

أوامر التغيير ودورها في حماية المال العام في ضوء قانون المناقصات العامة الكويتي^(*)

أ. د. عمر عبدالرحمن البوريني
أستاذ القانون العام
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص

تقتضي حماية المال العام، وضمان استمرار المرافق العامة في تقديم خدماتها بانتظام واطراد، ضرورة أن تتمتع الجهة الإدارية - في مواجهة المتعاقدين معها - بسلطة إصدار أوامر تغييرية خلال تنفيذ عقودها، سواء تعلق بموضوع العقد أو مدته. وتعتبر هذه الأوامر قرارات إدارية مرتبطة بالعملية العقدية لا تنفصل عنها؛ حيث تخضع لجملة من الضوابط، سواء كانت عامة مرتبطة بمحل العقد والنسب المالية له، ومدده، ومشروعيته بشكل عام، أو كانت متعلقة بضوابط قانونية إجرائية، تتمثل في عرض الأمر التغييري على الجهات المختصة لإقراره، وتوافر الاعتمادات المالية له. وبما أن تلك الأوامر جزء لا يتجزأ من العملية العقدية فإنها تخضع لرقابة قاضي العقد، دون قاضي الإلغاء، هذا ويحق للمتعاقد مع السلطة الإدارية اللجوء إلى قاضي العقد لطلب التعويض، أو فسخ العقد، إذا ما استحال تنفيذه، كنتيجة لتلك الأوامر.

وتوصلت الدراسة إلى ضرورة النص في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي على أوامر التغيير وتفصيلها، بما يتوافق والأحكام العامة لقانون المناقصات، كما أنه من الضروري بمكان إلزام الجهات الإدارية المتعاقدة بعدم تجزئة أوامر التغيير إلا وفق ضوابط يعود تقديرها للجهاز المركزي للمناقصات العامة. أضف إلى ذلك فإنه من المناسب أن يقوم القضاء الكويتي بإلزام المتعاقدين مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ التزاماتهم العقدية وعدم التوقف عن التنفيذ، لما يعني - عكس ذلك - إعطاء لهذا الأخير حق تقدير مشروعية تصرفات الجهة الإدارية المتعاقدة، وسيتم تناول هذا الموضوع من خلال مبحثين، الأول: يتعلق بماهية أوامر التغيير، من حيث تعريفها، وطبيعتها وأساسها القانونيان. في حين يتطرق المبحث الثاني إلى نطاق إصدار أوامر التغيير والضوابط القانونية الواردة عليها، ومدى رقابة القضاء على ذلك.

كلمات دالة: أوامر التغيير، والأعمال المنفصلة، والعقد الإداري، والمرفق العام، والمال العام.

وتاريخ قبوله للنشر: 2023/5/21

(*) تاريخ تقديم البحث للنشر: 2023/1/31

المقدمة

يمثل المال العام إحدى وسائل السلطة الإدارية لممارسة نشاطاتها؛ فهو يشكل العصب الاقتصادي للدولة والمجتمع، تستخدمه الإدارة خدمةً لمرافقها، وبما يضمن تحقيق المصلحة العامة. كما أن توظيف المال العام، بما يخدم المجتمع والدولة، يقتضي توافر وسائل حماية له؛ سواء أكانت مدنية، أم جزائية، أم إدارية، تشمل موظفي السلطة العامة وعمالها... والغير أيضاً. وعلى اعتبار أن العقود الإدارية والإجراءات المرتبطة بها تعتبر من قبيل الأعمال القانونية المركبة والمستمرة؛ حيث يتخللها العديد من المراحل والإجراءات القانونية التي تستلزم استعمال الإدارة خلالها المال العام؛ ما يعني ضرورة توافر ضمانات استخدام الإدارة لهذا المال، بما يتوافق وتحقيق المصلحة العامة، واستمرارية مرافقها العامة في تقديم خدماتها بانتظام واطراد.

وفي هذا الخصوص يجد الباحث أن الدستور الكويتي الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 1962 قد تضمن العديد من النصوص ذات العلاقة بالمال العام، منها: المادة (17) التي تنص على أن: «للأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن». كما تنص المادة (151) على أنه: «يُنشأ بقانون ديوان للمراقبة المالية يكفل القانون استقلاله، ويكون ملحقاً بمجلس الأمة، ويعاون الحكومة ومجلس الأمة في رقابة تحصيل إيرادات الدولة وإنفاق مصروفاتها في حدود الميزانية، ويقدم الديوان لكل من الحكومة ومجلس الأمة تقريراً سنوياً عن أعماله وملاحظاته». كما أن المادة (135) منه تؤكد أنه: «يبين القانون الأحكام الخاصة بتحصيل الأموال العامة وبإجراءات صرفها». هذا وتنص المادة (138) منه على أنه: «يبين القانون الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وإدارتها وشروط التصرف فيها، والحدود التي يجوز فيها النزول عن شيء من هذه الأملاك.

كما أولى المشرع الكويتي حماية المال العام الاهتمام من خلال العديد من التشريعات، منها القانون رقم 30 لسنة 1964 بإنشاء ديوان المحاسبة، قانون حماية الأموال العامة رقم 93/1، وقانون المناقصات العامة رقم 49 لسنة 2016، وهذا الأخير يُعتبر التشريع الذي تستند إليه السلطة الإدارية في إبرام عقودها الإدارية وتنفيذها؛ ما يعني ضرورة إظهار دوره في حماية المال العام، من خلال التطرق إلى صلاحيات السلطة الإدارية في مواجهة المتعاقدين معها.

وعلى الرغم من أن العقود الإدارية هي الوسيلة الأساسية التي تلجأ إليها السلطة الإدارية لتنفيذ مشاريعها وخدمة مرافقها، فإنها لا تستطيع ممارستها واستخدامها وفق ما تترتأى، بل لا بد لها من سلوك الإجراءات التشريعية المعتمدة، والالتزام بالمبادئ التي

تحكم تلك الإجراءات، من حيث الشفافية والمساواة، وبما يحقق السبل الكفيلة بتحقيق المصلحة العامة وحماية المال العام، سواء من النواحي الفنية أو المالية.

كل ذلك أدى بالمشرّع الكويتي إلى إظهار جملة من المبادئ والضوابط التي لا بد من أن تلتزم بها الجهات الحكومية بعيداً عن تأثير المصالح الشخصية، مع تأكيد تحقيق أقصى درجات الكفاية الاقتصادية عند قيامها بمشتريات وفق أسعار تنافسية عادلة، تعزيزاً للنزاهة والمنافسة، وتوفير معاملة عادلة للمتعهدين والمقاولين؛ تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص، مع ضرورة تحقيق الشفافية في جميع مراحل إجراءات المنافسات والمشتريات الحكومية، هذا مع تأكيد التعامل وفق مبدأ المساواة بين المؤسسات والأشخاص الاعتبارية عند تعاملهم مع الجهات الإدارية.

وتستمد هذه الدراسة أهميتها من أهمية المال العام نفسه - من جهة - ومن أهمية قانون المناقصات العامة رقم 49 لسنة 2016، ودوره في حماية المال العام من جهة أخرى؛ إذ يُعتبر هذا القانون من أهم التشريعات، إذا لم يكن هو الأهم والوحيد الذي تستند عليه الإدارة في إبرام عقودها الإدارية مع الغير، وتعلقه بحماية المال العام من جهة، وحقوق المتعاقدين مع السلطة الإدارية، وبما تتمتع به هذه الأخيرة من صلاحيات تعديل عقودها الإدارية بموجب أوامر تغييرية، وما تنطوي عليه هذه الأخيرة من خطورة على المال العام عند إساءة استخدامها بعيداً عن المصلحة العامة والمال العام.

وعليه فإن مشكلة الدراسة تتمحور حول نطاق صلاحية جهة الإدارة في إصدار أوامر التغيير خلال مرحلة تنفيذ عقودها الإدارية، ودورها في حماية مرافقها العامة والمال العام، وتحديد دور قانون المناقصات العامة في ذلك، من خلال ما يتضمنه من ضوابط، ووفقاً لاجتهادات القضاء الإداري الكويتي، مع ضمان حقوق المتعاقدين مع الجهة الإدارية.

وعليه فإنه يصبح من الضروري بمكان الإجابة عن الأسئلة التالية:

- ما الطبيعة القانونية لأوامر التغيير؟
- ما الأساس القانوني لإصدار أوامر التغيير؟
- ما الضوابط الواردة على إصدارها؟
- ما دور أوامر التغيير في حماية المال العام؟
- ما مدى رقابة القضاء الإداري على أوامر التغيير؟

وعليه يتمثل الهدف من هذه الدراسة في بيان الطبيعة القانونية للأوامر التغييرية، وإظهار الضوابط الواردة عليها، ودورها في حماية المال العام، وبالنتيجة التوازن بين مصالح جهة الإدارة والمتعاقدين معها، وكل ذلك من خلال تحليل واستقراء نصوص قانون المناقصات العامة الكويتي، وبيان مدى أهميتها وفعاليتها في حماية المال العام، وإظهار دور القضاء الإداري الكويتي بالخصوص.

وفي ضوء ذلك يتمثل النطاق الزماني والموضوعي لهذه الدراسة بقانون المناقصات العامة الكويتي رقم 49 لسنة 2016، بجانب اجتهادات القضاء الإداري الكويتي. أما النطاق المكاني فسوف يدور حول دولة الكويت، مع استحضار بعض دول المقارنة، مثل: مصر وفرنسا، كلما اقتضى سياق الدراسة ذلك. هذا وسوف يعتمد الباحث المنهج التحليلي الاستقرائي للنصوص التشريعية، واجتهادات القضاء الإداري الكويتي بالخصوص.

واستناداً إلى ما سبق يتناول الباحث، في هذه الدراسة، مبحثين أساسيين، الأول: يتعلق بماهية أوامر التغيير، ويعالج ذلك من خلال مطلبين؛ يتناول في الأول منهما تعريف أوامر التغيير، وطبيعتها القانونية. وفي الثاني: الأساس القانوني لإصدار أوامر التغيير. أما المبحث الثاني فيخصصه لنطاق إصدار أوامر التغيير ورقابة القضاء عليها؛ إذ يتضمن المطلب الأول منه الضوابط العامة لإصدارها، ويرتبط المطلب الثاني بالضوابط الإجرائية لإصدارها، فيما سيُخصَّص المطلب الثالث لرقابة القضاء على صلاحية الإدارة المتعاقدة في إصدارها أوامر التغيير.

المبحث الأول ماهية أوامر التغيير

تواجه الإدارة - بشكل مستمر - بعض الظروف والأحوال التي تنعكس سلباً على مرافقها، وعلى العقود المرتبطة بها؛ ما يعني ضرورة تمتعها بامتيازات تمكنها من حماية مرافقها العامة، وضمان استمرارها في تقديم خدماتها بانتظام واطراد، بما يحقق حماية أساسية للمال العام؛ إذ يشكل ذلك الأساس لإصدار أوامر تغييرية مرتبطة بالعقد، وبما يتلاءم وتلك الظروف، سواء كان ذلك بالنقصان؛ مثل: إلغاء بعض الأعمال التي كان متفقاً عليها سابقاً، أو كان من شأنه الزيادة أو الإضافة على عملية تنفيذ العقد؛ ما يعني أن الأمر التغييري يمكن أن يكون بهدف التعجيل في عملية التنفيذ وسرعة الإنجاز، أو تخفيض التكاليف، أو يؤدي إلى زيادة التكاليف أو زيادة مدة تنفيذ العقد.

فما مفهوم الأوامر التغييرية؟ وما طبيعتها القانونية؟

المطلب الأول

تعريف أوامر التغيير وطبيعتها القانونية

يقتضي الحفاظ على المال العام، وحسن إدارة المرافق العامة وتسييرها، تمتع السلطة الإدارية المتعاقدة بصلاحيات إصدار أوامر تغييرية مرتبطة بعملية تنفيذ العقد الإداري؛ فهي الضامن لذلك وفقاً للقواعد الحاكمة للعقود الإدارية والنصوص العقدية التي يتم الاتفاق عليها؛ فما تعريف أوامر التغيير؟ وما طبيعتها القانونية؟

الفرع الأول

تعريف أوامر التغيير

تلجأ الإدارة - في بعض الأحيان - إلى القطاع الخاص لإدارة مرافقها؛ ما يستدعي تمتعها بالمرونة اللازمة مع المتعاقدين معها؛ بما يسمح لها إدارة مرافقها وفق المتغيرات التي تواجهها، سواء كانت تقنية، أو مالية، أو إنسانية، وما يعني أنه لا يمكن لجهة الإدارة الركون إلى إرادة المتعاقدين معها بخصوص ذلك⁽¹⁾. وهذه الصلاحيات التي تتمتع بها السلطة الإدارية في مواجهة المتعاقدين معها لا تستمد من النصوص العقدية فقط، بل

(1) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012، ص319.

تستمدّها أيضاً من النظام الحاكم للعقود الإدارية، ومن النصوص القانونية والدستورية المرتبطة بالمال العام وحمايته، ولا يجوز رهنها بأحكام القانون الخاص، على غرار العقود المدنية؛ ذلك أن العقد الإداري يفترق عن العقد المدني في كون أن أحد أطرافه حتماً لا بد من أن يكون شخصاً معنوياً عاماً، يعتمد في إبرامه وتنفيذه وإنهائه على قواعد وأساليب وأحكام القانون العام الناظمة لعقود الإدارة؛ فطرفا العقد الإداري غير متكافئين؛ فجهة الإدارة تمتلك سلطة الرقابة والإشراف والتعديل بإرادتها المنفردة بما تقتضيه حماية المال العام، وتسيير مرافقها بانتظام واطراد، واختيار سبل تنفيذها لعقودها، من دون أن يتذرع المتعاقد معها بقاعدة أن «العقد شريعة المتعاقدين»، أو التمسك بقاعدة عدم التنفيذ⁽²⁾. هذا وأن التعاقد مع السلطة الإدارية يقوم - بالأساس - على أن نية الطرفين تنصرف، عند إبرام العقد الإداري، إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة⁽³⁾.

هذا، وتُعرّف أوامر التغيير بأنها تصرف قانوني يقضي بتعديل العقد، وذلك بإلزام المتعاقد بإجراء تعديلات أو إضافات على عملية التنفيذ المنفّذ عليها، بمقتضى ما تتمتع به الإدارة من امتيازات⁽⁴⁾؛ فهي قرارات إدارية تصدرها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، بقصد إحداث تغييرات على شروط العقد، بما يتوافق مع المصلحة العامة وحماية

(2) حكم محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الإدارية، الطعن رقم 61 لسنة 2001، جلسة 14 أكتوبر 2002. موسوعة أنظمة صلاح الجاسم، موسوعة إلكترونية www.saljas.com (سيشير الباحث إلى هذه الموسوعة بموسوعة صلاح الجاسم). بهذا الخصوص قررت إدارة الفتوى والتشريع في الكويت أنه «حيث إنه يجب التنبيه - باديء ذي بدء - إلى أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة؛ فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية؛ لكنها في العقود الإدارية غير متكافئة؛ إذ تعلق المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع المصلحة العامة، من دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة «أن العقد شريعة المتعاقدين»، حيث يقتصر حقه في هذه الحالة على الحفاظ على التوازن المالي للعقد وتعويضه عن الآثار المترتبة على هذا التعديل». الفتوى رقم 02472/163/2، تاريخ 6 أكتوبر 1999. مجموعة ديوان المحاسبة، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع المتعلقة بالعقود الإدارية والمناقصات في دولة الكويت، ص 256.

