



# سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري - دراسة مقارنة -

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

تحت إشراف :

الدكتور دايم بلقاسم

إعداد الطالب :

محفوظ عبد القادر

لجنة المناقشة :

أ.د. بدران مراد

أستاذ

جامعة تلمسان

رئيسا

أ. دايم بلقاسم

أستاذ محاضر "أ"

جامعة تلمسان

مشرفا ومقررا

أ.د. عزوي عبد الرحمن

أستاذ

جامعة تلمسان

مناقشا

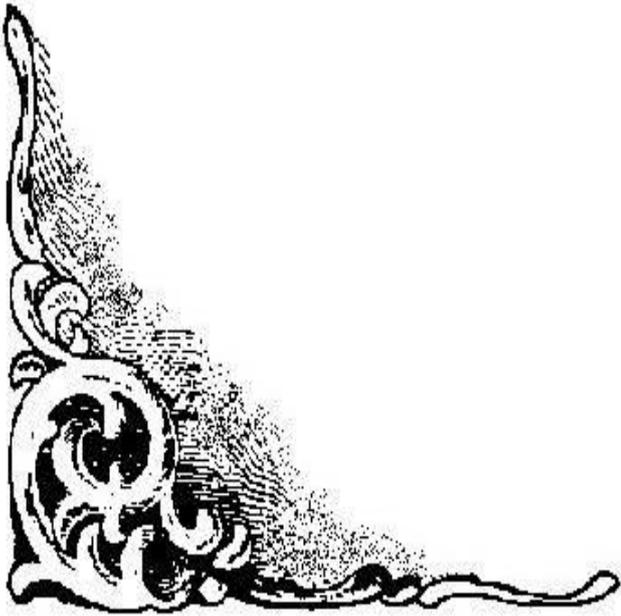




بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... "

سورة المائدة ﴿١﴾



*«Le véritable voyage de découverte  
ne consiste pas à chercher de nouveaux  
paysages,  
mais à avoir de nouveaux yeux.»*

Marcel Proust

# شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، اللهم لك الحمد حتى ترضى  
ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا.

لما كان شكر الناس من ذوي الفضل من الخصال التي ربّانا عليها ديننا  
الحنيف، فلا يفوتني أن أتوجه بالشكر لكل من أعانني على إنجاز هذه  
المذكرة من قريب أو من بعيد، وأخص بالذكر أستاذي الفاضل دايم  
بلقاسم، الذي كان لي نعم الأستاذ وخير مؤطر؛ والشكر موصول كذلك  
للأستاذ عزاوي عبد الرحمن والأستاذ قماروي عز الدين على مديهما لي  
بالمراجع والنصائح.

دون أن أنسى الأستاذ بدران مراد الذي تكبّد عناء قراءة هذه المذكرة  
ومناقشتها.

وأقل ما أُرِدُ به الجميل والإحسان، أن أتوجه بالشكر والعرفان والتقدير  
والإمتنان إلى والدي العزيزين، اللذين علّمانني الحرف والكلمة والجملة  
والنص، فجزاكما الله عني خيرا.

## قائمة المختصرات

### أولاً: بالُّغة العربية

ج : الجزء.

ج.م.ع : جمهورية مصر العربية.

ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

د.د.ن : دون دار النشر.

د.س.ن : دون سنة النشر.

د.ش.إ.ع : دفتر الشروط الإدارية العامة.

ط : الطبعة.

ع : العدد.

ق.ص.ع : قانون الصفقات العمومية.

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.إ.م : قانون الإجراءات المدنية.

م: المادة.

### ثانياً: بالُّغة الفرنسية

Aff. : affaire.

AJDA : l'actualité juridique du droit administratif.

ART: article.

ASS : Assemblée

C / : contre.

CE : Conseil d'Etat.

CMP: code des marchés publics.

Concl: conclusion.

C.P.C : code de procédure civile.

Ed : édition.

IDARA : revue de l'école nationale de l'administration.

JCP : juris classeur périodique.

JO : journal officiel.

LGDJ: librairie générale de droit et de jurisprudence.

N : numéro.

OP CIT: ouvrage précité (père ciato).

OPU : office des publications universitaires.

PUF : Presses universitaires de France

RDP : revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger.

Rec : recueil.

RFDA : revue française du droit administratif.

T : tome.

TA : Tribunal administratif.

TC : tribunal des conflits.

V : volume.

# مقدمة

إن الإدارة العامة أثناء قيامها بنشاطها تباشر أعمالاً مختلفة ومتنوعة تختلف في طبيعتها وفي آثارها، ويتفق معظم الفقه على أن أعمال الإدارة يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين؛ أعمال مادية، وهي كل ما تجريه الإدارة دون أن تنوي من ورائه إحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك التصرف إيجابياً أو سلبياً؛ وأعمال قانونية تفصح فيها الإدارة عن إرادتها ونيتها في ترتيب أثر قانوني، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إلغائه؛ والتصرفات القانونية للإدارة على نوعان:

**أولاً:** الأعمال القانونية الانفرادية، أي الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بإرادتها المنفردة، وهي "القرارات الإدارية".

**ثانياً:** الأعمال القانونية الإتفاقية، أي الأعمال الصادرة بناءً على اتفاق وتبادل الرضا بين الإدارة والطرف الآخر، وهي "عقود الإدارة"<sup>1</sup>؛ وهذه الأخيرة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد ولكنها تنقسم إلى قسمين:

**القسم الأول:** يتعلق بالعقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة، حيث تلجأ إلى

استعمال الامتيازات التي خولها لها القانون بهذه الصفة، وهي العقود الإدارية، وهي خاضعة للقانون الإداري، ولولاية القضاء الإداري.

**والقسم الثاني:** يتمثل في عقود القانون الخاص التي يخول التشريع للإدارة العامة أن تبرمها مع الأفراد وفقاً لقواعد القانون الخاص، وذلك في حالة عدم استعمالها لامتيازات السلطة العامة، وهي خاضعة للقانون الخاص، وتتدخل ضمن ولاية القضاء العادي.

ورغم أن القرار الإداري يعد أنجح وأقوى الوسائل القانونية التي تتسلح بها الإدارة للقيام

بواجباتها ومهامها اليومية المتعددة، إلا أنه قد يعجز أحياناً عن الوفاء ببعض الأهداف المنشودة، كونه يقوم على الإلزام وفرض الأوامر، وكون الإدارة حالياً وجدت نفسها ملزمة على التعامل مع

الخواص والاستفادة من خدماتهم وخبراتهم، لذلك أصبح العقد الإداري هو الآخر من بين أهم الأعمال الإدارية القانونية تداولاً في الحياة العملية - خاصة الإقتصادية - وأكثرها انتشاراً.

وقد "ظهرت العقود الإدارية تاريخياً باعتبارها أعمالاً إدارية قانونية بعد القرار الإداري، وهذا عندما تنازلت الإدارة عن جزء من امتيازاتها لتبحث لها عن معاونين اقتصاديين واجتماعيين،

<sup>1</sup> - أنظر في هذا الصدد: محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، د.د.ن، ط1، 1993، ص1 وما بعدها.

للتكفل بالمشاركة الاجتماعية والمساهمة في تسيير المرافق العمومية وتنفيذ وإسداء الخدمات العمومية التي يحتاجها المواطنون، وذلك لسببين وهدفين متكاملين هما تخفيف الأعباء عن الإدارة ثم الانفتاح على النشاط الخاص بإشراكه في الشأن العام<sup>1</sup>.

وإنّ العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود في القانون الخاص لا يتم إلا بتوافق إرادتين فأكثر بقصد إحداث التزامات متقابلة بين أطرافه؛ إلا أنّ مضمون الالتزامات المترتبة يختلف في العقد الإداري عنه في العقد المدني، وبالتالي فإنّ القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية تختلف عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص، إذ تتميز الأولى بطابع خاص حيث تهدف الإدارة من التعاقد إلى إشباع حاجات عامة تعلق على مصالح الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في عقود القانون الخاص متساوية ومتوازية فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة بسبب اختلاف الهدف الذي تسعى إليه الإدارة عن هدف المتعاقد معها<sup>2</sup>.

وبسبب الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية فإنّ ما تملكه الإدارة من امتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الآخر باعتبار أنها تسعى نحو تحقيق الصالح العام، خاصة في مرحلة تنفيذ العقد<sup>3</sup>، ومن قبيل هذه الامتيازات سلطتها في الرقابة والتوجيه<sup>4</sup>، وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد<sup>5</sup> وإنهاء العقد بصفة منفردة<sup>6</sup>، وسلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة. فأتثناء تنفيذ العقد تغلب

---

<sup>1</sup> - أنظر: عزوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ع.01، مارس 2012، ص.394،395.

<sup>2</sup> - "العقود الإدارية تعتمد في إبرامها وتنفيذها على قواعد مغايرة للقواعد التي تطبق على العقود المدنية، ويرتبط وجه المغايرة بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، حيث أن الإدارة لا تستهدف من وراء إبرامها إلى تحقيق الربح في المقام الأول، وإنما تهدف إلى إشباع حاجات المصلحة العامة؛ لذا كان من الطبيعي أن تتمتع الإدارة في هذه العقود ببعض الإمتيازات، والتي تسمى امتيازات القانون العام، سواء في مرحلة إبرام العقد أم أثناء تنفيذه."؛ أنظر: محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ج.م.ع، 2011، ص.1.

<sup>3</sup> - Pour plus de détails ; voir : Gabriel ECKERT, Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2010, étude 9.

<sup>4</sup> - الرقابة تعني تمكين الإدارة من التحقق من أن المتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته بنفسه، وعلى درجة عالية من الكفاءة والدقة وفي المواعيد وبالطريقة المتفق عليها؛ وهذه السلطة تمتد إلى الإشراف والتوجيه بما يكفل للإدارة السهر على حسن تنفيذ الأعمال الموكلة إلى المتعاقد، واختيار أساليب التنفيذ الأصح والأقدر على تحقيق مصلحة المرفق العام؛ المرجع نفسه، ص.134؛ وللمزيد من التفاصيل، أنظر: محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة القانونية والإقتصادية، الكويت، 1997.

<sup>5</sup> - تملك الإدارة في مواجهة المتعاقد معها -في مجال العقد الإداري- سلطة فرض العديد من الجزاءات إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية، بإهمال أو تقصير؛ وهذه الجزاءات تفرضها الإدارة بإرادتها المنفردة، دون حاجة للجوء إلى القضاء؛ محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص.23.

<sup>6</sup> - هي حق للإدارة تملك استخدامه دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها، وتمارسه الإدارة وفق مقتضيات المصلحة العامة بشرط إخطار المتعاقد قبل ذلك بمدة كافية؛ محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.138.

فكرة مرونة العقود الإدارية على قاعدة القوة الملزمة للعقد ، التي تعتبر من القواعد الأساسية التي تقوم عليها عقود القانون الخاص، فيكون للإدارة الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة على خلاف القاعدة المستقرة في القانون الخاص ، والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين وأن الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة لمن عقدها مقام القانون، فإذا كان العقد في القانون الخاص ينشئ مراكز ذاتية لا يجوز المساس بها ومن ثم يعتبر عمل قانوني مستقر، فإن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية، فالإدارة لا ترتبط بعقودها الإدارية بنفس قوة الإلزام التي تتميز بها العقود المدنية، مما يستوجب إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة التي التزم بالمعاونة على تحقيقها<sup>1</sup>، تماشياً مع مرونة العقد الإداري وقابليته للتغيير.

ولا جدل في أن تلك المرونة تصبح مستحيلة إذا كان في وسع المتعاقد مع الإدارة التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أو بعبارة أخرى أن يتمسك بقوة إلزام عقده ليحول بين الإدارة وبين إحداث التغييرات التي يقتضيها الصالح العام، إذ لو تمكن من ذلك لترتب عليه أن تصبح الإدارة غير قادرة على إتمام الأشغال العامة المتعاقد عليها وفقاً للشروط التي يستلزمها الصالح العام ، وبالتالي تضطر إلى تنفيذ مشروعاتها بنفسها، وبالالتجاء إلى وسيلة الاستيلاء وليس هذا في صالح المقاولين أو الموردين، ومن ذلك وجب أن تتميز التزامات المتعاقد مع الإدارة بأنها قابلة للتعديل من جانب الإدارة وحدها، وإرادتها المنفردة<sup>2</sup>.

وتظهر أهمية دراسة سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، في كونها تمثل الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، وأبرز ما يميزها عن العقود المدنية -من جهة- وكونها من أخطر سلطات الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري، إذ تمس بموضوع التعاقد ومحله -من جهة أخرى- كما تزداد هذه الأهمية مع العلم أن العقود الإدارية تعتبر من أهم الوسائل في تسيير المرفق العام، باعتبارها الوسيلة الرضائية الوحيدة لتعامل الإدارة مع إدارة أخرى، أو مع الخواص من وطنيين وأجانب، وبالنظر إلى أن موضوعات العقد الإداري -بشكل عام- ما زالت بكرا في حاجة للكثير من الأبحاث والدراسات المعمقة والمتخصصة، سعياً نحو إجلاء بعض الغموض

<sup>1</sup> - أنظر: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج.م.ع، 1973، ص. (د).

<sup>2</sup> - أنظر: حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، ط 1، 1961، ص. 48.

الذي يكتنف نظرية العقود الإدارية، ولهذا فقد آثرنا دراسة أحد مواضيعها، ألا وهو "سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري".

والواقع أنه- فضلا عن تجشّم مشقة التنقل بحثا عن المراجع النادرة في هذا الموضوع- فإن هناك بعض الصعوبات التي تصادف البحث في مثل هذا المجال، تتمحور في كون الفقه الجزائري لم يتطرق لدراسة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري بشكل مفصل<sup>1</sup>، كما أن القرارات القضائية الجزائرية المنشورة في هذا المجال تعتبر قليلة جدا.

ونظرا لأهمية موضوع سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، فإن الأمر يتطلب معرفة ما مدى وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري؟ وما هي ضمانات المتعاقد في مواجهتها؟

وهي الإشكالية الرئيسية التي تتفرع عنها الأسئلة الفرعية التالية:

هل الشروط التي وضعتها الإدارة وقبل بها المتعاقد ذات طبيعة مستقرة أم لا؟ وهل تستطيع الإدارة أن تعدلها أثناء التنفيذ؟ أم أن للمتعاقد أن يرفض التعديل وأن يتشبث بالبنود التي وافق عليها؟ وإن تم تعديلها فما أساسه وشروطه؟ وما مصير الحقوق التي يرتبها العقد الإداري للمتعاقد مع الإدارة؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، نتبع المنهج التحليلي المقارن، اعتماداً على دراسة التشريعات والآراء

الفقهية المختلفة والأحكام القضائية، مع وضع مقارنة مع النصوص الأجنبية، الفرنسية منها والعربية، كون فرنسا هي مهد هذه النظرية ومنشأها، سواء على المستوى القضائي، الفقهي، أو التشريعي، وكون الجزائر

تشارك وتشارك مع بعض الدول العربية-التي سقناها في الدراسة المقارنة- من حيث البيئة القانونية،

والمصادر التاريخية والمادية للقانون الإداري؛ كما نضع دراسة تاريخية لكل هذه النصوص والأحكام من خلال

تتبع الإطار القانوني لهذه السلطة منذ ظهورها إلى أحدث التطورات القضائية التي طرأت عليها، مروراً

بمختلف النصوص التشريعية الجزائرية المتعلقة بها بدءاً بأولها الصادر سنة 1964، إلى أحدثها بتاريخ

2012؛ بغبة الوصول إلى الإحاطة بالنظام القانوني لسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، وذلك وفق تقسيم

ثنائي فيما يلي عرضه:

**الفصل الأول: التأصيل القانوني لسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.**

**الفصل الثاني: تنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري وضمائنه المتعاقد في مواجهته.**

<sup>1</sup> - فبعض الكتابات في الجزائر تطرقت في طياتها لهذه السلطة، لكن فقط بشكل سطحي، ولم تتناولها بعمق وتفصيل.

# الفصل الأول

التأصيل القانوني لسلطة

الإدارة في التعديل الإنفرادي

للعقد الإداري

المبدأ في العقد الإداري، مثل باقي العقود، أنه ينتج جِزَاء توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، وهذه الآثار تنشأ في ذمة كلٍ من طرفي العقد لأن إرادة كل منهما قد اتجهت لقبول هذا الأثر؛ وهو ما يؤدي للقول بلبن العقد الإداري يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه، دون الحاجة للاستناد على سلطة القانون<sup>1</sup>، مما يثير التساؤل حول كون العقد الإداري شريعة المتعاقدين، على غرار عقود القانون الخاص.

فمن المعروف في مجال القانون الخاص، أن العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه، فليس لأيٍ منهما التحلل من التزامه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر؛ وقد كرسّ المشرع الجزائري هذه القاعدة صراحةً في م 106 من القانون المدني<sup>2</sup>، إذ جاء فيها أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

إلا أن الأمر على خلاف ذلك في مجال العقود الإدارية، فالرأي الراجح فقها والسائد قضاءً أن الإدارة لا ترتبط بعقودها الإدارية بنفس المدى الذي يرتبط به الأفراد، فالعقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الإلزام التي للعقود المدنية، بحيث يجوز للإدارة تعديله بإرادتها المنفردة<sup>3</sup>؛ ومرد ذلك راجع لكون العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، ألا وهي تسيير المرافق العمومية عن طريق الإستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، وبالتالي تم تخويل الإدارة المتعاقدة مجموعة من السلطات الإستثنائية بهدف الوفاء بحاجة المرافق العمومية وضمان سيرها بانتظام واطراد، ومن أهم هذه السلطات، سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، والتي تمثل الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية<sup>4</sup>.

ويمكن تعريف سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، بكونها المكنة التي تسمح للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء التنفيذ، بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر: مهني مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2005، ص.111.

<sup>2</sup> - الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل المتمم، ج.ر 78، صادرة في 30/09/1975، ص.818.

<sup>3</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.192.

<sup>4</sup> - أنظر: أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.م.ع، 2002، ص.412.

<sup>5</sup> - أنظر: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني: تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، 2003، ص.103.

وتتميز سلطة التعديل الإفرادي عن التعديل الإتفاقي للعقد الإداري، والذي يتم من خلال آلية الملحق<sup>1</sup> L'avenant؛ فإن كان من المسلم به أن الجهة الإدارية تملك وحدها سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، إلا أنه يجوز تعديل العقد الإداري بالإرادة المشتركة لطرفيه<sup>2</sup>.

ويعرّف الملحق بكونه "عقد يتم إبرامه مع متعهد تم التعاقد معه سابقا على تنفيذ أعمال أو توريد مواد أو تقديم خدمات، بعدما تبين للإدارة المتعاقدة بروز أعمال جديدة ليست في العقد الأصلي، واعتُبرت ضرورية لاستكمال المشروع"<sup>3</sup>، وقد عرفه المشرع الفرنسي كالآتي:

« L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses »<sup>4</sup>.

ويكمن فيصل التفرقة وجوهرها بين آلية الملحق وسلطة التعديل الإفرادي، في أن الأول

تعاقد Contractuel، في حين أن الثاني هو عبارة عن عمل إفرادي Un acte unilatérale صادر عن السلطة المتعاقدة؛ كما أن التعديل عن طريق الملحق "لا يشكل أي إمتياز للإدارة، بل ما يميز هذه الأخيرة عن المتعاقد معها هو بحق قدرتها على فرض تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو كان رغما عن إرادة المتعاقد معها"<sup>5</sup>.

وإن سلطة التعديل الإفرادي باعتبارها من أهم مواضيع النظرية العامة للعقود الإدارية، ونظراً لأهميتها القصوى في مجال تسيير المرافق العمومية وتنفيذ العقود الإدارية، فقد لاقت العديد من ردود الأفعال، سواء من طرف الفقه أو القضاء، وسواء حول مدى وجودها أو أساس قيامها، كما أنها نتيجة لخطورتها على المتعاقد وعلى مبادئ إبرام وتنفيذ العقود الإدارية-بصفة عامة- فقد عرفت الإهتمام البالغ من قبل المشرع، سواء من خلال ضبط شروط استعمالها، أم من خلال تأطير حدودها ومجالاتها، والتعرف على كل ذلك يستلزم دراسة تأسيسية لسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، من خلال إبراز مفهومه<sup>1</sup>، من زاوية نظرية، (المبحث الأول)، وكيفية إعمالها في العقود الإدارية، من الناحية التطبيقية (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - Pour plus des détails ; voir : Charles Dudognon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N°5, 2009.

<sup>2</sup> - « Mais l'adaptation des services publics peut se faire aussi dans un cadre contractuel, ... par voie d'avenant » ; Voir: David MOREAU , les marchés de service public-un nouveau mode de gestion des services publics, le moniteur, Paris, France,2005, p91.

<sup>3</sup> - أنظر: محمد علي عارف جعلوك، أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ص.108.

<sup>4</sup> - Voir : ART 20 du Décret n°2006-16 du 30 Juin 2006;portant code des marchés publics, www. Legifrance .FR, Dernière modification du texte le 01 mai 2013.

<sup>5</sup> - أنظر : عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات و المزايدات (دراسة مقارنة لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، ج.م.ع، ط 1 ، 2009، ص.512.

## المبحث الأول

### مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرفق العام عن طريق الإستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه دوماً تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للأفراد<sup>1</sup>؛ ومن أجل تحقيق هدفها على أكمل وجه، فقد حُوِّلت الإدارة المتعاقدة سلطات إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ولعلَّ أبرزها سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري.

فالإدارة عندما تتعاقد مع الخواص من أجل إشباع حاجات المرفق العام، فإنها لا تظهر بمظهر المتعاقد العادي، فهي القائمة على حسن سير المرفق العام، الذي هو في تغير وتطور يستدعيان إمكانية إعادة النظر في علاقاتها مع المتعاقدين<sup>2</sup>، ولا يكون لها ذلك إلا من خلال قدرتها على تعديل شروط العقد بما يتماشى مع المتطلبات الجديدة للمرفق العام. ورغم أن سلطة التعديل الإفرادي هي سلطة أصيلة، توجد بشكل مستقل عن نص القانون عليها، أو وُردها ضمن نصوص العقد<sup>3</sup>، إلا أن كثرة تنظيم دفاتر الشروط لها، وتكرار النص عليها في الكثير من العقود الإدارية، أدّى لوقوع الخلط في الأذهان حول مدى وجود هذه السلطة بمنأى عن أي نصٍ كان، وهو ما كان محل نقاش فقهي دام طويلاً، بل وأكثر من ذلك، فحتى القول بوجود هذه السلطة أثار هو الآخر بعض التساؤل، حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه؛ لينصرف الفقه فيما بعد إلى البحث عن الشروط التي لا بد من توافرها لإستعمال هذه السلطة. ومن ثمة فإن إبراز مفهوم سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، لا يتأتى إلا من خلال إثبات وجود هذه السلطة وقيامها بذاتها في مجال نظرية العقود الإدارية (المطلب الأول)، ثم الانتقال -بعد القول بوجودها- للبحث عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه، والشروط التي تسمح باستعمالها من طرف الإدارة (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.103.

<sup>2</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.117.

<sup>3</sup> - أنظر: محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ج.م.ع، ط 1، 2007، ص.225.

## المطلب الأول

### وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

"لا يمكن للمتناهي أن يحكم ما لا يتناهي" مقولة تُبرز بحق العلاقة بين القاعدة القانونية وبين الأوضاع التي تحكمها داخل المجتمع، فكُلَّمَا تغيّرت الأوضاع الاجتماعية كُلمَّا ظهرت ضرورة تغيّر ما يُنظّمها من قواعد تكيفًا مع المستجدات؛ ولَمَّا كانت العقود الإدارية-في الوقت الراهن- إحدى أهم الوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة لتنظيم مرافقها وتسيير شؤونها المختلفة-من جهة- ولما كانت الأوضاع الإقتصادية والمالية المحيطة بالإدارة في تحوّل وتغير مُستمرين-من جهة أخرى- فكان لا بد للعقود الإدارية من الخضوع لنظام قانوني مرن يسمح لها بالتكيف والتلاؤم مع المستجدات.

"فالعقد الإداري له حياة خاصة ذات متغيرات تقنية ومالية وإنسانية، وبالتالي فإن الإدارة لا يمكن أن تركز دائما إلى مزاعم المتعاقد معها القائمة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، وتترك إنجاز العمل يسير وفقا لخطة أو شروط لم تعد ملائمة لحاجات المرفق"<sup>1</sup>.

فالأطراف في العقد الإداري دائما أحرار في تعديل البنود وتوقيع الملاحق، والإدارة من جانبها تتمتع بسلطة عامة في المراقبة والتوجيه تسمح لها بالتعديل الإفرادي للعقد<sup>2</sup>.

وتعتبر سلطة التعديل بالإرادة المنفردة من أخطر سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وهذه السلطة الخطيرة يرد النص عليها صراحة في العقود الإدارية وفي دفاतर الشروط<sup>3</sup>، غير أن ما يدور حوله الجدل الفقهي هو مدى تمتع الإدارة بسلطة تعديل بنود العقد الإداري في حالة عدم النص على ذلك في العقد أو دفاतर الشروط؟

إن حق الإدارة في تعديل عقودها كان محل جدل فقهي كبير، نظرا للإختلاف الذي كان سائدا في تفسير الإجتهاادات القضائية بهذا الشأن؛ ثم أخذ القضاء الإداري يؤكد على أحقية الإدارة

<sup>1</sup>-مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.117،118.

<sup>2</sup>-Voir : XAVIER Libert, les modifications du marché en cours d'exécution, A.J.D.A, 20 juillet/20 août 1994, spécial, p65.

<sup>3</sup>-أنظر : نصري منصور نابلسي،العقود الإدارية: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2010، ص.321.

في التعديل الإفرادي للعقد الإداري حتى في غياب النص على ذلك؛ لتتكسر هذه السلطة للإدارة بموجب النصوص التشريعية فيما بعد.

ومن ثمة فإن التطرق لمدى وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري يستدعي الإشارة للجدل الفقهي الذي ثار بهذا الخصوص (الفرع الأول)، ثم تبيان موقف القضاء والتشريع من هذه السلطة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### موقف الفقه من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

لا تُثار مسألة سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي عند وجود نص صريح في العقد، لأن المتعاقد أقر بذلك مُسبقاً<sup>1</sup>؛ لكن ما موقف الفقه من سلطة التعديل الإفرادي عند عدم وجود نص صريح يسمح للإدارة بذلك؟

وفقا لفكرة مرونة العقود الإدارية *la mutabilité des contrats administratifs* فإن الغالبية العظمى من الفقه تُقر بهذه السلطة وتؤيدها، إلا أنها قد تعرّضت للإنكار من جانب بعض الفقهاء، كما ذهب فريق ثالث إلى وجوب قصرها على بعض العقود فقط<sup>2</sup>.

وعليه إنقسم الفقه في معالجته لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري إلى ثلاثة اتجاهات<sup>3</sup>: الإتجاه المنكر لهذه السلطة والذي يُسمّى النظرية السلبية، الإتجاه التوفيقى والذي يُسمّى النظرية التحديدية، وأخيرا الإتجاه المؤيد لهذه السلطة والذي يُسمّى النظرية الإيجابية .

وهذا ما سيتم شرحه فيما يلي :

### أولاً: النظرية السلبية

في نهاية القرن التاسع عشر كان الرأي السائد في فقه القانون الفرنسي أن الإدارة ملزمة باحترام العقد شأنها كشأن الأفراد المتعاقدين معها ، حيث أنها لا تتمتع بمركز مميز عن هؤلاء الأفراد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.321.

<sup>2</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.194.

<sup>3</sup> - للمزيد من التفاصيل حول الآراء الفقهية التي قيلت في وجود سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري؛ أنظر:

Sarouat BADAOU, le fait du prince dans les contrats administratifs, LGDJ, France, 1955, p50 et suite.

ونظرا لعدم سماح مجلس الدولة الفرنسي آنذاك للإدارة بامتلاك أدنى سلطة تُجاه المتعاقد معها سوى الحقوق المُخولة لها بنص القانون أو العقد<sup>2</sup>؛ فقد ساهم هذا الموقف القضائي في ظهور اتجاه فقهي يناهض سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، والذي أسماه جانب من الفقه بالنظرية السلبية<sup>3</sup>.

وتمثّل هذه النظرية رأي أقلية من فقهاء القانون الإداري<sup>4</sup>؛ ويُقصد بها تلك النظرية التي تُتكر على الإدارة حق التعديل الإفرادي للعقد الإداري عند عدم وجود نص صريح في القانون أو العقد يُبيح لها ذلك<sup>5</sup>؛ ومن أبرز الفقهاء الذين يتزعمون هذه النظرية هم: الأستاذ **Jean L'HILLIER**<sup>6</sup>، والأستاذ **Francis BENOIT**<sup>7</sup>، والأستاذ **Jean DUFAU**<sup>8</sup>.

وستتم دراسة هذه النظرية من خلال عرض مضمونها وإبراز أهم ما تقوم عليه من حُجج (أ)، ثم تبيان أهم الانتقادات التي وُجّهت لها من طرف الفقه (ب).

### (أ) عرض النظرية السلبية

يرى أنصار هذه النظرية أن سلطة التعديل في العقود الإدارية سلطة خطيرة إذا ما تُركت دون تنظيم، والذي مفاده -أي التنظيم- أن تتضمن شروط العقد النص عليها ليكون المتعاقد مع الإدارة على بينة مسبقة من أمر التعديل منذ بداية التعاقد وإلا فلن تستطيع الإدارة تعديل العقد بصفة منفردة في حالة سكوت العقد<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر :حمد محمد حمد الشلmani، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ج.م.ع، 2007، ص.146.

<sup>2</sup> - من بين القرارات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي التي لم يعترف من خلالها للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي؛ أنظر :

CE,24/12/1897,compagnie du gaz de Bordeaux، وفيه غلب مجلس الدولة الفرنسي قاعدة ثبات واستقرار العقد الإداري.

<sup>3</sup> - أنظر بخصوص هذه التسمية : André de LAUBADERE, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP, mars,1954. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل

العقد الإداري: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1976، ص.62.

<sup>4</sup> - في فرنسا وحتى في بعض الدول العربية كما سيأتي ذلك لاحقا عند عرض هذه النظرية.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.62.

<sup>6</sup> -Voir :Jean L'HUILIER, les contrats administratifs tiennent –ils lieu de loi a l'administration, chronique Dalloz, 1953.

<sup>7</sup> -Voir: Francis Paul BENOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », JCP-G-1963, I, p1775.

<sup>8</sup>-Voir : J. DUFEAU, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de services public, AJDA, 1955.

<sup>9</sup> - أنظر : إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية: النظرية العامة و تطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37

لسنة 1964، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1981، ص.179.

وإذا كان أنصار هذه النظرية قد اتفقوا على أن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري هي من ابتداع الفقهاء، وأنها لا تجد ما يُدعمها في الإجتهد القضائي، إلا أن لكل منهم حججه الخاصة.

حيث أن الأستاذ **J. L'HUILLIER**<sup>1</sup> عارض تمكين الإدارة من سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ورأى أن الحالات التي تستطيع فيها الإدارة تعديل العقد كلها يرد النص عليها في القانون أو دفا تر الشروط، وأن سلطة التعديل هذه أكد عليها الفقهاء بالتناقض مع الإجتهد القضائي الذي استندوا عليه.

وإن سلطة التعديل الإفرادي حسب الفقيه **L'HUILLIER** هي من ابتداع الفقهاء ولم تتأيد بقضاء من مجلس الدولة.<sup>2</sup>

وإن رأي **L'HUILLIER** يتأسس على حُجَّتَيْن<sup>3</sup>:

**الأولى:** أن الحُكم الرئيسي الذي استند عليه مؤيدوا فكرة التعديل الإفرادي - وهو حُكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1910/03/11 فصلا في الخصام القائم بين وزارة الأشغال العمومية والشركة العامة للترام<sup>4</sup> - لم يمنح للإدارة المتعاقدة سلطة عامة في التعديل الإفرادي للعقد بل إنه سمح لها بذلك في قضية الحال<sup>5</sup> نظرا لوجود نص صريح ينص على ذلك؛ كما يلاحظ أيضا أن مفوض الحكومة **Léon BLUM commissaire du gouvernement** لم يُقر وجود سلطة عامة للإدارة بل سلطة لائحية تصدر عن القانون ولا يجوز أعمالها إلا في حدوده<sup>6</sup>.

**الثانية:** بعد أن وصل **L'HUILLIER** للقول أن الحكم السابق لم يقرر مبدأ سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، ذهب لتدعيم موقفه بالقول أنه تُوجد أحكام عديدة لاحقة له

<sup>1</sup> - لمزيد من التفصيل حول رأيه أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 66 وما بعدها؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 200 وما بعدها؛ André de LAUBADERE, OP CIT.

<sup>2</sup> - Jean L'HUILLIER, OP CIT, p87 et suite.

<sup>3</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 200.

<sup>4</sup> - CE 11 mars 1910, COMPAGNIE GENERALE FRANCAISE DES TRAMWAYS, concl BLUM, note HAURIOU,GAJA, 16e édition, 2007, p134.

<sup>5</sup> - تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن الشركة العامة للترام قد أبرمت مع إقليم BOUCHES-RHONE عقد إمتياز نقل الركاب عن طريق الترام، فقام المحافظ بزيادة عدد عربات الترام القائمة بالخدمة لسد حاجات السكان المتزايدة خلال فصل الصيف بالإستناد إلى مرسوم 1881/8/6 التي تحدد حقوق الدولة تجاه الملتزم، فخاصم هذا الخير الإدارة لعدم إلتزامها بنصوص العقد التي تحدد الحد الأدنى من القطارات، ولما عُرض الأمر على مجلس الدولة أصدر حكما يقضي بتبرير تعديل نص عقدي بالإرادة المنفردة للإدارة، وهو الحكم الذي فجر الخلاف على منابر فقهاء القانون الإداري؛ مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 120، هامش رقم 1.

<sup>6</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 201.

تُذكر صراحة على الإدارة المتعاقدة سلطة التعديل الإفرادي، وقد استشهد **L'HUILLIER** على ذلك بثلاثة أحكام:

**\*الحكم الأول:** القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11/07/1941 في قضية **Hôpital Hospice DE CHAUNY** والمتعلق بعقد تم إبرامه بين إدارة مستشفى شوني وأحد المهندسين لوضع الرسومات والتصميمات الخاصة بإعادة بناء المستشفى<sup>1</sup>، وقد عرض المهندس المتعاقد على الإدارة أن يعين مهندسا آخر ليشركه في أداء الأعمال المكلف بها فوافقت بشرط توزيع الأجر المتفق عليه في العقد مناصفة بينهما، فنشبت نزاع عُرض على القضاء ليصل فيما بعد إلى مجلس الدولة الذي قرر أنه لا يجوز للسلطة الإدارية أن تُعدّل تعديلاً إنفرادياً شروط هذه الوكالة المسموح بها للتعاقد<sup>2</sup> حيث ورد بالقرار :

"il n'appartient pas a l'administration de modifier unilatéralement les conditions dudit mandat "

ومن ثمة رأى أن مجلس الدولة حرم الإدارة من مكنة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.

**\* الحكم الثاني :** استند الفقيه **L'huilier** في تبرير أفكاره لحكم آخر هو القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23/05/1936 في قضية **ville de Vésinet** والذي صدر بشأن نزاع حول ملحق عقد أبرم في فبراير سنة 1923 بين **ville de Vésinet** والشركة الملتزمة بتوزيع الغاز في القرية، (...) وبعد نشوب نزاع حول تنفيذه قرر مجلس الدولة أن هذه المدينة لها بدون شك السلطة في حالة ما إذا اعترض المنتفعون على طريقة الحساب في أن تتدخل في علاقتهم مع الملتزم لتأكيد احترام نصوص العقد وليس بهدف فرض تعريف جديدة لا تتفق مع نصوص العقد، وهذا الحكم في نظر **L'huilier** يتناقض تماما وفكرة التعديل الإفرادي<sup>3</sup>.

**\* الحكم الثالث :** القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 19/01/1946 في قضية **Ville de Limoges** والذي استشهد **L'huilier** من خلال وقائعه وموقف المجلس منها<sup>4</sup> منها<sup>4</sup> أن الإدارة لكي تُعدّل بصفة منفردة عقد إمتياز فلا تملك سوى الحقوق المخولة لها بنص.

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل حول وقائع هذه القضية: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 73 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 202.

<sup>3</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 203.

<sup>4</sup> - تتلخص وقائعه في أن مرسوما بقانون صدر فرض تخفيضا على أسعار شريحة معينة من التيار الكهربائي المورد للمنتفعين بنسبة 10% فطبقت المدينة هذا التخفيض على أسعار التيار الكهربائي الخاص بالإضاءة العامة؛ وهو الإجراء الذي رفضه مجلس الدولة مقررا: "إذا كانت هذه

وينتهي **L'huilier** للقول أن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" يسري بنفس القوة على الإدارة المتعاقدة والأفراد.

ولابد من التنويه إلى أن "الأستاذ **L'huilier** لا ينكر أنه تُوجد حالات يُمكن أن تلجأ فيها الإدارة إلى التعديل الإفرادي دون شرط تعاقدية ولا نص قانوني، يُبيحه ولكن ذلك -على حد رأيه- لا يأتي من إرادة الإدارة وحدها إنما هو مستمد من العرف <sup>1</sup>La coutume".

أما الأستاذ **BENOIT** فهو يمثل الإتجاه الأكثر حداثة في تمثيل النظرية السلبية <sup>2</sup>، ويرى أحد المؤلفين أنه أكثر غلواً من سابقه (أي الأستاذ **L'huilier**) في إنكار سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري <sup>3</sup>، فهو يرى أن العقد الإداري هو شريعة المتعاقدين بشكل مطلق <sup>4</sup>، وأن سلطات الإدارة في التدخل أثناء تنفيذ العقد إما أنها مُبَالِغ فيها -فيما يخص سلطة الإشراف والتوجيه- أو أنها زائفة كُلياً -فيما يخص سلطة التعديل الإفرادي المزعوم وجودها للإدارة- <sup>5</sup>، وإضافة لذلك لا يمكن الإقرار للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي قِيَاساً على ما تتمتع به من سلطة الفسخ الإفرادية <sup>6</sup>.

كما يذهب الأستاذ **Benoit** للقول كذلك أن سلطة التعديل الإفرادي لا وجود لها، وأنها تعتبر بكل بساطة تطبيقاً لنظرية فعل الأمير.

"Ce pouvoir n'existe pas, il s'agit tout simplement de l'application de la théorie du fait du prince"<sup>7</sup>.

إلا أنه يرى أن سلطة التعديل الإفرادي لا توجد إلا في صفقات الأشغال العمومية أين تستطيع الإدارة أن تُعدّل المشروع "l'ouvrage"<sup>1</sup>.

---

التعريف يجب أن تخضع للتغييرات والمراجعات المنصوص عليها في العقد بصدد تعريفه الإضاءة الخاصة، فإن ذلك لا يترتب عليه خضوعها للتخفيضات غير المنصوص عليها في العقد كذلك التي يفرضها المشرع على الملتزم بالنسبة للإضاءة الخاصة"، أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.203.

<sup>1</sup> - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.120.

<sup>2</sup> - للمزيد من التفاصيل حول موقفه من سلطة التعديل الإفرادية، أنظر: محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة التي تحكم التزامات وحقوق المتعاقدين مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ج.م.ع، 1984، ص.125 وما بعدها.

<sup>3</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص.181.

<sup>4</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.323.

<sup>5</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.323.

<sup>6</sup> - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.121.

<sup>7</sup> - Voir: Mohamed KOB TAN, le régime juridique des contrats de secteur public, étude de droit comparé algérien et français, OPU, Alger, Algérie, 1984, p74.

ورغم أن النظرية السلبية في إنكار وجود سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري لا تمثل إلا رأي الأقلية من الفقه الفرنسي بزعامة الأستاذين **L'huillier** و **Benoit**<sup>2</sup>، ورغم أن الفقهاء العرب قد أجمعوا على وجود هذه السلطة<sup>3</sup>، إلا أن أحد الفقهاء المصريين عارض هذه السلطة وأنكر سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، حيث إعتبر أن "عقد الإلتزام هو نظام تنتفي عنه صفة العقد من كل ناحية، وعقد الأشغال العامة أيضاً فيه هذا الجانب التنظيمي، وهما بهذه الصفة يجوز تعديلهما بما لا يمس الحقوق المالية، أما عقود التوريد فهي أعمال ذاتية أي عقود وهي باعتبارها كذلك لا يكون للإدارة الحق في تعديلها"<sup>4</sup>.

وبعد أهم ما تضمنته النظرية السلبية من أفكار وحجج، لا بد من الإشارة إلى أنها لم تسلم من النقد، بل على العكس من ذلك كانت هذه النظرية عرضةً لِسِهَامٍ من النقد جارحة.

## (ب) الإنتقادات التي وُجِّهت للنظرية السلبية

لقد وجَّه العديد من الفقهاء النقد الشديد للنظرية السلبية، وقاموا بالرد على أنصارها ودحض حججهم<sup>5</sup>، مُستدِّين في ذلك على أحكام القضاء الإداري والمبادئ العامة في القانون الإداري - بصفة عامة- وفي نظرية العقود الإدارية، على وجه الخصوص.

<sup>1</sup> -Voir: Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, 5 édition, LGDJ,2006 ,p253.

<sup>2</sup> - مع وجود بعض الفقهاء الآخرين الذين يؤيدون هذه النظرية، مثل:

\*الأستاذ **J. dufeau** حيث سلك مسلكاً مُعارضاً لحق الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري؛ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.324.

\*الأستاذ **Villey Edmond** والذي أشار إلى أن الضرر الذي يترتب على مساس الإدارة بمبدأ إحترام العقود وإحترام الحقوق المكتسبة سيكون أشد من النفع الذي تهدف له الإدارة من خلال التعديل الإفرادي؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص.63.

<sup>3</sup> - أنظر: محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.م.ع، د.س.ن، ص. 809؛ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ج.م.ع، 2008، ص.429؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.215.

<sup>4</sup> -انظر : مصطفى كمال وصفي، حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة 1971، 13، ج.م.ع، ص.143 وما بعدها.

<sup>5</sup> - من أبرز الفقهاء الذين عارضوا هذه النظرية : مقال **André de LAUBADERE, OP CIT**؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص. 84؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 439؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 205؛ ولقد هاجم أغلب هؤلاء الفقهاء موقف **L'huillier** باعتباره أبرز معارضي سلطة التعديل الإفرادي ونظراً لكون كتاباتهم صدرت في وقت كان فيه **L'huillier** يكاد يكون هو الوحيد الممثل للنظرية السلبية.

حيث تصدَّى الأستاذ **A. De LAUBADERE** للدعامتين اللتين ارتكز عليهما نظيره **L'huilier** وحاول تفنيدهما، فهو يرى أنه في حكم الشركة العامة للترام لا يوجد في نص مرسوم 1881/08/60 ما يسمح للإدارة بالتعديل، وأن قبُول مجلس الدولة للتعديل الذي قامت به الإدارة نابع من الفكرة الأساسية التي تبين حق الإدارة في تنظيم المرافق العامة ومن ثمة حقها في تعديل التنظيم، دون أن يستند على ذلك النص<sup>1</sup>.

كما ذهب للقول أن الأحكام الأخرى التي استند عليها الأستاذ **L'huilier** لا علاقة لها بتأتا بسلطة التعديل، فالحكم الوارد في قضية **Hôpital Hospice DE CHAUNY** يتعلق فقط بمصلحة المهندس الشخصية والمتمثلة في حصته النقدية كمقابل لتنفيذ المشروع.

كما يرى الفقهاء أن الحكمين الآخرين الصادرين في قضيتي **Ville و ville de Vésinet** و **de Limoges** لا يؤيدان النظرية السلبية، لأن سلطة التعديل الإفرادي لم تكن أبداً محل بحث فيهما، بل كل ما طُلب من القضاء بشأنهما هو تفسير وتحديد المعنى الحقيقي لشرط في العقد، ولنص في القانون<sup>2</sup>.

أما الأستاذ **علي الفحام** فقد أنكر النظرية السلبية وهاجمها بشدة، فرأى أن: "هذه النظرية متطرفة فهي تنكر طبيعة العقد الإداري، ثم أنها تقع في التناقض حين تُقرّر أن سلطة التعديل يمكن أن تتمتع بها الإدارة إذا ما تم النص عليها في العقد"<sup>3</sup>، وقد حدا في ذلك حدو الأستاذ **سليمان الطماوي** الذي يرى أن النظرية السلبية تُعتبر رأياً متطرفاً يُنكر طبيعة العقد الإداري، وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أكد وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري<sup>4</sup>. من خلال هذا العرض الوجيز للنظرية السلبية في إنكار سلطة التعديل الإفرادي وأهم الانتقادات الموجهة لها، يظهر أن الحجج التي استند عليها أنصار هذه النظرية هي حجج واهية وضعيفة وأن الأحكام التي تذرعوها بها لا علاقة لها أبداً بسلطة التعديل، مما يُؤدّي لاستبعاد هذه النظرية وعدم الأخذ بها.

<sup>1</sup> - André de LAUBADERE, OP CIT, p49,50.

<sup>2</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.208.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.93.

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.439.

وإلى جانب هذه النظرية، وتلافياً لما وُجِّه لها من نقد، ظهرت نظرية أخرى أعطت مفهوماً

La thèse خاصة لسلطة التعديل يسعى للحد منها، وهي ما تسمى بالنظرية التحديدية .limitative

### ثانياً: النظرية التحديدية

تعتبر هذه النظرية مؤيدةً لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي بشكل جزئي تقييدي؛ فهي ذات اتجاه وسط بين النظريتين السلبية والإيجابية، وقد تناولها الفقيه **Gaston JEZE**<sup>1</sup> وحاول تدعيمها بالحجج والأحكام القضائية إلا أنها لم تسلم من النقد.

وسيتم عرض هذه النظرية (أ) ثم ذكر الانتقادات التي وجّهت لها (ب).

#### (أ) عرض النظرية التحديدية<sup>2</sup>

تعترف هذه النظرية للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري لكن مع حصر هذه السلطة في الشروط اللاتحفية لعقد الإلتزام، فالقائلون بهذا الرأي "يؤكدون كمبدأ عام القوة الملزمة للعقد ويرون أن العقود المدنية والعقود الإدارية هي طائفة واحدة من طوائف الأعمال القانونية توجد بنفس الصفات ونفس الآثار، وذلك فيما عدا الشروط اللاتحفية في عقد الإلتزام إذ يجوز للإدارة تعديلها في أي وقت"<sup>3</sup>.

وقد أيد الفقيه **JEZE** هذا الإتجاه وانضم إليه بعد ما كان في السابق من مؤيدي سلطة التعديل الإفرادي<sup>4</sup>؛ حيث هاجم هذا الحق ولم يعد يعترف به إلا في عقد الأشغال العامة وعقد الإمتياز، نظرًا لاحتوائهما إلى جانب الشروط العقدية شروط أخرى تنظيمية-لائحية-**Clauses réglementaires**، وبالتالي يحق للإدارة تعديل الشروط اللاتحفية دون العقدية لكونها تمس

<sup>1</sup> - Voir: Gaston JEZE, le régime juridique du contrat administratif, RDP, 1954, p256 et suite.

<sup>2</sup> - لمزيد من التفاصيل : علي الفحام، المرجع السابق، ص.96؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.209.

<sup>3</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.209.

<sup>4</sup> - فرغم أن JEZE كان قد ذكر في إحدى كتاباته انه ليس هناك ما يدعو في عقود مقاولات التوريد أن تكون سلطة الإدارة في التعديل بمثل الاتساع أو القوة كما هو الشأن في عقود الإمتياز أو الأشغال العامة ؛ إلا أنه كان مع ذلك يأخذ بوجودها ويقول أن سلطة الإدارة في التعديل هي مبدأ عام يسري بالنسبة لجميع العقود الإدارية؛ أنظر:

المركز التنظيمي للمتعاقد دون مركزه التعاقدى<sup>1</sup>، فلا يجوز -في نظره- للإدارة تعديل شروط عقد وافق عليه كل من الطرفين بحرية.

"il n'appartient pas a l'administration de modifier les contrats d'un contrat librement accepté par les parties"<sup>2</sup>.

وتأييداً لرأيه يستند JEZE على قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي والذي قضى فيه بأن: "...الشركة الملتزمة ليس لها الحق في أن تطلب تخفيض المبلغ الذي كان قد حُدّد في العقد بحجة أن إيرادات الإستغلال كانت أقل مما كان يتوقعه الملتزم"، حيث استنتج من هذا القرار أنه لا يستطيع أي طرف تعديل شروط العقد التي قبلها بكل حرية، وهذا المنع له مدى عام يسري على كافة شروط العقد<sup>3</sup>.

وخلاصة الرأي الذي أبداه JEZE أن سلطة التعديل الإفرادي ليست مبدأً عاماً في كل العقود الإدارية، بل توجد فقط في عقد إمتياز المرفق العام وعقد الأشغال العامة، نظراً للطبيعة الخاصة لهذين العقدين مما يجعلها مجرد إستعمال لسلطة تنظيم المرفق العام. وتجدر الملاحظة -بعد هذا العرض الموجز- إلى أن النظرية التحديدية في مدى وجود سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري كانت عرضةً لمجموعة من الإنتقادات التي وجهها إليها مؤيدوا سلطة التعديل.

## (ب) الإنتقادات التي وُجّهت للنظرية التحديدية

لقد أخذ الفقهاء على الأستاذ JEZE أنه لم يستند في رأيه إلى أي سند قانوني، فضلاً على أنه أوجز هذا الرأي إيجازاً لم يتضح معه المعنى الذي يهدف إليه<sup>4</sup>. كما أن الأستاذ De LAUBADERE يرى أن الأستاذ JEZE وقع ضحية خلط شديد في رأيه هذا، لما قام بتشبيه عقود الأشغال العمومية بعقود الإمتياز، في حين أن ذلك مستحيل من

<sup>1</sup> - أنظر : جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ج.م.ع، 2007، ص.427.

<sup>2</sup> - Gaston JEZE, OP CIT, p257.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.99.

<sup>4</sup> - من أبرز القائلين بهذه الإنتقادات:

Comme un acte *mixte*<sup>1</sup> كون عقد الأشغال العمومية لم يُعرَفَ أبدًا بأنه عمل مُركَّب

إضافة إلى أن الفقهاء قد لاحظوا أن **JEZE** لم يجد سندًا لنظريته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، بل إن القضاء لم يؤيِّد هذه النظرية (التحديدية)، لذلك فإن هذه النظرية ليست صحيحة من الوجهتين النظرية والوضعية<sup>2</sup>.

وبما أن النظرِيَّتَيْن السلبية والتحديدية لم تُحظَيَا لا بتأييد الفقه ولا القضاء الإداريين، وأصبحن مُجرَّد فكر تقليدي ليس له أي تأثير مباشر على الفكر القانوني والإتجاه القضائي في مجال العقود الإدارية حاليًا، فقد قامت نظرية ثالثة على أنقاض نظيرَتَيْهَا تسعى لتأييد وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، تُسمَّى النظرية الإيجابية.

### ثالثًا: النظرية الإيجابية

تُمثِّل هذه النظرية موقف الأغلبية الساحقة من الفقه، ويرى أنصارها أن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري تُعتبر عنصرًا من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية، وهي سلطة عامة **Général** تُرد على كل العقود الإدارية وعلى كل بُنودها<sup>3</sup>.

وتجد هذه النظرية حجتها في القول بأن النشاط الإداري يسعى دومًا لتحقيق الصالح العام *L'intérêt général*، وبما أن فكرة المصلحة العامة فكرة قابلة للتغير بتغير المكان والزمان فإن ذلك يؤدي بالضرورة لتغير طريقة إدارة المرفق العام، ومن ثمة إعمال سلطة الإدارة في التعديل

الإفرادي للعقد الإداري<sup>4</sup>، حيث أن العقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة *Une certaine mutabilité*.

وتستند هذه النظرية بما يجري عليه العمل من تضمين العقود الإدارية المختلفة ودفاتر الشروط المتعلقة بها لبنود تُبيح للإدارة تعديل هذه العقود، كما ترتكز كذلك على أحكام القضاء الإداري التي تُبيح للإدارة التعديل الإفرادي للعقد الإداري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - André de LAUBADERE, OP CIT, p56.

<sup>2</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص. 184.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 115.

<sup>4</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص. 178.

<sup>5</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 117، 118.

ولقد لاقت هذه النظرية تأييداً كبيراً من طرف فقهاء القانون الإداري سواء في فرنسا (مهد القانون الإداري بشكل عام؛ وهذه النظرية على وجه الخصوص) أو في باقي الدول العربية التي انتهجت الإزدواجية القضائية، وأصبحت تُشكّل الرأي الأرجح في مدى وجود سلطة التعديل الإفرادي، مما يستوجب عرض أهم الأفكار المؤيدة لسلطة التعديل في فرنسا (أ) وفي الفقه العربي (ب).

## أ) النظرية الإيجابية في الفقه الفرنسي

إن الفقه الغالب في فرنسا<sup>1</sup> يؤيد سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي لعقودها الإدارية أثناء تنفيذ العقد، وذلك بغض النظر عن النص على ذلك في شروط العقد أو نصوص القانون. فقد كتب الأستاذ **Haurio** أن كل عملية إدارية تُعتبر إحتماوية، بمعنى أنه من الممكن أثناء التنفيذ إيقافها أو تأجيلها أو تعديلها، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، والنتيجة أن كل إتفاقية خاصة بعملية إدارية هي حق إحتمالي أي خاضعة وقابلة للتعديل.<sup>2</sup>

« toute opération administrative est aléatoire en ce sens qu'elle peut, en cours d'exécution, être interrompue, retardée ou modifiée pour des raisons d'intérêt public. Par conséquent, toute convention relative à une opération administrative est un contrat aléatoire ».

كما ذهب الفقيه **Péquignot** إلى القول أن سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري هي عنصر من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية، وهي سلطة عامة تشمل جميع العقود والإشترطات.<sup>3</sup> ويجزم الأستاذ **A. De LAUBADERE** أن الإدارة يمكن أن تفرض إفرادياً تغييرات مُعينة على شروط العقد، وأن النص على ذلك في العقد ليس إنشاءً لهذه السلطة بل مجرد كشف لها وتنظيم لشروطها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - من أبرز المناصرين لسلطة التعديل الإفرادي في فرنسا:

\* الأستاذ **Vedel** والذي يرى أن العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق؛ بل لا بد من وجود نوع من التغيير الذي مع استمرار التوازن في حقوق والتزامات الأطراف؛ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 325؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 123.

\* الأستاذ **Bonnard** الذي كان أكثر وضوحاً حيث قال أنه في نطاق العقود الإدارية لا تُطبق قاعدة الإستقرار العقدي *Immutabilité contractuelle* بدقة كما هو الحال في العقود المدنية، بل إن الإدارة تستطيع في كل لحظة الخروج عن الأصل التعاقدى لتفرض إفرادياً تعديلات على شروط العقد؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 123؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص. 118؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 197.

\* الأستاذ **Rivero** حيث يلاحظ أن سلطة التعديل الإفرادي قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء إستناداً لمبدأ تغليب الصالح العام الذي يستوجب إزالة العقبات التي تُسببها القواعد القانونية الجامدة، ويرى أن هذه القاعدة يُعمل بها في كل العقود الإدارية؛ المرجع نفسه، ص. 197.

<sup>2</sup> - علي الفحام؛ المرجع السابق، ص. 118؛ حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص. 149.

<sup>3</sup> - Voir : PÉQUIGNOT George, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier, 1944, p365,366.

وإذا كان هذا هو الرأي الذي كان سائداً في فرنسا في فترة قديمة -نسبياً- رغم وجود بعض النظريات المنكرة لسلطة التعديل الإفرادي بشكل كلي أو جزئي آنذاك، فإن الفقه الإداري الفرنسي المعاصر يُجمع كذلك على وجود هذه السلطة<sup>2</sup>، حيث أن الأستاذ **Laurent RICHER** يرى أن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد على وجود هذه السلطة بشكل لا يدع مجالاً للشك لما أقر أن سلطة التعديل الإفرادي تُعتبر جزء من القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية<sup>3</sup>.

بل وذهب حديثاً الأستاذ **Didier TRUCHET** إلى أبعد من ذلك، حيث أنه إعتبر أن سلطة التعديل الإفرادي تُشكّل أبرز نموذج للشروط غير المألوفة في الشريعة العامة (القانون المدني) لما يتم النص عليها بالوثائق التعاقدية، كما أنها توجد أيضاً إذا لم تُنص عليها<sup>4</sup>.

من هذا العرض يبدو جلياً أن الرأي السائد والراجح في الفقه الإداري الفرنسي يعترف للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي بشكل مستقل عن وجوب النص عليها في العقود أو القوانين، وذلك على غرار ما هو عليه الوضع في الفقه العربي.

## (ب) النظرية الإيجابية في الفقه العربي

يأخذ الرأي الغالب والراجح في الفقه العربي بسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، فمن خلال استعراض آراء الفقهاء العرب في القانون الإداري يتضح بدون شك أن هناك شبه إجماع<sup>5</sup> بينهم على وجود هذه السلطة دائماً دون حاجة للنص عليها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.123؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص.122 وما بعدها.

<sup>2</sup> - من بين المؤيدين لهذه السلطة حالياً:

\*الأستاذ **Brueure** الذي إعتبر أن حق التعديل الإفرادي من قبيل القواعد العامة للعقود الإدارية المُستند إلى مبدأ المصلحة العامة؛  
Voir : Ch. BRUEURE, consensualisme et contrat administratif, RDP, 1996, p1726.

\*الأستاذ **Gvibal** رأى هو الآخر أن سلطة التعديل الإفرادي حق مُعترف به للإدارة بقوة القانون في نطاق العقود الإدارية؛ أشار إليه نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.327.

<sup>3</sup> - "Le CE a été affirmé sans ambigüité que le pouvoir de modification unilatérale fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs"; Voir: Laurent RICHER, OP CIT, p 253.

<sup>4</sup> - "Ce pouvoir (de modification unilatérale) constitue la plus typique des clauses exorbitantes de droit commun lorsqu'il est inscrit dans les documents contractuels, mais il existe aussi lorsqu'ils ne le prévoient pas"; Voir: Didier TRUCHET, droit administratif, 4<sup>e</sup> édition mise a jour, PUF, France, 2011, p277.

<sup>5</sup> - مع الإشارة إلى أن أحد الفقهاء العرب قد خرج عن هذا الإجماع؛ حيث يرى الأستاذ **مصطفى كمال وصفي** أن العقود الإدارية كالمدينة لا يمكن تعديلها بإرادة أحد الطرفين فقط، ولو كان هذا الطرف هو الإدارة العامة؛ وقد سبقَت الإشارة لهذا الرأي في معرض الحديث عن النظرية السلبية؛ للمزيد من التفاصيل: علي الفحام، المرجع السابق، ص.135.

<sup>6</sup> - من بين الفقهاء العرب الذين نادوا بوجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي:

\*الأستاذ **محمد فؤاد مهنا**: يرى أن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة هو حق مُقرّر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة لكل العقود الإدارية ولو لم يُنص عليه في العقد؛ أشار إلى رأيه هذا: حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.151؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص.127.

حيث يرى الأستاذ **سليمان الطماوي** أن سلطة التعديل الإفرادي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري<sup>1</sup>، وذلك على غرار الأستاذ **أحمد عثمان عياد** الذي أكد على أن هذه السلطة حتى دون النص عليها هي موجودة وأكيدة وأن أحكام القضاء ونصوص التشريع لا تترك مجالاً للجدل في ذلك<sup>2</sup>.

كما أن الأستاذ **نصري منصور نابلسي** يؤيد سلطة التعديل الإفرادي، فإن قيام الإدارة بتعديل العقد وتعويض المتعاقد إن حصل له ضرر يؤدي -حسب رأيه- إلى نتيجة إيجابية هي تحسين أداء المرافق العمومية وتحقيق المصلحة العامة<sup>3</sup>.

**أما في الجزائر** فقد أجمع الفقهاء على أن للإدارة سلطة تعديل بنود العقد الإداري أثناء تنفيذه، إذا توافرت شروط ذلك وضماناته وتم إحترام حدوده، بل وذهب أكثرهم لجعل هذه السلطة بمثابة الفيصل بين العقد الإداري والعقد المدني، حيث يرى الأستاذ **أحمد محيو** أن الإدارة تتمتع -في ظل تدابير معينة- بسلطة التعديل الإفرادي لأحكام العقد، وأن هذه القدرة هي التي تُميّز العقد الإداري عن نظيره المدني الذي لا يمكن تعديله إلا بعد إتفاق بين الأطراف<sup>4</sup>.

وهو نفس الموقف الذي قال به الأستاذ **عمار بوضياف**، إذ يرى أن العقد الإداري مادام قد تميز بموضوعه وبالعلاقة بالمرفق العام وبالمصلحة العامة، فوجب أن يتميز بالمقابل بالسلطات الممنوحة للإدارة وعلى رأسها سلطة التعديل<sup>5</sup>، على غرار الأستاذ **عمار عوابدي** الذي يرى أن هذه السلطة ممكنة في كل الصفقات العمومية والعقود الإدارية<sup>6</sup>.

وهكذا يتضح بجلاء أن الفقه لم يُسلم كله وبسهولة بوجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، إلا بعد جدال طويل وتضارب في الحجج والتفاسير، لئتم التوصل أخيراً إلى قناعة مفادها أن هذه السلطة لا شك في وجودها دون حاجة للنص عليها، ولعل ذلك كان نتيجة لتدخل الإجتهد القضائي الذي فصل في هذا الأمر، وأكدته التكريس التشريعي فيما بعد، **فكيف ذلك؟**

---

\*الأستاذ **محمد كامل ليلة** : يرى أن سلطة الإدارة في تعديل العقود موجودة وهي من النظام العام، لا يجوز للإدارة التنازل عنها مقدماً؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص.129.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.443.

<sup>2</sup> أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.215.

<sup>3</sup> نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.432.

<sup>4</sup> - Voir: Ahmed MAHIOU, cours d'institutions administratives, 3 édition avec complément, OPU, 1981, p249.

<sup>5</sup> - أنظر: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط2، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.206.

<sup>6</sup> عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، النشاط الإداري، ط 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 218.

## الفرع الثاني

### موقف القضاء والتشريع من سلطة التعديل الإداري

كان يُنظر للإدارة في أول الأمر على أنها مُقيّدة بما تعهدت به ولا تستطيع تعديله بإرادتها المنفردة ولكن يجب أن يكون هناك نص صريح بالعقد يُجيز لها ذلك، وقد ساد هذا الإتجاه حتى مطلع القرن العشرين<sup>1</sup>، ونظرا لمتطلبات تنفيذ العقود الإدارية فقد أصبحت غالبية العقود تتضمن بنودا تسمح للإدارة بسلطة التعديل الإداري عند الاقتضاء.

ورغم أن سلطة التعديل الإداري كانت محل جدال فقهي إلا أنها اليوم تُعتَبَر قاعدة مقبولة في إطار القانون الإداري، هذا القانون الذي ينطلق من فكرة الإستقلال عن قواعد القانون المدني وعدم الخضوع لمبادئه، ومن ثمة لم يتقيّد القضاء الإداري بمبدأ ثبات العقود *L'immutabilité des contrat* المعمول به في القانون المدني، بل أسس لما يُسمّى بعدم ثبات العقد الإداري أو قابليته للتبديل *La mutabilité des contrats administratif*، والذي يسمح للإدارة بسلطة التعديل الإداري للعقد الإداري.

وبعد الإعتراف القضائي بها، أصبحت سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري مبدأً عاما يُطبّق دون حاجة للنص عليه، لكن كثرة لجوء الإدارة لهذه السلطة تلبية لحاجات المرافق العمومية، دفع بالمشرع للتدخل لتأطير استعمال هذه السلطة وتحديد شروطها وحدودها، فأصبح تدخله هذا بمثابة تكريس لسلطة التعديل الإداري.

وعليه سيعالج هذا الفرع موقف القضاء والتشريع من سلطة التعديل الإداري من خلال التطرق للإعتراف القضائي بها (أولاً)، ثم التكريس التشريعي لها (ثانياً).

#### أولاً: الإعتراف القضائي بسلطة التعديل الإداري للعقد الإداري

صحيح أن هناك أحكاما عديدة في القضاء الإداري الفرنسي، كانت تُتكر على الإدارة سلطة التعديل إلا إذا تم النص عليها في القانون أو العقد، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي -وكعادته-

<sup>1</sup> - حمد محمد حمد الشلماي، المرجع السابق، ص. 145.

