الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأردني

Judicial Control Over the Management Authority to Modify the Management Contract: a comparative study between the Kuwaiti and Jordanian Legislation

إعداد:

ظافر محمد عبد المحسن ظافر

إشراف:

الأستاذ الدكتور محمد وليد العبادي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية القانون

جامعة عمان العربية

٢٠١٤

تفويــض

أنا ظافر محمد عبد المحسن ظافر أفوض جامعة عمان العربية بتزويد نسخ من رسالتي الموسومة "الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأردني" ورقياً والكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الإسم: ظافر محمد عبد المحسن ظافر

التاريخ: ١٧/٦/٢٠١٤

التوقيع: ظافر

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها "الرقابة القضائية على سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري "

دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأردني :

واجيزت بتاريخ :2014/6/17

أعضاء لجنة المناقشة :		التوقيع
الأستاذ الدكتور : هاشم الحافظ	رئيسا	.....
الأستاذ الدكتور: محمد العبادي	مشرفا وعضوا	.....
الأستاذ الدكتور : كريم كشاكش	عضوا خارجيا	.....

الإهـــــــداء

إلى عائلتي

أهدي هذا الانجاز المتواضع لهم لكل ما قدموه من دعم ومؤازرة

الشـــــكر والتقديـــــــر

بعد شكر المولى عز وجل
أتوجه بالشكر إلى جامعة عمان العربية ممثلةً برئيس الجامعة الأكرم،
وأعضاء الهيئة التدريسية الأفاضل في كلية القانون،
وأخص بالشكر والتقدير حضرة المربي الفاضل
الأستاذ الدكتور محمد وليد العبادي
المشرف على الرسالة لكل ما قدمه من جهد وعون في إتمام هذا العمل
كما أتوجه بالشكر لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل على ما أتاحوه من وقت وجهد لمناقشة هذه الرسالة

فهرس المحتويات

التفويض ..... ب
قرار لجنة المناقشة ..... ب
الإهـــداء ..... د
الشـكر والتقديــر ..... ه
فهرس المحتويات ..... و
الملخص ..... ح
Abstract ..... ط
الفصل الأول الإطار العام للدراسة ١
أولاً: تمهيد ٢
ثانياً: مشكلة الدراسة ٣
ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة ٣
رابعاً: فرضيات الدراسة ٤
خامساً: التعريف بالمصطلحات ٥
سادساً: أهمية الدراسة ٧
سابعاً: محددات الدراسة ٧
ثامناً: الدراسات ذات الصلة ٨
تاسعاً: منهجية الدراسة ١٠
الفصل الثاني مفهوم العقد الإداري محل الرقابة القضائية ١١
المبحث الأول: تعريف العقد الإداري ١٢
المطلب الأول: طرق وإجراءات إبرام العقد الإداري ١٤
المطلب الثاني: القيود السابقة على التعاقد ١٤
المبحث الثاني: معيار تمييز العقد الإداري ١٦
المطلب الأول: التمييز القضائي للعقود الإدارية ١٧
المطلب الثاني: تطور فكرة المرفق العام ١٩
المطلب الثالث: نظرية اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق العام ٢١
المطلب الرابع: إتباع أسلوب القانون العام ٢٢
المطلب الخامس: تقدير نظرية الشروط الاستثنائية ٢٤

المبحث الثالث: الشروط الواجب توفرها في العقد الإداري..... ٢٦
المطلب الأول: النظرية التقليدية فى تمييز العقد الإداري..... ٢٨
المطلب الثاني: موقف القضاء الفرنسي من العقد الإداري ٢٩
الفصل الثالث سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري..... ٣٢
المبحث الأول: الأساس القانوني للتعديل..... ٣٣
المطلب الأول: حالات تعديل العقد الاداري ٣٤
المطلب الثاني: مبدأ الإحلال ٣٥
المبحث الثاني: تعسف الادارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الاداري ٣٦
المطلب الأول: الانتقادات الموجهة لمبدأ الإحلال ٣٦
المطلب الثاني: موقف التشريع من مبدأ الإحلال..... ٣٩
الفصل الرابع رقابة القضاء على تعسف الادارة بتعديل العقد الاداري..... ٤٤
المبحث الأول: حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الاداري..... ٤٥
المطلب الأول: رقابة القضاء على تعسف الإدارة بتعديل العقد الإداري..... ٤٨
المطلب الثاني: الاختصاص القضائي في الرقابة على أعمال الإدارة..... ٥٠
المبحث الثاني: الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الادارية في تكوين العقد الاداري..... ٥١
المطلب الأول: القضاء الشامل..... ٥٢
المطلب الثاني: قضاء الإلغاء..... ٥٢
المطلب الثالث: القضاء الإستعجالي والتحكيم كوسيلتين لفض النزاع..... ٥٣
الفصل الخامس الخاتمة والنتائج والتوصيات..... ٥٥
أولاً: الخاتمة..... ٥٦
ثانياً: النتائج..... ٥٦
ثالثاً: التوصيات ٥٧
قائمة المصادر المراجع:..... ٥٩

الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري: دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والأردني

إعداد:

ظافر محمد عبد المحسن ظافر

إشراف:

الدكتور محمد وليد العبادي

الملخص

هدفت الدراسة إلى توضيح مدى تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، وبيان أثر ذلك على المتعاقدين مع الجهات الإدارية، وتحديد معيار تعسف الإدارة في استعمال تلك الصلاحيات، وبيان موقف القضاء من تعسف الإدارة في استعمالها لهذه الصلاحيات والرقابة القضائية على الجهات الإدارية عند استعمالها لصلاحيتها في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة؛ والخروج بمجموعة من النتائج والتوصيات.

وقد اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال استعراض النصوص القانونية ذات الصلة في كل من القانونين الأردني والكويتي، ومن ثم تحليلها، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني من المسائل المثارة في هذه الدراسة، مع بيان موقف القضاء الأردني والقضاء الكويتي من موضوع هذه الدراسة، وذلك بإيراد الاجتهادات القضائية في كل من الأردن والكويت، واستعراضها والتعليق عليها للوقوف على أوجه الصواب والخلل فيها.

وقد تكونت الدراسة من خمسة فصول موزعة كالآتي: الفصل الأول: ويتضمن الإطار العام للدراسة، والفصل الثاني: ويتضمن مفهوم العقد الإداري محل الرقابة القضائية، والفصل الثالث: ويتضمن سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري، والفصل الرابع: ويتضمن رقابة القضاء على تعسف الادارة بتعديل العقد الاداري، والفصل الخامس: ويتضمن خاتمة الدراسة وأهم النتائج والتوصيات.

Judicial Control Over the Management Authority to Modify the Management Contract: a comparative study between the Kuwaiti and Jordanian Legislation

Prepared by:
Thafir Mohammed Thafer
Supervisor:
Dr. Mohammed Walid Al-Abbadi

Abstract

The study aimed to clarify the extent of the arbitrariness of management in the use of validity to amend the administrative contract, a statement of the impact on contractors with administrative bodies, and determine the standard arbitrariness of administration in the use of these powers, and the statement of the position of the judiciary from the arbitrariness of management in the use of these powers and judicial control over administrative bodies when used to modify the terms of the expired contract management in its sole discretion, and out a set of findings and recommendations.
The study followed the descriptive analytical method, and through a review of relevant legal provisions in each of the laws of Jordan and Kuwait, and then analyzed, as well as analysis of the views of the jurisprudence of the issues raised in this study, with an indication of the position of the Jordanian judiciary and the Kuwaiti judiciary from the subject of this study, by including jurisprudence in both Jordan and Kuwait, and review and comment to stand on the right and draw a bug where.

The study was formed of five chapters distributed as follows: Chapter I: The general framework of the study, and Chapter II: The concept of the administrative contract replace judicial oversight, and Chapter III: The definition includes the authority to the administration to modify the contract administrative, and Chapter IV: The penalty resulting from the arbitrary administration in amending the administrative contract expired, and Chapter V: The most important conclusion of the study findings and recommendations.

الفصل الأول
الإطار العام للدراسة

أولاً: تمهيد
ثانياً: مشكلة الدراسة
ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة
رابعاً: فرضيات الدراسة
خامساً: التعريف بالمصطلحات
سادساً: أهمية الدراسة
سابعاً: محددات الدراسة
ثامناً: الدراسات ذات الصلة
تاسعاً: منهجية الدراسة

الفصل الأول

الإطار العام للدراسة

يتناول هذا الفصل عرضاً لمشكلة الدراسة، وتوضيحاً لأهمية الدراسة وأهدافها، كما يستعرض مصطلحات الدراسة وأهم الدراسات السابقة التي تناولت نفس الموضوع،وعلى النحو الآتي:

أولاً: تمهيد

تتولى الإدارة العامة مهمة تحقيق مبدأ المشروعية الذي يقضي بمساواة جميع الأشخاص أمام القانون، سواء كانوا حكاماً أم محكومين، فهذا المبدأ هو أحد أهم مخرجات الديمقراطية الحقيقية، فالدولة القانونية هي التي تطبق المعنى الحقيقي للديمقراطية، ومن ثم لا تميز في تطبيق القانون بين الأشخاص في الدولة مهما تكن صفاتهم (العبادي، ٢٠٠١، ٢٩).

ويعد العقد مصدراً هاماً من مصادر الالتزام، والقاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين إذا نشأ صحيحاً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي بمقتضى نص في القانون وهذا ما تؤكده نص المادة (٢٤١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، وكذلك نص المادة (٤٧) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

إن التصرفات التي تجريها الإدارة بالاشتراك مع إرادة طرف آخر بطريقة توافق الإرادات التي تتجه سوية نحو إحداث أثر قانوني معين، هو إنشاء التزام أو تعديل إلتزام قائم أو إلغائه، ويقصد بذلك العقد الإداري وسائر الأعمال القانونية الاتفاقية، فالعقد الإداري هو صنف محدد من جنس الأعمال القانونية الاتفاقية التي تتسم بوصفها قائمة أساساً على توافق الإرادات (اسماعيل، ٢٠١١، ١٣، وزين الدين،٢٠١١، ٥).

إن العقود الإدارية التي تاخذ الإدارة، وهي بصدد إبرامها أو تنفيذها بأساليب القانون العام وإمتيازاته، تخضع لقواعد قانونية متميزة، هي قواعد القانون الإداري(الفارسي والباز،٢٠٠٩، ٨)، بخلاف العقود الخاصة التي تبرمها الإدارة والتي تماثل عقود الأفراد، إذ تبقى في نطاق القانون الخاص.

هذا وتخضع العقود الإدارية في الأردن لنظام اللوازم رقم(٣٢) لسنة ١٩٩٣م، وتعليمات تنظيم إجراء العطاءات وشروط الإشتراك فيها رقم(١) لسنة ١٩٩٤م الصادرة استناداً للمادة(٢٣) من نظام اللوازم المذكور، وهناك أيضاً نظام الأشغال الحكومية رقم(٧١) لسنة ١٩٨٦م،

وفي الكويت تخضع هذه العقود إلى قانون المناقصات رقم(٣٧) لسنة ١٩٦٤م.
وتتمتع الإدارة بوصفها طرفاً في العقد الإداري بسلطات استثنائية لا يوجد لها مقابل في عقود القانون الخاص، وهذه السلطات متعددة المظاهر ومتباينة الاوضاع، ومن أم مظاهر هذه السلطات حق الغدارة في إدخال تعديلات على شروط العقد في أي وقت، وحق الإدارة في توقيع جزاءات على التعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء، وحق الإدارة في الإشراف والتوجيه والرقابة على تنفيذ العقد (شحاته ١٩٩٥، ٧٦١، والشريف ١٩٩٨، ٦٢).
وتأتي هذه الدراسة لتبحث في الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري في القانونين الكويتي والأردني، نظراً لأهمية العقد الإداري في حياة الإدارة العامة، وذلك بغية الوقوف على مدى تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها في تعديل العقد وما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وبخاصة إذا ما قامت الإدارة بتعديل العقد بإدارتها المنفردة.

ثانياً: مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة هذه الدراسة في بيان مدى رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإدارتها المنفردة، وذلك على ضوء القانونين الكويتي والأردني.

ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة

تتمثل عناصر مشكلة الدراسة في الآتي:
ما مفهوم العقد الإداري محل الرقابة القضائية؟
ما معيار تمييز العقود الإدارية؟
ما الأساس القانوني لتعديل العقد الإداري؟
ما حالات تعديل العقد الإداري؟
ما معيار تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري؟
ما القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري؟
ما مدى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة؟
ما موقف القضاء من تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري أو في إنهائه؟

رابعاً: فرضيات الدراسة

تعتبر هذه الفرضيات بمثابة حلول متوقعة لعناصر مشكلة الدراسة، ومن أهمها:

تبرم هذه الإدارة عادة نوعين من العقود، النوع الأول يسمى بالعقود الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام، والنوع الثاني هو العقود الخاصة والتي تخضع لأحكام القانون الخاص، وأن مفهوم العقد الإداري محل الرقابة القضائية في هذه الدراسة يتصف بالصفة الإدارية التي تبرمه الإدارة في الكويت والأردن بقصد إدارة المرافق العامة والتي تتمتع بصدده سلطات استثنائية عند إبرامه ليس لها مقابل في عقود القانون الخاص.

إن معايير تمييز العقد الإداري تقوم على ثلاثة ضوابط، هي: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، واتباع أسلوب ووسائل القانون العام، واتصال العقد بنشاط مرفق عام (بدوي، ٢٠١٠، ٥٠١).

أن الأساس القانوني لاستعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري يقوم على فكرتين، هما: فكرة السلطة العامة، وحاجة المرفق العام (العنزي، ٢٠١٠، ٢٨)، فالإدارة باعتبارها سلطة عامة تتمتع بسلطات استثنائية عند إبرام عقودها ليس لها مقابل في عقود القانون الخاص، كما أن الإدارة عندما تبرم عقداً فإنها تسعى إلى تحقيق هدف واحد هو المصلحة العامة.

يرجع التعديل في إلتزامات المتعاقد مع الإدارة إلى إحدى الحالات الآتية: التعديل في كمية الأعمال، والتعديل في وسائل تنفيذ العقد، والتعديل في مدة تنفيذ العقد (خليل ١٩٩٥، ١٤٨-١٤٩).

إن المعيار الضابط لممارسة الإدارة سلطة تعديل العقد الإداري هو إلتزامها في ممارستها لنشاطها بتحقيق المصلحة العامة، فإذا خرجت عن هذا الهدف إلى هدف سواه من الكيد أو الانتقام أو المصالح الشخصي أو مجرد قصد الإقرار بالمتعاقد معها، كان قرارها مشوباً بعيب الانحراف او ما يسمى بعيب إساءة إستعمال السلطة (أبو العثم ٢٠١١، ٣٩٩) .

إن حالات تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري تتمثل بالآتي: إما قصد الإضرار بالمتعاقد، وإما عدم التناسب بين المصلحة التي تعود على الإدارة والضرر الذي يصيب المتعاقد، وأخيراً عدم مشروعية المصالح التي ترمي الإدارة إلى تحقيقها.

هناك قيود ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، وهي: أن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية، وأن يقتصر التعديل على الشروط المتصلة بالمرفق العام وأن يكون التعديل في حدود النسب التي تحددها القوانين والأنظمة واللوائح وأن يصدر التعديل بسبب تغير الظروف (أبو يونس ٢٠٠٠، ٦٨).

تعد الرقابة القضائية ضرورية ولازمة لضمان سلامة عمل الإدارة وهي لا تنفصل عن العمل الإداري حيث تلازمه باستمرار.

وبالرجوع إلى قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢م، لم نجد من خلال نص المادة (٩) أن المشرع الأردني قد أخضع المنازعات التي تنشأ بين الإدارة العامة والمتعاقد معها بخصوص العقود الإدارية لولاية محكمة العدل العليا، ومن ثم تعد العقود الإدارية خارجة عن اختصاص هذه المحكمة، وترتيباً على ذلك، فإن المحاكم النظامية في الأردن تختص بنظر هذه المنازعات، كونها تمارس حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد الجزئية والمدنية والمنازعات الإدارية المتعلقة بالعقد الإداري (كنعان ٢٠٠٩، ٧١).

وهذا ما تؤكده محكمة العدل العليا في الكثير من قراراتها، ومنها قرارها الآتي:"إذا كانت الإتفاقية في حقيقتها عقداً إدارياً بين المستدعية والإدارة، فإن النزاع موضوع هذه الدعوى ناتج عن تطبيق شروط واحكام هذا العقد، وحيث أن محكمة العدل العليا لا تختص بالنظر في المنازعات الناتجة عن العقود الإدارية، فإن أمر النظر في هذه الدعوى يغدو خارجاً عن اختصاص محكمة العدل العليا، مما يوجب رد الدعوى شكلاً (عدل عليا رقم٢٠١٢/٤٢، هيئة خماسية، تاريخ ٢٠١٢/٥/٢١، منشورات مركز عدالة).

وهذا بخلاف موقف القانون الكويتي، إذ أجازت المادة (٢) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١م الخاص بإنشاء دائرة إدارية بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية بأن تختص الدائرة الغدارية وحدها بنظر المنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية ويكون لها فيها ولاية القضاء الكامل، أي إلغاءً وتعويضاً.

خامساً: التعريف بالمصطلحات

مبدا المشروعية: يعني مبدأ المشروعية بمعناه الواسع:"خضوع الحكام والمحكومين للقانون، أي سيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية"(عثمان ٢٠١١، ١١)، ويعني بمعناه الضيق–في مجال القانون الإداري–:" أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد العامة الملزمة أياً كان شكلها(مكتوبة أو غير مكتوبة) وأياً كان مصدرها في حدود تدرجها (قانون دستورين قانون عادي، أنظمة) وأياً كان تصرف الإدارة وعملها (قانونياً أم مادياً) (كنعان، ٢٠٠٩، ٤).

العقد في اللغة: بمعنى الربط والشد والإحكام، يقال: عقدت الحبل فانعقد، إذا شددته فربطته وقويته وجمعت بين طرفين فقويت التصال بينهما وأحكمته بالعقد عليهما(ابن منظور ١٩٩١، ٢٩٦).