(3) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية - الدائرة الإدارية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000. والظعن رقم 61 لسنة 2001، جلسة 14 أكتوبر 2002، موسوعة صلاح الجاسم.

(4) ممدوح إرشيدات، الأوامر التغييرية في عقد المقاولة: دراسة مقارنة في كل من القانون المدني الأردني والمصري وشروط عقد المقاولة فيديك، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة 2004، ص 200. شمس الدين قاسم الخزاعلة، عقود الفيديك، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2020، ص 35.

المال العام، وبما يضمن استمرارية المرفق العام في تقديم خدماته بانتظام واطراد، بعد بدء تنفيذ العقد الإداري، وقبل تسلم المشروع من المتعاقد، وبما يتوافق ومبدأ المشروعية، وفق الشروط والضوابط القانونية التي تقيد صلاحيات الإدارة بالخصوص⁽⁵⁾.

كما يمكن أن تُعرّف في مجال عقود المقاولات بأنها سلطة يمارسها المهندس يطلب بموجبها من المقاول إجراء تعديلات، أو إضافات على العمل، ولا تكون هذه التغييرات منصوصاً عليها في العقد الأصلي، وتُعدُّ بمنزلة اتفاق ملحق بالعقد الأصلي يهدف إلى تحقيق مصلحة المشروع⁽⁶⁾؛ فهي عبارة عن تصرف يهدف إلى تعديل بعض البنود العقدية، من خلال إلزام المتعاقد بإجراء تعديلات، سواء بإنقاص، أو إضافات، على عملية التنفيذ، وفق ما تتمتع به الإدارة من امتيازات بالخصوص.

كما عرّفت أيضاً بأنها «أوامر تصدر من الجهة الحكومية، تتضمن أي تغييرات أو تعديلات أو تبديلات تراها الجهة الحكومية ضرورية في شكل الأعمال، أو نوعها، أو كمياتها، أو مواصفاتها في المشروع، ويكون التغيير نتاجاً لرغبة الجهة المتعاقدة في تعديل بعض الأعمال، بالإضافة أو الحذف أو التعديل، أو استبدال بعض عناصر المشروع؛ ما يؤدي إلى زيادة في الكميات، أو تغيير في طبيعة الأعمال»⁽⁷⁾.

فأوامر التغيير هي من أهم الأعمال القانونية التي تتمتع بها جهة الإدارة للتدخل في تنفيذ عقودها الإدارية، خصوصاً عقود الأشغال العامة، فهي قرارات إدارية وأوامر تنفيذية مُلزِمة للمقاول يتعين احترامها وتنفيذها، على اعتبار أن هذا الأمر يتمتع بالقوة التنفيذية كأي قرار إداري واجب النفاذ⁽⁸⁾.

وبهذا يصبح الأمر التغييرية قراراً إدارياً صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة؛ بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، أو تكملة ما ينقص هذه العملية أو التعديل فيها؛ فهي مستمرة

(5) تتخذ أوامر التغيير صورتين أساسيتين، الأولى: هي الأوامر الإيجابية التي تصب في سرعة إنجاز العمل، أو تخفيض التكلفة، واستبعاد بعض التكاليف غير الضرورية، أو تحسين جودة العمل... إلخ. أما الصورة الثانية فهي الأوامر السلبية، وهي التي تؤثر بطريقة سلبية على تنفيذ العقد من خلال زيادة تكلفة المشروع أو التأخير في الإنجاز أو التقليل من جودة المواد المستخدمة أو السلع الموردة، انظر: شمس الدين قاسم الخزاعلة، مرجع سابق، ص 59 و60.

(6) نسرين محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقد المقاول: دراسة مقارنة في عقد الفيدك النموذجي (الكتاب الأحمر)، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، الأردن، مج 16، ع 6، السنة 2010، ص 218.

(7) حمادة عبدالرزاق حمادة، الوسيط في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية تطبيقية، مكتبة المتنبي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1442هـ/ 2020م، ص 284.

(8) استخدم المُشرع المصري مصطلح الأوامر المصلحية، انظر: محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 429.

منذ بدء التنفيذ لحين انتهائه⁽⁹⁾.

تأسيساً على ما سبق، تقتضي إدارة المرافق العامة، وتسييرها، والحفاظ على المال العام، أن تتمتع السلطة الإدارية المتعاقدة بصلاحيّة التعديل، وذلك بإصدارها أوامر تغييرية خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري، بما تقتضيه المصلحة العامة وحمايتها لمرافقها والمال العام؛ فالمصلحة العامة تقتضي عدم رهن المال العام والتصرف به خارج إرادة الإدارة، بل لا بد من أن تبقى هذه الأخيرة هي الضامن لذلك⁽¹⁰⁾.

وعليه تقتضي إدارة المرافق العامة وتسييرها والحفاظ على المال العام؛ تتمتع السلطة الإدارية المتعاقدة بصلاحيات إصدار أوامر تغييرية خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري؛ تحقيقاً للمصلحة العامة عن طريق حمايتها لمرافقها والمال العام؛ فالتعاقد مع الإدارة يقوم بذلك لتحقيق مصالحه الشخصية والربح المادي؛ ما قد يضطره إلى التقاعس والتأخر في تنفيذ العقد الإداري أو التعاقد من الباطن، أو التنازل عن العقد الإداري للغير، وهذا يعني أن أوامر التغيير تكفل لجهة الإدارة الاستمرار في تنفيذ عقودها، والمحافظة على استمرارية مرافقها العامة، مع ضرورة إدارة المال العام بشكل صحيح بعيداً عن المزاجية والانحراف، وبما يحقق المصلحة العامة.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لأوامر التغيير

تنقسم أعمال الإدارة - من حيث الإجراءات اللازمة لإتمامها - إلى أعمال قانونية بسيطة، وأخرى مركبة؛ فالطائفة الأولى هي تلك التي لا تمر ولا تحتاج إلى كثير من

(9) تصرح محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه: «بمجرد إبرام العقد الإداري تلتزم جهة الإدارة بالعمل على تنفيذه، وبأن تمكن المتعاقد معها من تنفيذ التزاماته، ولئن كان لها أن تعدل العقد بإنقاص الكمية المتعاقد عليها أو زيادتها، متى اقتضت ذلك حاجة المرفق العام، أو أن تنهي العقد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، فإن مناط ذلك أن تفصح الإدارة عن إرادتها في استعمال هذه الحقوق بقرار صريح»، دعوى رقم 6849/136، جلسة 4 يونيو 1961. انظر: محمد ماهر أبو العنين، موسوعة القضاء الإداري، الكتاب الثالث، د.ن، القاهرة، 2009، ص 14.

(10) حيث إنه مما يجب التنبيه إليه - بادئ ذي بدء، كأصل عام ثابت وأصيل لا يقبل الجدل - أن من القواعد المسلمة في القانون الإداري أن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام، فإذا عهدت إلى غيرها بأمر القيام بذلك لم يخرج المتعاقد مع الدولة في إدارته عن أن يكون معاوناً وناصباً عنها في أمر هو من أخص وظيفتها وخصائصها، وهذا النوع من التعاقد، أو - بعبارة أخرى - هذه الطريقة المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرافق العامة، بل تظل ضامنة لها ومسؤولة عن إدارتها واستغلالها، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تندخل في شؤون المرفق وتعدل أركان تنظيمه وقواعد إدارته كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وهي في هذا لا تستند إلى العقد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة للمرافق العامة»، الفتوى رقم 2/300/96-771، 17 أبريل 1997، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع، مرجع سابق، ص 211.

الإجراءات، ولا تصدر بمناسبة قرارات إدارية، وهذه هي حال القرارات الإدارية بشكل عام، مثل القرار الذي يقضي بمنح إجازة للموظف، أو منحه مكافأة مالية، أو نقله... إلخ. أما الطائفة الثانية من الأعمال فهي ما يسمى الأعمال القانونية المركبة، والتي تمر بكثير من المراحل، والمتضمنة العديد من الإجراءات والأعمال، والتي تتخذ بصدها العديد من القرارات الإدارية، سواء كانت قبل إتمامها واكتمالها، أو كانت متعلقة بتنفيذها أو إنهاؤها، مثل: العمليات المتعلقة بمرفق القضاء، والعمليات الضريبية، والعمليات المتعلقة بالمعاهدات الدولية، والعمليات المتعلقة بالانتخابات، وتلك المرتبطة بأعمال السيادة، وأهمها تلك المرتبطة بالعمليات العقدية التي تجريها الإدارة⁽¹¹⁾.

وتعتبر العقود الإدارية - وفق هذا المنطق - من العمليات القانونية المركبة التي تمر بالعديد من المراحل والخطوات، ويُنَبَّع فيها كثير من الأعمال والإجراءات والقرارات، منها ما يسبق عملية التعاقد؛ كتلك المتعلقة - مثلاً - بتوفير الاعتمادات المالية اللازمة لعملية التعاقد، وتلك القرارات المتعلقة بمنح الترخيص أو التصريح بالتعاقد، ومنها ما يتعلق بإجراءات إبرام العقد ذاته وطرق التعاقد، والإعلان عن المناقصة، وتلقي العروض، وفض المظاريف، وبتبها، ومنها ما هو معاصر لإبرام العقد الإداري⁽¹²⁾.

كما أن هناك طائفة أخرى من القرارات الإدارية متعلقة بتنفيذ العقد والإشراف على تنفيذه، أو المتعلقة بصلاحيات التعديل، أو توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة عند إخلاله ببعض التزاماته العقدية⁽¹³⁾، وقرارات فسخ العقد لمقتضيات المصلحة العامة⁽¹⁴⁾، ومنها ما هو متعلق بمرحلة ما بعد التنفيذ وإنهاء العقد، كقرارات وإجراءات رد قيمة التأمين النهائي، في حالة وفاء المتعاقد مع الإدارة بكل التزاماته وفق المتفق عليه والوارد في دفتر الشروط⁽¹⁵⁾.

وهذا ما تؤكدُه الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية الكويتية؛ إذ تصرح «... ومن الجلي أن العقد الذي تكون جهة الإدارة أحد أطرافه سواء كان عقداً إدارياً أو مدنياً، إنما يمر حتى يكتمل تكوينه بمراحل متعددة وإجراءات مختلفة، وفقاً للنظم والقواعد القانونية

(11) عمر عبدالرحمن البوريني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 37، ع 1، مارس 2013.

(12) جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في مجال القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 63.

(13) فيما يتعلق بأحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري بالخصوص، راجع: محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص 88.

(14) حول فسخ الإدارة عقودها بشكل عام، راجع: محمد صلاح عبدالبديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري: دراسة مقارنة، ط 1، د.ن، القاهرة، 1993.

(15) جورج شفيق ساري، مرجع سابق، ص 63.

الحاكمة، وبقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً، فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفساحاً عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً للمصلحة العامة يتعيها القانون، ومثل هذه القرارات، ولئن كانت تسهم في تكوين العقد الإداري، أو تستهدف إتمامه، إلا أنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً، وتنفصل عنه، ويخضع الطعن به عليها بطريق الطعن بالإلغاء»⁽¹⁶⁾.

وتأسيساً على ذلك تعتبر أوامر التغيير - بشكل عام - قرارات إدارية تصدرها جهة الإدارة المتعاقدة بهدف تعديل بعض التزامات المتعاقد معها إما بالزيادة أو النقصان، أو تغيير صفة ونوع العمل محل التعاقد دون الالتفات إلى إرادة المتعاقد معها، كما يتمثل في الأوامر التي تصدرها الإدارة المتعاقدة للتغيير في المواصفات والمخططات أو المتطلبات الفنية، كما تشمل جميع الأعمال الإنشائية والتوريدات وأعمال الخدمات بمختلف أنواعها بصفة عامة.

ولا بد من التأكيد - في هذا المقام - أن سلطة الإدارة بإصدار الأوامر التغييرية هي سلطة أصيلة تستمدها من طبيعة العقود الإدارية، والنظام القانوني الذي يحكمها، تمارسها بإرادتها المنفردة بما يتوافق والمصلحة العامة، وفي ضوء الضوابط التي تحكم استعمال المال العام وحمايته، ومن دون الأضرار بمصالح المتعاقدين معها. هذا على الرغم من أن الاتجاهات الفقهية تختلف بين عدم أحقية السلطة الإدارية بالتعديل، وبين منح هذه السلطة لها مع قصرها على عقود محددة، منها عقد الأشغال العامة على اعتبار أنها محكومة بتشريعات يمكن تعديلها استناداً إلى ما تتمتع به من سلطة لتعديل النصوص اللائحية ذات العلاقة⁽¹⁷⁾.

وبالرجوع إلى الوضع في دولة الكويت نجد أن القضاء الإداري يقر بتمتع السلطة الإدارية بسلطة التعديل، وفي نطاق المشروعية فهي بذلك - وفق اجتهاداته - لا تخرج عن العقد، ولا ترتكب خطأ بل تستعمل حقاً، على اعتبار أن تلك السلطة تستمدها ليس فقط من نصوص العقد فقط، بل إن ذلك مرتبط بطبيعة المرفق العام واتصال بالعقد؛ ما يعني أن هذا الامتياز يثبت لجهة الإدارة المتعاقدة دون النص عليه في العقد، ودون موافقة الطرف الآخر، بحسبان أن هذا يستند إلى سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالمصلحة العامة؛ ما يعني أنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن هذا الامتياز لارتباطه بالنظام العام.

(16) الطعن رقمي 925 و82 لسنة 2004، جلسة 29 نوفمبر 2004، موسوعة صلاح الجاسم.

(17) نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 321. فريال كريكو ونبيل صالح العرباوي، الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ع43، السنة 2015، ص434.

هذا ومن المقرر أن سلطة التعديل هذه لا تعتبر سلطة مطلقة، بل يحدها التزام جهة الإدارة بضرورة الأخذ بعين الاعتبار الأعباء الجديدة التي يمكن أن يتكبدها المتعاقد مع الإدارة نتيجة ممارستها؛ إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية، من حيث نوعها وأهميتها دون أن تؤدي إلى إرهاقه؛ فتتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية⁽¹⁸⁾.

فكما هو معلوم أن كفتي المتعاقدين في العقد الإداري غير متكافئة، وذلك تغليبا للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، خلافا لما هو متبع في القانون المدني، من حيث إن مصالح الطرفين متساوية ومتوازنة، وإعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؛ ما يجعل للإدارة المتعاقدة سلطة مراقبة تنفيذ العقد واختيار سبل ذلك، وحق تعديل الشروط المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وإرادتها المنفردة حماية للمال العام والمصلحة العامة، ودون أن يتذرع الطرف الآخر بهذه القاعدة، بل إن هذه السلطة تصل - كما هو معلوم - إلى حق توقيع الجزاءات على المتعاقد، وفسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري، بإنهاء مبتسر، من دون رضا المتعاقد، وبعيداً عن تدخل القضاء⁽¹⁹⁾.

