

السهل في العقود الإدارية

د. يحيى قاسم سهل

أستاذ القانون العام

كلية الحقوق – جامعة عدن

٢٠٢٢م

© حقوق الطبع محفوظة

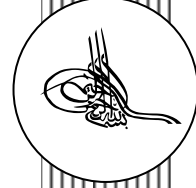
يمنع طبع هذا الكتاب أو جزء منه بأي طريقة من طرق الطبع والتصوير والنقل والترجمة والتسجيل المرئي والمسموع والحاسوبي وغيرها من طرق النسخ إلا بإذن خطي مسبق من المؤلف.

رقم الايداع بدار الكتب ٤٩٢ / ٢٢٠٢٢ م.

الطبعة الاولى ٢٠٢٢ م



مكتبة مركز الصافي للطباعة والنشر والتوزيع
جوليتا الجامعة الجديدة - صنعاء - الجمهورية اليمنية
تلفون: ٢٥٣ ٣٦٠ - ٧١١ ٧٤٣ ٨٥٦ - ٧٧٧ ٢٥٣ ٣٦٠



الإهداء

إلى روح الفقيد

معاذ يحيى قاسم سهل

في الذكرى الثالثة لغيابه

لروحه السلام

مقدمة

تمارس الإدارة وظائفها وتصريف شئونها بطريقتين، الأولى أسلوب القرار الإداري الذي يتخذ مظهر التصرف القانوني من جانب واحد، أي التصرف بإرادة منفردة. والأسلوب الآخر لممارسة الإدارة وظائفها هو أسلوب العقد، أي طريق الاتفاق مع الأفراد، والعقود التي تبرمها الإدارة إما أن تكون عقوداً مدنية تخضع للقانون الخاص، وتكون الإدارة فيها شأنها شأن الأفراد، والمسئولية الي تثور بشأنها تخضع للقواعد العامة في المسئولية العقدية، وبذلك تخرج عن نطاق هذا البحث.

أما النوع الثاني من العقود التي تبرمها الإدارة، تتمثل في العقود الإدارية وتخضع للقانون العام، وتظهر فيها امتيازات السلطة العامة، التي ليس لها نظير في القانون الخاص، ويختص في نظر المنازعات الناشئة عنها القضاء الإداري، وهذه الطائفة من العقود هي موضوع هذا البحث.

وقد حاولت بإيجاز التعريف بالنظرية العامة للعقود الإدارية من خلال قانون المناقصات والمزايدات الحكومية رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م ولائحته التنفيذية وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: التعريف بالنظرية العامة للعقود الإدارية.

الفصل الثاني: النظام القانوني للعقود الإدارية.

الفصل الثالث: إبرام العقود الإدارية.

الفصل الرابع: إجراءات إبرام العقود الإدارية.

الفصل الخامس: سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية.

الفصل السادس: التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة.

الفصل السابع: نهاية العقود الإدارية.

يحيى قاسم سهل أبو معاذ

مدينة الشعب، الحي الجامعي

مساء الاثنين، ١٢ سبتمبر ٢٠٢٢

الموقع الإلكتروني: mysahl.ne

محمول: ٧٣٤٩٦٨١٦٣

٧٧١٨١٢٠٨٧

المنزل: 02/361879

الفصل الأول

التعريف بالنظرية العامة للعقود الإدارية

يقتضي البحث في نظرية العقود الإدارية تسليط الضوء على ظروف نشأتها وهذا ما ندرسه في المبحث الأول من هذا الفصل، كما يقتضي التعرف على نظرية العقود الإدارية وإبراز خصائصها التي تميزها عن عقود الشريعة العامة من خلال استعراض المعايير التي قيلت بهذا الشأن، وهو موضوع دراستنا في المبحث الثاني، وفي المبحث الثالث في معايير تمييز العقود الإدارية، وفي المبحث الرابع والأخير نخوض البحث في التعريف بأهم أنواع العقود الإدارية.

المبحث الأول

نشأت العقود الإدارية

نبحث في هذا المبحث نشأت العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر واليمن وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

نشأت العقود الإدارية في فرنسا

حظيت مشكلة تحديد نشاط السلطة العامة باهتمام كبير من رجال القانون والإدارة، واختلف هذا الاهتمام تبعا للأفكار السياسية التي يؤمن بها كل منهم. ولعل أبرز مذهبين كان لهما التأثير في هذا المجال هما المذهب الفردي الحر والمذهب التدخل المعاصر، حيث وضع كل منهما أسلوبا محددا لدور الإدارة ووظيفتها في مختلف المجالات وفقا للفلسفة السياسية التي يؤمن بها.

وبانتصار مفهوم الدولة التدخلية وتوسيع مجال نشاط السلطة العامة في نهاية القرن ١٩ وبداية القرن العشرين، وانتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية، ظهرت مبادئ قانونية جديدة هي مبادئ القانون الإداري تتميز عن قواعد القانون الخاص وتتماشى مع طبيعة نشاط الإدارة وهدفها ولا تغفل في الوقت نفسه حقوق الأفراد وحرياتهم، وساهم في ذلك بشكل كبير مجلس الدولة الفرنسي الذي يعود له الفضل في تأسيس العديد من نظريات القانون الإداري ومنها نظرية العقود الإدارية.^(١)

وظهرت نظرية العقد الإداري واستقلت عن القانون الخاص منذو ومطلع القرن الماضي، حيث هجرت نظرية السلطة العامة لتحل محلها نظرية المرفق العام التي لقيت قبولا واسعا من لدن فقهاء القانون العام، وذلك لتوافقها مع الدور الجديد الذي بدأت تمارسه الدولة.^(٢)

إن إنحسار فكرة الدولة الحارسة لمصلحة الدولة التدخلية، رافقه تغيير في مجال انطباق قواعد القانون الإداري، وتوسع في اختصاص القضاء الإداري.

وكان أول خروج على معيار السلطة العامة متمثلا في حكم (روتشيلد) الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٦ ديسمبر سنة ١٨٨٥. ثم أيدت محكمة التنازع الفرنسية اتجاه مجلس الدولة الفرنسي بحكمها الصادر في ٨ فبراير ١٨٧٣ في قضية (بلانكو) الشهيرة حينما أعلنت أنه في حالة عدم وجود نصوص تشريعية خاصة بمسؤولية الإدارة فإن تلك المسألة لا تكون نابعة من

(١) انظر د. مجدي الشامي، القانون الإداري في إطار التشريع الفرنسي والمصري والعراقي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ٢٣٢.

(٢) د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص ١٤.

المبادئ العامة الواردة في القانون المدني ، وإنما تخضع لقواعد جديدة خاصة بها مرتبطة بظروفها.^(١)

وقد تواترت أحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع على استخدام معيار المرفق العام كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري، حيث أصدر المجلس في ٦ نوفمبر ١٩٠٣ حكمه المشهور في قضية (Terrier) مستخدماً معيار المرفق العام، وجاء في مذكرة مفوض الحكومة (روميو) أن أعمال الإدارة تتصل بتنظيم المرافق العامة وتسييرها سواء تسلحت الإدارة بأساليب السلطة العامة أو كان ذلك عن طريق التعاقد، تعتبر أعمالاً إدارية تتطلب بطبيعتها اختصاص القضاء الإداري بالنسبة لكافة أنواع المنازعات التي تنشأ عنها. فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الشأن تعتبر إذاً من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها، وتكتسب هذه العقود الصبغة الإدارية استناداً إلى سماتها الخاصة وخصائصها الذاتية دون دخل لإرادة المشرع في هذا الشأن. فنص المشرع على أن المنازعات المتعلقة بعقد معين تدخل في اختصاص القضاء الإداري، ليس كافياً لخضوع هذا العقد لأحكام القانون العام وإنما يجب أن يتضمن خصائص ذاتية وسمات محددة تجعل خضوعه لقواعد ذلك القانون أمراً مقضياً، الأمر الذي وسع من نطاق العقود الإدارية، لكي تشمل كل عقد تبرمه الإدارة مع شخص آخر، سواء من أشخاص القانون العام أو الخاص، طالما كانت نية الإدارة منصرفة إلى تضمينه بعض الشروط المألوفة في نطاق القانون الخاص.^(٢)

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، الطبعة الثانية، مطبعة العشري، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٩٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، ص ٣٣.

المطلب الثاني

نشأت العقود الإدارية في مصر

لم تبدأ نظرية العقود الإدارية في مصر إلا متأخراً وبعد صدور القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٥ والذي جعل القضاء الإداري هو جهة الاختصاص الوحيدة في مسائل العقود الإدارية. إذ أن قانون إنشاء مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يكن ينص على هذه المسائل ضمن اختصاصات المجلس المحددة على سبيل الحصر. كما أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي حل محله القانون السابق إذا كان قد منح محكمة القضاء الإداري الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والطرف الآخر فيما يتعلق بثلاثة عقود هي عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد، فإن الاختصاص بمسائل العقود قد ظل مشتركاً بين مجلس الدولة والمحاكم العادية إلى عام ١٩٥٥ كما سبق القول.^(١)

هذا، وأتجه مجلس الدولة المصري رغم حداثة عهده بالعقود الإدارية بخطوات سريعة إلى لأخذ بالمبادئ التي سبق إن أقامها نظيره الفرنسي في هذا المضمرة، وقد نص قانون مجلس الدولة النافذ رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة العاشرة منه في بندها الحادي عشر على اختصاص محاكم المجلس دون غيرها بالفصل (في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر).

(١) انظر د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٥٦١.

وأصبح مجلس الدولة صاحب القول الفصل فيما يتعلق بنظر المنازعات المختصة بجميع العقود الإدارية، حيث لم يعد اختصاصه منصبا على بعض العقود الإدارية، وإنما أمتد لكي يشملها كلها.^(١)

المطلب الثالث

نشأت العقود الإدارية في اليمن

كانت نشأت العقود الإدارية في اليمن تشريعية، وأول قانون نظم المناقصات والمزايدات في الجمهورية العربية اليمنية صدر برقم (١٩) لسنة ١٩٦٣م،^(٢) ثم أعقبه قانون المشتريات والمخازن الحكومية رقم ٣ لسنة ١٩٧٥م ثم صدر قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٩١ بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية للجمهورية اليمنية، وستبدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م. وأخيرا صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية.^(٣)

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٠٢.
(٢) في جمهورية اليمن الديمقراطي القانون المدني رقم ٨ لعام ١٩٨٨ والمكون من (١٩٣٠) مادة لم يرد مصطلح العقد الإداري على الرغم من الفصل الرابع من القانون أورد مصطلح العقود الواردة على الأعمال ومنها المقاوله وعقود النقل...إلخ.
(٣) انظر د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٧.

المبحث الثاني

أركان العقد الإداري وشروط صحته

شأنه شأن عقود القانون الخاص، يقوم العقد الإداري على ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب.

ولكي يكون العقد صحيحاً فإنه يجب أن يكون كل من طرفيه متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرامه وسنتناول أركان العقد في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نبحث في شروطه صحة العقد.

وسنقتصر في ذلك على الأحكام الخاصة التي يتمتع بها العقد الإداري. ومحيلين القارئ في عموميات الالتزام إلى مراجع القانون المدني.

المطلب الأول

أركان العقد الإداري

وتتكون أركان العقد الإداري من الرضا والمحل والسبب، ونتناولها في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الرضا

يقصد بالرضا في العقود اتجاه إرادتين واتفقهما نحو إحداث أثر قانوني. ولما كانت الإرادة أمر باطني يدور في النفس الإنسانية فلا بد من أن يكون لهذه الإرادة مظهر خارجي يسمى (التعبير عن الإرادة) سواء كان هذا المظهر قولاً أو كتابة أو إشارة أو عملاً.

وتغلب في العقود الإدارية الصفة الشكلية في التعبير عن الرضا وذلك بواسطة الكتابة وصدور قرار إداري عن المدير المختص بالتعاقد وكما هو الحال في عقود القانون الخاص وقد يكون ذلك التعبير صريحاً وقد يكون

ضمنيا. إذا كانت الوسيلة المستعملة لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود غير أن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة.^(١)

ومثال ذلك قيام شخص باستئجار مرفق ما وبعد انتهاء مدة الإيجار يبقى ذلك الشخص مستغلا له، وقيامه بالطلب من الإدارة بتجهيزه بالمواد اللازمة لإدامة العمل بذلك المرفق واستجابتها لذلك أو استلامها لأجور الاستغلال الجديد كل ذلك يعد أمورا تدل على القبول الضمني من جانب الإدارة نحو تجديد عقد الإيجار.

وقد يستفاد من الرضا من مجرد سكوت الإدارة. ومن ذلك قيام أحد المتعهدين بتوريد لإدارة من الإدارات بضائع بكميات متفق عليها بين الطرفين غير أنه كان يضيف إلى تلك الكميات في كل مرة كميات أخرى ولم تعترض الإدارة على تلك الإضافات في حينه فتكون ملزمة بدفع أقيام تلك الإضافات.

ويشترط الفقه^(٢) لسلامة الرضا الصادر من الإدارة، أن يكون صادرا من جهة إدارية مختصة بالتعاقد وضمن صلاحياتها المالية. وإذا أشرط القانون شكلية معينة لصدور تلك الإرادة فيجب أن تتوافر ابتداء كأن يكون التعبير عن الإرادة صادرا من لجنة مختصة بالتعاقد أو أن هناك إجراءات تمهيدية لإبرام العقد. حتى لو كانت تلك الإجراءات بسيطة فيجب أن تتبعها الإدارة لأنها في الحقيقة هي التي تبعث على إيجاد الطمأنينة فيما بعد على سلامة التعبير عن رضاها.

(١) انظر د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مطبعة التعليم العالي في الموصل، ١٩٨٩، ص ٩٢.

(٢) انظر د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٣.

ولا شك في أنه يجب أن يخلو رضا الإدارة من العيوب التي تشوبه عادة كالغلط والتغريب والإكراه. سندرس هذه العيوب في المطلب الثاني من هذا المبحث.

الفرع الثاني

المحل

يعرف المحل في الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم به المدين بالقيام به أو بعدم القيام به.^(١) وبموجب القانون المدني اليمني (يلزم لكل عقد محل معقود عليه يضاف إليه يكون قابلاً لأحكامه ويكون محل العقد (المعقود عليه) مالا أو منفعة أودينا أو عملاً أو امتناعاً عن عمل).

وكما هو الحال في العقود المدنية. فإن الشروط الواجب توافرها في محل العقد هي:^(٢)

- ١- أن يكون قابلاً لأحكام العقد شرعاً.
- ٢- أن يكون محقق الوجود عند إنشاء العقد إلا المسلم فيه أو ما في الذمة.
- ٣- أن يكون معلوماً.
- ٤- أن يكون مقنوراً على تسليمه أو القيام به.

ويجب التأكد بأن محل العقد لا يكون غير مشروع لمخالفته النظام العام المعروف في القانون الخاص فقط وإنما يضاف إليه طبيعة بعض الأعمال التي لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال محلاً للتعاقد كالمراكز التنظيمية الناشئة عن الوظيفة العامة. كما أن الموظف الذي يتعاقد بخصوص أمر لا

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) المادة (١٨٥) قانون مدني يمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م

يجعله المشرع من اختصاصه لا يرتكب عملاً مشوباً بعيب الاختصاص فقط وإنما يتعدى خطأه أيضاً إلى محل العقد فيغدو غير مشروع.

وقد يفرض القانون حظراً على الإدارة فيما يتعلق بأمر التعاقد كأن يحظر عليها التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية إذا كان القصد من ذلك استنفاد اعتمادات الميزانية لديها. وكذلك منع الموظفين من التعاقد حول الموضوعات التي أعلنت دوائهم التعاقد بشأنها. وقد يكون محل العقد الإداري غير ممكن التنفيذ لوجود عوائق مادية لا يمكن تجاوزها.^(١)

الفرع الثالث

السبب

يعد السبب ركناً جوهرياً أساسياً في العقود الإدارية، ويطبق أيضاً في هذه الحالة القواعد المقررة بالقانون الخاص مع مراعاة تستلزمه طبيعة العقد الإداري، ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي يشير صراحة إلى ركن السبب هو الحكم الصادر في ٢٩ يناير ١٩٤٧ في قضية (Michaux).^(٢)

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه، ذلك ما نص عليه القانون اليمني.^(٣)

وإذا كانت هذه الافتراضات تقتضيها طبيعة التعامل واستقرار العلاقات القانونية في إطار القانون الخاص، فإن ذات المبررات تكون مقتضاه في العقود الإدارية مضافاً إليها أن من مقتضيات حسن الإدارة التعامل المشروع من حيث المبدأ وأن هدف الإدارة في العقد هو تحقيق مصلحة عامة. ولهذا كذلك جميع

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٢) انظر د. سعيد حسن علي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٦٧.

(٣) المادة (١٩٧).

القرارات الإدارية المؤدية إلى التعاقد وفي أية مرحلة من مراحل العقد المشروعة إلى أن يثبت العكس. ومعنى ذلك في القانون الإداري يضاف إلى قرينة العقد، التي احتوتها القاعدة العامة في القانون المدني قرينة أخرى هي مشروعية القرارات الإدارية المنظمة للعقد من هذه الناحية أو تلك.^(١)

المطلب الثاني

صحة العقد الإداري

لا شك في أن توافر أركان أو شروط انعقاد العقد الإداري ليست كافية، بل يجب أن يكون العقد صحيحا وغير قابل للإبطال فتصدر الإرادة من شخصين لديهما الأهلية اللازمة لإبرامه. وأن يكون رضا كل منهم سليما وليس مشوبا بعيب يبطله.

ويبرز هنا سؤال مفاده كيف يمكننا تحديد أهلية الإدارة فهي شخص غير طبيعي. وبالتالي كيف نتحقق من سلامة الرضا في العقد الإداري؟ وما هو الجزاء المترتب على مخالفة شروط الانعقاد والصحة في العقد الإداري؟ نحاول الإجابة عن تلك الأسئلة في الفروع الآتية:

الفرع الأول

تحديد أهلية الإدارة

الأهلية صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمال تلك الحقوق.^(٢)

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٥.
(٢) انظر د. يحيى قاسم علي سهل، المدخل لدراسة العلوم الإدارية، الطبعة الأولى، مطبعة كوميت، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٢٨٠.

ولهذا فهي على نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء. فأهلية الوجوب هي صفة تقوم بشخص تجعله صالحا لأن يتعلق به حق معين له أو عليه أما أهلية الأداء فهي صفة تقوم بشخص تجعله صالحا للمباشرة بنفسه عملاً قانونياً أو قضائياً خاصاً بالحقوق والواجبات التي يصلح هذا الشخص لتعلقها به.

هذا، ولا يثبت للإدارة بوصفها شخص معنوي من الحقوق، ولا يكون عليها واجبا إلا بما يتناسب مع صفتها هذه. فالأصل أن الإدارة تملك كالأشخاص الطبيعيين أهلية وجوب كاملة ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك. ومن الحالات التي يقيد فيها القانون أهلية الإدارة، منعه لها من قبول الهبات والتبرعات وتملك العقارات، وغير ذلك لكي لا تكون تلك الأموال محبوسة عن التداول فتضر بالاقتصاد الوطني. وقد يحصر نشاط الإدارة بممارسة أنواع محددة من الحقوق لتحقيق الأغراض التي تنشأ من أجلها بموجب قانون إنشائها.^(١)

وقد نصت المادة (٨٨) من القانون المدني على أن (الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها متصلاً بصفة الإنسان الطبيعية فيكون لها:

- ١- ذمة مالية مستقلة.
- ٢- أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون.
- ٣- حق التقاضي.
- ٤- موطن مستقل طبقاً لما هو مبين في قانون المرافعات.
- ٥- نائب يعبر عن إرادته ويمثله في التقاضي وغيره.

ومن نافلة القول، أن أهلية الأداء أي قدرة الإدارة على ممارسة حقوقها وواجباتها بموجب القانون تختلف عن تلك القدرة التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيين. ف رئيس الدائرة المختص بالتعاقد يكون هو المعبر عن إرادة الإدارة

(١) انظر د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٧.

ولس أحد سواه. وقد يكون المخول بالتعاقد مجلس إدارة أو لجنة حسب ما تحدده القوانين واللوائح. والأصل أن الإدارة تعد كاملة أهلية الأداء فيما تبرمه من عقود وذلك إلا ما يرد به نص قانوني مانع. مع الأخذ بنظر الاعتبار أن الرقابة الإدارية تفرض قيوداً على هذه الأهلية. فالعقود التي تبرمها الإدارة الدنيا والمجالس المحلية لا تنفذ ما لم تصادق عليها سلطاتها الرئاسية. ولذلك فأن قواعد الاختصاص في ممارسة النشاط الإداري يحكم موضوع العقد من هذه الناحية ولما كانت من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. كما لا يجوز الحلول بالتعاقد إلا بقانون.

ولا تجوز الإجازة اللاحقة على العقد الإداري من قبل الإدارة المختصة إذا ما تجاوزت إحدى الإدارات صلاحياتها الإدارية أو المالية بالتعاقد.^(١)

المطلب الثالث

سلامة الرضا في العقود الإدارية

سبق القول بأن الرضا يعني إتجاه إرادة الشخص نحو أمر معين. لذلك يجب أن تكون تلك الإرادة سليمة من الناحية القانونية لكي تنتج أثراً قانونياً جائزاً كالعقد.

ونقصد بسلامة الإرادة خلوها من عيوب الرضا المعروفة كالغلط والغبن والتدليس والإكراه.

قد عالج المشرع في القانون المدني اليمني موضوع سلامة الرضا في المواد (٧٤، ١٧٥، ١٧٩، ١٨١) وهي الغلط والإكراه، والتدليس والغبن.

أولاً - الغلط:

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٨.