عرف تحولاً وتطوراً بارزاً فيما بعد، حيث إعتترف للإدارة بسلطة تعديل عقودها الإدارية حتى في غياب النص على ذلك، وقد تبعه في ذلك القضاء الإداري في العديد من الدول العربية فيما بعد. ففي فرنسا تم تكريس مبدأ سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري منذ بداية القرن الماضي، في قضية <sup>1</sup> Société nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen ويظهر من خلال وقائعها <sup>2</sup> أنه تعلق بعقود إمتياز المرفق العام <sup>3</sup>، ثم أخذت الإجتهدات القضائية تعترف بهذه السلطة من حين لآخر، لكن في عقود محددة وبشروط معينة <sup>4</sup>، إلى أن إعتترف مجلس الدولة الفرنسي بهذه السلطة في جميع العقود الإدارية دون إستثناء، حيث أكد دون أدنى شك أن هذه السلطة تُشكّل جزء من المبادئ العامة المطبقة على العقود الإدارية <sup>5</sup>، وذلك في قرار CE,02/02/1983, union des transports publics urbains et régionaux <sup>6</sup>، وهذا ما أعاد التأكيد عليه مؤخراً في إحدى أقراراته <sup>7</sup>، إذ قرر أنه طبقاً للقواعد العامة

<sup>1</sup> - CE 02/01/1902, note HAURIUO, GAJA, 16 édition, Dalloz, France, 2007, p58 et suite.

<sup>2</sup> - تتلخص وقائعه فيما يلي: في عام 1874 حصلت الشركة الجديدة للغاز على الإمتياز المانع من طرف بلدية ديفيل ليروان لإنارة المدينة عن طريق الغاز، و أمام تطور الإنارة الكهربائية فإن البلدية حاولت إقناع الشركة باستعمال هذه التقنية الجديدة لكن دون جدوى و أمام رفض الشركة توجهت البلدية نحو شركة كهرباء فطالبت شركة الغاز بالتعويض مقابل الضرر الحاصل لها جراء خرق البلدية للإحتكار الممنوح سابقاً للشركة، و وصل الأمر إلى القضاء مجلس الدولة فسر العقد الرابط بين البلدية و شركة الغاز بأنه يعطي احتكار الإنارة و لكن بأية وسيلة من الوسائل لأن بعض البلديات كانت تستعمل الكهرباء، و في المقابل اعتبر أن من حق البلدية أن تضمن هذه الخدمة عن طريق الكهرباء و لو بتسليمه إلى شركة أخرى إذا رفضت شركة الغاز ذلك رغم إنذارها، و بذلك أقر مجلس الدولة أن من حق الإدارة تعديل العقد من جانب واحد.

<sup>3</sup> - "ce pouvoir a été reconnu initialement a l'administration dans le cadre des contrats de concession de service public"; David MOREAU, OP CIT, p91.

<sup>4</sup> - مثلاً:

\*قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية compagnie générale de tramways؛ سابق الإشارة إليه، إذ أكد بأن من حق الإدارة أن تفرض على الملتزم بأن يزيد من عدد العربات من أجل المصلحة العامة رغم أن العدد محدد في دفتر الشروط، وهذا لكي تضمن السير العادي للمرفق من أجل الصالح العام

وحسب محافظ الحكومة ليون بلوم فإن الإحتياجات التي يتعين على المرفق العام من هذا القبيل توفيرها ليس لها طابعا جامدا، والدولة لا تستطيع أن تتخلى عن المرفق العام للنقل بمجرد إمضاء عقد الإلتزام.

\*قرار CE,12/05/1933, compagnie générale des eaux حيث أقر صحة تعديل العقد بزيادة كمية المياه التي يقدمها صاحب الإمتياز. \* حكم CE,14/04/1948, ministre des armées حيث قضى بصحة قيام الإدارة بتغيير طبيعة الأشغال وموقع العمل المنصوص عليهما في العقد.

\*حكم CE, 09/02/1951, ville de Nice, حيث أقر التعديلات التي قامت بها الإدارة على شروط تنفيذ العقد المنصوص عليها فيه؛ أشار إليها: حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.م.ع، 1998، ص.211.

<sup>5</sup> - Laurent RICHER, OP CIT, p253.

<sup>6</sup> - Voir: CE, 02/02/1983, RDP, 1984, p223, note AUBY ; cité par : Jean François LACHAUME et Hélène PAULAIT, droit administratif, PUF, Paris, France, 14<sup>e</sup> édition, 2009, p557.

<sup>7</sup> - " Qu'en vertu des règles générale applicable aux contrats administratifs; la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt générale des modifications a ces contrats"; CE, 27/10/2010, syndicat intercommunal des transports publics de cannes, cité par: Christophe GUETTIER, droit des contrats administratifs, PUF, 2011, p435.

المطبقة على العقود الإدارية، الإدارة العمومية يمكنها فرض بصفة انفرادية، في إطار الصالح العام، تعديلات على العقود الإدارية.

كما أن هناك قرار صادر عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعترفت من خلاله للإدارة بسلطة التعديل الإفرادى لعقودها الإدارية، حيث جاء فيه أن :

"Le pouvoir de modification unilatérale existe donc. Sur ce point le droit français ne se singularise pas, aussi bien les droits nationaux que la jurisprudence internationale admettent l'existence d'un pouvoir souverain pour modifier, voir résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers- ainsi le veulent la prééminence des intérêts supérieures de l'état sur les obligations contractuelles et la nécessité de sauvegarder l'équilibre du contrat<sup>1</sup>".

أما في القضاء الإداري العربي فنجد إعترافاً واسعاً بهذه السلطة، دون وجود أية قرارات مُنكرة لها في الكثير من الدول العربية<sup>2</sup>؛ ففي ج.م.ع يتضح أن القضاء الإداري يعترف للإدارة بسلطة التعديل الإفرادى للعقد الإداري-رغم التطور الذي مرَّ به، حيث لم يكن سابقاً يُجيز لها ذلك<sup>3</sup> - فهناك حكم قضائي صادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1951/12/26 يُعتبر أول حكم منح للإدارة هذه السلطة، حيث جاء فيه: "للإدارة دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، بما يتراءى لها أنه أكثر إتفاقاً مع الصالح العام، دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة: العقد شريعة المتعاقدين"<sup>4</sup>، ثم توالى بعده الأحكام التي تسمح

<sup>1</sup> - Voir: cour européenne des droits de l'homme, 09/12/1994, Aff. Raffineries grecques Stran C/ Grèce,

<sup>2</sup> - ومن بين الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري العربي والتي تؤيد سلطة الإدارة في التعديل الإفرادى للعقد الإداري :  
\*في سوريا: أقر مجلس الدولة السوري بحق تعديل العقد الإداري حيث جاء في إحدى قراراته: "يُنبت حق الإدارة في التعديل بإعتباره يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام،... والإجارة لا يمكنها التنازل عن سلطة التعديل لكونها من النظام العام؛ أشار إليه مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.129؛ ويرى أن هذا المبدأ راسخ في الإجتهااد القضائي في سوريا.

\*في لبنان: أكد مجلس شورى الدولة اللبناني حق التعديل حيث قرر أنه: "وبما انه من المبادئ التي ترعى العقود والمطبقة حتى في غياب النص عليها؛ أن للإدارة الحق في تعديل شروط العقد...؛ أشار إليه نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.332.

\*في سلطنة عُمان: ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه: "...سلطة الإدارة في تعديل العقد هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية"؛ أنظر: محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.135.

\*في العراق: يذهب القضاء العراقي إلى أن حق الإدارة في التعديل الإفرادى من النظام العام؛ حيث لا يجوز لها التنازل عنه أو الإتفاق على خلافه، وأن أي تصرف من هذا النوع تُجربيه الإدارة يُعد باطلاً؛ فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 1992، ص.124.

<sup>3</sup> - بخصوص هذا التطور ولمزيد من التفاصيل حول موقف القضاء المصري من سلطة التعديل الإفرادى؛ أنظر: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.112 وما بعدها.

<sup>4</sup> - أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.112.

للإدارة بتعديل بنود العقد الإداري أثناء التنفيذ بصفة منفردة، ومن بين أشهر الأحكام في هذا المجال يُذكر الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1992/04/28 والذي جاء فيه: "للإدارة دائما حق تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة"<sup>1</sup>.

**أما في الجزائر:** فرغم أن القضاء الإداري الجزائري يُعتَبَر من بين أهم المؤسسات التي يُعَوَّل عليها في بناء القانون الإداري الجزائري وتشييد أُسُسِهِ ووضع مبادئه<sup>2</sup>، ورغم أنه يعمل على مدار حِقْبَةِ من الزمن تزيد عن النصف قرن<sup>3</sup>، إلا أن أحكامه في مجال سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري تُعتَبَر قليلة جداً.

فَبَعْدَ تَصَفُّحِ أغلب الإجتِهادات القضائية الإدارية الجزائرية المنشورة<sup>4</sup>، تتضح قلة القرارات القضائية التي تتعلق بشكل مباشر بسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، إلا أنه يوجد قرار يمكن القول من خلاله أن القضاء الإداري الجزائري هو الآخر يعترف للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 فصلاً في النزاع القائم بين وزير الأشغال العمومية ضد "أ.أ."<sup>5</sup>، حيث كانت تربط بينهما صفقة عمومية لإنجاز مجموعتين من المساكن، تضم الأولى تسعين مسكناً بقرية تازودة، والثانية 50 مسكناً بقرية كافالو، إلا أنه أثناء الأشغال قررت الإدارة المتعاقدة سحب رخصة بناء 10 مساكن من كل مجموعة وبناء العشرين مسكناً بقرية زيامة منصورية، مما يجعل هذا القرار تعديلاً واضحاً لبنود الصفقة وتغييراً لطريقة تنفيذها، ورغم أن موضوع النزاع الذي أُخِطِر من أجله القاضي كان يتعلق بدفع قيمة المنجزات، إلا أن القرار احتوى على ما يدل اعترافه للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي، حيث قرر أن: "...يتعذر على المَقاول أن يرفض إنجاز هذه البناءات".

<sup>1</sup> - أشار إليه: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص. 229.

<sup>2</sup> - باعتبار القانون الإداري قانون قضائي المنشأ، غير مُقَنَّ، وشديد التطور والتغيير.

<sup>3</sup> - منذ سنة 1962 والجزائر تعرف القضاء الإداري؛ حيث كان يَنشُط في إطار ما يسمى بالنظام القضائي المختلط (الأحادي شكلاً والإزدواجي مضموناً) ثم تَكَرَّس وجوده مع الأخذ بالازدواجية القضائية سنة 1996؛ من خلال استحداث المادة 152 من الدستور التي أنشأت مجلس الدولة كهيئة مُقَوِّمة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، مُكَلِّفة بتوحيد الإجتِهاد القضائي الإداري (دستور سنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر. 76، 08/12/1996، ص. 6).؛ للمزيد حول تطور نظام القضاء الإداري في الجزائر؛ أنظر: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 2011، ص. 45؛ عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 1، د.م.ج، ط 2003، ص. 147.

<sup>4</sup> - للإطلاع على أغلب الإجتِهادات القضائية الصادرة عن القضاء الإداري؛ أنظر: سايس جمال، المرجع السابق.

<sup>5</sup> - أنظر: نشرة القضاة، ع 1978، 1، ص. 42.

كما أن هناك قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في قضية (ع ط) ضد (و.ق)، وتتلخص وقائعها في أن السيد (ع . ط) أبرم صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 مع ولاية قالمة لإنجاز 198 سكن بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين التراب دائرة وادي الزناتي، وبمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع (ع.ط) بالأعمال، لكن بعد مرور شهرين تلقى أمرا بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع، وأنه شرع في الأشغال في الموقع الجديد خلال 1980 من خلال تغيير الموقع وعدم إثارة ذلك أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (تغيير موقع التنفيذ)<sup>1</sup>.

وبعد الاعتراف القضائي بها وكثرة اللجوء لها، تدخلت التشريعات لتأطير سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد، فكان ذلك بمثابة تكريس منه لهذه السلطة، وذلك كالآتي:

### ثانياً: التكريس التشريعي لسلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

في البداية يجب التنويه إلى أن سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي تُجَدِّد أساسها في الاجتهادات القضائية المبدئية<sup>2</sup>، كما سبق القول، وأن استعمال الإدارة لهذه السلطة يرجع لمبادئ القانون العام دون حاجة لوجود نص قانوني أو تعاقدي يُبيح لها ذلك، وعليه فإن تقنين المشرع لهذه السلطة ليس سوى من باب التنظيم والتأطير ليس إلا.

ولقد عرفت العديد من التشريعات في الدول التي تأخذ بالقانون الإداري النص على هذه السلطة وتأكيد وجودها، مما يقطع الشك والجدال الذي كان ثائراً بخصوصها؛ حيث أن ق.ص.ع في فرنسا يسمح بإمكانية إدخال تعديلات على الصفقة أثناء التنفيذ، وفق م 118 منه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989.12.16 ملف رقم 65143 قضية ع.ط ضد و.ق. المجلة القضائية، ع1، ص 134.

<sup>2</sup> - "Le pouvoir de modification unilatérale trouvant son fondement dans la jurisprudence de principe"; Voir: Patrick SCHULTZ, éléments du droit des marchés publics, 2édition .LGDJ, 2002, p146.

<sup>3</sup> - "Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soit forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur"; alors que la circulaire du 3 aout 2006 définit la décision de poursuivre comme « un acte unilatéral qui a pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe »; Voir: ART 118 Décret n°2006-16 du 30 Juin 2006;portant code des marchés publics, www. Legifrance .FR, Dernière modification du texte le 01 mai 2013.

ولعل المشرع الفرنسي كان أكثر صراحة في قانون إلزامات الإدارة حيث نص

على أن الإدارة يمكنها في ظروف معينة تعديل بعض شروط العقد بشكل إنفرادي،  
وأن هذه السلطة موجودة خارج أي نص قانوني أو تعاقدي<sup>1</sup>.

وكذلك هو الحال في العديد من التشريعات العربية<sup>2</sup>، ففي ج م ع<sup>3</sup> كرس  
المشرع حق الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، حيث نص في م  
اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على ما يلي: "...يحق للجهة  
الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو بالنقص في حدود  
لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في  
المطالبة بأي تعويض عن ذلك"<sup>4</sup>.

أما في الجزائر فقد أكد المشرع الفرعي على وجود سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد  
الإداري في العديد من النصوص القانونية؛ حيث ورد النص عليها في قانون الصفقات العمومية<sup>5</sup>  
من خلال م 103 في فقرتها الثالثة المضافة بعد التعديل<sup>6</sup>، والتي جاء فيها: "يمكن للمصلحة

<sup>1</sup> - Voir art 109 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JO 1965, page 945; " En raison des nécessités du service public à la réalisation duquel le co-contractant participe, l'Administration peut exceptionnellement modifier de façon unilatérale certaines stipulations du contrat. Ce pouvoir existe en dehors de toute disposition légale ou contractuelle. Le contrat peut toutefois fixer les conditions d'exercice de cette prérogative."

<sup>2</sup> - من بين هذه التشريعات:

\* في سوريا: قن المشرع السوري مبدأ التعديل الإنفرادي في م 65 من المرسوم التشريعي 228 لسنة 1969، إذ جاء فيها: "يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة على جده، وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد، ودون حاجة إلى عقد جديد..."; أشار إليه مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 128، 129.

\* في لبنان: نصت المادة 32 من دفتر الشروط والأحكام العامة على ما يلي: "إن التعديلات التي تُقرُّها الإدارة أو التي تنتج عن ظروف لا تعود لحطأ المتعهد، والتي من شأنها، تؤدي إلى تغيير في أهمية كميات الأشغال، بمقدار يفوق 25% عن الكميات الملحوظة في الكشف التخميني... فغنها تُولي المتعهد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي نزل به..."; أشار إليه نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 330، 331.

\* في ليبيا: أجازت م 10 من لائحة المزايدات والمناقصات سلطة التعديل الإنفرادي؛ حيث جاء فيها: "يكون للجهة المتعاقدة الحق في تعديل موضوع العقد بالزيادة أو بالنقص في حدود نسبة مئوية تحددها شروط العقد، فإذا جاوزت نسبة التعديل 25% من قيمة العقد، يتعين الحصول على موافقة من مجلس الوزراء"; أشار إليه مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج.م.ع، 2007، ص. 188.

<sup>3</sup> - للمزيد من التفاصيل حول موقف المشرع المصري من سلطة التعديل الإنفرادي؛ أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 203 وما بعدها؛ مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 126، 127.

<sup>4</sup> - أنظر: اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بتاريخ 1998/05/08، ج.ر عدد 19 مكرر، في 1998/05/08.

<sup>5</sup> - أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 مؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر 75، الصادرة بتاريخ 2010/12/08، ص. 20.

<sup>6</sup> - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 2012/01/18، ج.ر 4، الصادرة بتاريخ 2012/01/26، ص. 04.

المتعاقدة عندما تُبرّر الظروف ذلك، تمديد صفقة لأداء خدمات أو اقتناء لوازم، بموجب ملحق، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدمة العمومية، إذا قرّر مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني بذلك،...؛ فاستعمال المشرع لمصطلح " قرّر " فيه دلالة واضحة على كون هذا التمديد حصل بصفة منفردة من طرف الإدارة، مع الإشارة إلى أن هذا التعديل يُعتبر تكريسا لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي ضمن ق.ص.ع الذي كان يقتصر فقط على وسيلة الملحق لتعديل الصفقة.

لكن رغم أن هناك إختلاف شاسع بين الملحق وبين سلطة التعديل الإفرادي، إلا أن نص المشرع على الملحق كوسيلة لتعديل الصفقات العمومية في م 103 من ق.ص.ع الحالي-قبل تعديل سنة 2012- و م 90 من ق.ص.ع السابق له<sup>1</sup>، قد تم تفسيره بشكل مخالف للقواعد العامة المعمول بها في فقه العقود الإدارية، حيث يرى البعض أن سلطة التعديل الإفرادي تجد أساسها القانوني في هذين المادتين ( 103 و 90)<sup>2</sup>، إلا أن ذلك يُعتبر تجاهلاً لأهم خاصية في التعديل الإفرادي وهي أنه **UNILATERAL** إفرادي؛ أي صادر بالإرادة المنفردة للإدارة دون الإتفاق مع المتعاقد معها حول هذا التعديل، خلافاً للملحق الذي يُعتبر بنص القانون "وثيقة تعاقدية" UN DOCUMENT CONTRACTUEL، أي صادر باتفاق الإرادات، ولعل أبرز ما يُثبت أن هذه السلطة لم يكن لها وجود في م 90 من ق.ص.ع السابق، ولا م 103 من ق.ص.ع الحالي قبل التعديل، هو أن المشرع كان ينص صراحة في أول قانون للصفقات العمومية بالجزائر<sup>3</sup> على سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري<sup>4</sup>، ثم عدّل عن ذكرها فيما بعد لإعتبارات معينة<sup>5</sup>، كما أن الفقرة 3 المتتمّة للمادة 103 (بعد تعديل سنة 2012) نصت على شرط ضروري لإعمال سلطة التعديل الإفرادي، حيث اشترطت تغيير الظروف<sup>6</sup>، وهذا الشرط يعتبر فرقا جوهريا بين التعديل الإفرادي

<sup>1</sup> - أنظر: المرسوم الرئاسي 02-250، مؤرخ في 24/07/2002، ج.ر 52، الصادرة بتاريخ 28/07/2012، ص.03.

<sup>2</sup> - من بين القائلين بهذا: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 207؛ بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الدولية ذات الطابع الدولي "التحكيم نموذجا"، مذكرة ماجستير، قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2010-2011، ص.67؛ بن أحمد حورية، ص.95.

<sup>3</sup> - أنظر: الأمر رقم 67-90، مؤرخ في 17/06/1967، ج.ر 52، الصادرة بتاريخ 27/06/1967، ص.718.

<sup>4</sup> - حيث تنص م 22 على أنه: "...يجوز للشخص المسؤول عن الصفقات أن يقوم بإجراءات جديدة وذلك بأن يُعدّل عند الإقتضاء ما تشمل عليه هذه القطع"، مع العلم أن م 15 من نفس القانون سمحت بوجود آلية الملحق، وما الجمع بين هذين الوسيّلتين في نص قانوني واحد إلا نظرا للإختلاف الموجود بينهما.

<sup>5</sup> - قد تكون راجعة للتحويل الإيديولوجي الذي عرفته الجزائر من الإشتراكية إلى الرأسمالية.

<sup>6</sup> - هذا الشرط سيتم تفصيله في المطلب الموالي.

والملاحق، الذي يمكن إبرامه ولو لم تتغير الظروف، مما يجعله خير دليل على أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي في ق.ص.ع الجزائري، يتمحور في م 3/103 المضافة سنة 2012، وليس قبل ذلك<sup>1</sup>.

مع الإشارة إلى أن د.ش.إ.ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل<sup>2</sup> قد تضمنت العديد من النصوص التي تسمح للإدارة بالتعديل الإفرادي للعقد الإداري، إذ نصت م 4/12 و 5 منه على ما يلي: "يُنْفَذ (أي المُقاول) بِدِقَّة أوامر المصلحة التي تُبَلَّغ إليه، كما يخضع للتغييرات التي تُفرض عليه خلال العمل"، كما تنص م 1/32 على ما يلي: "وعندما يتبين أن التغييرات التي تقوم بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35% بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري..."، كما حَصَرَ د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية التعديل بالزيادة أو النقصان في حدود 20% بالنسبة لعقد الأشغال العمومية<sup>3</sup>، وقرر حق الإدارة في التعديل الإفرادي لمدة العقد<sup>4</sup>، ولوسائل التنفيذ<sup>5</sup>، وكمية الأشغال كذلك<sup>6</sup>.

ولما كانت هذه السلطة من أخطر سلطات المصلحة المتعاقدة؛ لأنها تسمح بتغيير الالتزامات التعاقدية بالزيادة أو بالنقصان، فإن العقود الإدارية ودفاتر الشروط<sup>7</sup> عادة ما تنص عليها، فقد ورد بدفتر التعليمات الخاصة لإحدى الصفقات العمومية<sup>8</sup> النص على حق المصلحة

<sup>1</sup> - وقد ورد في تعليق للأستاذ مهندس مختار نوح، حول م 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بـ ج.م.ع؛ ما يمكن الاستناد عليه لتدعيم هذا الموقف، حيث يرى أن: "التعديل خارج حدود هذه المادة يتطلب موافقة المتعاقد، وهذه الموافقة كفيلا بأن تقلب التكيف القانوني لعملية التعديل من تعديل إفرادي إلى تعديل اتفاقي، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا تسمية: ملحق العقد"؛ مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 139.

<sup>2</sup> - أنظر: القرار المؤرخ في 1964/11/21، ج.ر. 6 صادرة في 1965/01/19، ص. 46، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل .

<sup>3</sup> - أنظر: م 30 من د.ش.إ.ع.

<sup>4</sup> - أنظر: م 34 من د.ش.إ.ع.

<sup>5</sup> - أنظر: م 25 و 29 من د.ش.إ.ع.

<sup>6</sup> - أنظر: م 30 و 31 من د.ش.إ.ع.

<sup>7</sup> - أنظر: م 1/6 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز تسيير منشآت تعبئة المياه السطحية وهياكل الري والتصرف والتطهير الفلاحي للري الصغير والمتوسط وصيانتها واستغلالها، المصادق عليه بموجب القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 2005/01/04، ج.ر. 48، صادرة بتاريخ 2005/07/10، ص. 19؛ حيث تنص: "يمكن للسلطة مانحة الإمتياز، ولاعتبارات تقنية أو إقتصادية، خفض أو توسيع امتداد الإمتياز".

<sup>8</sup> - أنظر نموذج لدفتر التعليمات الخاصة بصفقة مشروع مركز الردم التقني للنفايات لمدينة سطيف، الملحق رقم 1 من هذه المذكرة.

المتعاقدة بأن تأمر بإنجاز أشغال إضافية<sup>1</sup>، والزام المتعامل المتعاقد على الخضوع لها؛ حيث نصت م 1/34 منه على ما يلي: "يجب على المتعامل المتعاقد الإمتثال لأوامر الخدمة التي تُحرّرها المصلحة المتعاقدة، كما يجب عليه أيضاً الإمتثال للتعدّلات والتغييرات التي قد تُطلب منه أثناء التنفيذ".

فيمكن القول إذاً، أن المشرع الجزائري أخذ بالمبادئ العامة التي أقرها القضاء وأيدّها الفقه في مجال سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، وكرس وجود هذه السلطة وحدد شروطها ونطاقها. وفي الأخير، وبما أن الفقه الراجح في فرنسا والجزائر وفي غالبية الدول العربية، إلى جانب القضاء والتشريع، يُؤيّدون سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، وأن هذه الأخيرة ثبّتت وجودها وأصبحت اليوم من السمات الأساسية للعقد الإداري؛ فما هو الأساس القانوني الذي تُقام عليه هذه السلطة؟ وما هي شروط تطبيقها؟

---

<sup>1</sup> - أنظر م 10 من دفتر التعليمات الخاصة بصفحة مشروع مركز الردم التقني للنفايات لمدينة سطيف.

## المطلب الثاني

### الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي وشروط تطبيقها

لقد باتت سلطة التعديل الإفرادي من المبادئ المُعترَف بها فقهاً وقضاءً وتشريعاً، بحيث زال الخلاف الذي كان قائماً بشأن وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري ، لكن حَلَّ بعده خلاف فقهي آخر، يدور حول الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة ، حيث ذهب جانب من الفقه للتساؤل عن مبررات منح الإدارة هذه السلطة.

لكن بَعْض النظر عن ما ثار من خلاف بخصوص هذه النقطة، فإن المتفق عليه هو أن الإدارة المتعاقدة يمكنها إدخال تعديلات على العقد الإداري، أثناء تنفيذه بصفة انفرادية، لكي يتم ضمان المصلحة العامة التي يسعى المرفق العام لتوفيرها، إلا أن سلطة التعديل الإفرادية لا بد أن تخضع لبعض الشروط، حتى لا تتماهى الإدارة في استعمالها، ولكي لا يُعارضها المتعاقد معها. ومن ثمة لا بد من دراسة الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة التعديل الإفرادي (الفرع الأول)، ثم عرض الشروط اللازمة لإستعمال هذه السلطة(الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري

من المعلوم أن المرفق العام يسعى لهدف واحد هو تحقيق المصلحة العامة وإشباع حاجات المنتفعين منه، مما يجعله في سعي دائم للتطور والتكيف مع مستجدات ومقتضيات المصلحة العامة؛ وبما أن العقد الإداري يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرفق العام ، فإن تَغْيِير الظروف التي أُخِذَتْ بعين الإعتبار عند إبرامه يدفع بالإدارة إلى حتمية تعديل بنود العقد الإداري لمسايرة المتطلبات الجديدة لحسن سير المرفق العام، مستعملة في ذلك سلطتها في التعديل. ولقد قد ثار خلاف شديد في الفقه حول أساس سلطة التعديل ، فذهب البعض إلى أن الأساس القانوني لهذه السلطة يكمن في فكرة السلطة العامة، في حين

إعتبر البعض الآخر فكرة إحتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل  
الإنفرادي<sup>1</sup>.

وللتوصل إلى حقيقة الأساس القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي الذي أخذ به غالبية الفقهاء  
وأسس عليه القضاء الإداري هذه السلطة، لا بد من عرض هذين الرأيين، بدءًا بالرأي الذي يرى أن  
أساس سلطة التعديل الإنفرادي يقوم على فكرة السلطة العامة(أولاً)، ثم الرأي الذي يجعل هذا  
الأساس مُستمد من إحتياجات المرفق العام(ثانياً).

### أولاً: أساس سلطة التعديل الإنفرادي يقوم على فكرة السلطة العامة

يرى أنصار هذا الإتجاه أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية لا يُعتبر امتيازاً تعاقدياً؛  
بل هي حق من حقوق السلطة العامة تمارسه بوصفها هذا<sup>2</sup>، حيث تُستمد هذه السلطة -حسبهم-  
من خارج العلاقة التعاقدية، وتُعتبر القرارات الصادرة لتعديل العقود الإدارية من أعمال السلطة  
العامة<sup>3</sup>.

وبالتالي يُصبح التعديل الإنفرادي للعقود الإدارية قائماً على أساس فكرة السلطة العامة، إذ  
يُصبح مظهرًا من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية.

وكل نظرية، فقد سعى أنصار هذا الرأي إلى تبرير وعرض الحجج التي يُبنى عليها، لكن  
هذه النظرية لم تسلم من النقد رغم ذلك.

وعليه لإبراز هذه الفكرة لا بد من توضيح كيفية إعتبار السلطة العامة أساس قانوني لسلطة  
التعديل الإنفرادي (أ)، ثم عرض أهم الإنتقادات التي وُجّهت لهذه الفكرة (ب).

### أ) كيفية إعتبار السلطة العامة كأساس قانوني للتعديل الإنفرادي

وفقاً لهذه الفكرة فإن الإدارة وهي بصدد تحقيق مهامها تستخدم في تصرفها ما يمنحها إياها  
القانون من سلطة عامة، فلما كان هدف الإدارة الأساسي هو تحقيق الصالح العام، وخشية منها أن

<sup>1</sup>- للمزيد من التفاصيل حول النظريات التي قِيلَت في أساس سلطة التعديل الإنفرادي؛ أنظر: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 333  
وما بعدها؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص. 148 وما بعدها؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 216 وما بعدها؛ فاروق أحمد خماس  
ومحمد عبد الله الدليمي، المرجع السابق، ص. 119 وما بعدها.

<sup>2</sup>- أشار لذاك: إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص. 187.

<sup>3</sup>-عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 311.

تحقيق هذا الهدف قد لا يتم إذا ما تضاربت المصالح العامة مع المصالح الخاصة ، فإنها تتصرف كسلطة عامة بما تتمتع به من إمتيازات لا يتمتع بها الأفراد<sup>1</sup>، ولعل من أبرز هذه الإمتيازات سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بما يتلاءم مع المستجدات.

وعليه، فإن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون بصفتها متعاقدة، بل باعتبارها سلطة عامة تواجه شخص قانوني معين<sup>2</sup>.

ولقد لقيت هذه الفكرة التأييد من طرف العديد من الفقهاء، ففي فرنسا يرى الأستاذ **PÉQUIGNOT George** أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، تُباشره باستعمال إمتياز التنفيذ المباشر<sup>3</sup>، ويُؤيده في ذلك الأستاذ **BERNIER** فيرى أن الإدارة أثناء التعاقد تراعي دائما الحفاظ على المصلحة العامة، وهكذا تتدخل باعتبارها سلطة عامة لتفرض التعديلات التي تراها ضرورية لذلك<sup>4</sup>، كما "سار جانب من الفقه الفرنسي نحو تأسيس حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، على فكرة السلطة العامة"<sup>5</sup>. ويرتكز هؤلاء الفقهاء على حكم لمجلس الدولة الفرنسي صادر بتاريخ 1983/03/02<sup>6</sup>، حيث أقر بحق التعديل للإدارة باعتبارها سلطة عامة.

أما في مصر، فقد لاقت فكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل الإفرادي قبول بعض الفقهاء، حيث يرى الأستاذ **أحمد عثمان عياد** أن هذا الحق إنما هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره الإدارة باستعمال إمتياز من أهم إمتيازات السلطة العامة وهو إمتياز التنفيذ المباشر<sup>7</sup>، كما يلاحظ الأستاذ **مصطفى كمال وصفي** أن هذا التعديل لا يكون للإدارة للإدارة بصفتها متعاقدة، بل كسلطة عامة، بحيث تملك ما لا تستطيع فعله كمتعاقدة<sup>8</sup>.

وعلى غرار نظيرتها الفرنسية، فقد استندت هذه الطائفة الفقهية -المؤيدة لفكرة السلطة العامة كأساس لحق التعديل الإفرادي- على مجموعة من الأحكام القضائية التي أسس فيها القضاء

<sup>1</sup> - فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، المرجع السابق، ص. 120.

<sup>2</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 334.

<sup>3</sup> - PÉQUIGNOT George, OP CIT, p367-369.

<sup>4</sup> - أشار إليه علي الفحام، المرجع السابق، ص. 148.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 148.

<sup>6</sup> - أشار إليه محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. 106.

<sup>7</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 220.

<sup>8</sup> - أشار إليه حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص. 161.

الإداري المصري حق التعديل الإفرادي على فكرة السلطة العامة، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن حق الإدارة في التعديل الإفرادي هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وأن هذا الحق يركز على سلطتها الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام<sup>1</sup>.  
والجدير بالذكر أن اعتبار حق الإدارة في تعديل العقد الإداري يقوم على أساس السلطة العامة، تترتب عليه النتائج الآتية<sup>2</sup>:

1. يَنسَع هذا الحق ليشمل جميع أنواع العقود الإدارية.

2. قرارات الإدارة بتعديل العقود الإدارية هي عمل من أعمال السلطة العامة.

إلا أن هذه الفكرة تعرّضت للنقد من طرف فريق آخر من الفقه، الذي عارض اعتبار السلطة العامة كأساس قانوني لحق التعديل الإفرادي للعقد الإداري، وذلك لكالاتي:

#### ب) الإنتقادات الموجهة لتأسيس سلطة التعديل الإفرادي على فكرة السلطة العامة

تعرّض الإتجاه الرامي إلى جعل فكرة السلطة العامة كأساس قانوني لحق التعديل

الإفرادي للنقد الشديد، لدرجة أن البعض وصفه بأنه أصبح شبه مهجور في الوقت الحالي<sup>3</sup>.

حيث انتقد بعض الفقهاء<sup>4</sup> هذا الرأي من عدة نواحي، لعل أبرزها ما يلي:

1. يُسوّي هذا الرأي بين كل العقود الإدارية من حيث التعديل الإفرادي، ما

دامت الإدارة تستطيع التدخل فيها بوصفها سلطة عامة<sup>5</sup>، في حين هناك اختلافات جوهرية جوهرية بين بعض العقود الإدارية من حيث التعديل.

2. يُؤدي هذا الرأي للفصل بين الدولة باعتبارها شخص معنوي يمكنه التعاقد

واكتساب حقوق والتزامات وبين اعتبارها صاحبة سلطة عامة، وهو ما يسمى بنظرية

ازدواج شخصية الدولة كشخص اعتباري وكسلطة عامة، وهي نظرية مضى زمنها وتخلي

عنها الفقه الحديث نهائياً، ولم يعد لها وجود اليوم<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1951/12/26، أشار إليه أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 220.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 150.

<sup>3</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 131.

<sup>4</sup> - أنظر: Saroit BADAoui, OP CIT, p 187، إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص. 187، 188.

<sup>5</sup> - أشار لذلك: إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص. 187.

<sup>6</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 216، 217.

3. الأخذ بهذا الرأي يجعل المتعاقد مع الإدارة مجرد فرد عادي ويُلغى كل دور يمكن أن تلعبه إرادته في هذا الصدد<sup>1</sup>.

4. كما يرى الأستاذ إبراهيم طه الفياض أن القول أن إستعمال الإدارة لسلطة التعديل الإفرادي يتم بمعزل عن الفكرة التعاقدية، يحرم المتعاقد من حقوقه الأساسية في العقد، ولاسيما الحق في التعويض عند اختلال التوازن المالي للعقد، ذلك أن إستعمال الإدارة لسلطتها المشروعة على نحو صحيح لا يقتضي التعويض، لأن الجواز الشرعي يُنافي الضمان<sup>2</sup>.

5. إن الأخذ بالسلطة العامة كأساس قانوني ثابت لسلطة التعديل الإفرادي، يمنع من تحديد الضوابط التي تحكّم التعديل الإفرادي للعقد، بحيث تستطيع الإدارة-وفق هذا الأساس- تعديل العقد كما يحلو لها، سواء وُجد سبب أم لا، وهذا لا يتماشى مع الحكمة من منح الإدارة هذه السلطة<sup>3</sup>.

وأمام هذه الإنتقادات الموجهة لفكرة السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادي، ذهب جانب آخر من الفقه إلى البحث عن أساس قانوني آخر لها، مُعتمدين على إحتياجات المرفق العام، فكيف ذلك؟

### ثانياً: أساس سلطة التعديل الإفرادي مستمد من إحتياجات المرفق العام

يرى أنصار هذا الرأي أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي لا يقوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية، بل هو إمتياز تعاقدي<sup>4</sup>، فهذه السلطة مصدرها الروابط التعاقدية ذاتها القائمة بين الإدارة والمتعاقد معها، فسلطة التعديل الإفرادي-حسب هذا الرأي- هي التزام تعاقدي يُقيم هذه السلطة على أساس الصالح العام أو مقتضيات المرفق العام<sup>5</sup>.

حيث أن العملية التعاقدية الإدارية تتم على أساس انصراف نية الطرفين إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرافق، وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليه تمتع الإدارة-باعتبارها صاحبة

<sup>1</sup>- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص. 187.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص. 188.

<sup>3</sup>- حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص. 163.

<sup>4</sup>- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 218.

<sup>5</sup>- عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 311.

الإختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره- بحق تعديل العقد، بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة<sup>1</sup>، وهو ما يسمى بفكرة احتياجات المرفق العام، حيث أن الأساس القانوني الذي يقترحه هذا الرأي ليبيني عليه سلطة التعديل الإفرادي، هو فكرة احتياجات المرفق العام، نظرا لكونها تجمع -في آن واحد- بين فكرة المرفق العام Le service public والمصلحة العامة Utilité générale، وذلك بعد أن زال الخلاف الذي كان قائما بين أنصار هذا الرأي حول ضرورة التمييز بينهما<sup>2</sup>.

ونظرا للحجج والمبادئ التي أثبت من خلالها أنصار هذا الرأي أن سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري تستمد أساسها القانوني من احتياجات المرفق العام، فقد لاقت هذه الفكرة رواجاً كبيراً في أوساط الفقهاء، إلى درجة أنها أصبحت هي الأساس القانوني الراجح في يومنا هذا لسلطة التعديل الإفرادي.

وعليه لإبراز هذا الأساس القانوني، لا بد من تبيان كيفية اعتبار احتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادي(أ)، ثم إظهار الرواج الذي لاقته كأساس لهذه السلطة(ب).

#### أ) كيفية اعتبار احتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادي

وفق هذا الرأي تُؤسس سلطة التعديل الإفرادي على فكرة المرفق العام، فينبغي الوفاء بحاجات المرفق العام وجعلها مسابرة للتطورات التي تستلزمها مقتضياتها، بما أن الإدارة العامة هي الوحيدة المختصة بتنظيم المرفق العام وتحديد قواعد عمله، فتختص كذلك عند الضرورة بتعديل شروط وقواعد عمله<sup>3</sup>.

وإن مساهمة الأفراد في تسيير المرفق العام<sup>4</sup>، لا تنزع أبداً عن الإدارة العامة سلطتها في تنظيم المرفق العام، وتعديل ما تراه ضروريا لتسييره<sup>1</sup>، نظرا لكون سلطة التعديل الإفرادي تقوم على مقتضيات الصالح العام، وتتأسس على ضرورة استمرار المرفق العام بانتظام واطراد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.130.

<sup>2</sup> - حيث كان يرى بعضهم أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي يكمن في فكرة تحقيق مقتضيات الصالح العام، ويرى البعض الآخر أنه يقوم على مقتضيات المرفق العام؛ لكن حاليا لم يعد هناك فارق من الناحية العملية بين التعريف الموضوعي لفكرة النفع العام والمرفق العام، وبالتالي فإن الرأي الذي كان يُؤسس سلطة التعديل على أساس فكرة المصلحة العامة قد انتهى، وانضم إلى الرأي الذي يُؤسسها على أساس احتياجات المرفق العام؛ للمزيد من التفاصيل حول ذلك الإختلاف الفقهي، أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 156، 157؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 218، 219؛ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 136 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر: خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د.د.ن، ط 1، 1994، ص.83.

<sup>4</sup> - سواء من خلال عقد إمتياز مرفق عام، أو عقد أشغال عمومية، أو عقد توريد، أو أي عقد إداري آخر.

ويترتب من الناحية القانونية، على إعتبار أن سلطة التعديل الإفرادي تجد أساسها القانوني في إحتياجات المرفق العام، عدّة نتائج هامة، وفيما يلي أبرزها:

1 - أن التعديل الإفرادي لبند العقد لا يُطبّق بنفس الدرجة على كل العقود

الإدارية، إنما تختلف درجته وفقا لمدى ارتباط العقد بالمرفق العام<sup>3</sup>، فهناك عقود إدارية تستلزم اشتراكًا مباشرًا للمتعاقد في تسيير المرفق العام، وفي المقابل هناك عقود أخرى لا تتصل مباشرة بالمرفق العام<sup>4</sup>، وبالتالي تبُلغ سلطة التعديل أقصى مداها في الطائفة الأولى، وتضيق نوعا ما بخصوص الثانية<sup>5</sup>.

2 - تأسيس سلطة التعديل الإفرادي على أساس إحتياجات المرفق العام،

يسمح بإمكانية تقييدها، وتنظيم العقد لشروط ممارستها، وهي القيود التي أجازها المجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه<sup>6</sup>.

3 - أن إستعمال سلطة التعديل-وفق هذا الأساس القانوني- لا يبقى مقصورًا

على الشروط التنظيمية فقط، بل يمكن لها أن تشمل كل بنود العقد<sup>7</sup>.

وتُعتبر هذه الفكرة الرامية إلى جعل إحتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل

الإفرادي هي المعيار الراجح حاليا ، حيث أخذ بها معظم الفقهاء سواء في فرنسا أو في الدول العربية، كما أيدها القضاء الإداري واعتمد عليها في العديد من أحكامه، فكيف ذلك؟

(ب) رواج فكرة إحتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل الإفرادي

تم الإجماع على أن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري تجد أساسها في فكرة

المرفق العام ومقتضياته<sup>8</sup>، فقد أقر الفقه والقضاء الإداريين بضرورة استجابة المتعاقد لكل توجيه

يصدر من طرف الإدارة أثناء تنفيذ العقد، ويكون هدفه الأساسي تطوير خدمات المرفق العام لكي

<sup>1</sup> - خميس السيد إسماعيل، المرجع نفسه، ص.83.

<sup>2</sup> - أنظر: فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج.م.ع، ط 1976، 3، ص.563.

<sup>3</sup> - Voir: LAUBADERE A- DELVOLVE P et MODERNE F, traité des contrats administratif, LGDJ, paris, T1, 1983, p404.

<sup>4</sup> - IBID, p404.

<sup>5</sup> - كما سيأتي تفصيله لاحقا، عند التطرق للتطبيقات الأنموذجية لسلطة التعديل الإفرادي؛ وللمزيد من التفاصيل حول هذه النتيجة؛ أنظر: حمد

محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص.163-165.

<sup>6</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص.188؛ وقد أشار لمجموعة من هذه الأحكام، في الهامش رقم 2.

<sup>7</sup> - المرجع نفسه، ص.189.

<sup>8</sup> - مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص.191.

تتجاوب مع الإحتياجات الفعلية للمنتفعين وقت التنفيذ<sup>1</sup>، وذلك في كل من فرنسا وفي الدول العربية كذلك.

**ففي فرنسا** يرى مجمل الفقه الفرنسي وخصوصا الحديث، انه لا يمكن تأسيس حق التعديل الإفرادي إلا على مستلزمات المرافق العامة، وتغيّراتها المفاجئة<sup>2</sup>، وذلك لأن الإدارة لا يجب أن تتقيد بشكل مطلق بعقود أصبحت غير متكيفة مع حاجات المرفق<sup>3</sup>.

ويتزعم هذا الإتجاه الأستاذ **A. D. LUABADERE**، إذ يرى أن إحتياجات المرفق العام هي التي تدفع الإدارة إلى إجراء التعديلات،

"Le fondement du pouvoir de modification se trouve dans l'exigence du service public".

ولما كانت هذه الإحتياجات متنوعة ومتغيرة، فإن الإدارة تملك أثناء تنفيذ العقد فرض

الإلتزامات جديدة على عاتق المتعاقد، لم تكن موجودة في الإتفاق الأصلي<sup>4</sup>.

كما حظيت فكرة إحتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل، بتأييد العديد من

فقهاء القانون العام بفرنسا، حيث لاحظ الأستاذ **André FLAMME** أن الأساس الوحيد لهذه

السلطة يظهر في الإختصاص الذي تتمتع به الإدارة في مجال تنظيم المرفق العام<sup>5</sup>، ويؤيده في

ذلك الأستاذ **PEQUIGNOT** حين يرى أن الإدارة لما تدعو الأفراد للمساهمة في الصالح العام عبر

التعاقد، فإنها لن تتخلى عن المهمة التي تعود لها أصلا، وهي ضمان السير الحسن للمرفق العام<sup>6</sup>.

ولعل ما يُدعم موقفهم هذا، هو تأييد القضاء الإداري الفرنسي لفكرة إحتياجات المرفق العام كأساس

قانوني لسلطة التعديل؛ حيث أن مذكرة محافظ الدولة **Léon BLUM** في قضية **Compagnie**

**générale française des tramways** تثبت أن مجلس الدولة الفرنسي ربط بين سلطة التعديل

وإحتياجات المرفق العام، إذ جاء بها أن الإحتياجات التي يجب على المرفق العام أن يُشَبَّعَهَا تؤكد أن

ضروريات إستغلاله ليس لها طابع ثابت<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.137،138.

<sup>2</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.335.

<sup>3</sup> - LAUBADERE A- DELVOLVE P et MODERNE F, OP CIT, p402.

<sup>4</sup> - فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، المرجع السابق، ص.121.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.152.

<sup>6</sup> - PÉQUIGNOT George, OP CIT, p367.

<sup>7</sup> - Voir, GAJA, OP CIT, p138.

وهذا ما هو عليه الحال كذلك في الدول العربية، **ففي مصر** يُؤسّس أغلب الفقه سلطة التعديل الإفرادي على مقتضيات المرفق العام، والتي تقبل دائماً التغيير<sup>1</sup>؛ إذ يرى الأستاذ **سليمان الطماوي** أن سلطة التعديل الإفرادي مناطها إحتياجات المرافق العامة، فهي نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري<sup>2</sup>، كما يرى الأستاذ **علي الفحام** أن سلطة التعديل الإفرادي تقوم على مستلزمات المرافق العامة<sup>3</sup>، ويضيف الأستاذ **محمد ماهر أبو العينين** أن مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد هو الذي يبرر السلطات الإستثنائية لجهة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، ويرى أن لها حق تعديله لمواجهة ما يطرأ من ظروف أثناء تنفيذه<sup>4</sup>. تنفيذه<sup>4</sup>.

"كما استقر قضاء مجلس الدولة المصري على هذا الرأي، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بصراحة ووضوح، بلبن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه، تباعاً لمقتضيات سير المرفق ومن شأن ذلك أن يكون لجهة الإدارة حق تعديلي العقد"<sup>5</sup>.

**وفي لبنان** يؤكد الأستاذ **حسين عثمان محمد عثمان**، أن سلطة التعديل الإفرادي تجد أساسها في فكرة المرفق العام وضرورة مسابرة للتطورات التي تستلزمها مقتضيات المصلحة العامة<sup>6</sup>، ويشاطره الرأي كذلك الأستاذ **جورج سعد**، حيث يرى أن سلطة التعديل الإفرادي هي استثناء عن القواعد العامة يكمن جوهره في مفهوم المرفق العام وضرورة استمراريته<sup>7</sup>.

**أما في الجزائر**؛ فقد أخذ أغلب الفقهاء بفكرة إحتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة التعديل؛ حيث أن الأستاذ **عمار بوضياف** يؤكد أن تأصيل سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد، يعود إلى حسن سير المرافق العامة<sup>8</sup>، وذلك

<sup>1</sup> - مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 192.

<sup>2</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 443.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 157.

<sup>4</sup> - محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. 11.

<sup>5</sup> - أشار إليه : نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 337.

<sup>6</sup> - أنظر: حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية.....، ص. 634.

<sup>7</sup> - أنظر: جورج سعد، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.ن، ص. 314.

<sup>8</sup> - إذ يرى أن "الإدارة تستطيع؛ إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام؛ أن تُعدّل في مقدار إلتزامات المتعاقد معها بالزيادة أو

التقصان...؛" عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 203.

على غرار الأستاذ **محمد قبطان** ، إذ أنه يرى أن أساس هذه السلطة - مثل باقي السلطات الإستثنائية للإدارة - يوجد ضمن متطلبات الحفاظ على مصالح المرفق العام<sup>1</sup>.

كما يمكن أن يُستنتج مما ذكره الأستاذ **أحمد محيو** حول القيود الواردة على سلطة التعديل الإفرادي أنه يُقيمها على مقتضيات المصلحة العامة، وهي المصلحة التي يسعى المرفق العام لتحقيقها وضمانها دائماً، حيث يرى أنه إذا كانت المصلحة العامة تُحتمُّ تكيف العقد، فإنها لا يمكن أن تتجاهل حقوق ومصالح المتعاقد<sup>2</sup>.

ترتبط على ما سبق يمكن القول أن الرأي الراجح هو تأسيس سلطة التعديل على إحتياجات المرفق العام، لكونها تعطي الحق للإدارة في التدخل لجعل العقد يتواءم مع المستجدات التي قد تطرأ على إحتياجات المرفق؛ ومهما يكن من أمر الخلاف الذي ثار بين الفقهاء حول هذا الأساس، ومهما تعددت وجهات نظرهم، فإن الحقيقة التي أجمع عليها الفقه-حاليا- هي الإعراف للإدارة بسلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا توافرت بعض الشروط والضوابط ؛ فما هي هذه الشروط؟

---

<sup>1</sup> - " Le fondement de ce pouvoir qui, comme tous les pouvoirs exorbitants de l'administration, réside dans le souci de la préservation des intérêts du service public"; Mohamed KOBAN, OP CIT, p76.

<sup>2</sup> - " Si l'intérêt général nécessite l'adaptation d'un contrat,..."; Ahmed MAHIOU, OP CIT, p250.

## الفرع الثاني

### شروط استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري

من المعلوم أنه لا تتمتع الإدارة بسلطة مطلقة في التعديل ، وذلك حتى لا يُترك المتعاقد في حالة خضوع تام لتعسفها<sup>1</sup>، وإلا سيؤدي ذلك لإهدار فكرة العقد من أساسها ، إذ " لا يمكن الحديث عن عقد إذا كان أحد الأطراف قادر على التهرب من التزاماته ، أو فرض إلتزامات جديدة على الطرف الآخر دون شروط"<sup>2</sup>.

وبالتالي فإن الإدارة عند استعمالها لسلطة التعديل الإفرادي ، ملزمة باحترام مجموعة من الشروط، منها ما تتعلق بصحة قرار التعديل ومشروعيته ومنها ما تخص موضوع هذا التعديل ومقداره<sup>3</sup>، حيث أن القرار المعدل يجب أن يبقى في حدود المبدأ العام للمشروعية، وعليه ألا يتجاوز نسباً معينة؛ مما يستدعي-لدراسة شروط سلطة التعديل الإفرادي- التطرق للشروط المتعلقة بقرار التعديل (أولاً)، ثم الشروط المتعلقة بمحل التعديل (ثانياً).

#### أولاً: الشروط المتعلقة بقرار التعديل

وهي الشروط المتصلة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة لتعديل العقد الإداري انفرادياً، إذ أن قرار التعديل حتى يكون صحيحاً ويُعدّ به لا بد عليه من أن يخضع لمجموعة من الشروط والإجراءات، سواء منها ما تعلق بالقرارات الإدارية بصفة عامة أو ما خص قرار التعديل الإفرادي على وجه الخصوص. فالقرار المعدل لا بد أن يكون في حدود المبدأ العام للمشروعية، أي مستوفياً لكافة أركان المشروعية الإدارية؛ من حيث الإختصاص والشكل والإجراءات<sup>4</sup>، كما أن عليه إحترام الشروط الأخرى التي وضعها القضاء والتشريع لصحة عملية التعديل ، بحيث لا يكون

<sup>1</sup>- Voir: RAINAUD Jean-Marie, le contrat administratif : volonté des parties ou loi de service public, R D P, N°5, 1985, p1183.

<sup>2</sup>- حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص. 156؛ كذلك فإن وضع حدود لسلطة التعديل الإفرادي يدعم مبدأ الشفافية، إذ أن من شأنه أن يحول دون التواطؤ الذي قد يحدث بين الإدارة والمتعاقد، بحيث يتعاقدان على موضوع معين، ثم يقوم بتنفيذ محل آخر بعد استعمال هذه السلطة؛ عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 511.

<sup>3</sup>- فالقيود التي تُرد على سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي نوعان: قيود متعلقة بالمشروعية ويترتب على مخالفتها بطلان التعديل، وقيود متعلقة بنطاق التعديل ويترتب على مخالفتها حق المتعاقد في طلب فسخ العقد؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 229.

<sup>4</sup>- علي الفحام، المرجع السابق، ص. 233.

قرار التعديل صحيحا إلا إذا تم إصداره نتيجة لتغير في الظروف، وكان محترما لقواعد المشروعية الإدارية، ولا يصدر هذا القرار إلا ضمن آجال تنفيذ العقد.

ومن ثمة فإن شروط التعديل الإفرادي المتعلقة بقرار التعديل، تتمثل في شرطين أساسيين يتطلبهما القضاء الإداري إضافة إلى شرط آخر استوجبه التشريع في القرار المعدل، وهذه الشروط هي كالتالي:

شرط تغير الظروف (أ)، وشرط إحترام مبدأ المشروعية الإدارية (ب)، و-أخيرا- شرط النطاق الزمني (ج).

### (أ) شرط تغير الظروف

لا يمكن للإدارة تعديل العقد الإداري، إلا إذا حدث تغير في الظروف يستدعي هذا التعديل؛ فالإدارة أبرمت العقد في سبيل المصلحة العامة وعليها مراعاتها أثناء تنفيذ العقد ، فإذا حدثت ظروف لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد وكان من شأنها أن تحوّل دون تحقيق هذه المصلحة العامة، فعندئذ فقط يمكن للإدارة تعديل شروطه لينسجم مع الظروف الجديدة للمصلحة العامة<sup>1</sup>. ومتطلبات المصلحة العامة ليست ثابتة بل هي في تغير وتطور نتيجة تغير الظروف المحيطة بالمصلحة العامة؛ " وعلى هذا فإن تحقيقها من خلال العقد سيكون ناقصا، بل قد لا تبقى له أية جدوى إذا لم يتأثر بهذه الظروف، وانطلاقا من هذا المفهوم برزت فكرة تغير الظروف *Changement des circonstance* التي بمقتضاها يكون للإدارة أن تُجري-تحقيقا للصالح العام- التعديل الذي تراه ضروريا على العقد ليساير الظروف الجديدة التي طرأت عليه بعد إبرامه<sup>2</sup>. ونظرا لأهمية شرط تغير الظروف باعتباره أول وأهم سبب لإعمال سلطة التعديل الإفرادى ، فقد انبرى جانب من الفقه لتعريف فكرة تغير الظروف، وتوضيح أهميتها في مجال نظرية التعديل الإفرادى، ومدى التكريس القضائي والتأييد الفقهي لهذا الشرط ، إلا أن ذلك لا يمنع من إبراز الخلاف الفقهي الذي ثار حول مدى سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري إذا لم يكن التغيير في الظروف راجعا لحاجات مستجدة للمصلحة العامة لم تستطع الإدارة تقديرها وقت التعاقد، بل يرجع إلى سوء تقدير ظروف المرفق عند التعاقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.133.

<sup>2</sup> - فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، المرجع السابق، ص.130.

<sup>3</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.133.

ومن ثمة لا بد من التطرق لمفهوم شرط تغيير الظروف (I)، ثم لمدى اشتراط تغيير الظروف في حالة خطأ الإدارة في تقدير إحتياجات المرفق العام(II).

## 1. مفهوم شرط تغيير الظروف

من المتفق عليه أن شرط تغيير الظروف ليس هو بحال من الأحوال تغيير الظروف الموضوعية، بل يكفي فقط أن يكون هناك تغيير غير متوقع في الظروف المؤثرة في إرادة الأطراف، سواء كانت تلك الظروف موضوعية أو ذاتية<sup>1</sup>؛ ويتلخص هذا الشرط في كون تغيير الظروف التي أبرم العقد في ظلها يُعد المبرر لتزويد الإدارة بسلطة تعديل العقد<sup>2</sup>.

ومن ثمة لا يمكن القول أن سلطة التعديل هي سلطة تقديرية للإدارة تمكنها من التخلص من التزاماتها التعاقدية متى شاءت، بل إن استعمال هذه السلطة رهين بحدوث تغيير في الظروف، "وبذلك يمكن القول أن مفهوم تغيير الظروف له وظيفة معروفة في نظرية العقود الإدارية<sup>3</sup>"، بل وتتعدى فكرة تغيير الظروف القانون الإداري، لتجد تطبيقاً لها في العديد من فروع القانون الأخرى<sup>4</sup>. وإن شرط تغيير الظروف يؤكد أن العقد الإداري هو عقد بأتم معنى الكلمة، تُحترَم فيه قاعدة العقد شرعية المتعاقدين، فالإدارة ملزمة بالتقيد بما تم تحديده في العقد، لكن تغيير الظروف هو الذي يسمح لها بتعديله تحت رقابة القضاء الإداري<sup>5</sup>.

ويتطلب القضاء الإداري شرط تغيير الظروف لإمكان ممارسة الإدارة سلطة التعديل؛ ففي فرنسا يرى الأستاذ علي الفحام<sup>6</sup> أن دراسة قضاء مجلس الدولة الفرنسي توضح أن سماحه للإدارة بالتعديل الإفرادي للعقد الإداري يرجع إلى فكرة المصلحة العامة وتغيير الظروف، وكذلك الأمر في

<sup>1</sup>- علي الفحام، المرجع السابق، ص.273.

<sup>2</sup>- محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.119.

<sup>3</sup>- علي الفحام، المرجع السابق، ص.270.

<sup>4</sup>- فهي فكرة تجد مجالاً واسعاً لتطبيقها في أكثر من فرع:

\*ففي مجال القانون المدني، تمت صياغة نظرية الحوادث الطارئة في القانون الكنسي، على أساس فكرة تغيير الظروف "REBUS SIC STANTIBUS"، فالعقد-المدني- يفترض فيه شرط ضمنى؛ هو أن الظروف الاقتصادية التي أبرم في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغييراً جوهرياً، فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة لأحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الضرر الناشئ من هذا التغيير المفاجئ في الظروف الاقتصادية؛ أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2000، 3، ص.707 وما بعدها.

\*وكذلك الأمر في مجال القانون الدولي العام؛ حيث أن مبدأ بقاء المعاهدات نافذة ما بقيت الظروف على حالها "CONVENTIO OMNIS INTELLIGITUR RUBUS SIC STANTIBUS"؛ من المبادئ القديمة التي جاءت بها المدرسة الإيطالية، والمستعملة في مجال تنفيذ المعاهدات الدولية؛ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.120.

<sup>5</sup>- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص.190.

<sup>6</sup>- علي الفحام، المرجع السابق، ص.270.

مصر، فقد استخلص أحد الفقهاء من إحدى أحكام المحكمة الإدارية العليا، أنها تشترط تغيير الظروف لممارسة سلطة التعديل، ورأى أن القضاء الإداري المصري مستقر على وجوب حدوث تغيير في الظروف كشرط أساسي لممارسة سلطة التعديل<sup>1</sup>، كما أيد بعض الفقهاء العرب ضرورة تطلب هذا الشرط<sup>2</sup>.

وفي الجزائر، اشترط ق.ص.ع صراحة تغيير الظروف كشرط لإعمال سلطة التعديل، حيث نصت م 3/103 على ما يلي: "يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، تمديد صفقة لأداء خدمات أو اقتناء لوازم،...".

لكن رغم ذلك، فقد ثار نقاش فقهي حول مدى التقيد بهذا الشرط في حالة ما إذا لم تتغير الظروف، لكن الإدارة لم تحسن تقديرها أثناء التعاقد؛ فهل يمكنها تعديل العقد رغم ذلك؟ أم أنها تبقى متقيدة بشرط تغيير الظروف؟

## II. مدى اشتراط تغيير الظروف في حالة خطأ الإدارة في تقدير إحتياجات المرفق

إذا ما أخطأت الإدارة أثناء إبرام العقد، فلم تُقدّر مقتضيات سير المرفق العام كما ينبغي، ثم أثناء التنفيذ يتبين أن العقد لا يتماشى مع الظروف الواقعية والحقيقية، مما يستدعي ضرورة تعديله، ففي هذه الحالة تجد الإدارة نفسها أمام مُتناقضين، فمن جهة لا بد عليها من تغيير العقد ليتماشى مع ضرورات السير السليم للمرفق العام، ومن جهة أخرى ليس هناك تغيير في الظروف يستدعي هذا التعديل؛ ولإيجاد حل لهذا الوضع فقد تنازع المسألة رأيان.

**الرأي الأول:** يتزعمه الأستاذ ثروت بدوي؛ ويرى أنه "إذا لم تُقدّر الإدارة مصالح الجماعة تقديراً سليماً فإنها لا تستطيع أن تستند على خطئها وتفرض على المتعاقد معها تعديل العقد،...

<sup>1</sup> - حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ج.م.ع، 2001، ص 361، 362.

<sup>2</sup> - ومن بين هؤلاء الفقهاء:

\*الأستاذ فؤاد مهنا؛ حيث يرى أنه يُشترط حتى تستطيع الإدارة إعمال سلطتها في تعديل العقد أن تكون الظروف التي كانت قائمة وقت إبرامه قد تغيرت عما كانت عليه؛ أشار إليه: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 241.

\*الأستاذ سليمان الطماوي؛ يرى أنه لا بد أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد، تبرر هذا التعديل، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون تغيير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 444.

\*الأستاذ علي الفحام؛ يرى أنه إذا لم تتغير الظروف، فإنه لا يكون ثمة مبرر لتعديل العقد؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص. 278.

بل عليها أن تدرُس حاجاتها جيدا قبل أن تطرحها للتعاقد<sup>1</sup>، بحيث لا يجوز للإدارة تعديل العقد في هذه الحالة لعدم حدوث تغيير في الظروف يبرر هذا التعديل<sup>2</sup>.

ورغم أن هذا الرأي لقي تأييدا من بعض الفقهاء<sup>3</sup>، إلا أنه تعرّض للنقد من جانب أنصار الرأي الثاني؛ وذلك كالاتي:

**الرأي الثاني:** يتزعمه الأستاذ سليمان الطماوي، وقد انتقد الرأي السابق بحيث رأى أنه يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل الإفرادي، فهي -في نظره- مرتبطة بالقواعد الضابطة للمرفق العام ومن أولها قابلية المرفق العام للتغيير في أي وقت، وأن إعماله يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة نتيجة تكريسه لفكرة ثبات العقود التي تهدف لحماية المتعاقد مع الإدارة<sup>4</sup>، ويرى أنه مهما كانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أم لا، فإنه يجب تمكينها من تنظيم المرفق العام بما يحقق الصالح العام على أتم وجه، خاصة وأن المتعاقد مع الإدارة دائما يهدف إلى الربح، ومن المسلم به أن التعديل لا يمس بالمزايا المالية المستحقة له<sup>5</sup>، وبالتالي لا داعي للمغالاة في تقييد سلطة الإدارة في التعديل في هذه الحالة<sup>6</sup>. وقد لاقى هذا الرأي ترحيبا من قبل العديد من الفقهاء<sup>7</sup>.

ويمكن القول أن ق.ص.ع الجزائري أخذ بالرأي الأول، حيث نص في م 3/103: "... شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد، وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها،..."، مما يوحي بأن المشرع ألقى على عاتق المصلحة المتعاقدة عند إبرام العقد ما يسمى: **التزام التوقع**، وعليه لم يترك المشرع مبررا للتعديل سوى ما كان نتيجة لعدم التوقع.

<sup>1</sup> - Sarouat BADAOU, OP CIT, p98.

<sup>2</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.242.

<sup>3</sup> - لعل أبرزهم:

\*الأستاذ فؤاد مهنا؛ حيث يرى أن السماح للإدارة بالتعديل في هذه الحالة، من شأنه أن يسمح للإدارة بالتدخل من التزاماتها التي تنشأ عن العقود التي تبرمها؛ المرجع نفسه، ص.242.

\*الأستاذ مهند مختار نوح؛ إذ رجّح رأي الأستاذ ثروت بدوي، لأن سلطة التعديل الإفرادي -في نظره- "ميزة استثنائية تتمتع بها الإدارة، أُعطيت لها لمجابهة ظروف طارئة وغير متوقعة في أوضاع المرفق الذي يتصل به العقد، وإن سوء تقدير أوضاع المرفق لا يوازي إطلاقا الظروف الطارئة التي تمر بالمرفق"؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.134.