المطلب الثاني الأساس القانوني لإصدار أوامر التغيير

تستند وظيفة الدولة الحديثة في إشباعها الحاجات الأساسية لأفراد المجتمع على المال العام؛ ما يعني ضرورة إحاطته بجملة من الأحكام والقواعد القانونية التي تقوم على حمايتها⁽²⁰⁾، من كل الاعتداءات أو الانتهاكات، سواء من الغير، أو من قبل موظفي السلطة العامة؛ من خلال استغلالهم الصلاحيات المناطة بهم لتحقيق غايات شخصية بعيدة عن المصلحة العامة.

(18) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000، موسوعة صلاح الجاسم. تقرر إدارة الفتوى والتشريع أنه لتحقيق غايات هذه السلطة وأهدافها تتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات ينتفي معها كل طابع تعاقدية ضماناً لحسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، واستغلاله وإدارته على الوجه الأكمل، وكفالة ذلك محققة في ما تتمتع بها من حقوق الإشراف والتدخل والتعديل، وفق ما تمليه المصلحة العامة، وهي حقوق لا تملك الإدارة التنازل عنها، كما أنها - وهي تستعمل هذه الحقوق - لا يمكن أن يحتج بأنها تمس العقد الأصلي، أو تخل بشروط عقدية؛ لأن الإجراءات التي تتخذها - في هذا الشأن - إنما تتناول نظاماً قانونياً خاصاً يتعلق بمرفق عام؛ فهي تملك تعديل أو إنهاء العقد ذاته قبل الأوان متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولو لم يتضمن العقد نصاً يخولها هذا الحق، الفتوى رقم 212/300/96-771، تاريخ 17 أبريل 1997، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع، مرجع سابق، ص 212.

(19) الطعن رقم 61 لسنة 2001، جلسة 14 أكتوبر 2002، موسوعة صلاح الجاسم.

(20) تتمتع الأموال العامة بنظام خاص بها، سواء من حيث طرق استعمالها أو طرق حمايتها، أو طبيعة ملكية الدولة لها. انظر بخصوص ذلك: محمد عبدالمحسن المقاطع، النظام القانوني للأموال العامة في الكويت، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج 18، ع 3، سبتمبر 1994.

أكد الباحث سابقاً أن قانون المناقصات العامة الكويتي يعتبر التشريع الأساسي الذي ينظم تعاقدات السلطة الإدارية، حيث إنه يسعى إلى استحداث أحكام تضمن الحفاظ على الأموال العامة وصيانتها، مع عدم إغفال النظر إلى أهمية مراعاة الواقع العملي الذي يتطلب تمتع الجهات الإدارية المتعاقدة بالقدرة على العمل ومواجهة المستجدات، والتغلب على الأزمات؛ تحقيقاً للمصلحة العامة، ودفع عجلة التنمية، مع ضرورة الالتزام بكل الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون.⁽²¹⁾

الفرع الأول

التحديد الفقهي للأساس القانوني لأوامر التغيير

بالنظر إلى الأساس الصحيح الذي يمكن الركون إليه لتأسيس أوامر التغيير وصلاحيّة إصدارها؛ يجد الباحث أن الفقه قد اختلف بخصوص ذلك؛ فمنهم من يرجع ذلك إلى معيار السلطة العامة؛ إذ إن استخدام جهة الإدارة المتعاقدة لهذا الامتياز لا يقوم على اعتبارها جهة مُتَعاقِدة، بل باعتبارها سلطة عامة طرفاً في العقد؛ ذلك أن الأمر التغييري الذي تصدره الإدارة المتعاقدة هو بمنزلة قرار إداري خارج عن نطاق العقد ومنفصل عنه، فهو نتاج ممارسة السلطة الإدارية لولايتها العامة بالخصوص، وليس نتاج البنود العقدية.⁽²²⁾

وهنا لا بد من التأكيد أن هذا المعيار لا يمكن الركون إليه، على اعتبار أن السلطة العامة تعتبر وسيلة وليس هدف تسعى إلى تحقيقه الإدارة المتعاقدة، ذلك أن الإدارة لا تستخدم حقاً تعاقدياً، بقدر ما هو حقٌّ مقررٌ لها باعتبارها سلطة عامة، وعليه فإنه - وفق هذا الاتجاه - يتم الخلط بين الوسيلة والغاية؛ فالسلطة العامة، أو الامتياز الذي تتمتع به الإدارة هما الوسيلة التي تعتمد عليها في سبيل تحقيق الغاية الأساسية من هذه السلطة، وهي تسيير مرافقها العامة بما يحقق المصلحة العامة، والذي يصب في نهاية المطاف في حماية المال العام.⁽²³⁾

في المقابل يجد الباحث أن جانباً من الفقه قد ركن إلى المرفق العام واحتياجاته كأساس لسلطة تعديل الإدارة عقودها بإرادتها المنفردة⁽²⁴⁾، ذلك أن مبدأ قابلية المرافق العامة

(21) المذكرة الإيضاحية لقانون المناقصات العامة الكويتي.

(22) عمر عبدالرحمن البوريني، مرجع سابق، ص506.

(23) نصري منصور، مرجع سابق، ص334.

(24) J. Carbagio, Droit des services publics, Dalloz, Paris, 1995, p.43.

وارد لدى نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص335.

للتغير والتعديل مبدأً أساسياً تستند عليه جهة الإدارة المتعاقدة لممارسة صلاحياتها في تعديل عقودها الإدارية. ويقصد بهذا المبدأ منح الإدارة حق تعديل القواعد القانونية واللائحية التي تنظم سير العمل بالمرفق العام، وتعديل أنماط خدماته؛ حتى تكون متجاوبة باستمرار مع تطورات المصلحة العامة، وتطورات العصر، وبما يُمكنها من القيام بخدماتها للمنتفعين بأقل تكلفة وأفضل الأساليب⁽²⁵⁾.

وتستند هذه القاعدة إلى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة إزاء تنظيم المرافق العامة، باعتبارها المسؤولة عن حسن إدارتها، وما تؤديه من خدمات. كما أن هذا المبدأ يعد من المبادئ العامة التي لا تحتاج إلى نص صريح؛ إذ يعتبر من النظام العام، ولا يمكن للإدارة التنازل عنه، أو تنفق على خلافه. ومن وحي ذلك فإنه يعود إلى السلطة الإدارية المتعاقدة تعديل التزامات المتعاقد معها في أثناء تنفيذ العقد الإداري، عملاً بمبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير، وبما يتفق ومقتضيات المصلحة العامة؛ إذ إن الجهة الإدارية المتعاقدة لا تستطيع التنبؤ بما يمكن أن يواجه المرفق المرتبط به العقد الإداري من ظروف وأحوال تستدعي بالضرورة إصدار أوامر تغييرية⁽²⁶⁾.

وهذا ما يؤكده القضاء الإداري الكويتي؛ إذ تصرح محكمة التمييز الكويتية، وهي بصدد إبراز الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، وتحديد طبيعة صلاحيات الإدارة في التعديل، بأنه «وهي في ممارستها سلطة التعديل في حدود المشروعية لا تخرج عن العقد، ولا ترتكب خطأ، ولكنها تستعمل حقاً، ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة، لا من نصوص العقد فقط، بل من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به، ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل دون النص عليه في العقد، ومن دون موافقة الطرف الآخر في العقد عليه، واعتبار أن هذا الحق يركز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام، ولذلك فإنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام»⁽²⁷⁾.

(25) محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 124.

(26) أيوب منصور الجربوع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة: دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم، مجلة جامعة الملك سعود، العلوم الإدارية، الرياض، مج 20، ع 1، يناير 2008، ص 74.

(27) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000، موسوعة صلاح الجاسم. كما أن المحكمة الإدارية العليا المصرية تصرح بأن العقد الإداري يتولد عن التزامات عقدية متبادلة بين طرفيه، ذلك حق تعاقدى لطرف يقابله التزام على الطرف الآخر، وأن المتعاقدين في العقد الإداري لا يكونان على قدم المساواة، حيث تملك الإدارة بإرادتها المنفردة تعديل شروط العقد الإداري، وكذا توقيع الجزاءات العقدية المتنوعة في حال إخلال المتعاقد معها بالتزاماته...، الطعن رقم 6709 لسنة 45 ق، جلسة 16 مايو 1999، موسوعة صلاح الجاسم.

استناداً إلى ما سبق تتجسد فكرة الأوامر التغييرية بفكرة المرفق العام، وضرورة استمراريته في تقديم خدماته بانتظام واطراد، بما يؤدي بالنتيجة إلى حماية المال العام وإدارته؛ فاستمرارية المرفق العام في تقديم خدماته بانتظام واطراد هو ما يبرر تمتع السلطة الإدارية المتعاقدة بصلاحيات إصدار أوامر تغييرية تنعكس على عملية تنفيذ العقد الإداري؛ ذلك أن إيكال عملية تسيير المرافق العامة للغير من دون رقابة من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة من شأنه التفريط في المال العام وإدارته، ويرهن المرفق العام والمصلحة العامة لإرادة المتعاقدين معها⁽²⁸⁾.

فجهة الإدارة تتمتع بصلاحيات تقديرية في اختيار الأسلوب الملائم في أداء الأعمال المناطة بها، وبما يضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وحماية المال العام ومن دون تعسف منها⁽²⁹⁾، ومن دون النص على ذلك في العقد؛ حيث تستمد السلطة المتعاقدة هذه الصلاحية من المبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية، إضافة إلى التشريعات ذات العلاقة، سواء كانت ذات صلة بالإجراءات المتعلقة بالعملية العقدية، أو كانت متعلقة بالمال العام وحمايته ووسائل الرقابة على تصرفات الإدارة المالية⁽³⁰⁾.

ذلك أنه من المقرر أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد هي السمة الرئيسية لنظام العقود الإدارية التي تتميز بها عن عقود القانون الخاص، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة المتعاقدة تملك - بإرادتها المنفردة - هذا الحق في أثناء تنفيذها عقودها كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة دونما حاجة إلى النص على ذلك في العقد، ومن دون موافقة الطرف الآخر عليه، وهي في ممارستها سلطة التعديل - في ضوء التشريعات، وضمن منطوق المشروعية - لا ترتكب خطأ وإنما تستعمل حقاً⁽³¹⁾.

وعليه، فإن امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، وعلى وجه التحديد صلاحياتها في إصدار أوامر تغييرية، تجد أساسها في المرفق العام والمال العام وسبل حمايتهما؛ فالعقد الإداري - كما هو معلوم - مرتبط بالمرفق العام، وهذا الأخير قابل للتغيير والتبديل وفق مقتضيات الحال والظروف التي يواجهها؛ ما يحتم على السلطة

(28) توفيق شحادة، مبادئ القانون الإداري، ج 1، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1954، ص 791.

(29) الطعن رقم 1113 لسنة 2004، جلسة 27 ديسمبر 2005، موسوعة صلاح الجاسم.

(30) نجد أن المشرع الكويتي قد أصدر العديد من التشريعات ذات العلاقة بحماية المال العام، منها القانون رقم 30 لسنة 1964 بإنشاء قانون المحاسبة، والمرسوم بقانون رقم 105 لسنة 1980 بشأن نظام أملاك الدولة، وقانون حماية الأموال العامة رقم 1 لسنة 1993، والقانون رقم 25 لسنة 1996 بشأن الكشف عن العمولات التي تُقدم في العقود التي تبرمها الدولة، والقانون رقم 2 لسنة 2016 بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد.

(31) الطعن رقم 82/88 لسنة 1989. موسوعة مبادئ القضاء الإداري، من عام 1982 حتى عام 1999، الكتاب الثالث، منازعات الأفراد والعقود الإدارية، منشورات الفتوى والتشريع، دولة الكويت، ص 261.

الإدارية المتعاقدة التجاوب مع ذلك⁽³²⁾.

وعليه فإنه لا يجوز لجهة أن تتنازل عن هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام⁽³³⁾، إلا أنه من المقرر أن سلطة الإدارة المتعاقدة بإصدار أوامر التغيير المتعلقة بموضوع العقد، وعملية تنفيذه، ليست مطلقة، بل تردّ عليها قيودٌ، منها ما يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تُلقى على عاتق المتعاقّد مع الإدارة نتيجة ممارستها هذه السلطة؛ إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في حدود المعقول؛ من حيث نوعها وأهميتها، كأن تؤدي هذه الأعباء إلى إرهاب المتعاقّد فتتجاوز إمكانياته الفنية، أو المالية، أو الاقتصادية، وإلا جاز له طلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة، في مقابل حقها في التعديل، لا يكفي لإصلاح الضرر الذي ينشأ من تلك الأوامر⁽³⁴⁾.

الفرع الثاني

السلطة العامة وحماية المال العام

أساس إصدار أوامر التغيير

على الرغم من أن العقد الإداري - في الأساس - هو نتاج توافق إرادتين⁽³⁵⁾؛ فإن

(32) محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ القانون الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، 2005، ص 531. في السياق ذاته يؤكد القضاء الإداري المصري أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناها احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائماً حق تغيير شروط العقد، وإضافة شروط جديدة، بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع المصلحة العامة، من دون أن يحتج الطرف الآخر بأن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه... جلسة 26 يناير 1999، الطعن رقم 582 لسنة 40 ق. عليا، انظر: موسوعة صلاح الجاسم.

(33) جورج شفيق ساري وفواز ثامر الجدعي، النظرية العامة للعقود الإدارية في التشريع والقضاء والفقه، ط 1، د.ن، دولة الكويت، 2020، ص 161. انظر: فتوى إدارة الفتوى والتشريع في الكويت رقم 771-96/300/2، سبق ذكرها.

(34) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000، موسوعة صلاح الجاسم.

(35) من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد شريعة المتعاقدين؛ فيعتبر بالنسبة إلى عاقديه بمنزلة القانون، أو هو قانون خاص بهما، وإن كان منشأ الاتفاق بينهما، وتكون أحكامه تبعاً لذلك هي المرجع في تحديد حقوق والتزامات كل من طرفيه قبل الآخر، انظر: الطعن رقم 1421 لسنة 2005، جلسة 27 2007، موسوعة صلاح الجاسم. تقرر إدارة الفتوى والتشريع بذلك أن المستقر فقهاً وقضياً أن العقود مدنية كانت أو إدارية تخضع لأصل عام من أصول القانون يقتضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فتوى رقم 2/205/79-2758، تاريخ 12 أكتوبر 1997، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع، مرجع سابق، ص 216.

