

العقود الإدارية





العقود الإدارية





منشورات جامعة حلب
مركز التعليم المفتوح
الدراسات القانونية العملية

العقود الإدارية

تأليف

الدكتور

عيسى الحسن

الدكتور

سعيد نخيلي

الاستاذ المساعد في قسم القانون العام الاستاذ المساعد في قسم القانون العام

السنة الثانية - دراسات قانونية

مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م



الفهرس

العقود الإدارية

٩	المقدمة
١٥	الباب الأول: ماهية العقود الإدارية
١٧	الفصل الأول: مفهوم العقد الإداري وتحديد مقوماته
٢١	المبحث الأول: تعريف العقد الإداري
٢٨	المبحث الثاني: مقومات العقد الإداري
٥٧	الفصل الثاني: صور هامة من العقود الإدارية
٥٩	المبحث الأول: عقد الأشغال العامة
٦٦	المبحث الثاني: عقد الالتزام
٧٠	المبحث الثالث: عقد التوريد الإداري
٧٢	المبحث الرابع: عقد النقل
٧٣	المبحث الخامس: عقد تقديم المعاونة
٧٥	المبحث السادس: عقد القرض العام
٧٦	المبحث السابع: عقد الإيجار الإداري
٨١	الباب الثاني: طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية
٨٣	الفصل الأول: القيود السابقة على التعاقد
٨٤	المبحث الأول: دراسة الجدوى الاقتصادية وإعداد الاستشارات الفنية والمالية للمشروع محل العقد
٨٥	المبحث الثاني: وجود الاعتماد المالي والحصول على الموافقات الإدارية

٨٦	المبحث الثالث: إعداد الاستشارات الفنية والمالية
٨٩	الفصل الثاني: طرق إبرام العقود الإدارية
٩٢	المبحث الأول: المناقصة (المزايدة)
١١٨	المبحث الثاني: الشراء المباشر
١٢٠	المبحث الثالث: طلب العروض
١٢٤	المبحث الرابع: المسابقة
١٢٦	المبحث الخامس: تنفيذ الأشغال بالأمانة
١٢٨	المبحث السادس: العقد بالتراضي
١٣٣	الباب الثالث: آثار العقد الإداري
١٣٥	الفصل الأول: التزامات المتعاقدين
١٣٧	المبحث الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة
١٦٩	المبحث الثاني: التزامات الإدارة المتعاقدة
١٨٥	الفصل الثاني: حقوق المتعاقدين
١٨٦	المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة
٢٠٧	المبحث الثاني: حقوق الإدارة المتعاقدة
٢٤٧	المراجع العلمية

كيف تدرس هذا المقرر؟

عزيزي الطالب:

يعتمد تدريس هذا المقرر على استخدام الكتاب الذي بين يديك، بالإضافة إلى بعض المراجع المرتبطة بمحتويات هذا المقرر، والاستماع إلى بعض التسجيلات الصوتية ومشاهدة الـ C.D. الخاصة بشرح موضوعات المقرر. هذا إلى جانب اللقاءات الدورية التي يتم الاتفاق عليها مع أساتذة المقرر.

وحتى يكون التعليم أكثر كفاءة وفعالية، عليك اتباع ما يلي:

- ١- قراءة الأهداف التعليمية في بداية كل فصل، لمعرفة ما يتوقع أن تصل إليه بعد الانتهاء من دراسته، وما يتوجب تفهمه واستخلاصه.
- ٢- قراءة الموضوع - كل فصل بشكل مستقل - قراءة صامتة، مع وضع إشارات دالة لما يصعب عليك فهمه، من أجل مناقشتها مع أستاذ المادة في اللقاءات الدورية.
- ٣- الاستماع إلى الموضوع من التسجيل الصوتي أو الـ C.D. الخاص، وتسجيل ما يصعب عليك فهمه، للسؤال عنه.
- ٤- ربط موضوعات كل فصل دراسي بما سبقه من فصول، وما يلحقه من فصول أخرى ليكون المقرر كلاً متكاملًا، مما يسهل الفهم للمقرر كله اعتماداً على انتقال أثر التدريب والمعرفة، وتراكمية المعرفة واستمراريتها.
- ٥- أكتب رأيك بوضوح حول كل نقطة في الموضوع، وناقشها مع أساتذة المقرر في اللقاءات الدورية.
- ٦- ارجع إلى بعض المراجع المدونة في هامش الصفحات، أو في نهاية الكتاب، لتساعدك على فهم أكثر للموضوع.

٧- اقرأ الملخص الذي يلي كل فصل قراءة جيدة، ثم أجب عن الأسئلة من خلال دراستك للموضوع.

٨- انتقل بعد ذلك إلى مقارنة إجابتك بالإجابات النموذجية المرافقة لتتأكد من مدى استيعابك وفهمك للموضوع.

٩- استعن بمكتبة المركز وقاعات الاستماع والمشاهدة، ومكتبة الجامعة في القيام بالأنشطة المصاحبة لدراسة المقرر.

١٠- لا تنتقل من دراسة الفصل إلى الفصل التالي إلا بعد التأكد التام من فهمك للفصل الذي تقرأه أو تشاهده في لقاءات التدريس المرئي (C.D).

لاحظ أن:

١- أستاذ المقرر ليس خازناً وحيداً للمعرفة، وليس ملقناً، وإنما موجه ومرشد وميسر لعملية التعليم، من خلال التفاعل والتواصل الإيجابي معك، وتوجيهك إلى مصادر العلم والمعرفة.

٢- لا تجعل من نفسك متلقياً، بل متفاعلاً إيجابياً مع مصادر التعليم المتنوعة في هذا المقرر.

٣- اللقاء مع أستاذ المقرر يستهدف الإجابة عن استفساراتك، وأسئلتك حول ما صعب عليك فهمه، ولم تتمكن من معرفته عند القراءة، أو الاستماع، أو المشاهدة، كما يستهدف عرض الإجابات النموذجية للمناقشة والتدريبات التي تعقب كل فصل من فصول الكتاب المقرر.

مع تمنياتنا بالتوفيق

المقدمة

تتنوع مظاهر النشاط الذي تقوم به الإدارة بتعدد وتنوع وظائف الإدارة ذاتها، سواءً أكانت وظائف تقليدية (الأمن - القضاء - حماية حدود البلاد) أم وظائف حديثة ذات طبيعة اقتصادية.

وقد رافق هذا التنوع في وظائف الإدارة تنوعاً في طبيعة الأعمال التي تقوم بها الإدارة ذاتها من أجل أداء المهام الممنوحة بها أداءً فعالاً ومنتجاً ينعكس بآثاره الإيجابية على الجمهور. حيث درج فقهاء القانون الإداري على تقسيم الأعمال التي تقوم بها الإدارة إلى طائفتين رئيسيتين هما: الأعمال القانونية (Legale Akte) والأعمال المادية (Reale Akte).

ومن المعروف أن الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة تشمل جميع التصرفات (سواءً الإرادية منها أو غير الإرادية) التي لا تقصد الإدارة ترتيب أي أثر قانوني عليها. ومن أمثلتها نذكر: "التبليغات، صرف مبلغ مالي، إزالة عائق مروري، وضع مرفق عام بالخدمة.. إلخ". وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها الأعمال المادية للإدارة، ولاسيما من الناحية العملية، إلا أنها لا تسعف الإدارة في تحقيق جميع أهدافها ووظائفها بالشكل الأمثل.

وإذا كانت الأعمال المادية تصلح لأداء جزء من وظائف الإدارة، وهو الجزء اليسير، فإن الجزء الأكبر من وظائف الإدارة يحتاج بالطبع لأعمال قانونية إرادية، ينجم عنها آثار قانونية متعددة ومتشعبة.

والجدير بالذكر هو أن الأعمال الإرادية القانونية لا تأخذ صورة واحدة بل عدة صور. فقد تكون أعمال قانونية وحيدة الطرف تقوم بها الإدارة بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة وتسمى عادة القرارات الإدارية (Décision administrative) وقد تكون أعمال قانونية متعددة الأطراف تحتاج إلى توافق إرادتين ويُعبر عنها عادة بالعقود (Contrats).

وتجدر الإشارة إلى أن العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة قانونية

واحدة. فإما أن تبرمها الإدارة وفقاً لأساليب القانون العام، وإما أن تبرمها وفقاً لأساليب القانون الخاص. وفي الحالة الأولى تتمتع الإدارة بامتيازات السلطة العامة، أما في الحالة الثانية فتتنازل الإدارة عن صفتها كسلطة عامة وتنزل منزلة الأفراد.

ويطلق على النوع الأول من العقود: العقود الإدارية (Contrats administratifs) أما النوع الثاني فيطلق عليه: العقود الخاصة أو المدنية أو العقود العادية (Contrats privés).

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو:

أي الأساليب تختار الإدارة في سبيل إنجاز مهامها ووظائفها؟ فهل تلجأ إلى أسلوب الإرادة المنفردة (القرار الإداري) أم إلى الأسلوب التعاقدي؟ وإذا حدث واختارت الإدارة الأسلوب التعاقدي، فهل تريد الاحتفاظ بامتيازاتها كسلطة عامة وتبرم بالتالي عقوداً إدارية أم تريد اللجوء إلى أسلوب القانون الخاص (كالأفراد العاديين) وتبرم بالتالي عقوداً عادية (مدنية)؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات لا يجوز أن تتم بشكل تحكيمي، بل تخضع لعدة ضوابط وقيود أهمها: الربط بين صورة النشاط الإداري من جهة والأسلوب الأمثل للقيام به وإنجازه بأفضل صورة من جهة أخرى.

فمن الثابت أن القرار الإداري يحقق سرعة في العمل الإداري باعتباره صادر من طرف الإدارة فقط، ولا تضطر هذه للحصول على موافقة ذوي الشأن عندما تخاطبهم، فضلاً عن أن النظام القانوني¹ الذي تخضع له القرارات الإدارية يؤدي إلى التيسير على الإدارة لإنجاز المهام المنوطة بها بشكل فعال.

بيد أن هذه المزايا التي يحققها القرار الإداري لم ولن تجعل منه الأسلوب الأوحى الذي يصلح لممارسة جميع صور النشاط الإداري، بل توجد هناك حالات تضطر فيها الإدارة إلى اختيار الأسلوب التعاقدي لإنجاز المهام المنوطة بها. وعليه

1 - لمزيد من الاطلاع على النظام القانوني للقرارات الإدارية انظر: د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية (القاهرة)، ١٩٩٩، ص ٦٤.

سوف نحاول في هذه التوطئة توضيح مدى سلطة الإدارة في الاختيار بين أسلوب القرار الإداري والأسلوب التعاقدى كما سنوضح الفرق بين العقود الإدارية وعقود الإدارة.

أولاً - مدى سلطة الإدارة في الاختيار بين أسلوب القرار الإداري والأسلوب التعاقدى:

إن سلطة الإدارة في الاختيار بين الأسلوبين ليست مطلقة بل تتأثر بطبيعة موضوع النشاط الإداري.

ومن الثابت أن موضوع النشاط الإداري لا يعدو أن يأخذ إحدى صورتين رئيسيتين اثنتين: فلما أن يأخذ صورة تقديم الخدمات العامة للأفراد وذلك من خلال إحداث مرافق عامة متعددة ومتنوعة (إدارية واقتصادية) أو صورة الضبط الإداري وذلك من خلال ما تقوم به الإدارة من تنظيم وتوجيه ومراقبة لأوجه النشاط الفردي المختلفة بهدف تحقيق النظام العام بجميع عناصره والحفاظ عليه.

بيد أن دور القرار الإداري لا يقتصر على مجال الضابطة الإدارية بل يمتد ليشمل مجال الضرائب والرسوم، ومجال العلاقة النظامية القائمة بين الموظف العام والجهة العامة التي يتبعها. فمن غير المتصور أن تكيف العلاقة بين الموظف العام وإدارته على أنها علاقة تعاقدية لما يؤدي ذلك إلى نتائج سلبية تنعكس على الوظيفة العامة وتؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. ولذلك يذهب الرأي الراجح في الفقه والقضاء - وبحق - إلى أن العلاقة بين الموظف والإدارة هي علاقة نظامية لائحية¹.

وبالإضافة إلى المجالات التي تم ذكرها أعلاه والتي لا تقبل - نظراً لطبيعتها - فكرة التعاقد، بل تؤديها الإدارة وفق أسلوب القرار الإداري حصراً، هناك أيضاً الحالات التي ينص عليها المشرع. ففي هكذا حالات لم يعد للإدارة أية سلطة تقديرية

1 - انظر: لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع: د. عبد الغنى بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية، (بلا تاريخ)، ص ٣٢٠؛ د. أنور رسلان، القانون الإداري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ٢٠٠٢، ص ٢٧٠.

في الاختيار، بل تصبح سلطتها مقيدة في اتباع أسلوب القرار الإداري حصراً حيث عليها الالتزام بتنفيذ إرادة المشرع.

وهكذا يبقى المجال الذي تمارس فيه الإدارة حرية الاختيار بين أسلوب القرار الإداري وأسلوب العقد مقتصرًا على صورة واحدة من صور نشاطها ألا وهي صورة المرافق العامة. فبإمكان الإدارة عندما تريد تسيير مرفق عام وإدارته أن تلجأ إلى إبرام العقود مع أشخاص القانون الخاص (سواء الطبيعيين أم الاعتباريين) أو حتى مع غيرها من أشخاص القانون العام مهما كان نوع هذه العقود.

ثانياً – العقود الإدارية وعقود الإدارة:

في الحالات التي يثبت فيها للإدارة إمكانية اللجوء إلى أسلوب التعاقد، فإن عقودها هذه لا تتمتع بطبيعة قانونية واحدة، بل يمكنها الاختيار بين أسلوب العقد الإداري وأسلوب العقد العادي. ويتوقف ذلك بالطبع على المركز القانوني الذي تقدم الإدارة نفسها من خلاله. فإذا قدمت نفسها كسلطة عامة متمتعة بجميع حقوق وامتيازات القانون العام، عُدَّت عقودها عندئذٍ عقوداً إدارية وتخضع بالتالي لقواعد القانون الإداري ويثبت الاختصاص للفصل في المنازعات الناجمة عنها للقضاء الإداري (في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كفرنسا وألمانيا وسوريا ومصر ولبنان وغيرهم).

أما إذا تنازلت الإدارة عن صفتها كسلطة عامة ورأت أن المصلحة العامة – التي تنطلق أعمال الإدارة منها وتنتهي إليها – تستلزم ذلك، فإنها تصبح عندئذٍ بمركز قانوني متساوٍ مع الأفراد، وتسمى العقود التي تبرمها معهم عقوداً عادية (مدنية) لا تفرق عن تلك العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم. وتخضع هذه العقود بالطبع لقواعد القانون الخاص كما أن فصل النزاع المتعلق بها يكون من اختصاص جهة القضاء العادي.

هذا يقودنا بالطبع إلى نتيجة غاية في الأهمية تتجلى بأن العقود التي تبرمها الإدارة (أي العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها) ليست جميعها عقود إدارية، بل ليس ثمة ما يمنع أن تبرم الإدارة عقوداً عادية ذات طبيعة مدنية.

معنى ذلك أنه يجب التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية، حيث يعد المصطلح الأول أوسع مضموناً من المصطلح الثاني على اعتبار أن عقود الإدارة هي جميع العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها بغض النظر عن نظامها القانوني. فهي بهذا الشمول يمكن أن تكون عقوداً إدارية أو عقوداً مدنية. أما العقود الإدارية فهي التي تستلزم توافر شروط قانونية مغايرة لشروط العقد العادي أهمها بل على رأسها: ظهور الإدارة بمظهر السلطة العامة من خلال تضمينها للعقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في نظام القانون الخاص.

ومع التسليم بأن كلا النوعين من عقود الإدارة يتشابهان في كثير من النقاط: أهمها ما يتعلق بأركان العقد (الرضا والأهلية والمحل والسبب)، إلا أن الفروقات القائمة بينهما تفوق ذلك بكثير.

ويجب أن لا يغربن عن البال أن أهمية وآثار التمييز بين العقود الإدارية والعقود العادية التي تبرمها الإدارة لا تقتصر على الناحية الفقهية النظرية، بل لها طابع عملي يتجلى في تحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في المنازعات الناجمة عن تنفيذ كلا النوعين من العقود، كذلك في تحديد القانون الواجب التطبيق هل القانون الخاص أم القانون العام.

وقد كان للقضاء الإداري أثراً هاماً في إنشاء نظرية خاصة بالعقود الإدارية مستقلة عن نظرية العقد المدني، أي أصبح للعقود الإدارية نظاماً وأحكاماً خاصة مستقلة عن العقود العادية. وهكذا ازدادت أهمية العقود الإدارية كأحد مؤسسات القانون الإداري من الناحية العلمية كما ازدادت أهميتها من الناحية العملية أيضاً.

وقد لجأت غالبية دول عالمنا المعاصر إلى تنظيم العقود الإدارية تشريعياً كما اخذ الاهتمام بدراسة العقود الإدارية أبعاداً دولية من خلال عقد العديد من المؤتمرات الدولية بهذا الخصوص.

ولتحقيق المزيد من الإلمام بنظرية العقد الإداري، فلا بد بداية من تعريف العقد الإداري وتحديد مقوماته كما لا بد من دراسة أهم صور العقود الإدارية وبيان أساليب وإجراءات إبرام العقود الإدارية ثم التعرض أخيراً لدراسة تنفيذ العقود الإدارية

وآثارها بالنسبة للأطراف المتعاقدة.

وترتيباً على ما سبق سوف نقوم بتقسيم الدراسة إلى ثلاثة أبواب هي:

الباب الأول: ماهية العقد الإداري

الباب الثاني: إجراءات وطرق إبرام العقد الإداري

الباب الثالث: آثار العقد الإداري



الباب الأول

ماهية العقد الإداري

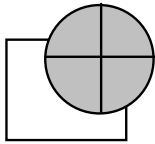
سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين نعالج من خلالهما المواضيع التالية:

حيث نعالج في الفصل الأول تعريف العقد الإداري ومقوماته أما الفصل الثاني فسوف نخصصه لدراسة بعض صور العقود الإدارية.

ونود التأكيد على أن دراستنا لهذه المواضيع وشرحها وتفصيلها ستكون في ضوء أحكام القضاء الإداري وموقف الفقه في أكثر النظم القانونية تأثيراً على نظامنا القانوني كالنظام الفرنسي والمصري. ومن الجدير ذكره هنا هو أن دراستنا ستركز على التشريع السوري النافذ في مجال العقود الإدارية لاسيما وأنه صدر حديثاً النظام الموحد للعقود الإدارية. لذا فمن الطبيعي الوقوف على أحكام هذا النظام ومؤسساته الحقوقية ومقارنته مع التشريعات السابقة.







الفصل الأول

مفهوم العقد الإداري وتحديد مقوماته

❖ الأهداف التعليمية:

عند الانتهاء من دراسة هذا الفصل يجب أن يكون الدارس قادراً على أن:

- ١- يعرف العقد الإداري
- ٢- يحدد معايير العقد الإداري
- ٣- يوضح بعض الفرضيات التي يمكن اعتبارها كاستثناء على العنصر الأول من عناصر العقد الإداري والمتعلق بأن تكون الإدارة طرفاً في العقد
- ٤- قادراً على تأييد أفكاره بالأسانيد القانونية والاجتهادات القضائية المختلفة

❖ محتويات الفصل الأول:

المبحث الأول: تعريف العقد الإداري

المبحث الثاني: مقومات العقد الإداري

❖ ملخص الفصل الأول.

❖ أسئلة عن الفصل الأول.



الفصل الأول

مفهوم العقد الإداري وتحديد مقوماته

لابد من الإشارة بداية إلى أن العقد الإداري لا يختلف عن غيره من العقود الأخرى من حيث كونه تعبيراً عن توافق إرادتين، حيث يعد هذا العنصر من العناصر الأساسية في كافة أنواع العقود (سواءً العادية أو الإدارية) وبهذا العنصر تختلف العقود عن تصرفات الإرادة المنفردة^١.

ينتج عن ذلك أن ما يتطلبه العقد المدني من أركان وشروط صحة ينطبق بالطبع على العقد الإداري.

وبالعودة إلى مؤلفات القانون المدني وبصورة خاصة تلك المتعلقة بنظرية الالتزام (Theorie des obligation) نجد أنه ثمة اتفاق فقهي حول قيام العقد على أركان ثلاثة هي: الرضا والمحل والسبب.

والرضا (التراضي كما يسميه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري^٢) يوجد بتواجد إرادتين متوافقتين. وقد أكدت المادة ٩٢/ من القانون المدني السوري على هذا الركن من خلال قولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين...".

أما المحل^٣ (L'Objekt) فيعني الشيء الذي يلتزم المدين القيام به. وقد حددت

1 - فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي تقوم بها الإدارة هناك التصرف وحيد الطرف ويعبر عنه حقوقياً بالقرار الإداري، وهناك التصرفات التي تحتاج إلى توافق إرادتين ويعبر عنها حقوقياً بالعقود.

2 - انظر: كتابه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام) - مصادر الالتزام - دار إحياء التراث العربي (بيروت) ١٩٥٢، ص ١٧٠.

3 - المحل ليس ركناً من أركان العقد بل هو ركن في الالتزام الذي يعد العقد أحد مصادره. انظر: السنهوري، مرجع سابق، ص ١٧٠.

المواد من (١٣٢ - ١٣٦) من القانون المدني السوري الأحكام العامة لمحل الالتزام حيث يستخلص من نصوص هذه المواد أن محل الالتزام يجب أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً وممكناً إذا كان عملاً أو امتناع عن عمل، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه. ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه ولا يصلح بالتالي أن يكون محلاً للالتزام إذا كان التعامل فيه محظوراً قانوناً أو غير مشروع لمخالفته النظام العام.

والى جانب ركني الرضا والمحل يوجد ركن ثالث يتكون منه العقد، ألا وهو ركن السبب (La cause) الذي يتضمن الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم إليه من وراء التزامه؛ والسبب هو جواب من يسأل لماذا التزم المدين. وقد حددت المواد ١٣٧ و ١٣٨ من القانون المدني السوري الأحكام التفصيلية المتعلقة بهذا الركن^١.

وهكذا فإن كل النصوص الواردة في القانون المدني والمتعلقة بتنظيم أركان العقد وشروط صحته تنطبق أيضاً على العقود الإدارية. الأمر الذي يدعو للقول: إن العقود الإدارية هي عقود بالمعنى الحقيقي^٢، لذلك لا يمكن استبعاد قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" - المنصوص عنها في المادة /١٤٨/ من القانون المدني السوري - من نطاق العقود الإدارية استبعاداً نهائياً، إذ أن المتعاقد مع الإدارة يقدم على التعاقد بإرادته الحرة.

ولا يغير من هذه النتيجة حقيقة تمتع العقود الإدارية بخصائص تميزها عن العقود العادية سواءً لجهة نمط إبرامها (حيث تقوم الإدارة عادة بصياغة العقد الإداري مسبقاً ومن طرف واحد) أو لجهة القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري (حيث تتمتع الإدارة بسلطات واسطة تعطيها الحق في تعديل العقد وإنهائه من طرف واحد). وإذا حاولنا البحث عن مبرر لهذه الخصوصيات التي تميز العقد الإداري لوجدنا أن مردّها

1 - يرجى الرجوع إلى مؤلفات القانون المدني (نظرية الالتزام) - مصادر الالتزام - للتعرف أكثر على ركن السبب. انظر: على سبيل المثال: د. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني (الجزء الأول: مصادر الالتزام)، منشورات جامعة حلب ٢٠٠٣، ص: ١٢١ وما بعد.

2 - انظر: د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، المجلد ٤، العقود الإدارية، دمشق ١٩٨٥، ص ١١.

لا يعود إلى العملية التعاقدية بحد ذاتها - فهذه واحدة لا تتغير في كافة أنواع العقود كما أسلفنا - بل يعود إلى كون العقد الإداري يتصل بتسيير مرفق عام أو إدارته. فهو إذاً من التصرفات التي تقوم بها الإدارة من أجل تحقيق الصالح العام، وهو هدف يصعب على الإدارة تحقيقه إذا تخلّت عن صفتها كسلطة عامة وأقدمت على التعاقد مع الأفراد بصفتها فرد عادي.

فالمرافق العامة تخضع بالطبع لقواعد ومبادئ أساسية أهمها^١: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. ولعل من أهم النظريات التي قام القضاء الإداري بتطويرها من أجل وضع هذا المبدأ موضع التطبيق الفعلي نذكر نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية، حيث قررت أحكامها أنه في حالة وقوع ظروف طارئة تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، يكون للقاضي أن يحكم بتعويض عادل يمنح لمن أضرت به هذه الظروف^٢.

وعليه فإذا كان العقد الإداري يتشابه مع بقية أنواع العقود على اعتباره عقداً بالمعنى الحقيقي، إلا أنه يختلف عنه لنواح عديدة. فما هو تعريف العقد الإداري وما هي مقوماته. هذا ما سوف نفعله من خلال مبحثين: المبحث الأول: تعريف العقد الإداري والمبحث الثاني: مقومات العقد الإداري.

المبحث الأول

تعريف العقد الإداري

يعرّف القضاء الإداري السوري العقد الإداري متأثراً بغيره بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته

1 - لمزيد من التفاصيل حول المبادئ التي تحكم المرافق العامة انظر: كتاب: المرافق العامة من تأليف

الدكاترة: عيسى الحسن، سعيد نحيلي، إبراهيم الهندي، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤.

2 - لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر: الباب المتعلق بآثار العقود الإدارية من هذا المؤلف.

في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^١.

وإذا قمنا بإجراء مقارنة بين اجتهاد القضاء الإداري السوري واجتهاد القضاء الإداري المصري حول تعريف العقد الإداري لوجدنا أن هناك نقاط اتفاق كثيرة بينهما لاسيما فيما يتعلق بمقومات العقد الإداري. وبالعودة إلى التعريف الوارد أعلاه يمكننا استخلاص أهم مقومات العقد الإداري التي يمكن إجمالها بالتالي:

- ١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً.
 - ٢- أن يتعلق العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام.
 - ٣- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.
- وقد يحدث أحياناً أن يتبع إبرام العقود الإدارية الأصلية عقوداً تكميلية (تبعية) قد لا تتوفر فيها جميع مقومات العقد الإداري، ومع ذلك تأخذ هذه العقود التبعية صفة العقد الأصلي بحكم ارتباطها بها وتحويلها عليها، ولا حاجة بالتالي إلى استظهار مقومات العقد الإداري في العقد التكميلي. فلو أبرمت وزارة التربية على سبيل المثال عقداً مع أحد المؤلفين لمراجعة تجارب إحدى الطبقات، فإن هذا العقد يأخذ نفس طبيعة العقد الأصلي الذي سبق لها وأبرمته مع بعض المؤلفين لتأليف كتاب المطالعة للمدارس الإعدادية بقصد الإسهام في تسيير مرفق التعليم، حيث يُعد هذا العقد بلا شك عقداً إدارياً لتوافر جميع أركان العقد الإداري فيه^٢. وفي سوريا فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري على اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري للنظر في العقود الجانبية التي تواكب العقد الإداري إذا كانت من لوازم هذا العقد وتتصل به بوحدة لا تقبل التجزئة بحيث أن تخلي القضاء الإداري عنها ينذر ببقاء الحق بدون مرجع

١ - حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٥٣/ لعام ١٩٦٣. انظر: أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا رقم

٤٣/ لعام ١٩٦٦ والذي حدّد بشكل صريح العناصر الواجب توافرها في العقد ليصبح إدارياً.

٢ - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠)، الجزء الثاني: طعن

٥٧٦/ السنة القضائية ١١/ تاريخ ١٢/٣٠/ ١٩٦٧، ص ١٨٣١ (مذكور لدى: د. محمد فؤاد عبد

الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي ١٩٨٩، ص ٢٨١.

قضائي أو يذهب بالحق الشخصي ذاته...." (لمحكمة الإدارية العليا في سوريا القرار ١٩٦/ الطعن /١٢٩/ لعام ١٩٧٧).

ولا بدّ من التأكيد هنا على أن مقومات العقد الإداري ليست واحدة في جميع النظم القانونية. فصحیح أن هناك إجماع في جميع النظم القانونية حول الركن الأول من أركان العقد الإداري (أي أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً) إلا أنه يوجد اختلاف حول الركنين الآخرين.

ففي فرنسا يسود المعيار التبادلي لتحديد طبيعة العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام. فإما أن يتعلق العقد بتنفيذ أو تسيير مرفق عام ليكون عقداً إدارياً، وإما أن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وهذا يعني أنه ليس من الضروري أن يجتمع الركنان معاً بل يكفي أن يتوافر أحدهما إلى جانب الركن الأول.

أما في ألمانيا فإن فلسفة المعيار المميز للعقد الإداري تختلف عما هو عليه الحال في فرنسا. فقد قام المشرّع الألماني بصياغة تعريفاً قانونياً (Legaldefinition) للعقد الإداري ولم يترك الأمر لسلطة القضاء المطلقة للحكم فيما لو كنا بصدد عقد إداري أم لا. حيث تنص المادة ٥٤/فقرة ١/ من قانون الإجراءات الإدارية (Verwaltungsverfahrensgesetz) على أنه "يمكن للإدارة إحداث أو تعديل أو إلغاء علاقة حقوقية ما في مجال القانون العام من خلال العقد إذا كان ذلك جائزاً من الناحية القانونية. وبصورة خاصة يمكن للسلطة الإدارية - عوضاً عن اللجوء إلى أسلوب القرار الإداري الفردي - أن تبرم عقداً إدارياً مع الطرف الذي كان عليها أن تخاطبه من خلال قرار إداري".

وبطبيعة الحال فإن العقود التي تبرمها السلطة الإدارية قد تأخذ صفة العقد الإداري وقد تأخذ صفة العقد المدني، حيث يعود ذلك إلى سلطة الإدارة التقديرية التي تملكها في الاختيار بين وسائل القانون العام أو وسائل القانون الخاص من أجل أداء المهام المنوطة بها، ولا تخضع الإدارة في ممارسة سلطتها هذه إلا لقيود واحدة ألا وهو السعي إلى تحقيق المصلحة العامة. وفيما يلي سوف نقوم بتوضيح المعيار المميز للعقود الإدارية في بعض النظم القانونية الهامة.

أولاً – المعيار المميز للعقد الإداري وفق النظام القانوني الألماني:

تتوقف طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة – هل هو عقد مدني أم عقد إداري – على محل العقد (Gegenstand des Vertrages). فالشرط التقليدي بأن تكون الإدارة طرفاً في العملية العقدية يعد لازماً ولكنه غير كاف لتمييز العقد الإداري عن العقد المدني. هذا يعني أنه حتى العقود التي يبرمها شخصان معنويان من أشخاص القانون العام لا تعد بالضرورة عقود إدارية بل يمكن أن تكون ذات طبيعة خاصة. كما لو قامت إحدى البلديات ببيع سيارة لبلدية أخرى فإن هذا العقد يعد من العقود المدنية التي تخضع لأحكام المادة ٤٣٣/ من القانون المدني الألماني.

ويتوقف تحديد محل العقد على طبيعة الالتزام الذي يولده هل هو التزام من التزامات القانون العام أم من التزامات القانون الخاص.

وفي الحالات التي يصعب فيها تحديد طبيعة العقد، هل هو إداري أم مدني ينبغي عندئذ الاعتماد على الطبيعة العامة للعقد فإذا أراد شخص مثلاً أن يبني محلاً تجارياً كبيراً داخل المدينة فإنه يحتاج إلى ترخيص من السلطة الإدارية المختصة، إلا أن منح هذا الترخيص يتوقف على تحقيق بعض الشروط أهمها: أن يقوم بإنشاء مرآب (Parking) لوقوف السيارات القادمة. إلا أنه ونظراً لعدم امتلاكه الأرض اللازمة تقدّم بطلب إعفاء من هذا القيد، فأبرمت البلدية معه اتفاقاً يقضي بأن يقوم بدفع مبلغ معين مقابل أن تقوم البلدية نفسها بإنشاء المرآب.

وهكذا فالعقد الإداري في النظام الحقوقي الألماني يُعرّف بأنه العقد الذي تبرمه السلطة الإدارية ويكون مضمونه منصباً على علاقة حقوقية من علاقات القانون الإداري وينشئ بالتالي حقوقاً والتزامات إدارية أو يعدلها أو يلغيها^١.

ولا يأخذ العقد الإداري وفقاً للمفهوم الألماني نمطاً واحداً بل توجد عدة أنماط من العقود الإدارية. فهناك العقود التي يكون محلها التعاون والتنسيق بين شخصين اعتباريين من أشخاص القانون العام. ويتم اللجوء إلى هذا النوع من العقود عندما

1 - انظر:

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.Auf., Munchen 1999, S.354.

يتعذر تنظيم العلاقة الحقوقية بموجب قرار إداري فردي. كما لو اتفقت بلديتان على تغيير حدودهما، أو كما لو اتفقت بلدية ما مع مؤسسة الخطوط الحديدية حول استخدام قطارات خاصة لنقل تلاميذ المدارس مقابل تغطية النفقات الضرورية لذلك.

وهناك العقود التي يكون طرفاها في مركزين مختلفين، وهي العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد والأمثلة على هذه العقود كثيرة سواء في مجال قانون البناء أو في مجال قانون الموظفين، كالاتفاق الذي تبرمه الإدارة مع أحد العاملين لديها حول التزامه بإعادة المبالغ التي أنفقتها عليه أثناء تدريبه وإعداده إذا قام بترك العمل قبل الأوان، والعقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص حول استعمال الأموال العامة استعمالاً خاصاً.

ولابد من التأكيد على أن كلاً من العقد الإداري والقرار الإداري يعد وسيلة من وسائل السلطة العامة وينتج كل منهما آثاراً خارجية. إلا أن الفارق الجوهرى بين الوسيلتين ينصب على طريقة صدور كل منهما. فالقرار الإداري يصدر بإرادة منفردة أما العقد فيحتاج إلى توافق إرادتين.

ومع ذلك هناك بعض القرارات الإدارية التي يصعب التمييز بينها وبين العقد الإداري. أهمها: القرار الإداري الذي تصدره الإدارة بموافقة الطرف المعنى حيث توجد هناك قرارات إدارية إيجابية لا تصدرها الإدارة من تلقاء نفسها بل تحتاج إلى تقديم طلب من الشخص المعنى بذلك.

ومع ذلك لا يتحول هذا النوع من القرارات إلى عقد إداري بل يبقى من قبيل تصرفات الإرادة المنفردة، إذ أن الطلب الذي يقدمه الشخص للحصول على رخصة بناء مثلاً لا يهدف إلى إشراكه في عملية اتخاذ القرار، بل يقصد به بأنه لا يمكن أن تفرض منفعة ما على شخص لا يريدها لاسيما وأن المنفعة تكون مصحوبة دوماً بالتزامات وأعباء. في حين أن تعبير الفرد عن إرادته في العقد يعدّ شرطاً أساسياً لقيام العقد. فإذا انتفت إرادة الفرد فلا مجال لقيام العقد، أما إذا صدر قرار إداري بدون

1 - Maurer/Bortscher: Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung.

طلب فإن لهذا القرار وجود، وإن كان عديم الأثر.
ومن القرارات التي تحتاج إلى موافقة الأفراد نذكر: تعيين موظف، ترخيص
بفتح مطعم... إلخ.

وهكذا نستطيع القول: إن مقومات العقد الإداري حسب المفهوم الألماني تختلف عما هو معمول به في فرنسا ومصر وسوريا حيث يقوم العقد الإداري وفقاً للمفهوم الألماني على عنصرين اثنين هما:

١- أن يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام (وقد يكون طرفاه شخصان من أشخاص القانون العام).

٢- أن يكون محل العقد منصباً على تنفيذ التزام تفرضه قواعد القانون العام.
ومع ذلك فإن للشرط الثالث المعمول به في فرنسا ومصر وسوريا وهو "تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص بعض الأثر في النظام القانوني الألماني لاسيما في مجال العقود التي تبرمها الإدارة كسلطة عامة مع الأفراد، حيث تكون الإدارة في مركز قانوني أعلى من المركز القانوني للأفراد المتعاقدين. ويطلق على هذا النوع من العقود الإدارية (Subordinationsrechtliche Verträge).

ثانياً - المعيار المميز للعقد الإداري في فرنسا ومصر وسوريا:

لابد من التأكيد على أن أحكام القضاء الإداري الفرنسي قد اضطربت لفترة من الفترات في تحديد معيار العقد الإداري، حيث تأرجحت من معيار الشروط الاستثنائية إلى معيار تنفيذ مرفق عام. وقد أصبح من المستقر عليه الآن الأخذ بمعيار تبادلي لتحديد طبيعة العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون العام: فإما أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال علاقات القانون الخاص وإما أن يتعلق العقد بتنفيذ مرفق عام.

أما في مصر فإن أحكام القضاء الإداري تتميز بالثبات والتحديد إذ جرت هذه الأحكام دائماً على ضرورة توافر الشروط الثلاثة مجتمعة لتحديد ماهية العقد الإداري. وإعمالاً لمبدأ وجوب توافر الشروط الثلاثة مجتمعة في العقد حتى يعتبر إدارياً قررت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها "إن عقد النقل المبرم بين مصلحة البريد والمدعي لنقل الطرود... لا تتوافر فيه مقومات العقد الإداري بحسب التعريف

الذي حدده قضاء المحكمة... إذ ليس المقصود به تسيير مرفق عام، وليس في نصوصه شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وإنما هو عقد مبرم لتحقيق مصلحة فردية خاصة هي نقل رسالة من مصر إلى السودان في مقابل أجر أو رسم، فهو عقد من عقود القانون الخاص....^١.

وفي سوريا لا يختلف الأمر كثيراً عما هو الحال في مصر حيث اتبع القضاء الإداري السوري - على الرغم من ندرة اجتهاداته في هذا المجال - المعيار الثلاثي للعقد الإداري^٢.

والجدير بالذكر أن المعيار الثلاثي للعقد الإداري يسري بالنسبة للعقود الإدارية كافة المسماة منها أو العقود بطبيعتها. فمجرد ذكر قانون مجلس الدولة رقم ٥٥/ لعام ١٩٥٩ لبعض العقود (عقود الالتزام - عقود الأشغال العامة - عقود التوريد)^٣ لا يعني أنها تعتبر إدارية في كل الأحوال، وإنما تخضع للقاعدة العامة في معيار العقد الإداري "... فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس في نصوصه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإداري"^٤.

وعليه فسوف نقوم بشرح المقومات الثلاثة التي يقوم عليها العقد الإداري بشيء من التفصيل.

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية: السنة الحادية عشرة: قضية رقم ٧٧٩/ لسنة ١٠/ قضائي بتاريخ

١٩٥٧/٢/٢٤ - بند ١٥٨/ - ص ٢٢٨. مذكور لدى: د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة

الإدارية، مرجع سابق الذكر، ص ٢٨٤.

2 - انظر: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في سوريا عام ١٩٦٦، ص ١٠٧.

وانظر: أيضاً محكمة القضاء الإداري القرار: ٢٢٥/ القضية ٣٠٢/ لعام ١٩٧١ وقرار المحكمة

الإدارية العليا رقم ٣٢٠/ الطعن ٤٥٠/ لعام ١٩٧٧ .

3 - تنص المادة ١٠/ من القانون رقم ٥٥/ لعام ١٩٥٩ على أنه "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري

دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر.

4 - المحكمة الإدارية العليا المصرية - السنة السابعة: طعن ١٨٨٩ لسنة ٦ قضائي تاريخ ١٩٦٢/٣/٣١

بند ٥٤/ ص ٥٢٧ (مذكور لدى: محمد فؤاد عبد الباسط مرجع سابق الذكر، ص ٢٨٥).

المبحث الثاني

مقومات العقد الإداري

سوف نقوم بدراسة مقومات العقد الإداري من خلال ثلاثة مطالب نتناول في
المطلب الأول عنصر الشخص المعنوي العام وفي المطلب الثاني تعلق العقد بمرفق
عام أما في المطلب الثالث فندرس الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون
الخاص.

المطلب الأول

الشخص المعنوي العام

لابد من التأكيد على أن أول العناصر في تكوين العقد الإداري يتصل بأطرافه،
حيث يجب بالضرورة أن يكون أحد هذه الأطراف شخصاً معنوياً عاماً.

أولاً – تعريف الشخص المعنوي:

اعترف القانون الوضعي بالشخصية القانونية لكل مجموعة من الأشخاص التي
تسعى لتحقيق غرض معين مشترك أو لكل مجموعة من الأموال التي ترصد لتحقيق
غرض معين مشترك، وهو ما يطلق عليه الشخص الاعتباري أو المعنوي
Juristische Person = La Personne Morale.

ويترتب على الاعتراف للشخص المعنوي بالشخصية القانونية عدة آثار قانونية
فيكون له اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

بيد أن تمتع الشخص المعنوي بالشخصية القانونية يكون في حدود معينة. وهذا
ما أكدت عليه المادة /٥٥/ من القانون المدني السوري حيث نصت على أن "الشخص
الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية....

فيكون له:

أ- ذمة مالية مستقلة....

ب- أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشاءه أو التي يقررها القانون

ج- حق التقاضي

د- موطن مستقل....

والجدير بالذكر أن النتائج المذكورة تنطبق على كافة أنواع الأشخاص الاعتبارية سواء كانت من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص. إلا أنه توجد بعض الخصوصيات التي تتمتع بها الأشخاص الاعتبارية العامة وتميزها عن الأشخاص الاعتبارية الخاصة.

ثانياً - الآثار التي تترتب على الاعتراف بالشخص الاعتباري العام:

أ- تمتع الأشخاص الاعتبارية العامة بامتيازات القانون العام عندما تمارس سلطاتها فقراراتها تعد قرارات إدارية وعقودها تعتبر عقوداً إدارية إذا تحققت فيها بقية الشروط الأخرى.

ب- استقلال مسؤولية الشخص المعنوي العام عن مسؤولية الدولة، واستقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للدولة. فله أموال عامة مستقلة عن أموال الدولة الخاصة والعامة.

ج- للشخص الاعتباري العام موظفون مستقلون عن العاملين في الدولة، ولا يخضعون بالتالي للسلطة الرئاسية لموظفي الدولة.

بيد أن هذه الخصائص التي تميز الشخص الاعتباري العام عن الشخص الاعتباري الخاص، لاسيما لجهة استقلاله، يجب أن تفهم بشكل نسبي. حيث يخضع الشخص الاعتباري العام وأعماله وتصرفاته لرقابة السلطة المركزية لاسيما لجهة اتفاق هذه التصرفات مع القوانين والأنظمة النافذة في الدولة (رقابة مشروعية).

وقد عدّدت المادة /٥٤/ من القانون المدني السوري عدداً من الأشخاص الاعتبارية أهمها الدولة والمحافظات والبلديات بالشروط التي يحددها القانون،

والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. ثم عدت أنواعاً أخرى من الأشخاص الاعتبارية كالهيئات والطوائف الدينية والأوقاف والشركات التجارية والمدنية والمؤسسات الخاصة. وهكذا نجد أن القانون المدني اعترف صراحة بكلا النوعين من الأشخاص الاعتبارية سواء العامة منها أم الخاصة.

إلا أن الذي يهمننا في دراستنا هو الشخص الاعتباري العام. وبالعودة إلى التشريعات الإدارية الخاصة نجد أن الشخص الاعتباري العام يمكن أن يكون شخصاً مركزياً (الدولة بوزاراتها وإداراتها ومصالحها المختلفة التابعة لها والمنتشرة في الأقاليم) كما يمكن أن يكون شخصاً لا مركزياً سواء أكان شخصاً محلياً (كالمحافظات والمدن والبلدان والقرى التي يزيد عدد سكانها عن ٥٠٠٠ نسمة والوحدات الريفية) أم شخصاً مرفقياً. والشخص الاعتباري العام المرفقي يمكن بدوره أن يكون ذات طبيعة اقتصادية (كالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة) وقد يكون ذات طبيعة إدارية (كالهيئات العامة).^٢

هذا يعني أن كلاً من الأشخاص الاعتبارية المشار إليها أعلاه تحقق الركن الأول من أركان العقد الإداري والمتمثل في أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو: هل ينبغي أن يحتفظ الشخص الاعتباري العام بهذه الصفة حتى بعد إبرام العقد أم يكفي أن تكون له هذه الصفة أثناء إبرام العقد ولا عبرة لزوال صفته بعد ذلك؟

في الحقيقة إن العبرة بطبيعة المنازعة وقت إبرام العقد. وعليه فإذا تكاملت أركان العقد الإداري الأخرى للعقد الذي تبرمه مؤسسة عامة فإنه يحتفظ بطبيعته هذه حتى ولو تم تحويل المؤسسة العامة بعد ذلك إلى مؤسسة خاصة (كما لو قامت الدولة ببيع هذه المؤسسة للقطاع الخاص).

1 - انظر: نص المادة ٣/ من قانون الإدارة المحلية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٥/ لعام ١٩٧١.

2 - الإدارية انظر: مؤلف المرافق العامة للدكاترة إبراهيم الهندي وعيسى الحسن وسعيد نحيلي، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤، ص ٧٥ وما بعد. وراجع أحكام القانون ٢/ لعام ٢٠٠٥ بشأن المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة والقانون ٣٢/ لعام ١٩٥٧ بشأن الهيئات العامة.

والجدير بالذكر أن كلاً من مجلس الدولة المصري والسوري لم يفرقا بين العقود التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية العامة المركزية وتلك التي تبرمها الأشخاص الاعتبارية اللامركزية (المحلية منها والمرفقية) فجميعها تعتبر عقوداً إدارية إذا توافرت فيها بقية الشروط^١.

أما العقود التي تبرمها الهيئات المهنية (نقابات المحامين والأطباء والمهندسين) مع أشخاص القانون الخاص فقد عدّها القضاء الإداري في فرنسا ومصر من العقود الإدارية، باعتبارها أشخاص اعتبارية عامة. أما في سوريا فلا يزال القضاء الإداري يتردد بشأنها، فلا يعتبرها من أشخاص القانون العام ولا يعد عقودها عقوداً إدارية، على الرغم من أنها تجمع بين مقومات الأشخاص الاعتبارية العامة، على اعتبار أن إنشاءها يتم بأداة تشريعية (قانون أو مرسوم) وأغراضها ذات نفع عام^٢.

ولابدّ ونحن بصدد تحديد الركن الأول من أركان العقد الإداري أن نجيب على التساؤلات التالية:

- ما هو حكم العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص ذات النفع العام (المؤسسات الخاصة ذات النفع العام) مع أحد أشخاص القانون الخاص (سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً) ؟
- وما هو حكم العقود التي تبرمها الإدارة كشخص اعتباري عام وفقاً لأساليب القانون الخاص؟
- وما هو حكم العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص مع شخص آخر لحساب الإدارة ومصلحتها؟

1 - كان مجلس الدولة الفرنسي يفرق بين العقود التي تبرمها الأشخاص المركزية فيعتبرها عقوداً إدارية بصفة عامة وبين تلك التي يبرمها الأشخاص المحلية فيخضعها كقاعدة عامة لقواعد القانون الخاص، إلا أن هذه التفرقة وجدت نهايتها في حكم *Térier* الذي أصدره المجلس عام ١٩٠٣.

2 - انظر: د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٥، ص ٢٩٧.

ثالثاً – حكم العقود التي تبرمها المؤسسات الخاصة ذات النفع العام مع شخص خاص آخر طبيعي أو اعتباري:

لابدّ من التأكيد بداية على أن المؤسسات الخاصة ذات النفع العام ليست مؤسسات عامة بل مؤسسات خاصة أنشأها الأفراد أنفسهم وبمبادرتهم وبأهداف يرون هم تحقيقها. ولكن هذه المؤسسات تقوم أحياناً بتأدية خدمة عامة للأفراد أي تهدف إلى تحقيق نفع عام، فتعترف الدولة لها بصفة المنفعة العامة وتقدم لها بعض التسهيلات، فهي إذاً مرافق حكومية واقعية كونها تقدم خدمات عامة للأفراد^١.

فهل يجوز لهذه المؤسسات أن تبرم عقوداً إدارية؟

إذا طبقنا القواعد العامة في هذا الصدد لقلنا: إن العقود التي تبرمها المؤسسات الخاصة ذات النفع العام تعتبر عقوداً عادية على اعتبارها أشخاص اعتبارية خاصة. أما إذا رجعنا إلى التشريعات الخاصة النازمة للمؤسسات الخاصة ذات النفع العام لوجدنا أن الإجابة تتغير عن القواعد العامة.

فالمشرّع الفرنسي مثلاً يعترف في بعض الحالات للجماعات ذات النفع العام بالشخصية الاعتبارية العامة ويمكنها من استخدام امتيازات السلطة العامة ومنها إبرام العقود الإدارية، كما هو الحال بالنسبة لقانون توجيه وتنظيم البحث العلمي في فرنسا والصادر عام ١٩٨٢. وتطبيقاً لهذا القانون فقد صدر العديد من القوانين التي تعطي المؤسسات الخاصة التي تمارس نشاطاً بحثياً وعلمياً بعض امتيازات القانون العام وتمنحها الاستقلال المالي والإداري، ولهذا أصبح من الجائز لها أن تبرم عقوداً إدارية إذا ما توافرت لها باقي عناصر العقد الإداري^٢.

ومن هذا القبيل أيضاً قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية في مصر رقم ٨٤/ لعام ٢٠٠٢ الذي يجيز للجمعيات ذات النفع العام التمتع بامتيازات السلطة العامة وعلى وجه الخصوص عدم جواز الحجز على أموالها وإمكانية نزع الملكية للمنفعة

1 - انظر: د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، طبعة خاصة بسوريا، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ٢٠٠٣، ص ٢٤.

2 - مذكور لدى محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤.

العامة وكذلك أيضاً إبرام العقود الإدارية^١.

ولا نرى أن الحال في سوريا يختلف عن مصر حيث ورد في المادة /٤٣/ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة^٢ ما تتمتع به الجمعية ذات النفع العام من اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية.... إلخ. وهذه الامتيازات محددة على سبيل المثال لا الحصر وبالتالي يجوز القياس عليها، أي يجوز لها إبرام العقود الإدارية إذا ضمننتها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

رابعاً - العقود التي تبرمها الإدارة وفقاً لأساليب القانون الخاص:

تعترف أغلب التشريعات المقارنة للإدارة بحرية الاختيار بين أساليب القانون العام أو أساليب القانون الخاص من أجل إنجاز مهامها. فلها في هذا المجال سلطة تقديرية واسعة لا يقيدوها إلا السعي إلى تسيير المرافق العامة بشكل حسن وانتظام واضطراد.

فإذا رأت الإدارة أن من مصلحتها اختيار أساليب القانون الخاص لإنجاز أحد المهام المكلفة بها قانوناً، فإنها تتخلى عندئذ وبمحض إرادتها عن صفتها كسلطة عامة وتصبح مثل الأفراد العاديين والهيئات الخاصة، لذلك تعتبر العقود التي تبرمها بهذه الصفة عقوداً عادية تخضع لأحكام القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي، إلا إذا سحب المشرع منها هذا الخيار.

ف عقد التأمين المبرم بين الإدارة وإحدى شركات التأمين يعتبر عقداً خاصاً بطبيعته ما دامت أحكامه تخضع للقانون الخاص... وإن جهة الإدارة ارتضت نموذج العقد الذي قدمته شركة التأمين الخاصة...". وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في سوريا حيث جاء في قرارها رقم /١٩٦/ الطعن /١٢٩/ لعام ١٩٧٧ "... إلا أن عقد التأمين المبرم مع شركة الضمان لا تتوفر فيه هذه الخصائص (خصائص العقد

1 - ذات المرجع السابق، ص ٢٥.

2 - القانون رقم ٣٨٤ لعام ١٩٥٦ والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٤ لعام ١٩٦٩ والمنشور في ص ٢٦٧ من العدد ٤٥ من الجريدة الرسمية لعام ١٩٦٩.

الإداري). ولا يزال لهذا العقد طبيعة تنضوي تحت مدلول القانون الخاص لهذا كان تقرير محكمة القضاء الإداري لهذه الناحية في محله ".

والعقد المتعلق بإنشاء مساكن عادية للعسكريين ولا يتعلق بإنشاء منشأة عسكرية يدخل إنشاؤها في أعمال مرفق الدفاع والعقد المبرم بنتيجة قيام منشأة مزارع الدولة ببيع كمية من الحليب بالمزاد العلني إلى شخص ما، حيث تعد هذه العقود عقوداً عادية ذات صفة تجارية حتى ولو اتبعت الإدارة إجراء المزايدة.

وهذا هو النهج الذي يسير عليه القضاء الإداري المصري^١ والسوري متأثرين بما هو سائد في فرنسا ومعظم الدول الغربية.

ومن الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى وسائل القانون الخاص نذكر:

- إدارة الدولة لأموالها الخاصة.
- إدارة الدولة لمرافقها العامة ذات الطبيعة الاقتصادية (عقد بيع منتجات بعض المرافق الصناعية أو الزراعية).
- إدارة الدولة لمرافقها العامة ذات الطبيعة الإدارية البحتة مثال (عقد إيجار شقة لإقامة مكاتب إدارة معينة).

خامساً - حكم العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص مع شخص خاص آخر لحساب الإدارة ومصلحتها:

قلنا إن العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص مع بعضهم إنما تعتبر عقوداً عادية تخضع لأحكام القانون الخاص وهذا هو المبدأ العام.

إلا أنه وعلى سبيل الاستثناء يمكن لأحد أشخاص القانون الخاص أن يبرم عقداً مع شخص خاص آخر ولكن لحساب ومصلحة شخص معنوي عام (الدولة أو إحدى

1 - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠) - الجزء الثاني: طعن رقم ٥٥٩/ لسنة ١١ قضائي، عام ١٩٦٨ - ص ١٨٣١. وانظر: أيضاً قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٦٩/ في الطعن ٢٦٥/ لعام ١٩٧٧، مذكور لدى: صبحي سلوم، موسوعة العقود الإدارية، ج ١، ص ١٩.

أشخاص الإدارة المحلية أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة).

وقد أجاز القضاء الإداري في فرنسا ومصر اعتبار مثل هذه العقود عقوداً إدارية إذا كان أحد الطرفين يعمل لحساب الإدارة ولمصلحتها.

ويأخذ العمل لحساب الإدارة ومصلحتها فرضين اثنين هما:

١- أن يكون أحد أشخاص القانون الخاص المتعاقدين وكيلاً أو نائباً عن الشخص المعنوي العام.

٢- أن يقوم بإبرام العقد شخص خاص ولكن آثار العمل تنصرف إلى الشخص المعنوي العام.

وسنعالج فيما يلي هذين الفرضين بشيء من التفصيل.

الفرض الأول - أن يكون أحد الأفراد أو الشركات الخاصة (تجارية كانت أم مدنية) وكيلاً عن الشخص المعنوي العام:

لابد في هذا الفرض من تطبيق القواعد العامة في الوكالة، وهذه تجد أساسها في نصوص القانون المدني حيث عرفت المادة /٦٦٥/ من القانون المدني السوري الوكالة بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل". وفيما يتعلق بعلاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل بينت المادة /٦٧٩/ من القانون المدني السوري أنه تطبق أحكام المواد /١٠٥/ إلى /١٠٨/.

وبالعودة إلى نص المادة /١٠٦/ من القانون المدني السوري نجد أنه "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل". وهكذا نرى أن العقود التي يبرمها شخص من أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن شخص اعتباري عام إنما يقوم بها بالنيابة عنه وبالتالي فإن آثارها تنصرف وفقاً لأحكام المادة /١٠٦/ مدني سوري إلى الأصيل أي إلى الشخص الاعتباري العام. فالعبرة إذاً للشخص الذي سوف تنصرف آثار العقد عليه لا إلى شخص المتعاقد ذاته.

لذا فإن العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص (سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً) لحساب شخص اعتباري عام أو لمصلحته تعتبر عقوداً

إدارية إذا توافرت فيها بقية الشروط. أي أن الشرط المتعلق بأن يكون أحد أطراف العقد الإداري شخصاً من أشخاص القانون العام يُعدّ متوفراً في هذه الحالة. ومن العقود التي يمكن تصنيفها على أنها إدارية استناداً إلى نظرية الوكالة (النيابة) تلك التي يبرمها الملتزم مع الغير وخصوصاً عقود الأشغال اللازمة لتسيير المرفق العام الذي يدار بطريقة عقد الالتزام.

