مظاهر حسن النية عند استخدام الإدارة سلطاتها بتعديل العقد بالإرادة المنفردة

الباحث/ أحمد مصطفى إسماعيل نعمان

باحث دكتوراه– كلية الحقوق– جامعة عين شمس

(ISSN: 2537- 0758)

مظاهر حسن النية عند استخدام الإدارة سلطاتها بتعديل العقد بالإرادة المنفردة

الباحث/ أحمد مصطفى إسماعيل نعمان

الملخص:

تُعدُّ سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من المبادئ الأساسية، وتُعَدُّ هذه السلطة ميزة جيدة للإدارة، وتُستخدم حتى وإن لم يتم ذكرها في العقد. تطبق هذه السلطة على جميع أنواع العقود الإدارية، وعلى الرغم من عدم الاتفاق على تحديد الأساس القانوني لهذه السلطة، أيا كان الأمر الذي تستند إليه؛ أي سواء كان امتيازات قانونية أو السلطة العامة، أم إلى فكرة المصلحة العامة وسير المرفق العام، أو مزيج من السلطتين، فإن هذه السلطة غير مطلقة وتخضع لرقابة القضاء. وإذا تسبب التعديل في ضرر للشخص الذي تعاقد مع الإدارة، فله الحق في التوجه إلى القضاء والمطالبة بالتعويض.

وهناك شبه إجماع بين الفقه على أن تعديل العقد الإداري لا يشمل كل شروط العقد، وإنما بعضها فقط، حيث يتضمن العقد الإداري نوعين من الشروط: شروط لائحية التي يجوز تعديلها بإرادة السلطة الإدارية فقط، وشروط تعاقدية لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، أما الحقوق المالية للمتعاقد فإن حق التعديل لا يشملها، وشروط تعاقدية لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، أما الحقوق المالية للمتعاقد فلا يتناولها حق التعديل.

تختلف متطلبات تحقيق مبدأ حسن النية في مجال العقود الإدارية في مرحلة توقيع العقد الإداري عنها في مرحلة تنفيذه، وهناك بعض العناصر المشتركة لهذه المتطلبات مثل الشفافية في كلتا المرحلتين.

وقد أحسن صنعًا المشرِّع وكان صائبا في قراره عند إحداث هذا النص، ورغم الحجج المؤيدة للتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر، فمن الممكن أن يشكل ذلك إخلالًا بمبدأ الشفافية ويفتح مجالات واسعة للفساد الإداري وإهدار المال العام، حيث يتواطأ المقاول مع الإدارة للاستفادة من هذا الترخيص الذي منح بواسطة القانون باستحداث نقاط جديدة يتعاقدون عليها بدون فتح المنافسة.

Summary:

The authority of management to amend the administrative contract is a basic principle. This authority is a good advantage of management and is used even if it is not mentioned in the contract. This power applies to all types of administrative contracts, and although there is no agreement to determine the legal basis for this power, whatever it is based on; That is, whether it is legal privileges or public authority, or the idea of the public interest and the functioning of public facilities, or a combination of the two authorities, this authority is not absolute and is subject to judicial oversight. If the amendment causes harm to the person who contracted with the administration, he has the right to go to court and demand compensation.

There is almost consensus among jurisprudence that amending the administrative contract does not include all the terms of the contract, but only some of them, as the administrative contract includes two types of conditions: regulatory conditions that may be amended at the will of the administrative authority only, and contractual conditions that may not be amended except by agreement of the two parties. As for financial rights, For the contractor, the right to amendment is not covered by it, and contractual terms may not be amended except by agreement of both parties. As for the financial rights of the contractor, they are not covered by the right of amendment.

The requirements for achieving the principle of good faith in the field of administrative contracts are different at the stage of signing the administrative contract than at the stage of its implementation, and there are some common elements to these requirements, such as transparency in both stages.

The legislator did well and was correct in his decision when creating this text, and despite the arguments in favor of contracting through direct agreement, this may constitute a violation of the principle of transparency and open wide areas for administrative corruption and waste of public money, as the contractor colludes with the administration to benefit from this license that was granted. By law, new points are created to be contracted without opening competition.

(ISSN: 2537- 0758)

مقدمة

تُعدُّ سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من المبادئ الأساسية، وتُعَدُّ هذه السلطة ميزة جيدة للإدارة، وتُستخدم حتى وإن لم يتم ذكرها في العقد. تطبق هذه السلطة على جميع أنواع العقود الإدارية، وعلى الرغم من عدم الاتفاق على تحديد الأساس القانوني لهذه السلطة، أيا كان الأمر الذي تستند إليه؛ أي سواء كان امتيازات قانونية أو السلطة العامة، أم إلى فكرة المصلحة العامة وسير المرفق العام، أو مزيج من السلطتين، فإن هذه السلطة غير مطلقة وتخضع لرقابة القضاء. وإذا تسبب التعديل في ضرر للشخص الذي تعاقد مع الإدارة، فله الحق في التوجه إلى القضاء والمطالبة بالتعويض.

وهناك شبه إجماع بين الفقه على أن تعديل العقد الإداري لا يشمل كل شروط العقد، وإنما بعضها فقط، حيث يتضمن العقد الإداري نوعين من الشروط: شروط لائحية التي يجوز تعديلها بإرادة السلطة الإدارية فقط، وشروط تعاقدية لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، أما الحقوق المالية للمتعاقد فإن حق التعديل لا يشملها، وشروط تعاقدية لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، أما الحقوق المالية للمتعاقد فلا يتناولها حق التعديل.

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد من الصلاحيات الخطيرة التي تمتلكها، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نصت عليها المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي.

لتوضيح كيفية إظهار حُسن النية عند استخدام الإدارة لصلاحياتها في تعديل العقد بشكل فردي بالإرادة المنفردة، **نتناولها في مطلبين وعلى النحو التالي:**

- **المبحث الأول:** التزام مبادئ الشفافية في خصوص الملاحق التعديلية (فرنسا).
- **المبحث الثاني:** التزام مبادئ الشفافية عند ممارسة الإدارة سلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

المبحث الأول

التزام مبادئ حسن النية في خصوص الملاحق التعديلية (فرنسا)

قام المشرع الفرنسي بترتيب الحالات التي تسمح بتعديل العقد الإداري من خلال المواد ١٣٩ و ١٤٠ في المرسوم ٣٦٠/٢٠١٦ الخاص بعقود الشراء العام، والمواد ٣٦ و٣٧ في المرسوم ٨٥/٢٠١٦ لعقود التزام المرافق العامة. حرص المشرع الفرنسي على

اتخاذ العديد من الضوابط للملاحق التعديلية لحماية قوانين الإعلان والمنافسة، وليتم تجنب استخدام تعديل العقد كأداة للتحايل على هذه القواعد الملزمة عند إبرام مثل هذه[١].

