

January 2022

## Limits and Scope of the Authority to Amend the Kuwaiti Administrative Contract during its Execution

Dr. Mona Al Hajri

Assistant Professor of constitutional and Administrative Law, Faculty of Law, Kuwait University,  
munaalhajri8@gmail.com

Follow this and additional works at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law)



Part of the [Administrative Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

Al Hajri, Dr. Mona (2022) "Limits and Scope of the Authority to Amend the Kuwaiti Administrative Contract during its Execution," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2022: No. 89, Article 7.

Available at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law/vol2022/iss89/7](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss89/7)

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in *Journal Sharia and Law* by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact [sljournal@uaeu.ac.ae](mailto:sljournal@uaeu.ac.ae).

---

## Limits and Scope of the Authority to Amend the Kuwaiti Administrative Contract during its Execution

### Cover Page Footnote

Dr. Mona Al Hajri Assistant Professor of constitutional and Administrative Law, Faculty of Law, Kuwait University [munaalhajri8@gmail.com](mailto:munaalhajri8@gmail.com)

## **Limits and Scope of the Authority to Amend the Kuwaiti Administrative Contract during its Execution**

**Dr. Mona Al Hajri**

Assistant Professor of constitutional and Administrative Law,  
Faculty of Law, Kuwait University  
[munaalhajri8@gmail.com](mailto:munaalhajri8@gmail.com)

### **Abstract**

This research is concerned with studying the authority of amendment in the administrative contracts in Kuwait during its execution in a broad concept and how it affects the administrative contract as a whole. The study discussed the concept of amending the administrative contract, which includes amending the identity of one of the contracting parties or amending the content of the contract. The study also determined how the amendment is limited by a number of restrictions that widens and narrows according to the types of those contracts, and in accordance with what is stipulated in the contract and the laws and regulations that regulate some administrative contracts in restricting the contractual freedom to amend the contract according to what is required by the nature of the administrative contracts for its connection with public utilities and achieving the public interest. The study concluded that each administrative contract has a specificity that makes it different from other administrative contracts according to the degree of guarantees that can be granted to the contractor with the administration, and accordingly, contractual freedom is restricted according to the needs of the public facility, the type and the value of the administrative contract, and the most important thing is that we reach the result of a balance of needs in the administrative contract by meeting the needs of the public utility and the administrative entity in exchange for meeting the needs of the contractor with the administration by maintaining the financial balance of the administrative contract and providing some guarantees in some administrative contracts due to their specificity in terms of a more strict control over the amendment authority or setting certain proportions for amendment.

Keywords: Administrative contract, assignment of contract, subcontracting, amendment of administrative contract, Competition, contractual freedom, Modification unilaterally.

## نطاق سلطة تعديل العقد الإداري الكويتي أثناء تنفيذه

### مقارنة بعض جوانبها بالقانون المصري و الفرنسي \*

د. منى الهاجري

أستاذ القانون الدستوري والإداري المساعد - جامعة الكويت - كلية الحقوق

[munaalhajri@gmail.com](mailto:munaalhajri@gmail.com)

### ملخص البحث

انصب موضوع هذا البحث على دراسة سلطة التعديل في نطاق العقود الإدارية في الكويت أثناء تنفيذه بمفهوم واسع، وكيف أنه يؤثر على العقد الإداري ككل. وعرضت الدراسة مفهوم تعديل العقد الإداري الذي يشمل تعديل هوية أحد المتعاقدين، أو تعديل مضمون العقد. وحددت الدراسة أيضاً كيف أن محل التعديل مقيد بقيود تختلف اتساعاً وتضييقاً على حسب أنواع تلك العقود، وعلى حسب ما هو منصوص عليه بالعقد والقوانين واللوائح التي تنظم بعض العقود الإدارية في تقييد الحرية التعاقدية في تعديل العقد، وفقاً لما تتطلبه طبيعة العقود الإدارية لاتصالها بالمرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة. وخلصت الدراسة إلى أن كل عقد إداري له خصوصية يختلف بها عن العقود الإدارية الأخرى حسب درجة الضمانات التي من الممكن أن تمنح للمتعاقد مع الإدارة. وعليه فالحرية التعاقدية تتقيد حسب احتياجات المرفق العام، ونوع العقد الإداري، وقيمه. والأهم أن نصل إلى نتيجة توازن الاحتياجات في العقد الإداري من خلال أن نلبي احتياج المرفق العام، والجهة الإدارية، في مقابل تلبية احتياجات المتعاقد مع الإدارة من خلال الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، وتوفير بعض الضمانات في بعض العقود الإدارية، نظراً لخصوصيتها من حيث رقابة أشد على سلطة التعديل، أو وضع نسب معينة للتعديل.

