



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

İDARİ SÖZLEŐMEYİ KAMU YARARI AMACIYLA DEĐİŐTİRMEYE YÖNELİK YÖNETİM YETKİSİ

STERNAS ARKAN ABDULRAHMAN

Yüksek Lisans Tezi



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

سلطه الادارة في تعديل العقد الاداري لأغراض المصلحة العامة

ستيرناس أركان عبدالرحمن

رسالة ماجستير

İDARİ SÖZLEŞMEYİ KAMU YARARI AMACIYLA DEĞİŞTİRMEYE YÖNELİK YÖNETİM YETKİSİ

STERNAS ARKAN ABDULRAHMAN

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

YRD.DOÇ.DR. YOUSİF MOSTAFA RASUL

NICOSIA
2021

سلطه الادارة في تعديل العقد الاداري لأغراض المصلحة العامة

ستيرناس أركان عبدالرحمن

جامعة الشرق الأدنى
الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

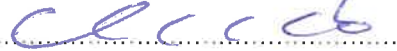
الأستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول

نيقوسيا
2021

KABUL VE ONAY

Sternas Arkan Abdulrahman tarafından hazırlanan "İdari sözleşmeyi kamu yararı amacıyla değiştirmeye yönelik yönetim yetkisi" başlıklı bu çalışma, 31/ 01 /2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ



Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Prof. Dr. Weadi Sulaiman Ali (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



Yrd.Doç.Dr. Shamal Husain Mustafa
Yakın Doğu Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير ستيرناس اركان عبدالرحمن في رسالته الموسومة بـ " سلطه الادارة في تعديل العقد الاداري لاغراض المصلحة العامة " نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/01/31، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق ,قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق ,قسم القانون العام

.....
الاستاذ المساعد الدكتور شمال حسين مصطفى
جامعة الشرق الادنى
كلية العلوم الاقتصادية والإدارية، قسم العلاقات الدولية

.....
الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير

BİLDİRİM

Ben STERNAS ARKAN ABDULRAHMAN olarak beyan ederim ki **İdari sözleşmeyi kamu yararı amacıyla değiştirmeye yönelik yönetim yetkisi**, başlıklı tezi 'Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı,tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 31/01/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: STERNAS ARKAN ABDULRAHMAN

الاعلان

أنا ستيرناس أركان عبدالرحمن، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان فرض سلطه الادارة في تعديل العقد الاداري لأغراض المصلحة العامة، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول، ولقد أعدتها بنفسى تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/01/31

التوقيع:

الاسم واللقب: ستيرناس أركان عبدالرحمن

TEŞEKKÜR

Başlangıçta, danışman (Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul) tezin denetimini kabul etme ve değerli bilimsel gözlemleri ve görüşleri aracılığıyla yardım ve yardım sağlama tercihindendir dolayı teşekkür ve şükranlarımı sunabilirim. Bilimsel rehberlik, tezin gerekli biçimde üretilmesinde büyük bir etkiye sahipti.

Değerli hocalarımızın başkanlığındaki bu akademik aşamayı tamamlarken yanımda olan herkese manevi destek ve cesaretlerinin devamlılık ve başarı üzerinde etkisi olduğu için içten teşekkürlerimi sunuyorum. Bilimsel kaynakların elde edilmesinde bana yardımcı olanlara, özellikle çeşitli üniversitelerdeki kütüphanecilere içten teşekkür ve takdirlerimi sunuyorum.

شكر وتقدير

في البداية لا يسعني الا ان اتقدم بالشكر والعرفان الى الاستاذ المشرف (الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول) لتفضله بقبول الاشراف على الرسالة وتقديم العون والمساعدة من خلال ملاحظاته وآرائه العلمية القيمة، فكان لتوجيهاته العلمية أثر كبير في اخراج الرسالة بالشكل المطلوب.

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى كافة الذين وقفوا الى جانبي في إتمام هذه المرحلة الأكاديمية، وعلى رأسهم الاساتذة الافاضل، فكان لدعمهم المعنوي وتشجيعهم أثر في الاستمرار والتوفيق. كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى لذين ساعدوني في الحصول على المصادر العلمية على الخصوص موظفي المكتبات في مختلف الجامعات

ÖZ

İDARİ SÖZLEŞMEYİ KAMU YARARI AMACIYLA DEĞİŞTİRMEYE YÖNELİK YÖNETİM YETKİSİ

İdari sözleşme konusu, idarenin sıklıkla kullandığı araç olması nedeniyle idare hukukunda en önemli konulardan biridir ve idari sözleşme, özellikle ekonominin ve kalkınmanın geliştirilmesinde en önemli rolü idarenin en önemli rol oynadığı ülkelerde öne çıktığı için idari faaliyetin yürütülmesi için en önemli hukuki araçlardan biridir. Buna dayanarak, her türlü idari sözleşme, bireylerin ve toplumların yaşamlarıyla yakından ilgilidir, dolayısıyla toplumların mutluluğuna ve üyelerinin refahına giden yoldur.

Ve idari sözleşmenin yapılmasındaki temel amaç kamu yararını sağlamak olduğu için idarenin idari sözleşmede özel hukuk sözleşmelerinde benzeri olmayan yetkileri vardır ve bu, idari sözleşmenin ayırt edici burçudur. Bu çalışmada, idareye tanınan istisnai yetkilerin idarenin kamu hukukunun ayrıcalıklarını kullanmaya başvurmasının açık bir tezahürü olan yönlerini belirtmenin yanı sıra içeriğini belirtme açısından ele alıyoruz. İdari sözleşmeler ve tüm bu otoritelerin amacı idari sözleşmeyi akdetmek, yani kamu yararını sağlamaktır.

Anahtar kelimeler: idari sözleşme, istisnai yetkiler, kamu yararı, kamu yararı, yönlendirme ve kontrol, yaptırımlar, sözleşme değişikliği

ABSTRACT

MANAGEMENT AUTHORITY TO AMEND THE ADMINISTRATIVE CONTRACT FOR PUBLIC INTEREST PURPOSES

The issue of the administrative contract is one of the most important issues in administrative law, as it is the tool that the administration frequently exercises, and the administrative contract is one of the most important legal means for practicing administrative activity, as the administrative contract is especially prominent in the countries where the administration plays the most important role in developing the economy and development. Based on this, the administrative contract of all kinds is closely related to the lives of individuals and societies, so it is the path leading to the happiness of societies and the well-being of its members.

And since the primary purpose of concluding the administrative contract is to achieve the public interest, the administration has powers in the administrative contract that are unparalleled in private law contracts, and this is the distinctive horoscope of the administrative contract. In this study, we deal with the administrative contract in terms of stating its content, in addition to stating the aspects of the exceptional powers vested in the administration, which represent a clear manifestation of the administration's resort to using the privileges of public law. Administrative contracts, and the reason for all of these authorities to the goal intended to conclude the administrative contract, which is to achieve the public good.

Key words: administrative contract, exceptional powers, public interest, public utility, directive and control, sanctions, contract modification.

الملخص

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لأغراض المصلحة العامة

ان موضوع العقد الإداري من أهم الموضوعات في القانون الإداري، حيث يعد الأداة التي تمارسها جهة الإدارة بكثرة، كما أن العقد الإداري أحد أهم الوسائل القانونية لممارسة النشاط الإداري، حيث يبرز العقد الإداري بشكل خاص في الدول التي تلعب فيها الإدارة الدور الأهم في تطوير الاقتصاد والتنمية، وعلى هذا فإن العقد الإداري باختلاف أنواعه يتصل اتصالاً وثيقاً بحياة الأفراد والمجتمعات فيكون الطريق المؤدي لسعادة المجتمعات ورفاه أفرادها.

ولما كانت الغاية الأساسية من إبرام العقد الإداري هي تحقيق المصلحة العامة فإن الإدارة تتمتع بسلطات في العقد الإداري لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وهذا هو الطالع المميز للعقد الإداري. في هذه الدراسة نتطرق إلى العقد الإداري من حيث بيان مضمونه علاوة على بيان أوجه السلطات الاستثنائية المخولة للإدارة والتي تمثل مظهراً واضحاً للجوء الإدارة إلى استخدام امتيازات القانون العام، فالرقابة والتوجه وفرض الجزاءات المالية وغير المالية و سلطة تعديل العقد وانهاية كلها تمثل المركز القانوني المميز للإدارة في العقود الإدارية، ومرد كل هذه السلطات إلى الغاية المتوخاة من إبرام العقد الإداري الا وهي تحقيق الصالح العام.

الكلمات المفتاحية: العقد الإداري، السلطات الاستثنائية، المصلحة العامة، المرفق العام، التوجيه والمراقبة، الجزاءات، تعديل العقد.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	
BİLDİRİM	
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	4
İdari sözleşme nedir ve menşei	4
1.1: İdari sözleşmenin tanımı	4
1.1.1: Sözleşmeler dilini tanımlayın.....	4
1.1.2: Sözleşmeler geleneksel olarak tanımlanır	5
1.1.3: idari sözleşmenin tanımı	5
1.2: İdari sözleşmelerin ortaya çıkışı	7
1.3: İdari sözleşmenin özellikleri	10
1.3.1: Sözleşme tarafları açısından.....	10
1.3.2: Sözleşme konusu açısından	11
1.3.3: Ortak hukuk yönteminin benimsenmesi.....	12
1.4: İdari Sözleşme Türleri	12
1.4.1: Bayındırlık İşleri Sözleşmesi	13
1.4.2: Tedarik Sözleşmesi.....	16
1.4.3: Danışmanlık Hizmetleri Sözleşmeleri	18
BÖLÜM 2	20
Sözleşmeyi izleme ve değiştirme konusunda yönetim yetkisi	20
2.1: Gözetim ve yönlendirme için yönetim yetkisi.....	20
2.1.1: Gözetim ve yönlendirme yetkisi nedir.....	21
2.1.2: Gözetim ve yönlendirme yetkisinin yasal dayanağı	22

2.1.3: Gözetim ve yönlendirme yetkisinin kontrolleri.....	24
2.2: Sözleşmeyi değiştirecek yönetim yetkisi	25
2.2.1: sözleşmeyi değiştirme yetkisi nedir	26
2.2.2: Yetkinin değiştirmesi için yasal dayanak	26
2.2.2.1: Kamu Yetkilisi	27
2.2.2.2: Genel tesis gereksinimleri	27
2.2.3: Değişiklik yetkisini ve görsellerini kullanma koşulları	27
2.2.3.1: Değişiklik Yetkilisi için Koşullar.....	28
2.2.3.2: Değişiklik Makamının Formları	30
2.2.4: Yönetim otoritesinin idari sözleşmeyi değiştirmesine ilişkin kısıtlamalar	32
BÖLÜM 3	34
Ceza verme ve sözleşmeyi feshetme konusunda yönetim yetkisi	34
3.1: Yaptırım uygulama yetkisi	34
3.1.1: Yaptırımların içeriği	35
3.1.2: İdarenin yaptırım uygulama yetkisinin yasal dayanağı	35
3.1.3: İdari sözleşmelerde cezaların genel özellikleri	37
3.1.4: Mali cezalar.....	39
3.1.4.1: Tazminat.....	39
3.1.4.2: Geciken para cezaları	39
3.1.4.3: Sigortalara el konulması.....	41
3.1.5: Mali olmayan cezalar	42
3.1.5.1: Mali olmayan ceza türleri	43
3.1.5.2: Sözleşmenin feshi.....	45
3.2: İdari sözleşmeyi feshetme yetkisi.....	45
3.2.1: İdari sözleşmenin feshi davaları	46
3.2.1.1: İdari sözleşmenin doğal olarak feshi	46
3.2.1.2: idari sözleşmenin anormal feshi.....	47
3.2.2: Sözleşmenin tamamen yönetimin takdirine bağlı olarak feshi	49
SON	53

KAYNAKÇA	55
İNTİHAL RAPORU	61
BİLİMSEL ARAŞTIRMA ETİK KURULU	62

قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
.....	الإعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
4.....	الفصل الأول
4.....	ماهية العقد الإداري ونشأته
4.....	1.1: تعريف العقد الإداري
4.....	1.1.1: تعريف العقد لغة
5.....	2.1.1: تعرف العقد اصطلاحاً
5.....	3.1.1: تعريف العقد الإداري
7.....	2.1: نشأة العقود الإدارية
10.....	3.1: خصائص العقد الإداري
10.....	1.3.1: من حيث أطراف التعاقد
11.....	2.3.1: من حيث موضوع العقد
12.....	3.3.1: الاخذ بأسلوب القانون العام
12.....	4.1: أنواع العقود الإدارية
13.....	1.4.1: عقد الإشغال العامة
16.....	2.4.1: عقد التوريد

18.....3.4.1: عقود الخدمات الاستشارية.....

20.....**الفصل الثاني**.....

20.....**سلطة الإدارة في الرقابة وتعديل العقد**.....

20.....1.2: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.....

21.....1.1.2: ماهية سلطة الرقابة والتوجيه.....

22.....2.1.2: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه.....

24.....3.1.2: ضوابط سلطة الرقابة والتوجيه.....

25.....2.2 : سلطة الإدارة في تعديل العقد.....

26.....1.2.2: ماهية سلطة تعديل العقد.....

26.....2.2.2: الأساس القانوني لسلطة التعديل.....

27.....1.2.2.2: السلطة العامة.....

27.....2.2.2.2: مقتضيات المرفق العام.....

27.....3.2.2: شروط استعمال سلطة التعديل وصورها.....

28.....1.3.2.2: شروط سلطة التعديل.....

30.....2.3.2.2: صور سلطة التعديل.....

32.....4.2.2: القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.....

34.....**الفصل الثالث**.....

34.....**سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وإنهاء العقد**.....

34.....1.3: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....

35.....1.1.3: مضمون توقيع الجزاءات.....

35.....2.1.3: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.....

37.....	3.1.3: الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية.....
39.....	4.1.3: الجزاءات المالية.....
39.....	1.4.1.3: التعويضات
39.....	2.4.1.3: الغرامات التأخيرية.....
41.....	3.4.1.3: مصادرة التأمينات.....
42.....	5.1.3: الجزاءات غير المالية.....
43.....	1.5.1.3: صور الجزاءات غير المالية.....
45.....	2.5.1.3: فسخ العقد
45.....	2.3: سلطة إنهاء العقد الإداري.....
46.....	1.2.3: حالات إنهاء العقد الإداري
46.....	1.1.2.3: الانهاء الطبيعي للعقد الإداري.....
47.....	2.1.2.3: الانهاء غير الطبيعي للعقد الإداري.....
49.....	2.2.3: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة
53.....	الخاتمة.....
55.....	المصادر.....
61.....	تقرير الاستيلاء.....
62.....	لجنة اخلاقيات البحث العلمي.....

المقدمة

تتمتع الإدارة العامة بسلطات واسعة بمناسبة أدائها لمهامها المختلفة بمقتضى ما تصدره من قرارات و ما تبرمه من عقود متنوعة و من أبرزها هي سلطة أو حق الإدارة في تعديل شروط العقد و الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في طبيته، و بالرغم من اختلاف الفقهاء حول ثبوت هذا الحق إلا انه أصبح اليوم من المبادئ المعترف بها للإدارة العامة هذا الأخير الذي يجد أساسه في فكرتين بارزتين هما امتيازات السلطة العامة التي تسعى لتحقيق المصلحة العامة و الثانية هي احتياجات المرافق العامة التي تعمل باستمرار و إطاراً من أجل إشباع حاجيات الجمهور.

ان العقد كأسلوب من أساليب ممارسة الإدارة للنشاط الإداري تلجأ اليه جهة الإدارة في سبيل تحقيقها لبعض أهدافها إلى جانب أسلوب القرار الذي تصدره الإدارة من جانب واحد، ولكن إن الواقع العلمي أظهر أن جهة الإدارة كثير ما تلجأ إلى طريق العقد وذلك في سبيل تحقيق بعض الأهداف التي تبتغى منها الصالح العام ، وذلك إذا ارادت جهة الإدارة تملك بعض الأموال للقيام بأعمال معينة، أو الحصول على بعض الخدمات بل وحتى في تنظيم وتسيير المرافق العامة. بالإضافة إلى ذلك فإن أسلوب العقد يجد ما يبرره في أي نظام يظل مرتبطاً بمشروع القانون الخاص حيث يسمح أسلوب العقد بتحقيق مشاركة الأشخاص الخاصة في تسيير المرافق العامة، وذلك من حيث بالقيام بعمل أو في حالة الإرتباط المرافق العامة للقيام ببعض الأعمال التي تتصل بالمرفق العام.

وتستخدم الإدارة في مباشرة نشاطها وسائل قانونية لضمان سير المرفق العام بانتظام، وهذه الوسائل القانونية تتخذ صورتين، الأولى هي وسيلة قانونية تتمثل في تصرفات الإدارة بإرادتها المنفردة وتتم من جانبها وحدها فقط وهي القرارات الإدارية، والوسيلة القانونية الثانية تكون ناتجة عن تصرفات الإدارة مع غيرها من الأطراف وتكون من جان بين وإرادتين متقابلتين، تمثل إحداها الإدارة والثانية تمثل إرادة من يتعاقد مع الإدارة وهذه الوسيلة هي العقود الإدارية.

وإذا كان القرار الإداري هو أنجع وسائل القانون العام التي تمكن الإدارة من القيام بالأدوار العديدة المنوطة بها إلا أن هذه الوسيلة وحدها لا تكفل لها القيام بالأدوار الإدارية جميعها كما أنها لا تصلح في كثير من الأحوال لتحقيق أهداف النشاط الإداري. ولذلك تلجأ الإدارة للوسيلة القانونية الثانية وهي العقود الإدارية التي تتفق فيها مع الأفراد والهيئات الخاصة بموجب عقود تحدد فيها الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد لكلا الطرفين.

أهمية الدراسة:

ان موضوع العقد الإداري من أهم الموضوعات في القانون الإداري، حيث يعد الأداة التي تمارسها جهة الإدارة بكثرة، كما أن العقد الإداري أحد أهم الوسائل القانونية لممارسة النشاط الإداري، حيث يبرز العقد الإداري بشكل خاص في الدول التي تلعب فيها الإدارة الدور الأهم في تطوير الاقتصاد والتنمية، وعلى هذا فإن العقد الإداري باختلاف أنواعه يتصل اتصالا وثيقا بحياة الأفراد والمجتمعات فيكون الطريق المؤدي لسعادة المجتمعات ورفاه أفرادها.

ولذلك فإن السلطات الاستثنائية الممنوحة في العقد الإداري أداة أساسية وفعالة لتحقيق الغرض التي منح على أساسها هذه السلطات وهي تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فإن لها تأثيرا بارزا لا يمكن إغفاله أو التقليل منه.

مشكلة الدراسة:

نظرا لأهمية العقد الإداري في حياة الدولة والمجتمع فهو يعد في الواقع العملي المحرك الأساسي لعجلة التنمية والتطور في الخدمات التي تقدمها الإدارة وهي تمارس أنشطتها المختلفة تحقيقا للمصلحة العامة.