المطلب الأول

مفهوم ملاحق التعديل

يُعرف الملحق التعديلي بأنه: "اتفاق يتم بين طرفي العقد يؤدي إلى إجراء تعديلات في العقد الأصلي، ويتم ذلك بإدخال شروط جديدة أو إكمال شروط ناقصة"[٢]. كما يعرف الملحق التعديلي بأنه: "الاتفاق الذي يبرم بين الأطراف المتعاقدة لتعديل وتغيير بعض الشروط التي تضمنها العقد الأصلي"[٣]. **ويتميز الملحق التعديلي بعدة خصائص:**

١. أن الملحق ليس تصرفًا مستقلًا، وإنما يتصل بتصرف سابق، والتصرف السابق هو العقد السابق الذي تم تعديله بواسطة الملحق[٤]، ولذلك، إذا كان الملحق يتصل بعقد باطل، فإنه يكون باطلاً حكما[٥]، كما أن إبرام الملحق لا يؤثر على مدة العقد الأصلي المتعلق به، ولكن يجب مراعاة الحالة التي يتم فيها إبرام الملحق لتمديد العقد الأصلي[٦].

٢. يخضع إبرام الملحق التعديلي لمبدأ (الإحالة) «renvoi»، أي أن السلطة التي وقعت الملحق التعديلي، هي نفس السلطة التي أبرمت العقد الأصلي الذي ينصب عليه العقد[٧].

٣. يتم التوصل إلى الملحق التعديلي باتفاق من الطرفين المشاركين في العقد بإرادتها المنفردة[٨]، وهذا يميزه عن قوة الإدارة في تعديل العقد من تلقاء نفسها. لا يتم تحديد نطاق التعديل ومضمونه مسبقًا في العقد الأساسي الذي يستند إلى هذا التعديل،

---

(1) Laurent Richer, La fin des contrats, RFDA 2016.p. 294 et s.
– Hélène Hoepffner, La modification des contrats, RFDA 2016. P.280 et s.
(2) Etienne Fatôme, Les avenants — AJDA 1998.p. 760.
(3) Philippe Limouzin-Lamothe, Les avenants: observations complémentaires– AJDA 1998.p. 767.
(4) Etienne Fatôme, op, cit, p.760.
(5) L.Richer: Droit des contrats administratifs, 9 edition, op, cit, p.445.
(6) Etienne Fatôme, ibid, p.760.
(7) Etienne Fatôme, ibid, p.761.
(8) Philippe Limouzin-Lamothe, ibid, p767.

(ISSN: 2537- 0758)

وهذا يميزه عن شروط إعادة النظر التي تركز على نقاط معينة يمكن تحديدها في التعديل المستقبلي المتفق عليه.

٤. إذا كانت الإدارة تريد إبرام ملحق تعديلي لتنفيذ أعمال إضافية، يمكن مساءلتها عن المنازعات التي تنشأ خلال تنفيذ هذه الأعمال بسبب التعاقد. أما إذا كانت الأعمال الإضافية تتم دون ملحق تعديلي، فلا يوجد مسئولية عقدية للمنازعات المتعلقة بهذه الأعمال، وبالتالي يمكن اللجوء إلى نظرية الإثراء بلا سبب من قبل الإدارة [٩].

المطلب الثاني

مفهوم التعديل الجوهري للعقد الإداري

عرَّف المشرِّع الفرنسي[١٠] والقضاء الأوروبي التعديل الجوهري بأنه: "التعديل الذي يجري على العقد وهو مازال ساريًا ويؤدي إلى إدخال شروط إذا تم إدراجها في إجراءات التعاقد المبدئية لسمحت بقبول مقدمين للعروض غير الذين تم قبولهم في البداية أو تسمح باختيار عرض غير الذي تم اختياره في البداية"[١١].

كما أن مجلس الدولة الفرنسي يعرف التعديل الجوهري بأنه: "التعديل الهام، أما إذا كان التعديل لا يغير شروط العقد بصورة هامة ولكن بصورة هامشية فالتعديل لا يكون جوهريًّا"[١٢].

كما ذهب القضاء[١٣] الإداري الفرنسي إلى أن "أي تغيير ليس من شأنه أن يعدل بشكل جوهري أحد العناصر الأساسية للتفويض، مثل: مدته أو حجم الاستثمارات التي تقع على عاتق المندوب مثل استثمارات تجديد المرافق، وذلك حيث إن المندوب ملتزم بأن يضمن صيانة المرافق وأن تكون المعدات في حالة جيدة خلال مدة تنفيذ العقد وحتى نهايته، بمعنى

---

(9) CAA, Douai, 18 décembre 2001, Colas c/ Commune d'Abbeville, Contrats et marchés publics, avril 2004, p. 21, note F Olivier).

(10) Art, 139.5, Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (NOR: EINM1600207D) (JO, 27 mars 2016).

(11) CJUE, 13 avril 2010،Transparence dans les concessions de services, n° C-91/08, AJDA, 2010.p. 760.

(12) C.E, avis, 8 juin 2000, n° 364803, AJDA, 2000. P.758.

(13) CAA Paris, 17 avr. 2007, Société Koelis, req. n° 06PA02278, Contrats Marchés publ. juin 2007. Comm. P.194.

– Nil Symchowicz, Philippe Proot, L'avis du 19 avril 2005: d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public– AJDA 2006.p. 1371.

آخر ينبغي أن تكون التعديلات محدودة كمًّا وكيفًا، حيث لا يجب أن تكون كبيرة من حيث حجمها ولا أن تمس العناصر الأساسية للعقد (النواة الأساسية) للعقد الأصلي".

ويذهب بعض الفقه[١٤] الفرنسي إلى القول إن مفهوم تعديل جوهري للعقد ما زال غير واضح بنسبة كبيرة، ولكن هذا الغموض يمثل ميزة قوية في الجانب العملي، حيث يسمح للقاضي بتعديل موقفه واتخاذ قرار بشأن تحديد ما إذا كان التعديل يصنف كتعديل جوهري أم لا، بناءً على متطلبات كل قضية.

وفقًا لرأي هذا الفقه، يتم تقييم الخصائص الأساسية للتعديل بطريقتين، إما بصورة كمية أو نوعية:

من الناحية الكمية، يعتبر التعديل أمرًا مهمًا في حالة تعديل حجم وتكلفة الخدمة التي تم الاتفاق عليها بشكل كبير. ومن الناحية النوعية، يعد التعديل أمرًا مهمًا إذا تم تغير طبيعة الخدمة الأساسية التي تم الاتفاق عليها في العقد

نظرًا لأهمية التعديل، فإنه يلزم إبرام عقد جديد إذا تضرر عنصر أساسي من العقد، ويعني المصطلح أساسي بأنه ضروري ورئيسي، ولا يختلف في مفهومه في القانون المدني، حيث يعني الالتزام الأساسي المحتوى الجوهري والمتعارف عليه في العقد[١٥]. وقد تم تضمين هذا المفهوم في القانون الروماني لتحديد العناصر الأساسية للعقد، أي العناصر التي تميزه عن باقي العقود[١٦].

وذهب بعض الفقه[١٧] إلى توسيع مفهوم عناصر المحتوى الأساسية للعقد، حيث قاموا بتعريف هذه العناصر بأنها: "القوانين التي تنظم بشكل مادي بنية العقد". وفقاً لرأي هؤلاء الفقهاء، يكون التحدي في تحديد الجزء الأساسي للعقد الذي يعتمد بشكل كبير على إرادة الأطراف.

---

(14) Hélène Hoepffner, La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire, RFDA 2011.p.101.

(15) R. Sefton-Green، La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise, thèse Paris I, LGDJ, 2000, p. 537.