هاتين الإيرادتين تكونان قد انصرفتا إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على استمراريته بتقديم خدماته بانتظام؛ ما يعني ضرورة تمتع السلطة الإدارية باتخاذ تصرفات تضمن تلك الاستمرارية، ذلك أن إبرام العقود الإدارية يقوم على أساس أن نية الطرفين تنصرف، عند إبرام العقد، إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق، وبما يتوافق والمصلحة العامة، وهما اللذان يصبان - بالنتيجة - في حماية المال العام؛ ما يترتب عليه أن جهة الإدارة - وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق، وتحديد قواعد تسييره - تملك حق التعديل بما يوائم المصلحة العامة⁽³⁶⁾، وما يؤكد تلك النية المشتركة هو قبول المتعاقد - بداية - بالشروط والضوابط التي تضعها السلطة الإدارية قبل إبرام العقد معه؛ إذ يعني ذلك - في المجمل - قبوله بصلاحيات الإدارة في إصدار أوامر تغييرية، وبما يتوافق وسير عملية تنفيذ العقد، وبما يخدم المرفق العام، ويحقق المصلحة العامة، على اعتبار أن ذلك جزء لا يتجزأ من النظام القانوني الذي يحكم المرافق العامة.

ومن هنا فإن السلطة الإدارية تستمد تلك الامتيازات من طبيعة المرفق نفسه، وليس من الشروط العقدية⁽³⁷⁾، هذا وعلى اعتبار أن جهة الإدارة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم المرافق وتسييرها؛ فإنها من الضروري امتلاكها صلاحية التعديل؛ بما يوائم الضرورة ويحقق مصلحة المرفق العام، وهي في ممارستها هذه السلطة لا تخرج عن العقد، ولا ترتكب خطأ، ولكنها تستعمل حقاً وامتيازاً لها مستمداً من نصوص العقد من جهة، ومن طبيعة المرفق واتصاله بالعقد من جهة أخرى، ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة خدماته؛ بما يحفظ المال العام، ويحقق المصلحة العامة.

ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل دون ضرورة النص على ذلك في العقد، وبمعزل عن موافقة الطرف الآخر عليه، واعتبار أن هذا الحق يتركز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالنظام العام، فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها، وما يترتب على ذلك، من دون أن يكون في ذلك أي مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الإدارة

(36) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000، الدائرة الإدارية، موسوعة صلاح الجاسم.

(37) في هذا المقام تصرح المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة المصري، في أحد أحكامها، بأن من المبادئ المقررة في العقود الإدارية أنها تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. انظر: الطعن رقم 3239 لسنة 41، جلسة 23 فبراير 1999، موسوعة صلاح الجاسم.

في التعديل⁽³⁸⁾؛ فالمتعاقد لا يمكن له التذرع بجعله يتمتع جهة الإجارة بامتيازات تعديل عقودها بإرادتها المنفردة، فهو مُكَلَّف بتنفيذ ما تصدره الإدارة المُتعاقد من قرارات وتصرفات قانونية أو مادية، سواء كانت مستمدة من النصوص العقدية والتشريعات ذات العلاقة⁽³⁹⁾.

سنداً لما سبق - وفي ضوء حماية المال العام - فإن تنفيذ الالتزامات التعاقدية في العقود الإدارية لا تسير وفق ما هو متبع في عقود القانون الخاص، على اعتبار أنه في هذه العقود يجوز لأي طرف الدفع بعدم تنفيذ التزاماته إذا لم يرق الطرف الآخر بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وفق النصوص العقدية، إلا أن ذلك لا يمكن تصوره بشكل مطلق في عقود الإدارة، على اعتبار أن المتعاقد معها يدرك تماماً تلك الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهته، سواء نص عليها العقد أو لم ينص عليها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو في الأساس - ومن منطلق طبيعة العقود الإدارية - معاون مساعد لها في خدمة المرفق العام وتسييره بانتظام؛ ما يعني أنه ملزم بالقيام بالأوامر الصادرة له بصدد ذلك، وعدم التذرع بأن جهة الإدارة لم تقم ببعض التصرفات أو الإجراءات، أو عدم تنفيذ بعض التزاماتها، أو ظهور بعض الخلافات في وجهات النظر، أو في تفسير بنود العقد المتعلقة بعملية التنفيذ.

ويرى الباحث بأن المتعاقد ملزم بالاستمرار في تنفيذ التزاماته، مع أحقيته في المطالبة بالتعويض من جهة الإدارة المُتعاقد، وعكس هذا المنطق فإنه يُعرّض نفسه للجزاء التي تتمتع بها في مواجهته، إذا كان هذا التقاعس يؤثر على عملية تنفيذ العقد الإداري، مثل: فرض غرامات التأخير، أو مصادرة مبالغ التأمين، أو حتى سحب العمل منه، أو أي جزء آخر ضاغط تجده الإدارة مناسباً لذلك⁽⁴⁰⁾.

وعليه يشكل الأساس والسند القانوني لتمتع السلطة الإدارية بامتيازاتها بصدد العقود الإدارية في إصدار أوامر التغيير لما تحتمه طبيعة المرفق، واتصاله بالعقد، والحفاظ على ديمومته، بما يحفظ المال العام، ويحقق المصلحة العامة، سواء نص عليه العقد الإداري أم لا؛ لأن سلطة أوامر التغيير تُستمد من طبيعة المرفق نفسه، وليس من

(38) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000، موسوعة صلاح الجاسم.

(39) جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 206.

(40) أحكام القضاء الإداري الكويتي، الطعن رقم 61 لسنة 2001، جلسة 14 أكتوبر 2002. الطعن رقم 565 لسنة 1999، جلسة رقم 6 نوفمبر 2000. وحكم محكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم 582 لسنة 40ق، جلسة 26 يناير 1999. والطعن رقم 3239 لسنة 41ق، جلسة 23 فبراير 1999.

الشروط العقدية⁽⁴¹⁾.

وتأسيساً على ما سبق - ومن وجهة نظر الباحث - لا بد من التأكيد أن الأساس الذي تستند إليه صلاحية الإدارة المتعاقدة لإصدار أوامر تغييرية بإرادتها المنفردة، يتمثل في السلطة العامة لجهة الإدارة والمبادئ الناظمة للمرافق العامة وتسييرها، من حيث ضرورة استمراريتها في تقديم خدماتها بانتظام واطراد، وقابليتها للتغيير والتعديل؛ بما يتلاءم والظروف التي يواجهها، وتغير الحاجات التي يخدمها ويسيرها؛ ما يعني أنه لا يمكن تأسيس صلاحية الإدارة لإصدار الأوامر التغييرية إلا لما تملكه الإدارة من سلطة عامة مبنية على فكرة المرفق العام واحتياجاته، وضرورة دوام تقديم خدماته بانتظام واطراد، حماية للمال العام.

كل ذلك يعني أن أوامر التغيير لا يمكن إلا أن تصب - في المحصلة - في حماية هذا الأخير⁽⁴²⁾، بل إنه يشكل الأساس لتلك الأوامر، ولا يمكن افتراض أن محصلتها تكبد جهة الإدارة المتعاقدة مزيداً من النفقات، بل على العكس تماماً إذا ما أُخذت وفق مقتضيات المشروعية، وضمن الضوابط الواردة عليها، فعند النظر إلى ما يحيط تلك الأوامر من ضوابط قانونية وإجرائية ورقابية من جهات عدة - كما سيلاحظ لاحقاً -، فإنها حتماً لا بد من أن تكون استثناء على الأصل، وهو استمرار تنفيذ العقد وفق ما أتفق عليه، فتمتع الإدارة بهذا الامتياز وُجد أصلاً لإدارة المال العام وحمايته، كما تقتضي المصلحة العامة، سواء كان تعديل العقد تعديلاً موضوعياً، أو تعديلاً زمنياً، ذلك أن جهة الإدارة المتعاقدة، ووفق الظروف التي تواجهها عملية تنفيذ العقد الإداري، تجد نفسها مضطرة - في بعض الأحيان - إلى إصدار تلك الأوامر، بما يخدم - في النتيجة - المرفق وسيره بشكل منتظم، وضرورة حماية المال العام المرتبط به.

وغير ذلك قد تضطر الإدارة المتعاقدة إلى إنهاء العقد الإداري، ووفق ما يواجهه من ظروف استثنائية، تؤدي في محصلتها إلى تكبدها نفقات أعلى من تلك التي يمكن أن تتكبدتها في حال إصدارها أمراً تغييرياً يخدم سير عملية تنفيذ العقد والمرفق العام معاً، استناداً إلى ما تتمتع به من صلاحيات تقديرية، وتحت رقابة الجهات الإدارية ذات الاختصاص، وما يؤكد ذلك أن القواعد العامة التي تحكم العقود الإدارية، ومنها أوامر

(41) محمد ماهر أبو العينين، موسوعة القضاء الإداري وتطبيقات قوانين المناقصات والمزايدات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2009، الكتاب الثاني، دن، القاهرة، 2009، ص204.

(42) تنص المادة (17) من الدستور الكويتي على أن «لأموال العامة حرمة، وحمايتها واجب على كل مواطن».

التغيير، أو صلاحية التعديل، هي من النظام العام، ولا يحق لجهة الإدارة المتعاقدة التنازل عنها، وهذا ما يؤكد كل من القضاء الإداري الكويتي⁽⁴³⁾، وإدارة الفتوى والتشريع⁽⁴⁴⁾.

كما أن قانون حماية المال العام رقم 1 لسنة 1993، وتعديلاته، يؤكد أن كل موظف عام ملزم بالمحافظة على المال العام، وأنه يعاقب بالحبس المؤبد، أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات، في حال أي إجراء، أو صفقة، أو عملية، أو ما إذا كان مكلفاً بالمفاوضة، أو الارتباط، أو الاتفاق، أو التعاقد مع أي جهة، داخل البلاد أو خارجها، وكان من شأن ذلك ترتيب حقوق أو التزامات مالية على الدولة، على نحو يضر بالمصالح المالية لها، وتحقيقه ربحاً أو منفعه لنفسه أو لغيره، بل إنه إذا كان من شأن تلك التصرفات الإضرار بأوضاع البلاد المالية أو التجارية أو الاقتصادية يعاقب بالحبس المؤبد⁽⁴⁵⁾.

كما أن قانون ديوان المحاسبة رقم 30 لسنة 1964، يؤكد في مادته التاسعة، في فقرتها الأولى، ضرورة أن تكون المصروفات قد تمت للأغراض التي خصّصت لها، وأن هذا الإجراء قد تم وفقاً للقوانين واللوائح، وهذا يعطي ديوان المحاسبة الحق في رقابة ومراجعة كل الإجراءات المالية بالخصوص؛ للاستيثاق من أن التصرفات المالية والقيود الحسابية الخاصة بالصرف قد تمت بطريقة أصولية ونظامية وفقاً لأحكام اللوائح المالية والحسابية، والقواعد العامة للميزانية.

وبخصوص ذلك فإنه يتثبت من صحة الأسباب التي أدت إلى إنفاق، أو عدم القيام بذلك، والمقررة بالميزانية للمشاريع الإنشائية، أو زيادة التكاليف النهائية لذلك بغير إذن

(43) سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، وأبرز الخصائص التي تميزها عن العقود المدنية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك، من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة، حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل، جلسة 6 نوفمبر 2000م، الطعن رقم 565 لسنة 1999. انظر أيضاً: الطعن رقم 493 لسنة 1999، جلسة 19 يونيو 2000م، موسوعة صلاح الجاسم.

(44) ما يجب التنبيه إليه - بادئ ذي بدء - هو أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة... ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة، بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع المصلحة العامة، الفتوى رقم 2/163/02472، 6 أكتوبر 1999م، مجموعة ديوان المحاسبة، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع المتعلقة بالعقود الإدارية والمناقصات في دولة الكويت، ص 256.

(45) المادة (11)، كما أنه ينص في المادة (12) على أنه يعاقب بالحبس المؤبد، أو المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات، كل موظف عام أو مستخدم أو عامل له شأن في إدارة المقاولات أو التوريدات أو الأشغال المتعلقة بإحدى الجهات المشار إليها في المادة الثانية، أو يكون له شأن في الإشراف عليها، حصل أو حاول أن يحصل لنفسه بالذات، أو بالواسطة، أو لغيره، بأي كيفية غير مشروعة على ربح أو منفعة من عمل من الأعمال المذكورة.

من السلطة التي تملك الترخيص بتجاوز التكاليف النهائية. كما أن القانون رقم 2 لسنة 2016، في شأن إنشاء الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية يؤكد ضرورة أن تكون كل العقود والامتيازات الممنوحة للغير، والإجراءات أو الأعمال المرتبطة بها، تتوافق والنصوص القانونية المعمول بها⁽⁴⁶⁾.

كل ذلك يؤكد دائماً أنه لا بد من أن تشكل حماية المال العام الأساس لكل إجراء تقوم به الجهات المتعاقدة، وما أوامر التغيير إلا صورة من الامتيازات العديدة التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها؛ ما يعني ضرورة اتخاذها كل الإجراءات التي تحقق الحماية الكافية للمال العام المرتبط بالمرفق العام. نعم إن أوامر التغيير امتياز تتمتع به الإدارة المتعاقدة، إلا أنه يبقى استثناء على الأصل ويجب استخدامه في أضيق الحدود، وذلك عندما يكون فعلاً هذا الإجراء يهدف إلى حماية المال العام؛ حتى لو تكبدت الإدارة، من خلاله، تكاليف إضافية وفق مبدأ أقل الضررين، وعملاً بالقاعدة الفقهية «ما لا يدرك كله لا يترك كله».

(46) تنص المادة الخامسة، في الفقرة (5)، على إبلاغ الجهات المختصة لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لإفسخ أي عقد تكون الدولة طرفاً فيه، أو سحب امتياز أو غير ذلك من الارتباطات، إذا تبين أنها قد أبرمت بناء على مخالفة لأحكام القوانين، أو يجري تنفيذها بالمخالفة للعقد المبرم، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة.

المبحث الثاني

نطاق إصدار أوامر التغيير ورقابة القضاء عليها

تعتبر صلاحية إصدار الأوامر التغييرية من الامتيازات الجوهرية التي تتمتع بها السلطة الإدارية المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها؛ بحيث تهدف إلى استمرار مرافقها العامة بتقديم خدماتها للجمهور، وبما يحقق المصلحة العامة، ووفق أحكام إدارة المال العام وحمايته. إلا أن تلك الامتيازات لا تستطيع الإدارة ممارستها من دون ضوابط، سواء كانت تشريعية، أو كان مصدرها القضاء والمبادئ العامة التي تحكم العقود الإدارية، والتي من شأنها الحفاظ على حقوق المتعاقدين معها، وإبعادها عن المزاجية والتعسف، والتي يكون من شأنها إلحاق الضرر المادي بالمتعاقدين معها؛ ما يؤدي إلى فقدان الثقة بها وإبعادها عن النزاهة والشفافية⁽⁴⁷⁾.

هذا وتعتبر أوامر التغيير من أهم وأخطر الصلاحيات التي تتمتع بها السلطات الإدارية المتعاقدة بمواجهة المتعاقدين معها؛ لارتباطها - بشكل أساسي - بالمال العام وإدارته، وسنداً لذلك كان من الضرورة وضع ضوابط وقيود قانونية واضحة تحد من استعمال السلطة الإدارية لتلك الأوامر بطريقة من شأنها الإضرار بالمال العام وإهداره، هذا من جهة. ومن جهة أخرى ضرورة وجود جهات رقابية تمارس رقابتها على كيفية استخدام الإدارة المتعاقدة لتلك الصلاحيات بما يضمن توافر حماية المال العام تحول دون إهداره، وإلحاق الضرر بالمرفق العام الذي يرتبط به العقد الإداري؛ ما يؤدي - بالنتيجة - إلى تحقيق التوازن بين مصلحة الإدارة المتعاقدة، ومصلحة المتعاقدين معها.