\* استلم بتاريخ 2020/10/13 و أجزى للنشر بتاريخ 2021/3/10.

كلمات دالة: عقد اداري، التنازل عن العقد، المفاوضة من الباطن، تعديل العقد الإداري، المنافسة، الحرية التعاقدية، تعديل بالإرادة المنفردة.

### المقدمة:

نشأ العقد<sup>(١)</sup> منذ نشأة الإنسان، كوسيلة للتعامل بين الأفراد، بهدف إشباع رغباتهم وتلبية احتياجاتهم. وطوّر الأفراد بعدها سبل معيشتهم: فانتظموا في جماعات انبثق عنها من يدير شؤونها، ويعالج مشكلاتها، ويسعى إلى الحفاظ على مصالحها، فكانت الإدارة هي الراعية لشؤون الأفراد، والتي تسعى دومًا لتحقيق المصلحة العامة.<sup>(٢)</sup>

وعليه؛ تُعدّ العقود الإدارية أسلوبًا مميزًا ومُهمًا، تمارس الإدارة من خلاله نشاطًا إداريًا متعلقًا بمرفق عام، هادفًا إلى ضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام واطّراد، حيث تسلك في ظل هذا الأسلوب منهج الرضا والتفاهم، من خلال إيرامها للعقد الإداري<sup>(٣)</sup>، وعن طريق الاتفاق مع أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وهذا الأسلوب تلجأ إليه الإدارة إذا لم يُسعفها القرار الإداري في ممارسة نشاطها، أو إذا رأت أن أسلوب العقود الإدارية أقدر على تحقيق أهدافها.

ومن المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها القانون الخاص، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>(٤)</sup>، ومضمونها: أنه لا يجوز لأيٍّ من المتعاقدين التحلُّل من الالتزامات بصورة منفردة، ولا يجوز لأيٍّ من المتعاقدين تعديل العقد أو إنهاؤه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر.

(١) عرف الدكتور السنهوري العقد بأنه: (توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله وإنهاؤه). د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.

(٢) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحلبي، بيروت، ٢٠١٢، ص ١١.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الأصول الإسلامية للقانون الإداري المعاصر، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٩، ص ٥٠.

(٤) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ١٩.



تساؤلات البحث: ما دور الحرية التعاقدية للطرفين بتعديل العقد؟ وهل محل تعديل العقد الإداري ذو نطاق واسع أم مُقيّد؟ وهل تؤثر قواعد المنافسة والعلانية على سلطة التعديل: سواءً أكانت باتفاق الطرفين أو بالإرادة المنفردة؟ وهل شخصية المتعاقد محل اعتبار في تعديل هوية المتعاقد مع الإدارة؟ وهل تختلف سلطة تعديل العقد الإداري وفقاً لنوع العقد؟ وما مدى تأثير قواعد المشروعية (الاختصاص) على سلطة التعديل؟ هل سلطة الإدارة بتعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، أو باتفاق الطرفين: سلطة مطلقة؟ أم مقيدة؟

تعديل العقد الإداري سوف نتناوله من خلال المنهج الوصفي والتحليلي لتحليل نصوص قانون المناقصات الكويتي عامّة، وبعض الإشارات لنصوص قانون الشراكة الكويتي (رقم: ١١٦ / ٢٠١٤) مع مقارنة بين بعض الجوانب- التي تكون محل الدراسة- وبين القانون الفرنسي والقانون المصري، من خلال دراسة بعض الاتجاهات الفقهية ونصوص القوانين وأحكام القضاء، لتوسيع دائرة استيعاب أمثل لمفهوم تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه، وكيف أنه يُؤثر على العقد الإداري في عمومته، من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول- تعديل هوية أحد أطراف العقد الإداري.