العقد في القانون: هو ارتباط الغيجاب من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر(المادة٨٧ من القانون المدني الأردني رقم(٤٣) لسنة١٩٧٦م).

العقد في الاصطلاح: هو عبارة عن توافق إدارتين على إحداث أثر قانوني من غنشاء إلتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه(السنهوري ١٩٩٨، ١٣٨).

العقد الإداري: هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو مناسبة إدارته، وتظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك تضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفه في عقود القانون الخاص (عكاشة ١٩٩٨، ٤).

الرقابة القضائية: تعني– بصدد هذه الدراسة – ولاية القضاء في الرقابة على أعمال الإدارة العامة، سواء أكانت رقابة القضاء النظامي، أم رقابة القضاء الإداري (الشوبكي ٢٠٠٦، ٨).

قضاء الإلغاء: هو قضاء موضوعي يوجه إلى ذات القرار الإداري ويتمثل في بحث مشروعية والحكم بإلغائه أو إبطاله في حالة مخالفته للقانون، ولا تمتد سلطة القاضي إلى أبعد من ذلك (الحلو ٢٠٠٤، ٢٦).

قضاء التعويض: هو قيام المحاكم بتقرير تعويض للأفراد عن الضرر الذي يصيبهم بفعل عمال الإدارة، أو نتيجه لسير المرفق العام، أو نتيجة مسؤولية الإدارة عن عقد مبرم بينها وبين الأفراد (الحلو ٢٠٠٤، ٢٧).

مسؤولية الإدارة: لها معان عدة، فهناك المسؤولية السياسية، والمسؤولية الجنائية، والمسؤولية التأديبية المدنية، وهي التي تقوم على أساس التزام كل من تسبب في ضرر، إذا توافرت شروط معينة بتعويض من لحقه هذا الضرر، سواء أكان ضرراً مادياً أم معنوياً(الفارسي والباز ٢٠٠٩، ٩٩).

دعوى التعويض: هي دعوى شخصية يرفعها المضرور أمام القضاء مطالباً تضمين ما أصابه من ضرر سواء كان مادياً أم معنوياً نتيجة تصرف الإدارة أو أحد موظفيها غير المشروع (شطناوي ٢٠٠٨، ١٧).

دعوى الإلغاء: هي تلك الدعوى التي تستهدف إلغاء قرار إداري، وإزالة كل أثر له من تاريخ صدوره، ودعوى الإلغاء هي دعوى مشروعية، موضوعها الفصل في مدى موافقة القرار المطعون فيه لمبدأ المشروعية، حيث يقف دور القاضي عند فحص مشروعية القرار، فإذا كان مخالفاً للقانون أصدر حكمه بإلغائه، وإذا لم يكن كذلك رفض الدعوى (الشريف والعتيبي ٢٠٠٤، ٧٨).

سادساً: أهمية الدراسة

تأتي أهمية دراسة هذا الموضوع كونه يسلط الضوء على موضوع هام ألا وهو مسؤولية الإدارة العامة أمام القضاء عن أعمالها الإدارية التي تقوم بها في نطاق العقود الإدارية وسلطتها في تعديلها، ومدى إلتزامها بالقانون في هذا الصدد.

كما تكمن أهمية الدراسة في الإحاطة بكافة الجوانب القانونية المترتبة على تقرير مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الإدارية في نطاق العقود الإدارية.

وتظهر هذه الأهمية أيضاً في أهمية التعويض عن الضرر الذي يلحق بالأشخاص كي لا يحرموا من حقوقهم نتيجة تعسف الإدارة العامة في تعديل العقد الإداري بإدارتها المنفردة دون مراعاة مشروعيتها من عدم مشوعيتها؛ لأنها سوف تشعر في حال عدم التعويض بأنه لا حسيب ولا رقيب على أعمالها.

كما تتضح اهمية هذه الدراسة كون موضوع التعويض عن أعمال الإدارة الضارة في نطاق العقود الإدارية يعد من المسائل التي لم يعالجها المشرع الأردني في قانون محكمة العدل العليا رقم(١٢) لسنة١٩٩٢م، وهذا يعد قصوراً تشريعياً لا بد من معالجته.

أما في الكويت، فإن الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية تنظر في دعاوي الإلغاء، ودعاوي التعويض عن الأضرار الناشئة عن أعمال الإدارة المتعلقة بالعقود الإدارية.

سابعاً: محددات الدراسة

تقتصر هذه الدراسة على دراسة مدى تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، وبيان أثر ذلك على المتعاقدين مع الجهات الإدارية، وتحديد معيار تعسف الإدارة في استعمال تلك الصلاحيات، وبيان موقف القضاء من تعسف الإدارة في استعمالها لهذه الصلاحيات والرقابة القضائية على الجهات الإدارية عند استعمالها لصلاحيتها في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

ثامناً: الدراسات ذات الصلة

من الدراسات ذات الصلة بموضوع هذه الدراسة:

دراسة عياد (١٩٧٣) "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية". حيث توصل إلى أن الإدارة قد تلجأ في تصرفاتها إلى وسائل السلطة العامة وامتيازات القانون العام بما تتضمن إعلاء الإدارة كممثلة للصالح العام، وتطرق للحديث عن العقود الإدارية بحيث لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن يكون الإدارة طرفاً فيه وأن يتصل نشاطه بمرفق عام، ودائماً يلزم أن تتبع الإدارة في تعاقدها اسلوب القانون العام وبما يكشف عن إتجاه نية الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام بما يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه الشروط متعددة المظاهر متباينة الأوضاع وغير محددة المعالم ومنها حق الإدارة في إدخال التعديلات على شروط العقد في أي وقت، وحق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها دون الإلتجاء إلى القضاء، ولم تتعرض لمسألة الرقابة القضائية، الأمر الذي تعالجه الدراسة الحالية. وتختلف الدراسة الحالية عن هذه الدراسة من حيث تناولها لمظاهر الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وهو ما لم تتعرض له هذه الدراسة.

دراسة الفحام (١٩٧٦) "سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري". وقد تعرض الباحث للحالات التي تخول جهة الإدارة سلطة تعديل العقد، حيث أن التعديل في العقد التزامات المتعاقد مع الإدارة لا يخرج عن حالات ثلاث، فقد يكون التعديل في حجم الأعمال المتفق عليها، وقد يكون التعديل في وسائل تنفيذ العقد، وأخيراً يكون التعديل في مدة تنفيذ العقد بزيادة المدة أو نقصها، واضاف أن الإدارة حين تلجأ إلى إحدى هذه الحالات الثلاث من أجل تعديل العقد الإداري، فإن سلطة التعديل لا تشمل كل شروط العقد بل يقتصر هذا التعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام، ولم تتطرق الدراسة إلى صور الرقابة القضائية في حال تعسف الإدارة في تعديل العقد الإداري. وتختلف الدراسة الحالية عن هذه الدراسة من حيث تناولها للتشريع الكويتي والأردني وهو ما لم تتعرض له هذه الدراسة.

دراسة السيد (١٩٧٩) "معيار التعسف في استعمال الحق". وقد تعرض الباحث بشكل متعمق للأساس القانوني لنظرية التعسف، حيث يرى ضابط التعسف في فكرة الخطأ، فالتعسف خطأ في استعمال الحق ويتوافر متى انحرف صاحبا لحق في استعماله عن سلوك الرجل العادي، وتطرق الباحث لحالات التعسف في استعمال الحق في القانون المصري وحصرها في ثلاث حالات:

الأولى إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير،

والثانية إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا يتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، والثالثة إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروع. وتختلف الدراسة الحالية عن هذه الدراسة من حيث تناولها لموضوع الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، وهو ما لم تبحثه الدراسة السابقة، كما أنها لم تتناول موقف التشريع الكويتي والأردني من هذا الموضوع.

دراسة الصرايرة (١٩٩٦) "الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية الخاضعة لنظام الأشغال الحكومية رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦م". تناول الباحث في هذه الدراسة بيان طبيعة العقود التي تبرمها الإدارة في الأردن وإجراءات التعاقد وتنفيذ العقد، ولم تتناول موضوع الرقابة القضائية على الإدارة في حال ممارسة سلطتها في تعديل العقد الإداري. وتختلف الدراسة الحالية عن هذه الدراسة من حيث تناولها لدراسة مقارنة لكل من التشريع الكويتي والأردني حول العقود الإدارية، كما أن الدراسة الحالية تتعرض للرقابة القضائية على السلطات الممنوحة للإدارة في تعديل العقد الإداري.

دراسة أبو عمارة (٢٠١٠) "مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية". اقتصر الباحث في هذه الدراسة على تناول التطور التاريخي لمفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية، وبين معيار تمييزه دونما أن يتطرق لمسألة الرقابة القضائية. وتختلف الدراسة الحالية عن هذه الدراسة من حيث التشريع أولاً، ذلك أن الدراسة الحالية تتناول التشريع الكويتي والأردني في حين أن الدراسة السابقة تتناول التشريع الفلسطيني، وثانياً من حيث تناولها لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وحدود الرقابة القضائية في هذا الشأن، في حين أن الدراسة السابقة تناولت عرضاً تاريخياً لتطور العقد الإداري.

دراسة شطناوي (٢٠٠٠) "صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها". تناول الباحث في هذه الدراسة سلطة الإدارة العامة في توقيع غرامات التأخير في حال إخلال المتعاقد معها في ميعاد تنفيذ العقد الإداري، ولم يتعرض لموضوع الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري. وتختلف الدراسة الحالية عن هذه الدراسة من عدة محاور، أولها أن الدراسة الحالية تتناول جوهر موضوع تعديل العقد الإداري وصلاحيات الإدارة في هذا الشأن وحدود شلطة الرقابة القضائية على ذلك، في حين أن الدراسة السابقة تناولت غرامات التأخير.

تاسعاً: منهجية الدراسة

يتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال استعراض النصوص القانونية ذات الصلة في كل من القانونين الأردني والكويتي، ومن ثم تحليلها، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني من المسائل المثارة في هذه الدراسة، مع بيان موقف القضاء الأردني والقضاء الكويتي من موضوع هذه الدراسة، وذلك بإيراد الاجتهادات القضائية في كل من الأردن والكويت، واستعراضها والعليق عليها للوقوف على أوجه الصواب والخلل فيها.

الفصل الثاني

مفهوم العقد الإداري محل الرقابة القضائية

المبحث الأول: تعريف العقد الإداري

المطلب الأول: طرق وإجراءات إبرام العقد الإداري

المطلب الثاني: القيود السابقة على التعاقد

المبحث الثاني: معيار تمييز العقد الإداري

المطلب الأول: التمييز القضائي للعقود الإدارية

المطلب الثاني: تطور فكرة المرفق العام

المطلب الثالث: نظرية اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق العام

المطلب الرابع: إتباع أسلوب القانون العام

المطلب الخامس: تقدير نظرية الشروط الاستثنائية

المبحث الثالث: الشروط الواجب توفرها في العقد الإداري

المطلب الأول: النظرية التقليدية فى تمييز العقد الإداري

المطلب الثاني: موقف القضاء الفرنسي من العقد الإداري

الفصل الثاني

مفهوم العقد الإداري محل الرقابة القضائية

يتناول هذا الفصل عرضاً لتعريف العقد الإداري، ومعيار تمييزه، إضافةً للشروط الواجب توفرها في العقد الإداري، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف العقد الإداري

إن العقد كأسلوب من أساليب ممارسة الإدارة للنشاط الإداري تلجأ اليه جهة الإدارة في سبيل تحقيقها لرفض لبعض أهدافها إلى جانب إسلوب القرار الذى تصدرة الإدارة من جانب واحد ولكن لماذا تلجأ جهة الإدارة التى يكون لها سلطة فى ضوء إرادتها عن طريق إصدار القرائن إلى اسلوب العقد مع أنها تستطيع أن تأمر بعقد لآن محدد، وان العقد كما يتضمن من تعريفة توافق إدارتين إدارة الإدارة مع إدارة المتعاقد معها (الجرب، ٢٠٠١، ٥٧).

ولكن إن الواقع أظهر أن جهة الإدارة كثيراً ما تلجأ إلى التعاقد وذلك فى سبيل تحقيق بعض الأهداف التى تبتغى منها الصالح العام، وذلك إذا أرادت جهة الإدارة تملك بعض الأموال للقيام بأعمال معينة، أو الحصول على بعض الخدمات بل وحتى فى تنظيم وإدارة المرافق العامة، بالإضافة إلى ذلك فإن اسلوب العقد يجد ما يبرره في أي نظام يظل مرتبطاً بمشروع القانون الخاص ومبدأ التحريرية الإقتصادية حيث يسمح أسلوب العقد بتحقق مشاركة الأشخاص الخاصة فى إدارة المرافق العامة، وذلك من حيث المساعدة بالقيام بعمل أو في حالة إرتباط المرافق العامة للقيام ببعض الأعمال التى تتصل بالمرفق العام.

ولكن في هذه الحالة فإن القانون الذى يطبق على المرافق العامة يكون مستقلاً وذلك بالنسبة للقواعد التي تنظم موضوع العقود في القانون الخاص، فالعقد الذي يتصل بالمرفق العام، وتكون الجهة الإدارية أحد أطرافه، ويتضمن شروطاً استثنائيةً غير موجودة فى القانون الخاص، فإن ذلك العقد يطبق عليه أحكام القانون الإداري العام، ويطبق على المصلحة العامة المتمثلة في مصلحة الإدارة التي يتبعها المرفق والتي تكون طرفا فى العقد وذلك بإعتبارها الممثله للمجتمع فى القيام بإدارة المرافق والمحافظه العامة، فإذا تضمن العقد هذه الشروط فإنه يكون عقداً إدارياً وتنطبق عليه أحكام القانون الإداري ولا تنطبق عليه أحكام القانون الخاص(الحلو، ٢٠٠٠، ٩٠).

وعلى ذلك فإن القواعد الخاصة التى تحكم العقود الإدارية يجب أن تفسر تفسيراً خاصاً قبل أي شيء، وهذا التفسير ينطلق من فكرة (هيمنة المصلحة العامة) وسيادتها على المصلحه الخاصة ولكن بدون إعتداء على المصالح الخاصة الأساسية للأفراد، فجهة الإدارة يجب أن تدافع عن المصلحة العامه للجماعات.

تلجأ الإدارة إلى العقد الإداري في كثير من الأحيان من أجل التعاقد مع الأشخاص أو الهيئات أو المنشآت الخاصة أو غير ذلك، وبحكم ارتباط العقد بالإدارة أو المرفق العام صار ينطبق عليه القانون الإداري وأحكامه، وقد عرفه خاطر (٢٠١١، ١٧) بأنه العقد المبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص. ويتضح من هذا التعريف أن العقد الإداري لا بد له من توافر ثلاثة معايير: (الطماوي، ١٩٩١، ١٠٧)

المعيار الأول: إبرام العقد بواسطة أحد أشخاص القانون العام.

المعيار الثاني: تعلق العقد أو ارتباطه بالمرفق العام.

المعيار الثالث: أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير موجودة فى القانون الخاص.

حيث أنه بناءً على التفرقة بين العقد الإداري وغيره يمكن من خلال ذلك تحديد الجهة المختصة، وبناءً عليه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، هل هو القانون الإداري أم القانون المدني.

ولم تنشأ نظرية العقود الإدارية فى فرنسا إلا فى مطلع القرن العشرين حين كان المعيار المتبع للتمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة هو معيار السلطة العامة، فإذا تعلق النزاع بعمل من أعمال السلطة انعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية، إما إذا تعلقت المنازعة بعمل من أعمال الإدارة فإن الاختصاص يخول للمحاكم العادية (المزوغي، ١٩٩٣، ٨٤).

وتطبيقاً لنظرية السلطة العامة فقد تم تقسيم أعمال الإدارة إلى قسمين: (القسم الأول) أعمال السلطة وهي التي تتعلق بالسلطة العامة فى الدولة ما لها من امتيازات خاصة وما لها من سلطة إجبار وإلزام بتنفيذ التزاماتها، وبهذا ينعقد الإختصاص بنظر هذه المنازعات إلى جهة القضاء الإداري. أما (القسم الثاني) أعمال الإدارة العادية، وهي تلك الأعمال التي تتعامل بها جهة الإدارة دون إتباع وسائل القانون العام مثلها في ذلك مثل الأفراد العاديين ومن ثم ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات التى تثور بشأن هذه الأعمال لمحاكم القضاء العادي (خاطر، ٢٠١٠، ١٠).

وإستثناءً من القاعدة السابقة فإن المشرع الفرنسي جعل الاقتصاص بنظر بعض المنازعات التى تثور بشأن بعض العقود التى تبرمها جهة الإدارة من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي
ومن هذا القبيل القانون الذي جعل من إختصاص مجالس الأقاليم النظر فى المنازعات المتعلقه بعقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة والقانون الصادر فى ١٧ يونيو/ حزيران سنة ١٧٩٠ والقانون الصادر فى ٢٦ سبتمبر/أيلول ١٧٩٣ الخاص بعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة (حسن، ١٩٨١، ٥٧).

ولكن قواعد الفقه والقضاء في فرنسا عدلت عن الأخذ بمعيار السلطة العامي لتمييز أعمال الإدارة، حيث عدل الأخذ بمعيار آخر ألا وهو معيار المرفق العام، وقد بدأ القضاء في تغيير هذا المعيار منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر. ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي معيار المرفق العام بصدد الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة وكان ذلك فى حكمه الصادر فى ٦ فبراير ١٩٠٣ فى قضية terrier، ويعتبر هذا الحكم هو الأساس الذى قامت عليه نظرية العقود الإدارية بطبيعتها (أحمد، ٢٠٠٩، ٢٠).

وطبقاً لمعيار المرفق العام، يرى الباحث أن القضاء الإداري يختص بنظر المنازعات المتعلقه بتنظيم وإدارة المرافق العامة سواء أكانت مرافق قومية أو مرافق محلية، وسواء أكانت جهة الإدارة تتصرف بوصفها سلطة عامة أم بوصفها فرد عادي.