(16) Hélène Hoepffner, La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire, op, cit. p.101.

(17) P. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse Aix-Marseille, 1981, p. 198.

(ISSN: 2537- 0758)

ويفرق بوتييه[١٨] في هذا الصدد بين ثلاثة أنواع مختلفة من العناصر المتعلقة بالعقد:

أولًا: العناصر التي تعبّر عن طبيعة العقد بالمستوى الذي من غير الممكن المضي قدماً في العقد واستمراره بدون وجودها.

ثانيًا: العناصر التي تحدد طبيعة العقد.

ثالثًا: العناصر التي تعتبر ثانوية فيما يتعلق بالعقد.

يتمثل الشرط الضروري لوجود العقد الإداري في مجموعة من العناصر، حيث إن أي تعديل في أي من هذه العناصر، يعتبر تعديلاً جوهرياً. وتنقسم هذه العناصر، وفقاً لتصنيف بوتييه، إلى مجموعتين (أولا وثانيا).

ونحن نقترح تعريفًا للتعديل الجوهري، بأنه: "التعديل الذي ينصب على عنصر أساسي من عناصر العقد، والذي يؤدي إلى توجيه الأطراف إلى أهداف مختلفة عن تلك التي كانوا يسعون إليها من قبل؛ حيث يسعى المتعاقدون لتحقيق الربح بينما تسعى الإدارة لإكمال العقد بنجاح وفقًا للغرض الذي دعت إليه لإبرام العقد".

المبحث الثاني

التزام مبادئ حسن النية عند ممارسة الإدارة سلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

تمهيد وتقسم:

إن إحدى أهم امتيازات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري تتمثل في سلطتها لتعديل العقد. ومن أجل حماية هذه السلطة من الفساد والهدر الإداري، يجب على الإدارة الالتزام بالشفافية عند استخدام هذه السلطة، وعدم التلاعب بالعقود الأصلية التي تم إبرامها بناءً على إجراءات متقنة، والتي ضمنت الشفافية والمنافسة العادلة لتحقيق الأفضلية. وبالتالي، يجب تضمين معايير الشفافية كمطلب أساسي عند استخدام سلطة التعديل، حتى يتم الحفاظ على المصلحة العامة وتجنب استخدام هذه السلطة لإرهاق المتعاقد.

ونتناول هذا المبحث في فروع ثلاثة على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** مفهوم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وأساسها.

(18) Hélène Hoepffner, La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire, op,cit. p.101.

- **المطلب الثاني:** التزام الشفافية في حالة التعديل الذي يترتب عليه زيادة أو نقصان في كميات أو أحجام البنود الواردة في العقد.
- **المطلب الثالث:** التزام الشفافية في خصوص التعديلات التي تتطلب طرح العقد من جديد.

المطلب الأول
مفهوم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وأساسها

تتمتع الإدارة كونها طرفًا في العقد الإداري بسلطات تجعلها في مكانة غير متكافئة مع المتعاقد معها. ومن بين الصلاحيات التي تحملها الإدارة، القدرة على تعديل العقد الإداري بشكل فردي لمواجهة أي ظروف أو تغييرات تحدث أثناء تنفيذ العقد الإداري.

بجانب السلطة الممنوحة للإدارة لتعديل العقود بشكل أحادي الجانب، هناك تعديل للاتفاقية التي تحتوي على بنود محددة والتي تم الاتفاق عليها بين الطرفين.

أولًا: مفهوم تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة:

يعد تعديل بنود العقود، بمختلف أنواعها، من المسائل التي يتوقع حدوثها، وذلك بشكل خاص في العقود التي تتميز بطابعها المستمر، حيث يرتفع احتمال تأثر حقوق المتعاقدين والتزاماتهم بالتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية[١٩]. ويتم تعديل العقد الإداري على الشروط التي اتفق عليها المتعاقدون، عن طريق السلطة الإدارية التي أبرمت العقد[٢٠].

يتميز التعديل في العقد الإداري عن التعديل في العقد المدني، بأنه لا يخضع لمبدأ سلطان الإرادة[٢١] وحرية الأطراف في الإدخال بأي تعديلات على العقد المبرم بينهما بعد الاتفاق على ذلك التعديل. ويشير الفقه إلى أنه ينبغي لأطراف العقد المدني أن يمتلكوا حقًا في تعديل بنود العقد، وذلك نظرًا لحصولهم على حق إنهاء العقد المبرم بينهما بشكل قانوني، وتماشيًا مع المادة ١١٣٤. ويعبر بعض الفقه عن ذلك بالقول: "إذا

---

[١٩] د.عمر حلمي فهمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص٧.

[٢٠] د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، المجلد الثاني، ١٩٧٨، دار المعارف، ص٧٤٥.

[21] A. Ghozi, La modification de l'obligation par la volonté des parties, thèse Paris II, 1974, LGDJ, P.4.

(ISSN: 2537- 0758)

كان القانون المدني قد أعطى لأطراف العقد المدني الحق في إنهاء العقد المبرم بينهما وفقًا للفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ فمن باب أولى أن يكون لهما تعديل بنود العقد بإرادتهما"[٢٢].

وتعد سلطة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة من السلطات الخطيرة التي تتمتع بها الإدارة، ذلك لأنها تتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نصَّت عليها المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي[٢٣].

وإذا كانت الإدارة تمتلك حق القيام بالتعديلات والتعديلات بإرادتها المنفردة، فإن هذا الحق ليس مطلقًا، بل أن استخدامها منوط بتحقيق ضوابط معينة[٢٤]:

١. وجود ظروف جديدة بعد التوقيع على العقد تسمح للإدارة بالتدخل وتغيير العقد، وفي حالة تواجد المواقف التي شكلت العقد كما هي، يصعب على الإدارة تعديله.
٢. تلتزم الإدارة بمبدأ المشروعية في حال تعديل العقد، ويتطلب ذلك الحصول على تعديل من الجهة المسئولة وفقًا للإجراءات المحددة في القانون.
٣. يمنع تعديل العقد كاملاً، ويُسمح فقط بتغيير الشروط المتعلقة بسير المرفق العام دون التأثير على المزايا المالية المتفق عليها بين الأطراف المتعاقدة.
٤. ينبغي أن يتم التعديل داخل حدود محددة، بحيث يبدو للمتعاقد كأنه يوقع على عقد جديد كلياً وليس كتعديل لعقد سابق إذا تقدم إليه للمرة الأولى.

ثانيًا– موقف الفقه إزاء سلطة الإدارة بتعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة:

لم تتفق آراء الفقه الفرنسي حول سلطة الإدارة في إنهاء العقد فرديًا دون أخطاء من طرف الطرفين، وتم توثيق هذا التضارب في ثلاثة اتجاهات كالتالي؛

١. الاتجاه المؤيد لحق الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة:

يرى أتباع هذه النظرية أن سلطة التعديل الفردي للإدارة تُعد أحد سمات العقود الإدارية وعنصرًا أساسيًا فيها، إذ إن المبدأ الرئيسي في القانون المدني ينص على أن

---

(22) D. Fenouillet, Les effets du contrat entre les parties: ni révolution، ni conservation, mais un «entre-deux» perfectible, RDC 2006. P.67.