المبحث الثاني- تعديل مضمون العقد الإداري.

## المبحث الأول

### تعديل هوية أحد أطراف العقد الإداري

من حيث المبدأ، العقد تأثيره يقتصر على أطراف العقد فقط، ولا تتأثر فيه الأطراف الأخرى، وأكد ذلك القانون المدني الفرنسي في (المادة: ١١٦٥):

((Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121)).

وعموماً، فإن هذا المبدأ - الآثار المترتبة من العقود - عامٌ في القانون<sup>(٥)</sup>. وأيضاً القانون

(٥) في القانون الدولي، جاءت المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا للمعاهدات على أنه: ((لا تنشئ المعاهدة التزامات أو حقوقاً



نلاحظ أن التزامات المتعاقد لا تتحدد بموجب العقد الإداري فقط؛ بل تتحدد -أيضاً- بموجب القوانين واللوائح التي تحكم سير المرفق العام بانتظام واطراد. وعليه؛ فإن دور المتعاقد هنا دورٌ جوهريٌّ في تنفيذ العقد الإداري، الذي يستتبع معه العديد من النتائج المترتبة: وهي التزام المتعاقد -سواءً أكان فرداً أو شركة- بتنفيذ العقد الإداري شخصياً، حتى وإن لم يُنص على ذلك الالتزام في العقد؛ وذلك لخصوصية العقد الإداري عن عقود القانون الخاص. وقد يرتبط هذا التعديل بأحد أطراف العقد، مثل: التنازل عن العقد (المطلب الأول)، ووفاء المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### التنازل عن العقد (La cession)

التنازل عن العقد المقصود به: هو أن يحل متعاقد آخر محل المتعاقد الأصلي<sup>(٩)</sup>، أي نقل جميع حقوق والتزامات الطرف المتعاقد (المحوّل)، أو حتى "مركزه التعاقدية"، أي "نوعيته"، "الطرف"، دون إثارة ظهور عقد جديد. على عكس التنازل عن المستحقات أو الدخل<sup>(١٠)</sup>، وهو أن المتعاقد الأصلي موجود في العلاقة التعاقدية مع الجهة الإدارية، ولكنه يتنازل عن مستحقاته أو حقوقه المالية إلى طرف ثالث -ليس بالعلاقة التعاقدية الأصلية- ممكن يكون -مثلاً- بنكاً أو دائنين للمتعاقد الأصلي<sup>(١١)</sup>.

nos158 et s.

-Christophe Guettier, Droit des contrats administratifs, PUF, 3e éd., 2011, nos113 et s.

(٩) نص قانون المناقصات الكويتي رقم ٢٠١٦/٤٩ أن المتعاقد الأصلي قد يكون حسب العقد ((المورد أو المقاول أو المتعهد: أي طرف فعلي أو محتمل في عقد شراء مع الجهة صاحبة الشأن، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويشمل مصطلح المتعهد -بحسب السياق- أي شخص -طبيعي أو معنوي- يقوم بتوريد بضائع أو بتنفيذ أعمال أو بتقديم خدمات. -المقاول الرئيسي: المقاول المتعاقد مع الجهة العامة)).

(١٠) يمنح هذا الحق للدائنين المتعاقد الأصلي (فرد عادي أو شركة) "جزءاً من الضمانات التقليدية التي تطلبها البنوك الآن"، مما يسمح لهم بتجنب إنهاء العقد، أي الاستمرار بالعقد الإداري. هذه الحماية تقرر للمتعاقد المتعثرين مالياً أثناء فترة تنفيذ العقد.