وتطبيقاً لذلك فإن محكمة التنازع الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسي اعتبرا العقود الآتية عقوداً إدارية: العقد الذي نفذته شركة خاصة بالنيابة عن مرفق الغاز الطبيعي وكذلك عقد إنشاء كنيسة بواسطة إحدى الجمعيات التعاونية الخاصة نيابة عن إحدى الوحدات المحلية^١، وكذلك العقد الذي أبرم بين شركة اقتصاد مختلط صاحبة امتياز وبين أحد المقاولين والمتصل بعملية أشغال عامة على اعتبار أن شركة الاقتصاد المختلط هي نائب عن الدولة.

الفرض الثاني - أن يتم إبرام العقد بواسطة شخص خاص، ولكن آثار العمل تنصرف إلى الشخص الاعتباري العام:

في هذه الحالة لا نكون أمام وكالة أو نيابة بالمعنى المقصود في القانون المدني بل كل ما في الأمر أن الآثار الحقوقية التي سيولدها هذا العقد سوف تنصرف إلى الشخص المعنوي العام.

ويقدّم لنا القضاء الإداري المصري مثلاً يوضح لنا هذه الحالة وبالتالي يمكن القياس عليه في حالات متشابهة. فبما أن وزارة التموين هي المسؤولة عن تنظيم وتداول وتوزيع سلعة الشاي، فإذا حصل وأن عهدت الوزارة بذلك إلى لجنة توزيع الشاي، ثم المعبئين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل السلعة إلى التجار، فإن هذا يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة، وبالتالي فإن العقود التي تبرمها هذه اللجنة هي عقود إدارية حث تغلب فيها المصلحة العامة على المصالح الخاصة

1 - انظر: C. E. 2Juni, 1961 Recveil, p. 2.1 مذكور لدى: د. محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق

الذكر، ص ٢٦ و ٣٨.

التجارية، والحكومة تشرف من خلال وزارة التموين على تنفيذ هذه العقود وتمارس عليها رقابة شديدة، كل ذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة^١.

وأخيراً لا بدّ ونحن بصدد الحديث عن الشرط الأول من شروط العقد الإداري والمتعلق (بأن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام) أن نجيب على السؤال التالي: هل من الضروري أن يكون الطرف الآخر شخصاً من أشخاص القانون الخاص (فرداً طبيعياً كان أم شركة) أم يمكن أن يكون أيضاً شخصاً معنوياً عاماً؟

إن فكرة العقد الإداري بين شخصين اعتباريين من أشخاص القانون العام فكرة واردة من الناحية العملية، ويطلق عليها في ألمانيا عقود التنسيق والتعاون. (Koordinationsrechtliche Verträge) وتختلف عن العقود التي تبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص (فرداً طبيعياً أم شركة) كالعقد الذي تبرمه البلدية مع أحد الأفراد حول استعمال الأموال العامة (رصيف مثلاً) استعمالاً خاصاً. فهذا العقد يعد عقداً إدارياً استناداً إلى المعيار الثلاثي السائد في فرنسا ومصر وسوريا. وهذا النوع من العقود يطلق عليه (Subordinationsrechtliche Verträge)^٢.

والجدير بالذكر أن عقود التنسيق والتعاون في ألمانيا تشبه العقود بالتراضي التي تبرمها الجهات العامة فيما بينها وفقاً للقانون السوري. كالعقد المبرم بين جامعة حلب وجامعة البعث حول تنفيذ برنامج التعليم المفتوح في جامعة البعث لصالح جامعة حلب وهي بحسب موضوعها عقود إدارية.

1 - انظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية عام ١٩٥٦، السنة العاشرة قضائية، منشور بمجموعة الأحكام، السنة الثانية عشرة، ص: ٣٠٧.

مذكور لدى: د. محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق الذكر، ص ٢٧، ٣٨.

2 - انظر: لمزيد من التفاصيل حول موضوع العقود الإدارية في الفقه الألماني:

Maurer, Hartmut, a.a.o., S.358.

المطلب الثاني

تعلق العقد بمرفق عام

لا يكفي لاعتبار عقد ما عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً اعتبارياً من أشخاص القانون العام، سواء أكان هذا شخصاً اعتبارياً عاماً إقليمياً (كالدولة والمحافظات والمدن والبلدان والوحدات الريفية والقرى التي يزيد عدد سكانها عن ٥٠٠٠ نسمة) أم شخصاً اعتبارياً عاماً مرفقياً (كالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة الخاضعة للقانون رقم ٢/ لعام ٢٠٠٥ والهيئات العامة الخاضعة للقانون رقم ٣٢/ لعام ١٩٥٧).

ذلك أن الشخص الاعتباري العام مهما كان نوعه يمكنه أن يبرم أيضاً عقوداً عادية خاضعة لأحكام القانون المدني ويختص بها القضاء العادي، حيث يملك سلطة تقديرية واسعة للاختيار بين وسائل القانون العام ووسائل القانون الخاص، من أجل تحقيق أهدافه المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة.

لذا يشترط لاعتبار العقد إدارياً (إضافة لكون أحد طرفيه شخص معنوي عام) أن يكون متعلقاً بمرفق عام. إلا أن هذا الشرط يعد من الشروط غير الواضحة، فهو يحتاج بالتالي إلى شيء من التفصيل للوقوف على جميع النقاط الغامضة المتعلقة به.

أولاً - تعريف المرفق العام في مجال العقود الإدارية:

اختلف فقهاء القانون العام في تعريفهم للمرفق العام وذلك باختلاف الزاوية التي ينظرون منها إليه. فمنهم من ركّز على الجانب العضوي ومنهم من ركّز على الجانب الوظيفي (النشأطي) ومنهم من جمع بين المعيارين العضوي والوظيفي.

ويُعرّف المرفق العام وفقاً للمفهوم العضوي بأنه منظمة عامة تنشئها السلطة الحاكمة وتكون تحت إشرافها كالجامعات والوزارات ووحدات الإدارة المحلية والمؤسسات العامة.

كما يعرف المرفق العام وفقاً للمعيار الموضوعي (الوظيفي) بأنه النشاط الذي

تتولاه الإدارة والذي تستهدف من خلاله تحقيق النفع العام^١ كمرفق الدفاع ومرفق التعليم ومرفق الصحة.

أما فيما يتعلق بتعريف المرفق العام في مجال العقود الإدارية فلا يمكن الاعتماد على معيار دون الآخر حيث يؤدي الأخذ بمعيار دون الآخر إلى تضيق نطاق هذا النوع من العقود. وقد كان الحل من خلال إعمال المعيار الجامع أي المعيار الذي يجمع بين المدلولين العضوي والوظيفي للمرفق العام.

وعلى هذا يُعرّف المرفق العام بأنه "نشاط تتولاه الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور^٢."

وقد أخذ القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسوريا بالمعيار الجامع حيث عرّفه مجلس الدولة المصري بأنه كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واضطراد مستعيناً بسلطان الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة دون استهداف الربح^٣.

- ونستنتج من التعريفات السابقة أن المرفق العام يقوم على عناصر ثلاثة هي:
- المشروع: الذي يتجلى بجهاز العاملين الذين يعملون وفقاً لإجراءات قانونية معينة عن طريق ما يكون تحت أيديهم من أموال ومعدات.
 - والنفع العام: إذ يجب أن يهدف المشروع إلى تحقيق الصالح العام المتمثل في تقديم خدمة عامة للجمهور (توريد المياه والكهرباء...).

1 - لمزيد من التفاصيل حول تعريف المرفق العام والآراء المختلفة التي ظهرت انظر: كتاب المرافق العامة للدكاترة: إبراهيم الهندي، عيسى الحسن، وسعيد نحيلي، مرجع سابق الذكر، ص ١٨ وما بعد. وانظر: أيضاً: د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية ١٩٩٩، ص ١٦٥.

2 - هذا التعريف يعود للأستاذ الدكتور طعيمة الشرف. انظر: د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، القاهرة ١٩٨٥، ص ٥٣، وانظر: أيضاً د. فؤاد مهنا، القانون الإداري، دار المعارف المصرية ١٩٨١، ص ٤٦٩.

3 - فتوى الجمعية العمومية رقم ٧١/ في ١٩٥٢/٢/٤، الموسوعة، ج ٢٢، ص ١٠٩٨، (مذكور لدى: د. عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ١٦٧).

- الخضوع للسلطة العامة: يجب أن تخضع المشروعات التي تسعى لتحقيق النفع العام للسلطة العامة، وعلى هذا فالمشروع الذي يهدف إلى تحقيق النفع العام لا يعد مرفقاً عاماً إذا كان يعمل وفقاً لأساليب القانون الخاص. فالجمعيات الخيرية والمدارس الخاصة تسعى إلى تحقيق النفع العام ومع ذلك لا تعتبر مرافق عامة كونها مشروعات خاصة تعمل وفقاً لقواعد القانون الخاص.

وقد أخذ القضاء الإداري سواءً في فرنسا أو في مصر أو في سوريا بمفهوم المرفق العام بصورته الموسعة في مجال العقود الإدارية بحيث عدّ العقود التي تبرمها المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية (كالمرافق العامة الصناعية والتجارية والزراعية والمالية) عقوداً إدارية، إذا توافرت فيها بقية الشروط المميزة للعقد الإداري.

وهكذا نجد أن القضاء الإداري أكد في كثير من المناسبات على ضرورة تعلق العقد الذي يبرمه شخص اعتباري من أشخاص القانون العام بنشاط أحد المرافق العامة حتى يعتبر عقداً إدارياً. وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الإداري السورية في القرار رقم ١٣٥/ لعام ١٩٧٧ عندما قضت بأنه "حتى يكون العقد إدارياً يدخل الفصل في المنازعات الناشئة حوله في اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، فإنه يجب أن يتصل بالمرفق العام الذي تقوم عليه الإدارة، أما إذا لم يكن كذلك كما لو تعلق العقد بالقيام بأعمال هي من أعمال الأفراد العاديين كتأجير عقار واستثماره دون أن يتصل ذلك بسير المرفق العام أو يكون لذلك صفة النفع العام، ابتعدت صفة العقد الإداري عن هذه العقود".^١

وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري المصرية أهمية هذا الشرط في حكمها المؤرخ في ١٩٥٧/٢/٢٤ حيث تقول ".... وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية، بل إن المعيار المميز لهذه العقود مما عداها من عقود القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد، بل في موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث

1 - انظر: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في سوريا لعام ١٩٧٧.

تنظيم المرفق وتسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية بظهور نية الشخص المعنوي العام في أن يأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، فيضمّن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص....^١. وهذا ما نجده في حكم المحكمة الإدارية العليا في سوريا في قرارها رقم /٢٥٠/ الطعن /١٢٤/ لعام ١٩٧٦/ حيث جاء فيه " من حيث أن العقود الخارجية التي تبرمها هيئة الحبوب والمطاحن بقصد تسيير مرفق التموين (وهو من أهم المرافق العامة في الدولة) وتوفير البضائع والسلع الاستهلاكية ومستلزماتها تعتبر عقوداً إدارية ومن ثم يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في المنازعات التي تنشأ عنها".

من هذا الحكم نستنتج أن العقد الذي يبرمه شخص اعتباري عام يجب أن يتصل بالمرفق الذي يملكه هذا الشخص بغض النظر عن صورة اتصال العقد بالمرفق والتي تتنوع بتنوع النشاط المرفقي ذاته. فالعقد الذي تبرمه جامعة حلب (وهي شخص اعتباري عام باعتبارها هيئة عامة تخضع لأحكام القانون رقم /٣٢/ لعام ١٩٥٧ إضافة لأحكام قانون إحداثها) مع أحد الأفراد أو الشركات لترميم كلية من كلياتها يعد بالتأكيد عقداً إدارياً، ليس فقط لأن الجامعة (وهي كما ذكرنا شخص اعتباري عام) أحد أطرافه، بل كونه يتعلق بتسيير إحدى المرافق العامة بانتظام واضطراد والمتمثل بمرفق التعليم. وقد نفت محكمة القضاء الإداري في سوريا صفة العقد الإداري عن العقد الذي أبرمه مدير الأوقاف وأحد المتعهدين لإشادة بناء على عقار وقفي على اعتبار أنه لا يستهدف تأمين مرفق عام، وإنما تشييد بناء خاص للأوقاف الإسلامية على عقارين جاربيين بملكها ولغاية تجارية. (محكمة القضاء الإداري القرار ٢٢٧، ٩٢، ١٩٧٣).

والجدير بالذكر أن اتصال العقد بالمرفق العام يأخذ أشكالاً وصوراً مختلفة فما هي هذه الصور؟

١ - وهذا ما أبدته المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها /١١٢/ لعام ١٩٧١، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها هذه المحكمة عام ١٩٧١، ص ٢٠٨.

ثانياً – الصور المختلفة لاتصال العقد بالمرفق العام:

بداية لا بدّ من التأكيد على أن درجة ارتباط العقد الإداري بنشاط المرفق العام تختلف من دولة إلى أخرى وذلك تبعاً للمعيار الذي تعتمده الدولة لتمييز العقد الإداري.

فهناك دول لا تأخذ بمعيار الشروط الثلاثة لتمييز العقد الإداري، بل يكفي من وجهة نظرها بالإضافة إلى ضرورة تحقق الشرط الأول (المتمثل في أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً) توافر أحد الشرطين الآخرين: وهما تعلق العقد بنشاط أحد المرافق العامة أو اتباع أسلوب القانون العام (أي تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص).

فالقضاء الإداري الفرنسي ظل متردداً بين فكرة اتصال العقد بالمرفق العام وفكرة الشروط الاستثنائية. ففي بعض أحكامه نجده قد تبني فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود الأفراد، واعتبر بالتالي العقود التي تبرمها الإدارة والتي تضمنها بعضاً من هذه الشروط عقوداً إدارية دون أن يبذل جهداً للكشف عما إذا كان هذا العقد متصلاً بنشاط أحد المرافق العامة أم لا. فتعلق العقد بمرفق عام يعد من وجهة نظر القضاء الفرنسي شرطاً تمييزياً لا إلزامياً في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد الإداري¹.

ووفقاً للمعيار التمييزي يكون العقد المبرم بواسطة شخص معنوي من أشخاص القانون العام عقداً إدارياً إذا كان موضوعه تنفيذ المرفق العام بواسطة المتعاقد مع الإدارة حتى ولو لم يتضمن أي شرط استثنائي. كما أن العقد الذي تبرمه الإدارة والمتضمن شروطاً استثنائية يعد عقداً إدارياً حتى ولو كان موضوعه ليس متعلقاً بتنفيذ

1 - يستنتج موقف القضاء الإداري الفرنسي من خلال حكم الزوجين BERTIN في ٢٠/٤/١٩٥٦ حيث اعتبر مجلس الدولة العقد المبرم بين الإدارة وبين الزوجين Bertin والذي بمقتضاه يقوم الزوجان بتوريد الأغذية للرعايا السوفييت المهاجرين إلى فرنسا بسبب ظروف الحرب مقابل مبلغ محدد عقداً إدارياً لأن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتنفيذ موضوع من موضوعات المرفق العام.

انظر: René chapus, Droit administratif général, T.I, Paris, Montchrestrien,

1988, p366. (مذكور لدى: د. عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ١٧٣).

المرفق العام.

أما في مصر فإن القضاء الإداري يستلزم دائماً اقتران شرط تعلق العقد بالمرفق العام بشرط تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود الأفراد وبدرجة متساوية لاعتبار العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام عقداً إدارياً. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها قائلة: إن "المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة هو موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام.... مشتركاً في ذلك وعلى درجات متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة في العقد"^١.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة بأن العقد المبرم بين الإدارة والمدعية والذي التزمت بمقتضاه هذه الأخيرة بأن تلتحق بخدمة المستشفى التابعة لها لمدة خمس سنوات التالية لإتمام دراستها مقابل أن تلتزم الإدارة بتحمل نفقات تعليمها، يعتبر عقداً إدارياً على أساس أن هذا الشرط يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود الأفراد وبالتالي فإن العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية لجهة اتصاله بمرفق عام (مرفق العلاج) وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمن من شروط استثنائية"^٢.

وهذا الموقف هو الذي يتبناه القضاء الإداري السوري حيث أكدت كل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في كثير من أحكامهما على ضرورة الأخذ بالمعيار الثلاثي لتمييز العقد الإداري عن العقد المدني^٣.
وينجم عن اختلاف وجهة نظر القضاء الإداري الفرنسي عن وجهة نظر

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية - السنة الخامسة عشر - قضية رقم ١١٨٤ لسنة ١٤/ قضائي بتاريخ ١٩٦١/٦/٢٥ - بند ١١٩ - ص ٢٧٠.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠) الجزء الثاني: طعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١/ قضائي تاريخ ١٩٦٧/١٢/٣٠ - ص ١٨٣٢ (مذكور لدى: د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية)، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

3 - انظر: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في سوريا مجموعة عام ١٩٧١، ص ٢٠٨. وانظر: أيضاً قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٢٠/ في الطعن ٤٥٠ لعام ١٩٧٧.

القضاء الإداري المصري والسوري بخصوص شرط اتصال العقد بنشاط مرفق عام اختلاف درجة اتصال العقد بالمرفق العام. ففي فرنسا يجب أن يكون هذا الاتصال على درجة عالية من القوة، نظراً لاعتبار القضاء الإداري الفرنسي شرط تعلق العقد بالمرفق العام شرطاً تخبيرياً إلى جانب فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود الأفراد.

وهذه الدرجة العالية من المتانة في اتصال العقد بالمرفق العام يفسرها القضاء الإداري الفرنسي بفكرة التنفيذ المباشر لموضوع المرفق ذاته، حيث أن مجرد تقديم الوسائل اللازمة لتنفيذ المرفق العام أو مجرد الاشتراك في تنفيذه لا ينطويان على فكرة التنفيذ المباشر المشار إليها أعلاه، بل يقصد بالتنفيذ المباشر لموضوع العقد نفسه التكفل بإدارته وتنظيمه¹.

بيد أن الاعتماد على فكرة التنفيذ المباشر قد أدى إلى التضيق من نطاق العقود الإدارية القائمة على معيار اتصال العقد بمرفق عام، ذلك أن الحالات العملية التي تعهد فيها الإدارة إلى شخص بالتنفيذ المباشر للمرفق ذاته تعدّ قليلة نسبياً، الأمر الذي أدى إلى الاعتماد على فكرة الشروط الاستثنائية أكثر من فكرة اتصال العقد بنشاط

1 - يُصورُ حكم /Bertin/ مضمون فكرة تنفيذ مرفق عام على هذا النحو: إن وزير قدامى المحاربين عندما أنشأ مركز استضافة رعايا الحلفاء بعد الحرب تمهيداً لترحيلهم إلى بلادهم كان يستطيع أن يحتفظ لنفسه بالإدارة الكاملة للمركز وأن يتعاقد مع الموردين على إرسال الأغذية إلى المركز ومع بعض المستخدمين لتقديمه إلى الرعايا، وفي مثل هذه الحالة كانت تلك العقود ستعتبر من عقود القانون الخاص. أما وقد فضّل الوزير أن يتخلّى عن هذه المهمة كلية وعهد بها إلى السيد Bertin وزوجته في مقابل مالي، فإن ذلك يعني أنه قد عهد إليهما ليس فقط بمجرّد تقديم الوسائل اللازمة لتنفيذه وإنما أيضاً بمهمة تنظيمه وإدارته والتي تكون جوهر المرفق ذاته.

وفي حكم آخر أصدره مجلس الدولة الفرنسي في قضية Gomdrand بين مفوض الدولة الفرق بين التنفيذ المباشر l'exécution directe للمرفق ذاته وبين مجرد المشاركة بتنفيذه بقوله: "إن العقد محل النزاع يتصل بمصلحة عامة ولكن لا يعهد إلى الشركة المدعية بالتنفيذ المباشر للمرفق نفسه. فالشركة تقوم بأعمال تفرغ البضائع وتخليص الرسوم الجمركية ونقلها إلى محطات السكك الحديدية ويقف دورها عند هذا الحد". (مذكور لدى: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص ٢٩٧).

مرفق عام لتحديد طبيعة العقد الإداري¹.

كما أن الاعتماد على فكرة التنفيذ المباشر للمرفق العام ذاته يؤدي إلى خروج عقود التوريد وعقود تقديم الخدمات (وهي عقود متعلقة بإشباع حاجة من حاجات المرفق العام) من نطاق العقود الإدارية، إذا لم تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

أما القضاء الإداري المصري فقد حاول تجنب هذه الإشكاليات التي نجمت عن اعتبار القضاء الفرنسي لشرط اتصال العقد بنشاط مرفق عام شرطاً تمييزياً بينه وبين تضمين العقد شروطاً استثنائية، وذلك من خلال اعتماد فكرة المعيار الجمعي بين الشروط الثلاثة. فتعلق العقد بنشاط مرفق عام يعد شرطاً ضرورياً وحتمياً وفقاً للقضاء المصري ولا يعني عنه تضمين العقد الذي تبرمه الإدارة شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ينجم عن ذلك أن القضاء الإداري المصري - وهذا ما يتبناه القضاء الإداري السوري أيضاً - لم يتطلب أن تكون درجة اتصال العقد بمرفق عام على نفس الدرجة من المتانة - كما هو عليه الحال في فرنسا - نظراً لأن فكرة اتصال العقد بمرفق عام مهما بلغت من المتانة تعد شرطاً لازماً ولكنه غير كافٍ لاعتبار عقد ما عقداً إدارياً، بل لا بدّ أن تقترن بفكرة الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص وبدرجة متساوية معها.

فطالما الحال كذلك فليس هناك من مبررٍ للتشدد بفكرة اتصال العقد بمرفق عام إذ أنه لو فرضنا أن هذا الاتصال قد توفّر بأفضل صوره في عقد من العقود وانتفى الشرط الثالث المتمثل في الشروط الاستثنائية غير المألوفة، فلا نكون أمام عقد إداري. وإذا عدنا إلى الصور المختلفة لاتصال العقد بمرفق عام، نجد أن هذا الاتصال يمكن أن يأخذ حسب القضاء الإداري المصري والسوري الصور التالية:

1 - وهذا هو الوضع القائم فعلاً من الناحية العملية بحسب رأي الفقيه Vedel.

انظر: (G. Vedel, Droit administratif, op. cit., p. 209). (مذكور لدى: د. محمد فؤاد عبد

الباسط، مرجع سابق، ص ٢٩٨).

١- فقد يأخذ العقد صورة إنشاء مرفق عام أو تجديده، والمثال على ذلك هو عقد الأشغال العامة.

٢- وقد يأخذ العقد صورة تنظيم واستغلال وإدارة مرفق عام كما هو الحال بالنسبة لعقد الامتياز.

٣- وقد يكون اتصال العقد بمرفق عام على شكل تسيير المرفق مثل عقود التوريد أو عقود تقديم الخدمات^١. فهذه العقود جميعها تتصل بنشاط مرفق عام ما، ومع ذلك لا تعتبر عقوداً إدارية إذا خلت من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص كما سبق وأكدنا.

أخيراً لا بدّ أن نذكر أن شرط اتصال العقد بمرفق عام كشرط من شروط اعتبار عقد ما عقداً إدارياً بحسب رأي مجلس الدولة المصري والسوري إنما يعد واحداً لا يختلف باختلاف طبيعة المرفق هل هو مرفق عام تقليدي (كمرفق الدفاع والشرطة والتعليم) أم مرفق عام حديث اقتصادي (كمرفق توريد الكهرباء والمياه والغاز والبريد والمواصلات).

وتجدر الإشارة إلى أن العقود التي تبرمها المرافق الصناعية والتجارية في تعاملها مع المنتفعين بخدماتها لا تعد عقوداً إدارية، لأنها لا تتصل بأي صورة من الصور التي ذكرناها سابقاً بنشاط المرفق العام، بل يتعلق الأمر بتسويق منتجات هذه المرافق لا بكيفية تنظيمها وإدارتها كالعقد المتعلق بإنشاء مساكن عادية للعسكريين ولا يتعلق بإشادة منشآت عسكرية يدخل إنشاؤها في أعمال مرفق الدفاع (محكمة القضاء الإداري السورية: القرار /٢٣٤/ القضية ٢٢٧ لعام ١٩٧٧).

1 - لمزيد من التفاصيل حول ماهية هذه العقود راجع الفصل المتعلق بصور من العقود الإدارية وأهمها:

- عقد امتياز المرافق العامة.
- عقد الأشغال العامة.
- عقد التوريد.
- عقد القرض العام.
- عقد إيجار كافيتيريا أو مقصف تابع لإحدى الجهات الإدارية.
- عقد تقديم الخدمات (تلفون - نظافة..... إلخ).

وتطبيقاً لذلك عدَّت المحكمة الإدارية العليا المصرية عقد تركيب واستعمال الهاتف الموقع بين مؤسسة الاتصالات (وهي مرفق عام اقتصادي) وبين الأفراد بقصد الاستفادة من خدمات هذا المرفق عقداً عادياً (مدنياً) على اعتبار أنه لا يتصل بنشاط المرفق بأي صورة من الصور التي ذكرناها أعلاه (أي لا تنظيمياً ولا تسييراً ولا استغلالاً) فهو يخضع إذاً للأصل المقرر في شأن العقود التي تنظم بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين من خدماتها، أي أنها من روابط القانون الخاص لانتقاء مقومات العقود الإدارية عنها^١.

ويطلق على تلك العقود عادة عقود إذعان. حيث يشترط لاعتبار العقد عقد إذعان أن يتعلق بسلع ومرافق ضرورية وأن يصدر الإيجاب من محتكر لها وأن يوجَّه الإيجاب إلى الجمهور على نمط واحد وبشكل دائم. وهذه الخصائص تتوافر في العقود التي تبرمها شركة الكهرباء مع أحد المشتركين^٢.

المطلب الثالث

تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص

في الحقيقة إن قيمة هذا الشرط تختلف من دولة إلى أخرى. ففي فرنسا مثلاً يعد هذا الشرط شرطاً تخييراً بينه وبين اتصال العقد بنشاط إحدى المرافق العامة على أن يكون هذا الاتصال على درجة عالية من القوة تصل إلى حد التنفيذ المباشر والإدارة المباشرة لأحد المرافق العامة.

فكما سبق ورأينا فإن مجلس الدولة الفرنسي عدَّ في حكم (Bertin) العقد الذي أبرمته إدارة مركز إيواء وترحيل السوفييت مع الزوجان (Bertin) بتقديم الغذاء الكامل للرعايا مقابل أجر معيَّن عقداً إدارياً كونه يتعلق بتنفيذ المرفق العام ذاته، رغم

1 - مذكور لدى د. ماجد الحلو، القانون الإداري، ١٩٨٣، ص ٥٢١.

2 - انظر: المحامي عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الأول، دمشق ١٩٩٢، ص ٦٨.

غياب أي شرط غير مألوف في عقود القانون الخاص. أما إذا أخذ اتصال العقد بمرفق عام ما شكلاً ضعيفاً كأن تكون الغاية منه الإسهام والمشاركة في تسيير المرفق العام، فلا بديل عندئذٍ عن فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص.

أما في مصر وسوريا فقد أكدَّ القضاء الإداري في أكثر من حكم على ضرورة توافر الشرطين وبنفس الدرجة والقيمة (أي لا يكفي أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام مهما كانت صورة ودرجة هذا الاتصال) بل يجب أن تضمَّنه الإدارة شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وهكذا نجد أن لهذه الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص قيمتها (سواءً في فرنسا أو في مصر أو في سوريا) في نطاق العقود الإدارية، بل تعد الشرط الحاسم في هذا المجال. لذا لابدَّ من تعريف هذه الشروط وتحديد طبيعتها القانونية وكذلك تحديد آليات وضعها.

أولاً - تعريف الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص:

في ظل غياب تعريف قانوني جامع مانع لاصطلاح الشروط الاستثنائية غير المألوفة، نجد أن هناك ثمة صعوبات تعترضنا في تحديد مضمون هذه الشروط... لذلك يمكننا القول: إنه من السهل تعداد بعض الأمثلة حول هذه الشروط، ولكنه من الصعب وضع تعريف جامع مانع لها. ومع ذلك فقد بذل الفقه والقضاء جهوداً مكثفة من أجل تعريف الشروط الاستثنائية.

فقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها تلك الشروط التي تمنح المتعاقدين حقوقاً أو تضع عليهم التزامات غريبة عن تلك التي يمكن أن يقبلها من يتعاقد في نطاق الحقوق الخاصة.

أما الفقه الفرنسي فقد أتى بدوره بعدة محاولات لتعريف الشروط الاستثنائية. فيعرفها الفقيه (M.Rene chapus) بأنها تلك الشروط التي تكون غريبة بحكم طبيعتها في علاقات الأفراد لأنها تؤدي إلى عدم المساواة بين المتعاقدين إذ تعطي الشخص العام وضعاً متميزاً في مواجهة المتعاقد الآخر."

ويعرف الفقيه (J. Rivero) الشرط الاستثنائي غير المألوف بأنه ذلك الشرط

الذي يتجاوز مبدأ الحرية التعاقدية، و يمنح أحد الطرفين حقوقاً أو يحمله بالتزامات لا يتصور أن توجد في عقد القانون الخاص، إما لاصطدامها بفكرة النظام العام بحسب مفهومها في نطاق العلاقات الخاصة فتكون غير مشروعة في إطار هذه العلاقات، وإما لأنها نادرة ما توجد في عقود الأفراد لأنها تهدف إلى تحقيق نفع عام وليس نفع خاص^١.

وأمام عدم الاتفاق على وضع تعريف محدّد للشروط الاستثنائية نظراً لصعوبة هذه المهمة، حيث أن التعريف يجب أن يكون جامعاً مانعاً، فإن أي تعريف للشروط الاستثنائية مهما كان دقيقاً، فإنه لن يشمل جميع الشروط الاستثنائية التي يمكن أن يتضمنها العقد، لذلك فإننا نؤيد الرأي الذي يقول بأن اعتبار شرطاً ما شرطاً استثنائياً إنما هو مسألة موضوعية يعود لقاضي الموضوع تحديدها، مستهدياً في ذلك ببعض القرائن التي تعطي امتيازات للإدارة.

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الشروط الاستثنائية بأنها الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها. وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة^٢.

وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا المصرية مبدأ إخضاع العقد لقواعد القانون الإداري في العديد من أحكامها. من ذلك حكمها الصادر في ١٣/٥/١٩٦١ الذي قضت فيه بأنه من المسلم به أن العقد الإداري يتميز باحتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية.

ثانياً – الصور الأساسية للشروط الاستثنائية:

وإذا عدنا إلى مجمل الآراء السابقة نستطيع أن نستخلص تقسيمات رئيسية للشروط الاستثنائية. وقد درج أغلب الكتاب إلى تقسيم الشروط الاستثنائية إلى

-
- ١ - هذه التعاريف مذكورة (لدى د. عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ١٨٢). وانظر: أيضاً: د. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٢.
 - ٢ - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في ١٩٦٣/٢/٢٥، مجموعة الأحكام، ص ١٢٢٥. مذكور لدى: محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

صورتين أساسيتين هما:

١ - الشروط المنطبقة بطابع السلطة العامة:

تعد هذه الشروط غريبة على علاقات القانون الخاص لأنها تمنح الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها من ناحية ولأنها تمنح المتعاقد مع الإدارة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير من ناحية ثانية. ومن خصائص هذه الصورة من الشروط الاستثنائية نذكر أنها تعتبر باطلة إذا تضمنتها عقود القانون الخاص.

أ- الشروط التي تمنح الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد:

"Clauses se rattachant aux prerogative de puissance public"

تستطيع الإدارة بمقتضى هذه الشروط أن تفرض على المتعاقد معها التزامات عديدة تؤدي إلى الإخلال بمركزه التعاقدية. ومن هذه الشروط نذكر: حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة وحققها في الإشراف والرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد وحققها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وحق الإدارة في التدخل بين المتعاقد ومستخدميه وعماله كتحديد الأجور الخاصة لهم وتنظيم أوقات وساعات العمل.

والجدير بالذكر فإن هذه الشروط لا تظهر فقط أثناء تنفيذ العقد، بل قد تظهر أيضاً عند إبرام العقد حيث أن الكثير من كراسات الشروط تتضمن شرطاً يقضي بأن يبقى المشترك في المناقصة ملتزماً بإيجابه بمجرد تقديمه ولا يستطيع العدول عنه حتى يتم إرساء المناقصة، في حين أن الإدارة لا ترتبط بالمناقصة إلا بعد تصديقها، وقد لا ترتبط إطلاقاً، أي أنها قد تلغي المناقصة.

وكما نلاحظ فإن هذه الشروط من الأهمية بمكان وهي التي تساعد الإدارة على تحقيق واجباتها في تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

1 - انظر: د. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري، دار النهضة العربية (القاهرة) ١٩٩٥، ص ١٣٣، ود. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٦.

ب- الشروط التي تخول المتعاقد سلطات في مواجهة الغير:

"Clauses confirant au cacontractact des pouvoir sur les tiers"

في هذا النوع من الشروط نلاحظ أن المتعاقد يحصل على تفويض من الإدارة يخوله ممارسة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير، أي في مواجهة جميع الأشخاص الذين هم خارج العملية العقدية خلافاً للنوع السابق من الشروط التي تخول الإدارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد نفسه.

وتعد هذه الشروط غريبة عن العقود التي تبرم بين الأفراد حيث إنه من المعروف أن الإدارة هي وحدها التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة، وبالتالي فإن الشروط التي تفرضها تعد غير مألوفة بل مستحيلة التحقق في عقود الأفراد فيما بينهم^١.

وإذا حاولنا ذكر بعض الأمثلة عن هذه الشروط نجد أنها تختلف باختلاف العقد الإداري، ففي عقد الالتزام هناك أمثلة عديدة عن الشروط التي تخول المتعاقد سلطات في مواجهة الغير نذكر منها: الشروط التي تمنح الملتزم حق تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق العام أو حق ممارسة بعض السلطات الضابطة تجاه المنتفعين أو حق نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة لتسيير المرفق محل الالتزام أو حق الانتفاع بالارتفاق.

أما في عقود الأشغال فهناك الكثير من الشروط التي تخول المتعاقد حقوقاً ضد الغير أهمها: وضع اليد على العقارات الخاصة وشغلها لفترة زمنية قصيرة أو حتى سلطة الاستيلاء الجبري على بعض المنقولات إلى ما هنالك من شروط أخرى.

أخيراً لا بد من القول: إن هذه الشروط التي تخول المتعاقد سلطات في مواجهة الغير تلتقي مع الشروط المقررة لمصلحة الإدارة من حيث هدفها ومؤداها الذي يكمن في وضع مبدأ استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد موضع التطبيق الفعلي.

1 - انظر: د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية ١٩٦٦، ص ١٥١.

٢- الشروط التي لا تتضمن مظاهر السلطة العامة ولكن تعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص:

تختلف هذه الشروط عن الشروط المنطبقة بطابع السلطة العامة بأنها غير مستحيلة التحقق في عقود القانون الخاص، أي يمكن للأفراد أن يضمّنوها في عقودهم، غير أنها غير مألوفة الاتباع في العلاقات الفردية لأنها تشكل إخلالاً بقاعدة المساواة بين المتعاقدين وتجعل مركز المتعاقدين غير متكافئ. وقد درج الفقه على تقسيم هذه الصورة من الشروط إلى نوعين:

أ. الشروط التي لا يمكن تفسيرها إلا في ضوء نظريات القانون العام:

وأهم هذه الشروط تلك التي تحيل إلى النظرية العامة للعقود الإدارية كالشروط التي تعد تطبيقاً لنظرية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري^١.

ومن ذلك أيضاً الشروط التي تمنح المتعاقد ضمانات ضد الاستعمال التعسفي، وكذلك الشروط المتعلقة بتعديل الثمن وفقاً لقواعد معينة في حالة تقلب الأسعار نتيجة ظروف اقتصادية غير متوقعة، وهي شروط لا يمكن تفسيرها إلا استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي^٢.

ب. الشروط التي تتضمن الإحالة إلى أحد دفاتر الشروط العامة والشروط الخاصة بتحديد جهة الاختصاص القضائي:

• الإحالة إلى أحد دفاتر الشروط العامة:

يقصد بدفاتر الشروط العامة تلك التي تعدها الإدارة مسبقاً وهي تتضمن شروطاً موحدة تنطبق على العديد من العقود الإدارية. فإذا حصل وأحال العقد إلى أحد هذه الدفاتر فهل تعد الإحالة شرطاً استثنائياً تكفي لوصف العقد بأنه إداري؟

إذا كان العقد خالياً أساساً من أي شرط استثنائي فإن طبيعته تتوقف على نوعية الشروط التي تتضمنها الدفاتر المحال إليها. فإذا تضمنت هذه الدفاتر شروطاً استثنائية،

1 - انظر: د. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٨٩.

2 - انظر: د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص ١٥٢.

اعتبر العقد إدارياً، أما إذا خلت الدفاتر من أحد الشروط الاستثنائية، فإن الإحالة إلى هذه الدفاتر لا تضيف لذاتها على العقد الصفة الإدارية.

• الشروط التي تجعل اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن العقد للقضاء الإداري:

هنا يجب التفريق بين فرضين اثنين:

الأول: أن تكون طبيعة العقد واضحة ومتفقة مع جهة الاختصاص القضائي هنا لا قيمة للشرط المدرج بخصوص الجهة القضائية المختصة.

الثاني: أن تكون طبيعة العقد واضحة ولكنها غير متفقة مع قواعد الاختصاص القضائي. هنا أيضاً لا قيمة للشرط المتعلق بالاختصاص القضائي لتحديد طبيعة العقد كون قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها.

بمعنى: إذا كان العقد إدارياً بطبيعته فإن القضاء المختص بالمنازعات الناجمة عنه هو القضاء الإداري، أما إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة، فإن الشرط المتعلق بالاختصاص القضائي ليس له قيمة مطلقة لتحديد طبيعة العقد بل ينظر إليه كقرينة تضاف إلى قرائن أخرى لتحديد طبيعة العقد. وهذا الاتجاه يتبناه القضاء الإداري الفرنسي^١.

فبتحديد الجهة القضائية للفصل في المنازعات الناجمة عن عقد ما لا يعد معياراً حاسماً في تحديد طبيعة العقد، لأن العبرة بالخصائص الذاتية للعقد^٢. فإذا تبين أن العقد من حيث خصائصه الذاتية عقداً إدارياً، فإن القضاء المختص للفصل في المنازعات التي تنشأ عنه هو القضاء الإداري بقوة القانون. وقد سار المشرع السوري على هذا النهج من خلال نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥/ لعام ١٩٥٩ التي منحت الاختصاص للقضاء الإداري للفصل في المنازعات التي تنجم عن تنفيذ

1 - مذكور لدى د. محمد عبد الواحد الجميلي، مرجع سابق، ص ١٤٤.

2 - د. عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ١٨٦؛ انظر: أيضاً: د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٠١ (هامش ٣).

عقود الأشغال العامة أو الالتزام أو التوريد أو أي عقد إداري آخر.

وقد أكدَّ المشرِّع السوري على اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية من خلال نص المادة /٦٦/ فقرة /أ/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة حيث جاء فيها " القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد.

والمقصود بالعقد هنا العقد الذي تبرمه الإدارة مع المتعهدين بعد إجراء المناقصات أو طلب العروض أو لدى اللجوء إلى التعاقد بالتراضي. وهو من حيث الماهية مجموعة الأحكام التي يرتبط بها كل من المتعهد والجهة العامة بما في ذلك دفاتر الشروط العامة والخاصة وسائر الجداول والوثائق المتعلقة بالعقد^١.

ملخص الفصل الأول

يختلف العقد الإداري عن العقد العادي من خلال استناد الأول على عدة عناصر ومقومات وإن كان هناك اختلاف بهذا الشأن بين دولة وأخرى. وبشكل عام يُعرّف العقد الإداري بأنه اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام (كالدولة أو إحدى وحدات الإدارة المحلية أو إحدى المؤسسات العامة أو إحدى الهيئات العامة) مع شخص آخر من أشخاص القانون الخاص (الطبيعيين أم الاعتباريين) أو العام بهدف تسيير وإدارة إحدى المرافق العامة على أن تقوم الإدارة بتضمين هذا الاتفاق شروطاً استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.

من هذا التعريف نستطيع أن تستنتج العناصر الأساسية للعقد الإداري وهي:

- ١- أن يكون أحد طرفيه على الأقل شخص اعتباري عام.
- ٢- أن يتعلق موضوع العقد بإدارة أو تنظيم أو تسيير أو تنفيذ مرفق عام.

^١ - انظر: نص المادة (١) فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

٣- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.
وقد تبين لنا لدى شرح هذه المقومات أن هناك حالات دقيقة وفرضيات مختلفة
يمكن أن ينظر إليها على أنها تشكل استثناءات على الشروط العامة. ومن أهم هذه
الفرضيات التي تمت مناقشتها:

- مدى جواز قيام المؤسسات الخاصة ذات النفع العام بإبرام عقود إدارية.
- مدى جواز قيام أحد أشخاص القانون الخاص (فرد أو شركة) بإبرام عقود إدارية
إذا كان وكيلاً عن الشخص الاعتباري العام.



أسئلة عن الفصل الأول

- س١: بيّن مع التعليل صحة أو خطأ العبارات التالية:
- أ- تُعدّ العقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون الخاص نيابة عن أحد الأشخاص
الاعتبارية العامة عقوداً إدارية.
 - ب- جميع العقود التي تبرمها الإدارة مع أشخاص القانون الخاص تعد عقوداً
إدارية.
 - ج - لا يوجد أي اختلاف بين النظم القانونية حول ضرورة توافر الأركان الثلاثة
في أي عقد إداري.
- س٢: ما هي الصور الأساسية للشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص؟



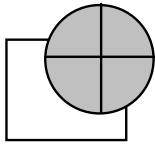
الإجابة النموذجية للسؤال الأول

العبارة (أ): صح. وذلك استناداً إلى نظرية الوكالة حيث أنه من المعروف أن آثار عقد الوكالة سوف تنصرف إلى الأصيل.

العبارة (ب): خطأ. فقد تتنازل الإدارة بمحض إرادتها عن صفتها كسلطة عامة وتبرم عقوداً عادية كتلك التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، كالعقد الذي تبرمه المؤسسة العامة للاتصالات مع أحد المنتفعين، وبشكل عام جميع العقود التي يكون موضوعها إدارة أملاك الدولة الخاصة.

العبارة (ج): خطأ. فالقانون الفرنسي ينطلق من ضرورة توافر الشرط الأول (أي أن تكون الإدارة طرفاً بالعقد) أما الشرطين الآخرين فعلاقتهم مع بعضهما علاقة تخييرية، فيكفي أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام أو أن يكون متضمناً شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.





الفصل الثاني

صور هامة من العقود الإدارية

❖ الأهداف التعليمية:

عند الانتهاء من دراسة هذا الفصل يجب أن يكون الدارس قادراً على أن:

- ١- يعدد بعض الصور التي يمكن أن تأخذها العقود الإدارية
- ٢- يشرح شروط عقد الأشغال العامة
- ٣- يعرف عقد الالتزام ويذكر خصائصه
- ٤- يفرّق بين النصوص التعاقدية والنصوص اللائحية في عقد الالتزام
- ٥- يوضح آثار كل من عقد الأشغال العامة وعقد الالتزام
- ٦- يوضح كيف يتم تنظيم الرقابة على الجهة المانحة للالتزام
- ٧- يحدّد ماهية وشروط عقد التوريد
- ٨- يعرف عقد التوريد الإداري وعقد النقل وعقد تقديم الخدمة.

❖ محتويات الفصل الثاني:

المبحث الأول: عقد الأشغال العامة

المبحث الثاني: عقد الالتزام

المبحث الثالث: عقد التوريد الإداري

المبحث الرابع: عقد النقل

المبحث الخامس: عقد تقديم المعاونة

المبحث السادس: عقد القرض العام

المبحث السابع: عقد الإيجار الإداري

❖ ملخص الفصل الثاني.

الفصل الثاني

صور هامة من العقود الإدارية

نظراً للطابع العملي المتطور الذي تتمتع به العقود الإدارية فإنه من الصعب حصر صور العقود الإدارية بشكل دقيق. فالعقود الإدارية تتنوع بتنوع الموضوعات التي يمكن أن تنظمها هذه العقود: كالأشغال العامة والتوريد، والقرض العام، والنقل.... إلخ.

وعلى الرغم من إمكانية تقسيم العقود الإدارية وفقاً للطريقة المتبعة في القانون المدني كتقسيمها إلى عقود مسماة وأخرى غير مسماة، وعقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد من جهة أخرى. فإن هذا التقسيم منتقد كونه لا يتفق مع ذاتية واستقلال القانون الإداري^١.

لذا فإننا نشاطر الرأي الذي ينطلق من تقسيم العقود الإدارية إلى قسمين رئيسيين هما^٢:

- عقود إدارية بطبيعتها: فالصفة الإدارية لهذه العقود تستمد من طبيعتها، فهي عقود إدارية بشكل دائم نظراً لتوافر معيار تمييز العقد الإداري فيها. وأهم هذه العقود نذكر: عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد شغل الأموال العامة.

- عقود إدارية بنص القانون: فهذه العقود لا تعد إدارية إلا إذا نصَّ القانون على اعتبارها كذلك. ومثالها: عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام وعقد بيع لأموال الدولة في فرنسا. وفي سوريا فقد عدَّ القانون السوري عقود الأشغال العامة وعقود الالتزام والتوريد عقوداً إدارية من خلال المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم

1 - انظر: هذا المعنى: د. عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص ١٠٩.

2 - د. عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص ١٠٩.

٥٥/ لعام ١٩٥٩. غير أن هذا التعداد لم يأت بجديد حيث تعد هذه العقود إدارية بطبيعتها وفقاً لما هو سائد في معظم دول العالم.

ومهما يكن من أمر في شأن هذا التقسيم فإننا سوف نحاول التعريف ببعض العقود الإدارية الأكثر انتشاراً.

وسيكون التركيز على العقود الواردة في المادة ١٠/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم ٥٥/ لعام ١٩٥٩ وأهمها عقود الأشغال والالتزام والتوريد بالإضافة إلى التعريف ببعض العقود الأخرى غير المسماة والتي ظهرت نتيجة التطور الملحوظ في وظائف الإدارة وتشعب هذه الوظائف.

وعلى ذلك سوف نتعرض بالدراسة إلى العقود الإدارية التالية:

١- عقد الأشغال العامة.

٢- عقد الالتزام.

٣- عقد التوريد الإداري.

٤- عقد النقل.

٥- عقد تقديم المعاونة.

٦- عقد القرض العام.

٧- عقد الإيجار الإداري.

المبحث الأول

عقد الأشغال العامة

ذهب جمهور الفقه^١، وفقاً لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري، إلى أن عقد الأشغال العامة، هو اتفاق بين شخص معنوي عام مع أحد أشخاص القانون

١ - انظر: في تعريف عقد الأشغال العامة على سبيل المثال: سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - ١٩٩١ - ص ١٢٥،

الخاص أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، من أجل تنفيذ أشغال على عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبهدف تحقيق المصلحة العامة، مقابل ثمن يحدد في العقد.

وقد توسع القضاء في تحديد مفهوم عقد الأشغال العامة، ولم يقتصر التوسع على مفهوم العناصر المميزة للعقد، التي بينها التعريف السابق وإنما امتد إلى نطاق عقد الأشغال العامة ذاته.

ويتضح من التعريف السابق، أن عقد الأشغال العامة يشتمل على ثلاثة عناصر وهي:

- ١- موضوع الأشغال ينصب على العقارات.
 - ٢- استهداف الأشغال تحقيق منفعة عامة.
 - ٣- تنفيذ الأشغال لحساب شخص عام.
- وستتناول هذه العناصر بما يقتضيه المقام من تفصيل، لنبين مدى توسع القضاء في مدلول عقد الأشغال العامة.

أولاً - موضوع الأشغال ينصب على العقارات:

إن فكرة الأشغال العمومية متصلة اتصالاً وثيقاً بالعقارات، فقيام المتعهد ببناء أو صيانة أو ترميم مباني أو منشآت ثابتة لحساب إحدى الجهات الإدارية مقابل ثمن متفق عليه، هو عقد أشغال عمومية، وقيام شركة مساهمة بإنشاء خزان أو جسر أو مصرف هو عقد أشغال عامة، ولكن اتفاق الحكومة مع شركة ما على بناء سفينة لا يعتبر من الأشغال العامة، بل هو عقد مقاوله موضوعه منقول لا عقار.

ويستوي أن تنصب الأشغال العامة على عقار بالطبيعة، مثل بناء الجسور والمستشفيات العامة والمطارات، أو عقاراً بالتخصيص كإقامة خطوط الهاتف والكهرباء. أما إذا كان موضوع العقد منقولات، ولو كانت مملوكة للإدارة ومهما كانت

ضخامتها أو أهميتها، فلا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة ولو اعتبر عقداً إدارياً، مثل بناء قاعدة متحركة للطائرات.

وقد توسع القضاء الإداري في فكرة الأشغال العامة، وأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالعقارات، مثل صيانة وتنظيف الطرق العامة، وأعمال الهدم، وردم المستنقعات، وذلك دون أن يأخذ بالاعتبار أهميتها وصفتها الدائمة أو المؤقتة.

ثانياً – استهداف الأشغال تحقيق منفعة العامة¹:

ارتبطت الأشغال العامة وفقاً للقضاء الفرنسي التقليدي بالمصلحة العامة، واعتبرت أشغالات عامة، الأعمال التي تنفذ على عقارات لحساب شخص معنوي عام بهدف المصلحة العامة. ولكن القضاء الفرنسي الحديث أوجد مفهوماً جديداً للأشغال العامة، فأضفي الصفة العامة على الأعمال التي ينفذها شخص عام على عقارات مملوكة لحساب شخص خاص، من أجل تنفيذ مهمة المرفق العام.

وارتبطت الأشغال العامة لفترة من الزمن في القضاء الفرنسي بفكرتي المرفق العام والأموال العامة، ولكن سرعان ما تم الفصل بين مفهوم الأشغال العامة وكل من مفهومي الأموال العامة والمرفق العام، وتقلدت صفة الأشغال العامة، الأعمال التي تنفذ على عقار لحساب شخص عام في سبيل المنفعة العامة:

أ- استقلال الأشغال العامة عن الأموال العامة²:

أقر القضاء الإداري الفرنسي وصف الأشغال العامة للأعمال التي تجرى على عقارات تدخل في نطاق الأموال العامة للدولة، مثل الطرق العامة والسكك الحديدية، بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل في نطاق الأموال الخاصة للدولة، لما اعتبر العقد إدارياً. ومن ثم لا تعتبر الاتفاقات التي تجرى بشأنها من عقود الأشغال العامة.

ولكن هذه الرابطة بين الأشغال العامة والأموال العامة انفصمت بقرار محكمة

1 - د. سليمان الطاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٩.

2 - من المعروف أن أموال الدولة تقسم إلى نوعين: أموال الدولة العامة وأموال الدولة الخاصة. لمزيد من

التفصيل انظر: د. الهندي، الحسن، نحيلي، مرجع سابق، ص ١٢٥ وما بعد.

التنازع الفرنسية عام ١٩٤٢، الذي جاء فيه "من حيث أن الضرر المدعى به يرجع إلى إهمال في صيانة دار القضاء، وهي مخصصة لمرفق العدالة أي لتحقيق مصلحة عامة، فإن الدعوى تدخل في اختصاص مجلس المديرية، باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة، دون حاجة للبحث فيما إذا كان المبنى يدخل في نطاق الأموال العامة أو الخاصة، لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة"^١.

وترتب على ارتباط الأشغال العامة بالمنفعة العامة وانفصالها عن الأموال العامة اتساع مفهوم الأشغال العامة لسببين:

الأول: إمكانية تنفيذ أشغال عامة على الأموال الخاصة للدولة، كتوسيع طريق يدخل في نطاق الأملاك الخاصة للإقليم من أجل المنفعة العامة

الثاني: إمكانية تنفيذ أشغال عامة في الملكية الخاصة للأفراد، بشرط تخصيصها للمنفعة العامة، كأعمال الصيانة لطريق خاص تم تخصيصه للسير العام.

ب- استقلال الأشغال العامة عن المرفق العام:

ارتبطت الأشغال العامة أيضاً بالمرفق العام، فاعتبرت أشغلاً عامة تلك التي تجرى على عقارات مخصصة لمرفق عام، ولو كانت غير مملوكة للإدارة أو داخلة في نطاق الأموال الخاصة^٢. بيد أن مجلس الدولة الفرنسي فصل بين فكرة الأشغال العامة والمرفق العام سنة ١٩٢١، حيث قضى أن مرفق العبادة لم يعد مرفقاً عاماً منذ قانون ٩ ديسمبر ١٩٠٥ الخاص بفصل الكنيسة عن الدولة...، إلا أن الأشغال التي تنفذ في الكنيسة (وهي ليست مرفقاً عاماً) لحساب شخص عام من أجل النفع العام، تحتفظ بصفة الأشغال العامة، وتدخل الدعاوى بشأنها في اختصاص مجلس المديرية، باعتبارها مرتبطة بتنفيذ أو عدم تنفيذ إحدى عمليات الأشغال العامة.

وترتب على الفصل بين الأشغال العامة والمرفق العام نتيجة مزدوجة^٣:

الأولى: أن تخصيص العقارات محل الأشغال لمرفق عام، لا يستتبع بالضرورة أن

1 - T. C., 24 oct. 1942, Préfet des Bouches - du - Rhône, S., 1945, T.3, p.10.

2 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية - المرجع السابق، ص ١٢٨

3 - انظر: في ذلك: عمر حلمي فهمي - الأحكام العامة للعقود الإدارية - ١٩٩١ - ص ١١٩.

تكتسب الأعمال التي تجرى عليها صفة الأشغال العامة.

الثانية: أن مجلس الدولة الفرنسي أضفى صفة الأشغال العامة على الأعمال التي تتم بقصد تحقيق مصلحة عامة على عقارات ليست مخصصة للمرفق العام.

وارتبطت الأشغال العامة بالمصلحة العامة، بعد أن تحررت من فكرتي الأموال العامة والمرفق العام، مما أدى إلى توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة، فخلعها على بناء مستودعات في الملكية الخاصة بواسطة مرفق إزالة القمامة، وبناء مساكن للمواطنين من قبل البلدية، لأن هذه الأشغال تحقق مصلحة عامة، دون حاجة للبحث فيما إذا تمت في نطاق الأموال العامة أو المرفق العام.

وبالرغم من اتساع فكرة المصلحة العامة ومرونتها، التي تجعلها تتجاوب مع تغير الأنظمة والأفكار والأساليب الفنية فقد حاول مجلس الدولة الفرنسي تحديد المصلحة العامة في نطاق الأشغال العامة، بحيث لا تتضمن المصلحة المالية للإدارة أو الأفراد من ناحية، وتستقل عن مفهوم المنفعة العامة في مجال نزع الملكية من ناحية أخرى.

* استقلال المنفعة العامة في نطاق الأشغال العامة عن المصلحة المالية:

لا تدخل المصلحة المالية للإدارة أو الأفراد في مفهوم المنفعة العامة، كأحد عناصر الأشغال العامة، ومن ثم لا تعتبر أشغالاً عامة، الأعمال التي تنفذها الإدارة بهدف زيادة مواردها المالية، كتتفيذ طريق مخصص لتسهيل استغلال غابات الدولة.

أما إذا استهدفت الإدارة عدة أغراض من بينها المصلحة المالية، فإن المعول عليه في هذا الخصوص هو الباعث الرئيسي. بمعنى أن الإدارة إذا استهدفت تحقيق نفع عام، فإن العقد يعتبر عقد أشغال عامة ولو حقق بالتبعية مصلحة مالية للإدارة، كتنشيد مبنى لمعرض تجارى.

* استقلال مفهوم المنفعة العامة في نطاق الأشغال العامة عن المنفعة العامة في مجال نزع الملكية:

لا يوافق مفهوم المنفعة العامة في شأن الأشغال العامة فكرة المنفعة العامة بصدد نزع الملكية، الذي يتطلب تقرير المنفعة العامة بشكل مسبق. في حين تستطيع الإدارة تنفيذ الأشغال العامة دون تقرير المنفعة العامة، كتنفيذ أشغال على عقارات تم اكتسابها بشكل ودي دون نزع ملكيتها، كما تستطيع الإدارة تقرير نزع الملكية للمنفعة العامة من أجل تنفيذ عمليات لا تعتبر من الأشغال العامة.

