بالإلغاء الذي يكون الغير قادراً على الحصول عليه عن طريق دعوى الإلغاء..»^(٣). كما ذهب الفقيه (Llorens) إلى التساؤل عن كيفية تفسير أن: «القاضي يقبل أن يلغي تدابير تنفيذ أو إنهاء العقد عندما يطعن فيها بوساطة الغير في نطاق دعوى الإلغاء، في حين أن هذا القاضي يرفض إلغاء هذه التدابير عندما يكون الطعن فيها مرفوعاً من أطراف العقد ويستند إلى مجال القضاء الكامل..»^(٤).

(١) C.E.2. Février 1987. Ste TV6 et autres, Rec.p.29.

(٢) د. جمال عياش عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٥ وأيضاً.

- C.E.22.Avril 1988, Ste France 5. Rec.p.157.

(٣) E.ROSENFELD, observations sous T.A d'Amiens, 26 juin 1984, J.C.P.1986. II, j, 20551.

(٤) F. LORENS, op. cit., R.D.P., Paris, 1989. P. 1183.

ومن أجل حل هذا التناقض المتمثل في قبول دعوى الإلغاء من الغير فقد اختلفت اقتراحات الفقهاء الفرنسيين حول ذلك. فجانبا من الفقه ذهب إلى إغلاق طريق الطعن أمام الغير ضد قرار إنهاء العقد^(١)، في حين ذهب غالبية الفقه إلى التسليم صراحة في جميع الأحوال لقاضي العقد بسلطة إلغاء القرار المطعون فيه،^(٢) وأنه من الأفضل أن يطعن الجميع (المتعاقد والغير) في قرارات الإدارة أمام قاضي العقد مع منحه سلطة الإلغاء^(٣).

وفي مصر، سار مجلس الدولة المصري على نهج نظيره الفرنسي عندما أقرت المحكمة الإدارية العليا بحق الغير في الطعن ضد القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة استناداً إلى سلطتها اللائحية في عقد الالتزام^(٤). والتسويغ الغالب لدى معظم الفقهاء في فرنسا ومصر لاتجاه مجلس الدولة في البلدين هو الطبيعة اللائحية لجانب من الشروط التي ينظمها عقد الامتياز، الأمر الذي يترتب عليه، إن خروج كل من الإدارة أو الملتزم عن هذه الشروط لا يتضمن إخلالاً بإحدى الالتزامات التي يتضمنها العقد، بل مخالفة للقاعدة التنظيمية التي وردت في العقد والتي تهدف إلى حماية المنتفعين بالمرفق العام الذي يدار بطريقة الالتزام، الأمر الذي يعرض القرار لعدم المشروعية لمخالفته قاعدة تنظيمية^(٥).

ويرى الدكتور "سليمان الطماوي" أن هذا التسويغ الوحيد الذي يمكن على أساسه الوصول إلى تمكين أشخاص غرباء عن العقد الإداري من

(1) M. AZIBERT. et M.DEBOISDEFFRE, chronique precitee, A.J.D.A.1987, p.317.

(2) A. DELAUBADERE. et d'autres, op.cit.T.2.P1011 et p.1067.

(3) M. FORNACCIARI, conclusions précitées, R.F.D.A. 1989.P.473.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١١٠ تاريخ ١٩٧٧/١٢/٣ س١٣، المكتب الفني، رقم ٢٣، ص٢٧.

(٥) د. منصور محمد أحمد، مفهوم العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٢٩.

الاستناد إلى شروطه للوصول إلى حكم بإلغاء قرار إداري، فالقرار الإداري في نطاق قضاء الإلغاء لا يمكن الحكم بإلغائه إلا لأسباب محددة على سبيل الحصر، وهي عيب الشكل والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف بالسلطة، والقرار الذي يخالف شرطاً عابراً من شروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح، ومن ثم فإن المشكلة هي فقط في نطاق عقود الامتياز التي تربط بين أطراف ثلاثة، الإدارة مانحة الالتزام، والملتزم، والمستفيدين.

أما في سائر العقود الإدارية الأخرى، فإن العلاقة تكون، في الغالب مقصورة على الإدارة والمتعاقد معها، وتخص القرارات الصادرة من الإدارة والتي تكون لها علاقة بالعقد في نطاق القضاء الكامل^(١).

أما في سورية، فإن الطعن المقدم من الغير لا يقبل منه أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى القضاء الكامل، لأن هذا الشخص يعد أجنبياً عن العلاقة التعاقدية. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا عندما قضت في حكم لها بأن: « الطعن المقدم إلى المحكمة الإدارية العليا مباشرة من جهة لم تكن طرفاً في العقد إنما يكون جديراً بعدم القبول... »^(٢).

وفي المقابل اعترف مجلس الدولة السوري بقابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ أو بفسخ العقد للانفصال في مواجهة الغير، وعليه فقد قبل طعن الغير بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد هذه القرارات أمام قاضي الإلغاء^(٣).

(١) د. سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ١٠١٠ لعام ١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٦، ص ٢٧٦، المبدأ ٥٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٢٢ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤ - ص ٥٤ - المبدأ ١٠٣.

يُستنتج مما سبق أنه يجوز للغير الأجنبي عن العقد في الدول محل المقارنة أن يطعن في القرار الإداري المنفصل عن العقد الإداري بدعوى الإلغاء شريطة أن يبنى طعنه على عدم المشروعية. ما المتعاقد مع الإدارة فليس له إلا الرجوع إلى القضاء الكامل، واستثناءً من ذلك يجوز له اللجوء إلى قاضي الإلغاء إذا صدرت من الإدارة المتعاقدة قرارات إدارية لم تستند في إصدارها إلى صفتها التعاقدية.

الفرع الثاني

مدى سلطة القاضي في الرقابة على قرار الإنهاء الانفرادي

لا يمكن أن يتقرر فسخ العقد الإداري إلا لسبب مشروع، والقاضي يراقب بدوره هذه المشروعية^(١)، ويحكم بالتعويض للمتعاقد في حالة الفسخ غير المشروع^(٢).

وقد ميز القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية بين إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة من ناحية وإنهاء العقد الإداري كجزاء على جسامة خطأ المتعاقد من ناحية أخرى، إذ جعل الرقابة القضائية على قرار إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة رقابة مشروعية فقط، بينما جعلها على إنهاء العقد الإداري بسبب جسامة خطأ المتعاقد مع الإدارة رقابة مشروعية ورقابة ملائمة أيضاً^(٣).

وعليه، فالقاضي الإداري يراقب قرار إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة من ناحية المشروعية دون الملائمة.

(١) M.DE VILLIERS. Droit public général, *op. cit.*, p. 678.

(٢) L.RICHER. Droit des contrats administratifs, PUF, 3éd, Paris, 2002, p. 225.

(٣) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨٧.

بمعنى أن سلطة القاضي في الرقابة القضائية في هذه الحالة محدودة، وتقتصر على التحقق من وجود سبب المصلحة الذي يسوغ إنهاء العقد، ولكنها لا تتضمن تقديرات الإدارة لفكرة المصلحة العامة، تمييزاً عن حالة فسخ العقد نتيجة خطأ المتعاقد، إذ يتسع نطاق الرقابة القضائية ليشمل ناحيتي المشروعية والملاءمة. فعندما يتعلق الأمر بممارسة سلطة تقديرية مثل سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة، فإن القاضي الإداري يباشر الحد الأدنى من الرقابة^(١).

وفي الواقع إن التفرقة التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي في نطاق الرقابة القضائية على قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي للعقود الإدارية من ناحية، وعلى قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة، وذلك بتوسيعه لنطاق الرقابة القضائية بشأن القرارات الأولى لتشمل القرار من زاويتي المشروعية والملاءمة وبتضييقه لنطاق هذه الرقابة بشأن القرارات الثانية لتقتصر على رقابة القرار من زاوية المشروعية فقط دون الملاءمة من ناحية ثانية، إنما تعود إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على حرمان المتعاقد من أي تعويض عن الفسخ الجزائي لعقده نظراً إلى أنه قد ارتكب خطأ جسيماً في تنفيذ العقد^(٢).

ولكن السؤال: إذا تبين للقاضي الإداري أن قرار الإدارة بالإنهاء كان غير مشروع، فهل يملك في هذه الحالة إلغاء القرار بالإضافة إلى تعويض المتعاقد، أم يملك فقط التعويض دون الإلغاء؟.

إن المتتبع لأحكام مجلس الدولة الفرنسي يجد أن سلطات القاضي الإداري تتفاوت إزاء القرار غير المشروع من جانب الإدارة بإنهاء العقد

(١) J.-P. NEGRIN, L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, thèse, Aix. Marseille, L.G.D.J., 1971, p. 85.

(٢) A.DELAUBADERE, traite des contrats, op.cit.T.2.p. 667.