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، 444،445.

<sup>5</sup> - كما ستتم دراسته من خلال المبحث الموالي من هذا الفصل.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ص.445.

<sup>7</sup> - ومن أبرزهم:

\*الأستاذ علي الفحام؛ حيث يرى أنه "مهما تكن الإدارة قد أخطأت، فلها دائما مكنة التعديل"؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص.281.

\*الأستاذ حمدي حسن الحلفاوي، إذ يرى أنه في هذه الحالة، يسوغ للإدارة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، ويرى أن إلزام الإدارة بالإبقاء على عقد ذو شروط لا تتلاءم مطلقا مع ظروف المرفق العام، هو أمر لا يقبله لا العقل ولا المنطق؛ حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص.263.

وأخيراً، يمكن القول أن تغيير الظروف هو شرط جوهري لإعمال سلطة التعديل الإفرادي، بحيث يبرر هذا التغيير التعديلات التي تُدخلها على العقد الإداري؛ ومن ثمة إذا ما طرأت ظروف جديدة أثناء تنفيذ العقد فإن الإدارة المتعاقدة-باعتبارها المكلفة بالحفاظ على الصالح العام وضمن السير الحسن للمرفق الذي يتصل به العقد- تتدخل فوراً لتدارك الأمر عن طريق إصدار قرار تعديل هذا العقد، إلا أن هذا القرار لا يكون صحيحاً إلا إذا جاء محترماً لمبدأ المشروعية الإدارية؛ **فكيف ذلك؟**

## ب) شرط الخضوع لمبدأ المشروعية الإدارية<sup>1</sup>

الإدارة أثناء سعيها لتحقيق الصالح العام لا بد أن تخضع لقواعد المشروعية<sup>2</sup>، وإن لجوءها لسلطة التعديل الإداري ليس سوى سعيها منها لتحقيق الصالح العام، باعتبار إحتياجات المرفق العام هي الأساس القانوني الذي تتأسس عليه هذه السلطة، ولما كانت هذه السلطة تتجسد ميدانياً في قرار التعديل، فإن هذا الأخير لا بد من أن يحترم مبدأ المشروعية، شأنه في ذلك شأن باقي أعمال الإدارة، حيث ألزمها المشرع باحترام مبدأ المشروعية، وذلك وفق م 04 من المرسوم 131/88 التي جاء بها: " يجب أن يندرج عمل السلطة الإدارية في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها"<sup>3</sup>.

ففي الحالات التي يجوز للإدارة فيها تعديل العقد الإداري، يرى الأستاذ سليمان الطماوي<sup>4</sup>،

أن عليها أن تحترم مبدأ المشروعية الإدارية<sup>5</sup> *Le principe de la légalité administrative* فيصدر التعديل من السلطة المختصة بإجرائه، ووفقاً للإجراءات الشكلية المقررة<sup>6</sup>.

فقوار التعديل شأنه شأن سائر أعمال الإدارة عليه إحترام جميع النصوص القانونية التي تنظمه، سواء من حيث الشكل أم الموضوع<sup>1</sup>، ومن ثمة لا يكون قرار التعديل مشروعاً إلا إذا جاء محترماً للقواعد الآتية:

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل؛ أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 265.

<sup>2</sup> - فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، المرجع السابق، ص. 129.

<sup>3</sup> - أنظر المرسوم رقم 88-131، الصادر بتاريخ 04/07/1988، المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج.ر. 27، صادرة بتاريخ 06/07/1988، ص. 759.

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 445.

<sup>5</sup> - يقصد بمبدأ المشروعية الإدارية: " تطابق أعمال الإدارة مع القانون، ولا بد أن يُفهم القانون بمفهومه العام، أي كافة القواعد القانونية السائدة في الدولة، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية؛" أنظر: عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 2012، ص. 13؛ وللمزيد من التفاصيل حول مبدأ المشروعية؛ أنظر: علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج 1، دار الثقافة، ط 2004، ص. 23 وما بعدها.

<sup>6</sup> - أنظر قرار CE، 18/07/1930، P.L.M, RDP, 1931, p141, concl. JOSSE؛ أشار إليه: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 239.

## 1. القواعد المتعلقة بالإختصاص:

يُعرّف الإختصاص بأنه: "أهلية الجهة الإدارية للقيام بعمل معين"<sup>2</sup>، أو هو " قدرة الموظف قانونًا على اتخاذ القرارات التي تدخل في نطاق صلاحياته"<sup>3</sup>؛ وعلى الإدارة المتعاقدة أن تلتزم حدود الإختصاص المرسوم لها قانونًا، والقاعدة أن تحديد الإختصاص يرد بنص (صريح أو ضمني)، لكن في حالة السكوت، يتم اللجوء لنظرية توازي الإختصاص، فمن يملك إبرام العقد يملك تعديله. فلا يملك تعديل العقد الإداري إلا من أناطه القانون بذلك، فإذا كان يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى القيام بهذا التعديل والاعتداد به قانونًا ما لم تلتزم عند إجرائه بقواعد الإختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه"<sup>4</sup>. ولقد حدد المشرع الجزائري قواعد الإختصاص في مجال التعديل الإفرادي للعقد الإداري، حيث ألزم في م3/103 ق.ص.ع أن يتم التعديل من قبل المصلحة المتعاقدة<sup>5</sup>، كما حصرت م5/12 د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية الإختصاص بإصدار قرار التعديل فقط في مهندس الدائرة أو المهندس المعماري<sup>6</sup>؛ وبما أن قواعد الإختصاص من النظام العام<sup>7</sup>، فإن

---

<sup>1</sup> - أي أن تكون كل أركان القرار الإداري وعناصره الشكلية والموضوعية صحيحة، إلا أن "الفقه يشير هنا، إلى العناصر الشكلية (ركن الإختصاص وركن الشكل والإجراءات)، إضافة إلى عنصر الهدف (الصالح العام)، دون الأركان الأخرى (المحل والسبب)، والتي وردت في شروط أخرى؛ فركن السبب يتمثل في أن الدافع للتعديل هو تغير الظروف، كما سبق بيانه؛ أما ركن المحل فيشمل إحترام كل النصوص المتعلقة بمحل التعديل، كالنسب المعدلة، وهو ما سيتم شرحه لاحقًا.

<sup>2</sup> - بوحميده عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري-تنظيم، عمل واختصاص-، دار هومه، الجزائر، 2011، ص.233.

<sup>3</sup> - أنظر: عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ج.م.ع، ط 1، 2012، ص.177.

<sup>4</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص.422.

<sup>5</sup> - تنص م3/103 على ما يلي: " يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، تمديد صفقة...؛ وقد حصرت م2 ق.ص.ع المصلحة المتعاقدة في مجموعة من الهيئات، والتي يمكنها إبرام الصفقات العمومية، وهي:

-الإدارات العمومية، -الهيئات الوطنية المستقلة، -الولايات، -البلديات، -المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، -مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية الإقتصادية.

وللمزيد من التفاصيل حول هذه الهيئات؛ أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.47 وما بعدها.

كما أن القضاء الإداري الجزائري لا يتوانى في مراقبة مدى إحترام ركن الإختصاص في إبرام العقود الإدارية؛ فقد قرر في أحد قراراته أنه "متى كان منح عقود امتياز تسيير محطات المسافرين ذات المنفعة الجهوية والوطنية من صلاحيات الوالي، فإن التصرف في هذا الشأن من طرف رئيس البلدية...يعد تجاوزًا للإختصاص"، قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2009/10/29، ملف رقم 042868، نشرة القضاة، ع 66، ط 2011، ص.361.

<sup>6</sup> - إذ أنها تنص على ما يلي: "...إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة...".

<sup>7</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.142؛ بوحميده عطاء الله، المرجع السابق، ص.233.

القضاء الإداري متشدد في مراقبة مدى إحترام قواعد الإختصاص في مجال إستعمال سلطة التعديل الإفرادي<sup>1</sup>.

لكن لا يكفي اتخاذ قرار التعديل من السلطة المختصة، حتى يكون سليما، بل لا بد أن يظهر في الشكل المطلوب، ووفقا للإجراءات المحددة قانونا؛ وذلك على النحو الآتي:

## II. القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات:

شكل القرار الإداري هو القالب الذي يُفرغ فيه هذا القرار، أي المظهر الخارجي له<sup>2</sup>. أما الإجراءات فهي مجموعة الخطوات والمراحل أو العمليات، التي يتعين على الإدارة أن تحترمها عند اتخاذ عملها الإداري<sup>3</sup>.

وقد حدد المشرع الجزائري مجموعة من القواعد المتعلقة بأشكال وإجراءات اتخاذ قرار التعديل، وبالتالي لا بد على الإدارة من احترامها حتى يكون القرار صحيحا، وهي:

### (1) بخصوص الشكل:

بما أن الشكل ينحصر في القرار المكتوب فقط، دون القرار الشفهي والضمني<sup>4</sup>؛ فقد استوجب استوجب المشرع الجزائري أن يتم التعديل بموجب قرار كتابي، حيث نص في م 12/أخيرة من د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية، على ما يلي: "يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة".

<sup>1</sup> - ففي القضاء الإداري العربي، يُذكر:

\*في مصر: قررت المحكمة الإدارية العليا أن: "... العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة، صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة"، حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1980/11/22.

\*في لبنان: قرر مجلس شورى الدولة أن: "قرار التعديل -في قضية الحال- صادر عن جهة لم تكن طرفا في العقد المحدد، وليست بالتالي صالحة لاتخاذ القرار المطعون فيه"، قرار صادر بتاريخ 2003/01/20.

أشار لهذين القرارين: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 341، 342.

<sup>2</sup> - بوحميده عطاء الله، المرجع السابق، ص. 238.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 242.

<sup>4</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 150.

ويرى أحد الفقهاء أن عنصر الكتابة شرط لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل، وهذا -حسب رأيه- شرط طبيعي، فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة الأصلية، ووجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوافر عنصر الكتابة<sup>1</sup>.

كما ورد في نفس المادة(م) 12/أخيرة) ما يلي: "... ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة"، وتظهر أهمية التاريخ في معرفة ما إذا كان الموظف مختصا من حيث الزمان، وما إذا كان قرار التعديل متماشيا مع مدة سريان العقد أم لا.

## (2) بخصوص الإجراءات:

إضافة للإجراءات القانونية المعمول بها في اتخاذ القرارات الإدارية على مستوى جهة الإدارة المتعاقدة، فقد استوجب المشرع الجزائري إجراءً معيناً لا بد لقرار التعديل من إحترامه في حالات معينة ، فمن خلال استقراء م 105/أخيرة و م 106 من ق.ص.ع، يتضح أن المشرع الجزائري قد حصر بعض الحالات التي يجب خلالها عرض قرار التعديل على لجنة الصفقات المعنية . حيث أن "الملحق شأنه شأن الصفقة العمومية من حيث خضوعه للرقابة القبلية الخارجية، وذلك لاعتباره وثيقة تعاقدية ملحقة بالصفقة الأصلية، فالملحق يبرم ويعرض على لجان الصفقات العمومية المختصة، وذلك في حدود آجال التنفيذ التعاقدية الخاصة بالصفقة الأصلية"<sup>2</sup>.

وهذا ما تنص عليه م 3/144 وم 4/146 من ق.ص.ع. وهذه الحالات هي:

### الحالة الأولى: تجاوز مبلغ التعديل لحدود مالية معينة:

أوجبت م 106 من ق.ص.ع خضوع التعديل الذي يتم بموجب م 3/103 لهيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا تجاوز النسب الآتية:

\* 20% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من إختصاص لجان الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.207.

<sup>2</sup> - أنظر: بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بجامعة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص.58.

\* 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من إختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.

### الحالة الثانية: إذا نتج التعديل عن حالات استثنائية وغير متوقعة:

قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة ظروف استثنائية غير متوقعة تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي اختلالاً وصفته م 2/105 بالاختلال المعتبر، وقد يؤثر ذلك على أجل العقد الأصلي<sup>1</sup>؛ فهنا أجاز المشرع اللجوء للتعديل، لكن بشرط عرضه على لجنة الصفقات المعنية.

### الحالة الثالثة: إذا تضمن التعديل عمليات جديدة:

قد تبرز في مرحلة تنفيذ الصفقة ظروف موضوعية تدفع الإدارة المتعاقدة لتعديل الصفقة، عن طريق إدخال أعمال جديدة لم يتم النص عليها في الصفقة، لكنها ذات صلة بها<sup>2</sup>؛ ففي هذه الحالة استوجبت م 106/أخيرة عرض قرار التعديل على لجنة الصفقات المعنية، إذا ما تجاوزت الأعمال الجديدة النسب المقررة في م 106، السالف ذكرها.

### III. القواعد المتعلقة بالهدف:

يُقصد بالهدف الأثر البعيد والغاية المرجوة من القرار الإداري، والذي يُفترض فيه أن يُحقق المصلحة العامة للإدارة والأفراد، وبالخصوص ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد<sup>3</sup>. فتحقيق المصلحة العامة غاية عامة يتعين على الإدارة احترامها، مما يلزم الإدارة وهي بصدد القيام بسلطة التعديل، أن يكون دافعها الوحيد هو تحقيق المصلحة العامة<sup>4</sup>، ولعل تبرير ذلك هو كون الأساس القانوني لسلطة التعديل يتمحور في إحتياجات المرفق العام، مما يجعل تغيير الظروف معياراً لمعرفة مدى سعي قرار التعديل لتحقيق المصلحة العامة من عدمه.

<sup>1</sup> - عما بوضياف، المرجع السابق، ص. 209.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 209.

<sup>3</sup> - بوحميده عطاء الله، المرجع السابق، ص. 244.

<sup>4</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 52.

ويرى أحد الفقهاء أن القضاء الإداري المصري مستقر على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد، إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر -أخيراً- أن قرار التعديل رغم صدوره من الجهة المختصة، في الشكل المطلوب، وبعد إحتزام كل الإجراءات المحددة قانوناً لذلك، إلا أن هيكون دون جدوى إن لم يحترم شرطاً آخر؛ ألا وهو شرط النطاق الزمني، فكيف ذلك؟

### ج) شرط النطاق الزمني

إضافة للشرطين السابقين نص المشرع الجزائري على شرط آخر يستوجب توافره في قرار التعديل، وهو تزامن قرار التعديل مع سريان العقد الإداري. فقد تطلّب صراحة هذا الشرط، حيث نص في م 105 ق.ص.ع إذ جاء بها ما يلي: "لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية"<sup>2</sup>؛ ويرى أحد الفقهاء أن هذا الشرط هو قيد منطقي لا حاجة للنص عليه، حيث أن انتهاء العقد الإداري سيؤدي لنهاية كل الحقوق والسلطات التي كان يخولها للإدارة بما فيها سلطة التعديل<sup>3</sup>.  
والمقصود بعبارة "آجال التنفيذ التعاقدية" هو فترة سريان العقد، أي طوال الفترة التي يبقى العقد قائماً خلالها، ولو تراخى المتعاقد عن تنفيذه<sup>4</sup>؛ ومن ثمة ففترة سريان العقد لا تعني فترة تنفيذه<sup>5</sup>.

والجدير بالذكر أن م 3/103 لم تسمح بتمديد مدة الصفقة لأكثر من 4 أشهر، وهذا يعتبر شرطاً آخر حدد من خلاله المشرع النطاق الزمني الذي تشملته سلطة التعديل الإفرادي الواردة بهذه المادة، والتي تخص فقط صفقات تقديم الخدمات واقتناء اللوازم<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.239.

<sup>2</sup> - المشرع المصري كذلك استوجب هذا الشرط، حيث استلزم صدور قرار التعديل أثناء مدة تنفيذ العقد، وذلك بموجب م 78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً و تحكيميا، د.د.ن، 2009، ص.43.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص.43.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص.43.

<sup>6</sup> - أما بخصوص صفقات إنجاز الأشغال والدراسات؛ فقد نصت م 5/12 من د.ش.إ.ع بخصوص الأولى(صفقة الأشغال) على أن التغييرات يجب أن تحصل خلال العمل، أما الثانية (صفقات الدراسات) فقد سكت النص بشأنها، لكن ذلك لا يمنع من القول أن هذا الشرط هو بديهي ومنطقي دون حاجة للنص عليه.

وإذا ما احترق قرار التعديل كل هذه الشروط والإجراءات فإنه يصبح مشروعاً وقابلًا للتنفيذ، ويتحصن بالتالي من مكنة إلغائه من طرف القاضي المختص؛ لكن رغم هذا لا بد من استيفاء مجموعة أخرى من الشروط والتي تتعلق بموضوع التعديل الإفرادي أو محله، والتي يسمح خرقها للمتعاقد بطلب فسخ العقد الإداري المعدل، فما هي هذه الشروط؟

### ثانياً: الشروط المتعلقة بمحل التعديل وموضوعه

إلى جانب الشروط السابقة والمتعلقة بقرار التعديل، فإن هناك شروط أخرى تتعلق بمحل التعديل أو بالموضوع الذي ينصب عليه، والتي تهدف إلى عدم السماح للإدارة بتجاوز حدودها في التعديل لدرجة إرهاب المتعاقد معها، وتجاوز إمكانياته، بحيث لا يجوز للإدارة الإفراط في سلطة التعديل لحد يتم معه تغيير موضوع العقد الأصلي تماماً، أو يؤدي إلى قلب التوازن الاقتصادي للعقد، كما لا يجوز للتعديل تجاوز النسب التي حددها المشرع. وعليه، تظهر الشروط المتعلقة بمحل التعديل في الآتي: عدم تغيير موضوع العقد (أ)، عدم قلب إقتصاديات العقد (ب)، عدم تجاوز النسب المحددة (ج).

#### أ) عدم تغيير موضوع العقد

من المسلم به أن للإدارة سلطة تعديل شروط العقد الإداري، إذا ما استدعت ضرورات تحقيق المصلحة العامة ذلك؛ لكن سلطة التعديل هذه لا تصل لدرجة تغيير موضوع العقد أو طبيعته. حيث أن سلطة التعديل الإفرادي تقتصر على موضوع العقد ولا تتعداه، إذ أن المتعاقد قد تعاقد مع الإدارة على معاونتها في موضوع معين، وهو يبذل كل ما في وسعه لسد حاجيات المرفق العام المتصل بالعقد في حدود هذا الموضوع فقط، دون أن يتعدى إلتزامه هذا الحد<sup>1</sup>؛ ومن ثمة كان لزاماً على الإدارة عند تعديل العقد التقيد بموضوعه وعدم الخروج عنه، وهو ما يسمى بشرط عدم تغيير موضوع العقد.

ومقتضى هذا الشرط أن يقتصر التعديل على موضوع العقد دون الخروج عليه، وبمعنى آخر أنه "لا يسوغ للإدارة إسناد أعمال جديدة للمتعاقد معها والتي يُعتبر موضوعها غريباً عن العقد

<sup>1</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 237.

الأصلي، بحيث لا تربطها به صلة، أو التي يحتاج تنفيذها أوضاع جديدة تختلف البتة عن تلك المتفق عليها<sup>1</sup>.

**لكن قد يثور التساؤل** بخصوص هذا الشرط، حول المعيار المعتمد لمعرفة ما إذا كانت الأعمال التي أضافها التعديل تدخل ضمن إطار العقد الأصلي أم لا ، وإجابةً على هذا التساؤل يرى الأستاذ **علي الفحام** بلئن ما يلقي على المتعاقد بعد التعديل يجب ألا يتجاوز الحدود الطبيعية والعادية في نوعها وأهميتها، أو بمعنى أخرى أن الإدارة يجب ألا تمس جوهر العقد ذاته بدرجة قد تغير من طبيعته فيصبح موضوعه وكأنه موضوع جديد<sup>2</sup>؛ ويمكن أن يتمثل المعيار في مدى الإتصال أو الانفصال مع موضوع العقد، بمعنى أن التعديل ينبغي اقتضاه على أعمال من ذات جنس ونوع وقيمة الأعمال المتعاقد عليها.

وعلى كل، فقد اتفق أغلب الفقهاء<sup>3</sup> على ضرورة مراعاة الإدارة لهذا الشرط أثناء إستعمال سلطتها في التعديل، بل وإن القضاء كذلك لا يتوانى في مراقبة مدى إحترام قرار التعديل لهذا الشرط<sup>4</sup>، خاصة وأن التشريع هو الآخر قد قنن هذا الشرط ونص عليه<sup>5</sup>.

وفي الختام، يمكن القول أن تغيير موضوع العقد ليس جائزاً ولو اقتضاه تحقيق المصلحة

العامة، إذ أن تحقيق هذه الأخيرة وإن كان غاية مشروعة، إلا أنه يجب أن يتم من خلال وسيلة مشروعة، وذلك إعمالاً-حسب أحد الفقهاء- لمبدأ أخلاقي يجب على الإدارة مراعاته، هو أن الغاية لا تبرر الوسيلة، والذي ينظوي تحت مبدأ عام وأشمل هو ضرورة الإلتزام بحسن النية في تنفيذ العقد الإداري<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص.353.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 261؛ وللمزيد من الإيضاح يقدم الفقهاء بعض الأمثلة عن تغيير موضوع العقد، مثل أن يلزم قرار التعديل المقاول بأعمال مختلفة عن الأعمال موضوع العقد، وتقع على بعد 3 كيلومترات عن موقع الأعمال الأصلية، أو أن تكلف متعهد شق القنوات بأعمال التجفيف؛ أشار إليها: حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص.353،354.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 446؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 136؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص. 260 وما بعدها؛ محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص.232،233.

<sup>4</sup> - من بين القرارات الصادرة عن القضاء الإداري في هذا الشأن، يُذكر: قرار محكمة القضاء الإداري في مصر، الذي جاء فيه أن: "... لا يصح أن تتجاوز الأعباء الجديدة-بعد التعديل-الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وأهميتها"؛ حكم صادر بتاريخ 1957/06/30؛ أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.347.

<sup>5</sup> - حيث نصت م 29 د.ش.إ.ع على ما يلي: "عندما يرتئي **دون إجراء تغيير في موضوع الصفقة** ضرورة... تعديل منشأ الأدوات كما هي مبينة في دفتر الشروط الخصوصية...".

<sup>6</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.57.

## ب) عدم قلب إقتصاديات العقد

إن المتعاقد مع الإدارة لم يُقبل على التعاقد ولم يرضَ بإبرام العقد الإداري، إلا بناءً على ما يملكه من قُدرات وإمكانيات مالية وفنية؛ ومن ثمة لا يمكن للتعديل الإفرادي الذي تُجرّبه الإدارة على العقد الإداري أن يتجاوز هذه الإمكانيات، لأن ذلك سيؤدي لقلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب، والإضرار بمصالح المتعاقد<sup>1</sup>.

فإذا كانت سلطة التعديل الإفرادي حقاً للإدارة تجاه المتعاقد معها، ف إن هذا الأخير يملك حقاً تجاهها يتمثل في ألا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للعقد، مما قد يلحق به خسائر فادحة لم يتوقعها أثناء التعاقد<sup>2</sup>، وعليه فإن الإدارة يجب ألا يغيب عن بالها أبداً أن المتعاقد أثناء التعاقد وضع في حساباته إمكانيات فنية ومالية معينة يمتلكها، وعليها أن تراعيها عندما تُقبل على تعديل العقد، حتى لا يصل الأمر إلى قلب إقتصاديات العقد "Le bouleversement du contrat et de son économie générale"<sup>3</sup>. ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط في إحدى قراراته<sup>4</sup>، كما كرسه المشرع الجزائري بموجب م4/103 ق.ص.ع، إذ نص من خلالها على ما يلي: "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة".

## ج) عدم تجاوز النسب المحددة للتعديل

بما أن التعديل الإفرادي الذي تُجرّبه الإدارة يجب ألا يغير موضوع العقد، وألا يقلب توازنه المالي، فلا بد إذاً من ألا تتجاوز التعديلات نسبة معينة من التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان، ويُعد هذا الشرط جوهرياً جداً، باعتباره الوسيلة لتحقيق الشرطين السابقين، وتجسيدهما عملياً. وتبدو أهمية هذا الشرط كذلك، في كونه يمنح نوعاً من الإستقرار للمعاملات الناجمة عن العقد الإداري، رغم أن هذا الأخير يتميز بنوع من القابلية للتغير Une certaine mutabilité؛ حيث أن المتعاقد حين أبرم العقد الإداري كان يتوقع كافة احتمالات التعديلات التي قد تطرأ على العقد<sup>5</sup>، من خلال الإطلاع على ما ينظم هذا العقد من القوانين والتنظيمات ودفاتر الشروط.

<sup>1</sup> - حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص.161.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.58.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.264.

<sup>4</sup> - CE, 14/03/1980, S.A Compagnie industrielle de travaux électrique et mécanique ; cité par : Patrick SCHULTZ, OP CIT, p146.

<sup>5</sup> - حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص.358.

حيث أن دفاتر الشروط غالبا ما تحدد نسباً معينة للزيادة أو النقص، لا يمكن للتعديل تجاوزها، ولا يمكن للمتعاقد رفض الإمتثال لها<sup>1</sup>، وهذا ما كرّسه المشرع الجزائري من خلال م 5/29 من د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية<sup>2</sup>.

كما وضع المشرع حداً لحق الإدارة في تعديل العقد، مفاده أن هناك أصلاً عاماً في تنفيذ العقود الإدارية بتعديل كميات أو حجم العقد بالزيادة أو النقص في حدود نسب معينة، دون أن يكون للمتعاقد المطالبة بأي تعويض ما دام التعديل جاء محترماً لتلك النسب، فقد نصت م 1/30 د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية على أن الإضافة في حجم الأشغال يجب ألا تتجاوز 20% من مبلغ المقابلة، وهو نفس الأمر بالنسبة للإنقاص من حجم الأشغال<sup>3</sup>.

وعليه، يمكن القول أن المشرع الجزائري<sup>4</sup> قد وضع معياراً مادياً للحد الطبيعي والمعقول الذي يمكن للمتعاقد تحمل أعبائه والإلتزام بتنفيذه، ويرى أحد الفقهاء<sup>5</sup> أن قرار التعديل إذا ما تجاوز النسب المحددة، فإن للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حالة الزيادة<sup>6</sup>، أو طلب التعويض عما لحقه من ضرر في حالة النقص<sup>7</sup>.

وأخيراً، يمكن القول أن قرار الإدارة إذا ما كان متماشياً مع كل تلك الشروط السابقة الذكر، سواء من حيث تكوينه كقرار إداري، أو من حيث موضوعه والمحل الذي يشمل بالتعديل، فإنه يكون مشروعاً صحيحاً قابلاً للتنفيذ من قبل المتعاقد، دونما أدنى اعتراض منه، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن الإدارة رغم ذلك تبقى مُطالبّة بعدم التعسف في استخدام سلطتها في التعديل<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 282.

<sup>2</sup> - إذ جاء فيها: "...يجوز أن يُحدّد في دفتر الشروط المشتركة أو دفتر الشروط الخصوصية إلى أي مدى أو إلى أية حالة وبأية ينبغي بموجبها ضبط التعديلات المدخلة على الصيغة الابتدائية بواسطة ملحق سابق لتنفيذ كل تعديل".

<sup>3</sup> - م 1/31 د.ش.إ.ع، كما أن هذه النسب يمكن أن ترتفع إلى 50% بالنسبة للزيادة فيما يخص الصيانة أو التصليح، و 35% بالنسبة للنقص في أشغال الصيانة والتصليح؛ وذلك حسب م 2/30 و م 2/31 د.ش.إ.ع.

<sup>4</sup> - وكذلك نظيره المصري، حيث نص من خلال م 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، على ضرورة ألا يتجاوز التعديل الإفرادي نسبة 25% زيادة أو نقصاناً.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 283.

<sup>6</sup> - وهذا ما نصت عليه م 1/30 د.ش.إ.ع.

<sup>7</sup> - وهذا ما نصت عليه م 1/31 د.ش.إ.ع.

<sup>8</sup> - وقد بسّط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على ركن السبب في قرار التعديل الإفرادي، لتفحص ما إذا كان الدافع من ورائه إحتياجات المصلحة العامة أم لا؛ أنظر:

وبعد طرح مختلف المواقف الفقهية التي قِيلَتْ في وجود سلطة التعديل، وفي الأساس القانوني الذي تقوم عليه، وبعد تبيان موقف القضاء الإداري والتشريع من ذلك، سواء في الجزائر أو في القوانين المقارنّة (الفرنسية والعربية)، ثم تفصيل الشروط التي لا بد على الإدارة من إحترامها لاستعمال هذه السلطة، يثور التساؤل-بعد ذلك- عن النطاق La portée الذي تشمله هذه السلطة، فهل تشمل كل العقود الإدارية؟ وكل البنود التي تحتويها؟ وهل تُطبَّق على إطلاقها دون قيد؟ وهل تطبق بنفس الشكل على كل العقود الإدارية؟ مما يدفع إلى التطرق لكيفية إعمال سلطة التعديل الإفرادي، وذلك ضمن المبحث الموالي.

## المبحث الثاني

### إعمال سلطة التعديل الإفرادي في العقود الإدارية

تملك الإدارة سلطة تعديل بعض بنود العقد أثناء التنفيذ بصفة إفرادية، ولو لم يرد نص في العقد يُحوّلها هذه السلطة<sup>1</sup>، بل إن هذه السلطة تعد من أهم خصائص العقد الإداري المميزة له عن عقود القانون الخاص التي تخضع لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين<sup>2</sup>، في حين يتّصف العقد الإداري بالقابلية للتغيير.

وأياً ما كان الجدل الفقهي حول وجود هذه السلطة من عدمه، وحول أساسها القانوني، فإن سلطة التعديل معترف بها اليوم للإدارة من قِبَل الفقه والقضاء والتشريع الإداريين<sup>3</sup>، وهي قائمة بالنسبة لجميع العقود الإدارية<sup>4</sup>.

لكن رغم ذلك، فالجدير بالذكر أن هذه السلطة وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية على حد السواء، إلا أن تأسيسها على إحتياجات المرفق العام-كما سبق القول<sup>5</sup>- يجعل التعديل الإفرادي لشروط العقد لا يتم بدرجة واحدة في كل نماذج العقود الإدارية<sup>6</sup>، وهذه نتيجة منطقية لكون ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام ليس على درجة واحدة في كل تلك النماذج، هذا من جهة،

<sup>1</sup> - أنظر: نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص.356.

<sup>2</sup> - أنظر: سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، ج2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج.م.ع، ط 1996، ص.759.

<sup>3</sup> - حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص.346.

<sup>4</sup> - أنظر: علي الدين زيدان ومحمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، ج 4، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ج.م.ع، د.د.ن، ص.49.

<sup>5</sup> - في المبحث السابق، ضمن مطلبه الثاني.

<sup>6</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.132.

بل -ومن جهة أخرى- حتى ضمن كل عقد إداري على حده فإن سلطة التعديل الإفرادي ليست على نفس الدرجة والقوة، فقد تبسط وطنتها على بعض البنود فقط دون الأخرى، وقد تجد كذلك بعض الحدود، لكن هذا لا يمنع من القول أن لهذه السلطة مجالاً معتبراً تُستعمل فيه ضمن كل تلك العقود.

ومن ثمة تظهر أهمية دراسة كيفية إعمال سلطة التعديل الإفرادي في العقود الإدارية، والتي يظهر من خلالها المدى الحقيقي الذي تشمله، والقيود التي تحد منها، ودرجات إستعمال هذه السلطة في أهم العقود الإدارية. وكل ذلك، يستدعي إبراز نطاق سلطة التعديل الإفرادي للعقود الإدارية (المطلب الأول)، ثم عرض بعض التطبيقات الأنموذجية لها في أشهر العقود الإدارية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### نطاق سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري

لا شك أن سلطة التعديل وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية، إلا أنها ليست مطلقة بل ترد عليها الكثير من القيود<sup>1</sup>، ولعل هذا ما دفع بأحد الفقهاء للقول أن تحليل المعطيات القضائية يوصل إلى مفهوم ثابت، هو أن مظاهر سلطة التعديل الإفرادي المقررة للإدارة لها مدى أقل إتساعاً عما يبدو لها بصفة عامة<sup>2</sup>، حيث يبدو جلياً من خلال دراسة هذه السلطة أن لها الكثير من الحدود، التي تعمل على إعطائها حيزاً محدداً لا يجوز لها تجاوزه، نظراً للعديد من الإعتبارات. ويبقى للإدارة ضمن ذلك الحيز المسموح لها باستعمال سلطة التعديل الإفرادي داخله، الحق في فرض التعديلات التي تراها ضرورية على العقد الإداري، وتأخذ هذه التعديلات نفس الصور في كل العقود الإدارية، نظراً لكون المجال الذي تَبَقَّى للتعديل هو نفسه، حيث أن تأطير سلطة التعديل الإفرادي بمجموعة من القيود، سمح بإظهار المجال الحقيقي الذي تنصّب عليه هذه السلطة.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 232.

<sup>2</sup> - André de LAUBADERE, OP CIT, p57.

وعليه سيتم إبراز نطاق سلطة التعديل الإنفرادي ومداه، من خلال التطرق لمجالات هذه السلطة (الفرع الأول)، ثم للقيود الواردة عليها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مجالات أعمال سلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

لعل تبرير منح الإدارة المتعاقدة سلطة تعديل العقد الإداري يرجع لاستهداف العقود الإدارية تحقيق الصالح العام، فالإدارة باعتبارها مكلفة بتسيير المرافق العامة لا يمكن أن تظهر كمتعاقد عادي، خاصة وأن هذه المرافق تتسم بالمرونة والتغيير، مما استدعى تحويلها سلطة تعديل بنود العقد انفراديا تحقيقا للصالح العام، وهذا ما جعل هذا الأخير-أي الصالح العام- يلعب دورًا كبيرًا في تحديد مجالات أعمال هذه السلطة.

حيث أن سلطة التعديل الإنفرادي يتعين أن تنصب فقط على الشروط اللاتحوية للعقد الإداري، دون المزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة<sup>1</sup>، فلا تشمل سلطة التعديل من بنود العقد إلا ما اتصل منها بالمرفق العام، دون باقي الشروط المالية والتي تعتبر أجنبية عن المرفق العام. وبالتالي يظهر أن المجال الخصب لسلطة التعديل الإنفرادي هو الشروط المتعلقة بالمرفق العام دون باقي الشروط، والذي تستطيع الإدارة ضمنه استعمال هذه السلطة بكيفيات وصور مختلفة، حسب ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام، ومن ثمة فإن دراسة مجالات أعمال سلطة التعديل الإنفرادي، يستدعي إبراز الشروط التي تتناولها هذه السلطة (أولاً)، ثم تعدد صور هذه السلطة واتساع مداها (ثانياً).

#### أولاً: إبراز الشروط التي تتناولها سلطة التعديل الإنفرادي

لقد قيل بحق، أن الإعراف للإدارة بسلطة التعديل الإنفرادي لا يعني أن هذه السلطة مطلقة بدون حدود، بل هي سلطة محددة في مداها، ذلك أنه ليس كل شرط قابل للتعديل في العقد الإداري، فالتعديل لا ينصب إلا على الشروط المتعلقة بالمرفق العام<sup>2</sup>، فإذا كانت إحتياجات المرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي، فإن هذه الأخيرة إذاً ينحصر مجالها بسد تلك الإحتياجات فقط، وعليه يمكن القول أن سلطة التعديل الإنفرادي لا تمس إلا البنود المتصلة بالمرفق العام.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 58.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 237.

ومن ثمة لا يجوز أن تتناول سلطة التعديل الإفرادي الشروط المتعلقة بالمزايا المالية التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد مع الإدارة، ذلك أن هذه الشروط لا صلة لها بالمرفق العام<sup>1</sup>، بل وتعتبر أجنبية عنه.

وعلى ذلك فسلطة التعديل الإفرادي تبسط كل نفوذها على الشروط المتعلقة بالمرفق العام(أ)، في حين تعرف حظراً لها إذا تعلق الأمر بالشروط المالية للمتعاقد(ب).

#### أ) الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام: المجال الخصب لسلطة التعديل الإفرادي

الإدارة عندما تمارس سلطتها في التعديل عليها أن تقتصر على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، أي على الشروط التي تحدد الإلتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق، وذلك نظراً لارتباط سلطة التعديل باحتياجات المرفق العام<sup>2</sup>. فطالما أن سلطة التعديل الإفرادي تتأسس على مقتضيات سير المرافق العامة، فإن الإدارة وهي القائمة على حسن سيرها لها المكنة في تعديل كافة الشروط المتعلقة بسير المرفق، حتى يفي العقد الإداري بالغرض الذي تم لأجله<sup>3</sup>.

**ولكن في هذا الصدد يثور تساؤل هام ، يدور حول كيفية التمييز بين الشروط التي تعتبر متصلة بالمرفق العام، وبالتالي يجوز تعديلها، وبين الشروط الأخرى التي لا يجوز تعديلها لعدم تعلقها بالمرفق العام.**

بداية يمكن تعريف الشروط المتصلة بالمرفق العام من خلال تمييزها عن تلك الشروط الأجنبية عنه، فكل شرط لا صلة له بالمرفق العام لا يمكن تعديله، وقد استقر الفقه والقضاء على أن الشروط التي تعتبر أجنبية عن المرفق العام هي الشروط المتعلقة بالمزايا المنقولة عليها للمتعاقد، فهي شروط تخص المزايا والضمانات المقررة للمتعاقد دون أن تؤثر على سير المرفق أو تنظيمه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص. 193، 192.

<sup>2</sup> - حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص. 349.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 236.

<sup>4</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 231.

وإذا كان من المتفق عليه أن الشروط الخاصة بالمزايا المالية للمتعاقد تعتبر أجنبية عن المرفق العام ولا يجوز تعديلها، إلا أن هناك خلافا في تحديد طبيعة بعض الشروط، وما إذا كانت من الشروط التي يجوز للإدارة تعديلها أم لا، وهي الشروط التي تنظم العلاقة بين المتعاقد وعماله، فإذا تضمن العقد الإداري ما ينظم علاقة المتعاقد بمستخدميه، فهل ترد سلطة التعديل الإفرادي على هذه الشروط؟ أو بمعنى آخر هل تعتبر هذه الشروط متعلقة بالمرفق العام أم أنها أجنبية عنه؟

اختلف الفقهاء في فرنسا للإجابة عن هذا التساؤل<sup>1</sup>، فهناك من يقر للإدارة بسلطة تعديل هذه الشروط تعديلا انفراديا، على أساس أنها متعلقة بالمرفق العام، وليست متعلقة بالمزايا الخاصة بالمتعاقد<sup>2</sup>، بينما ينكر البعض الآخر ذلك على أساس أن النصوص المتعلقة بالمستخدمين تعتبر شروط متعلقة بالمزايا الخاصة بالمتعاقد، ولا يجوز تعديلها<sup>3</sup>، أما الفقهاء العرب فقد اقر أغلبهم بهذه السلطة<sup>4</sup>.

مع العلم أنه لا يختلف اثنان في كون الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة، تعتبر أجنبية عم المرفق العام، ولا يجوز البتة تعديلها من طرف الإدارة بشكل منفرد، فكيف ذلك؟

(ب) الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة: المجال المحظور على سلطة التعديل الإفرادي

إذا كانت الإدارة تستطيع أن تعدل من شروط العقد ما اتصل منها بالمرفق العام، فليس لها أن تعدل من شروط العقد الأخرى المنبثقة الصلة بالمرفق العام، و"هناك مبدأ يكاد يكون عاما، هو عدم جواز تعديل الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد، وهي أهم حقوقه على الإطلاق"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل حول الآراء التي قيلت في هذا الصدد، أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

<sup>2</sup> - Sarouat BADAOU, OP CIT, p88,89.

<sup>3</sup> - من بين أنصار هذا الرأي Josef BERTHELEMY؛ أشار إليه: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 234.

<sup>4</sup> - حيث يرى الأستاذ علي الفحام أن هؤلاء العمال والمستخدمين يساهمون في تسيير المرفق العام، سواء بطريق مباشر أم غير مباشر، ومن ثمة فقد يكون لإلتزاماتهم وحقوقهم تأثير على سيره الحسن، وعليه لا يجب على الإدارة أن تبقى مكتوفة الأيدي بخصوص هذه العلاقة؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص. 241.

أما الأستاذ أحمد عثمان عياد، فقد أيد سلطة الإدارة في تعديل هذه الشروط، لكن في إطار عقود إمتياز المرفق العام فقط، أين تعتبر هذه الشروط ذات صلة بالمرفق العام ومن ثمة يجوز تعديلها، أما في باقي العقود الإدارية، فإن مركز العمال التعاقدية يعتبر أجنبي عن المرفق العام، وبالتالي يكون في منأى عن سلطة التعديل؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 235.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 251.

ويقصد بهذه الشروط مجموعة من الشروط التي يحتويها العقد الإداري، وتعد الدافع الحقيقي وراء لجوء المتعاقد لخوض عمليات إبرام العقد الإداري<sup>1</sup>، ولعل أبرزها ما يتعلق بالمقابل المالي<sup>2</sup> الذي يتقاضاه المتعاقد لقاء مساهمته في تحقيق السير المنتظم للمرفق العام، وهو يتخذ إحدى صورتين، فإما أن يكون في شكل الثمن (إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة)، وإما أن يكون في شكل رسوم يتقاضاها المتعاقد من المنفعين (إذا كان يؤدي الخدمة للجمهور مباشرة، مثل عقد إمتياز المرفق العام)<sup>3</sup>.

ولعل مرد هذا المنع، يعود لكون الشروط الخاصة بالناحية المالية في العقد الإداري هي شروط تعاقدية محضة Purement contractuelles، فلا يجوز تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، بل لو تركنا للإدارة الحرية في تعديلها انفرادياً لما أقبل أحد على التعاقد معها، كما أن تحقيق الصالح العام -والذي هو أساس سلطة التعديل الإنفرادي- لا يتناقض أبداً مع سعي المتعاقد نحو تحصيل الربح من وراء العقد الإداري<sup>4</sup>، فضلاً عن أن تعديل الشروط التنظيمية لا يؤدي - حسب الغالب - إلى الإخلال بتوازن العقد، ولا تترتب عليه أضرار مادية للمقاول، أما تعديل الشروط المالية، فإنه يترتب عليه إخلال بتوازن العقد، ويؤدي إلى انهيار الأساس الذي أقام عليه المقاول قبول التعاقد مع الإدارة.

ولقد كرس القضاء الإداري مبدأ عدم جواز التعديل الإنفرادي للشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد، ففي فرنسا أقر مجلس الدولة في قرار Le Couteur et Sloan أن الإدارة لا يحق لها أن تعدل انفرادياً الثمن المتفق عليه.

« L'administration n'a pas le droit de modifier unilatéralement le prix convenu »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 122.

<sup>2</sup> - للمزيد من التفاصيل حول المقابل المالي في العقود الإدارية، أنظر: عزوي عبد الرحمن، النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقاً لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991 المعدل، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 13، فبراير 2000.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 251، 252.

<sup>4</sup> - أنظر: حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، ط 1، 1961، ص. 62.

<sup>5</sup> - Voir aussi :

CE, 02/06/1937, Chouvel, rec 546.

CE, mars 1946, Michelin, rec, 89 ; Cités par :

علي الفحام، المرجع السابق، ص. 252، هامش رقم. 95.

أما في مصر فقد أقر القضاء الإداري هذا القيد، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن الإدارة المتعاقدة لا يحق لها تعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد<sup>1</sup>.

وإذا كان من المحذور مساس الإدارة بالمزايا المالية للمتعاقد معها بشكل منفرد، فإنه من الجائز تعديلها باتفاق بين طرفي العقد الإداري، ولقد تطلّب مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته ضرورة إتفاق الأطراف حول هذه التعديلات<sup>2</sup>.

ورغم الإتفاق الذي ساد أرجاء فقه القانون الإداري حول جواز تعديل المزايا المالية للمتعاقد، إلا أنه قد نشب نقاش فقهي حاد لا بد من إبرازه، حيث ثار التساؤل حول مدى سلطة الجهة مانحة الإمتياز في تعديل الرسم **Taxe** بإرادتها المنفردة، وهو السؤال الذي انشق الفقه الفرنسي للإجابة عنه لفريقين، أحدهما منكر لهذه المكنة، والثاني مؤيد لها، ولعل مرد ذلك كله يعود لاختلافهما في تحديد الطبيعة القانونية للرسم، على النحو الآتي:

**\*الفريق الأول:** يسلم بالطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد الرسم، وبالتالي ينكر على الجهة مانحة الإمتياز سلطة التعديل المنفرد للرسم<sup>3</sup>، وهذا الرأي ينطلق من فكرة مفادها أن المتعاقد مع الإدارة (الملتزم) كان يهدف من وراء إبرامه العقد إلى الحصول على بعض المزايا المالية، وما كان ليتعاقد مع الإدارة لو لا رغبته في تحصيل الرسوم من المنفعين من المرفق الذي يتولاه، وبما أنه يسعى لتحقيق الربح فإن الرسم بالنسبة إليه يعتبر أحد العناصر التعاقدية التي لا تستطيع الإدارة تعديلها إلا بعد موافقته<sup>4</sup>.

**\*الفريق الثاني:** يسلم بالطبيعة اللاتحفية للشروط المتعلقة بالرسم، وبالتالي يعترف للجهة مانحة الإمتياز بسلطة التعديل المنفرد للرسم<sup>5</sup>، وبتزعم هذا الرأي الفقيهان الفرنسيان **Jéze** و**Bonnard**، إذ يفرقان في عقد الإمتياز بين نوعين من الشروط، شروط تعاقدية (لا يمكن للإدارة

<sup>1</sup> - حكم صادر بتاريخ 1957/06/30؛ أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 340.

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بأنه: "من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد هي شروط تعاقدية،... ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر..."; حكم صادر بتاريخ 1393/08/31؛ أشار إليه: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 163، 164.

<sup>2</sup> - CE, 16/05/1491, commune de Vizille, rec 93.

CE, 1946/01/16, Ville de Limoges, rec 15 ; Cités par : Laurent RICHER, OP CIT, p254.

<sup>3</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 568.

<sup>4</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 253.

<sup>5</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 568.

تعديلها انفرادياً) وشروط تنظيمية أو لائحية (وهي الشروط المتعلقة بسير المرفق العام)، وبذهبان للقول أن الرسم هو شرط تنظيمي، وبالتالي ترد عليه سلطة التعديل الإفرادي<sup>1</sup>.

ورغم أن الرأي الغالب هو الرأي الثاني المؤيد لسلطة الإدارة في تعديل الرسم في عقد الإمتياز، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد جانبه، وحذا حذو الرأي المنكر لها، حيث أنه لا يعترف للجهة مانحة الإمتياز بتعديل الرسم دون موافقة الملتزم<sup>2</sup>.

أما في مصر فلا يثار هذا التساؤل، نظرا لحسم المشرع لهذه المسألة، حيث أنه اعتبر الرسم من الشروط اللائحية المتصلة بتسيير المرفق العام، وبالتالي يحق للإدارة تعديله انفراديا، وذلك بموجب م5 من القانون رقم 129 لسنة 1948 الخاص بالتزام المرافق<sup>3</sup>.

### ثانياً: تعدد صور سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري

رغم اقتصار سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري على شروطه المتعلقة بالمرفق العام فقط، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن لهذه السلطة مدى واسع جداً، إذ تستطيع الإدارة تطبيقها على تلك الشروط بصور مختلفة ومتنوعة، وذلك إما عن طريق التعديل في مقدار إلتزامات المتعاقد مع الإدارة بالزيادة أو النقصان، أو تعديل طرق ووسائل التنفيذ، كما قد ينصب التعديل على المدة الواردة بالعقد، سواء بتقصيرها أو إطالتها<sup>4</sup>، ومرد كل ذلك راجع لما تراه الإدارة محققاً للصالح العام.

ولما كانت هذه الصور تعكس بحق المجال الذي تملك فيه الإدارة استعمال سلطتها في التعديل -من جهة- وتبرز الخطورة التي تكتسبها هذه السلطة<sup>5</sup> -من جهة أخرى- فلا بد إذاً من دراسة كل صورة من صور التعديل الإفرادي للعقد الإداري، بدءاً بتعديل كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد (أ)، ثم تعديل وسائل تنفيذ العقد (ب)، فأخيراً تعديل مدة تنفيذ العقد (ج).

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 255.

<sup>2</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 568.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 164، 165.

<sup>4</sup> - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص. 347، 348.

<sup>5</sup> - حيث يرى الأستاذ سليمان الطماوي أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة، إذ أن الإدارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد، وإنما تحاول تغيير الإلتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما زيادةً أو إنقاصاً؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 437.

## أ: التعديل في حجم الأداءات

بما أن العقد الإداري ليس إلا إشراكًا للمتعاقد في سد حاجات المرفق العام، وبما أن مستلزمات الحياة اليومية قد تدعو إلى التغيير في الإلتزامات، فإن المتعاقد تكون إلتزاماته قابلة للتغيير بالزيادة أو النقصان، إذا ما دعت إحتياجات المنفعة العمومية لذلك<sup>1</sup>. حيث تستطيع الإدارة التعديل في مقدار الإلتزامات العقدية زيادةً أو نقصانًا، وهذا التعديل يتناول فقط حجم ومقدار الإلتزامات دون نوعها، إذ تكون الزيادة أو الإنقاص من نفس طبيعة الإلتزامات محل التعديل<sup>2</sup>، وتسمى هذه الصورة بالتعديل الكمي.

ومن الأمثلة عن الزيادة في حجم الأعمال، زيادة مقدار المواد والأدوات الموردة في عقد التوريد، أو فرض ملحقات جديدة للمباني التي تم التعاقد على إنشائها أصلًا في عقد الأشغال العامة، أما التعديل المتضمن إنقاص الإلتزامات التعاقدية فمن أمثلته خفض مقدار اللوازم محل عقد التوريد، أو إلغاء بعض المباني التي تم التعاقد عليها في عقد الأشغال العامة<sup>3</sup>. وإن سلطة الإدارة في تعديل حجم الأداءات هي حق ثابت لها، دون حاجة للنص عليه في بنود العقد أو مواد القانون، كما أن القضاء الإداري اعترف به وأكده في الكثير من الأحكام<sup>4</sup>، إلا أن دفا تر الشروط ونصوص العقود الإدارية كثيرًا ما تتضمن حق الإدارة في تعديل مدى الأداءات المتطلبة من المتعاقد معها<sup>5</sup>، ومن ذلك مثلاً ما نصت عليه م 10 من نموذج لدفتر التعليمات الخاصة بصفقة مشروع مركز الردم التقني للنفايات لمدينة سطيف-السابق الإشارة إليه<sup>6</sup> - إذ جاء بها أن: "المتعامل المتعاقد لا يحق له الشروع في إنجاز الأشغال الإضافية غير المعرفة في هذه الصفقة، هذه الأشغال تطلب مسبقًا من طرف المصلحة المتعاقدة التي تأمر بإنجازها بواسطة ملحق.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 218.

<sup>2</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 222.

<sup>3</sup> - نواف كنعان، المرجع السابق، ص. 356.

<sup>4</sup> - مثلاً في فرنسا، قضى مجلس الدولة أن للإدارة الحق في زيادة عدد العربات عن الحد الأقصى المحدد في عقد إمتياز النقل، وذلك في قضية: CE, CE 11 mars 1910, COMPAGNIE GENERALE FRANCAISE DES TRAMWAYS, OP CIT.

وفي مصر قضت محكمة القضاء الإداري بأن من حق الجهة مانحة الإلتزام أن تأمر بزيادة عدد السيارات المستخدمة للوفاء بحاجات الجمهور؛

أشار إلى هذا الحكم: أحمد عثمان عياد، المرجع نفسه، ص. 223.

<sup>5</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 218.

<sup>6</sup> - أنظر الملحق رقم 1 من هذه المنكرة.

وتقييم هذه الأشغال يتم على أساس جدول الأسعار المرافقة لهذه الصفقة إذا تعلق الأمر بالأشغال الإضافية<sup>1</sup>، وفي حالة الأشغال التكميلية<sup>2</sup> الأسعار الجديدة تقترح من طرف المتعامل المتعاقد و يتم المصادقة عليها من طرف المصلحة المتعاقدة". كما قد تُقرّر هذه السلطة بنصوص تشريعية في بعض المجالات<sup>3</sup>.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن قيام الجهة الإدارية بتعديل العقد الإداري عبر زيادة حجم العمل، يستوجب إضافة مدة زمنية كافية لتنفيذ هذه الأعمال، إذ لا يمكن مطالبة المتعاقد بتنفيذ الأعمال المضافة خلال نفس مدة تنفيذ العقد الأصلية<sup>4</sup>. وإن التعديل يجب أن ينصب على كمية الأشغال وليس على نوعها، حيث أن التعديلات لا يجب أن تمس جوهر العقد فيتم تغيير محل التعاقد.

### ب: التعديل في وسائل تنفيذ العقد

بما أن سلطة التعديل الإنفرادي لم توجد ولم تُمنح للإدارة إلا لتحقيق الصالح العام، فإن الإدارة تستطيع أن تعدل في طرق تنفيذ العقد الإداري، بإحلال وسيلة جديدة محل الوسيلة الأصلية، كلما اقتضت ضرورات حسن سير المرفق العام ذلك؛ وذلك مسايرة للتطور العلمي الذي يسمح باستعمال أحدث الوسائل الفنية.

فإذا كان للإدارة تعديل مقدار الإلتزامات التعاقدية، فلها أيضا أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ، كلما تبين لها ما من شأنه إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية، أو لمسايرة الاكتشافات الحديثة التي تقضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتصادا من تلك المنصوص عليها في العقد<sup>5</sup>؛ وتسمى هذه الصورة بالتعديل النوعي.

<sup>1</sup> - الأشغال الإضافية هي الأعمال التي لم تظهر في العقد، ولكن قائمة السعار توقعتها وحددت لها أسعارا؛ حمدي حسن الحفاري، المرجع السابق، ص.355.

<sup>2</sup> - الأشغال التكميلية، أو غير المتوقعة، هي أعمال لم تظهر في العقود، لكنها ليست غريبة أو أجنبية عنها، والفرق بينها وبين الأعمال الإضافية يكمن في كيفية تحديد الثمن، فبالنسبة للأعمال الإضافية يتحدد الثمن على أساس السعر الوارد مسبقا في العقد، أما الأعمال التكميلية فيتحدد ثمنها بشكل مستقل عن العقد الأصلي؛ المرجع نفسه، ص.355.

<sup>3</sup> - مثل ما جاء في م.د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال.

<sup>4</sup> - أحمد محمود جمعة، المرجع السابق، ص.321.

<sup>5</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.225.

ومن أمثلة التعديل في وسائل التنفيذ، أن تطلب الإدارة- رغبة منها في تحسين نوع المواد- تغيير مصدر الجهة التي تأتي منها تلك المواد<sup>1</sup>، أو أن تطلب تبديل قاعة المكتبة بقاعة للمحاضرات في عقد أشغال بناء إحدى كليات الجامعة<sup>2</sup>.

ولما كان عقد إمتياز المرفق العام من بين أكثر العقود مخاطبة لجمهور المنتفعين، فقد أصبح المجال الأكثر استعمالاً لصورة التعديل النوعي، وذلك رغبة في تغطية خدمات جمهور المنتفعين<sup>3</sup>؛ إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن هذه الصورة من التعديل الإفرادي تعرف تطبيقاً لها في باقي العقود الإدارية كذلك.

ولقد نص المشرع الجزائري علم مكنة تعديل الأدوات والأشغال بناءً على أوامر المصلحة، حيث نص في م2/22 د ش إ ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية على ما يلي: " بالاستناد إلى أمر المصلحة الذي يصدره مهندس الدائرة أو المهندس المعماري الذي يحدد فيه أجل التنفيذ، يتعين على المقاول تعويض الأدوات..."، كما جاء في م 25 أن: " عندما يرتئي المهندسون استخدام الأدوات الجديدة أو الأنقاض العائدة للدولة مما هو خارج عن إحتياجات الصفقة فلا تدفع للمقاول إلا نفقات اليد العاملة والاستخدام ويجرى تسديدها وفقاً لبيانات المادة 29 الواردة فيما بعد".

### ج: التعديل في فترة تنفيذ العقد

لا تقتصر سلطة التعديل الإفرادي على تعديل مقدار الإلتزامات التعاقدية وطرق تنفيذ العقد الإداري، بل تمتد هذه السلطة لتشمل مدة التنفيذ الواردة بالعقد؛ فلإدارة أن تعدل في فترة تنفيذ العقد، وذلك بتقصيرها أو مدها<sup>4</sup>، أو بوضع نظام أولويات في تنفيذ بعض التوريدات أو الأعمال قبل غيرها<sup>5</sup>، وتسمى هذه الصورة بالتعديل الزمني.

حيث يرى أحد الفقهاء أن "العقد الإداري تبرمه الإدارة ليغطي بعضاً من الإحتياجات العامة،...، في زمن محدد يبدأ بتاريخ معين، وينتهي في زمن محدد، تلك الفترة الزمنية يمكن

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.226.

<sup>2</sup> - نواف كنعان، المرجع السابق، ص.356.

<sup>3</sup> - ولعل أبرز دليل على ذلك، ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قضية:

CE, 02/01/1902 Société nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen, OP CIT.

<sup>4</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.227.

<sup>5</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص.415.

أيضا أن ترد عليها بعض التعديلات<sup>1</sup>.

ولقد كرس المشرع الجزائري هذه الصورة للتعديل الإفرادي في ق.ص.ع، حيث أجاز للمصلحة المتعاقدة تمديد أجل الصفقة بناءً على قرار الهيئة المختصة بذلك؛ إلا أنه قيّد مدة التمديد بأربعة أشهر كأقصى حد<sup>2</sup>؛ كما ورد النص على هذه السلطة في م 34 من د ش إ ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية، حيث جاء بها ما يلي: "عندما تقرر الإدارة تأجيل الأشغال لمدة تزيد على سنة واحدة سواء كان ذلك قبل بدء التنفيذ أو بعده،..."، ويلاحظ من هذا النص كذلك أن المشرع حدد الفترة القصوى للتمديد.

وفي الأخير، يمكن القول أن المجال الواسع والمسموح لسلطة التعديل الإفرادي، يتمثل في تعديل الشروط المتعلقة بالمرفق العام، دون المزايا المالية للمتعاقد، وأن هذا المجال يتضح أكثر من خلال الصور المختلفة التي تستعملها الإدارة أثناء تعديل هذه الشروط؛ إلا أن ذلك لا يمنع من التنويه إلى أن هذه السلطة-رغم اتساع مجالات أعمالها- ترد عليها بعض القيود التي تحد منها، وتضيق من استعمالها، فكيف ذلك؟

---

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.229.

<sup>2</sup> أنظر م 3/103 من ق.ص.ع.

## الفرع الثاني

### القيود الواردة على سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري

مثلما تخضع سلطة التعديل الإفرادي لشروط محددة يجب إحترامها، فهي تعرف كذلك بعض القيود التي تحد منها ، وهذه القيود منها ما هي عامة، ومنها ما هي إتفاقية .Conventionnel

**فسلطة التعديل هذه شاملة<sup>1</sup> لكن ليست مطلقة ، بل قد يتم تقييدها إما بشكل عام؛ نظراً لطبيعة العقود محل التعديل أو لوضعية موضوع التعديل؛ وإما بشكل تعاقدي، عن طريق" وجود شرط عقدي يمنع مثل هذا التعديل<sup>2</sup>؛ ومن ثمة لا بد من دراسة القيود العامة التي ترد على سلطة التعديل الإفرادي(أولاً)، ثم القيود الإتفاقية(ثانياً).**

#### أولاً: القيود العامة

تتميز بعض العقود الإدارية بطبيعة خاصة تميزها عن غيرها، مما يحول دون مكنة أعمال سلطة التعديل الإفرادي عليها<sup>3</sup>، ومن أمثلة هذه العقود:

**\* عقد تقديم معونة Le contrat de l'offre de concours:** وهو "العقد الذي يمكن من خلاله لشخص خاص أو عام أن يقدم للإدارة مساهمة مالية أو أحيانا خدمات شخصية لأجل تمكينها من تنفيذ أشغال عامة"<sup>4</sup>، ولما كان الموضوع الأصلي لهذه العقود يتمثل في دفع مبلغ نالي من مقدم المعونة، فإن أي تعديل انفرادي يطرأ عليه سيؤدي حتماً لقلب التوازن المالي للعقد، وهو ما لا يرضاه القانون الإداري<sup>5</sup>، وبالتالي فلا يجوز أعمال سلطة التعديل الإفرادي على هذا النوع من العقود.

<sup>1</sup> - فهي من جهة، تشمل كل العقود الإدارية؛ومن جهة أخرى تملك مجالاً واسعاً لتعمل فيه.

<sup>2</sup> - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.140.

<sup>3</sup> - لكن ذلك لا يمنع من القول أن سلطة التعديل الإفرادي تشمل كل العقود الإدارية كقاعدة عامة، فهذه العقود الإدارية التي لا يشملها التعديل الإفرادي تبقى محدودة بالنسبة لمجمل العقود الإدارية الأخرى، حيث أنها تكاد تنحصر في عقدين إداريين فقط، وبذلك يبقى الأصل هو شمولية سلطة التعديل الإفرادي على كل العقود الإدارية، وما هذين العقدين إلا استثناء؛ ولا يمكن أن يطغى حكم الاستثناء على القاعدة العامة.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص.141،140.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص.141.

\*العقود المبرمة بين الأشخاص العامة : لما كان العقد الإداري-كطريقة من طرق سير المرافق العمومية- عبارة عن لجوء الإدارة لخدمات الخواص من أجل السير الحسن للمرفق العام، فإنه يبرم عادة بين الإدارة وبين شخص-طبيعي أو معنوي- خاص؛ إلا أنه قد يحدث ويبرم عقد إداري بين شخصين من أشخاص القانون العام<sup>1</sup>، كالعقد المبرم بين الدولة والجماعات المحلية، من أجل توزيع الإختصاصات بينهما، أو التنسيق في ممارستها ضمن نطاق المرافق ذات الطبيعة الواحدة<sup>2</sup>.

ولقد منع مجلس الدولة الفرنسي تعديل هذا النوع من العقود الإدارية بشكل انفرادي، حيث نص في أحد قراراته على ما يلي: "إن سلطة التعديل الإفرادي في هذا النوع من العقود لا يملكها أي من الطرفين المتعاقدين،...<sup>3</sup>؛ ولعل الحكمة من استبعاد هذا النوع من العقود من الخضوع لسلطة التعديل الإفرادي، تتجلى فيما يلي:

- محل هذه العقود يتعلق بشكل كلي بتنظيم مرفق عام، يتمثل في التعاون من أجل النهوض يعبئ المرافق العامة عن طريق توزيع الإختصاص، أو تحقيق الإنسجام في ممارسة الإختصاصات ضمن المرافق المتشابهة؛ وبالتالي فإن أي تعديل إفرادي سيطراً على هذه العقود، سوف يأتي على عكس مصلحة هذا التعاون<sup>4</sup>.

- بما أن الأشخاص العمومية متساوية فيما بينها، فلا بد من استبعاد عقودها فيما بينها من الخضوع للقواعد العامة المطبقة على باقي العقود الإدارية، والتي تنجم أساساً عن انعدام المساواة بين الإدارة والمتعاقدين الخواص<sup>5</sup>.

كما أن الإدارة لا يمكنها أبداً استعمال سلطة التعديل الإفرادي على عقد كعقد الإشتراك في خط الهاتف، إذ أن مضمونه محدد بشكل كلي عن طريق تشريعي أو تنظيمي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - تجدر الملاحظة أن مثل هذه العقود في الجزائر، لا يمكن أن تكون إلا عقود إدارية عادية، دون أن تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، حيث استبعدت م2/أخيرة من ق.ص.ع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من الخضوع للنظام الخاص بالصفقات العمومية.

<sup>2</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.358.

ولا بد من عدم الخلط بين هذه العقود وبين عقود تفويض مرفق عام، والتي تبرم بين شخصين عموميين من أجل ممارسة مهمة تدخل في اختصاص إحدى الجماعات العمومية من طرف شخص عام آخر، وهي عقود ترد عليها سلطة التعديل الإفرادي، حيث يحق للشخص مانح التفويض تعديل العقد كلما استوجبت ذلك مقتضيات المرفق العام المفوض؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.143.

<sup>3</sup> - CE, 13/05/1992, Ville d'Ivry sur Seine, AJDA, 1992, p480.

<sup>4</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.141،142.