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم بذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته. والغلط المقصود هو الغلط الذي يقع وقت تكوين الإرادة لأنه هو الغلط الذي يقوم بنفس من صدرت منه الإرادة وليس الغلط الذي يقوم بنفس من توجهت نحوه الإدارة كالغلط في التعبير أو في نقل أو تفسير المعني إلى الطرف الآخر.^(١)

وبناء على ذلك إذا تعاقدت إحدى الإدارات مع أحد ممثلي الشركات وتبين لها فيما بعد أنه تعاقد معها بصفته الشخصية تكون تلك الإرادة قد وقعت في خطأ تحديد شخص المتعاقد، لأن صفة الشخص التي وقع الغلط فيها اعتبرت جوهرية إذا كانت دافعا إلى التعاقد.

ثانيا - الإكراه:

الإكراه هو حمل القادر غيره على ما لا يرضاه قولاً أو فعلاً ويكون الإكراه بمثابة ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص ويبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد.^(٢)

ولما كان الإكراه نادر الوقوع في العقود الإدارية سواء من جانب الإدارة أو من جانب المتعاقد فأن معظم الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد هي أحكام سلبية يكتفي فيها المجلس بإبطال العقد إذا ما شاب الرضا إكراه بالمعنى المعروف في القانون المدني.^(٣)

غير أننا يمكن أن نتصور وقوع بعض حالات الإكراه من جانب الإدارة. من ذلك مثلا : تهديد الإدارة لأحد الأشخاص بأنه ما لم يشتري الأرض المجاورة لأرضه والتي عليها حقوق إرتفاق بالسعر الذي تقره جزافاً فأنها سوف تتبعها

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٩٨.

(٢) المادة (١٧٥) مدني يماني.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٦٥، ص ٢٨٤.

بطريقة المزاد العلني وقد لا يكون من نصيبه مما يهدد حقوق إرتفاقه عليها. فينعقد العقد بناء على هذا الإكراه.

وقد يتمثل الإكراه بضغط تمارسه الإدارة على أحد المتعاقدين تجبره فيه على طلب فسخ العقد لكي يتجنب دفع تعويض مادي على إنهاء العقد في غير الوقت المحدد دون صدور خطأ من جانب المتعاقد.

كأن تبلغ الإدارة أحد مستغلي مرافقها بأن الدولة سوف بأن الدولة سوف تراجع أجور التزام المرافق العامة بنسبة كبيرة جدا أو سوف ترفع أجور العمالة كثيرا دون أن ترفع أسعار خدمات تلك المرافق. فبهذا تكون الإدارة قد بعثت في نفسه الرهبة من مقدار الخسارة التي سوف يتكبدها ما لم يتخلى عن إدارة المرفق محل العقد فيطلب فسخه.^(١)

المطلب الرابع

جزاء مخالفة شروط انعقاد العقد الإداري

أن جزاء مخالفة شروط انعقاد العقد الإداري من حيث توافر أركانه الثلاثة هو البطلان بطلانا مطلقا كما هو الحال في عقود القانون المدني فلكي يكون العقد الإداري صحيحا يجب أن يكون مشروعا ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل.

أما شروط صحة العقد الإداري فهي ليست كما عليه في القانون المدني ففي القانون المدني يكون الجزاء هو البطلان النسبي أما في العقود الإدارية فأن من حيث شروط صحتها تكون باطلة بطلانا مطلقا أو تكون باطلة بطلانا نسبيا

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٠١.

بحسب الأحوال. فعلى سبيل المثال تكون قواعد الاختصاص بالتعاقد وكذلك الأشكال والإجراءات أموراً جوهرية في العقد الإداري. فإذا ما تعاقدت إحدى الإدارات خارج حدود اختصاصاتها الإدارية عد العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. كذلك الخطأ والنقص في الوثائق اللازمة لإبرام العقد يبطله بشكل مطلق.^(١)

أما حينما تعقد الإدارة عقداً ما متجاوزاً حدود اعتماداتها المالية فإن العقد يكون موقوفاً لحين توافر ذلك الاعتماد. فيما لو رغب المتعاقد الاستمرار بتنفيذ التزاماته مع الإدارة. وقد تبادر الإدارة العليا بتخصيص اعتماد كاف لتغطية نفقات العقد المبرم فيعتبر العقد نافذاً. وتعد الإجازة المالية بمثابة إجازة لاحقة للعقد.

كما أن هناك بعض القواعد المقررة لصالح الإدارة ولا تتعارض مع المصلحة العامة. فلا يترتب على مخالفتها البطلان المطلق للعقد من ذلك وجود تعليمات أو قرارات تمنع الإدارة من شراء مواد غالية الثمن أو تمنعها من الشراء في الشهر الأخير من السنة المالية كي لا تستهلك رصيدها المالي دون مبرر. فهذه القواعد ليست من النظام العام يجوز إبرام عقود على خلافها دون أن تكون باطلة بطلاناً مطلقاً.

وتجدر الإشارة إلى أن بطلان العقد الإداري كما هو في العقد المدني لا يكون إلا بصدور حكم قضائي. ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا ما وقعت الإدارة في غبن فاحش يصيب أموال الدولة.

هذا، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان العقد. فيجوز للمتقدمين بالمناقصات والمزايدات العامة الطعن في صحة إجراءات التعاقد التي تمت بين أحدهم والإدارة سواء بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد أو بالعقد ذاته.

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٠٢.

ويترتب على الحكم ببطلان العقد الإداري هو إلغاء الآثار التي ترتبت على وجوده. فالمحكمة عندما تقضي بإلغاء العقد الإداري يعد كأنه لم يكن فإذا ما اكتشف البطلان قبل تنفيذ العقد أصبح التنفيذ غير ذي موضوع. أما إذا كان العقد قد نفذ فإنه يجب رد ما سبق تنفيذه.

وتقضي القواعد العامة هنا بأن العقد الباطل لا ينعقد ولا ينفذ الحكم أصلاً فإذا أبطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل.

المبحث الثالث

معايير تمييز العقد الإداري

مر تمييز العقد الإداري عن عقود الإدارة الأخرى بمراحل زمنية متعاقبة بدأت بمحاولة المشرع تمييز عقود الإدارة بإرادته، وفق ما يسمى في نظرية العقد الإداري بمرحلة العقود الإدارية بتحديد القانون ثم أعقبت ذلك مرحلة أخرى وضع فيها القضاء الإداري عدة معايير للتمييز سميت بمرحلة التمييز القضائي للعقود الإدارية.

ونعرض لذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

العقود الإدارية بتحديد القانون

يلجأ المشرع في بعض الأحيان - وعندما يجد أن تطبيق نظام القانون العام أكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص - إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تنشئه من منازعات ويطلق على هذه (العقود الإدارية بتحديد القانون).^(١)

وقد ظهر هذا التحديد أول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بأنها إدارية وخص مجلس الدولة فيما تنشئه من منازعات سعياً منها لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القاضي العادي من التصدي لأعمال الإدارة، فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة.

(١) انظر د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٠٢.
د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

وقد تمثلت النصوص التي عقدت الاختصاص فيما تنبئ من منازعات لمجلس الأقاليم بموجب قانون ٢٨ بلنوز "السنة الثامنة للثورة". وكذلك المرسوم الصادر في ١١/٦/١٨٠٦ المتعلق بعقود التوريد والقانون الصادر في ١٧/٧/١٧٩٠ و ٢٦/٩/١٧٩٣ المتعلق بعقود القروض العامة وعقود بيع أملاك الدولة والمرسوم بقانون الصادر في ١٧/٦/١٩٣٠ عد كل عقد يتضمن شغلاً لمال عام عقداً إدارياً في كل الحالات أياً كان شكله أو تسميته وسواء أبرمته الإدارة المركزية أم جهاز لا مركزي إقليمي أو مرفقي أو ملتزم لمرفق عام.^(١)

أما في مصر فقد حدد المشرع في المادة العاشرة من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، العقود الإدارية التي يختص مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عنها بالنص (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر).^(٢)

وتعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية لكثير من النقد لأسباب ترجع إلى طبيعة بعض العقود التي قد لا تتلائم مع التكيف الذي يضيفه عليها المشرع، وفي الحالات التي ينسجم فيها هذا التكيف مع طبيعة العقد ومضمونه فإن تحديد المشرع له يكون كاشفاً فقط.^(٣)

(١) الأستاذ عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٢٢٢.

(٢) د. مجدي الشامي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(٣) عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

المطلب الثاني

التمييز القضائي للعقود الإدارية

أدت الانتقادات الموجهة لتحديد المشرع للعقود الإدارية وسعي القضاء نحو توسيع اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى لسد ما في التشريع من نقص إلى تكفل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل، وفي حالة توفرها يكون العقد إدارياً وبعبارة أخرى يبقى العقد ضمن دائرة القانون الخاص. وقد ظهرت هذه المعايير نتيجة لتطور قضائي طويل انتقل فيه غلبة كل معيار على الآخر تباعاً:

وفيما يلي ندرس هذه المعايير التي اعتمدها القضاء والفقهاء الإداريان في تمييز العقود الإدارية.

الفرع الأول

أن تكون الإدارة طرفاً في العقد

لكي يكون العقد إدارياً يجب أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، أي يجب أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، فإذا خلا العقد من ذلك، فإنه لا يكون إدارياً، لأن أحكام القانون العام قد جاءت لكي تحكم نشاط الإدارة، دون النشاطات الخاصة، كما أن وجود الإدارة طرفاً في العقد ليس كافياً لتحويله إلى عقد إداري إذا لم يتوفر فيه الشرطان الآخريان.^(١)

ونصت المادة (٨٧) من القانون المدني اليمني على أن: (الأشخاص الاعتباريون هم:

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

١- الدولة والمحافظات والمدن والمديريات بالشروط التي يحددها القانون والوزارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية.

٢- الهيئات التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية.

٣- الأوقاف.

٤- الشركات التجارية والمدنية.

٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام الجمعيات والمؤسسات المبينة في هذا القانون.

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى القانون.

ويتضح من ذلك أن هناك نوعين من الأشخاص المعنوية أولهما: الأشخاص المعنوية العامة، وتخضع لأحكام القانون العام وهي التي تعنيها، ثانيهما: الأشخاص المعنوية الخاصة، وتحكمها قواعد القانون الخاص، ولا شأن لنا بها في هذا المقام.

كما يتضح أيضاً من المادة المذكورة نوعين من الأشخاص الاعتبارية العامة.

النوع الأول: الأشخاص المعنوية العامة المركزية كالدولة، والأشخاص الاعتبارية الإقليمية وتشمل المحافظات والمدن والمديريات والوزارات.

النوع الثاني: الأشخاص الاعتبارية المصلحية كالجمعيات والمؤسسات والمرافق العامة.

ويطلق الفقه على تلك الأشخاص اسم المؤسسة العام أو الهيئة العامة، التي وصفت بأنها مرفق يدار بمعرفة منظمة عامة وتتمتع بالأشخصية الاعتبارية.

وتجب الإشارة إلى أن الإدارة قد لا تظهر في العقود كطرف متعاقد، رغم ذلك يغدو العقد إداريا طالما كان أحد طرفيه يتعاقد باسم الإدارة ولحسابها، لأن هذه العقود يكون ملحوظاً فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص وسلطة الحكومة في الإشراف على تنفيذها ومراقبتها، ضمانا لتحقيق الصالح العام الذي هو كل غايتها.^(١)

الفرع الثاني

اتصال العقد بنشاط مرفق عام

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

وبعد أن كان القضاء في فرنسا ومصر يتبنى المعنى العضوي للمرفق تطورت أحكامه للجمع بين المعنيين - ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي - فعرف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو التعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهاتها وذلك إشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام.

تطور فكرة المرفق العام:

ظهرت فكرة المرفق العام وتبلورت ابتداء من الربع الأخير من القرن التاسع عشر فأصبحت الفكرة الأساسية، التي اعتمدتها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في تقرير معيار لاختصاص القضاء الإداري ومن حكم Rotschild الصادر في ١٩٥٥/٩/٦ و Dekeisten عام ١٨٦١

(١) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

وBlanco بتاريخ ١٨٧٣/٢/٨. وعزز هذا الاتجاه وضع العميد Duguit لأسس نظريته عن المرافق العامة التي كان لها شأن كبير في نظريات القانون الإداري التي باتت تقوم على اعتبار المرفق العام ومقتضيات سيره، المبرر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاص.

والدولة في هذا الاتجاه تسعى نحو تحقيق هدف معين هو حسن أداء المرافق العامة، وتستعمل في هذا السبيل، وسائل القانون العام، لأن المرفق العام أصبح يمثل الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري الذي أصبح يسمى "قانون المرافق العامة" ويتحدد تطبيقه على أساسها.^(١)

ووفقاً لما سبق فإن العقود الإدارية لا تكتسب صفتها هذه إلا إذا اتصلت بنشاط مرفق من المرافق العامة، فأصبحت هذه النظرية معياراً مميزاً للعقد الإداري عن عقود القانون الخاص. وقد أدى تطور الحياة الإدارية، والتغيرات الكبيرة التي طرأت في القواعد التي نهضت عليها فكرة المرافق العامة، بتأثير من سياسة الاقتصاد الموجه والمبادئ الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي وما رافق ذلك من ظهور المرافق والاجتماعية والصناعية والمرافق المهنية المختلفة، لم تعد نظرية المرافق العامة تحظى بأهميتها السابقة مما عرضها للنقد الشديد.

وذهب البعض إلى القول أن مفهوم المرفق وأهميته بالنسبة للقانون الإداري قد أصبحت ثانوية، في حين اعتبر آخرون ما حصل تطوراً في مفهوم المرفق العام.^(٢)

(١) د. مجدي الشامي، القانون الإداري..، مرجع سابق، ص ٢٤٥.
(٢) انظر د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة دمشق، ١٩٨٧، ص ٦٢٠. د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٠٣.

وعلى الرغم من الانتقاد الذي أصاب نظرية المرفق العام بقيت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري تؤكد ضرورة اتصال العقد بنشاط مرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية عليه.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإداري لم تعد كافية أو صالحة للتطبيق.^(١)

لذلك قيل أن من الضروري أن يحدد هذا المعيار بإضافة عنصر جديد يتمثل باستعمال أساليب القانون العام، بعد أن تبين ما في فكرة المرفق العام من سعة وعدم اقتصار على المرافق الإدارية شموله للمرافق الاقتصادية والتجارية وتجلّى ذلك بظهور المعيار المزدوج الذي يجمع بين فكرتي المرفق العام واستخدام وسائل القانون العام.

فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٠٣ حكمه في قضية (Ternia) الذي كان يمثل مع تقرير مفوض الدولة (Romieu) نقطة تحول في قرارات مجلس الدولة، فقد تعرض مفوض الدولة في تقريره إلى النظرية الإدارية الخاصة بوصفها معياراً لتوزيع الاختصاص بين القضائيين المدني والإداري وورد في تقريره (وتتم هذه التفرقة بين ما أقترح تسميته بالإدارة العامة والإدارة الخاصة أما على أساس طبيعة المرفق محل النظر وأما على أساس التصرف الذي يتعين تقديره فقد يكون المرفق مع أهميته للشخص العام لا يتعلق إلا بإدارة دوميته الخاص، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص العام يتصرف كشخص خاص، كمالك في أوضاع القواعد العامة، ومن جهة أخرى قد تحدث أن الإدارة وإن تصرفت لا كشخص خاص ولكن كشخص عام لمصلحة مرفق عام بالمعنى الحقيقي لا تتمسك بالإفادة من مركزها كشخص عام وتضع نفسها باختيارها في نفس أوضاع الفرد سواء بإبرام أحد عقود القواعد العامة ذي طابع

(١) د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص

حدده التقنين المدني بوضوح (استئجار عقار مثلاً لتقرر فيه مكاتب إدارة ما) لا يفترض بذاته تطبيق أية قاعدة خاصة بتسيير المرافق العامة.

واتجهت في هذا التاريخ آراء الفقه في الأغلب إلى رأي مفاده أن الإدارة إذا ما أتبعَت أساليب القانون العام فأن عقودها تتبع بالطابع الإداري أما إذا كانت أساليبها متشابهة وأساليب الأفراد في القانون الخاص فتكون عقودها مدنية أو تجارية.

واستقر الاتجاه ذاته في قرارات مجلس الدولة الفرنسي كالحكم في قضية شركة الجرائيت^(١) الذي جاء فيه (ومن حيث أن العقد المبرم بين المدينة والشركة خلا من أي أشغال تنفذها الشركة وكان محله الوحيد التوريد عند التسليم حسب قواعد وشروط العقد المبرمة بين الأفراد، وأنه بهذا يثير الطلب منازعة لا يختص القضاء الإداري بنظرها.

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

ومن ذلك الوقت برز مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي تخرج عن المألوف في قواعد القانون المدني معيارا رئيسيا ينهض إلى جانب معيار المرفق العام للتعبير عن نية الإدارة في إتباع أسلوب القانون العام.

فلا يكفي وفق هذه النظرية اتصال العقد بمرفق عام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد مثلما لا يكفي تضمن العقد لشروط استثنائية لاعتباره عقدا إداريا.

(١) الحكم الصادر في ١٩١٢/٧/٣١ أشار إليه مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٨ وكذلك عبد العزيز محمد الصغير، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

وقد قضت في ذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كنت ضرورية لكي يصبح العقد إداريا ليست كافية لمنح تلك الصفة، اعتبار بأن قواعد القانون العام ليست علاقة حتمية بالمرفق إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص.^(١)

وبالرغم من التأييد الكبير الذي حظيت به فكرة المعيار المزدوج حاول أنصار نظرية المرفق العام إحياء نظريتهم والاكتفاء بها معيارا وحيدا لتمييز العقد الإداري واسد تبعاد وسائل القانون العام ممثلة في الشروط الاستثنائية عن طريق أساليب عدة لعل من أهمها نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام.

نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:^(٢)

أصدر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٠ قرار مهما عد إحياء لنظرية المرفق العام، ينحصر مضمونه على أن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته يعد إداريا دون البحث في صفة العقد الإداري أو تضمينه شروطاً غير مألوفة.

وتتلخص وقائع هذا الحكم الذي سمي بحكم الزوجين بيرتان Epouz Bertin أنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعايا الروس في فرنسا في مراكز الإيواء تمهيدا إلى ترحيلهم إلى بلادهم وفي تاريخ ١٩٤٤/١١/٢٤ أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان (بيرتان) يلتزم هذان

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٧/٦/٢ أشار إليه د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٢) د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

الزوجان بمقتضاه بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم.

وأدعى الزوجان عام ١٩٤٥ أن المقابل المستحق لهما قد زاد مقداره لزيادة كميات الأغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز وطلبا المقابل لهذه الزيادة، إلا أن الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع. فأقام الزوجان الدعوى أمام مجلس الدولة. دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستتدة أن العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً.

ورفض مجلس الدولة هذا الدفع وحكم (أن محل العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى أصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته المكلف آنذاك بكفالة إعادة اللاجئين من جنسيات أجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى أوطانهم وأن هذا الظرف يكفي بذاته في دمج العقد محل البحث بصفة العقد الإداري، وأنه يترتب على ذلك دون حاجة لبحث ما إذا كان العقد المذكور يتضمن شروطاً غير مألوفة في القواعد العامة.

وأصدر مجلس الدولة بعد هذا الحكم بعشرين يوماً قراراً آخر يؤكد هذا المبدأ في قضية Gondrand.

ودرجت محكمة التنازع على ذلك ففي قضية Houend في ١٢/٦/١٩٧٨ وفي قراراتين اعتبرت المحكمة عمل موظفة في مدرسة للفتيات تقوم بمراقبة نوم الفتيات (النهوض والنوم) اشتراكاً بصورة مباشرة في تنفيذ خدمة عامة تخص التعليم وكذلك اعتبرت عمل زوجها وهو عامل مكلف بصيانة بعض الأجهزة وتعليم الطلاب استعمالها.

وأطردت أحكام القضاء الإداري الفرنسي في المجال نفسه على اعتبار الفنانين الذين يعملون في المسرح البلدي كالمغنيين أو الراقصات أو العازفين،

مشتركين في تنفيذ المرفق العام وهو ما قضت به محكمة التنازع في ١٩٧٩/١/١٧ في قضية Dme Lecachey et autres.

وقد وجد هذا الاتجاه تطبيقاً له في قضاء محكمة القضاء الإداري المصري حيث ورد في قرار لها في ١٩٦٣/١/٢٧ (قاعدة ضرورة إطراد سير المرافق العامة تتطلب أن تطبق على الأشخاص الذين يساهمون في تسيير قواعد معينة لا يجب تعليق طبيعتها على وجود أو تخلف شروط غير مألوفة في العقد المبرم بين الشخص المعنوي العام وبين الأفراد المعاونين له، خاصة إذا توافرت للمرفق أهمية خاصة أو بلغت معاونة الفرد المتعاقد مع الإدارة درجة كبيرة فأن معيار العقد الإداري يكون حينئذ معياراً منفرداً قائماً بذاته لا ضرورة لبحث شروطه من ناحية ما إذا كانت تتضمن استثناءات غير مألوفة في القانون الخاص).^(١)

وبرزت أحكام في الاتجاه نفسه تقريباً تعد اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصورة دائمة كافياً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد دون الحاجة للبحث عما يحتويه من شروط استثنائية غير مألوفة.

وعلى هذا فأن العقد الذي يعهد إلى المتعاقد بصورة مباشرة بتنفيذ المرفق نفسه أو يتضمن اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق بصفة دائمة يعد إدارياً دون الحاجة إلى أي شروط أخرى.

وقد عد أنصار فكرة المرفق ذاته أن أحكام مجلس الدولة المؤيدة لاتجاههم قد أدت إلى استبعاد الرأي القائل بصلاحيّة الشروط غير المألوفة لتكون معياراً وحيداً لتمييز العقد الإداري، وأن هذه الفكرة أعادت الأهمية لنظرية المرفق العام.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ١٩٩٣/١/٢٧ أشار إليه مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

فذهب Lamaraue إلى أن المعيار المأخوذ من موضوع العقد، ويقصد معيار تنفيذ المرفق ذاته ، يبدو أكثر إيجابية وإن عد العقد إداريا إذا أحتوى على شروط غير مألوفة لا يضيفي إلى العقد إلا عنصرا إضافيا.