(11) Didier R. MARTIN, « Du changement de contractant », D, n° 39, 2001, chron. pp. 3144-3147.



### أولاً- التنازل عن العقد في القانون العام والقانون الخاص:

يقصد بالتنازل عن العقد عامةً هو أن: ((يحل المتعاقد غيره محلّه لتنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أي أن التنازل كلي<sup>(١٤)</sup> أو جزئي)). ومبدأ التنازل عن العقد نظّمه القانون المدني الكويتي<sup>(١٥)</sup>، ويُرتّب على التنازل آثاراً معينة، أهمها: هي أن المتنازل له يحل محل المتنازل في حقوقه والتزاماته قبّل المتعاقد الآخر، وآثاراً أخرى في مواجهة الغير إذا توافرت باقي الشروط.<sup>(١٦)</sup>

وصور التنازل جاءت في نص (المادة: ٦٨٠ / ١) من القانون المدني الكويتي على القواعد العامة لموضوع التنازل عن العقد: ((١. لا يجوز لأيّ من المتعاقدين التنازل عن المقولة إلا بموافقة الآخر، وذلك ما لم يوجد في العقد شرط يقضي بخلافه.....)) وعليه؛ تُوجد صورتان من التنازل شائعتان: الصورة الأولى هي: أن يتنازل المتعاقد الأصلي للغير عن جميع عقد المقولة بما يشمله من حقوق والتزامات. والصورة الثانية: قد يتنازل ربّ العمل عن عقد المقولة. وعليهما - في كلتا الحالتين - نص القانون المدني الكويتي (..... ٢ - فإذا تم التنازل حلّ المتنازل له محل المتنازل في حقوقه والتزاماته...)<sup>(١٧)</sup>، ومن حيث الأثر؛ فإنه لا يسري التنازل في مواجهة الغير إلا إذا أُعلن للمتعاقد الآخر بوجه رسمي، أو كانت موافقته على التنازل ثابتة التاريخ.

كما أن تنفيذ أيّ عقد - مدنيّ أو إداري -، إنّما يحكّمه مبدأ حُسن النية، متمثلاً بالتزام

(١٤) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، الطبعة الأولى، وحدة التأليف والنشر كلية الحقوق الكويت، ١٩٩٨، ص ١٩٤.

(١٥) ومبدأ التنازل عن العقد يستند لأسس: أولاً- وفقاً لمبدأ حرية التعاقد وإلى النظرية العامة للعقد، فإن العقود ليست محصورة في العقود المسماة في القانون المدني الكويتي فهو يدخل في نطاق العقود غير المسماة. وثانياً- القانون المدني نظّم حوالة الحق في المواد ٣٦٤ حتى ٣٧٦، ونظم حوالة الدين في المواد ٣٧٧ حتى ٣٩٠.

(١٦) أثار التنازل على الغير وفقاً للقانون المدني الكويتي في المادة ٢/٢٨٠، لا يسري التنازل في مواجهة الغير في حال إجازته للعقد؛ إلا إذا أُعلن للمتعاقد الآخر بوجه رسمي، أما في حالة التنازل بموافقة المتعاقد الآخر فإن التنازل لا يكون ساريًا في مواجهة الغير إلا إذا كانت الموافقة ثابتة التاريخ.

(١٧) المادة ٢/٦٨٠ من القانون المدني الكويتي.



والخضوع لجزائها. (٢٠)

ووفقاً لما سبق؛ فإن فالتنازل عن العقد جزئياً أو كلياً بدون موافقة الإدارة يُعدُّ صورةً من صور الإخلال الجسيم بالالتزامات التعاقدية، ولا يجني المتعاقد الأصلي إلا الغرامة، أو مصادرة التامين النهائي، أو تعويض الإدارة.

وعليه؛ فإن العقد المبرم بين الإدارة والشخص الخاص الاعتباري أو الطبيعي؛ هو من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة، تطبق جميعها في حالة عدم وجود تنظيم خاص لها في العقد الإداري، ومن هذه القواعد: أن التزامات المتعاقد مع الإدارة (التزامات شخصية) في أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه؛ وذلك لصلة العقد الإداري بالمرفق العام.