<sup>5</sup> Voir : Fatome E et Moreau J, les relations contractuelles entre collectivités publiques : l'analyse juridique dans le cadre de la décentralisation, AJDA, 1990, p142 et suite.

وإضافةً إلى هذه الطائفة من القيود، التي نتجت عن الطبيعة الذاتية لبعض العقود الإدارية، وخصوصية مواضيعها، فإن هناك طائفة أخرى من القيود التي كرسها القضاء الإداري، والناجمة عن خصوصية المحل الذي يرد عليه التعديل، مثل عدم جواز تعديل موقع التنفيذ العقد الإداري. حيث أقر القضاء الإداري المصري ذلك صراحة، إذ جاء في إحدى قرارات الجمعية العمومية أن: "... موقع التنفيذ لا يعتبر داخلاً في نطاق الخدمة أو العمل، كما أنه لا يعد من وسائل وطرق التنفيذ، ومن ثمة فإن سلطة التعديل الإفرادي لا تمتد إليه لخروجه عن النطاق الجائز لها قانوناً"<sup>2</sup>؛ ولعل الحكمة من ذلك تكمن في أن موقع التنفيذ من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد مع الإدارة، ويضعها بحسبانه عند التعاقد، وبالتالي لا يجوز أن تمسه سلطة التعديل<sup>3</sup>، لما في ذلك من إرهاب للمتعاقدين.

بل ونظراً لبعض الإعتبارات، فقد تطرأ على سلطة التعديل الإفرادي بعض القيود الإتفاقية؛

**فكيف ذلك؟**

### **ثانياً: القيود الإتفاقية**

تتضمن أغلب العقود الإدارية بنوداً صريحة تنص على سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، ليس لمجرد تكريس هذه السلطة فقط، بل لتنظيمها وتضع لها قيوداً لا يجوز للإدارة تجاوزها<sup>4</sup>، عملاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>5</sup>.

ولعل المجال الخصب لإدراج مثل هذه الشروط يتجلى في العقود الإدارية الدولية<sup>6</sup>؛ حيث تتميز عقود الدولة في مجال الإستثمار بخصوصية أطرافها، وموضوعها، إضافة لخصائص أخرى كالقانون الواجب التطبيق وآليات تسوية نزاعاتها<sup>7</sup>،... كل ذلك جعلها مَصَبّاً للمواجهة التي تدور

<sup>1</sup> - TA Paris, 01/04/1987, Borniche ; cité par : Christophe GUETTIER, OP CIT, p437.

<sup>2</sup> - قرار صادر بتاريخ 1973/11/28، أشار إليه: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.118.

<sup>3</sup> - أحمد محمود جمعة، المرجع السابق، ص.320.

<sup>4</sup> - RAINAUD Jean-Marie, OP CIT, p1183.

<sup>5</sup> - لكن لا يحق لأطراف العقد إدراج بنود تحرم الإدارة من سلطة التعديل الإفرادي<sup>5</sup>، فهذه السلطة لا يمكن أبداً أن تُلغى من طرف العقد؛ حيث يقول أحد الفقهاء:

« Ce pouvoir de modification unilatérale... ne peut être supprimé par le contrat » ; Laurent RICHER, OP CIT, p255.

<sup>6</sup> - هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية (غالباً ما تكون الشركات متعددة الجنسيات) وتسمى كذلك عقود التنمية؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.144، هامش رقم.2.

<sup>7</sup> - أنظر: إقولي محمد، شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مجلة منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، الجزائر، ع3، ديسمبر 2005، ص.81.

بين متناقضين ، الدولة كصاحبة سيادة وسلطات خارقة-من جهة- والمستثمر الأجنبي كقوة إقتصادية فعالة يسعى دوما لضمان حقوقه ومشاريعه-من جهة أخرى- وهو الأمر الذي منح هذه العقود ذاتية مميزة لها، تستمدتها من النصوص المحددة للإختصاص التشريعي.

حيث تتميز العقود الإدارية الدولية بتطبيق مجموعة من الأحكام عليها مما لا يوجد له مثيل في باقي العقود الإدارية، ومن أهم هذه الأحكام تلك المتعلقة بتثبيت العقد La stabilisation du contrat؛ بحيث لا تستطيع الدولة أن تعدل في الأوضاع القانونية للعقد، لا بإرادتها المنفردة باعتبارها سلطة تنفيذية، ولا بالطريق التشريعي لكونها سلطة تشريعية، ويسمى الشرط الذي يفرض الحالة الأولى شرط عدم المساس بالعقد La clause d'intangibilité، أما في الحالة الثانية فيسمى شرط الثبات التشريعي La clause de stabilité législative<sup>1</sup>.

ونظرا لأهمية شروط عدم المساس بالعقد باعتبارها أبرز مثال للقيود الإتفاقية الواردة على سلطة التعديل الإفرادي، ينبغي التعرض لها بالدراسة، من خلال إبراز تعريفها، وأهميتها، وتمييزها عن غيرها من شروط تثبيت العقد، أي إبراز مضمونها(أ)، ثم التطرق لمدى اتفاق الفقه حول وجود هذه الشروط، ومدى الإعتراف التشريعي بها، واللجوء الإتفاقي لها من الناحية العملية، وذلك من خلال التطرق للتكريس القانوني لشروط عدم المساس بالعقد(ب).

#### (أ) مضمون شروط عدم المساس بالعقد

تهدف هذه الشروط إلى الحيلولة بين الدولة وبين ممارستها لسلطتها في التعديل الإفرادي للعقد الإداري<sup>2</sup>؛ وبالتالي فهي مجموعة الشروط الإتفاقية أو التعاقدية، التي تلتزم من خلالها الدولة بعدم تغيير الأحكام والبنود الواردة بالعقد<sup>3</sup>.

ويراد بمثل هذه الشروط التزام الدولة الموجود فيها الاستثمارات بعدم إدخال تعديلات في التشريعات والتنظيمات التي تحكم الاستثمارات سواء بتعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات، فهي بمثابة توطيد مؤقت معتمد لحق الدولة ككيان ذي سيادة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية والتنظيمية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.145.

<sup>2</sup> - أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية:تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ج.م.ع، 2001، ص.326.

<sup>3</sup> - أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، ع5، ج.م.ع، 1989، ص.126.

ولما كان الدافع الأكبر من وراء وجود هذه الشروط، هو فكرة عدم المساواة بين الأطراف في العقود الإدارية الدولية؛ فيجدر القول أن شروط عدم المساس بالعقد لا تجد لها محلا في عقود التجارة الدولية العادية، إذ أن المساواة القانونية بين أطرافها، تجعل عدم القدرة على التعديل الإفرادي للعقد من الأمور التي تفرض نفسها بدهاءة، دون حاجة لاشتراطها بمثل هذه الشروط. ورغم أن كلاً من شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد تسعيان إلى حماية المستثمر الأجنبي، من خلال تنازل الدولة عن ممارسة سيادتها وما تتميز به من مزايا بوصفها سلطة عامة، إلا أن تنازل الدولة عن سلطانها في تعديل العقد يختلف بصدد هذين النوعين من الشروط؛ فبالنسبة لشروط الثبات التشريعي تكمن الحصانة الممنوحة للطرف الأجنبي في حمايته من تدخل الدولة بصفقتها سلطة تشريعية، أما بالنسبة لشروط عدم المساس بالعقد فإن الدولة تتخلى عما تملكه من سلطة التعديل الإفرادي بوصفها سلطة تنفيذية<sup>2</sup>.

ويعد الأستاذ Prosper Weil أول من أبرز التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم

المساس بالعقد، حيث يرى أن شرط عدم المساس بالعقد يعني تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، مما يحصن المتعاقد معها من السلطات التي تتمتع بها بوصفها سلط تنفيذية؛ أما شرط الثبات التشريعي فهو -حسب رأيه- يهدف إلى حماية المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية، أي التعديلات التي تصدر عنها بوصفها سلطة تشريعية<sup>3</sup>.

وعلى الرغم من الفروق القائمة بين كل من شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس

بالعقد، إلا أن العقود الإدارية الدولية قد تتضمنهما كلاهما في آن واحد؛ كما أنهما يسعيان من الناحية العملية لهدف واحد، وهو عدم المساس بالعقد، من خلال حصر خضوعه لكل التعديلات التي قد تطرأ فيما بعد<sup>4</sup>.

ويعد إبراز مضمون هذه الشروط، لا بد من التطرق لمدى تكريسها ووجودها من الناحية

العملية، سواء في نقاشات الفقهاء، أو في نصوص القوانين، ووثائق العقود.

<sup>1</sup> - TERKI "N". "LA PROTECTION CONVENTIONNELLE DE L'INVESTISSEMENT ETRANGER EN ALGERIE". REVUE ALGERIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUE ET POLITIQUES. VOLUME N 2. 2001. ALGERIE . p. 19.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 326، 327.

<sup>3</sup> - Voir : Weil Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les contrats de développement économique, in Mélanges Rousseau, édition Pedone, Paris, France, 1947, p301 et suite.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 327.

## ب) التكريس القانوني لشروط عدم المساس بالعقد

لقد اختلف الفقه حول مسألة صحة شروط عدم المساس بالعقد، وهي المسألة التي تعتبر من أهم الأمور في مجال العقود الإدارية الدولية، نظرا لتعلقها بما للدولة من سيادة وسلطان يسمح لها بالتعديل الإفرادي للعقد - من جهة - وهي تتعلق - من جهة أخرى - بالتزامات الدولة تجاه المستثمر الأجنبي وضرورة الحفاظ على حقوقه<sup>1</sup>.

فإنظرا لأهميتها هذه؛ تعتبر مسألة صحة شروط عدم المساس بالعقد من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة وسلطانها في التعديل الإفرادي للعقد بما تقتضيه المصلحة العامة<sup>2</sup>، وهو الأمر الذي خلق الشقاق في صفوف الفقهاء حول مدى صحتها ومشروعية اللجوء لها؛ فظهر اتجاه مؤيد لها، وآخر منكر، وثالث وسط بينهما<sup>3</sup>، وذلك على النحو الآتي:

**\* الإتجاه الأول:** مؤدى هذا الإتجاه أن الدولة لا يمكنها تعديل العقد انفراديا، إذا تضمن العقد شرطا يمنع ذلك، فشرط عدم المساس ينتج آثاره لأن الأطراف في العقد قد ابتغوا ذلك<sup>4</sup>. ولتبرير هذا الإتجاه، فقد تحجج أنصاره بذاتية واستقلالية هذه الشروط عن كل نظام قانوني، فهي صحيحة في ذاتها دون الرجوع لأي نظام قانوني آخر يقرر صحتها؛ فطالما أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا مجال لخرق هذه الشروط التي تم الإتفاق عليها، بالإرادة المنفردة للدولة<sup>5</sup>.

**\* الإتجاه الثاني:** يغلب هذا الإتجاه سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود، بحيث يجيز لها تعديل العقد، ولو وُجد شرط يمنع ذلك، وذلك من منطلق أن الدولة لا اعتبارها السلطة التشريعية هي من تملك سلطة إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وليس الأطراف المتعاقدون، وبالتالي فكل خلاف لذلك هو انتهاك لسيادة هذه الدولة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - إقولي محمد، المرجع السابق، ص. 93.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 343.

<sup>3</sup> - للمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد؛ أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 343 وما بعدها؛ إقولي محمد، المرجع السابق، ص. 93 وما بعدها؛ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2010، 2011، ص. 156 وما بعدها.

<sup>4</sup> - إقولي محمد، المرجع السابق، ص. 95.

<sup>5</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 146.

<sup>6</sup> - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 157.

ويرتكز أنصار هذا الإتجاه لتدعيمه، على أن شرط عدم المساس بالعقد يتنافى مع الحقيقة الجوهرية التي كان يعلمها المتعاقد الأجنبي علم اليقين وقت التعاقد، وهي كونه متعاقد مع دولة ذات سيادة بوسعها هي أن تجذبه لدائرة القانون العام، لا أن يجذبها هو لدائرة القانون الخاص<sup>1</sup>.

**\*الإتجاه الثالث:** يتزعمه الأستاذ Prosper Weil، وقد حاول التوفيق بين الإتجاهين

السابقين، حيث أرجع الفصل في صحة شروط عدم المساس بالعقد ومدى مشروعيتها ووجودها إلى ضرورة النظر إلى النظام القانوني الذي يستمد منه العقد صحته<sup>2</sup>؛ فإذا كان العقد خاضعا للقانون الوطني، فإن هذا الأخير هو من يتولى الفصل في مدى صحة هذه الشروط، أما إذا خضع العقد للقانون الدولي، فإن هذا الأخير يتولى تحديد مدى القوة الملزمة لشروط عدم المساس بالعقد، ونطاق الإلتزامات والآثار الناجمة عن مخالفتها وعدم إحترامها<sup>3</sup>.

إلا أن هذه الإختلافات الفقهية لا تمنع من القول أن شروط عدم المساس بالعقد، من الناحية العملية، لا تثير أي إشكال؛ فبعيدا عن الجدل النظري الأكاديمي-مع ما له من أهمية بالغة- تجد هذه الشروط أساسها في نصوص التشريع، وبنود العقود الإدارية الدولية، والقرارات شبه القضائية (قرارات التحكيم).

فلقد أثبتت الدراسات وكذا الممارسات التعاقدية، أن شروط التثبيت التشريعي-بصفة عامة- أصبحت من الشروط المألوفة في عقود الدولة عموما، وعقود الإستثمار خصوصا، لاسيما بعد انفتاح العديد من الدول النامية على الإستثمارات الأجنبية<sup>4</sup>؛ حيث سمحت بها التشريعات الوطنية، ثم كرسها الممارسات التعاقدية المستمرة، لتأكد كذلك أحكام التحكيم على مشروعيتها؛ وذلك على النحو الآتي:

**\*الإعتراف التشريعي بشروط عدم المساس بالعقد:** جاء قانون الإستثمار الجزائري<sup>5</sup> ليؤكد

السماح بهذه الشروط ضمن سياسة جذب الإستثمارات الأجنبية<sup>6</sup>، حيث نصت م 15 منه على ما

<sup>1</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.147.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.369.

<sup>3</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.147.

<sup>4</sup> - إقولي محمد، المرجع السابق، ص.85.

<sup>5</sup> - أنظر: الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر 47، صادرة بتاريخ 22/08/2001، ص.4.

<sup>6</sup> - إقولي محمد، المرجع السابق، ص.87.

يلي: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"<sup>1</sup>.

**\*التكريس الإتفاقي لشروط عدم المساس بالعقد:** رغم الإعتراف التشريعي بشروط عدم

المساس بالعقد، وفق المر 01-03، إلا أن تضمين العقد هذه الشروط يبقى لازما كضمان إضافي، ذلك أن المستثمر الأجنبي يتردد في التعاقد مع الدولة إذا لم تكن الأرضية القانونية التي سيستثمر فيها مطمئنة له<sup>2</sup>؛ وفعلا فغالبا ما تحتوي العقود الإدارية الدولية هذا النوع من الشروط رغم ورود النص عليها في القانون.

وفي الجزائر؛ فلقد وردت شروط عدم المساس بالعقد في اتفاقيات الإستثمار<sup>3</sup> التي أبرمتها الجزائر في السنوات الأخيرة مع بعض المستثمرين الأجانب؛ ومن ذلك مثلا، ما نصت عليه م 1/6 من اتفاقية الإستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تليكوم الجزائر<sup>4</sup>، إذ جاء فيها: " تمنع الدولة الجزائرية على نفسها، بعد التوقيع على هذه الإتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والإمتيازات المخولة بموجب هذه الإتفاقية"<sup>5</sup>.

**\*التكريس شبه القضائي لشروط عدم المساس بالعقد:** لقد أكد الإجتهد التحكيمي شروط

عدم المساس بالعقد، والدليل على ذلك أن عدة قرارات صادرة عن هيئات التحكيم في قطاع المحروقات، قد منحت المشروعية لبنود التثبيت الواردة بالعقود الخاصة به<sup>6</sup>، ومن بينها القرار التحكيمي الشهير الفاصل في النزاع بين الدولة الليبية والشركتين الأمريكيتين California Asiatic oil company & Texaco overseas petroleum company؛ والذي نشب حول

<sup>1</sup> - وهي نفس المادة التي تضمنها المرسوم التشريعي 93-12 الذي يتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 05/10/1993، ج.ر 64 الصادرة في 10/10/1993.

<sup>2</sup> - أنظر: حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2007، 2008، ص.32.

<sup>3</sup> - وهي عقد بيرم بين المستثمر الأجنبي والوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، وذلك حسب م 12 من المرسوم التشريعي 01-03.

<sup>4</sup> - أنظر: اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20/12/2001، ج.ر 80، صادرة بتاريخ 26/12/2001، ص.9.

<sup>5</sup> - كما جاءت م 6 من اتفاقية الإستثمار الموقعة بين الجزائر والشركة الجزائرية للإسمنت، مؤكدة محتوى م 15 من الأمر 01-03، حيث نصت على ما يلي: " .. المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الإمتيازات المحددة في الإتفاقيات الحالية"؛ أنظر: ج.ر 72، صادرة بتاريخ 13/11/2003.

<sup>6</sup> - حنافي آسيا، المرجع السابق، ص.32.

تطبيق م 16 من نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي لسنة 1955، والتي نصت على ما يلي: "...ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الإتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف..."<sup>1</sup>.

وهكذا يتجلى نطاق أعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقود الإدارية، بعد إبراز المجالات التي تظهر فيها، والبنود التي تُحصَّن منها، وكذا القيود التي قد تزد عليها فتمنع تطبيقها؛ ولعل ذلك كله يرجع للأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، ألا وهو إحتياجات المرفق العام وضرورات تحقيق الصالح العام، فكما كانت هذه الإحتياجات ملحة كلما هيمنت سلطة التعديل على بنود العقد، وكما كانت البنود التعاقدية بعيدة عن هذه الإحتياجات كلما تذرعت من الخضوع لسلطة التعديل؛ بل وإن لإحتياجات المرفق العام أثر كذلك على اختلاف شكل وقوة استعمال سلطة التعديل الإفرادي من عقد لآخر، وذلك راجع لدرجة ومدى ارتباط كل عقد إداري بالمرفق العام، مما يستدعي التطرق لتطبيق سلطة التعديل الإفرادي على مستوى أهم العقود الإدارية، وذلك في المطالب الموالي.

---

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل حول وقائع هذا القرار التحكيمي وردود الفعل والتفسير التي قيلت حوله؛ أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.372 وما بعدها.

## المطلب الثاني

### تطبيقات أنموذجية لسلطة التعديل الإفرادى للعقد الإدارى

إن العقود الإدارية تتنوع وتزداد مجالاتها بتنوع نشاطات الإدارة العامة، فأصبحت هذه الأخيرة تبرم -إلى جانب عقود المقاولات والتوريد وإمتياز المرافق العامة- عقوداً جديدة مثل العقود المالية المتعلقة بالقرض والإقتراض، والعقود الصناعية، والعقود المتعلقة بالأبحاث العلمية، وغيرها من العقود<sup>1</sup>.

وإن سلطة التعديل الإفرادى تشمل جميع العقود الإدارية على إختلاف أنواعها<sup>2</sup>، ولكن مداها يختلف باختلاف العقود الإدارية ومدى اتصالها بالمرفق الذى أُبرم العقد من أجله، واختلاف مدى مساهمة المتعاقد فى تسيير المرفق العام، وفى طبيعة الخدمات التى يؤديها<sup>3</sup>، ولعل سبب ذلك يكمن فى كون الأساس القانونى لهذه السلطة يتمثل فى احتياجات المرفق العام.

حيث أن الربط بين مدى سلطة التعديل الإفرادى، وبين الأساس الذى تقوم عليه- أى مستلزمات المرفق العام- يؤدي للقول أن سلطة التعديل يجب ألا يكون لها ذات المدى فى التطبيق فى كل نماذج العقود الإدارية<sup>4</sup>؛ فإذا كانت هذه السلطة تبرز فى عقود الإمتياز نظراً لكون الإدارة لها الإختصاص الأول والأصلى فى تسييرها، فإنها تكون فى أضيق الحدود حيث يكون موضوع العقد مجرد مساهمة من جانب المتعاقد فى تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر، كما هو الشأن فى عقود التوريد<sup>5</sup>.

ولما كان الأمر كذلك، وبما أن هناك بعض العقود الإدارية تتمتع بأهمية كبرى فى الواقع

العملى، وتشكل النسبة الأكبر من العقود التى تبرمها الإدارات العمومية، وتلعب دوراً جديراً فى

إشباع الحاجات العامة (كعقد امتياز المرفق العام) وتشديد البنى التحتية للدولة (كعقد الأشغال العامة)؛ فإن هذه

<sup>1</sup> - أنظر: عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإدارى: الصفقات العمومية فى الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة،

2008-2009، ص.52. وللزيد من التفاصيل حول تزايد العقود الإدارية وتعددتها، أنظر: سعاد الشرقاوي، تنوع وتزايد العقود الإدارية وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر إلى الإقتاف والمكافأة، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية الشرطة، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ع 2، يونيو 1995.

<sup>2</sup> - أنظر: يوسف المهيلمي، فى سلطة الإدارة فى أن تفرز من جانب واحد تعديلات على شروط العقود الإدارية، ملخص مقال للأستاذ André De laubadère منشور بمجلة RDP, mars 1954، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ج.م.ع، السنة 1، ع4، ديسمبر 1957، ص.145.

<sup>3</sup> - PÉQUIGNOT George, OP CIT, p367, 368.

<sup>4</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.216.

<sup>5</sup> - عبد العزيز خير الدين، حق الإدارة فى تعديل شروط العقود الإدارية ومداه وأساسه القانونى، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 5، ع4، ديسمبر

1961، ص.5.

الدراسة التطبيقية لسلطة التعديل، سوف تقتصر على أهم وأشهر العقود الإدارية، بدءًا بعقد إمتياز المرفق العام(الفرع الأول)، ثم عقد الأشغال العمومية(الفرع الثاني).

لكن قبل الإنتقال إلى تلك التطبيقات، لا بد من التطرق لتساؤل مهم يفرض نفسه في هذا السياق؛ فإذا كان الفقه يجمع على أن سلطة التعديل تظهر في كل العقود الإدارية على اختلاف أنواعها، من جهة، وإذا كان المشرع الجزائري قد نص في المادة 103 وما بعدها من ق.ص.ع فقط على صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات، وذكر في المادة 12 و30 من د ش إ ع صفقة الأشغال العمومية، من جهة أخرى، فهل هذا يعني أن المشرع قصد أن يكون التعديل مقصور على تلك الأنواع من العقود الإدارية فقط؟

والجواب يكون بالنفي، إذ أن القول بأن المشرع حرم الإدارة من سلطة التعديل في باقي العقود يُعد تناقضا مع ما استقر عليه الفقه والقضاء من ضرورة إعمال هذه السلطة في كل العقود الإدارية دون تمييز؛ كما أن سلطة التعديل مقررة للإدارة دون حاجة للنص عليها، وما تفنين المشرع لسلطة الإدارة في التعديل في تلك العقود إلا من باب التنظيم والتخصيص فقط، حيث أراد فرض النسب القسوى للتعديل، ولم يذكر تلك العقود إلا على سبيل المثال.

## الفرع الأول

### سلطة التعديل الإفرادي لعقد إمتياز المرفق العام

"عقد الإمتياز<sup>1</sup> هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم-فردا كان أو شركة- على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تُضمّنُها الإدارة عقد الإمتياز<sup>2</sup>".

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الإمتياز في بعض النصوص، حيث أن م 76 من الأمر 05-12 المتضمن قانون المياه<sup>3</sup>، عرفت عقد الإمتياز باعتباره عقدا من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخص اعتباري أو طبيعي، عام أو خاص، قصد ضمان خدمة ذات منفعة عمومية، كما عرف القضاء الإداري الجزائري عقد الإمتياز التابع لأملاك الدولة بكونه "عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الإمتياز للمستغل، بالإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."<sup>4</sup>.

ويمثل عقد الإمتياز احد أهم طرق إدارة المرافق العمومية؛ حيث أن هذه الأخيرة تُسيّر بواسطة الدولة نفسها عن طريق الإستغلال المباشر، أو عن طريق أشخاص عمومية، أو بواسطة الإمتياز<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل حول عقد الإمتياز؛ أنظر: حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ج.م.ع، 2012.

<sup>2</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 108؛ كما يعرف أيضا بكونه "عقد إداري، بمقتضاه يلتزم أحد الأفراد أو إحدى الشركات بتكليف من الدولة، وطبقا للشروط التي تُوضع له، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بأداء خدمة عامة للجمهور، مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة الزمن تقاضي الأرباح"؛ حسين درويش، المرجع السابق، ص. 71، هامش رقم 1.

<sup>3</sup> - أنظر الأمر رقم 05-12، المؤرخ في 24/07/2005، ج.ر 60 صادرة بتاريخ 04/09/2005، ص. 3.

كما عرف المشرع أحد عقود الإمتياز في م 4 من المرسوم التنفيذي 89-01 المؤرخ في 15/01/1989، الذي يضبط كفاءات تحديد دفاقر الشروط المتعلقة بالإمتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، إذ جاء فيها: "إمتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الإمتياز، وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة"؛ ج.ر 3، لسنة 1989، ص. 70.

<sup>4</sup> - قرار مجلس الدولة الجزائري، صادر في 09/03/2004، قضية رقم 1195؛ أشار إليه: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 98.

<sup>5</sup> - أنظر: محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية: القرار الإداري-العقد الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ج.م.ع، د.س.ن، ص. 494.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ رجال ب أن :

« La concession de service public est l'un des trois modes classiques de gestion des services publics ; les deux autres étant la régie et l'établissement public » ; Voir : B. RAHAL, La concession de service public en droit algérien, IDARA, V 4, N 1, 1994, p7.

ومن ثمة، وبما أن الإدارة دائماً تسعى لتحقيق المصلحة العامة والحفاظ عليها في كل العقود الإدارية، و من باب أولى في عقد الامتياز الذي ينصب على تسيير مرفق عمومي يقدم خدمات للجمهور، وقصد الحفاظ على هذه المصلحة العامة يمكن تعديل عقد الامتياز كلما اقتضت ضرورات المرفق العام ذلك؛ حيث أن الإدارة مانحة الإمتياز تملك سلطة التعديل الإفرادي لعقد الإمتياز، مثله مثل باقي العقود الإدارية، وبنفس الشروط والحدود، إلا أن عقد الإمتياز ونظرا لصلته الوطيدة بالمرفق العام وضرورات سيره الحسن بانتظام واطراد، ونظرا لما له من طبيعة خاصة تميزه عن باقي العقود، فقد أضفى على هذه السلطة نوعاً من الخصوصية؛ مما يستدعي التطرق لمضمون سلطة التعديل الإفرادي في عقد الإمتياز (أولاً)، ثم إبراز ذاتية وخصوصية سلطة التعديل الإفرادي في عقد الإمتياز (ثانياً).

### أولاً: مضمون سلطة التعديل الإفرادي في عقد إمتياز المرفق العام<sup>1</sup>

تبرز سلطة التعديل الإفرادي بصفة خاصة في عقد الإمتياز، لكونها تجد أساسها في فكرة المرافق العامة وانتظام سيرها، وهذه الأخيرة تشكل موضوع عقد الإمتياز في حد ذاته<sup>2</sup>؛ إذ يمتاز عقد الإمتياز بأن موضوعه ينصب على إدارة مرفق عام، فهو بهذه الخاصية يجعل من الملتزم بمثابة نائب عن الإدارة في تسيير المرفق العام<sup>3</sup>.

وبالتالي تستمد الإدارة مانحة الإمتياز سلطة التعديل من المبادئ الحاكمة للمرافق العامة، ولعل أهمها ذلك القاضي بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، والذي يسمح لها بإدخال ما تراه ضروريا على العقد من تعديلات، تسمح له بمواكبة المستجدات الحاصلة.

ويقر الإجتهد القضائي-اليوم- بأن الإدارة تستطيع أن تفرض على الملتزم إلتزامات لم ترد في العقد، كلما اقتضت احتياجات المرفق العام ذلك<sup>4</sup>، حيث أقر القضاء الإداري الفرنسي للإدارة بسلطة تعديل عقود الامتياز من جانب واحد بداية من قرار مجلس الدولة المؤرخ في 1902/01/10 المتعلق بقضية Société nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل، أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 106 وما بعدها.

<sup>2</sup> - محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص. 226.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 449.

<sup>4</sup> -B. RAHAL, OP CIT, p36.

الذي أقر فيه بحق الإدارة في إلزام الشركة بتغيير وسيلة الإنارة من الغاز إلى الكهرباء، و بعد ذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي صراحة سلطة الإدارة في تعديل هذا العقد لأجل تحقيق المصلحة العامة في قراره الصادر 1910/03/11 في قضية COMPAGNIE GENERALE FRANCAISE DES TRAMWAYS, وكذلك في قراره الصادر في قضية compagnie générale des ministres des armées بتاريخ 1933/05/12 أين أقر بحق الإدارة بالإنارة بالإنارة صاحب الامتياز بزيادة كمية المياه المقدمة للأفراد.

**وفي مصر**، فقد ذهب الإجتهد القضائي في نفس المسار، إذ جاء في أحد قرارات محكمة القضاء الإداري أن " الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون نائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها...، والدولة تظل ضامنة ومسؤولة عن إدارة المرفق العام، وهي في سبيل ذلك تتدخل كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك...، فتعدل من شروط الإلتزام وإدارة المرفق واستغلاله..."<sup>1</sup>.  
**أما في الجزائر**، فقد نص المشرع صراحة على سلطة الإدارة في التعديل في بعض النصوص القانونية و التنظيمية لعقود الامتياز، و منها م 8 / 2 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة التي نصت: "يتعين عليه حسب نفس الشروط إنجاز أو استعمال التعديلات و المنشآت الكبرى الإضافية التي قد يأمر بها منح الامتياز..."<sup>2</sup>. كما نصت م 65 من دفتر الشروط المتعلقة بمنح امتياز الأملاك الوطنية، و إعداده لاستغلال بحيرة ملاح(ولاية الطارف): "مراجعة دفتر الشروط : يمكن تعديل أحكام دفتر الشروط هذا أو تنميتها طبقاً للتنظيم الجاري به العمل"<sup>3</sup>.

بل ونظراً لأهمية سلطة التعديل الإفرادي في هذا النوع من العقود الإدارية، فقد ورد النص صراحة في إحدى التعليمات الوزارية<sup>4</sup> على أن "حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون التوقف على إرادة الملتزم، هو حق مستمد من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يتكيف مع الظروف دائماً".

<sup>1</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.63.

<sup>2</sup> - أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 96-308، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، المؤرخ في 1996/09/18، ج.ر 55، صادرة بتاريخ 1996/09/25، ص 12.

<sup>3</sup> - أنظر : المرسوم التنفيذي 03-280، المؤرخ في 2003/08/23، يحدد كيفية منح امتياز بحيرتي أوبيرة وملاح(ولاية الطارف)، ج.ر 51، صادرة في 2003/08/24، ص 32.

<sup>4</sup> - أنظر: التعليمات رقم 842/94.3، الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية، ص.7، الفقرة ب؛ الملحق رقم 2.

وفي ذات السياق، فإن المشرع المصري هو الآخر اعترف للإدارة بسلطة تعديل عقد الإمتياز، حيث نص في م 5 من القانون رقم 129 لسنة 1947 على أن " لمانح الإلتزام دائماً، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الإلتزام أو قواعد استغلاله،..."<sup>1</sup>.

والتعديل الوارد على عقد الإمتياز قد يتناول-مثل باقي العقود- مقدار التزامات المتعاقد، كأن تفرض الإدارة على ملتزم النقل إطالة مسار الرحلة؛ كما قد يرد التعديل على طرق ووسائل التنفيذ، ولعل أبرز وأشهر مثال على ذلك يتجسد في قضية Société nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen، أين طالبت الإدارة من الملتزم إحلال الإضاءة بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز؛ وفي هذه القضية، أُثير أمام مجلس الدولة الفرنسي، البحث عن مدى حق الإدارة في فرض التحسينات الجديدة على الملتزم، بإجباره على متابعة التقدم العلمي في كيفية أداء الخدمة La modernisation du service، فمن جهة لا يمكن إجبار ملتزم الإضاءة بالغاز على استعمال الكهرباء، ومن جهة أخرى؛ لا يمكن تعطيل الصالح العام، فابتدع مجلس الدولة الفرنسي حلاً وسطاً، إذ لم يُمكن الإدارة من أن تفرض على الملتزم مثل هذا الإلتزام، وفي نفس الوقت حررها من الإلتزام الواقع على عاتقها بأن تضمن للملتزم عدم المنافسة؛ ومن ثمة سمح للإدارة- بعد إنذار الملتزم- أن تتعاقد مع ملتزمين جدد يكون في وسعهم مجارة التقدم العلمي الحديث<sup>2</sup>؛ ولعل الفضل في ذلك يرجع لمذكرات واقتراحات مفوضي الدولة، والذي يعكس بحق الدور الإنشائي للقاضي الإداري.

والجدير بالذكر أن الإدارة وإن كانت تملك سلطة تعديل عقد الإمتياز انفرادياً، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، إلا أن هذا التعديل يجب أن يكون في الحدود والقيود الواردة على سلطة التعديل ، فيجب ألا تستهدف الإدارة من هذا التعديل مضايقة الملتزم، أو تحميله ما لا يطيق<sup>3</sup>.

وعلى كل، فإن سلطة التعديل الإفرادي لعقد الإلتزام وإن كانت مقررة ومكرسة للإدارة، فقها وقضاءً وتشريعاً، كما سبق بيانه، إلا أن لها من الذاتية والخصوصية ما يميزها عن نظيرتها في باقي العقود الإدارية،  
**فكيف ذلك؟**

<sup>1</sup> - ورد ذكر هذه المادة ومواد أخرى متعلقة بتعديل عقد الإمتياز في القانون المصري، مع المزيد من الشرح، في: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 453 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 457، 458.

<sup>3</sup> - خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 150.

## ثانياً: خصوصية سلطة التعديل الإفرادي لعقد الإمتياز

حتى بداية القرن العشرين، كان يُنظر لعقد الإمتياز على أنه ذو طبيعة عقدية بحتة Purement contractuel، رغم تعلق موضوعه بالمرفق العام، وتم تفسير ذلك على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، بمعنى أن عقد الإمتياز يتضمن اشتراطات لمصلحة المنتفعين بالمرفق منحتم إياها الإدارة مانحة الإمتياز<sup>1</sup>؛ ثم ظهر رأي آخر، حيث كان البعض يعتبر عقد الإمتياز وليد أمر انفرادي من جانب السلطة العامة Acte unilatéral de la puissance publique<sup>2</sup>.

وقد أدت الإنتقادات الشديدة الموجهة للنظريات السابق، إلى ظهور نظرية جديدة مفادها أن عقد الإمتياز ليس عقد مدني ولا أمر انفرادي، وإنما هو عقد إداري ذو طبيعة مُركّبة، يتحلل إلى شقّين؛ أحدهما تعاقدية والآخر لائحي<sup>3</sup>، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ De Laubadère أنه لا يتصور غياب العنصر التعاقدية مطلقاً، فالمتعاقّد مع الإدارة هو شخص خاص ما كان ليقدم على التعاقد إلا إذا ضمن حقوقه المالية طوال المدة المحددة في العقد.

« Il est en effet impossible que la concession ne comporte pas d'élément contractuel, parce que le concessionnaire est un particulier intéressé qui n'accepte de gérer le service que si ses intérêts financiers sont sauvegardés, et leur fixité contractuellement garantie pour l'avenir<sup>4</sup> ».

ويقصد بالنصوص اللائحية أو التنظيمية لعقد الإمتياز، تلك النصوص التي تتعلق بتنظيم المرفق العام وسيره، وهي لا تتد فقط في وثيقة العقد، بل يرد بعضها في القوانين واللوائح والقرارات المتعلقة بالإمتياز<sup>5</sup>؛ أما النصوص التعاقدية، فتتمثل في تلك المتعلقة بمدة العقد وبالامتيازات المالية الممنوحة للملتزم، وبصفة عامة الأعباء المالية المتبادلة بين الطرفين، وهي نصوص لا تهم

<sup>1</sup> - " إلا أن غالبية الفقه الفرنسي، وعلى رأسه Hauriou, Duguit, Jéze قد انتقدوا هذه النظرية على أساس أنه لا يمكن تطبيق نظرية الاشتراطات لمصلحة الغير المدنية في هذا الصدد، لكونها تتطلب أن يكون شخص الغير المنتفع بالشرط معيناً بذاته وقت التعاقد، في حين أن المنتفعين بالمرفق لا يمكن تحديدهم مسبقاً، وكذلك فإن تعلق موضوع عقد الإمتياز بمرفق عام يستدعي خضوعه للنظام القانوني للمرافق العامة والذي يتميز بطبيعة خاصة، من مقتضاها بحسب الأصل أن كل ما يتعلق بإدارة وتسيير المرافق العامة يخضع للإختصاص المطلق للسلطات العامة...؛ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 496.

<sup>2</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص. 73.

<sup>3</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 496.

<sup>4</sup> - B. Rahal, OP CIT, p11.

<sup>5</sup> - محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص. 227.

الغير من الأفراد بل تطبق فقط على العلاقة بين السلطة مانحة الإمتياز ولبن الملتزم، ولعل المعيار المميز بين النصوص التعاقدية والنصوص التنظيمية هو كالآتي<sup>1</sup>:

تعتبر نصوصا تعاقدية تلك التي لا تدعو الحاجة لوجودها لو أن المرفق تم استغلاله مباشرة من طرف الإدارة، أما النصوص التنظيمية فهي تلك التي لا بد من وجودها حين تستغل الإدارة المرفق العام بنفسها.

وسلطة تعديل عقد الإمتياز انفراديا ترد على الشروط التنظيمية فقط دون التعاقدية؛ ولعل الحكمة من ذلك ترجع لكون التعديل في النصوص اللائحية لا يمس حرمة العقد ولا يخل بمركز تعاقدية، والواقع أن الدولة وهي تعدلها إنما تتدخل بوصفها صاحبة السلطة العامة المكلفة بحماية الصالح العام، وهي إذا ما مست الشروط التنظيمية بالتعديل فإنها لا تخل بشروط عقدية، بل إنها تتناول تنظيم نظام قانوني خاص بمرفق عام<sup>2</sup>.

وإذا كان القول بأن التعديل لا يمس سوى النصوص اللائحية دون التعاقدية معمولا به في كل العقود الإدارية، بل ويعتبر من المبادئ العامة في تحديد مجالات أعمال سلطة التعديل الإفرادية؛ إلا أن خصوصية عقد الإمتياز وطبيعته المركبة جعلت لهذه القاعدة بعض الذاتية، التي تميزها عن تلك المعمول بها في باقي العقود الإدارية؛ ولعل ذلك يبرز من ناحيتين:

\*تعرف قاعدة عدم مساس سلطة التعديل الإفرادية في باقي العقود الإدارية بالمزايا المالية للمتعاقد-وخاصةً السعر-الإجماع L'unanimité من الفقهاء؛ في حين أنهم اختلفوا بخصوص تعديل الرسم في عقد الإمتياز<sup>3</sup>؛ إلا أن الرأي المسلم به حاليا " فقها وقضاءً وتشريعاً، هو أن المقابل المالي الذي يدفعه المنتفعون هو من قبيل الشروط اللائحية، ذلك لأن النصوص التي تحدد هذه الرسوم هي جزء من قواعد تنظيم المرفق<sup>4</sup>؛ وترجع هذه الخصوصية لعقد الإمتياز في كون هذه الرسوم لا تمثل فقط أرباح الملتزم، بل تتضمن المقابل الذي يدفعه المنتفعون إزاء استعمال خدمات المرفق، وتعتبر بالتالي من صميم قواعد تنظيم وسير المرفق العام<sup>5</sup>، وعلى هذا الأساس

<sup>1</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.73.

<sup>2</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.451.

<sup>3</sup> - كما سبق بيانه في المطلب السابق.

<sup>4</sup> - محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص.227.

<sup>5</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.507؛ ويرى في السياق ذاته، الأستاذ ب رجال أن:

قرر مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة لا تستطيع المساس بالمزايا المالية الممنوحة للملتزم ، باستثناء الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين<sup>1</sup>.

\* إذا كانت طبيعة عقود الإمتياز تفرض منح عقد الإمتياز لمدة طويلة نسبيا، بما يتيح للملتزم تعويض ما صرفه في إدارة واستغلال المرفق بتحقيق الأرباح المتفق عليها، إلا أن ذلك لا يعني منح الإمتياز للأبد؛ لأن من شأن ذلك تنازل الدولة عن سلطتها في تسيير المرفق العام، وهو ما لا يجوز، كما أنه لا فائدة من ذلك في عصر التطور العلمي الذي يسمح بإنجاز أعمال المرفق في أقرب الأوقات<sup>2</sup>.

إذاً، فعقد الإمتياز هو عقد زمني وليس مؤبد، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في التعليم رقم 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، حيث حدد مدته بين 30 إلى 50 سنة؛ وهو نفس الموقف الذي اتخذه نظيره المصري، إذ حدد مدة الإمتياز بـ33 سنة<sup>3</sup>.  
لكن إذا كان تعديل المدة يعتبر من إحدى أبرز صور سلطة التعديل في سائر العقود الإدارية، إلا أن الأمر يختلف في عقود امتياز المرفق العام؛ حيث لا تملك الإدارة بإرادتها المنفردة أن تستقل بتعديل هذه المدة، إذ أن النصوص الخاصة بالمدة هي من النصوص التعاقدية، التي تمس بالمزايا المالية للمتعاقد<sup>4</sup>.

إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن للإدارة الحق في إعفاء الملتزم من مهمته لتحل هي محله في تسيير المرفق العام، بطريقة التسيير المباشر؛ حيث يمكن وضع نهاية لعقد الإمتياز عن طريق الاسترداد Le rachat، قبل نهاية مدته، والذي يفرض من السلطة مانحة الإمتياز بشكل انفرادي<sup>5</sup>.  
وحسب الأستاذ De Laubadère، فإن الإدارة يحق بها وضع حد للإمتياز قبل نهاية أجله، إذا ما أرادت إلغاء المرفق إذا رأت أنه أصبح دون فائدة، أو إن هي أرادت تسييره بالإستغلال المباشر<sup>1</sup>.

« Le tarif est une clause réglementaire et non contractuelle, parce que le tarif du service fait partie des règles d'organisation du service » ; B. Rahal, OP CIT, p13.

<sup>1</sup>-CE, 11/01/1895, chemin de fer d'ORLEANS, rec 31;

أشار إليه: يوسف بركات أبو دقة، إمتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وقانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية،

ديلم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 1977، ص81، هامش رقم.1.

<sup>2</sup>- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.502.

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص.502.

<sup>4</sup>- حسين درويش، المرجع السابق، ص.70.

<sup>5</sup> - B. RAHAL, OP CIT, p17.

ولعل صفة الأمر في ذلك، هي أن شرط المدة ولو كان مزية تخص الملتزم، إلا أنه في ذات الوقت يهيم فكرة تنظيم المرفق العام؛ أي أنه إذا كان شرطا تعاقدياً، إلا أنه يفقد صفة الثبات عندما يصل المر إلى ضرورات تنظيم المرفق، أين يخضع شرط المدة-في هذه الحالة- لنظام العقد الإداري<sup>2</sup>.

وفي الأخير يمكن القول أن سلطة الإدارة في تعديل عقد الإمتياز ليست حقا مجرد، بل هي في الواقع حقوق تحمل طابع الواجب<sup>3</sup>؛ إذ يتعين على الإدارة أحيانا أن تتدخل للحفاظ على السير الحسن للمرفق العام.

## الفرع الثاني

### سلطة التعديل الإنفرادي في عقد الأشغال العمومية<sup>4</sup>

يجد عقد الأشغال العمومية<sup>5</sup> في التشريع الجزائري، أساسه القانوني في المادتين 4 و 12 من ق.ص.ع؛ غير أن المشرع وإن اعتبر عقد الأشغال العمومية كعقد إداري، إلا أنه عزف عن تعريفه<sup>6</sup> تاركا ذلك للفقهاء والقضاء.

وبالرجوع لما قاله الفقهاء في هذا الصدد، نجد أن عقد الأشغال العمومية هو " إعداد مادي لعقار، يُنفَّذ لحساب جهة إدارية، بهدف تحقيق مصلحة عامة<sup>7</sup>؛ أو هو " مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 417.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 417.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 458.

<sup>4</sup> - للمزيد من التفاصيل؛ أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 426 وما بعدها.

<sup>5</sup> - للمزيد من التفاصيل حول عقد الأشغال العمومية؛ أنظر: نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة: دراسة في القانون المقارن، د.د.ن، ط 3، 2001.

Eric Gherardi , le régime du contrat de travaux publics : exemple d'une exception singulière au droit commun, article publié sur internet, google.com.

<sup>6</sup> - في حين عرفه المشرع الفرنسي م 2 من ق.ص.ع الفرنسي، إذ جاء بها ما يلي:

« Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage».

<sup>7</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 427.

الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد"<sup>1</sup>.

ومن استقراء مختلف التعاريف التي قيلت في عقد الأشغال العمومية<sup>2</sup>، يتضح بجلاء مدى ارتباط هذا العقد بالمرفق العام، ومن ثمة بالمصلحة العمومية، والتي-باعتبارها الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي- تلعب دورًا بارزًا في مدى ومقدار هذه السلطة في عقد الأشغال العمومية. ففي عقود الأشغال العمومية " يُقال أن التنفيذ يحتفظ دائمًا بالكثير من المفاجآت، حتى أن تعديلات أساسية في شروط العقد تصبح مسألة مُلحّة وتفرض نفسها بقوة على الإدارة ذاتها،"<sup>3</sup>؛ إذ أن المرافق العمومية تتسم بنوع من المرونة، تسمح لها بالتكيف مع ما يستجد من ظروف، وإن هذه المرونة لا تتجسد في الواقع لو تمسك المتعاقد مع الإدارة بالقوة الإلزامية للعقد وبكونه شريعة المتعاقدين، وإنما لا بد من تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، طبقاً لمبدأي قابلية المرافق العمومية للتغيير، وسير المرفق العام بانتظام واطراد؛ مما يستدعي تعديل نظام المرفق العام محل عقد الأشغال العمومية كلما لزم ذلك.

ولما كانت الوسيلة التي تستعمل من خلالها الإدارة سلطة التعديل الإفرادي لعقد الأشغال العمومية، تتجسد في ما يسمى: الأوامر المصلحية Les ordres de service، فلا بد، إذًا، من التطرق للنظام القانوني للأوامر المصلحية (أولاً)، ثم تبيان مضمون سلطة التعديل الإفرادي في عقد الأشغال العمومية (ثانيًا).

## أولاً: النظام القانوني للأوامر المصلحية<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.74.

<sup>2</sup> - تبرز هذه التعاريف أن عقد الأشغال العمومية لا بد لقيامه من توافر الأركان الثلاثة الآتية: أن يكون موضوعه عقارًا ، أن يتم تنفيذه لحساب شخص معنوي، أن يستهدف تحقيق الصالح العام.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.225.

<sup>4</sup> - قبل التعريف بالأمر المصلحي لا بد من تمييزه عن ما يسمى بالأمر التغييري الصادر من قبل المهندس في عقد المقولة؛ إذ أن هذا الأخير هو "سلطة يباشرها المهندس في عقد المقاولات، وبموجبها يصدر للمقاول أمراً يطلب منه إجراء بعد التعديلات على العمل، رغم أنها غير واردة في العقد الأصلي"، ولعل أبرز مواطن الاختلاف بينه وبين الأمر المصلحي تكمن في أن الأمر التغييري في عقد المقولة يتم في شكل ملحق تعاقدي، وأنه لا يكون إلا إذا وُجد شرط صريح في العقد الأصلي يجيزه، إضافة إلى وقوعه على عقد من عقود القانون الخاص، وذلك خلافاً للأمر المصلحي؛ للمزيد من التفصيل حول الأوامر التغييرية في عقود المقاولات، أنظر: نسرين محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقد المقولة "دراسة في عقد الفيدك النموذجي"، مداخلة أثناء مؤتمر "عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة"، منشور عبر موقع WWW.GOOGLE.COM.

يمكن تعريف الأمر المصلحي بأنه ذلك الأمر الصادر من الإدارة إلى مفاوض الأشغال العمومية، بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها<sup>1</sup>؛ أو هو قرار إداري صادر عن السلطة المتعاقدة لفائدة مفاوض الأشغال العمومية من أجل تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

وتترتب عن كون الأمر المصلحي عبارة عن قرار إداري، العديد من النتائج القانونية، وذلك كالاتي:

1- الأمر المصلحي ملزم للمفاوض الذي صدر إليه؛ إذ انه تنفيذي يتعين على المفاوض احترامه وتنفيذ ما جاء به<sup>3</sup>.

والتزام المفاوض بالخضوع للأوامر المصلحية، لا يقتصر فقط على تلك المتعلقة بالتنفيذ الدقيق للعقد، بل يمتد لمختلف التعديلات التي قد تفرضها الإدارة<sup>4</sup>.

2- التزام المفاوض بتنفيذ الأمر المصلحي، يقابله حقه في طلب التعويض؛ إذا ما ثبت وقوع عبئ حقيقي على عاتقه<sup>5</sup>.

ولصحة الأمر المصلحي عليه أن يراعي مجموعة من الأشكال والإجراءات التي حددها المشرع لصدوره<sup>6</sup>.

فالقاعدة العامة في الأمر المصلحي أن يصدر في شكل كتابي، أي أن المفاوض من جهة لا يلتزم بتنفيذ سوى ما وُجّه إليه كتابةً، ومن جهة أخرى، فهو لا يستند في طلب التعويض إلا على الأوامر الكتابية<sup>7</sup>؛ وفي هذا الصدد أكدت المادة 8/12 من د ش إ ع ضرورة إصدار الإدارة

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 460.

<sup>2</sup> - « un acte administratif unilatéral émis par le pouvoir adjudicateur à l'intention du titulaire du marché, tenu de l'exécuter » ; Voir : S. BRACONNIER, Droit des marchés publics, Imprimerie nationale, 2002, p. 287 et 288.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 460.

<sup>4</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 429، 430.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص. 431.

<sup>6</sup> - الأمر بالخدمة يكون على عدة نسخ ويحتوي إجباريا على :

\* تاريخ الإنشاء، موقعا من طرف المصلحة المتعاقدة.

\* تاريخ التبليغ موقعا من طرف المتعاقد معه.

\* رقم الترتيب التسلسلي بالنسبة للصفحة.

\* رقم التسجيل في السجل الخاص بالأوامر بالخدمة.

\* مواصفات الصفحة أو / والملحق.

\* تحديد الموضوع والمحتوى الدقيق للأمر بالخدمة.

\* الوضع الاجتماعي ومحل إقامة الشريك المتعاقد معه الموجه إليه الأمر بالخدمة.

<sup>7</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 461.

المتعاقدة أوامر مصلحية كتابية مسببة و معللة، إلا أن المشرع لم يشترط صورة كتابية محددة لا بد من إتباعها، فيكفي فقط ما يعبر عن نية الإدارة صراحة.

ووفقا للمادة 5/12 من د ش إ ع، لا يقبل تنفيذ المقاول للأعمال الإضافية من تلقاء نفسه بل يجب أن يكون بموجب أمر من الإدارة المتعاقدة، وإلا فإن الإدارة غير ملزمة بدفع كلفة الإضافات؛ إلا أن مجلس الدولة الجزائري أجاز حصول المقاول عليها ، رغم عدم تلقيه أمر كتابي من الإدارة و يكون ذلك في حالات تتمثل في الأعمال الضرورية غير المنصوص عليها في العقد لكنها ضرورية لحسن سي ر وسلامة الأعمال الأصلية، وذلك بموجب القرار المؤرخ في 2005/07/12 في قضية ق. ع. ب ضد مدير الشباب و الرياضة لولاية البويرة حيث جاء فيه: " ... أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب ايسياخم بالبويرة ، وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للانجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بانجازها ، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلق أي أمر بذلك من طرفه و لا من صاحب المبنى<sup>1</sup> ."

كما أن الشكل الكتابي ليس له مدى مطلق، فيمكن الإتفاق في العقد على شرعية الأمر الشفوي<sup>2</sup>، وبالتالي التحرر من هذه الشكلية؛ ولعل ذلك راجع لمتطلبات المرفق العام، وضرورة السرعة في التصدي لكل طارئ.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد احترم الأمر الشفهي، إذا اعترفت به الإدارة، أو إذا كان العرف الإداري قد دأب على العمل بالأوامر الشفهية، أو إذا ثبت أن تنفيذ الأمر شفهي أصبح ضروري بخطأ الإدارة<sup>3</sup>.

وإضافة لشرط الكتابة، فقد استوجب المشرع صدور الأوامر المصلحية من طرف مهندس الدائرة، أو المهندس المعماري، فقط، مقررته بذلك الإختصاص الشخصي في إصدار هذا النوع من القرارات.

<sup>1</sup> - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005 قضية ق ب ع ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، ع 07، سنة 2005، ص 92-93.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.433.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.461.

وإذا ما صدر الأمر المصلي من الإدارة صحيحاً وُجِّهَ للمقاول، فإن هذا الأخير يمكن أن يقبل به صراحة، وذلك بتوقيعه بالاستلام دون تحفظ؛ كما يمكن أن يكون قبوله ضمنياً، وذلك بالشروع في تنفيذ ما جاء به الأمر؛ إلا أن للمقاول كذلك أن يرفض تنفيذ هذا الأمر، وذلك حين يرفض التوقيع، أو يوقع مع إدراج التحفظات<sup>1</sup>.

وفي حالة الرفض على المقاول أن يتظلم بالطريق المشروع، وذلك خلال المدد التي يحددها العقد أو دفتر الشروط، وعادة ما تكون قصيرة<sup>2</sup>؛ يترتب على فواتها سقوط حق المقاول في التظلم، وينتدّد مجلس الدولة الفرنسي في احترام هذه المدد ويعتبرها أمرة، ويقيم مسؤولية المقاول عن كافة ما يترتب عن فوات هذه المدد<sup>3</sup>. ولقد حدد د ش إ ع لصفقات الأشغال العمومية، هذه الآجال، حيث منح للمقاول مُدَّةً قصيرة للاعتراض على الأمر المصلي خلالها؛ فنص في م 7/12 على ما يلي: "عندما يرتئي المقاول أن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال عشرة أيام،..."، وألزم في م 1/30 على المقاول، في حالة تجاوز التعديل الوارد بالأمر المصلي للنسب المقررة قانوناً، إخبار المهندس الرئيس بطلب كتابي في أجل شهرين ابتداءً من تاريخ أمر المصلحة.

إلا أن الإدارة يمكن أن تتنازل عن التمسك بانتهاء هذه المدة، شرط أن تكشف عن نيتها صراحة<sup>4</sup>.

ولا بد من الإشارة إلى أن الاعتراض الصادر من المقاول، لا يوقف تنفيذ الأمر المصلي؛ وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرر في أحد أحكامه أنه: "إذا كان يجوز للمقاول أن يقدم في هذا الشأن اعتراضاً لرب العمل، إلا أنه مع ذلك ملزم بتنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة له من هذا الأخير"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 435.

<sup>2</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 463.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 436.

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 462.

<sup>5</sup> - CE, 16/02/1966, Sieur Bernard ;

أشار إليه: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 437.

وفي هذا الصدد، فقد قرر المشرع الجزائري، أن اعتراض المقاول لا يبيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة، إلا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري<sup>1</sup>.

### ثانياً: مضمون سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي لعقد الأشغال العمومية

من المسلم به أن للإدارة سلطة واسعة في الرقابة والإشراف على تنفيذ عقد الأشغال العمومية<sup>2</sup>، إلا أن ذلك لا يعني اقتصارها على رقابة المقاول وتوجيهه أثناء التنفيذ، بل إن لها كذلك سلطة تعديل بنود عقد الأشغال العمومية أثناء التنفيذ.

فعقود الأشغال العمومية تتمتع فيها الإدارة بسلطة واسعة في التعديل، وذلك نظراً لصلة محل هذا العقد الوطيدة بالمرفق العام؛ بل وتعتبر سلطة التعديل لعقد الأشغال العمومية محل ترحيب من الفقهاء، فحتى الفقيه G. Jéze -المعروف بإنكاره لهذه السلطة في باقي العقود الإدارية- قد اعترف بها في عقدي الأشغال العمومية والإمتياز<sup>3</sup>.

وفي هذا السياق قرر القضاء الإداري المصري، أن: "... سلطة التعديل وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود الأشغال العامة، فإنها تبدو في أبرز مظاهر فيما يتعلق بالعقد المذكور، اعتباراً أن جهة الإدارة هي صاحبة الإختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال..."<sup>4</sup>.

وعادة ما تتضمن عقود الأشغال العمومية النص على سلطة التعديل الإنفرادي<sup>5</sup>، إلا أن المنظم الجزائري كرس بدوره هذه السلطة، حينما قننّها في د ش إ ع؛ "فحق الإدارة في تعديل عقد الأشغال العمومية يظهر غالباً في دفاتر الشروط الإدارية العامة"<sup>6</sup>، مما يجعل الأساس القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي لعقد الأشغال العمومية يجد محله في القانون الجزائري، ضمن د ش إ ع المطبقة على صفقات الأشغال.

<sup>1</sup> - أنظر م 7/12 د.ش.إ.ع لصفقات الأشغال العمومية.

<sup>2</sup> - للمزيد من التفاصيل حول السلطات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في عقد الأشغال العمومية؛ أنظر : بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص. 27 وما بعدها.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 439.

<sup>4</sup> - خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 151.

<sup>5</sup> - إلا أنها تبقى كاشفة وليست منشئة لهذه السلطة.

<sup>6</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 439.

حيث ألزم المشرع من خلال م 4/12 و 5، المقاول بتنفيذ أوامر المصلحة، وبالالتزام

بالتغييرات المفروضة عليه من طرف الإدارة؛ ومن ثمة فالمقاول ملزم أثناء تنفيذ الأشغال العمومية، بالخضوع لتوجيهات الإدارة، ولمختلف التعديلات التي قد تفرضها على العقد أثناء التنفيذ؛ وفي السياق ذاته نصت م 29 على ما يلي: "عندما يُرتَّبى، دون إجراء أي تغيير في موضوع الصفقة ضرورة تنفيذ الأشغال غير المدرجة في الجدول أو في التسلسل، أو تعديل منشأ الأدوات كما هي مبينة في دفتر الشروط الخصوصية، يعمد المقاول فوراً إلى تطبيق أوامر المصلحة التي يتلقاها بهذا الشأن...". وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام، والعكس كذلك<sup>1</sup>؛ ولما كان عقد الأشغال العمومية من أكثر العقود احتكاكاً بالمرفق العام، فإن للإدارة سلطة واسعة في تعديل بنوده، فلها تعديل مقدار التزامات المتعاقد معها، ولها التعديل كذلك في طرق ووسائل التنفيذ، كما يمكنها تعديل مدة تنفيذ العقد؛ ومهما كانت صور التعديل، فقد تكون له مواضيع مختلفة، فقد تأمر الإدارة أحياناً بتغيير في المواد المستعملة، أو تعديل مقاسات الأشغال، أو إحلال نوع من الإسمنت محل نوع آخر<sup>2</sup>.

إلا أن المشرع الجزائري وضع معيار جزافي لحدود التعديل في عقد الأشغال العمومية،<sup>3</sup> Une détermination forfaitaire de la limite des changement، إذ تنص المواد 30، 31 من د ش إ ع على ألا تتجاوز الإضافة أو النقص نسبة 20% من قيمة الأشغال العمومية، تحت طائلة فسخ العقد من طرف المقاول، مع حقه في التعويض في حالة إنقاص الأشغال لما دون تلك النسبة.

وإذا كان هذا القيد تشريعياً، فإن هناك العديد من الحدود الأخرى التي استتبطها القضاء في هذا المجال؛ فسلطة التعديل الإنفرادي لعقد الأشغال العمومية-مثل باقي العقود- ليست مطلقة، بل تخضع للقيود العامة الواردة على سلطة التعديل؛ السابق دراستها. وبالتالي؛ لا يمكن أن تنصب سلطة تعديل عقد الأشغال العمومية إلا على تلك النصوص المتعلقة بالمرفق، دون ما يتعلق بالمزايا المالية، فمن المسلّم به أن التعديل لا يمس الثمن بأي حال من الأحوال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 467.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 440.

<sup>3</sup> - حسبما يرى أحد الفقهاء معلقاً على التشريع الفرنسي، الذي حدّد نسباً للتعديل لا يجوز تجاوزها؛ علي الفحام، المرجع نفسه، ص. 453.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص. 441.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي، قد أطر سلطة تعديل عقد الأشغال العمومية، بحيث أبرز أهم ضوابط هذا التعديل، والتي تتلخص فيما يلي:

### \*فكرة قلب اقتصاديات العقد وتغيير جوهره:

مهما كانت سلطة الإدارة في تغيير شروط عقد الأشغال العمومية، فإنه يجب ألا يغيب عن بالها أنها تتعامل مع مقاول، قدّر ظروفه جيداً قبل أن يتعاقد معها، ومن ثمة فهي ملزمة حين تلجأ لتعديل العقد بألا تذهب إلى الحد الذي يؤدي لقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب Le bouleversement de l'économie du projet، أو أن تغير من طبيعة العقد أو جوهره Substance du contrat<sup>1</sup>.؛ فسلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العمومية غير محررة من القيود، وينبغي أن تدور التعديلات في الإطار الذي رسمه العقد، وألا تجعل الإدارة بهذا التعديل الأعمال الجديدة مغايرة في طبيعتها لتلك المتفق عليها في العقد<sup>2</sup>؛ وللقاضي سلطة تقدير مدى وجود مساس باقتصاد السوق من عدمه<sup>3</sup>.

### \*فكرة الأعمال الجديدة:

ترتيباً على الفكرة السابقة، لا تستطيع الإدارة أن تفرض على المقاول تنفيذ عمل جديد، وإذا ما استلزمت فرضه فيحق للمقاول المطالبة بفسخ العقد، أو المطالبة بالتعويض إذا ما كان قد نفذ هذه الأشغال الجديدة<sup>4</sup>.

والأعمال الجديدة هي " التي يُعتبر موضوعها غريباً عن العقد الأصلي، بحيث لا تربطها به صلة إطلاقاً؛ أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك نُصّ عليها في العقد"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.478.

وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ علي الفحام أنه " لا يمكن للإدارة أن تفرض على المقاول أي تعديل يترتب عليه تغيير في الاقتصاد العام للمشروع، أو يؤدي لقلب اقتصاد العقد رأساً على عقب" ؛ المرجع السابق، ص.443.

<sup>2</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.78.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.443.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص.445.

<sup>5</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.469.

ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي مصطلحات كثيرة تعبيراً عن العمل الجديد، منها "العمل الأجنبي عن موضوع العقد Travail étranger a l'objet du contrat"، "العمل الذي لا يمكن اعتباره مرتبطاً بتنفيذ العقد الأصلي Ne pouvant être regardé comme se rattachant à l'exécution du marché passé"<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الأعمال الجديدة L'ouvrage nouveau تختلف عن الأعمال غير

المتوقعة L'ouvrage imprévu ، والأعمال الإضافية Les travaux supplémentaires؛ إذ يسمح القضاء الإداري للإدارة بتكليف المقاول بتنفيذهما عن طريق سلطتها في التعديل<sup>2</sup>.

ويقصد بالأعمال غير المتوقعة، تلك الأعمال التي لم تظهر في العقد، ولكنها ليست غريبة عنه، مثل تكليف المقاول بنقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض<sup>3</sup>.

أما الأعمال الإضافية فهي أعمال لم تظهر في العقد، لكن توقعتها قائمة الأسعار ووضعت لها أسعاراً؛ مثل تكليف المقاول بمد السد إلى مسافة إضافية نتيجة التغيير غير المتوقع لمجرى النهر<sup>4</sup>؛ وقد عرفها القضاء الإداري المصري بالقول: "الأعمال الإضافية في عقود الأشغال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية..."<sup>5</sup>.

وتكمن التفرقة بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية، في طريقة تحديد الثمن؛ ففي الأولى يقدر الثمن استقلالا عن الثمن المتفق عليه في العقد، أما في الثانية فيُقدَّر بناءً على السعر الوارد في العقد<sup>6</sup>.

ويجب على الإدارة ألا تستعمل حقها في فرض أعمال غير متوقعة أو إضافية إلا بحسن نية، وإلا جاز للمقاول، علاوة على حقه في استيفاء ثمن الأشغال المنجزة، أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 446.

<sup>2</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 470.

<sup>3</sup> - يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص. 90.

