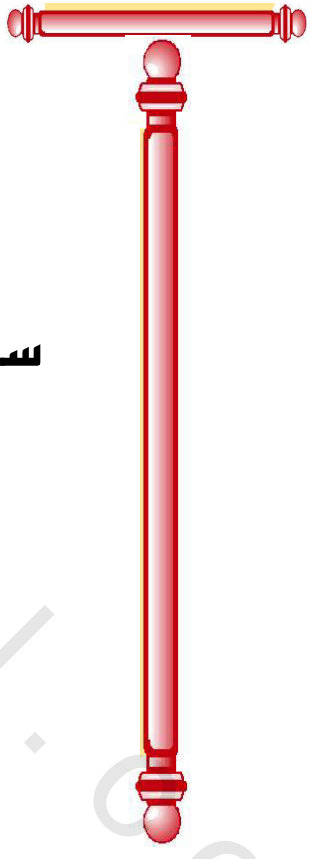
الفصل الأول



سلطة القاضى ازاء تعديل العقد

obeikandl.com

obeikandl.com

سلطة القاضى ازاء تعديل العقد

سلطة القاضى فى تعديل العقد من الموضوعات التى تحتل اهمية خاصة فى فقة القانون المدنى وقد اثارت ولازالت تثير الكثير من الجدل والنقاش باغتبار انها فى راى معارضيها تعد افتئاتا على الحرية التعاقدية وانتقاصا منها حيث انها تشكل قيدا على حرية الافراد فى تعاقداهم وسببا يؤدى الى عدم استقرار المعاملات المدنية

وقد انقسم فقهاء القانون ازاء هذه السلطة الى فريقين رئيسين : احدهما ينكرها على القاضى ويوجه اليها سهام النقد والفريق الاخر يؤيد منح القاضى مثل تلك السلطة ويطالب بها رعاية للمصلحة وتحقيقا للعدالة ولكل منهما حججه واسانيدة فيما ذهب اليه[1] وسوف نتناول هذه الاراء لاحقا.

وايا كان الامر فان هذه السلطة فى القوانين الحديثة قد اصبحت حقيقة واقعية تستند الى نصوص تشريعية واضحة لا مجال للجدل حولها ، وتشكل مظلة لحماية العدالة العقدية من ان تنتهك تحت شعار الحرية وسلطة القاضى هذه من الاتساع بحيث لاتقتصر على العقد فى مرحلة تكوينه فحسب بل تمتد الى ما بعد ذلك حتى مرحلة التنفيذ .

١الدكتور : احمد محمود سعد : مفهوم السلطة التقديرية للقاضى المدنى مطبعة دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الاولى ١٩٨٨ ،ص ١٢- عبد السلام الترمانينى : سلطة القاضى فى تعديل العقود ، مقال منشور بمجلة المحاماة العدد السادس السنة ٤١ ،ص ٩٧

obeikandi.com

وسلطة القاضى فى تعديل الالتزامات العقدية لم تصل الى ماوصلت اليه فى القوانين الحديثة طفوة وانما جاءت وليدة تطور طويل فى تشريع وقضاء وفقة القانون الوضعى وفلسفته وبعد ان سيطر على العقود مبدأ سلطان الارادة الذى جعل العقد شريعة المتعاقدين بحيث لايجوز تعديلة او الغاؤه من قبل احد المتعاقدين منفردا كما لايجوز ذلك للقاضى احتراما لادارة عاقدية فكانت سلطة القاضى ازاء العقد شديدة الضيق غاية فى التنفييد ناهيك عن حقه فى التعديل .

فقد كان من الامور المحظورة فى ظل مبدا السلطان الارادة (الذى طغى واسنبد بانشاء العلاقات القانونية وبتحديد اثارها دون نظر الى المصلحة العامة او مقتضيات العدالة لفترة غير قصيرة من الزمن. غيران عوامل التطور الاقتصادى والاجتماعي والسياسي[1] والأخلاقي جميعها أبرزت عيوبا في هذا المبدأ وخاطر الاخذ به على اطلاقة واظهرت ما ادى ويؤدى اليه من خلال من خلل فى موازين العلاقات القانونية وما نجم وينجم عنه من ظلم سافر واستغلال بشع وان الحرية فى مفهوم هذا المبدأ ماهى فى حقيقتها الا ستار براق يخفى وراءه الكثير من انواع العبودية[2] اذ ان هذه الحرية قد تجاوزت الحدود التى يجب ان تقف عندها بحيث تحولت الى طغيان جارف يهدد الحرية نفسها فقد كانت حرية الاقوياء فى

١- الدكتور : سليمان مرقس نظرية العقد دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٦ وللمؤلف نفسه الوافى فى شرح القانون المدنى ج٣ نظرية العقد الارادة المنفردة الطبعة الثالثة مطبعة السلام القاهرة ١٩٨٧ فقرة ٢٦٤ ص ٨٥

٢- الدكتور : عبد الرازق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى المجلد الاول العقد الطبعة الثالثة دار النهضة العربية ١٩٨١ ص١٠

obeikandl.com

استغلال الضعفاء والمعوزين[1] مما ادى الى انتكاس ذلك المبدأ (سلطان الادارة) حيث ادخلت عنه الكثير من القيود والحدود بما يتوافق مع المصالح الاجتماعية بصورة عامة[2] .

وكان نتيجة ذلك ان حرصت التشريعات الحديثة على ان تسند الى القاضى سلطات على العقد لم يكن ليسمح بها سلطان الارادة بالمفهوم الذى كان له واصبح القاضى يقوم بدور ايجابى فى مجال المعاملات كما اصبح للحرية التعاقدية مفهوم هو اقرب الى العدالة مما كان لها من قبل ذلك وصار القاضى هو صاحب السلطة فى حماية حقوق الافراد ومصالح المجتمع يراقب العقد منذ نشأته وحتى انتهائه ويتدخل كلما وجد ميزان العدالة مائلا مختلا ليعيد اليه اتزانه ويزيل اختلاله

فله ان يعدل الالتزامات التى تضمنها العقد فى مرحلة تكوينه اذا ما وجد المبرر ذلك كأن يتضمن العقد غبنا لاحد المتعاقدين او استغلالا من طرف لاخر او يتضمن العقد شرطا تعسفيا لا يتفق مع مقتضيات صالح العقد الذى يجب ان يقوم على اساس من العدالة والمساواه وعدم الاكراه بأنواعة فله فى حالة الغبن ابطال العقد او ازالة الغبن[3] بالانقاص من

١- الاستاذ : محسن ناجى اثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية فى العقد بحث منشور فى مجلة القضاء الصادر عن نقابة المحامين ببغداد السنة الرابعة والعشرون العدد الاول ص٧

٢- الدكتور : توفيق حسن فرج نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩ ص٧٨

٣- الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى نظرية العقد والادارة المنفردة طبعة ١٩٨٤ القاهرة ص٤١ الدكتور شمس الدين الوكيل دروس فى العقد وبعض الاحكام الالتزام الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٦١ الطبعة الالى ص٣٢-٣٣

openkanal.com

التزامات الطرف المغبون او غير ذلك من الوسائل التى من شأنها ازالة الغبن وله فى الحالة الثانية فى عقود الاذعان وهى العقود التى يقتصر فيها قبول المتعاقد على مجرد التسليم بشروط مقرره سلفا يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[1] اذا تضمن العقد شرطا او شروطا تعسفية ان يعدل هذه الشروط او يعفى الطرف الامر منها (وهو الطرف المذعن) وذلك وفقا لما تقضى به العدالة وفى هاتين الصورتين من صور تدخل القاضى يعد فى نظر رجال الفقة فى مصر قيدا على سلطان الارادة عند تكوين العقد وهى من القيود الجديدة التى استحدثتها القوانين الوضعية الحديثة مطاوعة بذلك التطور الاقتصادى والاجتماعى للقانون طوال العصور الحديثة الاخيرة وفى مرحلة تنفيذ العقد نجد ان القاضى يملك سلطة تقديرية واسعة فى القوانين الحديثة يمكنة بموجبها تعديل العقد بانقاص الالتزامات الواردة فيه او زيادة الالتزام المقابل كما ان له تأجيل التنفيذ وذلك فى حالة تغير الظروف التى ينشأ فى ظلها العقد بما من شأنه اختلال ميزان العدالة بين هذه الالتزامات وذلك بموجب نظرية جرى الفقة على تسميتها (بنظرية الظروف الطارئة) ومضمون هذه النظرية هو انه بعد انعقاد العقد وخلال مرحلة التنفيذ تطرأ حوادث استثنائية عامة غير متوقعة وقت ابرام العقد فى الفترة ما بين الانعقاد والتنفيذ يترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة فيجوز هنا للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

١- كما هو الحال بالنسبة للفوائد سواء كانت اتفاقية او قانونية فاللقاضى ان يخفضها اولا يقضى بها مطلقا عن المدة التى طال فى هذا النزاع بلا مبرر اذا كان الدائن هو المتسبب بسوء نية فى اطالة امد النزاع (المادة ٢٢٩ من القانون المدنى المصرى)

obeikandi.com

وكما ان له تعديل الالتزام الذى اصبح مرهقا لحوادث طارئة فان له ايضا سلطة تخفيض التعويض فى الشرط الجزائى اذا تبين له عند تنفيذ العقد ان التعويض المتفق عليه يزيد عن الضرر الذى وقع فعلا كما ان له عدم الحكم به (اى الغاءالشرط) اذا لم يحدث اى ضرر [1]. كما له انقاص الفوائد المتفق عليها زادت عن الحد المسموح به قانونا [2]

وكذلك فان للقاضى بموجب " نظرة المسيرة " ان يمنح المدين اجلا لتنفيذ التزامة اذا وجد المبرر لذلك استنادا الى تغير الظروف الخاصة بهذا المدين[3] .

وتلك هى اهم مظاهر سلطة القاضى المدنى فى تعديل العقد فى التشريعات الحديثة وسوف نتناول بيان سلطة القاضى الادارى ازاء تعديل العقد من خلال اربعة مباحث نعرض للتعريف بنظام تعديل العقد فى المبحث الاول ثم نعرض لموقف الفقة من تعديل العقد فى المبحث الثانى ونتناول تعديل العقد من قبل المتعاقدين فى المبحث الثالث ونخصص المبحث الرابع لسلطة القاضى فى تعديل العقد وفقا لعوارض تنفيذ العقد .

١- المادتين ٢٢٤.٢٢٣ من القانون المدنى المصرى

٢- حيث اخضع هذا الشرط لقواعد المسئولة بصورة عامة ولم يعد له فى اطار القانون المدنى المصرى واغلب القوانين الحديثة اى صفة عقاربية كما كان عليه الحال عند نشأت فى ظلل المبادئ الفردية

٣- المادة ٢٢٧ مدنى مصرى اذ انه بموجب هذا النص لايجوز ان يزيد سعر الفائدة المنتفق علي ٧% كحد اقصى سواء فى المسائل المدنية او التجارية

obeikandi.com

التعريف بنظام تعديل العقد

اولا – المقصود بالتعديل عموما .

التعديل فى اللغة : يعنى التقويم من ناحية وقد جاء فى مختار الصحاح (تعديل الشئ تقويمة يقال (عدله تعديلا فاعتدل) اى قومه فاستقام والكل مثقف (معدل) ومن معاينة ايضا (تعديل) الشهود بان تقول انهم عدول [1] والمعنى الاول عموما هو الاقرب الى المقصود بالتعديل العقدى فى الاصطلاح القانونى .

فتعديل العقدفى الاصلاح فقاء القانون يقصد به اجراء تغيير جزئى فى العقد ينصب هذا التعبير على عنصر من عناصره او بند من بنوده اما بالحذف او الاضافة او غير ذلك بحيث لا يصل هذا التغيير فى اقصى مداه الى ازالة العقد او نقصه او هو بمعنى اخر اعادة النظر فى البنود التى تضمنها العقد والقيام بالانقاص منها او الزيادة اليها وينصب التعديل على كم الالتزام او كيفية تنفيذه او الغاء بند من بنود العقد او شرط من شروطه كما قد ينصب على عنصر الزمن فى العقد وهو الاجل المتفق على تنفيذ الالتزام خلاله وذلك بمده او الانقاص منه او وقف تنفيذه بصورة مؤقته الى غير ذلك من الصور التى قد يظهر فيها هذا التعديل وذلك هو المعنى العام لنظام التعديل العقدى بغض النظر عن مصدره او نوعه وكذلك نوع العقد الذى ينصب عليه التعديل اذ قد يكون العقد من العقود الادارية كما قد يكون من العقود المدنية .