الإداري تبعاً لنوع العقد— فقد جعل مجلس الدولة القاعدة العامة في هذا الشأن أن القاضي الإداري يملك أن يحكم بالتعويض للمتعاقد عن الضرر الذي لحق به جراء قرار إنهاء الإدارة للعقد الإداري ولا يملك الإلغاء، ولكنه يستطيع بالنسبة إلى بعض العقود وعلى سبيل الاستثناء أن يحكم بالإلغاء والتعويض معاً^(١).

وسوف يتم تناول القاعدة العامة التي تحكم سلطات قاضي العقد في مواجهة قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم المشروعية، ثم الاستثناءات التي تعطي القاضي الإداري إمكانية إلغاء قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيتها.

أولاً. القاعدة العامة:

تتمثل القاعدة العامة في أن قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة في مواجهة متعاقديها، ومن بينها قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري، حتى ولو كانت هذه القرارات غير مشروعة^(٢)، وإنما تقتصر سلطته على البحث عما إذا كانت هذه القرارات تنتهك للمتعاقد الحق في التعويض^(٣).

وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٥ فبراير ١٩٨٦ عندما قرر استحقاق المتعاقد للتعويض عن إنهاء العقد على الرغم من أن إنهاء العقد لم يكن مخالفاً للقانون ولم يكن تعسفياً^(٤). ويرى الفقه الفرنسي الحديث أن هذا الحكم قد وضع مبدأ عاماً لقانون العقود الإدارية يسري على

(١) - C.E. 23.Juin 1986. Thomas,R.F.D.A.1987.

- C.E.5. Fév. 1986. Sagam.R.D.P.1986.P.1743.

(٢) - MFORNACCIARI, conclusions précitées, R.F.D.A. paris 1987.p.31.

(٣) - C.E.11.Juill.1986, Sté Missenard, Quint, Gazette du paris 1987.p.238.

(٤) - C.E.5.Fev 1986. Sogam, R.D.p.1986.p.1743.

جميع العقود الإدارية وعلى جميع التدابير الصادرة من الإدارة مهما كانت طبيعتها^(١).

ووفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية للإلغاء من جانب قاضي العقد في حال عدم مشروعيتها تسري على العقود الإدارية الآتية^(٢):

١- عقد الأشغال العامة.

٢- عقد التوريد.

٣- العقود الإدارية المبرمة بين شخصين عامين.

٤- العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي.

ثانياً. الاستثناءات التي ترد على القاعدة العامة :

يرد على قاعدة عدم جواز إلغاء قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة في حال عدم مشروعيتها، استثناءً يملك القاضي بمقتضاه أن يحكم بإلغاء هذه القرارات مع تعويض المتعاقد أيضاً. وهذا الاستثناء لم يرد النص عليه في القوانين واللوائح، بل يرجع إلى ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في معرض نظره في المنازعات المتعلقة ببعض العقود. ومن العقود التي تشكل استثناءً على القاعدة نذكر عقود التزام المرافق العامة، والتزام الأشغال العامة، وعقود إيجار المرافق العامة، وعقود مقاولات الأشغال العامة، وأخيراً عقود التزام المناجم.

وفيما يأتي شرح موجز لتطبيقات هذه الاستثناءات:

(١) - Ph. TERNEYRE. Article précité, E.D.C.E.1988.P90.

(٢) مشار إلى ذلك لدى حسام سليمان فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مرجع سبق ذكره، ص ٢٧٦-٢٧٩.

أ - عقود التزام المرافق العامة :

يأخذ الإنهاء الانفرادي لهذه العقود لدواعي المصلحة العامة صورة استرداد الالتزام، إذ استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة باسترداد التزام المرفق العام في حالة عدم مشروعية هذا القرار^(١).

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث بإلغاء المرسوم الصادر من الحكومة الفرنسية بإنهاء عقد الالتزام الذي يسري على القناة السادسة في التلفزيون لصدوره استناداً إلى مشروع قانون لم يتم إقراره والتصديق عليه^(٢). ويرجع السبب في الاعتراف للقاضي الإداري بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بإنهاء عقود الالتزام إلى أن الملتزم الذي قام ابتداءً بتنفيذ استثمارات مالية كبيرة يتم استهلاكها خلال مدة طويلة، يجب أن يملك حقوقاً أكثر ثباتاً وأفضل أمناً وضماناً من المَقاول العادي، وأن يتمتع بحد أدنى من الثبات والاستقرار^(٣).

كما أن الإنهاء الانفرادي من جانب الإدارة لعقود الالتزام يخضع للإلغاء من جانب قاضي العقد، حتى ولو كان الملتزم شخصاً عاماً من أشخاص القانون العام، وذلك عندما يبرم عقد الالتزام بين شخصين عامين^(٤).

(١) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ٢٩٤.

(٢) - C.E 2.Fev 1987, Sté Tv6, Rec.p29.

(٣) - T.ADEGRENOBLE, 9.Avril 1980, (S.A.T.A). D1981 .J.P.581.

(٤) - C.GALLAY, thèse précitée, P.280.

ب - عقود إيجار المرافق العامة:

قضى مجلس الدولة الفرنسي أن القاضي لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة بإنهاء عقد إيجار المرفق ما دام أن هذا العقد لم يتطلب استثمارات مالية كبيرة من جانب المستأجر^(١).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا المسلك القضائي يرجع إلى أن سلطة القاضي في الإلغاء لا تسري على العقود التي تقترب من عقد الالتزام أو عقد مقاولات الأشغال العامة، ولكنها تختلف عنهما في غياب الاستثمارات المالية الكبيرة من جانب المستأجر، وخاصة في حالة عقد إيجار المرفق العام الذي لا يتطلب استثمارات مالية ضخمة من جانب المتعاقد^(٢).

ج - عقود مقاولات الأشغال العامة:

أقر مجلس الدولة الفرنسي لنفسه بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بإنهاء عقود مقاولات الأشغال العامة استناداً إلى أن هذه العقود تعد طويلة الأجل وتحتاج من المتعاقد إلى تنفيذ استثمارات مالية كبيرة يجب استهلاكها طوال مدة العقد.

فقد ذهب مجلس الدولة في حكم له إلى أنه: «... إذا كان قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك - كقاعدة - سلطة الحكم بإلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة العمل في مواجهة متعاقدها، ويحق له فقط أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنشئ لصالح هذا المتعاقد الحق في التعويض، فإن الوضع يكون على خلاف ذلك عندما يتعلق الأمر بعقود طويلة الأمد يكون الغرض منها تنفيذ

(١) - C.E.19. Avril 1989. Ste des transports urbains, R.D.P.1989.P1181.

(٢) - F. LLORENS, Note précitée, R.D.P. 1989, P.1880.

واستغلال أعمال تحتاج إلى استثمارات مالية كبيرة من جانب المتعاقد ويجب استهلاكها في أثناء كل مدة الاستغلال وتستوجب منح متعاقد الإدارة ضمانات مشابهة للضمانات الممنوحة لملتزمي المرافق العامة أو ملتزمي الأشغال العامة»^(١).

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بالحكم ذاته ضمناً - في عدد من أحكامه الحديثة^(٢).

د - عقود التزام المناجم:

يمكن لقاضي العقد أن يقرر بطلان التدابير المتعلقة بعقود التزام المناجم، ومن بينها قرارات إنهاء هذه العقود؛ ويرجع ذلك إلى طول مدة هذه العقود والاستثمارات المالية الكبيرة التي ينفقها المتعاقد والتي يجب أن يتم استهلاكها طوال مدة العقد^(٣).

وأما في مصر وسورية، فلم نجد حتى الآن أحكاماً للقضاء الإداري المصري والسوري في هذا الصدد.

والأحكام التي أوردناها من قضاء مجلس الدولة الفرنسي تعد بصفة عامة، مجرد تطبيق للقواعد العامة، فيما عدا ما يتعلق بتضييق حق القضاء في مراقبة مدى ملاءمة السبب الذي تتذرع به الإدارة للقرار الصادر بالإنهاء، ولعل مرجع هذا المسلك أن المتعاقد لن يضار من هذا التضييق، لأنه سوف يحصل على التعويض العادل الذي يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب في حال مقاضاة الإدارة لمشروعية قرارها بالإنهاء أمام قاضي العقد.

(١) - C.E., 26.Nov 1971, (S.I.M.A) Rec. 1971, P. 723.

(٢) - C.E., 11. Juillet 1986, Société Missenard- Quint, Galette du palais, 1987, P.238.

(٣) - C.E., 1 Octobre 1965, Société union économique continentale, Rec. 1965, P.484.

الخاتمة

تم الوصول إلى نهاية هذه الدراسة التي حاول الباحث من خلال صفحاتها عرض وتحليل الامتيازات الممنوحة للإدارة المتعاقدة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية.