[٢٣] د. محمد فؤاد الحريري: تعديل عقود الأشغال العامة وفقًا لنظام أوامر التغيير، دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص٧٩.

[٢٤] د. محمد أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٥، ٢٠١١، ص ٢٢٣-٢٢٤.

العقد يتمتع بقوة ملزمة ثابتة أمام المتعاقدين، ولا يجوز لأي متعاقد أن يفرض على الآخر الحلول التي يراها بإرادته الفردية. ومن ناحية أخرى، لا تُعتبر الإدارة متعاقدًا عاديًا، لأنها تسعى دومًا لتحقيق المصلحة العامة وحماية المصالح الجماعية. وبما أن فكرة المصلحة العامة هي فكرة مرنة تتغير باستمرار حسب التطورات والظروف، فإن تعديل بنود العقد من قبل الإدارة بصورة فردية يعتبر ضروريًا لتحقيق المصلحة العامة[٢٥].

والخلاصة أن غالبية الفقه الفرنسي يؤيدون وجود حق التعديل الفردي الذي يمنح الإدارة سلطة القيام بالتعديلات دون الحاجة إلى وجود أي نصوص قانونية أو عقدية، ويتم هذا الحق في جميع العقود دون تخصيص[٢٦].

٢. الاتجاه الذي ينكر على الإدارة حقها في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة:

ينكر بعض الفقهاء الفرنسيين حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية، ويعزون ذلك إلى ضرورة وجود نص صريح في العقد يسمح بالتعديل من قبل الإدارة. فعلى سبيل المثال، لم يؤيد فقيه فرنسي يُدعى لوليه فكرة تعديل أو إنهاء العقد الإداري، واستند في ذلك إلى حُكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ترام مرسيليا، والذي يبين أن حق الإنهاء أو التعديل العقد يستند إلى نصوص عقدية، ولا يُعد امتيازًا خاصًا مُنوحًا للإدارة دون موافقة المتعاقد مع الإدارة.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن للإدارة أن تجري أي تعديل دون موافقة الطرف الآخر مهما كانت أسباب هذا التعديل أو الأحداث المرتبطة به، لأن احترام التزامات العقدية يشكل ضمانًا أساسيًا للاستقرار في العلاقات القانونية، ويعد تعديل الإدارة لالتزاماتها بمفردها خرقًا لشروط العقد مما يخلق صورة سيئة عن احترام الدولة لتعهداتها[٢٧].

---

[٢٥] د. عمر حلمي فهمي: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص١٦.
- G.Péquignot, OP, cit, p.434.-S.BADAOUI, le fait du prince dans les contrats administratifs en droit francais et egyptien thèse, paris, 1954, p.56.

[٢٦] د. علي عبد العزيز الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٧٥، ص٨٦؛ د. عمر حلمي فهمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص١٩؛ د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠١٣،، ص١٢٣.

[٢٧] د. عمر حلمي فهمي: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٥.

(ISSN: 2537- 0758)

ويرى أنصار هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي أنه لا حاجة لتجاوز قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأن هذه السلطة تم ابتكارها من الفقه، ولم يؤيدها أحكام مجلس الدولة الفرنسي، بالإضافة إلى توفر أحكام أخرى لمجلس الدولة الفرنسي، تنكر هذه السلطة[٢٨].

ثالثًا: موقف القضاء من سلطة الإدارة على تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة:

أيد القضاء في فرنسا ومصر رأي الفقه الذي يضمن حق الإدارة في تعديل العقود التي أبرمتها بإرادتها المنفردة دون توقف ذلك على طلب الطرف الآخر. حيث تعرض القضاء في أحكامه لسلطة الإدارة في تعديل العقود، في كل من فرنسا ومصر، مضمونها أن جهة الإدارة لها الحق في تعديل العقد الإداري دون الإخلال بحقوق المتعاقد، حتى لو لم يكن ذلك مصرحًا به في العقد أو الشروط.

ففي فرنسا ومن خلال قضية la Compagnie Générale française des tramways اعترف مجلس الدولة الفرنسي بحق جهة الإدارة في تعديل الشروط التي تضمنها العقد بالإرادة المنفردة، وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة[٢٩].

وقد بين القضاء الإداري المصري موقفه من التنظيم العام لسلطة التعديل الانفرادي من جانب جهة الإدارة لعقودها الإدارية، حيث اعترف بهذه السلطة في العديد من الأحكام المتعلقة بالعقود الإدارية، إذ تقول محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أنه "يجوز للإدارة في العقود الإدارية أن تفسخ العقد بإجراء صادر من جانبها وحدها إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك، كأن تقدر أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري للمصلحة العامة، أو أنه أصبح غير متفق مع حاجة المرفق العام"[٣٠].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "يعتبر العقد منعقدًا بين جهة الإدارة ومقدم العطاء بمجرد إخطاره بقبول العطاء ولئن كان لجهة الإدارة سلطة تعديل العقد فضلًا عن إنهائه إذا ما قدرت أن هذا الإجراء يقتضيه الصالح العام دون أن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا أن لهذا المتعاقد الحق فى التعويض إذا كان له ما يبرره، صدور قرار الجهة الإدارية بالعدول عن التعاقد مع الشركة استنادًا إلى اعتبارات

---

[٢٨] د. محمد فؤاد الحريري: مرجع سابق، ص٨٢.

[29] C.E, 11 mars 1910– n° 16178, op, cit.

[٣٠] حكم محكمة القضاء الاداري المصرية، قضية رقم ٨٦٣، تاريخ ١٩٥٧/٦/١٦.

المصلحة العامة المتمثلة فى تحويل الاعتمادات المالية الخاصة بالمشروع إلى مشروعات أخرى، من حق الشركة المطالبة بالتعويض المتمثل فى ما لحقها من خسارة وما فاتها من كسب"[٣١].

رابعاً: أساس سلطة تعديل الإدارة للعقد بالإرادة المنفردة:

إن سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة تعد حقاً ثابتاً ومؤكداً للإدارة، والذي تتمتع بها دون الحاجة إلى نص صريح في العقد نفسه، ولا يمكن للإدارة التنازل عن هذا الحق، حيث لا يعتد بأي تنازل منها في ذلك. وهذا الحق هو واحد من الشروط الرئيسية التي تميز العقد الإداري عن العقد المدني الذي لا يمكن تعديله إلا إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين[٣٢].

١. أساس سلطة التعديل يقوم على تحقيق مقتضيات الصالح العام والمرفق العام:

ظهرت عدة توجهات ونظريات حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة لتعديل العقد الإداري، مما أدى إلى جدل كبير، وذلك لأن الأفكار تراوحت بين مفهوم السلطة العامة ومفهوم المرفق العام. وترى غالبية الفقه في فرنسا ومصر، أن تعديل سلطة الإدارة بالإرادة المنفردة لا يُخضع لمبادئ التعديل في القانون المدني أو لمبدأ سلطان الإرادة أو حرية أطراف العلاقة العقدية في الاتفاق على التعديل، بل يُرتكز هذا التعديل على اعتبار النفع العام كأساس له[٣٣].