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 470.

<sup>5</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 56.

<sup>6</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 471، 470.

<sup>7</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 452.

يتضح مما سبق أن سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري معترف بها اليوم بالنسبة لجميع العقود الإدارية، وتتمتع بها الإدارة حتى في غياب النص عليها، بل ولا يجوز لها التنازل عنها؛ ومرد ذلك لكونها ترجع للخصائص الذاتية للعقود الإدارية نتيجة ارتباطها بالمرفق العام، وهو ما جعل حجم سلطة التعديل يختلف باختلاف العقود الإدارية، تباعا لمدى مساهمة المتعاقد في تسيير المرفق العام، ومدى ارتباط العقد الإداري بنشاط هذا المرفق؛ كما أن نطاق هذه السلطة يتركز في مجال معين، ويتحدد ببعض القيود والشروط كذلك.

وبناء على ما سبق ذكره، يمكن القول أن الإدارة إذا ما احترمت الشروط المقررة قانونًا لاستعمال سلطة التعديل، واكتفت بالمجال المحدد لذلك، وتقيدت بكل ما يرد على هذه السلطة من قيود، يمكنها بعد ذلك أن تستعمل سلطتها في التعديل الإفرادي، عن طريق قرار التعديل، والذي ينتج كل آثاره في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، والذي يملك هو الآخر بعض الضمانات التي تسمح له بمواجهة هذه السلطة، وبالتالي إقامة نوع من التوازن بين المتعاقدين؛ مما يستدعي دراسة الآثار القانونية التي تنتج عن استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، وإبراز الضمانات القانونية الممنوحة للمتعاقد لمواجهتها؛ وذلك من خلال الفصل الموالي.

## الفصل الثاني

تنفيذ قرار التعديل الإنفرادي  
للعقد الإداري و ضمانات المتعاقد  
في مواجهته

تتولى الإدارة العامة إدارة المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد لإشباع الحاجات العامة وتحقيق الصالح العام، ولقيام الإدارة المتعاقدة بهذه المهام النبيلة والخطيرة؛ فقد أقر لها الرأي الراجح من الفقه، والقضاء والتشريع الإداريين- كما سبق القول في الفصل الأول- بسلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري.

وإن سلطة التعديل الإنفرادي تلك لها قدر كبير من الخطورة، فالإدارة التي تملكها لا تقف في مباشرتها لتلك السلطة فقط عند حد إصدار الأوامر والنواهي فيما يتعلق بتنفيذ العقد؛ بل تتعدى ذلك إلى تغيير التزامات المتعاقد معها زيادة أو نقصاناً، وبصور مختلفة؛ كما أن خطورة هذه السلطة تبدو أكثر في كونها تهاجم الفكرة التعاقدية القائمة على مبدأ ثبات العقود واستقرارها وعدم القدرة على تعديلها إلا باتفاق أو بموجب نص قانوني صريح<sup>1</sup>.

ولعل تلك الخطورة القصوى التي تنتصف بها سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، هي ما أدت إلى وجود العديد من الضوابط والشروط بل والحدود التي على الإدارة مراعاتها عند استعمال هذه السلطة، وذلك سعياً من المشرع لإيجاد نوع من التوازن بين طرفي هذه العلاقة العقدية غير المتساويين تماماً.

حيث يرى أحد الفقهاء أن الإجتهد القضائي، مجسداً في قانون الصفقات العمومية ودفاتر الشروط؛ والوثائق النموذجية، يعنى بالبحث عن التوازن بين السلطات المعترف بها للإدارة وحق المتعاقدين معها.

La jurisprudence, relayée en cela par le CMP, les cahiers des charges et les documents types ; s'est préoccupée de rechercher un équilibre entre les prérogatives reconnues à l'administration et le droit de ses cocontractants<sup>2</sup>.

إذ أن تلك الخطورة لا تعني أن الإدارة غير مرتبطة بعقد، وأنه ليس للعقد الإداري قوة إلزامية تجاهها، فليست سلطة التعديل بمثابة الرخصة أو القدرة الممنوحة للإدارة للتهرب من التزاماتها العقدية كيفما شاءت، فخارج الحالات التي تستطيع فيها الإدارة أن تستعمل سلطتها المعدلة، يكون أيُّ تَنكُّرٍ منها لالتزاماتها التعاقدية عرضة لأن تنال الجزاء الذي ينتظرها من طرف القضاء الإداري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص.175.

<sup>2</sup> - Xavier Libert, OP CIT, p.65.

<sup>3</sup> - خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص.257.

ومن ثمة فإن ما تم التطرق له من أن السواد الأعظم من الفقه اليوم، والقضاء الإداري وأغلب التشريعات المعاصرة تعترف للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، وأن هذه السلطة تستمد أساسها من فكرة إحتياجات المرفق العام، مما يجعلها موجودة دونما حاجة للنص عليها؛ لا يمنع من القول أنها سلطة محددة بشروط ومقننة بضوابط تشكل في مجملها مجموعة من الضمانات القانونية المقررة للمتعاقد لمواجهة هذه السلطة الخارقة *Le pouvoir exorbitant*. وعليه فإن الإدارة إذا ما احترمت تلك الشروط وتقيدت بتلك الضوابط كان لزاما على المتعاقد تنفيذ قرار التعديل الإفرادي دون اعتراض ولا مناقشة، أما في حالة العكس فإن للمتعاقد من الضمانات والحماية القانونية ما يخوله الوقوف في وجه هذا التعديل واستيفاء كل حقوقه. وبناء على ذلك تظهر الأهمية القصوى لدراسة كيفية استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، من خلال التطرق للنظام القانوني لتنفيذ قرار التعديل الإفرادي (المبحث الأول)، ثم البحث عن الضمانات القانونية للمتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الإفرادي (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### النظام القانوني لتنفيذ قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

يترتب على إبرام العقد الإداري مجموعة من الإلتزامات في ذمة المتعاقد مع الإدارة، يبرز أهمها في واجبه بالوفاء بالتزاماته كاملة حسب الشروط المتفق عليها. ولما كانت العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بسعيها وراء إشباع الحاجات العامة، فإن مراكز طرفي العقد الإداري غير متكافئة، إذ يجب تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للمتعاقد؛ ويترتب على ذلك أن الإلتزامات المتعاقد مع الإدارة تخضع للتعديل الإنفرادي من جانب الإدارة<sup>1</sup>، مما يجعله ملتزماً أيضاً بتنفيذ إلتزاماته الأصلية مع مراعاة التعديلات التي قد تطرأ عليها. حيث أن المتعاقد ملزم على تنفيذ قرار التعديل والانصياع لمحتواه، مادام أن هذا القرار جاء مستوفياً للشروط الموضوعية والإجرائية الخاصة بالتعديل الإنفرادي؛ إذ يرى أحد الكتاب أن القضاء الإداري يفرض على المتعاقد مع الإدارة إجراء جميع التعديلات التي تتطلبها الإدارة أثناء تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

هذا، ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة التوقف عن التنفيذ بحجة أن إلتزاماته المتفق عليها قد تم تعديلها من طرف الإدارة؛ بل ولا يستطيع حتى الدفع بعدم التنفيذ-كقاعدة عامة- إذا ما أخلت الإدارة بالتزاماتها معه، عملاً بمقتضيات السير الحسن والمطرّد للمرفق العام؛ إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن تنفيذ قرار التعديل قد يثير بعض المشاكل والنزاعات، والتي تعرض للتسوية الودية بين المتعاقد والإدارة كحل أولي، ثم إذا استعصى النزاع تطرح فيما بعد على منصة القضاء الذي يسعى بدوره لتسوية هذه النزاعات الناجمة عن قرار التعديل الإنفرادي. وبالتالي تظهر الضرورة الملحة لدراسة النظام القانوني لتنفيذ قرار التعديل، من خلال التطرق

للمبدأ الذي يلزم المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل والتسوية الودية للنزاعات الناشئة عن هذا القرار (المطلب الأول)، ثم البحث عن إجراءات الطعن القضائي الواردة ضده (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص.190.

<sup>2</sup> - محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.139.

## المطلب الأول

### التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

#### والتسوية الودية للنزاعات الناشئة عنه

في مجال القانون العام -بصفة عامة- حيث تمارس الإدارة نشاطها الإداري في خدمة المصلحة العامة، فإنها تعتبر المسؤولة عن حسن سير المرافق العامة وعن تنفيذ القوانين، كما أن القرارات الإدارية وهي تستهدف الصالح العام يتعين تنفيذها وتحقيق آثارها القانونية<sup>1</sup>.

وفي مجال العقد الإداري، يتعين على المتعاقد مع الإدارة الانصياع لاستعمال الإدارة لسلطتها في التعديل الإنفرادي، فعليه تنفيذ ما ينتج عنها من قرارات دون اعتراض حتى ولو مُني بضرر من جراء ذلك، لأن سلطة التعديل الإنفرادي تدخل ضمن طبيعة العقد الإداري الذي وافق عليه المتعاقد، وبالتالي قبل بتنفيذ ما ينجم عنها<sup>2</sup>.

إلا أنه قد يحدث تصادم بين مصلحة المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها، وذلك بخصوص مدى مشروعية استخدامها لسلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، وهذا سيؤدي حتما لرفض المتعاقد الممثل لقرار التعديل وبالتالي نشوء نزاع بينهما؛ إلا أن البحث عن حل لهذا النزاع قد لا يكون دائما أمام القضاء، إذ توجد مجموعة من الإجراءات والوسائل البديلة التي تسمح بحل منازعات تنفيذ قرار التعديل بشكل ودي خارج ساحة القضاء، وذلك رغبة في ربح الوقت وتقليص النزاعات المعروضة أمام القضاء.

ومن ثمة، فإن دراسة موضوع تنفيذ قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، يستدعي التطرق لمضمون مبدأ التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل (الفرع الأول)، ثم البحث عن طرق التسوية الودية للنزاع الناشئ بهذا الصدد إن وجد (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - أنظر: أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، د ب ن، 2012، ص.99.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.26.

## الفرع الأول

### التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

إن سلطة التعديل توجد في كل عقد إداري-كأصل عام- دون حاجة للنص عليها، مما يجعل المتعاقد قد رضي بها ضمناً، فما دام قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري قد جاء مشروعاً ومستوفياً لكل الشروط الخاصة به؛ فإن المتعاقد ملزم بتنفيذه، دون أدنى اعتراض أو رفض؛ أما إذا كان استعمال الإدارة لسلطة التعديل قد وقع خارج إطار المشروعية، أو تجاوز الحدود المرسومة له؛ فيصبح قرار التعديل ها هنا غير مشروع مما يسمح للمتعاقد بالامتناع عن تنفيذه. وبالتالي يمكن القول أن المتعاقد ملزم -كأصل عام- بتنفيذ قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، كما يحق له أحياناً-وكاستثناء- الامتناع عن تنفيذه؛ مما يدفع للبحث عن مبررات التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل (أولاً)، ثم عن الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ (ثانياً).

#### أولاً: مبررات التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري

باعتبار أن علاقة الإدارة بالمتعاقد معها هي علاقة تعاون من أجل تسيير المرفق العام وتحقيق الصالح العام، وبما أن سلطة التعديل الإنفرادي جاءت لتحقيق احتياجات المرفق العام وضمان سيره الحسن؛ فقد ظهرت ضرورة قيام المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري والاستمرار فيه، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد غيرت من الالتزامات الأصلية للمتعاقد عليها<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن المتعاقد مع الإدارة غالباً ما يرحب بإدخال الجهة الإدارية لتعديلات على العقد، لكون التعديلات غالباً ما تعني إضافة أعمال وبالتالي نفود أكثر يجنيها المتعاقد من وراء العقد؛ إلا أنه رغم ذلك فلا يُعقل أبداً أن يخضع تنفيذ التعديلات التي تدخلها الإدارة على العقد للسلطة التقديرية للمتعاقد، إن شاء نفذ وإن شاء رفض، بل إن القانون الإداري يمنح الإدارة المتعاقدة امتيازاً بإدخال تعديلات على العقد دون أحقية المتعاقد معها في الاعتراض على تنفيذ قرار التعديل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 138.

<sup>2</sup> - عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 511.

ولعل التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري، إضافة لكونه يدخل ضمن مستلزمات السير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد؛ فإنه كذلك يجد أساسه الذي يركز عليه في بعض المبررات القانونية، والتي تجعل منه التزاما مشروعاً يقبله المتعاقد ويخضع له لكونه مبدأ عام من مبادئ تنفيذ العقود الإدارية، والتي يفترض في كل من يقبل على التعاقد مع الإدارة أن يعلم بها ويدعن لها مسبقاً؛ وتتمثل مبررات التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي فيما يلي:

### أ) التعديل الإفرادي يتم في شكل قرار إداري

لما كانت الإدارة شخص معنوي لا تصرف له ولا حياة إلا من خلال ممثليه، ولما كان التصريح عن رغبات هذا الشخص يتم في شكل تصرفات قانونية-كأصل عام- فإن رغبة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري لا تتم إلا من خلال إصدارها لقرار التعديل، وهو ذلك القرار الذي يعبر عن رغبتها في التعديل صراحة، سواء كان صادراً في شكل قرار إداري عادي، أو اتخذ شكل الأمر المصلحي، أو حتى كان قرار شفوي صادراً عن مهندس المصلحة المتعاقدة.

فإن القرار الإداري الصريح *Décision explicite* يمكن أن يصدر فقط في مجرد إشعار واردة في رسالة خطية، أو في شكل تصريح شفوي.

فبالنسبة للحالة الأولى فقد اعتبر القضاء الإداري الجزائري رسائل موجهة من البلدية لتجار بسوق تتضمن إشعارهم برغبة البلدية في تغيير نشاط السوق من تجارة النسيج إلى بيع الخضر والفواكه، قراراً إدارياً من الممكن المنازعة في مشروعيتها<sup>1</sup>؛ أما بخصوص القرار الإداري الشفوي، فلم يشترط القضاء الإداري الجزائري في بعض الحالات صدور قرار التعديل كتابة، وذلك بموجب القرار المؤرخ في 2005/07/12 في قضية ق. ع. ب. ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة حيث جاء فيه: "... أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب إيسياخم بالبويرة، وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بانجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلق أي أمر بذلك من طرفه ولا من صاحب المبنى<sup>2</sup>"، كما أن الشكل الكتابي ليس له مدى مطلق، فيمكن الاتفاق في العقد على

<sup>1</sup> - أنظر: قرار المجلس الأعلى، 1976/12/18، قضية عباس ميلود وآخرون ضد رئيس بلدية البلدية؛ بوشهدة ورشيد خلوفي، مجموعة أحكام القضاء الإداري، د.م.ج، الجزائر، 1979، ص.81.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005، سبقت الإشارة إليه.

شرعية الأمر الشفوي<sup>1</sup>، وبالتالي التحرر من هذه الشكلية؛ ولعل ذلك راجع لمتطلبات المرفق العام، وضرورة السرعة في التصدي لكل طارئ.

وعليه -ومهما يكن شكل القرار- فإذا كانت سلطة التعديل الإنفرادي تجد أساسا لها في الفقه والقضاء والتشريع، وتفرض وجودها في مجال تنفيذ العقود الإدارية كمبدأ عام من مبادئ العقود الإدارية، فإن ذلك كله لا يتعدى كونه مجرد سبب وجيه وأساس لوجود مثل هذه السلطة-كما سبق القول- دون أن يكفي لإلزام المتعاقد بتنفيذ ما ينشأ عنها من قرارات فقط لأنها كذلك-أي مبدأ عام في العقود الإدارية- ومن ثمة فإن الحجة الدامغة والحل الأرجح في إلزامه على الخضوع لقرار التعديل يكمن في الطبيعة القانونية لهذا القرار.

حيث أن القرار الإداري<sup>2</sup> في حد ذاته وبغض النظر عن موضوعه يتميز بكونه انفرادي وتنفيذي، ومُحصَّن بامتياز التنفيذ المباشر<sup>3</sup>.

فقد أقر الفقه والقضاء للإدارة بامتياز تنفيذ قراراتها المشروعة بنفسها مباشرة ولو باستعمال القوة الجبرية في مواجهة الأفراد دون حاجة إلى تدخل القضاء سلفا، أو استئنائه، وبذلك تتغلب الإدارة على مقاومة الأفراد أو امتناعهم عن تنفيذ القرارات الإدارية وتتمكن من إجبارهم على احترام القانون عن طريق التنفيذ الإداري المباشر<sup>4</sup>. وبذلك، يصبح القول بأن التعديل الإنفرادي للعقد الإداري يتم في شكل قرار إداري، مبررًا أساسيا في تبرير إلزام المتعاقد على تنفيذ محتواه.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 433.

<sup>2</sup> - نال موضوع القرار الإداري عناية الكثير من الفقهاء، كما أسهم القضاء الإداري في الكشف عن الكثير من ملامحه، ورغم اختلاف تعريفات الفقه والقضاء للقرار الإداري من حيث الألفاظ فإنه يتم عن مضمون واحد. فقد عرفه العميد "دوجي" بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة، وعرفه "بونار" بأنه كل عمل إداري يحدث تغييرًا في الأوضاع القانونية القائمة، وعرفه "RIVERO" بأنه العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة. أما في الفقه العربي، فقد عرفه الدكتور "سامي جمال الدين" بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد أحداث أثر قانوني معين، جاء في تعريف الدكتور "ماجد راغب الحلو" بأن القرار الإداري هو إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثارًا قانونية، ويتضح من هذا التعريف أن هناك عدة شروط يجب توافرها لتكون أمام قرار إداري وهي:

- أن يصدر القرار من سلطة إدارية.

- أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.

- ترتيب القرار لأثار قانونية.

<sup>3</sup> - لا بد من التمييز بين نفاذ القرار الإداري وبين تنفيذه، فالقرار الإداري بوصفه عمل قانوني من شأنه إحداث آثار قانونية تتمثل في تعديل التنظيم القانوني بصرف النظر عن أي تنفيذ مادي له، وهذا ما يسمى بالقوة التنفيذية للقرار الإداري La force d'exécution؛ أنظر: حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء "دراسة مقارنة"، 3 مزيدة ومنقحة، د.ب.ن، 2008، ص. 17.

<sup>4</sup> - أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص. 100.

## ب) قرار التعديل الإفرادي هو امتداد للعقد الأصلي

من الشروط الأساسية لقرار التعديل الإفرادي أن لا يمس بجوهر العقد وأن لا يؤدي لتغيير موضوع التعاقد الأصلي بشكل كلي، حيث أن سلطة التعديل الإفرادي تقتصر على موضوع العقد ولا تتعداه، إذ أن المتعاقد قد تعاقد مع الإدارة على معاونتها في موضوع معين، وهو يبذل كل ما في وسعه لسد حاجيات المرفق العام المتصل بالعقد في حدود هذا الموضوع فقط، دون أن يتعدى إلتزامه هذا الحد<sup>1</sup>؛ ومن ثمة كان لزاماً على الإدارة عند تعديل العقد التقيد بموضوعه، وعدم الخروج عنه، وهو ما يسمى بشرط عدم تغيير موضوع العقد.

ومن هذا المنطلق، فإن قرار التعديل ليس سوى امتداداً لموضوع العقد الأصلي وتعديلاً للالتزامات المتفق عليها أصلاً، وليس تعاقدًا جديدًا أو إذعانا لشروط جديدة منافية تماما لما تم التعاقد عليه، وعليه فإن عدم تعرض مضمون العقد للتغيير أو التعديل الجوهري يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل.

كما أن على المتعاقد أن ينفذ التزاماته وفق ما وردت في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ العقود الإدارية، فبموجب العقد يتحدد التزام المتعاقد مع الإدارة، وبموجبه أيضاً تتحدد أوصافه ومقاديره ومواعيد تنفيذه، غير أنه قد تتفق الإدارة مع المتعاقد معها على الأمور العامة في العقد وتترك الأمور التفصيلية فيه اعتماداً على ما تتضمنه الأحكام العامة في العقود الإدارية وبشكل خاص في دفاتر الشروط العامة، أو في قرارات التعديل، فيكون ما تضمنه العقد وما ورد في الشروط العامة وقرارات التعديل ملزماً للمتعاقد<sup>2</sup>.

وإن كون قرار التعديل الإفرادي مجرد امتداد للعقد الأصلي يعتبر مبرراً أساسياً لإلزام المتعاقد بتنفيذه، إذ لا يحق له الاحتجاج بتغيير مقدار الإلتزامات أو طرق التنفيذ، ما دام هذا التغيير ليس جوهرياً، ومرد ذلك يرجع لكون آثار العقود الإدارية لا تقتصر على تلك الحقوق والالتزامات التي تنشأ وتتولد عن العقد وقت إبرامه، بل تشمل حقوق والتزامات تتولد في وقت لاحق نتيجة استخدام السلطة الإدارية لحقها في تعديل شروط العقد الإداري.

<sup>1</sup> - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.237.

<sup>2</sup> - مومن روييلة، العقود الإدارية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007-2010، ص.42.

## ج) تنفيذ قرار التعديل يدخل ضمن مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية

تنص المادة 1/107 من القانون المدني على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

وقد استقر الاجتهاد القضائي على تطبيق هذا المبدأ في نطاق العقود الإدارية<sup>1</sup>؛ إذ أن العقود الإدارية تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية، كما يطبق في العقود المدنية<sup>2</sup>، وهو ما كرسه المشرع في المادة 107 من القانون المدني، الذي يُعتبر الشريعة العامة لفروع القانون الأخرى في بعض المجالات.

وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة يجد نفسه ملزما على تنفيذ قرار التعديل الإفرادي، إعمالا لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد الإداري، نظرا لكون محتوى قرار التعديل ليس سوى جزءا من الإلتزامات المتعاقد عليها ويعتبر من مستلزمات تنفيذ العقد الأصلي، كل ما في الأمر أن هذه الإلتزامات استجبت فيما بعد.

بل وما يزيد من التأكيد لمقتضيات حسن النية كمبرر لإلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي، هو أن المتعاقد يعتبر مساهما في تسيير المرفق العام وليس مجرد شخص يسعى نحو مصالحه الشخصية المحضة، ومن ثمة فعليه التقيد أكثر بهذا المبدأ وعدم الإضرار السير الحس للمرفق المتعاقد عليه؛ إذ يرى الأستاذ سليمان الطماوي<sup>3</sup> أن المتعاقد مع الإدارة هو في حقيقته مساعد ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة. وفي هذا الصدد يرى القضاء الإداري المصري في أحد الأحكام الصادرة بتاريخ 17/06/1972 أن "هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي إلتزامه بأمانة وكفاءة لقاء ربح وأجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.27.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.27.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.410.

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.410.

## د) تنفيذ قرار التعديل هو التزام تشريعي

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري بقوة القانون، مما يجعل هذا الإلتزام ذو طابع تشريعي، فرضه عليه المشرع وألزمه بتنفيذ قرار التعديل.

حيث نص المشرع من خلال م 4/12 و 5 من د.ش.إ.ع على لزوم خضوع المتعاقد لقرار التعديل الإفرادي وتنفيذ أوامر المصلحة بكل دقة؛ وأضاف النص صراحة في الفقرة 7 من نفس المادة على ما يلي: "...إن مطالبة المقاول تلك لا تبيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة إلا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري".

كما تنص م 1/35 على ما يلي: "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة". وقد لزم المشرع المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل تحت طائلة تعرضه لعقوبات جزائية من طرف الإدارة المتعاقدة.

بعدما تم ذكره، تظهر بجلاء المبررات التي تفسر إلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل، كمبدأ

عام، لكن هل لهذه القاعدة من استثناءات تحول دون تنفيذ المتعاقد لهذا القرار؟

**ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ إلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد**

### الإداري

إذا كانت المبررات السابقة الذكر تصلح كأساس نظري يسمح بإلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل، فإن قرار التعديل من الناحية القانونية والعملية لا يكون ملزما للمتعاقد إلا إذا جاء مستوفيا لكل الشروط المتطلبية لإصداره؛ إذ أن من المعلوم أنه لا تتمتع الإدارة بسلطة مطلقة في التعديل؛ وذلك حتى لا يُترك المتعاقد في حالة خضوع تام لتعسف الإدارة<sup>1</sup>، وإلا سيؤدي ذلك لإهدار فكرة العقد من أساسها؛ إذ لا يمكن الحديث عن عقد إذا كان أحد الأطراف قادر على التهرب من التزاماته، أو فرض إلتزامات جديدة على الطرف الآخر دون شروط .

وبالتالي فإن الإدارة عند استعمالها لسلطة التعديل الإفرادي؛ ملزمة باحترام مجموعة من

الشروط، منها ما تتعلق بصحة قرار التعديل ومشروعيته؛ ومنها ما تخص موضوع هذا التعديل

<sup>1</sup>- Voir: RAINAUD Jean-Marie, OP CIT, p1183.

ومقداره، وإلا فلا يمكنها إلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل، بل على العكس من ذلك يحق له أن يتمتع عن التنفيذ، بل والمطالبة حتى بفسخ العقد أو التعويض عن ما لحقه من ضرر في بعض الحالات.

حيث أن قرار الإدارة إذا ما كان متماشيا مع كل تلك الشروط السابقة الذكر، سواء من حيث تكوينه كقرار إداري، أو من حيث موضوعه والمحل الذي يشملته بالتعديل، فإنه يكون مشروعاً صحيحاً قابلاً للتنفيذ من قِبَل المتعاقد، دونما أدنى اعتراض منه؛ لكن هناك بعض التجاوزات والأخطاء التي قد تصحب إصدار قرار التعديل، والتي تجعل تنفيذه مجحفاً في حق المتعاقد أو مخالفاً للقانون، مما يؤدي للسماح للمتعاقد بالامتناع عن تنفيذ قرار التعديل في هذه الحالات، وهي:

#### (أ) حالة تجاوز النسب المالية للتعديل

من خلال استقراء النصوص القانونية الخاصة باستعمال الإدارة لسلطتها في التعديل الإفرادي للعقد الإداري، يتبين أن المشرع وضع حدوداً مالية لسلطة التعديل لا يجوز تجاوزها، بحيث يحق للإدارة التعديل في حدودها زيادة أو نقصاً، وبذلك وضعت هذه القاعدة معياراً مادياً للحد الطبيعي المعقول الذي يستطيع المتعاقد مع الإدارة تحمل أعبائه ويكون ملزماً بتنفيذه.

وغني عن البيان، أنه إذا زاد مقدار الأعباء الجديدة الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة هذه الحدود، فإنه لا يكون ملزماً بتنفيذها<sup>1</sup>. وإذا ما لحق المتعاقد ضرر من جراء هذا التجاوز الذي شاب قرار التعديل، فيرى أحد الفقهاء<sup>2</sup> أن قرار التعديل إذا ما تجاوز النسب المحددة، فإن للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حالة الزيادة<sup>3</sup>، أو طلب التعويض عما لحقه من ضرر في حالة النقص<sup>4</sup>، وذلك كما سيتم بيانه فيما بعد.

#### (ب) حالة مخالفة قرار التعديل للقانون المعمول به

يمكن للمتعاقد مع الإدارة الامتناع عن تنفيذ القرار الصادر عنها بتعديل العقد طالما أن هذا التعديل مخالف للقانون، دون أن تملك الإدارة الحق في توقيع جزاءات مالية عليه؛ ذلك أن التعديل المخالف للقانون لا يشكل تنفيذه التزاماً قانونياً يتعين على المتعاقد الوفاء به<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حسين درويش، المرجع السابق، ص.55.

<sup>2</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.283.

<sup>3</sup> - وهذا ما نصت عليه م1/30 د.ش.إ.ع.

<sup>4</sup> - وهذا ما نصت عليه م1/31 د.ش.إ.ع.

<sup>5</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.60.

## ج) حالة قلب إقتصاديات العقد

من الضوابط المتفق عليها كحدود رئيسية لسلطة التعديل، عدم قلب إقتصاديات العقد، إذ "يجب ألا يصل التعديل إلى حد تغيير جوهر العقد، وطبيعة الأشغال لما في ذلك من مساس بالمصالح الشخصية للمتعاقد، الذي تعاقد بناء على معطيات لديه، أقام عليها تقدير إمكانياته الفنية والمالية، وما يتطلبه تنفيذ الأشغال المتفق عليها"<sup>1</sup>.

إذ يجب أن تكون الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون من شأنها التغيير الجذري لموضوع العقد أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الإتفاق عليه؛ أما إذا ما تجاوزت هذه الأعباء الإمكانيات الفنية أو المالية أو الإقتصادية للمتعاقد، فيجوز له في هذه الحالة الامتناع عن تنفيذها.

وفي هذا الصدد قضى الإجتهااد القضائي الفرنسي في إحدى قراراته بأن المؤسسة المتعاقدة يمكن، دون ارتكاب خطأ، أن توقف الأعمال إذا ما تم قلب إقتصاديات العقد.

L'entreprise peut, sans commettre de faute, interrompre les travaux si le marché est bouleversé<sup>2</sup>.

## د) حالة الدفع بعدم التنفيذ

بما أن سلطة التعديل الإفرادي تقوم على أساس مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولما كانت قاعدة إلزام المتعاقد على تنفيذ قرار التعديل، تقوم هي الأخرى على هذا الأساس، فإنه لا ضير في إعمالها إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام<sup>3</sup>.  
حيث اتجه القضاء الإداري إلى الخروج المشروط عن قاعدة عدم جواز الدفع بعم التنفيذ<sup>4</sup>، وهذا الدفع مرده إلى مبادئ العدالة، لكنه مشروط بالألا يترتب عنه التأثير على سير المرفق العام<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر: بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2011-2012، 86.

<sup>2</sup> - Voir : CE, 22 novembre 1967, Sieur MERCURIALI, arrêt publié sur web.

<sup>3</sup> - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 138.

<sup>4</sup> - إن المرفق العام من حيث إنشائه وسيره وانتظامه باطراد هو أول واجبات والتزامات الإدارة، وهو في ذات الوقت من أهم واجبات والتزامات المتعاقد معها لأن طبيعة العقد إداري المبرم بين الإدارة والأفراد تفرض ذلك على عاتق الطرف المتعاقد مع الإدارة، ومن أبرز ملامح هذا الالتزام ما يلي:

وبخصوص هذا الشرط الوارد على جواز الدفع بعدم التنفيذ، قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر، أنه "وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها"<sup>2</sup>.

ويتم هذا التوقف عن التنفيذ تحت رقابة القضاء الإداري، الذي يراقب مدى إمكانية الدفع بعدم التنفيذ وآثاره، كما أن القاضي هو الذي يجيز للمتعاقد التوقف عن تنفيذ التزاماته مادامت الإدارة المتعاقدة قد توقفت عن تنفيذ التزاماتها<sup>3</sup>.

---

- ليس للمتعاقد الدفع بعدم تنفيذ العقد الإداري أو التوقف عنه لأي سبب كان، وإنما عليه الاستمرار فيه دوما مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها أو عن إثراء الإدارة بلا سبب، أو يطلب بإعادة التوازن المالي للعقد.

- أما إذا لم ينقذ أو توقف عن التنفيذ بإرادته المنفردة، فإن للإدارة الحق في مسألتته عن فعله السلبي؛ لأن المتعاقد عند إبرامه للعقد مع الإدارة كان يعلم أن العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني خاص عكس العقود المدنية التي تكون فيها المساواة للأطراف.

<sup>1</sup>- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.50.

<sup>2</sup>- قرار صادر بتاريخ 1971/12/18، أشار إليه محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.139،138.

<sup>3</sup>- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.50.

## الفرع الثاني

### التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن تنفيذ قرار التعديل

نص المشرع من خلال المادة 2/115 من ق.ص.ع على ما يلي: "غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها..."; ويظهر جليا من خلال هذا النص، أن المشرع الجزائري أوجب اللجوء للتسوية الودية للنزاع الناجم عن تنفيذ الصفقات العمومية، وقد قنن اللجوء لهذا الحل بمجموعة من النصوص، يوجد بعضها في ق.ص.ع ويستمد البعض الآخر من الأحكام العامة للطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية الواردة في ق.إ.م.إ.<sup>1</sup>، كما أنه ضبط اللجوء للتسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقة العمومية بمجموعة من الضوابط<sup>2</sup>؛ بحيث يجب أن يراعى فيها ما يلي:

- \* أن تحترم المصلحة المتعاقدة التنظيم والتشريع المعمول بهما، وألا تخالفهما.
- \* الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين.
- \* التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

\* البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة<sup>3</sup>.

ولقد بات من الضروري إيجاد مجموعة من الوسائل البديلة لحل منازعات تنفيذ قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، خاصة وأن الإجراءات القضائية تتسم بطبيعتها بنوع من البطء والتعقيد.

وستتم دراسة هذه الطرق الودية من خلال التطرق للطعن الإداري (أولا) والتحكيم (ثانيا) باعتبارهما من أنجع الطرق في هذا المجال، وذلك إتباعا لنهج المشرع؛ الذي قنن لهما نصوصا خاصة في مجال التسوية الودية لمنازعات تنفيذ العقد الإداري، تدعيما وتكميلا للنصوص التي احتواها ق.إ.م.إ في هذا المجال.

<sup>1</sup> - أنظر القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر. عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

<sup>2</sup> - ذكرت م2/115 هذه الضوابط، حيث ورد بها: "...كلما سمح هذا بما يأتي:

- إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة...".

<sup>3</sup> - للمزيد من التفاصيل حول هذه الضوابط؛ عما بوضياف، المرجع السابق، ص.314.

## أولاً: اللجوء إلى الطعن الإداري لتسوية منازعات تنفيذ قرار التعديل الإداري للعقد

### الإداري

الطعن الإداري المسبق هو تظلم ذو طابع إداري محض يُوجهه صاحب الشأن إلى الإدارة المعنية ولائية كانت أو رئاسية يُعبّر فيه عن عدم رضاه عن عمل أو قرار إداري ويلتمس من خلاله مراجعة موقفها، إذ ترجع جذوره التاريخية إلى نظرية الوزير القاضي ( LA THEORIE DU MINISTRE JUGE )<sup>1</sup>.

وإن الطعن الإداري أو التظلم هو وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية ووسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة، خاصة في حالة استجابة الإدارة للطعن بدلا من اللجوء للقضاء<sup>2</sup>؛ ومن ثمة فإن الطعن الإداري هو من أهم وسائل التسوية الودية لنزاعات تنفيذ قرار التعديل الإداري، مما يستدعي البحث عن مدى وجوبه في هذا المجال، وعن شروط وإجراءات اللجوء إليه؛ وذلك من خلال التطرق لطبيعته القانونية(أ)، وشروطه وإجراءاته(ب).

### أ) الطبيعة القانونية للطعن الإداري في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل الإداري

نظرا للأهمية القصوى التي يكتسبها في هذا المجال، فقد حظي الطعن الإداري بتنظيم لأحكامه في ق.إ.م.إ، كما خصه ق.ص.ع كذلك بنوع من العناية والتنظيم وأفرد له أحكاما خاصة به؛ لذلك فالبحث عن طبيعته القانونية يتطلب نوعا من البحث والتنقيب في كل من هذين القانونين.

**ففي إطار المبادئ العامة للمنازعات الإدارية** ، عرفت الطبيعة القانونية للطعن الإداري مرحلتين متميزتين؛ إذ أنه في إطار ق.إ.م.إ الملغى<sup>3</sup> فقد عرف شرط التظلم أو القرار الإداري السابق عدّة تطوّرات، إذ أنّه قبل سنة 1990 كان شرطا لازما لممارسة الدعوى الإدارية بجميع أنواعها وهذا ما نستشفه من خلال المادتين 169 مكرر و 275<sup>4</sup>، إذ يفهم من العبارات الواردة في هذه المواد أنّ التظلم إجباري سواء أمام

<sup>1</sup> - أنظر: نوبري عبد العزيز ، المنازعة الإدارية في الجزائر : تطورها وخصائصها ، مجلة مجلس الدولة ، ع 08 ، ص 73 .

<sup>2</sup> - أنظر : لوصيف نوال، فعالية تعديل قانون الإجراءات المدنية بين التظلم والصلح، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2006-2007، ص.15.

<sup>3</sup> - أنظر : الأمر 66-154 المتضمن ق.إ.م. مؤرخ في 08/06/1966، ج.ر 47، صادرة في 09/06/1966.

<sup>4</sup> - تنص المادة 169 مكرر 2 على ما يلي : " لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بطريق الطعن في قرار إداري ولا يقبل هذا الطعن إلا إذا قبله عن طريق التدرج الرئاسي يرفع أمام السلطة الرئاسية التي تعلق من أصدر القرار مباشرة أو طعن ولائي يوجه إلى من أصدر القرار...".

الغرف الإدارية بالمجالس القضائية أو أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، وفي هذه المرحلة ورغم إختلاف النظام القانوني للدعويين (دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل) سواء من حيث المواعيد أو من حيث جهة الإختصاص وغيرها فإنهما يتحدان في شرط التظلم وقاعدة القرار السابق، ففي كليهما لا تكون الدعوى مقبولة إذا لم تكن مسبوقة بالتظلم.

ثم منذ سنة 1990 وبالتحديد بموجب قانون 90-23 المؤرخ في 18 أوت 1990<sup>1</sup>، فقد تخلى هذا القانون عن شرط التظلم بالنسبة للدعوى العائدة لاختصاص الغرف المحلية والجهوية، وأبقى عليه بالنسبة للدعوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية للمحكمة العليا (المادة 169 مكرر معدلة)<sup>2</sup>، وكذلك ظلّ التظلم في هذه المرحلة شرطاً لقبول الدعوى في بعض المنازعات الخاصة. أما حالياً وفي ظل ق.إ.م.إ فقد تخلى المشرع الجزائري عن فكرة التظلم وجعله جازيا في المنازعات الإدارية العامة<sup>3</sup> سواء تلك التي تعود لاختصاص المحاكم الإدارية أو تلك التي تعود بشكل ابتدائي ونهائي إلى مجلس الدولة، وسواء تعلقت هذه المنازعات بدعوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية، أو بدعوى القضاء الكامل؛ وهذا ما نصت عليه م 1/830 من ق.إ.م.إ التي جاء فيها ما يلي: " يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه..."، وهذا يعني بأنّ عدم قيام المدعي بالتظلم لا يؤدي إلى عدم قبول الدعوى، لأنّ التظلم ليس شرطا إلزاميا من شروطها. أما في ظل ق.ص.ع؛ فقد تميز الطعن الإداري بالطابع الاختياري كذلك، على غرار ما هو معمول به في ق.إ.م.إ، حيث يستشف من نص م 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 أن اللجوء للطعن الإداري المسبق لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية قد صار جازيا، وذلك ما يفهم من عبارة "يمكن"<sup>4</sup> التي احتوتها هذه المادة في فقرتها السادسة<sup>5</sup>.

---

و تنص المادة 275 على ما يلي : " لا تكون الطعون بالبطان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار ، فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه ."

<sup>1</sup> - قانون 90-23 المؤرخ في 18 أوت 1990 ، المعدل والمتمم للأمر 66-154 المتضمن قانون الاجراءات المدنية ، ج ر رقم 36.

<sup>2</sup> - أصبحت المادة 169 مكرر تنص في صياغتها الجديدة على مايلي : " لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري ولا يُقبل أن يُرفع الطعن المشار إليه آنفا إلاّ خلال أربعة أشهر من تبليغ القرار المطعون فيه أو نشره ."

<sup>3</sup> - إنّ إلغاء التظلم كشرط إلزامي لقبول الدعوى ما هو إلاّ إستكمال للإصلاح الذي بدأ في سنة 1990 الهادف إلى تبسيط إجراءات التقاضي وتيسير ممارسة حق التقاضي أمام القضاء الإداري ، وتخفيف القيود المفروضة على المتقاضين.

<sup>4</sup> - وفي نفس هذا المعنى، أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.316.

<sup>5</sup> - والتي نصت على ما يلي: "يمكن للمتعاقد المتعاقد أن يرفع طعنا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة، أمام اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات المختصة التي تصدر موقرا في هذا الشأن خلال ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ إيداع الطعن".

وبالتالي، فإن القول بأن التظلم ليس إلزامياً، يعني أن الدعوى المرفوعة أمام القضاء في غيابه تكون مقبولة، لأنه ليس شرطاً لقبولها؛ أما إذا قرر الشخص اللجوء إليه، فعليه إحترام الشروط والإجراءات والمواعيد المحددة قانوناً؛ كما أن هذا التظلم يأخذ طابع محاولة صلح تقوم بها اللجنة المختصة لتقدم رأياً بخصوصه<sup>1</sup>؛ مما يستدعي البحث عن اللجان المختصة بنظر الطعن الإداري في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي، وعن شروطه وإجراءاته، فكيف ذلك؟

## ب) شروط وإجراءات الطعن الإداري في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي

بما أن ق.ص.ع خول لجان الصفقات العمومية المختصة سلطة البت في الطعون الإدارية، في مجال منازعات تنفيذ العقد الإداري، فلا بد إذا من تحديد هذه اللجان، ثم إبراز شروط رفع هذا الطعن أمامها.

حيث تضطلع لجان الصفقات العمومية المختصة بنظر الطعون الإدارية<sup>2</sup>، في إطار تسوية منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي، وتعمل وفق النظام الداخلي النموذجي الخاص بها<sup>3</sup>، والذي يحدد تشكيلتها وقواعد سيرها ومهامها<sup>4</sup>؛ وتحدد لجان الصفقات العمومية حسب ق.ص.ع كالاتي:

<sup>1</sup> - أنظر : خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، الجزائر، 2012-2013، ص.28.

<sup>2</sup> - للمزيد من التفاصيل؛ أنظر : بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بجامعة بومرداس، 2011-2012؛ خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.28 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر : المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 16/03/2011، يتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية.

<sup>4</sup> - تتمثل صلاحيات ومهام لجان الصفقات في:

- تقديم مساعداتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيبها.
  - تقديم رأياً حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة.
  - تدرس مشاريع دفاتر شروط المناقصة قبل الإعلان عنها حسب التقييم الإداري للمشروع.
  - تدرس مشاريع الصفقات وتؤشرها أو ترفضها.
- إضافة إلى هذا ، تتفرد **اللجان الوطنية للصفقات** بالصلاحيات التالية :
- تراقب صحة إجراءات إبرام الصفقات ذات الأهمية الوطنية .
  - تساهم في برمجة الطلبات العمومية وتوجيهها طبقاً للسياسة التي تحددها الحكومة، وفي هذا المجال فهي تصدر أية توصية تسمح باستعمال أحسن الطاقات الوطنية في الإنتاج والخدمات ، مستهدفة بذلك على وجه الخصوص ، ترشيد الطلبات العمومية وتوحيد أنماطها .
  - تقترح أي إجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات، وتشارك زيادة على ذلك في تطبيق أي إجراء ضروري لتحسين ظروف إبرام الصفقات وتنفيذها.
  - تفحص دفاتر الأعباء العامة ودفاتر الأحكام المشتركة ونماذج الصفقات النموذجية الخاصة بالأشغال واللوازم والدراسات والخدمات ، قبل المصادقة عليها .
  - تدرس كل الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد قبل أي دعوى قضائية حول النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة، وتبث رأياً في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع الطعن.
  - تقدم كل رأي في مشاريع اعتماد الأرقام الاستدلالية الخاصة بالأجور والمواد المستعملة في صيغ مراجعة الأسعار .

\*اللجنة البلدية للصفقات العمومية.

\*اللجنة الولائية للصفقات العمومية.

\*لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية.

\*لجنة الصفقات للهيئة الوطنية المستقلة.

\*اللجنة الوزارية للصفقات العمومية.

\*اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

\*اللجان الوطنية للصفقات العمومية.

ولعل من نافلة الحديث، القول أن هذه اللجان لا تتحرك من تلقاء نفسها في هذا الصدد، بل

لا بد من إخطارها وفق طعن إداري يوجهه إليها المتعاقد الذي ينازع في تنفيذ قرار التعديل

الإنفرادي؛ ولقد قنن المشرع اللجوء إلى هذا الإجراء وضبطه بمجموعة من الشروط، وهي:

### أ. الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن الإداري

يجب أن يرفع الطعن الإداري في شكل مكتوب، وأن يضم عرض الوقائع وتحديد النصوص

القانونية التي يؤسس عليها الطاعن طلباته، والإشارة إلى اللجوء إلى القضاء في حالة عدم استجابة

اللجنة لطلبه بتصحيح الخطأ<sup>1</sup>، سواء بالتعويض عن الأضرار أو بالتراجع عن قرار التعديل

الإنفرادي.

### ب. شرط الميعاد

رغم أن نص م 115 من ق.ص.ع لم يحدد أجلا معيناً لرفع الطعن الإداري المتعلق

بمنازعات تنفيذ الصفقة العمومية، إلا أن المتعاقد ملزم باحترام مواعيد الطعن الواردة في القواعد

العامة<sup>2</sup>، أي 4 أشهر من يوم صدور قرار التعديل الإنفرادي؛ فطبقاً للمادة 829 من ق.إ.م.إ يحق

للمعني بالأمر رفع تظلم أمام الجهة الإدارية مصدرة القرار خلال أجل 4 أشهر، من تاريخ تبليغ

القرار الفردي.

### ج. شرط توجيه الطعن أمام الجهة المختصة

• تطلع على الصعوبات الناتجة عن تطبيق القواعد التي ينص عليها هذا المرسوم تطبيقاً موحداً ولهذا الغرض، يمكن أن تستشيرها هيئة الرقابة أو المصلحة المتعاقدة، كما أنها تعد وتقتراح نظاماً داخلياً نموذجياً يحكم عمل لجان الصفقات.

<sup>1</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.53.

<sup>2</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.53.

يجب على الطاعن أن يقدم طعنه الإداري إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة بنظره، وإلا فلن يؤخذ طلبه بعين الاعتبار<sup>1</sup>؛ وتسهيلا للإجراءات وفي محاولة لتقريب العدالة من المواطن، نصت م 23 من المرسوم 88-131 الصادر بتاريخ 1988/07/04، المتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن على أنه: "إذا قدم لمصلحة أو هيئة طلب لا يدخل في اختصاصها بإمكانها قدر المستطاع أن تحول الطلب المذكور إلى المصلحة أو الهيئة المعنية مع إشعار الطالب بذلك في الوقت ذاته"<sup>2</sup>.

وإذا ما استوفى الطعن الإداري المسبق جميع الشروط المتطلبة قانونا، فتجتمع لجنة الصفقات المختصة للنظر فيه، وتصدر فيه مقررًا ملزما للإدارة المتعاقدة، وذلك حسب م 115/أخيرة من ق.ص.ع، وذلك في غضون 30 يوم من تاريخ إيداع الطعن الإداري أمامها.

وفي الأخير، تظهر الأهمية القصوى التي يكتسبها الطعن الإداري في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي، كوسيلة ودية لحل هذه المنازعات خارج ساحة القضاء، مما يسمح بتقليل عدد النزاعات المعروضة على أروقة القضاء الإداري، والتيسير على المتعاقد وتجنبيه المصاريف القضائية الهائلة؛ كما أن المشرع أضاف إليه وسيلة بديلة أخرى لحل هذا النوع من المنازعات، وهو التحكيم.

### ثانيا: اللجوء إلى التحكيم<sup>3</sup> لتسوية منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد

#### الإداري

نص المشرع الجزائري من خلال م 1006/أخيرة من ق.إ.م.إ على ما يلي: "ولا يجوز للأشخاص المعنية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية؛ مما يفهم منه أن المشرع أجاز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل منازعاتها في مجال الصفقات العمومية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص.54.

<sup>2</sup> - أنظر: ج.ر عدد 27، الصادرة في 1988/07/06.

<sup>3</sup> - يعرف التحكيم بأنه اتفاق طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي، وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم واحد أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم؛ كما عرفه البعض بأنه النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون، مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع؛ للمزيد من التفاصيل: خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.67 وما بعدها.

<sup>4</sup> - وفي ذلك تأكيد للمادة 975 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية".

وشرط التحكيم في الصفقات العمومية هو: "الإتفاق الذي تلتزم بموجبه كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، في صفقة عمومية بأن يعرضوا على التحكيم ما ينجم عنها من نزاعات"<sup>1</sup>.

ولقد سعى المشرع الجزائري، بعد إجازة اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية<sup>2</sup>، إلى تنظيمه ووضع الإجراءات الكفيلة باللجوء إليه وتنفيذ أحكامه؛ وباعتبار التحكيم وسيلة من الوسائل الودية التي قد يُلجأ لها لحل النزاع القائم بشأن تنفيذ قرار التعديل الإفرادي، فلا بد من التعرف على هيئة التحكيم التي تنظر في هذا النزاع (أ)، ثم البحث عن الشروط الإجرائية الرامية لصدور حكم من هذه الهيئة (ب).

### (أ) تشكيل هيئة التحكيم

بالرجوع إلى نص المواد 1/976 و 977 من ق.إ.م.إ فإن الأحكام العامة المتعلقة بالتحكيم هي التي تطبق في مجال التحكيم الخاص بالمنازعات الإدارية، بما فيها منازعات تنفيذ قرار التعديل، وبالعودة إلى هذه الأحكام، وبالأخص تلك الواردة بالمواد 2/1008، 1012، 1014، 1017 يمكن القول أن تشكيل هيئة التحكيم، يخضع لحرية وإرادة الأطراف، وأن هذه الهيئة تتشكل من محكم واحد أو أكثر بعدد فردي<sup>3</sup>. أما بخصوص الشروط المتطلبة في المحكم، فبما أن منازعات الصفقات العمومية تتسم ببعض الخصوصية، فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم يجب أن تتلاءم مع هذه الخصوصية، إذ يمكن أن يكون المحكم رجل قانون، كما قد يكون متخصصا في مجال آخر إذا استدعت طبيعة العقد الإداري ذلك، كأن يكون مهندسا أو خبيرا اقتصاديا؛ كما أن هناك مجموعة من الشروط وجب توافرها في المحكم، وهي أن يكون أهلا، لا قاصرا ولا محجورا عليه ولا محكوم عليه بالحرمان من حقوقه المدنية، وأن يكون مستقلا ومحايذا، كما يجب ألا يكون خصما في النزاع المعروض عليه، أو سبق له وأبدي رأيه فيه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.76.

<sup>2</sup> - حيث لم يكن سابقا يجيزه؛ إذ أن ق.إ.م.إ عرف الانتقال من مرحلة حظر اللجوء للتحكيم إلى مرحلة جواز اللجوء عليه بالنسبة للأشخاص المذكورين في م 800 منه، حيث كان يمنع عليها سابقا اللجوء للتحكيم، وذلك بموجب م 442 من ق.إ.م.إ الملغى، التي كانت تنص: "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا اللجوء للتحكيم"؛ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 325، 326.

<sup>3</sup> - وذلك حتى لا يحول اختلاف آرائهم دون التوصل لصدور حكم في النزاع، وبالتالي إذا اتفق الأطراف على تعدد المحكمين دون ذكر العدد، كان العدد ثلاثة، وإذا حددوه وجب أن يكون العدد وترا تحت طائلة بطلان التحكيم؛ خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.107.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص.107، 108.

## ب) الإجراءات التحكيمية

وفقا للم 1019 من ق.إ.م.إ فإن الخصومة التحكيمية في مجال الصفقات العمومية، تخضع للأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية الإدارية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك؛ ولقد نظم ق.إ.م.إ الإطار الإجرائي الذي تسري ضمنه الخصومة التحكيمية؛ فبعد توفر شروط التحكيم، وتشكيل هيئته تشكيلا صحيحا، تشرع هذه الأخيرة في مباشرة إجراءات الخصومة التحكيمية.

ولقد خول ق.إ.م.إ للهيئة التحكيمية أن تتخذ تدابير مؤقتة لتنظيم حالة مستعجلة، أو تدابير تحفظية لحماية أموال أو لصون حقوق، إلى حين صدور القرار التحكيمي، كما يحق لهيئة التحكيم الاستعانة بخبير لتقديم تقرير شفوي أو كتابي<sup>1</sup>؛ فلم تعد هذه التدابير من اختصاص القاضي فقط، مما يظهر الضمانات القانونية الممنوحة للمتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الإنفرادي التي تتمتع بها الإدارة.

وبعد انتهاء التحقيق، وإحالة القضية على المداولة، يصدر الحكم التحكيمي؛ ولم يشترط المشرع الجزائري لصدور قرار التحكيم أن يكون في جلسة علنية، بل اشترط فقط أن يصدر بأغلبية الأصوات<sup>2</sup>، وأن يحتوي على أسماء وألقاب الخصوم، وعناوينهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي، وكذا أسماء وألقاب المحامين أو ممثلي الأطراف إن وجدوا، وأسماء المحكمين، كما يجب أن يتضمن حكم التحكيم عرضا موجزا للوقائع والإجراءات وادعاءات ودفوع الأطراف؛ وأن يشتمل على منطوق له، وقد اشترط المشرع كذلك صدور قرار التحكيم مسبقا ومؤرخا، مع تحديد مكان الصدور<sup>3</sup>.

وفي الأخير، يمكن القول أن المشرع قد أرسى قاعدة الحل الودي للنزاعات الناشئة عن تنفيذ قرار التعديل الإنفرادي، وقنن لها إجراءات وضوابط خاصة بها، تتماشى وخصوصياتها؛ مما يضع حدا للنزاع فور نشوئه، ويحافظ على الوقت

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص.111.

<sup>2</sup> - أنظر م 1026 من ق.إ.م.إ.

<sup>3</sup> - أنتظر المواد: 1025 إلى 1029 من ق.إ.م.إ.

والجهد، وهو ما يعود بالخير على تنفيذ العقود الإدارية ككل، ومن ثمة إنجاز المشاريع العمومية.

لكن رغم ما سبق ذكره، إلا أن الحلول الودية قد لا تثمر بنتيجة نهائية للنزاع، كما المعلوم والمتفق عليه أن الرقابة القضائية تبقى الوسيلة الأكثر فعالية، والضمان الحقيقي والفعال لمبدأ المشروعية، لذا يحق للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء لمواجهة قرار التعديل الإنفرادي، الذي يزعم عدم صحته.

## المطلب الثاني

### الطعن القضائي في قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري

من النتائج المترتبة على الإقرار للعقد الإداري بالطبيعة الإدارية اختصاص القضاء الإداري وحده ودون غيره بالمنازعات الناشئة عن هذا العقد<sup>1</sup>، وهذا يرجع للطبيعة الخاصة والاستثنائية للعقود الإدارية، والتي تستدعي الخضوع لقواعد خاصة وغير مألوفة في القضاء العادي.

ولا يمكن وضع حصر وتصور دقيق لكل صور المنازعات التي تعرض على القاضي الإداري بخصوص العقود الإدارية، خاصة في مجال تنفيذ قرار التعديل الإفرادي، كون هذه النزاعات إما أن تدخل ضمن ولاية القضاء الكامل، أم أن ينظر فيها قاضي الإلغاء؛ ونظرا لاختلاف السلطات الممنوحة للقاضي الإداري في كل من هذين الدعويين، ولما كانت إجراءات وشروط هذين الدعويين هي الأخرى متشعبة ومتباينة، فلا بد بادئ ذي بدء من تحديد قواعد الإختصاص في مجال العقود الإدارية(الفرع الأول)، ثم الانتقال للبحث في حق المتعاقد في إلغاء قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري(الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### قواعد الإختصاص في مجال منازعات العقود الإدارية

تعتبر منازعات العقود الإدارية، من أهم وأبرز مواضيع القانون الإداري بشكل عام؛ وذلك نظرا للسلطات الواسعة الممنوحة للقاضي الإداري لمعالجتها، وباعتبار أن الدولة أصبحت تلجأ بشكل كبير للتعامل مع الخواص عبر العقود الإدارية، بشكل أضحت معه هذه الأخيرة تتساوى في الأهمية مع القرارات الإدارية<sup>2</sup>؛ ولعل ذلك ما دفع بالمشرع الجزائري إلى الإهتمام بهذا النوع من

<sup>1</sup> - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.346.

<sup>2</sup> - وفي هذا الصدد يرى Pierre DELVOLVE عند الحديث عن استقلالية منازعات القرارات الإدارية، ما يلي:

« .Il vaut mettre en évidence l'autonomie des contentieux des actes administratifs unilatéraux par rapport aux autres. Il ne signifie pas que les autres soient tous secondaires, c'est encore la considération de l'acte donnant lieu au litige qui isole n premiers lieux le contentieux contractuelle ensuite ; l'objet pécuniaire du contentieux extracontractuel présente encore une particularité... » ; Voir : Pierre DELVOLVE, le droit administratif, T2, 2eme édition, 1998, Dalloz, p.128.

المنازعات وتنظيمه، سواء من خلال ق.إ.م.إ<sup>1</sup> أو ضمن ق.ص.ع، والذي يفهم من خلال م 115 منه، أن المتعاقد إذا ما فشل في تسوية منازعات تنفيذ قرار التعديل بالسبيل الودي، فإن له أن يلتجأ إلى القضاء، والذي يعتبر الطريق الأنجع والفعال؛ إلا أن هذا النص لم يوضح القضاء المختص بنظر هذه المنازعات، ولا نوع الدعاوى المرفوعة أمامه. وأمام هذا السكوت التشريعي، لا بد من إبراز الجهة المختصة بنظر منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري (أولاً)، ثم البحث في نوع الدعوى المرفوعة (ثانياً).

### أولاً: الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي

لا تخضع كل عقود الإدارة لنظام قانوني واحد؛ وبالتالي فإن المنازعات المتعلقة بها لا تدخل ضمن إختصاص جهة قضائية واحدة، فطالما بإمكان الإدارة إبرام عقود تخضع للقانون الخاص، ولما كانت أغلب النظم القضائية اليوم تقوم على أساس الإزدواجية، فإن الفصل في منازعات عقود الإدارة الخاصة يكون للقضاء العادي<sup>2</sup>، بينما يكون الإختصاص للقضاء الإداري بخصوص العقود الإدارية<sup>3</sup>، وذلك حسب ما أكده واستقر عليه القضاء الإداري الفرنسي في العديد من اجتهاداته<sup>4</sup>، حيث أن العقود الإدارية-وكما يصنفها الفقهاء- تنقسم إلى فئتين<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> - فنظراً لأهمية القضاء الإداري ككل وحساسية وتعقيد منازعاته، اهتم المشرع الجزائري بخصوصيات هذه المنازعات، وهو ما يتجلى من خلال عدد المواد المخصصة لها، إذ كان ق.إ.م.ق.م. قد خصص 24 مادة للنزاع الإداري من أصل 500 مادة، في حين أن ق.إ.م.ق.م. خصص 198 مادة من أصل 1065؛ أنظر: بلس شاوش بشير، المركز الجديد للسلطة الإدارية في المنازعة الإدارية، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول: التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنعقد بكلية الحقوق بجامعة وهران، 2009/01/20، 21.

<sup>2</sup> - وتجب الإشارة لوجود بعض الآراء في الفقه الفرنسي، تتادي إلى ضرورة إختصاص القضاء الإداري بكل ما يتعلق بنشاط الإدارة، ولو اتخذ أسلوب القانون الخاص؛ على اعتبار أن الهدف من كل تلك النشاطات هو تحقيق النفع العام، وفي هذا الصدد اقترح الفقيه LAMARQUE إلغاء التفرقة بين نوعي العقود التي تيرمها الإدارة، وعقد الإختصاص بشأنها للقضاء الإداري وحده؛ أنظر: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.79، 80.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.78؛ وللمزيد من التفاصيل حول إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أنظر: بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو، 2010-2011.

<sup>4</sup> - Voir :

-CE, 31/07/1912, société des granits porphyroïdes des Vosges, Rec. 909, Concl. Blum, RDP 1914 ; Selon le commissaire du gouvernement Léon Blum, «quand il s'agit de contrat, il faut rechercher non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat de par sa nature même. Et pour que le juge administratif soit compétent, [...] il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit, par sa forme et sa contexture, un contrat administratif».

- T.C., 8 juillet 1963, Entreprise PEYROT contre Société de l'autoroute Esterel-Côte-d'Azur, JCP 1963, II, 13375.

- CE, 06/02/1903, TERRIER, Concl Romieu, cité par :

محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص.12.

\* عقود إدارية بتحديد القانون par détermination de la loi، وهي لا تثير إشكال حول

الإختصاص القضائي، كون المشرع قد نص صراحة على الإختصاص القضائي بالفصل في منازعاتها.

\* عقود إدارية بطبيعتها، وهي التي تتوافر فيها الشروط الثلاثة لإدارية العقد<sup>2</sup>؛ وتدخل ضمن إختصاص القضاء الإداري.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.178.

<sup>2</sup> - يعرف قضاء مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه: « ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام ». .

ويتبين من خلال هذا التعريف، أنه بالإمكان تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود الخاضعة للقانون الخاص باعتماد المعايير التالية:

#### المعيار الأول : المعيار العضوي

يشترط لاعتبار العقد إداريا مراعاة للمعيار العضوي أن يكون أحد طرفيه شخصا من أشخاص من القانون العام، أي أن يكون إما الدولة أو هيئة عمومية وطنية مستقلة، أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عامة. ولقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار العضوي في تحديد العقود الإدارية سواء طبقا لنصوص خاصة ببعض المجالات، أو بموجب النص العام المتمثل في المادة 800 من ق.إ.م.إ.

#### المعيار الثاني : المعيار الموضوعي

يتمثل موضوع العقد الإداري ويتصل محله بمرفق من المرافق العامة. ويأخذ المرفق العام Le service public مفهومين: المفهوم العضوي- الشكلي La notion organique formelle: ويتمثل في الأجهزة والهيئات والتنظيمات الإدارية المختلفة القائمة خاصة داخل السلطة التنفيذية مثل الجامعة، المستشفى، إدارة الشرطة... الخ. وعلى الرغم من ظهور أزمة المرفق العام La crise de service من حيث عدم اعتبار مفهوم ومصطلح "المرفق العام" أساسا ومعيارا فريدا للقانون الإداري، فإن فكرة المرفق العام ما زالت تلعب دورا في تحديد العديد من مصطلحات القانون الإداري، ومنها العقد الإداري كما هو واضح - خاصة - من موقف الفقه والقضاء الإداريين في كلا من فرنسا، ومصر، وعليه فإنه يشترط في العقد حتى يكون إداريا، أن ينصب على مرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه. فالعقد يعتبر إداريا إذا ما تم الاتفاق مع شخص آخر (طبيعي أو معنوي) على تسيير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة La concession، أو إذا أشرك الأفراد في إدارة وتسيير المرفق.

#### المعيار الثالث : المعيار الشكلي (الشرط الاستثنائي غير المألوف) La clause exorbitante

يذهب القضاء الإداري (فرنسا ومصر) إلى أن العقد لا يعتبر إداريا، رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، إلا إذا تضمن شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، و تتمثل في امتيازات السلطة العامة. ولقد عرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار مؤرخ في 1950/10/20، الشرط أو البند غير المألوف بأنه البند الذي يخول موضوعه للأطراف المعنية حقوقا أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم، وذلك ضمن إطار القوانين المدنية والتجارية، وكأمثلة عن البند غير المألوف، النص الذي يخول للإدارة المتعاقدة سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة .

ويستفاد مما تقدم أنه لاعتبار العقد إداريا يجب اعتماد المعايير الثلاثة السالفة الذكر مجتمعة، وبالتالي يجب أن يستجمع العقد شروطا ثلاثة:

1 - أن يكون أحد الأشخاص العامة (المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236) طرفا فيه.

2 - أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام من تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة.

3 - أن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

للمزيد من التفاصيل، أنظر: محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، د.م.ج، 1987.

أحمد محيو، المرجع السابق، ص.365.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، وبالأخص القانون العضوي 01-98 المعدل<sup>1</sup>، والقانون 98-202، وق.إ.م.إ؛ يتضح أن القضاء الإداري هو المختص بنظر المنازعات الناجمة عن قرار التعديل الإنفرادي للعقد الإداري؛ إلا أن ما يُأخذ على هذه النصوص، أن المشرع نص فقط على منازعات القرار الإداري، دون أن يتطرق لميدان العقود الإدارية<sup>3</sup>؛ مما يثير المخاوف والغموض حول مسألة الإختصاص القضائي في مجال العقود الإدارية بالجزائر<sup>4</sup>؛ إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن العقود الإدارية هي من اختصاص القضاء الإداري، وهذا ما أكدته القضاء الإداري الجزائري، مجسدا في محكمة التنازع<sup>5</sup>، ومجلس الدولة<sup>6</sup>.