وقد تم التركيز على سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطتها في إدخال تعديلات عليه، تلا ذلك التعرض إلى سلطة الإدارة في فرض الجزاءات العقدية على المتعاقد، وبصورة خاصة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة من ناحية، ثم سلطتها في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، من ناحية أخرى.

وقد بدا واضحاً أن الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية لم تكن واحدة في دول المقارنة، بل إن هناك آراء متعددة ومختلفة ضمن النظام القانوني في الدولة الواحدة.

وما ذلك إلا إثبات على أن موضوع البحث لا يزال متجدداً، ويثير كثيراً من علامات الاستفهام، وقد حاول الباحث إبداء وجهة نظره من خلال الكم المعرفي العمودي الذي حصل عليه من خلال تتبعه ورصده لأحدث الآراء والاجتهادات القضائية ومناقشتها بصورة موضوعية، وقد خلص إلى مجموعة من النتائج، وتكونت لديه بعض الاقتراحات التي يريد أن يلخصها تباعاً في هذه الخاتمة.

وفي ختام هذه الأطروحة تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والمقترحات، أجملها في الآتي:

أولاً. النتائج:

(١) ثبت أن الإدارة المتعاقدة تملك سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، إلا أن هذه السلطة مقيدة بعدة شروط وقيود تقادياً لتعسفها في استخدام هذه السلطة من جهة، وحماية للمراكز القانونية للمتعاقد معها من جهة ثانية.

(٢) يختلف مدى سلطة الرقابة في الإشراف والتوجيه تبعاً لنوع العقد الإداري، إذ يقتضي تنفيذ عقد الأشغال العامة منح الإدارة صلاحية إرسال بعثات فنية تفتيشية على حسن التنفيذ، وجودة المواد، وجودة الأعمال. وكذلك الحال بالنسبة إلى عقد التوريد، وخاصة عقد التوريد الصناعي، أما بالنسبة إلى عقد التزام المرافق العامة، فإن خصوصية هذا العقد (لجهة أن يتضمن شروطاً لائحية تهدف إلى حماية المنتفعين بأعمال المرفق)، تقتضي أن تباشر الإدارة سلطتها في الرقابة على إدارة المرفق العام وتسييره بانتظام واطراد بافتراض أن هذا الواجب يدخل ضمن مسؤولية الإدارة ماثرة الالتزام.

(٣) حق الإدارة في الرقابة والتوجيه حق مقيّد ومشروط بشروط قانونية تهدف إلى حماية المتعاقد مع الإدارة بافتراضه مسهماً شريفاً في تحقيق المصلحة العامة التي تنطلق منها الإدارة في إبرام وتنفيذ عقودها وتنتهي إليها.

(٤) تمتلك الإدارة صلاحية إجراء تعديلات على بنود العقد وأساليب وأوضاع تنفيذه، وهو حق يتعلق بالنظام العام، وأساسه النظري يتجذر في فكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد.

(٥) إن تقييد الإدارة في إدخال تعديلات على بنود العقد أو على أوضاعه لا يؤدي إلى إسقاط حق المتعاقد في التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء التعديل الانفرادي للعقد، إذ تكمن الغاية من هذه القيود في أن تكون قرارات الإدارة معتدلة وملتزمة بالنصوص القانونية والمبادئ القانونية العامة، وإلا كانت التعديلات غير مشروعة، ويقوم ركن السبب في مسؤولية الإدارة عن

خطئها العقدي، أما التعديل الذي نحن بصدده فيندرج تحت عنوان فعل الأمير الذي يجب أن يكون عملاً مشروعاً أصلاً حتى ينتج مفاعيله القانونية، وفي هذه الحالة يغدو استحقاق المتعاقد للتعويض مؤسساً على نظرية عمل الأمير.

٦) تمتد سلطة الإدارة المتعاقدة لتشمل فرض جزاءات على المتعاقد الذي يرتكب خطأً عقدياً. وتتنوع هذه الجزاءات بين جزاءات مالية وأخرى ضاغطة.

٧) يرتبط فرض الجزاء المالي بارتكاب المتعاقد خطأً عقدياً على صورة التأخر في تنفيذ العقد عن المدة المتفق عليها، ويسمى الجزاء هنا غرامة التأخير.

٨) لا يشترط في فرض غرامة التأخير أن يلحق الإدارة المتعاقدة ضرراً نتيجة التأخير، بل إن الضرر مفترض في هذه الحالة، ويتجسد في زعزعة ثقة الأفراد المنتفعين بخدمات المرفق محل التعاقد في الدولة، وهذا الضرر أشد بكثير من الضرر الذي يقدر بقيمة مالية ما.

٩) يفرض الجزاء المالي بقرار إداري انفرادي، وتملك الإدارة تنفيذه بصورة مباشرة، بالنظر إلى امتلاكها امتياز التنفيذ المباشر، خلافاً للشرط الجزائي في نطاق العقود المدنية الذي يشترط لتنفيذه أن يلحق الدائن ضرراً نتيجة إخلال المدين بالتزاماته العقدية من جهة، وأن تتم المطالبة بذلك عن طريق القضاء من جهة أخرى.

١٠) من الجزاءات المالية الأخرى التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد حقها في مصادرة التأمينات كجزاء ضاغطة على المتعاقد حتى يقوم بتنفيذ التزاماته تجاه الإدارة المتعاقدة بأبهى صورة ممكنة.

١١) لعل من أخطر الجزاءات العقدية التي تملك الإدارة تنفيذها تنفيذاً مباشراً ذلك الجزاء الذي يطلق عليه سحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعهد، إذ تتجسد خطورة هذا الإجراء في تحميل المتعهد المسؤولية القانونية عن عجزه

في الاستمرار في تنفيذ بنود العقد، أو عن ارتكابه الغش أو التدليس أو أي خطأ عقدي جسيم. لذا فمن الطبيعي، والحال كذلك، أن يلجأ المشرع إلى تعليق ممارسة هذه السلطة لعدم توافر الشروط القانونية من ناحية، وربط هذه السلطة بمجموعة من الإجراءات الجوهرية التي تسبق قرار السحب، وأهمها إجراء إنذار المتعاقد.

(١٢) تملك الإدارة امتيازاً خطيراً آخر في مواجهة المتعاقد يتجسد في قرارها بإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، فالإدارة تتطلق من الصالح العام وتنتهي إلى الصالح العام، وهي بهذه المنزلة القوام والمشرقة والمدبرة للمرافق العامة التي تتولى تسييرها، تملك لأجل تحقيق هذا الهدف جملة من الصلاحيات الإدارية، منها إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، أما خطورة هذا الإجراء فتتجلى في أنه يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية وتصفية العقد قبل انتهاء المدة القانونية إذا كان من العقود الزمنية (عقد التزام المرافق العامة)، أو قبل إنجاز تنفيذ العملية العقدية إذا كان من العقود الفورية (عقد الأشغال العامة).

(١٣) من المنطقي جداً في دولة القانون منح المتعاقد مع الإدارة حق مراجعة القضاء الإداري بهدف فحص مدى مشروعية وملاءمة قرارات الإدارة المتصلة بالعملية العقدية. والدعوى المناسبة هي دعوى القضاء الكامل التي يملك القاضي الإداري فيها صلاحيات أوسع من تلك التي يملكها في نطاق دعوى الإلغاء.

(١٤) هناك اختلاف بين الدول محل المقارنة من حيث تنظيمها التشريعي لامتيازات الإدارة، ومن حيث السياسة القضائية التي يسلكها مجلس الدولة في كل من الدول محل المقارنة، فقد بينت الدراسة أن الإدارة المتعاقدة قد أساءت استخدام امتيازاتها في كثير من الحالات، إذ تمت الإشارة إلى عدد من الأحكام القضائية التي صدرت في سياق الدعاوى التي رفعت من المتعاقد مطالباً بإلغاء التصرف لعدم مشروعيته والحكم له بالتعويض عما لحق به من أضرار.

ثانياً. المقترحات:

(١) على المشرع السوري الإقرار بسلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر إلى الإدارة وتوقيع الغرامة التهديدية، حتى تكون رقابته في مجال العقود الإدارية ذات فاعلية، وتحقق الحماية الكافية لحقوق المتعاقد من تعسف الإدارة وإساءة استعمالها للسلطات الممنوحة لها.

(٢) أن يقوم المشرع السوري بمنح الإدارة صلاحيات واسعة من شأنها المحافظة على المصلحة العامة، من ضمنها التأكد من جاهزية المتعاقد مع الإدارة فنياً ومالياً قبل إبرام العقد معه، كي لا تقع في مشكلات وصعوبات في أثناء التنفيذ.