المطلب الأول: طرق وإجراءات إبرام العقد الإداري

تخضع جهة الإدارة إلى عدة قيود قبل إبرام عقودها الإدارية، وتتعدد هذه القيود فمنها ما يتعلق بضرورة توافر الإعتماد المالي، وضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد، وصدور قرار من المجالس الإدارية قبل التعاقد. وبعد إتمام الإجراءات السابقة يكون لجهة الإدارة الحق فى إتمام عملية التعاقد، فالأصل العام أن جهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى إبرام عقودها وإختيار المتعاقد معها ما لم يوجد نص قانوني يفرض عليها وسيلة محددة، ففى هذه الحالة الأخيرة تلتزم الإدارة بالوسيلة التى حددها القانون لاختيار أنسب المتعاقدين لإبرام العقد(فياض،١٩٧٥، ١١٢).

المطلب الثاني: القيود السابقة على التعاقد

تعد القيود السابقة على التعاقد كثيرة ومتنوعة، ويستعرض هذا الجزء أهم هذه القيود في ثلاثة أقسام وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الإذن المالي

لا تستطيع جهة الإدارة التعاقد أو إجراء أي تصرف يرتب إلتزامات مالية إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم لمواجهة الأعباء المالية الجديدة، ولا تقتصر هذه القاعدة على العقود الإدارية بصفة خاصة، ولكنها تنصرف إلى مطلق تصرفات الإدارة التي ترتب التزامات مالية (أحمد، ٢٠٠٩، ٣٥١). فالإعتماد يجب أن يكون واردا بالميزانية، والميزانية هي الحساب التقديري لعام واحد لمصروفات وإيرادات الدولة فى مدة معينة، وهى تتضمن جباية للإيردات من ناحية وصرف المصروفات من ناحية، والميزانية عمل إداري على درجة كبيرة من الأهميه إلا أنه رغم طبيعته الإدارية يتم إقراره بواسطة البرلمان (الشرقاوي، ١٩٩٩، ٢٢٠).

الفرع الثاني: ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد

في بعض الأنواع من العقود، قد يتطلب المشرع حصول الجهة الإدارية المتعاقدة على تصريح أو إذن بإبرام التعاقد من جهة يحددها القانون وذلك بسبب أهمية تلك العقود، وفي هذه الحالة يكون وجود هذا الإذن ضرورياً لقيام الرابطة التعاقدية، حيث يصبح العقد باطلا إذا لم تحصل الجهة الإدارية على الإذن أو التصريح (علي وعثمان، ٢٠٠٦، ٢٥٣).

الفرع الثالث: الفرق بين الإذن وشرط الإعتماد المالي

إن وجود الإعتماد المالي ليس شرطاً لسلامة التعاقد ولكن ليس هذا هو الحال بالنسبة إلى شرط الحصول على إذن بالتعاقد، فإذا اشترط المشرع ضرورة الحصول على الإذن فإن هذا الأذن يكون ضرورياً، بمعنى أن تعاقد الإدارة بدون هذا الإذن يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً (أحمد، ٢٠٠٩، ٣٥٨).

الفرع الرابع: صور شروط الإذن بالتعاقد

يمكن أن يميز الإذن بالتعاقد إحدى الصور الآتيه:

قد يأخذ الإذن بالتعاقد صورة قانون صادر من البرلمان وتعتبر أقوى صور الإذن على الإطلاق، ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة ١٢٢ من الدستور المصري الصادر فى ١١ سبتمبر عام ١٩٧١ (بأنه لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الإرتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب).

قد يأخذ الإذن صورة قرار يصدر من مجلس الوزراء، من ذلك ما نصت عليه المادة ٢/١٤ من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل،

حيث ورد بها مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة بتمليك الأجانب للعقارات يجوز للمجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء التصرف بالمجان أو التأجير الاسمي أو بإيجار أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة أو لجهة أجنبية في حدود ٥٠ الف جنيه في السنة الواحدة لغرض ذي نفع عام (خاطر، ٢٠١١، ٦٢٠).

وقد يأخذ الإذن صورة قرار جمهوري، من ذلك ما نصت عليه المادة ٦٩ من مشروع تقنين العقود الإدارية المصري حيث ورد بها "يكون منح الالتزام بموقف عام بقانون إذا تضمن احتكاراً قانونياً أو فعلياً وفي غير ذلك يكون منح الالتزام بمرفق قومي بقرار من رئيس الجمهورية".

وقد يأخذ الإذن صورة قرار يصدر من الوزير المختص، وذلك ما نصت عليه المادة ٥٠ من قانون الادارة المحلية حيث ورد بها (لا يجوز للمجلس الشعبي المحلي للمدينة التصرف بالمجان أوالتأجير بإيجار إسمي أو بأقل أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية إلا لغرض ذي نفع عام وبموافقة الوزير المختص بالإدارة المحلية إذا كان ذلك في حدود عشرين ألف جنية في السنة المالية الواحدة (أحمد، ٢٠٠٩، ٣٦١).

الفرع الخامس: ضرورة الحصول على قرار مدة المجالس الإدارية قبل التعاقد

تثور مسألة الحصول على قرار من المجالس الإدارية قبل التعاقد فى حالة إبرام العقد الإداري بواسطة إحدى الجهات الإدارية اللامركزية، فالوحدات اللامركزية الإدارية تتمتع بالشخصية الإعتبارية، وتنقسم إلى اللامركزيه المحلية واللامركذية المصلحية (عبد اللطيف، ٢٠٠٥، ٨٨).

المبحث الثاني: معيار تمييز العقد الإداري

يلجأ المشرع في بعض الأحيان، وعندما يجد أن تطبيق نظام القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات، ويطلق على هذه العقود "العقود الإدارية بتحديد القانون". وقد ظهر هذا التحديد أول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بأنها إدارية وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات سعياً منها لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة، فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة (العلام، ١٩٦٢، ٥١).

وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية لكثير من النقد لأسباب ترجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلائم مع التكييف الذي يضفيه عليها المشرع، وفي الحالات التي ينسجم فيها هذا التكييف مع طبيعة العقد ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفاً فقط. لذلك يرى الباحث أن ترك تحديد العقود الإدارية للقضاء لا شك أقدر على كشف الطبيعة القانونية لها، خاصة إذا كان هذا القضاء إدارياً متخصصاً.

المطلب الأول: التمييز القضائي للعقود الإدارية

إزاء الانتقادات الموجهة لتحديد المشرع للعقود الإدارية وسعي القضاء نحو توسيع اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى لسد ما في التشريع من نقص، تكفل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل، وفي حالة توفرها يكون العقد إدارياً، وبعكسه يبقي العقد ضمن دائرة القانون الخاص. وقد ظهرت هذه المعايير نتيجة لتطور قضائي طويل انتقلت فيه غلبة كل معيار على الآخر تباعاً (سري الدين، ١٩٩٩، ١١-١٢). وعليه فإن هناك معايير اعتمدها القضاء والفقه الإداريان في تمييز العقود الإدارية، وهي:

الفرع الأول: أن تكون الإدارة طرف في العقد

من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، وهذا الشرط تستلزمه المبادئ العامة للقانون الإداري الذي وجد ليحكم نشاط السلطات الإدارية، أما العقود التي تبرم بين الأفراد أو أشخاص القانون الخاص الأخرى فأنها تعد من عقود القانون الخاص ولو أبرمت لتحقيق المصلحة العامة. وأشخاص القانون العام تتمثل بالدولة والوزارات والمؤسسات الإدارية التابعة لها فضلاً عن الأشخاص العامة المحلية من محافظات ومدن وأحياء يضفي القانون عليها الشخصية المعنوية (حسن، ١٩٨١، ٢٧).

وفي هذا السبيل فقد استقر الرأي على استبعاد عقود القانون الخاص ولو حققت مصلحة عامة إلا في أحوال معينة بالقياس إلى العقود التي تبرم باسم الإدارة ولحسابها، وقد ذهب القضاء الإداري في فرنسا ومصر وكذلك الحال في الأردن والكويت إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد إدارية إذا ظهر أن أحد المتعاقدين قد تعاقد باسم الإدارة ولحسابها متى توفرت الشروط الأخرى من اتصال العقد بالمرفق العام وتضمينه شروطاً استثنائية.

وقد طبقت محكمة التنازع هذا الاتجاه في حكم له بشأن عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط مع منشأة خاصة وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الاقتصاد المختلط التي كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقريتي "ماسي و انتوني" بالتعاقد مع منشأة خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال واعتبرت المحكمة في قرارها العقد إدارياً على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم قريتي "ماسي و انتوني" ولحسابها. وقد سلكت محكمة القضاء الإداري في مصر النهج نفسه في حكمها الصادر في ٢٤-٤-١٩٥٦ الذي جاء فيه "متى كان الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد تدخلت في أمر سلعة الشاي واتخذت من الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها إلى المستهلكين بالسعر المحدد وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة، ووضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها وعهدت بذلك "لجنة توزيع الشاي" ثم المعبئين الذين أصبحوا مسؤلين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد، متى كان ثابت مما تقدم فإن ذلك في حقيقته يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامـــة ومن ثم تكون الاتفقـــات و العقود التي تعقدهـــا اللجنة هـــي العقود إدارية".

ولا يمكن اعتبار هذا القرار خروجاً على شرط أن تكون الإدارة أحد طرفي العقد، فإذا تعاقد طرف من العقد باسم الإدارة ولحسابها فإنه يعد نائباً عن الإدارة و تنصرف آثار العقد إلى الجهة الإدارية، ولو أن محكمة القضاء الإداري لم تبين بصورة واضحة هذه الفكرة. ومن ثم فأن المعيار العضوي لا يكفي لوحده لتمييز العقد الإداري ففي الكثير من الأحيان تكون الإدارة طرف في هذا العقد إلا أنه يعد من عقود القانون الخاص بيد أن شرط وجودها طرفاً في العقد يبقى شرطاً أساساً لإضفاء الصفة الإدارية عليه إذا ما عزز بالشروط الأخرى التي يستلزمها القضاء كمعيار لتمييز العقد الإداري (الحمدي، ١٩٨٦، ٢٥١).

ومع ذلك فقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على وصف العقود بين شخصين من أشخاص القانون العام عقوداً إدارية ما لم يثبت العكس، ومن ذلك قرار محكمة التنازع عام ١٩٣٨ في حكم U.A.P وحكم مجلس الدولة في ٨-١-١٩٨٨ الذي اعتبر فيها الاتفاقات بين حاكم أحد المقاطعات بشأن تحديد توزيع المرافق العامة بين الدول والمحليات من قبيل العقود الإدارية.

الفرع الثاني: اتصال العقد بنشاط مرفق عام

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة أحد الأطراف إنما يجب البحث فيما إذا كان العقد متعلقاً بمرفق عام على وجه من الوجوه.

وبعد أن كان القضاء في فرنسا ومصر يتبني المعنى العضوي للمرفق تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين –ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي– فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو التعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت أشرافها ومراقبتها وتوجيهاتها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام (الشرقاوي، ١٩٩٩، ٧١).

المطلب الثاني: تطور فكرة المرفق العام

ظهرت فكرة المرفق العام وتبلورت ابتداءً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر فأصبحت الفكرة الأساسية التي اعتمدتها أحكام مجلس الدولة الفرنسية ومحكمة التنازع في تقرير معيار الاختصاص القضاء الإداري ومن حكم Rotschild الصادر في ٦-٩-١٨٥٥ و Dekeister عام ١٨٦١ و Blanco بتاريخ ٨-٢-١٨٧٣. وعزز هذا الاتجاه وضع العميد Duguit لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير في نظريات القانون الإداري التي باتت تقوم على اعتبار المرفق العام ومقتضيات سيره المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاص. والدولة في هذا الاتجاه تسعى نحو تحقيق هدف معين هو حسن أداء المرافق العامة، وتستعمل في هذا السبيل وسائل القانون العام، لأن المرفق العام أصبح يمثل الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري الذي أصبح يسمى "قانون المرافق العامة" ويتحدد نطاق تطبيقه على أساسها.

وعلى هذا الأساس فإن العقود الإدارية لا تكتسب صفتها هذه إلا إذا اتصلت بنشاط مرفق من المرافق العامة، فأصبحت هذه النظرية معياراً مميزاً للعقد الإداري عن عقود القانون الخاص. ونتيجة لتطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي نهضت عليها فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق الاقتصادية والاجتماعية والصناعية والمرافق المهنية المختلفة، لم تعد نظرية المرافق العامة تحظى بأهميتها السابقة مما عرضها للنقد الشديد. حتى ذهب البعض إلى القول أن مفهوم المرفق وأهميته بالنسبة للقانون الإداري قد أصبحت ثانوية، في حين أعتبر آخرون ما حصل تطوراً في مفهوم المرفق العام، ومع ما أصاب هذه النظرية من نقد بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري تؤكد ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية عليه. غير أن من الفقهاء من ذهب إلى أن فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإداري لم تعد كافية أو صالحة للتطبيق،

مما جعل من الضروري أن يحدد هذا المعيار بإضافة عنصر جديد يتمثل باستعمال أساليب القانون العام، بعد أن تبين ما في فكرة المرفق العام من سعة وعدم اقتصار على المرافق الإدارية وشموله للمرافق الاقتصادية والتجارية وتجلى ذلك بظهور المعيار المزدوج الذي يجمع بين فكرتي المرفق العام واستخدام وسائل القانون العام (زهران، ١٩٦٨، ٦٢).

وفي عام ١٩٠٣ أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه في قضية "Terrir" الذي كان يمثل مفوض الدولة "Romieu" نقطة تحول في قرارات مجلس الدولة، فقد تعرض مفوض الدولة في تقريره إلى النظرية الإدارية الخاصة بوصفها معياراً لتوزيع الاختصاص بين القضائين المدني والإداري وورد في تقريره "وتتم هذه التفرقة بين ما اقترح تسميته بالإدارة العامة - Gest Publ والإدارة الخاصة Gest -Privee أما على أساس طبيعة المرفق محل النظر وأما على أساس التصرف الذي يتعين تقديره، فقد يكون المرفق مع أهميته لشخص عام لا يتعلق إلا بالإدارة في مجال خاص، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص العام يتصرف كشخص خاص، كمالك في أوضاع القواعد العامة. ومن جهة أخرى قد يحدث أن الإدارة وأن تصرفت لا كشخص خاص ولكن كشخص عام لمصلحة مرفق عام بالمعنى الحقيقي لا تتمسك بالإفادة من مركزها كشخص عام وتضع نفسها باختيارها في نفس أوضاع الفرد، سواء بإبرام أحد عقود القواعد العامة ذي طابع حدده التقنين المدني بوضوح "استئجار عقار مثلاً لمكاتب إدارة ما" لا يفترض بذاته تطبيق أية قاعدة خاصة بإدارة المرافق العامة. واتجهت آراء الفقه في الأغلب إلى رأي مفاده أن الإدارة إذا ما اتبعت أساليب القانون العام فإن عقودها تنطبع بالطابع الإداري أما إذا كانت أساليبها مشابهة لأساليب الأفراد في القانون الخاص فتكون عقودها مدنية أو تجارية.

وأخذت قرارات مجلس الدولة الفرنسي تتوالى مؤكدة الاتجاه ذاته ومن ذلك حكم المجلس في ٣١-٧-١٩١٢ في قضية شركة "الجرانيت ورد" ومن حيث ان العقد المبرم بين المدينة والشركة خلا من أي أشغال تنفذها الشركة وكان محله الوحيد التوريد عند التسليم حسب قواعد وشروط العقود المبرمة بين الأفراد، وإنه بهذا يثير الطلب منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها.

وعلى هذا الأساس برزت فكرة المعيار المزدوج في فرنسا التي تعد عقداً إدارياً إذا كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل العقد بمرفق عام واتجهت نية الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام.

ومنذ ذلك الوقت برز مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تخرج عن المألوف في قواعد القانون المدني معياراً رئيسياً ينهض إلى جانب معيار المرفق العام للتعبير عن نية الإدارة في أتباع أسلوب القانون العام.

فلا يكفي وفق هذه النظرية اتصال العقد بمرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد مثلما لا يكفي تضمن العقد لشروط استثنائية لاعتباره عقداً إدارياً. وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يصبح العقد إدارياً ليست كافية لمنحه تلك الصفة، باعتبار أن قواعد القانون العام ليست علاقة حتمية بالمرفق، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص (الجرف، ٢٠٠١، ٢٩).

ويرى الباحث أنه بالرغم من التأييد الكبير الذي حظيت به فكرة المعيار المزدوج حاول أنصار نظرية المرفق العام إحياء نظريتهم والاكتفاء بها معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري واستبعاد وسائل القانون العام ممثلة في الشروط الاستثنائية عن طريق أساليب عدة لعل من أهمها نظرية اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق العام، كما سنوضح في الجزء اللاحق.

المطلب الثالث: نظرية اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق العام

بتاريخ ٢٠-٤-١٩٥٦ أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً مهماً عد إحياءً لنظرية المرفق العام، ينحصر مضمونه على أن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته يعد إدارياً دون البحث في صفة العقد الإداري أو تضمينه شروطاً غير مألوفة. وتتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين بيرتان "Epoux Bertin" إنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعايا الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيداً إلى ترحيلهم إلى بلادهم وفي تاريخ ٢٤-١١-١٩٤٤ أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان "بيرتان" يلتزم هذان الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم. أدعى الزوجان عام ١٩٤٥ أن المقابل المستحق لهما قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز وطلبا صرف المقابل لهذه الزيادة، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع، فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة. دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستندة أن العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً، إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع وحكم "إن محل هذا العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وإن هذا الظرف يكفي بذاته في دمغ العقد محل البحث بصفة العقد الإداري، وأنه يترتب على ذلك دون حاجة لبحث ما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطاً غير مألوفة في القواعد العامة".

