سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ

الأستاذ/ كمال العطراوي
جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة الجزائر

❖❖❖❖❖❖❖

ملخص:

الإدارة أثناء قيامها بإبرام العقود بمختلف أنواعها؛ عقد النقل وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد، عقد الامتياز... وبهدف سهرها على سير المرافق العامة بانتظام . تلبية لاحتياجات المرتفقين. تتمتع بسلطات وامتيازات غير مألوفة في عقود القانون الخاص في مواجهة المتعاقد معها. من بين هذه السلطات والامتيازات حق تعديل الإدارة للعقد الإداري دون أخذ رأي المتعاقد معها، مما قد يجعلها تتعسف في هذا الحق، الأمر الذي يحتم وجود رقابة قضائية على ممارستها لهذا الحق ،تضمن التوازن بين سلطات الإدارة من أجل السير الحسن للمرافق العامة، وبين ما يصبو إليه المتعاقد وهو تحقيق الربح.

الكلمات المفتاحية: العقد الإداري، سلطة التعديل، سلطات الإدارة، القاضي الإداري.

Abstract:

Administration while making contracts of various kinds such as: contract of carriage, public works contract, supply contract, privilege contract ... and in order to keep the regular function of public facilities - to meet the needs of beneficiaries-, it benefits of unusual powers and privileges in private law contracts in the face of the co-contractor. Among these powers and privileges, the right of administration to amend the administrative contract without taking the opinion of the co-contractor, which may make it abusive in this right, this case requires judicial control over the exercise of this right, that ensures the balance between the powers of the administration for the good conduct of public utilities and what the co-contractor aspires to is to make a profit.

Keywords: *Administrative contract – Power of amendment – Powers of the administration - Administrative Judge.*

مقدمة:

الأصل في عقود القانون الخاص أن يسري عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ...أي أنها تتميز بالثبات والاستقرار، فلا يجوز تعديلها أو تغيير محتواها إلا باتفاق طرفي العقد[1].

في هذا الصدد تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ..."[2].

فالمستقر عليه إذن في عقود القانون الخاص هو عدم إدخال أي تعديل أو تغيير في العقد إلا باتفاق الطرفين، كون العقد جمع بين إرادتين متوافقتين، فهو يستمد قوته الإلزامية لطرفي العقد من

توافق إرادتيهما على إحداث أثر قانوني معين ،فالعقد هنا يعد عملا قانونيا متميزا بالاستقرار والثبات وعدم التصرف فيه بالتعديل أو التغيير أو الفسخ ...إلا باتفاق أطرافه.

إن هذا المبدأ الذي يقوم عليه نظام العقد في ظل القانون الخاص، ليس هو نفسه الموجود في نظام العقود الإدارية، التي من بين ما تتميز به عن عقود القانون الخاص هو تضمينها شروطا خاصة واستثنائية غير مألوفة في العقود التي يحكمها القانون الخاص، ومن أبرز مظاهر الشروط الاستثنائية غير المألوفة هي السلطات الممنوحة للإدارة في مجال العقود، ومنها سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ،ودون موافقة المتعاقد معها.

كما تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة من أهم وأخطر السلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد . خدمة للصالح العام . وذلك بتصرفها في العقد بالزيادة أو النقصان وفقا لما يتطلبه السير الحسن للمرفق(3).

الإدارة هنا لا تتدخل في مجال غير منصوص عنه في العقد ،وإنما تحاول أن تعدل في الالتزامات التعاقدية التي تضمنها العقد إما بالزيادة أو النقصان، كما أن سلطة الإدارة في تعديل العقد تبلغ الذروة في هذه الحالة؛ كون هذا الحق يهاجم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في الصميم، هذا الحق الممنوح للإدارة يتم النص عليه صراحة في العقود الإدارية، وفي دفاتر الشروط، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة(4).

الإشكالية المطروحة: إلى أي مدى يمكن للقاضي الإداري ضمان حماية للمتعاقد مع الإدارة في حالة تعسفها في استعمال سلطة التعديل؟ وكيف يمكنه التوفيق بين المصلحة العامة التي تسهر على توفيرها الإدارة، وبين المصالح الخاصة للمتعاقد معها؟.

سنتناول هذا الموضوع وفقا للمحاور التالية:

أولا - الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد.

ثانيا - الضوابط والقيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد.

ثالثا - تطبيقات رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

أولا

الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد

إن الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة عرف اختلاف في الآراء بين الفقهاء ،فانقسمت آراءهم إلى اتجاهين:

اتجاه يقيمها على أساس فكرة السلطة العامة.