في حين ذهب Prosper إلى القول أن معيار العقد الإداري أصبح بصدور حكم (بيتان) في أزمة بددت الاستقرار والتوازن الذي استمر لفترة طويلة في ظل المعيار المزدوج.

وأيد هذا القضاء جانب من الفقهاء في مصر وأورد أحدهم قائلًا: ^(١) (لذلك لا غرو أن يكون حكم مجلس الدولة الذي صدر في ١٩٥٦/٤/٢٠ - يقصد حكم بيرتان - من أحكام المبادئ أعاد الحياة لقضاء قديم، وإعادة شابا يعمل في مجالات أكثر اتساعا). غير أن ذلك لا يعني إجماع القضاء والفقهاء حول اعتماد هذا المبدأ معيارا كافيا لتمييز العقد الإداري فما زالت نظرية الشروط الاستثنائية تتمتع بأهمية كبيرة في هذا المجال وتحظى بتأييد جانب كبير من الفقهاء. ^(٢)

الفرع الثالث

إتباع أسلوب القانون العام

لا يكفي أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية، كما لا يكفي اتصال ذلك العقد بمرفق عام. وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة اساليب ووسائل القانون العام. وهي ما تسمى بالشروط غير المألوفة في القانون

(١) د. عبد الفتاح حسن، المرفق العام في القضاء الإداري الحديث، مجلة القضاء والقانون، الكويت، السنة الأولى، العدد الثالث، ص ١٧.

(٢) د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

الخاص وعند البعض تسمى بالشروط الاستثنائية وهذه الشروط متعددة وليست محددة. وأمثلتها كثيرة منها احتفاظ الإدارة في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين الطرفين كحقها في إجراء تعديلات على العقد في أي وقت وحقها في فسخه وفي توقيع جزاء على المتعاقد وفي استبعاد العطاءات في المزايدات والمناقصات وغير ذلك.^(١)

ويعد الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية Terrien عام ١٩٠٣ نقطة البداية كانت في هذا الجانب فالمجلس رغم أنه قرر في هذا الحكم بأن (كل ما يتعلق بتنظيم أو سير المرافق العامة، قومية كانت أو محلية وسواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة أو تصرفاً قانونياً يعد عملاً إدارياً بطبيعته ويخضع بالتالي لاختصاص القضاء الإداري).

إلا أن التقرير الذي قدمه مفوض الحكومة (روميو) في تلك القضية تضمن تحفظاً هاماً مفاده وجوب احتواء العقد شروط استثنائية لكي ينطبع بالطابع الإداري. ومما جاء في التقرير المذكور: (أن القضاء يختص سواء بالنسبة للأشخاص العامة المحلية، أو بالنسبة للدولة بتقرير متى نكون أمام مرفق عام يسير وفقاً لقواعده العامة وطبيعته الإدارية أو بالعكس أمام أعمال لو أنها تهم المجموع إلا أنها تنتمي إلى طريقة الإدارة الخاصة وبقصد بقاء الإدارة في نطاق علاقات وأوضاع القانون الخاص).^(٢)

وما لبث مجلس الدولة الفرنسي أن عدل عن تمسكه بفكرة المرفق العام كمعيار رئيسي لتمييز العقود الإدارية وسار بذات الاتجاه الوارد في تحفظ مفوض الحكومة (روميو) في حكم (تيريه) السابق الإشارة إليه وذلك في عام ١٩١٢ في قضية شركة (الجرانيت) حيث قضى المجلس (بأن عقد التوريد

(١) د. محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) انظر د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ١٩٧٣، ص ١٤.

المبرم بين الإدارة وأحد الموردين بشأن توريد حجارة (الجرانيت) وفقاً لنفس الشروط والقواعد التي تحكم عقود الأفراد، ولا يعد عقداً إدارياً بل عقداً مدنياً يخضع لاختصاص المحاكم المدنية).

وتبنى فقهاء القانون الإداري المعنى المخالف لذلك الحكم أي أن العقد يكون إدارياً متى ما استعملت الإدارة فيه أساليب القانون العام التي تخالف أساليب القانون الخاص.

وبعد ذلك توالت أحكام القضاء الإداري الفرنسي في اتجاه عدم الاعتراف بالعقد بأنه إداري ما لم يتضمن شروطاً استثنائية وهكذا أضاف المجلس إلى عقود التوريد جميع العقود الأخرى استناداً إلى نفس الأسس. وفيما يأتي ندرس طبيعة الشروط الاستثنائية وأنواعها على الوجه الآتي:

أولاً: طبيعة الشروط الاستثنائية

ويطلق عليها كذلك الشروط غير المألوفة في العقود الخاصة، وقد كان القضاء الإداري في فرنسا يتطلب توفر شرط ثالث لاعتبار العقد إدارياً في العقود التي لا تكون تتصل اتصالاً وثيقاً بالمرفق العام وهو تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي أن وجود مثل هذه الشروط هو تعبير عن مظاهر السلطة العامة التي تستبعد تطبيق القانون الخاص.^(١)

وتحول مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الاجتهاد منذ عام ١٩٥٦ في قضية الزوجان مارتان وأصبح الشرط الأول هو وجود الشخص المعنوي العام ملزماً ويكتفي بأحد الشرطين التاليين أي تعلق العقد بمرفق عام أو تضمينه بنوداً غير مألوفة في العقود الخاصة.

(١) د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٦٤.

والشروط غير المألوفة في العقود العادية هي عبارة عن البنود أو الشروط التي لا نجدها في العقود التي تبرم بين الأفراد، وإذا وجدت فتعتبر باطلة لتعارضها مع النظام العام، وتعتبر في العقد الإداري عن امتيازات السلطة العامة لذلك فهي غريبة بطبيعتها عن عقود القانون الخاص التي يبرمها الأفراد ويقبلون بها بحرية فيما بينهم.

ويعرف مجلس الدولة الفرنسي الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة بأنها (الشروط أو البنود التي يخول موضوعها الأطراف المتعاقدة حقوقاً أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم وذلك في إطار القوانين المدنية أو التجارية) أو هي (الشروط التي لا نجدها في العقود التي تبرم من أشخاص القانون الخاص بل فقط من أشخاص القانون العام).^(١)

وعرف الفقيه فالين الشرط الاستثنائي بأنه الشرط الذي يعد باطلاً في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام.

ويرى الأستاذ (رينيه شابي) أن الشرط الاستثنائي (هو الشرط الذي يعد غير مشروع في القانون الخاص والذي لا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم). أما الأستاذ (برودو) فيرى أن الشرط الاستثنائي (هو ذلك الشرط الذي يعد غير مشروع في عقود القانون الخاص بحيث لا يجوز للأفراد إدراجه في عقودهم. ولو كانوا في مركز يسمح لهم بفرضه على المتعاقد معهم فهو يكشف عن مباشرة الإدارة لسلطات استثنائية لا تنيسر ولا تنتمي إلا إليها وحدها).

(١) د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٦٤.

ويرى (روفيير) بأنه ذلك الشرط الذي لا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم لأنه تطبيق لفكرة السلطة العامة).^(١)

ونستطيع التعرف على طبيعة هذه الشروط من بعض الأحكام التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي مثل الحكم الصادر في ٢٠ تشرين أول ١٩٥٠م حيث جاء فيه (أن الشروط، هي تلك التي تمنح المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري).

كما اعتبرت محكمة استئناف باريس في ١٩٥٤م من قبيل الشروط الاستثنائية، الشرط التي تحتفظ الإدارة بمقتضاه لنفسها بالحق في مراقبة ظروف الاستغلال وطريقته والإشراف عليه، وبإصدار الأوامر إلى المستغل، وتوقيع الجزاءات المالية عليه، وبالحق في أن تقوم بنفسها باتخاذ التدابير وتنفيذ الأعمال.

ولعل أهم الأحكام الصادرة بهذا الشأن، هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ يونيو عام ١٩٦٥م، ويتعلق بعقد (استغلال) أرض مملوكة لبلدية باريس. حيث رخص بموجب هذا العقد لإحدى الشركات بإقامة مدينة (للمنتديات) عليها وقد تضمن العقد ثلاثة شروط استثنائية:^(٢)

الأول: حق البلدية بمنع أي عرض أو احتفال غير منصوص عليه في العقد.

الثاني: الاحتفاظ لنفسها بحق فسخ العقد من جانبها لوحدها.

الثالث: حقها في مراقبة إيرادات الشركة المستغلة.

(١) د. محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢) د. محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٠.

وقد أيد مجلس الدولة تلك الشروط واعتبر الأول منها بمثابة شرط غير مألوف لاتصاله بفكرة السلطة العامة وبالذات سلطة البوليس الإداري. بينما اعتبر الثاني شرطاً استثنائياً لمخالفته المادة ١٨٨٤ من القانون المدني الفرنسي الذي لا يجيز الفسخ من جانب واحد مما يعد مخالفة للنظام العام في القانون المدني. أما الشرط الثالث فقد اعتبره المجلس من قبيل الشروط التي لم يجر العرف بها في عقود القانون الخاص، وهو شرط غير جائز في العقود المدنية بطبيعة الحال ما لم يكن العقد متضمناً مشاركة الإدارة للمستغل في الأرباح.

واستقر القضاء الإداري المصري على ضرورة توافر الشروط الثلاثة فقد قضت محكمة القضاء (العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العنا صر الأساسية لتكوينه لا يعد وأن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول إنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة من مرفق من المرافق العامة.^(١)

كما أنه يفترق عن العقد المدني في كون الشخص المعنوي العام يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله أما بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررّة بمقتضى القوانين واللوائح، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً لنفع عام.

فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازية، إذا بكفتي المتعاقدين غير متكافئة في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على

(١) د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٦٦.

المصلحة الفردية مما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكذا حق توقيع جزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري دون رضا هذا المتعاقد إنهاء مبتسرا ودون تدخل القضاء.

وتتبع في هذا العقد الإداري عند إبرامه أساليب معينة كالمناقصة أو المزايدة العامة أو الممارسة ويخضع في ذلك لإجراءات وقواعد مرسومة من حيث الشكل والاختصاص وشرط الكتابة فيه التي تتخذ عادة صورة دفتر شروط ملزم إذا أبرم العقد بناء على مناقصة عامة أو تتم بممارسة جاوزت قيمتها قدرا معيناً.^(١)

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ أشار د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ١٦٧.

المبحث الرابع

التعريف بأهم أنواع العقود الإدارية

العقود الإدارية متنوعة وكثيرة، إلا أننا سنقتصر في هذا المبحث على أهم هذه العقود وهي العقود الآتية: ^(١)

- ١- عقد التزام المرافق العامة
- ٢- عقد الأشغال العامة
- ٣- عقد التوريد
- ٤- وعقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام
- ٥- عقد النقل
- ٦- عقد إيجار الخدمات العامة وصفقة الدراسات
- ٧- عقد إيجار العقارات

المطلب الأول

عقد التزام المرافق العامة

ويعد أهم العقود لإدارية ويمكن تعريفه بأنه: (عقد إداري بمقتضاه تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لمدة محددة من الزمن، وتحت إشراف ورقابة الإدارة، ويقوم الملتزم (الفرد أو الشركة الخاصة) بإدارة المرفق على مسؤوليته وعلى نفقته وبعماله مقابل مزايا مادية

(١) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ٢٣٨. د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، المرجع السابق، ص ١٩٩.

وعينية أهمها الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالمرفق^(١) ويسمى هذا العقد (عقد امتياز المرافق العامة).

ويتسم عقد التزام المرافق العامة بالخصائص العامة الأساسية الآتية:^(٢)

١- التزام المرافق العامة موضوعه إدارة واستغلال مرفق من المرافق العامة التي تستهدف النفع العام. ولكن على عكس القاعدة العامة حيث تقوم الإدارة أو الأشخاص العامة بإدارة المرافق العامة، يبدو الالتزام كأسلوب استثنائي في إدارة واستغلال بعض المرافق العامة لأن القائم بالإدارة والاستغلال ليس هو الإدارة حسب القاعدة العامة وإنما هو فرد في الغالب شركة خاصة. والمرافق العامة التي تدار عن طريق الالتزام أو الامتياز (كما يسميه الفقه) هي مرافق من طبيعة اقتصادية تجارية أو صناعية، لأن هذه المرافق هي التي تكون خدماتها مدفوعة بأجر يشجع الأفراد أو الشركات على الالتزام بإدارتها واستغلالها، على عكس المرافق الأخرى الإدارية التي تتسم بالمجانة ولا يتصور فيها نظام الالتزام أو الامتياز. ومن أمثلة المرافق العامة الاقتصادية التي هي موضوع الالتزام مرافق النقل بالسيارات داخل المدن، ومرافق الاتصالات، ومرافق التعدين.

٢- تخضع مرافق الامتياز لرقابة قوية وإشراف فعال من الإدارة المتعاقدة (مانحة الالتزام) والجهة الإدارية قد تكون الدولة أو سلطة من السلطات المحلية اللامركزية. وصور الإشراف والرقابة كثيرة ومتعددة وتجد أساسها عادة في عقد الالتزام وفي القوانين واللوائح.

(١) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٢) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٢٤٠. د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

- ٣- يتحدد الالتزام بمدة محددة. وإذا كانت هذه المدة تتميز بطولها عادة إلا أنها لا يمكن أن تكون غير محددة، وشرط المدة ركن في العقد، لأنه لا يتصور أن يمنح الالتزام إلى ما لانهاية، لأنه استثناء من القاعدة التي تقضي بإدارة المرافق العامة عن طريق الأشخاص الإدارية العامة (الدولة - الهيئات المحلية - الهيئات العامة).
- ٤- في نظام الالتزام يتولى إدارة واستغلال المرفق شخص من أشخاص القانون الخاص وقد يكون فرداً، ولكن عادة يكون شركة قادرة على الوفاء بالأعمال والإنشاءات اللازمة لإدارة واستغلال المرفق. ومن ثم فإن الملتزم ليس موظفاً عاماً بالدولة، وكذلك عماله هم أجراء خاضعون للقانون الخاص يعملون بعقود عمل بينهم وبين الهيئة الخاصة التي تتولى استغلال المرفق. كذلك تقوم هذه الهيئة الخاصة بجميع الإنشاءات الضرورية للمرفق على نفقتها ومسئوليتها، كما أنها مسئولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة سير المرفق، وهكذا فالدولة أو الأشخاص العامة مانحة الالتزام لن تتحمل شيئاً من النفقات أو المسؤولية المادية. بل على العكس عادة ما يتضمن عقد الالتزام عودة المرفق بجميع إنشاءاته ومهامه إلى الإدارة مانحة الالتزام بانتهاء مدة العقد، مما يعود على الدولة بفوائد مادية كبيرة.
- ٥- بالنظر للتكاليف المالية الكبيرة التي يتحملها الملتزم، فإن المقابل المالي الذي يتمثل في السعر أو الرسم المدفوع من المنتفعين له أهمية مطلقة بالنسبة له. هذا المقابل النقدي الذي يدفعه الجمهور هو الذي يعوضه عن الإنشاءات إذا كانت لازمة لعمل المرفق وللآلات والأدوات والأشياء الأخرى الضرورية لاستغلال هذا المرفق، بالإضافة إلى أن هذا المقابل يغطي مصاريف العمال والإدارة، ويبقى له جابن يمثل أرباحه في النهاية. ويعقد الملتزم آماله في مدة الالتزام، إذ أن المقابل المالي الذي

يقدر الحصول عليه خلال مدة الالتزام هو الذي يغطي كل احتياجاته وربحه، والمقابل يتحدد في عقد الالتزام، وكذلك مدة الالتزام، ولا يحق للملتزم زيادة مقابل المدة، بل لا بد من صدور تحديد جديد بقرار من السلطة مانحة الالتزام. ولا يجوز لهذه السلطة الإدارية المتعاقدة إنهاء الالتزام قبل مدته بدون خطاب من الملتزم، لأن ذلك يمثل إخلالا خطيرا بالتوازن المالي للعقد ضد مصلحة الملتزم، وإذا قامت الإدارة بذلك فعليها تعويض الملتزم بطريقة كاملة وعادلة.

٦- لا تلتزم الإدارة مانحة الالتزام عند اختيارها للملتزم وإبرام العقد بإتباع الأساليب المعتادة في العقود الإدارية الأخرى كأسلوب المناقصة أو المزايدة، بل تتمتع بسلطة تقديرية كاملة في اختيار شخص الملتزم. وحكمة ذلك أن عقد الالتزام يتميز بأنه فوق كونه عقدا إداريا هو أيضا أسلوب لإدارة مرفق عام يستهدف النفع العام، ومن ثم فالإدارة يجب أن تكون لها حرية لاختيار الشركة التي تراها قادرة ماليا وفنيا وإداريا واقتصاديا على حسن إدارة واستغلال المرفق العام. ولكن يحد الإدارة في النهاية قيد عام في هذا الاختيار هو عدم الانحراف في استعمال السلطة.

٧- أثناء سريان عقد الالتزام تقع على الإدارة مسئولية الإشراف الفعال على الملتزم من أجل ضمان سريان سير المرفق طبقا لشروط الالتزام وطبقا للمصلحة العامة لجمهور المنتفعين. وهي مسئولية أمام هؤلاء عن كل تقصير أو إهمال في ممارستها لسلطتها في الرقابة والإشراف.

المطلب الثاني

عقد الأشغال العامة

عرف دي لو بادير عقد الأشغال العامة بأنه (إعداد مادي لعقار، ينفذ لحساب شخص عام، بهدف تحقيق منفعة عامة).

وعرفه د. سليمان الطماوي بأنه (اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقا للشروط الواردة بالعقد).^(١)

وعرفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه (عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد).^(٢)

ومن التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص خصائص العقد التي تتمثل في الآتي:

- ١- أن الأعمال التي يقوم بها المقاول في نطاق عقد الأشغال العامة، يجب أن ترد على عقار، ومن ثم لا تعتبر أشغال عامة الأعمال التي ترد على منقول مهما بلغت أهميته من حيث الحجم أو القيمة، وحتى لو كان مملوكا للدولة ولو كان أيضا مخصصا للمنفعة العامة.
- ٢- إذا كان الغالب أن تتمثل الأشغال العامة في إنشاء مبان جديدة أو ترميم مبان قائمة أو تعديلها، فإنه يمكن أن تشمل أيضا هدم مبنى معين أو

(١) انظر د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٣١١.

(٢) قي حكمها الصادر ١٩٥٦/١٢/٢٣ م أشار إليه د. محمد رفعت عبد الوهاب، و د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

أكثر من ذلك، يكفي حتى مجرد (صيانة العقار) بدون أن يرتبط ذلك بأي عمل يتصل بالمباني، ومن ثم يمكن أن يدخل في الأشغال العامة أعمال تنظيف الشوارع وكنسها ورشها.

٣- يجب أن تتم الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام، فإن تمت لحساب شخص معنوي خاص أو لحساب أفراد فلا يصدق عليها هذا الوصف، ولكن إذا تمت الأشغال العامة لحساب شخص معنوي عام لا يشترط مع ذلك أن يكون العقار الذي ترد عليه الأشغال مملوكة لهذا الشخص العام، فقد يكون مملوكا للأفراد، فالعنصر المؤثر والضروري هو أن يكون العمل لحساب الشخص العام.

٤- وأخيرا، يجب أن تكون الغاية من الأشغال أو الأعمال هي تحقيق نفع عام، ويكفي لتحقيق هذا الشرط أن ترد الأشغال على عقار الملتزم في عقد التزام مرفق عام، لأن غاية الأشغال هنا هي مصلحة المرفق نفسه الذي يتولاه الملتزم وهو مرفق عام، وواضح بالتالي النفع العام. وفي هذا الغرض الأشغال رغم ورودها على عقار الملتزم إلا أنها تتم لحساب السلطة الإدارية مانحة الالتزام، لأن إليها سيعود المرفق وعقاراته ومنشآته بعد نهاية مدة عقد الالتزام.

المطلب الثالث

عقد التوريد

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التوريد بأنه (اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه فرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمه لمرفق عام مقابل ثمن معين).^(١)

ويتميز عقد التوريد بالخصائص الآتية:^(٢)

- ١- يرد عقد التوريد على المنقول وليس العقار.
- ٢- أن تكون هذه المنقولات لازمة لخدمة مرفق عام.
- ٣- أن يكون التوريد بناء على موافقة ورضاء المورد تنفيذاً لبنود العقد.

المطلب الرابع

عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام

عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام، عقد يلتزم بمقتضاه شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة بمبلغ من المال أو بشيء عيني، في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة، مقابل قيام الشخص الإداري بتنفيذ هذا المشروع.^(٣)

ومن أمثلة ذلك أن يتقدم فرد إلى الجهة الإدارية بعرض مساهمته في مشروع ذي نفع عام، ويكون هذا المشروع يمثل فائدة أو قيمة معينة لهذا الفرد،

(١) حكمها الصادر ١٩٥٦/٩/٢م أشار إليه د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٢) انظر د. محمد عبد الله الفلاح، أحكام القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ص ٣٧٤.

(٣) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، و د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

كأن يعرض مساهمته المالية في إنشاء طريق يخدم ملكه ويوصل إليه، أو فرد يهب قطعة أرض يملكها للمساهمة في إنشاء مبنى محكمة جديدة أو مدرسة جديدة أو إنشاء مسجد.

وقد يكون المتعهد بالمساهمة شخص عام. كوحدة محلية تعرض مساهمتها في مشروع شق ترعة جديدة أو مد خط حديدي أو إقامة محطة على الخط الحديدي القائم. على اعتبار أن التربة أو الخط الحديدي أو المحطة تخدم البلدة أو القرية.