١- الامام محمد بن ابى بكر الرازى مختار الصحاح مادة (ع .هـ.ل)

obeikandi.com

ثانيا : أقسام التعديل الذى ينصب على العقد .

التعديل العقدى باعتبار مصدره ينقسم فى فقه القانون الى ثلاثة اقسام هى التعديل الاتفاقى والتعديل التشريعى والتعديل القضائى ونوضح كلا منها فيما يلى :-

التعديل الاتفاقى : وهو الذى يتم بناء على ارادة طرفى العقد والاصل ان تكون هذه الارادة اتفاقا بينهما [١] سواء كان هذا الاتفاق معاصرا للعقد الذى ينصب عليه التعديل فى صورة اتفاق مستقل او فى صورة بند يضمناه ذلك العقد او كان اتفاقهما لاحقا لانشاء العقد بحيث يبيح لهما معا او لاحدهما خلال فترة معينة او فى ظرف معين اجراء تعديل او تعديلات معينة فى موضوع العقد [٢] او يخولا بموجب هذا الاتفاق الذى قد يكون لاحقا لانشاء العقد غيرهما كالمحكم او القاضى اجراء ما يريانه من تعديل فى موضوعة او حتى نقضه، والتعديل فى هذه الحالة انما يستند الى ارادة المتعاقدين معا والقواعد التى تطبق على توافق الارادتين فى ايجاد العقد هى ذاتها التى تطبق على توافق الارادتين فى نقضه او تعديله [٣] وحق المتعاقدين فى التعديل للعقد او نقضة بموجب اتفاقهما معا لايثير اى

١- الدكتور : عبد الناصر العطار ، نظرية الاجل فى الالتزام فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية مطبعة السعادة . القاهرة ١٩٧٨ م بند ص ١٤

٢- نقض مدنى مصري بتاريخ ٢٢ مارس مجموعة المكتب الفنى ، س٢ ع٢ رقم٨٢ ص ٤٤٤١٩٥١

٣- الدكتور : عبد الرازق السنهوري الوسيط الجزء الاول المجلد الاول العقد المرجع السابق فقرة ٢١٤ ، ٨٤٦

obeikandi.com

اشكال فهو لايغير من طبيعة الالتزام [1] وليس فيه اى مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد بل هو امر طبيعى ونتيجة مباشرة لذلك المبدأ وقد ورد النص عليه صراحة فى القانونين الفرنسى والمصرى .

بموجب المادة ١/١٤٧ مدنى مصرى تنص على ان العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديلة الا باتفاق الطرفين او للاسباب التى يقررها القانون [2] ومن المعلوم ان احد المتعاقدين بمفرده لايجوز له نقض العقد ولا تعديله لانه وليد ارادتين وما تبرمه ارادتان لاتحله ارادة واحدة [3]

ب- التعديل التشريعى

وهذا النوع من التعديل لايستند الى ارادة المتعاقدين او تفاقهما بل يتم رغما عنهما وخلافا لما اتفقا عليه ويتم عادة بصدور تشريع يقرره كان ينص على امتداد فترة ايجار الاراضى الزراعية لمدة يحددها استجابة لمقتضيات الصالح العام او يتضمن الغاء الفوائد او نسبة معينة منها فى العقود السابقة على صدور ذلك القانون وهذا التدخل التشريعى المباشر غالبا ما يكون فى اوقات الازمات والتقلبات الاقتصادية المفاجئة حيث

١- الدكتور : مصطفى عبد السيد الجارحى فسخ العقد الناشر دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الاولى ١٩٨٨

٢- المادة ١/١٤٧ مدنى مصرى

٣- الدكتور : السنهورى الوسيط المرجع السابق ص ٨٤٦ الدكتور : سليمان مرقس : نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٦ فقرة ٢٦٢ ص ٣٣٣ على انه يلاحظ وجود بعض الاستثناءات التى اباح فيها القانون لاحد المتعاقدين ان يستقل بنقض العقد بارادته المنفردة ومثال ذلك نص المادة (٥٢٩) مدنى مصرى .

openkandi.com

يلجأ المشروع الى اصدار تشريعات يكون من شأنها تعديل اتفاقات الافراد[1]

وفى هذه الحالة فان التعديل يكون خارجا عن ارادة المتعاقدين بل قيدا على هذه الارادة تبرره مقتضيات الصالح العام فى الدولة الحديثة .

ويلاحظ ان بعض الفقة [2] قد ادراج ضمن هذا القسم جميع الحالات التى يقوم فيها القاضى بمراجعة العقد او تعديلة اعمالا لنص قانونى امر محدد لايكون فيه مجال للسلطة التقديرية حيث يسمى المراجع فى هذه الحالة بالمراجعة القانونية او التشريعية .

ج- التعديل القضائى :

وهذا النوع يكون مصدره القاضى اذ يجرى بمناسبة نزاع مطروح علية بموجب طلب من احد طرفى العقد وهة الطرف المضرور فى هذا العقد ويجمع الفقة على ان هذا النوع من التعديل، لايكون بدون تفويض صريح من القانون الوضعى بفروعة المختلفة [3] يخول القاضى بموجبه سلطة

١- فالمشروع كما يرى الفقية الفرنسى (ربيير) ان يهدر العقود التى يقدر استحالة تنفيذها او كونها مجافية للعدالة الرجع السابق عن النظام الديمقراطى ص ٢٨٩ مشار الية لدى الدكتور : سمير تناغو المرجع السابق ،ص ٢٨٦ ويلاحظ ان صدور تشريع جديد قد يؤثر على الالتزام بتعديل القواعد القانونية بالنسبة للعقود السارية اما الثانية فتتمثل فى الحالة التى يقضى فيها القانون الجديد مباشرة بتعديل التزامات محددة او يسمح بتعديل نصوص فى العقود ذاتها الدكتور : سمير تناغو المرجع السابق ٢٨٦/٢٨٧

٢- الدكتور : سمير عبد السيد تناغو الالتزام القضائى رسالته المرجع السابق ١٩٦٤ ص٢٩١

٣- الدكتور : سمير عبد السيد تناغو الالتزام القضائى المرجع السابق بند ٧٥ ص ٢٩١

obeikandi.com

تقديرية واسعة وهذه السلطة تتقرر بموجب نص صريح خاص او عام كنظرية الظروف الاستثنائية فى القوانين الحديثة ومنها القانون المصرى ومسألة تعديل العقد بواسطة القاضى تكمن فى اعماقها كما يقول الدكتور سمير تناغو – بحق فكرة الضرر او الغبن الفاحش او عدم التوازن بين الاداءات فيه فيكون الغرض منه اعادة التوازن العادل للالتزامات المنصوص عليها فى العقد ويميز الفقة بين التعديل القضائى والتعديل التشريعى بمدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى فاذا وجدت كان التعديل قضائيا اذا كان مقيدا فى ذلك فان التعديل يكون تشريعيا[1] اذا التعديل بواسطة التشريع قد لايتسنى تحقيقه فى كل وقت ولذلك كان لابد من وساطه القاضى .

وبعد ان اوضحنا معنى تعديل العقد بصورة عامة واقسامه من حيث الجهة التى يصدر عنها هذا التعديل تبين لنا ان التعديل الذى قد يصيب على العقد قد يصدر من احد المتعاقدين او كليهما او الغير بناء على اتفاقهما وفى هذه الحالة فان التعديل انما يستند الى الارادة المشتركة لطرفى العقد وهذا النوع من التعديل لايثير اى اشكال يستلزم البحث مما يجعله بمناى عن بحثنا .

ولكن قد يصدر التعديل رغما عن ارادة طرفى العقد فيتم اما بواسطة التشريع اوبواسطة القاضى وقد عرفناه انه التعديل الصادر عن المشروع فيتم اما بموجب تشريع خاص يتضمن قاعدة او قواعد امره تقضى بتعديل بعض العقود المبرمة بين الاشخاص سواء تعلق هذا التعديل بعنصر

١- الدكتور :محمد الخطيب سلطة القاضى فى تعديل العقد فى القانون اليمنى والمصرى والفقة الاسلامى رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٩٢ ص ٢١

obeikandi.com

الاجل المتفق عليه زيادة اونقصانا او كان متصلا بالاداءات المتبادلة بين المتعاقدين فى هذه العقود او يكون من خلاله نص او نصوص تشريعية امره يتضمنها قانون عام يضع المشرع بموجبها حدا اقصى للالتزامات الناشئة عن العقد وبموجب تخفيض اى زيادة يتفق عليها المتعاقدان الى الحد الذى رسمه النص .

كما هو الحال بالنسبة للفائدة الاتفاقية فى التقين المصرى فالتعديل فى الحالتين يكون تعديلا تشريعيا وبرغم تصادم هذا النوع من التعديل مع القوة الملزمة للعقد الا ان دوافع مثل هذا التعديل تكون فى العادة متعلقة بالمصلحة العامة للمجتمع ونتيجة لظروف اقتصادية او اجتماعية معينة تقتضى من المشرع مثل هذا التدخل فى عقود الافراد وهذا النوع من التعديل لا يلجا اليه المشرع الا نادرا وهو بالتالى يخرج عن نطاق البحث اما القسم الثالث من اقسام التعديل فهو كما عرفنا ذلك الذى يتم بواسطة القاضى وبموجب سلطته التقديرية التى خولتها له التشريعات الحديثة فى العديد من الحالات بموجب نصوص تشريعية عامة او خاصة صريحة

موقف الفقة بشأن سلطة القاضى فى تعديل العقد

اولا آراء المعارضين لسلطة القاضى فى تعديل العقد او انهائه :-

لقد كان فقهاء القانون الخاص سواء فى فرنسا او فى مصر يؤكدون على ان العقد شريعة المتعاقدين وانه يلزم المتعاقدين بنفس الدرجة التى يلزم القاضى باحترام ماورد فيه دون اى حق له فى اعادة النظر فى الموضوع العقد [1] اذ لايجوز ان تمس الحقوق والالتزامات التى اتفق

١- الدكتور: على الفحام المرجع السابق ص ٦٢ الدكتور حسين عامر : القوة الملزمة للعقد المرجع السابق فقرة ١٢ ص ١٥

obeikandl.com

عليها المتعاقدان بلا زيادة او نقان "مهما بدا الاتفاق ظالما فانه بتعين على القاضى تنفيذه [1] فالقاضى فى راى هؤلاء لايملك اجراء اى نوع من التعديل فى موضوع العقد لاى سبب من الاسباب ومهما كان سمو الهدف الذى يراد تحقيقه من خلال هذا التعديل فاحترام التعهدات التعاقدية يعتبر الضمان الاساسى لاستقرار العلاقة التعاقدية والقانونية[2].

وليس للقاضى ان يعدل فى العقد باسم العدالة او تحت ستار اى اعتبار اخر : ذلك ان كل التزام نشأ عن الارادة فى نظر المذهب التقليدى هو بالضرورة مطابق للعدالة ويتفق مع المصلحة العامة .

– وكما ان مهمة القاضى بالنسبة للقانون تنحصر فى تطبيق دون ان يكون له الحق فى مخالفته بدعوى مجافاته للشعور بالعدالة كذلك الامر بالنسبة للعقد فما العقد الا قانون المتعاقدين [3] و يشبه كارية العقد بالقانون ويستخلص من ذلك ان كل مخالفة لاتفاق الطرفين هى فى نفس الوقت مخالفة للقانون تبرر نقض الحكم [4] .

– كما انهم يرون ان الضرر الذى يترتب على مساس القاضى بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة سيكون اشد وافدح من النفع الذى يهدف التعديل الى تحقيقه من جراء هذا المساس [5] .

١– موران : مبادئ القانون المدنى جـ٢٧ فقرة ٣٤ عن الدكتور احمد عياد اساس الالتزام العقدى المرجع السابق ص٢٦

٢– الدكتور : على الفحام المرجع السابق الموضع نفسه

٣– الدكتور : عبد الرحمن عياد : اساس الالتزام العقدى المرجع السابق ص ٢٦–٢٧

٤– الدكتور : عبد الحكم فوده : تفسير العقد ص ٧

٥– الدكتور : على الفحام : المرجع السابق ص ٦٣

obeikandi.com

- كما يرى بعض هؤلاء ان القاضى بسلطة تعديل العقد او انهائة سيخرج عن دوره الطبيعى وهو الفصل فى المنازعات لكى يصل عملا الى الرقابة على العقود ومراجعتها [١] .

وان من شأن منح القاضى مثل هذه السلطة فى مجال العقد ترك المتقاضى فى حيرة من امره بحيث يصعب عليه معها معرفة مصير حقوقه بالتحديد مما يؤدى الى ترك مصالحة فى حالة من الحيرة والقلق [٢].