واتجاه أخر يقيمها على أساس فكرة احتياجات المرافق العامة.

1- فكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل من جانب الإدارة:

يرى أصحاب هذا الرأي (Bernier et George péquignot)[5] وغيرهم أن الإدارة تتصرف أثناء مرحلة تنفيذ العقود الإدارية تجاه المتعاقدين معها ،أحيانا كسلطة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وتارة أخرى باعتبارها شخصا معنويا يراعي المصلحة الخاصة.

إلا أن الإدارة باعتبارها سلطة عامة تسهر دائما على تحقيق الصالح العام في كل تصرف قانوني، وفوق كل اعتبار تعاقدي[6].كما أن القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل العقود التي أبرمتها تعتبر من أعمال السلطة العامة، وهي لا تمارس امتيازا تعاقديا وإنما تستعمل حقا كسلطة إدارية تستطيع بموجبه أن تتدخل بإرادتها المنفردة بإجراء تعديلات على العقد أثناء مرحلة التنفيذ[7].

لذلك فقد أعتبر أن كل ما من شأنه أن يحد من حرية الإدارة في اتخاذ القرارات المناسبة في هذا الشأن يعد عملا باطلا. كما اعتبر استخدام الإدارة بصفتها سلطة عامة أسلوب العقد الإداري لتحقيق المصلحة العامة، فإن الوسيلة . التعديل لا يمكن أن تكون عائقا في سبيل الوصول للغاية، بل أن الوسيلة تيسر وتسهل حتى تؤدي إلى الهدف الذي من اجله استخدمت[8].

فالإدارة هي المسؤولة عن اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لتلبية متطلبات المرافق العامة ،وضمان تحقيق المصلحة العامة ،فهذه المسؤولية تحتم على الإدارة أن تتدخل بصفتها سلطة عامة لفرض ما تراه مناسبا لتحقيق المصلحة العامة، فهو حق مقرر للإدارة لا يمكنها التنازل عنه، باعتبارها سلطة عامة مسؤولة عن المرفق العام وعن تحقيق النفع العام، وضمان استمرارية المرافق العامة بانتظام اطراد[9].

كما اعتبر الفقيه الفرنسي (شابي) أن مظاهر السلطة العامة تكون في كل العقود الإدارية[10].

هذا وذهب بعض الفقه[11] في اتجاه إنكار حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقود وأرجعه بعضهم إلى كون هذا الحق هو من صنع الفقه، وأن مجلس الدولة الفرنسي يعارض هذا الحق، وحجتهم في ذلك هو قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 جويلية 1941 في قضية (Hôpital- Hospice de Chauny)[12]. الذي يرى من خلاله أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لا تتمتع به الإدارة إلا إذا أجازه التشريع، أو تم النص عليه في العقد.

إلا أن هذا الرأي وجهت له العديد من الانتقادات ،وهو يخالف طبيعة العقد الإداري، وأن هناك تناقضاً في الاعتراف بحق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقود الإدارية إذا تم النص عليه في العقد، فكما سبق ذكره أن طبيعة العقد الإداري، هي التي تعطي للإدارة هذا الحق والذي لا يمكن لها أن تتنازل عليه[13].

هذا الحق الممنوح للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لا يمكن أن يكون على إطلاقه وبدون ضوابط أو قيود يتوجب على الإدارة مراعاتها واحترامها، وإلا عد ذلك خرقا للقواعد العامة التي تحكم العقود واعتداء على حقوق المتعاقد التي تستدعي مراعاتها وأخذها بعين الاعتبار كذلك في أي تعديل أو تغيير والأكيد أنه يكون عن طريق التعويض، وعند عدم امتثال الإدارة بتعويض المتعاقد على كل التعديلات والتغييرات التي أدخلتها على العقد، يمكنه اللجوء للقضاء من أجل إنصافه وتعويضه بما يناسب الأعباء التي أضيفت له، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا.

2- فكرة احتياجات المرافق العامة كأساس لحق التعديل من جانب الإدارة:

عملية التعديل في العقد قد تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروطه ليكون أكثر تحقيقا لها، في ضوء ما حدث من تغييرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد[(14)].

يؤكد أصحاب هذا الاتجاه[(15)] أن قيام الإدارة المتعاقدة بالتعديل الانفرادي في العقود، لا يمكن أن يكون أساسه إلا على احتياجات المرافق العامة، وقابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل ،هي التي تدعو إلى هذه التعديلات، فاستمرارية وديمومة سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتقديمها لخدمة عمومية على الشكل المطلوب، هي التي تحرر الإدارة من القيود التي تفرضها القواعد التي تطبق على عقود القانون الخاص[(16)].