كما أن العقد الإداري ليس عقدا محققا للمساواة كما هو بالنسبة للعقد المدني، فالطرفان في العقد الإداري لا يكونا في مرتبة واحدة، غير أن السلطات والاستثناءات الممنوحة للإدارة لا تعني أنها خارج القانون، فهذه السلطات الاستثنائية ممنوحة للإدارة بهدف تحقيق المصلحة العامة وينبغي على الإدارة أن لا تمارسها إلا في ظروف وأهداف محددة ، فهي تشكل بالنسبة للإدارة وسيلة لتحقيق تطبيق أغراض العقد بما يتوافق مع مقتضيات المصلحة العامة المتغيرة، وبناء على ذلك يجب أن لا تتهرب الإدارة من الالتزامات المفروضة عليها بموجب العقد، كما أنها إن فعلت ذلك في غير الحدود التي منحها المشرع لها فإنها تخضع للقضاء في إرجاع الحق للمتعاقد معها مما خرجت عنه في العقد خارج المصلحة العامة.

أهداف الدراسة:

ترمي هذه الدراسة الى بيان أوجه مظاهر لجوء الإدارة الى امتيازات القانون العام في العقود الادارية، وعلى نحو أدق تهدف الدراسة الى تناول السلطات المخولة للإدارة في ابرام العقود الادارية ومدى اختلاف القواعد التي تحكم العقد الاداري مع القواعد العامة للعقود في مجال القانون الخاص.

كما وتهدف الدراسة الى تناول أهم السلطات المميزة والاستثنائية للإدارة سواء من حيث التعامل مع المتعاقد معها أو من حيث التصرف في العقد بالتعديل والانهاء.

منهجية الدراسة:

بغية توضيح معالم الموضوع في جوانبه المختلفة عمدنا الى اتباع المنهج التحليلي، ومن خلاله نبين المسائل ذات العلاقة بموضوع الدراسة بالتحليل في ضوء المبادئ العامة للقانون الاداري وعلى الخصوص الاحكام الخاصة بالعقد الاداري، علاوة على بيان موقف القضاء الاداري في شأن سلطات الادارة في العقود الادارية.

خطة الدراسة:

تم تقسيم الدراسة على ثلاثة فصول، في الفصل الاول نتناول ماهية العقد الاداري مبيناً تعريفه ونشأته والخصائص المميزة لها علاوة على بيان انواعها، وفي الفصل الثاني نتناول سلطة الادارة في التوجيه والرقابة الى جانب السلطة الممنوحة لها لتعديل العقد، ونخصص الفصل الثالث لدراسة سلطة الادارة في فرض الجزاءات وإنهاء العقد. وفي الختام ننهي الدراسة ببيان أهم الاستنتاجات التي نتوصل اليها اضافة الى المقترحات التي نراها جديرة بالذكر.

الفصل الأول

ماهية العقد الإداري ونشأته

لبيان ماهية العقد الإداري لابد أن نتطرق الى تعريف العقد الإداري ابتداءً ومن ثم التعرف على كيفية نشوء فكرة العقود الإدارية وأساسها ودور القضاء الإداري في استعارة وتطويع نظريات ومبادئ القانون الخاص، وتوظيفها في القانون العام بل أن القضاء الإداري في بعض الأحوال عمل على تطبيق مبادئ وقواعد مدنية تطبيقاً حرفياً دون تعديل أو تغيير على النزاع المطروح أمامه، لأنه وجد أن هذه القواعد والمبادئ لا تتعارض وطبيعة العلاقة في القانون العام¹.

1.1: تعريف العقد الإداري

إن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. من المتفق عليه أنه يجوز إبرام عقود بين إحدى الجهات الإدارية والإفراد العاديين دون أن تعتبر عقوداً إدارية بل تبقى عقوداً تخضع للقانون الخاص باعتبارها عقود مدنية. ومن المتفق عليه أيضاً أنه ليس كل عقد تبرمه الإدارة بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره يصبح عقداً إدارياً ما لم تظهر نية جهة الإدارة واضحة من تطبيق القانون العام عليه.

1.1.1: تعريف العقد لغة

من الناحية اللغوية ان العقد ينصرف الى الربط والتوثيق مادياً كان أم معنوياً، وتطلق كلمة العقد على كل ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يراد به الضمان أو العهد، فالأصل في هذه الكلمة هو الربط الحسي بين

1 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف في الاسكندرية، 2003، ص34.

أطراف الشيء إلا أن العرب استعملوها للربط المعنوي للكلام، سواء أكان ربطاً وتوثيقاً وتقوية لكلام صدر عن شخص أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين، فيقال عقد البيع أو عقد الإجارة... الخ². والعقد هو نقيض الحل ثم استعمل في أنواع العقود من المبيوعات وغيرها³.

2.1.1: تعريف العقد اصطلاحاً

من الناحية الاصطلاحية فهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني⁴. كذلك عرّف بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أو تعديله أو إلغاؤه، ويعرفه الفقيه الفرنسي دبلوبادير بأنه اتفاق إرادات تنشأ عنه التزامات، إذ يذهب أغلبية الفقه الفرنسي إلى أن تعريف العقد واحد في مختلف فروع القانون إلا أن النظام القانوني يختلف من عقد لآخر⁵، وقد فرّق بعض الفقهاء بين العقد والاتفاق باعتبار الإتفاق أعم من العقد فيعتبر الاتفاق جنساً والعقد نوعاً له فالإتفاق هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه في حين العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله فقط وقد عرّف فقهاء القانون عن الخوض في هذه التفرقة لعدم جدواها العملية وكذلك فعلت القوانين المدنية الحديثة.

3.1.1: تعريف العقد الإداري

الأصل أن مفهوم العقد الإداري لا يختلف عن مفهوم العقد المدني فهو في جوهره يعبر عن توافق إرادتين تتجهان إلى أحداث أثر قانوني معين وهو إنشاء التزام أو تعديله، ذلك أن العقد المدني والعقد الإداري يخرجان من مشكاة واحدة أصلها أن العقد شريعة المتعاقدين حيث ذهب الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى القول بأن الأصل بالنسبة للعقود المدنية والإدارية على حد سواء هو أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون⁶، إلا أن وحدة المصدر لا يعني التطابق بين هذين العقدين فالعقد الإداري ينماز بنظام قانوني خاص كونه يخضع للقضاء الإداري كما يختلف من حيث موضوعه وأطرافه ونشاطه وأهدافه وآثاره، ولذلك عرف جانب من الفقه العقود الإدارية بأنها أعمال قانونية شارك في صنعها قانوناً إرادتان متكاملتان، إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد مع

2 محمد سلام منكور، الفقه الإسلامي، المدخل والأموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهدية، القاهرة، 1954، ط1، ص245 وما بعدها.

3 مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 2008، باب الدال، فصل العين، ص316، هامش رقم 7.

4 عرفت المادة 73 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل العقد بأنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

5 د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة، بغداد، 1996، ص417.

6 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص38.

الإدارة، فالعقود الإدارية تقوم على فكرة التراضي والتقاء الإرادتين، أي إرادة كل من طرفي العقد، والعقد الإداري لا يختلف في هذا العنصر الجوهرية عن العقد المدني الذي يتم بين الأفراد أنفسهم⁷.

في حين عرّف جانب آخر من الفقه العقد الإداري بأنه الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، ولذلك يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم وبعض، سواء أكان يتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أم بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي أو منحه حق الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة⁸.

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء مصلحة عامة متبعاً في هذه الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطوائه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة الاتباع في عقود القانون الخاص⁹.

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي تجريه الإدارة العامة لفائدة أحد المرافق العامة أو أظهرت الإدارة نيتها باتباع نظام القانون العام دون نظام القانون الخاص وذلك بأشراطها الشروط القاسية لقبول الفرد في المساهمة بعمل المرفق العام.

ويخلص جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإداري بأنه عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام الإدارة مع شخص آخر بقصد تنظيم أو تسيير أو المساهمة في تسيير مرفق عام تظهر نية أطرافه للأخذ بأساليب القانون العام¹⁰، في حين يعرف جانب آخر من الفقه العقود الحكومية بأنها اتفاق يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام أو بين شخص من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص بقصد تسيير وتنظيم مرفق عام وتظهر فيه الإدارة بنية الأخذ بأحكام القانون العام وأساليبه.

يعرف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في

7. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2005، ص492.

8. د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 2011، ص18.

9. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص313.

10. د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1946، مكتبة الفلاح، ط1، 1981،

القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام¹¹. وتعرف أحكام المحكمة الإدارية العليا لمجلس الدولة المصري العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة من القانون الخاص¹². وعليه إن خصائص العقد الإداري هي:

1. أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

2. صلة العقد بالمرفق العام من حيث إنشاؤه أو تنظيمه أو تسييره.

3. أن تأخذ الإدارة بأساليب وامتيازات القانون العام.

ومما تقدم نستطيع أن نعرف العقد الإداري بأنه عبارة عن توافق إرادتين الأولى تكون لأحد أشخاص القانون العام والثانية تكون لأحد أشخاص القانون العام أو الخاص سواء أكان شخصاً معنوياً خاصاً أم شخصاً طبيعياً بهدف إدارة أو تنظيم أو تسيير مرفق عام أو المساهمة في تسيير مرفق عام وتظهر نية الطرف الأول بالأخذ بأساليب القانون العام فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو شروط وإجراءات وأساليب التعاقد وتنفيذ العقد وتعديله أو إنهائه من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص¹³.

2.1: نشأة العقود الإدارية

لقد برزت نظرية العقود الإدارية إلى حيز الوجود في وقت متأخر نسبياً ففي فرنسا كان المعيار المتبع حتى مطلع القرن العشرين في توزيع الاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والقضاء الإداري يقوم على أساس فكرة السيادة أو السلطة، حيث اقتصر اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة العامة في حين أن التصرفات العادية التي تنزل فيها الإدارة إلى مستوى الأفراد العاديين كانت تخضع لاختصاص القضاء العادي الذي يطبق بدوره قواعد القانون الخاص، وهذا الأمر يسري على العقود التي تبرمها الإدارة التي لا تنطوي على عنصر السلطان وخصائصه كالبيع أو الشراء أو الاستئجار، ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي استثناءً من القاعدة العامة سمي بنصوص قانونية بعض العقود التي تبرمها الإدارة كعقود الأشغال العامة وعقود بيع أموال الدولة وقد أطلق الفقه على هذا النوع من العقود تسمية العقود الإدارية بتحديد

11 د. صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 968.

12 د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص 224.

13 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام – التنفيذ – المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 16.

القانون كون الاختصاص الذي ينعقد للقضاء الإداري مرده نص القانون وليس راجعاً للخصائص الذاتية لطبيعة العقد¹⁴.

إلا أن الفقه بدأ يميل إلى استبدال معيار السلطة العامة بمعيار المرفق العام مستنداً لأحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع في قضية Terrier لعام 1903 وقضية كراينت فوج كمعيار منفرد للعقد الإداري باعتبار أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم سير المرافق العامة قومية كانت أم محلية، وسواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أو تصرفاً عادياً¹⁵، ومع ذلك تبقى الإدارة حرة في أن تلجأ لوسائل القانون الخاص إذا ما وجدت أن هذه الوسائل لازمة لتسيير المرفق العام، وبناءً على ما تقدم فإن العقد الإداري يكون كذلك ليس بنص القانون فقط بل يكون كذلك إذا كان شاملاً للعناصر الذاتية التي تجعل منه عقداً إدارياً حتى وإن لم ينص القانون على اعتباره عقداً إدارياً، وهذا المعيار من المرونة بحيث يجعل كل اتفاق تبرمه الإدارة مع الأفراد عقداً إدارياً إذا ما انصرفت نية الإدارة لخلق هذا الوصف عليه¹⁶.

والقضاء الإداري المصري في ظل قانون مجلس شورى الدولة لسنة 1946 قد حدد اختصاصه بالنظر في بعض العقود الإدارية المسماة وهي عقود التزام المرافق العامة والأشغال العامة والتوريد، في حين بقيت عقود الإدارة غير المسماة خاضعة لاختصاص القضاء العادي إلا أن نظرية العقد الإداري بدأت تترسخ جذورها بعد صدور قوانين مجلس الدولة المصري على التعاقب وهي القانون رقم 165 لسنة 1955 والقانون رقم 55 لسنة 1959، والقانون رقم 37 لسنة 1972، حيث تضمنت هذه القوانين نصوصاً تشير إلى اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر في المنازعات الناشئة عن كافة العقود الإدارية دون استثناء ولم يعد اختصاص القضاء الإداري المصري مقصوراً على عقود إدارية سماها القانون، وبذلك يكون المشرع المصري قد تلافى الاختصاص المشترك بين القضاء الإداري والعادي الذي من شأنه تشتيت اختصاص القضاء الإداري وتعارض الأحكام¹⁷.

وقد حددت المادة 9 من قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم 12 لسنة 1992 على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء أمام هذه المحكمة ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى

14 د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 2008، ص38.

15 د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة، القاهرة، 2001، ص11.

16 د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص39 وص40.

17 د. إبراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص33.

محكمة العدل العليا وهذا معناه أن القضاء العادي هو صاحب الاختصاص والولاية العامة في نظر كافة المنازعات القضائية إلا ما استثنى بنص خاص، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية في أحد قراراتها حيث جاء فيه إن العقود الإدارية إذا أبرمت لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء، وذلك لأن قانون المحكمة قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء، ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا.¹⁸

ويذهب جانب من الفقه إلى أن قانون محكمة العدل العليا آنف الذكر لم يحدث أي تغيير جوهري يذكر حول التنظيم القضائي الأردني رغم أنه وسع من اختصاص المحكمة في نظر المنازعات الإدارية ومنحها لأول مرة سلطة الفصل بطلبات تعويض الأضرار الناجمة عن القرارات الإدارية غير المشروعة من خلال دعوى الإلغاء إلا أن العقود الإدارية بقيت خارجة عن دائرة الطعن بالإلغاء وبقيت من اختصاص القضاء العادي كما هو الشأن في العراق.¹⁹

وفي العراق فبالرغم من استحداث القضاء الإداري في العراق بتاريخ 1990/1/10م من خلال تشكيل محكمة القضاء الإداري إلا أن المحكمة المذكورة ليس لها ولاية النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وطلبات التعويض التي ترفع إليها بصفة أصلية بصريح نص المادة 7 / ثانياً / د من قانون مجلس شورى الدولة المرقم 65 لسنة 1979م المعدل التي حددت اختصاصات المحكمة بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام بعد نفاذ القانون الخاص باستحداث محكمة القضاء الإداري الذي لم يحدد القانون مرجعاً للطعن فيها وبذلك يكون اختصاص القضاء الإداري في العراق اختصاصاً منقوصاً غير شامل فهو مقتصر على النظر في طلبات الإلغاء والتعويض بصورة تبعية لطلبات الإلغاء وطلبات الإلغاء التي ترد على القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، ويكون القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في النظر في منازعات العقود الإدارية وطلبات التعويض.²⁰

18 د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ك2، المرفق العام، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 1997، ص231.

19 د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص198.

20 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص48.

3.1: خصائص العقد الإداري

يعرف القضاء والفقه الإداريان العقد الإداري بأنه عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر فيه نية الإدارة العامة للأخذ بأسلوب القانون العام عن طريق تضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، وعليه لكي يكون العقد إداريا لا بد له من ثلاثة عناصر²¹:

1.3.1: من حيث أطراف التعاقد

من الطبيعي إن تكون الإدارة احد أطراف العقد وهذا العنصر من البديهيات كونه لا يجوز إن يوصف عقد بأنه عقد إداري إذا لم يكن احد أطرافه جهة إدارية أو شخص من أشخاص القانون العام. وأشخاص القانون العام تتمثل بالدولة والوزارات والمؤسسات الإدارية التابعة لها إضافة إلى المحافظات والأشخاص العامة المحلية²².

ومن المنفق عليه بهذا الخصوص أن أشخاص القانون العام تشمل الدولة والمحافظات والهيئات المحلية . اللامركزية الإقليمية . كما تشمل الهيئات والمؤسسات والمصالح والشركات العامة . اللامركزية المرفقية ، يستوي بعد ذلك أن يكون الطرف الثاني في التعاقد فرداً أو شخصاً معنوياً خاصاً.

ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه حال إبرامه شخصاً معنوياً عاماً، بل يجب أن يظل هذا الشخص محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، فإذا فقدها أثناء تنفيذ العقد بتحواله إلى شخص من أشخاص القانون الخاص غدا العقد مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني، ثم إن العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص يعتبر إداريا رغم أن الإدارة لم تكن طرفا فيه وذلك في حالتين:

1. إذا كان الشخص الخاص وكيلاً عن الإدارة في إبرام العقد، وهذا محض تطبيق لأحكام عقد الوكالة حيث ينصرف أثر العقد إلى الجهة الإدارية باعتبارها الطرف الأصيل، وينصرف نفس الحكم إلى التكليف الصادر عن الإدارة.

2. إذا تعاقد الشخص الخاص لحساب شخص عام: حيث العبرة بالنتيجة المترتبة على العقد، وأن مناط العقد يستند إلى مضمونه وفحواه²³.

21 إيمان الحباري، عناصر العقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:

<https://mawdoo3.com> تاريخ الزيارة: 2020/11/27

22 د. بكر القباني، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة وقراراتها وعقودها، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص161.

23 د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1973، ص84.

2.3.1: من حيث موضوع العقد

ينصرف موضوع العقد الإداري إلى إدارة مرفق من المرافق العامة أو أن يكون العقد متعلقاً بتسيير مرفق من المرافق العامة²⁴. والمرفق العام هو مشروع يقوم على منفعة عامة تهيمن عليه السلطة العامة، ثم إن المرافق العامة كثيرة ومتنوعة ومتطورة بتطور نشاط الدولة وازدياد تدخلها في حياة الجماعة، فهناك المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الصناعية والتجارية والمرافق الاجتماعية والمرافق النقابية، ثم هناك المرافق العامة الإجبارية بطبيعتها أو بنص القانون كالقضاء والأمن والمرافق التابعة للهيئات المحلية، وهناك المرافق الاختيارية والتي يترخص للإدارة القيام بها طبقاً لفهمها للمصلحة العامة ومبدأ المشروعية السائد، وهناك أنواع أخرى من المرافق يكشف عنها تطور المجتمع.

ثم إن فريقاً من الفقهاء يذهب إلى الاستغناء عن شرط المرفق العام في تحديد العقد الإداري وذلك اكتفاء بالشرط الثالث والذي هو تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث يصبح العقد إدارياً بغض النظر عن علاقته بالمرفق العام²⁵، وهذا الاتجاه من بعض الفقهاء والمحاكم يكشف عن الظروف المعاصرة التي تحيط بفكرة المرفق العام كمعيار لتحديد مجال القانون الإداري حيث هناك اتجاه يرمي إلى حلول فكرة السلطة العامة محل فكرة المرفق العام في مجال تطبيق القواعد الإدارية²⁶.