وبعد هذا الحكم بعشرين يوماً أصدر مجلس الدولة قراراً آخر يؤكد هذا المبدأ في قضية Gondrand ودرجت محكمة التنازع على ذلك ففي قضية Houend في ١٢-٦-١٩٧٨ وفي قرارين اعتبرت المحكمة عمل موظفة في مدرسة للفتيات تقوم بمراقبة نوم الفتيات "النهوض والنوم" اشتراكاً بصورة مباشرة في تنفيذ خدمة عامة تخص التعليم، وكذلك اعتبرت عمل زوجها وهو عامل مكلف بصيانة بعض الأجهزة وتعليم الطلاب استعمالها، وفي المجال نفسه اطردت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار الفنانين الذين يعملون في المسرح البلدي كالمغنيين أو الراقصات أو العازفين مشتركون في تنفيذ المرفق العام وهو ما قضت به محكمة التنازع في ١٧-١-١٩٧٩ في قضية Dme le Cachey et autres.

وعلى هذا فأن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بصورة مباشرة بتنفيذ المرفق نفسه أو يتضمن اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق بصفة دائمة يعد إدارياً دون الحاجة إلى أية شروط أخرى. وقد عد أنصار فكرة المرفق ذاته إن أحكام مجلس الدولة المؤيدة لاتجاههم قد أدت إلى استبعاد الرأي القائل بصلاحية الشروط غير المألوفة لتكون معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري، وإن هذه الفكرة أعادت الأهمية لنظرية المرفق العام، فذهب Lamarque إلى إن المعيار المأخوذ من موضوع العقد، ويقصد معيار تنفيذ المرفق ذاته، يبدو أكثر إيجابية، وإن اعتبار العقد إدارياً إذا احتوى على شروط غير مألوفة لا يضفي إلى العقد إلا عنصراً إضافياً (الحلو، ٢٠٠٠، ٤٧).

في حين ذهب Prosper إلى القول إن معيار العقد الإداري أصبح بصدور حكم "بيرتان" في أزمة بددت الاستقرار والـــتوازن الذي استمر لفترة طويلة في ظل المعيار المزدوج. كما أيد هذا القضاء جانب من الفقهاء في مصر ومنهم الدكتور عبد الفتاح حسن الذي قال: "لذلك لا غرو أن يكون حكم مجلس الدولة الذي صدر في ٢٠-٤-١٩٥٦ م- يقصد حكم بيرتان – من أحكام المبادئ أعاد الحياة لقضاء قديم". إلا أن ذلك لا يعني إجماع من القضاء والفقه حول اعتماد هذا المبدأ معياراً كافياً لتميز العقد الإداري فما زالت نظرية الشروط الاستثنائية تتمتع بأهمية كبيرة في هذا المجال وتحظى بتأييد جانب كبير من الفقهاء.

المطلب الرابع: إتباع أسلوب القانون العام

بعد تراجع نظرية المرفق العام أساساً وحيداً للقانون الإداري ومعياراً لتمييز العقد الإداري دعى طائفة من الفقهاء إلى ضرورة إبراز دور السلطة العامة في تمييز العقد الإداري، من خلال البحث فيما يتضمنه العقد من شروط استثنائية خارجة عن القانون الخاص تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، واخضاع العقد لقواعده وأحكامه.

وقد برز هذا الاتجاه أولاً في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrier عام ١٩٠٣ ثم ما لبث أن توالت أحكام مجلس الدولة في الاتجاه نفسه فصدر في عام ١٩١٢ م حكم المجلس في قضية "شركة الجرانيت" إذ وضع مفوض الدولة Leon Blum مبدأ عاماً يتعلق بمعيار التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص، فبين في تقريره: "إذا تعلق الأمر بعقد يجب البحث ليس عن الغاية من إبرامه، ولكن ما هو العقد بذات طبيعته، ولا يكفي لكي يختص القاضي الإداري وجوب استعمال التوريد وهو محل العقد عقب تمامه لمرفق عام، فيجب أن يكون هذا العقد بذاته وبطبيعته الخاصة أما من العقود التي لا يستطيع أن يعقدها إلا شخص عام أو أن يكون بشكله وتكوينه عقداً إدارياً، فما يجب بحثه هو طبيعة العقد ذاته استقلالا عن الشخص الذي عقده والغاية التي أبرم من أجلـــها" (حنفي، ١٩٩٩، ٢٨٩). ويرى الباحث مما ورد بأنه لم يعد اتصال العقد بالمرفق العام كافياً لكي يكتسب الصفة الإدارية، أنما يلزم أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام، والوسيلة في ذلك هي تضمّن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ولأهمية هذه الشروط، أصبحت علامة مميزة يمكن الاسترشاد بها في تقرير الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الفرد العادي، وتخضع العقد لنظام قانوني هو نظام القانون العام.

ولا شك أن فكرة الشروط الاستثنائية تتطلب الكثير من البحث لما ثار حولها من جدل في فقه القانون الإداري وأحكام القضاء التي لم توضح بصورة قاطعة مضمون هذه الشروط، حيث كتب الأستاذ Pequignot عن فكرة الشروط الاستثنائية فقال: "أنها تبدو صعبة التحديد في أحكام القضاء الإداري .. وأنه من الصعب أن نجد في أحكام القضاء الإداري تحديداً للشروط التي يعدها هذا القضاء غير عادية" (الطماوي، ١٩٩١، ٢٧).

في حين عد Vedel معيار الشروط الاستثنائية المعيار الحقيقي للعقد الإداري وهو الوحيد الذي يكشف عن إرادة المتعاقدين في اتباع أسلوب القانون العام، إذ كتب في هذا الصدد "الشرط الاستثنائي هو المعيار الوحيد الكافي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد فمضمون العقد هو الذي يبين الشروط الخارجة عن القانون الخاص، ونية الإدارة في تمسكها بمباشرة حقوق السلطة العامة. ومعرفة التصرف الذي تتخذه الإدارة في ظل نظام السلطة العامة لا يتحقق إلا من طريق واحد هو الاختيار الذي قررته الإدارة بموافقة المتعاقد وذلك ما يكشف عن وجود الشروط الاستثنائية أو غيابها" (عبد اللطيف، ٢٠٠٥، ٢٠٩).

المطلب الخامس: تقدير نظرية الشروط الاستثنائية

تعرضت نظرية الشروط الاستثنائية للعديد من الانتقادات، وفي هذا المجال ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن معيار الشرط غير المألوف أثار صعوبات كبيرة ساعد عليها القضاء الإداري في عجزه عن تعريف الشرط غير المألوف واتساع مفهومه ليشمل أنواع عديدة من الشروط من قبيل الشروط المانحة للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها كحق الإدارة بالرقابة والتوجيه، فهي وإن كانت من الشروط غير المألوفة فأنها لا تعد مجهولة في عقود الأفراد العاديين وهي ليست حكراً على عقود القانون العام، إذ من الممكن أن تتضمنها عقود الإذعان والعقود المبرمة بين الشركات متفاوتة القدرة والاتساع مما يتيح لأحد الأطراف أن يملي شروطاً أحادية الجانب من حيث الأسعار وظروف الدفع، ومن هؤلاء الأستاذ Lamarque الذي يضيف بالقول "أن الدور الذي نسب إلى الشرط غير المألوف دور مصطنع مجرد من كل قيمة منطقية جوهرية" (الطماوي، ١٩٩١، ٣٣).

بيد أن هذه الانتقادات لم تقض نهائياً على معيار الشروط غير المألوفة أنما جعل لها دوراً ثانوياً فهو يتمتع بأهمية خاصة عندما لا يكون العقد إدارياً في مضمونه باتصاله بالمرفق العام، إذ يتم البحث عن الشروط غير المألوفة في حالة عدم القدرة على حسم ما إذا كان العقد يتضمن مشاركة في تنفيذ المرفق ذاته وهو ما عرف بالمعيار المتناوب (فياض، ١٩٧٥، ١٣٦).

وبالاتجاه نفسه يذهب Chapus إلى أنه يجب أن لا يعتقد إن معيار البند أو الشروط المخالفة دائماً معياراً مساعداً، فالمعيار المأخوذ من الموضوع هو دائما معياراً مبدأ، ففي كثير من الحالات يفضل القاضي استخدام معيار الشرط غير المألوف، فهذا يمكن أن يكون أكثر تناسباً من غيره وأن معيار الشرط غير المألوف يستطيع هو بمفرده إعطاء صفة إدارية لكل عقد.

ويشتمل معيار التمييز المبادئ الثلاثة التي توصل إليها القضاء الإداري في سني تطوره التي استغرقت عقوداً من الزمن، وهذا المعيار التخييري يوكل به قاضي الموضوع إذ يتفحص العقد ويطبق كل مبدأ من هذه المبادئ فإذا ما تحقق من توافر أحدها فيه كان العقد إدارياً دون الحاجة للبحث في توافرها معاً ، وإن هذه المبادئ متساوية في أهميتها فليس هناك مبدأ رئيسي وآخر مساعد وهذه المبادئ هي:

المبدأ الأول: الاشتراك المباشر في تنفيذ المرفق العام ذاته، ويقوم هذا المبدأ على أساس اعتبار العقد الذي يتضمن تنفيذ المتعاقد للمرفق العام ذاته عقداً إدارياً دون الحاجة لوجود الشروط غير المألوفة.

وقد ظهر هذا المعيار بحكم بيرتان ١٩٥٦ وحقق نجاحاً كبيراً من خلال شموله أغلب الموظفين في الإدارات العامة واعتبار عقود توظيفهم إدارية. وفي هذا السبيل عد مجلس الدولة الفرنسي العديد من العقود إدارية لأن موضوعها هو تنفيذ مرفق عام ففي قرار مجلس الدولة في قضية Soc-Codiam في ٨-٦-١٩٩٤ عد العقد إدارياً عندما أبرمته مستشفى مع شركة أجهزة التلفاز لتأجير أجهزة إلى المرضى. باعتبار أن خدمة الاستشفاء تعني بالإضافة للعناية الطبية تحسين ظروف الإقامة للمرضى كذلك عدت محكمة التنازع في قرار حديث لها في ١٦-١-١٩٩٥ في قضية Cie nat,du Rhoc ,EDF العقد إدارياً لأنه يسمح بأن تستخدم شركة الكهرباء الفرنسية الطاقة المنتجة من الشركة الوطنية لمنطقة (الرون) باعتبار أن هذا العقد يتضمن تنسيقاً لوظائف الشركتين المتعلقة بالمرفق العام. وهذا المبدأ في الحقيقة يتسم بسهولة التطبيق إذ تكفي الإشارة إلى طبيعة المهمة التي كان يمارسها المتعاقد مع الإدارة لمعرفة العقد فيما إذا كان إدارياً من عدمه، بالإضافة إلى أنه عد أغلب عقود التوظيف في الإدارات العامة عقوداً إدارية ومن ذلك عقود الأطباء والمهندسين والأساتذة والعاملين في المسارح العامة (المزوغي، ١٩٩٣، ٢٨). وهنا يرى الباحث أنه على الرغم من حسنة شموله جميع الموظفين بمظلة القانون العام فإن القول به سيؤدي في النهاية إلى عدم الحاجة إلى البحث في مدى ارتباط مبدأ المشاركة في تنفيذ المرفق في العقد الإداري لأن جل عقود الوظيفة العامة ستعد إدارية من حيث الموضوع حتماً.

المبدأ الثاني: الشروط غير المألوفة. إن عدم تنفيذ المتعاقد للعقد لا يجعله من عقود القانون الخاص حتماً، إذ يتوجب على القاضي أن يبحث فيما إذا كان العقد محتوياً على شروط غير مألوفة من عدمه. ففي هذه الحالة يستعيد مبدأ الشروط غير المألوفة، وفي بيان أهميته يذهب الأستاذ Chapus إلى القول أن كل عقد يتم الإفصاح عنه يعود للقانون الخاص ولا يعترف به كعقد إلا تبعاً للتأكد بأنه ليس إدارياً لا في موضوعه ولا من ناحية شروطه (علي وعثمان، ٢٠٠٦، ١١٢).

المبدأ الثالث: العقود الإدارية تبعاً لأنظمتها. منذ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Riviere duSant عام ١٩٧٣ برز الاتجاه الذي يعد العقد إدارياً ليس من خلال ما يحويه من شروط غير مألوفة ولا من خلال تنفيذ المتعاقد للمرفق العام ذاته وإنما لقيام العقد على نظام قانوني غير مألوف،

وقد أثار هذا المبدأ عند ظهوره بعض الارتباك بخروجه عن الاستقرار النسبي في ظل المعيار المتناوب. وهذا المبدأ يمثل قاعدة ثالثة يمكن الاعتماد عليها في وضع حل لمعضلة التمييز بين العقد الإداري وعقود القانون الخاص ويؤكد ذلك اعتماده من القضاء الإداري الفرنسي في الكثير من الأحكام.

وباستثناء بعض قرارات محكمة التنازع التي لم تعد العقود خاضعة لنظام قانوني استثنائي مثال ذلك قرارها في ١١-١٠-١٩٩٣ في قضية Soc-Central siderurgiqe derichemont لا يمكن نفي كون أن مبدأ النظام القانوني غير المألوف أصبح ركناً أو مبدأ مهماً في تمييز العقد الإداري في الوقت الحاضر (الطماوي، ١٩٩١، ٤٦).

المبحث الثالث: الشروط الواجب توفرها في العقد الإداري

من الملاحظ أن الحالات التى لجأ إليها المشرع فى تحديد العقود الإدارية متعددة ومتنوعها، منها:

عقود الأشغال العامة: وهي التي تجعل المنازعات التي تثور بصدد الأشغال العامة من إختصاص مجالس الأقاليم التى تحولت حالياً إلى محاكم إدارية، ولقد كان للقضاء دور كبير فى تحديد ما يدخل فى نطاق الأشغال العامة مما أدى إلى التوسع فى العقود التي تدخل فى هذا الإطار وإدخال أي عقد له علاقة ولو بسيطة بالأشغال العامة ضمن إطارها (حنفي، ١٩٩٩، ١٤).

عقد بيع عقارات الدولة: وقد نص القانون الفرنسي رقم (٢٨) للسنة الثامنة على إختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بهذا العقد (حنفي، ١٩٩٩، ٢١-٢٢).

العقود التى تتضمن عملاً للدومين العام: نص المرسوم الصادر فى ١٧ يونيو ١٩٣٨ حيث قضى بأن جميع القود التى تتضمن اعمالاً للدومين العام تدخل فى إختصاص مجالس الاقاليم التى تحولت بعد ذلك الى المحاكم الإدارية عام ١٩٥٣، ويقرر الفقه الفرنسي بأن المشرع الفرنسى ترك الباب مفتوحاً بحيث يمكن إدراج أى عقد ما عدا العقد الإداري متى توافرت فيه صفة شغل الدومين العام.

عقد التوريدات: نص مرسوم ١١ يونيو ١٨٠٦ فى المادة ١٤ من هذا المرسوم تقرر(أن عقود التوريدات التى تبرمها الدولة تدخل فى إختصاص القضاء الإداري (خاطر، ٢٠٠٤، ٥٢٦).

حالة عقود القرض العام:

كان كثير من الفقه الفرنسي يرى فى القروض العامة للدولة عقوداً إدارية بتحديد القانون ومن ذلك قانون ١٧ يوليو ١٧٩٠ وقانون ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣ م وعلى العكس من ذلك فإن عقود القروض التى تبرمها الأشخاص العامة غير الدولة (كالوحدات المحلية) كما يعتبرها الفقه عقوداً تابعة للقانون الخاص. ومنذ عام ١٩٧٧ بدأ الفقيه (Jezo) يعارض هذا الاتجاه وقرر ان النصوص التشريعية سالفة الذكر لا يمكن فهمها على نحو يجعل عقود القروض التى تبرمها الدولة عقودا ادارية وتلك التى تبرمها وحدات غير الدولة عقوداً مدنية، ولقد أيد القضاء هذا الاتجاه الجديد وأصبح أي عقد قرض تبرمه الدولة لا يعتبر بالضرور عقداً إداريا وتخضع للقانون العام وإنما يمكن أن يكون عقداً مدنياً (حنفي، ١٩٩٩، ٢٣).

عقد تقديم المعاونة:

عقود المزارعة ذات الرسوم القروية: حيث نص القانون الصادر فى ١٧ مايو ١٨٠٩ على أن العقود الإيجارية التى تبرمها البلديات تعد عقود خاصة تخضع للقانون المدني.

العقود الخاصة بمرفق خدمة إطعام الجنود: ورد المرسوم الصادر فى ٢٢ أبريل ١٩٠٥ والمرسوم الصادر فى ٦ نوفمبر ١٩٣٠ نص كل منهما على عقود التغذية المشتركة لفرق الجنود (حنفي، ١٩٩٩، ٢٤).

عقود إيجار الصيد المتعلقة بالدومين العام: حيث نص قانون ٢٩ يونيو ١٩٨٤ المتعلقة بالمياه العذبة والمصادر السمكية على ان عقود الصيد المتعلقة بالدومين العام عقود خاصة.

عقود هيئة البريد وشركة التليفونات الفرنسية مع عملائها: حيث نص القانون ٢ يوليو ١٩٩٠ الخاص بمرفق البريد والاتصالات على أن تعاملات هذه الشركات مع عملائها أو مع الموردين يحكمها القانون الخاص وتختص بها المحاكم العادية (خاطر، ٢٠٠٤، ٥٢٧).

وفي التشريع الكويتي فقد ألزم المشرع الإدارة بإجراءات واجب مراعاتها، حيث يلزم المشرع الإدارة استشارة جهة معينة قبل اتخاذ قرار إداري في أمر معين، ومن أمثلة ذلك عند قيام إدارة من إدارات الكويت إبرام عقد قيمته تزيد على ٧٥ ألف دينار يجب عليها الرجوع إلى إدارة الفتوى والتشريع ، كما أن لجنة المناقصات المركزية ملزمة قانوناً بعرض عطاءاتها على الجهة الحكومية طالبة المناقصة للدراسة وإبداء الرأي مع أنها غير ملزمة برأي الجهة الحكومية، ويترتب على مخالفة هذه الإجراءات بطلان القرارات الإدارية(القباني،٢٢٦،٢٠٠١).