ويجب التتويه في الأخير، إلى أن م 2 من ق.ص.ع حينما سمحت بإبرام صفقات عمومية من طرف عدة أشخاص لم ترد في م 800 من ق.إ.م.إ، على غرار المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسة العمومية الاقتصادية، فإن ذلك قد يثير التساؤل حول وجود تعارض بين المادتين؛ دون أن يمنع من القول أن كل الصفقات العمومية تخضع لولاية القضاء الإداري، إذ يصعب التسليم باختصاص القاضي العادي بالنظر في منازعاتها<sup>7</sup>، كونها تخضع للقانون الإداري ولقواعد القانون العام.

**ويعتبر إخضاع منازعات تنفيذ العقد الإداري لولاية القضاء الإداري، بمثابة ضمانة كبيرة للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة سلطتها في التعديل الإنفرادي ؛ وهذا نظرا لما يكتسبه القاضي**

<sup>1</sup> - أنظر: القانون العضوي 01-98، المؤرخ في 30/05/1998، المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة، ج.ر. 37، الصادرة في 01/06/1998؛ المعدل بموجب القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 26/07/2011، ج.ر. عدد 43، المؤرخة في 3/08/2011.

<sup>2</sup> - أنظر: قانون 98-02، مؤرخ في 30/05/1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر. عدد 37، المؤرخة في 01/06/1998.

<sup>3</sup> - عكس نظيره المصري، حيث نص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقد الإداري، إذ نصت م 10 من قانون مجلس الدولة المصري على ما يلي: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: ...حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر..."؛ أنظر: حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.78.

<sup>4</sup> - وهي المخاوف التي أثارها أحد الفقهاء بمناسبة تعليقه على م 7 من ق.إ.م.إ(التي تقابلها حاليا م 800 من ق.إ.م.إ)، حيث يرى: «...il semble bien que cet article ne vise qu'à confier aux cours une compétence d'attribution pour tous les litiges ou est partie une personne publique administrative, et ne définit pas le contrat administratif... ainsi, quoi que l'on passe penser a la lecture de l'art 7 de C.P.C, le régime juridique des contrats du secteur public et loin d'être clairement tracé... » ; Mohammed KOB TAN, OP CIT, p.15.

<sup>5</sup> - أنظر: قرارها الصادر بتاريخ 09/12/2007، المتعلق بنزاع حول عقد توريد بين بلدية وأحد التجار، والذي جاء في إحدى حثياته ما يلي: "...وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرف في النزاع، يكفي لجعل القاضي الإداري مختص للفصل فيه..."، مجلة مجلس الدولة، ع9، 2009، ص.150.

<sup>6</sup> - أنظر: قراره الصادر بتاريخ 15/04/2003، تحت رقم 00، مجلة مجلس الدولة، ع4، 2003، ص.74.

<sup>7</sup> - أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 319، 320؛ بحري إسماعيل، بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008-2009، ص.136، 135.

الإداري من سلطات في مواجهة الإدارة، سواء أثناء التحقيق (كأمر الإدارة بتقديم القرار المطعون فيه<sup>1</sup>، أو إعادتها لتقديم مذكرة أو ملاحظات<sup>2</sup>، أو طلب حضور أعوان الإدارة وسماعهم<sup>3</sup>)، أو في مجال تنفيذ الحكام الصادرة عنه (من خلال أوامر التنفيذ<sup>4</sup> والغرامة التهديدية<sup>5</sup>).

هذا، وإن قواعد الإختصاص الإقليمي هي الأخرى كانت محل تقنين وتنظيم من طرف

المشرع، حيث رسم معالمها من خلال م3/804، 2 من ق.إ.م.إ.

وتعتبر قواعد الإختصاص في هذا المجال، قواعد أمرة caractère impératif des règle de compétence، حسب ما أكدته م 1/807 من ق.إ.م.إ<sup>6</sup>، فلا يجوز مخالفتها، ويمكن إثارتها في أية مرحلة من مراحل النزاع، كما يحق للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

وبعد معرفة قواعد الإختصاص النوعي في مجال إلغاء قرار التعديل، يثور التساؤل حول نوع الدعوى التي يرفعها المتضرر من قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري، أمام المحكمة الإدارية المختصة.

### ثانيا: طبيعة الدعوى المرفوعة ضد قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري

لم تعد مشكلة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقد الإداري محل خلاف، بعد حسمها من طرف القضاء والتشريع؛ لتطفو على السطح مسألة تحديد نوع ولاية القضاء الإداري على هذه المنازعات، وما إذا كانت تنتمي للقضاء الكامل أم قضاء الإلغاء<sup>7</sup>؛ ففي الأصل أن منازعات العقود الإدارية هي من اختصاص القضاء الإداري الكامل، سواء فيما يخص انعقاد العقد، أو صحته، أو تنفيذه، أو نهايته، و لكن مثل هذه المنازعات بدأت تقترب شيئا فشيئا من منازعات

<sup>1</sup> - أنظر م 819 من ق.إ.م.إ.

<sup>2</sup> - أنظر م 849 من ق.إ.م.إ.

<sup>3</sup> - أنظر م 860 من ق.إ.م.إ.

<sup>4</sup> - أنظر المادتين 978، 979 من ق.إ.م.إ.

<sup>5</sup> - أنظر م 980 من ق.إ.م.إ.

<sup>6</sup> - إذ تنص : "الإختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي من النظام العام".

<sup>7</sup> - "قمن المعروف أن اختصاص القضاء الإداري يمكن رده بصفة عامة إلى نوعين:

\* القضاء الكامل le contentieux de pleine juridiction، أو قضاء التعويض.

\* قضاء الإلغاء le contentieux de l'annulation.

والمعروف أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرارا معيب، دون أن يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محدد بعمل أو امتناع، أما القضاء الكامل فيخول للقاضي تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائج كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية، ومن هنا استمد هذا القضاء تسميته.؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.187.

تجاوز السلطة (Contentieux de l'excès de pouvoir)، باعتبار أن العقد الإداري يتضمن أحيانا نوعين من الشروط : اللاتحفية والتعاقدية، كما أن العديد من القرارات المتعلقة بتنفيذه تشبه التنظيمات من حيث طابعها التجريدي والعام.

فمن المسلم به أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل (أ) ولكنه يثير بعض النواحي التي تتعلق بقضاء الإلغاء (ب).

### أ) انتماء العقود الإدارية للقضاء الكامل

"القضاء الكامل عبارة عن خصومة تقع بين طرفين يدعي أحدهما بوجود حق له قبل الطرف الآخر، أما الطعن بالإلغاء فهو دعوى عينية توجه ضد القرار نفسه وليس ضد مصدره. فالعقود هي أعمال تولد مراكز ذاتية، أي تنطوي على رابطة قانونية لها طرفان أو أكثر، ولذلك فإن المنازعة فيها تقوم بين أطراف العقد ولا توجه إلى العقد ذاته، كما هو الشأن في دعوى الإلغاء<sup>1</sup>."

ويمتد اختصاص القضاء الكامل ليشمل كل منازعات تنفيذ العقد الإداري، باعتبار أن أعمال هذه المرحلة كلها متصلة بالعقد الإداري<sup>2</sup>، بحيث يمكن تصنيف ولاية القضاء الكامل على هذه المنازعات إلى صنفين، قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال؛ على النحو الآتي:

#### 1. المنازعات الموضوعية الخاضعة للقضاء الكامل

ويدخل تحت هذا النوع من القضاء، الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود، والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية، وهي كثيرة جدا وتكاد تغطي على بقية أنواع المنازعات الأخرى<sup>3</sup>؛ ويمكن عرض بعض الصور<sup>4</sup> لها، كالآتي:

#### 1) دعوى الحصول على مبالغ مالية

وذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد، أو لإلزام الإدارة بدفع قيمة البضائع والتوريدات محل العقد الإداري<sup>1</sup>، أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تؤدي للحكم بالتعويض<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص. 258، 257.

<sup>2</sup> - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص. 138.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 322.

<sup>4</sup> - للمزيد من التفاصيل حول دعاوى القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية، أنظر:

جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص. 269؛ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص. 99؛ خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص. 204.

## (2) دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية

فإذا ما صدر من الإدارة تصرف كهذا، جاز للمتعاقد معها المطالبة بإبطاله عن طريق

القضاء الكامل؛ ولا يستطيع توجيه مثل هذا الطلب إلى قضاء الإلغاء<sup>3</sup>.

## (3) دعوى فسخ العقد

يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد الإداري، في حدود معينة.

## (4) دعوى بطلان العقد

قد تهدف الدعوى لبطلان العقد بسبب عيب في تكوينه، ففي هذه الحالة يلجأ المتعاقد إلى

القضاء الكامل.

## II. المنازعات المستعجلة الخاضعة للقضاء الكامل<sup>4</sup>

يمتد اختصاص القضاء الكامل في منازعات العقد الإداري، ليشمل كذلك الطلبات المستعجلة

المتعلقة بتنفيذه، كذلك الرامية لوقف تنفيذ العقد الصادر بفسخ العقد الإداري، أو تعيين حارس

قضائي<sup>5</sup>.

ويقوم الطلب المستعجل للمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية<sup>6</sup> على ركني الاستعجال

والجدية؛ ويقصد بالاستعجال الخطر المحدق بالحق، بحيث يترتب على تنفيذ القرار أو الإجراء

محل الطعن، نتائج يصعب تداركها فيما بعد<sup>7</sup>؛ ويقصد بشرط الجدية، توافر أسباب جدية لقبول

الدعوى، وهي تلك الأسباب التي تعطي من أول وهلة أكبر فرصة ممكنة لكسب الدعوى<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر: قرار رقم 069335، الصادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، بتاريخ 2012/10/04، قرار غير منشور.

<sup>2</sup> - أنظر: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج3، نظرية الاختصاص، د.م.ج، 1998، ص.398.

أنظر كذلك: قرار رقم 069557، الصادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة، بتاريخ 2012/01/26، قرار غير منشور.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.190.

<sup>4</sup> - للمزيد من التفاصيل، أنظر: جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص.273؛ خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.211.

<sup>5</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.193.

<sup>6</sup> - تجدر الإشارة إلى أن القضاء المستعجل في مجال تنفيذ العقد الإداري، يتعلق في مجمله بالقرارات والإجراءات المتخذة أثناء مرحلة تنفيذ العقد،

كطلب وقف التنفيذ؛ إلا أن هناك إجراءات إستعجالية أخرى تتعلق بمرحلة إبرام العقد الإداري، وهي ما تسمى بالقضاء الإستعجالي قبل التعاقد *le*

*referé précontractuel*، والذي نظمته المشرع الجزائري من خلال المادتين 946،947 من ق.إ.م.إ.

للمزيد من التفاصيل حول القضاء الإستعجالي قبل التعاقد، أنظر: براحي سلوة زوجة بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال

الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، السنة الثالثة، المجلد الخامس، عدد

1، 2012.

<sup>7</sup> - بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص.136.

<sup>8</sup> - Overney Sophie, Le référé de suspension de régulation de juge, AJDA, 20 Septembre 2001, N°9, p.720.

## (ب) قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية

كقاعدة عامة فإن دعوى الإلغاء هي الدعوى التي ترفع فقط ضد القرارات الإدارية، أي التصرفات الإدارية المنفردة، وليس ضد عقد إداري<sup>1</sup>؛ وبالتالي لا يتمتع قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية سوى بدور محدود باعتبارها تنتمي أساسا إلى ولاية القضاء الكامل، كون العقد الإداري ليس عملا إداريا صادر بالإرادة المنفردة، بل هو تصرف ثنائي يجمع بين إرادتين منفردتين<sup>2</sup>، وهذا ما يسمح بالقول باستحالة اللجوء لقضاء الإلغاء في مجال منازعات العقد الإداري. الإداري.

لكن، وبالجوء إلى القانون المقارن نجد أن هذه المسألة قد أثرت انطلاقا من القانون الفرنسي، مما سمح للقاضي الإداري الفرنسي بتكريس مبدأ هان، أضحي يشكل اليوم نظرية قائمة بذاتها في ميدان القانون الإداري؛ والتي مفادها، أنه رغم كون العقد الإداري يدخل في نطاق القضاء الكامل، إلا أن العقد الإداري يرتبط بإجراءات تمهد الإدارة من خلالها لإبرام العقد، وقد يتم ذلك بموجب قرارات إدارية محضة، فمثل هذه القرارات وأن كانت تدخل في تكوين العقد وتهدف إلى إتمامه، إلا أنها تنفرد من حيث طبيعتها وتتفصل عنه<sup>3</sup>، مما يستدعي تمييزها عنه من حيث الولاية القضائية والإجراءات المتبعة.

كذلك، وفي مجال عقود الإمتياز فقد تصدر الإدارة قرارات إدارية، تؤثر في مركز المستفيدين من خدمات المرفق العام محل العقد، مما يوجب فتح المجال أمامهم للطعن فيها أمام قضاء الإلغاء؛ وعلى هذا الأساس سجد قضاء الإلغاء تطبيقا له في مجال العقود الإدارية بالنسبة لنوعين من القرارات:

\*القرارات المتعلقة بالمستفيدين من خدمات المرفق العام، في مجال عقد الإمتياز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Voir : André DELAUBADERE et Frank MODERNE et Pierre DELVOLVER, traité des contrats administratifs, T2, 2eme édition, LGDJ, 1983, p.54.

<sup>2</sup> - حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص.367.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.368.

<sup>4</sup> - سمح الإجتهد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، من خلال قرار Syndicat Croix-de-Seguey بتاريخ 1906/12/21، للمستفيدين في حالة امتياز المرفق العام أن يطعنوا بالإلغاء في القرارات الصادرة من الإدارة، وذلك راجع للطبيعة اللاتحوية لبعض شروط هذا العقد؛ وفي تعليق على هذا القرار، يرى أحد الكتاب ما يلي:

« cette association attaque le refus du préfet d'ordonner à une compagnie de tramways de reprendre la desserte d'un tronçon qui, selon le nouveau contrat de concession n'avait plus à être exploité ; jugé (implicitement) que le recours contre la décision du préfet est recevable (ce refus étant détachable du contrat de concession) ; rejet au fond, en l'absence d'une décision du juge du contrat donnant une interprétation du contrat de concession une

\*القرارات الإدارية المنفصلة؛ وهي ما يهتم في هذه الدراسة؛ فالعقد الإداري لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء، ومع ذلك فكثير من القرارات الإدارية التي تتصل به، يمكن الطعن فيها بالإلغاء، حسب ما يسمى "نظرية الأعمال المنفصلة" la théorie des actes détachables.

إذ يجب التفريق بين العقد ذاته وبين ما يبني عليه من قرارات أو توافيق انعقاده؛ إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء<sup>1</sup>.

ويرجع أساس هذه النظرية للقضاء الإداري الفرنسي، الذي؛ رغم وأنه كان -لحقة زمنية طويلة- يرفض الإعراف بجواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة ضمن عملية مركبة<sup>2</sup>؛ طَبَّقَ هذه النظرية في مجال العقود الإدارية.

ومضمون نظرية القرارات القابلة للانفصال في مجال العقود الإدارية، هو أن هذه الأخيرة تمر بمراحل متعددة، وتدخل عناصر متعددة في تكوينها، منها ما هي ذات طابع تعاقدية، ومنها ما يعد قرار إداري محض؛ فهذا الأخير وإن كان يدخل ضمن العملية العقدية، إلا أنه له من الإستقلال ما يسمح بفصله عن تلك العملية والطعن فيه بدعوى الإلغاء<sup>3</sup>.

وقد أظهر مجلس الدولة الفرنسي موقفه هذا في قراره الصادر سنة 1903، حين قبل الطعن بالإلغاء على انفراد ضد بعض القرارات المتعلقة بعملية التعاقد<sup>4</sup>، ثم صدر بعد ذلك الأساس المتين لهذه النظرية، والمتمثل في قرار Martin سنة 1905<sup>5</sup>، أين قبل

---

interprétation différente de celle donnée par le préfet. » ; Voir : Marcel MONIN, LIVRET du CONTENTIEUX ADMINISTRATIF, T 3, Les recours en matière contractuelle (les contrats administratifs), publié sur internet, p.68.

للمزيد من التفاصيل، أنظر: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.209، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.381.

<sup>1</sup> - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص.117.

<sup>2</sup> - والطريق الوحيد الذي كان يعترف به للطعن فيها هو القضاء الكامل، وكان يبرر موقفه هذا بناء على أساسين؛ وجود دعوى موازية، واحترام الحقوق المكتسبة.

للمزيد من التفاصيل، أنظر:

محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في القضائين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الكويت، ع49، أبريل 2011.

AUBY J.M et DRAGO R, Traité de contentieux administratif, paris, 1975, p. 434.

CHAPUS R , Droit du contentieux administratif, 13eme Ed, Montchrestien, Paris, 2008.P260.

LAFERRIERE, Traite de la juridiction administrative, t 2, Paris, 1896, P.470.

<sup>3</sup> - محمد سمير محمد جمعة، المرجع السابق، ص.199.

<sup>4</sup> - Voir : C.E. 11 décembre 1903, Commune de Görres, S. 1906 3. p. 49, note, M. Hauriou.

<sup>5</sup> - Voir : C.E 4 aout, 1905, Martin, S. 1906. 3 , P. 49, note M. Hauriou.

مجلس الدولة الطعن بالإلغاء ضد قرار إداري، رغم أن هذا الأخير كان أساساً لعقد امتياز مرفق عام، نشأ وتولدت عنه نتائج قانونية<sup>1</sup>.

هذا، وبعد هذا العرض، يتبين أن منازعات العقود الإدارية تخضع-كأصل عام- للقضاء الكامل، سواء تعلق الأمر بإبرامها أم تنفيذها، إلا أن هناك بعض الاستثناءات التي يجوز معها إخضاع بعض القرارات المتعلقة بهذه العقود، وبشروط معينة، لولاية قضاء الإلغاء، والذي يحكم بالغائها إذا ما تبين له أن مشيئة بما يقتضي ذلك. لكن يثور التساؤل في مجال التعديل الفردي للعقد الإداري، حول مدى إمكانية المتعاقد مع الإدارة في الطعن بالإلغاء ضد قرار هذه الخيرة بتعديل العقد الإداري انفرادياً من عدمه؛ بمعنى هل يعتبر قرار التعديل الفردي قرار قابل للانفصال عن العملية العقدية، وبالتالي يحق الطعن فيه بالإلغاء؟ وإن يكن، فما هي حالات قبول هذا الطعن؟

---

وفي هذا الصدد، يرى أحد الكتاب ما يلي:

« Le conseiller général attaque une délibération autorisant que soit signée une concession de tramways ; jugé (implicitement) que le recours est recevable, la délibération étant un acte détachable de la concession. » ; Marcel MONIN, OP CIT, p.68.

<sup>1</sup> - محمد سمير محمد جمعة، المرجع السابق، ص.200.

## الفرع الثاني

### حق المتعاقد في إلغاء قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري

الأصل عدم جواز الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة من الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد، كونها تشكل جزءاً لا يتجزأ من العملية التعاقدية، وبالتالي تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء.

لكن رغم ذلك، فلقد أقر القضاء الإداري للمتعاقد بالحق في الطعن ضد بعض القرارات الإدارية الصادرة أثناء تنفيذ العقد، إذا ما كانت صادرة عن الإدارة المتعاقدة بوصفها سلطة ضبط إداري، أو دون أن تستند على نص خاص في العقد<sup>1</sup>؛ ليثور التساؤل، في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري، حول مدى توافر إحدى هذين الاستثناءين فيه، مما يوجب البحث عن مدى قابلية قرار التعديل الإفرادي للإنفصال عن العقد الإداري (أولاً)، ثم ما هي الحالات التي تسمح بإلغائه (ثانياً).

#### أولاً: مدى قابلية قرار التعديل الإفرادي للإنفصال عن العقد<sup>2</sup>

إذا كانت العقود الإدارية لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء، 'لا أن هناك بعض الإجراءات الإدارية التي استقر القضاء على قابليتها للإلغاء، باعتبارها قرارات إدارية مستقلة وقائمة بذاتها، والتي تعرف باسم القرارات القابلة للإنفصال عن العملية العقدية؛ ولا بد من توافر مجموعة شروط ومعايير لاعتبار قرار ما بأنه كذلك، فيثور التساؤل حول المعايير التي تساهم في تحديد القرار المنفصل (أ)، وعن مدى تطابقها مع قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري (ب).

#### (أ) معايير تحديد القرار الإداري القابل للإنفصال

يسهم القرار الإداري المنفصل في تكوين العقد الإداري، ويستهدف إتمامه، إلا أنه يفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائزاً؛ وأن تحديده يكون وفق معيارين، أولهما شخصي وثانيهما موضوعي:

<sup>1</sup> - حمدي حسن الحفاوي، المرجع السابق، ص.276.

<sup>2</sup> - للمزيد من التفاصيل، أنظر:

## ا. تحديد القرار الإداري المنفصل وفقا للمعيار الشخصي:

يقصد بالمعيار الشخصي أو الذاتي ذلك المعيار الذي يتأسس عليه المركز القانوني الشخصي والصفة الشخصية لرافع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة<sup>1</sup>.

ويتألف المعيار الشخصي الذاتي في مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال من عدة عناصر، كعنصر صفة ومركز الغير من العملية الإدارية المركبة، إذ أنه ورغم أن الغير طرف أجنبي عن العملية الإدارية المركبة، إلا أنه يستطيع الطعن في مجموعة من القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن هذه العملية، وكذا عنصر عدم إمكانية الدفاع عن العملية الإدارية المنفصلة غير المشروعة، حيث أنه نظرا لشخص صفة الغير كطرف أجنبي عن العملية الإدارية المركبة فإنه لا يمكنه الطعن ضد هذه الرابطة لأنه لا يمتلك الصفة القانونية لذلك، لذلك فليس أمامه إلا سلوك الطعن بالإلغاء أمام القضاء المختص<sup>2</sup>.

ولقد طبق قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة، حيث أقر في قضية MARTIN بتاريخ 1905/08/04 بإمكانية الطعن بالإلغاء ضد مداوات المجلس العام لـ (LOIR ET CHER) رغم تعلقها بعملية تعاقدية<sup>3</sup>.

## ا. تحديد القرار الإداري المنفصل وفقا للمعيار الموضوعي:

يعرف المعيار الموضوعي القرار الإداري المنفصل وفقا لعدة عناصر موضوعية تتعلق بالقرار الإداري ذاته، وبالقضاء المختص بالفصل في المنازعة. ومن أمثلة العناصر المادية والموضوعية التي يتألف منها هذا المعيار في مجال تحديد القرارات الإدارية القابلة للانفصال ماديًا وموضوعيًا ما يلي:

<sup>1</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.338.

<sup>2</sup> خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.175.

<sup>3</sup> وتتمثل وقائع هذه القضية في وجود عقد امتياز وتسيير مرفق المواصلات بين مدير مقاطعة ( LOIR ET CHER ) وصاحب الامتياز، حيث أن مدير المقاطعة أغفل إجراء جوهريا ألا وهو إخطار أعضاء المجلس بموضوع المداولة قبل 08 أيام من انعقادها، وعلى هذا الأساس أسس السيد MARTIN العضو المستشار العام بالمجلس طعنه ضد مداوات المجلس العام لمقاطعة ( LOIR ET CHER )، فقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء مؤسسا قبوله على أساس صفة وشخص السيد MARTIN الذي يعد طرفا أجنبيا عن العقد ليقضي، في الأخير بأن المداوات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الامتياز وفقا للمعيار الشخصي؛ المرجع نفسه، ص.176.

### \* عنصر مدى جوهرية وفاعلية القرارات الإدارية في تكوين العملية الإدارية المركبة

فإن كان القرار الإداري جوهريا وفعالاً وشديداً الارتباط بالعملية العقدية، فإنه يصبح جزءاً لا يتجزأ عنها، وبالتالي فإنه يكون متصلاً بها مما ينفي إمكانية الطعن بالإلغاء ضده، أما إذا كان القرار الإداري غير جوهرية في العملية الإدارية المركبة، بحيث يكون جزء غير جوهرية بل مجرد عنصر مساعد لا يؤثر الطعن فيه بالإلغاء على العملية الإدارية الأصلية، فإنه يشكل قراراً إدارياً منفصلاً يقبل الطعن بالإلغاء أمام قاضي العقد.

### \* عنصر مدى ملائمة وأفضلية دعوى الإلغاء لرفعها

فمتى كانت هذه الدعوى أكثر فاعلية لرفعها من اللجوء إلى القضاء الكامل من حيث النتائج المترتبة عنها قانوناً وكذا من حيث سير وسهولة إجراءات رفعها، كان للطاعن إمكانية رفعها ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

### \* عنصر مدى عمومية أو فردية القرارات الإدارية المركبة

فمتى تبين للقاضي أن القرار الإداري قرار عام يتعلق بمراكز قانونية عامة بهدف إحداث أثر قانوني بذاته، اعتبر القرار قابلاً للانفصال عن العملية الإدارية، وقبل الطعن بالإلغاء ضده<sup>1</sup>. وتوجد تطبيقات لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العملية العقدية في الجزائر، حيث اعتبر القضاء الإداري إرساء المناقصة قراراً إدارياً منفصلاً<sup>2</sup>، في حين قرارات ضمان حسن التنفيذ أي الصادرة أثناء تنفيذ الصفقة فقد عرفها بأنها قرارات إدارية متصلة ومرتبطة بها لذلك لا يقبل الطعن بالإلغاء ضدها، وهو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1966/12/16 في قضية شركة SKEHETZEL وذلك تأسيساً على المعيارين الموضوعي والشخصي<sup>3</sup>.

كما اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1968/11/29 باعتبار قرار سحب عقد الامتياز من شركة المعادن قراراً منفصلاً، باعتباره إجراءً تنفيذياً للعقد، أما قرار السلطة الوصائية المتضمن رفض مداولة صادرة عن مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز، فقد

<sup>1</sup> - خلف الله كريمة، المرجع نفسه، ص. 176.

<sup>2</sup> - وفي مصر، فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1985/04/05 على ما يلي: "يجب التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات ما تم بقرار من السلطة الإدارية المختصة ومثل هذه القرارات يجوز لذوي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 185.

<sup>3</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص. 178.

اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا إداريا منفصلا وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1969/04/18<sup>1</sup>.

وفي ظل تباين التطبيقات القضائية في هذا الصدد، يثور التساؤل عن مدى تطابق قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري مع هذه المعايير.

### (ب) مدى تطابق قرار التعديل الإفرادي مع معايير تحديد القرار المنفصل

إذا أصدرت الإدارة قرارا يعدل من العقد الإداري، بالزيادة أو النقصان، فهذا القرار يختص بالنظر فيه قاضي القضاء الكامل، ولا مجال له أمام قضاء الإلغاء؛ فالمبدأ الذي يحكم هذا القرار هو أنه غير قابل للإنفصال عن العقد، ومن ثمة لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء، نظرا لوجود طريق طعن مواز أمام المتعاقد للطعن فيه<sup>2</sup>.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ، الرامي لعدم قبول الطعن بالإلغاء المقدم من المتعاقد ضد إجراءات تنفيذ العقد<sup>3</sup>، حيث جاء في أحد قراراته ما يلي: المنازعات التي تنشأ من تنفيذ العقد، تفتح المجال لنزاع تعاقدي، مخصص للمتعاقد، ويرجع للإختصاص الحصري لقاضي العقد؛ قاضي القضاء الكامل.

« Les litiges que fait naitre l'exécution du contrat donnent lieu à un contentieux d'ordre contractuel réservé aux contractants et qui relève de la compétence exclusive du juge du contrat, juge de plein contentieux<sup>4</sup>. »

إلا أن هذا المبدأ لم يقف عند هذا الحد، بل عرف بعض الاستثناءات، والتي جاء بها تطور القضاء الإداري الفرنسي؛ المعروف دوما بأنه حامي الحريات، والساعي الأول للتخفيف من حدة اللامساواة بين الإدارة والمتعاقد معها.

حيث مرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بمراحل تطور في فرنسا؛ إذ لم يتبناها مجلس الدولة الفرنسي منذ بداية الأمر، بل أخذ بنظرية الأعمال الإدارية المركبة أو بنظرية الاندماج، والتي مفادها اعتبار العملية التعاقدية كلاً لا يتجزأ، ثم بعد ذلك استحدثت نظرية

<sup>1</sup> - أنظر: براجي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية في الجزائر (دعوى الإلغاء نموذجاً)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة عنابة، 2007، ص. 103.

<sup>2</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص. 479.

<sup>3</sup> - « L'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir exerce par des parties contre des mesures d'exécution de contrat a été régulièrement réaffirmée par le conseil d'Etat. » ; Laetitia JANICOT, OP CIT, p.364.

<sup>4</sup> - Voir : CE, ASS, 02/02/1987, Société TV6, Rec. 28, RFDA 1987.29, concl. M. FORNACCIARI.

جديدة تعرف بنظرية الأعمال الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، والقائمة على التفرقة بين العقد ذاته وبين القرارات الإدارية التي يبنى عليها انعقاده، فهذه القرارات تعتبر مستقلة عنه ويجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد والشروط المقررة للطعن بالإلغاء. ليصل فيما بعد لتطور آخر؛ حيث أجاز للغير الأجنبي عن العقد أن يطعن بالإلغاء استقلالا في القرارات الإدارية التي تدخل في تكوينه، حتى ولو صار العقد نهائيا.

واستمر تطوير نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن بسط رقابته كفاضي إلغاء مرحلة تنفيذ العقد، رغم أن هذه المنطقة تدخل في نفوذ القضاء الكامل، وأصدر بعض الأحكام للغير وللمتعاقدين مع الإدارة، مهاجمة للقرارات الإدارية التي تصدرها جهة الإدارة تنفيذا للعقد وتستند إلى نصوص القوانين واللوائح بدعوى تجاوز السلطة<sup>1</sup>. فإذا كانت إجراءات تنفيذ العقد الإداري غير قابلة للإنفصال عن العملية العقدية، إلا أن هذه القاعدة عرضة للعديد من الاستثناءات؛ فيحق للمتعاقد الطعن بالإلغاء في الإجراءات المتعلقة بتسيير المرفق العام، إذا كانت ذات طابع تنظيمي وليس تعاقدية، كما أقر القضاء الإداري بإمكانية انفصال بعض الإجراءات المندمجة في تنفيذ العقد الإداري، والطعن فيها بالإلغاء، كقرار رفض تعديل بعض بنود العقد؛ وتبرير ذلك يرجع إلى كون هذه الدعوى لا توجه للعقد نفسه، وتستند على مخالفة مبدأ المشروعية لا مخالفة أحكام العقد، كما أقر القضاء الإداري الفرنسي بإمكانية رفع دعوى الإلغاء ضد بعض قرارات التنفيذ، كالقرار القاضي بتحديد أماكن وضع لوحات الإعلانات في الأملاك العامة<sup>2</sup>.

ويمكن رد الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم قابلية قرارات التنفيذ للإنفصال عن العقد

الإداري، إلى طائفتين رئيسيتين:

**\*الاستثناء الأول:** يمكن لمتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء في القرار الصادر بمناسبة تنفيذ العقد، إذا ما صدرت من الإدارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى، أي لم تستند في إصدارها إلى صفتها كمتعاقدة، فحينئذ يكون للمتعاقد-كسائر المواطنين- أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة، وكان القرار مطلوب إلغاءه غير مشروع، ولم يكن ذا علاقة مباشرة بالعقد؛

<sup>1</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص. 183، 182.

<sup>2</sup> - علي خاطر شطناوي، المرجع السابق، ص. 370.

ومن أوضح الأمثلة على هذا النوع، أن تصدر الإدارة بناء على سلطة الضبط قرارات إدارية يكون لها أثر على المتعاقد، فلو أن الإدارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الآخر في العقد، وبناء على حقها في التدخل والإشراف لتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء الكامل<sup>1</sup>. وهذا الإستثناء جاء به مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه سنة 1907، حيث جاء في إحدى حيثياته:

«Quand l'Etat invoquera les pouvoirs de police pour imposer aux compagnies des obligations nouvelles, la légalité de ces prescriptions devra être examinée elle-même, abstraction faite du contrat ; c'est par la voie du recours pour excès de pouvoir que les compagnies devront attaquer ces actes d'autorité<sup>2</sup>. »

**\*الاستثناء الثاني:** إذا صدر القرار الإداري استنادا إلى القوانين واللوائح، ولم يتأسس على

الشروط الواردة في بنود العقد ودفاتر الشروط، فيحق حينئذ للمتعاقد اللجوء إلى قضاء الإلغاء للمطالبة بإلغائه لعدم مشروعيته، ولا يتقيد باختصاص القضاء الكامل.

ففي القضاء الفرنسي، وضع مفوض الدولة Tardieu أساس هذا الاستثناء<sup>3</sup>، حيث رأى أن

الأوامر التي توجهها الإدارة للشركات تختلف آثارها، حسبما إذا كانت متخذة بناء على دفتر

الشروط أو بناء على اللوائح، وفي الحالة الأولى يجب إقامة الدعوى أمام القضاء الكامل، أما في الحالة الثانية فإن مشروعية هذه الأوامر يجب أن يثبت أمام قضاء الإلغاء<sup>4</sup>.

في الأخير، وبعد عرض هذه الدراسة التأصيلية للمبدأ العام في مجال الطعن بالإلغاء في

القرارات المرتبطة بتنفيذ العقد، والاستثناءات الواردة عليه، وبعد معرفة معايير تحديد القرار القابل

للإنفصال عن العقد الإداري، ومن خلال القيام بإسقاط كل تلك القواعد والمعايير على قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري، يمكن التوصل للنتائج التالية:

### **(1) قرار التعديل الإفرادي - كأصل عام - لا يقبل الإنفصال عن العقد الإداري**

حيث أن المعياران المعتمدان لتحديد القرار المنفصل لا ينطبقان عليه، فبخصوص المعيار

الشخصي؛ فإن الخير هو الذي يستفيد من نظرية القرارات المنفصلة حتى يطعن ضد القرار

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.208.

<sup>2</sup> - Voir : CE, 6 décembre 1907, Cie du Nord, d'Orléans et autres, Rec. 914, S. 1908, III, 1, concl. TARDIEU, note M. HAURIOU ; cité par : Marion UBAUD-BERGERON, OP CIT, p.67.

<sup>3</sup> - في القرار السابق ذكره.

<sup>4</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص.499.

الإداري، وإلا فليس أمامه سبيل آخر، أما في مجال التعديل الإفرادي، فلا يهم قرار التعديل سوى المتعاقد مع الإدارة، والذي لا يحق له -طبقاً للمعيار الشخصي- الطعن بالإلغاء ضده، كونه يستفيد من مكنة اللجوء للقضاء الكامل.

أما بخصوص المعيار الموضوعي، فإنه كذلك لا يتماشى وقرار التعديل؛ إذ أن هذا الأخير يعتبر عنصر جوهري وفعال وشديد الارتباط بالعقد الإداري، كما أنه قرار إداري فردي، لا يتعلق بمراكز قانونية عامة؛ مما يجعله بحق -وفقاً للمعيار الموضوعي- قرار متصل بالعقد الإداري.

## (2) قرار التعديل الإفرادي قد يكون -استثناء- محلاً لدعوى تجاوز السلطة

وذلك إذا ما توافرت فيه إحدى الحالات الإستثنائية السابق ذكرها، والتي تسمح بالطعن بالإلغاء في قرارات تنفيذ العقد، إذا ما كانت صادرة عن الإدارة بوصفها سلطة ضبط إداري، أو إذا ما تأسست على القوانين واللوائح.

وغالباً ما يصدق الإستثناء الثاني على قرار التعديل الإفرادي، خاصة في الجزائر، كونه يصدر في غالب الأحيان وفقاً لمواد صريحة من ق.ص.ع (م 3/103)، ومن د.ش.إ.ع (م 4/12 و 5)؛ بما يتيح الفرصة أمام المتعاقد للطعن ضده أمام قضاء الإلغاء.

## ثانياً: أوجه الطعن بالإلغاء في قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري

عندما تصدر الإدارة قراراً بتعديل العقد الإداري المبرم بينها وبين المتعاقد معها، فلا يحق لهذا الأخير الطعن فيه بالإلغاء -كأصل عام- إلا إذا أثبت أن هذا القرار مؤسس على نصوص قانونية خارجة عن بنود العقد، أو أنه صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة بوصفها القائمة على الضبط الإداري؛ ففي هذه الحالة يكون قرار التعديل الإفرادي مرتبطاً بتنفيذ العقد الإداري، لكنه يقبل الانفصال عنه، والخضوع لقضاء الإلغاء؛ لكن يجب على رافع الدعوى أن يثبت كذلك، العيب الذي انطوى عليه هذا القرار، مثل مخالفته لقواعد الإختصاص أو للإجراءات والأشكال<sup>1</sup>. وتتمتع القرارات الإدارية بقريئة المشروعية، غير أنها قريئة بسيطة تقبل إثبات العكس؛ فعلى المتعاقد الذي يطعن بالإلغاء في قرار التعديل الإفرادي أن يثبت عدم مشروعيته، أي أنه مشيب بعيب من عيوب المشروعية؛ سواء الخارجية منها (أ)، أم الداخلية (ب).

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 324.

## أ) حالات عدم المشروعية الخارجية

تتمثل حالات عدم المشروعية الخارجية في وجود عيب في الإختصاص، أو الشكل والإجراءات، أي تلك التي لا تتعلق بالاعتبارات الموضوعية للقرار، وإنما تنصب على القواعد المنظمة للسلطة المختصة بإصدار القرار، وبالشكل الذي يصدر ضمنه، والإجراءات المتبعة من أجل إصداره.

### 1. عيب عدم الإختصاص

1 - **تعريف عيب عدم الإختصاص:** يعرف الإختصاص في القرارات الإدارية بأنه الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطىها القواعد القانونية للمنظمة للاختصاص في الدولة لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة على نحو يعتد به قانوناً<sup>1</sup>.

ويعتبر عيب عدم الإختصاص من العيوب الجوهرية التي تشوب القرار الإداري فهو يمتاز بأنه الوجه الوحيد الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام<sup>2</sup>، إذ بإمكان المدعي أن يثيره في أية مرحلة من مراحل الدعوى، كما يحق للقاضي الإداري إثارته من تلقاء نفسه.

### 2 - صور عيب عدم الإختصاص:

ينقسم هذا العيب إلى 03 صور وهي:

**الصورة الأولى: عيب عدم الإختصاص الموضوعي:** ويتحقق هذا العيب إذا أصدرت جهة

إدارية قرارها في موضوع لا تمتلك قانوناً إصدار القرار بشأنه، وذلك يشمل الحالات التالية:

\* **اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية موازية لها؛** مثلاً: قيام وزير

التجارة بإصدار قرار تعديل عقد إداري مبرم من طرف وزير الطاقة والمناجم، وهنا يكون هذا القرار اعتداء على اختصاص وزير قطاع الطاقة والمناجم، وبالتالي فهو قرار معيب.

\* **اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أعلى منها ؛** كقيام موظف بالبلدية

بإبرام صفقة عمومية بدلاً من رئيس المجلس الشعبي دون أي تفويض منه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عما عوايدي، المرجع السابق، ص.117.

<sup>2</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص.192.

<sup>3</sup> - براجي سلوى، المرجع السابق، ص.145،146.

\* اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أدنى منها؛ وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطان العقد الذي يبرمه حاكم الإقليم باسم إحدى المحليات في غير القروض التي يحل فيها محل عمدة هذه المقاطعة<sup>1</sup>.

\* صدور القرار بناء على تفويض أو حلول مخالف للقانون؛ فقد خول ق.ص.ع السلطات التي أعطاهها صلاحية إبرام صفقات عمومية في نص م 1/8، حق تفويض صلاحياتها في إبرام الصفقات العمومية<sup>2</sup>.

**الصورة الثانية: عيب عدم الاختصاص المكاني :** لركن الاختصاص في القرارات الإدارية عنصر مكاني يقصد به تحديد وحصر الحدود المكانية التي تجوز لرجل السلطة الإدارية المختص أن يمارس في نطاقها وحدودها اختصاصه بإصدار قرارات إدارية<sup>3</sup>، ويكون هذا القرار الإداري معيبا بعيب عدم الاختصاص المكاني في مجال الصفقات العمومية، مثلا إذا قام والي ولاية وهران بإبرام صفقة عمومية تخص ولاية تلمسان، كون ذلك لا يدخل ضمن اختصاصه، إلا أن هذا العيب نادر الحدوث.

**الصورة الثالثة: عيب عدم الاختصاص الزمني:** لركن الاختصاص في القرارات الإدارية أيضا عنصر زمني، يقصد به تحديد البعد الزمني أو المدة الزمنية المحددة للسلطة الإدارية المختصة لممارسة اختصاصها والتي يجوز لها خلالها إصدار قرارات إدارية<sup>4</sup>، وإلا كان قرارها معيبا بعيب عدم الإختصاص الزمني، كاتخاذ مدير مؤسسة عمومية قرار بتعديل العقد قبل تنصيبه في منصبه.

## II. عيب الشكل والإجراءات:

1 - **تعريف عيب الشكل والإجراءات :** عيب الشكل هو مخالفة الإدارة للقواعد الإجرائية واجبة الاتباع في إصدار القرارات الإدارية سواء كانت هذه المخالفة كلية أو جزئية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص.196.

<sup>2</sup> - وذلك طبقا للفقرة الثانية من ذات المادة التي جاء فيها: " ... يمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحيتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال من الأحوال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

<sup>3</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.192.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص.193،192.

<sup>5</sup> - BERLIA Lovice, Le vice de forme et contrôle de la légalité des actes administratifs, RDP, 1941, p.375.

ويقصد بعيب الشكل في دائرة العقود الإدارية بأنه العيب الذي يلحق بالسند ذاته وهو العيب المادي، كما أنه يتعلق بالعيوب التي تتعلق بإحدى إجراءات التصرف ذاته<sup>1</sup>، وينحصر عيب الشكل في القرارات المكتوبة فقط، ومن ثمة تستبعد قرارات التعديل الشفوية من الخضوع له.

أما عيب الإجراءات فيتعلق بالإجراء الذي جرى اتخاذ القرار استنادا عليه.

## 2 - نطاق عيب الشكل والإجراءات : لقد عمد الفقه والقضاء إلى التفرقة بين قواعد

الشكل والإجراءات، فهناك إجراءات وشروط يتحتم إتباعها بحيث تستتبع مخالفتها إلغاء القرار، بينما لا تتال مخالفة بعض قواعد الشكل من صحة القرار ولا تؤدي مخالفتها بالتالي إلى تقرير البطلان.

وتطبيقا لذلك فرق مجلس الدولة الفرنسي بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية؛ وأرجح معيار للتمييز بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية، هو درجة الجسامة.

ومن أمثلة هذا العيب في مجال التعديل الإنفرادي، أن يصدر قرار التعديل بغير اللغة

العربية، في حين يعد تحرير القرارات باللغة العربية اشكالية جوهرية؛ يؤدي عدم مراعاتها إلى إلغاء القرار<sup>2</sup>، ولقد أثار مجلس الدولة الجزائري هذا العيب من تلقاء نفسه، مما يفيد تعلقه بالنظام العام<sup>3</sup>.

## ب) حالات عدم المشروعية الداخلية

يكون القرار الإداري المنفصل مشيبا بعيب عدم المشروعية الداخلية إذا ما خالف القانون من حيث الجوهر والمضمون، أي مخالفة قواعد المحل، السبب، والهدف.

### 1. عيب مخالفة القانون

#### 1 - تعريف عيب مخالفة القانون: هو العيب الذي يلحق بعنصر المحل في القرار

الإداري، إذ يشترط لصحة ومشروعية القرار أن يكون محله أي مضمون الأثر الذي أحدثه القرار جائز أو ممكنا قانونا. وعلى ذلك يرتبط محل القرار الإداري بوجه مخالفة القانون، ويقصد بهذا الارتباط أو الموافقة التوافق لمجموعة القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مدونة أو غير مدونة وذلك تباعا لمبدأ تدرجها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.193.

<sup>2</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.152.

<sup>3</sup> - أنظر: قرار صادر بتاريخ 2002/02/11، مجلة مجلس الدولة، ع1، 2002، ص.147.

<sup>4</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص.194.

## 2 - صور عيب مخالفة القانون: تتمثل في الحالتين التاليتين:

**الصورة الأولى: المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية:** وفي هذه الحالة قد تكون المخالفة إما إيجابية أو سلبية، فالمخالفة السلبية للقاعدة القانونية تتحقق عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو ان ترفض تنفيذ ما تفرضه القواعد القانونية من التزامات قانونية، وفي هذه الحالة على طالب الإلغاء أن يثبت قيام القاعدة القانونية وتجاهل الإدارة لها<sup>1</sup>، فمثلا حدد القانون نسب معينة للتعديل الإفرادي لا يجوز تجاوزها، فقد نصت م 1/30 د.ش.إ.ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية على أن الإضافة في حجم الأشغال يجب ألا تتجاوز 20% من مبلغ المقاوله، وهو نفس الأمر بالنسبة للإنقاص من حجم الأشغال<sup>2</sup>، مما يجعل قرار التعديل الإفرادي معيبا بعبء مخالفة القانون إذا ما خرق هذا النص.

**الصورة الثانية: الخطأ في تفسير القانون:** أي تقوم الإدارة بتفسير خاطئ للقانون وهو

نوعان:

\* **خطأ عمدي في تفسير القانون:** ويقصد به أنه تلجأ الإدارة إلى التحايل، فتقوم بتفسير القواعد القانونية تفسيراً خاطئاً عن عمد، ولما كان القضاء هو الذي يقوم بمراقبة مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء فإنه يترتب على الإدارة أن تلتزم بالتفسير الذي يقول به القضاء الإداري<sup>3</sup>.

\* **خطأ غير عمدي في تفسير القانون:** فتقع فيه الإدارة إذا كان فعلا هناك غموض وإبهام في النصوص القانونية مما يجعل رجل الإدارة يقوم بتفسيرها على غير المقصود قانوناً<sup>4</sup>.

**الصورة الثالثة: الخطأ في تطبيق القانون:** يجب على الجهة الإدارية ألا تطبق قواعد

القانون إلا إذا تحققت الوقائع الموجبة لتطبيق نصوص ذلك القانون، وعلى ذلك إذا طبقت الجهة الإدارية قاعدة قانونية على غير الحالة التي قصدها النص القانوني أو في حالة عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية كان قرارها مشوباً بعبء مخالفة القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص. 194.

<sup>2</sup> - م 1/31 د.ش.إ.ع، كما أن هذه النسب يمكن أن ترتفع إلى 50% بالنسبة للزيادة فيما يخص الصيانة أو التصليح، و 35% بالنسبة للنقص في أشغال الصيانة والتصليح؛ وذلك حسب م 2/30 و م 2/31 د.ش.إ.ع.

<sup>3</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص. 195.

<sup>4</sup> - عمار عوايدي، المرجع السابق، ص. 125.

<sup>5</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص. 211.

## II. عيب السبب

### 1 - تعريف عيب السبب

يشترط لمشروعية القرار الإداري ان يقوم على سبب موجود فعلا، و"سبب القرار هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع بجهة الإدارة إلى إصدار القرار الإداري، وتتحقق عدم مشروعية القرار الإداري بالنسبة لعيب السبب إذا كانت الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني"<sup>1</sup>.

إذ يشترط في السبب أن يكون صحيحا حقيقيا لا صوريا ولا وهميا، وأن يكون محققا وقائما وحالا وقت صدور القرار الإداري، كما يجب أن يكون مشروعاً وجوهياً<sup>2</sup>.

### 2 - رقابة قاضي الإلغاء على عيب السبب

إن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن، إلا بموافقة الإدارة، والتي لها الرفض شريطة أن يستند إلى أسباب معقولة، وليس مجرد الرفض، مثل لضعف الكفاية المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد، فإذا كانت الأسباب غير مبررة، فالمتعاقد ينازعه بهذا الخصوص ويستطيع الحصول على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في 13 نوفمبر 1908 في قضية GUILLAUME الذي يذهب فيه " فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من ... على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة..."<sup>3</sup>.

ويراقب قاضي الإلغاء عيب السبب في القرار الإداري من خلال جملة عناصر اكتشفها

القضاء المقارن كما يلي:

### أ - رقابة قاضي الإلغاء للوجود المادي للوقائع

أي يراقب الوجود المادي أو الفعلي للحالة الواقعية أو القانونية التي أدت إلى إصدار القرار، كأن يتأكد من أن السبب الذي أدى إلى إصدار قرار التعديل الإنفرادي هو توافر جميع الشروط الشكلية والموضوعية للتعديل، وإلا قضى بإلغاء القرار لعيب في تسببيه.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص. 206.

<sup>2</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص. 195.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 195.

## ب - رقابة قاضي الإلغاء للوجود القانوني للوقائع

بعد مراقبة الوجود المادي للوقائع، يقوم قاضي الإلغاء بالتأكد من الوجود القانوني الصحيح للوقائع، فقد تقوم الإدارة بتكييف الوقائع تكييفاً خاطئاً وعلى أساسه تصدر قرارها الإداري.

### III. عيب الإنحراف بالسلطة

#### 1 - تعريف عيب إساءة استعمال السلطة

يتحقق عيب الإنحراف بالسلطة عندما يمارس صاحب الإختصاص سلطته لتحقيق غاية مغايرة لتلك التي قررها القانون، وهو مرتبط بالسلطة التقديرية للإدارة، بحيث لا وجود له في حالة الإختصاص المقيد<sup>1</sup>.

#### 2 - صور عيب إساءة استعمال السلطة

يظهر هذا العيب في صورتين هما:

##### أ - استهداف تحقيق غاية بعيدة عن المصلحة العامة:

فإن كان هدف رجل الإدارة من إصداره القرار الإداري تحقيق نفع سياسي أو جزئي أو مادي أو محاباة للغير دون تحقيق المصلحة العامة، كان قراره معيباً بعيب انحراف السلطة مما يقتضي إلغاءه، والمثال على ذلك أن تصدر المصلحة المتعاقدة قراراً بإلغاء صفقة عمومية لعدم جدواها تأسيساً على بقاء عرض واحد فقط مطابق للشروط والمواصفات القانونية، لكن نية وإرادة المصلحة المتعاقدة هي حرمان مؤسسة ما صاحبة عطاء يتوفر على الشروط والمواصفات رغبة منها بالتعاقد مع مؤسسة أخرى لا تتوفر على الشروط والمواصفات<sup>2</sup>.

##### ب - مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

أي أن يستهدف القرار الإداري هدف آخر غير الهدف الخاص الذي حدده النص القانوني، وذلك في حالة ما إذا حدد القانون لجهة الإدارة أغراض معينة تسعى إلى تحقيقها عند إصدارها بعض القرارات الإدارية<sup>3</sup>، إذ أن المشرع قد يرسم للإدارة هدفاً معيناً تتقيد به لإصدار قراراتها الإدارية، فإذا ما حادت عنه لهدف آخر - ولو كان من المصلحة العامة - يجعل قرارها مشيباً بعيب الإنحراف بالسلطة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 159.

<sup>2</sup> - خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص. 197.

<sup>3</sup> - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص. 220.

<sup>4</sup> - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 162.

## ج - إساءة استعمال الإجراءات

مضمون هذه الصورة أن تلجأ الإدارة بقصد تحقيق غاية معينة، إلى إجراء قرره القانون لغاية أخرى؛ وهذا بقصد التخلص من شكليات معينة أو ضمانات مقررة للأفراد<sup>1</sup>، كأن تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى إصدار أمر مصلحة في إطار لطة الرقابة والتوجيه، يقضي بالزام المتعاقد بالزيادة في عدد ساعات العمل، متفادية اللجوء لقرار التعديل الإفرادي، تجنباً لإجراءاته وشكلياته.

### المبحث الثاني

#### ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري

إذا كان من المتفق عليه أن للإدارة سلطة تعديل بعض بنود العقد أثناء التنفيذ، إلا أن ذلك لا يعني تزويدها بها فقط، دون إعاة أدنى اهتمام لحقوق المتعاقد معها ولوضعيته المالية بعد هذا التعديل؛ وإلا لأصبحت العقود الإدارية منافية للعدالة، ولما تجرأ أحد على التعاقد مع الإدارة، لذلك زود القضاء والتشريع الإداريين المتعاقد مع الإدارة بمجموعة من الضمانات، التي تعزز مركزه وتجعله يطمئن على الوضعية المالية التي تعاقد على أساسها.

فمن جهة، تُحاط سلطة التعديل الإفرادي بمجموعة معتبرة من الضوابط والشروط، التي يتعين على الإدارة احترامها، وإلا اعتبر قرارها غير مشروع، مما يجعله عرضة للإلغاء-كما سبق القول- ويعطي المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض.

ومن جهة أخرى، فإن للمتعاقد الحق في اقتضاء التعويض، حتى ولو كان قرار التعديل مشروع، وذلك في حالة ما إذا أدى للمساس بحقوقه المالية وفق نظرية فعل الأمير؛ وإذا ما جاوز التعديل المألوف، كان للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد، باعتبار ذلك التجاوز إخلالاً من جانب الإدارة بالتزاماتها التعاقدية<sup>2</sup>.

ومن ثمة، ونظراً لخطورة سلطة التعديل الإفرادي؛ فإن للمتعاقد مجموعة من الضمانات التي تساعد على مواجهة هذه السلطة، والتخفيف من حدة اللامساواة التي تهيمن على العلاقة العقدية الإدارية، وهذه الضمانات يستحقها المتعاقد حتى ولو لم تخطأ الإدارة أثناء استعمال هذه السلطة،

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص.163.

<sup>2</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص.196،195.

وذلك من خلال تمكينه من إعادة التوازن المالي للعقد، طبقاً لنظرية فعل الأمير (المطلب الأول)، كما وأنه يتمتع بهذه الضمانات-ومن باب أولى- في حالة ارتكاب الإدارة لخطأ أثناء ممارسة هذه السلطة، سواء من خلال تمكينه من التعويض، في حالة خطأ بسيط، أو السماح له بالمطالبة بفسخ العقد، في حالة الخطأ الجسيم، (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

#### طبقاً لنظرية فعل الأمير<sup>1</sup>

إذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزماً بتنفيذ العقد والانصياع إلى التعديلات المفروضة عليه من طرفها، فهو ليس مكلفاً بتحمل نتائج ذلك التعديل دون مقابل، إذا كان من شأنها زيادة التزاماته وأعبائه بصورة لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد<sup>2</sup>؛ بل إن من حقه أن يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد<sup>3</sup>، ويكون ذلك -في حالة التعديل الإنفرادي- وفق نظرية فعل الأمير.

ومن المعلوم أنّ نظرية فعل الأمير هي نظرية قديمة ومن خلق اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي وهي كثيرة الاستعمال من الناحية العملية، إلا أنها رغم قدمها، فإنها لا تزال غير واضحة الحدود بل قد تكون من أكثر النظريات غموضاً ضمن نظرية العقود الإدارية،

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل؛ أنظر :

- بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ج.م.ع، ط 1، 2011، ص.580، و 599 وما بعدها.

- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون المقارن، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، الدار الجامعية، ج.م.ع، د.س.ن، ص.531.

- يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، ط 2، د.د.ن، 1998، ص.486.

- LLORENS François, le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs, R.F.D.A, mai -juin 1984.

<sup>2</sup> - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص.250.

<sup>3</sup> - إن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري هي من خلق مجلس الدولة الفرنسي، حيث جرى استخلاصها لأول مرة في مادة التزام المرافق العامة وكان تطبيقها يقابل حق الإدارة في تعديل من شروط العقد فقط، ومنها امتدت النظرية لتشمل كل حالة يختل فيها التوازن المالي للعقد، سواء بسبب مخاطر إدارية أو اقتصادية أو فنية، ذلك لأن التمسك بالقوة الإلزامية للعقد في مجال العقود الإدارية سيؤدي إلى نتائج لا تكون في مصلحة احد، نظراً لتعلقها بسير المرفق العام وضرورة كفالتة.

وكثيرا ما يتداخل مفهومها مع مفهوم نظرية عدم التوقع *théorie de l'imprévision* التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي أيضا لمعالجة حالات قد تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية فعل الأمير<sup>1</sup>.

ونظرا لأهمية نظرية فعل الأمير في مجال العقود الإدارية؛ بصفة عامة؛ وفي نطاق نظرية التعديل الإفرادي للعقد الإداري - بصفة خاصة - وباعتبارها نظرية أصيلة في القانون الإداري لا يعرف لها مثيل في القانون الخاص<sup>2</sup>؛ فلا بد من دراسة هذه النظرية، بشكل يسمح بالتعرف على كيفية اقتضاء المتعاقد للتعويض إعمالا لها، باعتبارها من أهم الضمانات المقررة له في مواجهة سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد، وهو ما يتأتى من خلال البحث عن مفهوم هذه النظرية (الفرع الأول)، ثم عن النظام القانوني لاقتضاء التعويض تطبيقا لها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم نظرية فعل الأمير

تأخذ الإجراءات الصادرة عن الإدارة والتي تندرج في إطار فعل الأمير صورا مختلفة فقد يأخذ فعل الأمير صورة إجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل إجراء عام، كما أن هذه النظرية بعد

<sup>1</sup> - أنظر: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1، 1998، ص.78.

<sup>2</sup> - يذكر الفقيه De LAUBADER ما خلاصته أن نظرية فعل الأمير هي نظرية خاصة للقانون الإداري وليس لها أية علاقة بالقانون الخاص والذي يسوغ عليها هذه الصفة الأساسية كونها تضع مسألة تدخل الإدارة المتعاقدة موضع الاهتمام والتساؤل؟ وهذا على عكس ما يحصل في نطاق القانون المدني...

« Il va de soi par ailleurs que la théorie du fait du prince est propre au droit administratif et ne peut avoir aucun correspondant en droit privé. Ce qui lui donne en effet son caractère original dans les contrats administratifs, c'est qu'elle met en jeu l'intervention dans l'exécution du contrat de l'un des contractants, l'administration ».

ثم يضيف بالنسبة لتصرفات التي تمس عقودا بين الأفراد قائلا:

« En droit civil les actes des autorités publiques touchant à des contrats entre particuliers sont toujours pour les parties des faits d'un tiers au contrat, c'est pourquoi. En droit civil, le fait du prince, événement extérieur aux parties, n'est qu'une variété de la force majeure ».

نقلا عن: المشكلات القانونية..

أنظر كذلك في هذا الصدد:

نشأتها القضائية، قد عرفت الإهتمام البالغ من طرف الفقهاء، حول تحديدها وتبيان أشكالها، لذلك لا بد للبحث عن مفهوم هذه النظرية من تعريفها (أولا) ثم التعرض لصورها (ثانيا).

### أولا: تعريف نظرية فعل الأمير

هذه النظرية خاصة بالقانون الإداري ولا يوجد لها صلة بالقانون الخاص<sup>1</sup>، حيث تعدّ أعمال السلطة التي تمس عقود الأفراد بمثابة السبب الخارجي الغريب عن العقد، والذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تسبب بها الشخص العام؛ فنظرية عمل الأمير من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي،<sup>2</sup> وهي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة<sup>3</sup>.

حيث نشأت هذه النظرية في ظل القانون الإداري، فهي نظرية قديمة ومن خلق اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي وهي كثيرة الاستعمال في القانون الإداري، وإنّ قدمها يترك انطبعا في الذهن بأنها بناء قانوني اختبر في التطبيق وأعطى نتائج مؤكدة، إلا أن الواقع غير ذلك، فإنها لا تزال غير واضحة الحدود، بل قد تكون من أكثر النظريات غموضا في قانون العقود الإدارية<sup>4</sup>، وكثيرا ما يتداخل مفهومها مع نظريات أخرى مشابهة لها، بل وحتى مع سلطة التعديل في حد ذاتها<sup>5</sup>.

وأمام أصالة هذه النظرية ودقتها، واختلاف معانيها، فلا بد من إبراز التعاريف التي مُنحت لها، سواء في كتابات الفقهاء أم ضمن اجتهادات القضاء. ففي الفقه؛ "يمكن تعريف فعل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه الإضرار بمركز

<sup>1</sup> - رغم أن القانون الخاص لا يعرف مثيل لهذه النظرية، إلا أنه لا مانع من القول أن به مجموعة من الوسائل والإجراءات لتحقيق التوازن المالي في العقد المدني؛ للمزيد من التفاصيل، أنظر: دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر العاصمة، 2011-2012، ص. 61 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أنظر:

M. Hauriou, Note sous C.E, 11 Mars 1910, comp. Gen. Fr. de Tramways S. 1911-3-1.

<sup>3</sup> - أنظر:

Sarait BADAOU, OP CIT.

<sup>4</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 78.

<sup>5</sup> - فهما يختلفان من حيث أن سلطة التعديل هي إجراء تستهدف به الإدارة المتعاقدة شروط العقد في حد ذاته وبشكل مباشر أي هو إجراء خاص في حين أن فعل الأمير هو إجراء أوسع، لا تقصد به الإدارة المساس بشروط تنفيذ العقد، وإنما يحدث ذلك عرضا وفي الغالب يكون بقصد تحقيق هدف أكبر أو مصلحة عامة أهم. كما يختلفان، من حيث أسلوب تأثير كل منهما على تنفيذ العقد، فتؤثر سلطة التعديل على شروط التنفيذ بشكل مباشر، في حين أن نظرية فعل الأمير تؤثر عليها بشكل غير مباشر؛ بن شعبان علي، المرجع السابق، ص. 57 وما بعدها.

المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه مما يعيد التوازن المالي إلى العقد<sup>1</sup>؛ أو هي "الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ فعل الأمير التزاماً على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقاً للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه"<sup>2</sup>.

**أما القضاء؛** فقد عرف نظرية فعل الأمير كالاتي: "المقصود بعبارة فعل الأمير<sup>3</sup> هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية"<sup>4</sup>.

**وفي الجزائر،** ورغم وجود اجتهاد قضائي منشور ينبئ عن تبني القضاء لنظرية فعل الأمير كوسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري؛ إلا أن هذت الأخير تجد أساسه القانوني في نص م115 من المرسوم الرئاسي 10-236، والتي تنص على ما يلي: "تسوّى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حلّ ودّي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

<sup>1</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.81.

<sup>2</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.697.

<sup>3</sup> - وقد استعمل القضاء الإداري المصري في أحكام قليلة منه تسمية عمل الحاكم للدلالة على النظرية إلا أنّ غالبية أحكام القضاء الإداري المصري تستخدم تسمية "عمل الأمير" وهي المقابل الحرفي للاصطلاح الفرنسي «Le fait du prince»، أنظر: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.698.

<sup>4</sup> - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/6/30 رقم 983 لسنة 9، المجموعة، ص.607؛ أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.698.

وفي لبنان، فقد استعمل القضاء الإداري تسمية فعل السلطة للدلالة على النظرية مقررًا أنّ فعل السلطة هو العمل الذي تقوم به السلطة بصورة شرعية والذي من شأنه أن يغير الظروف الواقعية والقانونية التي سيتم تنفيذ العقد بموجبها؛ أما إذا كان عمل الإدارة غير شرعي، فيعتبر ذلك خطأً تسأل عنه الإدارة.

إلا أنّ مجلس شورى الدولة اللبناني استعمل في قراراته الحديثة تسمية "فعل الأمير" مقررًا أنّ: «شرط التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتعاقد مع الإدارة بسبب فعل الأمير المكرسة في الفقه والاجتهاد ثلاثة:

- وجود ضرر؛
- عدم ارتقاب الفعل المسبب للضرر عند التعاقد؛
- نسبة الفعل المسبب للضرر إلى الجماعة العامة المتعاقدة؛ المرجع نفسه، ص.699.

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين..."

وبعد ما سبق؛ يمكن القول أنه رغم استقرار كل من الفقه والقضاء على مجموعة تعاريف لنظرية فعل الأمير، إلا أن الغموض قد يكتنف هذه الأخيرة، إذا عُلِمَ أن لاصطلاح فعل الأمير معنيين، أحدهما واسع، والآخر ضيق؛ مما ينبغي معه البحث عن صور هذه النظرية، وذلك في خطوة لإبراز مفهومها بشكل أدق.

### ثانيا: صور نظرية فعل الأمير

إن تدخلات الإدارة القابلة للتأثير على العقد الإداري، فتجعله أكثر صعوبة وأكثر كلفة، يمكن أن تكون متنوعة؛ فقد تكون عبارة عن تدابير لها صفة عامة كالقوانين، أو قد تكون ذات صفة انفرادية كالقرارات الفردية والعمليات المادية، كما أنها إما أن تمس بنود العقد مباشرة، أم أن تؤثر على تنفيذه<sup>1</sup>؛ وبالرجوع إلى الإجهادات القضائية الخاصة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير، يلاحظ أن القضاء الإداري حاول الرد على حالاتها وصورها المختلفة، فطرح حلولاً متباينة وشروط متنوعة؛ تختلف من حالة لأخرى، بل ورفض التعويض على أساس هذه النظرية في حالات أخرى<sup>2</sup>.