هذا، ويخضع عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام للأحكام القانونية الآتية:

- ١- يجب أن تكون المساهمة محض اختيارية بدون أي إكراه أو ضغط فلا يجبر المساهم بحال على التبرع أو الهبة للمشروع العام المزمع إنشائه، ولكن هذا لا يمنع بالطبع من أن تكون الإدارة هي التي طلبت مساهمة الأفراد أو الهيئات، كأن تطلب المساهمة في إنشاء جامعة أو مستشفى أو إنشاء طريق.
- ٢- قد يكون لمقدم المساهمة مصلحة أو فائدة شخصية في إنشاء أو إقامة المشروع العام. ولكن يمكن أن لا تكون له أية مصلحة شخصية على الإطلاق ولكن الغالب أن تكون له على الأقل مصلحة أدبية.
- ٣- يجوز لمقدم المساهمة أو المعاونة سحب عرضه قبل أن تقبله جهة الإدارة ويتحلل بالتالي من التزامه الذي لم ينشأ في الحقيقة بعد، ولكن متى تحقق قبول الإدارة للمساهمة انعقد العقد وتحقق التزامه ولا يستطيع العدول عن عرضه بالمساهمة. وتجب عليه الوفاء بهذا العرض.
- ٤- يجوز للإدارة بعد قبولها لعرض المساهمة أن تعدل بعد ذلك وتتدخل من قبولها للعرض إذا هي قدرت أن ذلك العرض لا يتفق مع الصالح العام،

كما لو ظهر لها فيما بعد أن المشروع باهظ التكاليف أو أن فائدته لم تعد مؤكدة أو أن تنفيذه بطريقة أخرى أفضل للمصلحة العامة.

٥- وأخيرا، يخضع عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذه أو النكول عنه لقواعد القانون العام.

المطلب الخامس

عقد النقل

لتحديد عقد النقل وتمييزه عن بقية العقود الإدارية الأخرى لا بد من تعريفه وتحديد خصائص هذا العقد، نبينها على النحو الآتي:^(١)

الفرع الأول

تعريف عقد النقل

هو عقد يختلط مع عقد التوريد وعقد الامتياز وعلى القاضي الوصول إلى الشعرة الدقيقة الفاصلة بينهما، حيث يختلط بعقد التوريد لدرجة أن حكمهما واحد فما هو عقد النقل؟ وكيف يختلط بعقد التوريد أو عقد الامتياز؟

يعرف عقد النقل الإداري بأنه: اتفاق بين جهة الإدارة وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة أو بوضع سفينة أو طائرة أو شاحنة تحت تصرفه.

وعليه فإنه عقد يلتزم فيه فرد أو شركة مع الإدارة بتقديم خدمة نقل البضائع أو المنقولات أو الأشخاص من مكان إلى آخر لحساب الإدارة بهدف تحقيق مصلحة عامة مقابل أجر محدد يتفق عليه الطرفان من خلال العقد، أو (هو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للإدارة، أو بوضع

(١) انظر د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ٣٣.

شاحنات تحت تصرفها، وقد يكون موضوع العقد مقصوراً مرة واحدة أو عدة مرات منتظمة).

الفرع الثاني

خصائص عقد النقل

أنه يخضع لأحكام عقد التوريد ونظامه القانوني، ولا يختلف عن عقد التوريد إلا فيما يتعلق بموضوع كل منهما: فموضوع عقد النقل، يتعلق بنقل أشياء منقولة، أما عقد التوريد فيقوم على توريد منقولات، كما أن كل منهما يكون إدارياً أو مدنياً وفقاً لطبيعته الذاتية.

ويختلف عقد النقل بعقد الامتياز كلما كان النقل منتظماً وكان هناك رسم معين سلفاً.

المطلب السادس

عقد إيجار الخدمات وصفقة الدراسات

لتحديد عقد إيجار الخدمات العامة وصفقة الدراسات وتميزه عن باقي العقود الإدارية الأخرى لا بد من تعريفه وتحديد خصائص هذا العقد، ونبينها على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف عقد إيجار الخدمات العامة وصفقة الدراسات

وهو: اتفاق بمقتضاه يقدم أحد الأشخاص خدماته لشخص معنوي عام مقابل عوض يتفق عليه وبناء على شروط متفق عليها والمقتزنة بهذا العقد الإداري.

ويمكن تعريفه بأنه عقد إداري يلتزم فيه المتعاقد مع الإدارة القيام بالأبحاث والدراسات اللازمة في مواضيع معينة لتحقيق مشروع معين مقابل أجر معين.^(١)

ومن هنا يتم نعت هذا العقد بصفقة الدراسات، حيث غالبا ما يكون المتعاقد معهدا متخصصا في الدراسات الضرورية لتحقيق المشاريع سواء اقتصادية أو تجارية أو اجتماعية. والإدارة تلجأ إلى هذا النوع من الصفقات عندما يتعذر عليها القيام بالأبحاث والدراسات اللازمة لتحقيق بعض المنجزات بشكل مباشر، وذلك مثل الصفقات التي تبرمها مع بعض المعاهد المتخصصة بالقيام بالدراسات الضرورية لتحقيق بعض المشاريع ذات الطابع التجاري أو الصناعي.

الفرع الثاني

خصائص عقد إيجار الخدمات وصفقة الدراسات

إذا كان هذا العقد يعكس التطور الوظيفي للدولة فهو يعكس بالتالي التطور التكنولوجي المؤثر في كل وظائفها، فكلما تعذر على الإدارة مواكبة التطور، كلما كان اللجوء إلى عقد الخدمات مسألة حتمية، وعليه فخصائص هذا العقد يمكن تمريرها عبر خصائص التكنولوجيا حيث السرعة في إنجاز الدراسات والأبحاث والدقة في معالجتها.

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في الجمهورية اليمنية، المرجع السابق، ص ٣٥.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا العقد مرن من حيث تسميته فهو عند تعلقه بالدراسات والأبحاث يسمى صفقة الدراسات، وعند تعلقه بتأجير آلات البناء والأدوات الجوهرية لبناء شغل عام فيسمى عقد إيجار الخدمات.

المطلب السابع

عقد إيجار العقارات

لتحديد عقد الإيجار وتمييزه عن باقي العقود الإدارية الأخرى لا بد من تعريفه وتحديد خصائص هذا العقد، نبينها في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف عقد إيجار العقارات

هو: عقد تبرمه الإدارة أما مستأجرة أو مؤجرة، فإذا كانت مستأجرة فالأصل في العقد خضوعه للقانون الخاص ما دام خالياً من الشروط الاستثنائية وغير المألوفة، أما إذا كانت الإدارة مؤجرة فالأصل في العقد خضوعه للقانون العام.^(١)

ويمكن تعريف عقد الإيجار بأنه اتفاق بين الإدارة والفرد حيث يؤجر هذا الأخير للإدارة عقارا بقصد تخصيصه لمرفق عام، ويستأجر منها عقارا بقصد استغلاله، أو اتفاق بين الإدارة والفرد حيث يؤجر هذا الأخير للإدارة عقارا بقصد تخصيصه لمرفق عام، فيعتبر عقدا إداريا إذا تضمن شروطاً مألوفة أو حيث يستأجر الفرد من الإدارة عقارا لاستغلاله فيعتبر عقدا إداريا إذا تعلق بعقار تابع للمرافق العامة.

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في الجمهورية اليمنية، المرجع السابق، ص ٣٧.

الفرع الثاني

خصائص عقد الإيجار

عقد الإيجار غالبا ما يخضع للقانون الخاص عندما تكون الإدارة مستأجرة لعقارات بقصد تخصيصها للمرافق العامة المختلفة، إذ يجري في هذا الخصوص على اعتبار هذه العقود من عقود القانون الخاص ما لم تحتو على شروط استثنائية غير مألوفة.

أما عقد الإيجار الذي تكون فيه الإدارة مؤجرة ويكون العقار تابعا للدولة فيخضع للقانون العام.

وعليه يمكن القول بأن عقد الإيجار عقد إداري كلما كانت الإدارة مستأجرة وضمنت العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة.

الفصل الثاني

النظام القانوني للعقود الإدارية

العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني يمثل الإرادة التي تتجه إلى إحداث الأثر القانوني أساس العقد، فالعقد يتكون من إرادتين أو عدة إرادات تتجه إلى إحداث الآثار القانونية، وقدرة الإدارة على نشوء هذه الآثار هي ما يعبر عنها في الفقه (مبدأ سلطان الإرادة).

ويحصر العقد الإداري سلطان الإرادة في تحقيق التوازن بين العدالة والصالح العام، فتصرف الإدارة القانوني وآثاره منحصر في نطاق الإدارة التي أنشأته، واحترام القانون والمصلحة الخاصة لأصحاب التصرف ويحمي المصلحة العامة للجماعة في مجموعها. أن الإدارة تسعى إلى تحقيق مصلحة المرفق العام والحفاظ على أموال الدولة.^(١)

ونتناول في هذا الفصل النظام القانوني للعقود الإدارية، القيود القانونية لإبرام العقود الإدارية وأساليب التعاقد الإدارية في اليمن والمبادئ التي تقوم عليها أساليب التعاقد الإدارية.

المبحث الأول

القيود القانونية لإبرام العقود الإدارية

يمنح المشرع اللجان الإدارية المستقلة الاختصاص لإبرام العقود الإدارية في حدود وأنشطة الهيئات والمؤسسات التابعة لها، ولا يجوز للإدارة مخالفة القواعد المتعلقة بالاختصاص لتعلقها بالنظام العام.

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، مرجع سابق، ص ٣٨.

ولا تتمتع الإدارة بحرية مطلقة في مباشرة إجراءات التعاقد إلا إذا كان هناك اعتماد مالي يسمح لها بإجراء التعاقد.

إضافة إلى ذلك هناك قيد وهو الحصول على أجود الأصناف بأقل الأسعار من أجل تحقيق المصلحة العامة، وخدمة المرفق العام وفي حدود الاحتياجات الفعلية.^(١)

وهناك قيود أخرى قد تفرضها بعض القوانين مثل إعطاء الأولوية للصناعات الوطنية. وسوف ندرس ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

الاختصاص

يعد ركن الاختصاص من أهم أركان القرار الإداري. ويترتب على مخالفته بطلان القرار والغاءه.^(٢) ولذلك لا يملك إبرام العقود باسم الإدارة إلا الأشخاص الذين عينهم القانون وفي الحدود والقيود القانونية،^(٣) وإلا كان عملهم معيبا بعبء عدم الاختصاص، وجاز إبطاله، وقد حدد القانون السلطة المختصة بالتعاقد بمجالس تتكون من عدد من الأعضاء تتخذ قراراتها بالأغلبية.^(٤)

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٢) د. يحيى قاسم علي سهل، السهل في القانون الإداري اليمني، الطبعة الأولى، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ٢٠٢، ص ١٨٧.

(٣) انظر المادة (٥٧) من قرار مجلس الوزراء رقم (٥٣) لسنة ٢٠٠٩م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية.

(٤) انظر المواد (٥٥ إلى ٧٦) من قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية.

ويعد الاختصاص في القانون العام بمثابة الأهلية في القانون الخاص حيث أنه يشترط لكي يكون التصرف الفردي منتج لآثاره القانونية يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لإبرامه، كذلك يشترط لصحة التصرف الإداري أن يكون الموظف الذي يصدر منه هذا التصرف مختصاً.^(١)

المطلب الثاني

مراعاة الأسعار والجودة

تنص المادة (٣) من القانون^(٢) بأنه: (يهدف هذا القانون إلى تحقيق ما يلي:

- أ. حماية المال العام والحفاظ على ممتلكات وأصول الدولة ومحاربة الفساد في أعمال المناقصات والمزايدات.
- ب. العدالة والمساواة بين المتنافسين في المناقصات والمزايدات.
- ج. النزاهة والشفافية والمساءلة وضبط وتحديد الإجراءات المتعلقة بالمناقصات والمزايدات والمخازن.
- د. الكفاءة الاقتصادية في أعمال المناقصات والمزايدات.
- هـ. الإشراف والرقابة على أعمال وإجراءات المناقصات والمزايدات والمخازن وذلك لضمان سلامتها للحفاظ على المال العام والمصلحة العامة.

وبقية تنفيذ ذلك على الواقع وتطبيقه نص القانون على أن (أ- تشكل لجنة متخصصة من ذوي الاختصاص والخبرة في المجالات الفنية والمالية والقانونية من الجهة نفسها أو من الجهات الأخرى أو الاستعانة بشخص متخصص

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) قانون المناقصات والمزايدات..... رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧.

تتولى وضع ومراجعة المواصفات ووثائق المناقصة والاشتراطات الفنية الوافية والتكلفة التقديرية لكل صنف أو بند بحسب طبيعة ونوع العمل المطلوب ورفعها إلى لجنة المناقصات المختصة لإقرارها بصورتها النهائية...).

وبحسب الفقرة (ج) من نفس المادة تكون اللجنة المتخصصة المشار إليها في الفقرة (أ) السابقة مسئولة مسؤولية كاملة عن صحة وسلامة المواصفات ووثائق المناقصة والاشتراطات الفنية والتكلفة التقديرية.

المطلب الثالث

حسن اختيار المتعاقد

تجدر الإشارة إلى أن الإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها، فالقانون حدد لها أساليب معينة وإجراءات محددة يجب إتباعها بطريقة آمنة، ويهدف القانون من ذلك إلى ضمان حسن اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية والفنية للمصلحة العامة.

ولا ريب في أن القانون يقيد الإدارة بعدة قيود وذلك ضماناً لاختيار أفضل المتعاقدين، فمثلاً اختيار مقاول غير كفؤ فنياً أو مالياً فيه تهديد للمرفق العام بخطر التعطيل، وفيه تبديد للمال العام، لذلك يهدف القانون إلى ضمان الحيطة واستبعاد شبهة المحاباة وإيثار متعاقد على آخر وغير ذلك من الاعتبارات الشخصية التي تجافي المصلحة العامة.^(١)

المطلب الرابع

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، المرجع السابق، ص ٤٢-٤٣.

الالتزام بالصيغ القانونية

يلزم القانون الإدارة الأخذ بعقود نموذجية جاهزة من قبل ومحددة شروطها سلفاً، كما قد تفرض القوانين أو اللوائح شروطاً تسري على العقود، ولو لم تتضمنها العقود بين نصوصها، إلا أنها ملزمة للإدارة والمتعاقد.^(١)

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، المرجع السابق، ص ٤٣.

المبحث الثاني

أساليب التعاقد الإدارية في اليمن

سبق القول بأن القانون الذي ينظم التعاقدات الإدارية في اليمن هو القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، بوصفه القانون العام في مجال العقود الإدارية. وتسري أحكام هذا القانون بحسب المادة (٤) على الجهات الآتية:

- أ) دواوين عموم الوزارات.
- ب) المؤسسات العامة والهيئات والمصالح والصناديق المتخصصة ومختلف الجهات في السلطة المركزية وفروعها في وحدات السلطة المحلية وغيرها من الجهات التي تتضمنها الموازنة العامة للدولة.
- ج) الوحدات الإدارية للسلطة المحلية.
- د) وحدات القطاع العام.
- هـ) الجهات ذات الموازنة المستقلة والملحقة.
- و) حالات الشراء والتوريدات والمقاولات والتعاقدات التي تتم بموجب الاتفاقيات والقروض والمنح المصادق عليها إلا إذا نصت تلك الاتفاقيات على خلاف ذلك.

وينص القانون^(١) على أن يكون التعاقد على تنفيذ أعمال التوريدات والأشغال والصيانة والإصلاح والخدمات الاستشارية والخدمات الأخرى عن طريق إجراء مناقصة عامة يتم الإعلان عنها داخل الجمهورية أو داخل الجمهورية وخارجها حسب طبيعة كل مناقصة.

(١) المادة (١٢) من قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م بشأن المناقصات والمزايدات.... إلخ

وينص القانون على أنه^(١) (يجب التدرج عند إجراء الشراء أو تنفيذ الأعمال أو أداء الخدمات بحيث لا يتم الانتقال مباشرة إلى المناقصة المحدودة إلا بعد إتباع المناقصة العامة سواء بالإعلان للتأهيل المسبق لأعمال الأشغال والتوريدات أو الإعلان للتعبير عن الاهتمام للخدمات الاستشارية على أن تحدد اللائحة الضوابط اللازمة لذلك).

وينص القانون كذلك على أنه: (يجوز التعاقد لشراء الأصناف وتنفيذ الأشغال والصيانة والإصلاح وأداء الخدمات الاستشارية والخدمات الأخرى بمناقصة محدودة أو بممارسة أو بالأمر المباشر متى توافرت الشروط المحددة في هذا القانون وتحدد اللائحة السقف المالي لكل طريقة من هذه الطرق).^(٢) وتأسيساً على النصوص القانونية السالف ذكرها، سنبحث في أساليب التعاقد في اليمن على النحو الآتي:

المطلب الأول

الأسلوب الرئيسي للتعاقد (أسلوب المناقصة)

الفرع الأول

المناقصة

يعد المشرع اليمني المناقصة العامة هي الطريق الأصلي للتعاقد حسب ما نص عليه قانون المناقصات.

تعريف المناقصة: المناقصة يقصد بها إتاحة الفرصة لقيام المنافسة بين الراغبين في التعاقد، حتى تستطيع جهة الإدارة معرفة واختيار صاحب أفضل عرض أو أفضل عطاء من الناحية المالية، وكذلك من الناحية الفنية، وحتى

(١) المادة (١٣) من قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م بشأن المناقصات والمزايدات.... إلخ
(٢) المادة (١٣) فقرة (ب) من قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م بشأن المناقصات والمزايدات.... إلخ

تتمكن الإدارة من اختيار المقاول صاحب السعر الأقل تكلفة، والذي يتمتع في نفس الوقت بمقدرة فنية لتنفيذ المشروع.^(١)

وعرف المشرع اليمني المناقصة بأنها: (مجموعة الإجراءات الإدارية والفنية والقانونية التي تتخذها الجهة لتنفيذ أعمالها المختلفة بطريقة تنافسية وفق وثائق المناقصة بهدف الوصول إلى أفضل العطاءات وذلك استناداً إلى معايير ودرجات التقييم المحددة للمنافسة المعلنة بما يتفق وأحكام هذا القانون).^(٢)

الفرع الثاني

أنواع المناقصات

بحسب اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات هناك ثلاثة أنواع من المناقصات هي:

١- المناقصة العامة، ٢- المناقصة ذات مرحلتين، ٣- المناقصة المحدودة. ونبين هذه الأنواع من المناقصات فيما يلي:^(٣)

أولاً: المناقصة العامة:

يكون التعاقد على تنفيذ عملية الشراء عن طريق إجراء المناقصة عامة يتم الإعلان عنها داخل الجمهورية أو داخل الجمهورية وخارجها حسب طبيعة كل مناقصة.^(٤)

وبحسب المادة ١٧ من اللائحة (يجب أن يتم الإعلان في مناقصة عامة للتأهيل المسبق للمقاولين والموردين لمناقصات المشاريع الكبيرة التي تزيد تكلفتها عن (واحد مليار ريال)، مع إمكانية الإعلان للتأهيل المسبق لأي

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) المادة (٢) من قانون المناقصات رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م.

(٣) المواد (١٦، ٢١، ٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٣ لسنة ٢٠٠٩م.

(٤) المادة (١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات.....

مشاريع تقل عن هذه التكلفة إذا ما تطلب تنفيذها أو توريدها مهارات وقدرات فنية ومالية لا تتوفر إلا لدى عدد محدود من المقاولين أو الموردين على أن يتم الإعلان عنها داخل الجمهورية أو خارجها حسب طبيعة ونوعية كل مناقصة وبعد أخذ موافقة لجنة المناقصات في المستوى المختص).

ثانياً: المناقصة ذات مرحلتين:

بحسب قانون المناقصات، إذا تعذر التحديد الفني الكامل للمواصفات بسبب الطبيعة المعقدة للمواد أو الأشغال التي ترغب الجهة في طرحها بمناقصة عامة يجوز لها إتباع نظام المرحلتين. وتحدد اللائحة الإجراءات اللازمة للمناقصة ذات مرحلتين.^(١)

وبحسب اللائحة يتم في المرحلة الأولى إتباع إجراءات المناقصة العامة المفتوحة للشركة المتخصصة في المجال المطلوب لتقديم عطاءات فنية بدون أسعار.

وفي المرحلة الثانية يتم التأكيد أن كافة وثائق المناقصة تتسجم مع أحكام القادون واللائحة وأن تمويل المناقصة مندرج ضمن موازنة الجهة، وأن كافة المتطلبات الأخرى قد تم استيعابها.

وتوجيه إخطارات رسمية بدعوة كافة المتقدمين المستجيبين الذين لم ترفض عطاءاتهم في المرحلة الأولى إلى التقدم بعطاءات فنية ومالية جديدة طبقاً للوثائق المعدلة للمناقصة.^(٢)

ثالثاً: المناقصة المحدودة:

(١) المادة (١٢) من قانون المناقصات.....
(٢) المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات.....

تعد طريقة من طرق الشراء يتم فيها توجيه الدعوة لتقديم عطاءات إلى عدد محدود لا يقل عن ثلاثة من الأشخاص المشتغلين بنوع من النشاط المطلوب ممن تم تأهيلهم مسبقاً وفق إجراءات تنافسية أو من المتخصصين في عملية الشراء المطلوبة وفقاً للشروط المحددة في القانون واللائحة.^(١)

ومع مراعاة شروط وأحكام المناقصة العامة يكون الشراء للسلع أو تنفيذ الأعمال أو أداء الخدمات بالمناقصة المحدودة في أي من الحالات الآتية:

أ. عندما يكون مبلغ تنفيذ العمل المطلوب في إطار السقف المالي للمناقصة المحدودة.

ب. عندما تكون مرتبطة بمتنافسين سبق إجراء تأهيل مسبق لهم.

ج. عندما تكون طبيعة عملية الشراء مقتصرة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء محددين وأن يكون ذلك بقرار مسبب، وتوجه الدعوة لتقديم العطاءات للمشتغلين بنوع النشاط ممن تتوافر فيهم شروط الكفاءة الفنية والمالية والمقيدون في الجهة.

د. عندما تكون قد أجريت لها مناقستان عامتان دون تحقيق نتيجة إيجابية.

وفي جميع الأحوال يجب موافقة لجنة المناقصات المختصة قبل اللجوء إلى هذه الطريقة وعليها أن تتأكد أن الأسعار متقاربة مع التكلفة التقديرية والأسعار السائدة في السوق، وأن تبين بأوليات المناقصة الأسباب التي أدت إلى تنفيذ العملية بالمناقصة المحدودة.