المطلب الأول: النظرية التقليدية فى تمييز العقد الإداري

أما بالنسبة للعقود الإدارية ينص القانون التى نص عليها المشرع الفرنسي فلم تثر أية مشكلة فيما يتعلق بالقاضي المختص والقانون الواجب التطبيق، حيث يختص بنظر النزاع بشأنها القاضى الإداري، ويطبق عليها أحكام القانون العام. ولكن المشكلة تثار بسبب العقود الإخرى التي لم يحددها المشرع الفرنسي والمصري، حيث نجد أن مجلس الدولة المصري مازال يأخذ بالنظرية التقليدية فى تمييز العقد الإداري التي تقضي بأن يكون العقد إداريا اذا توافرت فيه ثلاثة عناصر (خاطر، ٢٠١٠، ٢٠):

أن تكون جهة الإدارة طرفاً فى العقد

أن يتصل العقد بمرفق عام

أن يحتوى العقد على شروط استثنائية أو غير مألوفة فى القانون الخاص

ولقد أشارت العديد من الاحكام القضائية إلى المعايير الثلاثة فيها أوردت من تعاريف فى أحكامها المختلفة، حيث قضت محكمة (القضاء الإداري) المصرية بأن العقد الإداري حسبما استقرت علية احكام القضاء والفقة الإداري هو العقد الذى يبرمه شخص من اشخاص القانون العام بقصد إدارة المرفق عام او بمناسبة إدارته وان تظهر نيتة فى العقد بالاخذ بأسلوب القانون العام وأحكامة وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص تسمى شروطاً غليظة.

ولقد اشارت المحكمة الإدارية العليا فى مصر إلى نفس المعنى فى حكمها الصادر فى ٣١ مارس عام ١٩٦٢ حيث قضت (بأن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفية شخصاً معنويا عاماً ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص فإذا تضمنت عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إداريا يختص بنظرة القضاء الإداري حسب ولايته المحدودة).

يتضح من خلال الأحكام القضائية المختلفة وتعريفاتها التى نصت عليها فى أحكامها أن العقد الاداري يجب أن يتضمن الثلاثة معايير السابقة مجتمعة وهي إبرام العقد بواسطة أحد أشخاص القانون العام، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص.

المطلب الثاني: موقف القضاء الفرنسي من العقد الإداري

لكن على العكس من ذلك نجد أن القضاء الفرنسى إكتفى بتوافر شرطين فقط فى العقد الإداري: إبرام العقد بواسطة شخص معنوي عام، وتعلق العقد بإدارة أو تسير مرفق عام أو إحتوائة على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص. وفيما يلى التوضيح لهذة الشروط:

الفرع الأول: أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد

كمبدأ عام لا يجوز أن يوصف عقد بالصفة الإدارية إلا إذا كان أحد أطرافة على الأقل شخصاً معنوياً من اشخاص القانون العام فهذا شرط ضرورى ولازم لوصف العقد بأنه عقد إداري، فالعقد الذى لا يكون أحد اطرافه شخصاً معنوياً عاماً لا يعتبر إدارياً كما أن وجود الإدارة كطرف فى العقد لا يوصف بأنه عقد إدارياً إلا إذا توافرت باقى الشروط، وهي تعلق العقد بمرفق عام وإحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص (زهران، ١٩٦٨، ٢٢٢).

وفى ضوء هذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٧ مارس ١٩٦٤ بأنه (من البديهى ان العقد الذى لا تكون الإدارة أحد اطرافة لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك لان قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة (حنفي، ١٩٩٩، ٣٣).

ولكن مفهوم الإدارة هنا يؤخذ بالمعنى الواسع فيشمل الدولة والأشخاص العامة الإقليمية الأخرى – كالمحافظات – المركز – المدينة – القرية – الحي – او الهيئات العامة التى يطلق عليها الاشخاص العامة المصلحية أو المرافق العامة الأخرى الجديدة التى اعترف لها القضاء بالصفة المعنوية العامة مثل المرافق العامة الإقتصادية والمهنية وغيرها(خاطر، ٢٠٠٤، ٥٣٣). ولكن يوجد استثنئات على هذا المبدأ وهو أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنوى عام منها:

التعاقد بالوكالة عن الشخص العام: المبدأ العام أن العقد المبرم بين اشخاص القانون الخاص هو عقد مدني يخضع لأحكام القانون المدني ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنه فلا يتصور عقد إداري إذا كان كل من طرفية من اشخاص القانون الخاص. ولكن يمكن تكيف العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص بأنه عقد إداري إذا كان أحد اطرافة يتعاقد بصفتة وكيلاً عن أشخاص القانون العام سواء أكانت الوكالة صريحة أم لا، وفي مصر أجازت محكمة النقد إبرام العقد عن طريق الوكالة حيث قضت بأن "الأصل هو قيام المتعاقد نفسة بالتعبير عن إرادته فى إبرام التصرفات

إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يكون شخص نيابة عن الأصل بإبرام التصرف بإسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف إفادة إليه"، ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا هذا الإتجاه فى أحكامها وفى الحقيقة هذا الاستثناء بعد استثناء ظاهرياً وليس استثناء حقيقياً.

المتعاقد بحساب الشخص العام: في الحقيقة أن الاستثناء السابق استثناء ظاهري ولكن الاستثناء الحقيقي من المبدأ العام الذى يقرر أن العقود التى تبرم بين الأشخاص تعتبر عقود مدنية هو التعاقد لحساب الشخص العام فقد اعتبر القضاء أن هذا التعاقد يضفى على الشخص الثقة الإدارية وذلك بأن احد الأشخاص يتعاقد بإسم الشخص العام ولحسابه وقد أيدت محكمة التنازع الفرنسيه هذا الاستثناء.

الفرع الثاني: اتصال العقد بمرفق عام

من الملاحظ أن العقد الإداري لا يكفي أن يكون أحد اطرافة شخص معنوي عام بل لا بد من إتصال العقد بمرفق عام، والمرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واطراد ويستعين بسلطات الإدارة من أجل تقديم حاجات عامه للجمهور بهدف تحقيق النفع العام والصالح العام (علي وعثمان، ٢٠٠٦، ٥٧).

ويوجد مدلولان للمرفق العام أحدهما شكلي أو عضوي ويقصد به المشروع أو المنظمة أو الهيئة التى تنشئها الإدارة لإشباع حاجات عامة، والثانى موضوعى وهو النشاط الذى تؤديه الأداره للجمهور من أجل إشباع حاجات عامة ويأخذ غالبية الفقة بالمدلولان معاً (خاطر، ٢٠١٠، ٣٦).

وعليه فإن اتصال العقد بالمرفق العام وذلك مثل العقود التى يعهد فيها المتعاقد بمهمة تسير مرفق عام مثل عقد إلتزام المرافق العامة حيث تعهد جهة الإدارة لبعض الأفراد أو الشركات بإدارتها الثانى العقد الذى يكون موضوعة التنفيذ ذاته لمرفق العام.

الفرع الثالث: أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص

لكي يعتبر العقد عقداً إداريا يجب أن يتضمن أساليب القانون العام، وهو ما يعبر عنه بالشروط الإستثنائية، ولم يضع المشرع تعريف لشروط الاستثنائية ولكن حاول الفقه والقضاء وضع تعريف لشروط الإستثنائية، فقد عرفت محكمة النقد الفرنسية ومحكمة التنازع ومجلس الدولة الشروط الإستثنائية بأنها (تلك الشروط التى لا توجد عادة فى القانون الخاص). ثم نجد أن محكمة النقض الفرنسية عرفتها بأنها (الشرط الذى يفرض إلتزامات لم توجد بحسب طبيعتها فى عقود القانون الخاص). ومن أمثلة الشروط الإستثنائية:

الشروط التى تتعلق بامتيازات السلطة العامة: وذلك إما بتمتع جهة الإدارة بإمتيازات السلطة فى مواجهة المتعاقد معها مثل سلطتها فى تعديل العقد أو التنفيذ المباشر أو اتخاذ ما تراه من إجراءات بسببه (خاطر، ٢٠١١، ٤٦).

الإحالة إلى دفاتر الشروط: وذلك إذا قامت الإدارة بإبرام أى عقد من أحد الأشخاص وخلا هذا العقد من شروط إستثنائية وتم الإحالة إلى دفاتر الشروط، فيعتبر العقد عقداً إدارياً وذلك إذا كانت دفاتر الشروط تحتوى على عقود إستثنائية(خاطر، ٢٠٠٥، ٥٦٥).

النص فى العقد على جعل الإختصاص للقضاء الإداري: وذلك إذا كان العقد مدنياً واتفق طرفاه على جعل الإختصاص بالنزاع للقضاء الإداري.

الفصل الثالث

سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري

المبحث الأول: الأساس القانوني للتعديل

المطلب الأول: حالات تعديل العقد الاداري

المطلب الثاني: مبدأ الإحلال

المبحث الثاني: تعسف الادارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الاداري

المطلب الأول: الانتقادات الموجهة لمبدأ الإحلال

المطلب الثاني: موقف التشريع من مبدأ الإحلال

الفصل الثالث

سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري

يتناول هذا الفصل عرضاً لكل من الأساس القانوني للتعديل، وحالات تعديل العقد الإداري، كما يتناول تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، والقيود الواردة على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، كذلك مدى سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: الأساس القانوني للتعديل

تملك الإدارة سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض. وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب اقتصاديات العقد. فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصـــرف الإدارة دائماً . إذ إن حق تعديل العقد من جانب الإدارة وحدها مشروط بأن لا تتجاوز تلك التعديلات الحدود الطبيعية المعقولة والمتفق عليها في العقد مسبقاً بدرجة كبيرة ، وأن لا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، ومن دون أن تؤدي إلى تغيير جوهره بحيث يصبح المتعاقد معها وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرضت عليه تلك الأعمال عند التعاقد لأول مرة (فحام، ١٩٧٦، ٣٨).

وإذا أصدر القاضي حكماً بفسخ العقد ، فأن آثاره تمتد إلى تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ صدور الحكم ، كما يجوز أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بتعويض مادي يشمل جميع ما أصابه من أضرار وما فاته من كسب ، بشرط أن لا يمتنع المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في إحدى أحكامها بصدد إحدى عقود الأشغال العامة " أما امتناعه بإرادته المنفردة عن تنفيذ التزاماته فهذا ما تأباه العقود الإدارية لما يترتب عليه من إخلال بحسن سير العمل بالمرافق والأضرار بالمصلحة العامة وبالتالي يكون المقاول مسؤول في هذه الحالة عن موقفه" (الطعن رقم ٩٤٩ لسنة ٢٦ ق ــ جلسة ١٩٨٣/٤/٣٠)، وإلا فأنه يعد مخلاً بالتزاماته ويكون مسؤولا مسؤولية تعاقدية تجاه الإدارة.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر في إلى ذلك بقولها "أن مخالفة جهة الإدارة لما يفرضه عليها العقد الإداري من التزامات، وما ينشأ عن ذلك من زيادة أعباء المتعاقد معها عن الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها أو أن تفوق في قيمتها ونتائجها ما أتفق عليه أصلا في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب وتؤدي إلى إرهاق المتعاقد إرهاقا كبيرا يجاوز إمكانياتها الفنية أو المالية أو الاقتصادية ، فأن ذلك يستتبع الحكم بفسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يكفي لإصلاح الضرر " .(١)

المطلب الأول: حالات تعديل العقد الاداري

للإدارة حق في حالات تعديل العقد الإداري وفقاً لأسس وضوابط وضعها المشرع تتمثل فيما يلي: (علي وعثمان، ٢٠٠٦، ٣٨-٣٩)

أن حق تعديل العقد الإداري هو حق أعمق من حق الرقابة، فالرقابة تكون على شيء ظاهر – أي مجرد إشراف على طريقة التنفيذ– بعكس التعديل فإنه يكون بتغيير العقد المتفق عليه إما بالزيادة أو الإنقاص.

يشترط لممارسة جهة الإدارة لحق التعديل في العقد الإداري ما يلي:

أن يقتصر قرار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام.

أن لا تطبق سلطة التعديل بقدر واحد في جميع العقود.

أن ينحصر التعديل في موضوع العقد.

أن تصدر إجراءات التعديل في حدود المبدأ العام للمشروعية.

أن يكون قد حدث تغير في الظروف يبرر هذا التعديل.

أن لا يؤدي التعديل إلى زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة.

حدود حق التعديل لجهة الإدارة في إصدار قراراتها المتصلة بالعقد والمتعلقة بالزيادة والإنقاص يمكن إيجازه في أمرين:

الأمر الأول: حدود سلطة التعديل، وهذه الحدود أو القيود هي كما يلي:

التزام نسب التعديل التي حددتها النظم واللوائح أو دفاتر الشروط.

ألا يترتب على التعديل فرض أعباء جديدة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد مالياً.

ألا يؤدي التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد.

١- حكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٨٦٥ لسنة /٢٠ ق- (٦/٣٠/ ١٩٦٨) : المجموعة –السنة٢٢-بند ٢٢٠- ص٣٧٣ ، نقلا عن د .محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري، ص٢٧٠ .

الأمر الثاني: نطاق سلطة التعديل، ويمكن تحديد هذا النطاق عن طريق ثلاثة مسائل:
المسألة لأولى: التعديل في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد إما بالزيادة أو الإنقاص، وهذا التعديل يرد على مقدار الالتزامات من غير خروج على أحد القيود العامة والهامة، وهو انحصار التعديل على موضوع العقد.
المسألة الثانية: التعديل في وسائل التنفيذ، وذلك بأن الإدارة قد ترى بعد فترة من إبرام العقد على وسيلة معينة من أن هناك وسيلة أخرى أكثر فاعلية وأكثر تقدماً من الوسيلة المتفق عليها، فيكون هنا الحق مشروعاً للإدارة أن تطلب من المتعاقد أن يستبدل الوسيلة المنصوص عليها في العقد بالأخرى الأكثر جدوى وفاعلية.
المسألة الثالثة: التعديل في مدة التنفيذ ، فإذا اقتضت مصلحة المرفق العام أن يتم التوريد أو تتم الأشغال في مدة أقصر من المدة المتفق عليها في العقد، فإن الجهة الإدارية تستطيع أن توجه المتعاقد للإسراع في التنفيذ.

المطلب الثاني: مبدأ الإحلال

الإحلال هو أن يقوم القاضي حال نظره القرار الإداري محل الطعن باستبدال سبب للقرار الذي شابه الخطأ أو الغلط، ويحل مكانه سببًا آخر يضمن تمرير القرار. وهو وجه خلاف بين القانون الإداري ومصدره الأصلي في التشريع سواء القانون المدني أو الجنائي، إذ الغالب في الأحوال المشابهة في القانون الجنائي مثلاً أن يكون العيب قرينة لصالح المدعي (الطاعن)، ومن ذلك على سبيل المثال طعون عدم صدور إذن النيابة بالضبط، أو التضارب في أقوال الشهود..... إلخ (أحمد، ٢٠٠٩، ١٢٧).
أما القضاء الإداري فقد انتهج في هذا الجانب نهجًا خاصًا يتفرد به، وهذا النهج على علاته يبدو مستغربًا مثيرًا للدهشة، إذ كان المنتظر في رقابة قضائية سارت في كل أحوال الطعن على تقرير أحد اتجاهين، إما إلغاء القرار، أو رفض الطعن، وارتضت أن تقتصر على هذا الدور، أن تتحول فجأة إلى مناصر للإدارة، فتعترف جزئيًا بخطأ القرار بناء على خطأ سببه، لكنها تستدرك هذا الاعتراف وتعود لتقر الإدارة فيما ذهبت إليه، وهو ما يجعل من القاضي ليس مراقبًا لأعمال الإدارة وقراراتها، بل أحد أيديها في تصويب ما قد تخطئ فيه شكلاً ليخدم ما ترمي إليه مضموناً. وربما يستند هذا الاتجاه على الزعم المتمثل في المصلحة العامة، والذي يتحول في غالب الأحوال وبالاً ونقمة على من يقف خصمًا للإدارة(البهبهاني،١٢،٢٠٠١).

ومن الممكن قيام القرار الإداري على سبب واحد، أو على عدة أسباب تبرر صحة وجوده في الواقع والقانون، فالأمر لا يثير أية إشكالية في حال البحث عن صحة مشروعيته إذا ما قام القرار على سبب واحد، ولكن يدق الخلاف في حالة قيامه على عدة أسباب، فإذا ما كانت الأسباب الرئيسة الدافعة إلى اتخاذ القرار مشروعة، كفى ذلك لاعتباره صحيحًا ولا يحكم القاضي بإلغائه، حتى ولو كانت الأسباب الثانوية (غير الرئيسة) باطلة، أما إذا كانت الأسباب الرئيسية هي الأسباب المعيبة فإن القاضي يحكم بإلغاء القرار ويقرر عدم مشروعيته (الجبوري، ٢٠١٠، ٢٦٥).

إذًا فدور القاضي الإداري في هذا الصدد يقتصر على فحص الأسباب التي استندت إليها الإدارة في اتخاذها القرار، وهذا العمل يعتبر مسألة شاقة وعملية دقيقة في تقدير ما هو رئيسيا ودافعًا من الأسباب، وما هو ثانوي وغير مؤثر (البدوي، ١٩٩٩، ٢١٧) و(عبد العال، ١٩٧١،٨٤).

المبحث الثاني: تعسف الادارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الاداري

ذهب بعض الفقه إلى توضيح تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري عبر مسلك استثنائي يرتبط بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ في حال اتخاذ الإدارة لقراراتها الإدارية الصادرة استنادًا لسلطتها المقيدة حتى أصبح ذلك من الأمور المتعلقة بالنظام العام، حيث يجوز للقاضي أن يقوم بذلك الإحلال من تلقاء نفسه (عبد اللطيف،٢٠٠٢،٢٨٧).