(٣) حصر التعاقد التقليدي مع المتعهدين الأفراد أو الشركات الصغيرة في تنفيذ بعض المشروعات البسيطة، وخاصة ما يتعلق بتأمين الاحتياجات التقليدية التي تحتاج إليها الجهات العامة في يومياتها. أما إذا كان محل العملية التعاقدية توريد أجهزة أو أدوات تقنية ضخمة، فالأولى أن يتم استخدام إجراء العقد بالتراضي الذي يقوم على التفاوض، شريطة أن تكون الصلاحية النهائية في إبرام العقد بيد مجلس الوزراء مجتمعاً تجنباً لوقوع أي صورة من صور الفساد الإداري أو المالي.

(٤) مراجعة قانون التشاركية بين العام والخاص الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥/ لعام ٢٠١٦، فمن حيث الفكرة والمبدأ تحتاج الدولة السورية إلى هكذا تشريع، لأنه يؤسس إلى إحداث شركات تجارية بين القطاعين العام والخاص، وهذا النوع من الشركات يعد صيغة قانونية مناسبة لإدارة المرافق العامة عن غير الطريق المباشرة التي كبدت وتكبد الخزنة العامة أعباء ثقيلة وضخمة. إلا أن الغريب في الأمر أنه لم يتم حتى الآن إطلاق أي شركة تنفيذاً لأحكام القانون رقم ٥/ عام ٢٠١٦، ما يدفع إلى التساؤل عن سبب ذلك؟ هل هناك ضعف في صياغة القانون، أم أن هناك عوامل خارجية تعوق تنفيذه؟

٥) أن يُصار إلى تفعيل التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التعاقدية بدلاً من القضاء التقليدي، بافتراض أن حل المنازعات العقدية عن غير طريق القضاء التقليدي يقوم على السرعة في حسم المنازعات، كما أنه يزرع الثقة والطمأنينة في نفس المتعاقد مع الإدارة، فلا خوف عندئذٍ من تسييس القضاء وانحيازه لصالح الإدارة. وهذا المقترح يصلح بشدة للمرحلة القادمة، لأن هناك شركات أجنبية تتبع دولاً مختلفة ستقدم عروضها لتنفيذ المشروعات التي ستعلن عنها الدولة عند البدء بمرحلة إعادة الإعمار ومشروعات البنية التحتية.

٦) نتحفظ على عقود إشغال الأملاك العامة التابعة للمحافظات بصورتها الحالية، إذ لاحظنا أن هناك تسرعاً واستعجالاً غير مسوّغ في تأجير الأملاك العامة لصالح المستثمرين (خصوصاً عقود وتراخيص مواقف السيارات)، فالإدارة تهدف قبل كل شيء إلى تحقيق ريع مالي ولو على حساب النظام العام بجميع عناصره (الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة وجمالية المدن). وهنا نتساءل: ما المانع من أن يُصار إلى تفعيل عقود الـ BOT، بحيث يتم الاتفاق مع شركات القطاع العام أو الخاص على إنشاء مواقف حضارية وتشغيلها، ثم تسليمها للدولة بحالة جيدة. ونقصد هنا أن استيراد التجارب من الدول الأخرى ينبغي أن يكون كلياً لا جزئياً، أي يجب أن تكون المعطيات المتوافرة في البلد ملائمة لتطبيق التجربة.

ولا نجدُ في ختام هذه الأطروحة شيئاً نقولُه أفضل ممّا ذكره العماد الأصفهاني من أنه: ﴿ لَا يَكْتُبُ أَحَدٌ كِتَابًا فِي يَوْمِهِ إِلَّا قَالَ فِي غَدِهِ: لَوْ غَيْرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ، وَلَوْ زِيدَ هَذَا لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تَرُكَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَلَ. وَهَذَا مِنَ أَعْظَمِ الْعِبَرِ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اسْتِیْلَاءِ النِّقْصِ عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ ۞ .

بِسْمِ اللَّهِ

قائمة المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

● المؤلفات العامة:

١. د. إبراهيم عبد العزيز شيخا، القضاء الإداري، منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٦.
٢. د. أحمد حشمت أبو شيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري - الكتاب الأول الطبعة الثانية - سنة ١٩٥٤.
٣. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق.
٤. د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة نهباء، السعودية - سنة ٢٠٠٧.
٥. د. أمين مصطفى محمد - النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية سنة ٢٠٠٨.
٦. د. أنور رسلان، مبادئ القانون الإداري - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٩٥.
٧. د. بلعور عبد الكريم - نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن - الجزائر - سنة ٢٠٠١.
٨. د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، طبعة أولى، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، سنة ١٩٥٥.
٩. د. ثروت بدوي - القانون الإداري - دار النهضة العربية، القاهرة - سنة ٢٠٠٢.

١٠. د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، سنة ١٩٧١.
١١. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر عام النشر.
١٢. د. جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية- القاهرة- دون ذكر مكان النشر- سنة ١٩٩٩.
١٣. د. جورجى شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٤.
١٤. د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠٠٨.
١٥. د. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج٢، الطبعة الأولى، ١٩٥٨.
١٦. د. سامي جمال الدين- القضاء الإداري "الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري"، منشأة المعارف - الإسكندرية- ٢٠٠٣.
١٧. د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري- منشأة المعارف- الإسكندرية- سنة ٢٠٠٤.
١٨. د. سعاد الشرقاوي- الوجيز في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة- سنة ١٩٨١.
١٩. د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر، سنة ٢٠١٣.
٢٠. د. سعيد نحيلي ود. عبسي الحسن، العقود الإدارية، مركز التعليم المفتوح، منشورات جامعة حلب، سنة ٢٠٠٧.

٢١. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري - مطبعة جامعة عين شمس - بدون مكان طبع - سنة ١٩٨٦.
٢٢. د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - دار الفكر العربي - القاهرة - سنة ١٩٨٦.
٢٣. د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - دار الفكر العربي القاهرة - سنة ٢٠١١.
٢٤. د. سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي - القاهرة - سنة ٢٠٠٦.
٢٥. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٩١.
٢٦. د. شريف يوسف خاطر، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة ٢٠١١.
٢٧. د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١١.
٢٨. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري "دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٧.
٢٩. د. عبد الحميد الشواربي والمستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دون ذكر مكان النشر، سنة ١٩٩٧.
٣٠. د. عبد الحميد الشواربي، والمستشار عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السادسة، دون ذكر مكان النشر، سنة ١٩٩٧.

٣١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٤.
٣٢. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت سنة ١٩٩٨.
٣٣. د. عبد السلام المزروعى، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، بدون ذكر دار النشر، سنة ١٩٩٣.
٣٤. د. عبد السلام المزروعى، النظرية العامة لعلم القانون، الجزء الثاني، منشورات جامعة قاريونس، ليبيا، بنغازي، سنة ١٩٩٣.
٣٥. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠٠٨.
٣٦. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري، ج ٢، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠١-٢٠٠٢.
٣٧. د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القانون الإداري - الدار الجامعية - بيروت سنة ١٩٩٣.
٣٨. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في القانون الإداري "دراسة مقارنة للأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاته في مصر"، بدون دار نشر، سنة ٢٠٠٧.
٣٩. د. عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإداري - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة - سنة ١٩٧٩.
٤٠. د. عبد الله الكاديكي، محاضرات في القانون الإداري الليبي، جامعة بنغازي، سنة ٢٠١٣.
٤١. د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة - منشورات جامعة دمشق - الطبعة الثالثة - سنة ١٩٩٢-١٩٩٣.

٤٢. د. عبد الله طلبة- مبادئ القانون الإداري- الجزء الثاني- منشورات جامعة دمشق- سنة ١٩٩١-١٩٩٢.
٤٣. د. عبد الله طلبة، ود. نجم الأحمد- القانون الإداري- جامعة دمشق نظام التعليم المفتوح- طبعة ٢٠١٣ - ٢٠١٤.
٤٤. أ. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزآن الأول والثاني، دار المستقبل، دمشق، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٢.
٤٥. د. عزيزة الشریف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨١.
٤٦. د. عصمت عبد الله الشيخ - مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٧.
٤٧. د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٨-١٩٩٩.
٤٨. د. عمار بوضياف - المدخل للعلوم القانونية "النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري"، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع- الجزائر - سنة ٢٠٠٧.
٤٩. د. عمار عوابدي - القانون الإداري- الجزء الثاني- النشاط الإداري- ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر - طبعة ٢٠٠٠.
٥٠. د. فاروق أحمد خماس، ود. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، بدون دار النشر، سنة ١٩٩٢.
٥١. د. فتحي فكري، محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤.
٥٢. د. ماجد راغب الحلو - القرارات الإدارية- دار الجامعة الجديدة الإسكندرية- سنة ٢٠٠٩.