- ان المتعاقدين هما خير من يقدر مصالحهما من خلال تعاقدهما وان تقدير القاضى سيختلف باختلاف شخصيات المتنازعين بل قد يختلف ايضا تبعا لاتجاه الحكومة والهيئات الحاكمة او حتى تبعا لميوله الشخصية حتى انه كثيرا ما كان يقال (حمانا الله من عدالة البرلمانات)[٣].

وذلك مايؤكده بعض الفقة فى فرنسا خلال انتقاده لاحكام المحاكم التى ذهبت الى انقاص الالتزامات الباهظة اذ وصف هذا القضاء بانه قضاء تحكمى .

ذلك لان الطرفين هما فقط خير من يقدر المسائل المتعلقة بما يخص كل منهما فى العقود [٤].

١- الدكتور : توفيق فرج رسالة الاستغلال المرجع السابق فقرة ٧٥ ص ١٩٦

٢- برات المرجع السابق ص ٢٥٥ مشار اليه فى الدكتور : توفيق فرج رسالة السابقة ص١٩٧ هامش (٢)

٣- الدكتور : توفيق فرج الرسالة السابقة ص١٩٦

٤- اوبرى رور : دروس فى القانون المدنى الطبعة الخامسة جزء ٦ بند ١٤٤

obeikandl.com

– كما ذهب بعض الفقة [1] فى فرنسا فى انتقاده للتوسع فى مهمة القاضى فى مجال العقد الى القول بتدهور العقد وزوال سلطانه وان الفكرة الجديدة تذهب الى التوسع فى مهمة القاضى الذى لم يعد عليه ان يحترم اتفاق الطرفين ولكن عليه ان يلائم بينه وبين ما تستلزمة السلطات العامة [2] فالعقد يلزم ان يوجه بواسطة القاضى حيث لم تعد الالتزامات تستند الى الرضا وانما الى السلطة .

– ان مراجعةالقاضى لمضمون العقود طبقا لاى من النظريات التى يستند اليها فى ذلك اضافة الى ماتؤدى اليه من تحكم القضاه وتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وتهديد استقرار المعاملات تمنح للمدين سيئ النية فرصة نادرة للتحلل من التزامات العقدية .

– ان احترام الاتفاقات التى يبرمها الافراد امر ضرورى لتولد الثقة فى المعاملات وتحقيق الازدهار المشترى وبالتالى تحقيق الرخاء العام وان تدخل الدولة فى ميدان التعامل وفى الاتفاقات من شأنه ان يعرقل سير النظام الطبيعى الذى يحكم شئون الحياه وقوامه حرية الافراد ولايجوز تنفيذ هذه الحرية باى قيدالا اذا كان تابعا من رضاء الشخص نفسه فالادارة هى التى تضع القانون الذى تخضع له وهى التى تخلق الالتزام فى

١– انظر جرسران : المصير الحديث للذاكرة التعاقدية مجموعة جينى الجزء الثانى ص٣٣٣ موران " القانون والعقد وتدهور سلطانهما ص ٥٧ ص ٦٩ جورج ريبر النظام الديمقراطى والقانون المدنى الحديث نبذة ١٥٩ ص ٣١١ مشار اليهما فى الدكتور : عبد المنعم الصدة رسالته فى عقود الاذعان فقرة ٢٤/٢٦

٢– اسعد الكورانى نظرية الحوادث الطارئة المرجع السابق ص ٢١٩

ذمتها بمقتضى سلطاتها ومشيئتها والحقوق والالتزامات تصبح عادلة لانها جاءت وليدة ارادة الطرفين ونشأت برضائهما [1].

- يضيف البعض الاخر من الفقة المعارض لتدخل القاضى بالتعديل فى العقود حجة اخرى تستند الى طبيعة العقد فى تصورهم وذلك بالقول بان العقد ماهو الا مخاطرة فاذا كانت هذه المخاطرة محسوبة بعناية استحق المتعاقد ماينتج عنها من الارباح مهما بلغ قدرها وان كانت غير محسوبة فلا يجوز بحال اتخاذ بعض المشاعر الوجدانية كتكأة للتدخل فى هذه المخاطرة التى يجب ان تظل بعيدة عن كل تدخل فاى تدخل من هذا القبيل قد لايكون فى مصلحة الحياة الاقتصادية والتجارية فى المجتمع [2].

- كما يرى اصحاب هذا الاتجاه ان تدخل القاضى فى مجال العقد بحجة التفسير او التعديل يؤدى الى تحكم القضاة والإخلال بالثقة الاجتماعية [3] .

- هذا وتجدر الاشارة الى ان المعارضين لتدخل القاضى فى تعديل العقد وهم بالطبع انصار مذهب الارادة قد رفضوا هذا التدخل بحجة ان الفرد يجب ان يترك حرا فى تنظيم شئونه الخاصة وفقا للشروط

١- عبد المحسن سعد الروشيد : الشروط الجزائى واحكامة المرجع السابق ص ٣٥٩-٣٦٠

٢- الدكتور :عبد الحكم فودة تفسير العقد المرجع السابق ص ٧١

٣- الدكتور : حسبو الفرازى اثر الظروف الطارئة الى الالتزام العقدى المرجع السابق ص ٤٧٧ مشار اليه فى الدكتور : محمد عبد الجواد الغبن اللاحق والظروف الطارئة المرجع السابق ص ٢٠٧

obeikandl.com

والاوضاع العقدية التى يقبلها فى التعامل [1] وقد اعلنوا رفضهم هذا امام محاولات القضاء فى فرنسا الاخذ بالظروف الطارئة على اساس العدالة او الاخذ بالغبن اللاحق لاسباب تتعلق بالعدالة ايضا فها هو الفقية الفرنسى "مازو " فى تعليقة على بعض تلك الاحكام "دعنا نغتبط لرؤية المشرع وهو يسعى جاهدا لضمان استقرار العقود لان حاجتنا الى العيش فى امان (من خطر التعديل الاتفاقات) تفوق حاجاتنا الى العدالة [2] .

- كما ان البعض من هؤلاء لايرى كذلك فى فكرة العدالة اى مبرر لتدخل القاضى فى شروط العقد الا فى حالة التفسير فالقاضى لايستطيع ولو بدالفع من شعور العدالة ان يتدخل فى العقد طالما كانت الشروط واضحة ومحددة وتجدر الاشارة الى ان معظم انصار المدرسة التقليدية فى فرنسا وقفوا متشددا من تدخل القاضى ومن ذلك مثلا ما اعلنوة من موقف رافض لنظرية الظروف الطارئة لما راوا فيها من تعارض مع مبدأ سلطان الارادة الذى نص عليه القانون ومن بين هؤلاء الفقهاء التقليدين ديمو لومب رولوان واوبرى ورو وهذا[3] الموقف لم يقتصر على الفقة التقليدى الفرنسى بل الحديث ايضا حيث ان البعض من هؤلاء قد ذهب الى ماهو ابعد من ذلك وهو انكار كل حق للمشروع فى منح القاضى سلطة التدخل بتعديل العقد وادخال مايؤدى الى ذلك كنظرية الظروف الطارئة ضمن نصوص القانون الوضعى استناد ا الى اهم الحجج التى يبديها هؤلاء لتأييد وجهه نظرهم وهى الحرص على استقرار المعاملات

١- حسبوا الفرازى : مرجع السابق ص ٤٧٨ هامش ١

٢- المرجع المشار اليه انفاء الموضع نفسه

٣-المرجع نفسه ص ١٠٥

وهـذه الحجـة هـى المحـور الاساسـى الـذى تـدور عليـه وتلقـى عنـده كافـة اعتراضاتهم على تدخل القاضى .

بل ان منهم من اعترض على ذلك تأسيسا على حسن النية حيث يرون ان العقد متى نشأ على وجه صحيح وبرضاء غير معيب لزم تنفيذه لان من مقتضيات الامان على المتعاقد احترامه لتعهداته لا التحلل منها فاذا حاول التهرب من تنفيذ هذه الالتزامات بحجة تغير الظروف كان ذلك خروجا على مايقتضية حسن النية الذى يوجب القانون مراعاته فى العقود[1].

ثانيا : اراء المؤيدين لسلطة القاضى فى تعديل العقد او انهائة

وهذا الفريق الذى يمثله جانب كبير من الفقة سواء فى فرنسا [2] او مصر يؤيد منح القاضى سلطة تقديرية واسعة ليس فى مجال العقد فحسب بل فى مختلف مناحى القانون بحيث يلزم العزوف عن تلك الفكرة القديمة التى ترى فى ان القانون ينبغى ان يتكون من قواعد جامدة يقوم القاضى بتطبيقها اليا دون ان يكون له فى ذلك اى دور وانه ينبغى الان ان يطبق القاضى التشريع بشئ من المرونة [3] وتأبيدا لهذة الفكرة الجديدة يقول الدكتور توفيق فرج فى رسالته : وللوصول الى هذا يجب التوسع فى السلطة التى تمنح له، اذ الحقيقة ان تطبيق قاعدة واحدة جامدة تطبيقا اليا فى جميع الحالات دون مراعاة لما تكون بين هذه الحالات من فروق يعتبر

١- الدكتوراه : حامد زكى : عقد التوريد وتغير الظرف الفجائى بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد كلية حقوق جامعة القاهرة السنة الثانية ١٩٣٢ ص١٠٩ – الدكتور : عبد الرازق السنهورى الوسيط المرجع السابق فقرة ٤١٧

٢- الاستاذ قابرى فى مجلة جمعية

٣- ربيير المرجع السابق ص ٣٣

ظالما ولن يكون هناك الا مظهر خادع للعدالة [1] ونضيف بدورنا الى ذلك ان قصر وظيفة القاضى على تطبيق نصوص جامدة لاتمنحة شيئا من التقدير يجعل دور القاضي سلبيا وهو ما يتنافئ مع مقتضيات العدالة التى تتمثل اصلا فى شخص القاضى، مما يتطلب ان يكون دورا ايجابيا يتيح له امكانية التقدير والملائمة، والا فما المانع من الاستغناء عن القاضى فى عصرنا الحاضر اذا ما سلمنا بان دوره يقتصر فقط على تطبيق نصوص قانونية جامدة على جميع الوقائع وفى كل القضايا مع اختلاف الظروف والاحوال . ففي هذه الحالة وفى مثل هذا الوضع يمكن أن تحل الآلة محل شخص القاضي .

وبالتالي توفر الدولة الكثير من الوقت والجهد والمال، إضافة إلى الدقة المتناهية في إنزال تلك النصوص على الوقائع التي تحكمها [2] .. وذلك ولا شك مما ر يقبله العقل ولا المنطق فدور القاضى أسمى واعظم من ذلك، واى قانون مهما توافرت له دقة وحكمة وعلو شأن ن لا قيمة له بدون وجود قاضى ذى كفاءة وقدرة وحنكة، كما يقول الفقيه "سالى" انما يكتب له البقاء من مسايرته المستمرة للأحداث التي تخرج إلى عالم الوجود، ولا يستطيع ان يؤدى دوره الا اذا وجدت هيئة مستعدة دائما لتحقق تطابقه مع تلك الأحداث وتنقله من عالم التجريد إلى عالم الواقع[3] و ها هو فرانسو جينى يعترف (في دراسات له عن منهج التفسير ومصادره في القانون

١- الدكتور سمير المرجع السابق ص ١٣٠

٢- هذا مع استراط التماثل فى جميع القضايا

٣- عن رسالة الاستغلال ص ٢

الخاص بوجود فراغ قانوني في القانون المدون، مما يخول القاضي ان يسعى الى ايجاد الحل المناسب [1]).

ويقول هوريو إنه من الأفضل أن يترك للقاضى مجال للتقدير يستهدى فيه دائما بظروف المتعاقدين في كل حالة على حده فعدم التفاعل الذي يحدد سلفا، إنما هو بالضرورة أمر تحكمى ويجب أن لا تقل الثقة في القاضي[2] فكما قيل [3] إذا كان ينبغي أن تخشى عدالة البرلمانات يجب أن تخشى أيضا عدل المشرعين .