وبالتالي أصبحت فكرة المرفق العام عاجزة عن تبرير سلطة الإدارة بشكل عام، وسلطتها المنفردة في تعديل عقودها بشكل خاص[٣٤] ما ألزم الفقه بإيجاد حلول بديلة،

---

[٣١] إدارية عليا، الطعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٣١ ق.ع جلسة ١٩٩٠/١/١. المكتب الفنى "٣٥" ص- ٨١١- القاعدة رقم (٦٩).

[٣٢] د. موسى مصطفى شحادة: حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، بحث منشور لدى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠٠٦، ص٢٩٣.

[33] G.Péquignot, OP, cit, p.363 et suiv.

؛ د. محمد عبد اللطيف، التفويض في المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٩١.

[٣٤] د. علاء الدين عشي: مدخل القانون الإداري- التنظيم الإداري، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٣١.

(ISSN: 2537- 0758)

وهو ما أجاب عنه الفقيه "فالين" أن تنوع المرافق العامة لا يمس المبدأ الداعم لسلطة الإدارة.

ظهرت من هنا فكرة "المنفعة العامة" أو "المصلحة العامة"، التي دعا إليها الفقيه فالين. يقول الفقيه فالين إن فكرة المنفعة العامة هي المحور الأساسي حول الذي تدور قواعد القانون العام، وهي الأساس الذي يبرر وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة ضمن قواعد القانون الخاص، وهي أيضا المعيار الذي يحدد الطبيعة الإدارية للنشاط الإداري، والمعيار الذي يحدد نطاق تطبيق القانون الإداري ومجال القضاء الإداري[٣٥].

٢. أساس سلطة التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة:

يرى أتباع هذا الرأي أن حق المسئولية في التعديل الإرادي له أساس في الاستثناءات التي تتمتع بها المسئولية خارج العلاقة التعاقدية بصفتها سلطة عامة مكلفة بمراعاة الحاجة الحالية للمصالح العامة. عندما تستخدم السلطة التنفيذية صلاحيات الضبط، فهي لا تستخدم حقوقها التعاقدية وتستخدم استثناءً يدعمه القانون واللوائح سلطة إملاء وإجبار[٣٦].

ويُقصد بالسلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في تعديل عقودها أن تلتزم الإدارة بتطبيق قواعد قانونية خاصة بالإدارة تختلف عن تلك المطبقة على الأفراد المهتمين بالتعاقد معها، هذا بالإضافة إلى امتيازات محددة تتمتع بها الإدارة بالمقارنة مع الأفراد الآخرين[٣٧].

تشمل السلطة العامة جميع الأنشطة التي تقوم بها الإدارة باستخدام وسائل قانونية عامة غير تقليدية في القانون الخاص. وبما أن الإدارة هي سلطة عامة خارجة وفوق أي

---

[٣٥] د. فريدة قصير مزياني: مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قرفي، باتنة، ٢٠٠١م، ص٩٢.

[٣٦] أ.د.عمر حلمي فهمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، مرجع سابق، ص٤٧.

[٣٧] د. عمار عوابدي: القانون الإداري– النظام الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٠، ص ١٣٧.

اتفاق، يتعين عليها الأخذ دائماً بعين الاعتبار ضرورات ومتطلبات المصلحة العامة والتفويض الدائم لها للفوز بمصلحة الفرد؛ وفقاً لما نص عليه القانون[٣٨].

ويرى أنصار هذه النظرية أن السلطة التي تتحلى بها الإدارة في تعديل العقود الإدارية بآرائها المنفردة، تستند إلى امتيازات استثنائية تتمتع بها الإدارة العامة، بما في ذلك سلطتها في تعديل العقد. وهذا نتيجة طبيعية لنظام السلطة العامة، مستقلاً عن شروط العقد[٣٩].. فعلى سبيل المثال، إذا رأت الإدارة أن تواصل إدارتها لأحد المرافق العامة أو الاحتفاظ بعقد لم يعد ملائماً للاحتياجات المرفق العام، فإنها قد ترى أن المواصلة تمثل إهدارًا للأموال العامة. بالتالي، فإن الإدارة لديها الحق، دون أي خطأ من المتعاقد، في تعديل أو إنهاء العقد[٤٠].

إن نظرية السلطة العامة حسب مؤيديها ليس لها علاقة بالأوامر والنواهي، إنما تشمل الأنشطة التي تمارسها الإدارة باعتبارها سلطة عامة وتطبق فيها وسائل القانون العام غير المعروفة في عقود القانون الخاص، ومثال ذلك امتيازات الإدارة في مجال العقود الإدارية[٤١].

المطلب الثاني
التزام الشفافية في حالة التعديل الذي يترتب عليه زيادة أو نقصان في كميات أو أحجام البنود الواردة في العقد

أولًا- التزام الشفافية في خصوص التعديلات التي تزيد أو تنقص عن ٢٥% من قيمة العقد:

أعطى المشرّع الإدارة حق التعديل في عقودها، بحكم أنها المسئولة عن تحقيق المصلحة العامة للمرافق. حيث تمارس الإدارة هذه السلطة لتعديل الشروط، إن كان بالزيادة أو النقصان، بما يتناسب ويتوافق مع مصلحة المرافق.

---

[٣٨] د. علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص١٤٨.

[٣٩] د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٨٢.

[٤٠] د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقًا للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١٣٨.

[٤١] د. علاء الدين عشي: مدخل القانون الإداري- التنظيم الإداري، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٣٣.

(ISSN: 2537- 0758)

وينتقد القضاء الإداري في فرنسا التعديلات التي تجريها الإدارة على عقودها بما يؤدي إلى تشويه هذه العقود نظرا لأن حجم الأعمال المتفق عليها ونتائجها المالية يكون كبيرا للغاية[٤٢].

وقد قررت محكمة القضاء الإداري في حكم لها أنه: "إذا كان شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقدين مع الإدارة فإنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعة المعقولة في نوعها وأهميتها أو أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلًا في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسًا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغير في موضوع العقد أو محله"[٤٣].

ويذهب البعض[٤٤] في تأصيل هذا الالتزام الملقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة، أنه لما كان المتعاقد يقدم مساهمته للإدارة بقدر سد الحاجات العامة، ونظرًا لتغير هذه الحاجات وتطورات الحياة اليومية، فإن الالتزامات التي يتحملها المتعاقد قابلة للتعديل والتغيير، لتلبية الاحتياجات العامة، دون أي تأثير على النوع أو الجودة.

كما نهيب بالمشرِّع المصري تحديد نسبة محددة من القيمة الكلية للعقد، والتي لا يجوز تجاوزها بناءً على التعديلات المقررة لكل بند، ويجب أن تتضمن المادة نفسها توفير مهلة إضافية للمتعاقد في حالة الزيادة، كما يجب أن تتناسب المدة المضافة مع طبيعة وحجم الزيادة.

ويرى الباحث أن إعطاء الإدارة الحق في التعديل وفق هذه النسب قد يترتب عليه خرق لمبدأ الشفافية؛ ذلك أن نسبة ٢٥% من كل بند تعد نسبة كبيرة، يمكن للإدارة استغلالها لإرهاق المتعاقد دون سبب واضح وإضعافه، مما يؤدي إلى اتخاذها قرارات غير عادلة ومشوبة بعيوب وسوء استخدام السلطة.