إن ضمان سير وانتظام واستمرارية المرافق العامة ،ومن أجل تحقيق هذا الهدف تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية، وتطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومن ذلك سلطة تعديل العقد الذي يعد من أبرز مميزات العقود الإدارية عن غيرها من العقود الأخرى؛ مضمون هذه السلطة أن للإدارة الحق في تعديل العقود التي تبرمها أثناء مرحلة التنفيذ من جانب واحد أي بشكل انفرادي من طرفها؛ وهو الشيء غير المألوف في عقود القانون الخاص، ويكون ذلك إما بزيادة الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد أو بالنقصان منها، وهو الأمر الذي لم يتم النص عليه صراحة في العقد؛ وذلك كلما رأت الإدارة أن مصلحة المرفق العام تستدعي ذلك التعديل[(17)].

فالإدارة وتلبية لاحتياجات المرفق العام وتقديم خدمة عمومية للصالح العام ،لا يجب عليها أن تتقيد بعقود أصبحت بلا فائدة، أو أن تتمسك بنصوص تعاقدية لم تعد تتفق وتساير متطلبات المرفق العام واحتياجاته المتزايدة والمتطورة حسب مقتضيات كل مرحلة[(18)].

هذا ويترتب على ارتباط سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري باحتياجات المرفق العام النتائج التالية:

أ- حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ثابت دون الحاجة إلى النص عليه صراحة فيه، فالنص عليه في العقد لا يتعدى كونه عملية تنظيم وتبيان حالات وأوضاع وحدود ممارسة هذا الحق[(19)]؛بمعنى أن النص على حق التعديل صراحة في العقد يعتبر كاشفا له وليس منشأ له[(20)].

ب-أن السلطة الممنوحة للإدارة في تعديل العقد الإداري لا يعد امتيازا لها في مواجهة المتعاقد معها، بقدر ما هو ترجمة لمسؤولياتها تجاه المرافق العامة من حيث التنظيم والتسيير[(21)].

هذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ: 30 جوان 2004 الذي جاء فيه:

"... فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى حق الإدارة في إجراء هذا التعديل فان ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون في ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر للجهة الإدارية في التعديل ولاتصال هذه السلطة بالنظام العام للمرافق العامة،

فمن المقرر أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة"[22].

كما ذهبت محكمة استئناف طرابلس الليبية دائرة القضاء الإداري في أحد أحكامها جاء فيه:

"إن الإدارة وهي صاحب الاختصاص في تنظيم المرافق العامة وتحديد قواعد سيرها تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة، وأنه لما كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق العام واتصال العقد الإداري به وضرورة الحرص على انتظام سيره فإن حق الإدارة في التعديل يثبت بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الأخر عليه"[23].

ج- أن ارتباط سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد بتسيير المرفق العام وانتظامه؛ بمعنى يقتصر حقها في التعديل على الجانب المتعلق بحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولا يمتد حقها في التعديل الانفرادي إلى الشروط التعاقدية. أي أن التعديل لا يتعدى الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وحاجاته ومقتضياته[24].

د- سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية ليست متساوية في جميع العقود، بل تتفاوت بحسب طبيعة كل عقد، فنجد سلطتها تتزايد في عقدي الامتياز والأشغال العامة. فالمتعاقد مع الإدارة في عقد الامتياز تفوض له سلطة تسيير وإدارة المرفق العام بدلا من التسيير المباشر للإدارة، وكذلك الأمر في عقد الأشغال العامة الذي تكون فيه الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد[25]. وبالتالي تعدل بما تراه مناسبا للسير الحسن للمرفق العام.

هـ- أن لجوء الإدارة إلى ممارسة حق التعديل ليس على إطلاقه ،وإنما تفرضه الحاجة أو الضرورة حين يضطرب السير الحسن للمرفق.

ثانيا

الضوابط والقيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل العقد

مما تم التطرق إليه سابقا أن سلطة التعديل الممنوحة للإدارة الغرض منها تلبية احتياجات المرافق العمومية، وهو بمثابة حد يحد من هذه السلطة الممنوحة للإدارة ،فلا يجوز للإدارة أن تتجاوز في ممارسة سلطتها في التعديل الحد الذي يكفل تحقيق وتلبية احتياجات المرفق العام.