وعليه، تختلف حالات تطبيق نظرية فعل الأمير بحسب الصورة التي يتخذها الفعل من الناحية العملية، فقد يتجسد عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة(أ)، أو يتخذ صورة إجراء تنظيمي عام صادر عن إحدى السلطات العامة في الدولة(ب).

### أ - الإجراءات الإدارية الخاصة

هذه الإجراءات الإدارية الخاصة التي تؤثر على تنفيذ العقد يمكن تقسيمها إلى نوعين:

النوع الأول: إجراءات تعدل مباشرة في شروط العقد.

النوع الثاني: إجراءات تؤثر على ظروف تنفيذ العقد<sup>3</sup> وسيتم تفصيلها فيما يلي:

<sup>1</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.91.

<sup>2</sup> - أنظر:

CE, 9 mars 1928, Cie des scieries africaines, RDP 1928.326, concl. LATOURNERIE ; cité par : Marion UBAUD-BERGERON, OP CIT, p.457.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.631.

## I. الإجراء الذي يعدل مباشرة في شروط العقد

وهذا في حالة استعمال الإدارة لسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، فهذا هو النموذج المثالي لنظرية فعل الأمير، بحيث يفتح المجال مباشرة للمتعاقد لاقتضاء التعويض الكامل، عن جميع النفقات الزائدة التي لحقت به<sup>1</sup>. فإذا أدى هذا التعديل إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد فيكون له الحق بضمان التوازن المالي وذلك بتعويضه عن الضرر في إطار نظرية فعل الأمير<sup>2</sup>.

## II. الإجراء الذي يؤثر في ظروف التنفيذ

"قد يكون الإجراء الخاص الذي تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة، غير مؤثر على شروط العقد بصورة مباشرة، ولكنه يؤدي إلى تغيير في ظروف تنفيذ العقد بكيفية من شأنها تحميل المتعاقد أعباء جديدة لم تكن متوقعة وقت التعاقد، عند ذلك يجب تعويض المتعاقد أيضا تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد<sup>3</sup>"، إلا أن هذه الإجراءات ليست لها نفس القوة في مجال نظرية فعل الأمير؛ فالبعض منها تقوم بها الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد ذاته، وهي الناجمة عن سلطة المراقبة والإشراف، والتي تمس بالمتعاقد نفسه، مما يفسح المجال لإعمال نظرية فعل الأمير؛ أما البعض الآخر، فقد يصدر خارج نطاق تنفيذ العقد، لكنه ينعكس على ظروف تنفيذ العقد الإداري، مما يستدعي استبعاد التعويض<sup>4</sup>.

والإجراءات التي تتخذها الإدارة وينطبق عليها هذا الوصف عديدة ويصعب حصرها لأنها ليست من طبيعة واحدة. ومن أهم التطبيقات لهذه الطائفة من الإجراءات هي ما يلي:

---

<sup>1</sup> وفي هذا الصدد يرى محافظ الدولة "ليون بلوم ما يلي: "... ففي حالة انهيار الاقتصاد المالي للعقد أو أنّ السلطة المتعاقدة باستعمالها سلطتها في التدخل وأدى ذلك إلى أي نوع من الاختلال في التوازن في موجبات وسلبيات الالتزامات والحقوق، فلا شيء يمنع المتعاقد من مراجعة قاضي العقد.

Dans l'arrêt du principe du 21 Mars 1910, compagnie générale des Tramways, à cette occasion le commissaire du gouvernement L. Blum, avait longuement exposé le principe et le fondement de l'indemnisation ; « ... Si l'économie financière du contrat se trouve détruite, si, par l'usage que l'autorité concédante a fait de son pouvoir d'intervention, quelque chose se trouve faussé dans cet équilibre d'avantages et de charges d'obligations et de droits, que nous avons essayé de définir. Rien n'empêchera la concessionnaire de saisir le juge de contrat. Il démontrera que l'intervention bien que régulière en soi, bien qu'obligatoire pour lui a causé un dommage dont réparation lui est due... » ; cité par :

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.110، هامش رقم.116.

<sup>2</sup> - Laurent Richer, OP CIT, p.287.

<sup>3</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.702.

<sup>4</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.111.

● القرارات التي تصدر عن الإدارة إلى المتعاقد في مجال تنفيذ العقود بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه، ولكنها تكلف المتعاقد أعباء جديدة، وذلك مثل قرارها بتعديل سير العمل، أو إدخال وسائل جديدة في تنفيذه<sup>1</sup>؛ فمن المعلوم أن الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة في كل العقود الإدارية، مما يسمح لها بإصدار الأوامر المصلحية، والتي رغم أنها لا تمس البنود التعاقدية مباشرة، إلا أنها تمس شروط تنفيذها؛ والتعويض عن المصاريف الإضافية والأضرار اللاحقة بالمتعاقد يدخل ضمن تطبيقات نظرية فعل الأمير<sup>2</sup>.

● قيام الجهة الإدارية بأشغال عامة، ينجم عنها للمتعاقد أضراراً بمناسبة تنفيذ العقد، عندها يستحق المتعاقد التعويض عن هذه الأضرار استناداً إلى نظرية فعل الأمير<sup>3</sup>، وهذا إذا ما لم ينظم العقد هذه المسألة؛ أما في الحالة العكسية فإنّ مجلس الدولة الفرنسي يعمل شروط العقد سواء فيما يتصل بتحديد مقدار التعويض، أو تقييده، أو حتى استبعاده<sup>4</sup>.

● بعض تدابير الضبط الإداري الصادرة عن جهة الإدارة، والتي يترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد، كالأمر الصادر من جهة الإدارة- بوصفها سلطة ضبط- إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى موقع آخر حفاظاً على سلامة الجمهور، أو الأمر بتغيير شبكة الصرف الصحي بغرض المحافظة على سلامة وصحة المواطنين

## ب - الإجراء الإداري العام

قد لا يتخذ فعل الإدارة الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد صورة إجراء فردي خاص، وإنما قد يكون نتيجة إجراء تنظيمي عام، يتمثل في صدور قوانين ولوائح من طرف الإدارة المتعاقدة، يؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة المتعاقدة<sup>5</sup>، وقد اختلف الفقه حول إمكان تطبيق نظرية فعل الأمير في هذه الحالة.

<sup>1</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.632.

<sup>2</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.112.

<sup>3</sup> - Voir :

- C.E 03/02/1905, Cie générale des omnibus, D. 1907. 3. 9, avec les conclusions de Saint- Paul.

- C.E. 07/12/1928, Tramways des Sète. S. 1930, 3, 1.

أشار لهما: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.702.

<sup>4</sup> - Voir :

- C.E 6 Décembre 1946, ville de Paris, Rec. P 292.

- C.E 9 Mars 1949, min des T.P.G.E.D.F, D 1953, P 309.

أشار لهما: المرجع نفسه، ص.703.

<sup>5</sup> - Christophe GUETTIER, OP CIT, p.418.

حيث ذهب البعض إلى استبعاد تطبيق هذه النظرية، ما دام المتعاقد مع الإدارة ليس مقصود بذاته بهذه التدابير العامة، وباعتبار أن هذه التدابير تمس جميع المواطنين، فلا يمكن تعويضه عن ما لحقه من ضرر إلا في حالتين؛ إذا ما نص العقد على تعويضه، أم إذا كان التدبير العام غير متوقع، فهنا لا بد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة<sup>1</sup>. إلا أن هذا الإتجاه لم يبرجح، ولم تأخذ به اجتهادات القضاء الإداري؛ حيث يرى البعض إمكان تعويض المتعاقد المتضرر من الإجراء الإداري العام استناداً لنظرية فعل الأمير، بشرط أن يكون هذا التدبير عبارة عن إجراء إداري آمر، لم يستبعد المشرع التعويض عنه صراحة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.704.

<sup>2</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.93.

## الفرع الثاني

### النظام القانوني للتعويض طبقا لنظرية فعل الأمير

بعد التعرف على مفهوم نظرية فعل الأمير، لا بد من إبراز النتائج القانونية التي تترتب عنها، والتي من أهمها المتعاقد على التعويض نتيجة التعديل الإفرادي الذي صدر من الإدارة المتعاقدة<sup>1</sup>؛ مما يستوجب البحث عن كيفية اقتضاء هذا التعويض (ثانيا)، إذا ما توافرت شروط تطبيق هذه النظرية (أولا).

#### أولا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

إن إقرار حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير يستدعي وجود عدد من الشروط مجتمعة؛ فيجب أن يكون هناك ضررا وأن يكون هذا الضرر صادرا من جهة السلطة العامة ذاتها التي أبرمت العقد، بالإضافة إلى شروط أخرى؛ وذلك على النحو الآتي:

#### (أ) حدوث ضرر للمتعاقد

يشترط لإقرار التعويض استنادا لنظرية فعل الأمير أن يؤدي عمل الإدارة إلى تشديد أو تفاقم الأعباء والالتزامات على المتعاقد، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد وبالتالي إلحاق الضرر به<sup>2</sup>؛ فلا يستطيع المتعاقد المتضرر الإدعاء بحق التعويض إلا في حالة أن يكون فعل

<sup>1</sup> - مع العلم أن التعويض ليس هو النتيجة الوحيدة المترتبة عن هذه النظرية، بل "قد يتولد عن فعل الأمير نتائج فرعية أخرى إلى جانب هذه النتيجة الأهم (التعويض)، فخارج نطاق التعويض يمكن أن تترتب الآثار التالية:

- حالة ما إذا كان فعل الأمير أدى إلى استحالة تنفيذ العقد، فيصبح على مستوى القوة القاهرة، أي يشكل نفس نتيجة القوة القاهرة، مبررا لعدم تنفيذ العقد من قبل المتعاقد أي يتحرر هذا الأخير من الالتزام بالتنفيذ.
- حالة ما إذا كان فعل الأمير لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ من قبل المتعاقد بل جعله - أي التنفيذ، صعبا له، مما يشكل عذرا للمتعاقد بأن يطلب إعفائه من التنفيذ أو تخفيض العقوبات المفروضة عليه ولاسيما غرامات التأخير.
- حالة ما إذا كان فعل الأمير قد أدى إلى زيادة الأعباء على المتعاقد بصورة تتجاوز حدود إمكانياته مما يفسح له المجال بحق طلب فسخ العقد من القاضي.

(تأجيل الأعمال من قبل الإدارة أو وقفها أكثر من الفترة المحددة في دفتر الأشغال - زيادة أو تخفيض كمية الأشغال المرسومة للمتعهد تتجاوز بعض الكميات... الخ).

على ضوء ما تقدم يستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ، والجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير... ومهما يكن الأمر فالنتيجة القانونية الأهم لفعل الأمير هي التي تترتب التعويض الكامل، دون أن يكون هناك استحالة في التنفيذ."؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 117، 118.

<sup>2</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 712.

الأمير قد تسبب بإحداث الضرر. ويتميز هذا المبدأ بعنصري الاستقرار والإطلاق، كما لا يشترط في الضرر أن يكون جسيماً أو يسيراً فقد يكون مجرد إنقاص في الربح، المهم أن يكون الضرر مؤكداً ومباشراً<sup>1</sup>.

### (ب) عم توقع الفعل المسبب للضرر

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة،<sup>2</sup> وبالتالي إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقعه، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض إعمالاً لنظرية فعل الأمير؛ وقد سار الاجتهاد الفرنسي في هذا الاتجاه<sup>3</sup>، وكذلك القضاء الإداري المصري<sup>4</sup>.

### (ج) صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة

تتميز نظرية فعل الأمير *Le fait du prince* بصورة رئيسية عن باقي النظريات (نظرية القوة القاهرة *La théorie de la force majeure* ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة *Théorie de La théorie des sujétions imprévues* ونظرية عدم التوقع *Théorie de l'imprévision*) بأن الإجراء المتخذ قد صدر عن السلطة العامة، ولكن ليس أية سلطة عامة،

<sup>1</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 84.

<sup>2</sup> - Laurent Richer, OP CIT, p.287.

<sup>3</sup> - حيث اعتبر أن المتعاقد لم يكن يجهل الشروط الاقتصادية، كارتفاع أجور اليد العاملة أو أسعار الفحم الذي اضطر السلطات العامة إلى السماح برفع جديد لجور السكك الحديدية، كما أبرز القضاء المصري هذا الشرط بوضوح ف يحكمه الصادر بتاريخ 1957/6/30 حيث ذكر صراحة أن من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصادر وقت التعاقد؛ أنظر:

- C.E. 19 Novembre 1909. Compagnie générale transatlantique, Rec P.891. (A propos d'une réglementation nouvelle concernant le joue âge des navires. Il n'avait pas imprévisibilité la compagnie ayant en toutes raisons de prévoir en l'espèce l'éventualité d'une cette modification).

- C.E. 15 Décembre 1922. Ville de Rennes. P 945...

وقد ورد في هذا القرار لتوضيح التدبير غير المتوقع ما يلي:

« Du fait que la mesure doit avoir été imprévisible, il résulte que, si depuis son intervention il ya eu un avenant au contra, le cocontractant ne peut prétendre réclamer le bénéfice de la théorie du fait du prince ».

وقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا المصرية في أول حكم أصدرته في هذا الصدد بتاريخ 20 أيار 19 1961 السنة 6 ص 1133 أن تقول ما

يلي: «إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري، فإن شروط نظرية فعل الأمير لم تتحقق كلها، لاسيما الشرطين المتعلقين بأن يكون

الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع، كما أن الضرر الذي أصاب المتعاقد يجب أن يكون خاصاً به لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام»؛

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 85، هامش رقم. 79.

<sup>4</sup> - حيث قضت محكمة القضاء الإداري: « إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد بسبب تعديل طريقة التنفيذ، إنه إذا لم

يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة... »

ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصادر وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد، فإن

المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير...»؛ أنظر: حكم

محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/6/30، القضية رقم 983 لسنة 7 ق. السنة 11، ص 624؛ أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع

السابق، ص. 714.

بل أنّ الإجراء صدر عن سلطة عامة معينة محددة؛ ويترتب على ذلك أنّ من شأن هذا الاشتراط أن يستبعد التعويض عندما لا يكون الفعل صادرا عن الإدارة كما يستبعد أيضا عندما يكون تدخل الإدارة كان بناء على طلب من المتعاقد نفسه<sup>1</sup>.

"وحتى حين لا يكون للتدبير المتخذ من قبل الإدارة إلا نتائج وقائع اقتصادية خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن تفاديها. ففي هذه الحالة ورغم الظواهر يمكن اعتبار أنّ هذا الاضطراب الذي تعرض له العقد هو في الحقيقة والواقع نتيجة مباشرة لهذه الوقائع الاقتصادية.. لذا نجد أنفسنا في إطار نظرية عدم التوقع Théorie de l'imprévision وليس أبدا أمام نظرية فعل الأمير<sup>2</sup>". وهذا ما أوضحه بصراحة مفوض الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسي Corneille عندما اعتبر أنّ الأمر الصادر إلى المتعهد بزيادة أجور العمال كان مؤشرا لارتفاع الأسعار بصورة حقيقية بسبب الظروف الاقتصادية وبالتالي يمتنع على المتعاقد أن يتقدم بطلب التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، وقد برر مفوض الحكومة بأنّ الظروف التي تمّ فيها إبرام العقد تساعد على توقع ما حصل فيما بعد، ويقع على المتعهد أن يتحمل العبء الجديد<sup>3</sup>.

ولا يكفي فقط صدور الفعل عن إدارة عمومية، بل إن مجلس الدولة الفرنسي أصبح يشترط أن يكون العمل أو التصرف صادرا من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد منذ منتصف القرن الماضي وذلك بمناسبة حكمين صادرين على التوالي في العام 1949<sup>4</sup>؛ فنظرا لأهمية الدور الذي

<sup>1</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 86، 85.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 86.

<sup>3</sup> - « Adoptant les conclusion du commissaire du gouvernement Corneille, le conseil d'Etat a jugé dans cette affaire que l'ordre donné par l'administration à son fournisseur d'augmenter le salaire de ses ouvriers ne faisait qu'enregistrer la hausse réelle des salaires due aux circonstances économiques et ne pouvait en conséquence ouvrir au contractant un droit à être indemnisé sur la base de la théorie du fait du prince... ».

ثم يتابع مفوض الحكومة في تعليل موقفه الذي اعتمده المجلس على النحو التالي:

« Eu égard à l'époque à laquelle à été passé le marché des requérants la hausse des salaires correspondant à la hausse du coût de la vie a dû entrer dans leurs prévisions et constituait par elle-même un des aléas du marché qui doit demeurer, en l'absence d'un bouleversement du contrat, à la charge du fournisseur »

ثم يستطرد مفوض الحكومة بافتراض ظروف معينة تسمح بالتفويض الكامل وهذا الأمر لم يتحقق في هذه القضية...

« Il ne pourrait en être autrement que si, par sa décision, le ministre avait prescrit le paiement de salaires supérieurs à ceux qui résultaient à cette époque de l'augmentation du coût de la main-d'œuvre et si, par suite, en se trouvant en présence d'un véritable fait de l'administration dont les conséquences devaient être intégralement supportée par elle : tel n'est le cas dans l'espèce ». A. De laubadaire. Contrats. T. III. P. 32. ; cité par :

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 86، هامش رقم 82.

<sup>4</sup> - Voir :

- C.E 4 Mars 1949, Ville de Toulon, Rec. P 197.

- C.E 15 1949 Ville d'Elbeuf, Rec. P 358 ; cités par :

نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 716.

تلعبه نظرية فعل الأمير عند التطبيق، لا يكفي أن يكون الفعل الضار صادرا عن سلطة عامة، بل يجب أن يأتي هذا الفعل عن السلطة نفسها التي قامت بإبرام العقد؛ وتجدر الملاحظة انه إذا كانت الإجراءات التي أُلحقت ضررا بالمتعاقد مع الإدارة متخذة من سلطة غير السلطة المتعاقدة وبالتالي تعذر تطبيق نظرية عمل الأمير فإن ذلك لا يعني حرمان المتعاقد من التعويض<sup>1</sup>، بل يمكنه المطالبة بحقوقه الأخرى<sup>2</sup>.

---

وهذه الفكرة رغم أهميتها- إذ تساهم إلى حد بعيد في تحديد الخط الفاصل بين نظريتي فعل الأمير وعدم التوقع- فإنها لم تحظى بالقبول من القضاء الإداري، وحتى تاريخ حديث نسبيا قبل مجلس الدولة الفرنسي طلبات التعويض الكامل عن أفعال صدرت عن إدارة أجنبية عن العقد؛ حيث جاء في أحد قراراته ما يلي:

« ... Le sieur T. est fondé à regarder les sujétions par lui, subies, quelle que soit l'autorité qui les ait provoquées, comme provenant, d'une imprévision... mais une de l'administration dont il ne doit pas, en tous état de cause, supporter les conséquences ».

كما أن مجلس الدولة كان قد قبل التعويض عن المتعاقد بمناسبة فرض رسوم من قبل غرفة التجارة.

- C.E. 20 Mars 1904. Compagnie marseillaise de navigatives, p 425.

« ... Le conseil d'Etat, contrairement d'ailleurs aux conclusions du commissaire du gouvernement Tcissier, avait admis l'indemnisation de cocontractant de l'Etat à l'occasion d'une taxe établie par une chambre de commerce... »

<sup>4</sup>- Il est constant que les mesures d'obscurcissement dont la société du gaz de l'électricité du Sud-est fait état et qui ont entraîné une diminution de ses recettes n'ont pas été le fait de la ville de Toulon, mais ont été ordonnées par l'autorité militaire durant les hostilités ; ainsi la diminution des recettes est uniquement dues à des circonstances exceptionnelles, indépendante du fait des parties.

بهذا الموقف أوضح مجلس الدولة رأيه في مسألة التصرفات التي صدرت عن الدولة وأثرت على عقد إداري أبرمته مدينة طولون مع أحد الأفراد... وبنى المجلس قراره على أن المدعي لا يستطيع الحصول على التعويض الكامل للخسائر التي أصابته (وفقا لنظرية imprévision'فعل الأمير) بل على العكس يستطيع فقط إثارة نظرية عدم التوقع

« ... Le conseil d'Etat tiré de ces constatations cette conclusion qu'en espèce requérant ne pouvait prétendre à une indemnisation intégrales des pertes subies par le (fait du prince), mais pouvait seulement invoquer la théorie de l'imprévision pour demander une participation de la ville à son déficit d'exploitation », cité par :

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.87، هامش رقم.83.

<sup>1</sup>- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.717.

<sup>2</sup> - تظهر حقوق المتعاقد في هذه الحالة من زاويتين:

أولاً: في مواجهة الإدارة المتعاقدة؛ يستطيع المتعاقد إثارة تطبيق نظرية عدم التوقع éé إذا كانت شروطها الخاصة بها متوافرة.

ثانياً: في مواجهة السلطة التي يقع على عاتقها مسؤولية الفعل الضار. لا يستطيع المتعاقد هنا أن يطالب إلا في إطار النظرية العامة الخاصة بمسؤولية السلطة العامة، وهذا يعني أنه إذا كان مصدر الضرر قانونا une loi فالمسؤولية هي على الدولة المشرعة L'Etat législateur وكان

التدبير إداريا بالشروط الخاصة للمسؤولية الإدارية فهذا الأمر يفترض عادة قيام خطأ في ممارسة المرفق العام، وهذا الموقف أوضحه بالتفصيل

مجلس الدولة الفرنسي في الحثيات الواردة في قراره عام 1949 (C.E. 15 Juillet 1949 Ville d'Elbeuf. REC. P. 359.)، والتي جاء بها:

« La loi du 21 octobre 1940 et l'ordonnance du 30 Juin, qu'on posé le principe de la stabilisation des prix au 1<sup>er</sup> Septembre 1939 sont intervenues uniquement en vue de l'intérêt général, afin de garantir l'ensemble de la population contre les hausses excessives que pouvait entraîner l'état de guerre, dès lors la ville d'Elbeuf n'est pas fondé à soutenir que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée du fait de cette législation. D'autre part, si la requérante allègue que le service des prix a commis des fautes dans l'application des textes sus-rappelés et notamment n'a pas assuré la concordance nécessaire entre les relèvements des prix des matières premières et des salaires et ceux des tarifs de vente di gaz elle n'apporte aucun commencement de preuve à l'appui de cette allégation ».

أشار له: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.89.

## د) عدم صدور خطأ عن الإدارة

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن لا ينطوي الإجراء الإداري الذي أضر المتعاقد مع الإدارة على خطأ ينسب للإدارة المتعاقدة<sup>1</sup>؛ فتطبيق نظرية عمل الأمير يشترط أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة وأضر بالمتعاقد معها هو إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصها فإذا ثبت أن هذا الإجراء ينطوي على خطأ وقعت فيه الإدارة فلا تطبق نظرية عمل الأمير، بل تتعدّد مسؤولية الإدارة على أساس هذا الخطأ حيال المتعاقد معها<sup>2</sup>.

### ثانياً: اقتضاء التعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير

إذا توافرت شروط نظرية فعل الأمير، يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يحصل على التعويض الموازي للضرر اللاحق به نتيجة فعل الإدارة بما يعيد التوازن المالي للعقد وهذا التعويض يجب أن يكون تعويضاً كاملاً يغطي جميع الأضرار اللاحقة بالمتعاقد. وتشمل الأضرار الخسائر اللاحقة بالمتعاقد والربح الفائت<sup>3</sup>؛ لذلك لا بد من البحث عن الأساس القانوني لهذا التعويض (أ)، وعن كيفية تقديره (ب).

### أ) أساس التعويض

هناك فكرتان مختلفتان لتفسير كون فعل الأمير يفسح المجال أمام المتعاقد مع الإدارة للمطالبة بالتعويض؛ تدور الأولى حول فكرة التوازن المالي L'équilibre financier du contrat أو توازن اقتصاديات العقد، في حين تتركز الثانية حول فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة La responsabilité contractuelle de l'administration.

#### 1. فكرة التوازن المالي للعقد الإداري

أي أن أساس التعويض يرجع إلى فكرة التوازن المالي في العقد الإداري، ويتجه غالبية الفقه الفرنسي هذا الاتجاه، كذلك اعتمد عليه القضاء الإداري المصري في غالبية الأحكام الصادرة عنه، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد، في كل مرة

<sup>1</sup> - C. GUETTIER, OP CIT, P.560.

<sup>2</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.718.

<sup>3</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.719.

يتعرض فيها لاختلال توازنه بفعل الإدارة<sup>1</sup>؛ ففعل الأمير يعتبر بذاته الحالة النموذجية التي يلعب فيها مفهوم التوازن العقدي وإعادة تصحيحه<sup>2</sup> الدور الفاعل.

## II. فكرة المسؤولية التعاقدية

يقيم هذا الإتجاه التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية، إذ تصبح الإدارة مسؤولة بالتعويض تجاه المتعاقد معها نتيجة عملها الضار<sup>3</sup>؛ أي تتحمل الإدارة نتائج عملها الضار، واستند أنصاره على قرار مجلس الدولة الفرنسي، في قضية «Bardy»، فعندما يقوم الشخص العام المتعاقد بوضع ضريبة فإنّ هذا الإجراء يؤدي إلى قيام مسؤوليته تجاه من تعاقد معه، فمن هنا يظهر أنّ فكرة الأمير تتعلق بالنظرية العامة لمسؤولية الإدارة<sup>4</sup>.

أما بخصوص **الرأي الراجح**؛ فرغم أن الفقيه DE LAUBADERE قدم رأياً وسطاً، وقال أن كلا الإتجاهين صحيح ويتم أحدهما الآخر « A notre avis, ces deux explications sont exactes l'une et l'autre et se complément respectivement... ». هذا المجال هي مسؤولية تعاقدية بدون خطأ «Responsabilité contractuelle sans faute» ذلك لأنّ عمل الأمير يقوم على افتراض مؤداه أنّ الإدارة لم ترتكب خطأ حين تصرفت وإلا قامت المسؤولية على أساس مغاير. فالمسؤولية هنا تصبح شبيهة بالمسؤولية على أساس المخاطر، فإذا كانت مسؤولية المخاطر تجد أساسها القانوني في مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة، فإنّ المسؤولية عن فعل الأمير تجد أساسها في التوازن المالي<sup>5</sup>؛ إذا فإنّ فكرة المسؤولية التعاقدية بدون خطأ تشكل أداة فنية لتعويض المتعاقد، وفكرة إعادة التوازن المالي للعقد يشكل أيضاً التبرير لإقرار التعويض بدون خطأ من الإدارة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.721.

<sup>2</sup> - وقد جاء في تعليق «ليون بلوم» على الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1910/3/21 في قضية Compagnie Française de Tramways ما يلي:

« ... Si l'économie financière du contrat se trouve détruite si par l'usage que l'autorité concédante a fait de son pouvoir d'intervention quelque chose se trouve faussé dans cet équilibre d'avantages et de charges..., rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le juge du contrat... » ; cité par :

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.119، هامش رقم.126.

<sup>3</sup> - Sarouat BADAOU, OP CIT, p.302.

<sup>4</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.119،120.

<sup>5</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.655.

<sup>6</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.121.

## ب) كيفية تقدير التعويض

وفقا لنظرية فعل الأمير، يتعين على الإدارة أن تعوض المتعاقد تعويضا كاملا<sup>1</sup>، ويشمل التعويض الكامل ما لحق المتعاقد من خسارة نتيجة المبالغ التي تكبدها بسبب فعل الأمير، وما فاته من ربح أي المبالغ التي كان المتعاقد سيكسبها لو لم يخلل التوازن المالي للعقد بسبب فعل الأمير<sup>2</sup>؛ وبهذا تتميز نظرية فعل الأمير *Le fait du prince* عن نظرية عدم التوقع *l'imprévision*، التي تعطي فقط الحق بالتعويض الجزئي *une indemnisation partielle*، وعلى العكس من ذلك فهي في مجال حساب التعويض تقرب من نظرية خطأ الإدارة *La théorie du fait de l'administration*<sup>3</sup>.

هذا؛ ولتقييم الضرر، فإنّ القواعد العامة لتقدير مقدار التعويض لا تختلف في شيء عن مثيلاتها المطبقة في حالة مسؤولية الإدارة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وهنا نشير أنّ طريقة حساب التعويض قد ينص عليها القانون عندما يتكون فعل الأمير بقانون أو خاصة عندما يكون منصوبا عليه في العقد؛ وفي بعض الحالات يكون التقدير بسيطا جدا عندما يدفع المتعهد مثلا ضرائب أو رسوم خاصة وضعت أثناء تنفيذ العقد؛ فيتلخص التعويض برد قيمة الضريبة أو الرسم المدفوع، وقد درج القضاء على ذلك في حالات كثيرة في الحكم على المتعهد بدفع الفرق بين سعر الضريبة أو الرسم القديم والجديد<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي خرج على مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد في بعض الحالات فقد أهمل عنصر الكسب المختلف في بعض الأحوال، كما هو الشأن في حالة قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بإنهاء بعض العقود بسبب الحرب أو على أثر وقف القتال، إذ اكتفى المجلس في هذه الحالة بالتعويض عن الأضرار الفعلية الناجمة عن فسخ العقد دون التفات إلى الأرباح التي كان من الممكن أن يحققها المتعاقد فيما لو لم يقع الفسخ؛ أنظر قرار:

C.E. 23 Janvier 1952 Chan bouvet, Rec. P 50.

كما أنّ مجلس الدولة الفرنسي لا يقضي بتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا، إذا كان قد شارك بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير، أو ساعد على تفاقم هذه الأضرار، إذ درج المجلس على استئزال القدر المناسب من التعويض بسبب خطأ المتعاقد؛ أنظر قرار:

C.E. 28 Novembre 1924, Tanti, Rec. P 940.

أشار لهما: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.723،724.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.723.

<sup>3</sup> - من هنا فإنّ الكثير من القرارات لا تفرق بين فعل الأمير وخطأ الإدارة، والقاضي يعفي في غالب الأحيان من أن يطالب بمعرفة إذا كان العمل المسبب للضرر مصدره أنّ الإدارة أخطأت أم لا؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.123، هامش رقم.130.

<sup>4</sup> - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.124،125.

## المطلب الثاني

### حق المتعاقد في التعويض والفسخ

إذا خرجت الإدارة عن القيود والحدود التي وضعها المشرع على سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، أو التزمت بالشروط والقيود التشريعية ولكن انحرفت بسلطتها، فجاء التعديل غير متعلق بموضوع العقد، أو غير محقق لهدف الصالح العام، أو كان مرهقاً للمتعاقد إلى درجة كبيرة، فإن لذلك أثره الضار بالمقاول وبالمرفق العام كذلك<sup>1</sup>.

ولقد منحت م 1/32 من د.ش.إ.ع للإدارة حق تعديل شروط العقد الإداري، لكن مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل<sup>2</sup>، على أن التعديل قد يكون أكبر من قدرة المقاول المالية، وأكبر من أن يجبره تعويض الإدارة، "هنا يكون للمقاول أن يلجأ للقضاء الإداري بإحدى دعويين:

1- دعوى بطلب إلغاء التعديل، باعتبار التعديل قرار إداري أصدرته الإدارة بإرادتها المنفردة، وأنه معيب بعيب أو أكثر، من عيوب القرارات الإدارية التي توجب إلغائها، بشرط توافر الشروط السابق دراستها للطعن فيه بالإلغاء.

2- دعوى بطلب فسخ العقد، وإذا رأت المحكمة قبول الطلب وقضت بفسخ العقد، انتهى العقد بصدور حكم الفسخ، واعتبر العقد كأن لم يكن<sup>3</sup>.

ومن ثمة، فلا بد من دراسة حق المتعاقد في اقتضاء التعويض (الفرع الأول)، وحقه في المطالبة بفسخ العقد الإداري (الفرع الثاني)، باعتبارهما من أهم ضماناته في مواجهة سلطة التعديل الإنفرادي.

<sup>1</sup> - أنظر: محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، د.د.ن، د.س.ن، منشور عبر النت، ص.101.

<sup>2</sup> - حيث تنص على ما يلي: "...وعندما يتبين أن التغييرات التي تقوم بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فنتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35% بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري، فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلب بالتعويض مرتكزا على الضرر المسبب له، من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في إحتياطات المشروع."

<sup>3</sup> - محمد الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص.102.

## الفرع الأول

### حق المتعاقد في التعويض

تستطيع الإدارة من جانبها، أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها؛ و يبني على ذلك، وفي مقابل تلك التدخلات في شروط تنفيذ العقد، أن يكون لهذا الأخير حق في التعويض المالي، مقابل ما لحقه من ضرر .

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي، أنه إذا أدت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الإنفرادي إلى تسبب ضرر للمتعاقد، من خلال تقاوم التزاماته، فإن ذلك يستدعي تعويضه نتيجة تنامي أعبائه<sup>1</sup>؛ ويرى الأستاذة DE LAUBADERE و DELVOLVER و MODERNE أن التعويض في هذه الحالة يستند على مبدأ التوازن المالي للعقد، إلا أن جانب آخر من الفقه، ذهب للقول أن التعويض عن الضرر الناجم عن سوء تقدير ملائمت المرفق، والخلل في تقدير مدى الحاجة للتعديل، يكون على أساس المسؤولية التعاقدية الخطئية للإدارة، خاصة إذا ما ثبت تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في التعديل<sup>2</sup>.

ومهما كان أساس التعويض، فإن الثابت أن للمتعاقد الحق في تقاضي تعويض لجبر ما لحقه من ضرر جراء التعديلات الملقاة على كاهله، سواء ورد النص على هذه التعديلات بالعقد أم لا، خاصة لو كان من شأنها تغيير طبيعة الأشغال؛ وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: تعويض المتعاقد عن التعديلات التي ترد في شروط العقد

عندما تفرض الإدارة تعديلات في شروط العقد، بزيادة أو تخفيض الأشغال التي يجب على المقاول تنفيذها، فإن له حق في التعويض، وكثيراً ما تنص دفا تر الاشتراطات على ذلك، وهكذا يكون هذا الحق مقرراً حتى خارج نطاق النصوص التعاقدية<sup>3</sup>؛ إذ ورد النص على أحقية المتعاقد

<sup>1</sup> - « le préjudice éprouvé par la ville de saint-molo à cette décision doit, même en l'absence de toute stipulation expresse du cahier de charges applicable au cas de l'espèce, être réparé par l'état... » ; CE, 27/10/1978, ville de saint-molo, cité par :

نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.344، هامش رقم.71.

<sup>2</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.137،138.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.458.

في اقتضاء التعويض جبرا لما لحقه من ضرر، بموجب م 7/12 من د.ش.إ.ع<sup>1</sup>. وقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي بعض هذه المبادئ في أحكامه، فالحق في التعويض يفترض أن المقاول تعرض لضرر، وعلى ذلك ففي طلب الإدارة إحلال مواد أقل ثمنا من المتفق عليها أصلا لا يتصور وجود مثل هذا الضرر<sup>2</sup>.

والتعويض يجب أن يكون كاملا « l'indemnité doit intégrale » يغطي مجموع الضرر الذي يترتب عن التعديل الإفرادي، وعلى ذلك فأساسه يشتمل على عنصرين :

**الأول:** الأساس هو الثمن الوارد في العقد ذاته، فالتعويض يبدو في زيادة الثمن عن هذا الأساس.

**الثاني:** أن يحصل المقاول على تعويض يعادل الأضرار التي لحقت به، مثل النفقات التي يكون قد ارتبط بها قبل توجيه الأمر المصلحي الصادر إليه بالتعديل، كذلك الكسب الذي ينتظره<sup>3</sup>.

### ثانيا: تعويض المتعاقد في حالة التعديل غير المنصوص عليه في العقد

وفي مثل هذه الحالة، يستحق المتعاقد ثمن جديد عن تلك الأعمال، وهذا ما تنص عليه عادة دفاتر الاشتراطات، وهذا التحديد ليس مقصورا على حالة الأشغال المطلوبة وغير المنصوص عليها، بل يشمل كذلك تلك الإجراءات في حالة إعادة النظر المترتبة على التغيير في الأسعار<sup>4</sup>. ويتقرر السعر الجديد وفقا للإجراءات والأسس التي تحددها دفاتر الاشتراطات، حسب النظام الآتي :

1- تتم مناقشة الثمن بين المهندسين الفنيين وبين المقاول، فإذا ما اتفق الطرفان يعتمد هذا

الإتفاق من طرف الإدارة.

---

<sup>1</sup> - والتي تنص على ما يلي: "عندما يرتئي المقاول بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعللة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل عشرة أيام...".

<sup>2</sup> - Voir :

-C.E, 18 mai 1925, courbet.

-C.E27 juin 1932, léonard.

أشار لهما: علي الفحام، المرجع السابق، ص.459.

<sup>3</sup> - Voir : C.E21 décembre 1937, jeandet ; cité par :

المرجع نفسه، ص.459.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص.460.

2- يحدد الثمن الجديد كما تقضي بذاك دفاتر الشروط، طبقاً لأسعار السوق، أو بمقارنتها بالأشغال المماثلة لها؛ وفي حالة عدم إمكان المقارنة يؤخذ بالسعر الجاري<sup>1</sup>.

### ثالثاً: تعويض المتعاقد في حالة تغيير طبيعة الأعمال

في التعديلات التي تفرض على المفاوض، ويكون من نتائجها تغيير في طبيعة الأعمال، يكون للتعويض نظام خاص، حيث يعرض المفاوض طبقاً لطبيعة الأعمال التي ورد عليها التعديل؛ فإذا ما كانت التعديلات تقلل من حجم الأشغال التي قد تكون أعباؤها المالية في صالحه، وتزيد في ذات الوقت من الأشغال التي قد تكون اقتصادياً في غير مصلحته، يكون من العدل أن يعرض، خاصة إذا ما بلغت قيمة الضرر درجة معينة. ومثل هذا التعويض أصبح اليوم منصوصاً عليه في دفاتر الشروط؛ وكذلك في حالة الإنقاص، ولكي يباشر المتعاقد حقه في التعويض، لا بد أن يكون قد أصابه علاوة على التخفيض، ضرر<sup>2</sup>.

### رابعاً: تعويض المتعاقد في حالة سوء استعمال سلطة التعديل الإفرادي<sup>3</sup>

إذا كان تعديل العقد الإداري من السلطات الممنوحة للإدارة، فإن استعمالها لتلك السلطات لا يجوز أن يكون طليفاً من كل قيد، حيث يؤدي ذلك إلى مجموعة من الأضرار غير المبررة، لذلك فإن هذا الاستعمال غير المشروع يشكل خطأ عقدياً يترتب عليه التعويض، حيث تخضع هذه السلطة لمجموعة من الضوابط تتمثل فيما يلي:

- عدم استهداف الإدارة بالتعديل تحقيق المصلحة العامة.

- عدم توافر مبررات التعديل.

- عدم اتصال التعديل بموضوع العقد.

- تجاوز التعديل نطاق المشروعية.

- تجاوز التعديل للنسب المحددة قانوناً.

ويقدم المتعاقد طلباته في نهاية الأمر، بخصوص الحصول على تعويض، حسب المواعيد التي تحدد

لمثل هذا النوع من الطلبات (وهي 10 أيام في د.ش.إ.ع)<sup>4</sup>، ولا يسمح له ذلك بتوقيف تنفيذ الأمر، بل إن يبقى ملزماً بالخضوع له إلى حين الفصل فيه.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 459.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 461.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 114.

<sup>4</sup> - حسب م 7/12 منه.

هذا؛ وإن حق المتعاقد في التعويض العادل عن الأضرار التي لحقت به نتيجة التعديل  
الإنفرادي، لا يكون إلا في حالة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الإنفرادي، أما التعديل الإتفاقي  
الذي يتم وفق آلية الملحق، فلا يترتب لأي منهما الحق في التعويض، إلا بقدر ما ورد في اتفاقهما  
المشترك<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد

على الرغم من أن العقد الإداري يجعل للإدارة مركزا فريدا ومتميزا، مرده مسؤوليتها عن  
تنظيم وسير المرفق العام، إلا أن عقد يجب أن تحترم فيه الإدارة العامة ما اتفقت عليه مع المتعاقد  
معها، ولا تتجاوزه إلا للضرورة، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان انحرافا بالسلطة العامة، كان  
للمتعاقد معها أن يلجأ للقاضي مطالبا بفسخ العقد الإداري كجزء لتجاوز سلطاتها<sup>2</sup>؛ وبما أن التعديل  
الإنفرادي يعتب من أهم وأخطر هذه السلطات، فقد تم تقنينه بضوابط وشروط تحد منه، وتخفف  
من حدته، بل وتشكل ضمانات للمتعاقد في مواجهته، بحيث يحق له المطالبة بفسخ العقد إذا ما  
ثبت خروج الإدارة عن هذه الحدود، أو إذا أدى تنفيذه لقرار التعديل إلى تحمل التزامات جديدة  
تؤدي لإرهاقه بصورة كبيرة؛ فالمتعاقد أبرم العقد وفي حسابه أوضاع معينة ومحددة، فلا يجوز  
بالتالي للإدارة تحميله ما يتجاوز تلك المعطيات، وذلك تحت طائلة الفسخ، إذا ما توافرت حالات  
معينة (أولا)، مما ينتج عنه آثار قانونية هامة (الفرع الثاني).

### أولا: حالات الفسخ

يحكم القاضي بالفسخ في الحالات الآتية:

#### 1 - تجاوز الحد الأقصى المقرر للتعديلات

يحدث في بعض الأحيان أن تنص بعض العقود أو النصوص القانونية على نسبة مئوية  
معينة، بالنسبة لحجم الأداءات التي يمكن أن تطلب من المتعاقد مع الإدارة بعد إبرام العقد،

<sup>1</sup> - عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 229.

<sup>2</sup> - أنظر: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2004، ص. 362.

بالزيادة أو النقص، باعتبارها نسبة تمثل الحد الأقصى للتعديلات المفروضة، ولكن فيما زاد عنها يكون للمتعاقد الحق في طلب فسخ عقده<sup>1</sup>؛ ومثال ذلك ما نصت عليه المواد 30،31 من د.ش.إ.ع، مع العلم أن المشرع من خلال هذه المواد خول للمتعاقد المطالبة بالفسخ، في حالة تجاوز النسب المحددة، لكن دون التعويض.

## 2 - فرض أعباء جديدة على المتعاقد ترهقه وتتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية

فإذا فرضت الإدارة على المتعاقد معها التزامات جديدة، تفوق إمكانياته الفنية أو المالية، وما كان له ليقبل بها لو علم بها أول مرة، فيحق له المطالبة بفسخ العقد أمام القضاء الإداري<sup>2</sup>. إلا أنه وإذا تجاوز التعديل الذي تأمر به الإدارة من حيث أهميته أو طبيعته، الإمكانيات المالية أو الكفاءات الفنية للمتعاقد، فلا شك أن الحل الأمثل الذي يحقق نوعاً من التوفيق - بين المصالح المشروعة للمتعاقد وتحقيق أهداف سير المرفق العام - يكمن في الحق المعترف به للمتعاقد في طلب إلغاء تلك التعديلات الجديدة مع احتفاظه بعقده؛ إلا أن التعويض المالي فقط - في هذه الحالة - قد لا يكون كافياً لحماية مصالح المتعاقد، عندما يتجاوز التعديل إمكانيته الاقتصادية أو الفنية، مما يدفعه للمطالبة بفسخ العقد<sup>3</sup>.

## 3 - إذا أدى التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد

يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد، إذا وصل التعديل لقلب اقتصاديات العقد، كما له في التعويض إذا ما توافرت عناصره.

ويُجري الأستاذ PEQUINOT تفرقة قضائية في شأن التعديلات التي تمس موضوع أو جوهر العقد، فيما يتعلق منها بانقلاب العقد وهو يجري في هذا الشأن، تقسيماً بين التعديلات غير المباشرة والتعديلات المباشرة؛ بحيث لا يسمح القضاء الإداري، في حالات التعديل غير المباشر، للمتعاقد بأن يطلب فسخ عقده؛ في حين - في حالة التعديلات المباشرة - لا يستلزم القضاء درجة عمق معينة في انقلاب العقد حتى يحكم بالفسخ، كما هو في حالة التعديل غير المباشر.

<sup>1</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص.294.

<sup>2</sup> - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص.865.

<sup>3</sup> - Sarouat BADAOU, OP CIT, p.125.

وإذا ما توافرت إحدى حالات الفسخ<sup>1</sup>، فإن القضاء لا يحكم به إلا بتوفر بعض الشروط؛ كما أن للقاضي الحرية في تقدير الظروف التي بمقتضاها يمكن له أن يقضي فيها بفسخ العقد، على أنه سيرا في ذات الوقت، أهمية التعديل بالنسبة لتوقعات الأطراف وكذلك الإمكانيات الاقتصادية والفنية للمتعاقد مع الإدارة.

وهناك مجموعة من الإجراءات التي يجب إتباعها للمطالبة بالفسخ؛ فإذا تجاوزت الإدارة سلطتها في التعديل، يحق للمتعاقد طلب فسخ عقده، كتابة في أجل شهرين ابتداء من صدور الأمر<sup>2</sup>.

وهذه المدة مقرر لمصلحة المتعاقد، إذ تسمح له باتخاذ قراره بشأن العقد، فيمكن إذا شاء أن ينسحب في الوقت الذي يراه أكثر ملائمة له، وبذلك ينبغي على المهندس المختص أن يعلنه بالزيادة أو الخفض في الأشغال التي يطالبها، خاصة عند تجاوز النسب المقررة، وذلك عن طريق الأمر المصلي - حسب الأوضاع والمواعيد المقررة قانونا - بمجرد أن تطرأ الظروف التي من شأنها طلب التعديل.

فإذا ما انقضت مدة الشهرين دون أن يطلب المقاول فسخ العقد، اعتبر هذا تنازلا منه عن حقه في المطالبة بالفسخ، ويصبح ملزم بالتنفيذ الكامل لما طلب منه<sup>3</sup>.

### ثانيا: آثار الفسخ

يرضى المتعاقد بكل حرية على المساهمة في سير المرفق العام، ويقبل على التعاقد مع الإدارة، إلا أنه ليس مجبرا على الاستجابة لحاجات المرفق إلى ما لا نهاية؛ ومن ثم يسمح له بالتخلص من النتائج الضارة من فعل الإدارة الصادر بالتعديل، والذي تجاوز إمكانياته من خلال المطالبة بالفسخ.

على أن الروابط التعاقدية، بين الإدارة والمتعاقد معها، تظل قائمة طالما لم يتم الفسخ؛ وإذا كان الفسخ بناء على رغبة المتعاقد حتى يتخلص من التزامات تفوق إمكانياته، فهذا لا يجعله السبب في إنهاء العقد، بل على الرغم من أن الفسخ تم بناء على طلبه، إلا أن الواقع أن الإدارة - بسبب تدخلها بالتعديلات الجذرية الصادرة عنها - جعلت من ظروف تنفيذ العقد عبئا لا يمكنه أن

<sup>1</sup> - للمزيد من التفاصيل؛ أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص 298.

<sup>2</sup> - م 30 من د.ش.إ.ع.

<sup>3</sup> - علي الفحام، المرجع السابق، ص 457.

يتحمّله، وعلى ذلك يعتبر فعل الإدارة هو السبب المباشر الذي دفع المتعاقد إلى طلب الفسخ؛ لهذا يجب أن يمنح في هذه الحالة تعويضا كاملا، كما أن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد كل منهما الآخر ما تسلمه، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض<sup>1</sup>، وإن آثار الفسخ، تعود بأثر رجعي إلى يوم رفع الدعوى<sup>2</sup>.

واعتبارا لكون أنّ الفسخ في إطار الصفقات العمومية يمثل الإجراء الأشد صرامة على أطراف الصفقة لما له من تأثير على مراكزهم الاقتصادية وعلى مصالحهم، فإنه يجوز للمتعاقد المتضرر من هذا القرار واعتبارا لخطأ الإدارة، أن يطالب بالتعويض عن الضرر الحاصل له جراء هذا الخطأ<sup>3</sup>؛ واعتبارا لكون أنّ العقد شريعة الطرفين فإنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على جميع العناصر المكونة للتعويض، لا سيما شروطه و طرقه شريطة أن لا يكون لها مساس بالنظام العام<sup>4</sup>، وفي حالة غياب أي نص على التعويض ضمن بنود العقد أو دفاتر الشروط الإدارية الخاصة، فإنّ القاضي الإداري يتمتع في هذه الحالة بسلطة واسعة تمكنه من إقرار التعويض لفائدة المتضرر من قرار الفسخ.

وإنّ التعويض عن الضرر الناتج عن فسخ عقد العقد يشمل عادة جملة الخسائر والأضرار التي لحقت بالمتضرر، فجبر الضرر عادة ما يكون من خلال التعويض عن الجزء من الخدمات التي لم تتجز أي دفع قيمة الخدمات التي من المفترض إنجازها في ظل تواصل العقد، بالإضافة إلى التعويض عمّا فات صاحب الصفقة من الربح جراء عدم إتمامه لإنجاز موضوع الصفقة.

---

<sup>1</sup>- علي الفحام، المرجع السابق، ص.302.

<sup>2</sup>- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.745.

<sup>3</sup>- Gvibal M, Mémento des marchés publics, 2<sup>ème</sup> Ed, le moniteur, Paris 1998, p. 241.

<sup>4</sup>- Sarouat BADAOU, OP CIT, p.133.

## خاتمة

هكذا تنتهي هذه الدراسة، التي تم تكريسها لموضوع " سلطة الإدارة في التعديل الإداري للعقد الإداري"؛ من خلال البحث عن مدى وجود هذه السلطة بالتطرق لأهم الآراء الفقهية التي قيلت فيها، وتبيان الرأي الراجح المؤيد بالاجتهاد القضائي والمكرس بالنص التشريعي، ليتم التصدي فيما بعد لاستظهار الأساس القانوني الذي تقوم عليه والشروط المتطلبة لاستعمالها؛ وحتى يتضح مفهوم هذه السلطة بشكل جلي، ولكي يُضبط إطارها القانوني بشكل أدق، تم إبراز مجالات أعمالها وحدود استعمالها، مقارنة بنماذج عملية لتطبيق هذه السلطة في أشهر العقود الإدارية. وإن ما يمكن الجزم به، بعد هذه الدراسة، أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها تشكل اليوم نظرية قائمة بذاتها، تستمد أصولها العامة في فرنسا من الاجتهادات التي تواتر عليها القضاء الإداري، أما في الجزائر فقد نص المشرع صراحة على حق الإدارة في تعديل عقودها انفراديا، ضمن بعض النصوص المتفرقة، وكرسه القضاء الإداري في بعض أحكامه، لتتوالى العقود الإدارية ودفاتر الشروط الخاصة بالنص عليه، لتصبح هذه السلطة في منأى عن أدنى شك وفوق كل مناقشة؛ كما يمكن القول أن أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر تمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادته المنفردة والزام الطرف الآخر بهذا التعديل، إلا أن العقد الإداري وخلاف القواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن جهة الإدارة تعديله بإرادتها المنفردة.

حيث أن الطبيعة الخاصة للعقد الإداري وعدم مساواة المتعاقدين فيه، تقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ومن مستلزمات ذلك أن لا تنقيد الإدارة بقاعدة العقد سريعة المتعاقدين، وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها، وتعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميّز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، إذ أن سلطة التعديل من أبرز الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، تمارسها الإدارة دون حاجة للنص عليها، كونها مستمدة من مبادئ السير الحسن للمرفق العام، وتشمل هذه السلطة كل أنواع العقود الإدارية - كأصل عام- إلا أنها لا تمتد لكل بنود العقد.

وبعد هذه الدراسة-التي تترك المجال للبحث والنقاش- لسلطة التعديل الإفرادى للعقد

الإدارى، تم التوصل إلى بعض النتائج والملاحظات كالتالى:

أولاً؛ من خلال التطرق للأقوال الفقهية والاجتهادات القضائية التي تناولت هذه السلطة، وبعد

عرض مختلف النصوص المنظمة لها، تبدوا بجلاء النتائج الآتية:

1 - يذهب الرأى الراجح فى الفقه والقضاء إلى الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل العقد

الإدارى انفرادياً، مستمدين إياها من احتياجات المرفق العام، وضرورة دوام سيره بانتظام واطراد.

2 - سلطة الإدارة فى التعديل الإفرادى ليست مطلقة، بل هى محددة بشروط، وضوابط

لا بد من احترامها.

3 - سلطة الإدارة فى التعديل الإفرادى تتسم ببعض الخطورة، كونها تؤدي لتغيير

التزامات المتعاقد، من جهة، وتهاجم الفكرة التعاقدية القائمة على مبدأ ثبات العقود واستقرارها، من

جهة أخرى.

4 - إن الشروط المفروضة على هذه السلطة، والقيود التى تحد من نطاقها، بحيث لا

تستطيع المساس بالمقابل المالى للمتعاقد، يسمح بالقول أن ما يتمتع به العقد الإدارى من

خصائص ذاتية تميزه عن نظيره المدنى، لا يتعارض ولا ينفى تماماً قاعدة الرضاىة، التى تعد

أساس الرابطة التعاقدية فى العقد الإدارى، وبالتالي تقل خطورة هذه السلطة، خاصة بالنظر لشروط

إعمالها وضمانات المتعاقد فى مواجهتها.

ثانياً، وبعد التطرق لموقف التشريع الجزائرى من سلطة التعديل الإفرادى، ومقارنته ببعض

التشريعات الأجنبية، يمكن طرح الملاحظات التالية:

1 - رغم أن سلطة التعديل الإفرادى للعقد الإدارى تعتبر من المبادئ العامة للعقود

الإدارية، والتى تطبق دون وجود نص قانونى صريح يجيزها، لكن كان لا بد على المشرع الجزائرى

من النص عليها ضمن ق.ص.ع دون الاكتفاء بنص م 103 وما بعدها؛ كون هذه النصوص لم

تأتى صريحة بما يكفى للقول بتنظيم ق.ص.ع لهذه السلطة، بل إنها اكتفت بتأطير القواعد

المطبقة على آلية الملحق، والتى تختلف تمام الاختلاف عن سلطة التعديل الإفرادى، حيث نصت

م3/103 على ما يلى: "يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تُبرر الظروف ذلك، تمديد صفقة لأداء

خدمات أو اقتناء لوازم، بموجب ملحق، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدمة

العمومية، إذا قرر مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني ذلك،...؛" كما أن النص على هذه السلطة ضمن ق.ص.ع كفيلا بأن يسمح للمشرع الجزائري بتحديد شروطها وتبيان حدودها، مثل ما فعل نظرائه في فرنسا وبعض الدول العربية، على غرار مصر وسوريا.

2 - من بين النصوص الصريحة في الإقرار بسلطة التعديل الإفرادي وتنظيمها، نجد د.ش.إ.ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل؛ إلا أنه نص قانوني قديم نسبيا، كونه صادر منذ سنة 1964، وما زال ساري المفعول إلى يومنا هذا دون إلغائه ولا تعديله، مما يستوجب الحث على تحيين مثل هذا النص، وجعله مواكبا للتحويلات الإقتصادية والمالية والتشريعية التي تعرفها ساحة العقود الإدارية بالجزائر اليوم؛ إضافة إلى الإشارة إلى أنه يستند في إصداره على قوانين فرنسية محضة<sup>1</sup>، وبالتالي ليس له اليوم أساس قانوني يسري في ظله.

3 - كما يلاحظ التناقض الواضح بين بعض النصوص القانونية في مجال الإختصاص القضائي بمنازعات العقد الإداري، حيث أن م 2 من ق.ص.ع حينما سمحت بإبرام صفقات عمومية من طرف عدة أشخاص لم ترد في م 800 من ق.إ.م.إ، على غرار المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسة العمومية الإقتصادية، فإن ذلك قد يثير التساؤل حول وجود تعارض بين المادتين.

وما نخلص إليه في الأخير، أن تفوق الإدارة كطرف في العقد الإداري على متعاقدتها من حيث امتلاكها سلطة تعديله انفراديا، لا يعني انعدام المساواة بينهما، لأن المساواة في العقد الإداري تقوم على التوازن الدقيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، دون إفراط أو تفريط بينهما، مما يجعل المتعاقد معاوننا للإدارة collaborateur في تحقيق الصالح العام. وبالتالي فهو ملزم على الامتثال للتعديلات التي تدخلها على بنود العقد أثناء تنفيذه، كلما تطلب تحقيق النفع العام ذلك، كما أن الإدارة بالمقابل لا تملك تعديل العقد إلا في ظروف معينة وبشروط محددة، مما يجعل المساواة قائمة في العقد الإداري حتى في خضم استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، فضلا عن أن المتعاقد ليس مقيدا وخاضعا للتحكم المطلق للإدارة، بل إن له الحق في

<sup>1</sup> - فمن خلال تأشيراته VISAS، يتضح أنه صدر بموجب المرسوم 53-405، والمرسوم 57-24، والقرار المؤرخ في 12/02/1957، وهي نصوص فرنسية لا يصلح أن تكون أساس له، بعد إلغاء الأمر 62-157 الرامي إلى تمديد مفعول التشريع النافذ إلى غاية 31/12/1963 باستثناء مقتضياته المنقوية للسيادة الوطنية.

التعويض عن الأضرار التي تلحق به من جراء تدخل الإدارة أثناء تنفيذ العقد، واستعمالها لسلطة التعديل الإفرادي، وما يضيره من تعديل عقده طالما أن حقوقه المالية محفوظة بمقتضى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

# الملاحق

## الملحق الأول

نموذج لدفتر التعليمات الخاصة بصفقة.

## الملحق الثاني

التعليمة رقم 842/94.3، الصادرة عن وزارة

الداخلية والجماعات المحلية

و المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية

وتأجيرها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية سطيف  
مديرية البيئة

صفحة

مشروع مركز الردم التقني للنفايات  
لمدينة سطيف  
- إنجاز حفرة الردم-

عملية رقم 01.02.119.262.9.352

المصلحة المتعاقدة : مديرية البيئة لولاية سطيف

المتعامل المتعاقد : .....

دفتر التعليمات الخاصة

## المادة 01 : الطرفان المتعاقدان

إن الطرفين المتعاقدان هما :

السيد والي ولاية سطيف ممثلا بالسيدة : مفتشة البيئة لولاية سطيف

المصلحة المتعاقدة

من جهة

و

السيد: .....

المتعامل المتعاقد

من جهة أخرى

لقد تم الاتفاق على ما يلي:

## المادة 02 : موضوع الصفقة

تهدف هذه الصفقة إلى تحديد شروط إنجاز حصة حفرة الردم بمركز الردم التقني للنفايات لمدينة سطيف.

المتواجد بسيدي حيدر على بعد حوالي 07 كلم من حدود مدينة سطيف من الناحية الشمالية الشرقية.

## المادة 03 : طريقة الإبرام.

تم إبرام الصفقة عن طريق مناقصة وطنية محدودة – طبقا لأحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

## المادة 04 : المحتوى المادي و أنواع الأشغال.

هذه الصفقة خاصة بإنجاز مركز الردم التقني للنفايات الحضرية الصلبة بالمكان السالف الذكر حصة حفرة الردم و تحتوي على الأشغال التالية:

- أشغال الحفر و تهيئة أرضية ( Travaux de terrassement )
- أنجاز المنحدرات Réalisation des digues
- تكتيم و عزل الحفرة Etancheification
- صرف سائل التخمر Drainage des lixiviats
- صرف الغازات البيولوجية Dégazage

بما في ذلك وضع اللوازم الضرورية لذلك حسب المخططات.

## المادة 05 : مبلغ الصفقة

يقدر مبلغ الصفقة مع كل الرسوم و يكتب

بالأحرف .....  
و الأرقام .....  
و قد تم حساب هذا المبلغ بضرب كل مادة من مواد الكشف الكمي بسعر الوحدة مقابل لها في جدول أسعار الوحدات.

### **المادة 06 : الوثائق التعاقدية**

#### **أ - الوثائق التعاقدية المكونة للصفقة هي على التوالي :**

- رسالة التعهد.
- التصريح بالاكتتاب.
- دفتر التعليمات الخاصة.
- دفتر الكشف الوصفي.
- جدول أسعار الوحدة.
- الكشف الكمي و التقديري.
- رزنامة تنفيذ الأشغال.

#### **ب - الوثائق الإدارية :**

- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال و المصادق عليها بمقرر 1964/11/21 للسيد وزير الأشغال العمومية و البناء.
- دفتر الترتيبات المشتركة الذي يحدد التدابير التقنية المطبقة على كل الصفقات التي تكون مواضيعها من قبل الأشغال و التجهيزات و الخدمات المصادق عليه بمقرر للوزارة المعنية .
- المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/03/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
- إن الوثائق المذكورة في الفقرة " ب " ليست مرفقة ماديا بملف الصفقة و لكن المتعامل المتعاقد قد صرح بأنه على علم بها و يلتزم بتطبيق نصوصها.

### **المادة 07 : توطين المتعامل المتعاقد**

طبقا لأحكام المادة 10 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإن المتعامل المتعاقد ملتزم باختيار مقر له و إخبار الإدارة المعنية بذلك لتمكين هذا الأخير من المتعامل المتعاقد بمختلف المرسلات القانونية و غيرها. و قد اختار المعني المقر الكائن ب : .....الولاية.....مقرا له

### **المادة 08 : نمط تقييم المنشآت**

تسوى ماليا حسب الأشغال المنجزة حقيقيا و المحققة بالكشف التناقضي من طرف المصلحة المتعاقدة و المستشار الفني.

- لا يمكن تعديل الأسعار باي عذر. خاصة بعذر التعريف أو عدم الوصف لبعض الأشغال أو تجهيزات إنجازها ضروري إتمام الأشغال المصممة وفق مبادئ الفن أو بعذر خطأ أو نسيان متعلق بالكميات المذكورة في البيان الكمي.

### **المادة 09 : تسجيل التمتير المتوقع**

قيود الأشغال المنجزة : للمتعامل المتعاقد الحق في إنجاز القيد للأشغال المنجزة كل شهر و تسوى هذه القيود تناقضيا ما بين المتعامل المتعاقد و المصلحة المتعاقدة عند نهاية الشهر.

## المادة 10 : الأشغال الإضافية و التكميلية

المتعامل المتعاقد لا يحق له الشروع في إنجاز الأشغال الإضافية الغير معرفة في هذه الصفقة، هذه الأشغال تطلب مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة التي تأمر بإنجازها بواسطة ملحق. و تقييم هاته الأشغال يتم على أساس جدول الأسعار المرافقة لهذه الصفقة إذا تعلق الأمر بالأشغال الإضافية، و في حالة الأشغال التكميلية الأسعار الجديدة تقترح من طرف المتعامل المتعاقد و يتم المصادقة عليها من طرف المصلحة المتعاقدة.

## المادة 11 : شروط التسديد

يتم تسديد الأشغال موضوع الصفقة المذكورة في الكشف الكمي عن طريق وضعيات أشغال شهرية تعد حسب تقدم الأشغال و يقدمها المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة التي تصادق عليها بعد مراجعتها و مصادقتها من طرف المستشار الفني المكلف بالمتابعة ثم يدفع مبلغها على الحساب البنكي

رقم :  
وكالة :  
باسم :

يتم إعداد وضعيات الأشغال و تقديمها في خمسة عشرة (15) نسخة. يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية. في أجل لا يمكن أن يتجاوز ثلاثين (30) يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة كما هو منصوص عليه في المادة 77 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- تعلم المصلحة المتعاقدة كتابيا المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع، يوم إصدار الحوالة.  
- يخول عدم صرف الدفعات على الحساب في الأجل المحدد أعلاه، للمتعامل المتعاقد و بدون أي إجراء، الحق

في استلام فوائد التأخير محسوبة على أساس نسبة الفائدة المطبقة على القروض القصيرة المدى، ابتداء

من

اليوم الذي يلي تاريخ نهاية هذا الأجل حتى اليوم الخامس عشر (15) مدرجا، الذي يلي تاريخ صرف الدفعات على الحساب.

- غير أنه، في حالة ما إذا تم صرف الدفعات على الحساب بعد أجل الخمسة عشر (15) يوما المحددة في الفقرة

السابقة، وإذا لم يتم صرف فوائد التأخير في نفس الوقت مع صرف الحساب، و لم يتم إعلام المتعامل المتعاقد

بتاريخ صرف الدفعات، يتم تسديد فوائد التأخير إلى حين تمكين المتعامل المتعاقد من المبالغ المستحقة.