وعليه فإن نطاق إصدار أوامر التغيير تتمحور حول نوعين من الضوابط؛ منها ما هي عامة، وأخرى إجرائية.

المطلب الأول

الضوابط العامة الواردة على إصدار الأمر التغييري

على اعتبار أن الأمر التغييري - بالنتيجة - هو قرار إداري نهائي صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها؛ استناداً إلى التشريعات الضابطة لتعاقداتها؛

(47) تتمثل الضوابط التشريعية - بشكل عام - في تلك المتعلقة بالإجراءات التي لا بد لجهة الإدارة من الالتزام بها، والتي أتت على ذكرها التشريعات ذات العلاقة بصلاحيات الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها، والمتعلقة - على وجه التحديد - بامتياز تعديل البنود العقدية، كما أن القضاء الإداري - بشكل عام - قد أوجد العديد من المبادئ والنظريات ذات العلاقة بما تتمتع به جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقدين معها، ومنها ضرورة الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري بشكل عام.

فحسبان أن يصدر سنداً لجملة من الضوابط العامة⁽⁴⁸⁾، والتي تتمحور حول ضرورة ارتباط الأمر التغييري بموضوع العقد نفسه، وخلال فترة تنفيذه وفقاً لظروف فنية طارئة متضمناً عناصر مشروعيتها.

الفرع الأول

ارتباط الأمر التغييري بمحل العقد الإداري والنسب المالية

يرتبط العقد الإداري بحسن سير المرفق العام؛ وبإدارة المال العام والحفاظ عليه؛ ما يعني ضرورة أن تنصب الأوامر التغييرية التي تصدرها الإدارة المتعاقدة على شروط العقد نفسه، وتكون مرتبطة أساساً بعمليات تنفيذه، سواء تعلقت بالشروط الفنية ومواصفات التنفيذ أو مدده، من دون الشروط والحقوق المالية للمتعاقد بالزيادة أو النقصان؛ ذلك أن هذه النصوص والبنود التي ترد في العقد، والتي لا تتعلق بسير وتنظيم المرفق العام، لا يجوز أن يطالها أي تعديل، منها حقوق المتعاقد المالية، فلا يحق لجهة الإدارة المس بها وإنقاصها، فلا يوجد أي مبرر لذلك يكون مرتباً بالمال العام والمصلحة العامة بالمجمل، وإذا ما قامت جهة الإدارة بمثل هذا التصرف يكون من شأن ذلك زعزعة ثقة المتعاقدين بها، وإحجام العديد منهم عن التعاقد معها⁽⁴⁹⁾؛ ما يؤدي حتماً إلى الإضرار بمرافقتها، والحيولة دون القيام بخدماتها على أكمل وجه، وبشكل مستمر.

كل ذلك يعني أنه على الإدارة المتعاقدة الالتزام بموضوع العقد؛ ما يعني ضرورة أن يكون موضوع الأمر التغييري متصلاً بموضوع العقد، وعدم إلزام المتعاقد بأعمال خارجة عن نطاق التعاقد؛ إذ يكون من شأن ذلك تعديل طبيعة العقد وموضوعه؛ ما يجعل المتعاقد كأنه أمام عقد جديد، وبمحل يختلف كلياً عما تم الاتفاق عليه، حيث يجد المتعاقد مع الإدارة أنه ملزم بالقيام بأعمال جديدة وغريبة عن الموضوع الأصلي المنفق عليه، كأن تلزم الإدارة - بموجب الأمر التغييري - المتعاقد بإنشاء جامعة مثلاً، علماً أن المنفق عليه هو بناء مستشفى، أو إلزام المتعاقد بإنشاء طريق سريع وتحويله إلى مسار للسكك الحديدية.

وهذا ما يؤكد القضاء الإداري بشكل عام، ومنه الكويتي، حيث يصرح بأنه «من المقرر أن سلطة تعديل العقد ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود، منها ما يتصل بمقدار

(48) فؤاد نصرالله عوض، التكييف القانوني لطبيعة الأوامر التغييرية ضمن نطاق أحكام قانون المناقصات العامة الكويتي ودور الأجهزة الرقابية بشأنها، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، م 2، ع 51، أبريل 2012، ص 38.

(49) أيوب منصور الجربوع، مرجع سابق، ص 78.

الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة ممارستها هذه السلطة؛ إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في حدود الممكن، من حيث نوعها وأهميتها، كأن تؤدي هذه الأعباء إلى إرهاق المتعاقد فتتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية، وإلا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ»⁽⁵⁰⁾.

وعليه فإن تمتع جهة الإدارة المتعاقد بامتياز تعديل عقودها الإدارية، وبارادتها المنفردة، لا يعطيها الحق - بأي حال من الأحوال - في الإنقاص، أو المساس بالمقابل المالي، وبالحقوق المالية للمتعاقد، وتحت بطلان أي تصرف من هذا القبيل، وكل ذلك على اعتبار أن الشروط والضوابط المرتبطة - في المقابل بالحقوق المالية، هي شروط عقدية ينص عليها العقد، وليست لها علاقة بسلطات وامتيازات جهة الإدارة المتعاقد، وبالتالي القيام بتعديلها يقتضي موافقة الطرف الآخر في العقد، وعدم إمكانياتها التحلل من هذا الالتزام بذريعة حماية المال العام والمصلحة العامة؛ ما يعني أنه، ولتقتضيات المصلحة العامة، ووفقاً لحسن النية في تنفيذ العقد الإداري؛ فإنه لا يجوز لجهة الإدارة أن تمس الشروط المالية التي ارتضت التعاقد على أساسها لغايات التوفير والحصول على موارد مالية؛ ذلك أن هذا الأمر قد تكون له عواقب كبيرة، ومدخل للفساد المالي والإداري، وفق أوامر تغييرية تصدرها جهة الإدارة لتدبر موارد مالية؛ من خلال إنقاص المقابل المالي للمتعاقدين معها، حتماً سوف يؤدي إلى الإضرار بالمرافق العامة واستمراريتها، كما أنه يؤدي إلى انعدام الثقة بالإدارة وتعاقداتها⁽⁵¹⁾.

(50) انظر: حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000م، موسوعة صلاح الجاسم. يؤكد القضاء الإداري المصري التوجه نفسه؛ حيث يصرح بأن سلطة الإدارة لتعديل العقد لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، وليس من بينها الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد؛ إذ إن التزامات كل طرف من أطراف العقد تُحدّد وقت التعاقد، حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه إلى الطرف الآخر، ويحقق التوازن المالي للعقد، الطعن رقم 1455 لسنة 38 ق. جلسة 8 يونيو 1999م، إدارية عليا، موسوعة صلاح الجاسم.

(51) تصرح المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن من الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء التعاقد مع الإدارة، عملاً أو خدمة، لتسيير المرافق العامة أن أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حصوله على المقابل المالي الذي قد يكون ثمناً للبضائع الواردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو الخدمة المطلوبة، ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد - بصفة عامة - هي شروط تعاقدية وتُحدّد 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 النقدي في العقد الإداري؛ فهذه الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام تتسم بطبيعة الاستقرار، ويوجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقدر كل طرف - في هذا الوقت - المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه إلى الطرف الآخر، ويحقق التوازن المالي للعقد، الطعن رقم 1455 لسنة 38 ق. جلسة 8 يونيو 1999م، موسوعة صلاح الجاسم.

وعليه فإن الأحكام الناظمة للعقود الإدارية تقتضي - بالضرورة - التزام جهة الإدارة المتعاقدة بالنسب المحددة في العقد الإداري، ذلك أن - كما سبقت الإشارة - ممارسة جهة الإدارة المتعاقدة امتيازاتها ليست مطلقة، بل يحدها العديد من الضوابط والقيود، وأهمها عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد معها، والتي تصب في الحفاظ على المال العام؛ ذلك أن الإدارة قد تسيء استخدام هذه الصلاحيات، ليس لجهة المتعاقد معها، بل يمكن أن تشمل تلك الإساءة المال العام نفسه، من حيث الزيادة المالية الكبيرة وغير المبررة.

وبهذا الخصوص نجد أن قانون المناقصات العامة الكويتي قد حرص على تحديد الحد الأعلى للزيادة المالية التي يمكن لجهة الإدارة المتعاقدة فرضها بمقتضى أوامرها التغييرية، بما لا يزيد بنسبته على خمسة في المائة إلا بموافقة الجهاز المركزي للمناقصات العامة؛ إذ تنص المادة (74) من القانون على أنه «لا يجوز لجهة صاحبة الشأن إصدار أوامر تغييرية في مناقصة العقود الخاضعة لأحكام هذا القانون تجاوز المجموع غير الجبري لقيمتها، سواء بالزيادة أو النقص (5%) خمسة في المائة من مجموع قيمة العقد إلا بموافقة مجلس الجهاز على الطلب خلال مدة لا تجاوز شهرًا من تاريخ تقديمه، وتصدر الموافقة بناء على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن، مصحوبة برأي الجهة المشرفة على التنفيذ إن وجدت».

كما تنص المادة (75) من القانون نفسه على أنه «لا يجوز تعديل أسعار العقد -زيادة أو نقصًا - في حالة تغيير أسعار المواد الرئيسية الداخلة في بنود المناقصة - والتي تحدد أسعارها عالميًا - إلا وفقًا لمعادلة يُنصُّ عليها بالوثائق والعقد المبرم، ويتم العرض على المجلس لإقرار ما تم منها. ويستترشد المجلس بمؤشرات الأسعار العالمية لهذه المواد أو القرارات المحددة لأسعارها الصادرة من الجهات الرسمية في الدولة». هذا وتؤكد المادة (76) ضرورة توافر الاعتماد المالي للأوامر التغييرية؛ حيث يُشترط في جميع الأحوال التي تصدر فيها أوامر تغييرية وفقًا للمادتين السابقتين وجود اعتماد مالي لدى الجهة صاحبة الشأن.

الفرع الثاني

تقييد الأمر التغييرية بالمدة الزمنية للعقد

تمثل المدة الزمنية المحددة للعقود الإدارية أهمية واضحة لسير المرافق العامة لتقديم خدماتها بشكل مستمر، كما أن أهميتها تظهر لارتباط تلك المدة بالاعتمادات المالية لعملية

تنفيذ العقد الإداري. وعند التكلم عن المدد الزمنية فلا بد من التمييز بين المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري والمدة الفعلية لذلك؛ ما يعني أن استخدام السلطة الإدارية المتعاقدة للأوامر التغييرية لا بد من أن تتم في مدة التنفيذ الفعلي للعقد، وليس المدد المحددة له؛ فالمتعاقد قد يماطل ويتأخر في عملية التنفيذ؛ ما يعني أن الإدارة تملك صلاحية إصدار تلك الأوامر، مادامت مصلحة المرفق العام تقتضي ذلك، وإلزام المتعاقد معها بالقيام بأعمال إضافية، ولا يمكن اعتبارها أعمالاً جديدة خارجة عن نطاق التعاقد.

وهذا ما يؤكد القضاة الإداري الكويتي على أنه «إذا تقرر تمديد مدة الإنجاز، سواء كان ذلك نتيجة تعديل كمية الأشغال، أو إذا طلب من المقاول تنفيذ أعمال إضافية، أو لأسباب خارجة عن إرادة المقاول، ولم تكن متوقعة وقت تقديم العطاء، وليس في وسعه دفعها، فإن المقاول لا يستحق أي تعويضات عن هذا التمديد الذي قد يسمح به، أو لأي تغيير أو تعديل في الأعمال عما هو مقرر في العقد، وأنه إذا أدت أي من هذه الأعمال والتغيير إلى فرق في التكاليف بالنسبة إلى صاحب العمل فإنها تضاف إلى العقد، أو يستنزل منه وفق ما تتطلب الحالة، وسوف تحدد قيمة هذه الفروق وفقاً للأسعار المحددة بجداول الكميات والأسعار»⁽⁵²⁾.

وتأسيساً على ما سلف فإن أي أمر تغييرية تصدره الإدارة المتعاقدة خارج نطاق المدة الفعلية لتنفيذ العقد يعد غير مشروع. وقد جاء هذا القيد - في الأساس - للحفاظ على المال العام وعدم خضوع عملية إصدار الأوامر التغييرية لمزاجية الإدارة المتعاقدة، وأن تقوم بإصدار أوامر تغييرية خارج الفترة الفعلية لتنفيذ العقد الإداري؛ ذلك أنها سوف تكون مضطرة إلى إسناد بعض الأعمال الإضافية إلى مقاول آخر، أو إلى المقاول نفسه، ولكن استناداً إلى عقد أو تفاهات أخرى خارج النطاق العقدي؛ ما يعني إخلالاً بمبدأ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص في مرحلة إبرام العقد الإداري.

هذا إضافة إلى أحقية المتعاقد في رفض تلك الأوامر على اعتبار أنها لا تعتبر ملزمة له؛ ذلك أن الأمر التغييرية خارج النطاق الزمني للتنفيذ العقد الإداري يفقد معناه؛ إذ إن من الأهداف الأساسية للأوامر التغييرية مواجهة الظروف والأوضاع غير المتوقعة عند تنفيذ العقد الإداري؛ للحيلولة دون تكبد الإدارة تكاليف مادية إضافية، سوف تتكبدها بعد الانتهاء من تنفيذ العقد؛ كأن ترى الإدارة - مثلاً - ضرورة بناء مركز صحي تابع للمشروع الذي تنفذه؛ ما يعني ضرورة قيامها بإبرام عقد إداري جديد بهدف تنفيذ ذلك؛ ما يعني تكبد الإدارة تكاليف إضافية، كان من الممكن الاستغناء عنها فيما لو التزمت بإصدار أمر التغيير في فترة تنفيذ العقد الإداري.

(52) الطعينين رقمي 664 و677، لسنة 2005، جلسة 4 مارس 2008، موسوعة صلاح الجاسم.

وعليه فإن الإدارة تملك الحق في أن تمارس سلطتها في إصدار أوامر التغيير خلال الفترة الفعلية لتنفيذ العقد، والفترة الزمنية المحددة التي يتضمنها.

الفرع الثالث

تقييد سلطة الإدارة بمقتضى المشروعية: وجهة الأمر التغييرى

من نافلة القول إن الأوامر التغييرية لا بد من أن تكون في حدود المشروعية؛ ما يعني ضرورة أن يكون الأمر التغييرى متصفاً بالمشروعية، من حيث الجهة الإدارية المناط بها اتخاذ مثل هذا التصرف وفق الإجراءات القانونية، مستنداً على أسباب تبرره تكون مرتبطة بسير المرفق العام وعملية تنفيذ العقد الإدارى؛ مع ضرورة ارتباطه بموضوع العقد ومحلّه، وأن تكون حماية المال العام وحسن إدارته هما الغاية من الأمر التغييرى.