أن وضع السلطة العامة موضع المرفق العام في مجال تطبيق القانون الإداري هو وقوف عند الوسيلة دون اهتمام بالغاية، وخاصة في هذا الزمن الذي تتدخل فيه الدولة في شتى مناحي الحياة، فالمسلم به أن سلطان الإدارة ليس بغاية في ذاته ولكنه وسيلة لتحقيق النفع العام، لذلك ذهب بعض الفقهاء للمناداة باستبدال فكرة النفع العام بفكرة المرفق العام، ولكن هذه الفكرة لا يمكن أن ترقى إلى درجة المعيار ولن تغني عن فكرة المرفق العام، لأن النفع العام هو المحرك لجميع نشاطات الدولة، كما أن الإدارة العامة لا تحتكر فكرة النفع العام بل إن الأفراد يشاركون الإدارة في ذلك وبتشجيع من الإدارة ذاتها، كما أن وسائل القانون العام المنطوية على عنصر السلطان إنما تقررت نزولاً على مقتضيات سير المرافق العامة. لذلك أن الحل يكمن في التوسع في معنى المرفق العام مع الحفاظ على شروط العقد الإداري الثلاثة، وهذا ما التزم به القضاء المصري وأيدته في ذلك المحكمة الدستورية العليا، حيث تقول الأخيرة: يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه

24 د. علي خطار شطناوي، مصدر سابق، ص16 وما بعدها.

25 د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي بالقاهرة 1990، ص100.

26 د. حلمي مجيد الحميدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الخامس، العدد (1)، 1986، ص284.

شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص.

3.3.1: الأخذ بأسلوب القانون العام

أن تنصرف نية الإدارة العامة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك عن طريق تضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق العلاقات بين الأشخاص التي يحكمها القانون الخاص²⁷. وتهدف هذه الشروط الاستثنائية إجمالاً إلى تحقيق المصلحة العامة بالقيام بالعمل بأفضل جودة وبأقل نفقة ممكنة.

وتختلف الشروط الاستثنائية كعنصر مميز للعقد الإداري عن شروط الإذعان في عقود القانون الخاص، حيث نظم المشرع أحكام عقود الإذعان وأجاز للقاضي تعديل شروط العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة.

والشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص هي حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الإدارية كما ذهبت إلى ذلك المحكمة الدستورية العليا بمصر.

ومن أمثلة تلك الشروط حق الإدارة في تعديل شروط العقد وحق الإدارة في إنهاء العقد، ومنها امتياز التنفيذ المباشر وامتياز التنفيذ الجبري ومعلوم بالضرورة أن النية عمل باطني لا بد لإظهاره من وسائل معينة كالكتابة أو القول أو الفعل.. الخ.

أما إذا تعاقد شخص معنوي عام ولم يرقم في إبرام العقد أو تنفيذه على استخدام بعض وسائل القانون العام فإنه لا يمكن إضفاء الصفة الإدارية على العقد، ويحدث ذلك حين يتعاقد الشخص المعنوي العام بوصفه شخصاً عادياً فيخضع نفسه باختياره لأحكام القانون الخاص، وكثيراً ما تتطلب المصلحة العامة مثل هذه الصورة من التعاقدات الخاصة²⁸.

4.1: أنواع العقود الإدارية

هناك العديد من العقود التي تنتمي إلى طائفة العقد الإداري، وهذه العقود أغلبها تعد إدارية بنص القانون، نظراً لوجود تشريعات خاصة نظمت أحكامها وبالتالي عدّها من قبيل العقود الإدارية، علماً أن الأخذ بخصائص

27 د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2000، ص18.

28 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص 69.

العقد الاداري يتيح امكانية القول بوجود انواع أخرى من العقود التي يمكن ان تتوفر فيها عناصر العقد الاداري، وفيما يأتي بعض من العقود الادارية الشائعة.

1.4.1: عقد الإشغال العامة

عرف دي لوبادير عقد الإشغال العامة بأنه إعداد مادي لعقار ينفذ لحساب شخص عام بهدف تحقيق منفعة عامة²⁹ ، وعرفه البعض بأنه عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص آخر كفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الهدم أو الحفر أو الترميم أو الإصلاح أو الصيانة في عقار لحساب الشخص العام وتحقيقاً لنفع عام مقابل ثمن يحدده العقد. وعرف بأنه اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ويقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المنفق عليه ووفقاً للشروط الواردة بالعقد³⁰.

أما محكمة القضاء الإداري في مصر فقد عرفت عقد الإشغال العامة بأنه عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام ، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد. اما المشرع الاماراتي فقد عرفه بأنه عقد بين الإدارة وطرف آخر ويتم بمقتضاة قيام الطرف الاخر ببعض الاعمال التي ترد علي العقار سواء كان بناء أم ترميماً" أم صيانة مقابل ثمن يتم تحديده ويكون الهدف تحقيق مصلحة عامة ولا يتعلق بمنقول.

أما في العراق فيعرفه البعض بأنه اتفاق بين الإدارة و احد الأفراد بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية وتحقيقاً لمنفعة عامة³¹.

ومن ذلك يتبين أن عقد الإشغال العامة يتميز بتوافر شروط معينة وهي :

أولاً / إن يتعلق موضوع العقد بعقار

29 د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، ط3 ، مطبعة جامعة دهوك ، 2010 ، ص238 .

30 د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص125 .

31 د. علي محمد بدير ، د. مهدي السلامي ، د. عصام البرزنجي ، مبادئ وإحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية ، بغداد، 1993، ص 490 .

ويشمل ذلك كل ما يتعلق بإعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على العقار ويخرج من قبيل عقود الإشغال العامة ما يرد على منقول مهما كانت ضخامته فلم يعدّ القضاء الإداري في فرنسا من عقود الإشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة³².

ثانياً / إن يكون محل العقد لصالح أحد أشخاص القانون العام

إذ لا يكفي أن ينصب الالتزام في العقد على عقار للقول بأنه عقد إداري وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك إن يكون محل الالتزام لصالح احد أشخاص القانون العام وذلك كونهم المنوط بهم السهر على تحقيق النفع العام. ومثال ذلك بناء مستشفى لصالح وزارة الصحة أو بناء وترميم كلية مستحدثة في جامعة وترميم أو صيانة محكمة أو هيئة قضائية لصالح وزارة العدل أما البناء لصالح شخص من أشخاص القانون الخاص لا يعد من قبيل عقود الإشغال العامة.

كذلك اعترف القضاء الإداري الفرنسي بصفة الأشغال العامة لأشغال المرافق العامة الصناعية والتجارية التي تدار بالأشراف المباشر من مؤسسات عامة أو الأشغال التي تقوم بها البلدية من تلقاء نفسها في عقار مهدد بالسقوط لكفالة الطمأنينة العامة³³.

ثالثاً / أن يهدف العقد الى تحقيق مصلحة عامة

قد يتداخل هذا الشرط مع شرط أن يكون الالتزام في العقد لصالح شخص من أشخاص القانون العام إذ من المؤكد أن يتضمن شرط تحقيق المصلحة العامة كون أن هدف أشخاص القانون العام هو تحقيق النفع والصالح العام وبداية عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن العقد عقد أشغال عامة إذا ارتبط بالمال العام إما إذا تعاقد بالدومين الخاص فلا يعد كذلك .

وبعدها تطور هذا المفهوم إذ عد كل عقد يهدف إلى تحقيق الصالح العام من عقود الإشغال العامة سواء كان الالتزام ينصب على عقار من عقارات الدومين العام أم الخاص³⁴.

32 - مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص239 .

33- مازن ليلو راضي ، مصدر سابق ، ص239 .

34 - د. إبراهيم عبد العزيز شيجا ، مبادئ وإحكام القانون الإداري اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، 2009 ، ص471 .

ويلتزم المقاول في عقد الأشغال العامة بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه في نصوصه بحسن نية فلا يجوز له التوقف عن تنفيذ العقد لمجرد خلافات بسيطة أو غموض في بعض الشروط وبسبب عدم دفع المستحقات المالية من قبل الجهة الإدارية³⁵.

وقد تأكد ذلك بنص المادة 42 من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 حيث يتم تسوية الخلافات عن طريق التحكيم مع استمرار كل طرف في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد .

كما يلتزم المقاول بالتحري عن الأعمال التي سوف يباشرها والمواصفات والتصميمات المعتمدة وتدوين الملاحظات اللازمة حول ذلك لإخطار الجهة الإدارية بها كما يقع على عاتق المقاول بمجرد انتهاء العقد و إخلاء موقع العمل من المخلفات والآلات التي تم استخدامها ويبقى ضامناً لسلامة المنشأ بحسب نظام العقد ويسأل عن الضرر المباشر فقط .

وفي المقابل يستحق المقاول في عقد الأشغال العامة المقابل المادي للعقد وعلاوة على ذلك فله الحق في الفروق المالية الناشئة عن زيادة الأسعار في المشروع متى ما كان غير متراخ في تنفيذ التزاماته وكذلك الحق في استرداد مبلغ التأمين النهائي عند إتمام التسليم .

ونظراً لكون عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية فيكون للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها سلطات المراقبة والتوجيه وتعديل العقد وتبرز سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه حيث إن المقاول ملزم بتنفيذ الأوامر التي تصدر إليه من جهة التعاقد³⁶.

ولكن هذا لا يحرم المقاول من الاعتراض على هذه الأوامر أو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى وإضافة إلى سلطة الرقابة والتوجيه تتمتع الإدارة في عقد الأشغال العامة سلطة تعديل العقد بشرط أن لا يخالف هذا التعديل جوهر العقد فتفرض على المتعاقد القيام بأعمال جديدة غريبة عن العقد الأصلي³⁷.

وينتهي عقد الأشغال العامة نهاية طبيعية بتنفيذ موضوع العقد أو نهاية مبتسرة والتي سنبحثها بشيء من التفصيل في الفصل الثالث من هذا البحث .

35 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط 1 ، 2008 ، ص 61 .

36 د. احمد عثمان عياد، مصدر سابق، ص 326 .

37 د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977، ص 68 .

2.4.1: عقد التوريد

عرف الفقهاء عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرداً أو شركة يتعهد بمقتضاه بتوريد منقولات معينة للشخص العام مقابل ثمن محدد في العقد. وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين. ومن خلال ذلك يمكن القول انه اتفاق يتعهد بمقتضاه احد المتعهدين بتوريد منقولات لجهة الادارة مقابل ثمن معين وتستخدم فيه الادارة امتيازات السلطة العامة.

ومن أمثلة عقود التوريد تجهيز المستشفيات والجامعات والوزارات بالمستلزمات التي تحتاجها. ومن خلال التعريف القضائي والفقهي أعلاه يتبين أن عقد التوريد يتميز بعدد من العناصر التي تميزه عن غيره وأهمها:

- 1- محل هذا العقد تقديم منقولات أو توريدها وهذا عنصر يميزه عن عقد الأشغال العامة الذي ينصب محل الالتزام فيه على عقار .
- 2- أن يكون المتعاقد مع المورد شخصاً من أشخاص القانون العام وهذا عنصر تشترك فيه العقود الإدارية كلها.
- 3- أن يستهدف تحقيق مصلحة عامة وهو عنصر لازم بلزوم إن يكون التوريد لشخص من أشخاص القانون العام إذ الغرض أن أشخاص القانون العام لا يهدفون إلاً تحقيق الصالح العام.
- 4- أن يكشف الشخص المعنوي العام عن نيته في استعمال وسائل القانون العام وذلك يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في علاقات القانون الخاص³⁸.

ويستوي أن يتم عقد التوريد دفعة واحدة أو على دفعات متعددة وقد افرز التطور الصناعي ظهور عقود جديدة دخلت ضمن نطاق عقد التوريد تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية التي تقسم بدورها إلى نوعين من العقود عقود التصنيع وعقود التعديل أو التحويل³⁹.

أما المشرع الإماراتي فقد نظم عقود شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال والنقل على وفق القانون رقم 6 لسنة 2008 اذ نصت المادة الرابعة منه على¹. يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم

38 د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1978م، ص513 وما بعدها.

39 د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص139 .

الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصة عامة داخلية أو خارجية، ويكون التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة، حال دعوة الموردين والمقاولين المعتمدين لكفاءتهم أو تخصصهم سواء كانوا داخل الدولة أم خارجها، طبقاً للقواعد والإجراءات التي يبينها الدليل. 2 . يجوز التعاقد بطريق الأمر المباشر، أو الممارسة بحسب القواعد والإجراءات الواردة في الدليل.

3 . يحدد الدليل القواعد والأحكام الخاصة بالوثائق اللازمة لعملية الشراء كافة، واللجان المشكلة لإدارة طرق الشراء المختلفة وعملية البت في العطاءات.

وقد نظم المشرع العراقي عقود الأشغال العامة وعقود التوريد أو التجهيز على وفق تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 2 لسنة 2014 والتي سيتم التطرق إليها بشيء من التفصيل من خلال فصول هذه الدراسة 40، ويعدّ عقد التوريد من أهم العقود الاقتصادية .

ولا يعدّ عقد التوريد دائماً عقداً إدارياً إلا إذا استوفى الشروط العامة اللازمة للعقد الإداري جميعها وبخلافه يعدّ عقداً "مدنياً"، وتقسّم عقود التوريد إلى عقود التوريد العادية والتي ينصب التوريد فيها على التوريد فقط ويستقل المورد بتحديد طرق التنفيذ واختيارها⁴¹، كتوريد مواد غذائية فله الحق في الحصول عليها من أي مصدر ويقتصر دور الإدارة على فحص المواد الموردة للتأكد من مطابقتها للمواصفات المنصوص عليها في العقد ، وقد تكون عقود توريد وتركيب فبالإضافة إلى توريد الأصناف المطلوبة يلتزم المورد بتركيبها في الأماكن المخصصة لها وفي هذه الحالة يكون عقد مختلط بين توريد وأشغال عامة تطبق عليه أحكام العقد⁴² أما النوع الثاني من عقود التوريد فهو العقود الصناعية ولا تخضع لتعريف معين كونه مرناً جداً ويترك للإدارة حرية واسعة في التصرف⁴³ كعقود تصنيع الأسلحة ، وتبرم عقود التوريد بالأساليب المعروفة لأبرام العقود الإدارية وهما المناقصة العامة والممارسة العامة .

40 إذ نصت المادة 1 /أولاً من التعليمات أعلاه تسري أحكام هذه التعليمات على أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية الرسمية ممثلة برئاسة الجمهورية ورئيس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الأعلى والأمانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والإقليم والمحافظات غير المنظمة في إقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية.

41 د. احمد عثمان عياد ، مصدر سابق ، ص 330 .

42 د. حلمي مجيد الحميدي، مصدر سابق، ص 174.

43 د. احمد عثمان عياد، مصدر سابق ، ص 331 .

ويلتزم المورد بتوريد الأصناف في المواعيد المحددة لذلك وهو ما ينعكس أثره على تأمين سير المرافق العامة وضمانها بانتظام واطراد وان يبذل في سبيل تحقيق ذلك كل ما بوسعه . ولا تنتفي مسؤوليته في حالة الإخلال إلا بوجود السبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة التنفيذ.

كما يلتزم بالتوريد طبقاً للمواصفات المتفق عليها ويعدّ هذا الالتزام بالغ الأهمية كونه يرد على محل العقد وحتى تخلف المحل بتخلف ركن من أركان العقد يؤدي إلى بطلانه .

وكما هو الحال في عقد الأشغال العامة تمتلك الإدارة سلطات الرقابة والتوجيه والتعديل على عقد التوريد. وفي مقابل الالتزامات التي يلتزم بها المورد فله الحق في المقابل المالي للعقد والحق في طلب التعويض كجزاء لإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية وكذلك الحق في إعادة التوازن المالي للعقد متى ما أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً لا يمكن للمورد الاستمرار في تنفيذ التزاماته. وينتهي عقد التوريد نهاية طبيعية بالاستلام النهائي للأصناف الموردة فتنتقل ملكية تلك الأصناف إلى الإدارة وتحملها تبعة الهلاك والتلف⁴⁴.

3.4.1: عقود الخدمات الاستشارية

وهو عبارة عن اتفاق يقدم بمقتضاه احد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام مقابل عرض يتفق عليه بالشروط المقترنة بهذا العقد الإداري. وعرفه البعض بأنه عقد اساسه وادائه الرئيس يقوم على تقديم المشورة⁴⁵.

أو هو عقد تبرمه الإدارة مع احد الأفراد أو احد المكاتب المتخصصة أو إحدى المؤسسات أو الشركات المرخص لها تتولى إعداد الدراسات المسبقة عن مشروع من المشاريع العامة سواء من حيث الجدوى الاقتصادية أو من حيث حساب التكاليف الخاصة بالتنفيذ أو إعداد التصميمات أو المواصفات الخاصة أو الإشراف ومتابعة تنفيذه وكذلك حصر الأعمال المنفذة ويجب إن يكون الشخص المتعاقد معه سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً مختصاً ومصرحاً له بذلك .

وهو بذلك عقد مقاولة ولكن ذو طبيعة خاصة، لان التزامه تقديم معلومات، وهو عقد مهني يقوم على الاعتبار الشخصي⁴⁶. وتلجأ الإدارة غالباً إلى التعاقد مع المكاتب الاستشارية لتقديم الخبرات الفنية والهندسية أو الإدارية أو قد يفرض عليها هذا الالتزام وتأخذ هذه المكاتب مسميات عدة من دولة لأخرى وتقدم هذه

44 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص96.

45 هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات، دار الثقافة للطباعة والنشر، الطبعة الاولى، الاصدار الاول، 2009، ص29

46 د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في جامعة النهريين، كلية الحقوق، المجلد الثالث، العدد الثالث، 1999، ص 119

الأجهزة دوراً فعالاً في إجراء الدراسات والبحوث الميدانية لعدد من الجهات الحكومية . وفي مجال العقود الإدارية لا تخرج هذه الخدمات عن إعداد دراسات الجدوى بنوعها الأولية والتفصيلية للمشاريع الهندسية والتوصية إلى الجهة الإدارية باختيار أفضل البدائل لأسلوب التعاقد وطريقة تنفيذ المشروع من حيث المواصفات والكلفة والمنهاج الزمني وإعداد التصاميم الهندسية الأولية التفصيلية والخرائط والمخططات وإعداد وثائق المناقصة لعقود التجهيز للمواد والمعدات الأخر⁴⁷.

كذلك تقديم المشورة بخصوص اختيار أفضل أساليب التعاقد وطرائق التنفيذ والإشراف اليومي الدائم على تنفيذ الأعمال الموقعية من قبل المقاول الرئيس والمقاولين الثانويين على وفق المنهاج الزمني المعتمد والتأكد من المطابقة وضمان الجودة من حيث مواصفات المواد التي يتم استلامها في موقع العمل وكذلك طرائق التنفيذ وإتباع متطلبات السلامة والحفاظ على البيئة وتحقيق الهدف من انجاز المشاريع الناجمة والمتمثلة بأعمالها بالمواصفات المحددة ضمن المدة المخططة ومن دون تجاوز الكلفة التخمينية .