ولكن ما لبث أن توسع القضاء في مفهوم المنفعة العامة، بحيث أصبح مرادفاً لفكرة المصلحة العامة، فقضت المحكمة العليا المصرية (دستورية) أن عبارة المنفعة العامة "لا تعنى بالضرورة تخصيص العقار المنزوعة ملكيته لخدمة مرفق عام أو مشروع عام، بحيث يفيد منه جميع المواطنين بطريق مباشر أو غير مباشر، وإنما يكفي لتحقيق المنفعة العامة أن يكون نزع الملكية قد تم لضرورة عامة، أو لصالح عام يعلو على المصالح الخاصة للأفراد".^١

ثالثاً - تنفيذ الأشغال لحساب شخص معنوي عام:

استقر الفقه والقضاء الإداري - كقاعدة عامة - بأن العقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخص عام، لا يعتبر عقداً إدارياً ولا يخضع لقواعد القانون العام التي خلقت لتحكم نشاط الإدارة^٢، ويترتب على القاعدة السابقة أن عقود الأشغال المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، لا تعتبر عقود أشغال عامة، حتى ولو تعلقت بتنفيذ أشغال عامة وحقت نفعاً عاماً أو ارتبطت بمهمة مرفق عام، كالعقود المبرمة بين مقاولي الأشغال العامة والمقاولين من الباطن أو شركات الاقتصاد المختلط.

ولكن القضاء الفرنسي خرج عن القاعدة السابقة، وأقر الصفة العامة لعقود الأشغال المبرمة بين أشخاص القانون الخاص في نطاق الوكالة عن شخص عام،

1 - المحكمة العليا (دستورية) في الأول من فبراير ١٩٧٥ - مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعاوى الدستورية - الجزء الأول من (١٩٧٠ - ١٩٧٦)، ص ٢٠٥.

2 - انظر: في ذلك: سليمان الطماوي - العقود الإدارية - المرجع السابق، ص ٦٢.

بالإضافة إلى العقود التي تبرمها شركات الاقتصاد المختلط مع الأشخاص الخاصة خارج نطاق الوكالة.

ولم يقف التوسع في نطاق عقد الأشغال العامة عند الحدود السابقة، وإنما امتد ليشمل عقود واتفاقات قد تكون علاقتها ضعيفة، أو ليست لها علاقة مباشرة مع فكرة الأشغال العامة كعقود نقل المواد المخصصة لتنفيذ الأشغال العامة.

وقد أبدى القضاء الإداري الفرنسي مرونة فيما يتعلق بتحديد الرابطة بين العقد وبين عملية الأشغال العامة، واكتفى بأن تكون هذه الرابطة واضحة نسبياً وغير بعيدة، ليضفي على الاتفاق وصف عقد الأشغال العامة، مثل الاتفاقات المبرمة بين الإدارة والمهندسين للإشراف والرقابة على تنفيذ الأشغال العامة¹.

أما بالنسبة للعقد المركب الذي يتضمن عناصر متعددة من بينها عنصر يتعلق بالأشغال العامة، فإن هذا العنصر يأخذ صفة العنصر السائد - حسب القضاء الإداري الفرنسي - ويجعل الاتفاق من عقود الأشغال العامة، ومن ثم فإن مجرد توريد ناقوس لكنيسة يشكل عقد توريد فإذا اقترن التوريد بتركيب الناقوس فإنه يعتبر عقد أشغال عامة.

وبتطلب القضاء الإداري أن يتبوأ عنصر الأشغال العامة مكاناً هاماً في العقد ليطبعه بطابع عقد الأشغال العامة. أما إذا كان هذا العنصر ثانوياً أو فرعياً أو قليل الأهمية، فعندئذٍ ليس له أثر على طبيعة العقد المركب، ومثاله بيع مبنى للدولة مع التعهد بالقيام بأعمال نظافته.

1 - Laubadère, Venezia et Gaudement, Dr. adm., T.2, op. cit., p. 464.

المبحث الثاني

عقد الالتزام

Concession de service public

يعتبر عقد الالتزام من أهم العقود الإدارية وأكثرها شيوعاً ونظراً لارتباطه الشديد باستغلال المرفق العام يعد أحد العقود الإدارية بطبيعته. وقد أكد قانون مجلس الدولة السوري على أهمية هذا العقد من خلال النص عليه في المادة /١٠/ من القانون رقم /٥٥/ لعام ١٩٥٩ التي منحت مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري الاختصاص للفصل في منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر. وانطلاقاً من أهمية هذا العقد من الناحيتين العلمية والعملية سنقوم بدراسته وبشيء من التفصيل.

أولاً - تعريف عقد الالتزام:

نظمت المواد ٦٣٤ حتى ٦٣٩ من القانون المدني السوري عقد التزام المرافق العامة فنصت المادة ٦٣٤ مدني سوري على أن "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".^١

وقد عرف الاجتهاد القضائي الإداري عقد الالتزام بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محدّدة من الزمن وحصوله على

1 - هذا النص يطابق نص المادة /٦٦٨/ من القانون المدني المصري.

الربح^١.

ثانياً - الخصائص العامة لعقد الالتزام:

يمكننا أن نستخلص من التعاريف السابقة العناصر الهامة لعقد الالتزام وهي:

- ١- من ناحية السلطة مانحة الالتزام فهي دائماً شخص اعتباري عام (سواء الدولة أو أحد أشخاص الإدارة المحلية أو أحد أشخاص الإدارة المرفقية) أما الملتزم فهو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء فرداً طبيعياً أم شركة.
- ٢- ومن ناحية موضوع عقد الالتزام فهو دائماً أداء خدمة عامة للجمهور باضطراد وانتظام. ويلاحظ أن المرافق العامة التي تدار بهذه الطريقة هي في أغلبها مرافق عامة ذات طبيعة اقتصادية مثل: مرفق توريد المياه والكهرباء والنقل والمواصلات والتتقيب عن الثروات الباطنية.
- ٣- عقد الالتزام يمنح عادة لمدة محدّدة تتميز عادة بالطول إلى فترة تسمح بتعويض الملتزم عما يكون قد تكبده من نفقات لإنشاء المشروع وإدارته^٢. ويقصد بالمدة الطويلة أن تكون مدة معقولة بحيث تسمح للملتزم باستهلاك الاستثمارات التي قام بتنفيذها تفادياً للأضرار التي يمكن أن تلحق به، ومعيار المدة الطويلة هو تحقيق التوازن بين مصلحة الإدارة ومصلحة الملتزم.
- ٤- من القواعد التي تحكم الالتزامات نذكر أن الملتزم هو الذي يتحمّل نفقات المشروع وأخطاره المالية، بيد أن الدولة تضطر للتدخل ومساعدة الملتزم عندما يختل التوازن المالي له.
- ٥- المقابل الذي يحصل عليه الملتزم ليس أجراً أو ثمناً بل رسوماً يحصلها من

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٤٦ لسنة ١٠/ قضائي الصادر في ٢٥ آذار ١٩٥٦، مجموعة الأحكام ص ٢٥٩، (مذكور لدى: د. محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص ٨٤).

2- كان السائد في مصر مثلاً قبل القانون ١٢٩/ لعام ١٩٤٧ أن يمنح الالتزام لمدة ٩٩/ سنة بيد أن هذه الفترة الطويلة لم تعد متفقة مع أوضاع التطور السريع في الشؤون الاقتصادية والاجتماعية ولهذا اكتفى القانون الجديد رقم ١٢٩/ لعام ١٩٤٧ بتحديد هذه المدة بثلاثين عاماً. أما في سوريا فقد اشترط المشرع في القانون المدني أن يكون التزام المرفق العام لمدة محددة دون أن يذكر كم تبلغ هذه المدة.

المنتفعين بخدمات المرفق العام.

٦- إن عقد الالتزام محكوم بقواعد خاصة تبين كيفية انتهائه.

وقد فرض المشرع على الإدارة والملتزم تنظيم شروط وأوضاع إنهاء العقد قبل أوانه. ويعود السبب في اهتمام المشرع بهذا الموضوع إلى اتصال العقد بالمرفق العام اتصالاً مباشراً من جهة ومراعاة لمصالح الملتزم من جهة ثانية.

ثالثاً - طبيعة عقد الالتزام:

كان ينظر إلى عقد الالتزام على أنه ذو طبيعة عقدية بحتة على الرغم من تعلق موضوعه بمرفق عام. وقيل في هذا الصدد أن هذا العقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة المنتفعين بالمرفق تقررها السلطة العامة مانحة الالتزام لصالحهم بما ينشئ لهم حقوقاً تجاه الملتزم وتجاه السلطة العامة وذلك استناداً إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

بيد أن هذه النظرية تعرضت وبحق لانتقادات عديدة على يد أغلب الفقهاء الفرنسيين حيث قالوا: إنه لا يمكن تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية في هذا الصدد لكونها تتطلب أن يكون شخص الغير المنتفع بالشروط معيناً بذاته وقت التعاقد، وهذا الشرط غير متوافر في المنتفعين بالمرفق العامة.

ونتيجة لهذه الانتقادات تمّ هجر نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وحلت محلها نظرية جديدة مقتضاها أن عقد الالتزام عقد إداري ذو طبيعة مركبة أي أنه عقد يتضمن نوعين من النصوص:

١- **النصوص اللاحقية:** وتشمل كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق مثل تحديد طريقة الاستغلال وقوائم الأسعار ومركز العمال وشروط الانتفاع والضمانات المقررة للمنتفعين بالمرفق. وهذه الشروط يمكن للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة ولا يكون للملتزم إلا أن يطالب بالتعويض إذا ترتب على هذا التعديل اختلال في التوازن المالي للعقد.

٢- **النصوص التعاقدية:** وهي التي تشمل المزايا المالية والمادية الممنوحة للملتزم مثل: مدة الالتزام، وضمان حد أدنى من الربح وتقديم إعانات.

وكما هو الواضح فإن هذا النوع من النصوص لا يهم المنتفعين بالمرفق العام بل يقتصر أثره على علاقة الإدارة مانحة الالتزام بالملتزم.

ويترتب على التمييز بين النوعين من النصوص نتيجة هامة وهي عدم السماح بتعديل النصوص التعاقدية بالإرادة المنفردة للإدارة مانحة الالتزام، بعكس النصوص اللائحية فيحق للإدارة مانحة الالتزام إدخال التعديلات عليها بما يتناسب مع حاجات المرفق ومتطلباته التي يمكن أن تتغير من وقت لآخر تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

رابعاً – أداة منح الالتزام:

يختلف التنظيم القانوني لأداة منح الالتزام من دولة إلى أخرى. ففي فرنسا يتم منح عقود التزام المرافق العامة التي تبرمها السلطة المركزية مع الأفراد أو الشركات بموجب قرار تصدره الحكومة على أن يستند هذا القرار إلى نص تشريعي يصدره البرلمان ويخول الحكومة سلطة منح الالتزام. أما عقود الوحدات المحلية فإن سلطة منح الالتزام تكون بيد السلطة التنفيذية.

وفي سوريا فيتم منح الالتزام بموجب قرار تتخذه الشخصية الاعتبارية التي يقع عليها عاتق الخدمة العامة والتي يعود المال العام لمليتها. وإذا كان الملتزم أجنبي فعندئذٍ يجب أن يتم عقد الالتزام بموجب اتفاقية يقرها مجلس الشعب (المادة ٧١ فقرة ٥/ من الدستور السوري الدائم لعام ١٩٧٣).

المبحث الثالث

عقد التوريد الإداري^١

Le marche de fournitures

أولاً - تعريفه:

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التوريد الإداري بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"^٢ مثال ذلك توريد مواد حربيّة للجيش، أو مواد تموين لأحد المعاهد التعليمية أو مهمات أو أدوات لإدارات حكومية.

ثانياً - خصائصه:

نستطيع أن نستخلص خصائص عقد التوريد الإداري وأهمها:

- ١- موضوع عقد التوريد هو منقولات فهو لا يرد على عقار أو عقار بالتخصيص وإلا اعتبر عقد أشغال عامة.
- ٢- يختلف عقد التوريد عن الاستيلاء المؤقت على المنقولات المملوكة للأفراد. فالمورد في عقد التوريد يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضائه بينما الاستيلاء يتطلب صدور قرار إداري بتسليم المواد المطلوبة جبراً.
- ٣- لا تعدّ كافة عقود التوريد التي تبرمها الإدارة عقوداً إدارية بالمعنى الحقوقي الفني الكامل بل يعتمد في تحديد الطبيعة الإدارية لعقد التوريد على الخصائص الذاتية

1 - كان لا بدّ من إضافة كلمة "إداري" لأن عقد التوريد لم يعتبر عقداً إدارياً باستمرار بل من الممكن أن يكون عقداً مدنياً أو عقداً إدارياً وفقاً لما يتضمنه من أحكام.

انظر: د. عزيزة الشریف، نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، ص ١٢١.

2 - محكمة القضاء الإداري المصرية، السنة السابعة: قضية رقم ٦٢٥ لسنة ٤/ قضائي بتاريخ

١٩٥٢/١٢/٢، بند ٦١، ص ٧٦.

لهذا العقد. أي يجب أن يتصل بمرفق عام أياً كان شكل الاتصال، ويجب أن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^١.

٤- قد يتم تنفيذ عقد التوريد على دفعة واحدة وقد يتم تنفيذه على دفعات. ولا يغير ذلك أبداً من طبيعة العقد الإدارية استناداً إلى الخصائص الذاتية للعقد الإداري.

٥- تقسم عقود التوريد إلى طائفتين من العقود: عقود التوريد العادية وعقود التوريد الصناعية^٢. فقد ينصب العقد على توريد أحد المنقولات اللازمة للدولة، وقد يرد على شيء كان مملوكاً للدولة وتسلمه إلى أحد الأفراد أو الشركات لتحويله إلى مواد أخرى ثم يعود هذا الفرد أو الشركة بتسليمه للدولة. والمثال على ذلك: كما لو قامت الدولة بتسليم أحد الأفراد مادة بترولية خام وأبرمت معه عقداً لكي يورد لها بعض منتجات هذه المواد بعد تصنيعها (كالبنزين أو الكيروسين). ففي هذه الحالة فإن طبيعة العقد الإدارية تتحدد على الشكل التالي:

إذا كانت العمليتان منفصلتين (عملية التسليم وعملية التوريد بعد التحويل) فإنه يشترط لتوفر الصفة الإدارية للعقد توافر سائر الشروط المعروفة.

أما إذا كان العقد مركباً يتضمن اتفاق الدولة على تسليم الطرف الثاني المادة الخام والاتفاق على تصنيعها وتحويلها ثم إعادة توريدها فيجب أن ينظر هنا إلى العقد برمته وبحث ما هي الفكرة التي جرى التركيز عليها في العقد. فإذا جرى التركيز على التصنيع فإن العقد يكون عقداً خاصاً، أما إذا جرى التركيز على عملية التوريد عُدَّ العقد إدارياً إذا توافرت فيه سائر شروط العقد الإداري.

1 - اعتبر المشرع السوري "عقد التوريد" كعقد الامتياز وعقد الأشغال العامة عقداً إدارياً بقوة القانون. والدليل على ذلك هو نص المادة /١٠/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /٥٥/ لعام ١٩٥٩. ومع ذلك نعتقد تطبيق نظرية الخصائص الذاتية للعقد الإداري لمعرفة الطبيعة الإدارية لعقد التوريد فإذا خلا هذا العقد من الشروط الاستثنائية عُدَّ العقد عادياً. ونقترح إضافة عبارة (الإداري) بعد كلمة التوريد المنصوص عنها في المادة /١٠/ من القانون /٥٥/ لعام ١٩٥٩.

2 - انظر: د. عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص ١٩٨.

المبحث الرابع

عقد النقل

La marche de transport

جرى القضاء الفرنسي على اعتبار عقد النقل نوعاً من عقود التوريد ولا يختلف عنه إلا من حيث الموضوع. فإذا كان موضوع عقد التوريد هو توريد منقولات لصالح شخص اعتباري عام، أي تزويده بما هو لازم لسير المرفق العام بانتظام واضطراد، فإن موضوع عقد النقل هو نقل منقولات لصالح شخص اعتباري عام، فموضوعه يقتصر على عملية النقل فقط.

أما بخصوص طبيعة عقد النقل فإنها ليست واحدة في كل الحالات. فلا يعد عقد النقل الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد أو إحدى الشركات عقداً إدارياً باستمرار بل يجب أن تضمنه الإدارة شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص كما يجب أن يكون موضوعه متصلاً بمرفق عام أيّاً كان شكل هذا الاتصال حتى يكون عقداً إدارياً.

واستناداً إلى ذلك فقد عدّ القضاء الإداري الفرنسي عقد النقل البحري الموقع بين صاحب سفينة ما والإدارة والمتضمن قيام صاحب السفينة بتقديم السفينة ووضعها تحت تصرف الإدارة لتقوم هي بنقل بضائعها وعمالها وفقاً لشروط عادية ومألوفة، عقداً عادياً، وعدّه بالمقابل عقداً إدارياً إذا تضمن شروطاً استثنائية أو أخذ شكل إشراك صاحب السفينة في تسيير المرفق العام بأن التزم هو بذاته بنقل البضائع والموظفين^١.

ويميّز الفقه عادة بين عقد النقل وعقد امتياز المرافق العامة الذي يكون موضوعه النقل. فيكون العقد عقد امتياز إذا كان النقل منتظماً وإذا قام المنتفعون بدفع مقابل الانتفاع بخدمة المرفق في صورة رسم، أما إذا كان النقل لمرة واحدة أو لعدة مرات، لكنه غير منتظم وقامت الإدارة بدفع المقابل يكون العقد عقد نقل^٢.

1 - مذكور لدى: عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص ١٢٦.

2 - انظر: د. عبد الله طلبة، القانون الإداري، الجزء الثاني، ص ٣٠٧.

وقد أكد مجلس الدولة المصري على ضرورة توافر عناصر العقد الإداري جميعها في عقد النقل حتى يعد عقداً إدارياً واستناداً إلى ذلك اعتبر العقد المبرم بين مصلحة البريد وأحد الأفراد لنقل طرود من مصر إلى السودان إنما هو عقد مبرم لتحقيق مصلحة فردية خاصة فهو عقد من عقود النقل الخاص^١.

المبحث الخامس

عقد تقديم المعاونة

أولاً: - تعريفه:

هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام أو الخاص بالمساهمة بشكل عيني أو نقدي في نفقات إنشاء مرفق عام ما. كما لو ساهم أحد المالكين في نفقات إنشاء طريق يؤدي إلى أملاكه.

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه "عقد إداري يتعهد بموجبه شخص برضائه بالمساهمة نقداً أو عيناً في مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة"^٢.

وينشأه عقد تقديم المعاونة من حيث مضمونه مع عقد الهبة المدني خاصة لجهة إمكانية المتطوع من سحب إيجابه بالمساهمة في أي وقت شريطة أنه لم يلق قبول الإدارة بعد.

أما إذا قبلت الإدارة الإيجاب (عرض المتعهد) ينعقد العقد. بيد أن هذا العقد لا يرتب على الإدارة أية التزامات وتستطيع أن تتحلل من القيام بالمشروع الذي قدم العرض من أجله دون إثارة مسؤوليتها التعاقدية. فعقد تقديم المعاونة هو عقد ملزم

1 - مجلس الدولة المصري في القضية /٧٧٩/ وتاريخ ١٩٥٧/٢/٢٤ السنة العاشرة قضائي. (مذكور لدى:

د. عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص ١٢٧.

2 - حكمها في ١٥ آذار ١٩٨٠ الطعن رقم ٣/ السنة ٣/ قضائي.

لجانب واحد.

ثانياً - خصائصه:

بصورة عامة يمكن القول أن عقد تقديم المعاونة يتمتع بالصفات التالية:

١- إن عقد تقديم المعاونة هو عقد مهمما اختلفت صورته وتباينت أوصافه. وهو بذلك يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة وعن الاستيلاء المؤقت حيث يتم ذلك بقرار من قبل السلطة.

٢- إنه عقد من جانب واحد حيث أن الإدارة المستفيدة من العرض في غالبية عروض تقديم المعاونة غير ملزمة بالقيام بالمشروع.

٣- يجري قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار تقديم المعاونة عقداً إدارياً بصفة مستمرة متى تعلق بتنفيذ أشغال عامة. والسبب في ذلك أن القضاء الفرنسي يعتبر عقد الأشغال العامة عقداً إدارياً وإن كل العقود المتعلقة بعقد الأشغال العامة تعد عقوداً إدارية. أما في مصر فإن عقد تقديم المعاونة يعد من العقود الإدارية بطبيعتها وفقاً للمعيار العام للعقد الإداري^١.

وأخيراً لا بد من التأكيد أن عقد تقديم المعاونة الذي نحن بصددته يختلف عن عقد تقديم الخدمة أو ما يسمى عقد تأجير الخدمات ("Le contrat de louage de services") كعقود التوظيف بين الإدارة والمواطنين أو بين الإدارة والخبراء الأجانب.

وفيما يتعلق بالطبيعة الإدارية لهذه العقود فقد أكدها مجلس الدولة الفرنسي إذا احتوت هذه العقود على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

أما في سوريا فقد اعتبرها الاجتهاد القضائي عقوداً خاصة خاضعة لقانون العمل على اعتبار أن هذه العقود "لا تستلزم من المدعي اشتراكاً دائماً في تسيير المرفق العام...."^٢.

1 - انظر: د. عمر حلمي فهمي، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

2 - المحكمة الإدارية العليا في سوريا حكم رقم ١٠/ لعام ١٩٧٦ مذكور لدى: د. عبد الله طلبه، مرجع سابق، ص ٣٠٨).

المبحث السادس

عقد القرض العام

“Le contrat d'emprunt public”

أولاً – تعريفه:

يعد هذا العقد من أهم العقود ذات الموضوع التمويلي^١. وقد عرّف الفقه عقد القرض العام بأنه عقد يقرض بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص - فرداً كان أم شركة - مبلغاً من المال للدولة أو لأحد أشخاص لقانون العام الأخرى (أشخاص الإدارة المحلية أو أشخاص الإدارة المرفقية) مقابل التزامها برد المبلغ بعد نهاية أجل القرض بالإضافة إلى دفع فوائد سنوية محدّدة^٢. وانطلاقاً من أن عقد القرض العام ينتمي للعقود ذات الموضوع المالي فهو من حيث الطبيعة يكون أقرب إلى عقود القانون الخاص. ومع ذلك يمكن أن يأخذ هذا العقد صفات العقد الإداري إذا تضمّن العناصر الأساسية للعقد الإداري^٣.

1 - ومن العقود ذات الموضوع التمويلي نذكر: عقود التسليف وعقود الكفالة واتفاقيات التمويل.

2 - انظر: د. عبد الله طلبه، مرجع سابق الذكر، ص ٣٠٩.

3 - يميّز الفقه والاجتهاد الفرنسي بين القروض التي تيرمها الدولة (كسلطة مركزية) والقروض التي تبرمها الهيئات المحلية. فالأولى يعدها عقوداً إدارية والثانية عقوداً عادية إلا إذا تضمنت عناصر العقد الإداري. انظر د. عبد الله طلبه، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

المبحث السابع

عقد الإيجار الإداري

أولاً- حكم عقد الإيجار في فرنسا:

قبل أن نقوم بتعريف هذا العقد لابد من الإشارة إلى أن الفقه يميز بين حالتين بصدد عقود الإيجار هما:

١- أن تكون الإدارة مستأجرة: وهذه العقود تخضع كعقود الإيجار التي تبرم بين الأفراد فيما بينهم لقواعد القانون الخاص، إلا إذا تضمنت شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه المسألة نادرة الحدوث إن لم نقل مستحيلة حيث لن تجد الإدارة قطعاً مالكاً يقوم بتأجيرها عقار إذا حاولت فرض أسلوب القانون العام. ومن الأمثلة على هذه العقود نذكر عقود الإيجار بين وزارة التربية وبين الكثير من الملاك لاستعمال أبنيتهم مدارس عامة. فمثل هذه العقود تخضع لقانون الإجراءات رقم ٦/ لعام ٢٠٠١ ولا تعد عقود إدارية.

٢- أن تكون الإدارة مؤجرة: وفي هذه الحالة يميز الفقه بين عقد الإيجار الوارد على أموال الدولة العامة Domain Public وعقد الإيجار الوارد على أموال الدولة الخاصة Domain Prive.

وقد أكد القضاء الإداري المصري أن عقد الإيجار الوارد على أموال الدولة الخاصة يعد عقداً من عقود القانون الخاص وذلك من خلال حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٠/٣/٢٢ حيث تقول " إن تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة... لا يعد عقداً إدارياً".

أما عقد الإيجار الوارد على أموال الدولة العامة فهو برأي مجلس الدولة الفرنسي من العقود الإدارية وذلك من خلال حكمه الصادر في ٢٩ نيسان لعام ١٩٥٠ والذي جاء فيه "... إن العقود التي تتضمن شغلاً للمال العام تكتسب الصفة

1 - مذكور لدى: عمر حلمي فهمي: مرجع سابق، ص ٢١١.

الإدارية...".^١

من ذلك مثلاً شغل جزء من شاطئ البحر حمامات أو تخصيص أجزاء معينة من الأسواق العامة للبيع.

ثانياً – حكم عقد إيجار الأموال العامة في مصر وسوريا

نصت المادة /٩٠/ من القانون المدني السوري على أنه "تعد أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم. وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم".^٢

وعليه وحسب ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية عام ١٩٤٤ فإن تصرف السلطات الإدارية في الأموال العامة والذي يتضمن شغلها والانتفاع بها انتفاعاً خاصاً من قبل الأفراد لا يكون إلا بترخيص إداري أي بقرار إداري يعبر عن إرادة الإدارة المنفردة، وهو غير ملزم لجهة الإدارة فهي تستطيع أن تسحبه أو تلغيه قبل حلول أجله إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. بيد أن اتباع الإدارة أسلوب الترخيص لاستعمال المال العام استعمالاً خاصاً لا يعني عدم تمكنها من اتباع أسلوب العقد الإداري. فصحيح أن أسلوب الترخيص يقدم للإدارة عدة امتيازات أهمها: إلغاء الترخيص وسحبه في أي وقت.

بيد أن لأسلوب التعاقد أهميته أيضاً حيث يضيف على مراكز الأفراد الذين يتعاملون مع الإدارة قدراً من الثبات والاستقرار، حيث يستطيع المتعاقد طلب التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة حرمانه من الانتفاع بالمال طيلة مدة العقد وذلك وفقاً للقواعد العامة التي تحكم العقود.^٣

1 - نفس المرجع، ص ٢١٢.

2 - يقابلها المادة /٧٨/ مدني مصري.

3 - لمزيد من التفصيل حول موضوع الاستعمال الخاص للمال العام انظر: د. الهندي، د. حسين، د. نحيلي،

المرافق العامة، مرجع سابق، ص ١٣٥.

ملخص الفصل الثاني

تختلف صور العقود الإدارية وتتعدد باختلاف المعايير المتبعة في تحديد طبيعة العقد الإداري.

فهناك العقود الإدارية بالطبيعة: وهي ذات طبيعة إدارية بشكل مستمر ودائم ومن أهم هذه العقود نذكر: عقد الأشغال العامة وعقد الالتزام. وهناك العقود الإدارية التي تكتسب هذه الصفة إذا توافرت فيها عناصر العقد الإداري كما تمّ تحديدها في الفصل الأول من هذا الكتاب: وأهمها عقد التوريد الإداري.

وقد تبين لنا أن لكل عقد من العقود الإدارية التي تمّ عرضها في هذا الفصل شروطاً وخصوصيات إضافة للشروط العامة التي ينبغي توافرها في كل عقد إداري. وقد حاولنا في هذا الفصل التعريف بكل نوع من العقود وتحديد ماهيته دون الدخول في تحديد آثار كل منها، على اعتبار أنه تمت دراسة آثار العقود الإدارية بشيء من التفصيل في الباب الثالث من هذا المؤلف.



أسئلة عن الفصل الثاني

س ١: بيّن مع التعليل صحة أو خطأ العبارات التالية:

١- لا يوجد في عقد الالتزام إلا نوع واحد من الشروط هو: الشروط التعاقدية.

٢- تعد العقود التي يكون موضوعها إصلاح منقولات ضخمة أو صيانتها عقود أشغال عامة.

س ٢: ما هي شروط عقد الأشغال العامة؟

وانظر: لمزيد من التفصيل حول عقد الإيجار الإداري: المحامي الدكتور برهان زريق، عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية، دمشق.



الإجابة النموذجية للسؤال الأول

ج ١- خطأ، بل يتضمن عقد الالتزام نوعين من الشروط هما: شروط تعاقدية وشروط لائحية. وينجم عن التمييز بين النوعين من الشروط: أن الأولى لا يمكن تعديلها إلا باتفاق الطرفين أما الثانية فيمكن للإدارة تعديلها بشكل منفرد لأنها تهدف أصلاً إلى حماية المستفيدين.

ج ٢- خطأ، حيث أنه يشترط لاعتبار العقد عقد أشغال عامة أن يكون محله عقار أو عقار بالتخصيص بالإضافة إلى ضرورة توافر الشروط الأخرى.





الباب الثاني

طرق وإجراءات إبرام العقود الإدارية

تخضع الإدارة عندما تقوم بإبرام عقودها إلى عدة قيود، تختلف عن تلك التي يخضع لها الأفراد عندما يبرمون عقوداً خاصة فيما بينهم.

وقد حاول الفقه والقضاء تبرير هذه القيود استناداً إلى مفهوم المصلحة العامة واستناداً لاعتبارات أخرى تتجلى في أن الأموال التي تتفقها الإدارة في معرض قيامها بممارسة نشاطها إنما هي أموال عامة يدفعها الأفراد بشكل ضرائب ورسوم، لذا فمن حق هؤلاء أن يكون الإنفاق العام في مكانه. وصحيح أن هذه الاعتبارات تنطبق على جميع أنواع عقود الإدارة (سواءً العادية أو الإدارية).

بيد أن هذه القيود تبدو أكثر وضوحاً وإلحاحاً في تكوين العقود الإدارية نظراً لارتباط هذا النوع من العقود بنشاط المرافق العامة وما تخضع إليه من قواعد تحكمها أهمها: قاعدة دوام سيرها بانتظام واضطراد.

وتأخذ هذه القيود في تكوين العقد الإداري عدة صور أهمها: أساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة وإجراءات العملية التعاقدية.

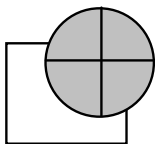
ومن المسلّم به أن هذه القيود بكافة صورها تختلف من دولة إلى أخرى حسب

1- إنه من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود - إدارية كانت أم مدنية- ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح كفالة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية الفنية أو المالية، وضماناً في الوقت ذاته للوصول إلى أنسب العروض وأكثرها تحقيقاً للمصالح العام بحسب الغاية التي تستهدفها الإدارة من إبرام العقد الإداري (المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠) الجزء الثالث: الطعان رقم /٣٢٠ و٤٥٦/ لسنة ١٧ قضائي بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥ - ص ١٨٤٣).

طبيعة إدارة اقتصادها الوطني أو حسب تنظيم الرقابة على تقديم الخدمات العامة^١. بيد أن أغلب دول عالمنا المعاصر تقوم بتنظيم إجراءات التعاقد بمقتضى قوانين أو لوائح أو شروط عامة وتلتزم إدارتها باللجوء إليها والتقيّد بها.

ولا تقتصر القيود التي يفرضها المشرّع على ذكر طرق التعاقد والإجراءات المرافقة لإبرام العقود الإدارية، بل يضع قيوداً إجرائية دقيقة سابقة لأي إجراء تعاقدى. وهي موجهة وملزمة لجهة الإدارة لا للأفراد لذلك لا تمتد إليها رقابة القضاء إلا بمناسبة النظر في نزاع يتعلق بتنفيذ عقد إداري. وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين نتناول في الأول: القيود السابقة على عملية التعاقد ونتناول في الثاني طرق التعاقد.

1- في بريطانيا تُمنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة تمكنها من اختيار من تتعاقد معهم ولكنها في ذات الوقت تحيط العقود الإدارية بضمانات المسؤولية الإدارية أمام البرلمان. وفي هولندا وألمانيا وسويسرا تتقيد الإدارة بإنتاج قواعد معينة عندما تريد التعاقد، غير أن هذا التقيد اختياري للإدارة. بمعنى: إن أسلوب المناقصة ليس إلزامي، ولكن في حال اختياره تكون الإدارة مقيدة بإجراءات المناقصة المنصوص عنها في التشريعات النافذة في كل دولة. انظر: د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمنافسة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨، ص ٣٨.



الفصل الأول

القيود السابقة على التعاقد

❖ الأهداف التعليمية:

بعد دراسة هذا الفصل يجب أن يكون الدارس قادراً على أن:

- ١- يحدّد القيود السابقة على التعاقد.
- ٢- يذكر فائدة دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع.
- ٣- ضرورة توفر الاعتماد المالي والحصول على الموافقات الإدارية
- ٤- ضرورة إعداد الاستشارات الفنية والمالية

❖ محتويات الفصل الأول

- المبحث الأول: دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع محل العقد
- المبحث الثاني: وجود الاعتماد المالي والحصول على الموافقات الإدارية
- المبحث الثالث: إعداد الاستشارات الفنية والمالية

❖ ملخص الفصل الأول.

❖ أسئلة عن الفصل الأول.

الفصل الأول

القيود السابقة على التعاقد

يقصد بهذه القيود تلك الإجراءات التي يتعين على الإدارة الالتزام بها قبل إبرام العقد وهي قيود عديدة ومتشعبة وذات طبيعة مختلفة. فمنها ذات الطبيعة الاقتصادية ومنها ذات الطبيعة الاستشارية ومنها ذات الطبيعة المالية ومنها ذات الطبيعة الإدارية. وسوف نلخص هذه القيود في ثلاثة مباحث على التوالي:

- المبحث الأول: دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع محل العقد
- المبحث الثاني: وجود الاعتماد المالي والحصول على الموافقات الإدارية
- المبحث الثالث: إعداد الاستشارات الفنية والمالية

المبحث الأول

دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع محل العقد

يعتبر من قبيل دراسة الجدوى الاقتصادية لمحل العقد الإداري تحديد مقدار الكلفة اللازمة لتنفيذه ومدى تأثيره بالبيئة والحاجات الفعلية التي يمكن أن يحققها ومدى الحاجة للعقد في ضوء التخطيط الاقتصادي. والغاية الأساسية من القيام بدراسة الجدوى الاقتصادية للعقد تكمن في الحفاظ على المال العام وإبعاد الإدارة عن شبهة عدم النزاهة وملائمة العمل الإداري مع متطلبات الواقع^١. فالعملية إذاً هي عبارة عن موازنة بين المنافع والأضرار التي ترتبط بالمشروع محل العقد.

1- تمر هذه المرحلة بثلاث خطوات هي: - الاهتمام إلى فكرة المشروع - الاختيار الابتدائي - صياغة المشروع. انظر: د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق الذكر ص ٤٣.

المبحث الثاني

وجود الاعتماد المالي والحصول على الموافقات الإدارية

بداية لابد من التأكيد أن هذا القيد لا يسري على العقود الإدارية بصفة خاصة ولكنه ينصرف إلى مطلق تصرفات الإدارة التي ينجم عنها التزامات مالية.

والمقصود بهذه القاعدة هو أن يكون هناك تخصيص محدد في الميزانية معلوم المقدار ومدرج للإنفاق تحت الباب المتعلق بتنفيذ العقد. والجدير بالذكر أن مخالفة الإدارة لهذه القاعدة يقتصر على نطاق القانون المالي وحده وهذا يعني:

- أن مخالفة شرط الاعتماد المالي لا يمس سلامة العقد الإداري، أي أن العقد الإداري يكون صحيحاً وملزماً لأطرافه رغم عدم وجود الاعتماد المالي أو عدم كفايته.
- بيد أن عدم توفر الاعتماد المالي يؤدي بالتأكيد إلى استحالة تنفيذ التزامات الإدارة المالية تجاه المتعاقد الأمر الذي يمثل مخالفة قد تثير المسؤولية الإدارية أو القضائية أو السياسية¹.

أما فيما يتعلق بالحصول على الموافقات الإدارية فالمقصود بهذا القيد هو اشتراط المشرع بالنسبة لطائفة من العقود ضرورة حصول الإدارة على إذن بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الإدارة إبرام العقد إذا لم تحصل على هذا الإذن ويأخذ الإذن عادة عدة صور:

فقد يكون في صورة قانون من السلطة التشريعية أو في صورة قرار يصدر من مجلس الوزراء أو في صورة قرار يصدر من الوزير المختص. ويثور التساؤل حول الجزاء المترتب على مخالفة شرط الإذن السابق؟

إن طلب الإذن بالتعاقد يعتبر من الإجراءات الشكلية الجوهرية وبالتالي فهو

1- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١١/شباط/١٩٥٦. "... فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه وإنما تستوجب المسؤولية السياسية".

شرط لانعقاد العقد ينجم عن ذلك أن العقد الذي تبرمه الإدارة دون استدراك شرط الإذن السابق يعد معدوماً من الناحية القانونية، أي أنه يلد ميتاً ولا يرتب أي أثر، وبالمقابل فإن توافر هذا الشرط لا يلزم الإدارة بالتعاقد، بل تبقى متمتعة بالسلطة التقديرية في إتمام التعاقد أو عدمه.

ومن أمثلة العقود التي تخضع للإذن في التشريع السوري نذكر عقد القرض العام الذي يحتاج إلى إذن من مجلس الشعب من خلال قانون يصدره بهذا الخصوص وهذا ما جاء في المادة /٧١/ من الدستور السوري الدائم لعام ١٩٧٣ التي تنص على أنه "يتولى مجلس الشعب.... إقرار المعاهدات والاتفاقات التي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها...". كما أصبحت موافقة مجلس الشعب لازمة بالنسبة لعقود الامتياز التي تجريها الدولة مع شركات أجنبية (المادة /٧١/) من الدستور الدائم. ولا بدّ هنا من التذكير بتعميم رئاسة مجلس الوزراء رقم ١٥/٧٨١٦ تاريخ ٢٠٠٤/٩/١٥ الذي يطلب إلى جميع الوزارات وسائر الجهات العامة عدم إبرام أي عقد وتصديقه لاسيما في العقود ذات التكاليف الكبيرة إلا بعد موافقة هيئة تخطيط الدولة على ذلك.

المبحث الثالث

إعداد الاستشارات الفنية والمالية

قد يفرض المشرّع على الإدارة أن تستشير جهة معينة قبل إبرام العقد لتحقيق اعتبارات فنية أو مالية أو قانونية. من هذا القبيل ما تنص عليه المادة /٤٤/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /٥٥/ لعام ١٩٥٩ بأنه ".... لا يجوز لأية وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد على قيمتها خمسة آلاف جنيه (= ٤٥,٠٠٠ ل.س.)

بغير استفتاء الإدارة المختصة^١.

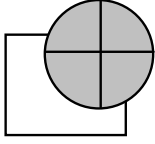
وقد صدر القانون رقم /٢١/ لعام ١٩٩٤ الذي عدّل المادة /٤٤/ من القانون رقم /٥٥/ وسمح بتعديل سقوف العقود الخاضعة لاستفتاء مجلس الدولة على أن يصدر ذلك بقرار من رئيس مجلس الوزراء، واستناداً إلى ذلك صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم /٩/ لعام ٢٠٠٢ الذي رفع سقوف العقود الخاضعة لاستفتاء مجلس الدولة إلى عشرة ملايين ليرة سورية.

ويعتبر هذا الشرط بدوره أيضاً من الشروط الشكلية الجوهرية التي يترتب على مخالفتها بطلان تصرف الإدارة.

هذا وبعد أن تعرضنا بشيء من الاختصار إلى القيود السابقة على العملية التعاقدية لابدّ أن ندرس مفصلاً الجانب الآخر من القيود التي تحد العقود الإدارية ألا وهو أساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة وإجراءات العملية التعاقدية وهي ما يعبر عنها بطرق إبرام العقود الإدارية.

1- هذا النص يقابله نص المادة /٥٨/ من القانون رقم /٤٧/ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة المصري.





الفصل الثاني

طرق إبرام العقود الإدارية

❖ الأهداف التعليمية:

بعد دراسة هذا الفصل يجب أن يكون الدارس قادراً على أن:

- ١- يحدّد وسائل إبرام العقود الإدارية.
- ٢- يذكر المبدأ الذي تقوم عليه المناقصات والتعديلات التي طرأت عليه وأسباب التعديل.
- ٣- يحدّد الأسباب التي تسلب بعض الأشخاص حق التقدم للمناقصات
- ٤- يشرح المراحل التي يتم بها اختيار المتعاقد
- ٥- يحدّد الطبيعة الحقوقية للإعلان عن المناقصة
- ٦- يوضح كيف تمارس لجان البت عملها وخطوات ذلك العمل.
- ٧- يوضح مدى إمكانية إلغاء المناقصة بعد إتمامها
- ٨- يوضح مدى إمكانية قيام بقية المتنافسين في الطعن بقرار الإرساء
- ٩- يوضح ماهية الطرق الأخرى لإبرام العقود الإدارية: كطلب العروض والشراء المباشر والعقد بالتراضي والمساابقة وغيرها

❖ محتويات الفصل الثاني

المبحث الأول: الأسلوب الرئيسي (المناقصة والمزايدة)

المبحث الثاني: الطرق الأخرى القائمة على حرية اختيار المتعاقد

❖ ملخص الفصل الثاني

❖ أسئلة عن الفصل الثاني

الفصل الثاني

طرق إبرام العقود الإدارية

تطرقنا أعلاه إلى القيود السابقة على عملية التعاقد، وسنحاول الآن ونحن بصدد دراسة وسائل وإجراءات إبرام العقود الإدارية دراسة الجانب الآخر من القيود التي تحد حرية الإدارة في التعاقد، ألا وهو الجانب المتعلق بطرق إبرام العقود الإدارية. فالإدارة ليست حرة في اختيار من تتعاقد معه بل يقيدتها المشرع بعدة طرق وأساليب تكفل للإدارة مراعاة عدة مبادئ أهمها:

مبدأ الكفاءة الفنية والأمانة والقدرة المالية وكذلك أيضاً كفاءة مبدأ المساواة بين جميع المتعاقدين. وقد أكد قرار محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ١٤/ نيسان لعام ١٩٥٢ هذه الاعتبارات بشكل واضح وصريح^١ حيث جاء في هذا القرار أنه: "من حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية والتي يشتر فيها القيد على حرية الإدارة عند تعاقدتها، يرجع إلى أن الشارع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة، وهو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين: الأول تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة.... والثاني مراعاة المصلحة الإدارية....".

ومن الواضح أن كلاً من الاعتبارين السابقين يؤدي إلى نتائج متعارضة مع الآخر، حيث إن المحافظة على المالية العامة للدولة يفرض على الإدارة أن تختار المتعاقد الذي يقدم أنسب الشروط المالية. أما الاعتبار الفني فيرخص للإدارة ممارسة قدر من الحرية في الموازنة بين الاعتبارين المالي والفني الأمر الذي قد يؤدي إلى اختيار أكفأ المتناقضين بغض النظر عن الاعتبار المالي.

والقاعدة العامة المتبعة في اختيار أفضل المتعاقدين هي اتباع طريق المناقصة أو المزايدة (بحسب نوعية العقد). فأسلوب المناقصة يتبع عادة بالنسبة للعقود التي

1- مذكور لدى د. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية ١٩٩١، ص ٢٢٣.

ترتب أعباء مالية على الخزانة العامة مثل عقد الأشغال العامة أو عقد التوريد أو عقد النقل في حين تتبع الإدارة أسلوب المزايدة بالنسبة للعقود التي تدخل عائداً مالياً في الخزانة العامة، مثل عقد بيع عقار أو منقول تملكه الإدارة أو تأجير عقار لأحد الأفراد من أجل استثماره كما هو الحال بالنسبة للعقود التي تبرمها الجامعة مع أحد الأفراد من أجل استثمار أحد المقاصف والمطاعم التابعة لها.

ويرد عادة على هذه القاعدة استثناءات، فقد تلجأ الإدارة إلى التعاقد عن طريق الشراء المباشر أو عن طريق التراضي أو طلب العروض^١. وعليه سوف ندرس القاعدة العامة المتبعة في إبرام العقود الإدارية والمتمثلة في المناقصة والمزايدة (حسب نوعية العملية العقدية) وذلك في المبحث الأول من هذا الفصل ثم نتعرض إلى دراسة بقية الطرق المتبعة في إبرام العقود.

وفي سوريا نص القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على طرق تأمين احتياجات الإدارة حيث جاء في المادة ٢/ فقرة ١/ منه:

تعقد النفقات الناجمة عن تأمين احتياجات الجهة العامة بإحدى الطرق التالية:

- ١- الشراء المباشر.
- ٢- المناقصة.
- ٣- طلب العروض.
- ٤- المسابقة.
- ٥- العقد بالتراضي.
- ٦- تنفيذ الأشغال بالأمانة.

ويعود لأمر الصرف تحديد طريقة تأمين الاحتياجات المطلوبة (الفقرة ب/ من

المادة ٢/).

1- تنص المادة ٢/ فقرة ١/ من القانون ٥١/ الخاص بنظام العقود للجهات العامة على ما يلي:

تعقد النفقات الناجمة عن تأمين احتياجات الجهات العامة بإحدى الطرق التالية:

- ١- الشراء المباشر.
- ٢- المناقصة.
- ٣- طلب العروض.
- ٤- المسابقة.
- ٥- العقد بالتراضي.
- ٦- تنفيذ الأشغال بالأمانة.

المبحث الأول

المناقصة (المزايدة)

نظراً للأهمية البالغة التي تتمتع بها هذه الطريقة ونظراً للخصوصيات التي تتسم بها مقارنة مع غيرها من طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة سوف نقوم بدراسة المناقصة بشيء من التفصيل حيث ندرس مفهوم المناقصة في (مطلب أول) ثم نتعرض لأنواع المناقصات في (مطلب ثاني) وبعد ذلك لابداً من تحديد المبادئ التي تقوم عليها المناقصة وذلك في (مطلب ثالث) كما نستعرض في (مطلب رابع) المراحل التي تمر بها المناقصة.

المطلب الأول

مفهوم المناقصة (المزايدة)

بداية لابداً من التأكيد أن المناقصة (والمزايدة) هي طريقة للتعاقد تستهدف الوصول إلى أفضل الشروط المالية والفنية. وتختلف المناقصة عن المزايدة فقط لجهة محل العملية العقدية. فالمناقصة تأتي للظهور عندما تلتزم الإدارة بدفع مقابل (سواءً مقابل عقد من عقود الأشغال العامة أو مقابل عقد من عقود التوريد) أما عندما نكون بصدد عملية عقدية يترتب عليها حصول الإدارة على مبلغ مقابل للخدمات التي تؤديها أو ثمن لبيع أحد أملاكها الخاصة عندئذٍ تلتزم الإدارة بالجوء إلى طريقة المزايدة¹.

وتعد المناقصة أو المزايدة هي الأسلوب العام للتعاقد أما بقية الطرق كالممارسة أو الاتفاق المباشر أو طريقة التراضي فهي طرق تطبق في حالات محدّدة على سبيل

1 - انظر: رأي مجلس الدولة رقم ٦٣/ج . ع لسنة ١٩٧٥ الذي يؤكد على الحكمة من المناقصة والمزايدة لجهة تحقيق ضمانات أكيدة للمصلحة العامة .

الحصر.

والحقيقة فإن ما ينطبق على المناقصة من أحكام ينطبق أيضاً على المزايدة، ولاسيما أن لفظ (L'adjudication) الفرنسي لا ينصب على المناقصة أو المزايدة بالذات، وإنما على العملية الإجرائية الحاسمة لأي منهما بالتزايد أو التناقص. وهذا ما يبرّر استعمال المصطلح الفرنسي (L'adjudication) بالمعنى المزدوج بحيث يعني مناقصة ومزايدة حسب موضوع العملية التعاقدية^١.

وبما أن الفارق بين المزايدة والمناقصة يكون في الموضوع فقط وليس في الإجراء، فإن ما ينطبق على المناقصات من إجراءات ينطبق أيضاً على المزايدات. ويعد أسلوب المناقصة القاعدة العامة التي يجب على الإدارة اتباعها وماعدا ذلك فهو على سبيل الاستثناء ويتم اللجوء إليه في حالة الضرورة. وقد أكدت الكثير من التشريعات على هذه القاعدة.

ومن الأمثلة على ذلك نذكر نص المادة ٦/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة في سوريا والتي تنص على أنه "يلجأ إلى المناقصة عندما تكون الاحتياجات المطلوب تأمينها قد حددت مواصفاتها بشكل دقيق متى جاوزت القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر، وكذلك تنص المادة ١٠/ من القانون ٨٩/ لعام ١٩٩٨ الناظم للمناقصات والمزايدات في مصر على أنه "يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة....."^٢.

1- انظر: د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق الذكر، ص ٦٦، وانظر: أيضاً: د. عمر حلمي فهمي، مرجع سابق الذكر، ص ٢٢٥.

2- نص القانون ورد كملحق في كتاب الأستاذ المحامي عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ضوء أحكام القانون ٨٩/ لعام ١٩٩٨، ص ٢٦٠ وما بعد. وقد ألغت المادة الأولى من قانون إصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ جميع الأحكام المخالفة لأحكامه كالقانون رقم ١٤٧/ لعام ١٩٦٢ والقانون رقم ٩/ لسنة ١٩٨٣.

وقد أكد بلاغ وزارة المالية في سوريا رقم ٣٤/ب. ع - ١/٢٥ تاريخ ١٩٧٨/٨/٢٦ على أنه لا يجوز تأمين احتياجات الإدارة بأسلوب غير المناقصة إلا إذا كانت هناك أمور استثنائية تستدعي اللجوء إلى أسلوب آخر من الأساليب التي أتى بها نظام العقود.

ويستخلص من النصوص المذكورة أعلاه أن تصرفات الإدارة تصبح باطلة إذا لم تتبع أسلوب المناقصة في الأحوال التي يفرض بها المشرع هذا الأسلوب. أما في الحالات التي لا ينص المشرع فيها صراحة على هذا الأسلوب، تملك الإدارة عندئذ حرية واسعة في اختيار طريقة التعاقد وفق ما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام.

المطلب الثاني

أنواع المناقصات

يميز الفقه بين عدة أنواع من المناقصات فهناك المناقصة العامة المفتوحة وهناك أيضاً المناقصة المحدودة والمناقصة على أساس الموازنة بين السعر والجودة. وسوف نتعرض لأحكام كل نوع من هذه الأنواع بشيء من التفصيل.

أولاً - المناقصات العامة المفتوحة *Adjudication public et Auverte*

يشكل هذا النوع من المناقصات الأصل العام الذي يجسد إرادة المشرع وبالتالي فإن أي نوع آخر من المناقصات يكون على سبيل الاستثناء^١.

ويكون الاشتراك في المناقصة العامة المفتوحة مُباحاً لكل من يرغب بالتعاقد من المقاولين أو الموردين أو الناقلين إذا توفرت فيه الشروط المطلوبة. وتتم الإحالة في مثل هذا النوع من المناقصات بشكل آلي على صاحب العطاء الأفضل من الناحية

1- انظر: نص المادة ١/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩/ ١٩٩٨ حيث نقول: "... ومع ذلك يجوز استثناءً وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق التالية:
أ- المناقصة المحدودة ب- المناقصة المحلية.

الماليّة، حيث يُفترض أن العمل محل العقد الذي يبرم بهذه الطريقة لا يتضمن جوانب فنيّة معقدة تدعو للانتقاء بين أفضل المتقدمين من الناحية الفنيّة.

ومع هذا تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقييم العطاءات من الناحية الفنيّة بحيث تستطيع أن تستبعد العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط الفنيّة أو إذا كان المتناقص سيئ السمعة من الناحية المهنيّة والأخلاقيّة، على أنه لا يجوز للإدارة أن تتوسع في استعمال سلطة الاستبعاد وإلا عدّ تصرفها مشوباً بعيب من عيوب عدم المشروعية (عيب إساءة استعمال السلطة) ويخضع لرقابة القضاء الإداري.

ثانياً – المناقصات المحدودة Adjudication Restriente

وهي كما يدل عليها اسمها، المناقصات التي يقتصر الاشتراك فيها على عدد محدّد من الأفراد أو الشركات الذي تتوافر فيهم شروط محدّدة ويملكون خبرة كافية في مجال العملية العقدية المطلوب إنجازها. فمن المعروف أن هناك بعض الأشخاص أو الشركات المتخصصة في مجال النقل، أو في مجال التوريد أو في مجال الاستثمار يكونوا معتمدين لدى الوزارات والمصالح. وقد أخذ المشرع السوري بالمناقصات المقيدة من خلال نص المادة /٢٦/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤. من خلال استخدامه عبارة المناقصة المحصورة التي لا تختلف من حيث ماهيتها عن المناقصة المقيدة محل الدراسة.

واستناداً إلى ذلك صدر بلاغ وزارة المالية رقم ١/ب.ع-٩ تاريخ ٢٠٠٥/١/٢ الذي نصه: " أعطت المادة /٢٦/ أمر الصرف الحق بالإعلان عن مناقصة محصورة بمن تتوافر فيهم شروط الكفاءة المادية والفنية ويجب أن تدقق هذه الشروط والكفاءات من قبل لجنة متخصصة يشكلها أمر الصرف للعروض لهذه الغاية ".

ويجب التنويه إلى أنه لا يجوز أن تفهم كلمة (محدودة) (أو مقيدة) في هذا النوع من المناقصات على أساس استبعاد عنصر المنافسة بين المشتركين في المناقصة، بل على العكس من ذلك حيث أننا نبقى أمام مناقصة بالمعنى الكامل للكلمة، وبالتالي تخضع لجميع الأحكام القانونية الخاصة بالمناقصات كما أنها تنطبق عليها جميع مبادئ

المناقصة كمبدأ العلنية أو مبدأ المساواة حيث تعتبر هذه المبادئ من النظام العام ولا يجوز مخالفتها.

فالمناقصة المحدودة تعد محدودة لجهة من يحق له الدخول فيها ولكنها غير محدودة لجهة المنافسة، أي أن سلطة الإدارة التقديرية تقتصر على جانب الاختيار بين من يحق لهم التقدم، دون أن يسمح لها بالحد من عنصر المنافسة حيث تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والإجراءات المتبعة في المناقصة العامة.

والمناقصة المحدودة (أو المقيدة) تتميز بطابعها الاستثنائي حيث أن الأصل هو اتباع أسلوب المناقصة العامة، لذا فهي تقتصر على حالات محددة تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين بذاتهم سواء داخل الدولة أو خارجها على أن تتوفر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة كما هو الحال مثلاً: بشأن إنشاء مطار أو توريد أجهزة علمية دقيقة ومتقدمة أو توريد أشياء محتكر صنعها أو استيرادها.

ثالثاً - المناقصات القائمة على قدر كبير من الموازنة بين السعر والجودة:

وفي هذا النوع من المناقصات تتم دعوة عدد غير محدد من المتناقصين للاشتراك في المناقصة بقصد الوصول إلى العرض الذي يتضمن أجود الأعمال وبأقل التكاليف وتستخدم هذه الطريقة لتنفيذ الأعمال التي لا يجوز تحديد مواصفاتها مسبقاً. وهذا النوع من المناقصات يشبه طريقة طلب العروض المنصوص عنها في المادة ٢٧/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة والتي تقضي بأنه يلجأ إلى طلب العروض عندما يتعذر على الجهة العامة تحديد مواصفات وشروط موحدة للاحتياجات المطلوب تأمينها...

رابعاً - المناقصة المحلية:

وهي التي يقتصر الاشتراك فيها على المتنافسين المحليين. وبهذا يمكن القول: أن المناقصة المحلية إنما هي استثناء على الأصل العام الذي يتمثل في أن تكون

1 - انظر: نص المادة ٣/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨.

المناقصة عامة ومفتوحة. وقد حدّد قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨ الحالة التي يمكن التعاقد فيها بطريق المناقصة المحلية وهي عندما لا يتجاوز موضوع العقد مائتي ألف جنيه ويقتصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين يقع نشاطهم في نطاق المحافظة التي يتم بدائرتها تنفيذ العقد^١.

ولم نجد في القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الناظم لعقود الجهات العامة نصاً حول المناقصة المحلية بل اكتفى بالتفريق بين المناقصة الداخلية والمناقصة الخارجية كما ورد في أحكام المادة ٩/ فقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ وهذا التقسيم ينطبق فقط على المناقصة العامة.... وما يمكن التعليق به حول المناقصة المحلية هو أن هذا النوع من المناقصات يفعّل النشاط الاقتصادي ضمن الوحدة المحلية ويشجع المقاولين والموردين المحليين على بذل المزيد من الجهد كما تساهم في تقليص نسبة البطالة على مستوى الوحدة المحلية، الأمر الذي يؤدي إلى النهوض بالوحدة المحلية على كافة الأصعدة.