ثانياً: التنازل في العقد الإداري الذي يُعدُّ بمثابة تعديل له (٢١)

الملاحظ أن أغلب العقود الإدارية المبرمة مع المتعاقد تنص صريحاً على شرط يحظر على المتعاقد التنازل عن العقد لأي طرفٍ آخر، إلا بعد موافقة خطية مسبقة من جهة الإدارة المعنية. ومن جهة أخرى، فإن التنازل عن العقد بغير موافقة الجهة الإدارية؛ يُعدُّ خطأً من جانب المتعاقد الأصلي بتنفيذ التزاماته التعاقدية؛ لأنه يُعدُّ إخلالاً جسيماً بأحد التزاماته التعاقدية، ويستوجب عليه الجزاء.

ومما لا شك فيه، أن التنازل عن العقد الإداري، مرةً يكون برغبةٍ من المتعاقد الأصلي، ومرةً أخرى تكون جبراً عنه، إذا توافرت فيه حالة من الحالات التي يجوز فيها إحلال غيره. وسنعرضها بالتفصيل التالي:

(٢٠) د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

(21) Conformément aux dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : 4° .....un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché (1.4) ;"

Conformément aux dispositions de de l'article L. 3135-1 Un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, lorsque : 4° Un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession ;



المنافسة والإعلان، أي: هل يجب طرح المناقصة من جديد، وما المعايير التي يجب أن توضع إذا لم تُتبع قواعد المنافسة؟ بعكس القانون الفرنسي في قانون الشراء العام، وفقاً لنص المادة: (٢٥) R. 2194-6 في قانون الشراء العام Le code de la commande publique ، حيث يجوز تعديل العقد؛ بمعنى محل مالك جديد محل صاحب العقد الأصلي في إحدى الحالات المعينة، بدون اتباع قواعد المنافسة.

كما حدّد قانون الشراء العام للعقود الإدارية الفرنسي عامّة؛ حالاتٍ معينةً يجوز فيها التعديل بدون اتباع قواعد المنافسة: (إذا تعديل غير جوهري في العقد، في حالات محددة للتنازل لمقاول جديد، إذا نسبة التعديل بسيطة لا تؤثر على العقد، إذا تعديل العقد لا ينشئ عقداً جديداً، إذا تم النص بالعقد على جواز التعديل بدون اتباع قواعد المنافسة، إذا كان التعديل بمناسبة ظروف غير متوقّعة بالعقد). (٢٦)

(25) Article R2194-6 Création Décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 - art.

Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants :

1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ;

2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

(26) Article L2194-1 Création Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;

2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;

3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;

4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;

5° Les modifications ne sont pas substantielles ;

6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché :

Pour voir plus [Chapitre IV: Modification du marché \(Articles L2194-1 à L2194-2\) - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](#)



الإداري على غير ذلك.<sup>(٣٩)</sup> وتُنَفَّذُ العقود في الشروط السابقة حتى انتهاء صلاحيتها - ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك-، ولا يترتب على استبدال الشخص الاعتباري للعقود المبرمة من قبل البلديات؛ أي حق في الإنهاء أو التعويض للطرف الآخر.<sup>(٣٠)</sup>

وقد تناولت بعض الفتاوى القانونية هذه المسألة مثل الفتوى (رقم: ٢/١٠٤/٢٠٠٤) في ٢٦ أكتوبر ٢٠٠٤ الصادرة من إدارة الفتوى والتشريع الكويتية بجواز ((حلول جهة إدارية محل جهة إدارية أخرى في تنفيذ عقد قائم إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام ذلك - لشركة نفط الكويت أن تحل محل وزارة الكهرباء والماء في تنفيذ العقود القائمة والخاصة بصيانة شبكات الوقود - تخصص الشركة بإبرام العقود الجديدة الخاصة بالصيانة.....))<sup>(٣١)</sup>.