كما أن الالتزام بهذا الحد . تلبية احتياجات المرفق العام. لا يعني أن كل ما تقوم به الإدارة يعتبر صحيحا، فعلى الإدارة أن تلتزم باحترام قواعد المشروعية لأي أمر تصدره للمتعاقد معها بغرض التعديل، هذه القواعد المتمثلة في الاختصاص والشكل والإجراءات...فعدم احترام هذه القواعد قد يترتب عليها بطلان الأعمال المعدلة، كما قد يؤدي إلى إمكانية فسخ العقد[26].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن سلطة التعديل الممنوحة للإدارة، وإن كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية، إلا أنها ليست على إطلاقها ،بل ترد عليها قيود وضوابط، منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق وحاجته ومقتضياته، ومنها أنها لا تطبق بقدر واحد في جميع العقود ،بل تختلف

حسب نوع كل عقد وبقدر مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق؛ بمعنى أنه إذا كانت هذه السلطة تبرز في عقود الالتزام (الامتياز) اعتبارا بأن للإدارة الاختصاص الأول والأصيل في تسييرها فإنها تضيق في العقود التي يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقدين في تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن في عقود التوريد(27).

كما يضبط حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة عندما يتصل هذا التعديل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة لممارستها هذه السلطة إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، أو أن تؤدي هذه الأعباء إلى إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية.

تتمثل أهم القيود الواردة على سلطة الإدارة في التعديل بإرادتها المنفردة في ما يلي:

1- سلطة التعديل تقتصر على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام les clauses qui intéressent le fonctionnement du service public. بمعنى أن العقود التي ليست لها صلة بالمرفق العام لا تخضع لهذه السلطة(28).كما يقتصر التعديل فقط على الشروط التي تحدد الالتزامات التي على المتعاقد تنفيذها، ولا يجوز أن تتعدى هذه السلطة إلى المقابل المالي المتفق عليه في العقد(29).

كما أستقر مجلس الدولة الفرنسي في قضائه المتعلق بعقود التوريد والأشغال العامة بعدم السماح للإدارة بان تعدل الشروط المتعلقة بالجانب المالي للعقد بغض النظر عن تغيير الظروف(30).

هذا وذهب القضاء الإداري المصري في نفس الاتجاه الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر أن الإدارة ليس لها الحق في تعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد، وقد جُسد هذا بالحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري سنة1956حيث جاء فيه:

" ... سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به، ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له ...إلا أن تلك السلطة ليست على كل حال مطلقة، بل يرد عليها قيود ،منها أن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد، والتي يتمتع بها المتعاقد معها ..."(31).

2- تقيد الإدارة بعدم الخروج في تعديلها على موضوع العقد ،فالالتزامات بين الطرفين محددة في عقد بعينة على موضوع محدد ،فالإدارة ملزمة هنا بان لا يصل التعديل إلى حد تجعل منه عقدا جديدا ما كان يقبله المتعاقد لو عرض عليه عند إبرام العقد الأصلي(32). وبنفس الشروط.

كما أن المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء ما يمتلكه من إمكانيات مالية وفنية، فعلى الإدارة عند إجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب(33).

ليس بمقدور الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها التزامات جديدة مغايرة في طبيعتها لتلك التي تم الاتفاق عليها في العقد وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 17 فيفري 1978(34).

إن قيام الإدارة بفرض التزامات جديدة على المتعاقد ليست من طبيعة الالتزامات التي تم الاتفاق عليها في العقد، هي بمثابة تضييع لمصالح المتعاقد المشروعة .وهو ما أكده كذلك مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته الصادر في 29 ديسمبر 1997 في قضية شركة "نيوبولار"، أنه إذا قامت جهة الإدارة باتخاذ إجراء خارج موضوع التعاقد وألزمت به المتعاقد معها فانه يحق للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض عن ذلك [35].

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي كذلك في إحدى قراراته على عدم مساس التعديل بمحل العقد أو بشروطه المالية، فإذا كان لابد فيلزم موافقة المتعاقد على ذلك[36].

إلا أن الأمر ليس بالسهل في تحديد التعديلات التي تقوم بها الإدارة بإرادتها المنفردة والتي تعتبر من موضوعات العقد والتعديلات التي لا تعتبر من موضوعاته؛ فتحديد موضوع التعديلات يعد من المسائل الفنية الدقيقة، كونه لا يوجد معيار يتم على ضوئه تحديد وتمييز الالتزامات التي يمكن اعتبارها من موضوعات العقد، وتلك التي لا تمت له بصلة.