المطلب الثاني

(١) المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات.....

أساليب التعاقد الاستثنائية

أساليب التعاقد الاستثنائية هي المناقصة المحدودة أو الممارسة أو الشراء بالأمر المباشر. وقد ذكرت ذلك اللائحة في المادة (٨٠) والتي تنص أنه: في سبيل اختيار النوع الملائم لطريق الشراء الأخرى تطبق السقوف المالية على لجان المناقصات المختصة.

أولاً: في دواوين عموم الوزارات وفي أمانة العاصمة/المحافظة. وفي دواوين عموم المؤسسات والهيئات الشركات والجامعات والمصالح والأجهزة المركزية الأخرى على مستوى السلطة المركزية.

طريقة الشراء	السقف المالي المحدد
المناقصة العامة	ما زاد عن (٣٠ مليون ريال)
المناقصة المحدودة	ما زاد عن (١٠٠ ألف ريال) وبما لا يتجاوز (٣ مليون ريال)
الممارسة	ما زاد عن (١.٥ مليون ريال) وبما لا يتجاوز (١.٥ مليون ريال)
الشراء بالأمر المباشر	بما لا يتجاوز (١.٥ مليون ريال)

ثانياً: السقوف المالية لطرق الشراء للجان المناقصات المختصة في المديريات وفي فروع المؤسسات والهيئات الشركات والمصالح والأجهزة المركزية الأخرى في أمانة العاصمة والمحافظات وفروعها في المديريات.

طريقة الشراء	السقف المالي المحدد لها
المناقصة العامة	ما زاد عن (١ مليون ريال)
المناقصة المحدودة	ما زاد عن (٥٠٠ ألف ريال) وبما لا يتجاوز مبلغ (١ مليون ريال)

الممارسة	ما زاد عن (٥٠ ألف ريال) وبما لا يتجاوز مبلغ (٥٠٠ ألف ريال)
الشراء بالأمر المباشر	بما لا يتجاوز (٥٠ ألف ريال)

الفرع الأول

المناقصة المحدودة

ويقصد بها (مجموع الإجراءات الفنية والإدارية والقانونية) التي تقوم بها الجهة في المناقصة العامة عدا الإعلان لفتح باب المنافسة بين عدد محدود من الشركات المستوفية لشروط التأهيل أو بين عدد محدود لا يقل عن ثلاثة من المتقدمين وفقاً للشروط المحددة في القانون.^(١)

وأحكام المناقصة المحدودة حددتها المادة (١٤) من قانون المناقصات في الحالات الآتية:

- ١- عندما يكون مبلغ تنفيذ العمل المطلوب في إطار السقف المالي للمناقصة المحدودة.
- ٢- عندما تكون مرتبطة بمتنافسين سبق إجراء تأهيل مسبق لهم.
- ٣- عندما تكون طبيعة المناقصة مقتصرة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء محددين وأن يكون ذلك بقرار مسبب، وتوجه الدعوة لتقديم العطاءات للمشتغلين بنوع النشاط ممن تتوافر فيهم شروط الكفاءة الفنية والمالية والمقيدين في الجهة.
- ٤- عندما تكون قد أجريت لها مناقستان عامتان دون تحقيق نتيجة إيجابية.

(١) المادة (٢) من قانون المناقصات

وفي جميع الأحوال يجب موافقة لجنة المناقصات المختصة قبل اللجوء إلى هذه الطريقة وعليها أن تتأكد أن الأسعار متقاربة مع التكلفة التقديرية والأسعار السائدة في السوق.

والخلاصة هي أن المناقصة المحدودة تلك العملية التي تحصر التنافس فيها بين عدد محدود من المقاولين والمتعهدين والموردين لا يقلون عن ثلاثة وتسري عليها جميع قواعد المناقصة، عدا النشر في وسائل الإعلام.

الفرع الثاني

الممارسة

عرف القانون الممارسة بأنها مجموع الإجراءات الفنية والإدارية والقانونية التي تتخذها الجهة بغرض الحصول على أسعار وذلك لإتمام عملية الشراء بصورة مبسطة وسريعة فيما يخص السلع النمطية أو الأعمال البسيطة أو الخدمات وبما لا يتجاوز السقف المالي المنصوص عليه في اللائحة.^(١) أما اللائحة فقد عرفت الممارسة بوصفها أسلوب شراء يقوم على أساس المفاضلة ما بين عروض الأسعار المقدمة من عدة موردين أو من عدة مقاولين بحد أدنى ثلاثة عروض لضمان شفافية المنافسة.^(٢) وبحسب اللائحة يجوز استخدام الممارسة لشراء السلع جاهزة متوفرة أو مواد أولية ذات مواصفات قياسية أو أشغال بسيطة أو خدمات أخرى، بشرط ألا تتجاوز قيمة السلع أو الأشغال المراد شراءها بالسقف المالي المحدد للممارسة في هذه اللائحة.^(٣)

إجراءات الممارسة:

حدد القانون الإجراءات التي تخضع لها الممارسة، وتتمثل في الآتي:

(١) المادة (٢) من قانون المناقصات.....
(٢) المادة (٢٥) من لائحة قانون المناقصات.....
(٣) المادة (٢٦) من لائحة قانون المناقصات.....

أ. يتم طلب عروض الأسعار من أكبر عدد ممكن من الموردين، أو من ثلاثة على الأقل إذا كانت السلعة المطلوبة ليست متاحة لدى أكثر من ثلاثة موردين.

ب. على الجهة أن تضمن طلب عروض الأسعار بيانات واضحة بشأن الجودة والكمية وشروط الدفع والتسليم وأي متطلبات أخرى تشترطها اللائحة التنفيذية.

ج. يجب أن يمنح مقدمو العطاءات وقتاً كافياً لإعداد عروضهم السعرية التي لا يسمح أن تزيد عن عرض لكل مورد على أن يكون غير قابل للتغيير أو التفاوض بشأنه.

د. يوجه أمر الشراء لصاحب العطاء الأقل سعراً في حالة استيفائه بقية الاشتراطات الخاصة بالجودة والكمية والتسليم. وتحدد اللائحة السقف المالي للممارسة.

الفرع الثالث

الاتفاق المباشر

يقصد بالاتفاق المباشر (مجموع الإجراءات الفنية والإدارية والقانونية التي تقوم بها الجهة بالتفاوض والاتفاق المباشر بينها وأي شخص يتم التعاقد معه لتوريد سلعة أو تأدية خدمة وفقاً للشروط المحددة في القانون).^(١)

وحدد القانون حالات الممارسة ونصت المادة (١٦) على مراعاة شروط وأحكام المناقصة العامة والمحدودة يكون الشراء أو تنفيذ الأعمال أو أداء الخدمات بالأمر المباشر في أي الحالات الآتية:

١- عندما يكون مبلغ تنفيذ العمل المطلوب في إطار السقف المالي للتنفيذ بالأمر المباشر.

(١) المادة (٢) من قانون المناقصات

٢- عندما تكون الأصناف قطع غيار لمعدات وآلات ليس لها إلا مصدر واحد.

٣- الأعمال الفنية التي يتطلب تنفيذها من قبل فني أو اختصاصي واحد.

٤- عندما يكون الشراء أو تنفيذ الأعمال أو أداء الخدمات قد أجريت لها ممارستان دون تحقيق نتيجة إيجابية.

٥- حالات الطوارئ مثل الكوارث الطبيعية التي تستدعي العمل الفوري.

المبحث الثالث

المبادئ التي تحكم أساليب التعاقد الإدارية

ويمكن حصر هذه المبادئ في مبدأ العلانية ومبدأ المساواة بين المتنافسين ومبدأ الحرية، ونتناول في المطالب الآتية:

المطلب الأول

مبدأ العلانية بالتعاقد

ومعنى ذلك يجب أن لا يكون إبرام العقد الإداري سرياً. ونقصد بالعلنية معرفة الكافة بأن الدولة سوف تباع أو تشتري أو تؤجر أو سوف تقوم بشغل عام... إلخ.^(١)

والغاية من ذلك لكي لا تيرم العقود الإدارية في أجواء تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك. لأن سرية التعاقد سوف لا تتيح الفرصة لمن يرغب بالتعاقد كي يتنافس مع غيره. وسوف تؤول قيمة الأشياء أو منافعها إلى النقصان بدلاً من الزيادة. كما سوف تحال مشاريع حكومية بمبالغ خيالية لا تتناسب مع التكلفة الحقيقية.

ويجب احترام هذا المبدأ بالمناقصات والمزايدات أو حتى بالاتفاق المباشر كبديل عن أي منهما. ولا يتنافى مع مبدأ علنية التعاقد الإعلان عن عقد إداري بالمناقصة السرية مثلاً. لأن السرية في هذه الحالة لا تعني عدم علم الناس بالعقد بل هم على علم بالتعاقد من خلال الإعلان عنه في الصحف ولكن تتمثل من ناحية فنية وضمن مرحلة من مراحل فحص الغطاءات المقدمة. وهذه من ناحية تنظيمية تخص الإدارة كجزء من هيمنتها على شؤونها الداخلية.

(١) انظر د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٢.

ويعد الإعلان عن المناقصة من القواعد الجوهرية التي تقوم عليها المناقصة، فبواسطة الإعلان يتمكن المتنافسون من معرفة الأشغال المزمع إنجازها، والإطلاع على مواصفاتها وشروطها ولوائق الواجب الإدلاء بها، وكذا معرفة السلطة المانحة للصفقة ومكان وزمن فتح الأظرف. كما يشير إلى ذلك القانون.^(١)

وينبغي أن يصل الإعلان عن المناقصة إلى علم المرشحين عن طريق النشر في الجريدة الرسمية وعند الاقتضاء في وسائل الإعلام الأخرى كالصحف المحلية. ويجب أن يتضمن إشهار الإعلان عن المناقصة البيانات الأساسية والتي هي: موضوع الأشغال المزمع إنجازها، مكان وتاريخ وضع التعهدات، والسلطات المكلفة بإجراء المناقصة، ومكان ويوم وساعة إجراء المناقصة، والأجل المخول للسلطة المكلفة بإجراء المناقصة لأجل مراقبة الملف التقني.

ويجب الإشارة إلى أنه ليس للإدارة الحق في تغيير إجراءات إشهار الإعلان عن المناقص، ولا تغيير المدد المحددة بالقانون، لأن الإشهار من المسائل الجوهرية للمناقصة وبواسطته يمكن فتح الباب للمتنافسين، وضمان مشاركة أكبر عدد من المرشحين، والإعلان هو بمثابة دعوة هامة لكل من تعنيه الأشغال المراد إنجازها، فإذا تخلف شرط الإشهار عدت المناقصة باطلة.^(٢)

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٢) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥.

المطلب الثاني

مبدأ المساواة بين المتنافسين

والمقصود بالمساواة بين المتنافسين توفير نفس الفرصة لكل من يتقدم إلى المناقصة أو المزايدة دون تمييز بين واحد وآخر وذلك بأن لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر أو إضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر.

ولكن هناك بعض الاستثناءات ترد على هذا المبدأ العام. من ذلك طبيعة المناقصة أو المزايدة فالمحدودة منها تكون المنافسة فيها للذين يجوز لهم الاشتراك فيها دون غيرهم.

كما قد يعطي المشرع أولوية لشركات القطاع العام والمختلط عند التقدم بالعطاءات وإحالة العقود .. وسلطة الإدارة بهذا الخصوص هي سلطة تقديرية لا رقابة للقضاء عليها فيما عدا رقابته على الانحراف بالسلطة. كما أنه لما كانت العقود الإدارية ترتبط بالمصلحة العامة فمن حق الإدارة أن تتأكد من توافر بعض الصفات المالية والفنية لدى من سوف يتعاقد معهم فتشترط بعض الشروط التي تستبعد بواسطتها بعضا من المتقدمين وسلطتها هنا أيضا سلطة تقديرية.^(١)

وقد وضع المشرع اليمني الضمانات التي تكفل تطبيق مبدأ المساواة مثل المادة (٧) من قانون المناقصات التي تنص على أن: (تشكل لجنة متخصصة من ذوي الاختصاص والخبرة في المجالات الفنية والمالية والقانونية من الجهة نفسها أو من الجهات الأخرى أو بالاستعانة بشخص متخصص تتولى وضع ومراجعة المواصفات ووثائق المنقصة والاشتراطات الفنية الوافية والتكلفة التقديرية لكل صنف أو بند بحسب طبيعة العمل المطلوب ورفعها إلى لجنة

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية....، مرجع سابق، ص ٥٢.

المناقصات المختصة إقرارها بصورتها النهائية قبل إنزالها للمتناقسين على أن يتم استخدام الأدلة الإرشادية للمناقصات المختلفة والوثائق النمطية التابعة لها والمقرة من مجلس الوزراء بحسب طبيعة ونوعيه عملية الشراء المطلوب تنفيذها وبما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون).

المطلب الثالث

مبدأ حرية المنافسة

تعني المنافسة ترك الباب مفتوحاً لأكثر عدد من المتنافسين للمشاركة في المناقصة ومبدأ المساواة هو ما يحقق هدف الإدارة للتعاقد من أقل سعر وأفضل أداء. ولذلك فإن كل من يملك قانوناً بأن يتقدم إلى المناقصة العامة الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين.^(١)

ولا يعني أن مبدأ حرية المنافسة فتح الباب لكل الأشخاص دون مراعاة بعض المواصفات والشروط. فالمتقدم بعرض للمشاركة في مناقصة لإنجاز شغل عمومي، لا بد أن يكون متخصصاً في مجال البناء والأشغال العمومية، ومتمتعاً بالأهلية القانونية، وألا يكون له سوابق قضائية، وأن لا يكون في حالة إفلاس أو تصفية قضائية، وأن يكون في وضعية سليمة أمام مصلحة الضرائب.^(٢)

ويقوم أساس المنافسة الحرة في نظر الأستاذ دي لو بادير على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في

(١) د. محمد الدرة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥.

(٢) د. محمد الدرة، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥.

الانتفاع من خدمات المرافق العامة^(١) بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موفّقاً حيادياً إزاء المتنافسين فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقدير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعتها.

إلا أن هذا المبدأ لا يسري بإطلاقة، إذ ترد عليه قيود تقتضيها المصلحة العامة، تسمح للإدارة إبعاد بعض الراغبين بالتعاقد مؤقتاً أو نهائياً من التعاقد مع الإدارة.^(٢)

(١) انظر د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٣٢٧.

(٢) انظر د. يحيى قاسم علي سهل، السهل في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الصادق، صنعاء، ٢٠٢٠، ص ٢٢٥.

الفصل الثالث

إبرام العقود الإدارية

أن العقد الإداري شأنه شأن أي عقد آخر ينعقد بتلاقي رضاء كل من الطرفين المتعاقدين برضاء الطرف الآخر. إلا أن التعبير عن إرادة أطراف العقد الإداري، يختلف من طرف إلى آخر فالمتعاقدين مع الإدارة يعبر عن إرادته بالطريقة نفسها التي يعبر عنها عندما يتعاقد في نطاق القانون الخاص، لكن التعبير عن إرادة الجهة الإدارية غالبا ما تسبقه مجموعة من التدابير والإجراءات التي تمهد وتهيئ لذلك التصرف.^(١)

وتأسيسا لما سبق سوف نتناول الموضوع في ثلاثة مباحث. نخصص المبحث الأول منه للقيود السابقة على التعاقد، والمبحث الثاني لأساليب التعاقد، وأخيرا ندرس إجراءات التعاقد.

المبحث الأول

القيود السابقة على التعاقد

يلزم القانون الجهة الإدارية التي تبرم تنفيذ الأشغال والمشروعات الاقتصادية أن تتقيد بالإجراءات القيود الواردة في النصوص القانونية الخاصة بالتعاقد قبل الشروع بإبرام العقد والبدء بتنفيذه. وأهم صور هذه القيود هي توفير الاعتماد المالي لموضوع العقد والحصول على تصريح بالتعاقد.

المطلب الأول

(١) د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، ١٩٩٢م، ص ٧١.

الاعتماد المالي

لا تستطيع الإدارة التعاقد أو إجراء أي تصرف يترتب عليها التزامات مالية، ما لم يتوفر لديها الاعتماد المالي اللازم، كذلك تلتزم الإدارة بعدم تجاوز حدود الاعتماد المالي، ويترتب على مخالفة الإدارة لهذا الالتزام مسئوليتها القانونية.

ومن المهم أن تراعي الجهات الإدارية حدود الاعتماد المالي قبل إبرام أي عقد من العقود الإدارية باستثناء الأعمال أو المشروعات التي تتم بالجهد الذاتي أو التطوعي أو الجماعي المنظم، ولا يجوز التعاقد على أي عمل أو مشروع غير مدرج بالخطة أو الموازنة العامة. كما لا يجوز التعاقد إلا في حدود الاعتمادات المدرجة بالخطة والموازنة لعمل موضوع العقد.^(١)

وهذا ما أكد عليه المشرع اليمني الذي اشترط: (على جميع الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون عدم الموافقة على إنزال مناقصة لأي مشروع ما لم يكن معتمداً في البرنامج الاستثماري للموازنة العامة للدولة).^(٢) وهنا لا بد من التساؤل حول مآل العقد الذي يبرم مخالفاً لشرط توافر الاعتماد المالي أو مجاوزاً لحدوده.

وفي هذا المجال نجد أن القضاء والفقه الإداريين قد استقرا على اعتبار تصرف الإدارة بإبرام عقودها الإدارية بهذه الظروف يكون صحيحاً وملزماً لأطرافه مع ما يشكله من استحالة تنفيذ الإدارة لالتزاماتها المالية في مواجهة المتعاقد معها مما يترتب مسئوليتها القانونية.

وقد برر القضاء الإداري ذلك بضرورة حماية الأفراد من تعاقدهم مع الإدارة كون علاقاتهم مع الإدارة فردية وليس تنظيمية مع وجوب عدم زعزعة الثقة الإدارية. ووفقاً للقواعد العامة في التعاقد لا يمنع تعاقد الإدارة في هذه

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

(٢) المادة (٨) من قانون المناقصات اليمني.

الحالة، من مطالبة المتعاقد فسخ العقد لعدم تنفيذ الإدارة التزاماتها المالية المستحقة لصالحها مع التعويض إذا كان لها مقتضى^(١).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحكامها هذه القواعد، حيث تقول (أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلاً، وينتج آثاره حتى لو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه أو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من الجانب الإداري - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية ... وعلة ذلك ظاهرة، هي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي عبارة روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة...)^(٢).

المطلب الثاني

التصريح بالتعاقد

هناك إجراء يفرضه القانون على الإدارة قبل القيام بالتعاقد وهو التصريح بالتعاقد، كشرط الحصول على إذن من الجهة التي يحددها القانون، وقد تكون هذه الجهة: البرلمان في صورة قانون، وقد يصدر بقرار جمهوري، إقرار من مجلس الوزراء، أو من الوزير المختص والحكم واحد في جميع الحالات^(٣) وهذا ما نوضحه فيما يلي:

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

(٣) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، مصدر سابق، ص ٦٢.

الفرع الأول

طلب موافقة السلطة التشريعية لإبرام بعض العقود

اشتراط المشرع الدستوري لإبرام بعض العقود الإدارية التي قد تتصل بالمصلحة العليا للبلاد، أو يمس الأمن القومي، أو يترتب عليها التزامات فترة طويلة من الزمن، موافقة البرلمان كعقود الامتياز المتعلقة باستغلال الثروة الطبيعية والمرافق العامة.

ولذلك نصت المادة (١٨) من الدستور اليمني على أن: (عقد الامتياز المتعلق باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة لا يتم إلا بقانون، ويجوز أن يبين القانون الحالات محدودة الأهمية التي يتم منح الامتيازات بشأنها وفقا للقواعد والإجراءات التي يتضمنها، ويبين القانون أحوال وطرق التصرف مجانا بالعقارات المملوكة للدولة والتنازل عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك، كما ينظم القانون كيفية منح الامتيازات للوحدات المحلية والتصرف مجانا في الأموال العامة).

وتأسيسا على ما تقدم فإن قيام الجهة الإدارية بالتعاقد من غير الحصول على الإذن المسبق من الجهات الإدارية العليا الذي حددها القانون، يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، ذلك أن الفقه قد أجمع على أن القواعد الخاصة بالحصول على تصريح بالتعاقد من النظام العام ومن ثم لا يجوز العمل على خلافها.^(١)

الفرع الثاني

وجوب مواجهة جهة إدارية ما لإبرام بعض العقود

(١) د. فاروق أحمد خماس وزميله، الوجيز في نظرية العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٥.

ويتمثل ذلك في حالة يتطلب المشرع ضرورة موافقة جهة إدارية عليا، كاشتراط أن يكون التصريح بقرار صادر من مجلس الوزراء كما نصت المادة (٩) من القانون^(١) بأن للجهات الحكومية أن تحصل على إذن من مجلس الوزراء.

ونعتقد أن هذا القيد إنما فرضته دواعي المصلحة العامة، إذ أنه يعد أداء من أدوات الرقابة السابقة التي تمارسها الجهات الإدارية العليا على الأدنى منها، لكي تتأكد من الجدوى الفنية والاقتصادية للمشروع أو الأعمال المزمع تنفيذها.

مثال ذلك ما ينص عليه قانون المناقصات من عدم سريان اللوائح الخاصة بالقطاع المختلط الذي تملك الدولة (٥٠%) فأكثر من رأسماله إلا بعد الموافقة عليها من السلطة المختصة في كل منها وإقرارها من مجلس الوزراء.

وإذا تجاوزت قيمة مناقصات وحدات القطاع المختلط السقف المالي المحدد لها في اللائحة فأن إقرار تلك المناقصات يندرج في إطار صلاحيات اللجنة العليا.^(٢)

(١) قانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥م بشأن أراضي وعقارات الدولة.
(٢) المادة (٥٥) من قانون المناقصات.