وهذا ما تؤكده الدائرة الإدارية في محكمة التمييز الكويتية على أنه «مما يترتب عليه أن جهة الإدارة، وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره، تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة، وهي في ممارستها سلطة التعديل، في حدود المشروعية، لا تخرج عن العقد، ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً»⁽⁵³⁾.

هذا يعني أن هذه الامتيازات التي تمتلكها الإدارة تجاه المتعاقد ليست مطلقة، حيث يتعين ممارستها في إطار مبدأ المشروعية؛ بمعنى أن تستهدف من استخدام صلاحياتها بإصدار أوامر التغيير تحقيق المصلحة العامة، كما ينبغي أن تكون الرقابة في حدود ما يتطلبه ضمان حسن تنفيذ العقد، بغض النظر عن رغبة المتعاقد، ذلك أن أساس هذه الصلاحية يرجع إلى الفكرة القائلة إن الإدارة تبقى ملتزمة تجاه الجمهور، باعتبارها الجهة التي تتولى إدارة المرفق العام، وهي الجهة المسؤولة عن توفير كل الاحتياجات التي يريدها الجمهور، الأمر الذي يجعل من المنطقي أن تتمتع الإدارة بمثل هذه السلطة التي لا يمكن أن نجدها في عقود القانون الخاص بالنسبة إلى العلاقات ما بين أطراف العقد⁽⁵⁴⁾؛ ما يعني - ولضمان مشروعية الأمر التغييرى - أنه لا بد من أن يصدر من

(53) الطعن رقم 493 لسنة 1999، جلسة 19 يونيو 2000م، موسوعة صلاح الجاسم، كما تقرر في حكم آخر أنه - في قضاء هذه المحكمة - إن كان من حق جهة الإدارة تعديل العقود الإدارية، ومنها عقود التوظيف، فإن ذلك يرتكز - في المقام الأول - على سلطتها الضابطة لناحية العقد، المتعلقة بالمصلحة العامة التي يجب دائماً تغليبها على المصالح الفردية الخاصة، إلا أن سلطة التعديل هذه تخضع لرقابة القضاء الإدارى، وتجد حدها الطبيعي في ألا تناهض - في مضمونها - الأسس الموضوعية التي ينبغي أن يُمارَس العمل في نطاقها، وألا تناقض بأثارها ضرورات أداء العمل وموجباته ومتطلبات ممارسته، الطعن رقم 273 لسنة 2008م، جلسة 29 يونيو 2010م، المرجع نفسه.

(54) الحكم رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000م، سالف الذكر.

الجهة المختصة بذلك، وقيامه على أسباب موجبة، وأن يكون مرتبطاً بموضوع وشروط العقد الإداري، هادفاً بذلك حماية المال العام.

ولا بد من التأكيد، في هذا الشأن، أن مشروعية الأمر التغييري مرتبطة بوجاهته؛ إذ تقتضي مشروعيته ضرورة أن يطرأ ظرف استثنائي بعد بدء تنفيذ العقد يكون ملجأً للإدارة لإصدار الأمر التغييري؛ ما يعني أن سير المرفق العام المرتبط به العقد الإداري يقتضي حتماً القيام بمثل هذا التصرف، وأن تلك الظروف تخرج عن نطاق العمل المحدد في نصوص العقد؛ ذلك أن فكرة العقود الإدارية تقوم - في الأساس - على مبدأ استمرارية المرافق العامة في تقديم خدماتها بانتظام واطراد؛ ما يعني افتراض حصول ظروف ووقائع استثنائية تواجه عملية تنفيذ العقد الإداري، تؤدي إلى إبطاء، أو توقف، عملية التنفيذ، أو أن استمرار تنفيذ العقد - في ظل هذه الظروف - قد يؤدي إلى الإضرار بالمرفق العام، وبالمال العام؛ ما يعني أن نية المتعاقدين مع الإدارة حتماً لا بد من أن تتجه إلى ذلك، من حيث ضرورة الوفاء بالتزاماتهم، وبما يكفل استمرار المرافق العامة في تقديم خدماتها، وبما يحقق المصلحة العامة، وبالضرورة الحفاظ على المال العام.

ولا بد من التأكيد أن سلطة الإدارة بالتعديل تختلف من عقد إلى آخر؛ ففي عقود الالتزام مثلاً تنصب على الشروط اللائحة المتعلقة بتسيير المرفق العام؛ ما يعني عدم المس بالمزايا المالية لحامل الالتزام، وضرورة الحفاظ على الحد الأدنى من الأرباح، بما فيها الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين من الخدمة التي يقدمها، وهكذا أيضاً بخصوص عقود الأشغال والتوريد؛ إذ تنصب سلطة التعديل على مدة العقد، أو كمية الأشغال أو السلع المورد⁽⁵⁵⁾.

المطلب الثاني

الضوابط القانونية (الإجرائية) لإصدار أوامر التغيير

ضماناً لإصدار الأمر التغييري بما يحقق المصلحة العامة، وعدم إلحاق الضرر بالمتعاقدين مع جهة الإدارة، وضمان صدوره ضمن المشروعية الإدارية، فإن المشرع

(55) عبدالله حباب الرشيد، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، ط1، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2017، ص407. تتمتع الجهات الإدارية المتعاقدة بصلاحيات واسعة بشكل عام، بخصوص عقود الأشغال العامة أكثر من غيرها من العقود الإدارية الأخرى؛ لارتباطها بشكل كبير بالمرافق العامة؛ فهي عقود تتصف - عادة - بالمرونة؛ من حيث التعديل والتغيير والإضافة والحذف ودون حاجة إلى نص خاص في القانون والعقد، وحتماً تحت رقابة الجهات الإدارية المختصة، ومنها الجهاز المركزي للمناقصات، وديوان المحاسبة، وهيئة الفتوى والتشريع. فؤاد نصرالله عوض، مرجع سابق، ص69.

- إضافة إلى ما سلف من ضوابط - قد أحاطه بجملة من الضوابط الإجرائية الكفيلة بإبعاد أي أمر تغييرى عن مظاهر التعسف والانحراف عن المصلحة العامة؛ فحماية المال العام هي التزام عام وجوهري ملقى، ليس فقط على عاتق المتعاقد، بل على جهة الإدارة المتعاقدة أيضاً، من حيث الأساس؛ ما يعني ضرورة إحاطتها بجملة من الضوابط والشروط القانونية الإجرائية.

الفرع الأول

عرض الأمر التغييرى على الجهة المعنية

تحقيقاً للمصلحة العامة، وللحفاظ على المال العام، وحمايته من انحراف السلطة الإدارية، وعملاً بمبدأ من يملك الأصل يملك الفرع، سنداً لقاعدة توازي الاختصاص، فإنه يصبح من الضروري أن تناط صلاحية الموافقة على التعديلات، وإصدار أوامر التغيير بالخصوص لمن يملك - في الأساس - صلاحية الترسية والتعاقد؛ فهو الذي يملك إصدار الأوامر الخاصة بزيادة أو تخفيض التزامات المتعاقد، والمدد المستحقة عن الأعمال الإضافية، وأوامر التغيير إذا ما زادت على حدود مالية معينة؛ حيث لا يحق - وفق قانون المناقصات الكويتي - للجهة صاحبة الشأن إصدار أوامر تغييرية تتجاوز بصدها المجموع غير الجبري لقيمتها، سواء بالزيادة أو النقص (5%) خمسة في المائة من مجموع قيمة العقد⁽⁵⁶⁾، مع ضرورة موافقة الجهاز المركزي للمناقصات على طلبها⁽⁵⁷⁾.

هذا ووفق القانون سالف الذكر فإنه لا يجوز تعديل أسعار العقد - زيادةً أو نقصاً - إذا ما تم تغيير أسعار المواد الرئيسية الداخلة في بنود المناقصة إلا وفقاً لمعادلة يُنصُّ عليها في وثائق العقد، مع ضرورة العرض على الجهاز المركزي للمناقصات لإقرار ما تم منها، مع استرشاد الجهاز بمؤشرات الأسعار العالمية لهذه المواد أو القرارات المحددة لأسعارها، الصادرة من الجهات الرسمية في الدولة⁽⁵⁸⁾.

ويعود أساس هذا النص التشريعي ووجاهته - إضافة إلى ما سبق - إلى أن صدور أمر التغيير من جهة غير مختصة يتسم بعدم المشروعية، ويكون غير منتج لآثاره، وأحقية المتعاقد في الرجوع على الإدارة للمطالبة بالتعويض؛ فكما هو معلوم فإن الاختصاص

(56) حددت المادة الأولى من قانون المناقصات العامة المجموع غير الجبري بأنه، في مفهوم حساب نسبة الأوامر التغييرية، هو جمع لمطلق قيم الأوامر التغييرية، سواء كانت بالزيادة أو بالنقص، وفقاً لما نص عليه تعميم ديوان المحاسبة رقم 2 لسنة 1989.

(57) المادة (74) من قانون المناقصات العامة.

(58) المادة (75) من قانون المناقصات العامة.

من النظام العام لا يجوز مخالفته أو التنازل عنه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، عملاً بمبدأ المساواة بين المتنافسين، فإن التخفيض قد يتم من خلال استبعاد بعض البنود العقدية من عملية التنفيذ؛ ما يعني إعفاء المتعاقد من خسارة محققة كان من الممكن أن تلحق به إذا ما قام بتنفيذ هذا البند أو ذاك، أضف إلى ذلك أنه قد يكون البند الذي شمله التخفيض وراء إرساء العطاء على المتعاقد، زد على ذلك إمكان تعسف الجهة الإدارية المشرفة على التنفيذ من خلال مثل هذا الإجراء لتحقيق مصالح شخصية لها؛ يكون له الأثر الواضح على المال العام، وضرورة حمايته.

وبهذا الخصوص يؤكد قانون 30 لسنة 1964، بشأن قانون المحاسبة، أن المناقصات الخاصة بالتوريدات والاشغال العامة، تخضع لرقابة الديوان المسبقة إذا ما بلغت قيمة المناقصة الواحدة مائة ألف دينار فأكثر. كما أن القانون - وحماية للمال العام، والحيلولة دون انحراف السلطة الإدارية المتعاقدة - يؤكد أنه لا يجوز، بحال، تجزئة المناقصة الواحدة بقصد إنقاص قيمتها إلى الحد الذي ينأى بها عن الخضوع للرقابة؛ حيث تستقيم قرينة على هذه التجزئة، عندما تعمد الجهة الإدارية صاحبة الشأن إلى طرح مناقصة أخرى عن الأصناف ذاتها، أو الأعمال، أو عن أصناف، أو أعمال تعتبر مكملة أو مشابهة لها، وذلك في خلال مدة تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ إبرام العقد عن المناقصة الأولى⁽⁵⁹⁾.

الفرع الثاني

ضرورة توافر الاعتماد المالي

يلقي العقد الإداري على عاتق السلطة الإدارية المتعاقدة أعباء مالية تلتزم بالوفاء بها تجاه المتعاقد معها، وهذا ما ينطبق - في الوقت نفسه - على استخدام الإدارة المتعاقدة الأوامر التغييرية، والتي من شأنها إضافة أعمال جديدة، أو شراء توريدات إضافية، أو القيام بأعمال أو إنشاءات جديدة؛ ما يعني عدم استطاعة السلطة الإدارية التعاقد مع الغير، في حال عدم وجود اعتمادات مالية كافية للتعاقد.

ومن جهة أخرى، وعلى اعتبار أن العقد الإداري يتصل بالمال العام، وعملاً بالنص الدستوري⁽⁶⁰⁾؛ بأنه لا يحق للجهات الإدارية التعاقد مع الغير من دون توافر الاعتمادات

(59) المادة (13) من قانون المناقصات العامة. كما تؤكد المادة (14) من القانون نفسه أن أحكام المادة السابقة تسري على كل مشروع ارتباط، أو اتفاق، أو عقد، يكون من شأن إبرامه ترتيب حقوق أو التزامات مالية للدولة، أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة، أو عليها، إذا بلغت قيمة الارتباط، أو الاتفاق، أو العقد مائة ألف دينار فأكثر.

(60) المادتين (146 و147) من الدستور الكويتي.

المالية لذلك؛ فإنه يصبح من الضروري أن يكون أي أمر بالتعديل يتوافر على اعتماد مالي، وهذا ما تؤكدُه اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة، من ضرورة التأكد من توافر الاعتماد المالي والمبالغ اللازمة للأعمال الإضافية قبل القيام بذلك⁽⁶¹⁾.

وتأسيساً على ما سلف فإن قيد توافر الاعتماد المالي تقتضيه المصلحة العامة، من حيث عدم إخضاع تعاقدات الإدارة للإرباك، وعدم الاستقرار، سواء في مرحلة إبرام العقد، أو في مرحلة تنفيذه؛ ما يؤدي - في الأساس - إلى إرباك الميزانية العامة للدولة، والإضرار بالمالية العامة لها، فكما هو معروف فإن السلطات الإدارية تتصرف وتمر تعاقداتها في ضوء ما توفره الموازنة العامة لها من موارد واعتمادات مالية، ولا يحق لها التصرف خارج نطاق ذلك؛ فحماية المال العام، وإبعاده عن مزاجية الإدارة يقتضيان توافر رقابة مسبقة ولاحقة على ذلك، يحول دون إلحاق الضرر بالمرفق العام وبالمصلحة العامة.

وهذا ما ينطبق على الأوامر التغييرية في مرحلة التنفيذ، سواء بالزيادة أو النقصان؛ فقد يكون - في ظاهر الأمر - من شأن تخفيض الالتزامات المتعاقد عليها، بموجب الأمر التغييري، التوفير على ميزانية السلطة الإدارية المتعاقد، إلا أنه - كما سبق - قد يكون الهدف من ذلك حماية اقتصاديات المتعاقد من جهة، ومن جهة أخرى الإضرار بسير المرفق العام المرتبط به، ويكون من نتائجه - في الوقت نفسه - الإخلال بمبدأ المساواة في التعاقد؛ إذ قد يكون ما تم تخفيضه من التزامات هو المبرر للتعاقد معه، كما أن عدم توافر الاعتمادات المالية للأوامر التغييرية يؤدي حتماً إلى اهتزاز سمعة الإدارة والإضرار بمبدأ حسن النية في التعاقد الذي تقوم عليه تعاقدات الإدارة.

المطلب الثالث

الرقابة القضائية على أوامر التغيير

عملاً بماهية العقود الإدارية، والمبادئ الحاكمة لها؛ فإن الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة تجد أساسها في حماية المال العام، واستمرار المرافق العامة في تقديم خدماتها بانتظام واطراد. وفي ضوء ذلك فإنه ينبغي أن يكون المتعاقد مع الإدارة معاوناً لها في تسيير المرفق العام؛ حيث يلتزم بما يوجه إليه من أوامر تغييرية مرتبطة بتنفيذ العقد الإداري، سواء كان مصدرها البنود العقدية، أو التشريعات الحاكمة لها، وبالتالي عدم استطاعته الدفع بقاعدة عدم التنفيذ؛ لخروج هذا التصرف - أو ذلك - الصادر عن الإدارة

(61) المادة (76) من قانون المناقصات العامة الكويتي.