كما أعتبر من قبيل التحايل من جهة الإدارة في حالة قيامها بالتعديل، وذلك بإضافة أعمال جديدة تخرج عن موضوع العقد، ولم يتم النص عليها في دفتر الشروط. وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية الاستئنافية لمدينة ليون الفرنسية في حكمها الصادر في 15 ديسمبر 2011 في النزاع الذي تتلخص وقائعه كما يلي:

قيام جهة الإدارة بالتعاقد مع أحد الأشخاص لبناء مظلة في أحد الأندية الرياضية، وعقب إبرام العقد وأثناء تنفيذه أضافت أعمال إضافية تتمثل في إلزام المتعاقد بتزيين المظلة بأعمال الإنارة واللوحات الضوئية وأعمال الليزر ... حيث قررت المحكمة إبطال قرار إضافة أعمال إضافية ،مع بقاء التعاقد الأصلي، وأن ما قامت به الإدارة بعد طرح الموضوع للتعاقد ثم إدراج بنود لم ترد في دفتر الشروط يعد بمثابة تحايل مخالف للقانون يستوجب إبطاله، وكان على الإدارة أن توضح احتياجاتها الفعلية وقت إعداد دفتر الشروط[37].

3- الإدارة مقيدة في إحداث تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة بضرورة وجود مستجدات وظروف جديدة تبرر التعديل المراد إدخاله على العقد، فمن غير المعقول أن تمارس الإدارة هذا الحق وفقا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها تستخدمها متى تشاء للتخلص من الالتزامات التعاقدية.

لكي يصبح التعديل الذي قامت به الإدارة صحيحا يجب أن تستجد ظروف لاحقة لعملية إبرام العقد تستوجب عليها القيام بالتعديلات حفاظا على سير المرفق العام بانتظام في ظل الظروف والمستجدات التي طرأت، وإلا كان المرفق عرضة للاضطراب، لأن أساس التعديل هو ما تقتضيه المصلحة العامة من وجوب سيره بانتظام وتقديم خدماته للمرتفقين بالشكل المطلوب[38].

كما يشترط في المستجدات التي طرأت والتي بررت بها الإدارة عملية التعديل أن تكون غير متوقعة من طرفها عند عملية إبرام العقد ،لأنه كان بوسعها تفادي ذلك والقيام بتضمين العقد كل ما يواجه الحالات غير المتوقع حدوثها[39].

إلا أن هذا الرأي منتقد، لأن الإدارة قد تخطأ في تقدير مقتضيات سير المرفق العام، وحادت عن التقدير الصحيح والسليم في العقد، فهل يمكنها تعديل العقد بما يتوافق والسير المنتظم للمرفق العام أم لا؟

أجاب عن هذا السؤال الدكتور سليمان محمد الطماوي، والذي نؤيده فيه، حيث اعتبر أن الرأي القائل بأن الإدارة تتحمل نتيجة الخطأ الذي وقعت فيه .لأنه كان عليها أن تتخذ احتياطاتها من أول الأمر وتقدر حاجة المرفق تقديرا سليما ـ حيث أجاب بكون هذا الرأي قد تجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل ،فهي مرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ،ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير .والمرفق العام يقبل التغير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها إلى المنتفعين.

وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة لقاعدة قابلية المرفق العام للتغيير. وسواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أم غير مخطئة فيها، فإنه يجب أن نمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن، لأننا لسنا بصدد عقاب الإدارة على خطئها ،ولكن بصدد إعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة. واعتبر أن الرأي السابق يهدف إلى حماية مصلحة المتعاقد[40].

كما أعتبر أن المتعاقد مع الإدارة إنما يهدف من وراء إبرام العقد إلى تحقيق الربح، لا يهمه بقاء العقد بقدر ما يهمه الحصول على المزايا المالية التي أبرم العقد من أجلها ،وعملية التعديل رغم ما تتسم به من خطورة على تنفيذ العقد إلا أنها لا تمس بالمزايا المالية للمتعاقد التي من أجلها أبرم العقد مع الإدارة ،وبالتالي لا داعي في الحد من حرية الإدارة في تعديل العقد[41].

4- الإدارة عند قيامها بالتعديل ملزمة باحترام القواعد العامة للمشروعية؛ أي أن تراعي قواعد الاختصاص، بمعنى صدور التعديل من السلطة المختصة قانونا بإجراء التعديل، ووفقا للإجراءات والشكليات الواجب توفرها، واحترام النصوص القانونية والتنظيمية إذا كانت تطلب إجراء معينا[42]. بحيث يمكن للمتعاقد مع الإدارة التمسك ببطلان أي تعديل تم على خلاف القواعد المقررة[43].

إلا أن أسباب البطلان التي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة العقد الإداري يجب أن تكون مستمدة من شروط الصحة الذاتية للعقد فلا يجوز الطعن فيه أمام قاضي الإلغاء[44].