٥٣. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠١٠.
٥٤. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٦.
٥٥. د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري في الإمارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة"، دار القلم بدبي، سنة ١٩٩٢.
٥٦. د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣.
٥٧. د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠١٢.
٥٨. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، سنة ١٩٩٦.
٥٩. د. محمد الحسن - د. مهند نوح - القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق - سنة ٢٠١١-٢٠١٢.
٦٠. د. محمد الحسين ود. مهند نوح - العقود الإدارية - منشورات جامعة دمشق - مركز التعليم المفتوح - لعام ٢٠٠٥-٢٠٠٦.
٦١. د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، بلا مكان نشر، ١٩٩٨.
٦٢. د. محمد العموري - العقود الإدارية - منشورات الجامعة الافتراضية - سنة ٢٠١٨.
٦٣. د. محمد باهي أبو يونس، أحكام القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ١٩٩٦.
٦٤. د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٦.

٦٥. د. محمد جمال مطلق ذنبيات، العقد الإداري، دراسة مقارنة، مكتب القانون و الاقتصاد، الرياض، سنة ٢٠١٢.
٦٦. د. محمد حسام محمود لطفي - النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - القاهرة - سنة ١٩٩٩ - ٢٠٠٠.
٦٧. د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٩.
٦٨. د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، سنة ١٩٦٤.
٦٩. د. محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري، السلطة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٦٠.
٧٠. د. محمد قدرى حسن، القانون الإداري، ط١، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠٠٩.
٧١. أ. محمد كامل عبد العزيز - التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه - مصادر الالتزام - من دون ذكر مكان النشر - سنة ٢٠٠٣.
٧٢. د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٥.
٧٣. د. محمد يعقوب السعيدى، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، من دون ذكر دار وسنة النشر، بغداد.
٧٤. د. محمود جمال الدين تركي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة - الطبعة الثالثة - سنة ١٩٧٨.
٧٥. د. محمود حلمي، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٠٤.

٧٦. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة، عمان، سنة ١٩٨٠.
٧٧. د. محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠٠٧.
٧٨. د. مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء - الإسكندرية سنة ٢٠٠٨.
٧٩. د. مصطفى عبد السيد الجارحي - فسخ العقد - ((دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٩٨.
٨٠. د. منصور محمد أحمد - مفهوم العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٠.
٨١. د. ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، دون ذكر مكان النشر، سنة ٢٠٠٤.
٨٢. د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، ط٢، بيروت، سنة ٢٠١٢.
٨٣. د. وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، الجزء الأول، دون ذكر مكان وسنة النشر.
٨٤. د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق، سنة ٢٠٠٠.
٨٥. د. يحيى الجمل - القضاء الإداري، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٠.

● المؤلفات المتخصصة:

١. د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، سنة ٢٠٠٣.

٢. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، وفقاً للقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣.
٣. د. إحسان سليمان خريبط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠١٧.
٤. د. أحمد السيد محمود عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوضعي الإسلامي، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٦.
٥. د. أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠١٦.
٦. د. أحمد سلامة بدر - العقود الإدارية وعقد البوت BOT - مكتبة دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٣.
٧. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٣.
٨. د. السيد فتوح محمد هندأوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٦.
٩. د. ثروت بدوي، حق الإدارة في تعديل عقودها، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩.
١٠. د. جمال عياش عثمان - النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية سنة ٢٠٠٧.
١١. د. جهاد زهير الحرازين، عقود الامتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصالات والكهرباء، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٣.

١٢. د. حسين درويش عبد العال، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، دون ذكر دار النشر، سنة ١٩٦١.
١٣. د. حسين عامر - التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة - سنة ١٩٩٨.
١٤. د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧.
١٥. د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢.
١٦. د. حمدي عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة الفاروق، سنة ١٩٩٨.
١٧. المستشار حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي - منشأة المعارف - الإسكندرية سنة ١٩٩٨.
١٨. د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦.
١٩. د. خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٤، من دون ذكر دار النشر.
٢٠. د. خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء الإداري للعقود الإدارية والتعويضات، طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات المصري الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، المجلد الثالث، دار محمود، القاهرة، بدون سنة نشر.
٢١. د. رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤.

٢٢. رشا محمد جعفر الهاشمي - الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين. الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - سنة ٢٠١٠.
٢٣. د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع - القاهرة - الطبعة الأولى - سنة ٢٠١٦.
٢٤. سامال اسكندر محمد الباجلان، سلطة الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة ٢٠١٧.
٢٥. د. سامي جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٣.
٢٦. د. شكري حبيب جبر، التعاقد والشراء عن طريق عقود التوريدات والأشغال العامة والمقاولات والالتزام، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، دون ذكر سنة النشر.
٢٧. صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٧.
٢٨. د. صلاح الدين فوزي ((قانون المناقصات والمزايدات المصري)) - رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨، المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٠.
٢٩. د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٥.
٣٠. د. عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، مطبعة الإيمان، القاهرة، دون سنة النشر.

٣١. عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١٦.
٣٢. د. عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الثاني الأشغال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة ١٩٨٤.
٣٣. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠٠٨.
٣٤. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ٢٠١٤.
٣٥. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٩.
٣٦. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ركن الخطأ في المنازعات الإدارية "مسؤولية الإدارة عن القرارات والعقود الإدارية"، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة ٢٠٠٨.
٣٧. د. عبد العظيم عبد السلام، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، الولاء للطبع والنشر، بشبين الكوم، سنة ١٩٨٩.
٣٨. د. عبد العظيم مرسي، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية في النظامين اللاتيني والأنكلوأمريكي - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ١٩٨٨.
٣٩. د. عبد الله محمد حمود - إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة - طبعة أولى - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - سنة ٢٠٠٢.
٤٠. د. عبد الله نواف العنزي - النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٠.

٤١. د. عثمان ياسين علي- تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة- الطبعة الأولى- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة ٢٠١٥.
٤٢. د. عزمي عبد الفتاح- تسبيب الأحكام- دار النهضة العربية- القاهرة - سنة ١٩٨٣.
٤٣. د. علي عبد العال سيد أحمد - الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة - مؤسسة دار الكتب - الكويت - سنة ١٩٩٨.
٤٤. د. عمر حلمي فهمي- آثار العقود الإدارية، كلية الحقوق جامعة عين شمس- سنة ١٩٩٣.
٤٥. د. عمر حلمي فهمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية- دار النهضة العربية- القاهرة- سنة ١٩٩٣.
٤٦. د. فتحي عبد الصبور- الآثار القانونية للتأمين والحراسة الإدارية على الأموال- عالم الكتب- القاهرة- الطبعة الثانية- سنة ١٩٦٧.
٤٧. أ. لمياء هاشم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة ٢٠١٣.
٤٨. د. مازن ليلو راضي - دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- سنة ٢٠٠٢.
٤٩. د. ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام مجلس الدولة حتى عام ٢٠١١، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، سنة ٢٠١١.
٥٠. د. محسن حسن مرعي الجبوري - سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية - سنة ٢٠١٤.

٥١. د. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية سنة ٢٠١٢.
٥٢. د. محمد سعيد أمين- فكرة المعيار الوظيفي في تمييز القرار الإداري- دار النهضة العربية- القاهرة- سنة ١٩٩٥.
٥٣. د. محمد سعيد أمين، الأحكام العامة للالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية، سنة ١٩٩٨.
٥٤. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، مصر، سنة ٢٠٠٩.
٥٥. د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق- دار النهضة العربية القاهرة، من دون ذكر عام نشر.
٥٦. د. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
٥٧. د. محمد فؤاد عبد الباسط- آثار العقد الإداري- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية - سنة ٢٠٠٦.
٥٨. د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري "دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء"، دار الفكر العربي، سنة ١٩٦٢.
٥٩. د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الشتات للنشر والبرمجيات، سنة ٢٠٠٨.
٦٠. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧.
٦١. د. ناصر حسين العجمي- الجزاءات الإدارية العامة في القانون الكويتي والمقارن - دار النهضة العربية- القاهرة سنة ٢٠١٠.

٦٢. د. نصر الدين محمد بشير - غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تفسير المرفق العام، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٧.
٦٣. توميد أحمد محمد - التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠١٧.
٦٤. ياسين بلاوي ، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري - دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - سنة ٢٠١١.

● الرسائل العلمية:

○ أطروحات الدكتوراه:

١. د. أيمن محمد جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة ٢٠٠٥.
٢. د. جمال عباس أحمد عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٩.
٣. د. حسام سليمان فيصل - سحب تنفيذ الأعمال من المتعاقد مع الإدارة وتنفيذها على حسابه - رسالة دكتوراه - جامعة دمشق - كلية الحقوق - سنة ٢٠٢٠.
٤. د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠١.
٥. د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٢.