---

(42) TA Rennes, 8 oct. 1987, Corep d ille-et-I ilaine, MP, req, n 236.

(٤٣) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ لسنة ١١ ق. تاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧- المجموعة، ص٦٠٨.

مشار إلى الحكم لدى أ.د. عمر حلمي فهمي: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص٩٣.

(٤٤) د. مفتاح عطية مفتاح عويدان: التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص ٩٣.

وذهب القضاء الإداري إلى أن: "الوعاء الذي يحسب على أساسه هذا التعديل هو حجم أو كمية العقد المبرم مع المقاول الذي سيرد التعديل بشأنه وليس على أساس ختامي الأعمال التي أسندت إلى المقاول"[٤٥].

ونحن نرى أن المشرِّع قد أحسن عملًا عندما طلب من الإدارة الحصول على موافقة المتعاقد، ولكننا نعتقد أنه سيكون من الأفضل في حال قررت الإدارة إجراء تعديلات تتجاوز النسبة المقررة- تحقيقًا للشفافية- ضرورة إخضاع حالة الضرورة الملجئة لهذا التعديل لرقابة القضاء الإداري، أن يتم إدراج ضرورة الموافقة القضائية لأي تعديل يتجاوز النسبة المحددة وترك المرونة لفهم الحالة عند الضرورة الملحة والتمكن من تجاوز الحدود. ونحن نفضل أيضًا إعادة النظر في هذه الأمور تحقيقا للشفافية إدراج هذه الشروط في عقد المناقصة، حتى لا تتواطأ الإدارة والمتعاقد على زيادة النسبة لتجنب طرح العملية في إجراء جديد.

ونستطيع أن نستنتج مما سبق التعديلات الجوهرية التي تستلزم إبرام عقد جديد.

١. فيما يتعلق بعقود اللوازم والخدمات، يتم إجراء التعديل عندما تتجاوز قيمته ١٠% من قيمة العقد عند إبرامه.
٢. أي تعديل يتم إجراؤه على عقد الأعمال بعد توقيعه يجب أن يزيد قيمته بنسبة تفوق ١٥% من قيمة العقد الأصلية.
٣. تعديلات تحدثها ظروف غير متوقعة وتؤدي إلى تغيير في طبيعة العقد.
٤. تتعلق التعديلات بالظروف غير المتوقعة التي تؤدي إلى زيادة قيمة العقد بأكثر من ٥٠% من قيمته الأصلية.

ثانيًا: القيد المتعلق بأولوية العطاء:

قيد المشرِّع المصري سلطة الإدارة عند تعديل عقودها بما لا يتجاوز ٢٥% من قيمة العقد وبشرط وجود حالات الضرورة الملحة، بقيد أولوية العطاء إضافةً إلى الموافقة من السلطة المختصة والحصول على التمويل اللازم وضرورة إجراء التعديل خلال فترة سريان العقد.

---

[٤٥] طعن رقم ٥٩٥٩ لسنة ٤٤ ق.ع- جلسة ٢٦-١-٢٠٠١. المكتب الفنى سنة "٤٦" ص- ٦٢٧ القاعدة رقم-(٧٧).

(ISSN: 2537- 0758)

١ – مفهوم قيد أولوية العطاء :

الأولوية في العطاء هي عملية رقمية حسابية تقوم بها جهة الإدارة بعد انتهاء المتعاقد من تنفيذ موضوع العقد وعمل الحساب الختامي. الهدف من هذه العملية هو التأكد مما إذا كان المتعاقد قد حافظ على مكانته باعتبار أسعاره التي قدمها كانت أقل أسعار وقت ترسية العقد عليه أم أنها كانت أسعارا زائفة للاحتيال على إدارة المشتريات للحصول على العقد.

الهدف الرئيسي من تطبيق هذا القيد هو الحفاظ على العدالة وضمان حقوق الطرفين ومصالحهما في العلاقات التجارية، من خلال تأمين حقوق الشركة المقاولة بالكامل بناءً على أسعار عقد الصفقة الأصلية. ومن الأهداف الأخرى للمناقصة العامة هي تحقيق الأداء الأمثل في تنفيذ الأعمال وتحقيق أفضل الأسعار[٤٦].

يمكن تفسير شروط الأولوية في مناقصة، على أنها تطبق في الأعمال الإضافية التي يمكن قياسها بنفس وحدة القياس المستخدمة في المقايسة الأساسية، وفي المقابل، لا يمكن تطبيق هذه الشروط في الأعمال الجديدة التي ليس لها مثيل في المقايسة الأساسية[٤٧].

٢ – نطاق تطبيق شرط أولوية العطاء :

عندما تحدث اختلافات في الكميات المنفذة بعد انتهاء العمل وإجراء الحساب الختامي، يجب تطبيق شرط أولوية العطاء للكميات الحقيقية المنفذة بدلاً من الكميات المذكورة في المقايسة الأصلية. إذا كانت هناك تقاص أو زيادة في الكميات بسبب خطأ في الحسابات أو تعديلات طبيعية أو قرارات إدارية، يجب أيضاً تطبيق شرط الأولوية. وإذا تم الانتهاء من العمل قبل إتمامه بسبب إهمال من المتعاقد، يجب أيضاً تطبيق شرط الأولوية. يمكن تطبيق هذا الشرط قبل إجراء الحساب الختامي[٤٨].

---

[٤٦] حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ١٨٩٤٥ لسنة ٥١ قضائية عليا بجلسة ٢٠١٠/٣/١٦. http://atefsalem.net/articles_search.

[٤٧] فتوى الإسكان رقم ٣٧٢ في ٢٠٠٢/٥/٢٧ ملف رقم ١٩٠٧/١٣/٣١؛ د. محمد ماهر أبو العينين: قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى سنة ٢٠٠٤، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الثانية، الجزء الأول، ٢٠٠٤، ص٢١٩.

[٤٨] فتوى رقم ٧٢٦ في ٢٠٠٦/١١/٦ ملف رقم ٢٣٨/١/٥٤؛ د. محمد ماهر أبو العينين: مرجع سابق، ص٣٨٦.

ثالثًا- التزام الشفافية في خصوص الأعمال الإضافية والتعديل بالنسبة لأصناف أو أعمال أو خدمات غير متوقعة:

١- الأعمال الإضافية:

تتعلق هذه الأعمال بالأعمال الإضافية التي لم يتوقّع الطرفان تحقّقها عند بدء العقد، ولكن تمّ إضافتها في قائمة الأسعار بتحديد سعرها، وتظهر تلك الأعمال الحاجة إليها سواءً من الناحية الكمية أو الفنية، ويتعيّن أن تكون من نفس نوعية عمل العقد الأصلي، ويتمّ حساب تكلفتها بناءً على سعر الأعمال الأصلية[٤٩].

وأكدت أحكام القضاء ذلك حين قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر: "الأعمال الإضافية يتعين أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية؛ بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليًّا مع المتعاقد الأصلي عليها من ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس في الأعمال الإضافية منبتة الصلة بالأعمال الأصلية"[٥٠].