فالعمل المعدل لشروط العقد لا يكون مشروعا إلا إذا صدر من سلطة إدارية مختصة بإصدار مثل تلك التعديلات، ومحترمة للإجراءات والشكليات المحددة قانونا، فإذا صدر كان قرار التعديل صادر عن سلطة إدارية غير مختصة بإصدار مثل تلك التعديلات، أو خالفت فيها الإجراءات والشكليات التي يحددها القانون أو التنظيمات، فان هذا القرار يكون مشوبا بعيب مخالفة المشروعية ،وللمتعاقد الحق في الطعن فيه بالإلغاء أمام قاضي العقد[45].

هذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها سنة 1980 جاء فيه:

"...وأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من نيط بهم قانونا هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك انه حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلى قيام بهذا التعديل والاعتداد به قانونا ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه"[46].

كذلك في الحالة التي يتم النص فيها على سلطة الإدارة في تعديل العقد أو النص عليه في دفتر الشروط، فإنه لا يجوز ممارسته إلا وفقا للشروط العقدية التي تنظمه[47].

ثالثا

تطبيقات رقابة القضاء الإداري على سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة:

في الغالب لما يتم النص في دفتر الشروط على النسبة المسموح بها للإدارة ممارسة سلطة التعديل فيها، فان النزاعات حول هذا البند تكون قليلة إذا ما تم مقارنتها بحالة عدم النص على سلطة التعديل في العقد.

ففي حالة عدم النص صراحة على النسبة التي تمارس فيها الإدارة صلاحية تعديل شروط العقد، فقد وضع القضاء الفرنسي ضوابط لممارسة هذه السلطة، حفاظا على حقوق المتعاقد مع الإدارة، وضمانا لعدم تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطة.

من هذه الضوابط عدم تغيير موضوع العقد الأصلي؛ بمعنى أن لا يؤدي التعديل الذي أدخلته الإدارة على العقد إلى ظهور عقد أخر جديد[48].

في هذا المجال وضع مجلس الدولة الفرنسي بعض الضوابط التي يهتدي بها في تحديد حق الإدارة في تعديل شروط عقود الأشغال العامة، لا سيما ما يتعلق بالفكرتين التاليتين:

1- قلب اقتصاديات العقد، وتغيير جوهره

2- إضافة أشغال جديدة، ليست لها علاقة بموضوع العقد.

1- فكرة قلب اقتصاديات العقد وتغيير جوهره:

عند مباشرة الإدارة لأي تعديل في شروط عقد الأشغال العامة، عليها أن تضع في حسابها أنها أبرمت العقد مع متعاقد كان قد درس جيدا كل الجوانب المحيطة بالعقد، من حيث الوسائل الواجب استعمالها، وكذا المؤهلات الواجب توفرها ،بل وحتى طريقة تنفيذ العقد.

فإذا أرادت الإدارة اللجوء إلى سلطة التعديل عليها أن لا تبالغ في ذلك؛ كي لا تنقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب[49].

ليس من المستساغ أن تلزم الإدارة المتعاقد معها بتنفيذ تعديلات لم تكن ضمن تقديراته الأولى التي بنى عليها نيته في التعاقد، والتي من شأنها قلب اقتصاديات العقد وجوهره بالنسبة إليه[50].

وهو المبدأ الذي أكده القضاء الإداري المصري في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بتاريخ: 1973/12/9 الذي جاء فيه.

"من المتعين أن تكون الأعباء التي يرتبها التعديل في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية، أو يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد، أو تغيير في موضوع العقد أو محله وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد.

إن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إلى موقع التنفيذ لخروجه عن النطاق الجائز لها قانونا فهو من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسبانه وتقديره، ومن ثم فلا يجوز تناوله بالتعديل بعد تمام التعاقد.

وترتيبا على ذلك فإن نقل الموقع من مكانه الأصلي إلى مكان آخر يبعد عنه مسافة 40 كيلومتر تقريبا يجعل المتعاقد أمام عقد جديد طالما أنه يخرج عن حدود السلطة المقررة للإدارة "[51].

وفي حكم أخر للمحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر بتاريخ: 1970/4/11 حيث جاء فيه: "...كما أن لها (الإدارة) سلطة تعديل العقد، بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي"[52].

وهو المبدأ الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته بتاريخ 1999/03/12، حيث أكد فيه أن التعديل الذي تقوم به الإدارة على العقد بإرادتها المنفردة لا يصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد بدرجة كبيرة وفادحة[53].