٦. د. زياد أحمد العرسان، الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سنة ٢٠١٨.
٧. د. سالم أحمد علي الغص، مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٨.
٨. د. سعد العنزي- الضمانات الإجرائية في التأديب - رسالة دكتوراه، القاهرة سنة ٢٠٠٥.
٩. د. سعد محمد علي المري- نظرية الجزاءات في عقد الأشغال العامة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - سنة ٢٠١٠.
١٠. د. سعيد عبد الرزاق باخبيزة، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
١١. د. سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سنة ٢٠١٠.
١٢. د. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة- كلية الحقوق - سنة ٢٠٠٧.
١٣. د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، قسم القانون العام، سنة ٢٠٠٥.
١٤. د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٩.
١٥. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، ١٩٧٤.

١٦. د. عبد المنعم العاري أبو بريق، حق الإدارة في تعديل عقود البوت، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ٢٠١٠.
١٧. د. عيسى عبد القادر الحسن- التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة- رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة- سنة ١٩٩٧.
١٨. د. علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٧.
١٩. د. علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩١.
٢٠. د. عمرو بخيت حسن: مضمون فكرة الشروط الاستثنائية في نطاق العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٩.
٢١. د. محمد سعيد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلة الانعقاد والتنفيذ، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠١٠.
٢٢. د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة لحقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٩.
٢٣. د. محمد صلاح عبد البديع السيد- سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري- رسالة دكتوراه- جامعة الزقازيق- كلية الحقوق- سنة ١٩٩٣.
٢٤. د. محمد عزيز سليمان- الرقابة على التناسب في القرار الإداري- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق - المنصورة - سنة ١٩٨٩.

٢٥. د. محمد فؤاد محمد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠١٠.
٢٦. د. محمد محمود عبد العزيز - التنظيم القانوني للجزاءات الإدارية العامة، رسالة دكتوراه- جامعة الإسكندرية - سنة ٢٠١٣.
٢٧. د. محمد موسى إبراهيم - المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري - رسالة دكتوراه - كلية الدراسات القانونية العليا- جامعة عمان العربية - سنة ٢٠٠٤.
٢٨. د. مطيع علي حمود الجبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٦.
٢٩. د. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية - كلية الحقوق - جامعة عين شمس، رسالة دكتوراه، سنة ٢٠٠١.
٣٠. د. نصر الدين محمد بشير - غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تفسير المرفق العام في النظامين المصري والفرنسي - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة- سنة ١٩٩٨.
٣١. د. هارون عبد العزيز الجمل- النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة- رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة، سنة ١٩٧٩.
٣٢. د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، كلية الحقوق، قسم القانون العام، سنة ٢٠١٧.
٣٣. د. يوسف الشكلي، الرقابة الإدارية والقضائية على العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، عام ٢٠١٧.

○ رسائل الماجستير:

١. أحمد خورشيد حميد المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة- رسالة ماجستير- كلية القانون- جامعة بغداد سنة ١٩٨٩.
٢. أحمد محسن جميل، مظاهر السلطة العامة في تعديل وإنهاء العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠١٤.
٣. أسامة مازن العوا، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في التشريع السوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سنة ٢٠١٨.
٤. أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة. رسالة ماجستير - كلية الحقوق جامعة الجزائر سنة ٢٠٠٢.
٥. إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبتر للعقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الحقوق، قسم القانون العام، سنة ٢٠١٢.
٦. بلاوي ياسين بلاوي - الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري - رسالة ماجستير- معهد البحوث والدراسات العربية - قسم البحوث والدراسات القانونية - القاهرة - سنة ٢٠٠٩.
٧. به يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، قسم القانون العام، سنة ٢٠١٦.
٨. تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، سنة ٢٠١٧.

٩. تهاني قلا عواد - حدود سلطة الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري "دراسة مقارنة" - جامعة دمشق - كلية الحقوق - قسم القانون العام - سنة ٢٠٢٠.
١٠. تومي شريف، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، سنة ٢٠١٦-٢٠١٧.
١١. جاسم محمد عبد الله البلوشي، التوازن المالي في عقد الأشغال العامة وأساليب تحديد الأسعار، دراسة مقارنة في القانون المصري والعماني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٩.
١٢. حسام سليمان فيصل - سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة دمشق - قسم القانون العام، سنة ٢٠٠٩.
١٣. خالد مرموص خلف الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، سنة ١٩٨٧م.
١٤. خلفان محمد أمين وكمال محمد - سلطة الإدارة في تعديل وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ العقد الإداري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العام - جامعة البويرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم القانون العام - الجزائر سنة ٢٠١٨/٢٠١٩.
١٥. رياض عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، سنة ١٩٧٦.
١٦. رثيف الديوب، فسخ العقد بإرادة منفردة - رسالة ماجستير كلية الحقوق - جامعة دمشق - قسم القانون الخاص - سنة ٢٠١٧.

١٧. السلال سعيد الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة طنطا - سنة ١٩٩٤.
١٨. سيف سعيد مهدي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، مصر، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، سنة ٢٠١٥.
١٩. طاهر التكمه جي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، سنة ١٩٧٦.
٢٠. طيش حسنية، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة ٢٠١٥-٢٠١٦.
٢١. علاء إبراهيم محمود -الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT- رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بابل - ٢٠٠٨.
٢٢. علي نصر الحسن، الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية- رسالة ماجستير في القانون العام قسم العلوم الإدارية والمالية - كلية الحقوق - جامعة دمشق - سنة ٢٠١٧.
٢٣. فتحية حابي - النظام القانوني لصيغة إنجاز الأشغال العمومية- رسالة ماجستير - قسم القانون العام - جامعة مولود معمري (تيزي وزو) سنة ٢٠١٣.
٢٤. محمود خليل خضير - الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد سنة ١٩٩١.

٢٥. المختار أبو صاع محمد كلا، تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة في القانون الليبي والمصري "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق - قسم القانون العام، سنة ٢٠١٠.
٢٦. مفتاح مختار عبد العزيز، حقوق المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الفاتح، طرابلس حالياً، سنة ٢٠٠٩.
٢٧. نور الدين مصطفى كامل الجبوري، سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠١٨.

● البحوث والندوات العلمية:

١. د. حسين درويش عبد العال، الجزاءات المالية في العقود الإدارية - مقال منشور في مجلة العدالة - أبو ظبي - العدد ١٧ - السنة ٥ يناير - ١٩٧٨.
٢. د. حسين درويش عبد العال، وسائل الضغط في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العدالة أبو ظبي - العدد ١٨ - السنة ٦ يناير ١٩٧٩.
٣. د. حمدي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق، عدد ٨، سنة ١٩٩٦.
٤. د. رياض عيسى الزهيرى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ديسمبر، سنة ١٩٨٧.
٥. سارا محمود أحمد سلامة، سلطات جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، دبلوم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٠ - ٢٠١١.

٦. د. عبد الحميد حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة، العدد الثاني، سنة ١٩٦٢م.
٧. المستشار عبد العزيز السيد الخولي، مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة ٣٣، سنة ١٩٨٩.
٨. د. عبد الناصر توفيق العطار - ماهية العيب وشروطه في عقد البيع، مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، السنة ١٦، العدد ٢، سنة ٢٠٠٣.
٩. د. عمار التركاوي، سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية بجامعة دمشق المجلد (١) العدد الأول، لعام ٢٠٢١.
١٠. د. عمار التركاوي، "سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في نطاق تنفيذ العقود الإدارية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد (١)، العدد (٣)، عام ٢٠٢١.
١١. د. عمر محمد السيوي، نظرية عمل الأمير والعقد الإداري، مجلة الدراسات القانونية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، العدد ١٦، المجلد ١٥، سنة ١٩٩٨.
١٢. عاصم بن سعود السياط، سلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، بحث منشور على الرابط الإلكتروني:
<http://www.al-jarirah.com/20/4/20140721/rj7.html>
١٣. د. محمد مصطفى حسن - المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٢٥، العدد الأول، يونيه، سنة ١٩٨٣.
١٤. د. محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مجلد ٣٩، عدد ١، سنة ١٩٩٧.

١٥. د. مصطفى كمال وصفي، الإجراءات القضائية في منازعات العقود الإدارية، مجلة المحاماة المصرية، س٤٨، العدد السابع، ١٩٦٨.
١٦. د. مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، مصر، القاهرة، السنة ١٣، العدد الأول، سنة ١٩٧٩.
١٧. أ. نبيل أحمد سعيد، الطبيعة القانونية لعقد الامتياز البترولي، مجلة مجلس الدولة المصري، س١٣-١٤-١٥، سنة ١٩٦٦.