المطلب الثالث

المبادئ التي تقوم عليها المناقصات العامة

عندما نتحدث عن المناقصة العامة نتحدث بنفس الوقت عن الطريقة الأساسية التي قررها المشرع بالنسبة للعقود التي يكون محلها تقديم المواد أو إنجاز الخدمات أو تنفيذ الأشغال عندما تتجاوز القيمة التقديرية الحدود المقررة للشراء المباشر. وتتبع هذه الطريقة في كل الأحوال التي لم ينص المشرع فيها على الاستثناء منها. وقد أكدت معظم تشريعات الدول على هذا الأصل العام حيث نجده في التشريع المصري والتشريع السوري والتشريع الأردني كما نجده في معظم التشريعات الأوروبية كالتشريع

1- انظر: المادة ٤/ من القانون ٨٩/ لعام ١٩٩٨ المصري.

الفرنسي والتشريع الألماني^١.

وتتميز المناقصة العامة بأنها مفتوحة و لا تقتصر على عدد محدد من المتنافسين كما تتميز بأنها يمكن أن تكون داخلية مقتصرة على المتنافسين الذين يتمتعون بجنسية الدولة التي يراد تنفيذ العقد فيها ويمكن أن تكون خارجية يشارك فيها الجميع من داخل الدولة وخارجها. وأخيراً وليس آخراً تتميز المناقصة العامة بأنها تخضع لأحكام ومبادئ متعدّدة. فما هي مبادئ المناقصة العامة؟

أولاً – مبدأ العلنية:

حرص المشرع في معظم الدول التي أدخلت طريقة المناقصة في تقنينها على أن يتم الإعلان عنها قبل موعد إجرائها بمدة زمنية كافية. فمثلاً نجد المشرع السوري قد نص صراحة على مبدأ علنية المناقصة من خلال المادة ٩/٩/٩ من القانون رقم ٥١/٥١ لعام ٢٠٠٤ حيث ألزم أن يتم الإعلان عنها قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الداخلية وخمسين يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الخارجية^٢.

ويتناغم مبدأ علنية المناقصة العامة مع الغاية الأساسية من المناقصة ذاتها حيث تحقق العلنية عدة فوائد أهمها:

- تجنب الإدارة أجواء الشك في التعامل النزيه في عملية إبرام العقود.
- تحقق العلنية منفعة مادية من خلال كثرة العروض التي ستتلقاها الإدارة، فتتسع عندئذٍ إمكانية الإدارة في اختيار أنسب العروض.
- ويعد مبدأ العلنية من المبادئ التي تتعلق بالنظام العام، ويترتب على الإخلال به

1 - انظر: Ralf Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 3. Auf. München 2004, S. 3 FF.

2- انظر: نص المادة ٢/٢ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩/٨٩ لعام ١٩٩٨ التي تضمنت مبدأ العلنية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة بالنسبة للمنافسة.

بطلان العقود التي أبرمت دون مراعاة شرط العلنية^١.

أما حول كيفية الإعلان وآليته، فهو من النواحي الإجرائية الإدارية التي سوف نأتي على توضيحها عند الحديث عن المراحل التي تمر بها المناقصة في موقع آخر من هذا الفصل.

ثانياً – حرية المنافسة:

تعني حرية المنافسة إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط المناقصة أن يقدم عرضه. فمن خلال ضمان هذا المبدأ تتزايد العطاءات التي ترد إلى الإدارة الأمر الذي يمكنها من اختيار أفضل العطاءات^٢. ويعد احترام مبدأ المنافسة من المبادئ الاقتصادية التي تصونها الدساتير وتعمل على احترامها. ولا يجوز وضع عوائق أو موانع في طريق أي من المنافسين تحت طائلة مساءلة الموظف المسؤول تأديبياً ومدنياً.

ومبدأ المنافسة يتفق أكثر ما يتفق مع المناقصة العامة المفتوحة بشكل خاص وإن كان غير غائب في المناقصات الأخرى كالمناقصات المحدودة أو المحلية، إلا أن المنافسة تكون هنا محدودة بطبيعة الحال^٣.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تجدر الإشارة إلى أن احترام مبدأ المنافسة لا ينفي السلطة التقديرية للإدارة بشكل مطلق، بل لا يتنافى مع هذا المبدأ إمكانية قيام الإدارة باستبعاد بعض المتنافسين إما لأسباب أخلاقية أو لأسباب شخصية أو لأسباب موضوعية. وهذا ما أكدته أغلب التشريعات النازمة للمنافسة.

فقد نصت المادة /١١/ فقرة /أ/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود للجهات العامة في سوريا على أنه يشترط فيمن يود الاشتراك في

1 - انظر: د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق الذكر، ص: ٧٣. بيد أن مبدأ العلنية لا يجوز أن يُفسر على إطلاقه، بل من الممكن اتباع طريقة المناقصة السرية وخاصة في المناقصات الخارجية حتى نتجنب الاحتكاك المباشر للشركات الأجنبية مع موظفي الإدارة، حيث يقوم خطر تأثير هذه الشركات عليهم بشكل أو بآخر، الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار في المال العام.

2 - انظر: رأي مجلس الدولة السوري رقم ٦٣ / ج.ع لسنة ١٩٧٥ المتضمن الحكمة من المناقصة .

3- انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق الذكر، ص ٣١٥.

المناقصة أن لا يكون محروماً من الدخول في المناقصات وأن لا يكون محكوم بجناية أو بجرم شائن وأن لا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة وأن لا يكون مالكاً لمصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل.... إلخ.

وهكذا نستنتج من النص السابق أنه بإمكان الإدارة استبعاد أحد المتناقصين لارتكابه جرماً جزائياً شائناً كالغش والنصب والاحتيال أو إساءة الائتمان أو التهرب الضريبي، كما يمكنها استبعاد الموظفين العاملين في السلطة التنفيذية أو حتى في السلطة التشريعية وذلك لدرء كل الشبهات ولتجنب خطر استغلال هؤلاء الأشخاص لنفوذهم في مواجهة بقية المنافسين، الأمر الذي يفقد مبدأ المنافسة مغزاه.

وقد أكد القضاء الإداري بدوره هذا المبدأ ومن ذلك ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها حيث تقول: ".... أن هذا المبدأ الطبيعي (حرية المنافسة) يحد من إطلاقه قيدان: أولهما: يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة وثانيهما: يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات.... تتضمن استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال....".¹ كذلك قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها أنه ".... فلإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عمالها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة....".

ثالثاً - مبدأ المساواة:

يعد هذا المبدأ تنمة لمبدأ حرية المنافسة بين المتناقصين وعلى الإدارة الالتزام به تحت طائلة بطلان المناقصة. ومن حيث المضمون يقصد بمبدأ المساواة في معرض الحديث عن المناقصات احترام شروط ومواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المتنافسين حيث لا يجوز قبول أي عرض يأتي بعد انتهاء موعد المناقصة، كما لا يجوز قبول الأشخاص الذين أخلوا بشروط المناقصة وإجراءاتها.

1- محكمة القضاء الإداري المصرية، السنة الحادية عشر: القضيتان رقم /٢٩٤٦/ لسنة ٧/ قضائي، /٧٣٠٢/ لسنة من ٨/ قضائي بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢١. مذكور لدى محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق الذكر، ص ٣١٦.

فعلى الإدارة إذاً أن تعامل المراكز القانونية المتساوية بشكل متساوٍ وإذا ما خرجت الإدارة عن القاعدة العامة التي يتضمنها نظام المناقصات وأعملت بعض الاستثناءات، فيجب أن يكون تطبيق هذه الاستثناءات بشكل متساوٍ بين جميع المتنافسين الذين يوجدون في مركز قانوني واحد¹.

كما لو قامت الإدارة بإعطاء امتياز في المفاضلة بين المتنافسين لبعض شركات القطاع العام أو بإعطاء أفضلية للموردين الوطنيين، فإن هذه الامتيازات يجب أن تعطى في ظل مبدأ المساواة فلا تعطى إلا لمن تتحقق فيه بعض الشروط التي تفرضها الإدارة، الأمر الذي يدعونا لمشاطرة الرأي القائل: إن الاستثناءات المنوّه عنها هي استثناءات ظاهرية وليست حقيقية².

المطلب الرابع

المراحل التي تمر بها المناقصة

عندما نتحدث عن مراحل المناقصة نقصد بذلك جملة الإجراءات الممهّدة للتعاقد وهي بمثابة قيود ينبغي على الإدارة وعلى جميع الأطراف الأخرى التقيد بها. وقد نصت التشريعات النازمة للمناقصات والمزايدات في جميع الدول على هذه المراحل. وبالعودة إلى نص المادة ٩/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الناظم لعقود الجهات العامة نجد أنها تضمنت مراحل المناقصة وهي في حقيقة الأمر لا تختلف عن مراحل المناقصة في بقية الدول.

وعليه فإننا سوف نقوم بتحديد المراحل الرئيسية التي تمر بها المناقصة (سواءً في التشريع السوري أو في باقي التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسي والألماني والمصري والأردني). وأهم هذه المراحل نذكر:

1- انظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق الذكر، ص ٣١٨.

2- انظر: د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق الذكر، ص ٧٥.

أولاً- الإعلان عن المناقصة:

١ - الهدف من الإعلان وطريقته:

يهدف الإعلان عن المناقصة إلى إعلام كل من تتوفر فيه الشروط بموضوع المناقصة. ويتم الإعلان عن المناقصة بحسب الأسلوب الذي يحدده المشرع ويختلف هذا الأسلوب باختلاف نوع المناقصة هل هي عامة أم محدودة، داخلية أم خارجية.

وقد نصت الفقرة /أ/ من المادة /٩/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه "يعلن عن المناقصة قبل انتهاء آخر موعد لتقديم العروض بخمسة عشر يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الداخلية وبخمسين يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الخارجية". ويجوز في الحالات التي تستوجب السرعة إنقاص هذه المهل على ألا تقل في أي حال من الأحوال عن خمسة أيام في المناقصات الداخلية وعن خمسة وعشرين يوماً في المناقصات الخارجية (الفقرة /د/ المادة /٩/) ولا يحسب يوم الإعلان عن المناقصة كما لا يدخل يوم إجرائها ضمن المهل المذكورة (الفقرة /د/ المادة /٩/).

وهذا ما أكدته بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٧٥/ب - ١٥/١٢٧٨ تاريخ ١٠/٦/١٩٧٨ الذي حدد شروط الإعلان عن المناقصة أو استدراج عروض بأن يكون متفقاً مع القوانين والأنظمة ومتسماً بالوضوح والكفاية في صيغته متسماً بكفاية مدته لتمكين أكبر عدد ممكن من العارضين من تقديم عروضهم.

ويتم الإعلان عن المناقصة في صحيفة يومية على الأقل - ولمرة واحدة - وفي نشرة إعلانات الدولة^١ - إن وجدت - كما تلتصق نسخ عن هذه الإعلانات في لوحة إعلانات الإدارة وبالإضافة إلى ذلك يمكن عند الاقتضاء وبموافقة الوزير المسبقة الإعلان عن المناقصة في الإذاعة والتلفزيون أو سائر وسائل الإعلان

١ - إن نشرة الإعلانات الرسمية التي تصدرها المؤسسة العربية للإعلان هي المقصودة بنشرة الإعلانات المنوه عنها في الفقرة /أ/ من المادة /١٠/ من نظام عقود الجهات العامة (تعميم المؤسسة العربية للإعلان، رقم ١٩٤٠ /٤/ تاريخ ٢١/٤/١٩٧١). وانظر: بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم /٧٣/ ب - ١٥/٢٨٩١ تاريخ ١٧/٦/١٩٨٠ الذي يؤكد على نشر إعلانات المناقصات والمزايدات في نشرة الإعلانات الرسمية.

الأخرى. كما أن هناك رأي لمجلس الدولة السوري يلزم نشر الإعلان في الجريدة الرسمية^١.

وبالنسبة للمناقصات الخارجية يجب تبليغ البعثات والهيئات التجارية السورية المعتمدة في الخارج والبعثات الأجنبية المعتمدة في البلاد صوراً عن الإعلان المتعلق بالمناقصات الخارجية. (فقرة /أ/ من المادة /١٠/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤).

٢ - البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان: (مضمون إعلان المناقصة)

تنص الفقرة /ب/ من المادة /١٠/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه يجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة على الأقل البيانات التالية:

- ١- موضوع المناقصة.
 - ٢- مكان وزمان تقديم العروض وجلسة المناقصة.
 - ٣- التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة.
 - ٤- الجهة التي يمكن شراء إضبارة المناقصة منها.
 - ٥- سعر الإضبارة.
 - ٦- مدة إنجاز التعهد.
 - ٧- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه^٢.
- وبذلك يكون المشرع قد تنبه إلى نقطة هامة يجب مراعاتها لدى الإعلان حيث لا يمكن تحقيق العلانية من الناحية الموضوعية إلا إذا تمّ نشر حد أدنى من المعلومات حول العقد المراد إبرامه.

وقد أكدّ المشرع على هذه البيانات لتحقيق الغاية الأساسية من الإعلان عن المناقصة والتي تكمن في تحقيق المصلحة العامة وذلك بفتح المجال أمام الراغبين

١ - آراء مجلس الدولة السوري رقم ١٧ ورقم ٨٦ لعام ١٩٧١ حيث جاء فيها: " إن نشر الإعلان في نشرة إعلانات الدولة أو إصاقيه في لوحة الإعلان للإدارات الرسمية لا يغني عن نشره في الجريدة الرسمية.

٢- انظر: نص المادة /٨/ من تعليمات عطاءات الأشغال العامة في الأردن وبالعودة إلى هذه المادة نجد أن المشرع ذكر بيانات مشابهة.

وتوسيع دائرة المشتركين فيها وإتاحة فرصاً متكافئة أمامهم لكي يحول دون محاباة الإدارة لطائفة من المواطنين بقصر عقودها عليهم بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا.

٣ - الطبيعة القانونية للإعلان عن المناقصة:

لا يعد الإعلان عن المناقصة مجرد إجراء إداري بل هو إجراء له وصف قانوني معروف في مجال العقود الإدارية يسمى الدعوة للتعاقد. فلا ينظر إذاً إلى الإعلان عن المناقصة على أنه إيجابياً فالإيجاب هو تقديم العطاء من قبل المشتركين في المناقصة، والذي يحتاج بدوره إلى قبول الإدارة.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية^١، وهو مطبق أيضاً في سوريا. وقد أكد بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٧٥/ب - ١٥/١٢٧٨ تاريخ ١٠/٦/١٩٧٨ على شروط صحة الإعلان: بأن يكون متفقاً مع القوانين والأنظمة وأن يكون متسماً بالوضوح والكفاية في صياغته وأن يكون متسماً بكفاية مدته لتمكين أكبر قدر من العارضين من تقديم عروضهم كما ينبغي أن تكون طرق النشر ذات كفاية.

ثانياً - التقدم إلى المناقصة وتقديم العطاءات:

بعد الإعلان عن المناقصة، تقوم الإدارة باستلام العطاءات حيث يقوم المشاركون في المناقصة بتقديم عروضهم وفقاً للشروط التي حدتها الإدارة. بيد أن المشرع حدد وبشكل مسبق الشروط التي يجب توافرها في مقدم العطاء ومواعيد التقدم وأحكام العطاءات. وسوف نبين ذلك تباعاً.

١ - شروط التقدم للمنافسة:

لقد بينا أعلاه أن المناقصات تقوم على مبدأ حرية التنافس ومساواة المشتركين في المناقصات حيث ينبغي على الإدارة أن تكفل فرصاً متكافئة أمام المواطنين الذين يحق لهم الاشتراك قانوناً دون أن تقيم بينهم تمييزاً يستند إلى الأصل أو العقيدة أو الجنس أو اللون.

بيد أن حرية التقدم للمنافسة ليست مطلقة، بل تخضع لبعض القيود حيث يجوز

1- انظر: حكمها رقم ٣٣٣/ السنة ١٠/ قضائي بتاريخ ١٢/٢/١٩٦٧.

للإدارة أن تحرم بعض الأشخاص من حق التقدم للمناقصات إما لأسباب عقابية أو لأسباب وقائية. ويمكن تصنيف الشروط التي تتطلبها الإدارة في المتقدمين للمناقصات إلى الأصناف التالية:

- شروط تتعلق بطبيعة المناقصة: كما لو كنا بصدد مناقصة داخلية حيث يقتصر الاشتراك فيها على السوريين ومن حكمهم والعرب المقيمون في سوريا.

- شروط تتعلق بحسن السمعة: حيث يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة حسن السمعة. وتطبيقاً لهذا المبدأ يمكن للإدارة أن تحرم بعض الأشخاص من الاشتراك في المناقصة، ويأخذ هذا الحرمان عادة صورتين هما:

الأولى: الحرمان الجزائي: وهو عقوبة تطبق على الفرد نتيجة ارتكابه أخطاء أثناء تنفيذه لعقد سابق، أو نتيجة ارتكابه جرماً جزائياً يؤدي إلى حرمان المتعاقد من التمتع ببعض الحقوق العامة ومنها حق التعاقد. ومن الأمثلة على التنفيذ السيئ للعقد نذكر قيام المتعهد بارتكاب الغش أو الرشوة^١.

الثانية: الحرمان الوقائي: حيث تصدر الإدارة في هذه الحالة قراراً بحرمان أحد الأشخاص نتيجة القصور في إمكانياته الشخصية أو الإدارية أو المالية^٢. ومن تطبيقات هذه الحالة نذكر استبعاد الموظف وأعضاء السلطة التشريعية تجنباً لشبهة المحاباة والتمييز واستغلال الوظيفة العامة، ولأن اشتراك من يعمل باسم الجهة العامة في المناقصات التي تطرحها يخل بمبدأ تكافؤ الفرص ويسبب إحجام الكثيرين عن تقديم العروض في تلك المناقصات^٣.

1 - انظر: نص المادة /٢٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم /٩/ لعام ١٩٨٣.

2 - وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٣٠/٣/١٩٥٦.

(مذكور لدى) الدكتور: عمر حلمي فهمي، مرجع سابق الذكر، ص: ٢٤١.

3 - انظر: رأي مجلس الدولة رقم ٦٣/ج.ع لسنة ١٩٧٥ في تحديد مدلول كلمة "العاملين" حيث جاء فيه "من الواضح أن مدلول كلمة العاملين.. لا ينصرف إلى فئات الموظفين والمستخدمين والعمال في الجهات العامة فحسب، وإنما يتسع نطاقه حتى يشمل كل من له موقع من مواقع المسؤولية يمارس فيه

وبالعودة إلى القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الناظم لعقود الجهات العامة في سوريا نجد أن المشرع قد أخذ بنظرية الشروط العقابية ونظرية الشروط الوقائية فيما يتعلق بحرمان بعض الفئات من الاشتراك في المناقصات العامة.

حيث حددت المادة ١١/ فقرة أ/ من القانون رقم ٥١/ الشروط التي يجب توافرها فيمن يود الاشتراك في المناقصة. وأهم هذه الشروط:

١- أن لا يكون محروماً من الدخول في المناقصات أو التعاقد مع الجهات العامة وهذا الشرط يعد بدوره تطبيقاً لما تمّ توضيحه أعلاه بأنه يجوز للإدارة حرمان أحد المتناقصين جزائياً إما بسبب سبق تنفيذه لالتزام تعاقدى تنفيذاً سيئاً أو بسبب ارتكابه جرمًا جزائياً.

٣- أن يكون مسجلاً في السجل التجاري بالنسبة للعارضين السوريين ومن في حكمهم وأن يكون مسجلاً في إحدى غرف التجارة أو الزراعة أو الصناعة. والحكمة من هذا الشرط هي التأكد من الملاءة المالية للمشاركة في المناقصة.

ومن الشروط التي عدتها المادة آتفة الذكر: أن لا يكون العارض محكوماً بجناية أو جرم شائن^١ ما لم يرد إليه اعتباره وأن لا يكون من العاملين في الدولة وأن لا يملك أي مصنع أو مؤسسة أو مكتب فرعي في إسرائيل وأن لا يكون مشتركاً في أي مؤسسة أو هيئة فيها وألا يكون طرفاً في أي عقد للصنع أو للتجميع أو الترخيص مع أي مؤسسة أو هيئة أو شخص في إسرائيل...

وقد منح المشرع الإدارة سلطة تقديرية فيما يتعلق بشرط التسجيل في السجل التجاري وشرط التسجيل في إحدى الغرف التجارية أو الزراعية أو الصناعية حيث

نشاطاً لصالح جهة عامة سواء كان وجوده في ذلك الموقع عن طريق الانتخاب أو التسمية أو التعيين..." .

١ - انظر: رأي مجلس الدولة السوري رقم ٣٣٥ لعام ١٩٧٢ : إن جرم عرض الرشوة المحكوم مرتكبه بالحبس وبالغرامة يمنع من قبوله في مناقصات الدولة .

وانظر: بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٣٤/ ب - ١٥/٧٨٩ تاريخ ٢٦/٣/١٩٨٠ المتضمن الطلب إلى سائر الجهات العامة والمشاركين في التعامل مع أشخاص سبق وحكموا قضائياً بجرم اختلاس أموال الدولة.

سمح لها بالإعفاء من هذين الشرطين بصورة استثنائية وذلك في بعض المناقصات التي تستدعي طبيعتها ذلك، وفي المناقصات الخارجية عموماً، حيث يمكن للإدارة أن تفرض على العارضين الأجانب بالنسبة للمناقصات الخارجية شروطاً أخرى بديلة. وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة ملزمة في احترام مبدأ المساواة لدى ممارسة سلطتها في الإعفاء من الشرطين السابقين أو من أي شرط آخر.

٢ - مواعيد التقدم للمناقصات:

بعد الإعلان عن المناقصة يحدد المشرع عادة مدة زمنية معينة يتم خلالها تقديم العطاءات على أن تكون هذه المدة معقولة. وقد تضمن القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ تنظيمًا مفصلاً لمواعيد تقديم المناقصات وكذلك لمدة سريان عطاءات المتنافسين. فقد نصت المادة ٩/ فقرة ١/ القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه " يعلن عن المناقصة قبل انتهاء آخر موعد لتقديم العروض بخمسة عشر يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الداخلية وبخمسین يوماً على الأقل بالنسبة للمناقصات الخارجية. ولا يدخل يوم الإعلان عن المناقصة ولا يوم إجرائها ضمن المدة المذكورة ويعلق بعض التشريعات مدة المناقصات على نوع المناقصة.

فالمشرع المصري حدد مدة المناقصة بثلاثون يوماً بالنسبة للمناقصات العامة يبدأ سريانها من تاريخ أول إعلان عن المناقصة في الوقائع المصرية^١. وفي كافة الأحوال يجب أن تكون مدة المناقصة معقولة. ويقصد بعبارة (معقولة) أن لا تكون مدة طويلة يهدد خلالها الاستقرار الإداري وأن لا تكون قصيرة بل ينبغي أن يتمكن خلالها العدد الأكبر من المتنافسين من التقدم بعرضه.

٣ - تقديم العطاءات (العروض)

تقوم الإدارة بتحديد شروط ومواصفات العملية التعاقدية على ضوء عدة معايير أساسية حيث يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة. ومتى حددت الشروط والمواصفات على ضوء هذه المعايير يتم طرح المناقصة والإعلان

1- انظر: نص المادة ١٦/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٩/ لعام ١٩٨٣.

عنها حسب الإجراءات المنصوص عنها في القانون. عندها تقدم العطاءات من قبل الراغبين بالاشتراك بالمناقصة.

ويجب عند تقديم العروض الالتزام بالإجراءات التي نص عليها القانون. حيث نصت المادة /١٤/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه تقدم العروض ضمن مغلفين مختومين ويوضع هذان المغلفان في مغلف ثالث معنون باسم الجهة المحددة في الإعلان ويكتب عليه موضوع المناقصة والتاريخ المحدد لإجرائها.

أ- طبيعة التقدم بالعرض (بالعطاء):

يعد تقديم العرض إيجاباً يحتاج إلى قبول الإدارة حتى ينعقد العقد، أما الإعلان عن المناقصة فهو مجرد دعوة للتعاقد^١. غير أن هذا الإيجاب يتمتع بطبيعة خاصة مستمدة بدورها من الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها العقود الإدارية. فليس للمشارك بالمناقصة أي دور في صياغة هذا الإيجاب، بل على العكس من ذلك فإن الإدارة تقوم بإرادتها المنفردة بتحديد عناصر الإيجاب وليس من يصدر عنهم وعلى هؤلاء أن يقبلوها جملة أو يرفضونها جملة وهذه هي القاعدة العامة.

ولكن استثناءً على ذلك أجازت المحكمة الإدارية العليا المصرية لمن يتقدم بعطاءه أن يرفق عطائه ببعض الشروط والتحفظات شريطة أن لا تعدل هذه التحفظات والشروط من الشروط العامة للمناقصة^٢. وقد سمحت المادة /١٨/ فقرة /د/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الناظم لعقود الجهات العامة في سوريا للجنة المناقصة قبول العروض التي تتضمن تحفظات شريطة أن يوافق العارض في بداية جلسة المناقصة وقبل إعلان الأسعار على إلغاء تحفظاته والتقييد بأحكام دفاتر الشروط الخاصة وتثبيت ذلك خطياً.

وغني عن البيان فإن سلطة الإدارة في الانفراد بتحديد شروط العقد وفرضها

-
- 1- المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠) طعن رقم /٣٣٣/ لسنة /١٠/ قضائي بتاريخ ١٩٦٥/١٢/٢ - ص ١٨٤٥.
 - 2 - مجموعة المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥-١٩٨٠) الجزء الثاني طعن رقم /٣٣٣/ لسنة /١٠/ ق بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢ - ص ١٨٧٢-١٨٧٣.

على المتعاقد معها تجد أساسها في سلسلة من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية أهمها: تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه نهاية مبسرة قبل الأوان.

بيد أن هذه الامتيازات ليست مطلقة بل تنقيد بقيد المصلحة العامة وتخضع لرقابة القضاء لوضع حد لإساءة استعمال السلطة. وهذا الوضع هو الذي دفع القضاء إلى التعبير عن مركز المتعاقد مع الإدارة الذي يجد نفسه مرغماً على قبول جميع الشروط التي تفرضها بأنه "مركز تعاقدى شكلاً تنظيمي موضوعاً".^١

بيد أن هذا الرأي لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه لاسيما أن الأفراد لا يقبلون شروط الإدارة إلا بعد التعرف عليها ودراستها، أي إذا قبل فيكون قبوله مبني على علم تام بجميع ظروف العقد والنتائج المترتبة عليه. فهو قبول حقيقي تتوافر فيه عناصر التعاقد.

ب- إجراءات التقدم بالعطاء:

بعد الإعلان عن المناقصة وشروطها يستطيع كل مشترك أن يتقدم بعطاءه (عرضه) مبيناً فيه السعر الذي يرتضي التعاقد على أساسه وعلى مقدم العطاء أن يرفق عطاءه بكافة الأوراق والثبوتيات التي يتطلبها القانون.

وقد حدّد القانون رقم ٥١/لعام/٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود للجهات العامة الإجراءات الواجب اتباعها فيما يتعلق بتقديم العروض. فقد نصت المادة ١٤/ من هذا القانون على ضرورة تقديم العروض ضمن مغلفين مختومين ويوضع هذان المغلفان في مغلف ثالث معنون باسم الجهة المحددة في الإعلان ويكتب عليه موضوع المناقصة والتاريخ المحدد لإجرائها.

المغلف الأول:

وقد حددت المادة ١٤/ المذكورة أعلاه البيانات التي يجب أن يتضمنها المغلف

1- انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية السنة ١١/ قضية ٩٨٣/ لسنة ٩/ قضائي بتاريخ ٣٠/٦/١٩٥٧ بند ٣٧٧/ - ص ٦١٠ - ٦١١. (مذكور لدى د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية ص ٣٢٤).

الأول وأهمها:

طلب الاشتراك بالمناقصة والوثائق المشعرة بتوافر الشروط المنصوص عنها في المادة /١١/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤. كما يحتوي هذا المغلف على تصريح من العارض بأنه اطلع على دفاتر الشروط العامة والخاصة (الحقوقية والفنية والمالية) وجدول بنود التوريدات أو الأشغال المطلوبة الخاصة بالمناقصة وأنه يقبل بجميع ما ورد في هذه المستندات من شروط وأحكام.

المغلف الثاني:

أما البيانات التي يجب أن يتضمنها المغلف الثاني فقد حددتها المادة /١٤/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ وأهم هذه البيانات نذكر:

العرض المالي والتجاري مع جدول الأسعار الإفرادية والإجمالية الذي يجب أن ينظم أو يملأ من العارض أو ممثله القانوني بصورة واضحة جلية دون شطب أو حك أو حشو وفقاً للطريقة التي تشترطها دفاتر الشروط الخاصة.

وتنص المادة /١٦/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه "إذا كان العارض وكيلاً بالعمولة فعليه أن يبين في العرض بوضوح نسبة عمولته الصافية وتدفع هذه العمولة للوكيل مباشرة بالعملة السورية على أساس سعر العملات الرسمي المحدد من مكتب القطع والمعمول به بتاريخ فتح الاعتماد المستندي وذلك بعد الاستلام النهائي وفقاً للشروط التعاقدية.

كما ألزمت المادة /١٧/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ العارض أن يحدد في عرضه المدة التي يتعهد خلالها بتقديم المواد أو إنجاز الخدمات أو تنفيذ الأشغال موضوع المناقصة أو طلب العروض ما لم تحدّد من قبل الإدارة في دفاتر الشروط.

وتعتبر مدة التسليم من العناصر الأساسية في مقارنة العروض. أي كلما كانت هذه المدة قصيرة كلما ازدادت فرصة العارض الذي يتعهد بالتسليم خلال هذه المدة القصيرة في إرساء المناقصة عليه.

وتأكيداً لاعتبار مدة التسليم أمراً هاماً أثناء المقارنة بين العروض نصت المادة /١٧/ من القانون /٥١/ بأنه "... وفي حال تساوي العروض في جميع شروطها يفضل

العرض الذي يتعهد صاحبه بتنفيذ التعهد في مدة أقل...". وتبدأ مدة التسليم اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المتعهد فتح الاعتماد في حال تسديد قيمة التعهد بموجب اعتماد مستندي، واعتباراً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ أمر المباشرة بالتنفيذ للمتعهد في حال التسديد بطرق أخرى. وتنتهي هذه المدة بتسليم التعهد المتعاقد عليه للجهة المتعاقدة.

وقد حددت المادة /١٩/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ كيفية تقديم العروض حيث يتم ذلك إما بشكل مباشر للجهة المعلنة عن المناقصة أو ترسل إليها بطريق البريد المضمون على أن تصل إليها وتسجل في ديوانها قبل نهاية الدوام الرسمي من اليوم الذي يسبق تاريخ افتتاح جلسة المناقصة.

كما أكد المشرع في المادة /١٩/ فقرة /ب/ من القانون /٥١/ أنه لا يجوز للعارض أن يقدم أكثر من عطاء تحت طائلة بطلان ما يزيد على ذلك، وإذا تعددت العطاءات فيؤخذ بعين الاعتبار العطاء الذي تمّ تسجيله في ديوان الجهة العامة بتاريخ سابق. كما لا يجوز سحب العطاءات أو تكميلها بعد تسجيلها في الديوان. والحكمة من هذا النص تكمن في احترام مبدأ المنافسة المشروعة ومبدأ المساواة بين المناقصين وسرية العطاءات في جميع مراحل المناقصة.

٤ - اختيار المتعاقد:

تتم إجراءات المناقصة تمهيداً لاختيار المتعاقد ويتم اختيار المتعاقد وفقاً للمراحل التالية:

أ- تشكيل لجنة المناقصة:

تنص المادة /١٢/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه "تشكل لجنة المناقصة بقرار من أمر الصرف من ثلاثة أعضاء على الأقل من بينهم محاسب الجهة العامة أو المدير المالي أو من العاملين تحت إشرافهما". كما نصت الفقرة /ب/ على عدم جواز رئاسة اللجنة من قبل أمر الصرف. وأجازت الفقرة /د/ من المادة /١٢/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ لأمر الصرف أن يستعين بمندوبين عن الجهات العامة ذات الصلة في لجان المناقصات. وقد أوضح بلاغ وزارة المالية رقم /١/ ب ع ٩-

تاريخ ٢٠٠٥/١/٢ المقصود من كلمة مندوبين من خلال أنه ذكر مندوب عن وزارة المالية ومندوب عن مجلس الدولة.

ب- فتح المغلفات:

وفقاً لأحكام المادة /٢٠/فقرة /ب/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ تقوم لجنة المناقصة بفتح المغلفات المتضمنة للعطاءات المقدمة، حيث تقوم هذه اللجنة بفتح المغلف الأول وتدقق في محتوياته وتقرر قبول عروض من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة وفقاً لأحكام المادة /١١/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ وتستبعد عطاءات من لا تتوفر فيهم هذه الشروط حيث تعلن ذلك على جميع الحاضرين لجلسة المناقصة. وهكذا تقتصر المقارنة على العروض القانونية المتبقية بعد عملية الاستبعاد وتعاد العروض غير المقبولة إلى أصحابها دون فض.

وإذا اتضح أن هناك عارض وحيد أو كان العرض المقبول عرضاً واحداً تعاد المناقصة مرة أخرى بعد أن يتم الإعلان عنها من جديد ووفقاً للشروط التي يتطلبها القانون. وإذا تقدم للمناقصة الثانية عارض وحيد يجوز للإدارة أن تقبله إن وجدت مصلحة لها في ذلك (المادة /٢٠/ فقرة /د/ ١ ، ٢). بعد ذلك تقوم اللجنة بفتح المغلف الثاني الذي يتضمن العرض المالي والتجاري وجدول الأسعار الإفرادية والإجمالية وتعلن محتوياته على الحضور.

وقد يحدث أن اللجنة تحتاج إلى وقت أطول لاختيار العرض الأنسب، حيث تضطر لدراسة العروض دراسة معمقة، عندئذ يجوز لها حسب أحكام الفقرة /و/ من المادة /٢٠/ من القانون /٥١/ إرجاء جلسة المناقصة إلى موعد آخر يحدد ويعلن على الحضور وتنجز اللجنة عملها في الجلسة الثانية أمام الحاضرين من العارضين.

ج- فحص العطاءات:

وهي المرحلة التي تتم فيها إجراءات تعيين أفضل المناقصين وفقاً لأحكام القانون وتقوم بهذه المهمة لجنة المناقصة. وتبدأ اللجنة عملها بالتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعروض ذاتها وبفحص العينات والفئات ومقارنتها مع بعضها البعض. ثم تقوم اللجنة بعد ذلك بترتيب الأسعار ترتيباً تصاعدياً أي اعتباراً من السعر

الأدنى مع ملاحظة عدم قبول أي كسر في الأسعار المقدمة. ثم يعلن رئيس اللجنة اسم المتعهد المرشح الذي تقدم بالسعر الأدنى المقبول. (الفقرة /ز/ من المادة /٢٠/). وإذا تساوى عرضان أو أكثر في السعر الأدنى المقبول، جرت مناقصة جديدة بين هؤلاء فقط في الجلسة نفسها وبطريقة الظرف المختوم حتى يتم الإرساء.

والجدير بالذكر أنه يحق لأمر الصرف المختص أن يحدد مسبقاً السعر الأعلى الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة بناءً على تقرير لجنة مختصة تشكل لهذه الغاية حيث يوضع هذا السعر في مغلف مختوم بالشمع الأحمر ويفتح يوم جلسة المناقصة من قبل اللجنة ولا يعلن مضمونه على العارضين الحاضرين، فإذا لم تقدم عروض تعادل هذا السعر أو تقل عنه يجب على اللجنة أن تطلب من العارضين تقديم أسعار جديدة في مغلفات مختومة في الجلسة نفسها ولا يجوز تكرار هذا الإجراء خلال هذه الجلسة وإذا كانت الأسعار الجديدة غير مساوية للأسعار المقدرة أو تزيد عليها بما يجاوز ٥% أعلنت اللجنة فشل المناقصة. (الفقرات أ، ب من المادة /٢٢/). والجدير بالذكر أن قرار الإدارة بفشل المناقصة ومن ثم التعاقد مع إحدى الشركات بالتراضي يعتبر من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد باعتباره قد اتخذ قبل التعاقد وبالتالي يعتبر قراراً إدارياً بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى.

د - إرساء المناقصة:

يجب أن يتم إرساء المناقصة كقاعدة عامة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً وهذا ما يعرف بمبدأ آلية المناقصة. ويرد على هذه القاعدة استثناءات حيث يمكن للجنة المناقصة استبعاد العطاء الأقل سعراً في حالتين هما:

١- إذا قررت لجنة المناقصة استبعاد صاحب العطاء الأقل لعدم كفاءته من الناحية الفنية أو المالية أو لسوء سمعته، على أنه يجب أن تمتلك اللجنة أدلة كافية تثبت عدم كفاءة صاحب العطاء الأقل، حيث ننظر لهذا الاعتبار في جميع مراحل المناقصة كما يمكن استبعاد صاحب هذا العطاء لأي عنصر آخر يتعلق بمصلحة المرفق كعنصر الزمن مثلاً في عقود التوريد.

٢- إذا كان العطاء الأقل مقترن بشروط أو تحفظات، إلا إذا قبل العارض إلغاء

تحفظاته في بداية جلسة المناقصة قبل إعلان الأسعار وثبت ذلك خطياً، أو كان العطاء أكبر بكثير من سعر السوق، فيحق للجنة المناقصة أن توصي بإلغاء المناقصة أو يمكن لها التفاوض مع صاحب هذا العطاء لعله يأتي بنتيجة مؤثرة، وإلا تستبعد اللجنة نهائياً.

والجدير بالذكر أن المادة /٢٣/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ سمحت للإدارة بتجزئة مواد المناقصة بين أصحاب العطاءات (العارضين) حسبما تراه ملائماً بحيث تجري إحالة جزء إلى متعهد دون أن يحق له الاعتراض بشرط أن يتضمن دفتر الشروط الخاصة هذا الأمر. وغني عن البيان أنه يشترط لإمكانية التجزئة أن يكون موضوع المناقصة قابلاً لها.

وبعد أن تتضح الأمور أمام اللجنة تتخذ قراراتها بأكثرية عدد الأصوات الحاضرين وفي حال تساوي الأصوات يرجح جانب الرئيس (فقرة /أ/ مادة /٢١/ من القانون /٥١/) وتعتبر قرارات اللجنة المذاعة على الحاضرين نهائية (فقرة /د/ من المادة /٢١/ من القانون /٥١/) ثم تتم المصادقة على محضر المناقصة من قبل أمر الصرف المختص الذي يجوز له أن يلغي المناقصة لأي سبب من الأسباب المبررة خطياً دون أن يحق له تعديل النتيجة التي توصلت إليها لجنة المناقصة (المادة /٢٤/ فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤).

٥ - إبرام العقد:

بداية لابد من التأكيد بأن قرار لجنة المناقصة بإرساء المناقصة ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، وإنما هو إجراء تمهيدي للتعاقد الذي تختص به جهات أخرى تحددها القوانين والأنظمة. وإذا ما تقرر إبرام العقد تلتزم الإدارة بالتعاقد مع من عينته لجنة المناقصة تطبيقاً لمبدأ آلية المناقصة المنصوص عنه في الفقرة /ز/ من المادة /٢٠/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤. فإذا خالفت الإدارة هذا المبدأ يعتبر قرارها باطلاً والسبب في ذلك هو أنه من رست عليه المناقصة (صاحب العطاء الأقل) هو الشخص الموجب الذي يجب أن يلتزم بإيجابه حتى يلقي قبول الإدارة. أما من تستبعده الإدارة فيتحلل من إيجابه.

أ- التصديق على قرار الإحالة:

يعد القرار الذي تتخذه لجنة المناقصة قراراً إدارياً يتم بموجبه إحالة المناقصة إلى أحد أصحاب العروض (صاحب العرض الأقل). بيد أن قرار الإحالة هذا لا ينتج آثاره القانونية، وبالتالي فإن التزام الإدارة بالعقد لا يبدأ إلا بعد إصدار قرار التصديق على عملية الإحالة من قبل أمر الصرف. ولا يكون من رست عليه المناقصة متعهداً قبل التصديق، بل يكون متعهداً مرشحاً (المادة ٢٤ فقرة ب).

فالعقد يبتدئ حينما يصدر قرار تصديق واعتماد إجراءات المناقصة بحيث يعتبر قرار الاعتماد والتصديق منشأ للعقد وليس كاشفاً عنه^١ وهكذا نرى أن مرحلة التصديق على المناقصة تعتبر مرحلة حاسمة ونهائية إذ بصدر قرار التصديق يبدأ التزام الإدارة التعاقدية.

ب- العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة:

إن قرار الإدارة بالتصديق على المناقصة يدخل في نطاق سلطاتها التقديرية وبالتالي لها الحق في العدول عن التعاقد وإلغاء المناقصة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة. وقد ورد هذا الحكم في نص المادة /٢٤/ فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ التي تقول: "لا يعتبر المتعهد المرشح متعهداً إلا عند استكمال إجراءات التصديق وتبليغه أمر المباشرة وللإدارة العدول عن تنفيذ موضوع المناقصة في أي وقت قبل تبليغ المتعهد أمر المباشرة ولا يترتب للمتعهد أي تعويض طالما أنه لم يتبلغ أمر المباشرة".

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في سوريا هذا المبدأ بقولها "إن المشرع في المادة /٢٤/ من نظام العقود لم يلزم أمر الصرف بتصديق محضر المناقصة وإنما أجاز له أن يلغي نتائج المناقصة لأسباب مبررة خطأً وهو نص ينطلق من الأسس العامة للعقود الإدارية التي تخول الإدارة عدم التعاقد في جميع الحالات سواء قبل البت

1 - انظر: د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص ١٣٣.

في المناقصة أو بعدها إذا ثبت لها أن المصلحة العامة تقضي ذلك^١.

وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة على أن يكون للمتعهد المطالبة بالتعويض إن كان له وجه قانوني.

وفي اجتهاد آخر قررت محكمة القضاء الإداري وأيدتها المحكمة الإدارية العليا بأنه " إذا كان الثابت أن المدعي وإن وقع العقد إلا أنه لم يتبلغ أمر المباشرة كما لم يقترن هذا العقد بالتصديق الأصولي ولا يحق له والحالة هذه تقاضي أي تعويض طالما لم يتجشم أي ضرر، إلا أن طلبه رد قيمة الطوابع ونفقات العقد الأصلية تتفق مع روح العدالة والإنصاف ولا يدخل في باب التعويض^٢.

ونعود هنا ونؤكد على أن التزام الإدارة لا يبدأ في موعد واحد مع التزام الأفراد. فبينما تبدأ التزامات الإدارة في السريان منذ تاريخ المصادقة على قرار الإرساء، يلتزم المتعاقد بالاستمرار في عطائه منذ تقديمه حتى يبت فيه، فلا يتحلل من هذا العطاء إلا بعد إرساء المناقصة على أحد المتناقصين.

وإذا لم يقترن العقد بالتصديق وبوشر بتنفيذه من قبل المتعهد يعد العقد عندئذ عقداً فعلياً وهو يرتب الحقوق والواجبات على المتعاقد حسب النصوص الواردة فيه. وإذا قام المتعهد ببعض الأعمال فإنه يستطيع الحصول على هذه الأجور استناداً إلى نظرية (كل عمل أج) وهي نظرية تستند بدورها إلى نظرية العقد الفعلي^٣.

1 - محكمة القضاء الإداري، القرار رقم : ٢٦٥، القضية ١٩١ لعام ١٩٧٥. انظر: أيضاً القرار ٢٩٢، القضية ١٠٩ لعام ١٩٨٤ حيث ورد فيه " للإدارة العدول عن تنفيذ التعهد قبل إبلاغ المتعهد أمر المباشرة دون أن يحق للمتعهد المطالبة بالتعويض "

2 - محكمة القضاء الإداري، القرار ١١٥، القضية ٢٢٨ لعام ١٩٧٤، المحكمة الإدارية العليا، القرار ٢٤٢، القضية ١٥٢ لعام ١٩٧٥ .

3 - رأي الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ٤٤/٤ لعام ١٩٧٨، محكمة القضاء الإداري القرار ٤٤١، القضية ٢٨/٢٨ لعام ١٩٨١ .

مدة ارتباط المتعهد المرشح بعرضه:

لقد تضمن القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ جواباً على هذا التساؤل من خلال نص المادة ٢٥/ منه والتي تقضي بأن يبقى المتعهد المرشح مرتبطاً بعرضه طيلة المدة المحددة لهذا الارتباط في دفاتر الشروط أو الإعلان أو العرض وإذا لم يبلغ أمر المباشرة خلال ذلك يحق له خلال سبعة أيام تلي انتهاء المدة المذكورة أن يتخلى عن عرضه (عطائه) وذلك من خلال تقديم كتاب خطي يسجل في ديوان الإدارة التي أجرت المناقصة.

وإذا لم يتم بهذا الواجب (تقديم الكتاب الخطي خلال المدة المذكورة) يتجدد ارتباطه حكماً مدة أخرى تسري بدءاً من اليوم التالي لتاريخ انتهاء المهلة المعطاة للمتعهد المرشح وهكذا في كل مرة، على ألا تتجاوز مدة ارتباط المتعهد المرشح بعرضه ستة أشهر.

وإذا ما تبليغ المتعهد المرشح الأمر بالمباشرة يصبح متعهداً مرتبطاً مع الجهة العامة ويلزم بأحكام دفتر الشروط الخاصة الواردة بالعقد كما يلزم بمجموعة الشروط العامة (دفتر الشروط العامة) التي تطبق على كل العقود ذات الطبيعة الواحدة فهناك شروط عامة تنطبق على كل عقود الأشغال أو على كل عقود التوريد، وهي شروط دائمة تصدر بمرسوم، كالمرسوم ٤٥٠/ الصادر عن رئيس الجمهورية المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد.

وتحسب مدة الإنجاز بدءاً من اليوم التالي للبدء بأعمال التنفيذ، ويتمتع هذا الموضوع بأهمية بالغة لاسيما وأن عدم احترام مدة الإنجاز والتأخير بالتسليم يعرض المتعهد لدفع غرامات التأخير المنصوص عنها في القوانين والأنظمة النافذة كما سوف نرى لاحقاً.

المبحث الثاني

الشراء المباشر

أولاً - تعريفه وحالاته:

يُعرّف الشراء المباشر وفق أحكام المادة ٣/ من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤ بأنه الطريقة التي يتم من خلالها تأمين احتياجات الإدارة دون الحاجة إلى تنظيم عقد أو إذاعة دعوة وذلك إذا تحققت الحالات التالية:

- ١- إذا كانت الاحتياجات المطلوب تأمينها تستند إلى تعرفه رسمية.
- ٢- إذا كان تأمين الاحتياجات المطلوب سيتم من إحدى الجهات العامة المنتجة لها أو المحصور بها بيعها أو توزيعها أو تقديم خدماتها، ويشمل ذلك الإدارات والمؤسسات العامة والشركات المؤممة وشركات القطاع العام مهما كانت القيمة. حيث يصدر عن رئاسة الوزراء البلاغات الضرورية التي تبين كيفية تحديد الأسعار^١. ومن الأمثلة على الجهات العامة المقصودة في هذا النص نذكر المؤسسة العامة لخزن وتسويق المنتجات الزراعية والحيوانية، شركة إسفلت اللاذقية، شركة المنظفات الكيميائية بدمشق، مؤسسة معامل الدفاع.
- ٣- إذا كانت قيمة النفقة الواحدة لا تتجاوز مائة ألف ليرة سورية^٢ ولكل حالة على حده ويمكن عند الاقتضاء رفع هذا السقف إلى ثلاثمائة ألف ليرة سورية بموافقة الوزير كما يمكن تعديل هذه السقوف بقرار من مجلس الوزراء. ويقصد بعبارة كل حالة على حدة الحالات العامة التي تستدعي رفع سقف الشراء المباشر إلى مبلغ ثلاثمائة ألف ليرة سورية. فمثلاً إن شراء الورق والقرطاسية اللازمة لجهة

١ - انظر: بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم ٩٤/ب - ٣١٠٧ تاريخ ٢٠/٦/١٩٦٥.

٢ - في ظل المرسوم التشريعي رقم ٢٢٨/ لعام ١٩٦٩ المتضمن نظام عقود هيئات القطاع الإداري كانت قيمة النفقة (٣٠٠٠ ل.س) كشرط لاتباع طريقة الشراء المباشر.

عامة تعتبر حالة عامة." بلاغ وزارة المالية رقم ٦/ب ع - ٢٥ / ١ تاريخ ١٩٩٠/٢/٢٤.

وهكذا نلاحظ أن القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ قد حدد حالات الشراء المباشر على سبيل الحصر وهي تعد بمثابة شروط قانونية لا يجوز مخالفتها تحت طائلة المسؤولية.

كما نلاحظ أيضاً أن المشرع منح أمر الصرف سلطة تقديرية في رفع سقف الشراء المباشر إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما منح هذا الحق لمجلس الوزراء. وتعتبر طريقة الشراء المباشر أيسر الطرق التي تملكها الإدارة في سبيل تأمين احتياجاتها.

ثانياً - إجراءات الشراء المباشر:

حدّد المشرّع في المادة ٤/ /فقرة ١/ من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤ كيفية إتمام عملية صفقة الشراء المباشر حيث يجب تشكيل لجان الشراء المباشر وذلك بقرار من أمر الصرف يحدد فيه رئيس وأعضاء كل لجنة ومهامها بشرط أن لا يقل عددهم عن ثلاثة من بينهم أحد العاملين في محاسبة الجهات العامة أو الإدارة المالية. ولا يجوز لهذه اللجان أن تتصرف بشكل اعتباطي، بل ألزمها المشرع بإتباع الإجراءات التالية:

١- تحرّي مصلحة الجهة العامة عند القيام بالشراء والحصول على أكثر من عرض خطي من الجهات المختصة بتقديم الاحتياجات المطلوبة كلما أمكن ذلك ثم اختيار أكثرها موافقة لصالح الجهة العامة بعد التثبت من وجود المواد أو صلاحية الخدمات واعتدال الأسعار (الفقرة ب/ من المادة ٣/ من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤).

٢- تصرف النفقة الناجمة عن الشراء المباشر بموجب فاتورة صادرة عن الجهة التي قدمت الاحتياجات بعد توقيعها من لجنة الشراء المختصة بكامل أعضائها إشعاراً بأن: المشتريات مطابقة للمواصفات المطلوبة وأن الأسعار الواردة في الفاتورة معتدلة ومطابقة للأسعار الرائجة. والجدير بالذكر أن الشراء الذي يتم وفقاً لأحكام المادة ٣/ من نظام العقود ٥١/ لا يخضع لرسم طابع العقد وضريبة تمتع

المتعهدين مهما بلغت قيمة الشراء وإن فواتير الشراء لا تخضع إلا إلى طابع سند الاستحقاق. (بلاغ وزارة المالية رقم ٥٧ ب/ع/٣٩/٨ تاريخ ١٩٦٩/١٢/٢٨).

وإذا توفرت شروط الفقرة /ج/ من المادة /٣/ من القانون /٥١/ أي إذا كانت قيمة النفقة لا تتجاوز مائة ألف ليرة سورية فتوقع الفاتورة عندئذٍ من قبل لجنة الشراء المختصة إشعاراً بأن الاحتياجات المطلوبة مطابقة للمواصفات المطلوبة، وأن الأسعار الواردة في الفاتورة معتدلة.

٣- يستطيع أمر الصرف أن يؤمن بعض الاحتياجات التي لا تتجاوز قيمتها خمسون ألف ليرة سورية عن غير طريق لجان الشراء المباشر إذا رأى أن هناك مقتضى لذلك أي إذا كان ذلك في خدمة الصالح العام.

المبحث الثالث

طلب عروض الأسعار

أولاً - تعريفه:

حدّد القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الحالة التي يمكن للإدارة أن تلجأ فيها إلى طلب عروض الأسعار وذلك عندما يتعذر على الجهة العامة تحديد مواصفات وشروط موحدة للاحتياجات المطلوب تأمينها وذلك للتمييز بين العروض واختيار أفضلها في ضوء الجودة والأسعار وسائر الشروط الأخرى (المادة /٢٧/). ويتضح من هذا النص أن طلب العروض يعتمد على دراسة للمواصفات الفنية والأسعار وليس الأسعار فقط.

بيد أن هذا النص لم يقدم لنا تعريفاً لطريقة طلب عروض الأسعار. لذا لا بدّ من اللجوء إلى الفقه لاستخلاص ماهيّة هذه الطريقة وأحكامها. فطريقة عرض الأسعار هي نموذج عقد يقترب من طريقة التعاقد بالتراضي لجهة أنه يمنح الجهة العامة حرية واسعة في انتقاء المتعاقد معها، ويقترب أيضاً من طريقة المناقصة حيث يكون هناك نوع من المزاومة للتوصل إلى العقد، إذ تستطيع الإدارة اختيار أفضل العروض

وأصلحها بالنسبة لها، دون أن تكون ملزمة بالاختيار الآلي.

ثانياً – الأحكام المطبقة على طلب عروض الأسعار:

نصت المادة /٢٨/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أن تطبق على الشراء بطريقة طلب العروض الأحكام المطبقة على الشراء بالمناقصة. هذا يعني أن أحكام المناقصة في أغلبها تُطبق على طلب العروض إلا إذا ورد نص يتضمن إجراءً خاصاً بطريقة طلب العروض.

ومن هذه الأحكام نذكر:

١ - طريقة طلب عروض الأسعار:

نصت المادة /٢٩/ فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه "يتم طلب العروض إما بواسطة الإعلان أو بكتب مسجلة إلى الشركات المؤهلة تأهيلاً مسبقاً أو بكليهما أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الأخرى توجهها الجهة العامة إلى أكبر عدد من العارضين".

وهكذا نلاحظ أن المشرع ألزم الإدارة أن تتبع طريقة الإعلان ليتسنى لعدد كبير من الفعاليات الاقتصادية الاشتراك في هذه المنافسة وبهذا الإجراء يقترب طلب عروض الأسعار من طريقة المناقصة.

وكما هو الحال بالنسبة للإعلان عن المناقصة يجب أن يتضمن الإعلان عن طلب العروض عدة بيانات أساسية حددها المشرع بشكل مباشر ولا تملك الجهة العامة إزاء ذلك أية سلطة تقديرية.

وقد حددت المادة /٢٩/ فقرة /ب/ من القانون /٥١/ أهم هذه البيانات وهي:

- ١- موضوع طلب العروض.
- ٢- مكان تقديم العروض وآخر موعد لتقديم العروض.
- ٣- التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة.
- ٤- الجهة التي يمكن شراء اضبارة طلب العروض منها.
- ٥- سعر الاضبارة.

٦- مدة إنجاز التعهد.

٧- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه.

وتقدّم العروض ضمن ثلاثة ملفات وتوضع هذه الملفات في مغلف رابع معنون باسم الجهة العامة المحددة في الإعلان.

يحتوي المغلف الأول على طلب الاشتراك والوثائق التي تثبت توافر الشروط المنصوص عنها في المادة /١١/ من القانون /٥١/ والتي تطبق بطبيعة الحال على المناقصة (المادة /٣٠/ فقرة /١/ من القانون /٥١/). كما يحتوي هذا المغلف على تصريح من العارض بأنه اطلع على الإعلان ودفاتر الشروط العامة والخاصة وجدول بنود التوريدات أو الأشغال المطلوبة وأنه يلتزم بجميع ما ورد في هذه الملفات من شروط وأحكام.

أما المغلف الثاني فيحتوي على العرض الفني والمواصفات ولا يجوز أن يتضمن أي أسعار أو تحفظات أو شروط مالية أو حقوقية تحت طائلة عدم مراعاة العرض.

أما المغلف الثالث فيحتوي على العرض المالي والتجاري مع جدول الأسعار الإفرادية والإجمالية الذي يجب أن ينظم من قبل العارض بصورة واضحة دون شطب أو حك كما يجب أن يخلو من التحفظات أو الشروط الحقوقية أو الفنية تحت طائلة عدم مراعاة العرض في حال ورودها.