عن النصوص العقدية. وفي المقابل فإن صلاحيات الإدارة لتعديل بنودها العقدية، في مرحلة التنفيذ، لا بد من أن تكون وفق منطوق المشروعية الإدارية، وبما يضمن للمتعاقدين حقوقه المالية - كما سبقت الإشارة - وعدم قلب التوازن المالي للعقد الإداري⁽⁶²⁾.

الفرع الأول

الاجتهاد القضائي المقارن واختصاص الرقابة

على منازعات تنفيذ العقد

أكد الباحث سابقاً أن أوامر التغيير التي تصدرها الإدارة، بخصوص تنفيذ عقودها الإدارية، ما هي إلا قرارات إدارية؛ ما يعني أن تلك القرارات لا بد من أن تتوافر بها كل عناصر المشروعية الإدارية، من حيث أركانها، ووفق الضوابط التشريعية لإصدارها، سواء من حيث توافر أسباب موجبة لها، أو من حيث الالتزام بالإجراءات المنصوص عليها، وأن يكون موضوعها مرتبطاً بالعقد الإداري نفسه، وتحقق الغاية منها⁽⁶³⁾، وهو الحفاظ - بداية - على المال العام، واستمرارية المرفق في تقديم خدماته بانتظام واطراد⁽⁶⁴⁾.

ويستوي في هذا المقام التأكيد أن أوامر التغيير لا يمكن الطعن فيها أمام قضاء المشروعية؛ على اعتبار أنها متصلة بعملية تنفيذ النصوص العقدية⁽⁶⁵⁾؛ فالقاعدة العامة - بالنسبة إلى عقود الإدارة - هي أن القرارات التي تتخذها الإدارة، في مرحلة تنفيذ العقد،

(62) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000م، موسوعة صلاح الجاسم.

(63) تصرح الدائرة الإدارية الكويتية بأن قضاء الإلغاء هو - في الأساس - قضاء مشروعية، وذلك من وجهة تسليط رقابة القاضي الإداري على القرارات الإدارية المطعون فيها؛ استظهاراً لمدى انضباطها، في إطار المشروعية الحاكمة، وذلك بوزنها بميزان القانون؛ فيلغيها إن تلمس مجاوزة القرار لهذا الإطار، ووجه ذلك أمام مخالفة أحكام القانون، أو تجاوز ما يتعين استواء تصرفات الإدارة على هدي من مشروعيتها أما انحرافه عن جادة المصلحة العامة التي هي المبرر والغاية لعمل الإدارة وتدخلها، ومن هذه الوجهة تتحدد الطبيعة العينية للخصومة التي تنطوي عليها دعوى الإلغاء؛ إذ يتجلى القرار الإداري موضوع الخصومة أصلاً وجوهراً ومحللاً للمنازعة؛ فتتصرف إليه، وتتحد في نطاقه وتدور معه فتلتحم به ولا تنفك عنه، الطعن رقم 646 لسنة 2002م، جلسة 26 مايو 2003م، موسوعة صلاح الجاسم.

(64) لجهة الإدارة اختيار الأسلوب الملائم في أداء الأعمال المناطة بها، وبما يحقق إدارة المرافق العامة بانتظام واطراد، ولها اختيار الوسيلة المناسبة مما هو متاح لها قانوناً، الدائرة الإدارية الكويتية، الطعن رقم 1113 لسنة 2004م، جلسة 27 ديسمبر 2005.

(65) محمد عبدالعال السناري، مرجع سابق، ص 87.

تعتبر جزءاً لا يتجزأ من العملية العقدية بأكملها؛ حيث لا يجوز الطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة استغلالها بمنأى عن العقد نفسه، ومن ثم فإن جل العملية العقدية، وما يتبعها من قرارات أو إجراءات تدخل ضمن اختصاص قاضي العقد، وليس قاضي الإلغاء⁽⁶⁶⁾.

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، من حيث إن النزاع الذي يدور حول تنفيذ العقود المبرمة لحساب الإدارة يخضع لاختصاص قاضي العقد⁽⁶⁷⁾. كما أن القضاء الإداري المصري يؤكد هذا التوجه؛ فهي هي محكمة القضاء الإداري، تصرح: «... أما القرارات اللاحقة لإبرام العقد فإنها تكون مستندة إلى السلطة العقدية، ويُراعى في هذه القرارات التي تدخل في منطقة النزاع العقدي، ولا يرد عليها طلب الإلغاء»⁽⁶⁸⁾.

هذا، وقد انتهج القضاء الإداري الكويتي السبيل نفسه، فيما يتعلق بتمييزه المنازعات المثارة بين الإدارة والمتعاقدين معها، وفيما إذا كانت نتاج قرار إداري تصدره السلطة بموجب التشريعات الناظمة لعقودها الإدارية، وبين تلك الصادرة استناداً إلى البنود العقدية، حيث تدخل الطائفة الأولى تحت ولاية قاضي الإلغاء، أما الثانية فإنها تدخل ضمن قاضي التعويض، على اعتبار أنها منازعة عقدية.

وبهذا تؤكد الدائرة الإدارية الكويتية أنه «ولما كان القرار الإداري يعد عملاً قانونياً غير تعاقدية، يصدر عن إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات الإدارية، ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانونياً، وكان العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني، من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية شخصية، وإذا كان طلب الإلغاء لا يرد إلا على القرار الإداري. أما الإجراءات التي تتخذها الإدارة استناداً إلى نصوص العقود الإدارية التي تبرمها، أو تنفيذاً لها، فإنها لا تعد قرارات إدارية، ومن ثم فإنه لا يرد عليها طلب الإلغاء، وإنما تدخل في نطاق المنازعات الحقوقية التي تستنهض في شأنها ولاية القضاء الكامل، وتخرج من ولاية قضاء الإلغاء»⁽⁶⁹⁾.

كما تؤكد المحكمة نفسها اختصاصها في النظر في منازعات العقود الإدارية - إلغاءً وتعويضاً - وفي أي مرحلة من مراحل العقد مادامت تصرفات الإدارة كانت مرتبطة بها؛ حيث صرحت بأنه: «تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بولاية الفصل فيه وحدها

(66) المرجع السابق، ص 87.

(67) الحكم الصادر بتاريخ 5 أبريل 1944 في قضية سانتارد Saintard، وفي المعنى نفسه الحكم الصادر بتاريخ 24 يناير 1952. جمال عباس عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2001، ص 485.

(68) جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 485.

(69) الطعن رقم 646 لسنة 2002، جلسة 26 مايو 2003، موسوعة صلاح الجاسم.

دون غيرها - إلغاء وتعويضاً - عملاً بالمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981، المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982»⁽⁷⁰⁾.

كما أنها اعتبرت كل الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة بأنها أعمال إدارية تدخل ضمن اختصاصها، بقولها «فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة؛ إذا كفتا المتعاقدين غير متكافئتين في العقد الإداري تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية؛ ما يجعل للإدارة في هذا الأخير سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد، وتوجيه أعمال التنفيذ، واختيار طريقته، وحق تعديل الشروط المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها، وذلك بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة، من دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذا حق توقيع الجزاءات على المتعاقدين، وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري إنهاءً مبتسراً من دون رضاه هذا المتعاقدين، ومن دون تدخل القضاء»⁽⁷¹⁾.

وعليه فإن قاضي الإلغاء لا تمتد ولايته إلى منازعات تنفيذ العقد، سواء أكان إدارياً أم مدنياً؛ ما يعني أن أطراف العقد أمامهم إمكان المنازعة فيما يتعلق بعملية تنفيذ العقد، أو فسخه أمام قاضي العقد، كتلك المتعلقة بتعديل البنود العقدية، أو المتعلقة بفسخ العقد بشكل عام. وعليه فقد رفض كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري الطعن المقدم من المتعاقدين لإلغاء قرارات الإدارة، والهادفة إلى فسخ بعض عقودها⁽⁷²⁾. وكذا المتعلقة بقراراتها المتضمنة تعديل البنود العقدية⁽⁷³⁾.

ويعود عدم قابلية القرارات المتعلقة بعملية تنفيذ العقد الإداري، ومنها حتماً أوامر التغيير، إلى الطعن بالإلغاء لجملة من الأسباب⁽⁷⁴⁾، منها:

1- أن جهة الإدارة المتعاقدة تستند في إصدارها الأوامر التغييرية - كقرارات إدارية - بصدد تنفيذ العقد إلى النصوص العقدية وحقوقها المستمدة من البنود العقدية.

(70) الطعنين 409 و413 لسنة 98، جلسة 27 أكتوبر 1999م، موسوعة صلاح الجاسم.

(71) الطعن رقم 61 لسنة 2001، جلسة 14 أكتوبر 2002م، تنص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981، والمتعلق بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية على أن الدائرة الإدارية تختص وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقدين الآخر في عقود الالتزام والاشغال العامة والتوريد، أو أي عقد إداري آخر، وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل.

(72) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 8 يوليو 1955، في قضية براد Prade، وحكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 15 أبريل 1952. محمد عبدالعال السناري، مرجع سابق، ص 89.

(73) محمد عبدالعال السناري، مرجع سابق، ص 89.

(74) جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 487.

- 2- اعتبار كل القرارات والإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة، ومنها أوامر التغيير، أنها مرتبطة بالعملية العقدية، وغير قابلة للانفصال عنها.
- 3- العمل بما هو مستقر في القانون المدني، من حيث إذا ما توافر لشخص الحق في تحريك دعوى المسؤولية العقدية، ودعوى المسؤولية غير العقدية، فإن الأولى توقف الثانية، إلا أنه ما يستلزم التأكيد هنا أن قاعدة عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد قرارات الإدارة المتعلقة في عملية تنفيذ العقد من قبل المتعاقدين معها، لا تؤخذ على إطلاقها، بل - ومن خلال الاطلاع على أحكام القضاء المقارن - أن هناك بعض الاستثناءات على ذلك، منها الطعون المقدمة ضد قرارات الإدارة، باعتبارها سلطة عامة وليست كونها مُعاقدة، وأيضاً في حال إذا ما كان المتعاقد في مركز تنظيمي مع الإدارة وليس تعاقدياً، وهذا ما يساق أيضاً على الطعون المقدمة من العمال المرتبطين مع الإدارة بعقد إداري، وكذا الطعون المقدمة من العمال المرتبطين مع الإدارة بعقد مدني⁽⁷⁵⁾.

الفرع الثاني

اتجاه القضاء الكويتي فيما يتعلق بحق المتعاقد

في الامتناع عن التنفيذ

وبالاطلاع على اجتهادات القضاء الإداري الكويتي نجد أنه يؤكد حق المتعاقد مع جهة الإدارة في الامتناع عن التنفيذ، في حال قلبت الموازين المالية للعقد؛ إذ تصرح محكمة التمييز بغرفتها الإدارية بذلك، بقولها «إلا أنه من المقرر أن سلطة تعديل العقد ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود، منها ما يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة ممارستها هذه السلطة؛ إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في حدود الطبيعة والمعقولة، من حيث نوعها وأهميتها، كأن تؤدي هذه الأعباء إلى إرهاق المتعاقد فتتجاوز إمكاناته الفنية أو المالية أو الاقتصادية، وإلا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ، بل له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة، في مقابل حقها في التعديل، لا يكفي لإصلاح الضرر الذي ينشأ من هذا التعديل؛ فله أن يتفادى النتائج الخطرة المرهقة التي كان يتحملها، وتقدير ذلك كله يدخل في سلطة محكمة الموضوع»⁽⁷⁶⁾.

(75) محمد عبدالعال السناري، مرجع سابق، ص 91.

(76) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000، موسوعة صلاح الجاسم.

في حين نجد أن القضاء الإداري المصري قد أكد أن يستمر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد، على الرغم من إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها العقدية، واللجوء إلى القضاء لطلب فسخ العقد، وهذا ما تصرح به المحكمة الإدارية العليا بأنه: «إذا أخلت جهة الإدارة بالتزاماتها التعاقدية إخلالاً جسيماً فإنه يحق للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد لطلب الحكم بفسخ العقد؛ فضلاً على مطالبته بالتعويض إن كان له مقتضى، ويقدر التعويض على أساس ما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب بسبب فسخ العقد...»⁽⁷⁷⁾.

وبالنظر إلى هذا الحكم، وهذا التوجه للقضاء الإداري الكويتي، يجد الباحث أنه قد أمعن في المرونة في تعامله مع المتعاقد مع جهة الإدارة، وهو خروج على التوجه العام لمبادئ القضاء الإداري، من حيث إلزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في التنفيذ، وعدم التوقف أو الامتناع عن التنفيذ، لما يشكله ذلك من خطورة على المرفق العام؛ إذ إن ذلك يمنح المتعاقد مع الإدارة أحقية مراقبة مدى مشروعية تصرفاتها بالخصوص، ومنحه الحق في تقرير ما هو مشروع وما هو عكس ذلك؛ ما يعني حقه في قبول ما يشاء من تصرفاتها، ورفض ما يروق له، وهذا لا يستقيم أبداً مع مبدأ استمرارية المرافق العامة من جهة، ومع حماية المال العام من جهة أخرى.

كما أن ذلك يتنافى مع قرينة صحة الأعمال الإدارية، وعكس ذلك يقتضي المرور بالإجراءات القانونية والقضائية بشكل أساسي؛ فهذا الأخير هو الحكم بين طرفي العقد الإداري، وهو صاحب الصلاحية في تقرير مدى مشروعية تصرفات الإدارة من عدمها، وتحديد آثارها على المتعاقد من حيث الضرر الذي يمكن أن يصيبه من جراء ذلك؛ فهو صاحب الاختصاص الأصلي في نظر المنازعات التي تنشأ عن منازعات العقود الإدارية؛ وفق نص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981، والمتعلق بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية الكويتية لنظر المنازعات الإدارية؛ حيث إنه «تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل».

وبهذا يجد الباحث أن الدائرة الإدارية تقول بـ«وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية الذي يظل العقود، والذي من مقتضى أعماله ألا يتعسف أي طرف في العقد في المطالبة بحقوقه الناشئة أو المنبثقة عنه»⁽⁷⁸⁾.

هذه النصوص التشريعية نجد أنها تتوافق مع الضوابط القضائية، ومع النظام الذي يحكم العقود الإدارية بشكل عام، من حيث إن صلاحيات الإدارة لتعديل النصوص

(77) الطعن رقم 6709 لسنة 45 ق. عليا، جلسة 16 مايو 1999، موسوعة صلاح الجاسم.

(78) الطعن رقم 228 لسنة 2003، جلسة 26 يناير 2004، موسوعة صلاح الجاسم.

العقدية وإصدارها لأوامر تغييرية بالخصوص مقيدة بقيد عدم انتهاكها حقوق المتعاقدين معها، من حيث ضرورة عدم القيام بالتعديل الجوهرية لمحل العقد، ولكمية ونوعية الأعمال؛ ما يؤدي إلى قلب موازين العقد المالية، ويصبح المتعاقدين كأنه أمام عقد إداري جديد يختلف من حيث كمية الأعمال عن تلك المكلف بها بموجب العقد الأصلي وبين السلطة الإدارية؛ ما يعني ضرورة تعويض المتعاقدين عن ذلك.