٢- التعديل بالنسبة لأصناف أو أعمال أو خدمات غير متوقعة:

هي التعديلات التي لا تظهر في العقد والتي لا يتم تحديدها، لكنها ليست غريبة عن العقد وتتم محاسبتها بشكل مستقل عن المقابل المالي المذكور في العقد، وتظهر هذه التعديلات بسبب تنفيذ العقد الأصلي. ومثال ذلك قيام المقاول بتجفيف الموقع من المياه الجوفية وذلك لتغير تربة المنطقة قبل البدء في الإنشاءات، وقد لا يكون هذا العمل ثابتا ضمن المقايسة الأصلية للإنشاءات وقد لا تحوي المقايسة الأصلية للإنشاءات على بند لهذا العمل غير المتوقع، وبذلك يعد من الأعمال التي لا يتوقع حدوثها.

---

[٤٩] د. ياسر محمد عبد السلام رجب، الأوامر المغيره في عقود الإنشاءات الدولية في ضوء سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص٢٢٥.

[٥٠] إدارية عليا، طعن ١٩٤٤ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٨٩/٤/٢٩؛ د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص١٩٦.

(ISSN: 2537- 0758)

المطلب الثالث
التزام حسن النية في خصوص التعديلات التي تتطلب طرح العقد من جديد للمنافسة

فرض المشرع الفرنسي في حالات محددة، عندما تريد الإدارة إجراء تعديلات محددة على العقد، فهنا تعيد طرح العرض أمام الجمهور للمنافسة.

ويعد انتهاكا لمبدأ الشفافية تواطؤ الإدارة مع المتعاقد وإدخال أعمال أو أصناف غير معلن عنها في العقد دون إجراء طرح للتعاقد، وهذا يعد انتهاكًا لمبدأ الشفافية، ويجب التمييز بين الأعمال التي تتطلب طرح العملية من جديد والأعمال المستجدة حسب المادة ٧٨ من اللائحة وفقًا لما يلي:

١. الأعمال الجديدة منبتة الصلة بالغرض من العقد:

يجب على الإدارة عدم إجبار أي تعديل على شروط العقد إلا إذا كان له علاقة بموضوع العقد. كما يجب أن لا تضع أي أعباء جديدة تخرج عن الحدود الطبيعية والعادية في نوعها وأهميتها، بما لا يؤثر على الجوهر الأساسي للعقد ولا يغير من طبيعته، ويجعل الموضوع مختلفًا عن الاتفاق الذي تم الوصول إليه في المرة الأولى[٥١].

ويذهب بعض الفقه[٥٢] إلى القول إن الأعمال الجديدة هي تلك التي يعتبر موضوعها غير مرتبط بالعقد الأصلي بطريقة مطلقة، أو التي تحتاج إلى أوضاع جديدة تختلف كلياً عن تلك التي ذُكرت في العقد الأصلي.

ويؤكد مجلس الدولة المصري ذلك: "**إذا كانت الأعمال الإضافية منبتة الصلة بالأعمال الأصلية فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة**"[٥٣].

ويجب أن تكون سلطة التعديل محصورة داخل حدود معينة، فإذا تجاوزت الإدارة عنها جاز للمتعاقد الامتناع عن التنفيذ ويكون للمتعاقد أيضا المطالبة بفسخ العقد أو الامتناع عن التنفيذ في حالة ترتب على التعديل خلق عقد جديد[٥٤].

---

[٥١] أ.د. عمر حلمي فهمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص٩٣.

[٥٢] أ. د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١١، ص٤٦٩.

[٥٣] فتوى رقم ٤٩ ملف رقم ٢٧/٢/٤٤٠ الصادرة في ٢٠٠٢/١/٢٢، د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٢٠٤.

٢. الأعمال المستجدة في عقود المقاولات:

أكدت على ذلك أحكام القضاء الإداري في مصر؛ حيث قضت المحكمة الإدارية العليا: "المشرِّع منح الجهة الإدارية في مجال العقود الإدارية حقوقًا قبل المتعاقد معها لا تعرف في مجال القانون الخاص مناطه احتياجات المرفق وقابليته للتطور والتغير، ومنها حقها في تعديل العقد بإرادته المنفردة، على أن سلطتها في التعديل ليس سواء في جميع العقود الإدارية وإنما ترتبط بمدى مساهمة المتعاقد في إطار العقود في تسيير المرفق العام، فهذه السلطة تطبق في بنود التوريد، وتكون بالغة في عقود الالتزام باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتسيير وإدارة المرفق نيابة عن الإدارة وكذلك في عقود الأشغال العامة باعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد لذا خولها المشرِّع في مثل هذه العقود الحق في إسناد البنود المستجدة لذات المقاول القائم بالعمل دون غيره عن طريق الاتفاق المباشر بموافقة السلطة المختصة، وذلك إذا كانت الضرورة الفنية تقتضي تنفيذها بمعرفته دون غيره وبشرط مناسبة أسعار هذه البنود لسعر السوق"[٥٥].

ويذهب البعض[٥٦] إلى أن المشرِّع كان موفقًا في تحديد هذا الحكم للأعمال الجديدة، فإذا تم اتباع الإرشادات الموجودة، يمكن الحفاظ على المصلحة العامة من خلال الحرص على استمرار العمل بشكل منتظم ومطرد في المرافق العامة. من الناحية العلمية، إذا احتاجت الإدارة إلى إنجاز أعمال مستجدة في المستقبل، فإن الحصول على مقاول يقوم بتنفيذ المشروع بأكمله سيكون أفضل من تجزئة المهمة بين عدة مقاولين. حيث ستؤدي تجزئة المهمة إلى تعطيل تنفيذ العمل بشكل جيد، وربما يؤدي ذلك إلى مشاكل كثيرة خلال عملية التنفيذ، وسيؤثر ذلك بالتأكيد على المصلحة العامة.

ويرى الباحث أن المشرِّع أحسن صنعًا وكان صائبا في قراره عند إحداث هذا النص، ورغم الحجج المؤيدة للتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر، فمن الممكن أن يشكل ذلك إخلالًا بمبدأ الشفافية ويفتح مجالات واسعة للفساد الإداري وإهدار المال العام، حيث يتواطأ المقاول

---

[٥٤] د. ياسر محمد عبد السلام، مرجع سابق، ص٢٥٣.

[٥٥] إدارية عليا، الطعن رقم ١١٠١٦ لسنة ٤٨ ق، جلسة ٢٠٠٥/٥/٢٦، د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص٢٠٠.

[٥٦] د. محمد فؤاد الحريري: مرجع سابق، ص٢٨١؛ د. ياسر محمد عبد السلام رجب: مرجع سابق، ص٢٥٤.

(ISSN: 2537- 0758)

مع الإدارة للاستفادة من هذا الترخيص الذي منح بواسطة القانون باستحداث نقاط جديدة يتعاقدون عليها بدون فتح المنافسة.

كما يرى ضرورة تطبيق مبدأ الشفافية في حال عقد أعمال جديدة، وهذا يأخذ في الاعتبار استمرار رقابة القضاء الإداري لتلك الحالة الناشئة، وزيارة موقع العمل الجديد، وطرح العمل المستجد للمناقصة أو الممارسة، حيث يخول المقاول المنفذ أفضلية بنسبة محددة وفقًا لتقييم لجنة البت.