## الفرع الثاني

### الإشكالات القانونية في حالة التنازل عن العقد الإداري

هناك العديد من الإشكاليات في مدى تأثير التنازل على قواعد مهمة منها: أولاً- شخصية المتعاقد، وثانياً- قواعد المنافسة، وثالثاً- قد يختلط معنى التنازل عن العقد واعتباره بمثابة تعديل للعقد الإداري وبين التعاقد من الباطن.

#### أولاً: مسألة التنازل عن العقد وشخصية المتعاقد (*l intuitu personae*)

تعد فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال العقود بصفة عامة، سواء أكانت

Marion Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs, 2e edition, LexisNexis, 2017, p380-381.(29)

(30)Article L5211-5 de Code général des collectivités territoriales ((...L'établissement public de coopération intercommunale est substitué de plein droit, à la date du transfert des compétences, aux communes qui le créent dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes . Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale aux contrats conclus par les communes n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant. La commune qui transfère la compétence informe les cocontractants de cette substitution...))

(٣١) للمزيد حول رأي الفتوى والتشريع الكويتية انظر المبدأ رقم ٨٧٥ من مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الفتوى والتشريع في الفترة من يناير ٢٠٠٣ حتى ديسمبر ٢٠١٠، الجزء التاسع.



المبدأ مسلّمٌ به بالقضاء الإداري، ويجب العمل به حتى ولم يُنصّ عليه في العقد<sup>(٣٦)</sup>، فشخصية المتعاقد تكون محلاً للاعتبار من جانب الإدارة، سواءً عند إبرام العقد، أو عند تنفيذه. إذ يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته شخصياً وبنفسه، من غير أن يكون له -كقاعدة عامة- حقُّ التنازُل عنها للغير، أو التعاقد بشأنها من الباطن لمتعاقد ثانٍ؛ وذلك كي تضمنَ تنفيذَ العقد بصورة سليمة، وعلى نحوٍ يُحقِّق الصالح العام على أكمل وجه؛ مما يؤمّن سيرَ المرفق العام - محلّ العقد - بصورةٍ مُنتظمةٍ دائمة.

للاعتبار الشخصي في العقود الإدارية أهميةٌ بالغةٌ؛ وذلك للارتباط الوثيق بين هذه العقود والمرفق العام؛ حيث يُعد الاعتبار الشخصي من المبادئ الأساسية، سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد، أو بتنفيذ العقد، وأن الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي يكمن في واحدٍ من الأساسيات التالية، وهي: الأساس العقدي، ومبدأ سير المرفق بانتظام واطراد<sup>(٣٧)</sup>.

أما بالنسبة لاختيار المتعاقد؛ فإن الإدارة تملك سلطةً تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخصٍ لا ترضيه - حتى لو اختارته لجنة البت - إذا كان تنفيذ العقد يتطلب مواصفات معينة في المتعاقد، تتعلق بكفايته المالية<sup>(٣٨)</sup>، وسمعته، أو اختصاصه الفني، والتعاقد مع شخص تتوافر

(٣٦) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣، مجموعة المكتب الفني بمجلس الدولة س ٩ رقم ٢٩، ص ٣٢٤.