● التشريعات والقوانين والقرارات:

○ في مصر:

١. دستور سنة ٢٠١٢، المعطل والمعدل سنة ٢٠١٤، والمعدل سنة ٢٠١٩.
٢. القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.
٣. قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧/ لعام ١٩٧٢.
٤. قانون تنظيم التعاقدات العامة في جمهورية مصر العربية والصادر بالقانون رقم ١٨٢ تاريخ ٣/١٠/٢٠١٨.
٥. اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تجريها الجهات العامة رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ والصادرة بقرار وزير المالية رقم ٢٩٦ لعام ٢٠١٩.

○ في سورية:

١. القانون المدني السوري الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٤٩.
٢. قانون مجلس الدولة السوري رقم ٣٢/ لعام ٢٠١٩.
٣. نظام العقود الصادر بالقانون رقم (٥١) لعام (٢٠٠٤).
٤. دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤.

٥. بلاغ رئاسة مجلس الوزراء السوري، رقم ١٧٣/ب - ١٥/٣٠٥٧ تاريخ ١٩٧١/٩/١٢.

● مجموعات وموسوعات الأحكام والاجتهادات القضائية:

○ في مصر:

١. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية، الجزء الخامس، المجلد الأول.
٢. مجموعة المبادئ القانونية في ١٥ عاماً (١٩٤٦ - ١٩٦١) الجزء الثاني.
٣. د. مجدي محمود محب حافظ، مجموعة كنوز أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠، دار محمود للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٠، الجزء الثامن.
٤. موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠١٠، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة ٢٠١١.
٥. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً.
٦. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في ٤٠ عاماً.
٧. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في أربعين عاماً، (١٩٥٥-١٩٩٥).
٨. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً - ١٩٦٥ - ١٩٨٠.
٩. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٧٢، الجزء الثاني.

١٠. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٨٧.
١١. مجموعة القواعد التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، لعام ١٩٨٩.
١٢. مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٩١.
١٣. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٩٢.
١٤. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ١٩٩٤.
١٥. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية لعام ٢٠٠١.
١٦. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في مصر، الدائرة الأولى، الجزء الأول، من أول أكتوبر ٢٠٠٦، إلى نهاية أبريل ٢٠٠٧.
١٧. المجموعة الإلكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام ٢٠١٠.
١٨. مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري، الجزء ٤٩، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٩٩.
١٩. مجموعة مبادئ الجمعية في شأن العقود الإدارية منذ نشأتها عام ١٩٤٦ وحتى عام ٢٠٠٥.
٢٠. مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها الفتاوى الصادرة في الفترة من أول مارس ١٩٩٣ حتى آخر سبتمبر ١٩٩٣، الجزء الثاني.

٢١. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية لعام ١٩٥١.
٢٢. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية لعام ١٩٥٧.
٢٣. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة القضاء الإداري في أول أكتوبر ١٩٦٦ حتى آخر سبتمبر ١٩٦٩.
٢٤. مجلة المحامون في جمهورية مصر العربية، العدد الثالث، سنة ٢٠٠٣.

○ في سورية:

١. مجموعة المبادئ القانونية، للأعوام ١٩٦٠-١٩٦٤.
٢. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية في عام ١٩٦٥.
٣. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢.
٤. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٣.
٥. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لسنة ١٩٧٤.
٦. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥.
٧. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٧.
٨. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٨.

٩. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٠.
١٠. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لدى مجلس الدولة السوري لعام ١٩٨٢.
١١. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية في مجلس الدولة السوري لعام ١٩٨٣.
١٢. مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٩٨٤.
١٣. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٦.
١٤. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٨.
١٥. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ٢٠٠٥ - ٢٠٠٩.
١٦. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام ١٩٧٠.
١٧. مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري السورية لعام ١٩٧١.
١٨. المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة الصادرة سنة ٢٠١٦.
١٩. المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٨.
٢٠. صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، سنة ٢٠٠٥.

● **المعاجم:**

١. جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت - سنة ١٩٧٨ -
المجلد الثاني.
٢. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة،
الكويت، سنة ١٩٨٣.
٣. محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، طبعة دار الفكر،
بيروت، سنة ١٩٩٥.

ثانياً. المراجع باللغة الفرنسية:

● **Ouvrages:**

- 1- R. BONMOURD, Précis de droit administratif, LGDJ, 4eme éd., Paris, 1943.
- 2- A. COUDEVYLLE, Les concessions de service public des collectivités locales, Sirey, Paris, 1983.
- 3- J. DUFAU, Les concessions de service public, Moniteur, Paris, 1979.
- 4- J.-F. LACHAUME, Les grandes décisions de la jurisprudence, droit administratif, PUF, 7eme éd., 1983.
- 5- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, et E. SAVAUX, L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs, Armand Colin, 2000.
- 6- A. DELAUBADERE, Traite Théorique et pratique des contrats administratifs, LGDJ, Paris, 1956.
- 7- A. DELAUBADERE, Traite des contrat administratif, LGDJ, 2eme ed., Tome 1, Paris, 1973.
- 8- A. DELAUBADERE, Traite élémentaire de droit administratif, LGDJ, tome 1, Paris, 1984.

- 9- A. DE LAUBADERE, Traite de droit administratif, LGDJ, 16eme éd., Paris, 2001.
- 10- A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, et Moderne et P. DELVOVE, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J., Tome 1, Paris, 1983.
- 11- DE LAUBADERE, J. –CL. VENEZIA, et Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif, LGDJ, 15eme éd., 1999.
- 12- A. HAUMONT, Les marches de fournitures et de services, J.C.A., Paris, 1967.
- 13- C. VELDEL, et P. DELVOVE, Droit administratif, PUF, 12eme ed., Paris, 1933.
- 14- CH. GUETTIER, Droit des contrats administratifs, PUF, Paris, 2008.
- 15- R. CHAPUS, Droit administratif général, Montchrestien, 15eme ed., tome 1, Paris, . 2001.
- 16- C. DEBBASCH, Contentieux administratifs, Dalloz, Paris, 1990.
- 17- D. LEVY, L'administration publique, Recueil De Texte, Paris, 1971.
- 18- G. DRAGO, les Travaux publics, Droit administratif et administration, Notices de la Documentation Française, Paris, 1988.
- 19- P. DUEZ, et G. DEBYRE, Traite de droit Administratif, PUF, Paris, 1962.
- 20- J. DUFAU, Le droit des travaux publics, Moniteur, 2eme éd., Tome 1, Paris, 1988.
- 21- P. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Dalloz, 3eme éd., Paris, 1927.
- 22- F.-P. BENOIT, De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatéral dans les contrats administratifs, J.C.P., Paris, 1963.

- 23- M.-A. FLAMME, Traite théorique et pratiques der marches publics, Bruylant, tome1, Bruxelles, 1969.
- 24- P.-B. FRANCIS, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 1986.
- 25- G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, PUF, Paris, 1936.
- 26- G. JEZE, Contrats administratifs, Marcel Girard, Paris, 1932.
- 27- G. VEDAL, et P. DELVOVE, Droit administratif, PUF, 12eme éd., 1993.
- 28- G. DUPUIS, Droit administratif, Dalloz, Paris, 1999.
- 29- M. HAURIOU, Précis de droit administrative et de droit public, PUF, 8eme ed., Paris, 1914.
- 30- J. CARBAGJO, Droit des services publics, Dalloz, Paris, 1995.
- 31- J. LEFFAULON, Les Formalités en matière de sanction dans le contrat administratif, A.J.D.A., Paris, 1974.
- 32- J. RIVERO, et J. WALINE, Droit administratif, 18eme éd., Dalloz, Paris, 2000.
- 33- J. DUFAU, Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concessions de service public, A.J.D.A., Paris, 1955.
- 34- J.-F. LACHAUME, Les grands décisions de la jurisprudence, droit administratif, PUF, 7eme éd., Paris, 1983.
- 35- J. MORAND-DEVILLER, Cours de droit administratif, cours thèmes de réflexion, commentaire d'arrêt avec cas pratiques corrigées, Montchrestien, Paris, 1989.
- 36- J. RIVERO, Droit administratif, 11eme éd., Dalloz, Paris, 1985.
- 37- P.-L. JOSSE, Les travaux publics et les appropriations, Sirey, Paris, 1958.
- 38- L. RICHER, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 5e éd., Paris, 2006.
- 39- L. RICHER, Les contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1991.