يرى الباحث– تحقيقًا للشفافية– أن يتم تقدير التعديل الذي يؤدي إلى تغيير اقتصاديات العقد بأكثر من ١٠٪ من قيمة العقد فيما يتعلق بعقود اللوازم والخدمات و١٥٪ من قيمة العقد في حالة عقود الأشغال العامة، مما يضطر الإدارة إلى إعادة طرح العقد أمام الجمهور لأغراض المنافسة.

الخاتمة

توصلنا إلى العديد من النتائج والتوصيات التي قد نكون أصبنا في بعضها أو أخطأنا، وهي كالتالي:

أولاً: نتائج الدراسة:-

١. تختلف متطلبات تحقيق مبدأ حسن النية في مجال العقود الإدارية في مرحلة توقيع العقد الإداري عنها في مرحلة تنفيذه، وهناك بعض العناصر المشتركة لهذه المتطلبات مثل الشفافية في كلتا المرحلتين.

٢. إن مفهوم حسن النية يتوافق مع بعض الشروط الضرورية لتحقيقه بجانب مبدأ المشروعية، **ومن أهم نقاط التقاء بين هذين المبدأين:**

أ– الإدارة ملتزمة بتوضيح أسباب القرارات المتعلقة بإجراءات توقيع العقود وتنفيذها.

ب–عندما تستخدم الإدارة سلطاتها، يجب أن لا تسيء استخدامها لتحقيق أهداف غير المصلحة العامة.

٣. ندرة الدعاوى التي يكون موضوع الطعن فيها انتهاك مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد الإداري في مصر، وعلى النقيض من ذلك غزارة الدعاوى التي تتعلق بانتهاك الإدارة لمبدأ الشفافية في إجراءات إبرام العقد الإداري أمام القضاء الإداري الفرنسي.

بينما قلت الدعاوى التي تناولت انتهاك هذا المبدأ في مرحلة إجراءات إبرام العقد الإداري أمام القضاء الإداري المصري.

٤. أن المشرِّع أحسن صنعًا وكان صائبا في قراره عند إحداث هذا النص، ورغم الحجج المؤيدة للتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر، فمن الممكن أن يشكل ذلك إخلالًا بمبدأ الشفافية ويفتح مجالات واسعة للفساد الإداري وإهدار المال العام، حيث يتواطأ المقاول مع الإدارة للاستفادة من هذا الترخيص الذي منح بواسطة القانون باستحداث نقاط جديدة يتعاقدون عليها بدون فتح المنافسة.

ثانيًا: توصيات الدراسة:-

١. نقترح أن يتميز اكتساب العقد الصفة الإدارية بالمرونة لحماية عقود الدولة. وذلك من خلال منح القضاء الإداري صلاحية النظر في النزاعات المتعلقة بهذه العقود. كما يجب على القاضي الاعتماد على المصلحة العامة وتوازن المصالح والأضرار التي قد تنتج عن تحديد طبيعة العقد الإدارية أو المدنية، بالإضافة إلى هدف العقد وعدد المستفيدين منه. وذلك لتحقيق الحماية المثلى لعقود الدولة.

٢. ينبغي لكي يتحقق وصف بأن إدارة ما تلتزم مبدأ حسن النية فإن ذلك يتطلب منها القيام بعملها بشفافية ووضوح، بعيدًا عن السرية والتعتيم. لذلك، ندعو المشرع المصري لاعتماد مبدأ شفافية الأنشطة العامة، أو التي تقام لصالح جهة عامة، كمبدأ عام ذي قيمة دستورية.

٣. يقترح الباحث– تحقيقًا للشفافية– أن يتم تقدير التعديل الذي يؤدي إلى تغيير اقتصاديات العقد بأكثر من ١٠٪ من قيمة العقد فيما يتعلق بعقود اللوازم والخدمات و١٥٪ من قيمة العقد في حالة عقود الأشغال العامة، مما يضطر الإدارة إلى إعادة طرح العقد أمام الجمهور لأغراض المنافسة.

٤. يقترح الباحث إعطاء الإدارة الحق في التعديل وفق هذه النسب فقد يترتب عليه خرق لمبدأ الشفافية؛ ذلك أن نسبة ٢٥% من كل بند تعد نسبة كبيرة، يمكن للإدارة استغلالها لإرهاق المتعاقد دون سبب واضح وإضعافه، مما يؤدي إلى اتخاذها قرارات غير عادلة ومشوبة بعيوب وسوء استخدام السلطة.

(ISSN: 2537- 0758)

المراجع

١. د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقًا للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٢. د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١١.

٣. د. علاء الدين عشي: مدخل القانون الإداري– التنظيم الإداري، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠١٠.

٤. د. علاء الدين عشي: مدخل القانون الإداري– التنظيم الإداري، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠١٠.

٥. د. علي عبد العزيز الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٧٥.

٦. د. عمار عوابدي: القانون الإداري– النظام الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٠.

٧. د. عمر حلمي فهمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١.

٨. د. فريدة قصير مزياني: مبادئ القانون الإداري الجزائري، مطبعة عمار قرفي، باتنة، ٢٠٠١م.

٩. د. محمد أنس جعفر ود. أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٥، ٢٠١١م.

١٠. د. محمد عبد اللطيف، التفويض في المرفق العام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

١١. د. محمد فؤاد الحريري: تعديل عقود الأشغال العامة وفقًا لنظام أوامر التغيير، دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك النموذجية، دارالنهضة العربية، القاهرة ٢٠١١.

١٢. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، المجلد الثاني، ١٩٧٨، دار المعارف.

١٣. د. محمد ماهر أبو العينين: قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى سنة ٢٠٠٤، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الثانية، الجزء الأول، ٢٠٠٤.

١٤. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٤.

١٥. د. مفتاح عطية مفتاح عويدان: التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه– كلية الحقوق، جامعة المنصورة.

١٦. د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠١٣.

١٧. د. موسى مصطفى شحادة: حقوق وسلطات الإدارة في العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، بحث منشور لدى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ٢٠٠٦.

١٨. د. ياسر محمد عبد السلام رجب، الأوامر المغيره في عقود الإنشاءات الدولية في ضوء سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.

(ISSN: 2537- 0758)

19. A. Ghozi, La modification de l'obligation par la volonté des parties, thèse Paris II, 1974, LGDJ.
20. D. Fenouillet, Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un «entre-deux» perfectible, RDC 2006.
21. Etienne Fatôme, Les avenants — AJDA 1998.
22. G.Péquignot, OP, cit, p.434.-S.BADAOUI, le fait du prince dans les contrats administratifs en droit francais et egyptien thèse, paris, 1954
23. Hélène Hoepffner, La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire, RFDA 2011.
24. Hélène Hoepffner, La modification des contrats, RFDA 2016.
25. L. Richer: Droit des contrats administratifs, 9 edition
26. Laurent Richer, La fin des contrats، RFDA 2016
27. Nil Symchowicz, Philippe Proot, L'avis du 19 avril 2005: d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public– AJDA 2006.
28. P. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse Aix-Marseille, 1981
29. Philippe Limouzin-Lamothe, Les avenants: observations complémentaires– AJDA 1998.
30. R. Sefton-Green, La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise, thèse Paris I, LGDJ, 2000.