(٣٧) د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار النهضة للنشر والتوزيع، العالمية، عمان، ٢٠٠٢، ص ٣١٦.  
(٣٨) هي الإمكانات المالية الضخمة لتنفيذ العقود الإدارية، مثل عقد الأشغال العامة لبناء الجسور والبنية، وأكد ذلك قانون المناقصات الكويتي في المادة (٢٦): ((تقوم لجنة التصنيف بتصنيف متعهدي المقاولات العامة إلى أربع فئات حسب قدراتهم المالية والفنية...))، كما جاءت المادة ٢٧ لتؤكد أن التصنيف على المقدرة المالية (مادة: ٢٧): ((تقوم لجنة التصنيف بتسجيل المقاول في الفئة التي تتفق ومركزه المالي والفني وسابق ما قام به من أعمال....))، أضف إلى ذلك: أن كل مقاول يلتزم بالتصنيف الممنوح له للمشاركة في المناقصات التي تتناسب مع تصنيفه مادة (٢٨): ((لا يسمح للمناقص - ما لم يكن من مقاولي الفئة الأولى - أن يتعاقد على مقاولات عامة يزيد مجموع قيمتها على الحد الأقصى المرخص له به، كما لا يجوز أن ترسى عليه مناقصات - إذا أُضيفت قيمتها إلى ما بقي عنده من أعمال عند فتح المظاريف - جاوز مجموعها الحد الأقصى...)). ولكن يجوز للمقاول متى تحسنت مقدرته المالية أن يطلب إعادة تصنيفه، مادة (٣٠) ((يجوز للمقاول بعد مرور سنة من تصنيفه أن يطلب من لجنة التصنيف إعادة النظر في الفئة التي ينتمي إليها ورفعها إلى فئة أعلى، وتكون المدة اللازمة للانتقال من الفئة الثانية إلى الفئة الأولى خمس سنوات على الأقل)).

فيه هذه المؤهلات؛ حتى لو كان تسلسل عطائه لا يُشكّل الحد الأدنى للعطاءات المُقدّمة إلى الإدارة؛ أما التعاقد بالطريق المباشر، فإنه يعطي للإدارة مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال سلطتها التقديرية في اختيار مَنْ يتعاقد معها، وقد تُولي الإدارة المؤهلات الشخصية للمتعاقد اهتمامها الأول؛ وتُبرم العقد على هذا الأساس مع شخصٍ تختاره بالذات بمحض إرادتها؛ لأنه الأصلح للتعاقد، فتضع في اعتبارها مثلاً: قيمة المقابل، تكاليف الاستعمال (القيمة الفنية، الضمانات المهنية، مدة التقسيط... إلخ).

### ثانياً- التنازل عن العقد الإداري وقواعد المنافسة:

تُعَدُّ العلانية والمنافسة مبدأً دستورياً في الدستور الكويتي في (المادة: ١٥٢)، وأن أيّ التزام يُمنَح للمتعاقد مع الإدارة أن يحترم قواعد العلانية والمنافسة: ((كل التزام باستثمار موردٍ من موارد الثروة الطبيعية أو مرفقٍ من المرافق العامة؛ لا يكون إلا بقانون، ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف، وتحقيق العلانية والمنافسة)). كما أكد قانون المناقصات الكويتي ٢٠١٦/٤٩ في المادة: (١٤) أن تخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمنافسة الحرة، وفقاً لإجراءات المبينة في هذا القانون (٢٠١٦/٤٩) ولائحته التنفيذية<sup>(٣٩)</sup>.

وهذه ضمانه هامة، في أن اختيار المتعاقد -أيّاً كان نوع العقد الإداري- محلُّ اعتبار من جانب الإدارة، وأيضاً أنه تم اختياره وفقاً لقواعد المنافسة -غالباً- وهي أن القاعدة العامة في اختيار المتعاقد مع الإدارة: هي طريقة المناقصة، أو المزايدة العامة، أو طريق الممارسة، أو الاتفاق الرضائي.

أما المناقصة العامة<sup>(٤٠)</sup>: فهي مجموعة من الإجراءات التي تُوجب القوانين والأنظمة

(٣٩) المادة ١٤ من قانون المناقصات الكويتي ٢٠١٦/٤٩: ((يكون التعاقد للأغراض المنصوص عليها في هذا القانون عن طريق مناقصة عامة داخلية تتم الدعوة إليها داخل الكويت، أو مناقصة عامة خارجية يعلن عنها في الداخل والخارج، ويكون الإعلان في الجريدة الرسمية باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة -على الأقل- للمناقصة الخارجية، ويجوز أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار، كما يتم الإعلان في الموقع الإلكتروني. وتخضع جميع المناقصات لمبادئ العلانية، وتكافؤ الفرص، والمنافسة الحرة، وفقاً للإجراءات المبينة في هذا القانون ولائحته التنفيذية)).  
(٤٠) المناقصة العامة: هي مجموعة من الإجراءات التي تتخذها الجهة المختصة بالشراء وفقاً لهذا القانون؛ لتنفيذ عمليات الشراء، أو حصول الجهة صاحبة الشأن على الخدمات، أو أي أعمال مطلوبة وفقاً لهذا القانون، وتخضع لمبدأ العلانية والمساواة والمنافسة في قانون المناقصات الكويتي ٢٠١٦/٤٩ المادة ١.