كما يلتزم المتعاقد بتقديم المشورة في حالة النزاعات التعاقدية التي تحصل في أثناء تنفيذ العقد مع المقاولين والمجهزين والأطراف الأخر ذات العلاقة وتقديم التوصيات بهدف حلها بأسلوب ودي والحد من وصولها إلى المحاكم أو لجان التحكيم . ولا يخضع لرقابة صاحب العمل⁴⁸.

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن عقد تقديم الخدمات الاستشارية إما ان يكون عقداً "اصلياً" قائماً" على التزام ثابت هو تقديم المشورة⁴⁹، او هو عقد تبعية أو تكميلي لعقود الأشغال العامة وعقد التوريد أو التجهيز ومكمل لها ويخضع للقواعد نفسها التي تحكم العقود الإدارية من حيث أسلوب التعاقد فينفذ هذا العقد بأسلوب المناقصة العامة⁵⁰.

و غالباً ما تحدد الشروط الواردة في صيغة العقد أهم الالتزامات المترتبة على الطرفين وتاريخ انتهاء العقد والمبلغ الواجب دفعه لتأدية الخدمات كما يقوم الاستشاري بتأمين كفالة حسن الأداء والتنفيذ بصيغة كفالة مصرفية مقبولة من الجهة الإدارية ويبدأ تاريخ سريان العقد من تاريخ التوقيع عليه من قبل الطرفين أو أي تاريخ يتفق عليه في الشروط الخاصة .

47 هاشم علي الشهران ، مصدر سابق، ص36.

48 هاشم علي الشهران، مصدر سابق، ص 37.

49 سمير عبد السميع الاودن ، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2009، ص8.

50 سمير عبد السميع الاودن ، المصدر نفسه ، ص6.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في الرقابة وتعديل العقد

إن السلطات الممنوحة للإدارة لضمان تنفيذ العقد الإداري بالشكل الأمثل الذي يحقق المصلحة العامة أخذت جوانب عدة وبالتالي فإن هذه السلطات الأربع التي تم ذكرها سابقاً لكل منها هدف وغرض محدد يختلف عن الآخر.

1.2: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

يستوجب النظام القانوني للعقد الإداري من جانب الإدارة وهي تمارس هدفها الأسمى في تحقيق المصلحة العامة التدخل في تنفيذ العقد إما من أجل مراقبة التنفيذ أو من أجل توجيه المتعاقد لكيفية التنفيذ في بعض الحالات⁵¹.

وهناك صورتان لممارسة حق الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، فالصورة الأولى تكون فيها الإدارة كأبي طرف في علاقة تعاقدية له حق المراقبة أثناء تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته المنصوص عليها في العقد، وفي الصورة الثانية تظهر السلطات الاستثنائية للإدارة فتكون للإدارة السلطة المميزة لعلاقات أشخاص القانون العام باعتبار الطبيعة الخاصة للعقد الإداري والتي يتميز بها عن العقد المدني، وهذا الاختلاف مناطه المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري في الغالب تسييره وتنظيمه وبالتالي يجب أن يعمل هذا المرفق باطراد وانتظام ويجب تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وعلى هذا منحت الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري⁵².

51 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص 122.

52 د. مجدي منحت النهري، نظرية العقد الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الجزيرة، 2014، ص 176.

1.1.2: ماهية سلطة الرقابة والتوجيه

حيثما أبرمت الإدارة العقود الإدارية مع غيرها فإن هذا يترتب لها حق الرقابة والإشراف والتوجيه تجاه المتعاقد معها، وهذا الحق نابع من طبيعة العقد الإداري وأغراضه ومقتضيات الصالح العام والتي من أجلها تم إبرام هذا العقد⁵³.

هذه السلطة تتيح للإدارة المتعاقدة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، كما أنها تصدر أوامرا ملزمة للجهة المتعاقدة معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين. وفي الغالب تفرض الجهة الإدارية ضمن عقودها الإدارية أو في كراسة الشروط العامة أو الخاصة للعقد الإداري حقها في إصدار القرارات التنفيذية التي يخضع لها المتعاقد في مرحلة التنفيذ لتوجيهه وفي مراقبته لتنفيذ التزاماته⁵⁴، إلا أن هذا الحق قائم بالنسبة لجميع العقود الإدارية حتى لو لم تاضمنه الإدارة صراحة في العقد، كما أنها لا تستطيع التنازل عن هذا الحق مقدما في العقد الإداري إذ أن هذا الحق يتصل بمسؤوليتها في إدارة المرافق العامة وعلى هذا فلا يحق للإدارة أن تتخلى عن مسؤوليتها في تسيير المرفق العام وإنما تتعاون مع المتعاقد في تسييره تحت إشرافها ورقابتها، إلا أن مدى هذا الحق يختلف من عقد لآخر فيكون في أقصى درجاته في تنفيذ عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز والتي تكون في الغالب بإرسال موظفيها المختصين لزيارة موقع العمل والتأكد من سير العمل وفق مآثره مناسبة في تنفيذ العقد وفقا للزمن المحدد والمواصفات المحددة، وكذلك إصدار الأوامر شريطة أن تكون هذه الأوامر لازمة لتنفيذ العمل ويقل حق الإشراف والرقابة في عقود التوريد، وعليه فطبيعة العقد الفنية تحدد المساحة الممنوحة للإدارة في تطبيق هذا الحق.

كما يمكن أن تكون الرقابة من جهة الإدارة بالتدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله وتنظيم ساعات العمل في الموقع الخاص بالعقد الإداري ويجب مراعاة أن حق الإدارة في المراقبة والتوجيه ليس مطلقا، إلا أنه يخضع للأمور التي تقتضيها المصلحة العامة وتحقيق الصالح العام للمرفق العام ويجب الالتزام بعدم التعسف في استخدام هذا الحق لتحقيق أغراض خاصة ليس لها علاقة بالمصلحة العامة، وكذلك يخضع هذا الحق لعدم تعديل موضوع العقد الإداري ومواصفات تنفيذه الأصلية تحت عذر الرقابة والتوجيه فلا يجوز التنصل عن الالتزامات التعاقدية وتغيير جوهر العقد بحجة الرقابة والإشراف أو التوجيه⁵⁵.

53 عبدالرحمن أبويكر سيد أحمد، عقود التوريد الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة، الشارقة، 2014، ص124.

54 د. مجدي محنت النهري، مصدر سابق، ص183.

55 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص145.

وعند الحديث عن مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه في العقد الإداري نجد أن لها مفهومين ضيق وواسع، وهما على النحو التالي:

1. المفهوم الضيق: هو أن للإدارة الحق في الرقابة والإشراف فقط دون التوجيه في تنفيذ العقد وفق الشروط والكيفية المتفق عليها بالعقد⁵⁶.

ولهذا المفهوم عدة تطبيقات عملية تقوم بها جهة الإدارة، كأن تقوم بالمعاينة والتفتيش والمتابعة للأعمال ومراجعتها، وكذلك طلب الصور والاحصائيات وتفصيل المواصفات المتعاقد عليها، وبالتالي فإن الإدارة تمارس رقابتها للتأكد من تنفيذ العقد وفق الشروط والمواصفات المتفق عليه.

2. المفهوم الواسع: في هذا المفهوم تتجاوز صلاحيات الإدارة الحق في الرقابة والإشراف وتمتد لتوجيه المتعاقد لطريقة تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها.

حيث أن الإدارة تتدخل وفق هذا المفهوم في تحديد أوضاع وطرق معينة للتنفيذ بموجب أوامر وتعليمات في الحالات غير المنصوص عليها في العقد، كما أن هذا التوجيه يجب أن يقتصر على تنفيذ العقد والذي يختلف عن تعديل العقد والذي هو حق للإدارة يختلف عن حقها في التوجيه.

والحق في توجيه المتعاقد تستمده الإدارة من العقد نفسه أو من القوانين والتشريعات المنظمة للعقد الإداري، وهذا ما قد يثير الإشكالية في حال لم ينص على هذا الحق في أي من العقد أو القوانين، وعليه فإننا سنبين في المطلب الثاني الأساس القانوني والتشريع ي لهذا الحق⁵⁷.

2.1.2: الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه

عند الحديث عن الأساس القانوني لسلطة الرقابة والإشراف والتوجيه، فإننا نتناول عدة جوانب، وهي هل يتم الأخذ بالمفهوم الضيق أو الواسع لتعريف هذه السلطة، وكذلك هل يتغير الحال بين وجود النص على هذه السلطة بالعقد الإداري من عدمه.

لا جدال على أحقية الإدارة في الرقابة والإشراف وفقاً للمفهوم الضيق لهذه السلطة حيث أن هذه السلطة مرادفة لما هو موجود في القانون الخاص، فالإدارة هنا تشرف على ماجاء في بنود عقودها للتأكد من أنها وفق الشروط التي تم الاتفاق عليها.

56 محمد مقبل سالم العنذلي، آثار العقد الإداري في التشريع الأردني- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2003، ص10.

57 د. مجدي ملحت النهري، مصدر سابق، ص191.

كما أنه لا جدال في أحقية الإدارة في ممارسة هذه السلطة وفق المفهوم الواسع أو الضيق عندما يتم النص على هذه السلطة في العقد الإداري أو في التشريع المنظم له وبالتالي فإن حق الرقابة والتوجيه يستند إلى العقد ذاته أو للتشريع ويكون أساسه القانوني.

وعليه فإن الجزء الذي قد يثير الإشكالية في تحديد الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه في حال عدم النص عليها في العقد أو القوانين واللوائح المنظمة. وفي هذا فإننا نوضح أن الفقه والقضاء الإداري وضع مبادئ لتكون الأساس القانوني لهذه السلطة على النحو التالي⁵⁸:

1. إن الرقابة بمفهومها الضيق حق للإدارة لا جدال فيه، وعليه فإنها تقوم بالإشراف والرقابة على تنفيذ العقد.

2. إن أطراف العقد الإداري غير متساوين في المراكز القانونية بخلاف العقود المدنية، وعليه فإنها تفترض أن يتم تغليب المصلحة العامة التي تباشرها الإدارة على المصلحة الخاصة للمتعاقد وبالتالي يجب منح الإدارة حق الرقابة والإشراف والتوجيه وحتى لو لم ينص عليه في العقد أو التشريع المنظم⁵⁹.

3. إن حق الإدارة في التوجيه والتدخل في طريقة تنفيذ العقود يرتبط بمدى ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام والذي ينبغي أن يتم تسييره بانتظام واطراد، وحيث أنه أساس هذه السلطة الممنوحة للإدارة وبالتالي فإنها مقررّة لجهة الإدارة ولو لم ينص عليها العقد أو التشريعات المنظمة، كما أن مفهوم المرفق العام أو المصلحة العامة تعطي الإدارة الحق في استخدام استثناءات العقد الإداري، وهذا ما أخذ به قضاء مجلس الدولة المصري.

4. إن سلطة الرقابة والتوجيه غير المنصوص عليها في العقد أو التشريع المنظم تختلف باختلاف العقد، حيث أنها تقوى وتتعاظم في بعض العقود كعقد الأشغال العامة وتضعف في عقود أخرى كعقد التوريد.

كما أن جانباً آخر من الفقه يرى أن سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه ليست حقاً للإدارة فقط وإنما هي التزام وواجب عليها، لا يحق لها التنازل عنها ولا يجوز الاتفاق على مخالفته أو التقييد منه لأنه مقرر للإدارة حفاظاً على المصلحة العامة ولضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبالتالي فإن أي تنازل سواء كان جزئياً أو كلياً عن هذا الحق باطل ولا يعتد به، كما لا يجوز أن يأتي نص لائحي يقيد هذا الحق الممنوح للإدارة تماشياً مع ضرورات المصلحة العامة⁶⁰.

58 د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 75.

59 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص 177.

60 د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 1997، ص 220.

ومن ضرورة الحفاظ على حق الإدارة في استعمال سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه ودون الحاجة لنص تشريعي نظرا لما تتطلبه مقتضيات المصلحة العامة والتي هي بطبيعتها متغيرة من وقت لآخر وبالتالي يصعب تحديدها بشكل تفصيلي في العقد الإداري، وكما أن القول بعكس ذلك يشكل بالغ الخطورة على الصالح العام والمرافق العامة⁶¹.

3.1.2: ضوابط سلطة الرقابة والتوجيه

إن منح الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه لا يعني أن تمارسها دون ضابط وحدود، وعليه فإن هناك ضوابط يجب أن تتقيد الإدارة بها دون تجاوز، وإلا كان هذا التجاوز عملا غير مشروع يحق للمتعاقد معها المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر. ومن هذه الضوابط:

أولا : أن تكون رقابة الإدارة متفقة مع القوانين واللوائح

لا يجب أن تكون سلطة الرقابة والتوجيه مدعاة للإدارة لمخالفة القوانين واللوائح المنظمة لقراراتها التعاقدية، وعلى هذا فإنه وإن تقرر للإدارة حق اختيار طريقة معينة للتنفيذ وإجبار المتعاقد عليها، إلا إنها ملزمة باتباع الاجراءات والضوابط المقررة قانونا وتنظيما، وبالتالي يجب أن تكون القرارات صادرة عن سلطة مختصة وفق الاجراءات الشكلية المحددة لها، وإلا كانت عرضة لمنازعة المتعاقد على شرعية هذه القرارات⁶².

ثانيا : أن تكون الغاية من الرقابة تحقيق المصلحة العامة المتصلة بالمرفق العام

إن الهدف الأساسي لمنح الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه هو الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد لتمكين منتفعي المرفق العام بالتمتع بخدماته دون تعقيد أو إخلال وكذلك تحسين جودة الإنتاج والمواد، وعليه فإنه يجب الالتزام بهذه الغاية عند ممارسة هذه السلطة ولا يجوز أن تتجاوز الإدارة في هذا الحق لغايات أخرى قد تؤدي في نهاية المطاف لوضع الصعوبات والعراقيل بوجه المتعاقد مع الإدارة مما يؤثر على المرفق العام بشكل سلبي، وعليه فإن هذه السلطة ليست مطلقة، و للقضاء الحق في مراقبة جهة الإدارة في استعمالها لهذه السلطة للتحقق من عدم إساءة استعمالها في ما لا يتعلق بالمرفق العام والمصلحة العامة⁶³.

ثالثا :عدم تجاوز الادارة لسلطة الرقابة

61 محمد مقل سالم العنذلي، مصدر سابق، ص 178.

62 د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005 ، ص 241.

63 د. مجدي منحت النهري، مصدر سابق، ص 194.

على الإدارة أن تحافظ على جوهر العقد الإداري ومضمونه ولا يحق لها أن تتخذ الرقابة ذريعة لها لتغيير في بنود العقد كيفما شاءت، حيث أن سلطة تعديل العقد تختلف عن سلطة الرقابة وبالتالي فلا يجب الخلط بينهما⁶⁴. كما أن الإدارة يجب أن تحافظ على الوضع القانوني للعقد، ففي عقد الأشغال العامة مثلا بالرغم من أنها صاحبة الأعمال المنفذة فإنه لا يجوز للإدارة أن تحل محل المقاول المتعاقد معه وتمارس هذه الأعمال، فلها سلطة الرقابة في اختيار العمال بالمشاركة مع المقاول وأدوات التنفيذ والتأكد من جودة المواد المستخدمة في المشروع، بينما في عقد الالتزام نجد أن الإدارة لا يجوز لها أن تمارس إدارة المرفق والتدخل في الإدارة الداخلية للالتزام، فالأصل أن الملتزم هو من يدير المرفق والجهة الإدارية تمارس دورها الرقابي والإشرافي دون التدخل، فتدخلها في إدارة المرفق يغير طبيعة الالتزام ليصبح استغلالا مباشرا للالتزام، وعليه فإن الإدارة يجب أن لا تتجاوز حدود الرقابة لتؤدي بالحال أن يكون الملتزم منفذا لتعليمات الإدارة فقط⁶⁵.

2.2 : سلطة الإدارة في تعديل العقد

على غير ما هو مألوف في عقود القانون الخاص نجد ان الإدارة هنا تتدخل لتغيير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد أما بالزيادة أو النقصان ويجد هذا التدخل اساسه في الكثير من المبادئ والقواعد التي تعد اساسيه في القانون الاداري ولعل من اهم هذه القواعد قاعدة أو مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار والذي قد بينا مضمونه عندما شرحنا نظرية المرفق العام والمبادئ التي تقوم عليها . ولذلك قد ينصب هذا التدخل على كمية الاعمال أو الاشياء محل العقد الاداري أو على شروط التنفيذ المنفق عليها أو على المدد المحددة للتنفيذ وهذه السلطة أو الحق للإدارة يجد سببه كما ذكرنا في متطلبات سير المرافق العامة والمبدأ الخاص بقابليتها للتطور ومسايرتها للامور المستجدة والمستحدثة وبناء على ذلك لايجوز ان يقف العقد حائلا دون تطوير المرفق العام وتعديله⁶⁶.

هذا وان حق الإدارة في التعديل عادة ما يرد النص عليه صراحة في العقد الاداري أو في دفاقر الشروط العامة والتي تعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الادارية عما سواها من عقود القانون المدني .

64 د. عبدالمجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، 1983 ، ص 154 .

65 د. محمود أبو السعود، مصدر سابق، ص 149.

66 د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، ط1، 1993م، ص4.

1.2.2: ماهية سلطة تعديل العقد

مما لا شك فيه أن تغليب المصلحة العامة أولى بالرعاية، فالإدارة بهذه السلطة لا تتقيد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما لا تتقيد بقواعد العقد المدني الذي لا يمكن تعديله إلا بناء على اتفاق الأطراف، حيث أنها بموجب هذه السلطة تعدل عقودها بإرادتها المنفردة لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق العامة التي تديرها، وهذا الحق يعد مظهرا من مظاهر السلطة العامة والشروط الاستثنائية الواردة في العقود الإدارية، كما أنه حق مقرر للإدارة دون الحاجة للنص عليه صراحة في العقد أو في النصوص القانونية، كما لا يجوز للجهة الإدارية التنازل عنه⁶⁷.

كان هذا الحق محل اختلاف فقهي، فهناك جانب معارض لهذا الحق وجانب مؤيد له، ففي البداية أنكر جانب من الفقه في مصر وفرنسا حق الإدارة في التنصل من التزاماتها في العقد الإداري أو تغيير هذه الالتزامات من منطلق أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن اعتراف مجلس الدولة الفرنسي في وقت لاحق بهذا الحق غير من موازين هذه السلطة، كما أن جانب كبير من الفقهاء في مصر ساند ما استقر عليه القضاء الإداري في مصر من حق الإدارة بتعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة⁶⁸.

إن الحق الممنوح للإدارة في تعديل عقودها الإدارية كقاعدة عامة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذها العقد يشمل تغيير شروطه وتعديل مدى التزام المتعاقد بالزيادة والنقصان، وهذا الحق يمتد لجميع العقود دون استثناء، فهناك بعض التشريعات تحدد نسبة معينة في حق الإدارة بالتعديل سواء بالزيادة أو النقصان لكي لا يؤدي هذا التعديل لإرهاق المتعاقد مع الإدارة وتجنب تعطيل المرفق العام بسبب هذا التعديل، ولعل أغلب التشريعات الحديثة نصت على حق الإدارة في التعديل تحقيقا للمصلحة العامة⁶⁹.