المطلب الأول: الانتقادات الموجهة لمبدأ الإحلال

إن الذريعة التي تذرع بها مجلس الدولة الفرنسي في إقرار مبدأ الإحلال، والمتمثلة في تجنب إصدار أحكام قضائية تكون عديمة الجدوى من الناحية العملية بدعوى أن الإدارة سوف تصدر قراراً بذات مضمون القرار الملغي للخطأ في سببه ما هي إلا حجة واهية، إذ إن إصدار أحكام بالإلغاء دون إعمال الإحلال سيتضمن أسباب الإلغاء، وهو ما يكون هاديًا للإدارة فيما تتخذه من قرارات مستقبلاً، وضمانة لتطبيق الأصل العام الذي يرى أن الخطأ يفسر لصالح المتهم، والذي يتمثل في حالة القانون الإداري بالطاعن أو من اتخذت الإدارة قرارًا في مواجهته (مسكوني، ١٩٧٤، ١١). هذا من ناحية، أما من ناحية أن الإحلال يوفر وقت التقاضي كما يفهم ضمناً من هذه الذريعة فإنه مردود عليه بأن هذا التأخير ذاته قد يمثل درجة من درجات التقاضي، وإن كان ليس بالمعنى الحرفي الدقيق، فهو أقرب إلى التأجيل الذي يمارسه القضاء في مناحيه الأخرى،

لأنه من المتيقن أن عرض دعوى الإلغاء سوف تتكشف من خلاله ما لا تتضمنه الأوراق، وفي حالة إصدار الإدارة لقرار جديد يتلافى السبب الخاطئ فسوف تتكشف الأسباب الحقة بشكل أكبر، والأهم من ذلك أن الإدارة سوف تفيد من تلك الممارسات الخاطئة مما يزيد من خبراتها في ممارستها لأعمالها الإدارية (الفياض، ١٩٨١، ٢٠٦).

ويرى الباحث أن إلغاء القاضي للقرار دونما إحلال سبب صحيح يبرر قرار الإدارة، حتى لو تحقق وجود هذا السبب الصحيح، من شأنه أن يؤكد على المصلحة العامة، ذلك لأنه سوف يكشف عن قصور في فهم الإدارة أو تطبيقها للقانون، وفي هذه الحالة تقتضي المصلحة العامة عقاب مصدر القرار لأن ذلك يعد إخلالاً بواجبات وظيفته، وهو ذات المبرر الذي يجازى غيره من الموظفين بناء عليه، أي أن القاضي الإداري وبمعنى آخر كان عليه أن يسهم بدوره الرقابي في تحقيق المصلحة العامة وليس خلق نوعًا من الطبقية التي تفترض شخصية اعتبارية دائمة للإدارة حتى تكون بمنأى عن الحساب، وهو ما يؤكده اتجاه القضاء في إعماله لمبدأ الإحلال، وقبل ذلك برفضه استدعاء الإدارة، الأمر الذي يراه الباحث تأكيدًا على أن هيبة الإدارة في هذا الشأن أهم لدى القضاء الإداري من المصلحة العامة.

ومرد ذلك التقدير المبالغ فيه للإدارة وعدم المساس بها يتمثل – في رأي الباحث – في أهم وأكبر إشكاليات القانون الإداري على الإطلاق والتي لم يثيرها أي من الفقهاء ويعيرها قدرها بالبحث والدراسة، وهو الشخصية الاعتبارية للإدارة ومتى يمكن الفصل بين شخصية مصدر القرار الاعتبارية وشخصيته الذاتية، ومفاد القول في هذا الشأن أن قوام أية نظرية متكاملة للقرار الإداري يجب أن تتعامل مع هذه الإشكالية التي سيتيح فهمها والتعامل معها تيسير العديد من الأمور المتشابكة داخل القانون الإداري، في جانب النص والتشريع، وكذلك في جانب الإثبات أو القضاء بشكل عام.

ولم يتوقف القضاء الإداري عند تلك النقاط، بل أن الأمر أصبح لا يقتصر فقط على إحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ في نطاق السلطة المقيدة، بل أجاز المجلس الفرنسي ذلك الإحلال أيضًا في ميدان السلطة التقديرية للإدارة،فقام بعملية إحلال الأسباب القانونية الصحيحة محل الأسباب الخاطئة حتى ولو كان القرار صادرًا استنادًا لسلطة الإدارة التقديرية

وذلك تجنبًا منه لإصدار أحكام بالإلغاء تكون عديمة الجدوى من الناحية العملية، ويطلق على ذلك إعادة تصويب أو إعادة تقدير(١).

ويرى الباحث في هذا التطور المزعوم مثار انتقاد آخر يؤكد حالة الارتباك التي يسير عليها القضاء الإداري في هذا المسلك، إذ تبدو الأمور في نظر المجلس الفرنسي مقلوبة رأسًا على عقب، فإذا كان الإحلال جائزًا فالأولى أن يكون قبوله في حالة السلطة التقديرية، لأن الأمور التقديرية هي الأمور التي يجوز فيها قبول الخطأ في التقدير، أما الأمور المحددة سلفًا فلا يقبل الخطأ بشأنها، بل يكون الخطأ فيها من جانب الإدارة من قبيل القصور في الفهم والتأهيل والكفاءة. ولتوضيح رأي الباحث في هذا الأمر بشكل أفضل وأكثر بساطة من ذلك الارتباك الذي أنشأه المجلس الفرنسي وسار عليه يمكن القول:

أولاً: المفترض في حالة السلطة المقيدة للإدارة أن لدى الإدارة نصوصًا محددة واضحة تسير على هديها، والمفترض كذلك أنها تعرف صالح العمل الذي تنهض على إدارته، فإذا ما أخطأت الإدارة في تلك الحالة فدور القاضي الرقابي إذا كان يهدف إلى المصلحة العامة هو تصحيح مسار الإدارة ذاتها، لا الخضوع لقرارها بأن يضفي عليه صفة المشروعية. وعليه فلا نرى في هذا الشأن في الإحلال إلا إخلالاً بالمصلحة العامة ذاتها.

ثانيًا: إذا كانت القاعدة العامة التي تستهدفها الإدارة ومن بعدها القضاء كذلك هي الصالح العام، فإن المفترض حينئذ وفي حالة السلطة التقديرية للإدارة أنه يمكن قبول أن تخطئ في التقدير أو في التكييف أو ما إلى ذلك، ودور القاضي في هذه الحالة هو أشبه بالمفسر للقانون والشارح له، وفي هذه الحالة نسلم جدلاً بقبول مبدأ الإحلال.

ثالثًا: تأسيسًا على ما سبق فالمفترض كذلك إذا كان مبدأ الإحلال ضرورة أفرزتها الممارسات القضائية الإدارية كضمانة للمصلحة العامة، فقد كان من المنطقي أن يكون الإحلال في حالة السلطة التقديرية للإدارة أسبق منه في حالة السلطة المقيدة لها، وهو نقيض ما أثبته واقع التطور لهذا المبدأ.

---

(١) Jean Marc Peyrical, Op. Cit., P. 28. انظر في هذا الشأن أحكام مجلس الدولة الفرنسي:

C. E. 23/11/1942. Rec., P. 29.

C. E. 23/12/1957. Rec., P. 678.

C. E. 8/3/1957. Rec., P. 147.

رابعًا: إذا كان الهدف المفترض كذلك هو المصلحة العامة، فقد كان من الأولى بمن أقر مبدأ الإحلال أن يؤسس لتطور حقيقي لهذا المبدأ بدءًا من النشأة ثم مراحل التطور، لكن أن يتم إقرار المبدأ حتى في نشأته المقلوبة التي لا تخفى على أي منطق فإن هذا في حد ذاته مثار تساؤل ودهشة حتى على الواقع النظري وقبل الواقع الفعلي للممارسات القضائية.

خامسًا: إذا كان المفترض في حالة النزاع الإداري أن كفتي ميزان العدالة هما:

إدارة مفترض أنها تسعى إلى المصلحة العامة.

طاعن مفترض أنه يسعى لمصلحته الشخصية.

فإذا كانت القاعدة الأصولية في أي قضاء هي الحيادية التامة، فإن الباحث يرى أنها هي الأولى بالإعمال هنا، هذا من ناحية. أما من ناحية أخرى، فلو أننا قبلنا بأن يأخذ القاضي أحد هذه الجوانب الثلاثة، فلا شك أنه سوف يميل لجانب المصلحة العامة التي تقتضي عند قيامه بتصحيح السبب (الإحلال) أن يعاقب في قضائه الإدارة على ما اقترفته من خطأ، أما الأخذ بنصف الحق فنراه ليس حقًا. وإذا ما تم الدفع بأن الإدارة هي الممثل لجانب المصلحة العامة، فإنه مردود عليه بانتفاء هذا الفرض حال النزاع حتى يكون القاضي متمتعًا بالحيادية، وإذا ما نظر القاضي في النزاع وهو مقر داخله بأن الإدارة على حق أو أنها ممثلة لوجهة النظر الوحيدة لتحقيق الصالح العام فإنه أمر من شأنه الإخلال بحياد القاضي.

ويخلص الباحث من تلك الفرضيات السابقة إلى أن مبدأ الإحلال شمل في التنظير له والتبرير لإعماله، وتنفيذه في الواقع العملي مغالطات كثيرة لا يجدر بأي تشريع قويم أن يمر عليها دون أن يعكف على تصحيح مسارها، إما بالمعنى الحرفي للتصحيح بغرض الإبقاء على هذا المبدأ لفائدة ترجى من الإبقاء عليه، وإما بالإلغاء تجنبًا لضرر يحدثه أو شبهة يثيرها، والشبهة والضرر هنا متحققان باتخاذ القضاء جانب تصويب خطأ الإدارة فقط فلا هو رفض لهذا الخطأ ولا تصويبه تصويبًا كاملاً.

المطلب الثاني: موقف التشريع من مبدأ الإحلال

حسنًا فعل أغلب الفقه حين رفض الاعتراف للقضاء بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ، وكذلك القضاء المصري الذي لم يجز لنفسه أن يقوم مقام الإدارة في إحلال سبب آخر محل السبب الخاطئ الذي استندت عليه الإدارة في اتخاذها لقراراتها الإدارية (البدوي، ١٩٩٩، ٢٢٠).

وبهذا قضت محكمة القضاء الإداري المصرية حيث نصت على أنه: «..... إذا تبين أن القرار الإداري قد بني على سبب معين قام الدليل على عدم صحته، فلا يجوز إضافة أسباب أخرى جديدة له بعد صدوره، فلا يجدي بعد صدور القرار تغيير سببه أو تعديل سنده في تاريخ لاحق....»(٢).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: «..... لا حجة فيما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن السبب الصحيح لقرار إنهاء خدمة المدعي يقوم على قرينة هي عدم لياقته للخدمة صحيًا، وأن عدم اللياقة هذه يرتب المشرع عليها إنهاء خدمته استنادًا إلى الفقرة الثانية من المادة (١٠٧) من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥٩، وأن في مكنته أن يحل هذا السبب محل السبب الذي بني عليه القرار، لا صحة في ذلك لأنه ما كان يسوغ أن يقوم القضاء الإداري مقام الإدارة في إحلال سبب آخر محل السبب الذي قام عليه القرار..... ذلك لأن دور القضاء الإداري يقتصر على مراقبة صحة السبب الذي تذرعت به جهة الإدارة في إصدار قرارها..... ولا يسوغ أن يتعداه إلى ما وراء ذلك بافتراض قيامه على أسباب أخرى يحمل عليها القرار»(٣).

وبالرغم من أن القضاء المصري لم يجز لنفسه إحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ الذي تذرعت به الإدارة سببًا لقرارها الإداري، إلا أنه لم يلتزم بهذه القاعدة على إطلاقها، حيث أعطت محكمة القضاء الإداري لنفسها الحق في إحلال السبب الواقعي في أحد أحكامها في حالة ممارسة الإدارة لاختصاص تقديري، حيث قضت بأنه: «..... إذا أمكن حمل القرار الإداري على وقائع كشفت عنها أوراق الدعوى غير تلك التي على أساسها صدر القرار كفى ذلك لصحته.....»(٤).

أما في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، فقد أقرت المحكمة لنفسها بالحق في إحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ الذي استندت إليه الإدارة في بعض أحكامها (شطناوي، ١٩٩٥،

---

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الدعوى رقم ٧/٨٨٠٦ ق، بتاريخ ١٩٥٥/١/١٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة التاسعة، ص٢٤٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١١/٦٢٥ ق، بتاريخ ١٩٦٧/١٠/٢١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة عشر، ص٦. انظر أيضًا حكم المحكمة ذاتها، الطعن رقم ١١/٦٢٠ق، بتاريخ ١٩٦٦/١١/١٩، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية عشر، ص٢٢٩.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الطعن رقم ٥/١٢٠٣ ق، بتاريخ ١٩٥٣/٣/٢٦، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة السابعة، صفحة ٧٦٦.

٧٤٧)، حيث قضت بأنه: «إذا اعتمدت لجنة العطاءات على سبب لاستبدال عرض مقدم في العطاء وتبين أن هذا السبب غير قانوني، فإن ذلك لا يؤثر على قرار اللجنة باستبعاد العرض المذكور ما دام أن هناك سببًا قانونيًا آخر يوجب استبعاده»(٥).

وقد فرق بعض رجال القانون (شطناوي، ١٩٩٥، ٦٨٤) بين إحلال السبب الواقعي الصحيح للقرار الإداري محل السبب الخاطئ الذي استندت إليه الإدارة في اتخاذها للقرار، وبين إحلال الأسباب القانونية له، بحيث يمكن إحلال السبب الواقعي في نطاق السلطة المقيدة للإدارة وإحلال السند أو الأساس القانوني في المجال التقديري لها.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه بعض الفقه بأنه لا مجال للتمييز في نطاق الإحلال القانوني للسبب بين السلطة المقيدة للإدارة والسلطة التقديرية لها. فكل من السبب الواقعي والأساس القانوني للقرار مكملان لبعضهما البعض لتكوين إحدى مقومات أو جوانب ركن السبب في القرار الإداري والقول بغير ذلك مجرد تلاعب لا مبرر له في الألفاظ والعبارات (جمال الدين، ٢٠٠٤، ١٧١).

وتنبغي التفرقة بين سلطة القاضي الإداري في تصحيح السبب وسلطته في فرض رقابته على السبب الحقيقي للقرار، إذ قد تستند الإدارة في قرارها الإداري إلى سبب معين وتعلن عن سبب آخر، وهو ما يسمى بالسبب الظاهري أو الوهمي، فإن رقابته يجب أن تكون على ذلك السبب الخفي والمبرر لاتخاذ القرار لا على السبب الصوري أو الوهمي وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بالقول: «لا جناح على الجهة الإدارية إن هي أعلنت سببًا وهميًا للقرار الإداري الصادر بنقل المطعون ضده من السلك الدبلوماسي إلى هيئة البريد لكونه زائدًا عن حاجة العمل في الوزارة إخفاءً للسبب الحقيقي، وهو عدم صلاحيته لتولي وظائف السلك الدبلوماسي، وعلى المحكمة أن تسلط رقابتها على السبب الحقيقي دون الظاهري ولا يعد ذلك من قبيل إحلال سبب مكان سبب آخر لأن السبب في الواقع من الأمر سبب واحد لم يتبدل هو عدم الصلاحية لتولي وظائف السلك الدبلوماسي، أما السبب الآخر وهو كون المطعون ضده زائدًا عن حاجة الوزارة فلا يعدو أن يكون سبباً ظاهريًا أو صوريًا للقرار الإداري قصدت الوزارة بإبرازه رعاية مصلحة الموظف المنقول»(٦).

---

(٥) قرار محكمة العدل العليا الأردنية، رقم ٦٥/١١٣، بتاريخ ١٩٦٦/١/١٨، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الأول، ١٩٦٦، ص٣٠٥.

(٦) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١١/٢٧٤ ق، بتاريخ ١٩٦٨/١/٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة عشر، ص٣٨٣.

ويرى الباحث أن إقرار القانون لاستخدام سبب ظاهري أو وهمي هو مثار استهجان لصورة نظام يبحث في سبل تحقيق العدالة ويضع لها القواعد التي تكفلها، إذ يمثل هذا الترخيص انحرافاً عن جرأة الحق والعدل، هذا من جانب، أما الجانب الآخر فهو مسألة المصلحة العامة التي تمثل ستاراً دائماً تقف الإدارة خلفه في اتخاذها لكافة القرارات، فطالما أن المصلحة العامة هي الهدف الأكبر والأسمى الذي تسعى إليه الإدارة فإن عليها أن تكون حاسمة في هذا الاستخدام ومداومة عليه، وليس من المقبول لا في نصوص القانون، ولا لدى رجال القانون على اختلافهم – في رأي الباحث – الظهور بمظهر من يتخذ ذريعة في موقف بعينه، ثم يتخذ ذريعة أخرى مناقضة له في موقف آخر.

وفي ذات الخصوص – السبب الظاهر والسبب الخفي – فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية بأنه: «..... إذ تبين من أوراق الدعوى أن لجنة شؤون الموظفين أخفت السبب الحقيقي لتسريح المستدعية الذي تبين أنه نتيجة الشكوى التي قدمت بحقها من المواطنة..... وليس لأن خدماتها أصبحت غير لازمة للمؤسسة كما هو السبب الظاهر، وحيث إن من حق المحكمة أن تسلط رقابتها على السبب الحقيقي للتسريح وأنها اقتنعت من البينة الواردة أن سبب تسريح المستدعية كان نتيجة للشكوى المقدمة بحقها وأن لجنة شؤون الموظفين عندما استندت بتنسيبها إلى أحكام المادة (٧٨/١/ أ) من النظام إنما قصدت الالتفاف على النص وإخفاء قصدها الحقيقي باتخاذ إجراء تأديبي مقنع بحق المستدعية وأنه بالوصول إلى هذه النتيجة يكون التنسيب باطلاً. وحيث إن قرار مجلس الإدارة صدر على أساس هذا التنسيب الباطل وما بني على الباطل يكون باطلاً فإن أسباب الطعن تكون واردة على القرار الطعين ويتوجب إلغاءه»(٧).