هذا من جهة ومن جهة أخرى - ولغاية الحفاظ على المال العام - فإن القيود سألقة الذكر تهدف إلى الحفاظ على المال العام من إساءة استعمال الإدارة المتعاقدة سلطاتها، وبالتالي الانحراف عن المصلحة العامة وتحقيق مآرب شخصية يكون من شأنها الإضرار بالمال العام؛ ذلك أن إبقاء تلك الصلاحيات من دون تحديد، من حيث كمية الأعمال، سوف يؤدي حتماً إلى الإضرار بالمال العام، وجعل الباب مفتوحاً على مصراعيه للفساد المالي والإداري؛ ما يلحق الضرر بالمال العام، وهذا ما أكدته المشرع الكويتي كما سلف⁽⁷⁹⁾.

استناداً على ما سلف فإن الإدارة المتعاقدة تمتلك امتياز إصدار أوامر تغييرية مرتبطة بمدد تنفيذ العقد الإداري، سواء بإطالتها أو قصرها، كما تملك الطلب من المتعاقدين وقف تنفيذ العقد الإداري إذا ما واجهت ظروفًا استثنائية تحول دون الاستمرار في عملية التنفيذ، مثل: الحرب، أو أزمة اقتصادية، أو أي ظروف موجبة لذلك، إلا أن القضاء الإداري - ومن منطلق الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على حقوق المتعاقدين مع الإدارة، وبعد اعترافه بسلطة الإدارة في هذا الخصوص، يؤكد ضرورة أن يتم الأمر التغييرية وفق ضوابط المشروعية؛ ذلك أن جهة الإدارة المتعاقدة عند ممارستها سلطة التعديل، وفي نطاق المشروعية، لا تخرج عن العقد، ولا ترتكب خطأ، بل تستعمل حقاً، على اعتبار أن هذه السلطة مستمدة، ليس فقط من نصوص العقد، بل أيضاً من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به، وهذا ما يثبت حق الإدارة في التعديل من دون النص عليه في العقد، وخارج موافقة الطرف الآخر، واعتبار أن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالمصلحة العامة؛ ما يعني أنه لا يحق لأي جهة أن تتنازل عن هذه السلطة لارتباطها بالنظام العام، مع التأكيد أن سلطة التعديل هذه ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود عدة، منها ما يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقدين، بحيث تكون تلك الأعباء في الحدود المعقولة⁽⁸⁰⁾.

(79) المادتين (74) و(75) من قانون المناقصات العامة الكويتي.

(80) حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم 493 لسنة 99، جلسة 19 يونيو 2000م، موسوعة صلاح الجاسم.

وفي هذا المقام لا بد من الإشارة إلى أن صلاحيات الإدارة بتمديد عقودها لا تكون على نسق واحد، بل تعتمد على أهمية العقد، ومدى ارتباطه بالمرفق العام، ومدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام؛ ما يعني أن تلك الصلاحية تكون أكثر اتساعاً فيما يتعلق بعقود الامتياز، وعقود الأشغال العامة، في حين تصبح أكثر ضيقاً فيما يتعلق ببقية العقود الأخرى، مثل عقود التوريد - مثلاً - التي تنحصر التزامات المتعاقد في إمداد الإدارة بوسائل ومواد تشغيل المرافق العامة، إلا أن الباحث يجد أن القضاء الإداري قد انتهج سبيل عدم تعويض المتعاقد في حال إصدار جهة الإدارة أوامر تغييرية مرتبطة بعملية التنفيذ، حيث إنه لا يستحق أي تعويض، سواء كان التمديد نتيجة تعديل كمية الأشغال، أو بسبب تنفيذ المفاوض أعمالاً إضافية، أو لأسباب خارجة عن إرادته غير متوقعة عند التقدم للتعويض، وإبرام العقد، وليس في وسعه دفعها؛ بحيث إذا ما أدى ذلك إلى فرق في التكاليف بالنسبة إلى جهة الإدارة فإنها تضاف إلى العقد، أو تستنزل منه.

ويتم تحديد قيمة هذه الفروق وفقاً للأسعار المحددة بجدول الكميات والأسعار، وبهذا الخصوص نصت الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية الكويتية على «... أنه إذا تقرر تمديد مدة الإنجاز، سواء كان ذلك نتيجة تعديل كمية الأشغال، أو إذا طلب من المفاوض تنفيذ أعمال إضافية، أو لأسباب خارجة عن إرادة المفاوض، ولم تكن متوقعة وقت تقديم العطاء، وليس في وسعه دفعها، فإن المفاوض لا يستحق أي تعويضات عن هذا التمديد الذي قد يسمح به، أو لأي تغيير أو تعديل في الأعمال عما هو مقرر في العقد، وأنه إذا أدت أي من هذه الأعمال والتغيير إلى فروق في التكاليف بالنسبة إلى صاحب العمل فإنها تضاف إلى العقد أو يستنزل منه حسبما تتطلب الحالة، وسوف تُحدد قيمة هذه الفروق وفقاً للأسعار المحددة بجدول الكميات والأسعار»⁽⁸¹⁾.

هذا التوجه القضائي يؤكد حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وهذا التوازن لا يعني توازناً حسابياً؛ بحيث يتم تعويض المتعاقد عما خسره من نفقات من جراء التعديل، بل الهدف من ذلك هو التوازن بين التكاليف والأعباء التي يلتزم بها المتعاقد من نفقات، من جراء تعديل العقد، بما يضمن مساعدته على الاستمرار في تنفيذ البنود العقدية، وبما يضمن استمرار المرفق العام في تقديم خدماته بانتظام واطراد.

وعكس ذلك إذا ما توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، فإنه لا يستحق أي تعويض، على اعتبار أن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يستند - في الأساس - على عدة نظريات،

(81) الطعن رقمي 664 و 677 لسنة 2005، جلسة 4 مارس 2008م، موسوعة صلاح الجاسم.

وهي الظروف الطارئة⁽⁸²⁾، والمخاطر الإدارية، أو فعل الأمير⁽⁸³⁾، والصعوبات المادية غير المتوقعة⁽⁸⁴⁾، وجميعها لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ، بل إلى صعوبة في تنفيذ العقد⁽⁸⁵⁾.

- (82) الفتوى رقم 1582/2، تاريخ 20 أغسطس 1792، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 25.
- (83) الفتوى رقم 1649/2، تاريخ 29 أكتوبر 1972، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 27.
- (84) الفتوى رقم 5233-82/287/2، تاريخ 21 يوليو 1982، فتاوى إدارة الفتوى والتشريع في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 95.
- (85) بخصوص تلك النظريات وتطبيقاتها في النظام الكويتي، انظر: كلاً من طارق عبدالرؤوف صالح رزق، النظرية العامة للعقود الإدارية وأحكامها وتنفيذها في ضوء قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 49 لسنة 2016 ولائحته التنفيذية، ج 2، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 154. جورج شفيق ساري وفواز ثامر الجدعي، النظرية العامة للعقود الإدارية في التشريع والقضاء والفقهاء، ط 1، د.ن، دولة الكويت، 2020م، ص 129. عبدالله حباب الرشيد، مرجع سابق، ص 415.

الخاتمة

ختاماً، وبعد التطرق إلى تعريف أوامر التغيير، وتحديد طبيعتها القانونية، وإبراز الضوابط العامة والإجرائية الواردة عليها، بما يتوافق ومصصلحة المرافق العامة، وحماية المال العام، والانتهاء برقابة القضاء الإداري عليها، وتحديداً القضاء الكويتي، وإبراز اجتهاداته بالخصوص؛ يخلص الباحث إلى النتائج التالية:

1- تعتبر صلاحية الإدارة لإصدار أوامر التغيير، بخصوص عقودها الإدارية، صلاحية أصيلة تستمد من النصوص التشريعية الحاكمة للعقود الإدارية، إضافة إلى النصوص العقدية، وأن هذه الامتيازات تقتضيها حماية المال العام والمصلحة العامة؛ ما يعني ضرورة عدم جواز تنازل جهة الإدارة المتعاقدة عنها.

2- تعتبر أوامر التغيير قرارات إدارية نتاج تنفيذ العقد الإداري، وهي جزء لا يتجزأ من العملية العقدية.

3- باعتبار أن أوامر التغيير جزء لا يتجزأ من العملية العقدية، وغير قابلة للانفصال عنها، فإنها تخرج من نطاق رقابة المشروعية، وتدخل نطاق صلاحيات قاضي العقد.

4- تخضع عملية إصدار أوامر التغيير لجملة من الشروط والضوابط، منها ما تعتبر شروطاً موضوعية مرتبطة بكمية الأعمال ونسبها ونوعها. ومنها ما هو مرتبط بموضوع ومحل العقد الإداري نفسه ومدده. ومنها ما هي شروط إجرائية مرتبطة بإجراءات إصدارها والجهة التي لها الحق في ذلك، ومدى توافر الاعتمادات المالية لها.

وعليه توصل الباحث إلى جملة من التوصيات، منها:

1- ضرورة تطرق اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة الكويتي إلى أوامر التغيير وتفصيلها - على غرار كثير من التشريعات المقارنة - بما يضمن عدم تعسف جهة الإدارة المتعاقدة وانحرافها عن المصلحة العامة، من جهة، ومن جهة أخرى ضمان حقوق المتعاقدين معها، وعدم رد ذلك إلى الاجتهادات القضائية.

2- النص في قانون المناقصات العامة على التزام الإدارة المتعاقدة بعدم إصدار الأوامر التغييرية وتجزئتها على مراحل، أو تقسيمها إلى عدة أوامر، وأن تكون المدة بينها معقولة، يعود تقديرها إلى الجهاز المركزي للمناقصات العامة.

3- ضرورة إعادة القضاء الإداري الكويتي النظر في اجتهاداته، من حيث إلزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في التنفيذ وعدم التوقف أو الامتناع عن التنفيذ؛ لما يشكله ذلك من خطورة على المرفق العام؛ إذ إن ذلك يمنح المتعاقد مع الإدارة مراقبة مدى مشروعية تصرفاتها بالخصوص ومنحه الحق في تقرير ما هو مشروع، وما هو عكس ذلك.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال في مجال القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- جورجى شفيق ساري وفواز ثامر الجدعي، النظرية العامة للعقود الإدارية في التشريع والقضاء والفقهاء، ط1، د.ن، دولة الكويت، 2020.
- حمادة عبدالرزاق حمادة، الوسيط في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية تطبيقية، مكتبة المتنبي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1442هـ/ 2020م.
- طارق عبدالرؤوف صالح رزق، النظرية العامة للعقود الإدارية وأحكامها وتنفيذها في ضوء قانون المناقصات العامة الكويتي رقم 49 لسنة 2016 ولائحته التنفيذية، ج2، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- محمد ماهر أبو العينين، موسوعة القضاء الإداري وتطبيقات قوانين المناقصات والمزايدات على العقود الإدارية وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2009، الكتاب 32، د.ن، القاهرة، 2009.
- محمد المتولي، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
- محمد صلاح عبدالبديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري: دراسة مقارنة، ط1، د.ن، القاهرة، 1993.
- محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ القانون الإداري، منشورات الحلبي، بيروت، 2005.

- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية: دراسة مقارنة، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2012.
- عبدالله حباب الرشدي، العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، ط1، مؤسسة دار الكتاب، دولة الكويت، 2017.
- شمس الدين قاسم الخزاعلة، عقود الفيديك، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2020.
- توفيق شحادة، مبادئ القانون الإداري، ج1، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1954.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- جمال عباس عثمان، العقد الإداري وقضاء الإلغاء، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2001.
- ممدوح إرشيدات، الأوامر التغييرية في عقد المقاولة: دراسة مقارنة في كل من القانون المدني الأردني والمصري وشروط عقد المقاولة فيديك، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.

ثالثاً: البحوث العلمية

- أيوب منصور الجربوع، ضوابط سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية باردتها المنفردة: دراسة تحليلية في ضوء قضاء ديوان المظالم، بحث منشور في مجلة جامعة الملك سعود (العلوم الإدارية)، مج2، ع1، يناير 2008م.
- محمد عبدالمحسن المقاطع، النظام القانوني للأموال العامة في الكويت، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج18، ع3، سبتمبر 1994.
- نسرين محاسنة، إصدار الأوامر التغييرية من قبل المهندس في عقد المقاولة: دراسة مقارنة في عقد الفيديك النموذجي (الكتاب الأحمر)، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، الأردن، مج16، ع6، السنة 2010.
- عمر عبدالرحمن البوريني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج37، ع1، مارس 2013.

- فؤاد نصرالله عوض، التكييف القانوني لطبيعة الأوامر التغييرية ضمن نطاق أحكام قانون المناقصات العامة الكويتي ودور الأجهزة الرقابية بشأنها، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، المجلد 2، العدد 51، أبريل 2012.
- فريال كريكو ونبيل صالح لعرباوي، الأساس القانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ع 43، السنة 2015.

رابعاً- الموسوعات

- موسوعة أنظمة صلاح عبدالوهاب الجاسم، موسوعة إلكترونية.
- فتاوى إدارة الفتوى والتشريع المتعلقة بالعقود الإدارية والمناقصات في دولة الكويت، ديوان المحاسبة.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
17	الملخص
18	المقدمة
21	المبحث الأول: ماهية أوامر التغيير
21	المطلب الأول: تعريف أوامر التغيير وطبيعتها القانونية
21	الفرع الأول: تعريف أوامر التغيير
21	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لأوامر التغيير
27	المطلب الثاني: الأساس القانوني لإصدار أوامر التغيير
28	الفرع الأول: التحديد الفقهي للأساس القانوني لأوامر التغيير
31	الفرع الثاني: السلطة العامة وحماية المال العام أساس إصدار أوامر التغيير
37	المبحث الثاني: نطاق إصدار أوامر التغيير ورقابة القضاء عليها
37	المطلب الأول: الضوابط العامة الواردة على إصدار الأمر التغييري
38	الفرع الأول: ارتباط الأمر التغييري بمحل العقد الإداري والنسب المالية
40	الفرع الثاني: تقييد الأمر التغييري بالمدة الزمنية للعقد
42	الفرع الثالث: تقييد سلطة الإدارة بمقتضى المشروعية: وجهة الأمر التغييري
43	المطلب الثاني: الضوابط القانونية (الإجرائية) لإصدار أوامر التغيير
44	الفرع الأول: عرض الأمر التغييري على الجهة المعنية
45	الفرع الثاني: ضرورة توافر الاعتماد المالي
46	المطلب الثالث: الرقابة القضائية على أوامر التغيير

الصفحة	الموضوع
47	الفرع الأول: الاجتهاد القضائي المقارن واختصاص الرقابة على منازعات تنفيذ العقد
50	الفرع الثاني: اتجاه القضاء الكويتي فيما يتعلق بحق المتعاقد في الامتناع عن التنفيذ
55	الخاتمة
57	قائمة المراجع