حسب رأينا الخاص أن هذه الأحكام والقرارات بقدر ما اعترفوا للإدارة بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، حسب الظروف التي تراها مناسبة لإدخال التعديلات اللازمة على العقد؛ خدمة للمصلحة العامة، والسير الحسن للمرفق العمومي، بقدر ما حرصوا على حماية حقوق المتعاقد من تسلط الإدارة وإيجاد ضمانات له ووضع قيود على سلطتها في التعديل، وذلك بعدم إخلال التعديل بالتوازن المالي للعقد، وقلب اقتصادياته.

2- إضافة أشغال جديدة، ليست لها علاقة بموضوع العقد:

كذلك الحماية القضائية للمتعاقد تمتد أيضا إلى مسالة قيام الإدارة بإدخال تعديل على العقد يتضمن إضافة أشغال جديدة لا تمت بصلة لموضوع العقد المبرم.

والأشغال الجديدة بمفهوم مجلس الدولة الفرنسي، هي التي يعتبر موضوعها غريبا عن موضوع العقد الأصلي، بحيث لا تربطهما أي صلة إطلاقا، أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي تم نص عليها في العقد[54].

كما ذهب مجلس الدولة في إحدى قراراته إلى اعتبار تجاوز الإدارة في تعديل العقد للشروط المتعلقة بالنسب المحددة في العقد، التي تقع على عاتق المتعاقد زيادة أو نقصا عن الأداءات الأصلية في العقد باعتبار أن هذه أداءات يكون للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد[55].

هذا وأقرت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر في: 1 مارس 1986 أنه:

"يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات الأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية – إذا كانت الأعمال الإضافية منبتة الصلة بالأعمال الأصلية ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة – لا ضرورة من إسنادها إلى ذات المقاول" [56].

أما فيما يخص قضاء مجلس الدولة الجزائري في هذا الخصوص فإنه للأسف. في حدود بحثنا لم نعثر على أي قرار يمكن أن يثري هذا الموضوع، وذلك بالبحث في كل أعداد المجلات التي تصدر عن مجلس الدولة، وكذا في المؤلفات التي تهتم بجمع اجتهاد مجلس الدولة.

خاتمة:

مما سبق نخلص إلى أن سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفرة لم تأت من العدم، فهي مستمدة أساسا من فكرتي السلطة العامة، وفكرة احتياجات المرافق العامة، اللتين يعطيانها الحق في ممارسة حق تعديل شروط العقد الإداري بالإرادة المنفردة لها ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد. كما أن هذه السلطة الممنوحة للإدارة ليست على إطلاقها بل ترد عليها ضوابط وقيود تبرر لجوء الإدارة لتعديل شروط العقد دون موافقة المتعاقد معها، والتي تتمثل في عدم الخروج على موضوع العقد، وأن تكون هناك مستجدات وظروف تبرر التعديل، كما يجب على الإدارة أن تحترم القواعد العامة للمشروعية في إصدارها لقرارات التعديل، كقاعدة الاختصاص والشكل والإجراءات ...

لضمان احترام ما سبق ذكره رأينا انه هناك رقابة قضائية على سلطة الإدارة في ممارسة حق التعديل، حيث كانت هناك تطبيقات قضائية أنصفت إلى حد ما المتعاقد، أين نجدها أقرت بحق الإدارة في ممارسة سلطة التعديل لضمان استمرارية المرفق العام وسيره بانتظام، وبالمقابل ألزمت الإدارة بتعويض المتعاقد عن كل الاختلالات التي قد يحدثها التعديل في تنفيذ العقد. وقد توصلنا في هذا البحث إلى النتائج التالية:

- ضرورة مراعاة الإدارة أثناء قيامها بتعديل شروط العقد عدم المساس بالتوازن المالي للعقد، وفي حاله اختلاله سواء بسبب من طرفها أو لسبب خارج عن إرادتها عليها أن تقوم بتعويض ومساعدة المتعاقد صمانا لسير المرفق العام بانتظام.
- اللجوء للتعديل لا يكون إلا في الحالات الضرورية ووفقا للضوابط والقيود التي تم التطرق إليها من خلال العرض.
- تفعيل دور لجان المصالحة والحلول الودية بين الإدارة والمتعاقد في مجال العقود الإدارية للحد من اللجوء للقضاء للمحافظة على حسن النية والثقة بين طرفي العقد.

الهوامش:

(1) André MOURIN, Droit administratif, Sirey , 6e éd ,2007,p89.

(2) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

(3) محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية طبعة 2009،ص54.