- يترتب على عدم دفع كل الفوائد على التأخير أو جزء منها عند صرف الدفعات زيادة بنسبة 2 % من هذه الفوائد على كل شهر تأخير. التأخير الذي تحسب على أساسه هذه النسبة يقدر بشهر كامل محسوب يوم بيوم.

### المادة 12 : مدة الضمان

حددت مدة الضمان بسنة واحدة 01 اعتبارا من تاريخ الاستلام المؤقت بدون تحفظات و خلال هذه المدة يكون المتعامل المتعاقد ملزم بصيانة المشروع إلى غاية الإعلان عن استلامه النهائي.

### المادة 13 : الضرائب

إن الأسعار الأحادية المطلوب ذكرها في الجدول تتضمن كل المصاريف ماعدا الرسم على القيمة المضافة.

### المادة 14 : مدة الإنجاز

حددت مدة الإنجاز ب:.....بما فيها أيام الجمعة و الأعياد و هذا ابتداء من تاريخ الأمر بالخدمة الموجه من المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد. و خلال مدة 10 أيام من المصادقة على الصفقة، يجب على المتعامل المتعاقد أن يبلغ المستشار الفني و كذا المصلحة المتعاقدة بالجدول الزمني لتقديم الأشغال و جدول التسليم الجزئي للمشروع.

### \* تمديد الأجل.

ابتداء من لحظة تحديد رز نامة تنفيذ الأشغال لا توافق المصلحة المتعاقدة على أي تمديد للأجل إلا تلك المتعلقة عن سوء الأحوال الجوية و بعض المشاكل التقنية و بناء على رسالة مضمونة موجهة إلى المستشار الفني (مكتب الدراسات).

### المادة 15 : عقوبة التأخير

في حالة ما إذا لم تنته الأشغال في أجالها المحددة في المادة 14 أعلاه، يتعرض المتعامل المتعاقد إلى غرامة يومية بما فيها أيام الجمعة و الأعياد و محددة كما يلي:

$$G = \frac{M}{7 \times Md}$$

حيث :

G : الغرامة اليومية مقربة بالدينار.

M : المبلغ الإجمالي للصفقة

## مد : مدة الإنجاز التعاقدية.

تطبق هذه الغرامة ابتداء من اليوم المحدد في رز نامة الإنجاز المعتمدة سابقا كأخر أجل لانتهاه الأشغال. إن المبلغ الإجمالي لهذه الغرامات لا يتعدى حدود العشرة في المائة (10%) من مبلغ الصفقة و هذا مع الأخذ في الحسبان البنود و الشروط العامة. و إذا وصلت المبالغ الإجمالية للغرامات ذلك الحد فعليا فإن الصفقة تفسح تلقائيا و على عاتق المتعامل المتعاقد وحده. و فضلا على تلك الغرامات اليومية، فإذا كان التأخير في الإنجاز موضوع الصفقة قد يتسبب في أضرار بمصالح و أعمال المصلحة المتعاقدة، فإن المتعامل المتعاقد معرض أيضا إلى المطالبة بالتعويضات و الفوائد عن طريق المتابعة القضائية.

### المادة 16 : كفالة حسن التنفيذ

طبقا لأحكام المواد 84، 85 و 87 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة حسن التنفيذ قدرها 5% من مبلغ الصفقة.

يجب تأسيس كفالة حسن التنفيذ في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد. تتحول كفالة حسن التنفيذ عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان.

### المادة 17 : استرجاع كفالة حسن التنفيذ

يتم استرجاع كفالة الضمان بعد شهر من الاستلام النهائي للمشروع موضوع الصفقة و هذا طبقا للمادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

### المادة 18 : التأمين العشري

يتحمل المتعامل المتعاقد مسؤولية الأشغال موضوع العقد خلال عشرة سنوات مما يترتب عليه اكتتاب تأمين عشري لتغطية هذه المسؤولية. يغطي هذا التأمين أيضا الأضرار التي قد تطرأ على الأشغال المنجزة. يلزم بالاكتتاب حسب الإشكال و الشروط المحددة في التشريع الساري المفعول لا سيما المواد 554 إلى 557 من القانون المدني، يسري التأمين الإلزامي مدة الضمان بعد الاستلام النهائي للمشروع(راجع المواد 94 إلى 99 من القانون رقم 07-80 المؤرخ في 1980/08/09 و الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات).

### المادة 19 : الاستلام المؤقت و النهائي

أ - ترتيبات عامة : يتم الاستلام المؤقت للمشروع بمجرد استلام كل الأشغال بجميع مراحلها حسب

الصفقة.

ب - شكليات : يجب على المتعامل المتعاقد أن يطلب الاستلام المؤقت بواسطة رسالة مسجلة مع

إشعار بالوصل و هذا بمجرد إنهاء تلك الأشغال و على المصلحة المتعاقدة

تعلن في غضون عشرة (10) أيام عن تاريخ إجراء الاستلام المؤقت على

أن لا تتجاوز هذا التاريخ مدة عشرون (20) يوما ابتداء من تاريخ استلام الرسالة

## المسجلة المذكورة أنفا.

إذا لم تلتزم المصلحة المتعاقدة بهذه الأجل مع عدم إبداء رفضها للاستلام، فإن هذا الأخير (الاستلام المؤقت) يصبح حقا مكنتبا للمتعاقد بالرغم من عدم إجرائه فعليا. و عليه فإنه يتم إعداد محضر استلام الأشغال المؤقت من قبل المستشار الفني المنتبغ للمشروع و يتم إمضاؤه بعد ذلك من قبل المتعاقد المتعاقد.

**ج - الاستلام النهائي :** يتم الإعلان عن الاستلام النهائي بعد انتهاء مدة الضمان المحددة في هذه

الصفحة

شريطة أن يكون قد تم رفع التحفظات التي تكون قد أبديت خلال الاستلام

المؤقت

إن الاستلام النهائي يرسم نهاية تنفيذ الصفقة و يحزر الأطراف المتعاقدة من كل الالتزامات الواردة في الصفقة و كذا ملحقاتها باستثناء الحقوق التي قد

تترتب

على الأطراف إياها خارج الصفقة المذكورة و ملحقاتها.

## المادة 20 : الفسخ

يتم فسخ الصفقة الحالية قانونيا و بدون تعويضات من الجانبين و هذا ضمن الشروط الواردة في المادتين 31 و 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة. و يكون الفسخ مرفوقا بتعويضات إذا كانت الحالة مطابقة للمادة 32 و كذا المادتين 99 و 100 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

في حالة ارتفاع أو انخفاض الأشغال بنسبة تجاوزت 30% المحددة في الصفقة الحالية فإنه يمكن للمتعاقد المتعاقد الحصول على فسخ الصفقة و بدون تعويضات حسب الشروط السابقة تحديدها. يتم فسخ الصفقة على عاتق المتعاقد المتعاقد وحده إذا تسبب هذا الأخير في تأخر إنجاز الأشغال حسب ما نصت عليه المادة 15 من دفتر الشروط المالي.

## المادة 21 : المتعاقد الثانوي

طبقا للمادة 96 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يمكن اللجوء إلى المتعاقد الثانوي ضمن الشروط التالية :

- يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي للجوء إلى المتعاقد الثانوي.

- يجب أن يحظى كل متعاقد ثانوي بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما.

## المادة 22 : تسوية النزاعات

طبقا للمادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

تسوى النزاعات التي تطر عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة و دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث على حل و دي للنزعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

- \* إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- \* الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل تكلفة.
- \* التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

في حالة اتفاق الطرفين يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو والي الولاية حسب طبيعة النفقات المطلوب الإلتزام بها.

و يصبح هذا المقرر نافذا بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.

يمكن للمتعاقل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة و أمام اللجنة الوطنية للصفقات التي تصدر مقررا في هذا الشأن، خلال ثلاثين (30) يوما اعتبار من تاريخ إيداع الطعن و ذلك قبل رفع أي دعوى قضائية.

يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم رقم 314-91 المؤرخ في 1991/09/07 المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين.

## **المادة 23 : طابع التسجيل**

إن هذه الصفقة معفاة من حقوق طابع التسجيل.

## **المادة 24 : مراجعة الأسعار**

إن أسعار هذه الصفقة غير قابلة للمراجعة و لا للتحيين.

## **المادة 25: الرهن**

طبقا للمادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإن الصفقة قابلة للرهن

\* يعين بصفة المكلف بتقديم المعلومات السيد والي ولاية سطيف ممثل بالسيدة مفتشة البيئة لولاية سطيف.

\* يعين بصفة المحاسب المكلف بالدفع : السيد أمين الخزينة لولاية سطيف.

## **المادة 26 : صلاحية الصفقة**

إن هذه الصفقة لا تصبح سارية المفعول و نهائية إلا بعد المصادقة عليها من قبل السيد والي ولاية سطيف ممثلاً بالسيدة مفتشة البيئة لولاية سطيف.

### **المادة 27 : بنك محل الوفاء**

تؤدي الإدارة بنفسها ما عليها من مستحقات تنفيذاً للصفقة و هذا بتزويد الحساب البنكي

رقم : .....

بالبنك : .....

وكالة : .....

باسم : .....

### **المادة 28 : مواعيد الورشة**

يلتزم المتعامل المتعاقد صراحة بالحضور في مواعيد الورشة المحددة سابقاً من قبل المستشار الفني بصفة شخصية أو بنيابة موكلين معينين من قبل المتعامل المتعاقد و معتمدين من قبل المصلحة المتعاقدة.

### **المادة 29 : فتح حساب تناسبي**

كل المتعاملين المتعاقدين ملزمين بفتح حساب تناسبي لتحضير مستلزمات المادة 18، الفقرة 03 من دفتر الشروط الإدارية العامة.

### **المادة 31 : التوقف المطلق أو التوقف في الأشغال.**

تمارس حسب المادة 34 من دفتر الشروط الإدارية العامة (C.C.A.G) طلب التعويضات المحتملة الناتجة تبرز لكل صنف (المستخدمون، التجهيزات، التركيبات و المواد المبرر المفصل التعويضات المطلوب)

### **المادة 32 : اعتماد مسؤولية الورشة**

يجب أن يكون مسؤول الأشغال التابعة للمقاول معترفاً به و معتمد لدى الإدارة و تتوفر فيه المواصفات الخاصة الشاهدة على انه قد أنجز بنجاح و امتياز أشغال ذات أهمية تعادل أو في مستوى أهمية أشغال الصفقة

### **المادة 33 : آجال ترحيل الورشة**

في أجل يقدر بثلاثة (03) أشهر ابتداء من الاستلام المؤقت للمنشآت، على المتعامل المتعاقد هدم كل المنشآت المؤقتة و غير المقبولة و نزع كل المواد غير المستعملة و مختلف النفايات.

و في نفس الأجل يطوى المتعامل المتعاقد تجهيزاته و مركباته التابعة للورشه و تهيئة المساحات المناسبة.  
يمكن تمديد هذه الأجل بمدة مساوية للأوقات الضائعة التي خصصت لأشغال الترميم.

### المادة 34: إجراءات عامة متعلقة بتنفيذ الأشغال

**1 - الأمر بالخدمة :** يجب على المتعامل المتعاقد الامتثال لأوامر الخدمة التي تحررها المصلحة المتعاقدة كما يجب عليه أيضا الامتثال للتعديلات و التغييرات التي قد تطلب منه أثناء مدة الأشغال.

**2- جدول الأشغال المنجزة ميدانيا :** إن المتعامل المتعاقد ملزم بإنجاز جدول مقارنة لكل الأشغال المنجزة ميدانيا بحضور المستشار الفني، تمنح للمتعامل المتعاقد مهلة عشرة (10) أيام للتوقيع على الجدولة و إلا يسقط حقه في الاعتراض عليها كليا أو جزئيا.

### المادة 35 : القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة في تنفيذ الصفقة الحالية كل فعل أو حدث طارئ غير قابل للمقاومة أو التذليل و خارج عن إرادة الطرفين. فإذا تعذر على المتعامل المتعاقد تنفيذ كل أو بعض بنود الصفقة بسبب حالة من الحالات، فإنه يعفى من التزاماته شريطة أن يشعر كتابيا المصلحة المتعاقدة والمستشار الفني في غضون عشرة (10) أيام من يوم وقوع الفعل أو الحادث.

### المادة 36 : النصوص التنظيمية المطبقة

إضافة إلى التنظيمات السارية في تاريخ المصادقة على الصفقة و خلال مدة التنفيذ ، يطبق على هذه الصفقة جميع النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية و خاصة:

- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11/09/2003 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- دفتر الشروط الإدارية العامة (C.C.A.G) المطبق على صفقات الأشغال و المصادق عليه بتاريخ 21/11/1964 من طرف وزير إعادة البناء و الأشغال العمومية و النقل.
- مقرر وزارة التجارة بتاريخ 22/01/1983.
- إضافة إلى ما سبق فإن كل بند مدرج في الصفقة أو في النصوص التي يستند إليها و الذي يكون مخالفا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24/08/2002 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11/09/2003 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يعتبر لاغيا.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الداخلية والجماعات المحلية

والتربية والإصلاح الإداري

السوية العامة للحريات العامة

والشؤون القانونية

مديرية التسيير العام والمنازعات

المديرية الفرعية للمنازعات

842/3.94

إلى  
المسادة الولاية  
بالإتصال مع السادة  
رؤساء الدوائر  
رؤساء المجالس الشعبية  
رؤساء المندوبيات التنفيذية

الموضوع : إمتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

إن تحقيق الأهداف المنشودة خاصة فيما يتعلق بتحسين سير إدارة المرافق العامة يتطلب إلى جانب الإدارة المركزية وجود إدارة محلية فعالة وعالية الأداء، تعمل على السعي دوما إلى إشباع الحاجات العامة لسكان الإقليم بانتظام واضطراد والعمل على كل ما من شأنه تحقيق سعادتهم ليا كانت طبيعة النشاط المحقق لهذه السعادة من تقديم خدمة إلى إنتاج سلعة مع الاحترام الصارم لقواعد المساواة والإتصاف والعدل في توزيع هذه الخدمات.

وعلى هذا الأساس وطبقا لتعليمات السيد رئيس الحكومة فإنه يجب أن نأخذ في الحسبان سرعة تكيفها مع الإصلاحات الجارية، واكتسابها لميكانيزمات جديدة تمكنها من تقديم خدمات ذات نوعية عالية، وذلك عن طريق مساهمتها الفعالة في إرد الاعتبار للمرفق العام الذي يسمح لا محالة باستعادة مصداقية الدولة، واسترجاع فعاليتها واتسجامها.

بالفعل فإن التجربة التي مر بها تسيير المرافق العامة المحلية تبرز بوضوح عجز هذه الأخيرة عن تدقيق الأهداف المنشودة وضمان ديمومة الخدمات ونوعيتها، ومسبب ذلك يعود إلى عجز الجماعات المحلية عن توليها تسيير المرافق العامة مباشرة وذلك لقلّة الكفاءات ونقص الموارد البشرية والمالية الضرورية.

وعليه فقد بات من الضروري إعادة النظر في سياسة إدارة المرافق العامة المحلية والتوجه نحو إيجاد أوجه الطرق لتسييرها بهدف ترشيد الخدمات العامة وتمتعها حتى تكون بمثابة انطلاقه جديدة تثبت مصداقية الدولة واكتساب ثقة المواطن والقضاء على الممارسات السلبية وقطع الصلة بالمعادن القديمة المبنية أساسا على تدخل الدولة في جميع النشاطات والميادين وفرض أنماط موحدة من التنظيم على جميع المرافق العامة المحلية.

بالتالي فإن إسناد تسيير بعض المرافق العامة المحلية إلى المتعاملين الخواص يمكن أن يؤدي إلى تحقيق جملة من النتائج المرضية يمكن حصرها في النقاط التالية:

(1) تمكين الجماعات المحلية من القضاء على عمليات الاستنزاف العالية الذي أنقل كاملها، وتخلصها من القيود التي كبلتها.

(2) الحد من توقع الجماعات المحلية في حين مهام التسيير من يوم إلى يوم والتدخل في بعض الأحيان في مجالات ليست من صلاحيتها لا سيما على مستوى المؤسسات الاقتصادية والذي كان يتم على حساب التلخيص والتحليل والدراسات التقنية والاجتماعية، اللازمة لإعداد برامج وسياسات تعرض عن الحكومة.

(3) تمكن الجماعات المحلية من القدرة على أداء مهماتها في إطار الإستراتيجيات السياسية والاقتصادية البعيدة المدى التي تضمن الاستقرار والديمومة للهيكل المكلفة بتنفيذ هذه الإستراتيجيات الكبرى.

(4) الحد من مسؤولية الجماعات المحلية، والتي تتركب في ذمتها من جراء احتكارها لكل النشاطات المختلفة الصناعية والتجارية والثقافية.

(5) الحد من المنازعات والقضايا التي ترفع أمام العدالة ضد الدولة والجماعات المحلية نتيجة تدخلها في جميع الميادين وعلى جميع المستويات.

للاوصول إلى تحقيق هذه الأهداف فإنه بإمكان الجماعات المحلية اللجوء إلى أساليب مغايرة لتلك المعتمدة إلى حد الآن في تسيير مرافقها العمومية، تكون أكثر فعالية، كأسلوب امتياز المرافق العامة أو تأجيرها وذلك حسب ما تنص عليه المواد 133 و 138 من القانون رقم 08/90 المؤرخ في 7 أفريل 90 المتعلق بالبلدية.

### أولا : امتياز المرافق العامة :

طبقا لما نصت عليه كل من المادة 138 من القانون المتعلق بالبلدية والمادة 130 من قانون الولاية فإنه بإمكان الجماعات المحلية أن تعهد بتسيير مرافقها العامة إلى المتعاملين الخواص سواء أكانوا أفراد أو شركات عن طريق الامتياز إذا عجزت عن تسييرها عن طريق الاستغلال المباشر أو بواسطة مؤسسات عمومية محلية (بلدية وولائية).

بالفعل فقد نصت المادة 138 من القانون رقم 08/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتعلق بالبلدية على أنه :

"إذا لم يكن استغلال المصالح العمومية البلدية استغلالا مباشرا دون أن ينجم على ذلك ضرر جاز للبلديات منح هذا الامتياز.

يصادق الوالي على الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة لنماذج الاتفاقيات المعمولة حسب قواعد الإجراءات السارية المفعول".

كما نصت المادة 130 من القانون رقم 90 - 09 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتعلق بالولاية على أنه: " إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولاية في شكل استغلال مباشر أو مؤسسات يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن يرخص باستغلالها عن طريق الامتياز .  
يصادق على العقود المبرمة في هذا الصدد بموجب قرار من الوالي وينبغي أن تكون مطابقة لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها".

وهكذا فإن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة (فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن ، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز " الملتمزم " على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته ، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق.

فبموجب هذا العقد يتعهد أحد الأفراد أو الشركات الخاصة على نفقته وتحت مسؤولياته المالية بتكليف من الإدارة (الدولة ، الولاية ، البلدية) طبقا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل السماح له باستغلال المشروع وحصوله على الأرباح التي يدرها لمدة من الزمن تحدد في العقد بحيث يعود المشروع في نهاية المدة إلى الإدارة.

ويختلف أسلوب امتياز المرافق العامة عن كل من أسلوب الاستغلال المباشر أو بواسطة المؤسسات العمومية في أن الإدارة لا تتولى بنفسها استغلال المرفق العام ، بل تتجلى عن إدارته إلى

المتعاملين الخواص من أفراد أو مؤسسات كما أنها لا تقدم الأموال اللازمة لإنجاز المشروع بل يتحملها الملتزم وأن المشرفين على المشروع ليسوا موظفين عموميين وإنما عمال وأجزاء يخضعون في علاقاتهم مع الملتزم إلى أحكام القانون الخاص. وأخيرا فإن المرفق العام في هذه الحالة لا يقدم خدماته بالمجان بل لا بد أن يؤدي المنتفعون عوضا مقابل ما يتحملة الملتزم من نفقات مخصصة لإنشاء وإدارة المرفق.

طبيعة ومضمون عقد الإمتياز.

(1) طبيعة عقد الإمتياز :

يتميز عقد الإمتياز بكونه يحتوي على نوعين من الشروط :

(أ) شروط تعاقدية : تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهي شروط لا تهم المنتفعين مباشرة كتلك المتعلقة بالأعباء المالية المتبادلة بين الجهة الإدارية مانحة الإمتياز من جهة وبين الملتزم من جهة أخرى ومدة الإمتياز...

(ب) شروط تنظيمية : وهي الشروط التي تملك الجهة الإدارية من تعديلها في أي وقت ، وكلما دعت حاجة المرفق العام موضوع الإمتياز إلى ذلك كتلك التي لا تقتصر آثارها على العلاقة بين الإدارة والملتزم بل تمتد آثارها إلى المنتفعين ، كالشروط الخاصة بتنظيم الأشغال ومسيرها وتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها ، وبيان كيفية إدارة الخدمة للمنتفعين وشروطها والإجراءات الكفيلة بسلامته وهي ليست عقد بالرغم من أنها تقدم باتفاق الطرفين.

ومرد ذلك أن إمتياز المرافق العام لا يعتبر تنازل من قبل الجهة المختصة بل تظل هذه الأخيرة ضامنة له ومسؤولة عن إدارته واستقلاله تجاه الجمهور ومن القيام بهذا الواجب ، تتدخل في شؤون المرفق كلما دعت المصلحة لذلك.

أما بالنسبة للوثائق التي تحدد شروط الإمتياز فإنها تشكل مجموعة متكاملة تتكون من :  
عقد الإمتياز : وهو عبارة عن إتفاق يبرم بين الجهة الإدارية مانحة الإمتياز والملتزم طبقا لما ينص عليه دفتر الشروط.

- دفتر الشروط : وهو يشكل المنبع الأساسي لشروط إمتياز مرفق عام محدد بذاته وهو يتضمن دائما شروط تعاقدية وأخرى تنظيمية كما أسلفنا ويخضع للتصديق المسبق دائما ، وتقوم بإعداده الجهة الإدارية مانحة الإمتياز قبل إجراء العملية ، ويستوجب على الملتزم احترام الشروط الواردة في هذه الوثيقة.

مضمون عقد الإمتياز :

طبقا لأحكام المادة 132 من القانون المنطبق بالبلدية فإن عقد إمتياز المرافق العامة المحلية

التابعة للبلدية يمكن أن يتعلّق بالمرافق التالية:

-مرفق المياه الصالحة للشرب والتّظيف والمياه القذرة.

-القمامات المنزلية وغيرها من الفضلات.

-الأسواق المغطاة ، الأسواق والأوزان والمكاييل.

-التوقف مقابل دفع رسم.

-النقل العمومي.

-المقابر والمصالح الجنائزية.

-الطرق البلدية.

أما بالنسبة للمرافق العامة للولاية ، فإن الامتياز يمكن أن ينص على المرافق التالية :

-الطرق والشبكات المختلفة

-مساعدة الأشخاص المسنين والمعوقين ورعايتهم.

-النقل العمومي داخل الولاية.

-حفظ الصحة ومراقبة النوعية.

وذلك طبقاً لأحكام المادة 119 المتعلق بالولاية من القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة التقديرية ترجع للجماعات المحلية ، في تقدير أهمية المرافق العامة الواجب إثساؤها وطرق تسييرها مع مراعاة المصلحة العامة وتلبية الاحتياجات الضرورية للمواطنين.

## (2) إجراءات منح امتياز المرافق العامة

ليس هناك نص خاص ينظم كيفية منح امتياز المرافق العامة المحلية وتحديد الشروط المعتمد عليها في اختيار المتعاملين الخواص ، غير أن أهمية موضوع الامتياز تجعل منه عقداً يظلب عليه الطابع الشخصي ، وأن اختيار المترم يخضع للسلطة التقديرية للهيئة الإدارية. غير أن هذا الاختيار يجب أن يتم وفق معايير موضوعية تحدد على أساسها مواصفات ومقومات دقيقة وأن تتم هذه الإجراءات في علنية وشفافية تامة نى جميع المراحل والمزايدات وذلك بهدف ضمان المنافسة المشروعة والاعتراض انجدي في أوقات معروفة.

ويجب أن يقرر منح امتياز المرافق العامة المحلية أو إلغاءه المجلس الشعبي البلدي أو المندوبية التنفيذية البلدية بالنسبة للمرافق التابعة للبلدية ، ولا يعقد الامتياز إلا إذا صادق الوالي المختص إقليمياً على العقد المبرم بين البلدية المعنية والمترم بموجب قرار ، بعد التحقق من سلامة

الإجراءات ومطابقتها لدفتر الشروط النموذجي المعد حسب القواعد السارية المفعول ، وذلك طبقاً لأحكام المادة 138 من قانون البلدية التي تنص : " يصادق الوالي على الاتفاقيات التي حررت لهذا الغرض بموجب قرار إذا كانت مطابقة للإجراءات السارية المفعول "

أما بالنسبة لمنح امتياز المرافق العامة التابعة للولاية فإنه يقرر من طرف المجلس الشعبي الولائي أو المندوبية التنفيذية للولاية حسب الأحوال.

وأن العقود المبرمة لهذا الغرض يجب أن تكون مطابقة هي الأخرى لدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه وفقاً للقواعد والإجراءات المعمول بها.

### (3) مدة الامتياز :

لم يحدد قانون الولاية ولا قانون البلدية مدة امتياز المرافق العامة المحلية غير أن امتياز هذه المرافق لا يكون مؤبداً بل يكون لمدة معينة تحدد في عقد الامتياز.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن مدة امتياز المرافق العامة تمتد ما بين 30 إلى 50 سنة حسب الأحوال.

وهذه المدة تعتبر مقبولة جداً ، وكافية لأن يغطي صاحب الامتياز ما أنفقه من مصاريف في إنشاء المرفق العام وتجهيزه ، وما يمكن أن يحققه من نسبة معقولة من الأرباح.

### (4) آثار الامتياز :

بما أن امتياز المرافق العامة يعتبر عملاً قانونياً مركباً يتضمن نصوصاً تعاقدية وأخرى تنظيمية ومرد ذلك أن صاحب الامتياز وأن كان الأصل فيه أنه متعامل خاص يسعى إلى تحقيق الربح ، إلا أنه يسير مرفقاً عاماً يقدم خدمات أساسية للجمهور ، وعلى هذا الأساس فإنه يولد آثار قانونية هامة تربط بين أطراف ثلاثة.

- السلطة الإدارية مانحة الامتياز (الولاية أو البلدية).

- صاحب الامتياز.

- المنتفعون.

1 - بالنسبة السلطة الإدارية مانحة الامتياز

تتمتع السلطة الإدارية مانحة الامتياز (الولاية والبلدية) بحقوق في مواجهة صاحب حق الامتياز يمكن حصرها في أمور ثلاثة.

(1) حق الرقابة على إنشاء وإعداد المرفق العام وسيره :

وهو حق مستمد من طبيعة المرفق العام نفسه ، ولا يجوز للهيئة الإدارية المختصة أن تتنازل عنها كلها أو عن جزء منها ، ويحدد دفتر الشروط تنظيم الرقابة وأن الأحكام التي يحتويها بهذا

الخصوص تعتبر تنظيمية ، ومقتضى ذلك أن حق الرقابة ثابت للجهة الإدارية المختصة ولو لم ينص عليه في العقد.

كما أنه يحق للجماعات المحلية أن توقع على الملزم الإجراءات المناسبة سواء بنفسها بما لها من سلطات التنفيذ المباشر إذا توافرت الشروط أو بواسطة استصدار حكم قضائي لذلك.

ب) حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون توقف على إرادة الملزم :

هذا الحق مستمد هو الآخر من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يتكيف مع الظروف دائما ، ليؤدي خدماته على أحسن وجه ، وهذا المبدأ معمول به في جل الدول ، وتنص عليه دفاقر الشروط ، غير أنه إذا أصاب الملزم ضررا بسبب هذه التعديلات كالإخلال بالتوازن المالي للعقد ، يجوز له أن يطلب التعويض أو الفسخ .

ج) حق إسترداد المرفق قبل نهاية المدة:

من المتفق عليه أن السلطة الإدارية مانحة الامتياز أن تسترد المرفق العام موضوع الامتياز إذا ما تبين لها أن طريقة الامتياز لم تعد تجدي نفعاً أو أنها لم تعد تتماشى والمصلحة العامة التي أنشئ من أجلها هذا المرفق.

وتجدر الإشارة إلى أن شروط وأوضاع إسترداد المرفق العام محل الالتزام قبل نهاية المدة ، يجب أن تحدد في وثائق الالتزام.

4- 2- بالنسبة لصاحب الالتزام :

يسيطر على آثار الامتياز بالنسبة للملزم تفكير مفاده أن هذا الأخير ، فردا كان أم مؤسسة يسعى إلى تحقيق الربح فقط وعليه فإن حقوقه تنحصر في الأمور التالية :

أ) قبض المقابل المتفق عليه من المنتفعين

من حق الملزم أن يتقاضى مقابلا يحقق له قدرا معقولا من الربح مقابل ما يقدمه من خدمات تحدد قيمة وكيفية تحصيله في وثائق الامتياز غير أن الشروط التي تحدد هذا المقابل هي من قبيل الشروط التنظيمية ، وعلى هذا الأساس فإن المنتفعين يمكنهم التمسك ببطلان كل ما يخالفها و ذلك حماية لحقوقهم كما أن للإدارة أن تتدخل في أي وقت ومتى اقتضت المصلحة العامة ذلك لتعدل هذا المقابل بالزيادة أو النقصان دون تدخل من الملزم.

وهذا التدخل من الإدارة مانحة الامتياز لتحديد الأرباح له ما يبرره وذلك لكون الملزم يتمتع بمركز ممتاز مستمد من صفة المصلحة العامة التي يبنى عليها المرفق العام ، بما لا يسمح للملزم أن يجني أرباحا من استغلالها ينصب ضررها بالأخص على المنتفعين.

ويجب على الإدارة مانحة الامتياز أن تراقب الملتزم باستمرار حتى لا تزيد أرباحه عن القدر المعقول كما على المنتفعين أن يراقبوا الإدارة إذا ما قصرت في ممارسة تلك الرقابة وذلك عن طريق الطعون الإدارية والقضائية.

#### أ) الحصول على المزايا المالية المتفق عليها من الإدارة.

يمكن للجهة الإدارية مانحة الامتياز بأن تحقق للملتزم بعض المزايا وذلك حسب إمكانياتها ، كأن تقدم له بعض القروض أو تتعهد بأن لا تسمح لشخص آخر أن يمارس نفس النشاط وفي نفس المنطقة.

ومن المسلم به أن مثل هذه الشروط من قبيل الشروط التعاقدية ، ولا تملك الإدارة مانحة الامتياز المساس بها بإرادتها المنفردة.

#### ج) التوازن المالي للمشروع :

لما كان للإدارة مانحة الامتياز أن تتدخل كما سبقت الإشارة إليه ، وتعديل قوائم الأسعار ، وقواعد التشغيل ، تسيير المرفق العام محل الامتياز ، فإنه ليس من العدل ، في حالة حدوث أضرار مالية ، أن يقوم الملتزم بتحملها وعليه فمن المسلم به ، فإن كل إخلال من طرف الإدارة مانحة الامتياز بالتوازن المالي للعقد ، يجب عليها أن تتحمله.

غير أن حقوق الملتزم في هذه الحالة مرتبطة بضمان سير المرفق العام موضوع الامتياز بالنظام واضطراد بحيث من واجبه أن يستمر في أداء الخدمات ، وإشباع الحاجات العامة للمنتفعين دون توقف ، ولا يعفيه من هذا الالتزام إلا القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ .

ومن جهة أخرى فإنه من واجب الملتزم أن يدير المرفق العام موضوع الامتياز بنفسه فلا يستطيع أن يتنازل لغيره عن الامتياز دون إذن من الإدارة مانحة الامتياز .

#### 4 - 3 بالنسبة للمنتفعين :

من المعلوم أن المنتفعين في حالة امتياز المرافق العامة يتلقون خدمات من مرفق عام ، وليس من مشروع خاص غير أن هذا المرفق يديره شخص خاص ، ولهذا فقد نشأت علاقات بين المنتفعين والإدارة مانحة الامتياز من جهة ، وبين المنتفعين والملتزم من جهة أخرى.

#### أ - بين المنتفعين والإدارة :

تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بهيمنة تامة على إعداد المرفق العام وتشغيله ، غير أن هذه السلطات ليست حقوقا مطلقة مقررّة للإدارة إن شاءت استعملتها وإن شاءت عدلت عنها ، ولكنها حقوق مقررّة لصالح المنتفعين اللذين تربطهم بالملتزم روابط مباشرة ، ومن ثمة فمن حقهم أن يطلبوا من الإدارة مانحة الامتياز أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الامتياز وتحقيق قاعدة المساواة في المعاملة بين المنتفعين.

فإذا أهملت الإدارة مانتحة الامتياز في أداء هذا الواجب ، أو سمحت للملتزم أن يتخذ إجراء لا يتفق وشروط العقد فإنه بإمكان المنفعين أن يلجؤوا إلى القضاء طبقا للقواعد والإجراءات القانونية المقررة.

#### ب - بين المنفعين والملتزم :

قد يكون بين الملترم والمنفعين عقد يقدم بموجبه الأول للثاني خدمات عامة مقابل رسم يقبضه ، وفي هذه الحالة يجب على الطرفين الالتزام بالخضوع لشروط هذا العقد. فإن لم يكن هناك عقد ، فإنه يجوز لكل من تتوفر فيه شروط الانتفاع بالخدمات التي يقدمها المرفق محل الامتياز أن يطالب بتنفيذ الشروط المحددة في وثائق الامتياز لصالح المنفعين. وعليه يجب على الملترم أن يحقق المساواة بين المنفعين سواء في الخدمات أو في الأجر الذي يقبضه.

#### 5 - نهاية امتياز المرافق العامة :

من المعلوم أن امتياز المرافق العامة ينتهي بالمدة المحددة له في وثائق الامتياز غير أنه قد يحدث طارئ يحول دون استمراره كالقوة القاهرة التي يستحيل معها على الملترم تنفيذ التزامات تجاه الإدارة مانتحة الامتياز والمنفعين.

كما يحدث أن تقوم الإدارة المانتحة بإنهاء المدة قبل الأوان من جانب واحد ، إما كعقوبة للملترم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط وأحكام الامتياز ، وإما لعدم الحاجة إليه ، وفي هذه الحالة تقوم الإدارة مانتحة الامتياز باسترداد المرفق العام عن طريقة الشراء ، وحينئذ تصفى نتائجه المالية حسب الشروط المتفق عليها.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنه في غالب الأحيان يؤول المشروع بالمجان إلى الإدارة مانتحة الامتياز في نهاية المدة المحددة له.

#### 6 - منازعات امتياز المرافق العامة:

لقد أشرنا إلى أن وثائق الامتياز تولد أثارا مركبة ، فيما بين الإدارة مانتحة الامتياز ، والملترم من جهة ، وفيما بين هذا الأخير والمنفعين من جهة ثالثة ، وبالتالي فإن المنازعات المتعلقة بالوضعيات القانونية الناتجة عن الامتياز ترتبط ارتباطا وثيقا بهذا التركيب.

فيالنسبة للمنازعات التي نشأت بين الإدارة مانتحة الامتياز والملترم ، فإنها من اختصاص النزف الإدارية طبقا للأحكام والإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية، وذلك لكونها تتعلق بعقد إداري.

وبالنسبة للمنازعات التي نشأت بين الملترم والمنفعين فإنها تدخل ضمن اختصاص القضاء

العادي.

أما بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين المنتفعين والإدارة ماثحة الامتياز بخصوص استعمال هذه الأخيرة للسلطات المخولة لها لإجبار الملتزم على احترام شروط وقواعد تنظيم وسير المرفق العام موضوع الامتياز تكون من اختصاص الغرف الإدارية هي الأخرى.

#### ثانيا : تأجير استغلال المرافق العامة المحلية :

إن استغلال المرافق العامة المحلية عن طريق التأجير يختلف عن استغلالها عن طريق الامتياز ، ويمثل هذا الاختلاف في كون الملتزم في الامتياز لا يتعهد بتسيير المرفق فحسب ، بل يلتزم مسبقا بالقيام بنفسه بإنجاز المنشآت اللازمة لهذا التسيير مع تحمله لوحده مصاريف إقامة وإنجاز هذه المنشآت.

في حين أن مستأجر المرفق العام لا يتحمل مصاريف إقامته وإنجازه وذلك لكون هذه المصاريف قد تحملتها الجماعات المحلية المؤجرة.

وعلى هذا الأساس فقد يحدث أن تكون منشآت المرفق العام الضرورية لاستغلاله قائمة أثناء إبرام العقد (المنادى، المسالخ البلدية، أسواق المواسم، الملاعب...) والتي تكون قد أقيمت من طرف ملتزم سابق لم يجدد عقد امتيازه أو فسخ، أو أنها أقيمت من طرف الجماعات المحلية نفسها. وفي هذا الإطار فإن استغلال المرفق العام لا يكون محل امتياز ، وإنما يكون محل تأجير. وبمقتضى هذا الأسلوب في استغلال المرافق العامة عن طريق التأجير يكلف أحد الأفراد أو إحدى المؤسسات الخاصة بتسيير المشروع المقام من طرف الجماعات المحلية أو ملتزم سابق لمدة محددة.

أما بالنسبة للإجراءات : شروط وكيفيات تأجير استغلال المرافق العامة المحلية فإنها نفس الإجراءات المذكورة أعلاه والمتعلقة بالامتياز.

وعليه فإنه يستوجب احترام قواعد :

-الإشهار-

-الشفافية-

-أحكام دفتر الشروط-

وتجدر الإشارة إلى أن مدة تأجير استغلال المرافق العامة المحلية تختلف عن مدة الامتياز ، بحيث لا يمكن أن تتجاوز 12 سنة.

تلكم هو موضوع هذه التعلية المتعلقة بامتياز المرافق العامة المحلية وتأجيرها استغلالا ،  
والتي أطلب منكم توزيعها وتنفيذها من طرف المصالح المحلية.  
كما أطلب منكم أيضا السهر على تطبيقها وإحاطتي علما بكل الصعوبات التي تواجهكم في  
ذلك.

وزير الداخلية والجماعات المحلية  
والبيئة والإصلاح الإداري  
عبد الرحمن مزيان الشريف

# قائمة المراجع

أولاً: الكتب

(أ) المؤلفات العامة

1. باللغة العربية

- (1) إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964 - مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، 1981.
- (2) أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.م.ع، 2002.
- (3) أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 2012.
- (4) أنس جعفر، العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقها للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحتها التنفيذية مع دراسة لعقود الbot، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- (5) بوحميده عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري - تنظيم، عمل واختصاص - دار هومه، الجزائر، 2011.
- (6) بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ج.م.ع، الطبعة الأولى، 2011.
- (7) جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ج.م.ع، 2007.

- (8) جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.س.ن.
- (9) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004.
- (10) حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ج.م.ع، 2007.
- (11) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.م.ع، 1998.
- (12) حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.
- (13) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية- تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ج.م.ع، 2001.
- (14) حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ج.م.ع، 2012.
- (15) حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء "دراسة مقارنة"، الطبعة الثالثة مزيده ومنقحة، د.ب.ن، 2008.
- (16) خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د.د.ن، الطبعة الأولى، 1994.
- (17) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، د.م.ج، الجزائر، 2011.
- (18) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ج.م.ع، 2008.
- (19) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، ج 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج.م.ع، طبعة 1996.

- (20) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- (21) عمار عوابدي : القانون الإداري، ج 2، النشاط الإداري، طبعة 2002، د.م.ج، الجزائر.
- (22) النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 1، د.م.ج، الطبعة الثانية، 2003.
- (23) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، الدار الجامعية، ج.م.ع، د.س.ن.
- (24) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000.
- (25) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، د.د.ن، 2009.
- (26) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج 1، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، 2001.
- (27) عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 2012.
- (28) علي الدين زيدان ومحمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، ج 4، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ج.م.ع، د.س.ن.
- (29) عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ج.م.ع، الطبعة الأولى، 2012.
- (30) فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 1992.
- (31) فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ج.م.ع، الطبعة 3، 1976.

- (32) مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج م ع، 2007.
- (33) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- (34) محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج.م.ع، د.س.ن.
- (35) محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ج.م.ع، 2011.
- (36) محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني- تنفيذ العقد الإداري طبقا لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، 2003.
- (37) محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ج.م.ع، الطبعة الأولى، 2007.
- (38) محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية- القرار الإداري ،العقد الإداري، دار الفكر، الإسكندرية، ج.م.ع، د.س.ن.
- (39) محمد علي عارف جعلوك، أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.
- (40) محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، د.م.ج، 1987.
- (41) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج 3، نظرية الإختصاص، د.م.ج، 1998.
- (42) محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى ، 1998.
- (43) محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، د.د.ن، د.س.ن، منشور عبر النت.

(44) محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري،

د.د.ن، الطبعة الأولى، 1993.

(45) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية- دراسة مقارنة - منشورات زين

الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.

(46) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، 2009.

(47) نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة- دراسة في

القانون المقارن- د.د.ن، الطبعة 3، 2001.

(48) يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج 1، تنظيم إداري، أعمال

وعقود إدارية، الطبعة الثانية، د.د.ن، 1998.

## II. باللغة الفرنسية

1) Ahmed MAHIO, cours d'institutions administratives, 3 édition avec complément, OPU, 1981.

2) A. LAUBADERE, DELVOLVE P et MODERNE F, traité des contrats administratif, LGDJ, paris, T1, 1983.

3) A. DELAUBADERE et Frank MODERNE et Pierre DELVOLVER, traité des contrats administratifs, T2, 2eme édition, LGDJ, 1983.

4) AUBY J.M et DRAGO R, Traité de contentieux administratif, paris, 1975.

5) CHAPUS R, Droit du contentieux administratif, 13eme Ed, Montchrestien, Paris, 2008.

6) Christophe GUETTIER, droit des contrats administratifs, PUF, 2011.

7) GAJA, 16 édition, Dalloz, France, 2007.

8) Gaston JEZE, le régime juridique du contrat administratif, RDP, 1954.

- 9) Gvibal M, Mémento des marchés publics, 2<sup>ème</sup> Ed, le moniteur, Paris 1998.
- 10) Jean François LACHAUME et Hélène PAULAIT, droit administratif, PUF, Paris, France, 14<sup>e</sup> édition, 2009.
- 11) Jean – Michel DE FORGES, droit administratif, PUF, 6<sup>o</sup> édition, France.
- 12) LAFERRIERE, Traite de la juridiction administrative, t 2, Paris, 1896.
- 13) Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, 5 édition, LGDJ, 2006.
- 14) Marcel MONIN, LIVRET du CONTENTIEUX ADMINISTRATIF, T 3, Les recours en matière contractuelle (les contrats administratifs), publiés sur internet.
- 15) Mohamed KOBTAN, le régime juridique des contrats de secteur public, étude de droit comparé algérien et français, OPU, Alger, Algérie, 1984,
- 16) Patrick SCHULTZ, éléments du droit des marchés publics, 2<sup>e</sup> édition .LGDJ, 2002.
- 17)
- 18) Pierre DELVOLVE, le droit administratif, T2, 2<sup>e</sup>me édition, 1998, Dalloz.
- 19) René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 13<sup>e</sup>me Ed, Montchrestien, Paris, 2008.
- 20) S. BRACONNIER, Droit des marchés publics, Imprimerie nationale, 2002.
- 21) Weil Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les contrats de développement économique, in Mélanges Rousseau, édition Pedone, Paris, France, 1947.
- 22) Saroit BADAOU, le fait du prince dans les contrats administratifs, LGDJ , France, 1955.

## (ب) المؤلفات المتخصصة

(1) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة

العربية، القاهرة، ج.م.ع، 1973.

(2) حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1961.

(3) عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، ج.م.ع، الطبعة 1، 2009.

(4) علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، ج.م.ع، 1976.

## ثانياً: المقالات

### أ) باللغة العربية

- (1) إقلولي محمد، شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مجلة منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، العدد3، ديسمبر 2005.
- (2) أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد5، ج م ع، 1989.
- (3) براجي سلوة زوجة بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة ببجاية، السنة الثالثة، المجلد الخامس، العدد 1، 2012.
- (4) حنفي محمد غالي، نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقها على عقود بيع أملاك الحكومة المبرمة في خلال السنوات 1950 - 1951 - 1952، تعليق على الحكم الصادر بتاريخ 30 ماي 1957 في القضية رقم 808 سنة 1955 مدني كلى القاهرة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية، ع3، سبتمبر 1958.
- (5) سعاد الشراوي، تنوع وتزايد العقود الإدارية وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر والقهر إلى الإتفاق والمكافأة، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية الشرطة، دبي، الإمارات العربية المتحدة، العدد2، يونيو 1995.

- (6) عبد العزيز خير الدين، حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية ومداه وأساسه القانوني، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 5، العدد4، ديسمبر 1961.
- (7) عزاوي عبد الرحمن : النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1991 المعدل، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد13، فبراير2000.
- (8) خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها(حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد.01، مارس2012.
- (9) محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في القضائين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الكويت، العدد 49، أبريل 2011.
- (10) مصطفى كمال وصفي، حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة13، 1971، ج.م.ع.
- (11) نسرین محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقد المقاوله "دراسة في عقد الفيديك النموذجي"، مداخلة أثناء مؤتمر "عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة"، منشور عبر موقع [WWW.GOOGLE.COM](http://WWW.GOOGLE.COM).
- (12) نویری عبد العزیز، المنازعة الإدارية في الجزائر-تطورها وخصائصها- مجلة مجلس الدولة، العدد8، د.س.ن.
- (13) یلس شاولش بشیر، المركز الجديد للسلطة الإدارية في المنازعة الإدارية، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول: التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنعقد بكلية الحقوق بجامعة وهران، 21، 20/01/2009.
- (14) یوسف المهیلمی، في سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقود الإدارية، ملخص مقال للأستاذ André De laubadère منشور بمجلة RDP, mars 1954، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ج م ع، السنة 1، العدد4، ديسمبر 1957.

## (ب) باللغة الفرنسية

1) André de LAUBADERE, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, RDP, mars, 1954.

1) B. RAHAL, La concession de service public en droit algérien, IDARA, V 4, N 1, 1994

2) BERLIA Lovice, Le vice de forme et contrôle de la légalité des actes administratifs, RDP, 1941.

3) Charles BRUEURE, consensualisme et contrat administratif, RDP, 1996.

4) Charles Dudognon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N°5, 2009.

5) Christophe FARDET , la clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA, N°2, 2000.

6) Eric Gherardi , le régime du contrat de travaux publics - exemple d'une exception singulière au droit commun- article publié sur internet, google.com.

7) Fatome E et Moreau J, les relations contractuelles entre collectivités publiques - l'analyse juridique dans le cadre de la décentralisation- AJDA, 1990

8) Francis Paul. BÉNOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », JCP-G-1963, I, p1775.

9) Gabriel ECKERT, Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2010, étude 9.

10) J. DUFEAU, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de services public, AJDA, 1955.

11) Jean L'HUILLIER, les contrats administratifs tiennent –ils lieu de loi à l'administration, chronique Dalloz, 1953.

12) Laetitia JANICOT, réflexion sur la théorie de l'acte détachable dans le contentieux contractuel, RDP, N2, 2011.

13) LLORENS François, le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs, R.F.D.A, mai -juin 1984.

14) MOULOUD Sabri, le droit des marchés publics en Algérie : réalité et perspectives, IDARA, 2008, V18, N1.

15) OVERNEY Sophie, Le référé de suspension de régulation de juge, AJDA, 20 Septembre 2001, N°9

16) Philippe TERNEYRE, réflexions nouvelles sur les « clauses à caractère réglementaire » des contrats administratifs à objet de service public, RFDA, septembre-octobre 2012.

17) RAINAUD Jean-Marie, le contrat administratif - volonté des parties ou loi de service public, R D P, N°5, 1985.

18) TERKI N, la protection conventionnelle de l'investissement en Algérie, REVUE ALGERIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES ECONOMIQUE ET POLITIQUES. V 2 , 2001.

19) Thibaut FLEURY, la liberté contractuelle des personnes publiques : questions critiques à l'une de quelques décisions récentes, RFDA, N°2, mars-avril 2012.

20) XAVIER Libert, les modifications du marché en cours d'exécution, A.J.D.A, 20 juillet/20 août 1994, spécial.

## ثالثاً: الرسائل والمذكرات الجامعية

### 1. باللغة العربية

#### (أ) الرسائل

- (1) بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012.
- (2) بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو، 2010-2011.

(3) حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ج.م.ع، 2001.

(4) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2010، 2011.

(5) عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري - الصفقات العمومية في الجزائر - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2008-2009.

(6) محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة التي تحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ج.م.ع، 1984.

## (ب) المذكرات

(1) بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة

بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/2011.

(2) بن مبارك راضية، التعليق على التعليم رقم 842/394 المتعلقة بإمتياز

المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2002.

(3) بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى

المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بجامعة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.

(4) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر،

مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008-2009.

(5) براجي سلوى، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية في

الجزائر (دعوى الإلغاء نموذجاً)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة عنابة، 2007.

(6) حناني آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر - دراسة

قانونية - مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008، 2007.

- (7) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، الجزائر، 2012-2013.
- (8) دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر العاصمة، 2011-2012.
- (9) لوصيف نوال، فعالية تعديل قانون الإجراءات المدنية بين التظلم والصلح، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2006-2007.
- (10) مسعود محمودي، النظام القانوني لعقد المؤسسة العامة في النظرية العامة والتطبيق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990.
- (11) مومن روبيلة، العقود الإدارية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007-2010.
- (12) يوسف بركات أبو دقة، إمتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وقانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 1977.

## II. باللغة الفرنسية

- 1) MARION UBAUD-BERGERON , la mutabilité du contrat administratif, thèse, UNIVERSITÉ MONTPELLIER I , 2004.
- 2) PÉQUIGNOT George, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier, 1944.

### رابعاً: النصوص القانونية

#### أ) الوطنية

- (1) دستور سنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج ر. 76، الصادرة في 1996/12/08، ص.6.

- (2) القانون العضوي 98-01، المؤرخ في 1998/05/30، المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة، ج.ر 37، الصادرة في 1998/06/01؛ المعدل بموجب القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 2011/07/26، ج.ر عدد 43، المؤرخة في 2011/08/3.
- (3) قانون 98-02، مؤرخ في 1998/05/30، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر عدد 37، المؤرخة في 1998/06/01.
- (4) القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.
- (5) الأمر 66-154 المتضمن ق.إ.م، مؤرخ في 1966/06/08، ج.ر 47، صادرة في 1966/06/09.
- (6) الأمر رقم 67-90، مؤرخ في 1967/06/17، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر 52، الصادرة بتاريخ 1967/06/27، ص.718.
- (7) الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر 78، صادرة في 1975/09/30، ص.818.
- (8) الأمر رقم 01-03، المؤرخ في 2001/08/20، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر 47، صادرة بتاريخ 2001/08/22، ص.4.
- (9) الأمر رقم 05-12، المؤرخ في 2005/07/24، يتضمن قانون المياه، ج.ر 60 صادرة بتاريخ 2005/09/4، ص.3.
- (10) المرسوم التشريعي 93-12 الذي يتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 1993/10/05، ج.ر 64 الصادرة في 1993/10/10.
- (11) المرسوم الرئاسي 02-250، مؤرخ في 2002/07/24، ج.ر 52، الصادرة بتاريخ 2012/07/28، ص.03.
- (12) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر 75، الصادرة بتاريخ 2010/12/08، ص.20.
- (13) المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 2012/01/18، ج.ر 4، الصادرة بتاريخ 2012/01/26، ص.04.

14) المرسوم التنفيذي 89-01 المؤرخ في 15/01/1989، الذي يضبط كفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر. 3، لسنة 1989، ص.70.

15) المرسوم التنفيذي رقم 96-308، يتعلق بمنح امتياز الطرق السريعة، المؤرخ في 18/09/1996، ج.ر. 55، صادرة بتاريخ 25/09/1996، ص 12.

16) المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20/12/2001، يتضمن المصادقة على اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، ج.ر. 80، صادرة بتاريخ 26/12/2001، ص.9.

17) المرسوم التنفيذي 03-280، المؤرخ في 23/08/2003، يحدد كيفية منح امتياز بحيرتي أوبيرة وملاح (ولاية الطارف)، ج.ر. 51، صادرة في 24/08/2003، ص 32.

18) المرسوم رقم 88-131، الصادر بتاريخ 04/07/1988، المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج.ر. 27، صادرة بتاريخ 06/07/1988، ص.759.

19) القرار المؤرخ في 21/11/1964، ج.ر. 6 صادرة في 19/01/1965، ص.46، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

20) القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 04/01/2005، ج.ر. 48، صادرة بتاريخ 10/07/2005، ص.19.

21) المرسوم 88-131 الصادر بتاريخ 04/07/1988، المتضمن تنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج.ر. عدد 27، صادرة في 06/07/1988.

## ب) الأجنبية

1) اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، الصادر

بتاريخ 08/05/1998، ج.ر. عدد 19 مكرر، صادرة في 08/05/1998.

2) Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JO 1965, page 945.

3) Décret n°2006-16 du 30 juin 2006; portant code des marchés publics.

## خامسا: الإجتهااء القضاائ

- (1) بوشهءة ورشفاء ءلوفف؁ مءموءة أءكام القضااء الإءارفف؁ ء.م.ء؁ ء؁ ءزائر؁ 1979.
- (2) مءءة مءلس ءءولة؁ ع 07؁ سنة 2005؁ ص.92؁93.
- (3) نشرة القضااة؁ العءء06؁ طبعة 2011؁ ص.361.
- (4) سافس ءمال؁ الإءتهااء ءزائرفف فف القضااء الإءارفف؁ ء؁1؁ ء؁2؁ ء؁3؁ الطبعة الأولى؁ منشورات ءلكف؁ ءزائر؁ 2013.

# الفهرس

الموضوع	الصفحة
الإهداء.....	أ .....
الشكر والتقدير.....	ب .....
قائمة المختصرات.....	ج .....
مقدمة.....	01 .....
<b>الفصل الأول: التأصيل القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....</b>	
المبحث الأول: مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....	05 .....
المطلب الأول: وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....	08 .....
الفرع الأول: موقف الفقه من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري..	09 .....
أولاً: النظرية السلبية.....	10 .....
أ: عرض النظرية السلبية.....	11 .....
ب: الإنتقادات التي وجهت للنظرية السلبية.....	15 .....
ثانياً: النظرية التحديدية.....	17 .....
أ: عرض النظرية السلبية.....	17 .....
ب: الإنتقادات التي وجهت للنظرية السلبية.....	18 .....
ثالثاً: النظرية الإيجابية.....	19 .....
أ: النظرية الإيجابية في الفقه الفرنسي.....	20 .....
ب: النظرية الإيجابية في الفقه العربي.....	21 .....
<b>الفرع الثاني: موقف القضاء والتشريع من سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....</b>	
أولاً: الإعتراف القضائي للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....	23 .....
ثانياً: التكريس التشريعي لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....	23 .....
ثانياً: التكريس التشريعي لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....	27 .....
المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة التعديل الإفرادي وشروط تطبيقها.....	32 .....

- 32 **الفرع الأول:** الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري .....
- أولاً: أساس سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري يقوم على فكرة
- 33 السلطة العامة.....
- أ: كيفية اعتبار السلطة العامة كأساس قانوني لسلطة الإدارة في التعديل
- 33 الإفرادي للعقد الإداري.....
- ب: الانتقادات الموجهة لتأسيس سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد
- الإداري على فكرة السلطة العامة.....
- 35
- ثانياً: أساس سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد الإداري مستمد من
- 36 احتياجات المرفق العام.....
- أ: كيفية اعتبار احتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في
- 37 التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
- ب: رواج فكرة احتياجات المرفق العام كأساس قانوني لسلطة الإدارة في التعديل
- 38 الإفرادي للعقد الإداري.....
- 42 **الفرع الثاني:** شروط استعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
- أولاً: الشروط المتعلقة بقرار التعديل.....
- 42
- أ: تغير الظروف.....
- 43
- ب: الخضوع لمبدأ المشروعية الإدارية.....
- 47
- ج: شرط النطاق الزمني.....
- 52
- ثانياً: الشروط المتعلقة بمحل التعديل.....
- 53
- أ: عدم تغيير موضوع العقد.....
- 53
- ب: عدم قلب اقتصاديات العقد.....
- 54
- ج: عدم تجاوز النسب المحددة.....
- 55
- 57 **المبحث الثاني:** إعمال سلطة التعديل الإفرادي في العقود الإدارية.....
- 58 **المطلب الأول:** نطاق سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
- 59 **الفرع الأول:** مجالات إعمال سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
- 59 أولاً: إبراز الشروط التي تتناولها سلطة التعديل الإفرادي.....
- أ: الشروط المتعلقة بالمرفق العام: المجال الخصب لسلطة التعديل الإفرادي... 60

	ب: الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة: المجال المحظور على
61	سلطة التعديل الإفرادي.....
64	ثانيا: تعدد صور سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
65	أ: التعديل في حجم الأداءات.....
66	ب: التعديل في وسائل تنفيذ العقد.....
67	ج: التعديل في فترة تنفيذ العقد.....
69	الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
69	أولا: القيود العامة.....
71	ثانيا: القيود الإتفاقية.....
72	أ: مضمون شروط عدم المساس بالعقد.....
74	ب: التكريس القانوني لشروط عدم المساس بالعقد.....
78	المطلب الثاني: تطبيقات أنموذجية لسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
80	الفرع الأول: سلطة التعديل الإفرادي في عقد امتياز المرفق العام.....
81	أولا: مضمون سلطة التعديل الإفرادي في عقد إمتياز المرفق العام.....
84	ثانيا: خصوصية سلطة التعديل الإفرادي لعقد الإمتياز.....
88	الفرع الثاني: سلطة التعديل الإفرادي في عقد الأشغال العمومية.....
89	أولا: النظام القانوني للأوامر المصلحية.....
92	ثانيا: مضمون سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي لعقد الأشغال العمومية.....
	<b>الفصل الثاني: تنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري و ضمانات المتعاقد</b>
97	في مواجهته.....
100	المبحث الأول: النظام القانوني لتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
	<b>المطلب الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري</b>
101	والتسوية الودية للنزاعات الناشئة عنه.....
102	الفرع الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
102	أولا: مبررات التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري.....
103	أ: التعديل الإفرادي يتم في شكل قرار إداري.....
105	ب: قرار التعديل الإفرادي هو امتداد للعقد الأصلي.....

- ج: تنفيذ قرار التعديل يدخل ضمن مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية ..... 106
- د: تنفيذ قرار التعديل هو التزام تشريعي..... 107
- ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ إلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإداري  
للعقد الإداري..... 107
- أ: حالة تجاوز النسب المالية للتعديل..... 108
- ب: حالة مخالفة قرار التعديل للقانون المعمول به..... 108
- ج: حالة قلب إقتصاديات العقد..... 109
- د: حالة الدفع بعدم التنفيذ..... 109
- الفرع الثاني: التسوية الودية للنزاعات الناشئة عن تنفيذ قرار التعديل..... 111
- أولاً: اللجوء إلى الطعن الإداري لتسوية منازعات تنفيذ قرار التعديل الإداري  
للعقد الإداري..... 112
- أ: الطبيعة القانونية للطعن الإداري في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل الإداري ..... 112
- ب: شروط وإجراءات الطعن الإداري في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل الإداري .... 114
- ثانيا: اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات تنفيذ قرار التعديل الإداري للعقد الإداري .... 116
- أ: تشكيل هيئة التحكيم..... 117
- ب: الإجراءات التحكيمية..... 118
- المطلب الثاني: الطعن القضائي في قرار التعديل الإداري للعقد الإداري..... 120
- الفرع الأول: قواعد الإختصاص في مجال منازعات تنفيذ قرار التعديل..... 120
- أولاً: الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات تنفيذ قرار التعديل الإداري..... 121
- ثانيا: طبيعة الدعوى المرفوعة ضد قرار التعديل الإداري..... 124
- أ: انتماء العقود الإدارية للقضاء الكامل..... 125
- ب: قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية..... 127
- الفرع الثاني: حق المتعاقد في إلغاء قرار التعديل الإداري للعقد الإداري..... 130
- أولاً: مدى قابلية قرار التعديل الإداري للإفصال عن العقد..... 130
- أ: معايير تحديد القرار الإداري القابل للإفصال..... 130
- ب: مدى تطابق قرار التعديل الإداري مع معايير تحديد القرار المنفصل..... 133
- ثانيا: أوجه الطعن بالإلغاء في قرار التعديل الإداري للعقد الإداري..... 136

127	أ: حالات عدم المشروعية الخارجية.....
139	ب: حالات عدم المشروعية الداخلية.....
143	المبحث الثاني: ضمانات المتعاقد في مواجهة سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري ....
144	المطلب الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد طبقاً لنظرية فعل الأمير .....
145	الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير.....
146	أولاً: تعريف نظرية فعل الأمير.....
148	ثانياً: صور نظرية فعل الأمير.....
148	أ: الإجراءات الإدارية الخاصة.....
150	ب: الإجراءات الإدارية العام.....
152	الفرع الثاني: النظام القانوني للتعويض طبقاً لنظرية فعل الأمير.....
152	أولاً: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.....
152	أ: حدوث ضرر للمتعاقد.....
153	ب: عدم توقع الفعل المسبب للضرر.....
153	ج: صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة.....
156	د: عدم صدور خطأ عن الإدارة.....
156	ثانياً: اقتضاء التعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير.....
156	أ: أساس التعويض.....
158	ب: كيفية تقدير التعويض.....
159	المطلب الثاني: حق المتعاقد في التعويض والفسخ.....
160	الفرع الأول: حق المتعاقد في التعويض.....
160	أولاً: تعويض المتعاقد عن التعديلات التي ترد في شروط العقد.....
161	ثانياً: تعويض المتعاقد في حالة التعديل غير المنصوص عليه في العقد.....
162	ثالثاً: تعويض المتعاقد في حالة تغيير طبيعة الأعمال.....
162	رابعاً: تعويض المتعاقد في حالة سوء استعمال سلطة التعديل الإفرادي.....

163	الفرع الثاني: حق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد.....
163	أولاً: حالات الفسخ.....
165	ثانياً: آثار الفسخ.....
167	خاتمة.....
171	قائمة الملاحق.....
174	قائمة المراجع.....
189	الفهرس.....

تم بتوفيق الله والحمد له.

إن سلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري تمس جميع العقود الإدارية، وتتمتع بها الإدارة حتى في حالة غياب النص عليها، ومرد ذلك كونها ترجع للخصائص الذاتية للعقود الإدارية نتيجة ارتباطها بالمرفق العام، غير أن حجم سلطة التعديل يختلف باختلاف العقود الإدارية؛ ويتركز نطاقها على بعض البنود فحسب، وهي مقيدة بشروط وضوابط معينة، تُشكّل في مجملها مجموعة من الضمانات القانونية المقررة للمتعاقد لمواجهة هذه السلطة الخارقة، فضلا عن الضمانات القضائية.

## الكلمات المفتاحية

العقد الإداري، الصفة العمومية، الملحق، الشروط غير المألوفة، التوازن المالي للعقد، فعل الأمير، القضاء الإداري.

## Résumé

Le pouvoir de modification unilatérale concerne tous les contrats administratifs dont l'administration en bénéficie même lors de l'absence de ce dernier, et cela étant dû au caractère individuel des contrats administratifs car ils sont attachés au service public. La taille de ce pouvoir de modification unilatérale varie selon la nature des contrats administratifs, et s'étend sur quelques clauses seulement, qui sont tenues par certaines conditions et restrictions.

Ces conditions constituent dans sa globalité, un ensemble de garanties juridiques dans l'intérêt du contractant pour faire face à ce pouvoir exorbitant, en plus des garanties juridictionnelles.

## Mots clés

Le contrat administratif, le marché public, l'avenant, les clauses exorbitantes, l'équilibre financier du contrat, le fait du prince, la juridiction administrative.

## Abstract

The power of unilateral modification involves all administrative contracts whose administration benefits from it even in its absence; this is due to the individual nature of administrative contracts because they are attached to the public service. The size of this power of unilateral modification varies with the nature of administrative contracts, and covers only a few clauses which are specified by certain conditions and restrictions.

Globally, these conditions constitute a set of legal guarantees, in the interest of the contractor, in order to deal with this exorbitant power, in addition to judicial guarantees.

## Keywords

Administrative contract, public market, amendment, exorbitant clauses, financial balance of the contract, government measures, administrative court.