(٧) قرار محكمة العدل العليا الأردنية، رقم ٩٧/٩٠، بتاريخ ١٩٩٧/٧/٣٠، المجلة القضائية الأردنية، العدد الأول، ١٩٩٧، ص٧٠٢، ٧٠٣. انظر أيضًا قرار المحكمة ذاتها، رقم ٧٥/٣٤، بتاريخ ١/١/ ١٩٧٥، منشورات برنامج موسوعة التشريعات وقرارات المحاكم الأردنية والعربية الإلكتروني، سبق الإشارة إليه. انظر أيضًا قرار المحكمة ذاتها، رقم ٧٨/٩٠، بتاريخ ١٩٧٨/١/١، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الأول، ١٩٧٩، ص٦٨٧.

والنظر إلى الحكم السابق يؤكد ما يذهب إليه الباحث من ضرورة ذكر السبب الحقيقي، إذ تبين للقاضي أن السبب الحقيقي هو جزاء تأديبي مقنع أوقعته الإدارة، وهو ما امتدت رقابة القاضي إليه وأبطل لأجله القرار، أما السبب الظاهر الذي ذكرته الإدارة فقد كان من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي تتخفى خلفها الإدارة، فإذا كان سبب التسريح هو أن الإدارة في غنى عن خدمات المستدعية (الطاعنة) لاقترب القرار من الفصل التعسفي حيث لا ذنب للمستدعية في هذه الحالة في استغناء الإدارة عن خدماتها، وهو ما قد يستوجب تعويض المستدعية، ومن ثم يمثل إضرارًا بالمصلحة العامة. ناهيك عن أن الحكم أثار ضمناً ما ذهب إليه الباحث من قبل وهو وصف رجال الإدارة التي تمثل قيادة العمل العام بأناس تمارس "الالتفاف على النص وإخفاء قصدها الحقيقي"، وهو ما يراه الباحث سبة في ممارسات العمل العام، ووصمة في جبين أية قوانين تبيح هذا الالتفاف.

الفصل الرابع

رقابة القضاء على تعسف الادارة بتعديل العقد الاداري

المبحث الأول: حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

المطلب الأول: رقابة القضاء على تعسف الإدارة بتعديل العقد الإداري

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي في الرقابة على أعمال الإدارة

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الادارية في تكوين العقد الاداري

المطلب الأول: القضاء الشامل

المطلب الثاني: قضاء الإلغاء

المطلب الثالث: القضاء الإستعجالي والتحكيم كوسيلتين لفض النزاع

الفصل الرابع

رقابة القضاء على تعسف الادارة بتعديل العقد الاداري

يتناول هذا الفصل عرضاً لكل من مظاهر الرقابة القضائية على تعسف الإدارة في استعمال صلاحيتها بتعديل العقد الإداري، كما يتناول اختصاص القضاء بنظر المنازعات الإدارية في مرحلة تكوين العقد الاداري، وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد الاداري

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميّز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص. فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل. فإنّ العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.

ويكاد فقه القانون والقضاء المقارن يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدها (الشيخ، ٢٠٠٢، ١٧٨)، وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة. فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان. وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النّص عليه في العقد، بل هو ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أنّ عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على طرف، فإنّ العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة(المزوغي،٤٤،١٩٩٣).

ولما كانت الإدارة تمثّل جهة الطرف الّذي يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة وجب أن تتمتع بامتياز تجاه المتعاقد معها تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة واستوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام. وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة تتمثل فيما يلي:

أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد: لا شك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وان لا يتجاوزه. فلا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع العقد وإرهاق الطرف المتعاقد معها. وعليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه، وإلا كنا أمام عقد جديد. ذلك أنّ المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، وألتزم بتنفيذ مضمون العقد في أجال محدّدة، فإنّه راعي في ذلك قدراته المالية والفنية. فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإنّ ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها. ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي (الفياض، ١٩٨١، ٣٨).

أن يكون للتعديل أسباب موضوعية: لا شك أنّ الإدارة وهي تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية لا تتحرك من فراغ بل هناك عوامل تدفعها لتعديل هذا العقد أو ذاك. بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور في أحسن وجه. إنّ الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معيّنة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال أو عقد التوريد. فإن تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي، ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام (فحام، ١٩٧٦، ١٨).

أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية: إنّ الإدارة حين تقبل على تعديل صفقة ما، فإنّ وسيلتها في ذلك هي القرار الإداري. فتصدر السلطة المختصة قرارا إداريا بموجبه تعلن عن نيتها في تعديل صفقة عمومية. ووجب حينئذ أن تتوافر في هذا القرار سائر أركان القرار الإداري ليكون مشروعا (الفحام، ١٩٧٦، ٢٠). وهنا أيضا نسجل نقطة التقاء واقتران وتلازم أخرى بين نظرية القرار الإداري ونظرية الصفقات العمومية. إنّ أعمال الإدارة وإن صنّفها الفقه إلى نوعين انفرادية من جهة، وتعاقدية من جهة ثانية، إلا أن العلاقة بينهما قائمة. إذ قد تصدر الإدارة قرارا إداريا له علاقة بصفقة عمومية. كالقرار المتعلق بأعمال جديدة واردة في صفقة عمومية فتصدر الإدارة قرارها ثم تبادر إلى الإعلان عن التعديل. وأن الإدارة تصدر قرارات بموجبها تعلن عن تعليمات موجهة للمقاول تتعلق بتنفيذ موضوع صفقة عمومية. ومن المفيد الإشارة أنّ فقه القانون الإداري لم يسلم كله بسلطة التعديل. فهناك من الفقهاء من أنكرها على الإدارة. وهناك من قيدها وحصرها في نوع معين من العقود كعقد الأشغال العامة وعقد الامتياز (الطماوي، ١٩٩٦، ٤٥٩). وتبرير ذلك أنّ عقد الامتياز مثلا يتضمن شروطا لائحية تسوغ للإدارة حق التدخل لتعديل بنود العقد. وكذلك الحال في عقد الأشغال.

أمّا في غير العقدين المذكورين لا يجوز مباشرة حق التعديل، إلا إذا تمّ الاتفاق عليها في العقد. والحقيقة أن مثل هذا الرأي من شأنه أن يجرّد الإدارة من أحد أهم مميزات ومظاهر العقد الإداري فطالما تميز العقد الإداري بموضوعه وبعلاقته بالمرفق العام وبخدمة الجمهور وبالمصلحة العامة. وجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل. وإلا فإن العقد الإداري سيقترب من العقد المدني وتختفي مظاهره المميزة وتذوب نتيجة لذلك امتيازات السلطة العامة في مجال التعاقد وهو من شأنه أن يؤدي إلى اختفاء الأحكام المميزة للعقد الإداري.

وإذا كانت بعض الدراسات قد أشارت إلى أن مجلس الدولة الفرنسي طبق لأول مرة سلطة التعديل بتاريخ ٢١-٠٢-١٩١٠ بمناسبة فصله في قضية ترام مرسيليا، فإنّ هناك دراسات أخرى أكدت أنّ مجلس الدولة الفرنسي طبق سلطة التعديل لأول مرة بتاريخ ١٠ يناير ١٩٠٢ في قضية (غازدوفيل) (الطماوي، ١٩٩٦، ٤٦٦).

أي أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني الذي أجاز للإدارة وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنود إن بالزيادة أو النقصان، غير أن هذا التعديل مشروطا بما يلي: (الشيخ، ٢٠٠٢، ٢١١)

أن يكون مكتوبا طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وهذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة وجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوافر عنصر الكتابة.

أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة. وهذا شرط طبيعي ولازم أيضا إذ إن التعديل الجوهري من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة.

أن يتعلّق التعديل بالزيادة أو النقصان على أن يراعي فيه السقف المالي المحدّد في القانون.

ومن البديهي القول : أن سلطة التعديل تخضع لرقابة القاضي الإداري الذي إذا رفعت الدعوى أمامه من الطرف المعني صاحب المصلحة سعى إلى التأكد من مدى تناسب موضوع التعديل مع مقتضيات حسن سير المرفق العام، والتأكد من مدى علاقته بالصفقة الأصلية وبالحدود المالية المنصوص عنها تشريعا وعلى ضوء ذالك يقدر عما إذا هناك تعسف في ممارسة سلطة التعديل من عدمه.

المطلب الأول: رقابة القضاء على تعسف الإدارة بتعديل العقد الإداري

استقر التنظيم القضائي في اغلب الدول على وجود نوعين من الرقابة القضائية على اعمال الادارة، لا يميز النوع الأول بين الأفراد والإدارة في مراقبة تصرفاتهم ويخضعهم إلى نظام قضائي واحد هو القضاء العادي، ويسمى نظام القضاء الموحد. أما الثاني فيسمى نظام القضاء المزدوج، ويتم فية التمييزبين منازعات الأفراد ويختص بها القضاء العادي والمنازعات الإدارية وتخضع لقضاء متخصص هو القضاء الإداري.

الفرع الأول: نظام القضاء الموحد

يسود هذا النظام في انكلترا والولايات المتحده الامريكية وبعض الدول الأخرى، ومقتضاه ان تختص جهة قضائية واحده بالنظر في جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة أو بين الهيئات الإدارية ذاتها. وهذا النظام يتميز بانه اكثر اتفاقاً مع مبدأ المشروعية إذ يخضع الأفراد والإدارة إلى قانون واحد مما لا يسمح بمنح الإدارة أي امتيازات في مواجهة الأفراد، بالإضافة الى اليسر في إجراءات التقاضي إذا ما قورنت بأسلوب توزيع الاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والإداري في نظام القضاء المزدوج (مسكوني، ١٩٧٤، ٢٣).

ومع ذالك فقد وجه النقد الى هذا النظام من حيث إنه يقضي على الاستقلال الواجب توفره للادارة بتوجية الأوامر اليها مما يعيق أدائها لأعمالها ، مما يدفع الإدارة إلى استصدار التشريعات التي تمنع الطعن في قراراتها، ولايخفى مالهذا من أضرار بحقوق الأفراد وحرياتهم. ومن جانب آخر فأن نظام القضاء الموحد يؤدي إلى تقرير مبدأ المسؤولية الشخصية للموظفين مما يدفع إلى الخشية من أداء عملهم بالوجه المطلوب خوفاً من المساءلة، وإذا ماقرر القضاء تضمين الموظفين بناء على هذا المبدا فانه يحرم المضرورين من اقتضاء التعويض المناسب لضعف امكانية الموظف المالية غالباً (مسكوني، ١٩٧٤، ٣١).

الفرع الثاني: نظام القضاء المزدوج

يقوم هذا النظام على أساس وجود جهتين قضائيتين مستقلتين ، جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص ، ويطبق القضاء على هذا النزاع أحكام القانون الخاص. وجهة القضاء الإداري تختص بالفصل في المنازعات التي تنشاء بين الأفراد والأدارة عندما تظهر الاخيرة بصفتها صاحبة السلطة وتتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد ويطبق القضاء الاداري على المنازعة قواعد القانون العام (حافظ، ١٩٩٣، ١٧٦).

وتعد فرنسا مهد القضاء الإداري ومنها انتشر هذا النظام في الكثير من الدول كاليونان ومصر والعراق لما يتمتع به من خصائص مهمة، فالقضاء الإداري قضاء إنشائي يسهم في خلق قواعد القانون العام المتميزة عن القواعد العادية في ظل القانون الخاص والتي يمكن من خلالها تحقيق المصلحة العامة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

ومن المهم تقرير خضوع قرارات الإدارة وتصرفاتها كافة لرقابة القضاء ضماناً لاحترام حريات الأفراد بصرف النظر عن كون هذا القضاء عاديا أم إداريا ، لكن القضاء الإداري يتمتع بخصوصية تجعله أكثر كفاية في هذا المجال (فهيم، ١٩٩١، ٥٦).

وتعد فرنسا مهد القضاء الإداري ومنها انتشر الى الدول الأخرى وكان ظهور هذا النظام نتيجة للأفكار التي جاءت بها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ التي تقوم على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ومن مقتضياته منع المحاكم القضائية التي كانت قائمة في ذلك الوقت من الفصل في المنازعات الادارية للحفاظ على استقلال الإدارة تجاه السلطة القضائية.

وتأكيداً لهذا الاتجاه أصدر رجال الثورة الفرنسية قانون ١٦-٢٤ آب عام ١٧٩٠ نص على الغاء المحاكم القضائية التي كانت تسمى بالبرلمانات وأنشأ ما يسمى بالإدارة القاضية أو الوزير القاضي كمرحلة أولى قبل إنشاء مجلس الدولة الفرنسي. وفي هذه المرحلة كان على الأفراد اللجوء إلى الإدارة نفسها للتظلم إليها وتقديم الشكوى، فكانت الإدارة هي الخصم والحكم في الوقت ذاته، وكان هذا الأمر مقبولاً إلى حد ما في ذلك الوقت بسبب السمعة السيئة لقضاء (البرلمانات) التعسفية (الجرف، ١٩٧٨، ١٦٦).

وبنشوء مجلس الدولة في ١٧٩٩/١٢/١٢ في عهد نابليون وضعت اللبنة الأولى للقضاء الاداري الفرنسي وكان اختصاصه استشارياً أول الأمر، وبتاريخ ١٨٧٢/٥/٢٤ منح المجلس اختصاصاً قضائياً باتاً.

ومنذ ذلك الوقت تمتع القضاء الإداري بالكثير من الاستقلال والخصوصية تناسب وظيفته في الفصل بالمنازعات الادارية وانشاء قواعد القانون الاداري المتميزة أصلاً عن قواعد القانون الخاص. ومن فرنسا انتشر النظام القضائي المزدوج في كثير من الدول (حافظ، ١٩٩٣، ٩١).

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي في الرقابة على أعمال الإدارة

إن وجود قضاء متخصص يمارس الرقابة على أعمال الإدارة يمثل ضمانة حقيقية لحقوق وحريات الافراد في مواجهة تعسف الإدارة ويؤدي بالإدارة إلى التأني والحذر في تصرفاتها لتتأكد من مطابقتها للقانون، وقد حمل القضاء الإداري على كاهله هذه المهمة، وتتجلى أهمية وجود قضاء إداري متخصص للفصل في المنازعات الإدارية من نواح متعددة نظرية وعملية (فهيم، ١٩٩١، ١١٤).

الفرع الأول: من النواحي النظرية

أورد فهيم (١٩٩١، ١٨٨) أهمية وجود قضاء إداري متخصص للفصل في المنازعات الادارية من النواحي النظرية على النحو الآتي:

إن رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة تعتبر الجزاء الأكيد لمبدأ الشرعية، والضمانة الفعالة لسلامة وتطبيقه و التزام حدود أحكامه ، وبه تكتمل عناصر الدولة القانونية وحماية حقوق وحريات الافراد من جور وتعسف الإدارة .

تحقق رقابة القضاء على اعمال الإدارة ثباتاً واستقراراً في النظام القانوني للدولة والأوضاع الإدارية. فهذا القضاء يتمتع بالخبرة والفاعلية في فض المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد، وهو مجال لا يجوز تركه للقضاء المدني. فإذا كان القضاء العادي يمارس شكل من أشكال الرقابة في الحدود التي يفرضها القانون وله الولاية في الفصل في المنازعات بين الإدارة والافراد في بعض الدول وخاصة الانكلوسكونية منها فإن رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة تحقق التوازن بين المصلحة العامة والخاصة وهي مهمة تتطلب الإلمام بالقانون الإداري وطبيعة المنازعة الإدارية والقدرة على التمييز بين علاقات القانون الخاص وعلاقات القانون العام . وهو ما جعل للقانون العام النمو المتزايد يوماً بعد يوم حتى أصبحت معظم موضوعاته مستقلة تمام الاستقلال عن القانون الخاص.

تتميز احكام القضاء العادي بأنها ذات حجة نسبية تقتصر على أطراف النزاع وموضوعه ولهذا تحدد قيمتها بوصفها مصدراً تفسيرياً على النقيض من أحكام القضاء الإداري التي تتميز بكونها حجة على الكافة.

الفرع الثاني: من النواحي العملية

يمثل القضاء الإداري الجانب العملي والتطبيقي للقانون الإداري الذي تعد دراسته مجالاً خصباً وميداناً فسيحاً للصراع المتطور بين السلطة والحرية، والمعركة الخالدة بين المصلحة العامة وحقوق الفرد وتبعا لذلك تزداد الأهمية العملية لوجود القضاة المتخصصين في المنازعات الإدارية خاصة بعد ازدياد تدخل الدول في كل الميادين التقليدية للنشاط الفردي ومضاعفة واتساع المرافق العامة، وتشعب وتنوع وظائفها وتعقد روابط السلطة العامة بالجمهور، فتضاعفت كنتيجة حتمية لكل ذلك فرص الاحتكاك بين الإدارة والأفراد. واختلاف مراكز الخصوم في الدعوى الإدارية عنها في الدعوى المدنية، الأمر الذي يتطلب من القاضي في الأولى أن يكوت أداة دقيقة لإعادة ميزان العدل في حكم علاقة الأفراد بالدولة، فيسد عن كل طرف عجزه ويكمل وجهة النقص فيه. فالقاضي الإداري له وضع خاص ومتميز في مواجهة القانون والإدارة والأفراد، وهو ما يتطلب أو يستلزم تخصصه في الفصل في الدعاوى الإدارية واستقلاله عن جهة القضاء العادي، وإعداده الإعداد القانوني الجيد حتى يقوم بالدور المهم الذي يوكل إليه (مسكوني، ١٩٧٤، ١٣٧).

وبناءً على ما تقدم، يتضح أنه كلما تعددت حاجات الناس وتشعبت زاد تدخل الإدارة او الدولة في تنظيم أمور المجتمع ، وعندما يزداد تدخلها يتضخم جهازها وادارتها، بل ويصبح أكثر اتصالاً بامور الناس ، وأبعد تأثيراً في حياتهم العامة والخاصة. وكل ذلك يستدعي وجود قضاء اداري يتمتع بولاية الفصل في المنازعات الإدارية.