المبحث الثاني

الإجراءات التمهيدية السابقة على العقد

إلزام قانون المناقصات الإدارة بالقيام بطائفة من الإجراءات التمهيدية قبل القيام بالتعاقد، سنبحث فيها على النحو الآتي:^(١)

المطلب الأول

قيام لجنة بإعداد المواصفات

بحسب المادة (٧) من القانون^(٢) تشكل لجنة متخصصة من ذوي الاختصاص والخبرة في المجالات الفنية والمالية والقانونية من الجهة نفسها أو من الجهات الأخرى أو بالاستعانة بشخص متخصص يتولى وضع ومراجعة المواصفات ووثائق المناقصة والاشتراطات الفنية الوافية والتكلفة التقديرية لكل صنف أو بند بحسب طبيعة ونوع العمل المطلوب ورفعها إلى لجنة المناقصات المختصة لإقرارها بصورتها النهائية قبل إنزالها للمتافسين على أن يتم استخدام الأدلة الإرشادية للمناقصات المختلفة والوثائق النمطية التابعة لها والمقرة من مجلس الوزراء بحسب طبيعة ونوعية عملية الشراء المطلوب تنفيذها وبما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

المطلب الثاني

تحديد طريقة تقديم العطاءات وإعداد المواصفات

تحديد طريقة تقديم العطاءات إما بمظروف واحد فني ومالي، أو بمظروفين منفصلين أحدهما فني والآخر مالي، كما تحدد في وثائق المناقصة

(١) المادة (٩) من قانون المناقصات البيئي
(٢) من قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧ بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية

ما إذا كانت طبيعة المناقصة تتطلب إتباع إجراءات التأهيل المسبق، أو طلب عروض خدمات أو التأهيل اللاحق حسب الأحوال.^(١)

أما في حالة التقديم للمناقصات بطلبات بمظروفين (فني ومالي) فيشترط لأجل الاشتراك في عملية المناقصة شراء المعلومات التي أعدتها اللجنة الداعية إلى المناقصة حول المشروع لكن يرغب بها، وهذا عقد مستقل قبل الاشتراك في المناقصة، ولا ارتباط له بعقد المناقصة الذي لم يبدأ أي مرحلة من مراحله إلى حد الآن.

وقد يشترط في هذا العقد تقديم خطاب ضمان ابتدائي يدفعه البنك إذا رست المعاملة على أحد المتنافسين ولم يلتزم بها.^(٢)

المطلب الثالث

إعداد كراسة الشروط

تحتوي العقود المكتوبة على دفاتر شروط تتضمن مجموعة من الوثائق تحررها الإدارة مسبقاً ويقتصر دور المتعاقد على قبولها جملة أو رفضها جملة بعد أن يدرسها ويقدر المزايا والعيوب.^(٣) وقد حددت اللائحة التنفيذية ثلاث وثائق مكتوبة في عقود الإدارة وهي:^(٤)

أولاً: دفاتر الشروط العامة التي تتضمن شروط عامة تطبق على الشروط ذات الطبيعة الواحدة كعقود الأشغال العامة أو عقود التوريد وهي عقود تصدر بقرار وزاري وهي ملزمة للمتعاقد مع الإدارة. وتتضمن دفاتر الشروط العامة نوعين من الشروط:

(١) راجع اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات (المواد ٨٧، ٨٨، ٩١، ٩٣).

(٢) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ٦٦-٦٧.

(٣) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٤) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، المرجع السابق، نفس الصفحة.

- ١ - الشروط التي تتعلق بإبرام العقد: وهي تعليمات لرجل الإدارة تبين له كيفية إبرام العقد. وهي من قبيل الأوامر الداخلية والتي لا يترتب على مخالفتها البطلان، ولكن تعرض مخالفتها للمسائلة الإدارية.
- ٢ - الشروط التي تتعلق بتنفيذ العقد: وهذه الشروط الملزمة للمتعاقد إن أشير إليها في العقد وتم التوقيع عليها بوصفها جزءا لا يتجزأ من العقد.

ثانيا: دفاتر الشروط المشتركة: وهي التي تتضمن الشروط الفنية التي تطبق على عقود الأشغال العامة والتوريدات.

ثالثا: دفاتر الشروط الخاصة: وتتضمن الشروط الخاصة بكل عقد على حدة تكميلاً للشروط العامة والمشاركة وتتضمن هذه الشروط تحديد موضوع العقد أو نوع السلعة أو الخدمة المطلوبة وكمياتها ومهلة تسليمها، ومقدار التأمين أو الكفالة والسعر التقديري الذي يجري التنزيل أو المناقصة ابتداء منه.

المبحث الثالث

شرط الكتابة في العقود الإدارية

الأصل أن عقود الإدارة لا بد أن تتم بالكتابة، لأن ذلك ضروري لبيان شروط العقد التي تحرر بطريقة مسبقة، بالإضافة إلى الإجراءات والأشكال التي تخضع لها عملية إبرام العقد. وتعد الكتابة من الشكليات الهامة التي يفرضها أسلوب التعاقد وإجراءات إبرامه.

ويعد التوقيع على العقد شرط أساسي فيه بوصفه التعبير الحقيقي عن الإرادة. ويحرر مع رست عليه الصفقات.

وتبدو أهمية الكتابة في أن العقد المكتوب يبرز بشكل واضح ما توافقت عليه إرادة المتعاقدين، حتى وإن كانت هذه القواعد مخالفة لبعض القواعد التكميلية في القوانين واللوائح، لأن ما اتفق عليه المتعاقدان هو شريعتهم، لأن الأحكام اللائحية في هذا الشأن ما هي إلا أحكام تكميلية لإرادة الطرفين والتي يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

وشرط الكتابة كقيد على الإدارة لا يكون إلا عندما ينص القانون على الكتابة، أو تتطلب طبيعة العقد كتابة العقد مثل عقد الالتزام.^(١)

ولذلك كان الخطأ المادي في الكتابة أو الحساب التي يقع فيها المتعاقدان هو خطأ غير جوهري، ولكنه واجب التصحيح ليحقق التعبير الصحيح.

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، المرجع السابق، ص ٦٨.

الفصل الرابع

إجراءات إبرام العقود الإدارية

ينظم قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية ولائحته التنفيذية في الجمهورية اليمنية إبرام العقود الإدارية، وتبدأ مرحلة التعاقد عن طريق المناقصات من لحظة الإعلان عن المناقصة، حتى إبرام العقد.

ونتناول في هذا الفصل الدعوة إلى التعاقد وذلك في المبحث الأول، وأحكام تقديم العطاءات في المبحث الثاني، وإرساء المناقصة أو المزايدة في المبحث الثالث، ونخصص المبحث الرابع لتناول إبرام العقد.

المبحث الأول

الدعوة إلى التعاقد

بحسب المادة (١٠) من القانون^(١) تتم الدعوة إلى التعاقد عن طريق نشر الإعلان في وسائل الإعلام المناسبة للحصول على معلومات من الاستشاريين الراغبين في تقديم الخدمات الاستشارية المعلن عنها، وتبين اللائحة التنفيذية الإجراءات التفصيلية لذلك.

ويجوز الإعلان عن إجراء مسابقة للتصاميم المعمارية وتخطيط المدن الأولية بهدف الحصول على أفضل تصميم مقابل جائزة أو بدون جائزة ويتم

(١) قانون المناقصات اليمني

اختيار التصاميم من قبل لجنة تشكل لهذا الغرض وتحدد اللائحة كيفية عمل اللجنة وإتخاذ قراراتها وشفافية إجراءاتها.^(١)

ويكون التعاقد على تنفيذ أعمال التوريد والأشغال والصيانة والإصلاح والخدمات الاستشارية والخدمات الأخرى عن طريق إجراء مناقصة عامة يتم الإعلان عنها داخل الجمهورية أو داخل الجمهورية وخارجها حسب طبيعة كل مناقصة.^(٢)

وتتحقق الفرصة لكل من تتوافر له الشروط عن طريق الإعلان، لأن المناقصة العامة تمثل الميدان الحقيقي لتطبيق حرية المنافسة فيمن تتوفر فيه الشروط المحددة من قبل الإدارة.^(٣)

ويتم الإعلان عن شروط المناقصة لأن لكل مناقصة شروطها وميعاد معين للتقدم إليها، وهنا يجب احترام هذه الشروط والميعاد المعلن عنها. ويذكر عادة في هذا الإعلان الدعوة إلى الاشتراك في المناقصة وذكر آخر موعد لتسليم المظاريف التي فيها الاستعداد الكامل لتقبل الصفقة بسعر معين.

(١) قانون المناقصات المادة (١١)

(٢) قانون المناقصات المادة (١٢)

(٣) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية....، مرجع سابق، ص ٦٩.

المبحث الثاني

أحكام تقديم العطاءات والتأمينات

سندرس في هذا المبحث طريقة تقديم العطاءات، وأحكام تقديم التأمينات وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

طريقة تقديم العطاءات

يقصد بالعطاء (العرض المقدم من قبل المتناقص أو المتزايد بغرض المنافسة وفقاً للإجراءات المحددة في هذا القانون واللائحة).^(١) ويقدم العطاء إلى لجنة استلام تشكل من غير أعضاء لجنة المناقصات ومشتريات الدولة برئاسة مدير عام على الأقل وثلاثة مختصين من ذوي الخبرة وأمين المخازن.

وقد بينت اللائحة التنفيذية طريقة تقديم العطاءات، ووسائل تفرغها، وتقييمها، وأحوال استبعادها، وأنواع الضمانات لكل مناقصة، وكيفية تحصيلها، وشروط ردها لأصحابها والدفوعات المقدمة للمتعهدين والمقاولين، وغرامات التأخير، وتسوية المنازعات، وكل ما يتعلق بشروط الإعلان والاشتراك في المناقصات، وفتح المظاريف وتفرغ العطاءات وإبرام العقود.^(٢)

وأجاز القانون للجنة المناقصات ومشتريات الدولة وموافقة المسئول المختص الدخول في مفاوضات بعد فتح المظاريف مع مقدم العطاء الأقل سعراً المقترن بتحفظات، وذلك بغرض النزول عن تحفظاته كلها أو بعضها حتى يصبح عطاؤه متفقاً مع شروط المناقصة، فإذا رفض صاحب العطاء الأقل التفاوض يجوز التفاوض مع من يليه، بحيث لا تتم المفاوضات مع أصحاب

(١) قانون المناقصات اليمني المادة (٢)

(٢) قانون المناقصات اليمني المواد (١٢١ إلى ٢٠١)

العطاء الأكبر إلا إذا رفض هذا التعديل جميع أصحاب العطاءات الأقل منه.^(١)

وترسي المناقصة على الأقل عطاء متى ما كان مستوفيا شروط المناقصة أو أنه أصبح أنسب العطاءات بعد المفاوضة.

وتنص المادة (٢٣) من القانون على أنه: (يجوز إلغاء المناقصة قبل فتح المظاريف بقرار مسبب من رئيس اللجنة بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة وفي هذه الحالة يجب إعادة الضمانات وكذا قيمة وثائق المناقصة بعد استعادتها من المتنافسين).

كما أجاز القانون إلغاء المناقصة قبل فتح المظاريف بقرار مسبب من رئيس اللجنة بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة على أن يتم إخطار كافة المتقدمين كتابةً وذلك في أي من الحالات الآتية:

- أ. إذا اقترنت كل العطاءات بتحفظات غير مقبولة.
- ب. إذا تحققت اللحنه من أن العطاء الأقل سعرا تزيد قيمته عن القيمة في السوق والتكلفة التقديرية بأكثر من (١٠%).
- ج. إذا كانت التوريدات أو الأشغال أو الخدمات لم تعد مطلوبة ولا يعاد إنزالها في مناقصة
- د. إذا تبين وجود تواطؤ بين المتقدمين.

يجوز لمقدم العطاء الانسحاب من المناقصة قبل فتح المظاريف، ويجوز للجنة المناقصات ومشتريات الدولة قبول العطاء الوحيد، شريطة أن يكون قبوله واضحا ومسببا. وكذلك إلغاء المناقصة وتعديل التعاقد والإضافات متى كان ذلك لصالح الخزينة العامة، على أن لا تكون الإضافات، بأي حال أكثر من

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية.....، مرجع سابق، ص

(١٠%) من قيمة العقد الأصلي في حالات مقاوله العمل، ويسري على الإضافات أحكام قانون المناقصات، وخاصة ما يتعلق منها باتخاذ قرار الإضافات، والبت بشأنها. كما يحق للجهة المعنية فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي في الحالات الآتية: الغش والتلاعب، تقديم الرشوة، والتأخير عن التنفيذ في المواعيد المحددة.^(١)

المطلب الثاني

أحكام تقديم التأمينات

يجب أن يرفق مع العطاء التأمين الابتدائي بحسب ما نص عليه القانون وحددته اللائحة التنفيذية من قيمة العطاء في مقاولات الأعمال أو التوريد أو الخدمة أو غير ذلك ولا يلتفت إلى العطاءات غير المصحوبة بالتأمين الابتدائي كاملاً^(٢)، ويتم سداد التأمين الابتدائي قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف بإحدى الطرق الآتية:^(٣)

الطريقة الأولى: تقديم شيك مقبول الدفع من البنك المسحوب عليه، شريطة أن يكون هذا البنك معتمدا لدى البنك المركزي اليمني، كما تقبل الشيكات المسحوبة على بنوك بالخارج بشرط اعتمادها من أحد البنوك المعتمدة من البنك المركزي اليمني.

الطريقة الثانية: تقديم ضمانات بنكية من أحد البنوك المصرح لها من البنك المركزي اليمني بإصدار مثل هذه الضمانات، على أن تعاد التأمينات الابتدائية إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة من طلب منهم، وذلك بعد

(١) المواد (١٢١، ١٢٢، ١٢٣)، من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات اليمني

(٢) د. مارن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٣٦.

(٣) المادة (١٢٧) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات

انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات، أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول.

وبشرط أن تصبح هذه التأمينات من حق الجهة التي قامت بالمناقصة في حال عدم اتخاذ المشترك الإجراءات اللازمة لرسو العملية عليه أو عدم تنفيذ العقد.

وقد يتقدم المشترك إلى البنك طالبا منه خطاب الضمان. ويقصد بخطاب الضمان: أن يكون البنك كفيلاً وضامناً بقبول دفع مبلغ معين لدى المستفيد من ذلك الخطاب نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيام طالب الضمان بالتزامات معينة قبل التنفيذ، ولكن خطاب الضمان يختلف عن الكفالة التي هي عبارة عن إحضار المكفول، كما يختلف عن الضمان الاصطلاحي الشرعي الذي هو عند طائفة ضم ذمة إلى ذمة، وعند طائفة أخرى النقل من ذمة إلى ذمة، بل فخطاب الضمان هو أداء البنك شرط المشترك في حال عدم قيام المشترك عليه بأداء الشرط، مثل ضمان الأعيان المغصوبة التي لا تكون الذمة مشغولة بها ما دامت العين موجودة، فيكون معنى ضمان الأعيان المغصوبة هو ما نحن فيه من التعهد بأدائها، ويترتب على هذا التعهد بالأداء اشتغال ذمة المتعهد بقيمتها عند تلفها.^(١)

ويتحقق الشرط على المشترك: بامتناع المشروط عليه من أداء الشرط الذي هو تلف للفعل على مستحقه، وبذلك يتحول المتعهد بأداء الشرط إلى اشتغال ذمة البنك بقيمة الشرط. فإذا تخلف المقاول عن الوفاء، اضطر البنك إلى دفع القيمة المحددة في خطاب الضمان، ويرجع في استيفائها على

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية....، مرجع سابق، ص ٧٤.

الشخص الذي صدر خطاب الضمان إجابة لطلبه. ويجب التفريق بين نوعين من خطاب الضمان.^(١)

١- خطاب الضمان الابتدائي: وهو تعهد بنكي بضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية إلى المستفيد الذي يدعو إلى المناقصة، وهو يطلب ممن يتنافس على العملية، ويستحق المستفيد الدفع له عند عدم قيام الطالب باتخاذ ما يلزم عند رسو العملية عليه.

٢- خطاب الضمان النهائي: وهو تعهد بنكي بضمان دفع مبلغ من النقود يعادل نسبة من قيمة العملية التي استقرت على عهدة المقاول لصالح المستفيد (الإدارة العامة) يطلبه من المقاول الذي رست عليه العملية ونفذ معه العقد، ولا يكون المبلغ واجبا على البنك إلا عند تخلف المقاول عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية التي عقدت بين المقاول والمستفيد من خطاب الضمان.

ويبرر الفقه فكرة خطابات الضمان بحماية المصلحة العامة وحماية مصلحة الفرد كذلك، بمعنى أن علة هذه الخطابات ضمان الحقوق للجميع.^(٢)

(١) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ٧٥.
(٢) د. فاروق أحمد خماس وزميله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٥.

المبحث الثالث

فتح المظاريف والبت في العطاءات

ونتناول في هذا المبحث فتح المظاريف والبت في العطاء وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

إجراءات فتح المظاريف

نصت المادة (١٥٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات على أن: (تشكل بقرار من رئيس الجهة لجنة لفتح المظاريف برئاسة أحد أعضاء لجنة المناقصات وعضوية:

١- ثلاثة على الأقل من المختصين في أعمال المشتريات من الجهة ممن يتمتعون بالخبرة للقيام بإجراءات جلسة فتح المظاريف بكل كفاءة ومسؤولية.

٢- ممثل عن الإدارة المعنية في وحدات السلطة المركزية وممثل عن الجهاز التنفيذي المختص في الوحدات الإدارية.

٣- المدير المالي أو مدير الحسابات في الجهة.

وفي الجهات التي لها وحدات مشتريات متخصصة يتولى ثلاثة من أعضائها تنفيذ أعمال جلسة فتح المظاريف وبحضور أحد أعضاء لجنة المناقصات.

كما تشكل بقرار من لجنة ثابتة لفتح مظاريف عمليات الشراء الصغيرة التي لا تتجاوز قيمتها السقف المالي للمناقصة المحددة المحددة في هذه اللائحة، للقيام بكافة المهام المحددة للجنة فتح المظاريف في هذه اللائحة وتشكل على النحو الآتي:

١- مدير عام الشؤون المالية/ المدير المالي بحسب الأحوال

رئيسا

٢- مدير الشؤون القانونية

عضوا

٣- مدير المشتريات والمخازن

عضوا

٤- مدير عام / مدير إدارة يختاره رئيس الجهة

عضوا

وبحسب اللائحة^(١) تقبل العطاءات المقدمة حتى الساعة المحددة لفتح المظاريف سواء تم تسليمها بالبريد أو باليد من قبل أصحابها ولا يلتفت إلى أي عطاء يرد بعد الموعد المحدد ويعاد إلى مقدمه بحالته دون فتح.

ولا يحق لمقدم العطاء إجراء أي تغيير في عطائه بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف.^(٢)

ويجب على الجهة أن تحدد في وثيقة المناقصة الإدارة المعنية المسؤولة عن استلام مظاريف العطاءات وتسجيلها وحفظها في مكان آمن وتحريزها بحالتها المسلمة دون أي تغيير حتى موعد فتح المظاريف.

ويجب أن يتم فتح المظاريف بصورة علنية في الموعد والمكان المحددين في وثائق المناقصة أثناء ساعات الدوام الرسمي.^(٣) وتسجل لجنة فتح المظاريف كافة العطاءات المقدمة، وتدوّن محضر جلسة الفتح في النموذج والسجل المخصص لذلك.

(١) المادة (١٥٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات

(٢) المادة (١٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات

(٣) المادة (١٥٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات

ولجان فتح المظاريف هي المسؤولة عن إثبات تسجيل بيانات كل العطاءات المقدمة ولا يحق لها قبول أو رفض أي عطاء، باستثناء العطاءات التي ترد بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف فيتم رفضها.

وتفتح مظاريف العطاءات بحضور مقدمي العطاءات أو وكلائهم المعتمدين الراغبين بالحضور ولا يحق للجهة منع أي صاحب عطاء من حضور جلسة فتح المظاريف.^(١)

المطلب الثاني

البت في العطاءات

لكي ترسي المناقصة على أقل عطاء تلتزم لجان المناقصات بحسب الصلاحيات المنصوص عليها في القانون واللائحة التنفيذية والتي تلزمها بمراجعة الكشوفات النهائية الخاصة بتفريغ وتحليل العطاءات،^(٢) والتوصيات المقدمة من لجناتها الفنية، والتأكد من سلامة البيانات المدرجة بتلك الكشوفات، وإبداء رأيها، ويكون إرساء المناقصة على أقل عطاء متى كان مستوفيا لجميع شروط المناقصة وأنه أصبح أنسب العطاءات وذلك تحقيقاً لمبدأ اقتصادية الشراء، وعلى اللجنة أن تحدد بمحضر البت أسباب الاستبعاد والقبول لكل عطاء وعلى وحده على أن تتخذ قرارها النهائي قبل مدة سريان العطاءات.^(٣)

وتصدر قرارات اللجان بالأغلبية المطلقة وتدون اللجنة مناقشاتها وتوصياتها في محضر البت، ويوقع عليه من رئيس اللجنة وجميع الأعضاء.

(١) المادة (١٦٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات

(٢) راجع الفصل السابع من الباب السابع من اللائحة التنفيذية

(٣) د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية....، مرجع سابق، ص ٧٩.

الفصل الخامس

سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية

تتمتع الإدارة في مجال العقد الإداري بمجموعة من السلطات تتمثل بسلطة الرقابة والتعديل وفرض الجزاءات، هذا ما نبهته في المباحث الآتية:

المبحث الأول

سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

للإدارة أن تشرف على تنفيذ العقد فتراقب المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد بغية التحقق من أن ذلك التنفيذ يتم وفقاً للشروط المحددة بالعقد وتتخذ سلطة الرقابة من جانب الإدارة صورتان:

الأولى: الاكتفاء بالمراقبة والإشراف على مراحل التنفيذ وإلزام المتعاقد بمراعاة شروط العقد.

والثانية: قيام الإدارة بتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة.