- مما يذهب إليه هؤلاء أيضا أن هذه السلطة يقتضيها وجوب تحقيق العدالة . إذ ترك أن الحرية المطلقة للمتعاقدين في فرض ما يريانه من شروط، دون، دونما رقابة او تدخل، يؤدى إلى إهدار العدالة، حيث يسيطر الجانب القوى على الجانب الضعيف – دون شك – فيفرض ما يراه من شروط تحقق مصالحه ولا يجد الضعيف بد من قبولها تحت ضغط الحاجة أو الضرورة التي دفعته إلى التعاقد

- ان الحرية التعاقدية عمل تكون حرية ظاهرية اكثر منها حرية حقيقية وان هذه الحرية التي يتباكى عليها المعارضون لتنطوي على الكثير من مظاهر الظلم وانتقاص حريات العير من الضعفاء، وفى ذلك

١- الدكتور : سمير تناغو : الالتزام القضائى ، المرجع السابق ص ٤

٢- الدكتور توفيق فرج : نظرية الاستغلال المرجع السابق ص ٢٢٤

٣- لويس لوكا : الفين والعقد المرجع السابق فقرة ٢٣ ، ص ٨٦ ، اشار اليه الدكتور توفيق فرج ، المرجع السابق ، فقرة ٨٧ ص ٢٢٤ هامش ١١

– يقول الأستاذ جوسران : الحقيقة أن البالغين قد بلغوا مكبلين إزاء حرية أضرار بعضهم بالبعض عن طريق التعاقد [1].

– ان عدم التناسب الجائز بين الاخذ والعطاء ينتج عنه ضررا بالغا للبعض لمصلحة البعض الاخر، وهو ما ينعكس اثره على النجتمع بصورة عامة، إذ يوجد تفاقم فى عدم المساواة الاجتماعية، وخللا فى النظام الاقتصادى، وهذا الامر تزداد خطورته بالقدر الذى تتزايد فيه وجهة المجتمع اثناء تطوره نحو المرحلة التعاقدية [2].

– القاضي هو أمين العدالة واحترامه للاتفاقات يتوقف على مدى مطابقتها للعدالة فإذا ما شابها تعسفات صارخة فان له ان يتدخل لحماية الجانب الضعيف استجابة لدواعي العدالة نفسها [3]

– وجوب تدخل الدولة تستدعيه في العصر الحاضر وجود المنافسة الحرة التي تنتهي غالبا بسحق القوى للضعيف وهو ما يفرض هذا التدخل تحقيقا للعدالة في مجال العلاقات التعاقدية

– لم تعد قوة العقد الملزمة تقوم على أساس أن المتعاقد قد أراده بحرية ولكن لانه أراده على الوضع الصحيح والدولة تتدخل لحامية الصالح العام

– ويرى الفقيه الفرنسي ريبير أن تدخل القاضي أو الرقابة القضائي على العقد بمعرفة القاضي تقتضيها القاعدة الأخلاقية التي لا

١– الدكتور : توفيق فرج : المرجع السابق ص ٧٣ هامش ٥

٢– الدكتور : عبد المحسن الرويشد : الشرط الجزائى واحكامه المرجع السابق ص ٤١٨

٣– شيفاليه : المرجع السابق ص ١٩

obeikandl.com

تقر الممارسة غير المحدودة للحقوق فربما يترتب على مثل هذه الممارسة الحصول على امتيازات بدون وجه حق مثل وجود علاقة غير متوازنة على دائن ومدين هنا يقوم القاضى بممارسة الرقابة على العقد من خلال صلاحيته فى الملائمة والتقدير [1]

– وفيما يتعلق بسلطة القاضى فى مراجعة الشرط الجزائى، فانه مما يبرر هذه السلطة ان ترك الحرية فى تحديد هذا الشرط والحكم به بدون زيادة او نقصان ما ادى وسيؤدى الى ان المتعاقدين إنخما يلجأن إلى ادراج هذا الشرط ضمن اتفاقهما كوسيلة تهديد مالى ويراعى ان يكون التقدير فيما غير مبالغ فيه الى حد كبير – غالبا – فيتقبله الطرف الآخر بحسن نية – انطلاقا من عزمه على الوفاء والتنفيذ.

– و إن القول باحترام القاضي لهذا التقدير، وعدم السماح بإعادة النظر فيه ما يؤدى إلى تشجيع المرابين على استخدامه للمضاربة والربح على حساب الضعفاء من الناس، وذلك كما يقول العميد كورنو : (هو التعسف والانحراف المبين وفيه تصعيد للافراط، وخرق جسيم للعدالة لا تقوى الضمانه القضائية على محوه)

– انه لا حرج من تدخل القاضي في العقد و تعديله حتى استنادا إلى العدالة في حالة عدم وجود نص خاص ليبيح له ذلك، وممن ذهب إلى ذلك بعض أساتذة القانون المدني الفرنسي القديم إذ كان من

١– ريبيرا : القاعدة الخلفية فى الالتزامات المدنية المرجع السابق ص٦ ويقول مار سيل حول ذلك هذا الاحترام للعقد قد انتهى اليوم .. فقد اصبح المشرع اكثر جرأة حيت منح القاضى .. حق ايقاف الالتزام وتعطيله او المد والتاجيل او حق فسخ العقد او تعيير شروطه .. المصدر السابق بند ٤٥٤

openkandil.com

رأيهم القول بمراجعة العقد بسبب تغير الظروف استنادا إلى العدالة فالعدالة كمفهوم فلسفي مجرد تقضى الضرورة وجود تلاءم في العقود المستمرة بين الأداء العقدي و الظروف المتغيرة فإذا أدى تغير الظروف إلى أن يصبح تنفيذ العقد غير عادل جار للقاضى أن يتدخل لتعديل العقد بالصورة التي تضمن للمدين تنفيذا عادلا لا يشوبه الإجحاف [1]

– والقول بان الفرد خير من يقدر مصالح نفسه وانه خير من يرعاها – قول لا يتفق مع الواقع مما جعل المشرع نفسه يضطر إلى التدخل في إبرام العقد حماية للطرف الضعيف [2] وهذا القول لم يعد مقبولا كذلك مع المتغيرات الكبيرة في النواحي الاقتصادية والاجتماعية .

لذلك نجد البعض من الفقهاء يذهب إلي ضرورة تدخل القاضي كوسيلة لإحداث التوازن مع الإرادة الخاصة للأفراد المتعاقدين [3].

القول بان الحرية التعاقدية، إنما تهدف إلى المصلحة العامة، قول لا يتفق مع الواقع أيضا فالمتعاقد كما يقول "فالين" إذا ألجأته الضرورة إلى قبول شروط مجحفة فان الإجحاف في ذاته فوضى اجتماعية وليس من المصلحة العامة أن يصبر من بين طبقات المجتمع طبقة ضحية لمثل هذا

---

١ –انظر فى ذلك الدكتور : حسبو القرازى : المرجع السابق ص ٤٧٦ : مشار اليه فى الدكتور : محمد عبد الجواد : الغين اللاحق : المرجع السابق ص ١٦٢

٢ – الدكتور السيد محمد السيد عمران : حماية المستهلك اثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة الناشر منشأة المعارفة سنة ١٩٨٦ ص ٤

٣– ريج دور الادارة فى التصرف القانونى فى القانون المدنى الفرنسى والالمانى رسالة دكتوراه مقدكة لجامعة ستراسبورج ١٩٥٨ من منشورات المطبعة العامة فى باريس – عام ١٩٦١ ص ٢٣٨

الظلم" [1] – وان العقد – كما يري فريق من الفقهاء – الذي يصيبه الغبن ما هو إلا عمل غير مشروع لمتعاقد يستفيد من ظروف سيئة يوجد فيها من يتعاقد معه . وان محاولة الاستفادة من ضعف المتعاقد الآخر يعتبر إساءة، ويعتبر فعل المستفيد غير مشرع القضاء على الإساءة في مثل هذا الوضع تؤدى إلى تحقيق العدل [2]

– كذلك ما يبرر سلطة القاضي في مراجعة عقود الإذعان، وحقه في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة ضمنها أن الإذعان ليس رضا ومن غير الممكن بان المذعن يقبل العقد وهو بكامل حريته فهو مرغم على هذا العقد لكي لا يمكن إشباعها عن طريق آخر فضعف إرادته لا شك فيه و هذا كاف في القانون المدني ليعيد العقد [3].

الرد على حجج الخصوم :

وفى معرض الرد على الحجج التي الرد على الحجج التي أبداها المعارضون لحق المعارضون فى مراجعة العقد يقول هؤلاء :

إن القول يتدهور العقد بسبب القيود المتوالية على مبدأ سلطان الإدارة فيه مبالغة كبيرة كما يقول الدكتور الصدة إذ أن العقد إنما زاد نفوذه، واتسعت دائرته وظهرت صور جديدة له معقود الإذعان، وما القيود التي أوردها المشرع والتدخل الذي قام به ليس إلا وسيلة للحد من الحرية

١- الدكتور : توفيق فرج : المرجع السابق ص ٢

٢- الدكتور توفيق فرج : المرجع السابق ص ٨٦

٣- ريبيير : القاعدة الخلفية فى المعاملات المدنية ، المرجع السابق ، فقرة رقم ٥٦ وانظر ايضا : الدكتور الصدة : عقود الاذعان فى التشريع المصرى المرجع السابق فقرة ٩٥

التعاقدية لاسباب كانت في نظر المشرع مبررة للتقييد من مبدأ حرية الاتفاقات [1].

وردا على الاحتجاج بتصدم سلطة القاضي في التعديل، مع مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، يقول بعض الفقه المؤيد لمبدأ تدخل القاضي : " إن العدالة فوق الإرادة ولم تمنح الحرية للأفراد والسيادة للحكومات، إلا لتحقيق العدالة فليست الإدارة إذا إلا أداة لخدمة العدالة، والتشريع و أعمال السلطة والعقود ليست إلا وسائل غايتها إقامة العدل، والعقد يفترض انه مطابق للعدل لانه ابرم بحرية، و قد تنتفى هذه القرينة بقيام الدليل العكسي [2].

أن القاضي ما دام يحكم طبقا للقواعد العدالة إذا لم يد نصا في العقد فلا يقال انه يخرج عن حدود وظيفته إذا اكمل العقد عن طريق تلك القواعد فإذا رد الالتزام التعاقدي المرهق إلى حد المعقول، فليس في ذلك ما يخرجه عن دائرة اختصاصه [3].

وإن ما يجب توافره من استقرار المعاملات، والثقة بها، لا يبيح السماح باستغلال حاجة المتعاقد وإلحاق الغبن به [4].

وبخصوص الاحتجاج بان العقد شريعة المتعاقدين يقول الدكتور : توفيق فرج ((إن التجارب تبين انه يلزم في بعض الأحيان أن يدخل على هذه

١- الدكتور توفيق فرج : رسالته في الاستغلال : المرجع السابق رقم ٣٦ ص ٣٥ ونفس؟؟ على عمران الالتزام بضمان السلامة ، المرجع السابق

٢- الدكتور : اسعد الكورانى ، في الحوادث الطارئة المرجع السابق ص ٤٥٤

٣- الدكتور محسن ناجى البحث السابق فقرة ١٢ ص ١٦

٤- الدكتور توفيق فرج رسالته المرجع السابق ص ١٥

obeikandl.com

القاعدة الأساسية في النظام التعاقدي شيئا من التهذيب)) ويورد قول الأستاذ ديباج أن القاعدة في ذاتها لا غبار عليها و ينبغي أن تبقى الأساس الذي يقوم عليه قانون العقود على الأقل حتى يأتى ناظم جديد ، لكن يتضح في بعض الأحيان أن الصراع بين الأفراد لا تسود فيه المساواة وان المادة ١١٣٤ يمكن أن يؤدى تطبيقها إلى إساءات حقه [1].

تعديل شروط العقد من المتعاقدين

إن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة أن تعدل شروط العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها – وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد ، وذلك كلما اقتضت حاجة المرافق هذا التعديل ،وليس للمتعاقد الآخر أن يحتج على هذا التعديل بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة الشريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، ذلك لان طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق، وان التعاقد فيها تم على أساس نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة وهكذا نجد أن حق الإدارة في تعديل العقد بما يوائم تحقيق المصلحة العامة والوفاء بحاجة المرفق يقتضى القول بان سلطة التعديل الممنوحة لجهة الادارة على النحو السالف الذكر مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به .

١- الدكتور توفيق فرج رسالته المرجع السابق ص ١٥

ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر فإذا أشارت نصوص العقد إلي هذا التعديل فان ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها [1].

وهذا الطابع الرئيسى لنظام العقود الادارية يعتبر من ابرز الخصائص التى تميزها عن نظام العقود المدنية .

ونلاحظ هنا الحق يهاجم قاعدة الزام العقد لطرفيه وهو جوهر الرابطة العقدية ويعتبر هذا الحق من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة والتي تميز العقد الإداري عن سواه من العقود كما بينا سابقا [2] .

والملاحظ أن هناك صورا متعددة لتعديل العقد من قبل جهة الإدارة، وقد يأتى التعديل لشروط العقد من قبل المتعاقد مع الإدارة فضلا عن ذلك قد يتم تعديل العقد من قبل القاضي بناء على طلب المتعاقد.