٢- التدقيق بالعروض:

تقوم لجنة المناقصات بتدقيق العروض المطلوبة بجلسة سرية لا يحضرها العارضون وذلك على النحو التالي:

تستبعد اللجنة بداية العروض الواردة من أشخاص لا تتوافر فيهم شروط الاشتراك كما حددها القانون ثم تحيل المغلف الثاني الذي يتضمن العرض الفني والمواصفات إلى اللجنة الفنية التي تشكل بقرار من آمر الصرف على أن يكون من بين أعضائها عناصر حقوقية وفنية (المادة /٣١/ فقرة /ب/ من القانون /٥١/) كما

يمكن لأمر الصرف اعتماد مكتب خبرة استشاري داخلي أو خارجي يتولى مهام اللجنة الفنية أو بعض مهامها.

ويحق لهذه اللجنة أن تضع أسساً للتقييم من الناحية الفنية استناداً إلى دفتر الشروط الحقوقية والفنية والمالية الخاصة ووضع الحد الأدنى للعلامة المقبولة فنياً ثم ترفع على هذا الأساس إلى لجنة المناقصة. ثم تقوم اللجنة الفنية بعد مشاهدة أسس التقييم بفض المغلف الثاني ودراسة العروض من الناحية الفنية وتنظيم محضراً بواقع عملها تحدد فيه العروض المقبولة والمرفوضة فنياً ثم يرفع هذا المحضر إلى لجنة المناقصة (المادة /٣١/ فقرة /ج/ من القانون /٥١/).

ومن حق الجهة العامة طلب إيضاحات من أصحاب العروض المقبولة فنياً كما يحق لها طلب تصحيح عروضهم لمصلحتها على أن يسمح بذلك لجميع العارضين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص بينهم (فقرة /د/ من المادة /٣١/ من القانون /٥١/).

٣ - اختيار المتعاقد:

يقدم محضر اللجنة الفنية إلى لجنة المناقصة التي تقوم بدراسة العروض المالية وتجري المقارنة بينها في ضوء المادة /١٧/ من القانون /٥١/ على أساس الجودة ومدة التنفيذ والأسعار وتفرغ ذلك في جداول خاصة. ثم تختار لجنة المناقصة بعد الإطلاع على محضر اللجنة الفنية العرض الأنسب والأكثر ملاءمة لمصلحة الإدارة ثم يصدق محضر لجنة المناقصة من قبل أمر الصرف في الجهة العامة المعنية الذي يجوز له أن يلغي نتائج طلب العروض لأسباب مبررة خطياً وليس له في أي حال أن يعدل النتيجة التي توصلت إليها لجنة المناقصة لأن قرارها نهائي.

وبعد التصديق تقوم الجهة العامة بتبليغ صاحب العرض الأنسب (والذي يطلق عليه المتعهد المرشح) وعلى هذا أن يقوم بتوقيع العقد خلال المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة والتي لا تتجاوز في كل الحالات ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه خطياً

١- المتعهد المرشح: هو من ترسو عليه المناقصة أو طلب العروض أو يرتبط بعقد بالتراضي لم يستكمل أسباب تصديقه ولم يبلغ أمر المباشرة بعد (المادة /١/ فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤).

الإحالة عليه.

وإذا امتنع المتعهد المرشح عن توقيع العقد تصدر التأمينات المؤقتة التي دفعها كما يمكن مطالبة بالعدل والضرر عند الاقتضاء (المادة /٣١/ فقرة /ط/).

أما مدة ارتباط المتعهد المرشح بعرضه (ريثما يحصل على أمر بالمباشرة) فتخضع لأحكام المادة /٢٥/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود للجهات العامة وتكون هذه المدة محددة عادة في دفتر الشروط الخاصة وإذا لم يبلغ أمر المباشرة خلال المدة المحددة، يحق له أن يتخلى عن عرضه وذلك بكتاب خطي يسجله في ديوان الجهة العامة خلال سبعة أيام تلي انتهاء المدة المذكورة وإلا يتجدد ارتباطه بعرضه حكماً مدة أخرى وهكذا في كل مرة على أن لا تتجاوز مدة ارتباطه بعرضه ستة أشهر في جميع الحالات.

المبحث الرابع

المسابقة

تعتبر هذه الطريقة نمطاً من أنماط العقود تفتتح فيه الإدارة بين المتعهدين والموردين، بناءً على برنامج معد مسبقاً من قبلها، مسابقة تفسح المجال لتصنيف المتزاحمين مع الحفاظ على حريتها في اختيار من ستتعاقد معه. وقد أخذ القانون السوري بهذه الطريقة، فما هي أحكام المسابقة كما حددتها نصوص القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

أولاً - خصائص هذه الطريقة:

١- تتميز المسابقة عن غيرها من المنافسات الأخرى (مناقصات أو طلب عروض) في أنها تصلح لإبرام عقود محددة ومن نوع خاص كتلك التي يكون موضوعها إما دراسات أو مخططات أو تنفيذ مشروع أعدت له مخططات أو دراسات سابقة. وقد ورد هذا الحكم صراحة في نص المادة /٣٣/ فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام

٢- تتميز المسابقة عن غيرها من الطرق (كالمناقصة مثلاً) بأنها نوع من التعاقد بالتراضي لأنها تترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة للاختيار بين المشروعات المقدمة.

ثانياً - إجراءات المسابقة وشروطها:

نصت المادة /٣٣/ فقرة /ج/ من القانون /٥١/ على أن "يتم الإعلان عن المسابقة بنفس الطريقة التي يعلن فيها عن طلبات الشراء بطلب العروض". وتختلف إجراءات المسابقة وشروطها باختلاف موضوعها:

أ. عندما يكون موضوع المسابقة وضع دراسات أو مخططات لمشروع معين فيجب أن يحدد البرنامج (الذي تضعه الإدارة مسبقاً والمتضمن أغراضها بالتفصيل والحد الأعلى للمبالغ المقدرة لتنفيذ المشروع) الجوائز التي ستمنح للفائزين وكذلك مصير ملكية الدراسات والمخططات الفائزة وغير الفائزة. ويتم منح الجوائز والمكافآت بناءً على تقرير تعده هيئة محكمين يعينها الوزير المختص مسبقاً أثناء الإعلان عن المسابقة ويمكن لهذه الهيئة أن تقرر عدم استحقاق أحد لهذه الجوائز إذا رأت أن المخططات المقدمة لا تصل فنياً إلى المستوى المطلوب (المادة /٣٤/ فقرة /ب/).

ب- أما عندما يكون موضوع المسابقة تنفيذ مشروع مدروس مسبقاً يحدد البرنامج المنصوص عنه في البند /أ/ من المادة /٣٣/ الشروط التي يجب توفرها في عروض المتسابقين. وقد حددت المادة /٣٥/ فقرة /أ/ أهم هذه الشروط وهي:

١- ذكر المبلغ المطلوب لقاء هذا التنفيذ.

٢- الزمن الذي سيتم خلاله التنفيذ.

٣- برنامج التنفيذ بما في ذلك المواد المستعملة.

٣- التأمينات المطلوبة لضمان التنفيذ.

ج- وعندما يكون موضوع المسابقة وضع دراسة أو مخطط لمشروع معين وتنفيذ هذا المشروع معاً تطبق أحكام المادة /٣٥/ فقرة /أ/ وعلى المتسابقين أن يقدموا دراسة ابتدائية ومخططات ابتدائية للمشروع المطلوب.

وقد أجاز المشرع لهيئة المحكمين استدعاء المتسابقين ومناقشتهم في مشروعاتهم وعروضهم وإدخال بعض التعديلات عليها إذا تمّ الاتفاق على ذلك.

ثالثاً - إبرام العقد:

طبقاً لأحكام المادة /٣٧/ فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ تدون هيئة المحكمين نتائج أعمالها في محضر خاص وتصبح توصياتها نافذة بعد تصديقها من أمر الصرف^١ وعرضها على الجهات المختصة.

ويكون لهذا المحضر قوة العقد، بل هو العقد بين الطرفين بعد استكمال الإجراءات والشكليات القانونية اللازمة (المادة /٣٧/ فقرة /ج/ من القانون رقم /٥١/).

وهكذا نلاحظ أن الإدارة تبقى حرة في اختيارها للمتعاقد، إذ أن الهيئة التحكيمية لا تقدم سوى رأي غير ملزم للإدارة^٢. وأخيراً وليس آخراً لا بد أن يتم إقرار التنفيذ عن طريق المسابقة عن طريق الوزير المختص بالذات. وهذا ما تضمنه بلاغ وزارة المالية رقم ١٥٧١ ب ع - ٨٣٩ تاريخ ١٩٦٩/١٢/٢٨.

المبحث الخامس

تنفيذ الأشغال بالأمانة

أولاً- الأساس القانوني:

تنص المادة /٤٤/ فقرة /أ/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه "في كل مرة تقتضيها مصلحة الجهة العامة أو ضرورة السرعة أو استحالة تنفيذ الأشغال

1- أمر الصرف هو عاقد النفقة المحدد وفق الأنظمة النافذة في الجهات العامة ذات الطابع الإداري أو المدير العام للمؤسسة العامة أو الشركة العامة أو المنشأة العامة - حسب الحال - المادة /١/ فقرة /أ/ بند /٢/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

2- عبد الهادي عباس، العقود الإدارية (الجزء الأول) مرجع سابق، ص ٢٥٢.

بواسطة متعهدين يمكن أن تنفذ هذه الأشغال بطريقة الأمانة على مسؤولية الجهة العامة التي تتولى التنفيذ مهما كانت مبالغ نفقاتها".

وإذا قمنا بدراسة متأنية لهذا النص لاستنتجنا أن المشرع قد ربط اللجوء إلى هذه الطريقة بعدة شروط هي:

- ١- أن تفرضها ضرورات المصلحة العامة.
- ٢- أن يتوفر عنصر الاستعجال والسرعة بالنسبة للأشغال المراد تنفيذها.
- ٣- أن تكون هناك استحالة في تنفيذ الأشغال عن طريق متعهدين. وهكذا يتبين لنا أن تنفيذ الأشغال بطريقة الأمانة هي طريقة استثنائية يلجأ إليها في تنفيذ الأشغال حصراً عندما تكون هناك أسباب جدية موجبة تبرر اللجوء إليها لضرورة السرعة أو استحالة التنفيذ بواسطة متعهدين.

ثانياً - ماهية تنفيذ الأشغال بالأمانة:

في الحقيقة لا تعد هذه الطريقة طريقة خاصة من الطرق التي يمكن الاعتماد عليها في سبيل تأمين احتياجات الإدارة، بل تعد مجرد إجراء تمهيدي لاتباع إحدى الطرق السابقة. والدليل على ذلك نجده في المادة /٤٤/ فقرة ب/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والمادة /٤٥/ من ذات القانون. حيث تلزم الجهة العامة بتقديم تقرير للوزير يتضمن الأسباب الموجبة التي تبرر الأشغال بالأمانة ترفق به اضبارة المشروع كاملة مع كشف تقديري يتضمن أنواع الأعمال وكمياتها وأسعارها، وبعد ذلك إما أن يوافق الوزير على تنفيذ الأشغال بالأمانة أو يرفض ذلك.

والجدير بالذكر أن موافقة الوزير على تنفيذ الأشغال بالأمانة تكيف على أنها إذناً ضمنياً للجهة العامة المعنية يؤهلها اللجوء إلى اتباع الطرق الأخرى في التعاقد كإجراء مناقصة أو تنظيم عقد بالتراضي أو الشراء المباشر وذلك كله وفقاً للشروط التي حددها القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والمتضمن نظام عقود الجهات العامة^١.

1- نلاحظ أن القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ قد منح الوزير صلاحيات مالية أوسع قياساً على ما كان عليه الحال سابقاً في ظل المرسوم /٢٢٨/ لعام ١٩٦٩، الذي اشترط موافقة رئيس مجلس الوزراء إذا كانت

المبحث السادس

العقد بالتراضي

بموجب أحكام المادة /٣٨/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ يجوز للجهة العامة أن تتعاقد بالتراضي مع من تختاره بنتيجة الاتصالات المباشرة التي تجريها وفقاً للقواعد المبينة في القانون. ومن المعروف أن العقد بالتراضي يمنح الإدارة حرية مطلقة في اختيار المتعاقد معها حيث تتفاوض الإدارة وتفاوض وتساهم كما يفعل الأفراد العاديون عندما يبرمون عقودهم^١.

أولاً- حالات العقد بالتراضي:

حددت المادة /٣٩/ فقرة /أ/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ حالات التعاقد بالتراضي على سبيل الحصر وهي:

- ١- عندما تكون احتياجات الجهة العامة محصور صنعها أو اقتناؤها أو الاتجار بها أو تقديمها أو استيرادها بشخص معين أو شركة معينة.
- ٢- عندما تكون هناك أسباب فنية أو مالية أو عسكرية هامة تستوجب قيام جهات معينة بتأمين احتياجات الجهة العامة.
- ٣- عندما تكون احتياجات الجهة العامة المطلوبة تستهدف القيام بأبحاث أو تجارب مما يتطلب اتباع أسلوب معين في التنفيذ بعيداً عن الأسلوب المعتاد.
- ٤- في شراء العقارات عندما لا يكون هناك نفع عام يجيز استملاكها. وهنا لا بد من التذكير برأي الجمعية العمومية لمجلس الدولة رقم ٧٧ لسنة ١٩٧٨: "فيما عدا الحالات التي يكون فيها للإدارات أن تقطع ربع قيمة العقار مجاناً إذا ما لجأت

القيمة التقديرية للأشغال لمشروع كامل في سنة مالية واحدة تجاوز مليون ليرة سورية. (المادة /٤٨/ فقرة /ج/ من المرسوم /٢٢٨/ لعام ١٩٦٩.

١- انظر: د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٢١١.

إلى الاستملاك فإن شراء العقارات بالتراضي سواء كان يوجد نفع عام أم لا".

٥- في استئجار العقارات.

٦- في حال فشل المناقصة أو طلب العروض لمرتين متتاليتين. وفي هذه الحالة لا بد من التذكير برأي الجمعية العمومية لمجلس الدولة السوري رقم /١٨/ لعام ١٩٧١ المتضمن " إن لجوء الإدارة إلى التعاقد بالتراضي عقب خيبة مناقصة أعلنت عنها يجب أن يتم ضمن الشروط والمواصفات المحددة في دفتر الشروط أما إذا عدلت الإدارة من هذه الشروط بعد خيبة المناقصة، فلا يجوز اللجوء مباشرة إلى التعاقد بالتراضي بل لابد من إجراء مناقصة بالشروط الجديدة. (مذكور لدى: صبحي سلوم، موسوعة العقود، ١٢٠، ص: ٢٥٧)

٧- في عقود الشحن وعقود التأمين على البضائع المشحونة.

٨- عندما يتم التعاقد مع الشركات العامة والمؤسسات العامة والمنشآت العامة وذلك مع مراعاة البند /ب/ من المادة /٣/ من القانون /٥٠/.

٩- في الحالات الطارئة التي تستوجب سرعة مبررة عندما لا يمكن تقديم المواد أو إنجاز الخدمات أو تنفيذ الأشغال بالطرق الأخرى بالسرعة المطلوبة.

١٠- عقود توريد المواد الخاضعة لبورصة عالمية.

١١- عندما يكون تنفيذ الاحتياجات المطلوبة استكمالاً لمشروع معين قيد التنفيذ بتعهد سابق إذا كانت هناك ضرورات فنية وواقعية تستدعي استمرار المتعهد في القيام بالأشغال الجديدة. وتأكيداً على الطابع الحصري للحالات المذكورة أعلاه والتي تسمح للإدارة باللجوء إلى التعاقد بالتراضي صدر بلاغ وزارة المالية رقم /٥٧/ ب ع - ٣٩/٨ تاريخ ١٩٦٩/١٢/٢٨ الذي يقضي بأنه لا يجوز التعاقد بالتراضي في غير الحالات المنصوص عليها في المادة /٣٩/ المذكورة.

ومن هذا القبيل نذكر رأي مجلس الدولة السوري رقم /٥٠/ لعام ١٩٧٥ الذي يقضي بأن المشرع في نظام عقود الجهات العامة قد جعل المناقصة هي الطريقة الأساسية لتقديم المواد وإنجاز الخدمات واعتبر التعاقد بالتراضي طريقاً استثنائياً لا يلجأ إليه إلا في أحوال عدتها المادة /٣٩/ من النظام المذكور.

أما بخصوص تقدير أحوال التعاقد بالتراضي فإن هذا يعود حسب رأي مجلس الدولة رقم /٥٠/ لعام ١٩٧٥ إلى أمر الصرف علماً أن ذلك لا يتعارض مع الرقابة على إجراءات التعاقد التي تقوم على التأكد من قيام الحالة المستند إليها في تنظيم كل عقد على حدة باعتبارها السبب المجيز قانونياً للتعاقد.

ثانياً – إجراءات التراضي:

تنص المادة /٤١/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه " يخضع العقد بالتراضي للإجراءات المنصوص عنها في المادة /٢٤/ من هذا النظام ويكون ارتباط المتعاقد وتحله من هذا الارتباط وفقاً لأحكام المادة /٢٥/".

وبالعودة إلى المادة /٢٤/ من القانون /٥١/ نجد أن القانون يتطلب قيام أمر الصرف بالتصديق على العقد ولا يعد العقد قائماً إلا بعد استكمال إجراءات التصديق.

أما فيما يتعلق بمدة الارتباط فتطبق أحكام المادة /٢٥/ من القانون رقم /٥١/ .^١ ويستطيع أن يتقدم لإبرام العقد بالتراضي مع الجهة العامة كل شخص تتوفر لديه الأهلية المدنية وغير محروم من التعاقد مع الدولة ويجوز للإدارة اشتراط تقديم التأمينات المؤقتة كما يجوز لها اشتراط كل أو بعض الشروط المبينة في المادة /١١/ من نظام العقود السوري رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٥ مع الإشارة إلى أن الشرط المتعلق بعدم جواز اشتراك العاملين في الدولة في مناقصات الجهات العامة إنما يطبق أيضاً على حالات التعاقد بالتراضي باستثناء حالتها شراء واستئجار العقارات التي يجوز فيها للإدارة وفقاً لرأي مجلس الدولة السوري رقم /٤٦٣/ لعام ١٩٧١ وتبعاً للضرورة التي تقدرها قبول التعاقد مع العاملين في إحدى الجهات العامة متى كان ذلك لا يتعارض مع واجبات الموظف المنصوص عنها في القانون.

ثالثاً – شكل التعاقد بالتراضي:

يتم التعاقد بالتراضي وفقاً لأحكام القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ بأحد الأشكال التالية:

1 - يرجى الرجوع إلى شرح هذه المادة في البحث المتعلق بالمناقصة وإجراءاتها من هذا المؤلف.

١- بتنظيم عقد تذكر فيه الالتزامات والحقوق بصورة واضحة وهذه هي الصورة التقليدية.

٢- بتعهد يحزر على دفتر الشروط الخاصة يتضمن قبول المتعهد بالالتزام وفقاً للشروط الخطية المتفق عليها.

٣- بالمراسلة وفقاً للأصول التجارية المتبعة عند التعاقد مع الأسواق الخارجية (المادة ٤٢/ فقرة أ، ب، ج) من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤.

وبمقتضى كتاب وزارة المالية رقم ١٧٥٦٤ - ٨/٢٣ تاريخ ١٩٧٦/٦/٢٧ فإنه يشترط لصحة العقد بالمراسلة أن يتم مع الأسواق الخارجية وبدون وسطاء كما يجب أن تتضمن المراسلات الجارية كافة المواصفات المطلوبة وأسعارها وكافة الالتزامات والحقوق المتبادلة.

ملخص الفصل الثاني

قام المشرع بتحديد طرق وإجراءات تأمين احتياجات الإدارة بشكل مباشر، لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة سواء بالنسبة للدولة أو بالنسبة للأفراد. وقد رأينا أن هناك قيود تسبق عملية التعاقد ينبغي على الجهة العامة المتعاقدة الالتزام بها تحت طائلة بطلان تصرفاتها.

بالإضافة إلى القيود التي تسبق العملية التعاقدية ينبغي على الإدارة المتعاقدة أن تلتزم بالقيود والإجراءات التي ترافق التعاقد. ويقصد بهذه القيود تلك الطرق والإجراءات التي نص عليها المشرع. فمثلاً حدّد القانون السوري رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ الطرق والإجراءات الواجب اتباعها عند تأمين الاحتياجات العامة.

وأهم هذه الطرق نذكر:

المناقصة وطلب العروض والشراء المباشر والمساومة والعقد بالتراضي والمزايدة.



أسئلة عن الفصل الثاني

- س ١: بيّن مع التعليل صحة أو خطأ العبارات التالية:
- ١- تقوم المناقصات في وقتنا الحالي ليس فقط على اعتبارات مالية بل على اعتبارات أخرى لها ذات الأهمية وهي الاعتبارات الفنية.
 - ٢- بعد إتمام المناقصة يستحيل إلغاؤها.
 - ٣- المناقصة وطلب العروض وسيلتان من وسائل إبرام العقود الإدارية لا يختلفان عن بعضهما إلا بالتسمية.
 - ٤- يمكن لأمر الصرف اللجوء إلى طريقة المسابقة متى شاء فهذا الأمر هو من صلاحياته ولا يحدّه القانون بشكل مسبق.
- س ٢: بيّن المراحل التي تمر بها المناقصة.



الإجابة النموذجية للسؤال الأول

- ج ١- نعم، فلم تعد المناقصة قائمة في وقتنا الحالي على الاعتبارات المالية، بل تلعب الاعتبارات الفنية دوراً مهماً في الإرساء.
- ج ٢- خطأ، بل يجوز لأمر الصرف إلغاء المناقصة دون أن تلزم الإدارة بالتعويض على المتناقصين على أن يذكر الأسباب المبررة بشكل مكتوب.
- ج ٣- بل يوجد اختلاف بين المناقصة وطلب العروض حيث تلجأ الإدارة إلى المناقصة في حال معرفة المواصفات مسبقاً أما إذا تعذر عليها ذلك فتلجأ إلى طلب العروض. كما أنّ الإدارة تلتزم بمبدأ آلية الإرساء في المناقصات في حين أنها تملك سلطة تقديرية أوسع في اختيار المتعاقد عندما تتبع طريقة طلب العروض.
- ج ٤- خطأ، بل حدّد القانون بشكل مسبق الحالات التي تستطيع الإدارة خلالها اللجوء إلى المسابقة.

الباب الثالث

آثار العقد الإداري

تقوم الإدارة بإبرام العقود مع المقاولين والموردين الذين تراهم قادرين على تنفيذ الأشغال والخدمات والمواد التي تحتاجها، وذلك وفقاً للأساليب التي حددها المشرع والتي بينهاها سابقاً، وبمجرد إبرام تلك العقود الإدارية، تتولد عنها التزامات وحقوق اتجاه كل من الإدارة والمتعاقدين معها.

وتبين العقود الإدارية وكراسات الشروط الملحقة بها عادة التزامات وحقوق طرفي العقد، إلا أن بعض هذه الالتزامات وتلك الحقوق تتشأ من طبيعة تلك العقود وتعلقها بالصالح العام والمرافق العامة.

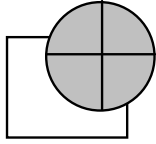
ويحكم التزامات وحقوق الإدارة والمتعاقد في تنفيذ العقود الإدارية فكرتان: الأولى المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال تنفيذ عقودها، والتي تظهر بشكل واضح في خضوع المتعاقد عند تنفيذ التزاماته لقواعد أشد صرامة، من تلك التي يخضع لها المتعاقد في عقود القانون الخاص. والثانية فكرة المصلحة الخاصة للمتعاقد التي يعول عليها من خلال تنفيذ العقود الإدارية، والمتمثلة في دفع ثمن الأشغال أو الخدمات أو المواد له من قبل الإدارة، وفي حالة التعارض بين الفكرتين، فإنه ينبغي ترجيح جانب المصلحة العامة.

وعلى ضوء ما سبق سنوزع هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: التزامات المتعاقدين.

الفصل الثاني: حقوق المتعاقدين.





الفصل الأول

التزامات المتعاقدين

❖ الأهداف التعليمية:

عند الانتهاء من دراسة هذا الفصل يجب أن يكون الدارس قادراً على:

- ١- تعداد التزامات المتعاقد.
- ٢- التمييز بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن من حيث المفهوم ومن حيث النتائج.
- ٣- تحديد مدد التنفيذ وتحديد ما هي الأمور التي تؤدي إلى التأخير عن هذه المدد.
- ٤- تحديد مفهوم كل من القوة القاهرة العادية والقوة القاهرة الإدارية وما هي شروط كل منهما.
- ٥- التمييز بين التسليم الابتدائي والتسليم النهائي من حيث المفهوم والآثار والشروط.
- ٦- تعداد التزامات الإدارة المتعاقدة.

❖ محتويات الفصل الأول:

المبحث الأول: التزامات المتعاقد

المبحث الثاني: التزامات الإدارة المتعاقدة

❖ ملخص الفصل الأول.

الفصل الأول

التزامات المتعاقدين

تولد العقود الإدارية كغيرها من العقود التزامات تعاقدية في مواجهة المتعاقد والإدارة، إلا أن هذه الالتزامات لها طبيعة وأهمية خاصة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، نظراً لتكثيف العلاقة بين المتعاقد والإدارة على أنها علاقة تعاون وتعاضد في سبيل تحقيق الصالح العام، وتأمين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

فالمتعاقدين يشاركون الإدارة في تنفيذ وتسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، وهذه المشاركة تؤدي إلى تعدد التزامات الطرفين في مجال تنفيذ العقد، والتشديد على الوفاء بها. فالإخلال بهذه الالتزامات، ليس مجرد إخلالاً بالتزامات تعاقدية، وإنما هو إخلال بالصالح العام وبسير المرافق العامة، ولذلك تحرص كراسات الشروط العامة على إيراد هذه الالتزامات بشكل دقيق.

وبالنظر لما تقدم، سندرس هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني: التزامات الإدارة المتعاقدة.

المبحث الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة

ترتب العقود الإدارية في مواجهة المتعاقد نوعين من الالتزامات، منها التزامات عامة تتولد عن العقد كغيره من عقود القانون الخاص، (الالتزام بنصوص العقد، والتنفيذ بحسن نية، ومراعاة قواعد الفن)، ومنها التزامات خاصة بالعقود الإدارية، تنبثق من الخصائص الذاتية لهذه العقود، باعتبارها تستهدف الصالح العام وتتعلق بسير المرافق العامة.

ورغم تعدد التزامات المتعاقد في تنفيذ العقود الإدارية، إلا أنه يمكن حصر أبرز صورها في ثلاثة أمور هي: التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد، والتقيد بالمواعيد المحددة لتنفيذ موضوع العقد، ثم تسليم الأشغال والمواد موضوع العقد للإدارة المتعاقدة.

وهذه الالتزامات واجبة الاحترام من جانب المتعاقد، حتى ولو لم ينص عليها العقد أو القانون، على أساس تعلق العقود الإدارية بالمصلحة العامة.

وبناء على ما تقدم، سنخصص لكل التزام مما سبق مطلباً مستقلاً كالتالي:

المطلب الأول: التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد.

المطلب الثاني: التزام المتعاقد بمدد تنفيذ العقد.

المطلب الثالث: التزام المتعاقد بتسليم المواد والأشغال المتعاقدة عليها.

المطلب الأول

التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد

تسعى الإدارة من خلال إبرام العقود الإدارية إلى تنفيذ المشروعات العامة وتوريد المواد والسلع اللازمة لسير المرافق العامة، ومن أجل بلوغ هذا الهدف، وضعت الإدارة كراسات الشروط العامة التي تتطلب توافر صفات جوهرية ترتبط

بشخص المتعاقد، لضمان تنفيذ تلك العقود على الوجه الذي يحقق الصالح العام، وتتعلق هذه الاعتبارات والصفات الشخصية بخبرة المتعاقد وكفاءته الفنية وكفايته المالية، بالإضافة إلى جنسيته وحسن سمعته وسيرته^١.

وتحتل الاعتبارات السابقة مركز الصدارة في قائمة العوامل التي تراعيها الإدارة عند اختيار المتعاقد معها، وتلقى بظلالها أيضاً عند تنفيذ العقود الإدارية.

فالإدارة تختار المتعاقد معها بناءً على صفاته ومؤهلاته الشخصية عند إبرام العقود الإدارية، وهذا يرتب على عاتق المتعاقد أن يقوم بتنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد شخصياً وب نفسه، نظراً لأن هذه العقود هي في الأصل ذات طابع شخصي، وهذا ما يسمى بمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري.

ويجد مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد أساسه في سير المرافق العامة ومقتضيات الصالح العام، التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال تنفيذ العقود الإدارية، ومن ثم لا يحتاج هذا المبدأ للنص عليه في العقد أو القانون.

ويعني مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي، أن التزامات المتعاقد التزامات شخصية يجب أن ينفذها شخصياً وب نفسه، وبالتالي لا يجوز له أن يتنازل عنها للغير أو يتعاقد بشأنها من الباطن. وقد أقر الفقه والقضاء الإداريين والقانون مبدأ التنفيذ الشخصي في العقود الإدارية^٢.

ولما كان تنازل المتعاقد عن العقد إلى الغير، يعتبر مخالفة جسيمة للاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، ويقضى على مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد، فإن هذا التنازل لا يجوز بدون موافقة الإدارة.

ومبدأ التنفيذ الشخصي في هذا المقام لا يعني التنفيذ المادي للعقد الإداري من جانب المتعاقد، بقدر ما يعني مسؤولية المتعاقد الشخصية عن تنفيذ الالتزامات المتولدة

1- انظر: في شأن الاعتبارات الشخصية على سبيل المثال: المادة (١١) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم

٥١ لعام ٢٠٠٤.

2- Laubadère, Moderne et Delvolvé; Traité des Contrats administratifs, Tome II, Paris, 1984, P.10.

سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - ١٩٩١ - ص ٤٣٨.

عن العقد الإداري^١.

وباعتبار أن التعاقد من الباطن يساهم في تنفيذ جانب من الالتزامات العقدية، ولا يؤدي إلى حلول الغير محل التعاقد الأصلي الذي يبقى مسئولاً عن تنفيذ كامل العقد، ولا يهدم مبدأ التنفيذ الشخصي، فإن القاعدة بشأنه أنه مباح ما لم ينص على تحريمه.

وقد نص دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ على أنه لا يحق للمتعهد أن يتنازل عن أي عمل أو جزء منه من الأعمال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها ولا أن يعهد بها أو أن يلزمها كلها أو بعضها إلى أشخاص آخرين كمتعهدين ثانويين إلا بموافقة خطية من الجهة العامة وإن حصول المتعهد على مثل هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الجهة العامة بأن تدخل في أية علاقة من أي نوع كانت مع المتعهدين الثانويين كما لا يعفي المتعهد من التزاماته ومسؤولياته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه تجاه الجهة العامة بموجب أحكام العقد^٢.

وعلى ضوء ما سبق فإننا سنعالج مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في مطلبين:

الفرع الأول: التنازل عن العقد.

الفرع الثاني: التعاقد من الباطن.

الفرع الأول

التنازل عن العقد

يترتب على مبدأ التزام التعاقد بتنفيذ العقود الإدارية شخصياً، أنه لا يجوز له أن يتنازل عنها إلى الغير بدون موافقة الإدارة.

1- محمد سعيد أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - ١٩٩٣، ص ٥٢.

2- المادة ٣٠ من دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤.

أولاً- مفهوم التنازل عن العقد:

التنازل عن العقد، هو اتفاق المتعاقد مع الغير ليحل محله في تنفيذ التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد^١.

ويتميز التنازل عن العقد بأنه تنازل كلي يشمل التخلي عن كل الالتزامات والحقوق المتولدة عن العقد، ويؤدي إلى حلول الغير محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ كامل العقد. ويشكل التنازل عن العقد بهذه الصورة هدماً للاعتبار الشخصي، ويقضى على مبدأ التنفيذ الشخصي في العقود الإدارية.

ولما كان التنازل عن العقد يعني حلول شخص آخر محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد بشكل كلي، ويؤدي إلى هدم مبدأ التنفيذ الشخصي في العقود الإدارية. فإن هذا التنازل لا يجوز بدون موافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقتها، كان بالنسبة للإدارة كأن لم يكن، ورتب نتائج هامة في مواجهة المتعاقد الأصلي والمتعاقد المتنازل إليه.

وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على مبدأ تحريم التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة، حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد أو القانون^٢.

ثانياً- نتائج التنازل عن العقد:

١ - نتائج التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة:

إذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة، فإنه يعد باطلاً ولا يحتج به في مواجهتها، ولا تنشأ بينها وبين المتنازل إليه أية علاقة تعاقدية، ويبقى المتعاقد

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T. 2, op. cit., P.12,

وانظر: في نفس المعنى: عادل عبد الرحمن خليل - المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها - ١٩٩٤/١٩٩٥، ص ٣٢.

2 -Laubadère, Venezia et Gaudement, Dr. adm., T.2, op. cit., P.477,

محكمة القضاء الإدارية المصرية ١٩٦١/٦/٤ - مجموعة المبادئ في (١٥) عاماً من (١٩٤٦-١٩٦١) - الجزء الثاني، ص ١٩٢١.

فلام - العقد الإداري - مجلة العلوم الإدارية - ١٩٥٩ - العدد الأول، ص ٢٤٨.

الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد في مواجهة الإدارة.

٢ - نتائج التنازل عن العقد بموافقة الإدارة:

قد يحدث أثناء تنفيذ العقود الإدارية اختلال واضح أو نقص بيّن في الاعتبارات الشخصية للمتعاقد، التي تم اختياره على أساسها من قبل الإدارة، مما قد يترتب عليه عدم تنفيذ تلك الأشغال على الوجه الذي يحقق الغاية المرجوة منها.

وبدلاً من تعطيل تنفيذ العقود الإدارية، ولجوء الإدارة إلى إجراءات أخرى مثل فسخ العقد أو سحب العمل من المتعاقد، قد ترى الإدارة أن مقتضيات المصلحة العامة، تقتضي منها الموافقة على التنازل عن العقد، إذا تقدم لها المتعاقد الأصلي يطلب منها الموافقة على التنازل لمتعاقد جديد تتوافر فيه الاعتبارات المرعية عند إبرام العقد الأصلي. فإذا وافقت الإدارة على التنازل عن العقد، فما نتائجها؟.

يرتب الفقه على موافقة الإدارة على التنازل عن العقد، نشوء علاقة عقدية مباشرة بينها وبين المتنازل إليه، وانقضاء العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الأصلي^١.

ولكن المشرع السوري نص صراحة على أن موافقة الإدارة على التنازل عن العقد للمتعهّد الثانوي لا يعني قيام أية علاقة بين المتعهّد الثانوي وبين الإدارة وإنما يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً في مواجهة الإدارة^٢.

ومن ثم ((ليس للمتعهّد الثانوي أن يطالب الإدارة بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينها وبين المتعهّد الأصلي وإنما يتولى ذلك المتعهّد الأصلي المسؤول عن تنفيذ العقد وصاحب الصفة في مباشرة الادعاء بالحقوق التي يطالب بها كنتيجة للعقد بوصفه الطرف الوحيد في الرابطة العقدية الإدارية^٣)).

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T. 2, op. cit., P. 36,

2 - انظر: المادة ٣٠ من دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤.

3 - المحكمة الإدارية العليا قرار ١٦٤ في الطعن ١٢٣ تاريخ ١١/١١/١٩٧٤.

الفرع الثاني

التعاقد من الباطن

يخضع التعاقد من الباطن منذ وقت طويل لذات القاعدة التي تحكم التنازل عن العقد، من زاوية تطلب موافقة الإدارة عليه لكي يكتسب الصفة القانونية، وإلا اعتبر خطأ عقدياً يبرر توقيع الجزاءات العقابية على المتعاقد الأصلي.

ولكن تطور العقود الإدارية، وتدخل بعض العوامل الاقتصادية والفنية، بالإضافة إلى صدور بعض التشريعات، أدت إلى تمييز التعاقد من الباطن بنظام مستقل عن نظام التنازل عن العقد.

ويتطلب تنفيذ العقود الإدارية في الوقت الحاضر تضافر العديد من الجهود لضمان تنفيذها على الوجه الذي يحقق الصالح العام، وذلك بسبب تطور العقود الإدارية نفسها وتنوعها، وتدخل العوامل الاقتصادية وتقدم الأساليب الفنية. الأمر الذي جعل من الصعب أن يقوم المتعاقد وحده بإنجاز التزاماته، دون أن يلجأ إلى التعاقد من الباطن مع مقاولين آخرين.

وفي فرنسا صدرت بعض التشريعات بشأن التعاقد من الباطن، خففت من وطأة النظام القاسي الذي كان يخضع له المتعاقد من الباطن، وأقامت علاقة قانونية بينه وبين الإدارة، تتمثل هذه العلاقة في الدفع المباشر له والدعوى المباشرة.

وبالإضافة لما سبق، رتب الفقه والقضاء الإداري على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، نتائج تختلف جذرياً عن نتائج التنازل عن العقد بموافقتها، ومن أوضح هذه النتائج، بقاء المتعاقد الأصلي مسؤولاً مسؤولية كاملة عن تنفيذ كامل العقد في مواجهة الإدارة.

أولاً- تعريف وتمييز التعاقد من الباطن:

يمكن تعريف التعاقد من الباطن بأنه اتفاق المتعاقد الأصلي مع الغير لتنفيذ

جزء من الأشغال موضوع العقد^١.

ويتميز التعاقد من الباطن عن التصرفات القانونية الأخرى المشابهة له، فهو يختلف عن التنازل عن العقد من ناحيتين^٢:

الأولى: التعاقد من الباطن، هو تنازل جزئي عن تنفيذ جزء من موضوع العقد تحت مسؤولية المتعاقد الأصلي، بينما يكون التنازل عن العقد تنازلاً كلياً عن مجمل العقد.

الثانية: لا يؤدي التعاقد من الباطن إلى حلول الغير محل المتعاقد الأصلي حلولاً كاملاً في تنفيذ العقد، وهذا لا يتعارض مع مبدأ التنفيذ الشخصي للعقود الإدارية، طالما بقي المتعاقد الأصلي ضامناً ومسئولاً بشكل شخصي عن تنفيذ كامل العقد. في حين يؤدي التنازل عن العقد إلى حلول الغير محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ مجمل العقد، مما يشكل هدماً كلياً لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري.

ويتميز التعاقد من الباطن أيضاً عن الاتفاقات التي يبرمها المتعاقد الأصلي مع الغير، بقصد الحصول على الموارد المالية والمواد الأولية من أجل تنفيذ العقد، فهذه الاتفاقات لا تساهم مباشرة في تنفيذ العقد، ولا تشكل أي إخلال في مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد. وذلك بعكس التعاقد من الباطن الذي يعتبر مساهمة مباشرة من جانب المتعاقد من الباطن في تنفيذ جزء من العقد.

ثانياً- إباحة التعاقد من الباطن:

بالنظر للتقدم العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى مجالات الحياة، يتطلب تنفيذ مشروع من المشروعات العامة مثل مترو الأنفاق أو بناء مستشفى، يتطلب تعاون العديد من الشركات المتخصصة من أجل إنجازه على الوجه الأكمل.

ومن أجل إنجاز هذه المشاريع يكون أمام الإدارة أحد سبيلين: إما أن تبرم عدة

1 - انظر: في تعريف التعاقد من الباطن:

Laurant Richer, Droit des Contrats administratifs, Paris, 1995, p. 347,
Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. dam., T.2, op. cit., p.12,

2 - انظر: في هذا الصدد: محمد سعيد أمين- تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٨.

عقود لتنفيذ مشروع واحد مع عدة أشخاص، وهذا يكلفها الكثير من الوقت والمال، ويؤدي إلى تعدد المسؤولية وصعوبة تحديدها.

أو تسلك الإدارة السبيل الآخر، فتتعاقد مع متعاقد واحد يكون مسئولاً أمامها عن تنفيذ العقد مع تخويله حق التعاقد من الباطن، ولا شك في أن هذا السبيل منطقي وعلمي في آنٍ واحد^١.

فقد أصبح التعاقد من الباطن، أسلوباً طبيعياً لتنفيذ العقود الإدارية وفقاً للضرورات الاقتصادية والفنية، وطريقة مناسبة لمشاركة الشركات الصغيرة في تنفيذ العقود الإدارية، وأصبح من المنطق أن يرتبط مقاولو الإدارة مع المتعاقدين من الباطن بعقود من الباطن، لتنفيذ عقودهم الأصلية في موعدها المحدد.

وإذا نظرنا إلى موقف الشارع الفرنسي من مسألة التعاقد من الباطن، نجد أن مجموعة العقود العامة وكراسة الشروط العامة (C.C.A.G)، كرست حرية التعاقد من الباطن، تحت تحفظ قبول الإدارة للمتعاقد من الباطن واعتماد شروط الدفع له.

وفي سورية فقد نص المشرع على عدم جواز التعاقد من الباطن إلا بموافقة خطية من الإدارة وقرر عدم قيام أية رابطة بين المقاول من الباطن وبين الإدارة^٢.

ثالثاً - آثار التعاقد من الباطن:

التعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة يكون باطلاً ولا يحتج به في مواجهتها، ويعرض المتعاقد الأصلي لأقصى الجزاءات العقابية، باعتباره خطأ عقدياً ومخالفة لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقود الإدارية، ومن ثم تطبق عليه أحكام التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة والتي سبق بحثها.

أما إذا وافقت الإدارة على التعاقد من الباطن، فإن موافقتها تضيف عليه

1 - انظر: في هذا الشأن:

فلام - العقود الإداري - مجلة العلوم الإدارية - ١٩٥٩ - العدد الأول - ص ٢٤٨،

محمد سعيد أمين - تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٤ وما بعدها.

2 - المادة ٣٠ من دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ لعام

٢٠٠٤.

الصفة القانونية، فلا تستطيع الاعتراض عليه بدون سبب مشروع وإلا وجبت مسئوليتها، كما لا تستطيع توقيع الجزاءات على المتعاقد الأصلي بسبب التعاقد من الباطن. وتعتبر الإدارة من الغير بالنسبة للعقد من الباطن. فلا تنشأ موافقتها عليه أية علاقة عقدية بينها وبين المتعاقد من الباطن، كما لا تنتهي الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد الأصلي، فهذه العلاقة تبقى قائمة وفقاً لبنود العقد الأصلي.

١ - علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي.

ذهبت غالبية الفقه^١ مؤيدة بأحكام القضاء الإداري، إلى أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، سواء كانت صريحة أو ضمنية، ليس لها من أثر على العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، فهذه العلاقة تبقى قائمة، ويبقى المتعاقد الأصلي وحده مسؤولاً شخصياً عن تنفيذ كامل الالتزامات العقدية، فالتعاقد من الباطن لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد.

ويترتب على مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي نتيجتان:

الأولى: يكون المتعاقد الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية وكاملة عن أخطاء مقاوله من الباطن في حالة التأخير في التنفيذ، أو عند التنفيذ المعيب للأعمال المتعاقد عليها من الباطن، كما يتحمل نتائج إفلاسه المالي أو عجزه الفني^٢. لأن المتعاقد الأصلي ملتزم بالرقابة والإشراف على الأعمال التي ينفذها المتعاقد من الباطن الذي اختاره بنفسه.

ويترتب على ما سبق أن الجزاءات العقدية تفرض على المتعاقد الأصلي، ولو كانت الأخطاء صادرة عن المتعاقد من الباطن.

الثانية: يعتبر المتعاقد الأصلي المؤهل الوحيد للحصول على المقابل المالي لمجمل العقد، بما في ذلك ثمن الأعمال المتعاقد عليها من الباطن، باعتباره المسؤول الوحيد

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm, T.2, op. cit., p 37,

سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٤٧.

2 - Montmerle, op. cit., p. 72

عن تنفيذ العقد، إذ لا توجد علاقة بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة مباشرة، إلا ما يرد به نص صريح في القوانين أو اللوائح^١.

٢ - علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن:

القاعدة في هذا الشأن، أنه لا توجد أية رابطة عقدية بين الإدارة وبين المتعاقد من الباطن، حيث لا يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن إلا نتيجة واحدة وهي أن تجعله مشروعاً، ومن ثم لا تستطيع الإدارة أن تنتكر له، وإلا تحققت مسؤوليتها بالتعويض أمام المتعاقد الأصلي^٢.

ويترتب على ذلك، أنه ليس للمتعاقد من الباطن أن يختصم جهة الإدارة مباشرة، أو أن يطالبها بتسوية ثمن الأعمال التي نفذها، ولا أن يتظلم من الجزاءات الموقعة على المتعاقد الأصلي، حتى فيما يتعلق بالأعمال المتعاقد عليها من الباطن. واستثناءً من القاعدة السابقة، يكون المتعاقد من الباطن على علاقة قانونية بالإدارة، وتتعقد مسؤوليته مباشرة في مواجهتها، بموجب نصوص صريحة في القانون، أو في قرار الموافقة على التعاقد من الباطن^٣.

المطلب الثاني

التزام المتعاقد بمدد التنفيذ

يعتبر التزام المتعاقد باحترام مدد التنفيذ من أهم التزاماته الأساسية في تنفيذ العقود الإدارية، لأن عدم مراعاة تلك المدد يؤدي إلى الإخلال بقاعدة حسن سير المرافق العامة، والإضرار بالصالح العام.

ونظراً لأهمية مدد التنفيذ في العقود الإدارية وصلتها بالصالح العام، حرصت

1 - انظر: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٤٧.

Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 37 ets(2)

2- Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 37 ets,

3 -Georgel, Exécution du contr, adm., J.C.A., 1984, Fasc. 512, p. 5.

بعض القوانين على تضمين نصوصها مواد خاصة بمدد التنفيذ وضرورة مراعاتها، وبالتالي تقرير إلزاميتها بالنسبة للمقاول.

وتتضح الصفة الملزمة لمدد التنفيذ من خلال توقيع جزاءات معينة على المتعاقد، الذي يتخلف عن تنفيذ العقد أو يتأخر فيه، والتي قد تصل إلى عقابه جنائياً في حالات معينة.

وقد يبذل المتعاقد قصارى جهده وإمكانياته حرصاً منه على إنجاز الأشغال والخدمات والمواد في الموعد المحدد، ولكن قد تحدث ظروف معينة تجعل التنفيذ في تلك المدد أمراً مستحيلاً، ويصبح تجاوز مدد التنفيذ أمراً لا مفر منه. وفي هذه الأحوال لا تنتفي مسؤولية المتعاقد عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه، إلا إذا ثبت لتلك الظروف صفة السبب الأجنبي، مثل القوة القاهرة أو فعل الإدارة.

وبالنظر لما سبق، سنعالج هذه المسألة على محورين:

الفرع الأول: مفهوم مدد التنفيذ.

الفرع الثاني: حالات تجاوز مدد التنفيذ.

الفرع الأول

مفهوم مدد التنفيذ

أولاً - تحديد مدد التنفيذ:

تتص العقود الإدارية عادة على مدد مختلفة، مثل مدة إنجاز الأشغال أو الخدمات أو المواد وتسليمها للإدارة، ومدد تقديم وثائق معينة كالمقاييسات والخطط وجداول الحسابات، ولا تذكر هذه المدد في العقد على سبيل البيان، وإنما ترد كالتزام تعاقدى ملزم، بمعنى أن تجاوز هذه المدد يؤدي إلى توقيع جزاءات عقابية على المتعاقد أو الحكم عليه بالتعويض.

وتعتبر مدة تنفيذ الخدمات والأشغال والمواد وتسليمها للإدارة في موعدها

المحدد من أهم المدد السابقة على الإطلاق، إلا أن مفهوم هذه المدة يختلف حسب طبيعة العقد، نظراً لتنوع العقود الإدارية نفسها.

وتتضمن العقود الإدارية في أغلب الأحيان مدة إنجاز العقد، ولكن عدم النص على مدة محددة للتنفيذ، لا يعني إطالة تنفيذ العقد إلى أجل غير مسمى، وإنما توجد دائماً مدة معقولة للتنفيذ.

ولا يكفي أن تكون هناك مدة محددة للتنفيذ، وإنما يجب تعيين بدء سريان هذه المدة، بحيث لا يستطيع المتعاقد أو الإدارة تأخير بدء تنفيذ العقود الإدارية إلى ما لا نهاية، ويفيد تحديد بدء التنفيذ في تعيين نهاية مدة التنفيذ، وتطبيق الجزاءات العقابية على المتعاقد عند التأخير في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد.

ويجب التمييز أيضاً بين مدة العقد التي تعنى مدة سريانه بين أطرافه بحيث يتحدد بداية ونهاية نشاط المتعاقد بأجل معين، وبين مدة التنفيذ التي تعنى إنجاز الخدمات أو الأشغال أو المواد في الموعد الذي يحدده العقد^٢.

ويحدد العقد عادة مدة التنفيذ، وعند عدم تعيينها يقوم القاضي بتحديد مدة معقولة للتنفيذ، وهكذا يتبين أن مدد تنفيذ العقود الإدارية قد تكون اتفاقية أو قضائية.

١ - المدة الاتفاقية للتنفيذ:

يتضمن العقد أو كراسات الشروط الملحقة به مدة التنفيذ في أغلب الأحيان. وقد ينص العقد على مدد جزئية لتنفيذ أجزاء معينة إلى جانب المدة العامة للتنفيذ.

فتحديد مدة التنفيذ ينتج في الأصل عن اتفاق الأطراف، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تفرض من طرف واحد مدة غير متفق عليها، حتى ولو كانت تتمتع بحق إصدار أوامر مصلحية ملزمة للمتعاقد. وذلك ما لم ينص العقد على إعطاء الإدارة هذا الحق^١.

وإذا نص العقد على مدة غير كافية للتنفيذ، فإن المتعاقد لا يستطيع أن يتمسك

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 57 et s,

محمد سعيد أمين - تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١١٦.

بهذا الظرف ليطالب إعفائه من التزاماته التعاقدية، إذ كان من واجبه أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة للموازنة بين مدة التنفيذ وحجم العقد ومدى قدرته على التنفيذ خلال هذه المدة، ولا يكفي أن يثبت أنه عمل بطريقة طبيعية ليتحرر من المسؤولية عند التأخير في التنفيذ.

٢ - المدة القضائية للتنفيذ:

عندما لا ينص العقد على مدة معينة للتنفيذ، تستطيع الإدارة أن تحدد مدة معقولة للتنفيذ تحت رقابة قاضي العقد، وذلك حسب ظروف المتعاقد وقدراته، ووفقاً للحرف الجاري والنية الحقيقية للأطراف.

وقد أبرز مجلس الدولة المصري هذا المعنى، بقوله: "أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني، وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة، وفقاً للمجرى العادي للأمور وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنوا إليه".^١

ويجب أن يراعى في حساب مدة التنفيذ، مدد إيقاف وتأجيل التنفيذ التي تأمر بها الإدارة، أو تنسب إلى أفعال أجنبية عن المتعاقدين.

ثانياً - بدء مدة التنفيذ:

لا يكفي أن تكون مدة التنفيذ محددة بدقة، ولكن يجب أيضاً تحديد بدء سريان هذه المدة لتجنب الخلافات التي تحدث بشأنها بين الأطراف. ويتعين مراعاة أهمية العقد عند تحديد بدء مدة التنفيذ، من أجل إفساح المجال للمتعاقد لكي يجهز عدته وعماله، ويقوم بإنجاز الأعمال التمهيدية.

وتبدأ مدة التنفيذ في السريان من التاريخ المحدد في العقد، أو من تاريخ إعلان المتعاقد بالأمر المصلحي المتضمن بدء التنفيذ. ولكن لا تستطيع الإدارة تأخير بدء التنفيذ إلى ما لا نهاية، وعند الخلاف حول تاريخ بدء التنفيذ، يجب البحث عن النية

١ - فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في مصر ١١/١١/١٩٩٢ - مجلة هيئة قضايا الدولة

- ١٩٩٥ - العدد الأول، ص ١٤٤.

المشتركة للمتعاقدين، فإذا لم تعلن الإدارة للمتعاقد أمر مباشرة التنفيذ خلال مدة معقولة، عندئذٍ يستطيع المتعاقد أن يطلب التعويض أو فسخ العقد^١، وتفقد الإدارة حقها في مساءلته عن عدم تنفيذ العقد.

فقد يؤدي تأخر الإدارة في إعلان أمر مباشرة التنفيذ إلى قلب اقتصاديات العقد، وإلحاق أضرار جسيمة بالمتعاقد، كما أن إعلان الإدارة قرار تصديق العقد وأمر مباشرة التنفيذ في وقت واحد، قد لا يتيح الفرصة للمتعاقد من أجل تجهيز مواده وعماله، ومن ثم يكون التأخير في التنفيذ أمراً لا بد منه، ولذلك يجب أن تراعى الإدارة هذه الأمور عند إخطار المتعاقد ببدء التنفيذ، وإلا تحققت مسؤوليتها في مواجهة المتعاقد.

وتبدأ مدة التنفيذ في نظام عقود الهيئات العامة ذات الطابع الإداري وفقاً لأساليب:

أ - اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ تبلغ المتعهد فتح الاعتماد في حال تسديد قيمة التعهد بموجب اعتماد مستندي

ب - اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ أمر المباشرة للمتعهد عند التسديد بالطرق الأخرى^٢.

ومن ثم تلتزم الإدارة بأن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل، ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام أو تأخرت فيه، فإن من حق المتعاقد أن يطلب التعويض^٣.

وتقرير مسؤولية الإدارة في حالة عدم تمكين المتعاقد من البدء في تنفيذ العقد خلال مدة معقولة، يعد تطبيقاً لمبدأ العدالة الذي يجب أن يلتزم به القاضي الإداري عند عدم وجود نص في هذا الصدد.

1 - انظر: في ذلك: المحكمة الإدارية العليا المصرية ٣ يونيو ١٩٦٧ - س ١٢، ص ١١٢٣.

2 - انظر: المادة ١٩ من المرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩.

3 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٥ فبراير ١٩٦٩ - س ١٤، ص ٣٧٤.

ثالثاً - إلزامية مدد التنفيذ:

من الصعب إنجاز العقود الإدارية في مواعيدها المحددة، دون الالتزام الدقيق بمدد التنفيذ، ولذلك تتمتع مدد التنفيذ بصفة ملزمة في مواجهة المتعاقد، إذ يجب عليه أن ينجز العمل في المدد المعينة في العقد، وإلا تعرض لتوقيع الجزاءات عليه.

ويمكن الأساس القانوني للصفة الملزمة لمدد التنفيذ في مقتضيات الصالح العام، ومن ثم فهي لا تحتاج للنص عليها في العقد أو القانون.

ومع ذلك تحرص بعض القوانين والأنظمة على تأكيد الصفة الملزمة لمدد التنفيذ في مواجهة المتعاقد، كما أن القضاء الإداري طبق الشروط المتعلقة بمدد التنفيذ تطبيقاً دقيقاً.

فنص نظام العقود "على العارض أن يحدد في عرضه بصورة واضحة المدة التي يتعهد خلالها بتقديم المواد أو إنجاز الخدمات أو تنفيذ الأشغال موضوع المناقصة أو طلب العروض ما لم تحدد من قبل الجهة العامة وتعتبر مدة التسليم من العناصر الرئيسية في مقارنة العروض"^١.

ويبين القضاء الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود، توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر...، على اعتبار أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد، يفترض فيها أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير^٢.

وتظهر الصفة الملزمة لمدد التنفيذ في مواجهة المتعاقد من خلال تطبيق الجزاءات التي ينص عليها العقد أو كراسات الشروط، فقرر نظام العقود للجهات

1 - انظر: المادة ١٧ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٨ مايو ١٩٨٥ - س ٣٠، ص ١١٩١ وما بعدها، وانظر: في نفس

المعنى: المحكمة الإدارية العليا السورية قرار ٤٠ الطعن رقم ٥٢ لعام ١٩٧١.

العامة توقيع غرامات التأخير على المتعاقد، إذا تأخر عن إتمام العمل وإنجازه في المواعيد المقررة^١.

الفرع الثاني

حالات تجاوز مدد التنفيذ

يعتبر التزام المتعاقد - كأصل عام - بإنجاز العقود الإدارية في الموعد المحدد، التزاماً بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية، ومن ثم لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته عن عدم التنفيذ أو تجاوز مدد التنفيذ، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ في المدد المقررة أمراً مستحيلاً، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ المدين أو فعل الغير^٢.

وقد ينتج تجاوز مدد التنفيذ من اتفاق المتعاقدين، كأن تمنح الإدارة للمتعاقد مدة إضافية للتنفيذ، ولكن مجرد تسامح أو تساهل الإدارة بتركها المتعاقد يتابع تنفيذ العقد بعد انتهاء المدة المتفق عليها، لا يمكن النظر إليه على أنه بمثابة اتفاق لإطالة مدة التنفيذ.

ومن أهم الأسباب المبررة لعدم التنفيذ أو لتجاوز مدد التنفيذ، القوة القاهرة (البند الأول)، وفعل الإدارة (البند الثاني).