2.2.2: الأساس القانوني لسلطة التعديل

كما كان التطور في إقرار حق الإدارة في تعديل العقد واختلاف الفقهاء فيه، فإن الأساس القانوني لهذه السلطة كان مجالا للاختلاف أيضا، ورغم تعدد الآراء إلا أن هناك اتجاهين يرجع غالبية الفقهاء أساس هذه السلطة لهما:

67 د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، 1976، ص 148.

68 محمد مقبل سالم العنذلي، مصدر سابق، ص 185.

69 د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، 2014، ص 21.

1.2.2.2: السلطة العامة

يرى أنصار هذه الفكرة أن الإدارة لها السلطة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة من منطلق أنها سلطة عامة منوط بها المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام وبالتالي فأنصار هذه الفكرة لا يرون هذه السلطة باعتبارها امتيازاً للإدارة في العقد الإداري وإنما يرجعون الأمر لكونها حق للسلطة العامة، كما أن هذا الحق من النظام العام الذي لا يجوز التنازل عنه⁷⁰.

2.2.2.2: مقتضيات المرفق العام

يرى أنصار هذه الفكرة أن سلطة تعديل العقد الإداري لا تقوم إلا على أساس احتياج المرفق العام وما يمكن أن يرافق هذه الاحتياجات من تغيير سواء للمرفق العام أو للمنتفعين من هذا المرفق، ويوافق هذا الرأي جانب كبير من الفقهاء حيث يرون أنه من المسلم به بأن سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية مناطها احتياج المرفق العام، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة العامة الممنوحة للإدارة ولكنه نتيجة مرتبطة بفكرة المرفق العام والتي تعود أغلب قواعد القانون الإداري إليها.

وهذا الرأي أخذت به محكمة القضاء الإداري في مصر حيث قضت " إن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفرض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، وإن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة - وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق التعديل بما يلائم هذه الضرورة وتحقيق المصلحة⁷¹ .

3.2.2: شروط استعمال سلطة التعديل وصورها

بعد أن بينا ماهية هذه السلطة وأساسها القانوني فإنه بلا شك لا يمكن أن تكون هذه السلطة من غير ضوابط تضمن عدم إساءة استعمال هذه السلطة.

70 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص 212.

71 سيف سعد مهيد الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، 2017، ص 97.

1.3.2.2: شروط سلطة التعديل

تملك الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أن يكون للطرف الآخر المتعاقد معها حق الاعتراض على هذا التعديل، كما أن الإدارة تملكها دون الحاجة للنص عليها في العقد، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وبالتالي فإن لها شروط يجب الالتزام بها⁷².

وعلى هذا فإنه يمكن تحديد شروط استعمال الإدارة سلطة التعديل على النحو التالي:

1. اقتصار تعديل العقود على نصوصه المتصلة بتسيير المرفق وحاجاته، حيث أن طبيعة المرفق واحتياجاته المتغيرة باستمرار هي التي تقضي بإعطاء الحق للإدارة بتعديل بعض نصوص العقد الإداري، وبالتالي فإنه يجب أن يقتصر التعديل على النصوص الخاصة بالتزامات المتعاقد المقررة لصالح المرفق العام ومثال ذلك أن يكون التعديل معني بالخدمات المقدمة للجمهور أو طريقة تنفيذ الأعمال محل العقد الإداري، ولا يجوز أن تتجاوز الإدارة في هذا الحق وتعديل في النصوص غير المتصلة بالمرفق العام وحاجاته كالامتيازات المالية للمتعاقد.

وفي هذا قضت محكمة القضاء الإداري بمصر بأن " سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية ليست سلطة مطلقة، بل ترد عليها قيود منها أنها تقتصر على نصوص العقد المتصلة بتسيير المرفق وحاجته ومقتضياته⁷³.

2. وجود ظروف استجدت بعد إبرام العقد.

يفترض هذا الشرط وجود ظروف استجدت بعد إبرام العقد، ولكن وإن كانت هذه الظروف موجودة عند الإبرام إلا أن الإدارة أخطأت في تقديراتها فإن توقعها غير السليم لا يسلب حقها بضرورة مواجهة الظروف المستجدة التي يتعرض لها المرفق العام فالإدارة لا تستهدف إلا تحقيق المصلحة العامة وعليه فإن كانت هذه الظروف أو التغيير يستهدف المصلحة العامة وإن كان موجودا قبل الإبرام فإن للإدارة الحق في التعديل⁷⁴.

وقد انتقد هذا الشرط على اعتبار أن هذه السلطة مستمدة من طبيعة المرفق العام القابل للتغيير في أي وقت وبالتالي فإن هذا الحق مقرر للإدارة سواء كانت مخطئة في تقديراتها أو لم تكن مخطئة لأن الهدف هو تمكينها

72 محمد مقل سالم العنذلي، مصدر سابق، ص189.

73 د. مجدي مدحت النهري، مصدر سابق، ص206.

74 خير الدين عبد العزيز، حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، 1961، ص 11.

من تحقيق الصالح العام المرتبط بسير المرفق بانتظام، وحيث أن هذا التعديل لا يؤثر على الموقف المالي للعقد فبالتالي لا يجب المغالاة في اشتراطه.

3. الالتزام بموضوع العقد.

لا ينبغي أن تؤدي التعديلات التي تطرأ على العقد في تغيير موضوع العقد فيكون المتعاقد أمام عقد جديد غير الذي تعاقد من أجله مع الإدارة ففي هذه الحالة يجوز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد إلا إذا وافق المتعاقد على هذا التعديل الذي يغير نصوص العقد الأساسية بشكل كلي.

4. احترام قواعد المشروعية.

يجب أن يتوافق هذا التعديل مع مبدأ المشروعية في أن الإدارة تستند في هذا الحق على القوانين والتشريعات المنظمة للعقود الإدارية وفي أن يصدر هذا التعديل عن جهة إدارية صاحبة اختصاص، وإلا جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء لإبطال العقد أو التعديل غير المشروع⁷⁵.

فحقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تحدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة، وما قد يطرأ عليه من التعديلات، وأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة، صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة، إذ لا يمكن إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من يناط بهم قانوناً هذا الاختصاص⁷⁶، ويقضي ذلك أنه حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه بقواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير السلطة أثراً في تعديل العقود وتحريك آثاره وتغيير مقتضاه.

5. أن لا يؤثر التعديل بنسبة كبيرة على اقتصاديات العقد.

يشترط أن يكون التعديل التي تفرضه الإدارة بإرادتها المنفردة في حدود المقرر قانوناً، وعلى هذا فإن الإدارة في مبالغتها في استخدام سلطتها بالتعديل قد يؤدي لنشوء عقد جديد بشروط لا يمكن قبولها من قبل المتعاقد لأنها تتجاوز إمكانياته الفنية والمالية، وبالتالي فإن هذا التعديل يقلب اقتصاديات العقد ويغيره تغييراً جذرياً⁷⁷

75 د. محمود أبو السعود، مصدر سابق، ص156.

76 محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1991، ص129.

77 د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص224.

فمخالفة جهة الإدارة لما يفرضه عليها العقد الإداري من التزامات، فإن ما ينشأ عن ذلك من زيادة أعباء المتعاقد معها عن الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها أو أن تفوق قيمتها ونتائجها ما اتفق عليه في العقد بدرجة كبيرة، أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب، وتؤدي إلى إرهاب المتعاقد إرهاباً كبيراً يجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية. فإن ذلك يستتبع الحكم بفسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلزم به جهة الإدارة لا يكفي لإصلاح الضرر⁷⁸.

2.3.2.2: صور سلطة التعديل

تختلف صور سلطة الإدارة في تعديل العقد باختلاف نوع العقد ومدى ارتباطه بالمرفق العام، إلا أنه يمكن إجمالها في ثلاث صور على النحو التالي:

أولاً: التعديل في مقدار الالتزامات

للإدارة الحق في تعديل مقدار التزامات المتعاقد بإرادتها المنفردة سواء بالزيادة أو النقصان، وهذا الحق مقرر للإدارة دون النظر لموافقة المتعاقد معها وفي جميع العقود الإدارية، وكذلك دون الحاجة للنص عليه في العقد، ويرجع ذلك إلى أن المتعاقد على علم بأنه يشارك الإدارة في تسيير المرفق العام وتغطية حاجاته، وبالتالي فهو ملتزم ضمناً بالتعديلات والتغييرات التي يتطلبها المرفق العام للحفاظ على سيره بانتظام واطراد. فبمقتضى هذه السلطة فالإدارة تملك تعديل مدى التزامات المتعاقد معها فتزيد الأعباء الملقاه على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان.

كما أن الأصل أن يكون التغيير في الكميات أو المقادير بالزيادة أو النقصان مع مراعاة أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر التي أكدت على هذا المبدأ، بحيث تكون الزيادة في حجم أو كمية الأعمال محل العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي في ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية⁷⁹.

78 د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في جامعة النهدين، كلية الحقوق، المجلد الثالث، العدد الثالث، 1999، ص119.

79 د. محمود أبو السعود، مصدر سابق، ص162.

ثانياً: التعديل في وسائل التنفيذ

للإدارة الحق في أن تأمر المتعاقد معها باستخدام وسائل وطرق في التنفيذ بخلاف المتفق عليها في العقد، وعليه تستطيع الإدارة توجيه المتعاقد إلى استخدام أساليب فنية أكثر تطوراً من الأساليب الموجودة في العقد ، أو اختيار مواد أكثر جودة من التي تم التعاقد عليها⁸⁰.

وتتعدد صور التعديل في وسائل التنفيذ بحسب نوع العقد، ففي عقد الامتياز مثلاً يحق للإدارة طلب استبدال المكائن القديمة بأخرى جديدة لتلبي احتياجات الأفراد من المرفق العام، فالجهات الإدارية لها أن تتخذ في إدارتها للمرافق من الوسائل ما تراه أكفل لتحقيق الخدمة وتوفيرها على أكمل وجه.

أما في عقود التوريد فإن الواقع العملي يظهر أن التعديل في وسيلة التنفيذ ليس ذات أهمية كما في العقود الأخرى، إلا أن أحكام القضاء المصري ذهبت إلا أنه وبالرغم من هذا فإن تعديل طريقة تنفيذ العقد هي الطابع الرئيسي لنظام عقود الإدارة، وبالتالي فإن الإدارة لها الحق في تعديل طريقة التنفيذ في عقد التوريد كما في العقود الأخرى⁸¹.

ثالثاً: التعديل في مدة التنفيذ

في عقود الأشغال العامة والتوريد يمكن للإدارة أن تعدل وبارادتها المنفردة البرنامج الزمني سواء بالتقصير أو التمديد وفقاً لمقتضيات الصالح العام، فيحق للإدارة أن تطلب من المورد أو المقاول إنهاء التوريدات أو الأعمال بمدة أقصر من المتفق عليها في العقد الإداري، وكذلك يحق لها وقف الأعمال أو تأخير تنفيذها وفق ما تقتضيه المصلحة العامة.

أما بالنسبة لعقد امتياز المرافق العامة فليس للإدارة حق بأن تسحب المرفق من الملتزم الأصلي وتعهده به إلى ملتزم آخر قبل النهاية المتفق عليها بالعقد، مادام الملتزم الأصلي لم يخل بالتزاماته.

ولكن شرط المدة لا يمنع الإدارة من استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة المتفق عليها في عقد الامتياز في حال أرتأت تغيير طريقة إدارة المرفق من الالتزام إلى الإدارة المباشرة أو أن تعهدها إلى إحدى المؤسسات العامة⁸².

80 محمد مقبل سالم العنلي، مصدر سابق، ص 219.

81 زهير مصطفى صالح، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:

تاريخ الزيارة: 2020/11/9 <https://www.droitentreprise.com>

82 د. مجدي ملحت النهري، مصدر سابق، ص 221.

4.2.2: القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

1. إن قرار تعديل العقد الإداري بشكل انفرادي من جانب الإدارة هو قرار إداري وبالتالي يجب أن يكون هذا القرار في حدود مبدأ المشروعية الإدارية وإلا كان عرضة للطعن فيه بالإلغاء من قبل المتعاقد مع الإدارة، فيجب أن يصدر قرار التعديل الانفرادي عن إرادة صحيحة من جهة الإدارة المختصة وبالشكل والإجراءات المقررة في القواعد القانونية أو اللائحية التي تحكم هذا الموضوع وأن يستهدف قرار التعديل الانفرادي تحقيق المصلحة العامة وتأسيساً على ذلك فإذا وجدت شروط في العقد هي مقررة أساساً بموجب نصوص قانونية أو لائحية فلا يمكن للإدارة تعديل هذه الشروط وإلا خرجت عن مبدأ المشروعية وكان قرارها قابلاً للطعن فيه بالإلغاء وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم صدر لها عام 1995 بالقول إن مثل هذا التعديل لا غنى عن صدوره من جهة الاختصاص بإجرائه الصحيح ولا ينتج التعديل أثراً إذا ما تنكب عن هذا السبيل⁸³.

2. يجب أن يكون الهدف من التعديل هو تحقيق مقتضيات المصلحة العامة وأن يكون في الحدود المسموح بها قانوناً بما يتفق مع الحكمة من تقرير التعديل فلا يؤدي التعديل إلى تبديل نوع وموضوع العقد أو قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله كتبديل عقد الأشغال العامة بعقد توريد مواد إنشائية أو تبديل موضوع نقل بضائع إلى نقل أشخاص ففي مثل هذه الحالة يحق للمتعاقد طلب فسخ العقد مع التعويض⁸⁴.

3. يجب أن لا يمس التعديل الحقوق والمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة وأن ينصب التعديل في حدود الشروط الأخرى التي تتعلق بالمرفق العام ومن أبرز الحقوق والمزايا المالية للمتعاقد هو الحق في الثمن الذي يجب أن تلتزم الإدارة بصرفه دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريف الكمركية وغيرها من الضرائب والرسوم.

4. أن يكون التعديل في المواد والكميات في حدود النسب المقررة بموجب القوانين واللوائح ولا يجوز تجاوزها إلا بموافقة المتعاقد مع الإدارة، فلا يجوز إجراء التغييرات على كميات عقود التجهيز و فقرات الخدمات الاستشارية، بما لا يتجاوز نسبة 20% عشرين من المئة من قيمة العقد⁸⁵، أما في عقود الأشغال العامة فإنه

83 دبيع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:

<https://shamra.sy/academia> تاريخ الزيارة: 2020/9/18

84 د. محمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص248.

85 المادة 3 /أولاً/ د / 3 من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 المعدلة.

يجب أن لا تتجاوز التغييرات التي تطرأ على كمية أي فقرة في جدول الكميات المسعرة فيطبق عليها سعرها لحد نسبة 20% من الزيادة أو النقصان من الكميات⁸⁶، كما يجوز للجهة الإدارية تعديل كميات وحجم عقودها بالزيادة والنقصان إلا في حدود نسبة 25% خمسة وعشرين من المائة لكل بند بذات الشروط والأسعار ولا يجوز زيادة هذه النسبة إلا في حالة الضرورة وبموافقة المتعاقد وأن يصدر التعديل أثناء سريان العقد وأن لا يؤثر على اولوية المتعاقد في ترتيب عطائه⁸⁷.

5. يجب أن تكون التعديلات والأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ، والمحاسبة المالية مع المتعاقد الأصلي، فإذا كانت الأعمال الإضافية منبثة الصلة عن الأعمال الأصلية ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة⁸⁸.

6. أن يكون قد حدث تغيير أو تبدل في الظروف تجعل من شروط العقد وقت إبرامه غير متلائمة مع مقتضيات سير المرفق العام أو الغاية من إبرام العقد فالإدارة لا تملك سلطة مطلقة في تعديل شروط العقد بدون مبرر وإن التعديل يجب أن يكون مرهوناً بتغيير الظروف ومقتضيات المصلحة العامة⁸⁹.

7. أن لا يكون التعديل على درجة كبيرة تصل إلى حد فسخ العقد الإداري بصورة كلية ويجب أن تكون الأعباء المترتبة على استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث النوع والأهمية وهذا ما قرره محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها صدر عام 1956 جاء فيه ... يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن تكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه...⁹⁰، إن الحكم المذكور يؤيد كون سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي تختلف عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد بصورة كلية انفرادياً فالتعديل قد يلغي بعض فقرات العقد ولكن لا يؤدي إلى إنهاء العقد برمته في حين أن إنهاء العقد الإداري يفض عرى الرابطة التعاقدية بكل تفاصيلها وفقراتها ويجعلها كأن لم تكن⁹¹.

86 المادة 53 / 2 / ج من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لعام 1988.

87 د.حسيب الياس حديد، تنفيذ العقود الادارية، مقال منشور على العنوان الالكتروني التالي:

<https://www.almothaqaf.com> تاريخ الزيارة: 2020/10/22

88 د. ماجد راغب الطلو، المصدر السابق، ص172.

89 د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص749.

90 د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص248.

91 د. محمود أبو السعود، مصدر سابق، ص174.

الفصل الثالث

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وإنهاء العقد

أن الإدارة قد تمتد أيديها عند توجيه المتعاقد معها على تعديل العقد بعد إبرامه تحقيقاً للمصلحة العامة، إلا أن هاتين السلطتين قد لا يجديا نفعا عند إخلال المتعاقد بالتزاماته أو عند تغير المصلحة العامة، وعليه فقد منح المشرع والقضاء جهة الإدارة سلطتي توقيع الجزاءات وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

1.3: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

عند تقصير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد الإداري على أي وجه من الأوجه، سواء بامتناعه عن تنفيذ جميع التزاماته أو تأخره في تنفيذها أو تنفيذها بشكل سيء أو إحلاله غيره في تنفيذ التزاماته دون موافقة الإدارة أو استعمال الغش والتلاعب والتدليس، فإن للإدارة الحق في أن توقع عليه جزاءات تخضع لنظام قانوني غير موجود في القانون الخاص، وذلك لأن الجزاءات التي يسمح بها القانون الخاص في الالتزامات الت عاقدية بين الأفراد كالدفع بعدم التنفيذ أو الالتجاء إلى القضاء لا تغني في مجال العقود الإدارية، لأن الجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف تقويم انحراف في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تهدف لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁹².

92 د. حلمي مجيد الحميدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الخامس، العدد (1)، 1986، ص284.

1.1.3: مضمون توقيع الجزاءات

عند الحديث عن الجزاءات في العقود الإدارية فإننا نوجه الأنظار نحو الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة تطبيقاً لمبدأ عدم المساواة بين طرفي العقد الإداري، وهذه السلطة تعد حقاً مسلماً به فقهاً وقضاً في العديد من دول العالم سواء التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج أو القضاء الموحد. واستناداً لخصوصية العقد الإداري فإن هذا الحق تمارسه الإدارة من تلقاء نفسها دون الحاجة للجوء للقضاء، بخلاف القوانين الخاصة، كما أن الفقه والقضاء أقر حق الإدارة بفرض جزاءات غير منصوص عليها في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد.