صور تعديل جهة الإدارة في مجال واسع في العقد الإداري

تتدخل الإدارة في مجال واسع في العقد الإداري، وهو مجال تغير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما بالتزام الزيادة أو النقصان ن وقد يشمل التعديل في الالتزامات عنصرا من العناصر الآتية :

١- يراجع حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق. جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨ مجموعة ص ١٣٢٧

٢- الدكتور سليمان الطماوى الاسس العامة المرجع السابق طبعة ١٩٨٤ ص ٤١٤

أولا: تعديل كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد :

أ – تعديل كمي للأعمال بالزيادة :

ومن قبيل مقدار كمي الأدوات والأصناف الموردة أو إضافة حجرات أو ملحقات جديدة بالمبنى او المباني المتقرر إنشاؤها ف عقد الأشغال العامة

وهذا ما جعل المشرع المصري ينص صراحة في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات تقريبية قابلة للزيادة أو النقص وبالإضافة إلى هذه الصورة من صور التعديل الذي تفرضه ظروف التنفيذ، ثمة تعديل تفرضه جهة الإدارة بإرادتها على المقاول المتعاقد لما تأنس في هذا التعديل من تحقيق للصالح العام، كما لو كان من شانه توفير مبالغ مالية كبيرة، أو للاستفادة من الأشغال بصورة افضل ... الخ .

ب – تعديل كمي بإنقاص التزامات المتعاقد :

تتمتع بسلطة تخفيض حجم التزامات المقاول المتفق عليها في العقد مما يصل به إلى ما يطلق عليه التنفيذ الجزائي للعقد [1] .

١- تنص المادة (٨٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هى مقادير واوزان تقريبية قابلة للزيادة او النقص تبعا لطبيعة العملية والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والمبالغ التى تسدد للمقاول على اساس الكميات التى تنفذ فعلا سواء اكانت تلك الكميات اقل او اكثر من الواردة بالمقايسة او الرسومات وسواء نشأت الزيادة او العجز عن حطأ ف حساب المقايسة الابتدائية او عن تغيرات أدخلت فى العمل طبقا لاحكام العقد

obeikandl.com

ويتمثل هذا التعديل في خفض مقدار أو كمية المواد الموردة بنسبة معينة في عقد التوريد أو إلغاء إجراء من مبنى بصورة معينة .

وإذا كان لجهة الإدارة أن تعدل العقد بإنقاص الكمية المتعاقد عليها على النحو السابق بيانه فان مناط ذلك أن تفصح الإدارة عن إرادتها في استعمال هذه الحقوق بقرار صريح، فان هى لم تفصح عن ذلك التزمت بتنفيذ العقد كله وفقا لشروطه ووجب عليها تمكين المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته بتمامها وان تيسر هذا التنفيذ و ألا تحرمه بفعلها من الحقوق التي يرتبها له العقد .

و ينبغي ملاحظة أن حق الإدارة في إنقاص الكميات المتعاقد على نقلها لا يجوز أن يصحبه نقل كميات اكبر بواسطة جهة أخرى مثل المتعاقد معه لان ذلك يعتبر من الجهة الإدارية إخلالها بالتزاماتها التعاقدية وتجاوز لاستعمال حقها في إنقاص الكميات المتعاقد على نقلها أو زيادتها[1].

ثانيا : تعديل نوعى في طرق التنفيذ المنصوص عليها في العقد :

للإدارة بسلطتها المنفردة أن تفرض طرق تنفيذ معينة لم يتضمنها العقد ، كما أنها تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان وتبرير ذلك هو أن المصلحة العامة متغيرة وبالتالي لا يجوز إيقافها على شروط عقدية ثابتة [2] .

١- حكم المحكمة الادارية العليا فى القضية رقم ٦٨٤٩ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦١/٦/٤

٢- المرجع السابق ص ٣٣٣

obeikandi.com

ولكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل لها حدود صارمة مبنية على ضرورة ملائمة الخدمة .

إلا أن هذه القاعدة لا يمكن أن تكون أساسا لتقليص المزايا المالية الممنوحة للمتعاقد ن فمن حق هذا الأخير أن يحصل على مقابل مالي كامل مقابل التزاماته الجديدة (أعمال إضافية، أرباح ضائعة) [1] أما إذا تجاوزت التعديلات حدا معينا فبإمكان المتعاقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد [2] إن أقصى حالات التعديل هو أن تقرر الإدارة فسخ العقد في أي وقت لمصلحة المرفق أو لأي سبب من أسباب المصلحة العامة حتى مع غياب شرط عقدي ينص على ذلك، إلا انه في المقابل من حق المتعاقد طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته والأرباح التي فاتته .

ولجهة الادارة سلطة تعديل المشروع الاصل للعقد مع عدم تغيير موضوع العقد مسايرة للاكتشافات الحديثة التى تمكن المرفق من استعمال وسائل فنية اكثر اقتصادية او اكثر تقدما .

مثال على ذلك تغيير في التنظيم الداخلي للحجرات أو القاعات في المباني والأشغال العامة دون إضافة وحدات أو حجرات جديدة .

ثالثا : تعديل في مدة تنفيذ العقد :

نمارس جهة الإدارة حق التعديل في البرنامج الزمني لتنفيذ العقد وذلك إما بالإسراع أو الإبطاء في وقت التنفيذ المحدد أو وضع نظام أولويات في تنفيذ بعض التوريدات أو بعض الأعمال قبل غيرها .

١- المرجع السابق ص ٣٣٣

٢- حكم مجلس الدولة ١٠/٢٧/ ١٩٧٨ مدينة سان مالو مشار اليه لدى ص ٣٣٣

obeikandl.com

يذهب جانب من الفقه إلى أن حاجات المرفق العام التي تبرر التعديل في مدى وكيفية أداء الالتزامات بواسطة المتعاقد . تبرر أيضا التعديل في مدد التنفيذ فالإدارة تستطيع أن تفرض تعديلات على مدد تنفيذ الأعمال في عقود الأشغال العامة سواء باستعجالها (تقصير مدد التنفيذ) او تأخيرها (مد مدد التنفيذ)، وهذه المسألة تقديرية تعود للإدارة فلها أن تطلب من المقاول تأخير التنفيذ لعدم كفاية اعتمادات الميزانية أو وجود حالة حرب، إذ تعتبر مدة تنفيذ العقد أحد العناصر الرئيسية التي تمارس الإدارة تجاهلها سلطة تقديرية واسعة وعلى الأخص في الأشغال العامة [1] .

ولمدة تنفيذ أهمية قصوى بالنسبة للطرفين، ذلك أن تحديد الإدارة ميعادا لإنهاء العملية يعنى حاجة المرفق للأشغال في هذا التوقيت وتأخر المقاول في التنفيذ عن الميعاد المحدد دون عذر مقبول يعنى توقيع غرامات التأخير عليه كما أن الواقع عملا تأثر مدة التنفيذ الأشغال العامة باستعمال الإدارة لسلطاتها في تعديل حجم أو كميات الأعمال سواء أكان التعديل بالزيادة أو بالتخفيض .

رابعا : سلطة الإدارة في تعديل الأسعار المتفق عليها في العقد

الأصل، انه متى اتفق طرفا العقد، على سعر معين [2]، فانه لا يسوغ لاحدهما أو ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الآخر ويعبر عن

١- حكم مجلس الدولة ١٩٩٩/٣/١٢ شركة مربيال مشار اليه المرجع السابق ص ٣٣٣

٢- المستشار سمير صادق العقد الادارى فى مبادئ الادارية العليا المرجع السابق ١٨٢

obeikandi.com

ذلك بمبدأ عدم المساس بالسعر، والذي يعتبر أحد تطبيقات القوة الملزمة للعقد [1] ومن هنا فان الشرط المتعلق بالسعر يعد من الشروط العقدية .

وترتيبا على ذلك لا يسوغ للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه بحسبان أن التعديل يتعين ألا يمس المزايا المالية للمتعاقد وان التعديل يقتصر على الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد .

ففيما يتعلق بتعديل الثمن في معظم العقود الإدارية وعلى الأخص عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل، فانه متى اتفق أطراف العقد على ثمن معين وشروطه وطريقة سداده فانه يصبح نهائيا في موجهة كل من المتعاقدين، فلا يجوز أحدهما أن يستقل بتعديله أو المساس به دون رضاء الطرف الآخر وهو ما يعبر عنه بمبدأ نهائية الثمن .

وينتج هذا المبدأ أثره منذ اللحظة التي تم فيها إبرام العقد ومن هذه اللحظة أيضا يستقر السعر ويصبح ملزما للطرفين ويكتسب حجية في مواجهة الأطراف المتعاقدة [2].

١- ففى حالة عدم اتفاق المتعاقدين على السعر قبل التعاقد فانه يتم تحديده بمعرفة المحكمة (حكم المحكمة الادارية العليا جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ الموسوعة الادارية الحديثة ج ١٨ ص ٨٤٨)

٢- راجع الدكتور عيسى عبد القادر الحسن التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٧ ص ٢١٣

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ بقولها :"أن من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي النقدي في العقد الإداري ولهذا فان الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار ويجد ذلك الأصل في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتائج لما يقدمه للطرف الآخر ويحقق به التوازن المالي للعقد فإذا ما حدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فان هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد باعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نص على شرط تعاقدي، وذلك دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة [1] .

وفى فرنسا قضى بأنه : " عند عدم وجود نص لائحي بحز تعديل الثمن المتفق عليه فان الثمن الوارد فى العقد والذى يجب تطبيقه كما اجمع الفقه على المبدأ .

١- حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في جلسة ١٩٩٣/٨/٣١ الطعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ ق.ع مج مبادئ العقود ص ٣٩٥

كما استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على تذكير الإدارة باحترام الشرط المتعلقة بالثمن :

بيد انه ولئن كان الاصل ان السعر المتفق عليه بقيد طرفيه إلا انه ليس ثمة ما يحول قانونا من الاتفاق على تعديله إذا تلاقت إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد صريحة وقاطع مع إرادة المتعاقد معها على هذا التعديل وفى هذه الحالة يكون السعر الجديد ملزما لطرفيه وواجب الوفاء به [1] .

ويلاحظ هنا أن ذلك لا يعد خروجا على الأصل المقرر من عدم جواز المساس بالسعر، لان التعديل سيكون بإرادة طرفي العقد وهو بهذه المثابة يعد إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

وترتيبا على ما قدم، فان تجاوز الإدارة الذي يمس السعر المتفق عليه فانه يشكل خطا في جانبها يثير مسئوليتها العقدية .

وذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بجلسة ١٩٦١/١/٢٤ إلى انه "متى تبين من مراجعة العقد أن الإدارة العامة للغاز والكهرباء تملك تعديل سعر التيار الكهربائي الوارد بالعقد المبرم مع المتعاقد طبقا لما تراه متفقا مع الصالح العام دون أن يتحداها بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين تلك أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تحكمها نصوص العقد فقط و إنما تخضع أيضا للقواعد التنظيمية الخاصة بالمرفق العام وقد نصت الفقرة السابقة من المادة الخامسة من القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤٨ على أن لمجلس إدارة الكهرباء والغاز لمدينة القاهرة وتحديد سعر التيار الكهربي المورد للحكومة والهيئات مرة واحدة

١- راجع : فتوى الجماعة العمومية لقسمى الفتوى والتشريع جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨ ملف رقم ٣٦٨/٢/٤٧ مج مبادئها السنتان الحادية والاربعون والثانية والاربعون ١٢ ص ٥١٨ رقم ١٨٣

كل خمس سنوات إلا إذا اقتضت الضرورة إعادة النظر خلال هذه المدة مما يفيد أن السعر الواردة بالعقود المبرمة بين الإدارة المذكورة والمستهلكين ليس سعرا ثابتا بل انه قابل لتعديل بالزيادة أو النقض طبقا لمقتضيات المصلحة العامة – ومن ثم فان هذا المجلس من حقه تعديل السعر للتيار الكهربائي المورد لمصنع المتعاقد عملا بسلطته المذكورة وتحقيقا لمبدأ المساواة بين المستهلكين [1] .

وتتمثل الاستثناءات التي ترد على مبدأ نهائية الثمن في استثنائين هما: الاستثناء الأول : ويتمثل في تدخل المشروع أحيانا لتعديل الثمن المتفق عليه تحقيقا لمقتضيات المصلحة العامة حيث يمنح الإدارة الحق في إعادة النظر في الثمن المحدد في العقد ، أما الاستثناء الثاني فيتمثل في أحقية المتعاقد في الحصول على ثمن إضافي نتيجة قيامه بأعمال إضافية لصالح جهة الإدارة .