(4) محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، عين شمس، الطبعة الخامسة،1991،ص458.

(5) George PE'QUIGNOT, contribution a la théorie général de contrats administratifs, thèse Montpellier,1945.

أشار إليه كل من: جمال عثمان جبريل وإبراهيم محمد علي، العقود الإدارية، د د ن،2002.2001، ص67. والسيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى،2016، ص152.

(6) جمال عثمان جبريل وإبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص67.

(7) السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص152.

(8) جمال عثمان جبريل وإبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص68.

(9) محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2011، الكتاب الثاني، دار أبو المجد للطباعة، طبعة 2011، ص17.

(10) René CHAPUS, responsabilité publique,et responsabilité privées, Dalloz, paris ,p567.

أشار إليه، جمال عثمان جبريل وإبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 68.

(11) François LOIRENS, et, L' Huilier ,Contrat d'entreprise et marché travaux publics ,L.G.D.J.1981,p270.

(12) أشار إليه: محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 466.

(13) محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه ،ص 460.

(14) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007،ص262.

(15) André DELAUBADE'RE .Franck MODERNE .et pierre DELVOLVE ,traité des contrats administratifs ,t.1,L.G.D.J.,paris,1983,p403.

(16) جمال عثمان جبريل، وإبراهيم محمد علي، مرجع سابق ص81.

(17) حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشاة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ن. ص 212.

(18) السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق،ص152.

(19) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص289.

(20) دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة العربية،القاهرة،2010،ص174.

(21) فتحي فكري ،محاضرات في العقود الإدارية ،1994،ص43.نقلا عن جابر جاد نصار، مرجع سابق ،ص279.

(22) السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق،ص156.

(23) محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 50.

(24) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بيروت ،1998،ص 497.

(25) محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 52.

(26) جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق ،ص 104.

(27) حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 212.

(28) رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة، دار النهضة العربية، طبعة 1994،ص77.

(29) jean – CLAUDE RICCI , Droit administratif général , hachette ,2007 , p230.

(30) C, E .2 mars 1946 Michelin ,R.P.89.

- C,E .2 juin 1936 chouvel .R. P,546.

- C, E , 7 aout 1891, Moreli ,D,1893,318.: أشار إليهم: جمال عثمان جبريل، وإبراهيم محمد علي، مرجع سابق ص 107.

(31) حكم محكمة القضاء الإداري رقم 983 ،الصادر في 12،16 ،1956.

(32) جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص 108.

(33) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 467.

(34) C.E. 17 février 1978, Sté campagnie français d'Enterprise ,Rec.,p88.

(35) C.E. 29 Déc . 1997 , Société civil des Néo – polders .

(36) C.E. 27 Oct. 2010 ,Syndicat inter communal des transports publics de Cannes ,Le Cannet ,Monde lieu – la – Napoule ,R.,t. 850 ,A.J.D.A.2010 .

(37) CAA Lyon 15 décembre 2011 ,Association des contribuables actifs du lyonnais ,communauté urbaine de Lyon ,Rec. .no.11 Ly 00242 ,A.J.D.A. No 18 ,2012 ,p 1022.

(38) جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق،ص113.

(39) أحمد جمعة نور محمد البلوشي، تعويض المتعاقد في العقد الإداري، دار النهضة العربية مصر، دار النهضة العلمية الإمارات،2016، ص95.

- BADAOUI Saroit ,le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien ,thèse ,paris,1954,p 101.

(40) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، 465.

(41) سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه،466.

(42) جمال عثمان جبريل، إبراهيم محمد علي، مرجع سابق ،ص111.

(43) سليمان محمد الطماوي ،مرجع سابق نص 466.

(44) جمال عثمان جبريل،إبراهيم محمد علي ،مرجع سابق،ص 113.

(45) احمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوضعي والفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2006، ص373.

(46) حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر،22.11.1980.أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ،ص 224.

(47) السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص172.

(48) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 489.

(49) سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 490.

(50) بن شعبان علي، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة،2011. ص86.

(51) حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق، ص224.

(52) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ،ص 467.

(53) C.E. 12 mars, 1999 ,SA Méribel, Rec, p, 61.

(54) - C .E. 14 novembre 1902- obmer et Herbet ,precite.

- C .E .2 mars 1946 Michelin ,R. p.89.

- C .E .12 juillet 1950,Vituret .R .P .433.

(55) C . E. 8 mars 1940 , Amat , R.p.100..484-483-482-481-480 أشار إليهم: سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص

(56) حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، 227.

سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ ـــــــ