كما أن الجزاءات بمفهومها العام يجب أن تكون نتيجة لخطأ المتعاقد مع الإدارة، أي أن المتعاقد أخل بالتزاماته التي يفرضها العقد الإداري سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال أو دون عمد وإهمال، فالهدف من هذه السلطة واحد وهو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁹³.

2.1.3: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

لعل الخلاف الدائر بين الفقه والقضاء حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية مصدره الخلاف الأعم بشأن أساس القانون الإداري، حيث يرى بعضا من الفقه أن أساس هذه السلطة هي فكرة المرفق العام بينما يرى البعض الآخر أن أساسها هو فكرة السلطة العامة، وبالتالي فإن الإدارة عندما تمارس هذه السلطة تستند فيها إلى إحدى هاتين الفكرتين، وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على أحقية الإدارة لهذه السلطة مع الخلاف على أساس هذه السلطة.

أولاً : فكرة المرفق العام كأساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات يرى أنصار هذه الفكرة أنه في حال انتظار الإدارة قرار من القضاء في كل مطالبة أو منازعة بينها وبين المتعاقد معها فإنه سيؤدي لتعرض المرفق العام للخطر أو التوقف⁹⁴.

وعلى هذا ذهب فريق من الفقهاء في مصر للتأكيد على أن هذه السلطة مستمدة من حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر استناداً لفكرة المرفق العام، فالعقد الإداري غايته تسيير المرفق العام عن طريق الاستعانة بخدمات المتعاقد مع الإدارة، وعليه فإن الإدارة بصفتها مسؤولة عن سير هذا

93 حسام محسن عبدالعزيز، سلطة الإدارة الجزائرية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائنها، المركز العربي، للنشر والتوزيع، 2018، ص19 .

94 د. حلمي مجيد الحميدي، مصدر سابق، ص 135.

المرفق ومن حقها وواجبها اتخاذ الاجراءات التي تضمن إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته العقدية، ومن أهم هذه الإجراءات فرض الجزاءات عليه لضمان تنفيذ العقد الإداري على الشكل الأمثل، حتى في حال عدم النص على هذه الجزاءات في العقد، فإن أنصار هذه الفكرة يرون أن الإدارة تستند في مباشرة سلطتها على المسؤولية المنوطة بها لتسيير المرفق العام وليس العقد الإداري، وذلك كله ضمانا لحسن تنفيذ العمل المتصل بالمرفق العام لتحقيق المصلحة العامة⁹⁵.

ثانياً: فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة توقيع الجزاءات

حيث أن السلطة العامة تعرف على أنها مجموعة من الامتيازات والسلطات والاختصاصات ومجموعة من الأساليب الفنية ومجموعة من القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، فالإدارة لا تتساوى مع مراكز الأفراد وبالتالي تحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القوانين الأخرى ، فكل تصرف يتضمن مظهرا من نظام السلطة العامة يعد عملا إداريا يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري وعلى هذا فإن أنصار هذه الفكرة يرون أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات مستمدة من سلطتها العامة، وبالتالي فإن الجزاءات الموقعة على المتعاقد في حال تقصيره في تنفيذ العقد الإداري هي مظهر من مظاهر السلطة العامة.

وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقهاء في مصر على أن هذه السلطة مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق للامتيازات التي تملكها جهة الإدارة تجاه الأفراد ومن بينها التنفيذ المباشر، حيث أن العقد الإداري مرتبط بالسلطة العامة وبالتالي فهو خاضع لظروف استثنائية ولو لم ينص عليها في العقد⁹⁶.

أن فكرة المرفق العام هي الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات، حيث أنها تستهدف الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة فمنح الإدارة امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري تحقيقا لهذا الغرض وبالتالي فهي تمارس دورها عند إخلال المتعاقد بالتزاماته استناداً لطبيعة العقد الإداري المرتبط بالمرفق العام وما له من شروط استثنائية وليس بصفتها سلطة عامة مجردة، فهي تمارس السلطة العامة في أوضاع أخرى ولا يجب أن تخلطها مع ممارستها لسلطات العقد الإداري، ويؤكد على هذا أن الإدارة لا تتمتع بهذه السلطات الاستثنائية في جميع عقودها، ومنها عقود التأجير التي لا تتصل بالمرفق العام ولا تتضمن شروطا استثنائية وبالتالي فهي تخضع للقانون الخاص.

95 زهدي يكن، القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري والنظرية العامة للمرافق العامة والعقود الإدارية والتنظيمات الإدارية، المكتبة العصرية، بيروت، بدون سنة طبع، ص480.

96 حسام محسن عبدالعزيز، مصدر سابق، ص117.

3.1.3: الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية

نظرا لأهمية الجزاءات في العقود الإدارية والتي لا نجد لها نظيرا في قواعد القانون الخاص فإنها تتميز بسمات خاصة، وقد استقر الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا على تحديد خصائص مشتركة لنظام الجزاءات في العقد الإداري ، وهي بلا شك متصلة بالمرافق العامة ووجوب المحافظة على سيرها بانتظام، وعليه فإننا سنعرض الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية على النحو التالي:

أولا : توقيع الجزاءات من جانب الإدارة

وهو ما يسمى بحق المبادرة، أي أن الإدارة لها الحق في توقيع جميع الجزاءات دون اللجوء للقضاء، وهذه الحرية بالتصرف لا نجد لها مثيلا في القانون الخاص، كما أن للإدارة الحرية في اختيار الوقت المناسب لاتخاذ وكذلك لها الحق في فرض الجزاء دون حاجة لإثبات الضرر⁹⁷.

ثانياً: بتوقيع الجزاء بدون الاستناد الى العقد

استقر الفقه والقضاء على أن سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات غير مرتبطة بنصوص العقد الإداري، وعلى هذا فإن العقود الإدارية تنص في الغالب على الجزاءات التي يحق للإدارة توقيعها، كما أن النص على بعض الجزاءات لا يعني تقييد حرية الإدارة في الجزاءات الأخرى غير المنصوص عليها في العقد، وبالتالي فإنها تستطيع فرض جزاء غير منصوص عليه في العقد ولكن تكون خاضعة فيه لرقابة القضاء.

مع الإشارة إلى أنه في حال نص في العقد على جزاء معين للأخطاء المتوقعة فيجب أن تنقيد الإدارة بهذا الجزاء بحيث لا يجوز لها كقاعدة عامة استبدال الجزاء المنصوص عليه بغيره من الجزاءات⁹⁸.

أن الإدارة تراعي في الشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد ما ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمه وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام، هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الإدارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد، ولا يمكن التسليم بأنه يوجد في ظروف تضطره إلى هذا القبول باعتبار أن جهة الإدارة وهي تعرض شروطها على من يرغب في التعاقد معها فإنما تعرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض، ومن ثم فإنه إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معيناً ووضعوا له جزاء بعينه، فإنه

97 زهدي يكن، القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري والنظرية العامة للمرافق العامة والعقود الإدارية والتنظيمات الإدارية، المكتبة العصرية، بيروت، بدون سنة طبع، ص480.

98 حسام محسن عبدالعزيز، مصدر سابق، ص127.

يجب أن تتقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته، كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه⁹⁹.

ثالثاً: إذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء

تنص أغلب القوانين على وجوب إذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات، وهذا المبدأ مستند على القواعد العامة في القانون المدني، كأن يتم النص على إخطار المقاول بإصلاح الأضرار الناتجة عن أعماله خلال خمسة أيام من تاريخ إخطاره قبل توقيع الجزاءات.

إلا أن هذه القاعدة لها استثناءات، وهي إعفاء الإدارة من الإذار في حال تضمن العقد الإداري نصا يعفيه من توجيه الإذار قبل توقيع الجزاء، كما أن الإدارة تعفى من الإذار إذا كانت طبيعة العقد الإداري لها ظروف ملحة تستدعي تنفيذه بمواعيد محددة وبالتالي فإن تحديد هذه المواعيد يعتبر بحد ذاته إذار للمتعاقد بالوفاء.

رابعاً: لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة إعاقه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

الهدف من منح الإدارة سلطة توقيع الجزاءات هو حق تنفيذ العقد الإداري لضمان سير المرفق العام بانتظام وتحقيقاً للمصلحة العامة، وحيث أن هذا الحق للإدارة لا يتطلب اللجوء للقضاء فإنه لا يجوز للمتعاقد اتخاذ أي إجراء أيا كانت صورته تمنع الإدارة من استعمال سلطتها في فرض الجزاءات.

خامساً: خضوع سلطة توقيع الجزاءات لرقابة القضاء

لما كانت سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات سلطة تقديرية حدودها القاعدة العامة التي توجب أن يكون تصرف الإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة، فكان لا بد من وجود ضمانات فعالة للمتعاقد ضد اساءة الإدارة في استعمال سلطتها أو التعسف بها أو مخالفتها للقانون والواقع.

كما أن رقابة القضاء لهذه السلطة من قبيل القضاء الكامل إلغاء وتعويضاً لكافة المنازعات الناشئة عن العقد الإداري، أما في حال كان توقيع الجزاء مستندا للقوانين واللوائح فإن اختصاص القضاء يكون بنظر الطعن لإلغاء قرار توقيع الجزاء، إلا في حال طلب التعويض إضافة لإلغاء القرار فإنه يكون من اختصاص القضاء الكامل، إضافة لذلك فإن رقابة القضاء تمتد لمشروعية الجزاء الموقع على المتعاقد من حيث الشكل

99 د. عثمان سلمان غيلان العبودي، المرشد العملي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية، ط1، 2008، ص62.

والاختصاص أو إساءة استعمال السلطة أو التعسف أو الانحراف، كما أنها تمتد لمراقبة ملاءمة توقيع الجزاء وتناسبه مع خطأ المتعاقد¹⁰⁰.

4.1.3: الجزاءات المالية

الجزاءات المالية عبارة عن مبالغ مالية تحددها الإدارة في العقد مقدما كجزاء لإخلال المتعاقد معها بالتزام من التزاماته كتأخره في تنفيذ التزاماته، فعند تحقق حالة عدم الالتزام يحق للإدارة توقيع العقوبة المالية المنصوص عليها في العقد، دون الحاجة لإثبات الضرر الواقع عن هذا الإخلال، كما أن هناك جزاءات مالية القصد منها تغطية الضرر الذي لحق بجهة الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد¹⁰¹.

وتتميز الجزاءات المالية في العقود الإدارية بأنها ذات طبيعة مالية بحتة، وتتعدد صور الجزاءات المالية التي يحق للإدارة توقيعها على المتعاقد المخل بالتزاماته على النحو التالي:

1.4.1.3: التعويضات

من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بالتزام تعاقدي أو بالتزام فرضه القانون ويسبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض¹⁰².

ويرى كثير من الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بتقديره وفي اشتراط الضرر ولكنهما يختلفان في طريقة تحديده وكيفية تحصيله، وبعض الفقه يصف التعويض بأنه ليس من الجزاءات الإدارية استنادا لأنه تطبيق لقواعد القانون الخاص.

وبخلاف الغرامات المالية فإن التعويض يجب أن يكون نتيجة الضرر وعلى جهة الإدارة إثبات هذا الضرر وإلا كان عرضة لعدم الحكم به من قبل القضاء، ويتم تقدير التعويض وفقاً لجسامة الضرر الواقع على جهة الإدارة وهو في ذلك يتشابه مع نصوص وقواعد القانون الخاص.

2.4.1.3: الغرامات التأخيرية

وهي مبالغ إجمالية يتم النص عليها في العقد على أنها جزاء على المتعاقد إذا تراخى أو تأخر في تنفيذ التزاماته، وهذا الجزاء يمكن تضمينه جميع العقود الإدارية وهو ميزة للإدارة ولو لم تتعرض لضرر من

100 د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2004، ص19.

101 خالد مصطفى حواطمة، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، الأردن، 2003، ص50.

102 حسام محسن عبدالعزيز، مصدر سابق، ص126.

تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته ، فالضرر يكون مفترضا لتعلقه بتسيير مرفق عام يجب المحافظة على سيره بانتظام، وفي الغالب تنص العقود الإدارية على هذه الغرامات التأخيرية ويحق للإدارة توقيعها دون الحاجة لإنذار أو اللجوء للقضاء لاستصدار أمر بتطبيقه.

كما أن تحديد مبلغ الغرامة في العقد يقيد حق الإدارة في تعديل هذا المبلغ ويجب أن تلتزم به ولا تستطيع زيادته بحجة أن الضرر زاد عن مبلغ الغرامة، كما ان المتعاقد لا يستطيع إنكار وجود الضرر من جراء تأخيره في تنفيذ التزاماته.

فالجزاء التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد.

فالغرامة التأخيرية توقع على المتعاقد مع الإدارة بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة ولمجرد حصول الإخلال بالوفاء بالالتزام دون حاجة إلى اعذاره باعتبار أن العقود الإدارية القائمة على أساس فكرة المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد التأخير لحرمان المنتفعين من الفائدة المتوخاة¹⁰³.

ولما كانت الغرامة التأخيرية التي تتضمنها عقود المقاولات الخاصة ليست في جوهرها إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه عند عدم قيام المقاول بتنفيذ التزامه، ولا بد لاستحقاقه من توافر الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر الذي هو مناط تقدير التعويض الواجب أدائه، وهي تختلف عن المبلغ المحدد في عقود المقاولات التي تعقدتها الجهة الإدارية الذي يدفعه المقاول في حالة التأخير والذي هو في حقيقته من الجزاءات المالية التي تلجأ إليها الإدارة كجزاء توقعه على المتعاقد معها في حالة تقصيره وإهماله، وتوقع على المقاول بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة ولمجرد حصول الإخلال بالوفاء بالالتزام ودون حاجة إلى إعداره، باعتباره أن العقود الإدارية القائمة على أساس فكرة المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد التأخير لحرمان المنتفعين بهذه المرافق من الفائدة المتوخاة¹⁰⁴.

103 د. خميس السيد اسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، 1994، ص 26.

104 خالد مصطفى حواطمة، مصدر سابق، ص 83.

وقد اختلف في فرض الغرامات في حال لم ينص العقد عليها، فنأدى البعض بأحقية الإدارة دون نص، واتجه الرأي الراجح في أنه لا بد من النص على هذه الغرامات التأخيرية في العقد أو في الشروط الملحقة للعقد، كما أن عدم النص عليها لا يعني إغفال المدد المحددة بالعقد وبإمكان الإدارة تطبيق نظام التعويض عن ضرر التأخير، وفي الغالب يتم النص عليها في العقد كغرامة التأخير وفي أحيان كثيرة يتم تحديد نسبة معينة كحد أقصى لهذه الجزاءات، كأن يتم تحديد نسبة % 10 كغرامات على التأخير من إجمالي قيمة العقد.

مع الإشارة إلى أن هذا الحق لا يمكن للإدارة التمسك به في حال كان التأخير ناتجاً عن عمل من أعمال الإدارة أي أنها سبب فيه أو أن هذا التأخير كان بسبب قوة قاهرة أو ظرف طارئ، كذلك يعفى المتعاقد من الغرامة في حال كان التأخير تم بناء على مهلة للتنفيذ وافقت الإدارة عليه أو كان التأخير حصل بفعل الغير، إضافة لحق الإدارة في إعفاء المتعاقد من الغرامات متى ما رأت مبررات مقنعة لهذا التأخير.

3.4.1.3: مصادرة التأمينات

وهي مبالغ مالية يتم إيداعها لدى الإدارة ضماناً للأخطاء التي قد يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته في العقد الإداري وتسمى كفالة حسن الأداء أو ضمان حسن التنفيذ وهذه الضمانة يودعها المتعاقد مع الإدارة لمواجهة مسؤولياته الناتجة عن تقصيره وخطئه.

ومصادرة التأمينات تعتبر شرطاً جزائياً من شروط العقد الإداري، جرى العرف على أن يتم النص عليه مسبقاً في العقد، وتتم المصادرة بقرار منفرد من الإدارة عن طريق التنفيذ المباشر دون الحاجة للجوء للقضاء، لأن حق الإدارة في المصادرة مفترض وثابت سواء نص عليه في العقد أو لم يتم النص عليه، وعلى ذلك يجب على الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأخرى التي تزيد عن مبلغ التأمين، إذ أن مصادرة التأمين لا يغني المتعاقد عن سداد ما يزيد من مبالغ نتيجة الضرر الواقع على الإدارة¹⁰⁵.

فالتأمين هو ضمان لجهة الإدارة تتوخى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري وضمن ملاءته لمواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره، كما أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي والتعويض لاختلاف الأساس القانوني بينهما فالمصادرة جزاء يوقع على المتعاقد دون أن يحصل ضرر أما التعويض فأساس الحصول عليه هو إثبات الضرر الواقع على الإدارة.

105 د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 64.

والتأمين على نوعين أحدهما يودع ابتداء لضمان جدية المتعاقد في تقديم عطائه ويسمى ضمان العطاء، والآخر يودع انتهاء عند الموافقة على عطائه وضمانا لقيامه بالتزاماته طبقا لشروط العقد ويسمى ضمان حسن الأداء¹⁰⁶.

إلا أن قرار مصادرة التأمين كغيره من الجزاءات يجب أن يكون مشروعاً وإلا كان للمتعاقد الحق في المطالبة بإلغائه واسترداد ما تم الخصم منه، فممارسة الإدارة سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ليست مطلقة، وإن توقيعها مرهون بتوافر شروط وضوابط محددة، ومن ثم فإن من شأن توقيع الجزاء على المتعاقد مع جهة الإدارة دون توافر مبررات ذلك قيام مسؤولية الإدارة عن إخلالها بالالتزام باستعمال سلطتها في توقيع الجزاء على نحو غير مشروع، وبناءً على ذلك يستطيع المتعاقد معها استرداد ما خصمته من مستحقاته، ومنها استرداد قيمة خطاب ال ضمان نتيجة توقيع جزاءات مالية على نحو غير مشروع.

5.1.3: الجزاءات غير المالية

الجزاءات غير المالية أو وسائل الضغط هي جزاءات لا تكون لها طبيعة مالية كالغرامات والتعويضات، والهدف منها الضغط على المتعاقد لإجباره على احترام التزاماته العقدية وتنفيذها على الوجه الأكمل أو إنهاء العلاقة التعاقدية، وهذه الجزاءات تمكن الإدارة من الوصول إلى إحلال نفسها أو الغير محل المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري مع الإبقاء على المتعاقد الأصلي معها مسؤولاً عن ذلك التنفيذ استناداً للعقد وأثاره سواء كان التنفيذ بديلاً كاملاً ونهائياً أو جزئياً مؤقتاً¹⁰⁷.