القيود التي ترد على سلطة التعديل

ولئن كانت سلطة التعديل الانفرادي تشمل جميع العقود الإدارية، إلا انه يخرج عن نطاق تطبيق هذه السلطة تلك العقود المحددة بصورة كلية ونهائية عن طريق القانون أو اللائحة، فهذه الطائفة من العقود لا يمكن للإدارة إجراء أي تعديلات بشأنها.

وهو ما أعلنه القاضي الإداري الفرنسي في قضية والتي تتعلق بعقد اشتراك تليفون، ففي هذه المنازعة قامت الإدارة بإجراء انفرادي بضم أربعة خطوط تليفون يمتلكها السيد ريكارد تحت رقم واحد، بحجة عدم

١- راجع حكم محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ٩٣٩ لسنة ١٤ ق

انضباط التجهيزات التليفونية، مما يؤدى إلى إلحاق الإضرار بالشركة حيث قرر القاضى الادارى انه لا يمكن للادارة ان تستخدم سلطتها فى التعديل الانفرادى فى عقد مثل اشتراك التليفون والمحددة تماما من ناحية مضمونة بواسطة التشريع واللائحة . إلا من خلال إدخالها لتعديلات على الشروط العامة المتضمنة من النصوص التشريعية أو اللائحية .

وعلى ذلك فان من خلال بحث وتحليل المعطيات القضائية المختلفة فان يتبين أن سلطة التعديل الانفرادي الممنوحة للإدارة ولها مدى اقل اتساعا عما يبدو لها بصفة عامة .

فهذه السلطة كاميتاز عام للإدارة ف النطاق التعاقدي، وبدون شك فان الأساس العام تبدو كامتياز عام للإدارة في النطاق التعاقدي وبدون شك فان الأساس العام الذي تقوم عليه سلطة التعديل يقوم على احتياجات المرافق العامة والطبيعة لمتغيرة لهذه الاحتياجات المرافق العامة والطبيعة المغيرة لهذه الاحتياجات .ولكن هذا الأساس الأصلي والعام هو الذي يبرر للإدارة المتعاقدة سلطة فرض تغيرات في الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها وبالتالي فان السلطة تبدو كاستنتاج يؤدى دوره بكل حرية، دون ان يرتبط بفكرة محدودة وبالتالي فان هذا السلطة تبدو كاستنتاج يؤدى دوره بكل حرية، دون ان يرتبط بفكرة محددة وبالتالي بقيود مستمدة من هذه الفكرة ذاتها [1].

ينبغي ان يراعى إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست سلطة مطلقة وانما أخضعها المشرع والقضاء لقيود استمدها من اعتبارات المشروعية والصالح العام وهذا آمر طبيعي فهذا الحق للإدارة شانه شان

---

١ – الدكتور : عمر حلمي ،المرجع السابق ، ص ٢٣٨

كل من حق مقرر في مجتمع منظم، وترد عليه مجموعة قيود، فلا يوجد ذلك الحق المطلق الذي لا يرد عليه تنظيم [1].

والقيد البديهي الذي يرد على سلطة الإدارة في هذا الصدد، هو أن يكون التعديل مستهدفا تحقيق الصالح العام، باعتباره وسيلة لتحقيق مقتضيات المصلحة العامة، **وبالإضافة لك توجد عدة قيود تمثل في آلاتي :**

١- اقتصار التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام

٢- اقتصار التعديل على محل العقد

٣- أن يكون التعديل بسبب تغير الظروف

٤- أن يصدر التعديل في حدود القواعد للمشروعية

١-اقتصار التعديل إلي الشروط المتعلقة بالمرفق العام :

مؤدى هذا القيد الإدارة عندما تمارس سلطتها في العديل ينبغي عليها إن تقتصر على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام أي على شرط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق، ذلك بحسبان إن سلطة التعديل مرتبطة باحتياجات المرفق العام . وليس بالحقوق المالية للمتعاقد، ولان الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة يقابلها حف ذلك المتعاقد في التوازن المالي للعقد[2] .

١- في هذا المعنى الدكتور : على الفحام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥

٢- الدكتور : حمدي الحلفاوى : المرجع السابق ، ص٣٤٩

obeikandl.com

وهذا القيد من الامو ر المستقر عليه في الفقه [1] والقضاء [2] ومن ابرز الشروط التعاقدية التي تكون بمنأى عن سلطة التعديل الانفرادي، الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد فهي تتسم بطبيعة الاستقار وتحدد بدقة وقت التعاقد ومن ثم لا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها ألا بموافقة الطرف الآخر، فلا يجوز للإدارة تعديل الا بموافقة الطرف الاخر، فلا يجوز للادارة تعديل قيمة فئات الأسعار المتفق عليها فى العقد الإداري بالنقص ،لان ذلك يؤدى إلي زعزعة الثقة فى التعامل مع الإدارة ويعبر عن هذا بمبدأ ثبات الثمن في العقود الإدارية وعدم إمكان تعديله ألا باتفاق الطرفين.

وإذا كانت جهة الإدارة لا تملك بأداتها المنفردة تعديل المقابل المتفق عليه فى عقد الأشغال العامة، فأنها تستطيع ذلك ولكن بموافقة المقاول المتعاقد معها، وفى هذه الحالة يكون الثمن الجديد ملزما للطرفين وواجب الأداء .

---

١ –راجع فى ذلك : الدكتور : على الفحام ، المرجع السابق ص٤٤١,٤٧٨ والكتور : محمد حلمى ، المرجع السابق ، ص٧٨ والدكتور : ابراهيم على :المرجع السابق ، ص٤٢وأ/ عبدالله الوهيبى ، المرجع السابق ص٢١٩

٢– حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ جلسة ١٩٩٣/٨/٣ ، مج العقود فى (٤٠) عاما ، ص ٣٩٥ وما بعدها ، ادارية عليا ، الطعن رقم ١٣٢٢ لسنة ١٢ق . ع جلسة ١٩٧٠/١/١٧ ا، اشار الية المستشار / حمدى ياسين عكاشة ، المرجع الساق ، ص٢١٩ وفنوى الجمعية العمومية بقسمى الفتوى والتشيع ، ملف رقم ١٩٧٣/٩/١ المروسوعة الادارية الحديثة جـ ١٨ ، ص ٨٣٧ وما بعدها .

٣- اقتصار التعديل على محل العقد :

ينبغي أن تدور التعديلات لجهة الادراة في النطاق الذي رسمه العقد للأعمال أي تشتط الإدارة في أجراء التعديلات إلي حد يجعل الأعمال الجديدة مغايرة فى طبيعتها لتلك التي اتفق عليها في العقد [١]، فطرفا العقد ابرما إلي عقدا معينا يهدف إلي تحقيق مصلحة محددة، وعلى هذا فان الإدارة لا يكون لها إن تفرض عملا ينتهي إلي تعديل طبيعة العقد وموضوعة أو تحدد له موضوعا جديدا يختلف عن الموضوع الأصلي الذي انصرفت إليه إرادة الطرفين[٢]، ومثال ذلك أن يتم التعاقد مع مقاول علي بناء مسجد، وتطلب الإدارة بناء مدرسة بدلا منه[٣]، ويعبر البعض عن ذلك بالقول بأن يجب أن يكون تعديل الإدارة لشروط العقد جزئيا بحيث لا ينصب علي كافة شروطه، ذلك أن التعديل الكلي وإن كان يمكن أن يسمي مجازا تعديلا، إلا أنه في حقيقته عقد جديد يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه أمامه، دون أن تكون لإرادته أي دور في إيجاده [٤] .

١- راجع في هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، ملف رقم ٣٦/٢/٤٧ جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨ أشار إليها الدكتور: حمدي الحلفاوى ، رسالته المرجع السابق ، ص٣٥٢ في هذا المعنى : فلام : المرجع السابق ، ص٢٥٤

٢- في هذا المعني الدكتور : علي الفحام ، المرجع السابق ، ص ٢٦٠ ، المرجع السابق، ص١٠٦ .

٣- الاستاذ : عبد الله الوهيبي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ .

٤- في هذا المعني الدكتور : سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٤٤٣ ، والدكتور: علي الفحام ، المرجع السابق ، ص ٤٤٢ .

openkandil.com

وفضلا عن وجوب التزام الإدارة بعدم خروج التعديل علي محل العقد، يجب ألا يصل التعديل إلي تجاوز الإمكانيات الفنية والاقتصادية للمقاول، وهو ما يعبر عنه بقلب اقتصاديات العقد .

فيجب ألا يغرب علن بال جهة الإدارة أنها بصدد التعاقد مع مقاول قدر ظروفه جيدا قبل أن يقبل مختارا علي التعاقد، ومن ثم فإن الإدارة ملزمة حين تلجأ إلي حقها في التعديل ألا تذهب إلي الحد الذي يؤدي إلي قلب اقتصاديات العقد رأسا علي عقب [1] .

وهذا المفهوم الخاص بانقلاب العقد يثار عند فرض التعديلات المختلفة من الإدارة ولا شك أنه حينما يكون التعديل كميا بالزيادة، لن يحتج المتعاقد معها عليها، لأنها ستزيد من أرباحه، وسوف يصدر عنه مثل هذا الاحتجاج في حالة خفض الأشغال أو إلغائها، وهذه الحالة الأخيرة تمثل أقصي درجات المساس بموضوع العقد ومادته[2] .

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع إلي أنه "...ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع علي عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل . إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون من شأنها قلب العقد رأسا علي عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه

١- في هذا المعني الدكتور : سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٤٤٣ ، والدكتور: علي الفحام ، المرجع السابق ، ص ٤٤٢ .

٢- في هذا المعني الدكتور : علي الفحام ، المرجع السابق ، ص ٤٤٤ .

Obeikandl.com

أمام عرض جديد، أو تغيير في موضوع العقد أو محله وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد [1] .

٣- أن يكون التعديل بسبب تغير الظروف :

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، هو مقتضيات سير المرافق العامة، ولذا فإن سلطة التعديل ترتبط بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة، وأولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغير الذي يقبله المرفق في كل وقت متي ثبت أنه (التغيير) يؤدي إلي تحسين الخدمة المقدمة للجمهور [2] .

ويذهب جانب من الفقه إلي أنه إذا لم تتغير الظروف، فلا تستطيع الإدارة إجراء أي تعديل، لأن الاعتراف بخلاف ذلك يعتبر نوعا من تهرب الإدارة وتخليها عن التزامتها الناشئة عن العقود التي سبق إبرامها، فإذا كانت الإدارة منذ نشأة العقد قد أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة فلا تلومن إلا نفسها . فهي لا تستطيع أن ترجع عن خطئها وتفرض علي المتعاقد تعديلا في شروط العقد، فقد كان الأولي بها أن تدرس جيدا

١- فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع ملف رقم ٣٠/٩/٧ ، جلسة ١٩٧٣/١١/٢٨ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج١٨ ، ص ٨٢٧ وما بعدها ، وفي ذات المبدأ قضاء إداري ، القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق ، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ ، سبقت الإشارة إليه ، وقضاء إداري ، القضية رقم ٧٤١ لسنه ٢١ ق ، جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢ ، مج مبادئ القضاء الإداري ، س١ للدوائر الاستئنافية ، وس٢٤ للدوائر العادية ، ص ٢٧٣ وما بعدها .

٢- في هذا المعني الدكتور : سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٤٢١ وما بعدها .

obeikandi.com

وبعمق مشروعاتها واحتياجاتها [1] بينما يذهب جانب آخر إلي أنه إذا أخطأت الإدارة في تقدير احتياجات المرافق العامة عند التعاقد، يمكن لها استعمال مكنة التعديل أثناء تنفيذ مثل هذا العقد، تغليبا لأساس التعديل المرتبطة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة وقابلية المرفق للتغيير في أي وقت [2].