وتتم الرقابة بالتفتيش على العمل والزيارة وطلب البيانات والإحصاءات وفحص طبيعة العمل. وإذا اقتضى الأمر لها أن تصدر قراراً إدارياً يلزم المتعاقد معها بأن يتبع الطريقة التي تترتبها في التنفيذ. دون الاكتفاء في ذلك على الطرق المنصوص عليها في العقد. كما قد تتم الرقابة بطريقة مالية

للتحقق من أن المتعاقد قد نفذ التزاماته المالية الناجمة عن العقد حسب الأصول.^(١)

أن حق الإدارة في مراقبة تنفيذ العقد بالصورة الأولى مقرر كمبدأ عام بالنسبة للعقود الإدارية سواء نص عليه العقد أو لم ينص عليه. أما حق الإدارة بالصورة الثانية أي حقها (بالتوجيه والتدخل) فليس مقرراً كمبدأ عام في جميع العقود غير أنه مع ذلك يختلف حسب طبيعة العقد. فهو مبدأ عام في عقود الأشغال العامة. ولو لم ينص عليه العقد بعكس الحال بالنسبة لعقود التوريد حيث لا يتقرر للإدارة إذا لم تنص عليه في العقد.^(٢)

أن القول بحق الإدارة في الرقابة كمبدأ عام يعني عدم جواز الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ فلا يمكن للإدارة أن تتنازل عن استعمال سلطتها، لأنها من النظام العام.

وسلطة الرقابة ليست مطلقة ولا يمكن لها تجاوز مبدأ المشروعية، فمثلاً لو أن الإدارة مالت نحو هدف لا علاقة له بالمرفق العام موضوع العقد، أو خالفت ما جاء في العقد، أو قامت بتعديله، فهذا يعد تجاوز حدود الإدارة وبه إخلال في موضوع العقد.^(٣)

ويجب التذكير بأن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه عند تنفيذ العقد الإداري تجد أساسها في مفهوم المرفق العام الذي تسهر الإدارة على حسن سيره في كافة الظروف.^(٤) ومن قبيل رقابة الإدارة وإشرافها على تنفيذ عقودها حق

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٣) د. محمد الدرة، العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص ٨١.

(٤) د. توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، ١٩٩٢م، ص ٢٨٩.

الإدارة في التدخل في علاقة المتعاقد بمستخدميه وعماله، وتنظيم ساعات العمل وتحديد الأجور الخاصة بهم.^(١)

والخلاصة هي أن السلطة ليست مطلقة إذ أن الإدارة تلتزم بعدم التعسف باستخدامها لتحقيق أغراض خاصة لا تتعلق بالمصلحة العامة. ومن جانب آخر يجب أن لا تؤدي الرقابة والتوجيه إلى حد تغيير طبيعة العقد.

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤١.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

للإدارة - على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين - حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر، خاصة فيما يتعلق بمدى الأداءات المطلوبة زيادة أو نقصا في حدود معينة، وهذا الحق مقرر للإدارة في فرنسا ومصر دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، بل لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه، وإن كان مدى سلطة التعديل يختلف كذلك من عقد إلى آخر.

غير أن الإدارة يجب أن تكون مدفوعة في التعديل بمقتضيات المصلحة العامة، وأن تستند في إجراءاته إلى تغير الظروف التي أدخلت في الاعتبار عند إبرام العقد وذلك لكي لا تتخلص من التزاماتها بلا مبرر.

ومن ناحية أخرى فإن حق الإدارة في تعديل العقد ليس مطلقاً، بل يجب ألا يتجاوز حدوداً معينة تتفق والحكمة من تقريره، وإلا جاز للمتعاقد معها طلب الفسخ.

فيجب أولاً ألا تصل الإدارة في استخدامها لهذا الحق إلى تعديل نوع العقد أو موضوعه بأن تطلب الإدارة مثلاً أن يصبح عقد الالتزام عقد توريد، أو أن يكون موضوع عقد النقل أشخاصاً بدلاً من البضائع. وأخيراً فإن التعديل يجب ألا يتناول حقوق المتعاقد المالية في العقد، وأن يقتصر على الشروط الأخرى المتعلقة بسير المرفق العام، وفي الحدود السابق بيانها.^(١)

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٥٩٤.

وأساس هذه السلطة أو هذا الحق الذي تتمتع به السلطة الإدارية في مواجهة الطرف المتعاقد معها ينبع هذا الأساس ويستمد من ضرورة حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.^(١)

(١) عمار عوابيدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجتمعية، الجزائر، ١٩٩٠م، ص ٥٨٦.

المبحث الثالث

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد

تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة. وتعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء إلى القضاء.^(١)

وتخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها لنظام قانوني خاص وهو نظام القانون العام في العقود الإدارية إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة بانتظام واطراد تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ والتنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة.

وقد درجت الإدارة على النص في عقودها في الشروط العامة والخاصة الملحقة بها على سلطة الإدارة بإيقاع الجزاءات، وعد القضاء الإداري في فرنسا ومصر في العديد من أحكامه الشروط التي تتضمن هذا الحق شروطا استثنائية بوصفها امتيازات من امتيازات السلطة العامة.

وفي ذلك قررت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها بتاريخ ١٤/١١/١٩٨٦ في قضية Socute Vandroy – Jaspar (أن النص على الجزاءات في العقد يعد في حد ذاته شروطا استثنائية) كذلك فإن العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي نصت على أن سلطة توقيع الجزاءات مستقلة عن نصوص العقد وتوجد ولو لم ينص عليها فيه أما إذا نص العقد على بعضها فإن ذلك لا

(١) انظر د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد أنواع الجزاءات المقررة جميعها. وقد أيد هذا الاتجاه الفقهاء إلا أن المحكمة الإدارية العليا أكدت في قرارها في ١٩٧٦/٤/٨ أنه إذا توقع المتعاقدان خطأً معيناً وحدد له في العقد جزاء معيناً فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه العقد. إذ ورد في الحكم (إذا توقع المتعاقدان في العقد خطأً معيناً ووضع له جزاء بعينه فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالف أو تطبق في شأنه نصوص لائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد).

ويذهب الفقه إلى عدم الاعتقاد بصواب هذا الاتجاه إذ غالباً ما تكون المخالفة من الجسامة بحيث لم تكن الإدارة قد توقعت حصولها عند إبرام العقد وأن الجزاء الذي نص عليه العقد لا يتناسب مع مقدار تلك المخالفة.^(١) هذا، وتتبع فكرة الجزاءات الإدارية من مفهوم السلطة العامة في العقود الإدارية وما هي إلا تطبيق لامتياز التنفيذ المباشر الإدارة ملزمة باستخدام هذه السلطة حفاظاً على حسن سير المرافق العامة ومن غير الممكن أن تتنازل عن هذه السلطة لا جزئياً بتقييد حقها في إتباع أنواع معينة من صور الجزاءات ولا كلياً وتتمتع بسلطة تقديرية في فرض هذه الجزاءات لا يقيد بها في ذلك إلا المصلحة العامة.

أنواع الجزاءات الإدارية:

استقر غالبية الفقهاء على تقسيم الجزاءات الإدارية التي تملك الإدارة توقيعها على متعاقديها في مجال العقود الإدارية، إلى ثلاثة أقسام رئيسية وهي

(١) انظر د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤٣. د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٠٤. الأستاذ عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٥٦.

الجزاءات المالية والجزاءات غير المالية (الضائقة) والجزاءات التي تسمح بإنهاء العقد.^(١)

١ - الجزاءات المالية:

هي عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالالتزامات التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرض بالكامل أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة.

والجزاءات المالية نوعين فقد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد، وقد تكون نوعاً من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه، فالجزاءات المالية في العقود الإدارية لا تقتصر على تعويض الضرر بل تشمل الغرامات التأخيرية التي تعد ضماناً لإنجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه ويشمل إرغاماً للمتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

وأهم هذه الأنواع من الجزاءات هي:

أ - التعويضات:

من المستقر فقها وقضاء أن كل إخلال بالتزام عقدي أو بالتزام يفرضه القانون ويسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

(١) انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٦١. د. محمد أحمد إبراهيم، الوسيط في شرح القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٤٥. د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

ويؤكد غالبية الفقهاء أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله.

بل أن من الفقهاء من لا يعد التعويض من الجزاءات الإدارية لأنه تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص كما يرونه.

ولا نرى صواب هذا الاتجاه إذ أن التعويض في مجال العقود الإدارية، يتميز في أن الإدارة تملك فرضه بإرادتها المنفردة وهي التي تحدد مقداره وكيفية تحصيل قيمته وهذه الامتيازات تبرز الطبيعة الخاصة لهذا الجزاء بصفته جزاء إدارياً، ويضاف إلى ذلك أن التعويض في العقود الإدارية لا يعد دائماً تعويضاً عن ضرر، إذ غالباً ما يمثل إجراء ضاغطاً على المتعاقدين توخياً لتنفيذ التزاماتهم على الوجه الأكمل.^(١)

ويسمح التشريع الفرنسي للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة. وللمتعاقدين أن يطعن بالتعويض أمام القضاء ويجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفائه منه متى تبين له صحة الأساس الذي يبنى عليه كما يجوز له تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه.

أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فإنها تسمح للإدارة بحق تحصيل التعويض بشرط أن ينص في العقد على ذلك. بهذا الشأن تقول (لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء لتحصل منه على حكم بالتعويض، مادام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء المقاصة من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق للمتعاقدين معها مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أي مصلحة حكومية أخرى عن كل خسارة تلحقها. فإذا كان العقد قد نص أيضاً

(١) انظر د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

على أن يكون ذلك بدون الإخلال بالمصلحة في المطالبة قضائيا بالخسارة التي لا يتيسر لها استردادها فلا يعني هذا بالضرورة إلزام المصلحة بالاتجاه إلى القضاء مادام أن في حوزتها القدر من المبالغ الكافية لجبر التعويض عن الإضرار، بل النص يعني تخويل الإدارة حق الاتجاه إلى القضاء إذ لم تكف المبالغ التي في حوزتها لجبر الضرر كاملا).

ب - الغرامات التأخيرية: (١)

وهي مبلغ من المال محدد سلفا ويفرض على المتعاقد أدائه إذا لم يتم بتنفيذ التزاماته خلال المواعيد المتفق عليها في العقد. والأصل أن يتضمن العقد الإداري شروطا خاصة تنظم غرامة التأخير وتحدد مقدارها، ولا يكاد يخلو عقد إداري من النص عليها ووجوب اقتضاؤها من المتعاقد إذا أخل بمواعيد التنفيذ. وإذا حدث ولم يتضمن العقد النص على غرامة التأخير، وكان في القانون أو اللائحة مثل هذا النص فحينئذ يطبق النص.

وغرامة التأخير مستحقة الأداء بقرار يصدر من الإدارة المتعاقدة ودون حاجة لاستصدار حكم قضائي بها، وللإدارة إن تلزم المتعاقد معها بدفعها بمجرد حصول تأخير في التنفيذ عن الميعاد المحدد في العقد، ودون حاجة لإثبات تحقيق ضرر ما أصاب المرفق العام نتيجة هذا التأخير، كما أنه ليس للمتعاقد المتأخر أن يتحلل من دفعها بحجة أن المرفق لم يصبه أي ضرر، فالضرر ليس شرطا لاستحقاقها، وإنما هو مجرد التأخير لأن التأخير في ذاته خسارة مفترضة دائما. وفي هذا تفرق غرامة التأخير عن الشرط الجزائي الذي يشترط لتطبيقه ولاستحقاقه حصول الضرر.

(١) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، و د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٦٧. د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

ولكن مع ذلك يمكن لجهة الإدارة أن تعفي المتعاقد من غرامة التأخير كلها أو بعضها أي أن لها أن تتجاوز عنها إذا هي قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير. وإذا كان التأخير راجعا إلى القوة القاهرة، فإن المتعاقد يعفى من غرامة التأخير إذا ثبت ذلك.

ج - مصادرة التأمين:

مصادرة التأمين هو الجزء الثاني الذي يمكن أن توقعه جهة الإدارة على المتعاقد معها هو مصادرة التأمين النهائي الذي دفعه عند التعاقد، وتكون المصادرة بقرار من الإدارة، وتقوم الإدارة بمصادرة التأمين إذا اضطرت إلى فسخ العقد نتيجة عدم قيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته، ولكن تجوز هذه المصادرة أيضا حتى بدون فسخ العقد، وبعد إتمام التنفيذ إذا كان المتعاقد قد قام بالتنفيذ على غير الوجه المطلوب، أو تراخى في هذا التنفيذ أو قصر هذا التنفيذ.

ومصادرة التأمين كجزء توقعه الإدارة بقرار منها دون حاجة إلى حكم قضائي تماما مثل غرامة التأخير. كذلك للإدارة مصادرة التأمين دون أن تضطر لإثبات حصول ضرر بالمرفق العام، إذ أن مصادرة التأمين هي جزء يحق للإدارة توقيعه بمجرد حدوث إخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقا للعقد، كما لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يثبت أن الضرر الذي لحق جهة الإدارة يقل عن التأمين. ولكن على العكس من حق الإدارة إلى جانب مصادرة التأمين أن تطالب المتعاقد المقصر بتعويض الأضرار التي تزيد قيمتها عن مبلغ التأمين، ذلك أن التأمين قد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه، ولكنه يقينا لا يمثل الحد الأقصى لما قد يطلب من تعويض في حالة حدوث أضرار بالمصلحة العامة للمرفق تجاوز قيمة التأمين.

ولا شك أن حق جهة الإدارة في مصادرة التأمين هو حق أصيل مصدره نص القانون ومن ثم حق المصادرة لهذا التأمين يتأكد للإدارة ولو لم ينص عليه صراحة في العقد.

٢ - الجزاءات غير المالية أو الضاغطة:

لا يهدف هذا النوع من الجزاءات إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ. وتتخذ وسائل الضغط ثلاث صور:

أ - وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز: يتعلق هذا الإجراء بعقد التزام المرافق العامة، ويتم بأن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حتى ولو لم يكن هناك خطأ منسوباً إلى الملتزم.

فقد تفرض الإدارة هذا الإجراء بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق لأسباب لا دخل لإدارة الملتزم بها كما لو كان التوقف راجعاً لقوة قاهرة ضامناً لاستمرار سير المرفق، وفي هذه الحالة لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية، التي تترتب على إدارة المرفق، أما في حالة فرض الحراسة جزاء لتقصير الملتزم فإن المشروع يدار على حسابه وتحت مسؤوليته. ومن المعروف أن هذه السلطة تملكها الإدارة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء بشرط أن تعذر الملتزم، ولأخير الحق في الطعن بقرار الإدارة، طالبا التحقق من أن الحراسة قد فرضت لدواعي المصلحة العامة في استمرار عمل المرفق وليس لدواع أخرى.

فالإدارة عرضة لإلغاء قرارها إذا كان مشوباً بعدم المشروعية أو لم يكن له ما يبرره من ناحية توافر الخطأ مع التعويض إذا كان له مقتضى.

ب - سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة:

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في أعماله بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسئولية المقاول وحسابه.

وغالبا ما يتطلب قيام الإدارة بهذا الإجراء وجود تقصير أو إخلال بالغ الجسامة من المتعاقد. وتنص دفا تر الشروط العامة غالبا على الحالات التي يجوز للإدارة أن تستخدم هذا الإجراء في حالة تحققها.^(١)

ومن أسباب فرض هذا الجزاء على سبيل المثال:

١- إذا تأخر في البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك برغم تنبيهه كتابه.

٢- إذا أوقف العمل إيقافاً تاماً دون سبب معقول.

٣- إذا تأخر في تنفيذ العقد عن المواعيد المتفق عليها ولم تر الجهة المتعاقدة إعطاء مهلة لذلك أو عجز عن الانجاز في المهلة التي أعطيت له.

٤- إذا قام بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشرة أو غير مباشرة باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء ذلك التنفيذ.

٥- إذا أعسر المتعاقد أو أشهر إفلاسه أو دخل في صلح مع دائنيه.

٦- إذا أهمل إهمالاً جسيماً في تنفيذ العقد أو أغفل القيام بإحدى التزاماته الجوهرية المقررة في العقد ولم يباشر في إصلاح آثار ذلك.

(١) انظر د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٣. د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

هذا وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الإدارية العليا في مصر على وجوب إنذار المفاوض المقصر في تنفيذ التزاماته ما لم يتضمن العقد نصا صريحا يعفي الإدارة من هذا الإجراء أو في حالة الاستعجال والضرورة.

ج - الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد:

يرتبط هذا في الغالب بعقود التوريد فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد، تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسئوليته.

وقد جرى العمل على أن تمنح الإدارة للمتعاقد مهلة أولية بإخطاره بوجوب تنفيذ التزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإنذار.

ومن المسلم به أنه يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامة بحيث يبرر للإدارة استخدام هذا الجزاء، ويتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة بهذا الشأن عند الطعن في مشروعية قرار الإدارة بفرضه.^(١)

٣ - الجزاءات التي تسمح للإدارة بإنهاء عقودها:

تملك الإدارة سلطة إنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها قبل الأجل المحدد في عقد الامتياز والقيام بالتنفيذ الكامل في عقود الأشغال العامة وعقد التوريد، واصطلح على هذه السلطة بالفسخ للعقود الإدارية المختلفة (والإسقاط) عندما يتعلق العقد بإنهاء عقد الالتزام.

أ - فسخ العقد: الفسخ جزاء للإدارة توقعه على المتعاقد يضع نهاية للرابطة التعاقدية بينهما، وفي الغالب تستخدم الإدارة هذا الجزاء في حالة ارتكاب المتعاقد خطأ جسيما في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

(١) انظر د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

وقد تطالب الإدارة بالإضافة إلى فسخ العقد التعويض عن الأضرار التي أصابت الإدارة بسبب تنفيذ الأشغال العامة بنفقات أكبر نتيجة زيادة المواد الأولية وأجور العمال، أو كما لو اضطرت إلى توريد الأصناف اللازمة بأسعار أعلى بكثير من أسعار العقد. وفسخ العقد كجزاء على الخطأ الجسيم للمتعاقد، يجب ألا نخلط بينه وبين إلغاء الإدارة للعقد لأسباب تتصل بالصالح العام وبدون خطأ من جانب المتعاقد^(١)

ومن حالات الخطأ الجسيم التي تعطي للإدارة الحق في فسخ العقد مع مصادرة التأمين والتعويض، نذكر الحالات التي أشارت إليها المادتين (٢٩، ٣٠) من القانون وهي:

١ - الغش والتلاعب، ٢ - تقديم الرشوة.

ب - الإسقاط: هو المصطلح الذي أطلقه مجلس الدولة الفرنسي على فسخ عقد الالتزام، والإسقاط، طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضاء مدة انتهائه الطبيعية وما هو إلا جزء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها في إدارته للمرفق، بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان إلى استمراره في إدارة المرفق وتسييره على نحو سليم، ولا يستحق الملتزم أية تعويضات نتيجة لإسقاط التزامه.

بهذا يختلف الإسقاط عن الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام في أي وقت تشاء قبل انتهاء مدة الالتزام الممنوحة للملتزم حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانبه، مقابل تعويض يكون واجبا على الإدارة لقاء حرمان الملتزم من إدارة المرفق حتى نهاية مدة الالتزام.

(١) انظر د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٦. د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

وتملك الإدارة هذا الحق ولو لم ينص عليه في عقد الامتياز، لكن المعتاد أن عقود الامتياز تتضمن نصا خاصا ينظم هذه الحالة لأهمية هذه العقود التي تتعلق بتسيير مرافق عامة.^(١)

ومن الأخطاء الجسيمة التي استقر مجلس الدولة الفرنسي على عدها من الأخطاء التي تبرر اتخاذ قرار الإسقاط، التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة، والإخلال المستمر والمنتظم بالتزاماته التعاقدية، أو ترك المرفق دون استغلال، أو عدم أداء المستحقات المادية للجهة مانحة الالتزام أو إخلال جوهري في العقد.^(٢)

(١) انظر د. مجدي الشامي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٨.
(٢) انظر د. مازن ليلوراضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

الفصل السادس

التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة

نتناول في هذا الفصل التزامات المتعاقد مع الإدارة وذلك في المبحث الأول، وحقوق المتعاقد مع الإدارة في المبحث الثاني.

المبحث الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ كل ما ورد بالعقد تفصيلاً وعلى النحو وفي المواعيد التي يحددها القانون واللوائح المتعلقة بالعقود الإدارية.^(١)

ولا يختلف موقف المتعاقد مع الإدارة عن موقف أي متعاقد إلا في الجزاءات التي تترتب على عدم تنفيذ التزاماته، والتي تأخذ أشكال عدة: من جزاءات مالية إلى جزاءات تهديدية، إلى جزاءات جنائية. وإلى جانب التزام المتعاقد بنصوص العقد توجد التزامات أخرى مصدرها القوانين واللوائح وأهمها قانون المناقصات والمزايدات ولأئحته التنفيذية وكراسة الشروط العامة، والعرف، والمبادئ المستقرة في القضاء الإداري.

وبصرف النظر عن التزام المتعاقد مع الإدارة وطبيعة العقد المبرم فإن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بشكل رئيسي بالأمور الآتية:

- أن يقوم بتنفيذ التزاماته بنفسه.
- أن يقوم بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة.
- أن يلتزم بمبدأ حسن النية.

(١) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ١٧٢.

- أن ينفذ التزاماته وفقاً لما ورد بالعقد بالشروط وفي المواعيد المنصوص عليها، كما يلتزم بما ورد في كراسة الشروط التي عادة ما تكون جزءاً لا يتجزأ من العقد.
 - أن ينفذ التزاماته بطريقة سليمة وبالغناية اللازمة.
 - ألا يمتنع عن الوفاء بالتزاماته بحجة تقصير الإدارة، إلا في حالة كان امتناع الإدارة أو تقصيرها يحول بينه وبين تنفيذ العقد.
- ونظراً لصلة العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة تراعي في المتعاقد معها اعتبارات خاصة متعلقة بسابقة أعماله، وكفايته المالية، وقدرته الفنية، وحسن السمعة...إلخ.
- ولذا، فإن المتعاقد مع الإدارة يتعين عليه أن ينفذ العقد بنفسه، فلا يجوز له التعاقد من الباطن والنزول عن العقد.^(١)

(١) د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٤٠٥-٤٠٦.