إلا أنه ونظراً لجسامة هذه الجزاءات فإن تطبيقها يجب أن يكون استناداً لحدوث إخلال جسيم من المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، كما وأن إحلال شخص آخر محل المتعاقد لا يعني إنهاء العقد الإداري في مواجهة المتعاقد فهذه إجراءات أو ضغط احتياطي لتنفيذ المتعاقد لتزاماته لا تخل بتحميل المتعاقد الأصلي مع الإدارة بالأعباء والمخاطر المالية الناتجة عنه وفي استكمال باقي الالتزامات في العقد.

فالعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك ، ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقد المقصر أن تحل هي بنفسها محله، أو أن تعمل على إحلال شخص آخر محله في تنفيذ الالتزام، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هذا الإجراء لا يتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر، بل يظل هذا المتعاقد مسؤولاً أمام جهة الإدارة، وإنما تتم العملية لحسابه وعلى مسؤوليته.

106 حسام محسن عبدالعزيز، مصدر سابق، ص132.

107 د. مصطفى محمود عفيفي، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، كلية شرطة دبي، الطبعة الثانية، 1989، ص68.

بالإضافة لذلك فإن للإدارة الحق في القيام بعمليات توريد أو شراء على حساب المتعاقد لتلافي أي عيب أو نقص في المواد محل التعاقد في عقود التوريد والمقاولات، كما يمكن للإدارة وضع أموال المتعاقد تحت الحجز كما هو معمول في عقود التزام المرافق العامة¹⁰⁸.

وكما تم الإشارة فإن هذه الجزاءات لا تهدف لتحميل المتعاقد أعباء مالية وإنما الضغط عليه لتنفيذ التزاماته وفق المنصوص عليها في العقد الإداري، وتتخذ هذه الوسائل في الغالب ثلاث صور.

1.5.1.3: صور الجزاءات غير المالية

تتخذ الجزاءات غير المالية أو وسائل الضغط ثلاث صور تشمل العقود الإدارية الرئيسية نستعرضها على النحو التالي:

أولاً : وضع المشروع أو العمل تحت الحراسة في عقد الامتياز في عقود امتياز المرافق العامة تلجأ الإدارة لوضع يدها على المرفق وتجعله تحت الحراسة في حال توقف المرفق بشكل كلي أو جزئي بسبب التقصير الجسيم من قبل المتعاقد مع الإدارة، أو بسبب توقف المرفق ولو بدون خطأ من المتعاقد كحالة القوة القاهرة أو إضراب لا دخل له فيه، حيث أن هذا الحق مستمد من ضرورة تسيير المرفق العام¹⁰⁹.

و استقر الفقه الإداري المقارن أنه عند وضع المشروع تحت الحراسة فإن الإدارة ترتب وضعا قانونيا له عدة آثار، أبرزها:

1. وضع المشروع تحت الحراسة لا ينهي عقد الالتزام ولا يسقط حقوق المتعاقد مع الإدارة وإنما يتم استبعاده عن إدارة المرفق مؤقتا.

2. يتم تسيير المرفق عن طريق الإدارة بنفسها أو عن طريق حارس مؤقت تعهد إليه التسيير، كما أن للإدارة الحق في الحصول على الرسوم والإيرادات من المنتفعين خلال فترة الحراسة.

3. في حال ارتأت الإدارة فسخ العقد الإداري فإن هذا يتطلب اللجوء للقضاء كون الحراسة إجراء وقتي.

4. في حال وضع المشروع تحت الحراسة بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة فإنه يتحمل جميع الخسائر أثناء فترة الحراسة، أما في حال كانت الحراسة قد وضعت دون خطأ منه كالقوة القاهرة فإن الإدارة هي التي تتحمل نفقات المرفق أثناء فترة الحراسة.

108 د. عاطف محمد عبداللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، 2009، ص 430.

109 د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007، ص 73.

5. لا يشترط توجيه إنذار للمتعاقد لوضع المشروع تحت الحراسة، كما أن مدة الحراسة المؤقتة تقررها الإدارة وفق ماتراه مناسباً، وتنتهي الحراسة إما باستعادة المتعاقد للمرفق أو إسقاط الالتزام¹¹⁰.

ثانياً: سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة

تقوم الإدارة في عقد الأشغال العامة بسحب العمل من المقاول المقصر في تنفيذ أعماله وتحل محله، فإما أن تنفذ الأعمال المطلوبة بنفسها على حساب المتعاقد أو أن تعهد لغيره من المقاولين بتنفيذ الأعمال محل عقد الأشغال العامة على مسؤولية وحساب المقاول المقصر.

كما أن هذا الجزاء يخضع لقواعد خاصة وهي¹¹¹:

1. يجب أن يكون اللجوء لهذا الجزاء نتيجة خطأ جسيم من المتعاقد، كأن يتم التأخر في تنفيذ الأعمال المهمة، أو أن يترك المقاول موقع العمل أو يتوقف عن الأشغال دون مراعاة لمواعيد التنفيذ وتسليم الأعمال أو عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من الإدارة أو أن تتراكم المخالفات المر تكبة من المقاول مما يدل على الإهمال الجسيم منه.

2. قيام الإدارة بسحب المشروع والتنفيذ على حساب المقاول المقصر لا ينهي العقد الإداري المبرم.

3. اللجوء لهذا الجزاء يكون بصفة مؤقتة وليست دائمة.

ثالثاً: الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد

تطبق الإدارة هذا الجزاء على المورد المتعاقد معها في حال تأخير المورد أو إخلاله في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها في عقد التوريد الإداري. والإدارة تملك هذا الحق سواء نص عليه في العقد أو لم ينص، حيث أن التأخير والإخلال من قبل المورد يؤثر على سير المرفق العام وبالتالي يجب أن تحافظ الإدارة على سيره، وفي هذا أقر المشرع المصري بحق الإدارة بشراء الأصناف المتفق عليها على حساب المورد في حال عدم قيام المورد بالتوريد في الموعد الأصلي وفق العقد الإداري¹¹².

أن الشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده وإلزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده ضماناً لحسن

110 حسام محسن عبدالعزيز، مصدر سابق، ص139.

111 د. زياد محمد جفال، الجزاءات الضاغطة والآثار المترتبة عليها في نظام عقود الإدارة، مجلة الحقوق، العدد 2018/1، جامعة الكويت، 2018، ص198.

112 فيرال كريكو، الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:

<http://revue.umc.edu.dz> تاريخ الزيارة: 2020/11/6

سير المرافق العامة واطراد سيرها ومنعها من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر في حال توقف هذه المرافق¹¹³.

2.5.1.3: فسخ العقد

وهو أخطر الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد، وهو يتم بإرادة الإدارة المنفردة بالنسبة لجميع العقود ماعدا عقد امتياز المرافق العامة التي ينبغي الحكم بفسخه من القضاء إلا إذا نص العقد على حقها بالفسخ دون اللجوء للقضاء، كما أن جزاء الفسخ لخطورته لا يسمح به القضاء إلا بالنسبة للأخطاء الجسيمة الواقعة من المتعاقد.

ويختلف فسخ العقد عن إنهاء العلاقة التعاقدية بالإرادة المنفردة للإدارة للمصلحة العامة، حيث أن فسخ العقد لا يكون إلا عند ارتكاب المتعاقد خطأ جسيماً وبالتالي لا فائدة ترجى من تقويم سلوكه، بينما إنهاء العقد الإداري تستطيع الإدارة اجراءه في أي وقت دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد متى كانت دواعي المصلحة العامة تستدعي ذلك، ويشترط لاتخاذ اجراء الفسخ أن يكون الخطأ جسيماً وللإدارة تقدير جسامته الخطأ تحت رقابة القضاء، كما يجب أن يكون قرار الفسخ مشروعاً بأن يستند على سبب مشروع للفسخ¹¹⁴.

ويشترط أن يكون الفسخ مسبوقاً بالإعذار بمعنى أن تقوم الإدارة قبل توقيع جزاء الفسخ بإعذار المتعاقد معها، وغالبا ما ينص العقد الإداري على حق الإدارة في توقيع هذا الجزاء على المتعاقد المقصر في الوفاء بالتزاماته، أما إذا لم ينص في العقد على هذا الحق في الفسخ المباشر دون اللجوء للقضاء فإن ممارسة هذا الحق يتعين أن يستند إلى نص تشريعي أو لائحي ينظم موضوع العقد، كما أن الفسخ قد يكون مجرداً أي أنه ينهي العلاقة التعاقدية مع حق الإدارة في فرض الغرامات أو المطالبة بالتعويض عن التقصير، وقد يكون الفسخ على مسؤولية المتعاقد وفي هذه الحالة فإن الإدارة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد وإنما تحمل المتعاقد نتائج وتكاليف العقد الجديد¹¹⁵.

2.3: سلطة إنهاء العقد الإداري

أن العقد الإداري قد ينتهي بالكيفية ذاتها التي تنتهي بها العقود الخاضعة للقانون الخاص، إلا أنها في أحيان أخرى تنتهي بطريقة مختلفة عن ما هو موجود في القانون الخاص وهو ما يعرف بسلطة إنهاء العقد، فبجانب

113 د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص149.

114 علي فهد سالم العمري، صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، الأردن، 2008، ص 52.

115 د. محمود حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص357 وما بعدها.

السلطات التي تمتلكها الإدارة في تنفيذ عقودها تملك كذلك سلطة إنهاء عقودها بإرادتها المنفردة، وهذه السلطة تختلف عن سلطة فسخ العقد نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته إخلالا جسيما، حيث أن الإدارة ودون أي خطأ من قبل المتعاقد مع ها يحق لها بإرادتها المنفردة إنهاء العقود الإدارية.

1.2.3: حالات إنهاء العقد الإداري

هناك صورتان لإنهاء العقد الإداري وذلك استناداً الى الطريقة التي ينتهي بها، فقد يكون الانتهاء من خلال تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد وهو الطريقة الطبيعية للانتهاء، وقد ينتهي العقد لأسباب مختلفة من دون ان يستند الى تنفي الالتزامات، وهي الطريقة غير الطبيعية للانتهاء.

1.1.2.3: الإنهاء الطبيعي للعقد الإداري

كسائر العقود فإن العقد الإداري ينتهي نهاية طبيعية في حالتين:

1. نهاية العقد بالوفاء بالالتزامات من طرفي العقد.

وفي هذه الحالة فإن كلا الطرفين أنهى ما عليه من التزامات عقدية، فمثلا في عقد الأشغال العامة فإن النهاية الطبيعية للعقد الإداري هي إتمام المقاول للأعمال وتسليمها للإدارة وفق القوانين والأنظمة واستلامه لحقوقه المالية طبقا للعقد، ونظرا لطبيعة الأشغال العامة فإن الإستلام فيها يكون على مراحل، فتبدأ باستلام ابتدائي وتنتهي بالاستلام النهائي¹¹⁶.

2. نهاية العقد بانتهاء المدة المحددة في العقد.

في العقود الإدارية المحددة بمدة زمنية فإن انتهاءه الطبيعي مقرون بهذه المدة، كعقود الالتزام وعقود صيانة المنشآت لمدة معينة وعقود التوريد لمدة محددة وغيرها من العقود التي يكون مناط الأعمال المطلوبة من المتعاقد مع الإدارة مرهون بفترة زمنية محددة¹¹⁷.

غير أن تجديد العقود المحددة بمدة زمنية قد يثير بعضا من الإشكالات ، حيث أن العقد يخضع في تجديده لإرادة الطرفين المعبر عنها صراحة أو ضمنا، على أنه في حال كان التعبير الصريح مشترطا ، فلا يعتد بالتعبير الضمني وللإدارة التمسك بعدم التجديد.

116 د. زياد محمد جفال، مصدر سابق، ص 86.

117 د. ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري ، دار الكتب القانونية، 2015 ، ص 341 .

كما أن للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالحقوق المالية في حال استمراره بتنفيذ الالتزامات العقدية بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة بالعقد، وذلك في حالة الموافقة على تجديد العقد صراحة أو ضمناً، والموافقة الصريحة لا إشكال فيها أما الموافقة الضمنية فلكي تكون معتبرة يجب أن لا يكون هناك نص في العقد أو في القوانين المنظمة على وجوب التجديد الصريح وأن تكون ظروف الحال تكشف رضا الإدارة عن هذا التجديد الضمني، كما أن من حق الملتزم بالمطالبة بالمقابل المالي في حال أداء الخدمة بعد انتهاء الفترة المحددة بالعقد شريطة أن يكون حسن النية وثبوت فائدة الخدمة للإدارة¹¹⁸.

2.1.2.3: الإنهاء غير الطبيعي للعقد الإداري

يقصد بالنهاية غير الطبيعية الحالات التي ينتهي فيها العقد قبل أوانها، ومن بين هذه الحالات حالة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة من الإدارة دون إخلال المتعاقد، وهذه الحالات هي على النحو التالي¹¹⁹:

1. انقضاء العقد الإداري بالفسخ الاتفاقي.

في هذه الحالة فإن إرادة الطرفين التي انعقدت على الاتفاق يحق لها أن تتفق على إنهاء هذا الاتفاق وتطبق الأحكام المدنية على هذه الحالة.

مع مراعاة أنه يجب أن يكون الاتفاق على انقضاء العقد اتفاقاً صادراً من الجهة التي تملك إبرامه بشكل صريح لا لبس فيه ولا تشترط الشكلية في هذا الاتفاق، كما يمكن أن يكون هذا الاتفاق على الفسخ بتعويض للمتعاقد أو بدون تعويض وفق ما تتفق عليه الأطراف.

2. انقضاء العقد الإداري بالفسخ القانوني.

يبسط القانون سلطته على العقد الإداري فيكون انقضاؤه بحكم القانون، وذلك في الحالات التالية:

أ. هلاك محل العقد.

وفي هذه الحالة فإنه يجب التمييز بين هلاك محل العقد بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين أو بسبب جهة الإدارة أو المتعاقد، ففي الحالة الأولى إذا كان الهلاك نتيجة سبب خارجي فالعقد يفسخ دون تعويض أي من الطرفين، أما في حال كان الهلاك لسبب يرجع للإدارة فيجب عليها تعويض المتعاقد.

118 د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 155.

119 د. محمد عبد الله الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1983، ص 34.

وفي الحالة الأخيرة التي يكون فيها هلاك محل العقد لسبب يرجع للمتعاقد فإن العقد ينقضي بقوة القانون مع حق الإدارة في مطالبة المتعاقد بجميع المبالغ المدفوعة والتعويضات المستحقة عن أي خسائر تكبدتها الإدارة.

ب - تحقق شرط فاسخ في العقد الإداري.

في حال كان العقد الإداري يتضمن شرطاً أو أكثر فاسخاً للعقد فإنه بتحققها يفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها، وغالباً ما تضع الإدارة شروطها التي تسمح لها بالفسخ عند تحققها كتزوير المتعاقد أو غشه.

ج - تحقق سبب قانوني لفسخ العقد.

في حال نص القانون على فسخ العقد الإداري عند تحقق سبب أو أكثر فإن العقد يفسخ دون الحاجة لوجود هذا النص في العقد.

3. انقضاء العقد الإداري بالفسخ القضائي.

في هذه الحالة يكون فسخ العقد الإداري بناء على حكم قضائي لدعوى مرفوعة من أحد طرفي العقد، ويكون الفسخ في حال الحكم به من تاريخ رفع الدعوى، وقد ذهب الرأي الغالب من الفقهاء أن الأسباب التي يحكم القضاء الإداري بها بالفسخ تدرج تحت أحد الأسباب الثلاثة التالية:

أولاً : الفسخ نتيجة القوة القاهرة

المقصود بالقوة القاهرة هو الحادث الخارج عن نطاق إرادة المتعاقد مع الإدارة والذي لا يمكن توقعه أو دفعه مما ينتج عنه استحالة تنفيذ العقد الإداري استحالة مطلقة، وهنا يلجأ المتعاقد للقضاء للحكم له بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة ولا تستطيع الإدارة إجباره على تنفيذ الالتزامات أو أن توقع عليه الغرامات.

ثانياً : الفسخ كجزء لإخلال المتعاقد

يعد الفسخ كأحد الجزاءات غير المالية التي تملك الإدارة فرضها على المتعاقد دون اللجوء للقضاء.

ثالثاً: الفسخ لاختلال التوازن المالي نتيجة سلطة الإدارة بالتعديل¹²⁰.

120 أريج عبد الستار، انفساخ العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهدين، كلية الحقوق، 2000، ص13.

2.2.3: إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة

إن العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية تنتهي بصورة اعتيادية بتمام تنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة الزمنية المحددة لسريانه إذا كان من العقود الزمنية¹²¹، وقد ينتهي العقد الإداري قبل الأوان المحدد في العقد لأسباب مختلفة منها هلاك محل العقد أو تحقق شروط معينة نص عليها العقد توجب فسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها وكذلك إذا وجدت مثل هذه الشروط في القوانين واللوائح، أو بسبب حدوث قوة قاهرة أو بطلب من المتعاقد بسبب انقلاب اقتصاديات العقد أو بسبب خطأ المتعاقد مع الإدارة ويكون الفسخ في مثل هذه الحالة كإجراء جزائي¹²²، إلا أن ما يدعو إلى الوقوف والتأمل هو قيام سلطة الإدارة بإنهاء العقد الإداري دون تحقق أي سبب من الأسباب المذكورة حتى وإن لم يخطئ المتعاقد مع الإدارة ودون الرجوع للقضاء إذا ما قدرت بناءً على سلطتها التقديرية أن الصالح العام يقتضي مثل هذا الإنهاء وتبرير سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية يرجع إلى اعتبارات تتعلق بضمان استمرار سير المرفق العام وتحقيق الصالح العام لأن الإدارة لا تتعاقد من أجل مصلحة فردية أو خاصة بل تتعاقد من أجل مصلحة الجمهور ومن أجل إشباع حاجاته ومن أجل توفير حاجات ومتطلبات المرفق العام محل العقد ولذلك تملك الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بقرار انفرادي، من جانبها في أي وقت تشاء قبل انتهاء المدد الأصلية للعقد متى ما اقتضت المصلحة العامة مثل هذا الإنهاء دون أن يحق للمتعاقد مع الإدارة الاعتراض على هذا الإنهاء¹²³ ولذلك نجد أن غالبية الفقه الإداري في فرنسا ومصر قد أقرت سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة سواء ورد عليها النص في شروط العقد أو في القانون أم لم يرد بشأنها نص، فهو حق مقرر وثابت للإدارة وإن لم ينص عليه في العقد أو القانون ولذا اعتبر الفقه في فرنسا ومصر أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من النظام العام¹²⁴، إلا أن الفقه اختلف في التكييف القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد بدواعي المصلحة العامة حيث ذهب جانب من الفقه في فرنسا ومصر إلى اعتبار سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري كسلطة مستقلة قائمة بذاتها أساسها ضرورات الصالح العام ومقتضيات المصلحة العامة¹²⁵.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه في هذين البلدين إلى أن سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لا تعدو أن تكون صورة من صور سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وإن التعديل في هذه

121 د. زياد محمد جفال، مصدر سابق، ص 93.

122 د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 166.

123 انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط 1، 1993 ص 416.

124 د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص 746.

125 انظر د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص 264.