والحقيقة أن المحكمة الإدارية العليا تأخذ بالاتجاه الأخير الذي يسمح للإدارة بتعديل العقد لتصحيح خطئها، ويستفاد ذلك من حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ فبراير ١٩٩٩ في منازعة تتلخص وقائعها في أن إحدي الهيئات العامة تعاقدت مع مقاول عيل تنفيذ المجمع الإعلامي بمدينة .... خلال سنة من استلامه الموقع بتاريخ ١٩٨٨/٦/٥ وبعد أن بدا في أعمال الحفر طلبت منه الإدارة في ١٩٨٦/٦/٢٤ تعديل الرسم الهندسي للمبنى بحيث يشتمل على بدروم لتنفيذ خطة الايواء العاجل فى حالة الكوارث العامة، وقد ترتب على ذلك تغيير الشكل المعماري، في كميات الحفر و اعمال الخرسانات بالاساسات بلغت نسبها (٤٠٠٪) زيادة على الكميات الواردة بأمر التشغيل، إذا تأخر المقاول في التنفيذ عن ميعاد النهو المقر، اوثعت عليه الإدارة غرامات تأخير، فطعن على ذلك لدى محكمة القضاء الإداري التي قضت بأحقيته في استرداها ولم ترتض الإدارة هذا الحكم

١- الدكتور : محمد فؤاد ، والدكتور : ثروت بدوي ن أشار إليهما الدكتور : علي الفحام: المرجع السابق ، ص ٢٨٠ ، والدكتور : حمدي الحلفاوي ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ .

٢- الدكتور : سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ ، والدكتور : علي الفحام ، المرجع السابق ، ص ٢٨١ ، ٤٧٩ ، والدكتور : حمدي الحلفاوي ، المرجع السابق ، ص ٣٦٣ وما يعدها ، والدكتور : محمود حلمي ، المرجع السابق ، ص ٧٥ .

obeikandi.com

وطعنت عليه لدى المحكمة الإدارية العليا، فقررت انه إذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعباءه المالية أو في مدة تنفيذ المشروع فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحدة تلك الأعباء، إذا أن أيثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل.[1]

ويرى الباحث أن الحكم المشار إليه، ولئن كان لم يتضمن صراحة اعتبار أن خطأ الإدارة لا يحول دون مباشرتها لسلطة التعديل ى، ألا أن ذلك المعنى مستفاد من ربط الحكم بين التعديل وضرورة المرفق العام، فضلا عن ذلك لم تنكر المحكمة على الإدارة تعديل العقد، الذي فرضته ضرورات تحقيق الصالح العام، حرصت على إعادة التوازن المالي للعقد .

وما قضت به المحكمة الإدارية يتفق والغاية المستهدفة من سلطة التعديل وهى تحقيق الصالح العام خاصة وان هذا يعد مبدأ مستقرا لدى مجلس الذي يقرر أن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري لا يقدها سوى أن يكون هدفها من التعديل وضرورة المرفق العام وفضلا عن ذلك لم تنكر المحكمة على الإدارة تعديل العقد، الإداري لا يقيدها سوى أن

١- يراجع فى ذلك حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ ق ، ع ، جلسة ١٩٩٢٥/٤/٢٨ مج العقود فى (٤٠) عاما ، ص٤٠٠ وفتوى الجمعية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٤٤٢ بتاريخ ٢٠٠٠/٨/١٧ ملف رقم ٢٦٣/١/٥٤ ، جلسة ٢٠٠٠/٦/٢١ غير منشور .

يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة تغلب المصلحة الخاصة .[1]

٤- إن يصدر التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية :

يجب أن يصدر قرار التعديل من السلطة المختصة قانونا بإصداره، إذا لجأت الإدارة إلي التعديل بإجراءات غير مشروعة، فان للمتعاقد طلب إلغاء قرار التعديل .[2]

وتنص المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ م المشار إليه على هذا الشرط اذا يجرى نصها على أن "... ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ..".

ولذا فقد حكم بان لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها ألا من يناط بهم قانونا هذا الاختصاص، ومقتضى ذلك انه حيث يجوز لجهة الإدارة إن تعدل من شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلي قيام هذا التعديل والاعتداد به قانون ما لم تلتزم عند أجرائه قواعد الاختصاص المقررة، لا يتأتى التعديل آلا من السلطة المختصة بأجرائه ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة آثرا ما في تعديل القد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاها وليس لمهندس العقد أن ينفرد بتعديل العقد ....، فمثل هذا

١- حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٣١٦ لسنة ٤٢ ق ،ع ١٩٩٩/٢/٢٣ غير منشور .

٢- في هذا المعنى الدكتور \ إبراهيم على المرجع السابق، ص٤٦ ، الدكتور : على الفحام ، المرجع السابق ص٤٧٩

التعديل لا غنى عن صدروه من جهة الاختصاص بأجرائه ولا ينتج التعديل آثرا إذا ما تكتب هذا السبيل [1].

وفى خصوص ما ورد في حيثيات ذلك الحكم من إن التعليمات الصادرة من غير السلطة المختصة لا تنتج آثرا في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه، ويرى الباحث أن التعليمات المكتوبة إلي المقاول بالعمل في صورة أوامر مصلحيه بالتعديل موقعا عليها من رئيس المصلحة، ترتب آثارها، شانها أمر الشغل الذي يوجه إلى المقاول وبموجبه يبدأ تنفيذ العمل.

وذلك لان موافقة السلطة المختصة على تعديل العقد غالبا ما تتم بمنآة عن المقاول القائم بالعمل تتولاها الإدارة باتبارها المخاطبة بشرط موافقة السلطة المختصة على التعديل، شانه شان شرط توافر الاعتماد باعتبارها اللازم لابرام العقد وتعديله، خاصة وان السلطة المختصة حينما تكون وزيرا أو محافظا أو رئيسا لهيئة أمة، لا يكون لها توقيع على الأمر المصلحى لصادر للمقاول، ولا صح مطالبة الأخير بان يتحقق من موافقتها فذلك أمر يسال عنه مرؤ وسوهم الموقعون على الآمر المصلحى، ولا يجوز أن يضار المقاول من إصدار أي منهم للأمر دون أو قبل موافقة السلطة المختص على التعديل، ويضاف إلى ذلك اعتبار عملي وهو أن حصول الجهة الإدارية على تلك الموافقة يستغرق وقتا مما قد يدفع رؤساء بعض الجهات الإدارية إلى إصدار الأوامر المصلحية .

١- حكم المحكمة الادارية العليا . الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٩ ق . ع جلسة ١٩٨٠/١١/٢٢ ، الموسوعة الادارية الحديثة حـ ١٨ ص ٨٢٨ وما بعدها .

Openkandil.com

الاستخدام غير المشروع لسلطة التعديل من جانب الإدارة

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من السلطات المعترف بها قانونا ، سواء من جانب الفقه أو من جانب القضاء في فرنسا ومصر .

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا تجاوزت التعديلات حدا معينا يكون للمتعاقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد .[1]

فيذهب جانب من الفقه إلي إن " حق الإدارة في تعديل شروط العقد حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة ، ليست في حاجة للنص عليه صراحة في العقد ولذلك لا تملك حق التنازل عنه .

ويذهب جانب أخر إلي أن سلطة الإدارة في تعديل العقد تتناول جميع العقد و وهذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد ، ولا يمكن إن تتناول جميع شروط العقد بل تقتصر على بعض شروط العقد المتعلقة بسير المرفق العام . ولا يمكن إن تمس المزايا المالية التي تعاقد من اجلها ، وجب ألا يؤدى التعديل إلي قلب أوضاع العقد بالكامل .

ويذهب غالبية الفقه المصري إلي إن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية مناطه احيتاجات المرافق العامة ، فهذا الحق ليس مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمته بها الإدارة ، لكنه نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام ، يجب على الإدارة إلا تفرض على المتعاقد تعديلات تجعله أمام عقد

١- حكم مجلس لدولة الفرنسي ١٩٩٩/٣/١٢ شركة مريبال سبق الإشارة إليه

obeikandi.com

جديد وتترتب على ذلك أضرار للمتعاقد وألا يصبح لمتعاقد الحق في التعويض[1].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه، أن سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد نعها بإرادتها المنفردة و سواء بالنقض أو بالزيادة، ما هي ألا إحدى تطبيقات عمل الأمير ،وانه لا يوجد ما يدو إلي التضييق من مجال تطبيق النظرية و، ففي جميع الحالات، فان الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة – فيما يتعلق بالحق في التعويض – تقوم على نفس النظام القانوني وتؤسس بناء على سلطتها التي لا يمكن للعقد أن يحجبها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فأنت الأجراء ء الصادر من الإدارة المتعاقدة قد يمس ذات موضوع العقد بتعديل بعض بنوده، وقد يمس موضوعا مختلفا، هنا لمتعاقد إذا ما استوفى شروط التعويض، الحق في تعويض كامل للضرر بين ما إذا كان الأجراء يمس أو لا يمس ذات موضوع العقد . وبصفة عامة يمكن القول أن جميع الإجراءات التي تتخذها السلطة المتعاقدة والتي يكون من شانها التأثير على شروط تنفيذ العقد تعتبر كعمل من أعمال الأمير[2].

والواقع ان الباحث يؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الأول، لمنطق الحجج التي استند عليها، لا سيما أن فكرة عمل الأمير وسلطة التعديل الانفرادي

١- الدكتور سليمان الطماوى ، المرجع السابق الأسس العامة ، طبعة ١٩٩١ ص ٤٥١ الدكتور : على عبد العزيز الفحام سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، ورسالة دكتوراه ١٩٧٥ ص ١٥٧

٢- الدكتور : سلمبان الطماوى ، الأسس العامة المرجع السابق ص٥٧٤ ، الدكتور محمد على محمد عبد المولى ، الظروف التي تطرا أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ١٩٩١ ، ص١٧٦

للإدارة هما فكرتان متجاورتان، بل ومتداخلتان فكلاهما يجب أن يصدر من الإدارة المتعاقدة، لكن الفرق بينهما يكمن في أن عمل الأمير، قد يؤثر أما على العقد نفسه بطريقة مباشرة، من حيث المضمون والالتزامات و أما على العقد بطريقة غير مباشرة أي لا يمس مضمون العقد و الالتزامات الناشئة عنه، فلا يعدل من شروط العقد، و إنما يؤثر على النظام القانوني و الضريبي في وقت معين، بما جعل تنفذ العقد اكثر كلفة للمتعاقد، أما سلطة التعديل الانفرادي، فإنها تؤثر بطريقة مباشرة على شروط العقد نفسه م حيث المضمون والالتزامات، ولا شأن لها بالنسبة غير المباشر للعقد، كما أن عمل الأمير هو أجراء مشروع يصدر من الإدارة أو السلطة العامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوئ مركز لمتعاقد ويؤدى إلى إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد المضرور عن الضرر الذي أصابه، بينما قد تتمثل سلطة التعديل الانفرادي في أجراء مشروع او غير مشروع صادر من جهة الإدارة، بعكس عمل الأمير الرقابة الذي يجب أن يكون مشروعا، كما قد تمارس الإدارة سلطة التعديل وهى بصدد ممارسة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد فالمعروف أن سلطة الرقابة لها نطا معين لا يجوز إن تتعداه، فمثلا إذا اتخذت الإدارة إجراءات معينة في عقد الأشغال العامة للتأكد من أن المقاول يستعمل ذات المواد المتفق عليها في العقد ،فأنها تباشر سلطة الرقابة تجاوزت الرقابة هذا النطاق، بان تقرر الإدارة إحلال مواد مختلفة محل المواد المتفق عليها، فأننا نصبح بصدد تعديل شروط العقد، ولا يمكن أن نطلق على هذا التجاوز وصف عمل الأمير.

وبالإضافة إلي ذلك فالقاضى الإداري، يقتضي بالتعويض عن التعديل غير المشروع للإدارة الذي يترتب عليه ضرر للمتعاقد، زمن هنا شروط التعويض ليست واحدة في الحالتين، ففي حالة عمل الأمير يكون

التعويض عن عمل المشروع، ولذلك يشترط القاضي في الضرر شروطا خاصة، لان التعويض يتم دون خطأ من الإدارة ارتكبت خطأ من الإدارة، أما التعويض عن ممارسة سلطة التعديل الانفرادي للإدارة، فيجب على المتعاقد أن يثبت أن الإدارة ارتكبت خطأ، ويمتثل هذا الخطأ في أجراء التعديل غي المشروع من جانبها وبناء على ذلك تعتبر الممارسة غير المشروعة لسلطة التعديل لحد الفاصل بين سلطة التعديل الانفرادي وعمل الأمير، ولتطبيق قواعد المسئولية التعاقدية دون خطأ فى الحالة الثانية، اذا اضرر المتعاقد من جراء التعديل .

ومن هنا، تظهر أهمية التمييز بين نظرية عمل الأمير وسلطة التعديل الانفرادي في تحديد مجال نظام المسئولية المطبق على كل منهما ،فنظرية عمل الأمير، فيمكن أن تحرك المسئولية التعاقدية الإدارة دون خطأ – كما سنيين ذلك في حينه – أما بسلطة التعديل الانفرادي فيمكن أن تحرك المسئولية التعاقدية للإدارة على أساس الخطأ في حالة الاستخدام غير المشروع لها، ولذلك سوف نحاول التعرف على أحكام المسئولية التعاقدية للإدارة بالنسبة للاستخدام غير المشروع لسلطة التعديل الانفرادي للعقد.