- 40- J. LECLERE, Les marches de fournitures et de travaux publics, Charles La Vauzelle, Paris, 1949.
- 41- L. HUILLIER, Les contrats administratifs tiennent ses pouvoirs de l'al administration, Dalloz, Paris, 1953.
- 42- F. LLORENS, Contrat d'Entreprise et marche de Travaux publics, L.G.D.J., Paris, 1981.
- 43- M. DE VILLIERS, Droit public général, Iitec, Paris, 2003.
- 44- M. LUBRANO, et M. LAVDERA, Les marches de L'Etat et des collectivités locales, Berges, Paris, 1960.
- 45- M. DEGOFFE, Droit de la sanction non pénale, 1^{ère} éd., Economica, Paris, 2000.
- 46- M. KAHN, Conclusions sur C.E., 2 mai 1958, A.J.D.A., Paris, 1958.
- 47- J. MONTMERLE, Passation et exécution des marches de travaux publics, Eyrolles, 2eme éd., Paris, 1967.
- 48- J. MORAND, Cours de Droits administratif, Montchrestien, 8eme éd., Paris, 2003.
- 49- M.-L. MOREAU, Les contrats administratifs, droit administratif et administration, Notices de la documentation française, Dalloz, Paris, 1988.
- 50- G. OLIVIER, Contentieux Administratif, Dalloz, 3eme éd., Paris, 2002.
- 51- P. DELVOLVE, Responsabilité contractuelle, Répertoire de responsabilité de puissance publique, Dalloz, Paris, 1987.
- 52- P.-L. JOSSE, Les travaux publics et l'expropriation, Sirey, Paris. 1958.
- 53- Ph. TERNEYRE, La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Economica, Paris, 1988.
- 54- R. CHABUS, Droit administratif général, Montchrestien, Paris, 2001.

- 55- R. ZOUAIMIA, et M.-C. ROUAULT, Droit Administratif, Editions BERTI, Alger, 2009.
- 56- J. SINGER, Les marchés des collectivités locales, Sirey, Paris, 1962.
- 57- G. VEDEL, Les bases constitutionnelles de droit administratif, E.D.C.E., Paris, 1954.
- 58- Ch. DEBBASCH, Droit administratif, Economica, 6eme ed., Paris, 2002.
- 59- J. WALINE, Droit administratif, Dalloz, 19eme éd., Paris, 2002.
- 60- Y. GAUDEMET, Traite de droit administratif, L.G.D.J., 16eme éd., Paris, 2001.

• **Thèses:**

- 1- - G.PEQUIGNOT, Théorie générale du contrat administratif, thèse, Université de Montpellier, 1945.
- 2- A. RIGHI, Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures, thèse, Université de Paris, 1945.
- 3- L. BERNARD, Des Contrats entre l'Etat et les particuliers, thèse, Université de Poitiers, 1851.
- 4- Ch. BETTINGER, L'évolution de la concession, Nation du droit administratif français , thèse, Université de Paris II, 1975.
- 5- F. DELMAS, Du pouvoir de l'administration de modifier les prévisions du marché de travail public, Thèse, Université de Paris, 1945.
- 6- F. EL-ATTAR, Le marché de travaux publics, Thèse, Université de Paris , 1953.
- 7- E. ROGER, La mise en régie dans les manches de travaux publics, thèse, Université de Nancy, 1944.
- 8- F. LECOMTE, Le rachat des concessions, thèse, Université de Paris, 1942.

- 9- G. MALDIDIER, La résiliation sans faute des marchés de fournitures passés par l'Etat, thèse, Paris, 1949.
- 10- I. ISAAC, La procédure administrative non contentieuse, thèse, Université de Paris, 1966.
- 11- J. HADJIDINAS, La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs, thèse, Université de Paris, 1966.
- 12- J.-P. NEGRIN, L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative, thèse, Université d' Aix- Marseille, 1971.
- 13- P. BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, thèse, Université de Montpellier, 1959.
- 14- H. POLACK, Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics en cas de manquement à ses obligations, thèse, Université de Paris, 1946.
- 15- R. CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée, thèse, Université de Paris, 1957.
- 16- S. BADAoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit Français et en droit Egyptien, thèse, Université de Paris, 1954.
- 17- C. VEGLERI, Des modifications Apportées par l'administration A ses contrats, thèse, Université de Paris, 1927.

• **Articles:**

- 1- A. PERI, "Le concept de nullité en droit des contrats administratifs", in La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 3, 14 Janvier 2008, disponible sur *Lexis Nexis SA*.
- 2- J. ANTOINE, "Les pouvoirs de sanction du contractants défaillant, Approche comparée entre droits des contrats administratifs et droit privé des obligations", *petites affiches*, N. 22, 07 octobre 2000.

- 3- B. STIRN, "conclurions sure C.E., 23 Juin 1986, Thomas, R.F.D.A., 1987.
- 4- Bernier, "Des Pouvoirs de l'administration sur les concessionnaires de travaux publics", R.D.P., 1927.
- 5- C. GUETTIER, "La responsabilité en droit administratif", in *Le Tourneau*, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz action, No. 221, 2006-2007.
- 6- J. DUFAU, "Marché, De travaux publics", in *Juris classeur, administratif* 1985, Fascicule, 520, Moniteur, Paris, 1988.
- 7- E. ROSENFELD, "Observations sous T.A d'Amiens", 26 juin 1984, J.C.P., 1986.
- 8- F. LLORORENS, "Notes Sous C.E., 2 Février 1983", (U.T.P.R.U), R.F.D.A., 1984.
- 9- G. MONSARRAT, "Notes sous C.E., 27 février 1925", Gouverneur général d'Algérie, D.P., 1926.
- 10- G. VEDEL, et R. BETTINGER, "Modalités d'exercice aux quelles obéit l'action d'une concession de service public intentée en vertu des dispositions de la loi No. 47-1413 du 30 Juillet 1947", C.J.E.C., 1955.
- 11- G. PEQUIGONT, "Des contrats administratifs, Contenu et effets spéciaux des contrats administratifs", in *Juris Classeur Administratif*, Fascicule 511, 1969.
- 12- J. DUFAU, "Les concessions des services publics", *Juris Classeur Administratif*, Fascicule 530, 1970.
- 13- J. GEORGE, "Contrats de l'administration", *Juris, Classeur Administrative* fascicule 510, 1968.

- 14- J. DUFAU, "Concessions de service public", *Juris Classeur Administratif*, Fascicule 530, 1984.
- 15- J. DUFAU, "Marchés de travaux publics, Régime juridique formation et exécution du marché", *Juris Classeur Administratif*, Fascicule 521, 1993.
- 16- M. HAURIOU, "Notes sous C.E., 27 Juin 1913, Ville de Toulouse" Rec. 1913.
- 17- M. AZIBERT, et M. DEBOISDEFFRE, "Chronique sous. C.E., 2 Février 1987, A.J.D.A., 1987.
- 18- M. BASSET, "Notes sous T.A. de Rennes, 2 février 1972", Société du port de pêche de Lorient, C.J.E.G., No. 268, 1973.
- 19- Ph. TERNEYRE, " Note sous C.E., 28 mai 1986, *les petites affiches*, No. 64, 1986.

● **Réglementation et Textes:**

- 1- Code civil Francis de 1804.
- 2- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, portant partie législative du code de la commande publique.
- 3- Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018, portant partie réglementaire du code de la commande publique.

RESEARCH ABSTRACT

The Administration, being regularly in charge of the public utilities, having two legal important means: first, the administrative decisions are severally issued by the administration, and the second consists of the administrative contracts concluded with third parties to run the affairs of public utilities and to enable them to perform their tasks continuously.

Doubtlessly, the legislator granted the contracting administration, in this regard, a bundle of privileges and powers to confront the contractor through which it can carry out the role vested therein to manage and run the public utilities.

The most important privilege is the power of control and steering the Administration exercises during the performance period of the administrative contracts. This power is one of the outstanding powers the Administration enjoys, that is to control the execution of the contracts throughout all performance periods and steps.

The second privilege is the Administration's right to amend the administrative contract with its own will. This is one of the exceptional powers the administration has in confronting the contractor. However, it is not an absolute right; it is subject to legal controls and it should be based on a reason relevant to public welfare.

The third privilege the Administration enjoys is the right of imposing contractual penalties if the contractor breaches his commitments, abstains from executing them or neglects his duties of the contract performance.

Finally, the Administration severally enjoys the right of terminating the contract for reasons related to public welfare regardless of any contractual error on the contractor's side. However, this privilege is subject to several conditions and restrictions which should be observed by the Administration at the liability of its accountability before the court.

Keywords:

Administration, Contractor - Public Utilities - Administration Privileges - Administrative Contracts - The Power of Steering and Control - Contract Amendment Severally - Contractual Penalties - Terminating the Administrative Contract Severally - Contractual Commitments - Judicial Control.

Syrian Arab Republic
Damascus University
Faculty of Law
Department of Public Law



**Privileges of the Contracting Management in the
Scope of Executing Administrative Contracts
Comparative Study**

**A dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the
Requirements for the Degree of Ph.D in Public Law**

By

GHASSAN ABDULATIF ALJAYOUSH

Supervisor

AMMAR AL-TERKAWI

**Professor in the Department of Public Law
Faculty of Law/University of Damascus**

2022 A.D

1444 A.H