البند الأول

القوة القاهرة

تضمنت نصوص القانون الخاص أحكام القوة القاهرة، وأخذ بها القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية، باعتبارها من الأصول العامة التي يمكن تطبيقها على علاقات القانون الإداري.

1 - انظر: المادة ٥١ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٢ ديسمبر ١٩٥٩ - مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة في خمسة

سنوات من (١٩٥٥-١٩٦٠) - سمير أبو شادي، ص ٢٥٢.

ولكن القضاء الإداري، لم يطبق قواعد القوة القاهرة كما هي في القانون الخاص، وإنما أخذ بعين الاعتبار الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من خلال تنفيذ العقود الإدارية، وهو تحقيق الصالح العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فتطلب القضاء الإداري من المتعاقد أن يبذل عناية وجهد أكثر مما يتطلب من المتعاقد في مجال القانون الخاص.

وترتب حالة القوة القاهرة آثاراً قانونية معينة، تتمثل في تبرير عدم التنفيذ والتأخير فيه، أو فسخ العقد.

وبالنظر لما تقدم سنتناول مفهوم القوة القاهرة وشروطها ثم نتائجها، وذلك على الترتيب الآتي:

أولاً - مفهوم القوة القاهرة

لا يختلف مفهوم القوة القاهرة في نطاق القانون الإداري عنه في مجال القانون الخاص، بوصفها حادث مستقل عن إرادة المتعاقدين لا يمكن توقعه أو دفعه، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً كله أو في جزء منه، ويؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية أو التأخير فيها، ومثال ذلك الأعاصير والزلازل والإضرابات والحروب وغيرها.

ولا تفرق غالبية الفقه وأحكام القضاء بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، باعتبارهما مصطلحين مترادفين للدلالة على سبب الإعفاء من المسؤولية العقدية.

ويجب ألا تختلط فكرة القوة القاهرة مع فكرة الظروف الطارئة التي أقامها الفقه والقضاء الإداري، فالقوة القاهرة هي فكرة وثيقة الصلة بمراعاة مدة التنفيذ في العقد الإداري، حيث يترتب على توافر شرائطها القانونية، إعفاء المتعاقد الذي يتمسك بها من التزاماته الناشئة عن العقد، أو منحه أجلاً آخر لتنفيذها¹. في حين أن الظروف الطارئة، هي فكرة ذات طبيعة اقتصادية في أغلب الأحيان، وإن كانت تنظمها مع القوة القاهرة عنصر المفاجأة والحتم، إلا إنها تختلف عنها من حيث آثارها، فهي لا

1 - محمد سعيد أمين - تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

تجعل التنفيذ مستحيلاً، بل أكثر إرهاباً للمقاوم، وتؤدي إلى مشاركة الإدارة في تحمل جزء من الخسارة الباهظة التي تعرض لها المتعاقد مع الإدارة، ولكنها لا تحول دون قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية في الموعد المحدد.

ولم يعترف مجلس الدولة الفرنسي حتى عام ١٨٥٨ بالقوة القاهرة، كسبب لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية أو التأخير فيها عن الموعد المتفق عليه، إلا إذا نص العقد على ذلك، ويمكن تفسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي حتى ذلك الحين، بتأثره بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ثم عدل مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق، واعترف لأول مرة بالقوة القاهرة كمبرر لإعفاء المتعاقد من التنفيذ، ولو لم ينص العقد على ذلك.

واضطر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على الأخذ بهذا الاتجاه الجديد مستهدياً بالقواعد المدنية المقررة في هذا الخصوص، مع مراعاة ضرورة سير المرفق العام بانتظام، إذ أنه من حق المحاكم الإدارية أن تتشدد في تقدير سلوك المتعاقد، فتطلب منه عناية أكثر وبذل مجهود يزيد عما تتطلبه المحاكم العادية من متعاقد في نطاق القانون الخاص، باعتبار أن متعاقدي الإدارة من مقاولين أو غيرهم منوط بهم أداء التزام يتعلق بالصالح العام^١.

ثم توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم القوة القاهرة، وتبنى مفهوماً جديداً لها إلى جانب المفهوم التقليدي، أطلق عليه الفقه القاهرة الإدارية Force majeure administrative^٢.

ويتبلور مفهوم القوة القاهرة الإدارية في أنه، إذا حدثت ظروف طارئة من شأنها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب دون أن تجعل التنفيذ مستحيلاً، فإنه يحق لكل من الإدارة والمتعاقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد، إذا تبين أن اختلال التوازن

1 - C. E., 29 janv. 1909, Compagnie Messageries Maritmes et autres, Rec. p.116، Concl. Tardieu.

2 - Laurent Richer, Dr. des Contr. adm., op. cit., p.214.

المالي للعقد قد أصبح نهائياً، وأنه من غير الممكن إرجاعه إلى سيرته الأولى مهما قدمت الإدارة من مساعدات للمتعاقد.

ولا تعد القوة القاهرة الإدارية سبباً للإعفاء من المسؤولية العقدية، وإنما سبباً لفسخ العقد^١، ومن ثم لا تبرر عدم تنفيذ الالتزامات العقدية في المواعيد المحددة أو التأخير فيها.

وجرى القضاء الإداري في مصر وسورية منذ سنواته الأولى على الأخذ بأحكام القوة القاهرة التي قننها المشرع في القانون المدني، باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام، مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة^٢. ولا يوجد في قضاء مجلس الدولة السوري والمصري - على حد علمنا - حتى الآن ما يفيد بأنهما تبنيا مفهوم القوة القاهرة الإدارية.

ثانياً - شروط القوة القاهرة:

إذا نظم العقد الإداري أو كراسات الشروط الملحقة به مفهوم القوة القاهرة وحالات تطبيقها، فعندئذ يجب تطبيق هذه النصوص الناتجة عن اتفاق الطرفين. وعند عدم وجود نصوص عقدية بهذا الشأن، يتطلب الفقه والقضاء الإداري توافر ثلاثة شروط لقيام حالة القوة القاهرة^٣.

١- واقعة أجنبية عن إرادة المتعاقد.

٢- واقعة طارئة وغير متوقعة.

٣- واقعة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً.

أ- واقعة أجنبية عن إرادة المتعاقد:

1- عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٩٠.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٢ ديسمبر ١٩٥٩ - مجموعة المبادئ في خمس سنوات من (١٩٥٥ - ١٩٦٠) سمير أبو شادي، ص ٢٥٢ وما بعدها،

3 - Montmerle, op. cit., P. 178,

C.E., 11 déc. 1991, Société niçoise pour l'extension de l'aéroport, D.S., 1992, N(20), Somm., p.189 ets, note Terneyre,

يجب أن تكون الواقعة غير منسوبة إلى المتعاقد، بحيث لا يكون قد تسبب في حدوثها بتصرف منه ولا ساهم في وقوعها، لأنه من غير المستساغ القول بأن المتعاقد يستطيع أن يخلق لنفسه عذراً للتحرر من التزاماته^١. ومن ثم فإن إهمال المتعاقد أو خطؤه لا يمكن اعتباره قوة قاهرة.

ولم يتبع مجلس الدولة الفرنسي منهجاً واحداً بمناسبة التحقق من هذا الشرط، وإنما كان يبحث سبب الواقعة في كل حالة على حده. ففي حالة الإضراب مثلاً، كان يفحص فيما إذا كان الإضراب ناشئاً عن خطأ المتعاقد أو بسببه، أو كان يستطيع تفاديه ومنعه، أو كان يشكل له عقبة في تنفيذ التزاماته. فإذا تبين من خلال ظروف القضية أن المتعاقد حرض على الإضراب أو شجعه أو رفض مساعدة الإدارة لإنهائه، عندئذٍ لا يمكن اعتبار الإضراب من قبيل القوة القاهرة.

وذهب الفقه الحديث مؤيداً بأحكام القضاء الإداري الفرنسي، إلى أنه يجب أن تكون الواقعة خارج دائرة نشاط المتعاقد، أي غير منسوبة إلى الأشخاص والأشياء التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري^٢. أما إذا كانت الواقعة منسوبة إلى المتعاقدين من الباطن أو الموردين الذين لا تربطهم بالإدارة أية رابطة مباشرة، فإن المتعاقد لا يستطيع أن يحتج بوجود قوة قاهرة.

٢- واقعة طارئة غير متوقعة:

يجب أن يكون الحادث غير متوقع من جانب المتعاقد وقت إبرام العقد، وإن أمكن توقعه بعد ذلك. أما إذا كان الحادث متوقعاً عند إبرام العقد، فعندئذٍ لا توجد حالة قوة قاهرة، وهذا ما يتفق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية.

ويميز القضاء الإداري بين نوعين من الوقائع التي يتعرض لها المتعاقد:

الأول: الوقائع العادية أو المألوفة التي يمكن لأي شخص متبصر بالأمور أن يتوقعها، ولا تعد هذه الوقائع من قبيل القوة القاهرة، ويتحمل المتعاقد نتائجها الضارة، ومثال

1 - محمد سعيد أمين - تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٣٧.

2 - انظر: في هذا الصدد: هارون الجمل، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

هذه الوقائع الإضرابات التي يقوم بها العمال لفترات قصيرة من الزمن.

الثاني: الوقائع غير العادية أو الاستثنائية التي لا يمكن توقعها عند إبرام العقد، وتنسم بندرتها وعدم شيوعها في العمل، فهذه الوقائع تعتبر من قبيل القوة القاهرة، كالأطمار التي تهطل بغزارة لأكثر من ستة أشهر أثناء تنفيذ العقد^١.

ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المتعاقد وحده، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمر، فالمعيار موضوعي لا ذاتي، فلا يكتفي فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً^٢.

٣- واقعة لا يمكن دفعها وتجعل تنفيذ العقد مستحيلاً:

يجب أن تكون الواقعة من غير الممكن دفعها لا من جانب المتعاقد وحده، ولكن بالنسبة لأي شخص يكون في موقفه، كما يجب أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة، أي أن تضع المتعاقد خارج حالة التنفيذ. أما إذا كان من المستطاع تنفيذ الالتزامات العقدية بنفقات باهظة من جانب المتعاقد، فإنه لا توجد في هذه الحالة قوة القاهرة طالما بقي التنفيذ ممكناً. وتعتبر وفاة المتعهد نموذجاً للقوة القاهرة^٣.

ويأخذ القضاء الإداري في اعتباره عند تقدير استحالة الدفع، ما يتمتع به المتعاقد من موارد ومقدار ما بذله من جهد للوفاء بالتزاماته، فإن أمراً ما قد يكون قوة القاهرة بالنسبة لشركة صغيرة، في حين لا يعد كذلك بالنسبة لشركة ضخمة عملاقة، ومعنى ذلك أن استحالة الدفع هي فكرة ذات مدلول شخصي ونسبي، تتحدد في ضوء إمكانيات المتعاقد، وهذا ما يتفق مع قواعد العدالة.

ثالثاً - النتائج القانونية للقوة القاهرة:

يترتب على توافر شروط القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، إعفاء المتعاقد من

1 - C. E., 19 fév. 1975, Société entreprise Campenon- Bernard, Rec.p. 143.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٢ ديسمبر ١٩٥٩ - سبق ذكره، وانظر: في ذلك: عادل الطبطبائي - مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٢ - العددان الثالث والرابع، ص ٢٥.

3 - محكمة القضاء الإدارية في قرارها رقم ٢٣٦ القضية رقم ٨٣ لعام ١٩٧١.

المسئولية عن عدم التنفيذ وتبرير التأخير فيه (أولاً)، وتعويضه عن الخسائر التي تحملها (ثانياً)، أو فسخ العقد (ثالثاً)، وذلك على التفصيل الآتي:

أ- تبرير عدم التنفيذ والتأخير فيه عن المواعيد المحددة:

يؤدي حادث القوة القاهرة أو السبب الأجنبي إلى تبرير عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية بشكل مؤقت، إذا كان له صفة مؤقتة، أي وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول السبب الأجنبي، بشرط أن يعود المتعاقد لمتابعة التنفيذ بمجرد اختفاء السبب الأجنبي^١، ومثال ذلك توقف الإضراب.

وإذا كان من أثر السبب الأجنبي تبرير تجاوز المدد المحددة للتنفيذ كما في حالة وقف الاعتماد المستندي بسبب الحرب الذي يشكل قوة القاهرة تبرر مدة التأخير بين وقفه وتاريخ إعادة فتحه^٢، فإن من شأنه أيضاً حماية المتعاقد من توقيع الجزاءات العقدية عليه من جانب الإدارة، ومن ثم لا يجوز للإدارة فرض جزاءات على المتعاقد متى كان التأخير بسبب أجنبي، وإلا ترتبت مسئوليتها بالتعويض في مواجهته.

ولكن لا يجب مراعاة مدة العوامل الجوية والظواهر الطبيعية نفسها فقط، وإنما ينبغي أيضاً مراعاة كل الأيام التي توقف فيها العمل بسبب تلك العوامل أو الظواهر بشكل مباشر، كأن يحدث زلزال أو فيضان يؤدي إلى انهيار الجسور، مما يترتب عليه انقطاع طرق المواصلات وتعطيل العمل لمدة تتجاوز زمن حدوث الظاهرة الطبيعية نفسها.

وقد قرر نظام العقود إعفاء المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة القاهرة لا يد له فيها عن المدة التي تأخر فيها بسبب القوة القاهرة بشرط أن يتقدم إلى الإدارة خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير

1 - راجع في هذه المسألة: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص ٤٥٩،

Georgel, Exécution du Contr. adm., J.C.A., 1984, Fasc. 512, p. 18,

2 - رأي مجلس الدولة رقم ١١٩ لعام ١٩٦٨.

بطلب تمديد مدة التعهد شارحا الأسباب التي تضطره إلى التأخير ويعتبر عدم تقديم طلب خلال المدة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير^١.

٢- فسخ العقد بسبب القوة القاهرة أو السبب الأجنبي:

إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة ترتب على ذلك فسخ العقد، وأما إذا كان من أثر السبب الأجنبي أن جعل استحالة التنفيذ مؤقتة، فإنه لا يجوز فسخ العقد إلا إذا وجد نص يقضى بذلك^٢.

وهذا ما قرره نظام العقود عندما نص على إعفاء المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعا إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته^٣.

ولكن ينبغي التمييز هنا بين فسخ العقد في حالة القوة القاهرة التقليدية، والقوة القاهرة الإدارية التي صاغها مجلس الدولة الفرنسي: ففي حالة القوة القاهرة التقليدية التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ مطلقة، كما في حالة هلاك موضوع العقد، فإن الفسخ هنا يكون بقوة القانون^٤.

أما إذا لم تكن القوة القاهرة التقليدية بمثل هذا الوضوح، يذهب رأى في الفقه إلى القول بأنه يتعين التفرقة بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد وبين الفسخ الذي يطلبه الإدارة، إذ يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد بسبب القوة القاهرة، وأما فيما يتعلق بالإدارة، فإنها تستطيع إنهاء العقد الإداري بقرار يصدر عنها، ويكون الفسخ في هذه الحالة فسخاً إدارياً.

وأما في حالة القوة القاهرة الإدارية، فإن الفسخ يكون دائماً قضائياً، حيث خول مجلس الدولة الفرنسي كلاً من الإدارة والمتعاقد معها الحق في طلب الفسخ من القاضي الإداري.

1 - انظر: المادة ٥٣ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

2 - المحكمة الإدارية العليا قرار رقم ٣٩ الطعن رقم ٤٦ لعام ١٩٧٠.

3 - انظر: المادة ٥٣ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

4 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٧٠.

البند الثاني

عمل الإدارة

يعتبر فعل الإدارة سبباً قانونياً لإعفاء المتعاقد في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه، إذا توافرت الشروط التالية^١:

١- أن يكون فعل الإدارة على علاقة مباشرة بالتزام المتعاقد، ومن طبيعة تؤدي إلى تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، وأن لا يكون لإرادة المتعاقد دخل في وقوعه أو المساهمة فيه.

٢- أن يكون غير متوقع عند إبرام العقد.

٣- أن يجعل تنفيذ التزامات المتعاقد مستحيلاً استحالة مطلقة.

ولا يشترط أن يتخذ فعل الإدارة صورة الخطأ أو الإهمال من جانبها، فقد يكون استعماراً مشروعاً لحقها في الرقابة والتعديل الذي أقره القضاء الإداري وتضمنته النصوص، كتعديل حجم العقد وتغيير نوع المواد الأولية. فهذه الأفعال من جانب الإدارة تؤدي في أغلب الأحيان إلى تجاوز مدد التنفيذ.

وإجراء مثل هذه التعديلات أمر شائع في نطاق العقود الإدارية، إذ أن تنفيذ هذه العقود يتضمن الكثير من المفاجآت والتخيرات في شروط العقد من أجل إنجاز العمل المطلوب على أكمل وجه، على أن يكون للمتعاقد الحق بالتعويض.

ومن أهم التطبيقات القضائية لفعل الإدارة كسبب أجنبي يبرر التأخير في

التنفيذ:

- تأخر الإدارة في تسليم المتعاقد المستندات والرسومات والتصميمات الضرورية لتنفيذ عقده.

- عدم تسليم الإدارة مواقع العمل للمتعاقد أو التأخير في تسليمها.

1 - انظر: في هذا الشأن: محمد سعيد أمين - تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٤٤.

- توقف المؤسسة الاستهلاكية عن تسليم اللحوم إلى متعهدي تقديم اللحوم إلى مؤسسات الدولة^١.

- تأخر الإدارة في إنجاز معاملات الاستيراد وفتح الاعتماد المستندي^٢.

وأما نظام العقود فقد قرر أنه (أ- لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الإدارة أو الجهات العامة الأخرى.... ويكون البت في الحالة الواردة في البند (أ) من هذه المادة من حق الإدارة^٣.

ويأخذ على هذا الحكم الذي قرره التشريع السوري بأنه جعل من الإدارة خصماً وحكماً بآن واحد وكان أجدر بالمشروع أن يترك البت في هذه الحالة للقضاء وحده.

المطلب الثالث

التزام المتعاقد بتنفيذ الخدمات وتسليم الأشغال

يلتزم المتعاقد بتسليم الأعمال والمواد والخدمات موضوع العقد الإداري إلى الجهة الإدارية بعد إنجازها، لكي يتحرر من التزاماته العقدية ويحصل على ثمن الأعمال والمواد التي قام بتنفيذها.

ويتم تسليم الأعمال والمواد والخدمات بحضور المتعاقد والإدارة، ويكون بمثابة إقرار من الإدارة بإنجاز الأشغال والمواد من جانب المتعاقد، حيث تعلن الإدارة قبولها متى كانت في حالة تسمح بتسليمها، وتقوم بوضع يدها عليها.

ويقابل التزام المتعاقد مع الإدارة بتسليم الأشغال والمواد والخدمات التزام الإدارة المتعاقدة باستلامها، وإلا ارتكبت خطأ عقدياً يستوجب مسئوليتها العقدية في

1 - المحكمة الإدارية العليا قرار ٣٠٦ طعن ٢٠١ لعام ١٩٧٥.

2 - انظر: المحكمة الإدارية العليا قرار ١١٨ طعن ١٥ لعام ١٩٧١.

3 - انظر: المادة ٥٣ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

مواجهة المتعاقد.

ويتم تسليم الأعمال والمواد والخدمات وفقاً لنظام التسليم الثنائي، ويجري التسليم الثنائي على مرحلتين متميزتين، التسليم الابتدائي الذي يتم بعد إنجاز الأعمال والمواد والخدمات ويرتب آثاراً معينة، ثم يعقبه بعد فترة معينة من الزمن التسليم النهائي، الذي يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية الناشئة عن العقود الإدارية.

وعلى ضوء ما سبق، سنعالج هذا الموضوع في فرعين يتناول الأول نظام التسليم ويحتوي الثاني على دراسة خاصة لنظام التسليم في عقود الأشغال العامة.

الفرع الأول

نظام تسليم الأعمال والمواد والخدمات وأشكاله

تسليم الأعمال والمواد والخدمات موضوع العقد، هو معاينة حضورية للأعمال والمواد والخدمات بعد إنجازها، تقر الإدارة من خلالها بأن المتعاقد قد أوفى بالتزامه بالتنفيذ وفقاً لشروط العقد وقواعد الفن. ويتم التسليم على مرحلتين، كما تتعدد أشكاله وصوره.

أولاً- مفهوم نظام التسليم:

يجري تسليم الأعمال والمواد والخدمات على مرحلتين متتابعتين، تسليم ابتدائي ثم تسليم نهائي فصل بينهما مدة ضمان، وذلك بموجب كراسات الشروط العامة المطبقة على العقود الإدارية.

ثانياً- أشكال التسليم:

إن تسليم الأعمال والمواد والخدمات يتم في أشكال متعددة، فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، ودياً أو قضائياً كما يكون كلياً أو جزئياً.

١- التسليم الصريح والتسليم الضمني:

يجري تسليم الأعمال والمواد والخدمات في الأصل بشكل صريح، وفقاً

لإجراءات معينة حددتها نصوص القوانين وكراسات الشروط العامة المطبقة على العقود الإدارية.

ويتم تسليم الأعمال والمواد والخدمات بشكل ضمني - وفقاً لأحكام القضاء الإداري - من خلال التصرفات الواقعية للإدارة، مثل حيازة الأشغال واستخدامها لما أعدت له من أغراض دون تحرير محضر بتسليم الأشغال، وهذه الممارسة العملية لا يجهلها القانون الإداري، ويرتب عليها القضاء الإداري نفس نتائج التسليم الصريح.

ولكن هل مجرد انقضاء مدة الضمان بعد التسليم الابتدائي، يمكن النظر إليه كتسليم نهائي؟. تنص العقود الإدارية أحياناً على أن يكون التسليم النهائي حقاً مكتسباً للمتعاقد بقوة القانون بانقضاء مدة الضمان، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النصوص التعاقدية، بشرط أن تكون الأشغال في حالة تسمح بتسليمها، وأن يكون قد تم تنفيذ التحفظات بشأنها.

٢ - التسليم الودي والتسليم القضائي:

يتم تسليم الأعمال والمواد والخدمات - في الأصل - بشكل ودي بين أطراف العقد، وعند عدم اتفاق الأطراف في هذا الشأن، يكون لأحد الطرفين أن يلجأ إلى القضاء الإداري لحسم هذه المنازعات.

وعندما لا يتم إعلان التسليم بصورة نظامية أو عند المنازعة في سريان مدة الضمان التعاقدية في حالة حيازة الأشغال أو المواد، يتعين على قاضي العقد أن يحدد بنفسه التاريخ الذي يضع نهاية للعلاقات التعاقدية.

٣ - التسليم الكلي والتسليم الجزئي:

يتم التسليم الجزئي بالنسبة لشريحة معينة من الأعمال والمواد والخدمات تكون قابلة لتسليمها جزئياً أو بالنسبة لجزء من المشروع، ويسمح التسليم الجزئي لمنجزي الشرائح الأولى بعدم الانتظار لحين إتمام العمل، من أجل تحديد التزاماتهم بالنسبة للمسئولية العشرية أو ضمان حسن العمل.

وفي سورية قرر نظام العقود أن يتم استلام المواد أو الخدمات أو الأشغال من قبل لجان خاصة تؤلفها الجهة العامة ويتم الاستلام على مرحلتين الاستلام المؤقت

والاستلام النهائي وينص دفتر الشروط العامة على كيفية تأليف هذه اللجان وكيفية ممارسة أعمالها، وكذلك على الحقوق والالتزامات المتقابلة في كل من هاتين المرحلتين^١.

الفرع الثاني

تسليم الأعمال في عقود الأشغال العامة

يجرى تسليم الأشغال على مرحلتين متتابعتين، في المرحلة الأولى تسليم ابتدائي (بند أول) ثم تسليم نهائي في المرحلة الثانية (بند ثاني).

البند الأول

التسليم الابتدائي

أولاً- إجراءات التسليم الابتدائي^٢:

نص نظام العقود ودفتر الشروط العامة في سورية على إجراءات معينة يجب مراعاتها عند مباشرة التسليم، وتتعلق هذه الإجراءات: بالإخطار عن موعد إنجاز الأشغال، وتحديد موعد معاينة الأشغال، ثم العمليات السابقة للتسليم بالإضافة إلى إعلان تسليم الأشغال.

١- إعلام المتعاقد للإدارة بموعد إنجاز الأشغال:

يجب على المتعاقد أن يبادر بإخطار الإدارة بكتاب خطي عن طريق الجهة المشرفة على التنفيذ عن تاريخ إنجاز الأعمال وأنه على استعداد لتسليم المشروع تسليمًا مؤقتًا.

1 - انظر: المادة ٦١ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

2 - انظر: المادة ٣٩ من دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ لعام

٢٠٠٤.

٢ - معاينة وفحص الأشغال من جانب الإدارة وتحرير محضر الاستلام:

يحق للإدارة معاينة الأشغال، وإذا وجدت في الأعمال نقص أو عيب أو مخالفة لشروط العقد لها أن ترفض استلامها، وتطلب من المتعهد استكمال تلك النواقص وإصلاح العيوب قبل اعتبار التسليم المؤقت ممكناً.

وإذا كانت تلك النواقص والعيوب والمخالفات مما يمكن إصلاحها بسهولة فللإدارة أن تقوم باستلامها مع التحفظ إما باستكمالها من قبل المتعهد أو حسم مبلغ من استحقاقه يساوي قيمتها.

ويبقى المتعهد مسؤولاً عن المشروع الذي يتعهد به وعن حراسته حتى يتم تسليمه فعلياً إلى الإدارة، ولا يعتبر مجرد تنظيم محضر الاستلام المؤقت كافياً لانتقال مسؤولية المشروع إلى عهدة الإدارة^١.

٣ - إعلان التسليم الابتدائي:

يؤدي تحرير محضر استلام الأعمال بتحفظ أو بدون تحفظ إلى اعتبار الاستلام سارياً من التاريخ الذي حدده المتعهد للاستلام بموجب كتاب خطي مسجل لدى الإدارة، إلا إذا تبين أن الأشغال غير جاهزة بالفعل في ذلك التاريخ.

ولكن إذا تراخت الإدارة في تشكيل لجنة الاستلام رغم طلبات المتعهد المتكررة بإجراء الاستلام المؤقت للأعمال وعدم طلبها إليه استكمال النواقص يستوجب اعتبار التاريخ الذي حدده المتعهد هو التاريخ الصحيح لإنجاز تعهده^٢.

٤ - إزالة جميع الفضلات والأنقاض والأتربة من قبل المتعاقد وعلى نفقته.

ثانياً - آثار التسليم الابتدائي:

يترتب على إعلان التسليم الابتدائي نتائج معينة، تتمثل في إعفاء المتعاقد من إصلاح العيوب الظاهرة، وبدء مدد الضمان، ونقل تبعة المخاطر إلى الإدارة، ثم تحرير كشوف الحسابات ودفع قيمة الأعمال، مع الاحتفاظ بالتأمينات والضمانات.

١- المحكمة الإدارية العليا قرار ١٣٩ طعن ٢٦ لعام ١٩٧٧.

٢ - المحكمة الإدارية العليا قرار ٧٨ طعن ١٢٧ لعام ١٩٧٢.

أ- إعفاء المتعاقد من إصلاح العيوب الظاهرة:

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن التسليم بدون تحفظات يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من العيوب الظاهرة أثناء التسليم^١، بحيث لا تستطيع الإدارة إقامة دعوى المسؤولية التعاقدية ضد المتعاقد بسبب العيوب الظاهرة، إذا لم تبد بشأنها تحفظات.

ب- بدء مدد الضمان:

تبدأ مدة الضمان من تاريخ الاستلام المؤقت للأعمال^٢، حيث يلتزم المتعاقد خلالها بإصلاح العيوب التي أبدت الإدارة بشأنها تحفظات، أو تلك التي تظهر أثناء مدة الضمان.

وقد تقرر هذه المدة كفترة اختبار تستطيع الإدارة خلالها أن تحكم على صلاحية الأشغال في فسحة من الوقت قبل أن تنتقل إليها ملكيتها نهائياً.

ويلتزم المتعاقد أثناء هذه المدة بإصلاح كل العيوب المكتشفة أثناء التسليم والتي أبدت الإدارة بشأنها تحفظات، بالإضافة إلى العيوب التي تظهر أثناء مدة الضمان، حتى ولو كان الاستلام قد تم بدون تحفظات، كما يلتزم المتعاقد أيضاً بصيانة الأشغال خلال هذه الفترة.

ويتحمل المتعهد مسؤولية عيوب الأعمال المنفذة والإصلاحات التي قامت بها الإدارة بحدود الأسعار الرائجة عند اكتشاف العيوب وفق تقديرات الخبرة الفنية^٣.

ج - نقل تبعة الهلاك والمخاطر إلى الإدارة:

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي حتى عام ١٩٧١ على مبدأ تحمل المتعاقد لتبعة الهلاك الناتجة عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي حتى إعلان التسليم النهائي

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., P.794.

2 - رأي مجلس الدولة رقم ٧٠ تاريخ ١٩٧٥/٤/٩.

3 - المحكمة الإدارية العليا قرار ٤٨٠ طعن ٧٠ لعام ١٩٨٤

للأشغال، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك، وبالتالي ليس للتسليم الابتدائي أثر نقل تبعه هلاك العقود الإدارية للإدارة.

وبعد ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي جعل تبعه الهلاك بعد إعلان التسليم الابتدائي على عاتق الإدارة، ثم توالى أحكام مجلس الدولة الفرنسي تؤكد النهج القانوني الجديد، وتمنح المتعاقد حق مطالبة الإدارة بئمن الأشغال التي نفذها وأصابها الهلاك بسبب القوة القاهرة بعد التسليم الابتدائي، ما لم ينص على خلاف ذلك.

ولا يوجد في سورية أي نصوص قانونية تفيد الأخذ بما قرره مجلس الدولة الفرنسي ولذلك تطبق الأحكام التي نص عليها القانون المدني.

د - إعادة التأمينات النهائية للمتعاقد:

تعاد التأمينات النهائية كلها بعد الاستلام المؤقت إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات تستوجب حجز هذه التأمينات^١.

البند الثاني

التسليم النهائي

التسليم النهائي^٢: هو الإجراء الذي بمقتضاه تتسلم الإدارة الأشغال نهائياً، بعد أن تتأكد من أن المتعاقد قد أوفى بالتزامه بإنجاز الأشغال على الوجه الأكمل، وهو يتم بعد انتهاء مدة الضمان التي تبدأ من تاريخ الاستلام الابتدائي. ويتم التسليم النهائي وفقاً لإجراءات معينة لا تختلف عن إجراءات التسليم الابتدائي التي سبق بحثها.

ولكن إتمام التسليم النهائي يؤدي إلى نتائج قانونية تختلف جذرياً عن نتائج التسليم الابتدائي، تتمثل في انقضاء العلاقات العقدية بين طرفي العقد، وبدء مدة

1 - المادة ٤٧ فقرة ب من نظام العقود رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

2 - انظر: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٢٠،

Montmerle, op. cit., P.249

الضمان العشري، ثم تسوية ثمن الأشغال بشكل نهائي ورد التأمينات للمقاول:

١ - انقضاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد:

ذهبت غالبية الفقه وأحكام القضاء الإداري إلى أن التسليم النهائي بدون تحفظات يضع نهاية للعلاقات العقدية الناشئة عن العقود الإدارية^١. ومن ثم لا تملك الإدارة مباشرة دعوى المسؤولية العقدية ضد المتعاقد بعد إعلان التسليم النهائي.

ويترتب على انقضاء العلاقات التعاقدية، أن الإدارة لا تملك بعد الاستلام النهائي أن تحتج بمخالفة المتعاقد للعقد، أو أنه لم يحترم شروطه في التنفيذ، ولا تستطيع أن تطالب بالتعويض عن شيء من هذا القبيل، إلا إذا كانت قد قدمت بشأنه تحفظات صريحة عند إتمام التسليم النهائي^٢، كما أن المتعاقد يتحرر من مسؤوليته عن تنفيذ العقد في مواجهة الإدارة، ومن ثم لا يمكن توقيع جزاءات عقدية عليه بسبب عدم التنفيذ، أو عدم الالتزام بالأوامر المصلحية.

وبمجرد إعلان التسليم النهائي أو انقضاء مدة الضمان، يتحلل المتعاقد من واجب الصيانة الذي يقع على عاتقه في الفترة ما بين التسليم الابتدائي والتسليم النهائي أو خلال مدة الضمان.

٢ - بدء المسؤولية العشرية للمتعاقد:

يظل المتعهد مسؤولاً خلال عشر سنوات عن كل عيب أساسي يظهر في المنشآت بحيث يؤثر في سلامتها ويكون ناتجا عن غش المتعاقد أو عن سوء تنفيذها.

٣ - تسوية الثمن ورد التأمينات والضمانات:

تلتزم الإدارة بعد إتمام التسليم النهائي، بأن تدفع للمتعاقد ثمن جميع الأشغال التي قام بتنفيذها، وترد له قيمة التأمينات والضمانات. وتتقرر مسؤولية الإدارة التعاقدية، حال رفضها أو تأخرها في رد الضمانات والتأمينات بدون مبرر، وتلتزم بدفع فوائد تأخيرية عنها.

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., P.791 et S,

2 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٢٢.

المبحث الثاني

التزامات الإدارة المتعاقدة

تولد العقود الإدارية التزامات وحقوق متبادلة بين طرفيها، ويترتب على مخالفة تلك الالتزامات تحقق مسؤولية الإدارة بواسطة القاضي الإداري.

وتعتبر التزامات الإدارة في العقود الإدارية حقوقاً للمتعاقدين، يتعين مراعاتها ترتيباً على القوة الملزمة للعقد ومصلحة المتعاقدين الخاصة ومقتضيات الصالح العام.

ولكن القوة الملزمة للعقد ومصلحة المتعاقدين لا يجب أن تكون عبة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، التي يجب أن ترجح عند تعارضها مع مصلحة المتعاقدين وذلك لتأمين تنفيذ العقود الإدارية على الوجه الأكمل، تحقيقاً لمبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراداً.

وبالنظر لما سبق، تتبلور محاور الدراسة في مطلبين:

المطلب الأول: التزامات الإدارة اتجاه المتعاقدين.

المطلب الثاني: جزاءات مخالفة الإدارة لالتزاماتها.

المطلب الأول

التزامات الإدارة اتجاه المتعاقدين

لا تتضمن كراسات الشروط العامة المطبقة على العقود الإدارية نصاً تحدد التزامات الإدارة بشكل دقيق، كما هو الشأن بالنسبة لالتزامات المتعاقدين في تنفيذ تلك العقود، ومع ذلك تشير تلك الكراسات إلى بعض التزامات الإدارة بينما ينتج البعض الآخر من طبيعة العقد وارتباطه بالصالح العام.

وتتعدد التزامات الإدارة في تنفيذ العقد، إلا أنها ليست بكثرة ولا تنوع التزامات المتعاقدين معها. فتلتزم الإدارة بتمكين المتعاقدين من البدء في التنفيذ، والعمل

على تنفيذ شروط العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية، واحترام مدد التنفيذ، ثم العمل على تنفيذ العقد بأكمله، إلا إذا تطلبت مقتضيات الصالح العام خلاف ذلك.

وعلى ضوء ما تقدم، سنخصص لهذه الالتزامات أربعة فروع:

الفرع الأول: تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ.

الفرع الثاني: تنفيذ العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية.

الفرع الثالث: احترام مدد التنفيذ.

الفرع الرابع: احترام وتنفيذ العقد بأكمله.

الفرع الأول

تمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ

أول التزامات الإدارة في هذا الشأن، هو أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة^١، وأن تمكن المتعاقد من البدء في تنفيذه، وذلك بأن تضع تحت تصرفه جميع الوسائل اللازمة لهذا التنفيذ.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الالتزام بقولها " ويولد هذا العقد في مواجهة جهة الإدارة التزامات عقدية أخصها، أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه. فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً من جانبها، يخول المدعي الحق في أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها، أو من جراء تأخرها في القيام به"^٢.

ويقتضي هذا الالتزام أن تقوم الإدارة بإصدار الأوامر المصلحية اللازمة للبدء في تنفيذ الأشغال والخدمات، وتسليم مواقع العمل والرسومات والمقاييسات، ويعتبر عدم

1 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٦٧.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٥ فبراير ١٩٦٩ - س ١٤، ص ٣٧٣.

قيام الإدارة بالالتزامات السابقة خطأ عقدياً من جانبها يعرضها للمسئولية، ويمنح المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض^١، وبالتالي لا يجوز للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التنصل مما يفرضه عليها من الالتزامات، وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا المصرية بعد أن أكدت هذا الالتزام، أعطت المتعاقد الحق في طلب التعويض أو فسخ العقد بسبب عدم تسليمه الموقع لفترة طويلة تجاوز القدر المعقول^٢.

وتلتزم الإدارة أيضاً بأن تقوم بتنفيذ جميع الأعمال والتجهيزات الضرورية لبدء تنفيذ العقد، مثل تمهيد الأراضي وإعداد الطرق وغيرها من الأعمال، ومن ثم لا تترتب مسؤولية المتعاقد عند التأخير في البدء بالتنفيذ، إذا لم تتجز الإدارة الأعمال السابقة، وتكون المسؤولية عندئذ ملقاة على كاهل الإدارة.

وقد أبرزت هذا المعنى محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "إن إخلاء الموقع واتخاذ إجراءات نزع الملكية بالنسبة للأراضي التي ستنشأ فيها المباني الجديدة، إنما هي أمور تقع على عاتق الإدارة، وهي ملزمة باستكمالها قبل إصدار الأمر للمدعي بالبدء في العمل، طالما أنه لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ العقد، إلا بعد أن يتم الإخلاء ونزع الملكية ومنع التعرض، وبذلك تكون جهة الإدارة قد أخطأت بأن تأخرت في تسليم المدعي موقع العملية"^٣.

UNIVERSITY
OF
ALEPPO

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 183 et s,

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٣ يونية ١٩٦٧ - س ١٢، ص ١١٢٣.

3 - محكمة القضاء الإداري المصرية الأول من يناير ١٩٦١ - مجموعة المبادئ في (١٥) عاماً من (١٩٤٦ - ١٩٦١)، ص ٩٢١ وما بعدها.

الفرع الثاني

تنفيذ العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية

لا يكفي أن تعمل الإدارة على تنفيذ العقد، وإنما يتعين عليها عند تنفيذه احترام كافة الشروط الواردة فيه، كتقديم دفعات تحت الحساب للمتعاقد واستلام الأعمال بعد إنجازها، فإذا خالفت شرطاً من شروط العقد كانت مسئولة مسؤولية تعاقدية في مواجهة المتعاقد مع الإدارة.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الالتزام عندما قضت أنه "طبقاً لما تقضى به المادة ١٤٨ من القانون المدني، ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وهذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص"^١، بحيث لا يجوز للإدارة الخروج عن بنود العقد، إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك.

وينبغي أيضاً أن تقوم الإدارة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية بطريقة سليمة وصحيحة، وفقاً للاعتبارات الفنية المرعية حسب طبيعة العقد ووفقاً لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية.

وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا المصرية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية بقولها "إن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية"^٢، ويقضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، أن "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"^٣.

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١١ أبريل ١٩٧٠ - س ١٥، ص ٢٦.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٠ أبريل ١٩٥٧ - س ٢، ص ٩٣٧.

3 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونيو ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦١٦ وما بعدها.

ويعفي مجلس الدولة الفرنسي الإدارة من المسؤولية عندما تكون قد بذلت كل ما بوسعها لتنفيذ التزاماتها، إلا أن ظروفًا قاهرة منعتها من هذا التنفيذ^١، وإنه كثيراً ما يقرر مسؤولية الإدارة ويصفها بسوء النية بعبارات مختلفة، مثل أن الإدارة لم تقم بالتزامها بأن تسلم للمتعاقد الأعمال، أو سوء المواد التي قدمتها الإدارة أو لارتكابها أخطاء تقنية في المخططات المعدة من جانبها.

الفرع الثالث

احترام مدد التنفيذ

إن مدد التنفيذ المنصوص عليها في العقود الإدارية، يقصد بها عادة المتعاقد مع الإدارة، إلا أن هذا لا يعني أن الإدارة غير ملزمة باحترام تلك المدد، فقد ينص في العقد صراحة على أن المدة ملزمة للإدارة كما هي ملزمة للمتعاقد معها، وحينئذ يتعين على الإدارة احترام المدد المحددة للتنفيذ^٢.

ولكن قد لا يتضمن العقد في بعض الأحيان مدداً معينة للتنفيذ، وفي هذه الأحوال يقرر القضاء الإداري أن هناك مدداً معقولة للتنفيذ، يجب على الإدارة احترامها^٣، ومن ثم فإن الإدارة لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها في إطالة مدد التنفيذ إلى ما يجاوز الحد المعقول، دون أن تعرض نفسها للمسؤولية.

ويحدد مجلس الدولة الفرنسي المدد المعقولة للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى كفاية المتعاقد مع الإدارة^٤.

واحترام مدد التنفيذ من جانب الإدارة والمتعاقد له أهمية كبيرة لكلا الطرفين، فهو من ناحية يسمح للإدارة بضمان سير المرفق العام بانتظام وتحقيق الصالح العام،

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., 187 et s.

2 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٠

3 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 186,

4 - Montmerle, op. cit., p. 116,

من خلال إنجاز الأعمال في المواعيد المحددة، ومن ناحية أخرى يسمح للمتعاقد بأن يجرى حساباته مسبقاً من حيث احتياجاته من العمال ورؤوس الأموال، وكل ما يلزمه لتنفيذ العمل في المواعيد المحددة، لكي يجب عن نفسه مغبة التأخير وتوقيع الجزاءات عليه.

ومن ثم إذا كانت الإدارة غير ملزمة باحترام المدد المقررة للتنفيذ، وقامت بفرض مدد غير تلك التي نص عليها العقد، فإن ذلك سيؤدي إلى قلب الحسابات التي أجراها المتعاقد عند إبرام العقد، مما قد يعرضه لخسارة فادحة، أو يجعله عاجزاً عن التنفيذ في المدد التي حددتها الإدارة، وهذا بدوره قد يؤدي إلى تعطيل تنفيذ العقد والإضرار بالصالح العام.

الفرع الرابع احترام وتنفيذ العقد بأكمله

لا يكفي أن تلتزم الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بعد إبرامه، واحترام وتنفيذ شروطه حسب مقتضيات حسن النية، واحترام مدد التنفيذ، ولكن يتعين عليها أيضاً أن تنفذ العقد كله¹.

وإذا كانت الإدارة تملك الحق في إنقاص الكمية المتعاقد عليها أو زيادتها وفقاً لسلطتها في التعديل بالإرادة المنفردة، فإن ذلك منوط بتوافر الشروط التي سوف نبحثها لاحقاً في هذا المقرر. وأما فيما عدا ذلك فإن الإدارة ملزمة بتنفيذ العقد بأكمله، وملزمة أيضاً بتمكين المتعاقد من تنفيذ جميع التزاماته.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الالتزام بقولها: أنه "بمجرد إبرام العقد الإداري، تلتزم جهة الإدارة بالعمل على تنفيذه، وبأن تمكن المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته، ولئن كان لها أن تعدل العقد بإنقاص الكمية المتعاقد عليها أو

1 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٦٩، وانظر: في نفس المعنى Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr.adm., T.2, op.cit., p.188.

زيادتها متى اقتضت ذلك حاجة المرفق، أو أن تنهى العقد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فإن مناط ذلك أن تفصح الإدارة عن إرادتها في استعمال هذه الحقوق بقرار صريح، فإن هي لم تفصح عن ذلك التزمت بتنفيذ العقد كله وفقاً لشروطه، ووجب عليها أن تمكن المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته بتمامها وأن تيسر له هذا التنفيذ".^١

ولا يجوز للإدارة دون سبب هام يتعلق بمقتضيات الصالح العام، أن توقف تنفيذ العقد، فتوقف مثلاً العمل في المشروع المتفق على تنفيذه، ولو لم تنفذه بنفسها أو تعهد به إلى غير المتعاقد.

وتلتزم الإدارة أيضاً باحترام العقد ككل، حيث لا تستطيع دون أن تعرض نفسها للمسئولية أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة، أو تعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذه التزاماته العقدية، وهذا المسلك متفرع من التزام الإدارة باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، لأنه لا يتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها من أعباء المتعاقد بدلاً من أن تعاونه على التنفيذ.

المطلب الثاني

جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها

لا يكفي تحديد التزامات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية على النحو السابق، وإنما لابد من إضفاء القوة الملزمة على هذه الالتزامات من أجل احترامها، وذلك من خلال تحديد جزاءات معينة يتم توقيعها على الإدارة عند مخالفتها لالتزاماتها التعاقدية. ولا تخضع الجزاءات الموقعة على الإدارة لنظام الجزاءات الموقعة على المتعاقد المقصر، وإنما تتميز عنها بخصائص معينة، وذلك باعتبار أن الإدارة سلطة عامة.

والجزاءات التي يتم توقيعها على الإدارة هي دائماً جزاءات قضائية ينطق بها

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ١٩٦١/٦/٤ مجموعة المبادئ في (١٥) عاماً من (١٩٤٦-١٩٦١) - ص ١٩٤٥.

القاضي، إلا أنها لا تتضمن إجراءات ضاغطة أو جزاءات جنائية، كما لا يستطيع القاضي أن يتدخل في التنفيذ بأن يصدر أوامر معينة إلى الإدارة، أو أن يلغى الإجراءات الصادرة عنها في مجال تنفيذ العقود الإدارية، حتى ولو كانت غير مشروعة أو على خلاف التزاماتها التعاقدية، وإنما للقاضي أن يحكم بالتعويض أو بفسخ العقد بناءً على طلب المتعاقد.

وعلى هذا الأساس، سنوزع هذا الموضوع على فرعين:

الفرع الأول: خصائص الجزاءات الموقعة على الإدارة

الفرع الثاني: أنواع الجزاءات الموقعة على الإدارة

الفرع الأول

خصائص الجزاءات الموقعة على الإدارة

يترتب على مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية توقيع جزاءات معينة عليها، من أجل حماية مصالح المتعاقد وتحقيق مقتضيات الصالح العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام.

وبالرغم من وحدة الأساس القانوني للجزاءات العقدية الموقعة على طرفي العقد الإداري، إلا أن نظام الجزاءات الموقعة على الإدارة يختلف بشدة عن نظام الجزاءات الموقعة على المتعاقد، ويتميز عنه بخصائص معينة من أهمها:

أولاً- الجزاءات الموقعة على الإدارة هي جزاءات قضائية

يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد ليطلب منه توقيع الجزاء على الإدارة عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، فهو لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه، كما لا يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ.

١ - عدم استطاعة المتعاقد توقيع الجزاء بنفسه على الإدارة:

لا يستطيع المتعاقد أن يوقع الجزاء بنفسه على الإدارة، وإنما له أن يطلب

ذلك من قاضي العقد، لأن امتياز التنفيذ المباشر مقصور على سلطات الدولة دون غيرها.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المعنى عندما حكمت أنه "لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مبررات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك، وأساس ذلك أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه الإدارة ضماناً لحسن سير المرافق العامة، وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى"^١.

٢ - عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ:

إذا لم يقيم أحد المتعاقدين في عقود القانون الخاص بتنفيذ التزاماته، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يقوم الطرف الآخر في العقد بتنفيذ التزاماته، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ.

ولكن في العقود الإدارية، لا يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته، بحجة أن الإدارة قد قصرت من جانبها في تنفيذ ما يفرضه عليها العقد من التزامات، بل أن المتعاقد في هذا المجال لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ، والسبب في استبعاد الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ولما كانت العقود الإدارية تستهدف الصالح العام، حيث يعتبر المتعاقد معاوناً للإدارة في تحقيق المصلحة العامة، فإن مجلس الدولة الفرنسي طبق مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من قبل المتعاقد، وقضى بأنه لا يجوز للمتعاقد إذا رفع دعوى فسخ العقد أن يوقف تنفيذ العقد لحين الفصل في الدعوى، كما لا يجوز له أن يوقف العمل بحجة أن الإدارة قد تأخرت في دفع المقابل المالي.

١ - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٨ يناير ١٩٧٨ - مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا في (١٥) عاماً من (١٩٦٥-١٩٨٠)، ص ١٩١٨.

وقد أكد مجلس الدولة المصري المبدأ السابق، فقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه "لما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يتمتع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماته قبله، بل يتعين إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عند إخلالها بالتزاماتها"^١.

ولكن قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية ليست مطلقة، بل هي مقيدة بشرطين:

الأول: يجب ألا يصل تراخي الإدارة في تنفيذ التزاماتها إلى الحد الذي يعجز معه المتعاقد بالوفاء بالتزاماته، أو يترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ^٢.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الشرط بقولها: "وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد، أن يخرجاً على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامة التأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها"^٣.

الثاني: يرى بعض الفقهاء، أنه لما كانت القاعدة السابقة مؤسسة على فكرة سير المرفق العام بانتظام، فإنه يجوز عدم إعمالها إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام، أو إذا نص العقد الإداري صراحة على جواز تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ.

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٥ يوليو ١٩٦٩ - س ١٤، ص ٩٣٢.

2 - انظر: في هذه المسألة: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٢،

3 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٨ ديسمبر ١٩٧١ - س ١٦ - ص ٩٧.

4 - راجع في هذا الشأن: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٣.

ثانياً - سلطات القاضي في توقيع الجزاءات على الإدارة هي سلطات محدودة:

إن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل، دون ولاية الإلغاء^١.

فإذا صدر عن الإدارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية، كان للمتعاقد أن يطلب إبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء، لأن دعوى الإلغاء، لا يمكن أن توجه إلى العقود، وأنه 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 هي التزامات شخصية.

ورغم اتساع مجال القضاء الكامل الذي يشمل التعويض والإلغاء، إلا أن سلطات قاضي العقد محدودة في توقيع الجزاءات على الإدارة:

١ - لا يجوز للقاضي أن يأمر الإدارة بأداء أي عمل معين أو الامتناع عنه، أو أن يحل محل الإدارة في إصدار أي قرار، وما ذلك إلا تقريراً على القاعدة التي تحكم علاقة القضاء الإداري بالإدارة العامة في النظام الفرنسي الذي تأخذ به مصر وسورية^٢.

ويسلك مجلس الدولة الفرنسي أحد طريقين من أجل الحكم على الإدارة عند إخلالها بالتزاماتها العقدية، فهو يلجأ عادة إلى تخيير الإدارة بين الوفاء بالتزاماتها وبين دفع التعويض، وفقاً للعبارة التقليدية التي يضمنها أحكامه "إذا لم ترغب الإدارة في الوفاء بالتزاماتها"، فينبغي عليها أن تعوض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت له من جراء مخالفتها لالتزاماتها، وأما أن يحدد مهلة معينة للإدارة لكي تختار بين الوفاء بالتزاماتها أو دفع التعويض.

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٨ نوفمبر ١٩٥٦ - س ١١، ص ٢٣.

2 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٤.

٢ - لا يملك قاضي العقد وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي إلغاء الإجراءات والأوامر التي يصدرها رجال الإدارة للمتعاقد أثناء تنفيذ العقود الإدارية، فهو لا يحكم بإلغائها ولكنه يحكم بالتعويض فقط إذا وجدها غير مشروعة.

وأخيراً فإن الجزاءات التي يملك القاضي توقيعها على الإدارة عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية ليست بكثرة ولا تتوع الجزاءات التي توقع على المتعاقد، وهي لا تشمل على وجه الخصوص إجراءات الضغط ولا الجزاءات الجنائية، وإنما تنحصر بالحكم على الإدارة بالتعويض أو فسخ العقد بناءً على طلب المتعاقد.

الفرع الثاني أنواع الجزاءات الموقعة على الإدارة

تنحصر الجزاءات التي يستطيع قاضي العقد توقيعها على الإدارة عند مخالفتها لالتزاماتها التعاقدية، في الحكم بالتعويض (البند الأول)، وفسخ العقد على مسؤولية الإدارة (البند الثاني).

البند الأول الحكم بالتعويض على الإدارة

يملك قاضي العقد أن يحكم بالتعويض المناسب للمتعاقد الذي أصابه ضرر من جراء عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، وهذا هو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في هذا المجال^١، وهو يتفق مع الهدف الذي يسعى إليه المتعاقد من إبرام العقد الإداري، فالمتعاقد يسعى إلى تحقيق الربح في المقام الأول، وعلى ذلك فإن تعويضه عما يلحقه من خسائر بسبب خطأ الإدارة، يكون دائماً هو الهدف الذي يبتغيه القاضي من الحكم على الإدارة بالتعويض.

1 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٥،

ومن تطبيقات مجلس الدولة المصري في الحكم على الإدارة بالتعويض لإخلالها في تنفيذ التزاماتها العقدية، أنه حكم بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي نتجت له بسبب تأخير الإدارة في تسليم موقع العمل¹.

ويقدر التعويض عادة وفقاً للأسس المدنية، لأنها تمثل القواعد العامة في هذا الصدد، حيث يتم تقدير التعويض على أساس الضرر الذي أصاب المتعاقد وليس على أساس الخطأ، مع مراعاة دور كل من الإدارة والمتعاقد في ارتكاب الخطأ، ويشمل مقدار التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.

البند الثاني

فسخ العقد لخطأ الإدارة

يقابل حق الإدارة في فسخ العقد حق المتعاقد في أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد، عند إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

ويتميز فسخ العقد لخطأ الإدارة بأنه فسخ قضائي، يعلن من جانب القاضي بناءً على طلب المتعاقد عند ارتكاب الإدارة خطأ جسيماً في تنفيذ العقد، ويعتبر حق طلب الفسخ من النظام العام، بحيث لا يجوز لأطراف العقد استبعاده بموجب نص في العقد. إلا أن ذلك لا يمنع أطراف العقد من تضمين عقودهم نصوصاً تقرر حق المتعاقد في طلب الفسخ فقط عن ارتكاب الإدارة أخطاء معينة.

ويتطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة توافر شروط معينة، ويؤدي إلى آثار قانونية هامة وذلك على النحو الآتي:

1 - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٩٦٧/٦/٣ - مجموعة المبادئ في (١٥) عاماً من (١٩٦٥) - (١٩٨٥)، ص ١٩١٤، وانظر: أيضاً: حكمها في ١٩٨٥/٤/٢ - س ٣٠ - ص ٨٨٩.

أولاً- شروط فسخ العقد لخطأ الإدارة:

تتمثل هذه الشروط في ارتكاب الإدارة خطأ جسيماً في تنفيذ العقد وإعذارها من جانب المتعاقد قبل رفع دعوى الفسخ.

١ - ارتكاب الإدارة خطأ جسيماً في تنفيذ العقد:

يعتبر فسخ العقد من أخطر الجزاءات التي تتعرض لها الإدارة عند إخلالها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، ولهذا فإن القضاء الإداري لا يحكم به إلا لخطأ جسيم ترتكبه الإدارة، لأن الجزاء الطبيعي في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية هو التعويض^١.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من الأخطاء الجسيمة التي تبرر فسخ العقد لخطأ الإدارة.

أ- تأخر الإدارة في إعطاء أمر بدء تنفيذ الأعمال لفترة طويلة.

ب- وقف أو تأجيل الأعمال لمدة غير معقولة دون سبب قانوني.

ج - توقيع جزاءات قاسية لا مبرر لها على المتعاقد.

ويملك قاضي العقد سلطة تقديرية واسعة بصدد تقدير الأخطاء المنسوبة للإدارة، فيما إذا كانت كافية لتبرير أو عدم تبرير فسخ العقد.

٢ - إعذار الإدارة قبل رفع دعوى الفسخ:

يجب أن يلجأ المتعاقد في فرنسا إلى الإدارة قبل أن يتقدم بدعوى فسخ العقد إلى القاضي، وهذا الالتزام يكون عادة منصوصاً عليه في الوثائق العقدية من أجل تسوية المنازعات بين أطراف العقد.

ويذهب الفقه إلى القول، بأنه إذا كان القرار الإداري السابق غير واجب في بعض الحالات، فإن المتعاقد يكون ملزماً دائماً بإعذار الإدارة قبل طلب فسخ العقد من القضاء، وذلك بالتطبيق للقواعد العامة في توقيع الجزاءات في العقود الإدارية^٢.

1- Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 212,

2 - Laubadère, Moderne et delvolvé, Contr.adm., T.2, op.cit., p.214 ets.