وقد درج المشرع في مختلف الدول على منح القضاء الاداري ولاية النظر في الطلبات التي يقدمها الأفراد او الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية والتعويض عنها، بالاضافة إلى نظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية والجنسية وغيرها من المنازعات ذات الطبيعة الإدارية.

المبحث الثاني: الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الادارية في تكوين العقد الاداري

يثير اختصاص القضاء الإداري في مجال المنازعات الإدارية بعض المشاكل فيما يتعلق بطبيعة هذا الاختصاص، وبالعلاقة بين القضاء الشامل و قضاء الإلغاء (الطماوي، ١٩٨٦، ٢٦٤)، مما يستدعي تحديد القضائين بنوع من التدقيق لتحديد مجال اختصاص كل منهما، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: القضاء الشامل

يعد القضاء الشامل الأصل في الاختصاص للنظر في منازعات العقود الإدارية ولما كان الأمر كذلك فنجد مجموعة من الأحكام تؤكد هذا الاختصاص. وتتخذ الدعوى في إطار القضاء الشامل صورا متعددة أهمها:

المنازعات المتعلقة بالاختصاص: المحاكم أيا كان نوعها إذا تم الدفع بعدم الاختصاص وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز لها أن تضمنه إلى الموضوع.

الدعوى التي تستهدف الحصول على تعويض أو مبالغ مالية (دين): وذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بمبلغ من المال.

الدعوى التي تستهدف إبطال بعض تصرفات الإدارة المخالفة أو إخلال المتعاقد بالتزاماته: إذا تصرفت الإدارة على خلاف ما التزمت به فإن للمتعاقد أن يرفع دعوى لإبطال هذا التصرف عن طريق القضاء الكامل.

الدعوى التي تروم فسخ العقد: حيث إنه بوسع المتعاقد أن يطالب بفسخ عقده في حدود معينة.

الدعوى المتعلقة بإلغاء العقد: ويمكن أن يكون السبب في ذلك إما لعيب في تكوينه أو فقدان العقد لأحد أركانه – الرضا، المحل، السبب، الشكل .

المطلب الثاني: قضاء الإلغاء

يعد مجال قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية محدود، والمتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يجد أن ذلك القضاء يقوم على مبدأين أصيلين، يمكن أن نعتبرهما مدخلا لدراسة قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية وهما (الطماوي، ١٩٨٦، ٢٧٤):

أولاً: أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه إلى قرار إداري وهو تعبير عن إرادة بمفردها بينما العقد هو تعبير عن إرادتين.

ثانياً: أنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري. فدعوى الإلغاء هي جزاء لمبدأ المشروعية والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية.

وبالرغم من الإطلاق الذي قد يستشف من القاعدتين فالأصل في المنازعات العقود الإدارية أنها تدخل في مجال القضاء الشامل، لأن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية،

غير أن العقد الإداري يرتبط بإجراءات تمهد الإدارة بها لإبرام العقد أو تهيئ لمولده، ومن هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري صادر من السلطة المختصة يكون له كل مقومات وخصائص القرار الإداري من حيث كونه إفصاح من جانب الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين و اللوائح و كان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة. فمثل هذه القرارات وأن كانت تسهم في تكوين العقد و تستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عنه و تنفصل عنه، ومن تم يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالا وتسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة. كما أنه بالنسبة لعقود الامتياز قد تصدر قرارات إدارية تؤثر في المستفيدين من خدمات المرفق الأمر الذي يقتضي السماح لهؤلاء المستفيدين بالطعن في هذه القرارات (جعفر، ٢٠٠٠، ٢٢٠).

وعلى ذلك فإن قضاء الإلغاء يجد تطبيقا له في مجال العقود الإدارية بالنسبة لنوعين: (جعفر، ٢٠٠٠، ٢٢٨)

القرارات الإدارية المنفصلة: وحيث أن الإدارة تلتزم بإجراءات محددة و تتقيد في إبرام عقودها بالعديد من القيود إلا أنه إثناء تنفيذ العقد تصدر الإدارة بعض القرارات وهذه القرارات أجاز مجلس الدولة الفرنسي و المصري الطعن فيها بالإلغاء من غير المتعاقد.

القرارات المتعلقة بالمستفيدين بخدمات عقود الامتياز:عقد الامتياز يرتب للمستفيدين خدمات المرفق الذي يدار بواسطته حقوقا، وفي فرنسا فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي للمستفيدين في حالة عقود الامتياز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة.

المطلب الثالث: القضاء الإستعجالي والتحكيم كوسيلتين لفض النزاع

بداية تجدر الإشارة إلى أنه ليس لمفهوم الاستعجال تعريفا مباشرا، ولذلك نجد الفقه هو الذي شرح هذا المفهوم وفي هذا الاتجاه اعتبر بعض فقهاء القانون حالة الاستعجال تفترض وجود ضرر حال أو خطر حال داهم ووشيك الوقوع سواء كان الخطر واقع على مال أو مصلحة معينة، أو مركزا من المراكز الثابتة لبعض الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين بحيث لن يتم دفع هذا الضرر إلا برفع دعوى استعجاليه تهدف إلى حماية المتضرر عن طريق أمر استعجالي يوقف هذا الضرر.

وحيث أن جوهر الحق المحظور على القضاة المستعجل المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق كل الطرفين والتزاماته قبل الآخر إذ يمنع عليه تناوله بالتفسير والتأويل وتأسيس قضائه بذلك على أسباب تمس أصل الحق الذي يعتبر اختصاصا أصيلا لقضاء الموضوع غير أن شرط عدم المساس بجوهر الحق لا يمنح قاضي المستعجلات من فحص ظاهر وثائق ملف النازلة ليلتمس المركز القانوني للطالب ومدى وضوحه وما إذا كانت ستأهل الحماية من طرف القضاء المستعجل عن طريق الاستجابة للإجراء المطلوب.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة

ثانياً: النتائج

ثالثاً: التوصيات

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

يتناول هذا الفصل عرضاً لكل من الخاتمة، وأهم النتائج التي توصلت لها الدراسة، إضافةً للتوصيات التي تقدمها الدراسة بناءً على ما تم عرضه في الدراسة، وعلى النحو الآتي:

أولاً: الخاتمة

على غير ماهو مألوف في عقود القانون الخاص، لاحظنا أن الأدارة هنا تتدخل لتغير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد أما بالزيادة أو النقصان، ويجد هذا التدخل اساسه في الكثير من المباديء والقواعد التي تعد أساسية في القانون الاداري، ولعل من اهم هذه القواعد قاعدة أو مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار. ولذلك قد ينصب هذا التدخل على كمية الاعمال أو الأشياء محل العقد الإداري، أو على شروط التنفيذ المتفق عليها، أو على المدد المحددة للتنفيذ، وهذه السلطة أو الحق للإدارة يجد سببه في متطلبات سير المرافق العامة والمبدأ الخاص بقابليتها للتطور ومسايرتها للامور المستجدة والمستحدثة، وبناء على ذلك لايجوز أن يقف العقد حائلا دون تطوير المرفق العام وتعديله.

هذا وان حق الإدارة في التعديل عادة ما يرد النص علية صراحة في العقد الإداري أو في دفاتر الشروط العامة والتي تعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عما سواها من عقود القانون المدني.

ثانياً: النتائج

بناءً على ما تم عرضه في الفصول السابقة، توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، وعلى النحو الآتي:

لا بد من توافر ثلاثة معايير للعقد الإداري تتمثل في إبرام العقد بواسطة أحد أشخاص القانون العام، وتعلق العقد أو إرتباطه بالمرفق العام، وأن يتضمن العقد شروطا إستثنائيه غير موجوده فى القانون الخاص.

استقر الرأي على استبعاد عقود القانون الخاص ولو حققت مصلحة عامة إلا في أحوال معينة بالقياس إلى العقود التي تبرم باسم الإدارة ولحسابها.
تملك الإدارة سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض.
إذا أصدر القاضي حكماً بفسخ العقد فأن آثاره تمتد إلى تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ صدور الحكم.
يشترط لممارسة جهة الإدارة لحق التعديل في العقد الإداري أن يقتصر قرار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، وأن لا تطبق سلطة التعديل بقدر واحد في جميع العقود، وأن ينحصر التعديل في موضوع العقد.
سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة.

ثالثاً: التوصيات

بناءً على ما تم التوصل له من نتائج وما تم عرضه في الدراسة، قدمت الدراسة عدداً من التوصيات على النحو الآتي:
يجب على الإدارة ان تحترم في هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية من حيث الاختصاص والشكل أي يجب أن يصدر قرار التعديل من الجهة الإدارية المختصة طبقا لما ينظمه القانون كما يجب ان يتجسد هذا التدخل بالصيغة الشكلية التي رسمها القانون للتعبير الارادي.
يجب أن تتقيد الادارة بالتعديلات بأن لا تتجاوز حدا معينا أي أن لا تجعل هذه التعديلات وكأن المتعاقد أمام عقد إداري جديد، أي انه على الإدارة أن تقدر الامكانيات المالية والفنية للمتعاقد معها وبدون ذلك فإن الإدارة لا تجد مستقبلا من يتعاقد معها الأمر الذي قد يكلفها الكثير من التكاليف المالية على حساب المصلحة العامة.

يجب ان لا تمس هذه التعديلات حق المتعاقد في طلب التعويض كمقابل لسلطة الإدارة ، وذلك لأنه في بعض الأحيان قد يكون سبب أقدام الإدارة على التعديل هو حالة تستوجب ذلك دون وجود أي خطأ سواء من جانبها أو من المتعاقد.

قائمة المصادر المراجع:

أولاً: الكتب

ابن منظور، جمال الدين (١٩٩١) لسان العرب، الجزء الثالث، دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى.

أبو العثم، عبد الكريم (٢٠١١) القضاء الاداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، الاصدار العاشر.

أبو العينين، ماهر (٢٠٠٨) القاضي الاداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الادارية، الكتاب الثاني، دون دار النشر.

أبو يونس، محمد (٢٠٠٠) الرقابة القضائية على شرعية الجزائيات الادارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

أحمد، منصور (٢٠٠٩) العقود الإدارية: الجزء الأول، دار النهضه العربية، القاهرة.

اسماعيل، هاني (٢٠١١) النظام القانوني لعقد التوريد الاداري: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

البدوي، ثروت (٢٠١٠) القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة.

البدوي، إسماعيل (١٩٩٩) القضاء الإداري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

البهبهاني، عادل (٢٠٠١) العقود الادارية: المبادئ الأساسية وتطبيقاتها في وزارة الداخلية، دون دار النشر.

الجبوري، محمود (٢٠١٠) العقود الادارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الجرف، طعيمة (٢٠٠١) القانون الإداري، دار النهضه العربية، الطبعة الثانية، القاهرة.

الجرف، طعيمة (١٩٧٨) القانون الاداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة.

جمال الدين، سامي (٢٠٠٤) الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية.

حافظ، محمود (١٩٩٣) القضاء الاداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة.

الحلو، ماجد (٢٠٠٤) العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

الحلو، ماجد (٢٠٠٠) العقود الإدارية والتحكيم، مطبعة الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.
حنفي، عبد الله (١٩٩٩) العقود الإدارية: الكتاب الأول، دار النهضه العربية، القاهرة.
خاطر، شريف (٢٠١١) التحكيم فى منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية، القاهرة.
خاطر، شريف (٢٠١٠) التحكيم فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
خاطر، شريف (٢٠٠٤) مبادىء القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة.
خليل، خالد (١٩٩٥) القانون الاداري، دار المسيرة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان.
زين الدين، بلال (٢٠١١) المسؤولية الادارية التعاقدية وغير التعاقدية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
السنهوري، عبد الرزاق (١٩٩٨) الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة.
السيد، شوقي (١٩٧٩) معيار التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة.
شحاتة، توفيق (١٩٩٥) مبادئ القانون الاداري، القاهرة، دون دار نشر.
الشرقاوي، سعاد (١٩٩٩) العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
الشريف، عزيزة (١٩٩٨) دراسات في نظرية العقد الاداري وتطبيقاتها في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت.
الشريف، عزيزة، والعتيبي، محمد (٢٠٠٤) الدعاوى الادارية: دعوى الالغاء ودعوى التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت.
شطناوي، علي (٢٠٠٨) مسؤولية الادارة العامة عن أعمالها الضارة، دار وائل للنشر، عمان.
شطناوي، علي (١٩٩٥) القضاء الإداري الأردني، الكتاب الأول، المكتب العربي للخدمات الطلابية، عمان.
شلماني، حمد (٢٠٠٧) امتيازات السلطة العامة في القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
شوبكي، محمد (٢٠٠٧) القضاء الاداري، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان.
الطماوي، سليمان (١٩٩٦) القضاء الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة.
الطماوي، سليمان (١٩٩١) الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس.

العبادي، محمد (٢٠٠١) الوجيز في القضاء الاداري: دراسة قضائية تحليلية مقارنة، دار المسار للنشر، المفرق، الأردن.
عبد الباسط، محمد (١٩٨٥) نشاط الادارة ووسائلها، دار زمزم للطبع والنشر والتوزيع، الاسكندرية.
عبد الحميد، مفتاح (٢٠٠٧) المعيار المميز للعقد الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
عبد الحميد، مفتاح، والشلماني، حمد (٢٠٠٨) العقود الادارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
عبد الحميد، مفتاح، خليفة والشلماني، حمد (٢٠٠٨) العقود الادارية وأحكام ابرامها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
عبد اللطيف، محمد (٢٠٠٥) العقود الإدارية، الطبعة الثانية، منشورات مكتبة الجيل الجديد، بغداد.
عبد اللطيف، محمد (٢٠٠٢) قانون القضاء الاداري، الكتاب الثاني، دعوى الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة.
عثمان، عبد الحكيم (٢٠٠٧) عقد التوريد، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
عكاشة، حمدي (١٩٩٨) العقود الادارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الاسكندرية.
علي، إبراهيم، وعثمان، جمال (٢٠٠٦) العقود الإدارية، مكتبة دار الشباب الجامعي، الاسكندرية.
العنزي، خالد (٢٠١٠) التحكيم في العقود الادارية في الكويت، دار النهضة العربية، القاهرة.
عويس، حمدي (٢٠١١) مسؤولية الادارة عن أعمالها القانونية والمادية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية.
عياد، عثمان (١٩٧٣) مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
الفارسي، أحمد، والباز، داود (٢٠٠٩) مبدأ المشروعية وقضاء المسؤولية الادارية، جامعة الكويت، كلية الحقوق.
فحام، علي (١٩٧٦) سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة.
فهيم، عادل (١٩٩١) القوة التنفيذية للقرار الاداري، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة.
الفياض، ابراهيم (١٩٨١) العقود الادارية: النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح، الكويت.

فياض، عبد المجيد (١٩٧٥) نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، دمشق.
القباني، بكر (٢٠٠١) القانون الإداري الكويتي، الطبعة الثانية، مطبوعات جامعة الكويت.
كنعان، نواف (٢٠٠٩) القضاء الاداري، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، عمان.
كومغار، إبراهيم (٢٠٠٩) المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، دار النشر الجسور، وجدة، الجزائر.
المزوغي، عبد السلام (١٩٩٣) النظرية العامة لعلم القانون: الكتاب الثالث، النظرية العامة في العقود، العقود المتصلة بثروة المجتمع، مكتبة دار الشباب الجامعي، الاسكندرية.
مسكوني، صبيح (١٩٧٤) القضاء الاداري، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا.
مقاطع، محمد، والفارسي، أحمد (٢٠١٠) القانون الاداري الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت.
ثانياً: الدوريات
أبو عمارة، محمد (٢٠١٠) مدى تطور مفهوم العقد الاداري في فلسطين في عهد السلطة الفلسطينية، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث.
جبريل، جمال (٢٠٠١) الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، بحث منشور ضمن سلسلة اصدارات البحوث الادارية، أكاديمية السادات، القاهرة.
حسن، عبد الفتاح (١٩٨١) المرفق العام في القضاء الإداري الفرنسي الحديث، مجلة القضاء والقانون، السنة الأولى، العدد الثالث.
الحمدي، حلمي (١٩٨٦) كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بغداد، المجلد الخامس، العدد الأول والثاني.
زهران، محمد (١٩٦٨) الشروط الاستثنائية غير المألوفة في أحكام القضاء الفرنسي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد ٣.
سري الدين، هاني (١٩٩٩) الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٩.
الشطناوي، علي (٢٠٠٠) صلاحية الادارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث.
صراريرة، مصلح (١٩٩٦) الأحكام الخاصة بالعقود الادارية الخاضعة لنظام الأشغال الحكومية رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦م، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الحادي عشر، العدد الأول.

العلام، عبد الرحمن (١٩٦٢) موقف القضاء المدني إزاء العقود الإدارية، مجلة ديوان التدوين القانوني، عدد ٣.

ثالثاً: الرسائل العلمية

الشيخ، عصمت (٢٠٠٢) مبادىء ونظريات القانون الإداري، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة حلوان، جمهورية مصر العربية.

عبد العال، محمد (١٩٧١) فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الالغاء، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة.

رابعاً: القوانين والأنظمة

الدستور الأردني الصادر عام ١٩٥٢م.

قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢م.

قانون المناقصات الكويتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤م.

قانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١م بإنشاء دائرة ادارية بالمحكمة الكلية في الكويت.

نظام الأشغال الحكومية الأردني رقم (٧١) لسنة ١٩٨٦م.

نظام اللوازم الأردني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٣م.

خامساً: الأحكام القضائية

أحكام القضاء الأردني بخصوص منازعات العقود الادارية المتعلقة بسلطة الادارة في تعديل العقد الاداري.

أحكام القضاء الكويتي بخصوص منازعات العقود الادارية المتعلقة بسلطة الادارة في تعديل العقد الاداري.