إذا كان المستقر في الفقه والقضاء هو الاعتراف للإدارة بسلطة العقود التي يمكن أن تبرمها فالمستقر أيضا أن ممارسة سلطة التعديل، لابد وان تكون فى حدود المبدأ العام للمشروعية الإدارية، تطبيقيا لذلك، اقر مجلس الدولة الفرنسي بحق المجلس البلدى، فى عقد اشتراك توزيع المياه، وان يعدل الاشتراكات المتعلقة بتنظيم المرفق بشرط الا يكون لهذا التعديل خصسصة تعسيفة او مشوبا بعيب تجاوز السلطة .

والواقع، انه عندما تمارس الإدارة المتعاقدة سلطتها في التعديل الانفرادي في نطاق الحدود بها قانونا في نصوص العقد فان أجراء التعديل لا يرتب مسئوليتها التعاقدية في هذه الحالة، وبالعكس عندما تتجاوز حقوقها التعاقدية عند ممارسة سلطة التعديل، بان تكون قد أجرت تعديلا خارج نطاق الحدود المعترف بها قانونا في نصوص العقد فأجراء التعديل يرتب مسئوليتها التعاقدية تجاه المتعاقد الذي أصابه ضرر من جراء حدود حق التعديل .

وتطبيقا لذلك، قضى مجلس الدولة الفرنسي بانه " عندما فرضت اللادارة تخفيضا فى كمية التوريد او الحمولة المنصوص عليها فى العقد ، ' فأنها تكون قد خالفت بذلك التعديل نصوص العقد، فضلا عن إخلالها بالتزاماتها مما يرتب مسئوليتها ولاجل ذلك تسال الادارة عن مخالفتها لنصوص العقد باجراء تعديل غير مشروع على عقد النقل، حيث لم تسلم المتعاقد سوى ١٦٠٠ طن لنقلها فى حين انها كانت ملتزمة فى العقد بتسليم ٣٠٠٠ طن .

كما قضى أيضا في إطار عقد الالتزام الذي ابرم بين الدولة ومدينة لإنشاء واستغلال ميناء للنزهة حي يقام المحافظ بأجراء تعديل في حدود الالتزام وذلك بتخفيض مجال الالتزام و على اثر ذلك طلبت المدينة بالتعويض واراد المحافظ أن يطبق شرط الالتزام المتعلق بالإلغاء الجزئي أو الكلى للإنشاءات، بينما طالبت المدينة بتطبيق شط أخر اكثر ملاءمة وهو استرداد الالتزام ورفع النزاع أمام مجلس الدولة الذي رأى بان تعديل حدود الالتزام لا يرجع إلي تطبيق الشرط المقرر من قبل المحافظ ولا الى تطبيق الشرط المقرر من قبل المدينة، ولكن بعد تفسير نصوص العقد ،تبين أن قرار التعديل الانفرادي من ان المحافظ كان خارج نطاق الحدود

المعترف بها في نصوص العقد، وبأنه قد رتب تبعات جسمية للمدينة تتمثل في (النفقات الأولية للإنشاءات، وتخفيض نفقات الاستغلال) وبناء عليه فان الضرر الذي أصاب مدينة والناتج من قرار التعديل، يجب أن تعوضه الدولة .

وهكذا تستطيع الإدارة أن تمارس حقها في التعديل الانفرادي، لكن يجب ألا يكون لها هدف من التعديل غير المصلحة العامة ، وبشرط تعوض المتعاقد معها عما من ضرر من جزاء هذا التعديل، آما إذا كان هدفها أحداث المشاكل واقامة العراقيل أمام المتعاقد، او أجراء تعديلات لا صلة لها بالعقد المبرم معه، وى تتوافق مع الحالات المنصوص عليها في العقد، فان هذا التصرف يمكن ان يوجد ممارسة غير مشروعة من جانب الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي ويكون من المنطقي ترتيب مسئوليتها التعاقدية على أساس الخطأ التعاقدي .

الاستخدام غير المشروع لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد

يلتزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية وأي تقصير من جانبه في تنفيذ هذه الالتزامات لا ينشئ خطأ تعاقديا فحسب بل ينشئ خطأ المرفق العام .

وتستطيع الإدارة إجبار المتعاقد إذا أخل أو أهمل أو قصر في تنفيذ التزاماته بتوقي جزاءات تعاقدية عليه، حتى ولو كانت هذه الجزاءات غير منصوص عليها في العقد فسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها توجد بذاتها مستقلة عن النصوص التعاقدية، أي أنها توجد حتى ولم لم ينص العقد على أي منها، فإذا نص على بعضها واغفل البعض الآخر،

فان الإدارة يكون من حقها توقيع جزاءات عن المخالفات التي لم ينص عليها[1] .

والجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد متنوعة [2] ولكن يمكن مع ذلك التمييز بين اربعة انواع من الجزاءات :

١- الجزاءات المالية : وهى عبارة عن مبلغ من المبالغ توقع على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته .

٢- الجزاءات الضاغطة : وهى التي تسعى إلى الحصول على فسخ العقد ، باستخدام ما تملكه الإدارة من وسائل جزئية ضاغطة للتغلب على عجز المتعاقد ، لإرغامه تنفيذ العقد ، وذلك بان تحل نفسها محله في هذا التنفيذ ، أو أن تعهد به إلي غيره .

٣- الجزاءات الفاسخة : وهى التي تهدف إلي وضع نهاية للعقد .

٤- الجزاءات الجنائية : هي العقوبات الجنائية التي بتم توقيفها بواسطة السلطات المختصة بعد اتباع الإجراءات الجنائية المنصوص علها في الدستور والقانون .ولا يمكن فرضها بإرادة المتعاقدين تطبيقا للقاعدة العامة انه جريمة ولا عقوبة أي بنص القانون .

والملاحظ أن قيام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته لا ينشئ فعلا مولدا لمسئوليتها التعاقدية ، ولكن الأمر

١- الدكتور : احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة ،المرجع السابق ص ٣٣٦

٢- الدكتور: عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الناشر ، دار الفكر العربي ١٩٧٥ ص ٩

obeikandl.com

يختلف، في حالة قيام الإدارة بتوقيع جزاء غير مشروع على المتعاقد فقاضى العقد فى حالة نظر الجزاء غير المشروع لا يوقع عقوبة أي على الإدارة، وذلك بإلزامها بان ترفع الجزاء غير المشروع الموقع على المتعاقد من جانبها .

وفى حالة رفع الجزاء غير المشروع الموقع على المتعاقد، يجب إرجاع أورد بسيط لمبلغ جزافي له لا سيما بالنسبة للجزاءات المالية، حيث يستطيع القاضي الحكم بالإعفاء من هذه الجزاءات متى تبين له إنها وقعت خطأ وله تخفيضها إذا كانت مبالغا فيها، كما له أن يقضى بإلزام الإدارة بان ترد لمتعاقدها ما حصلته منه دون وجه . ولكن لا يصل إلي درجة تعويض للضرر الذي أصابه وبالنسبة للجزاءات الضاغطة أو الفاسخة، يستطيع القاضي أن يلزم الإدارة بتعويض المتعاقد الأخر عما أصابه من أضرار من جراء هذه الجزاءات غير الصحيحة ، وعلى ذلك سوف تنصب الدراسة في هذا الطلب على بحث سلطة تقاضى بشأن ممارسات الإدارة غير المشروعية أو المبيعة لحقها في توقيع الجزاء على المتعاقد سواء تعلق

سلطه القاضي في تعديل العقد

بعد ان ينتهي القاضي من تفسير العقد وذلك فى الاحوال التى تثور فيها منازعه متعلقه بهذا التفسير فانه ينتقل الى تحديد نطاق الالتزامات المتولده عن هذا العقد .

هذا التحديد لنطاق العقد يجعل عمليه تنفيذه فى غالب الاحوال خاليه من المنازعات وتنص المادة ١٤٨ من القانون المدني على ان : ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكنه يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعداله بحسب طبيعه الالتزام .

وعلى ذلك فاعمال سلطه القاضي التقديريه يقوم هذا الاخير باضافه شئ جديد لا تتناوله الاراده المشتركه وهذا الشئ الجديد هو ما يستلزمه العقد .

هذه الاضافه لا يخلقها القاضي من فراغ وانما وضعت الماده ١٤٨ مدني الموجهات العامه التى يستند اليها القاضي فى اعمال سلطته التقديريه ومن هذه الموجهات طبيعه الالتزام .

ووفقا لطبيعه الالتزام يقوم القاضي وفقا لسلطته التقديريه باستكمال نطاق العقد فعقد العمل مثلا من طبيعته الزام رب العمل بضمان سلامه العمال وعقد نقل الاشخاص من طبيعته الزام امين النقل بضمان الركاب .

ويتولي القاضي اعمال سلطته التقديريه فى استكمال نطاق العقد حيث يقوم فى حقيقه الامر بتقدير اراده المتعاقدين المشتركه لاستكمال نطاق العقد .

ذلك لان الاحكام الوارده فى القواعد القانونية المكمله والمفسره ليست الا اراده المتعاقدين التى اقترضها القانون او كشف عنها .

ويقوم القاضي ايضا باعمال سلطته التقديريه بهدف اكتشاف ما يحتويه العرف من عناصر مكمله لاراده المتعاقدين بهدف استكمال نطاق العقد وتحديد هذا النطاق .

ويستخدم القاضي سلطته التقديريه فى نطاق الشروط المالوفه فى التعاقد بهدف تحديد نطاق العقد وعلى ذلك فانه يضيف على العقد

الشروط التى جرت العادة بادراجها فيه ولو لم تقم الاطراف بادراجها فعلا فى العقد .

وتزداد سلطه القاضي التقديريه سعه حينما يلجأ الى قواعد العداله لتحديد نطاق العقد لان القاضي فى مثل هذه الاحوال يخلق المعيار الذي يستخدمه فى اعمال سلطته التقديريه سواء كان هذا المعيار هو معيار التقدير الشخضي او معيار التقدير الموضوعي .

وعلى ذلك فالقاضي في قيامه بتحديد نطاق العقد وذلك فى الاحوال التى تثور فيها مشاكل متعلقه بهذا النطاق عند البدء فى تنفيذ العقد فانه يستعمل سلطته التقديريه لتحديد هذا النطاق .

والواقع انه من الممكن الا تمر حياه العقد على نحو من الهدوء والاستقرار حيث قد تقع بعض التغيرات والتحولات اثناء سريان تنفيذ العقد مما يثير التساؤل عن كيفيه مواجهتها وفى هذا الصدد أي لمواجهه ما يطرأ من التغيير اثناء عمليه تنفيذ العقد ينبغي ان نتعرض للقواعد التى تنظم تناسب أو ملائمة العقد التى تحكم إنهاء العقد ، و الحقيقة أن هناك العديد من العناصر التى يمكن ان تؤثر فى الاقتصاد العام للعقد ، و هذا ما يطرح بدوره العديد من الاسئلة : كيفية تطابقها و ملائمتها مع العقد و نصوصه، و الحلول التى تفرضها المصلحة العامة عند وقوع هذا التغيير فى الاقتصاد العام للعقد و نظامها و موقف القضاء إزاء إعادة تنظيم العقد .

و فى الواقع اننا إذا اخذنا فى الاعتبار الاحداث الخارجة عن إرادة المتعاقدين و التى من الممكن ان تمس و تؤثر فى الاقتصاد العام للعقد ، فانه ينبغى الاشارة الى النظريات العديدة التى ابرزها القضاء الادارى و التى تظهر فى النهاية اهمية الرضائية العقدية فى نظر القاضى، فاذا كان

العقد يعد – من حيث المبدأ – قانون و اطرافه، فان ذلك على هدى العناصر التى حددها هؤلاء الاطراف و دفعتهم للتعاقد .

و لكن هل ينبغى ان يؤخذ فى الاعتبار التعديلات الجوهرية لهذه العناصر ؟ الواقع لقد تعرض القضاء للتعديلات ذات الطابع المالى حرصاً على استمرار حياة العقد و ذلك عندما لا يوجد اى شرط تعاقدى، يتضمنه العقد فى هذا الصدد . و هكذا تساهم هذه القواعد فى النظام الخاص الذى يجيزه قانون العقود الادارية و نريد الان دراسة فكرة السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى إذاء هذه الحوادث الخارجة عن إرادة المتعاقد لبيان سلطة القاضى فى تعديل سلطة العقد .

obeikandl.com