ثانياً- نتائج فسخ العقد لخطأ الإدارة:

يترتب على فسخ العقد لخطأ الإدارة انتهاء العقد، وتعويض المتعاقد، عما أصابه من أضرار نتيجة الفسخ، وذلك كالاتي:

١ - انتهاء العقد:

يترتب على الحكم بفسخ العقد انقضاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد، ويرتد أثر الحكم في هذا الخصوص إلى تاريخ رفع الدعوى، مع وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد حتى يصدر الحكم بفسخ العقد من القاضي، مراعاة لاعتبارات الصالح العام وصالح المرفق.

٢ - تعويض المتعاقد:

يستحق المتعاقد في حالة فسخ العقد لخطأ الإدارة تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، ويقدر التعويض في تاريخ النطق بفسخ العقد، وفقاً للقواعد المدنية المقررة، سواء في مواجهة الإدارة أو الأفراد^١.

ملخص الفصل الأول

يجب على المتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد شرطياً وبنفسه فلا يجوز له أن يتنازل عنه للغير أو يتعاقد بشأنه من الباطن دون موافقة الإدارة ويبقى المتعاقد مسؤولاً عن التنفيذ شخصياً إذا تنازل عن العقد أو تعاقد بشأنه من الباطن دون موافقة الإدارة ويعرضه ذلك لتوقيع جزاءات عقدية قد تصل إلى حد فسخ العقد.

ويجب على المتعاقد الالتزام بالتنفيذ كذلك خلال المدة المحددة في العقد لأن الأمر يتعلق بتسيير المرافق العامة ومن حال التأخير يتعرض المتعاقد لتوقيع جزاءات عقدية.

1 - سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٨، ١١٦٥.

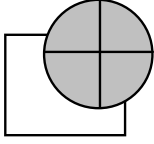
ولكن يمكن تبرير التأخير في حالات معينة مثل القوة القاهرة وفعل الإدارة بشروط معينة.

وقد ميز القضاء الإداري بين القوة القاهرة التقليدية التي تؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون والقوة القاهرة الإدارية التي تؤدي إلى الفسخ القضائي.

ويجب على المتعاقد أن يقوم بتسليم المواد والأشغال إلى الإدارة المتعاقدة وفق شروط العقد ووفقاً للمواصفات الفنية المتعارف عليها.

ويجب على الإدارة أن تقوم بتنفيذ التزاماتها اتجاه المتعاقد بدءاً من النية وفي حال عدم التزام الإدارة بأن القضاء يوقع عليها جزاءات عقدية تتمثل بتعويض المتعاقد أو فسخ العقد.





الفصل الثاني

حقوق المتعاقدين

❖ الأهداف التعليمية:

- عند الانتهاء من دراسة هذا الفصل يجب أن يكون الدارس قادراً على:
- ١- تعداد حقوق المتعاقد المتمثل بدفع المقابل المالي له وحق من التعويض.
 - ٢- تعداد صور المقابل المالي في العقود الإدارية.
 - ٣- التمييز بين مختلف نظريات التوازن المالي للعقد.
 - ٤- تعداد شروط كل نظرية من نظريات التوازن المالي للعقد.
 - ٥- التمييز بين آثار كل نظرية من نظريات التوازن المالي للعقد.
 - ٦- التمييز بين الأساس القانوني لكل نظرية من النظريات السابقة.
 - ٧- تعداد حقوق جهة الإدارة المتعاقدة.
 - ٨- التمييز بين حق الرقابة وحق التعديل.
 - ٩- تعداد شروط التعديل المقرر للإدارة.
 - ١٠- تعداد شروط إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.
 - ١١- تعداد الجزاءات العقدية التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد والتمييز بين أحكام كل منها.

❖ محتويات الفصل الثاني:

المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة

المبحث الثاني: حقوق الإدارة المتعاقدة

❖ ملخص الفصل الثاني

الفصل الثاني

حقوق المتعاقدين

كما تولد العقود الإدارية التزامات في مواجهة المتعاقدين، والتي سبق دراستها في الفصل الأول، ترتب أيضاً حقوقاً لكل من المتعاقد والإدارة طرفي العقد.

فحقوق المتعاقد الناتجة عن العقد هي حقوق مالية، تتمثل في حقه بأن تدفع له الإدارة ثمن الأعمال أو الخدمات أو المواد التي قام بتنفيذها، وأن تعوضه عما أصابه من ضرر، سواء كان ناتجاً عن ممارسة الإدارة لسلطاتها، أو كان نتيجة ظروف غير متوقعة أدت إلى زيادة الأعباء المالية له.

وتتمتع الإدارة بحقوق واسعة في مجال التدخل في تنفيذ العقد، باعتبارها صاحبة العمل، والمختصة وحدها بتوجيه تنفيذ الأعمال أو الخدمات أو المواد على الوجه الذي يحقق الصالح العام، فلها حق الرقابة والتوجيه، وحق تعديل شروط العقد، بالإضافة إلى حقها في إنهاء العقد وتوقيع جزاءات معينة.

ومن ثم سنتناول هذا الفصل في بحثين:

المبحث الأول: حقوق المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني: حقوق جهة الإدارة المتعاقدة.

المبحث الأول

حقوق المتعاقد مع الإدارة

يستمد المتعاقد حقوقه من نصوص العقد الإداري الذي أبرمه مع الإدارة، ويعتبر حق المتعاقد في الحصول على ثمن الأعمال أو الخدمات أو المواد التي قام بتنفيذها من أهم حقوقه، والدافع الرئيسي على التعاقد مع الإدارة.

كما قرر القضاء الإداري - خارج نصوص العقد - حق المتعاقد في الحصول على تعويض، إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف غير متوقعة أوقعت بالمتعاقد خسائر أدت إلى تفاقم أعباءه المالية.

ومن ثم سناقش تفاصيل ما سبق في مطلبين:

المطلب الأول: الحق في الحصول على المقابل المالي

المطلب الثاني: الحق في التعويض.

المطلب الأول

الحق في الحصول على المقابل المالي

التمن هو المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد من الإدارة، لقاء تنفيذ موضوع العقد، ولكي يستحق المتعاقد دفع الثمن المتفق عليه، يجب أن يقوم من جانبه بتنفيذ الأعمال أو الخدمات أو المواد المتعاقد عليها، ثم يتعين أن تقوم الإدارة بالتأكد من إنجاز تلك الأعمال أو الخدمات أو المواد وتحديد كميتها وفقاً لأساليب متعددة في هذا الصدد، وذلك لحساب الثمن المستحق للمقاول.

ويأخذ الثمن في العقود الإدارية عادة صور متعددة يمكن تصنيفها إلى فئتين:

الفئة الأولى - تعتبر من الشروط التعاقدية التي لا يجوز تعديلها بعد الاتفاق عليها إلا برضاء الطرفين ومثال ذلك الثمن في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

الفئة الثانية - لا تعتبر من الشروط التعاقدية وإنما من الشروط اللائحية التي يجوز للإدارة تعديلها بموجب قرارات تنظيمية أو لائحية دون رضاء الطرف الآخر ومثال ذلك المرتبات والأجور في عقود التوظيف والرسم في عقود الامتياز.

ويتم تحديد الثمن عادة وفقاً لإجراءات وقيود معينة تنص عليها القوانين ودفاتر الشروط العامة، ولكن دفع ثمن العقد للمتعاقد لا يتم إلا بعد إنجاز موضوع العقد، وقد يتم تسديده أحياناً على شكل دفعات تحت الحساب بناءً على تقدم مراحل

العمل، أو على صورة سلف تحت الحساب إلى حين إجراء الحساب النهائي، وهناك ثمة قيود تملئها اعتبارات الصالح العام والعدالة، تحد من نطاق إرادة المتعاقدين (الإدارة والمتعاقد معها) في تحديد الثمن.

فالإدارة تخضع لقيود صارمة تحد من حريتها في تحديد أثمان العقود التي تبرمها، وذلك لبلوغ هدفين، الأول تحقيق أكبر وفر مالي للخزانة العامة، وهذا يستلزم بدهة التزام جهة الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، والثاني مراعاة المصلحة الإدارية، وذلك يتطلب تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها^١.

ويلتزم المتعاقد أيضاً باحترام بعض الشروط عند تحديد ثمن عطائه من أجل تحقيق العدالة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة. وقد تضمن نظام العقود جملة من القيود التي يجب احترامها من كلا المتعاقدين عند تحديد ثمن العقد، وذلك كالآتي^٢:

١- يجب أن يحتوي المغلف الثاني على العرض المالي والتجاري مع جدول الأسعار الافراية والإجمالية حسب الحال.

٢- تصنف العروض المقبولة بترتيب أسعارها اعتباراً من السعر الأدنى.

٣- يجوز لأمر الصرف أن يحدد مسبقاً السعر الأعلى الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة فإذا كانت الأسعار غير مساوية للسعر المحدد أو تزيد عنه بما يجاوز الخمسة بالمائة تعلن اللجنة فشل المناقصة.

١ - محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٤ أبريل ١٩٥٢ - مشار إليه في: عمر حلمي فهمي - الأحكام العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

٢ - انظر: المادة (١٤ و ٢٠ و ٢٢) من نظام العقود الصادر بالقانون ٥١ لعام ٢٠٠٤.

المطلب الثاني

الحق في التعويض (نظرية التوازن المالي)

أقر القضاء الإداري للمتعاقد الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقته خارج النصوص، وذلك عند حدوث ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد الإداري تؤدي إلى تفاقم الأعباء المالية للمتعاقد، كالصعوبات المادية وعمل الأمير والظروف الطارئة.

إن علاقة المتعاقد بالإدارة هي علاقة تعاون ومساهمة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ومن المنطق أن تهب الإدارة لمساعدة المتعاقد إذا ألتمت به ظروف غير متوقعة نجم عنها زيادة أعبائه المالية، لضمان استمرار تنفيذ العقود الإدارية، وتتمثل تلك المساعدة في منح المتعاقد تعويضاً عن الأضرار التي تسببت فيها الظروف غير المتوقعة.

وحق المتعاقد في التعويض نتيجة الظروف غير المتوقعة قد يكون كلياً كما في حالتي الصعوبات المادية غير المتوقعة وعمل الأمير، أو يكون جزئياً يقتصر على جانب من الخسارة التي لحقت للمتعاقد كما في حالة الظروف الطارئة.

ونود أن نركز على حقيقة أساسية في هذا الصدد، وهي أن حق المتعاقد في الحصول على التعويض عند حدوث ظروف غير متوقعة منوط بالاستمرار في تنفيذ العقد، ما دام ذلك في استطاعته، وإلا فإنه لا يستحق التعويض، وقد يتعرض لتوقيع الجزاءات العقابية.

وتجدر الإشارة إلى أننا سنتعرض لمختلف النظريات التي صاغها القضاء الإداري في هذا الشأن، وسنتطرق لمضمونها وشروطها ثم لأحكام التعويض المستحق للمتعاقد وذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الثاني: نظرية عمل الأمير.

الفرع الثالث: نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

سنبدأ بتحديد مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأساسها القانوني وشروط تطبيقها ثم أثر النظرية المتمثل في حق المتعاقد في التعويض الكامل وذلك على الترتيب الآتي:

أولاً- تحديد مضمون النظرية ونطاقها وأساسها القانوني:

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات القضائية التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي، من أجل تأمين المتعاقد ضد المخاطر المادية أو الطبيعية التي تصادفه أثناء تنفيذ العقد.

ويتبلور جوهر هذه النظرية في أنه، إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقود الإدارية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، غير متوقعة عند إبرام العقد، وخارجة عن إرادة المتعاقدين، وأدت إلى جعل التنفيذ أكثر إرهاقاً من الناحية المالية، فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً عما أصابه من أضرار نتيجة تلك الصعوبات¹.

وقد نشأت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتطورت في نطاق تنفيذ عقود الأشغال العامة، ومع ذلك تذهب غالبية الفقه إلى القول بأنه إذا كانت هذه النظرية خاصة بعقود الأشغال العامة من الناحية العملية، فإنها قابلة للتطبيق من الناحية القانونية على العقود الإدارية الأخرى.

وتجد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أساسها القانوني في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، إذ ليس من العدالة أن يترك المتعاقد وشأنه عند مواجهة صعوبات مادية غير متوقعة، من أجل الالتزام بنصوص العقد الحرفية،

1 - انظر: في هذا الشأن: Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p.499,

سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧١٤ وما بعدها.

كما أن تكيف العلاقة بين الإدارة والمتعاقد في تنفيذ تلك العقود على أنها علاقة تعاون وتعاضد في تسيير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، يقتضي تعويض المتعاقد عن الأضرار الناتجة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ثانياً - شروط تطبيق النظرية:

يتطلب القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسوريا توافر شروط معينة لكي يقر بحق المتعاقد في التعويض الكامل على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^١، وهذه الشروط هي:

١- أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية ومن طبيعة استثنائية غير مألوفة، أو على درجة كبيرة من الجسامة، سواء كانت هذه الصعوبات من فعل الغير مثل ظهور قناة مجاورة لموقع العمل، أو كانت تعود لظواهر طبيعية كظهور طبقات صخرية ذات صلابة غير عادية، أو منابع مياه غزيرة في موقع الأشغال، أو سقوط أمطار غزيرة بصفة استثنائية.

أما إذا كانت الصعوبات المادية التي تقابل المتعاقد أثناء التنفيذ مجرد صعوبات عادية، أو صعوبات استثنائية على درجة ضئيلة من الأهمية بالنسبة لموضوع العقد، فإن المتعاقد لا يستحق تعويضاً^٢.

وتعتبر الصعوبات المادية غير المتوقعة حالة واقعية يعود لقاضي العقد تقديرها، وتقدير ما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية وفقاً لظروف كل حالة على حدة.

٢- أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة، وليس بالإمكان توقعها عند إبرام العقد، ويرى الفقه أن شرط عدم التوقع أو إمكان التوقع، إنما يقدر بذات الأوضاع التي يقدر بها في نظرية الظروف الطارئة^٣، بحيث تطبق النظرية سواء عند عدم توقع

1 - انظر: في هذا الشأن: المحكمة الإدارية العليا قرار ١٤٨ طعن ١٩٥ لعام ١٩٧١.

Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p.506 et s,

2 - انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٧ يناير ١٩٥٧ - س ١١، ص ١٥٢.

3 - أنور رسلان - مقاله السابق في مجلة القانون والاقتصاد - ١٩٨٠ - العددان الثالث والرابع، ص ٨٦٣.

الصعوبات بذاتها، أو عند عدم توقع مدى آثارها.

ويقدر القضاء الإداري توافر هذا الشرط من عدمه، وذلك على ضوء ما يبذله المتعاقد من جهد وتقصى وحيلة الشخص البصير، ومدى معاونته الإدارة له في ذلك، فإذا قصر المتعاقد في اتخاذ الإجراءات اللازمة للتحري والبحث عن طبيعة الصعوبات التي يمكن أن تصادفه أثناء التنفيذ، فإن القضاء الإداري يرفض التعويض، وبالتالي لا تعتبر صعوبات مادية غير متوقعة، الصعوبات التي تقابل المتعاقد في تنفيذ أشغال الحفر، لأنه لم يقم بالدراسات الجيولوجية التي توقعت هذه الصعوبات.

٣- أن تكون صعوبات مادية أجنبية عن إرادة المتعاقدين، بحيث لا يكون للإدارة أو المتعاقد دخل في وقوعها، أما إذا كانت الصعوبات المادية من عمل الإدارة أو بخطئها، فإن المتعاقد يستحق التعويض ليس على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وإنما على أساس نظرية عمل الأمير أو على أساس المسؤولية التقصيرية.

ويجب أن لا يكون لإرادة المتعاقد دخل في إحداث تلك الصعوبات أو تفاقم نتائجها، وأن يثبت أنه لم يكن بوسعه توقيها بما لديه من وسائل وإمكانات، وإنه لم يخالف نصوص العقد وأوامر الإدارة أثناء التنفيذ.

٤- أن تؤدي الصعوبات المادية إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، وذلك بأن تجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة، أو يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد.

٥- الشرط الخاص بعقود الأشغال الجزافية: تذهب غالبية الفقه على ضوء أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى القول، بأن الصفة الجزافية لعقود الأشغال لا تمنع من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^١.

ومن خلال استعراض قضاء مجلس الدولة الفرنسي، يبدو للوهلة الأولى أنه غير واضح في هذا الصدد^٢، ففي بعض الأحكام يتطلب بالإضافة إلى الشروط السابقة،

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 510,

2 - Georgel, Exécution du Contr. adm., J. C. A., 1984, Fasc. 512, p.16.

أن تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى الإخلال باقتصديات العقد، أو أن تكون تلك الصعوبات من عمل الإدارة، وهو ما يميل إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الحديثة. بينما يتطلب المجلس في أحكام أخرى قلب اقتصاد العقد فقط، دون أن يشير إلى عمل الإدارة.

وفي محاولة منه لتفسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، يذهب رأى في الفقه إلى القول بأنه ينبغي التمييز بين حالتين:

الأولى: إذا كانت الصعوبات المادية ليست بفعل الإدارة وأدت إلى الإخلال باقتصديات العقد، عندئذ تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الثانية: إذا كانت الصعوبات المادية بفعل الإدارة، فحينئذ تطبق نظرية عمل الأمير^١، دون حاجة للبحث عن قلب اقتصديات العقد.

وتخضع مسألة الإخلال باقتصديات العقد لتقدير القاضي الإداري، وذلك بمراعاة قيمة المبالغ التي أنفقت لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة بالنسبة إلى مجموع القيمة الإجمالية للعقد.

ثالثاً - نتائج النظرية: حق المتعاقد في التعويض الكامل:

يجب التمييز هنا بين حالتين: الحالة التي ينظم فيها العقد شروط تطبيق النظرية وأسس التعويض عنها، والحالة الخاصة بسكوت العقد عن تنظيم شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وكيفية التعويض عنها، وننتقل الآن لتفصيل ما أجملناه:

الحالة الأولى: النص على شروط تطبيق النظرية وأسس التعويض عنها:

قد ينظم العقد شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويحدد كيفية التعويض عنها، وفي هذه الحالة يذهب الفقه إلى القول بتطبيق تلك النصوص في حالة مواجهة صعوبات معقولة، أما إذا واجه المتعاقد صعوبات غير معقولة، فيجب

1 - أنور رسلان - مقاله السابق في مجلة القانون والاقتصاد - ١٩٨٠ - العددان الثالث والرابع، ص ٨٧٥ وما بعدها.

تعويضه عنها إذا توافرت باقي شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بمعنى أن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقته من جراء تلك الصعوبات.

وقد ينص العقد صراحة على عدم تعويض المتعاقد مهما كانت الصعوبات التي تواجهه أثناء التنفيذ، ويذهب مجلس الدولة الفرنسي في تفسير هذا النص إلى أن المقصود هنا الصعوبات العادية، وليس الصعوبات الاستثنائية التي يستحق المتعاقد تعويضاً عنها، حتى ولو تضمن العقد شرطاً يعفي الإدارة من المسؤولية حال وجود صعوبات مادية غير متوقعة^١.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بعدم تعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا نص العقد على عدم التعويض، مهما ترتب عليها من أضرار للمتعاقد، وذلك بقولها "إذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة، أن المتعاقد مسئول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه، سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة، وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاب للمقاول، أن تخوله حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته...."^٢.

وفي مقام التعليق على هذا الحكم، نرى أن المحكمة الإدارية العليا المصرية خلطت بين نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، وهو ما يستفاد مما جاء في حكمها من أن الصعوبات المادية لا تخول المتعاقد حق مطالبة الإدارة بزيادة الثمن "مشاركة منها في الخسارة التي لحقته"، كما لا نقر المحكمة في حرمان المتعاقد من التعويض تطبيقاً لنص اللائحة، إذا تكبد المتعاقد نفقات باهظة لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الحالة الثانية: سكوت العقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة:

في أغلب الأحيان لا يتضمن العقد نصاً بشأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وفي هذه الحالة يملك المتعاقد الحق في الحصول على تعويض يغطي جميع

1 - C. E., 10 déc. 1938, Gouv. Gen. l'indochine, Rec. p.937,

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٤ يونية ١٩٦٩ - س ١٤، ص ٧٧٨.

النفقات التي تحملها من جراء تلك الصعوبات، وفقاً للأسس الآتية:

١ - مبدأ التعويض الشامل للأضرار.

يستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي أصابته من جراء الصعوبات المادية غير المتوقعة، بحيث يتعين على الإدارة أن ترد له كافة التكاليف التي تكبدها لمواجهة تلك الصعوبات^١.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي مبدأ التعويض الكامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة بشكل واضح وصريح، فقضى بأن "التعويض المقرر للمتعاقد لإصلاح النتائج المترتبة على الصعوبات المادية غير المتوقعة، يجب أن يغطي جميع الأضرار التي لحقت بسبب تلك الصعوبات"^٢.

ومن خلال استعراض أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الصدد، يلاحظ عدم استقرار محاكمه على مبدأ التعويض الكامل. فقد أقرت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع حق المتعاقد في التعويض الكامل عن الأضرار التي يتحملها بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة^٣.

وبالعكس اتجهت محكمة القضاء الإداري المصرية، بعد أن استعرضت شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إلى تطبيق نتائج نظرية الظروف الطارئة، والتي من مؤداها تعويض المتعاقد جزئياً عن التكاليف الناشئة عن تلك الصعوبات، وعبرت المحكمة عن ذلك بقولها: "ومن حيث أنه عن الأمر الثاني الخاص بالصعوبة التي تبنت للمدعى عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأثرية المتكثلة... فإن من الثابت... أن الصعوبة التي صادفت المتعاقد في العمل أثناء حفره الأجزاء المتكثلة لم تكن متوقعة، ولم يكن في وسع المدعى ولا الحكومة توقعها، وعلى الأخص بهذه النسبة الكبيرة التي تقارب ٢٥% من مجموع العملية... (ومن ثم فإن) الزيادة

1 - انظر: في ذلك: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٢٨.

2 - C.E., 2 déc. 1964, Port autonome de Bordeaux, Rec. p. 936

3 - انظر: فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع ٤ فبراير ١٩٦٤ - س ١٨ - ١٨٦ وما بعدها.

والتكاليف...، يتحمل المدعى نصفها وتتحمل الحكومة النصف الآخر...^١.

ولكن محكمة القضاء الإداري المصرية عادت وأقرت مبدأ التعويض الكامل وقضت بأن "التعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المتعاقد، بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها".^٢.

٢- حساب التعويض وفقاً للثمن الأصلي أو بثمان جديد:

يتم حساب مقدار التعويض على أساس الثمن المتفق عليه في العقد، أو على أساس أسعار جديدة، إذا تغيرت الظروف التي أبرم فيها العقد، أو أدت الصعوبات المادية إلى تغيير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد.^٣.

الفرع الثاني

نظرية عمل الأمير

تملك الإدارة - كما هو معروف - تغيير شروط العقد وأساليب التنفيذ المنصوص عليها، مقابل تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت له من جراء ذلك.

ولكن قد تصدر أعمال مشروعة عن جهة الإدارة المتعاقدة تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تعديل شروط العقد أو ظروف تنفيذه، كصدور تشريع أو لائحة أو القيام بأشغال عامة تسبب للمتعاقد بعض الأضرار أثناء تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد كامل التعويض عن تلك الأضرار بالتطبيق لنظرية فعل الأمير.

ونظرية فعل الأمير نظرية عامة تشمل جميع العقود الإدارية، وما يهمنا هو بيان حق المتعاقد بالتعويض ومقداره وكيفية حسابه، ولعله من المفيد التعرض بصورة

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٥ مايو ١٩٥٣ - س٦، ص ١٠٥٠.

2 - محكمة القضاء الإداري المصرية ١٧ يناير ١٩٥٧ - س١١، ص ١٥٢.

3 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p.513,

سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٣١.

إجمالية لمضمون النظرية وشروط تطبيقها والتعويض المستحق حال إعمالها، وذلك على الترتيب الآتي:

أولاً- تحديد مضمون النظرية وصورها وأساسها القانوني:

يمكن تعريف عمل الأمير، بأنه كل إجراء مشروع وغير متوقع يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، ينجم عنه الإضرار بالمركز المالي للمقاول، ويؤدي إلى تعويضه عن كافة الأضرار التي لحقته بسبب تصرف الإدارة^١.

ويتجلى عمل الأمير وفقاً للتطبيقات القضائية في صورتين، تتعلق الأولى بالإجراءات الخاصة الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة، وترتبط الثانية بالإجراءات العامة الصادرة عنها أيضاً.

الأولى: إجراء خاص يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة بمناسبة تنفيذ العقد، ويمكن التمييز هنا بين حالتين:

١- الإجراءات الصادرة بتعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان استناداً لحق الإدارة في تعديل نصوص العقد.

٢- الإجراءات التي تؤثر على ظروف التنفيذ بشكل غير مباشر، كما هو الوضع حال ممارسة الإدارة لسلطاتها في الرقابة والتوجيه التي تزيد من أعباء المتعاقد المالية، وفي هذا الفرض يعوض المتعاقد بصورة كاملة تطبيقاً لنظرية عمل الأمير.

الثانية: إجراء عام يصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، ومثال ذلك صدور تشريعات ولوائح، ويمكن التمييز هنا أيضاً بين حالتين:

١- الإجراء العام الذي يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد، وعندئذ يتعين تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير، ما لم ينظم التشريع ذاته كيفية التعويض ومداه.

٢- الإجراء العام الذي يؤدي إلى تعديل ظروف التنفيذ الخارجية، مما يجعل التنفيذ أكثر إرهاقاً للمقاول، وفي هذه الحالة يجرى القضاء الإداري - كقاعدة عامة -

1 - انظر: Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 519.

على عدم تعويض المتعاقد عن الأضرار الناتجة عن هذه الإجراءات، وفقاً لنظرية عمل الأمير.

واستثناءً من القاعدة العامة، أقر القضاء الإداري تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير، وذلك عن الإجراءات العامة التي تؤثر على ظروف التنفيذ الخارجية وفقاً للاعتبارين الآتيين:

أ- إذا مس الإجراء العام موضوعاً جوهرياً في العقد، وكان دافعاً على التعاقد.

ب- إذا نتج عن الإجراء العام ضرر خاص للمتعاقد.

وتجد نظرية فعل الأمير أساسها القانوني في فكرة التوازن المالي للعقد، باعتبارها أحد الخصائص الذاتية للعقود الإدارية التي تستهدف تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام^١.

ثانياً- شروط تطبيق نظرية عمل الأمير:

يتطلب الفقه والقضاء الإداري شروطاً معينة، يجب أن تتوافر لكي يستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً على أساس نظرية عمل الأمير^٢، وهذه الشروط هي:

١- صدور إجراء ضار عن جهة الإدارة المتعاقدة: فإذا كان التصرف صادراً عن جهة إدارية أخرى، فعندئذ لا تطبق نظرية عمل الأمير، وإنما تطبق نظرية الظروف الطارئة.

وقد اشترطت المحكمة الإدارية العليا أن يكون الإجراء صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة، لكن هذا الاتجاه تغير وأصبحت تحكم للمتعاقد بفروق الأسعار عن عقود مبرمة مع إدارة لم يصدر عنها فعل الأمير^٣.

1 - انظر: على سبيل المثال: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٥٦.

2 - راجع على سبيل المثال: المحكمة الإدارية العليا قرار ٨٦ طعن ٩٦ لعام ١٩٧٤.

سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٢٦ وما بعدها،

Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 521 et s,

3 - عبد الله طلبة - القانون الإداري - الجزء الثاني - ١٩٩٠، ص ٣٤٦.

٢- أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة في حدود سلطاتها، وليس نتيجة خطأ من جانبها، فمسئولية الإدارة في نطاق نظرية عمل الأمير، مسئولية عقدية بلا خطأ.

٣- أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع عند إبرام العقد، وينصرف عدم التوقع فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية ممارسة حق التعديل وحدوده استبعدت النظرية، أما إذا لم ينظم العقد كيفية إجراء التعديل فإنه يتم تطبيق النظرية.

٤- أن يترتب على عمل الأمير ضرر للمتعاقد، يزيد من أعبائه المالية، ولا يشترط في هذه الحالة أن يكون الضرر على درجة معينة من الجسامة، وإنما يجب أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد.

ثالثاً- نتائج النظرية: حق المتعاقد في كامل التعويض:

يجرى تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تحملها بسبب عمل الأمير، وفقاً للأحكام الآتية:

١- يخضع تقدير التعويض الكامل لسلطة قاضي العقد، حيث لا تملك جهة الإدارة أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد، على اعتبار أنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه^١.

٢- يقوم التعويض الكامل على عنصرين:

أ- ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا الجانب المصروفات الفعلية التي أنفقتها المتعاقد من جراء عمل الأمير.

ب- ما فات المتعاقد من كسب، ويشمل التعويض هنا المبالغ المعقولة التي كان يعول عليها المتعاقد لولا اختلال التوازن المالي لعقده نتيجة عمل الأمير^٢.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية مبدأ التعويض الكامل عن عمل

١ - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونية ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦٢٤.

٢ - انظر: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٥٦.

الأمير، بحيث يشمل الربح الفائت والخسارة الواقعة، بقولها: "والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن، وهو يشمل عنصرين: الأول ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثال ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تقدير الخسارة، ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه، والثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب، اعتباراً بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله...".^١

٣- لا تستطيع الإدارة أن تضمن عقودها شرطاً يعفيها بشكل مطلق من تعويض المتعاقد عن عمل الأمير، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في العقود الإدارية، ومنها حقه في التوازن المالي^٢.
ولكن يمكن للعقد أن ينظم شروط التعويض ومقداره عند تطبيق نظرية عمل الأمير، ويجرى مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في تفسير مثل هذه الشروط المشروعة^٣.

٤- يأخذ القاضي في الحسبان تاريخ وقوع الضرر الذي أصاب المتعاقد عند تقدير التعويض، وليس التاريخ الذي يجرى فيه تقدير هذا التعويض، ويمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار أساليب تقدير الثمن المنصوص عليها في كراسات الشروط الملحقة بالعقد، كما يجوز له أن يستعين بأهل الخبرة لتقدير التعويض، وذلك ما لم

١ - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونية ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦٢٤ وما بعدها،

٢ - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونية ١٩٥٧ - س ١١ - ٦٢٤.

٣ - انظر: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٥٩.

ينص المشرع أو العقد على كيفية أو مقدار التعويض.

وأحياناً يكون حساب التعويض في غاية اليسر، كما في حالة الأعباء التي تترتب على فرض رسوم جديدة أو زيادة الرسوم القديمة، ويجرى مجلس الدولة الفرنسي على الحكم للمتعاقد بالفرق بين سعر الضريبة القديم والجديد.

الفرع الثالث

نظرية الظروف الطارئة

يستحق المتعاقد تعويضاً جزئياً عن الأضرار التي أصابته نتيجة حدوث ظروف طارئة غير متوقعة، إذا كان من شأن تلك الظروف أن تلحق به خسارة فادحة تزيد من أعبائه المالية إلى الحد الذي يؤدي إلى قلب اقتصاد العقد. ويتعين قبل بيان قواعد التعويض الجزئي وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، أن نحدد مضمون النظرية وأساسها القانوني وشروطها بشيء من الإيجاز.

أولاً- تحديد مضمون النظرية ونطاقها وأساسها القانوني:

يمكن تحديد مضمون نظرية الظروف الطارئة وفقاً للفقهاء والقضاء الإداري، أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف اقتصادية أو طبيعية أو إدارية غير متوقعة عند إبرام العقد، وألحقت بالمتعاقد خسائر فادحة ترتب عليها قلب اقتصاد العقد رأساً على عقب، فإن من حق هذا الأخير أن يطلب من الإدارة أن تعوضه جزئياً عن تلك الخسائر، وذلك على سبيل المساهمة والتعاون في تأمين احتياجات المرفق العام¹.

ونظرية الظروف الطارئة نظرية ذات نطاق عام يشمل جميع العقود الإدارية، وتجد أساسها القانوني في فكرة العدالة ومقتضيات المصلحة العامة، ففكرة العدالة هي التي تفسر تعويض المتعاقد عند حدوث ظروف طارئة على الرغم من عدم مسئوليتها الإدارة عنها، وحتى ولو كان مرجع الظرف الطارئ هو عمل الإدارة، فإن مسئوليتها

1 - انظر: على سبيل المثال: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٦٠ وما بعدها،

هنا مسؤولية دون خطأ، كما أن ارتباط العقود الإدارية بفكرة الصالح العام، يقتضي دائماً تدخل الإدارة لتقديم يد العون للمقاوم، إذا أُلْمِت به ظروف طارئة.

وقد نص نظام العقود على نظرية الظروف الطارئة عندما قرر انه إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل ويكون البت في هذه الحالة للقضاء الإداري وحده^١.

ثانياً - شروط تطبيق النظرية:

يتطلب الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر توافر شروط معينة، لكي يستحق المتعاقد تعويضاً جزئياً، وفقاً لنظرية الظروف الطارئة^٢، وهذه الشروط كالآتي:

- ١- وقوع ظروف استثنائية طبيعية كالزلازل والسيول^٣، أو اقتصادية كارتفاع الأسعار بشكل غير مألوف^٤، أو إدارية كتخفيض قيمة النقد.
 - ٢- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، ولا يشترط وفقاً للقضاء الإداري أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع بذاته، وإنما يكفي أن يكون مداه أو آثاره غير متوقعة لكي يستحق المتعاقد تعويضاً جزئياً بالتطبيق لنظرية الظروف الطارئة^٥.
 - ٣- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد فقط، ولا يشترط أن يكون مستقلاً عن الإدارة المتعاقدة أو غيرها من السلطات العامة.
- ومن ثم يستطيع المتعاقد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة في حالتين:

- 1 - المادة ٥٣ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.
- 2 - انظر: في هذا الصدد: محكمة القضاء الإداري قرار ٣٢٨ طعن ٢٥٥ لعام ١٩٧٤.
- Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 570 et s,
- سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٧٢ وما بعدها،
- 3 - المحكمة الإدارية العليا قرار ٧٢ طعن ٢١٦ لعام ١٩٧٥.
- 4 - انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية في ٥ مايو ١٩٥٣ - س ٦، ص ١٠٤٩ وما بعدها.
- 5 - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية ٩ يولية ١٩٦٢ - س ٧، ص ١٠٢٤.

أ- إذا صدر الإجراء الضار من سلطة إدارية غير متعاقدة.

ب- إذا صدر الإجراء الضار من جهة الإدارة المتعاقدة، وتعدر على المتعاقد إثبات خصوصية الضرر كشرط لتطبيق نظرية عمل الأمير.

٤- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد، إذ لا يكفي أن يصيب المتعاقد خسائر مألوفة أو عادية بسبب الظرف الطارئ غير المتوقع، وإنما يجب أن تكون الخسارة الناشئة عنه، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه، أو انحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية¹.

ويعتبر مفهوم قلب اقتصاد العقد من الأفكار النسبية، التي تقدر في كل حالة وفقاً لظروف كل عقد على حدة. ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصب عينيه اعتبارات متعددة، مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة، ومقدار احتياطاتها، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها.

ثالثاً- نتائج النظرية: حق المتعاقد بالتعويض الجزئي:

إذا توافرت الشروط السابقة، فإن المتعاقد يستحق تعويضاً جزئياً عن الخسائر التي لحقت من جراء الظروف الطارئة غير المتوقعة. وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

ويثير التعويض الجزئي في نطاق نظرية الظروف الطارئة العديد من النقاط، منها مدى سلطة القاضي في مواجهة تلك الظروف، وحساب الخسائر وكيفية توزيعها بين المتعاقد والإدارة، بالإضافة إلى الطابع المؤقت للتعويض الجزئي، وزمن طلب التعويض:

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ١٩ يونية ١٩٦٠ - س ١٤، ص ٢٦١، وانظر: في نفس المعنى:

المحكمة الإدارية العليا المصرية ١١ مايو ١٩٦٨ - س ١٣، ص ٨٧٤.

١ - مدى سلطة القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة:

إن القضاء الإداري لا يملك تعديل الالتزامات العقدية التي يربتها العقد الإداري، وإنما يحكم بتعويض مناسب للضرر الناشئ عن الظروف الطارئة دون ما تعديل التي يربتها العقد الإداري^١. وذلك على عكس القضاء العادي الذي يملك تعديل التزامات الطرفين وفقاً للقانون المدني.

واستطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يصل إلى حل وسط يستهدف المحافظة على قواعد الاختصاص مع محاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد إلى محاولة الاتفاق الودي بينهما، فإذا فشل الطرفان في التوصل إلى اتفاق، فليس أمام القاضي الإداري سوى سبيل واحد هو الحكم بالتعويض^٢، ومن ثم يمثل التعويض وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي حلاً احتياطياً، لا يلجأ إليه القاضي إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين أطراف العقد.

٢ - حساب الخسائر الناتجة عن الظروف الطارئة:

يقتصر التعويض في نطاق نظرية الظروف الطارئة على جزءاً من الخسائر التي لحقت بالمتعاقد من جراء الظروف الطارئة، ولا يشمل الأرباح التي كان يعول عليها المتعاقد من تنفيذ العقد في الظروف العادية.

ويجوز قضاء مجلس الدولة الفرنسي عند حساب الخسائر على مراعاة الاعتبارات الآتية:

أ- يدخل في الحساب الخسائر والأرباح الفعلية، ومن ثم لا يعتد بالخسائر والأرباح المتوقعة التي كان يمكن أن تعود على المتعاقد فيما لو قام بعمل معين.

ب- لا يدخل في حساب الخسائر، الأرباح التي حققها المتعاقد قبل بداية الظروف الطارئ، والأرباح المحتملة في المستقبل التي من الممكن أن يجنيها المتعاقد بعد زوال ذلك الظروف.

١ - محكمة القضاء الإداري قرار ١٤٩ طعن ١ لعام ١٩٧١.

٢ - في هذا الشأن انظر: سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٩٣.

ج- تستبعد من حساب الخسائر، الأعباء المالية التي تحملها المتعاقد قبل حلول الظروف الطارئة، باعتبارها من المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد، ويجرى خصم هذه الأعباء من الخسائر النهائية التي ترتبت على تلك الظروف، ومن ثم تساهم الإدارة في تعويض المتعاقد على أساس الفرق بين الخسائر العادية المحتملة، والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار.

د- يتم حساب الخسائر على أساس الفرق بين الأسعار الجديدة التي نجمت عن الظروف الطارئة، وبين الأسعار الفعلية الواردة في نصوص العقد، ومن ثم فإن فكرة الحد الأقصى للأسعار المعقولة - وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي - أصبحت شرطاً لقيام الظروف الطارئة، ولكن لا أثر لها في تحديد الخسارة التي يتحملها المتعاقد من جراء تلك الظروف.

هـ- يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد، ما يرجع إلى أخطائه أو إهماله في تنفيذ العقد، أو عدم مراعاته الأصول الفنية المسلم بها في التنفيذ. وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة في التعويض.

و- يدخل في حساب الخسائر كل ما يتحمله المتعاقد من مصروفات في سبيل تنفيذ العقد، خلال فترة قيام الظرف الطارئ، كالنفقات العامة وأجور العمال ونفقات التأمين والرسوم والضرائب وغيرها.

٣- قيمة التعويض الجزئي بالنسبة للخسارة التي لحقت بالمتعاقد:

يقوم مبدأ التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة على توزيع أعباء الخسارة الفادحة بين المتعاقد والإدارة، بحيث يتحمل المتعاقد جزءاً من هذه الخسارة وتتحمل الإدارة الجزء الباقي، تدفعه على شكل تعويض للمتعاقد.

ويجوز قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تحميل الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة الواقعة على المتعاقد، بحيث تتراوح قيمة التعويض الذي تدفعه للمتعاقد ما بين (٨٠-٩٥%) من قيمة تلك الخسارة^١.

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 623.

ويراعى مجلس الدولة الفرنسي - كقاعدة عامة - عند توزيع الخسارة بين المتعاقد والإدارة عدة عوامل، منها رد فعل وتصرفات المتعاقد ومدى المجهود الذي بذله لمواجهة الظروف الطارئة، ومدى تعاون الإدارة أو تعنتها في معاونة المتعاقد لتضييق آثار تلك الظروف، بالإضافة إلى مراعاة الحالة الاقتصادية العامة للمشروع موضوع العقد، ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة.

ويذهب مجلس الدولة المصري في هذا الصدد، عكس اتجاه مجلس الدولة الفرنسي، فيقضى أحياناً بتوزيع الخسارة منصفة بين المتعاقد والإدارة^١، ويحمل المتعاقد في أحيان أخرى الجزء الأكبر من الخسارة الناتجة عن الظروف الطارئة^٢.

أما في سورية فقد قرر نظام العقود قيمة التعويض في حالة ارتفاع الأسعار بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد إذا أدى إلى زيادة التكاليف بنسبة تزيد على ١٥% من قيمتها فإن المتعهد يتحمل ١٥% من الزيادة وتحمل الجهة العامة باقي الزيادة أما إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط بالأسعار فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد^٣.

وحسنا ما ذهب إليه المشرع السوري في القانون الحالي من عدم استثناء أي من العقود الإدارية من التعويض في حالة ارتفاع الأسعار كما قرر في القانون السابق من استثناء عقود التوريد من دفع أي تعويض عن ارتفاع الأسعار^٤.

٤ - التعويض الجزئي وطبيعته المؤقتة:

يستهدف التعويض تمكين المتعاقد من مواجهة الظروف الطارئة أثناء فترة قيامها، وإعادة التوازن المالي للعقد على النحو الذي كان عليه قبل وقوع تلك الظروف، من أجل ضمان استمرار تنفيذ العقد وتحقيق الصالح العام.

ويعود التوازن الاقتصادي للعقد، إما بناءً على زوال الظروف الطارئة التي

١ - انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية ٥ مايو ١٩٥٣ - س ٦، ص ١٠٥١.

٢ - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية ٣١ يناير ١٩٨٤ - س ٢٩، ص ٥٠٥.

٣ - انظر: المادة (٦٣ و ٦٤) من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

٤ - انظر: المادة ٦٠ من المرسوم التشريعي رقم ٢٢٨ لعام ١٩٦٩.

أدت إلى قلب اقتصادياته، كانخفاض الأسعار إلى مستواها الطبيعي، وإما بأن تقوم الإدارة بإعادة النظر في الثمن المستحق للمتعاقد بما يعيد التوازن المالي للعقد، وتتوقى بذلك الحكم عليها بالتعويض عن طريق القضاء. وفي الحالتين ينتهي الظرف الطارئ، وتتحلل الإدارة من دفع التعويض.

ولكن إذا تبين استحالة زوال الظرف الطارئ، أو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، إلا بمساعدة دائمة من الإدارة على شكل دفع تعويض للمقاول، فإنه يحق لكل من طرفي العقد طلب فسخ العقد قضائياً، وهذا ما يعرف باسم "نظرية القوة القاهرة الإدارية" التي استحدثها مجلس الدولة الفرنسي.

٥- زمن طلب التعويض الجزئي:

يستطيع المتعاقد أن يطالب التعويض عن الخسارة التي أصابته في نطاق نظرية الظروف الطارئة، خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدى^١.

ولكن إذا كان من غير الممكن تقدير الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقد، فإنه يتعين على المتعاقد الانتظار لحين الانتهاء من التنفيذ، لكي يقوم بتقدير الخسائر التي لحقت به ثم يطالب بها جهة الإدارة.

المبحث الثاني

حقوق جهة الإدارة المتعاقدة

تتمتع الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية بحقوق استثنائية، وتتميز هذه الحقوق بصفتين: الأولى أن لا مثل لها في عقود القانون الخاص والثانية: اتساع نطاق هذه الحقوق في العقود الإدارية.

وقد أبرز مجلس الدولة المصري حقوق الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ١٤ أبريل ١٩٦٠ - س ١٤، ص ٣٦.

بقوله: " وهذا القانون - وهو دستور العقود الإدارية - يعطى جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أحل بالتزاماته، ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت - حسب مقتضيات المصلحة العامة - أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري...^١ .

وتتمتع الإدارة بهذه الحقوق دون حاجة للنص عليها في العقد أو القانون، وتستمدّها من الخصائص الذاتية للعقود الإدارية التي ترمى إلى تحقيق الصالح العام. ولكي تتضح الصورة السابقة يتعين معالجة التفاصيل من خلال أربعة مطالب:

المطلب الأول: الحق في الرقابة.

المطلب الثاني: الحق في تعديل العقد.

المطلب الثالث: الحق في توقيع الجزاءات العقديّة

المطلب الرابع: الحق في إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة.

المطلب الأول

الحق في الرقابة

يسعى المتعاقد من وراء تنفيذ العقود الإدارية إلى تحقيق مصلحته الخاصة، والحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، دون مراعاة للمصلحة العامة، فقد يستخدم المتعاقد على سبيل المثال مواداً من نوعية رديئة أو أسالياً قديمة في التنفيذ، مما قد يعرض موضوع العقد الإداري إلى الخطر، أو يؤدي على الأقل إلى عدم الاستفادة منها على الوجه الأكمل الذي يحقق المصلحة العامة.

ومن أجل ذلك، تقوم الإدارة بالرقابة على العقد أثناء تنفيذه، حرصاً منها على

1- محكمة القضاء الإداري المصرية - ٣٠ يونيو ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦١٠، وانظر: في نفس المعنى:

المحكمة الإدارية العليا المصرية - ٢ مارس ١٩٦٨ - س ١٣، ص ٦٢٥.

تحقيق الأهداف المرجوة من إبرامه، وعدم ترك أية فرصة لتلاعب المتعاقد في مقدرات الصالح العام.

ويتضمن حق الرقابة على تنفيذ العقد أكثر من معنى، وتتعدد صورته ومظاهره، ويترتب على ممارسته آثار قانونية معينة.

ولإيضاح ما سبق سنتناول الموضوع عبر ثلاثة محاور:

الفرع الأول: مفهوم حق الرقابة.

الفرع الثاني: صور ومظاهر الرقابة.

الفرع الثالث: الآثار القانونية لممارسة حق الرقابة.

الفرع الأول

مفهوم حق الرقابة

تتمتع الإدارة بحق الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، ويمارس هذا الحق عادة وكلاء الإدارة أو مهندسوها من خلال زياراتهم لمواقع العمل، للتحقق من تنفيذ العقد على الوجه الصحيح، وإبداء التعليمات والتوجيهات للمتعاقد عند قيامه بهذا التنفيذ.

وبرغم تداخل حق الرقابة مع الحقوق الأخرى للإدارة، فإنه يظل له كيانه المستقل كأحد الحقوق المقررة للإدارة في تنفيذ العقد، خارج نطاق النصوص، لأنه يجد أساسه القانوني في الصالح العام.

أولاً- حق الرقابة بين الإشراف والتوجيه:

تذهب غالبية الفقه إلى أن مفهوم الرقابة على تنفيذ العقد يتضمن معنيين، معنى ضيق وآخر واسع^١، وذلك على التفصيل الآتي:

1 - انظر: في هذا الشأن: سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

عمر حلمي فهمي - آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

محمد سعيد أمين - تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٦٤ وما بعدها.

أ- المعنى الضيق (الرقابة هي الإشراف):

ينحصر المعنى الضيق للرقابة في تحقق الإدارة من أن المتعاقد يقوم بتنفيذ العقد طبقاً لنصوصه، ووفقاً لهذا المفهوم فإن حق الرقابة يرادف معنى الإشراف الذي لا تجهله عقود القانون الخاص.

وتمارس الإدارة هذا الحق بوسائل مادية، وذلك عن طريق إيفاد بعض المهندسين والفنيين لزيارة مواقع العمل، للتأكد من سير التنفيذ وفقاً للمواعيد المقررة، وفحص المواد المستعملة للتحقق من جودتها، ومن أجل الاطمئنان إلى أن كل شيء يسير على الوجه الصحيح.

ب- المعنى الواسع (الرقابة هي التوجيه):

يتجاوز حق الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية المعنى الضيق، ويسمح للإدارة بأن تتدخل بدرجة تتجاوز مجرد التأكد من سلامة التنفيذ أثناء القيام به فتقوم الإدارة وفقاً لهذا المعنى الواسع، بالتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع في الحالات غير المنصوص عليها في العقد أو كراسات الشروط، كأن تطلب من المتعاقد استعمال أسلوب في التنفيذ غير الأسلوب الذي لجأ إليه.

وتمارس الإدارة رقابة التوجيه بأعمال قانونية فقط، كإصدار التعليمات باتباع طريقة معينة في التنفيذ، أو إصدار أوامر مصلحية لتوجيه وتوقيت أعمال التنفيذ. وهكذا فإن الإدارة لا تمارس حق الإشراف فقط، بمعنى التحقق من التنفيذ السليم للعقد، ولكنها تتمتع أيضاً بحق التوجيه الذي تحدد من خلاله إجراءات وأساليب تنفيذ العقد.

ثانياً- تمييز الرقابة عن الحقوق والسلطات المعترف بها للإدارة:

بالرغم من اتساع مفهوم حق الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، فإنه يتميز عن الحقوق والسلطات المعترف بها للإدارة في نطاق تنفيذ العقد، ويتحدد في مجال معين، فهو يختلف عن حق التعديل، ولا يشمل سلطة الضبط الإداري التي تستهدف حماية النظام العام بأبعاده الثلاثة، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

ويتميز حق الرقابة على تنفيذ العقد عن حق التعديل، بأن الإدارة تمارس حقها في الرقابة خارج نطاق نصوص العقد، بينما يعتبر حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورته، فالإدارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، وإنما تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما بالزيادة أو النقصان^١، ومن ثم فإن حق الرقابة لا يصل في جميع الأحوال إلى حد التعديل الانفرادي لموضوع العقد.

وفى الواقع أن التمييز بين ما يعد رقابة وما يعتبر تعديلاً للعقد لا يخضع لمعيار عام، ولكن يختلف من حالة لأخرى، ويتوقف على مضمون التعهدات المتفق عليها في حالة تحديدها بدقة، أو التفسيرات المحتملة لعبارات العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين وما تقتضيه متطلبات المرفق العام^٢.

ولهذا التمييز بين حق الرقابة وحق التعديل، فائدة كبرى من حيث الآثار المترتبة على كل منهما، فعندما تمارس الإدارة حق التعديل، فإن المتعاقد يستحق دائماً تعويضاً من الإدارة، بينما لا يترتب حق الرقابة تعويضاً للمقاول، إلا في حالات معينة سنتعرض لها لاحقاً.

ويختلف أيضاً حق الرقابة على تنفيذ العقد عن سلطة الضبط الإداري من حيث النظام القانوني والوسيلة والهدف، فسلطة الضبط الإداري تهدف إلى تحقيق النظام العام، وذلك باتخاذ إجراءات لائحية أو فردية في مواجهة المتعاقد شأنه في ذلك شأن باقي الأفراد، للمحافظة على النظام العام في موقع العمل، ومثال ذلك إلزام المتعاقد باتباع إجراءات معينة لمنع وقوع الحوادث أو اتخاذ تدابير صحية لمنع انتشار الأمراض، أو تنظيم ساعات العمل.

وتتضمن سلطة الضبط الإداري نظاماً قانونياً خاصاً، فهي ذات نظام تشريعي، يقترن تطبيقها بفرض عقوبات جنائية على من يخالفها، كما أن السلطة التي تمارسها ليست دائماً هي نفس السلطة المتعاقدة التي تتدخل في تنفيذ العقد.

1 - سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

2 - انظر: عمر حلمي فهمي - آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٢.

أما حق الرقابة، فهو يهدف إلى تنفيذ العقد وفقاً لمتطلبات الصالح العام، وتستمد الإدارة من الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية التي تستهدف الصالح العام، وتمارس الإدارة هذا الحق بواسطة الأوامر المصلحية.

ومن ثم لا تستطيع الإدارة أن تضيف على الإجراءات التي تتخذها للرقابة على تنفيذ العقد صفة التعليمات البوليسية، كما يتمتع عليها استعمال الجزاءات الجنائية والسلطات البوليسية كإجراءات ضاغطة على المتعاقد من أجل تنفيذ العقد.

والفرقة بين حق الرقابة وسلطة الضبط الإداري لها فائدة من حيث الرقابة القضائية، فإجراءات الضبط الإداري تخضع لرقابة الإلغاء أمام القاضي الإداري عن طريق دعوى تجاوز السلطة، بينما تخضع الإجراءات المتخذة بشأن الرقابة على تنفيذ العقد لولاية قاضي العقد الذي لا يختص بإلغائها، وإنما له أن يحكم بالتعويض.

ثالثاً - الأساس القانوني لحق الرقابة:

تتص عادة العقود الإدارية وكراسات الشروط الملحقة بها على حق الإدارة في التوجيه والرقابة على تنفيذ العقد.

وتذهب غالبية الفقه الإداري مؤيدة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف للإدارة بحق الرقابة خارج نطاق نصوص العقد أو القانون¹، لأن هذا الحق يجد أساسه القانوني في مقتضيات الصالح العام، التي تهدف الإدارة إلى بلوغها من خلال تنفيذ العقود الإدارية.

ومن ثم فإن النص في العقد على حق الرقابة، لا ينشئه ولا يغير من طبيعته، باعتباره حقاً أصيلاً للإدارة قائماً بذاته، ومستمداً من النظام القانوني للعقود الإدارية. إلا أن النص عليه يمكن أن يحدد نطاقه وينظم أساليب ووسائل مباشرته.

وحق الإدارة في الرقابة والتوجيه حق أصيل، لا يسقط بالتقادم، ولا يمكن للإدارة النزول عنه، وليست له طبيعة تعاقدية، وإنما هو مستمد من الغرض الذي

1 - انظر: في هذا الاتجاه: سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها،
Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 447

تستهدفه الإدارة، وهو مصلحة المرفق العام والمصلحة العامة.

واعتبار الصالح العام هو الأساس القانوني لحق الرقابة، يتفق مع ما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الصدد، فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن العقود الإدارية "تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة.... لأن جهة الإدارة لا تبغي مصلحة شخصية بل تتعاقد لمصلحة المجموع، وهدفها المصلحة العامة وهي القوامه عليها، والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها، فهي تتعاقد لتكفل حسن سير المرفق وانتظامه واستمراره، وإنجاز الأعمال والخدمات المطلوبة على وجه مرض، وفي المواعيد المقررة، ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية بحقوق وسلطات واسعة منها.... سلطة الرقابة على تنفيذ العقد.... وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولم ينص عليها العقد لأنها تتعلق بالنظام العام"¹.

الفرع الثاني

صور ومظاهر الرقابة على تنفيذ العقد

تتنوع صور رقابة الإدارة على تنفيذ العقود الإدارية، وتأخذ أشكالاً ومظاهرًا متعددة، نظراً لاتساع مفهوم العقد الإداري ذاته وتطوره، ومواكبةً للتقدم العلمي في شتى مجالات الحياة.

فتقوم الإدارة بالتأكد من التنفيذ الدقيق لنصوص العقد ومقاييساته، ومن حسن قيام العمال بواجباتهم، ومن مطابقة المواد المستعملة في تنفيذ المشروع لما نص عليه العقد، ولها أن تستوثق من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة التي يستهدفها العقد، ومن ثم يحق لمندوبي الإدارة الدخول إلى مواقع العمل، من أجل الاطلاع على

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونيو ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦١٠.

البيانات والمعلومات الضرورية لممارسة الرقابة على تنفيذ العقد^١.
وتمارس الإدارة حقها في الرقابة منذ بدء التنفيذ وحتى انتهائه، أي حتى تاريخ إنجاز موضوع العقد وتسليمه للإدارة بشكل نهائي.
وتنص بعض التشريعات على صور عديدة لحق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد، ولكن هذا لا يعنى أن حق الإدارة في الرقابة محصور بتلك الصور، وإنما للإدارة أن تتدخل في الرقابة والتوجيه بمختلف الصور والوسائل، متى تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك، حتى ولو لم ينص العقد أو القانون على تلك الصور.
وبالتالي لا يمكن حصر صور ومظاهر الرقابة في قائمة محددة، وإن أمكن تحديد بعضها من حيث الأهمية، كتحديد برنامج تنفيذ العقد، وتأجيل ووقف تنفيذ العقد، والاطلاع على الوثائق المتعلقة بالتنفيذ وتصديقها، والرقابة على وكلاء وعمال المتعاقد، والرقابة على العدد والمواد المستخدمة في التنفيذ، والأمر بإزالة المواد وإعادة تنفيذها^٢.