المبحث الثاني

حقوق المتعاقد مع الإدارة

ليس المتعاقد مع الإدارة سوى شخص يبحث من وراء تعاقد الحصول على أرباح مالية، بمعنى آخر، فهو يروم الحصول على مقابل نقدي ويتخذ المقابل النقدي أشكالاً تختلف باختلاف نوعية العقد. ففي عقد الامتياز يتخذ المقابل النقدي ما يطلق عليه بالرسم (Tax) وهو المبلغ الذي يتقاضاه الملتزم من منتفعي المرفق العام موضوع العقد، إضافة إلى هذا فإن المتعاقد يحصل على مبالغ أخرى كالقروض والفوائد...إلخ.

ويتخذ المقابل النقدي في العقود الأخرى ما يطلق عليه (الضمن) كما هو الحال في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد.

والعامل المشترك بين الأشكال التي يتخذها المقابل النقدي، يتمثل في أنها جميعاً لا يمكن أن يكون محل تعديل بالإرادة المنفردة للإدارة.^(١)

ومن جانب آخر، فإن المتعاقد قد يحصل تعويضات مالية قد تنشأ خلال تنفيذ العقد. هذه التعويضات تجد مصدرها في حق المتعاقد بالحصول على بعض التوازن المالي الذي تكفله نظرية العقد الإداري.

وإعادة التوازن بهذا الشكل تقرب نظرية العقد الإداري من نظرية العقد المدني. غير أن مما يميز الأولى ويمنحها خصوصيتها أن المتعاقد مع الإدارة قد يجد نفسه - بسبب قدرة الإدارة على التعديل الإنفرادي - قد ساء موقفه المالي من غير أن تكون له يد بهذه النتيجة لهذا، ومن أجل تعويضه عن مثل

(١) د. فاروق أحمد خماس وزميله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٩.

هذه المخاطر، تضمنت نظرية العقد الإداري، صراحة أو ضمناً، حق المتعاقد بإعادة التوازن المالي للعقد.^(١)

وتأسيساً لما سبق سنتناول حقوق المتعاقد مع الإدارة في مطلبين نبحت في المطلب الأول حق المتعاقد في الحصول على المقابل النقدي، وسنبحث في المطلب الثاني حق المتعاقد في الحصول على تعويض.

المطلب الأول

حقوق المتعاقد في المقابل النقدي (٢)

يعد هذا الحق من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة، وذلك لكون المتعاقد إنما يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل بالربح الناجم عن الفرق بين كلفة العقد التخمينية وبين ما بذله المتعاقد من جهود فعلية ولكن يجب أن لا يغيب عن البال بأن هناك عقوداً إدارية يكون المتعاقد المكلف بتقديم مقابل نقدي للإدارة ومن ذلك عقود إيجار الأموال العامة أو بيعها وكذلك في تقديم المعاونة. ولكن معظم العقود الإدارية ينتج أو ينبغي أن ينتج عنها مقابل مادي وهو ما يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة أما بصورة مباشرة كما هو الحال في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد وعقد النقل. وأما بصورة غير مباشرة كما هو الحال في عقود التزام المرافق العامة حيث يحصل المتعاقد على المقابل النقدي من المنتفعين بالخدمة.^(٣)

أن المقابل النقدي الذي يحصل عليه المتعاقد يتمثل في صور عديدة فهو قد يكون عن (ثمن) بالنسبة لعقود التوريد وعقود الأشغال العامة وعقود النقل العامة وقد يكون (رسوم) يدفعها المنتفعين للملتزم إزاء حصولهم على الخدمة

(١) د. فاروق أحمد خماس وزميله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٥٩.

(٢) لمزيد من التفاصيل ارجع د. يحيى قاسم علي سهلن السهل في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٨٠.

من عقد التزام المرفق العام. ويكون أيضاً بمثابة (فوائد) كما هو الحال في عقد الغرض العام.

ويجب الإشارة إلى أن الشروط الخاصة بالناحية المالية في العقد هي شروط تعاقدية على العموم. ومن ثم فإن الإدارة لا تستطيع تعديلها أو نقصها إلا بموافقة الطرف الآخر. والسبب في ذلك هو أننا لو تركنا للإدارة حرية تعديل الحقوق المالية للمتعاقد لما أقبل أحد على التعامل معها.

كما أنه لما كان المبرر الغالب لسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية هو ضمان سير المرفق العام فإن السلطات التي تمتلكها الإدارة من هذا النوع ينبغي ألا تتجاوز إلى غير هذا المبرر لتشمل المزايا المالية المشروعة للمتعاقد، لأنه ليست هناك فرصة. كما أنه من غير الجائز عد مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية لمجرد كون المتعاقد يطمح من تعاقدته إلى تحقيق ربح.^(١)

المطلب الثاني

حق المتعاقد في الحصول على تعويض

للمتعاقد وفقاً للقواعد العامة أن يتقاضى بعض التعويضات في حالة تسبب الإدارة بإحداث ضرر به لعدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية.

ويتقاضى المتعاقد كذلك التعويض عن الأعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة بالعقد إذا كانت الأعمال ضرورية لتنفيذ العقد وتكون مطالبته في هذه الحالة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب.

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٨١.

كما يستحق المتعاقد التعويض إذا واجه أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أكثر من الكلفة التي قدرها.^(١)

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسم الرأي في مصر (أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تجعل في أنه إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكنها توقعها بحال من الأحوال عند إبرام التعاقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار).

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

الفصل السابع

نهاية العقود الإدارية

تنتهي العقود الإدارية بالطريقة الطبيعية لانتهاء العقود في ظل القانون الخاص، أما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، أو بانقضاء مدتها وقد تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية أو مبسرة قبل أجلها الطبيعي.

وسندرس في هذا الفصل هاتين الطريقتين لانتهاء العقود الإدارية في مبحثين، نخصص الأول في انقضاء العقود الإدارية بالطريق العادي، ونبحث في المبحث الثاني حالات الانقضاء المبسر.

المبحث الأول

الانقضاء العادي للعقد الإداري

ينقضي العقد الإداري مثلما هو الحال في عقود القانون الخاص بتنفيذ موضوعه أو بانتهاء المدة المحددة له:

أولاً: انقضاء العقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على طرفيه تنفيذاً كاملاً:

الوضع الغالب في العقود الإدارية هي أنها عقود فورية إذ ينقضي عقد الأشغال العامة بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن، كذلك ينتهي عقد التوريد بإتمام تسليم البضائع محل التوريد واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة.

ومع ذلك فقد تتجدد مثل هذه العقود تحديداً صريحاً أو ضمناً فتكون هنا أمام عقد جديد ينتهي بانتهاء التجديد.^(١)

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

توجد طائفة خاصة من العقود تعد من العقود الزمنية عندما تحدد بمدة معينة، فمتى كان العقد محدد المدة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد، مثلما هو الحال في عقود الالتزام. كما أن مثل هذا الأمر يطبق بصورة خاصة في بعض عقود الأشغال العامة المتعلقة بالصيانة، فهي تنقضي بانقضاء المدة المحددة لها في العقد، حتى لو لم يتم انتهاء جميع الأعمال التي يفترض أن يقوم بها المتعاقد مع الإدارة، بمعنى أن إرادة الأطراف هنا تعطي الأولوية للوقت لا لحجم الأعمال ومقدارها.

ووفقاً لما سبق فإذا ما حددت الأطراف مدة زمنية معينة لتنفيذ ذلك العقد، وحل ذلك الأجل فإن نهاية الأجل تعد بمثابة نهاية لذلك العقد وانقضاء له، كأن يتفق الأطراف على صيانة مرفق عام، يبرم لمدة سنة واحدة، فإنه يبدأ حساب تلك المدة من يوم المباشرة بالأعمال وينتهي بعد تمام سنة من ذلك اليوم.

المبحث الثاني

الانقضاء المبسر للعقد الإداري

قد تنتهي العقود الإدارية نهاية مبسرة أي قبل استكمال الالتزامات أو انقضاء المدة المحددة وهذه النهاية تعد نهاية للعقد قبل نضوجه أو تمامه.

ويمكن إرجاع حالات النهاية المبسرة إلى أحد الأسباب الآتية:^(١)

أولاً: الفسخ باتفاق الطرفين:

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على إنهاء العقد قبل مدته أو إتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقياً يستند إلى رضا الطرفين وتطبق على الفسخ هذا أحكام الإقالة في عقود القانون الخاص.

وقد يكون إنهاء العقد في هذه الحالة مصحوباً بالتعويض عما فات المتعاقد من كسب نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه، إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك.

ويقصد بالفسخ الإرادي أو التنازل، بأنه اتفاق الطرفين المتعاقدين على نقض العقد والتحلل منه بإرادتهما المشتركة، أي اتفاقهما على أن يقل كل منهما الآخر من العقد بعد إبرامه.

فقد يحدث بعد إبرام عقد الأشغال العامة أن يتفق المتعاقد مع جهة لإدارة على إنهاء ذلك العقد قبل مدته أو قبل إتمام تنفيذه، ويكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقياً ومستنداً إلى رضا الطرفين المتعاقدين، لأن الرضاء المتبادل لهؤلاء هو الذي بعث بالعقد إلى الوجود فلا مشكلة أن يزيله منه، فالإزام العقد إنما تقرره إرادة أطرافه، وهي تقرر انقضاءه أيضاً.^(٢)

(١) د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

(٢) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

ثانياً: الفسخ بقوة القانون:

ينقضي العقد بقوة القانون في حالات معينة تطبيقاً للقواعد العامة منها: (١)

١- هلاك محل العقد: ينقضي العقد بقوة القانون في حالة هلاك محله، إلا أنه يجب التمييز بين ما إذا كان الهلاك بسبب خارج عن إرادة الطرفين وبين ما إذا كان الهلاك بسبب راجع للإدارة ففي الحالة الأولى ينقضي العقد دون أن يتحمل أي من الطرفين تعويضاً بسبب الإنهاء. أما في الحالة الثانية فإن الإدارة تعوض المتعاقد عن هذا الإنهاء المبتسر الذي تسبب فيه للعقد، إلا إذا كان هلاك محل التعاقد تنفيذاً لإجراء عام كهدم دور آيله للسقوط كان المتعاقد ملزماً بصيانتها، إذا توفرت شروط نظرية عمل الأمير.

٢- إذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد ويتم الاتفاق على أن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة تحققها فينقضي العقد اعتباراً من هذا التاريخ.

٣- إذا تحققت أسباباً معينة منصوص عليها في القوانين واللوائح فعندئذ يتم إنفساخ العقد من تاريخ تحققها.

ثالثاً: الفسخ القضائي:

قد يتقرر فسخ العقد الإداري بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد معها في حالات معينة.

١ - الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة:

تؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل فيه ولم يكن في وسعه توقيفه.

(١) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣١٢. د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

والقوة القاهرة هي حادث خارجي لا يد للمتعاقدين في إحداثها، غير متوقع ومستحيل الدفع، يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد مدنياً كان أم إدارياً، بصورة مؤقتة أم دائمية، كلية أم جزئياً. ويشترط في الحادث الذي في عداد القوة القاهرة ما يأتي:^(١)

(١) أن يكون الحادث غير متوقع عند التعاقد، ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا ذاتي، ويؤخذ فيه بتوقع أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور، وهنا تشترك القوة القاهرة مع الظروف الطارئة.

(٢) أن يكون الحادث مستحيل الدفع، وهذا هو الفارق بين القوة القاهرة وبين الظروف الطارئة، لأن تلك الأخيرة ممكن الدفع بعد حدوثها.

(٣) أن يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ العقد، استحالة مطلقة وبصورة دائمية، وسواء أكانت تلك الاستحالة مادية أم قانونية، كلية أم جزئية.

أما الاستحالة الوقتية فليست من شأنها أن تقضي على الالتزام بل تؤدي إلى توقف العقد لمدة معينة، على أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد عند زوال المانع الذي أدى إلى وقف التنفيذ، ذلك الطرف وعدم زواله فأن العقد سينسخ بقوة القانون، ذلك يعني أنه عند تحقق سبب الاستحالة، يجب أن لا يصار إلى سرعة تطبيق الأثر النهائي للاستحالة، وعد العقد منفسخاً من تلقاء نفسه.

(٤) أن لا يكون للمتعاقد يد في إحداثه، وعندئذ يتحول الالتزام من التنفيذ العيني إلى الالتزام عن طريق التعويض.

وإذا ما تحققت القوة القاهرة فأن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ، وإذا ألتجأ المتعاقد إلى القضاء

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٧٦. د. فاروق أحمد خماس وزميله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩١.

للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي فإن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه.^(١)

٢ - الفسخ القضائي كجزء للإخلال بالالتزامات العقدية:

أن حق الفسخ يحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته مضمون للطرفين ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد بقرار إداري استناداً إلى خطأ المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، فلا تلجأ إلى القضاء لتقرير الفسخ إلا لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوباً بالتعسف.

باستثناء حالة طلب إسقاط الالتزام في فرنسا، إذ أن القضاء الفرنسي مستقر على أنه لا يجوز أن يتم الفسخ إلا بحكم قضائي.^(٢)

أما بالنسبة للمتعاقد فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها إخلالاً جسيماً، وإذا حكم القضاء بذلك فإن آثار الفسخ ترتد إلى يوم رفع الدعوى.

٣ - الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل العقد:

تملك الإدارة كما بينا سلطة تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض.

وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية وتسبب في قلب

(١) د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٣٧٧.
(٢) الأستاذ عبد العزيز محمد الصغير، القانون الإداري....، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

اقتصاديات العقد فأن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف الإدارة دائماً.
رابعاً: الفسخ عن طريق الإدارة:

تملك الإدارة في بعض الحالات التي ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط العامة أو لائحة العقود الإدارية أن تفسخ عقودها الإدارية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

كذلك إذا كان مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفى أحد هؤلاء المتعاقدين فتملك الإدارة الخيار بين إنهاء العقد مع رد التأمين وبين تكليف باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه.

ويتم إنهاء العقد في هاتين الحالتين بخطاب مسجل دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أخرى.

ومن جانب آخر للإدارة أن تنهي عقودها الإدارية دون الحاجة لنص في قانون أو لائحة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد، مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء.

كشف بالمصادر

- ١- د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، دار الفكر المعاصر، ٢٠٠٢م.
- ٢- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، ١٩٧٣م.
- ٣- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ٤- د. توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، ١٩٩٢.
- ٥- د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة
- ٦- د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة دمشق، ١٩٨٧م.
- ٧- د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٨- د. سعيد حسن علي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨م.
- ٩- د. سليمان الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٦٥م.
- ١٠- الأستاذ عبد العزيز بن محمد الصغير، القانون الإداري، بين التشريعين المصري والسعودي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- ١١- د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

- ١٢- د. فاروق محمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، ١٩٩٢م.
- ١٣- د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- ١٤- د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
- ١٥- د. محمد عبد الله الفلاح، أحكام القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ٢٠٢٠م.
- ١٦- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ١٧- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، الطبعة الثانية، مطبعة العشري، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- ١٨- د. مازن ليلو راضي، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٧م.
- ١٩- د. مجدي الشامي، القانون الإداري في إطار التشريع الفرنسي والمصري والعراقي، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠١٨م.
- ٢٠- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩م.
- ٢١- د. عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠م.
- ٢٢- يحيى قاسم علي سهل، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الطبعة الأولى، مطبعة كوميت، القاهرة، ١٩٩٧م.
- ٢٣- د. يحيى قاسم علي سهل، السهل في القانون الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر، صنعاء، ٢٠٢٠م.

الوثائق الرسمية:

- ٢٤- دستور الجمهورية اليمنية
- ٢٥- القانون المدني لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية رقم ٨ لسنة ١٩٨٨م
- ٢٦- القانون المدني لجمهورية اليمنية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م
- ٢٧- قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧م
- ٢٨- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية الصادر بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٣ لسنة ٢٠٠٩م

الفهرس

٧	الفصل الأول: التعريف بنظرية العقود الإدارية
٧	المبحث الأول: نشأة العقود الإدارية
٧	المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية في فرنسا
١٠	المطلب الثاني: نشأة العقود الإدارية في مصر
١١	المطلب الثالث: نشأة العقود الإدارية في اليمن
١٢	المبحث الثاني: أركان العقد الإداري وشروط صحته
١٢	المطلب الأول: أركان العقد الإداري
١٢	الفرع الأول: الرضا
١٤	الفرع الثاني: المحل
١٥	الفرع الثالث: السبب
١٦	المطلب الثاني: صحة العقد الإداري
١٦	الفرع الأول: تحديد أهلية الإدارة
١٨	المطلب الثالث: سلامة الرضاء في العقود الإدارية
٢٠	المطلب الرابع: جزاء مخالفة شروط الانعقاد والصحة في العقد الإداري
٢٣	المبحث الثالث: معايير تمييز العقد الإداري
٢٣	المطلب الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون

٢٥	المطلب الثاني: التمييز القضائي للعقود الإدارية
٢٥	الفرع الأول: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد
٢٧	الفرع الثاني: اتصال العقد بنشاط مرفق عام
٣٥	الفرع الثالث: إتباع أسلوب القانون العام
٤١	المبحث الرابع: التعريف بأهم أنواع العقود الإدارية
٤١	المطلب الأول: عقد التزام المرفق العام
٤٥	المطلب الثاني: عقد الأشغال العامة
٤٧	المطلب الثالث: عقد التوريد
٤٧	المطلب الرابع: عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام
٤٩	المطلب الخامس: عقد النقل
٤٩	الفرع الأول: تعريف عقد النقل
٥٠	الفرع الثاني: خصائص عقد النقل
٥٠	المطلب السادس: عقد إيجار الخدمات وصفقة الدراسات
٥١	الفرع الأول: عقد إيجار الخدمات وصفقة الدراسات
٥١	الفرع الثاني: خصائص عقد إيجار الخدمات وصفقة الدراسات
٥٢	المطلب السابع: عقد إيجار العقارات
٥٢	الفرع الأول: عقد إيجار العقارات

٥٣	الفرع الثاني: خصائص عقد الايجار
٥٥	الفصل الثاني: النظام القانوني للعقود الإدارية
٥٥	المبحث الأول: القيود القانونية لإبرام العقود الإدارية
٥٦	المطلب الأول: الاختصاص
٥٧	المطلب الثاني: مراعاة الأسعار والجودة
٥٨	المطلب الثالث: حسن اختيار المتعاقد
٥٩	المطلب الرابع: الالتزام بالصيغ القانونية
٦٠	المبحث الثاني: أساليب التعاقد الإدارية في اليمن
٦١	المطلب الأول: الأسلوب الرئيسي للتعاقد (أسلوب المناقصة)
٦١	الفرع الأول: المناقصة
٦٢	الفرع الثاني: أنواع المناقصات
٦٥	المطلب الثاني: أساليب التعاقد لاستثنائية
٦٦	الفرع الأول: المناقصة المحدودة
٦٧	الفرع الثاني: الممارسة
٦٨	الفرع الثالث: الاتفاق المباشر
٧٠	المبحث الثالث: المبادئ التي تحكم أساليب التعاقد الإدارية
٧٠	المطلب الأول: مبدأ العلانية بالتعاقد
٧٢	المطلب الثاني: مبدأ المساواة بين المتنافسين

٧٣	المطلب الثالث: مبدأ حرية التنافس
٧٥	الفصل الثالث: إبرام العقود الإدارية
٧٥	المبحث الأول: القيود السابقة على التعاقد
٧٦	المطلب الأول: الاعتماد المالي
٧٧	المطلب الثاني: التصريح بالتعاقد
٧٨	الفرع الأول: طلب موافقة السلطة التشريعية لإبرام بعض العقود
٧٩	الفرع الثاني: وجوب موافقة جهة إدارية لإبرام بعض العقود
٨٠	المبحث الثاني: الإجراءات التمهيدية السابقة على التعاقد
٨٠	المطلب الأول: قيام لجنة بإعداد المواصفات
٨٠	المطلب الثاني: تحديد طريقة تقديم العطاءات وإعداد المواصفات
٨١	المطلب الثالث: إعداد كراسة الشروط
٨٣	المبحث الثالث: شروط الكتابة في العقود الإدارية
٨٥	الفصل الرابع: إجراءات إبرام العقود الإدارية
٨٥	المبحث الأول: الدعوة إلى التعاقد
٨٧	المبحث الثاني: أحكام تقديم العطاءات والتأمينات
٨٧	المطلب الأول: طريقة تقديم العطاءات

٨٩	المطلب الثاني: أحكام تقديم التأمينات
٩٢	المبحث الثالث: فتح المضاريف والبت في العطاءات
٩٢	المطلب الأول: إجراءات فتح المضاريف
٩٤	المطلب الثاني: البت في العطاءات
٩٥	الفصل الخامس: سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية
٩٥	المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه
٩٨	المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري
١٠٠	المبحث الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على التعاقد
١١١	الفصل السادس: التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة
١١١	المبحث الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة
١١٣	المبحث الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة
١١٤	المطلب الأول: التزامات المتعاقد في المقابل النقدي
١١٥	المطلب الثاني: حقوق المتعاقد في الحصول على تعويض
١١٧	الفصل السابع: نهاية العقود الإدارية
١١٧	المبحث الأول: الانقضاء العادي للعقد الإداري
١١٩	المبحث الثاني: الانقضاء المبسر للعقد الإداري
١١٩	أولاً: الفسخ باتفاق الطرفين
١٢٠	ثانياً: الفسخ بقوة القانون

١٢٠	ثالثاً: الفسخ القضائي
١٢٠	١ - الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة
١٢٢	٢- الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية
١٢٢	٣ - الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل الأجور
١٢٣	رابعاً: الفسخ عن طريق الإدارة