الحالة ينصب على شرط المدة في العقد الإداري وبعبارة أوفى أن إنهاء العقد الإداري هو تعديل للشرط الخاص بمدة العقد¹²⁶.

وأياً كان التكييف القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بصورة منفردة فإن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر أكد هذه السلطة في العديد من أحكامه، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي وقف القتال يؤدي إلى تخويل الإدارة سلطة إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي والعقود الخاصة بالتطوع وهذا واضح من بعض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي التي صدرت بعد الحربين العالمية الأولى والثانية والتي تعرف بالأحكام الخاصة بتوقف العدوان حيث يكون للإدارة سلطة فسخ العقود المبرمة لسد حاجات الدفاع الوطني لانتفاء الحاجة لهذه العقود بسبب انتهاء الحرب¹²⁷، ثم صدر حكم آخر له عام 1954 جاء فيه ... تستطيع المدينة دائماً أن تنهي العقد لأسباب مرتبطة بالصالح العام...¹²⁸، ثم قرر في حكم حديث له صدر عام 1986م أنه تستطيع المقاطعة أن تنهي تنفيذ العقد في وقت سابق لأوانه المسمى وإن لم يكن هناك نص في العقد يمنحها سلطة إنهاء العقد، وحتى لو لم يخالف المتعاقد التزاماته التعاقدية¹²⁹، وجاء في حكم آخر له صدر عام 1987 ... تستطيع الإدارة ممارسة سلطة إنهاء عقد التزام المرفق العام حتى لو لم يوجد نص تشريعي أو لائحي أو تعاقدي ينظم ممارسة هذه السلطة.

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فهي بدورها أقرت وأكدت على هذه السلطة كسلطة مقررة للإدارة دون أدنى شك في الكثير من أحكامها حيث جاء في حكم لها صدر عام 1980م ما نصه ... للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه... بل إن محكمة القضاء الإداري ذهبت إلى اعتبار سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي كمبدأ عام يطبق حتى لو لم ينص عليه في العقد إذ أنه يتعلق بالنظام العام ويعتبر من الخصائص المميزة للعقد الإداري.

أما إذا وجد نص في العقد أو القوانين أو اللوائح من شأنه أن يعطي للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بصورة انفرادية فإن ممارسة الإدارة لسلطاتها في إنهاء العقد بموجب هذه النصوص لا يعتبر ممارسة لامتياز استثنائي وهي بذلك لا تمس مبدأ القوة الملزمة للعقد التي تقضي أن العقد قانون المتعاقدين، بل على النقيض من ذلك

126 د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دراسة مقارنة، في التشريع والفقهاء والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1962 ص150.

127 د. أحمد عثمان عياد، المصدر السابق، ص255.

128 د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص473.

129 د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المصدر السابق، ص478.

تعتبر مباشرة الإدارة لهذه السلطة إقراراً لمبدأ القوة الملزمة للعقد كون الإدارة قد قامت بتطبيق الشرط الوارد في العقد والذي يخولها سلطة إنهاء العقد بناءً على رضا المتعاقدين وقد لا يترتب للمتعاقد مع الإدارة أي تعويض من جراء قيام الإدارة بتطبيق الشرط المتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة إذا ما نص العقد على ذلك، أما إذا جاء العقد والقانون خالياً من أي نص يعطي الإدارة مثل هذا الحق فإن مباشرة الإدارة لهذه السلطة في مثل هذه الحالة يعد مظهراً من مظاهر السلطة العامة الاستثنائية التي لا يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة¹³⁰.

وفي العراق فإن حق الإدارة في إنهاء المقاول مقرر بموجب القانون في حالة نشوب حرب أثناء مدة إكمال الأعمال أو في حالة استحالة التنفيذ لأسباب خارجة عن إرادة الطرفين وهذا ما قرره المادة 67 من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة 1988م، إلا أن المادة المذكورة لم تشر صراحة إلى حق الإدارة في إنهاء المقاول بناءً على مقتضيات المصلحة وضرورات سير المرافق العامة بانتظام واستقرار في أي وقت ودون الحاجة لوجود خطأ من جانب المقاول وكذلك الحال جاءت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008م المعدلة خالية من أي نص يجيز للإدارة إنهاء العقد انفرادياً من جانبها إلا أن المشرع نص أن لجهة الإدارة إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات ويعاد ثمن المناقصة فقط¹³¹، في حين جاءت نصوص القانون المدني العراقي لتقرر فسخ عقد المقاول من قبل رب العمل نتيجة لإخلال المقاول في تنفيذ التزامه وهذا الحكم يدخل ضمن سلطة الإدارة في فسخ العقد نتيجة لخطأ المقاول وليس في سلطة الإدارة في إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة¹³².

إلا أنه بالرجوع إلى القسم 11 من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم 87 لسنة 2004م الخاص بالعقود الحكومية نلاحظ أنه قد نص صراحة على حق الحكومة بإنهاء العقود العامة الداخلة تحت سلطة هذا الأمر كلياً أو جزئياً حينما يكون الإنهاء لمصلحة الحكومة ويتم تسوية الالتزامات المترتبة على العقد لكلا طرفيه من الحقوق والواجبات بما فيها تعويض المقاول وفق الإجراءات المشار إليها في القسم 12 من نفس الأمر على أن تصدر دائرة إدارة العقود العامة أنظمة لتنفيذ هذا القانون تبين الظروف التي بموجبها يمكن للحكومة أن تنتهي العقود العامة استناداً لهذا الأمر، إلا أن الملاحظ أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 المعدلة الصادرة بالاستناد لأحكام الفقرة 1 من القسم 14 من هذا الأمر لم تتضمن نصاً صريحاً يعطي لجهة

130 حسن فضالة موسى التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2006، ص 22.

131 المادة (5 / ثانياً/ ل) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 المعدلة.

132 د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص 172.

التعاقد سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة وإنما ورد نص يجيز للإدارة إلغاء المناقصة دون تعويض مقدمي العطاءات كما بينا سابقاً، كما أن التعليمات المذكورة لم تحدد الحالات التي يمكن للحكومة أن تنتهي العقود العامة إنهاءً انفرادياً لدواعي المصلحة العامة وهذا قصور كبير كان على المشرع أن يأخذه بعين الاعتبار عند إعداد هذه التعليمات، لأن هذه التعليمات قد تجاهلت امتيازاً أساسياً للإدارة نص عليه قانون العقود الحكومية رقم 87 لسنة 2004 أنف الذكر وإن من المفروض أن تكون التعليمات مرآة تعكس المبادئ الأساسية للتشريع مع وضع الضوابط لتسهيل تنفيذه.

أما موقف القضاء العراقي من سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري فإننا نجد أن الأحكام بالرغم من ندرتها واقتضابها إلا أنها تشير إلى أن للإدارة أن تصدر قراراً بإلغاء عقد التزام المرافق العامة إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، وذهبت محكمة التمييز في حكم آخر لها صدر عام 2004 إلى القول أن العقد المبرم بين الطرفين عبارة عن مقابلة ترتب التزامات على الطرفين وتم تسليم جهاز الشفت العاطل إلى المميز للتصليح أو التعديل وفقاً لبنود العقد وحيث أن المميز عليه إضافة لوظيفته قام بفسخ العقد من جانبه لذا ينبغي أعمال نص المادة 1/885 من القانون المدني وتعويض المدعي عما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، إذ نجد أن في هذا الحكم إشارة ضمنية إلى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري دون علم وموافقة المتعاقد معها فالمحكمة في معرض تسببها لقرارها لم تعترض على الفسخ الصادر عن الإدارة وإنما قررت التعويض للمتعاقد معها عما أنفقه من مصاريف وما قام به من أعمال فهذا الحكم يقرر مبدئين مهمين الأول حق الإدارة في إنهاء العقد انفرادياً من جانبها والثاني حق المتعاقد في التعويض أزاء استعمال الإدارة لهذه السلطة دون خطأ منه، فسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري مفروغ منها ولا مجال لمناقشتها وأن جبر الضرر يكون بتعويض المتعاقد معها إن كان له مقتضى.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراستنا حول موضوع مظاهر الأخذ بأساليب القانون العام في العقود الادارية وبعد ان تناولنا الموضوع في جوانبه المختلفة فقد توصلنا الى استنتاجات حول الموضوع والتي سوف نعرضها فيما يأتي علاوة على المقترحات ذات العلاقة.

أولاً: الاستنتاجات

- 1- يعرف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام
- 2- إن فريقاً من الفقهاء يذهب إلى الاستغناء عن شرط المرفق العام في تحديد العقد الإداري وذلك اكتفاء بالشرط الثالث والذي هو تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث يصبح العقد إدارياً بغض النظر عن علاقته بالمرفق العام.
- 3- تختلف الشروط الاستثنائية كعنصر مميز للعقد الإداري عن شروط الإذعان في عقود القانون الخاص، حيث نظم المشرع أحكام عقود الإذعان وأجاز للقاضي تعديل شروط العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة.
- 4- إن الهدف الأساسي لمنح الإدارة سلطة الرقابة والتوجيه هو الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد لتمكين منتفعي المرفق العام بالتمتع بخدماته دون تعقيد أو إخلال وكذلك تحسين جودة الإنتاج والمواد، وعليه فإنه يجب الالتزام بهذه الغاية عند ممارسة هذه السلطة ولا يجوز أن تتجاوز الإدارة في هذا الحق لغايات أخرى قد تؤدي في نهاية المطاف لوضع الصعوبات والعراقيل بوجه المتعاقد مع الإدارة مما يؤثر على المرفق العام بشكل سلبي، وعليه فإن هذه السلطة ليست مطلقة، و للقضاء الحق في مراقبة جهة الإدارة في استعمالها لهذه السلطة للتحقق من عدم اساءة استعمالها في ما لا يتعلق بالمرفق العام والمصلحة العامة.
- 5- إن الحق الممنوح للإدارة في تعديل عقودها الإدارية كقاعدة عامة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذها العقد يشمل تغيير شروطه وتعديل مدى التزام المتعاقد بالزيادة والنقصان، وهذا الحق يمتد لجميع العقود دون استثناء، فهناك بعض التشريعات تحدد نسبة معينة في حق الإدارة بالتعديل سواء بالزيادة أو النقصان لكي لا يؤدي هذا التعديل لإرهاق المتعاقد مع الإدارة وتجنب تعطيل المرفق العام بسبب هذا التعديل، ولعل أغلب التشريعات الحديثة نصت على حق الإدارة في التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة.

6- أن الفقه والقضاء أقر بحق الإدارة فرض الجزاءات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، كما أن الأساس القانوني لسلطة توقيع الجزاءات كان محل خلاف فقهي من حيث إسناد هذا الأساس لفكرة المرفق العام أو السلطة العامة.

7- إن سلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة هي إحدى الحالات غير الطبيعية للإنهاء، وهذه السلطة تتميز وتختلف عن سلطة فسخ العقد والذي يستلزم خطأ جسيماً من المتعاقد بينما إنهاء الإدارة بالسلطة المنفردة لا يستلزم وجود أي خطأ من المتعاقد وهو مقرر للإدارة دون الحاجة لارتكاب المتعاقد أي خطأ انطلاقاً من طبيعة العقد الإداري المميزة وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد.

ثانياً: المقترحات

1- ضرورة توحيد الأحكام العامة للعقود الإدارية وإصدار قانون ينظم العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها بشكل واضح وذلك للكشف عما تكون للإدارة من سلطات استثنائية واحاطة المتعاقد معها علماً بما يكون عليه العقد لا سيما أثناء التنفيذ.

2- وضع الضوابط لممارسة الإدارة لسلطاتها الاستثنائية تجاه المتعاقد معها تجنباً للتعسف في اللجوء إلى هذه السلطات والاضرار بالمتعاقد معاً من دون وجه لتحقيق المصلحة العامة التي تمثل الغاية الأساسية في إبرام العقود الإدارية.

3- تعزيز حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لغرض تحقيق المصلحة العامة نظراً لأهميته وتفعيلاً لدور الإدارة في المحافظة على المصلحة العامة التي قد تتغير بعد توقيع العقد الإداري.

4- ضرورة اتباع الاجراءات القانونية المرسومة من جانب الادارة قبل التوجه نحو فرض الجزاءات على المتعاقد معها.

5- يجب أن يكون الهدف من التعديل هو تحقيق مقتضيات المصلحة العامة وأن يكون في الحدود المسموح بها قانوناً بما يتفق مع الحكمة من تقرير التعديل فلا يؤدي التعديل إلى تبديل نوع وموضوع العقد أو قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد.

المصادر

أولاً: المعاجم والقواميس

1- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت، 2008، باب الدال، فصل العين.

ثانياً: الكتب القانونية

- 1- حسام محسن عبدالعزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإداري وضمائنها، المركز العربي، للنشر والتوزيع، 2018 .
- 2- خير الدين عبد العزيز، حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، 1961.
- 3- د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1946، مكتبة الفلاح، ط1، 1981.
- 4- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، مبادئ وإحكام القانون الإداري اللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، 2009.
- 5- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1973.
- 6- د. أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 2011.
- 7- د. بكر القباني، القانون الإداري، نشاط الإدارة العامة وقراراتها وعقودها، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1988.
- 8- د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ك2، المرفق العام، الضبط الإداري، القرار الإداري، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 1997، ص231.
- 9- د. خميس السيد اسماعيل، الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الادارية والتعويضات، دار النهضة العربية الطبعة الاولى، 1994.

- 10- د. ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري ، دار الكتب القانونية، 2015.
- 11- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية . دراسة مقارنة-، ط5، دار الفكر العربي بالقاهرة 1990.
- 12- د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة، القاهرة، 2001، ص11.
- 13- د. صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص968.
- 14- د. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2000.
- 15- د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 .
- 16- د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1978.
- 17- د. عاطف محمد عبداللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، 2009.
- 18- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2004.
- 19- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف في الاسكندرية، 2003.
- 20- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005.
- 21- د. عبدالمجيد فياض، العقد الإداري في مجال التطبيق، المكتبة القانونية، 1983 .
- 22- د. عثمان سلمان غيلان العبودي، المرشد العملي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية، ط1، 2008.
- 23- د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، 1976 .
- 24- د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص198.

- 25- د. علي محمد بدير ، د. مهدي السلامي ، د. عصام البرزنجي ، مبادئ وإحكام القانون الإداري، المكتبة القانونية ، بغداد، 1993.
- 26- د. مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، ط3 ، مطبعة جامعة دهوك ، 2010 .
- 27- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دار الكتب للطباعة، بغداد، 1996.
- 28- د. مجدي مدحت النهري، نظرية العقد الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الجزيرة، 2014.
- 29- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2005.
- 30- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، ط1، 1993.
- 31- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المطول في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 32- د. محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دراسة مقارنة، في التشريع والفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1962.
- 33- د. محمود حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 34- د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977.
- 35- د. محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى، 2007.
- 36- د. مصطفى محمود عفيفي، الوسيط في مبادئ القانون الإداري، كلية شرطة دبي، الطبعة الثانية، 1989.
- 37- د. نواف كنعان، القانون الإداري، الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 38- د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، 2014 .
- 39- زهدي يكن، القانون الإداري، مبادئ القانون الإداري والنظرية العامة للمرافق العامة والعقود الإدارية والتنظيمات الإدارية، المكتبة العصرية، بيروت، بدون سنة طبع.

- 40- سمير عبد السميع الاودن ، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2009.
- 41- سيف سعد مهيد الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر الجامعي،2017 .
- 42- عبدالرحمن أبوبكر سيد أحمد، عقود التوريد الإدارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة، الشارقة،2014.
- 43- محمد سلام مدكور، الفقه الإسلامي، المدخل والأموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1954.
- 44- هاشم علي الشهبان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات، دار الثقافة للطباعة والنشر، الطبعة الاولى ، الاصدار الاول، 2009.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

- 1- أريج عبد الستار، انفساخ العقد، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، كلية الحقوق، 2000.
- 2- حسن فضالة موسى التميمي، عقد التوريد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2006.
- 3- خالد مصطفى حواطمة ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، الأردن، 2003 .
- 4- علي فهيد سالم العجمي، صلاحية الإدارة في فسخ العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان ، الأردن، 2008 .
- 5- د. محمد عبد الله الدليمي ، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، 1983.
- 6- محمد مقبل سالم العندلي، آثار العقد الإداري في التشريع الأردني. دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات والفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2003 .
- 7- محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1991.

رابعاً: الأبحاث

- 1- د. حلمي مجيد الحميدي ، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد الخامس ، العدد (1) ، 1986 .
- 2- د. حلمي مجيد الحميدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، المجلد الخامس ، العدد (1) ، 1986.
- 3- د. زياد محمد جفال، الجزاءات الضاغطة والآثار المترتبة عليها في نظام عقود الإدارة ، مجلة الحقوق، العدد 2018/1 ، جامعة الكويت، 2018 .
- 4- د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في جامعة النهريين ،كلية الحقوق، المجلد الثالث، العدد الثالث ، 1999.
- 5- د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في جامعة النهريين، كلية الحقوق، المجلد الثالث، العدد الثالث، 1999.
- 6- د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، 1997 .

خامساً: المصادر الإلكترونية

- 1- ايمان الحيارى، عناصر العقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:
<https://mawdoo3.com> تاريخ الزيارة: 2020/11/27
- 2- بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:
<https://shamra.sy/academia> تاريخ الزيارة: 2020/9/18
- 3- د.حسيب الياس حديد، تنفيذ العقود الإدارية، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:
<https://www.almothaqaf.com> تاريخ الزيارة: 2020/10/22
- 4- زهير مصطفى صالح، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:
<https://www.droitentreprise.com> تاريخ الزيارة: 2020/11/9

5- فريال كريكو، الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري، مقال منشور على العنوان الإلكتروني التالي:

تاريخ الزيارة: 2020/11/6 <http://revue.umc.edu.dz>

Management authority to amend the administrative contract for public interest purposes

ORIGINALITY REPORT

19%	13%	11%	4%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	www.swaidalawyer.org Internet Source	1%
2	droitpublic2.blogspot.com Internet Source	1%
3	www.alzahare.com Internet Source	1%
4	jols.uobaghdad.edu.iq Internet Source	<1%
5	www.sjc.ly Internet Source	<1%
6	lawaboveall-fathy01015609184.blogspot.com Internet Source	<1%
7	محفوظ ، عبد القادر سويقي ، حورية. "أوجه الطعن بعدم الدستورية في القضاء الدستوري الجزائري // مجلة الندوة للدراسات القانونية -. 2014 ، ع 2 ، ص ص 106 - 125 ، Majallat al-Nadwah lil-Dirāsāt al-Qānūniyah, 2014 Publication	<1%



NEAR EAST UNIVERSITY
INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To the Institute of Graduate Studies

Mr. Sternas Arkan Abdulrahman (20186225), studying in Public law Arabic Program has finished the master thesis titled "**Management authority to amend the administrative contract for public interest purposes**" and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research.

Sincerely,

Assist. Prof. Yousif Mostafa Rasul