الفرع الثالث

الآثار القانونية لممارسة حق الرقابة

أن تمتع الإدارة بحقوق واسعة في مجال الرقابة على تنفيذ العقد، لا يعنى انتفاء مسئوليتها عن ممارسة هذا الحق، فكثيراً ما يقرر القضاء الإداري مسئوليتها التعاقدية في مواجهة المتعاقد.
واعتبار الإدارة بمثابة الموجه الحقيقي لتنفيذ العقد، لا يعنى أيضاً إعفاء المتعاقد من المسؤولية عن تنفيذ العقد بشكل صحيح طبقاً لمقتضيات الصالح العام.
وبالنظر لما سبق، سنبحث آثار الرقابة بالنسبة لكل من الإدارة والمتعاقد:

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 448

2 - انظر: المادة ١٧ وما بعدها من دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤.

أولاً- آثار الرقابة بالنسبة للمتعاقد:

إن ممارسة الإدارة لحقها في الرقابة على تنفيذ العقد، لا يعفى المتعاقد من المسؤولية عن التنفيذ السليم لموضوع العقد، إلا إذا قام بتنفيذ أوامر وتعليمات الإدارة بشكل دقيق.

إن مباشرة حق الرقابة من جانب الإدارة، لا يحرر المتعاقد من المسؤولية¹، وعدم تعرضه لأية ملاحظات من الإدارة، لا يعفيه أيضاً من المسؤولية عن سوء التنفيذ، كما أن عدم قيام الإدارة بالرقابة على تنفيذ العقد، لا يترتب انتفاء مسؤولية المتعاقد عن التنفيذ الصحيح للعقد²، ومن ثم يبقى المتعاقد مسؤولاً عن تنفيذ العقد الإداري على الوجه السليم، سواء مارست أو تقاعست الإدارة في رقابتها على التنفيذ. وبالاستثناء من الأصل السابق، تتعدم مسؤولية المتعاقد إذا قام بتنفيذ أوامر وتعليمات الإدارة، وأبدى عليها تحفظاته في الوقت المناسب كما في حالة الأضرار المنسوبة لمواد أولية من نوعية رديئة قدمتها الإدارة.

ثانياً- آثار الرقابة بالنسبة للإدارة:

قد يلحق المتعاقد بعض الأضرار عندما تباشر الإدارة حقها في الرقابة والتوجيه، إلا أن المتعاقد لا يستحق تعويضاً في جميع صور الرقابة. ويميز الفقه والقضاء الإداري بين حالتين، الحالة التي لا تثير مسؤولية الإدارة نتيجة مباشرة حق الرقابة، والحالة التي تثبت فيها مسؤولية الإدارة بسبب الرقابة، وذلك على النحو الآتي:

١- عدم مسؤولية الإدارة عند ممارسة حق الرقابة:

إن إجراءات الرقابة والتوجيه التي تباشرها الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، هي من الأمور الطبيعية والمعتادة. فإذا مارست الإدارة حقها في الرقابة في حدود النصوص العقدية، وترتب عليها بعض النفقات والأضرار، فإن المتعاقد لا يستحق أي تعويض، وعليه أن يتحمل تلك الأعباء.

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 453

2- Georgel, Exécution du Contr. adm., J.C.A., 1986, Fasc. 510, p.5

٢ - تقرير مسؤولية الإدارة عند ممارسة حق الرقابة:

يترتب في بعض الأحيان على ممارسة الرقابة، تقرير مسؤولية الإدارة التعاقدية في مواجهة المتعاقد، بحيث يستطيع هذا الأخير أن يطلب التعويض لخطأ الإدارة، أو فسخ العقد في حالة الخطأ الجسيم.

ويميز القضاء الإداري الفرنسي بين فرضين، فرض ارتكاب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف في ممارسة حق الرقابة، وفرض ممارسة الرقابة خارج مفهوم الخطأ.

الأول: ارتكاب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف:

تقترب الإدارة خطأً مشوباً بالتعسف عندما تصدر عنها تعليمات تعسفية، بمعنى غير مفيدة أو تجاوز الحد المألوف، ومثالها^١:

- أ- التأخير المنسوب للإدارة بكافة صورته وأشكاله.
- ب- أخطاء الإدارة المشوبة بالتعسف في توجيه وإدارة العقد.
- ج- وقف تنفيذ العقد لمدة غير معقولة بأمر من الإدارة، يبرر للمقاوم الحق في طلب فسخ العقد والتعويض، سواء نص العقد على ذلك، أو لم ينص.

الثاني: تجاوز الإدارة لحقها في ممارسة الرقابة دون خطأ:

- ولكي تتحقق مسؤولية الإدارة في هذا الفرض يتعين توافر ضوابط عدة^٢:
- أ- أن تصدر الأوامر والتعليمات عن الإدارة، فلا يجوز تقرير مسؤولية الإدارة عند تفاقم الأعباء المالية للعقد، بسبب أفعال المتعاقد ولو حازت على موافقة الإدارة.
 - ب- أن يلحق المتعاقد ضرر من جراء تعليمات وأوامر الإدارة.

1 - انظر: Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 456 et s.

2- Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 45

المطلب الثاني

الحق في تعديل العقد

من الثابت أن الإدارة تملك الحق في تعديل نصوص العقد الإداري دون حاجة للنص على ذلك في العقد أو القانون، فتستطيع أن تفرض تعديلات في حجم العقد وأساليب التنفيذ على النحو الذي يترأى لها أنه يحقق المصلحة العامة. ولا شك أن حق التعديل الذي تمارسه الإدارة أكثر خطورة من حق الرقابة، لأنه يتناول شروط العقد المتفق عليها عند إبرامه. ومع ذلك فإن لحق التعديل نطاق معين لا يجوز أن يتعداه.

وقد قرر القضاء الإداري بعض الضوابط والقيود على حق الإدارة في التعديل، كما نصت كراسات الشروط العامة على حدود معينة لا ينبغي تجاوزها. وإلا ترتب على ذلك حق المتعاقد في طلب التعويض أو فسخ العقد.

ويترتب على ممارسة حق التعديل ضمن تلك الحدود، التزام الإدارة بأن تعوض المتعاقد عن الأعباء المالية التي تحملها من جراء التعديل.

وبالنظر لما تقدم، سيتطرق هذا المطلب إلى ثلاثة موضوعات:

الفرع الأول: مفهوم حق التعديل.

الفرع الثاني: ضوابط حق التعديل.

الفرع الثالث: النتائج المالية لحق التعديل.

الفرع الأول

مفهوم حق التعديل

تتمتع الإدارة بمناسبة تنفيذ العقود الإدارية بحق تعديل الالتزامات العقدية المنصوص عليها بإرادتها المنفردة، دون حاجة لموافقة المتعاقد، أو إمكانية الاحتجاج عليها بالقوة الملزمة للعقد.

وحق الإدارة في التعديل يجد أساسه القانوني في مقتضيات الصالح العام، التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها من خلال تنفيذ تلك العقود. ويشمل حق التعديل كافة العقود الإدارية، ويتناول موضوعات مختلفة، ويأخذ صوراً وأشكالاً متعددة، كتعديل حجم العقد وأساليب التنفيذ.

وعلى ضوء ما سبق، سنتناول بالدراسة:

- الأساس القانوني لحق التعديل (أولاً).
- والموضوعات التي يتناولها حق التعديل (ثانياً).

أولاً- الأساس القانوني لحق التعديل:

تذهب غالبية الفقه إلى أن حق التعديل في نطاق العقود الإدارية، يجد أساسه القانوني في مقتضيات الصالح العام أو المرفق العام^١، باعتبار أن مفهوم الصالح العام يستوعب فكرة المرفق العام ويتضمنها.

ويترتب على استناد حق التعديل إلى اعتبارات المصلحة العامة، أنه يحق للإدارة ممارسة التعديل الانفرادي للالتزامات العقدية، حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد أو القانون.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي - في حكم حديث نسبياً - بطريقة واضحة وقاطعة، بأن حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها في حالة سكوت العقد، هو من القواعد العامة التي تطبق على العقود الإدارية^٢.

ومن جانبه اعترف مجلس الدولة المصري منذ نشأته للإدارة بحقها في تعديل العقد الإداري، وأقامه على اعتبارات الصالح العام ورتب عليه نتائج، وذلك بطريقة غاية في التأصيل، فقضى "إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية،.... ومقتضى هذه السلطة أن جهة

1 - انظر: على سبيل المثال: سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها،

Georgel, Exécution du Contr. adm., J.C.A., 1986, Fasc. 510, p.6.

2 - C. E., 2 fév. 1983, Union des Transports publics urbains et régionaux, R. D. P., 1984, p. 212, note Auby.

الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملايساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، وأن التعاقد يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه أن جهة الإدارة تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة،... ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق، واتصال العقد به، ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له، وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة، ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد، أو موافقة الطرف الآخر عليه،.... فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها، ولذلك فإنه من المقرر أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام،...^١.

ثانياً- الموضوعات التي يتناولها حق التعديل:

يتناول حق التعديل موضوعات مختلفة، نظراً لتنوع العقود الإدارية ذاتها وارتباطها بالمصلحة العامة والمرافق العامة، فتستطيع الإدارة تعديل حجم العقد أو أساليب التنفيذ أو مدد التنفيذ^٢، وذلك على النحو الآتي:

١- تعديل حجم العقد:

يجرى في العمل أن حجم العقد وكميات المواد الأولية أثناء التنفيذ، قد تختلف عما هو مبين في العقد وملحقاته، إذ أن كثيراً من الأمور تكون غير واضحة في

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونية ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦١٢ وما بعدها، وانظر: حكمها في ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ - مجموعة المبادئ في (١٥) عاماً من (١٩٤٦-١٩٦١) - ص ١٩٤٧ وما بعدها ٦٢٥.

2 - انظر: Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 465

سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٥٨.

المقاييس الوصفية والمخططات، ومن ثم لا بد من تعديل حجم العقد إذا تبين أن تنفيذ العقد على الوجه الأكمل يتطلب إنقاص أو زيادة حجم العقد.

وقد اعترف مجلس الدولة المصري للإدارة بحق تعديل حجم العقد، وقضى بأن الإدارة "تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه فتزيد من الأعباء الملقاة على الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد..."^١.

٢- تعديل أساليب وأوضاع التنفيذ:

قد تقتضي الضرورات العملية أو متطلبات الصالح العام، أن تقوم الإدارة بتغيير أساليب أو وسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، كلما تبين لها أثناء التنفيذ ما يستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية، أو لمواجهة ومسايرة الاكتشافات الحديثة التي تقتضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتصاداً أو تقنية من تلك الواردة في العقد.

ويتناول التعديل أيضاً مدد التنفيذ، بحيث يكون للإدارة إطالة مدد التنفيذ أو تقصيرها أو وقف التنفيذ مؤقتاً، وذلك وفقاً لما تقتضيه الضرورات العملية والفنية، وقد سبق بحث هذا الموضوع.

الفرع الثاني

ضوابط حق التعديل

بالرغم من اتساع نطاق حق التعديل في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فإن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بحدود معينة لا يجوز للإدارة أن تتعدها، وإلا ترتبت مسئوليتها التعاقدية في مواجهة المتعاقد.

وينحصر التعديل في شروط العقد المتصلة بالصالح العام، فحق التعديل ليس امتيازاً للإدارة، وإنما هو وسيلة لتحقيق مقتضيات المصلحة العامة، ومن ثم لا يجوز

١ - محكمة القضاء الإداري المصرية - ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ - مجموعة المبادئ القانونية في (١٥) عاماً من (١٩٤٦ - ١٩٦١)، ص ١٩٤٧.

للإدارة أن تقوم بتعديل الثمن المستحق للمقاول، باعتباره من الشروط التعاقدية التي لا تتعلق بالصالح العام.

وقد وضع القضاء الإداري حدوداً على حق الإدارة في التعديل، كما أن هناك بعض القيود التي ينص عليها العقد أو كراسات الشروط الملحقة به. وعلى ضوء ما سبق، سنبدأ بالضوابط القضائية لحق التعديل (البند الأول)، لندرس بعد ذلك الضوابط الاتفاقية لحق التعديل (البند الثاني).

البند الأول الضوابط القضائية لحق التعديل

قرر القضاء الإداري بعض الأفكار والمفاهيم، التي تصلح في أن تكون حدوداً أو قيوداً على حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية، فيجب ألا يؤدي التعديل إلى قلب اقتصاد العقد أو تغيير جوهره (أولاً)، وينبغي أن لا يتناول التعديل موضوع العقد، فلا يجوز للإدارة أن تأمر بأعمال جديدة أو أجنبية عن العقد (ثانياً)، فإذا تعدت الإدارة هذه الحدود، جاز للمقاول أن يطلب التعويض أو حتى فسخ العقد.

أولاً- عدم قلب اقتصاد العقد وتغيير جوهره:

يجب على الإدارة وهي تمارس حق التعديل، أن تأخذ بعين الاعتبار إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية، التي روعيت عند إبرام العقد، ومن ثم فإن الإدارة ملزمة حين تلجأ إلى حقها في التعديل، ألا تذهب إلى الحد الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أو تغيير في طبيعة العقد، كما روعي عند التعاقد لأول مرة¹.

فإذا ترتب على التعديل قلب اقتصاد العقد أو تغيير جوهره أو تجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو الاقتصادية، كان لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد، "تأسيساً على أن

1 - سليمان الطماوي - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٨٩.

التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ من هذا التعديل".^١

ثانياً - عدم الأمر بعمل جديد أو أجنبي عن العقد:

تعتبر فكرة العمل الجديد قيذاً آخرًا على حق التعديل الذي تمارسه الإدارة في العقود الإدارية، ولكن ليس كل تعديل تأمر به الإدارة ويتجاوز التقديرات الأولية هو بالضرورة عمل جديد.

والأعمال الجديدة، هي تلك التي يعتبر موضوعها غريباً عن العقد الأصلي، بحيث لا تربطها به صلة إطلاقاً، أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة، تختلف كلية عن تلك التي نص عليها في العقد.^٢

البند الثاني

الضوابط الاتفاقية لحق التعديل

تتص عادة العقود الإدارية أو كراسات الشروط الملحقة بها على تعديل حجم العقد وفقاً لنسب محددة، يتعين على الإدارة احترامها وعدم تجاوزها، وإلا ترتبت مسئوليتها التعاقدية في مواجهة المتعاقد.

وللحدود الاتفاقية أهمية كبيرة من الناحية العلمية، وفي حالة عدم تحديدها، فإن التعديل الذي يؤدي إلى قلب اقتصاد العقد طبقاً للحدود القضائية، يعطى المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد.

وقد قررت النصوص حق الإدارة في تعديل حجم العقد بالزيادة أو النقصان، وذلك على النحو الآتي: يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونيو ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦٢٣.

2 - سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٩٠.

خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز ٣٠% لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص ٢٠% من القيمة الإجمالية للعقد ويعطى المتعهد في حالة الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة^١.

ويتم حساب نسب التعديل على أساس الحجم الأصلي للأشغال موضوع العقد، أي وفقاً لثمن العقد عند إبرامه^٢.

ويتضح مما سبق أن الإدارة تملك حق تعديل حجم العقد بالزيادة وفقاً للنسب المحددة في هذا الصدد، دون أن يكون للمقاول حق طلب فسخ العقد أو التعويض، وإن كان يملك الحق في أن تدفع له الإدارة ثمن الأعمال التي نفذها زيادة عن الحجم الأصلي للعقد.

ولكن ما هو الحكم في حالة تجاوز النسب المحددة لتخفيض حجم العقد؟. قرر مجلس الدولة الفرنسي، بأن الشرط الذي يسمح للإدارة بتخفيض حجم العقد، لا يمكن استخدامه لإجراء تعديلات عميقة في موضوع العقد^٣، ومن ثم فإن المتعاقد يملك الحق في طلب التعويض عن النقص في الربح من جراء عدم تنفيذ العقد، حتى ولو كانت النصوص المتعلقة بتخفيض الحجم لا تسمح له في المطالبة بالتعويض إلا إذا تجاوز التخفيض النسب المعينة.

ويحق للمتعاقد أن يطلب التعويض وفسخ العقد، إذا تم إنقاص حجم العقد إلى الحد الذي يتعدى النسب المعينة للتخفيض، لأن هذا يتفق مع الحكمة من تقرير نسب معينة للتعديل.

1 - انظر: المادة ٦٢ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٩٨٦/٣/١ - س ٣١، ص ٢٨٣.

3 - C. E., 14 mars 1980, préc., D.S., 1980, jur., p. 495, note Théro.

الفرع الثالث

النتائج المالية لحق التعديل

إذا كانت الإدارة تملك الحق في أن تفرض تعديلات متنوعة تزيد من الأعباء المالية للمتعاقد، فإن هذا الأخير يملك الحق في التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء ذلك.

وقد أكدت هذا المعنى محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "إذا كان حق الإدارة في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد، هو أنه يقدر من جانبه أيضاً، أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل"^١. ويستحق المتعاقد في هذه الحالة تعويضاً كاملاً، يغطي جميع الأضرار الناتجة عن تدخل الإدارة، وذلك وفقاً لأساسين:

الأول: يتجلى التعويض في زيادة الثمن عن قيمته الواردة في العقد.

الثاني: يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.

ولكن ما الحكم إذا نص العقد على حق الإدارة في تعديل العقد بنسب معينة دون أن يكون للمقاول الحق في المطالبة بأي تعويض؟ أجابت على ذلك المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: "إن النص المذكور....، لم يقصد به حرمان المتعاقد من الحصول على قيمة ما يقوم به من تلك الأعمال، وإلا كان معنى ذلك إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المتعاقد دون سبب، وكل ما يؤدي إليه هذا النص هو إلزام المتعاقد بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التي تم الاتفاق عليها أصلاً في العقد،

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يونية ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦٢٣، وانظر: في نفس المعنى: فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ١٩٩٣/٧/١ - مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها الفتاوى الصادرة في الفترة من أول مارس ١٩٩٣ حتى آخر سبتمبر ١٩٩٣ - الجزء الثاني - ص ٤٨.

دون أن يكون له حق التمسك في المحاسبة عن تلك الأعمال بأسعار أزيد أو المطالبة بأي تعويض، عما عسى أن يكون قد أصابه من أضرار بسبب ممارسة الإدارة حقها في تعديل الكميات المتعاقد عليها بالزيادة تطبيقاً للنص المذكور^١.

المطلب الثالث

الحق في توقيع الجزاءات العقدية

يترتب على إخلال المتعاقد بالتزاماته في العقود الإدارية توقيع جزاءات معينة عليه، إذ من غير المتصور أن يتم احترام وتنفيذ تلك الالتزامات دون مواجهتها بجزاءات عقدية.

وتملك الإدارة توقيع جزاءات متعددة على المتعاقد، كالجزاءات المالية والجزاءات الفاسخة والجزاءات جزاء الضاغطة.

وتستطيع الإدارة أن تفرض الجزاءات العقدية بقرار يصدر عنها، دون حاجة للجوء إلى القضاء، أو وجود نص يقرر الجزاء، وذلك إعمالاً لسلطتها في التنفيذ المباشر. وفي المقابل يتمتع المتعاقد ببعض الضمانات التي تعتبر قيداً على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات العقدية، فيجب أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد وتسبب القرار الصادر بالجزاء وإخطاره به، وإلا تعرضت للمسئولية العقدية.

وعلى ضوء ما تقدم، سنتناول هذا الموضوع في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الجزاءات المالية.

الفرع الثاني: الجزاءات الضاغطة (سحب التعهد).

الفرع الثالث: فسخ العقد لخطأ المتعاقد.

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٥ مارس ١٩٧٨ - مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة في (١٥)

علماً من (١٩٦٥ - ١٩٨٠)، ص ١٩٣٤.

الفرع الأول

الجزاءات المالية

يتعرض المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية لتوقيع جزاءات مالية معينة، منها ما يكون جزاءاً عاماً للإخلال بالمسؤولية التعاقدية كالتعويض، ومنها ما لا يمكن توقيعه إلا إذا نص عليه العقد مثل غرامة التأخير، وهناك أخيراً جزاءاً يوقع على المتعاقد، حتى ولم ينص عليه في العقد، وهو مصادرة التأمين النهائي. وبالنظر لما سبق، سنعالج على التتابع غرامة التأخير (البند الأول)، ثم مصادرة التأمين النهائي (البند الثاني).

البند الأول

غرامة التأخير

تعتبر غرامة التأخير من الجزاءات العقدية المألوفة في العقود الإدارية، والتي توقعها الإدارة على المتعاقد في حالة نقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية، أو عند تأخيرها في تنفيذها عن الموعد المحدد في العقد. وتعد غرامة التأخير إحدى صور التعويض الاتفاقي المعروف في نطاق عقود القانون الخاص، تحت مسمى الشرط الجزائي الذي يستحق عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة عن العقد.

ولكن في نطاق العقود الإدارية، تتميز غرامة التأخير بخصائص معينة، فهي ذات صفة تعويضية وتهديدية في آن واحد، وذلك لحث المتعاقد على تنفيذ التزاماته، كما أنها تخضع لنظام قانوني خاص غير مألوف في عقود القانون المدني، فهي توقع بقرار يصدر عن الإدارة دون اللجوء إلى القضاء، بشرط أن ينص عليها العقد أو القانون.

وعلى ضوء ما سبق سيتم تعريف الغرامة وتمييزها عن الجزاءات المالية الأخرى (أولاً) ثم بيان نظامها القانوني (ثانياً).

أولاً- مفهوم غرامة التأخير:

غرامة التأخير هي تعويض جزافي منصوص عليه في العقد، توقعها الإدارة على المتعاقد عند إخلاله بالتزامات عقدية معينة، وخاصة عند التأخير في التنفيذ^١.

وتتميز غرامة التأخير بالمرونة من الناحية العملية، ولذلك يمكن للعقد أن ينص على توقيعها عند ارتكاب المتعاقد أي خطأ من الأخطاء العقدية مثل سوء الصنعة أو عدم تعيين مهندس للإشراف على التنفيذ، إلا أنها نظام شائع التطبيق في حالة التأخير في مدد التنفيذ، وهذا ما دعا الفقه والقضاء الإداري إلى تسميتها بغرامة التأخير.

ومن المسلم به في فقه القانون الإداري، "أن غرامات التأخير في العقود الإدارية تختلف عن طبيعة الشرط الجزائي في العقود المدنية، ذلك أن الشرط الجزائي في العقود المدنية يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام، من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر وإعذار للطرف المقصر وصدور حكم به، وللقضاء أن يخفضه إن ثبت له أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد. بيد أن الحكمة في الغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية، هي ضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد... ومن ثم فلجهة الإدارة أن توقعها بنفسها دون حاجة إلى حكم بها، إذا أخل المتعاقد بالتزامه قبلها، ولا يقبل منه إثبات عدم حصول ضرر لها من تأخيرها في تنفيذ التزامه، فاقتضاء الغرامة منوط بتقديرها، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة"^٢.

1 - انظر: Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr.adm., T.2, op.cit., p.136

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١١ ديسمبر ١٩٦٥ - س ١١، ص ١٢٧، وانظر: في نفس المعنى: حكمها في ٢٨ مايو ١٩٨٥ - س ٣٠، ص ١١٧٩، وانظر: أيضاً: حكمها في ٢ مارس ١٩٩٢ الموسوعة الإدارية الحديثة - حسن الفاكحاني ونعيم عطية - الجزء (٣٥)، ص ٤٢٨.

وتجد غرامة التأخير مصدرها في نصوص العقد أو في كراسات الشروط العامة المطبق عليه^١، فهي ذات طبيعة تعاقدية وجزافية.

وقد قرر نظام العقود في سورية أن تفرض على المتعهد الذي يتأخر في تقديم احتياجات الجهة العامة عن المدة المحددة لذلك غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد وفي دفاتر الشروط ولو لم يلحق بالجهة العامة أي أضرار على ألا تقل الغرامة اليومية عن واحد بآلاف من القيمة الإجمالية ولا يزيد مجموع الغرامات على عشرين بالمائة من القيمة الإجمالية للتعهد^٢.

ثانياً - النظام القانوني لغرامة التأخير:

إن إضفاء الصفة التعاقدية والجزافية على غرامة التأخير وارتباط العقود الإدارية بالصالح العام، أدى إلى تمييز غرامة التأخير بنظام قانوني خاص، سواء بالنسبة للجزاءات العقدية الأخرى في العقود الإدارية، أو بالنسبة للشروط الجزائية التي تنص عليها عقود القانون الخاص.

١- إن نسب غرامة التأخير المحددة في العقد أو كراسات الشروط تكون واجبة التطبيق بالنسبة للإدارة والمتعاقد معاً، فلا تستطيع الإدارة زيادة هذه النسبة أو المطالبة بأكثر منها، حتى ولو كان الضرر يزيد على مقدارها المحدد في العقد^٣، وإذا تضمن العقد تحديداً لمقدار الغرامة، فإن هذا المقدار "يكون هو الواجب التطبيق دون حكم اللائحة، أخذاً بقاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام"^٤، ويلتزم المتعاقد

Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr.adm., T.2, op. cit., p.136,

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr.adm., T.2, op. cit.,p.136,

2 - انظر: المادة ٥٠ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm.,T.2, op. cit., p.139,

سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥١٥.

3 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr.adm.,T.2,op. cit., p.139,

سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥١٥.

4 - المحكمة الإدارية العليا المصرية: ٢٣ ديسمبر ١٩٧٢ - س ١٨، ص ٢٩.

أيضاً بتلك النسبة، فلا يستطيع أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها، ولا الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بالإدارة.

٢- لا يجوز للإدارة أن تسعى إلى تطبيق غرامة التأخير على المتعاقد، في حالة عدم النص عليها في العقد أو كراسات الشروط العامة، وإنما لها أن تلجأ إلى تطبيق الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة^١، مع الاحتفاظ بحقها في التعويض عند التأخير في التنفيذ.

٣- ذهب القضاء الإداري إلى عدم جواز الجمع بين غرامة التأخير والتعويض^٢ وإباحة الجمع بينها وبين الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة، طالما قد تحقق السبب المخول لتوقيع كل منها^٣.

٤- لا يجوز تطبيق غرامة التأخير عن فترة لاحقة لتاريخ فسخ العقد، نظراً لانقضاء العلاقات التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد^٤.

٥- يجوز حساب غرامات التأخير على أساس قيمة الجزء المتأخر في التسليم إذا نص دفتر الشروط الخاصة شريطة تحقق شرطين: الأول أن يتم تسليم المواد الأخرى في المواعيد المحددة، والثاني أن يكون الجزء المتأخر تسليمه مستقلاً في الاستعمال عن باقي المواد المسلمة^٥.

٦- توقع الغرامة بمقتضى قرار صادر عن الإدارة دون سابق إعدار أو اشتراط حصول ضرر:

استقر الفقه والقضاء الإداري على حق الإدارة في توقيع غرامة التأخير بقرار إداري صادر عنها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، إعمالاً لسلطانها في التنفيذ المباشر،

1 - انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية ١١ يناير ١٩٥٦ - س ١٠، ص ١٤٠.

C.E., 10 déc. 1965, Sté des grands travaux de l'Est, Rec.p. 681,

2 - C. E., 10 déc. 1965, Sté des grands travaux de l'Est, Rec. p. 681,

3 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٢٤ نوفمبر ١٩٥٧ - س ١٢، ص ٢٣.

C. E., 21 mars 1986, Meyrignac, D. S., 1986, inf. rap., p. 425, obs. Terneyre.

4 - C. E., 21 mars 1986, Meyrignac, D.S., 1986, inf. rap., p. 425, obs. Terneyre.

5 - انظر: المادة ٥٠ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

إذ لا يكفي مجرد النص عليها في العقد، ليصبح استحقاقها أمراً مقضياً^١.

ويحق الإدارة كذلك توقيع غرامة التأخير بمجرد تحقق سببها، دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ولو لم يترتب عليها أي ضرر ودون حاجة لإثبات الضرر^٢.

وهذا ما نص عليه نظام العقود عندما اعتبر المتعهد معذراً بما تترتب عليه من التزامات وغرامات تأخير وجميع الجزاءات الأخرى بمجرد حلول الآجل المحدد في العقد دونما حاجة لأي إجراء^٣.

٧- تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في توقيع الغرامة أو الإعفاء منها أو تخفيضها^٤.

ثالثاً - حالات إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير:

تقضى النصوص القانونية وكراسات الشروط العامة وأحكام القضاء الإداري بإعفاء المتعاقد من غرامات التأخير في حالات معينة.

أ- إذا كان التأخير في التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقد، ولم يكن في إمكانه توقعه، ومثال ذلك القوة القاهرة^٥.

ب- إذا كانت الإدارة هي وحدها التي سببت التأخير سواء كان بخطأ منها، أو كان بسبب ممارسة سلطاتها في تعديل العقد. ومن ثم لا يحق للإدارة أن توقع غرامات التأخير على المتعاقد، مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها، مما أعجزه عن تنفيذ

UNIVERSITY
OF
ALEPPO

1 - محكمة القضاء الإداري المصرية ١٧ مارس ١٩٥٧ - مجموعة المبادئ القانونية في (١٥) عاماً من (١٩٤٦-١٩٦١)، ص ١٩٦٧.

2 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١١ ديسمبر ١٩٦٥ - س ١١ - ص ١٢٧، وانظر: في نفس المعنى: حكمها في ٢٨ مايو ١٩٨٥، سبق الإشارة إليه.

وانظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٢ مارس ١٩٩٢ - الموسوعة الإدارية الحديثة - حسن الفاكهاني ونعيم عطية - جزء ٣٥، ص ٤٢٨.

3 - انظر: المادة ٥٧ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

Laubadère, Modern et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., P.138,

4 - Laubadère, Modern et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., P.138,

5 - انظر: المادة ٥٣ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

التزامه قبلها^١.

ج- إذا طلب المتعاقد من الإدارة رسمياً مهلة جديدة للتنفيذ ووافقت على ذلك دون تحفظ من جانبها^٢.

د- يجوز الإعفاء من غرامات التأخير في حالات تحدد من الوزير المختص^٣.

البند الثاني

مصادرة التأمين النهائي

مصادرة التأمين النهائي: هو شرط جزائي متفق عليه بين طرفي العقد، توقعه الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، دون انتظار لحكم من القضاء، ومن غير حاجة إلى إثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء الإخلال بتنفيذ العقد^٤.

والتأمين النهائي عبارة عن مبلغ نقدي تحدده الإدارة بنسبة معينة من قيمة العقد، يودعه المتعاقد صاحب العطاء المقبول تحت تصرفها لضمان تنفيذ العقد. والهدف من التأمين النهائي "هو ضمان لجهة الإدارة يؤمنها ضد الأخطار التي تصدر من المتعاقد معها حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري، كما يضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بالتنفيذ، فلا يمكن لجهة الإدارة أن تتجاوز عن التأمين حرصاً على مصلحة المرفق العام وانتظام

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ١٨ ديسمبر ١٩٧١ - س ١٧، ص ٩٧.

2 - انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية ١١ يناير ١٩٥٦ - س ١٠، ص ١٤٠.

3 - انظر: المادة ٥١ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

4 - انظر: في تعريف مصادرة التأمين النهائي: هارون الجمل، المرجع السابق، ص ١١٨.

محكمة القضاء الإداري المصرية في ٧ أبريل ١٩٥٧ - مجموعة المبادئ في ١٥ عاماً من (١٩٤٦ -

(١٩٦١)، ص ١٩٦٠.

ولما كان الغرض من التأمين النهائي هو ضمان التنفيذ، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أم لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين^٢.

ويتميز جزاء مصادرة التأمين عن الشرط الجزائي في عقود القانون الخاص، باعتباره " أحد الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في عقود الإدارة، والتي مردّها إلى ما يتميز به العقد الإداري من طابع خاص، يتمثل فيه تغليب المصلحة العامة على ما عداها عن طريق تمتع الإدارة في العقد الإداري بسلطات متعددة منها حقها في مصادرة التأمين^٣..".

ويختلف جزاء مصادرة التأمين النهائي عن غرامة التأخير، من حيث أن الإدارة تملك الحق في توقيعه عند عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، سواء نص العقد على هذا الحق أم لم ينص.

ويخضع جزاء مصادرة التأمين لنظام قانوني متميز عن نظام التعويض الاتفاقي في نطاق عقود القانون الخاص:

١- تملك الإدارة مصادرة التأمين النهائي بنفسها، دون انتظار لحكم القضاء وبغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء إخلال المتعاقد معها بالتزاماته^٤، مما يقتضي صدور قرار صريح منها يرتب هذا الأثر في حق المتعاقد

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢ يناير ١٩٦٥ - س ١٠، ص ٣١٥.

2 - محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٧ نوفمبر ١٩٥٧ - س ١٢، ص ١٨.

3 - المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٢٢ فبراير ١٩٧٥ - س ٢٠، ص ٢١٨، وانظر: في نفس المعنى: حكمها في ٢١ يونيو ١٩٦٩ - س ١٤، ص ٨٢٦.

4 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٧ أبريل ١٩٥٧ - مجموعة المبادئ في ١٥ عاماً من (١٩٤٦ - ١٩٦١)، ص ١٩٥٩.

معها، جزاء إخلاله بشروط التعاقد^١.

٢- تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في توقيع جزاء مصادرة التأمين النهائي عند إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية^٢، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، وتخضع لرقابة قاضى العقد الذي يستطيع أن يحكم برد التأمين أو الإعفاء منه أو تخفيضه وذلك حسب الأحوال^٣.

٣- سلطة الإدارة في مصادرة التأمين النهائي مقيدة بنصوص العقد أو القانون: إن حق الإدارة في مصادرة التأمين النهائي ليس حقاً مطلقاً، بل يقف عند حدود معينة^٤، فإذا نص العقد على عدم تجاوز قيمة التأمين المصادر لنسبة معينة من قيمة ما لم ينفذ من الأعمال، فإن الإدارة إذا تجاوزت تلك النسبة وصادرت التأمين كله تكون قد خالفت شروط العقد.

وقد قرر نظام العقود حق الجهة الإدارية في فسخ العقد حكماً ومصادرة تأمينات المتعهد إذا ساهم الأخير بشكل مباشر أو غير مباشر في دعم إسرائيل^٥.

٤- جواز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي والتعويض والجزاءات الأخرى: ذهب غالبية الفقه مؤيدة بأحكام القضاء الإداري إلى جواز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي والتعويض^٦، على أساس أن مصادرة التأمين النهائي يعتبر جزاءً مستقلاً عن التعويض يوقع ضد المتعاقد المقصر، فضلاً عن التعويض الذي يتحمله طبقاً للقواعد العامة في الالتزام.

ومن ناحية أخرى أقر مجلس الدولة المصري لإدارة سلطة الجمع بين

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية - الأول من فبراير ١٩٨٦ - س ٣١، ص ٧٠.

2 - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٢٢ مارس ١٩٦١ - س ٦، ص ٨٩١، وانظر: أيضاً: حكمها في الأول من فبراير ١٩٨٦ - س ٣١ - ص ٧٠.

3 - انظر: في هذا المعنى: سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٠٨.

4 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٢ فبراير ١٩٧٥ - مجموعة المبادئ في (١٥) عاماً من (١٩٦٥ - ١٩٨٠)، ص ١٨٩٢.

5 - انظر: المادة ٥٩ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

6 - انظر: عمر حلمي فهمي - آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١١٥.

مصادرة التأمين النهائي وفسخ العقد^١، كما أجاز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي وسحب العمل من المتعاقد^٢.

الفرع الثاني

الجزاءات الضاغطة

(سحب التعهد)

يعتبر سحب التعهد أو العمل من المتعاقد والتنفيذ على حسابه إحدى وسائل الضغط التي نص عليها المشرع السوري والتي تهدف إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته في الموعد المحدد. ولذلك سنقوم بدراسة حالات سحب التعهد وإجراءات السحب ثم آثار السحب وذلك على الترتيب الآتي:

أولاً- حالات سحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعاقد^٣:

- ١ - عند عدم مباشرة المتعهد تنفيذ التعهد في الوقت المحدد.
- ٢ - عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المتعاقد عليها.
- ٣ - عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة على دفعات.
- ٤ - إذا ارتكب المتعاقد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة.
- ٥ - إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته وامتنع عن إصلاح خطئه خلال المدة التي

١ - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٧ إبريل ١٩٦٣ - س ٨، ص ١١٠٢.
٢ - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٣ مايو ١٩٦٩ - مجموعة المبادئ في (١٥) عاماً من (١٩٦٥) - (١٩٨٠)، ص ١٨٩٠.
٣ - انظر: المادة ٥٩ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

تحددها جهة الإدارة.

٦ - إذا أخل المتعاقد ببرنامج العمل بحيث يخشى ألا ينجز في موعدها إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية لإنجازه في هذا الموعد.

٧ - إذا كان من المنتظر أن تجاوز غرامة التأخير النسبة المجددة في المادة ٥٠ من هذا النظام أو جاوزتها فعلاً.

٨ - إذا أعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ العقد.

ثانياً- إجراءات سحب التعهد وتنفيذه على حساب المتعهد:

- ١- يجب أن يصدر قرار سحب التعهد وتنفيذه على حساب المتعهد من أمر الصرف.
- ٢- يجب إنذار المتعاقد بسحب تنفيذ التعهد لمرة واحدة ولمدة تحدد في الإنذار قبل سحب التعهد فيما عدا الحالة الأخيرة حيث لا معنى للإنذار.
- ٣- يجوز للمتعاقد أن يتقدم باعتراضاته للإدارة خلال مدة الإنذار وعل الإدارة أن تثبت في الاعتراض خلال مدة لا تجاوز ١٥ يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض في ديوان الإدارة.
- ٤- يحق لأمر الصرف أن يقوم بتأمين الاحتياجات على حساب المتعاقد وفق ما يلي:
 - أ - بطريقة المناقصة أو طلب العروض في الحالات الاعتيادية.
 - ب - بطريق الأمانة أو بالتراضي عند فشل المناقصة أو طلب العروض أو عندما تكون هناك ضرورات فنية أو إدارية تستدعي ذلك.
- ٥ - يجب إعلام المتعاقد بالطريقة التي سوف يتم بها التنفيذ على حساب المتعاقد.

ثالثاً - آثار سحب التعهد وتنفيذه على حساب المتعهد:

- ١ - يبقى المتعاقد مسؤولاً عن التنفيذ خلال مدة الإنذار.
- ٢ - يحق لأمر الصرف الرجوع عن هذا الإجراء إذا قدم المتعاقد الضمانات الكافية لحسن التنفيذ وكان في ذلك مصلحة للإدارة بشرط ألا يكون أمر المباشرة قد أعطي للمتعاقد الجديد.

٣ - إذا نجم وفر في الأسعار نتيجة تنفيذ التعهد بالطرق السابقة كان هذا الوفر من حق الإدارة.

الفرع الثالث

فسخ العقد لخطأ المتعاقد

عندما يرتكب المتعاقد أخطاء جسيمة في تنفيذ العقد الإداري، تستطيع الإدارة أن تستبعد هذا المتعاقد نهائياً عن التنفيذ، وأن تضع نهاية للعلاقة العقدية التي تربطها به عن طريق فسخ العقد بقرار صادر عنه دون اللجوء إلى القضاء.

أولاً- تعريف وتمييز فسخ العقد كجزاء:

فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد، هو جزاء عقدي شديد الجسامة توقعه الإدارة على المتعاقد الذي أخل بالتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً، يترتب عليه انقضاء العلاقة العقدية وإبعاد المتعاقد بشكل نهائي عن تنفيذ العقد^١.

ويختلف نظام فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد في العقود الإدارية عن نظام الفسخ المعروف في القانون الخاص، من حيث أن الإدارة تملك توقيعه على المتعاقد المقصر بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى اللجوء لقاضي العقد.

ويتميز فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد عن جزاء سحب العمل في العقود الإدارية، في أن جزاء فسخ العقد يؤدي إلى انقضاء العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد الذي يستبعد نهائياً عن تنفيذ العقد. في حين أن جزاء سحب العمل يعتبر إجراء ضاعطاً ومؤقتاً، لا ينهي العقد، وإنما يؤدي إلى استبعاد المتعاقد مؤقتاً عن التنفيذ، بحيث يستطيع استئناف تنفيذ العقد إذا ثبت أنه أصبح كفاء لذلك.

ويختلف فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد عن الفسخ الإداري لدواعي المصلحة العامة، من حيث أنه يتطلب ارتكاب خطأ جسيم من جانب المتعاقد، بينما تستطيع

1 - انظر: Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr.adm, T.2, op.cit., p. 883

الإدارة تقرير فسخ عقد العقد لدواعي المصلحة العامة دون أي خطأ من المتعاقد، متى قدرت أن مقتضيات الصالح العام تتطلب ذلك.

ثانياً- نماذج جزاء الفسخ وطبيعتها القانونية:

يتميز الفقه والقضاء في فرنسا بين نموذجين للفسخ كجزاء لخطأ المتعاقد. الفسخ المجرد والبسيط، و الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد.

وتكتفي الإدارة في الفسخ المجرد والبسيط بفسخ العقد، دون أن تحمل المتعاقد النتائج الباهظة المترتبة على إبرام عقد جديد مع مقاول جديد من أجل تنفيذ العقد موضوع العقد الأصلي، وذلك مع عدم الإخلال بحق الإدارة في توقيع الغرامات والمطالبة بالتعويض. ويعتبر الفسخ المجرد والبسيط من النظام العام.

أما في حالة الفسخ على حساب ومسئولية المتعاقد لا تكتفي الإدارة في هذا النموذج بتوقيع جزاء الفسخ مع المطالبة بالتعويض فحسب، بل تقوم بإبرام عقد جديد مع مقاول آخر، لاستكمال تنفيذ العقد موضوع العقد الأصلي على حساب ومسئولية المتعاقد المقصر، الذي يتحمل النتائج المالية المترتبة على إبرام العقد الجديد^١. وهذا النموذج ليس من النظام العام.

ثالثاً- شروط فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد:

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تقرير جزاء فسخ العقد بسبب أخطاء المتعاقد، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة، بل تخضع لشروط معينة، وهي ارتكاب المتعاقد لخطأ جسيم، وإعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه.

١- صدور خطأ جسيم من المتعاقد:

يتطلب جزاء فسخ العقد صدور خطأ جسيم من المتعاقد، والخطأ الجسيم هو عبارة عن إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري^٢.

ومن خلال تفحص أحكام مجلس الدولة الفرنسي، نجد أنه اعتبر من الأخطاء

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2,op. cit., p.168,

2 - راجع: إبراهيم طه فياض- العقود الإدارية-١٩٨١، ص ٢٢٥.

الجسيمة المبررة لتوقيع جزاء فسخ العقد ما يلي:

أ- عدم احترام المتعاقد لشروط المقايضة الوصفية ومعدل العمل المنصوص عليه.

ب- رفض تنفيذ الأوامر المصلحية.

ج- عدم مراعاة مدد التنفيذ.

د- ترك موقع العمل أو إيقاف التنفيذ بدون مبرر.

و- التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن بدون موافقة الإدارة.

٢- إذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ:

استقر الفقه والقضاء الإداري على ضرورة التزام الإدارة بإذار المتعاقد قبل إعلان الفسخ، مع منحه مدة معقولة لتنفيذ التزاماته التي أخل بها. بحيث يترتب على عدم إذار المتعاقد إعفاءه من النتائج المالية المترتبة على جزاء الفسخ، ما لم تقرر النصوص إعفاء الإدارة من الإذار.

رابعاً - آثار فسخ العقد لخطأ المتعاقد:

يترتب على إعلان جزاء فسخ العقد نتائج قانونية هامة، سواء كان الفسخ بسيطاً أو على حساب ومسئولية المتعاقد، ولا تختلف هذه الآثار في كلا النموذجين إلا فيما يتعلق بإبرام عقد جديد على حساب ومسئولية المتعاقد، وذلك على النحو الآتي^١:

١- انقضاء الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الذي يستبعد بشكل نهائي عن تنفيذ العقد موضوع العقد.

٢- يترتب جزاء الفسخ آثاره ابتداءً من التاريخ المعين في قرار الفسخ، أو من تاريخ إعلان قرار الفسخ للمتعاقد إذا لم يحدد هذا القرار تاريخ سريان الفسخ، حتى ولو لم ينص العقد أو كراسات الشروط على ذلك.

٣- يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بإخلاء أماكن العمل خلال المدة التي تحددها الإدارة.

1 - Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., P.167,

- ٤- تحرير محضر بالعقد المنفذة ومواد التمويل والعدد الموجودة في أماكن العمل بحضور المتعاقد والإدارة.
- ٥- تملك الإدارة الحق في الجمع بين الفسخ المجرد وغرامات التأخير ومصادرة التأمين والتعويض.
- ٦- يتحمل المتعاقد النفقات الناتجة عن الإجراءات الواجب اتخاذها قبل إغلاق أماكن العمل لضمان حفظ وسلامة العقد المنفذة، بالإضافة إلى نفقات هدم العقد إذا وجد ما يدعو لذلك.

المطلب الرابع

الحق في إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة

تتمتع الإدارة بحق إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، متى تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك، حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ، أو حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد أو القانون. وهذا الحق يعتبر من السمات المميزة للعقود الإدارية بشكل عام، ويخضع للمبادئ التي وضعها القضاء الإداري في هذا الصدد. وحق الإدارة في إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة ليس مطلقاً، وإنما مقيد باستهداف الصالح العام وعدم الانحراف بالسلطة، ويترتب على ممارسته حق المتعاقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقت له من جراء هذا الإنهاء.

وعلى ضوء ما سبق، سنبحث الأساس القانوني لحق إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة (أولاً) وشروط ممارسة هذا الحق (ثانياً)، ثم الآثار المترتبة عليه (ثالثاً).

أولاً- الأساس القانوني لحق الإدارة في إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة:

ذهبت غالبية الفقه وفقاً لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري^١، إلى أن حق

1 - انظر: على سبيل المثال: محمد صلاح عبد البديع، المرجع السابق، ص ٤٤٠ وما بعدها،

الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، يقوم على مقتضيات الصالح العام أو المرفق العام. فقد يتطلب الصالح العام إنهاء المرفق الذي يشارك المتعاقد في إدارته، أو لأن العمل الذي يقوم المتعاقد بإنجازه قد ثبت عدم فائدته، أو تعذر تحقيقه، ومن ثم فإن للإدارة أن تنتهي العقود الإدارية، إذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام، أو أضحت لا تحقق المصلحة العامة المقصودة.

وقد قرر نظام العقود انه يحق لأمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناء على مقتضيات المصلحة العامة وينترب على هذا الفسخ حق المتعاقد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلاً ويقدر هذا التعويض من قبل القضاء^١.

ثانياً - شروط ممارسة حق إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة:

حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية مقيد بشرطين، أن يقتضي الصالح العام إنهاء العقد، وأن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية^٢.

الشرط الأول - استهداف الصالح العام من إنهاء العقد:

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على وجوب أن تستند الإدارة في إنهاء العقد إلى مقتضيات المصلحة العامة^٣، وإلا كان الإنهاء تعسفياً وليس له ما يبرره. وقد أكد مجلس الدولة المصري على هذا الشرط^٤، وقضى حديثاً بأن الحق المخول للإدارة لإنهاء العقد ليس مطلقاً بل أنه مشروط بأن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد^٥.

خميس السيد اسماعيل، المرجع السابق، ص ٢٩٣. سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٧٩، محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ يولية ١٩٥٧ - س ١١، ص ٦١٠.

1 - انظر: المادة ٦٠ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

2 - انظر: المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٠ مارس ١٩٩٠ - س ٣٥، ص ١٤٢١.

3 - C. E., 8 déc. 1967, Contrats cauzatets, R.D.P., 1968, p. 942 C.E., 22 avril 1988, Sté France 5, R.D.P., 1988, p. 1437.

4 - انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية في ٢ ديسمبر ١٩٥٢ - س ٧، ص ٧٦.

ومن الأسباب التي تبرر إنهاء العقد الإداري، انقضاء احتياجات المرفق العام أو الصالح العام التي أبرم العقد من أجل تحقيقها أو إلغاء المرفق ذاته، ومثال ذلك إنهاء عقد إصلاح منشآت توصيل المياه لإحدى المدن، لانقضاء احتياجات المدينة لهذا الإصلاح بسبب انضمامها إلى المشروع العام للمياه، حيث أصبحت أشغال الإصلاح غير ذات فائدة، وإنهاء عقد إقامة منشآت بسبب تسريح الجيش، ولكن لا يجوز للإدارة أن تستند في إنهاء العقد لاعتبارات المصلحة المالية فقط.

الشرط الثاني - أن يتوافر لقرار الإنهاء كافة شروط المشروعية:

يتعين أن تراعى الإدارة عند اتخاذ قرار إنهاء العقد، جميع إجراءات وأشكال الإنهاء التي ينص عليها العقد أو القانون، فينبغي أن يصدر قرار الإنهاء من السلطة المختصة التي أبرمت العقد، ما لم يوجد نص يحدد سلطة أخرى تختص بذلك، كما يجب أن يكون قرار إنهاء العقد غير مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة^٣.

ثالثاً - الآثار المترتبة على إنهاء العقد لمقتضيات المصلحة العامة:

يترتب على إنهاء عقد العقد العامة لدواعي المصلحة العامة، تعويض المتعاقد بشكل كامل عن الأضرار الناجمة عن ذلك الإنهاء، وانقضاء العلاقات التعاقدية بين المتعاقدين وتصفية العقد، وذلك على الوجه الآتي:

١ - الحق في التعويض الكامل:

يجب التمييز في هذا الصدد بين الحالتين، حالة نص العقد على كيفية التعويض، وحالة سكوت العقد عن ذكر التعويض بين نصوصه.

الأولى: إذا نظم العقد أو كراسات الشروط التعويض ومقداره، ففي هذه الحالة يجب إعمال تلك النصوص.

المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢ مارس ١٩٦٨ - س ١٣، ص ٦٢٥.

1 - المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٠ مارس ١٩٩٠ - س ٣٥، ص ١٤٢١.

2 - C. E., 26 nov. 1969. Sté civil L. et R. Vincent, Rec. p. 539.

3 - انظر: محكمة القضاء الإداري المصرية ٢٥ يونية ١٩٦١ - س ١٥، ص ٢٦٩. وانظر: أيضاً: المحكمة

الإدارية العليا المصرية ٢٠ مارس ١٩٩٠ - س ٣٥، ص ١٤٢١.

الثانية: إذا لم ينص العقد أو القانون على تعويض المتعاقد، ففي هذه الحالة يحدد قاضي العقد مقدار التعويض المستحق للمقاول^١.

ويستبعد القضاء الإداري التعويض في حالتين:

أ- إذا نص العقد صراحة على عدم تعويض المتعاقد في حالة إنهاء عقده لمقتضيات المصلحة العامة.

ب- إذا لم يلحق المتعاقد أي ضرر من جراء ذلك الإنهاء، وفقاً للأحكام العامة المقررة بشأن التعويض^٢.

ويستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً في حالة إنهاء عقده لمقتضيات المصلحة العامة، ويشمل هذا التعويض ما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح^٣.

٢ - انقضاء العلاقات التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد وتصفية العقد وفقاً للإجراءات التي تنص عليها كراسات الشروط العامة في هذا الصدد.

ملخص الفصل الثاني

يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد من أجل الحصول على المقابل المالي من الإدارة من عقود التوريد أو الأشغال أو من المنتفعين من عقود الالتزام. وكذلك يحق للمتعاقد الحصول على تعويض من حال حدوث بعض الأمور التي قد تخل بالتوازن المالي للعقد كعمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

1 - انظر: في ذلك: سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٨٣.

2 - محكمة القضاء الإداري المصرية ٢٥ يونية ١٩٦١ - س ١٥، ص ٢٦٥.

3 - انظر: سليمان الطماوى - العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٨٣، وانظر: أيضاً:

Laubadère, Moderne et Delvolvé, Contr. adm., T.2, op. cit., p. 886 et s,
C. E., 29 juin 1983, Sté commerciale de représentation, Rec. p. 783.

وقد حدد القضاء شروط تطبيق نظريات التوازن المالي للعقد وحدد الآثار المترتبة على حدوث كل نظرية مقرر التعويض الكامل من نظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وقضى بالتعويض.

كما أن هناك حقوقاً للمتعاقد وإن هناك حقوقاً للإدارة المتعاقدة تتمثل من حقها في الرقابة والتعديل وتوقيع جزاءات عقدية وإنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة.

وقد حدد القانون وأحكام القضاء شروط ممارسة الرقابة والآثار المترتبة عليها كما حدد شروط حق التعديل والآثار المترتبة عليه والمتمثل في التعويض.

كذلك يحق للإدارة أن تقوم بتوقيع جزاءات عقدية محددة في حال إخلال المتعاقد بالتزاماته تتمثل في غرامات التأخير ومصادرة التأمين وسحب العمل وفسخ العقد.

كما يحق للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون حدوث أي خطأ من جانب المتعاقد.





قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

إبراهيم طه فياض:

العقود الإدارية - مكتبة الفلاح - الكويت - ١٩٨١.

إبراهيم الهندي. عيسى الحسن، سعيد نحيلي:

المرافق العامة، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤.

أحمد عبد الدائم:

شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٣.

أنور رسلان:

القانون الإداري، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ٢٠٠٠.

برهان زريق:

عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية (دمشق)، (بلا تاريخ).

خميس السيد إسماعيل:

الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات - دار الطباعة الحديثة - ١٩٩٤.

عبد الله طلبة:

مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٥.

عبد الهادي عباس:

العقود الإدارية، الجزء الأول والثاني، دمشق، ١٩٩٢.

عمر حلمي فهمي:

الأحكام العامة للعقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية المصرية، ١٩٩١.

آثار العقود الإدارية - دار الثقافة الجامعية - ١٩٩١.

عزت عبد القادر:

المناقصات والمزايدات في ضوء أحكام القانون /٨٩/ لعام ١٩٩٨ (المصري).

عزيزة الشريف:

نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية (القاهرة)، ١٩٨٢.

عادل عبد الرحمن خليل:

المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها - دار النهضة العربية -
١٩٩٤ / ١٩٩٥.

عصمت عبد الله الشيخ:

مبادئ ونظريات القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

عبد الغني بسيوني عبد الله:

القانون الإداري، الدار الجامعية (لبنان)، (بلا تاريخ).

عبد الرزاق السنهوري:

شرح القانون المدني، الجديد (نظرية الالتزام)، دار إحياء التراث العربي،
بيروت ١٩٥٢.

عبد الآله الخاني:

القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، المجلد (٤)، العقود الإدارية،
دمشق، ١٩٨٥.

محمد فؤاد عبد الباسط:

أعمال السلطة الإدارية ، دار الفكر الجامعي، ١٩٨٩.

محمد أنس قاسم جعفر:

العقود الإدارية، طبعة خاصة بسوريا، مركز جامعة القاهرة للتعليم
المفتوح، ٢٠٠٣.

ماجد الحلو:

القانون الإداري، ١٩٨٣.

محمد عبد الواحد الجميلي:

ماهية العقد الإداري، دار النهضة العربية (القاهرة)، ١٩٩٥.

محمود خلف الجبوري:

النظام القانوني للمناقصة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

سليمان الطماوي:

الأسس العامة للعقود الإدارية - دار الفكر العربي - ١٩٩١.

محمد سعيد أمين:

المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية- دار الثقافة الجامعية - ١٩٩٣.

محمد ماجد محمود:

دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية - دار
النهضة العربية - ١٩٩٧ .

محمد صلاح عبد البديع

سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة
عين شمس - ١٩٩٣ .

المراجع باللغة الأجنبية

- Laubadère, Moderne et Delvolvé; Traité des Contrats administratifs, Tome II, Paris, 1984
- Laurant Richer, Droit des Contrats administratifs, Paris, 1995.
- Maurer, Hartmut:Allge meines Verwaltungsrecht, 12 Auf Mu nchen, /1999.
- Maurer/ Bortscher: Die Praxis des Verwaltungsverertrags in Spiegel des Rechtsprechung
- Ralf Leinemann: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Munchen 2004.
- Rene chapus: Droit administratif general – T,I – Paris / 1988/
G. Vedel: Droit administratif, OP- cit .





لجنة فحص الإنتاج العلمي

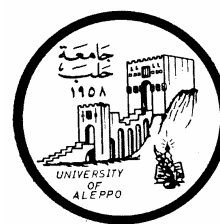
د. إبراهيم الهندي د. محمد الحسن د. محمود مرشحة

المدقق اللغوي

د. محمد مصطفى

UNIVERSITY
OF
ALEPPO

Aleppo University
Publications
Open Education Center
Practical legal Studies



Contrats Administratifs

By

Dr. A. ALHASSAN

Dr. S. NHEILI

**UNIVERSITY
OF
ALEPPO**

Academic Year
2007 - 2008