اتباعها؛ بُعِيَّة الوصول إلى التعاقد الذي يُحَقِّق للإدارة بكفائته ومقدرته الفنيَّة أكبر منفعةً ماليَّة، كما هي - في الوقت نفسه - طريقةً لحماية الأفراد من خطر إساءة استعمال الإدارة لحرَّيتها في اختيار التعاقد. وتنقسم المناقصة حسب أنواعها إلى مناقصة مفتوحة: وهي التي تلتزم الإدارة باختيار من يتقدم بأفضل الشروط المالية، ولا تقتصر على أشخاص مُعيَّنين. وهناك - أيضًا - المناقصة المُقيَّدة<sup>(٤١)</sup>: وهي التي تقتصر فيها المنافسة على أشخاص مُعيَّنين، تختارهم الإدارة مقدِّمًا. بينما المزايدة تهدف إلى التعاقد مع الشخص الذي يُقدِّم أعلى سعر، وتلجأ إليها الإدارة إذا أرادت أن تبيع أو تُوجِّر أملاكها.

ويجب أن تلجأ الإدارة إلى طريقة المناقصة في عقودها الإدارية؛ أما التعاقد بدون مناقصة فيكون على سبيل الاستثناء، وفي حالات مُعيَّنة يَسمح بها القانون. وهذا ما أخذ به قانون المناقصات الكويتي (رقم: ٢٠١٦/٤٩). وعليه من حيث الأصل العام؛ فإن الإدارة تلجأ للمناقصة<sup>(٤٢)</sup> لضمان حسن اختيار من يتقدم بأقل سعر، من غير المساس بجودة العمل وبمواعيد إنجازها؛ وتلجأ إليها الإدارة عند قيامها بأعمال مُعيَّنة، كالأشغال العامة.

ولكن إذا تطلَّبت طبيعة العمل المراد تنفيذه تَجَنُّب الإجراءات المعقَّدة التي كثيرًا ما تُرافِق أسلوب المناقصات والمزايدات العامة؛ فقد نجد الإدارة تلجأ لأسلوب الممارسة<sup>(٤٣)</sup> أو الاتفاق

(٤١) وهناك شروط خاصة لهذا الأسلوب يكون كاستثناء وضرورة أن تقوم الجهة الإدارية بذكر الأسباب لاتباع هذا الأسلوب، ومن ثم صدور قرار من المجلس. ونص قانون المناقصات الكويتي ٢٠١٦/٤٩ في المادة ١٣ منه (...). ويجوز استثناء بقرار من المجلس - بناء على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن - التعاقد بإحدى الطرق الآتية: أ. المناقصة المحدودة، وتم الدعوة إليها لعدد من الموردين أو المقاولين المتخصصين من الناحية الفنيَّة والمالية والمسجلين لدى الجهاز...).

(٤٢) نص قانون المناقصات الكويتي رقم ٢٠١٦/٤٩ في المادة (١٣): ((١ - مع مراعاة اختصاصات كلٍّ من الجهاز والجهات صاحبة الشأن في التعاقد وفقًا لأحكام هذا القانون، يتم التعاقد بطريق المناقصة العامة، سواء على مرحلة واحدة أو مرحلتين... ٣ - ولا يجوز في أي حال تحويل المناقصة العامة أو المحدودة إلى ممارسة عامة أو محدودة أو تعاقد مباشر...)).

(٤٣) ويجوز استثناء بقرار من المجلس - بناء على مذكرة مسببة من الجهة صاحبة الشأن - التعاقد بإحدى الطرق الآتية: .. بالممارسة العامة أو المحدودة (التفاوض التنافسي أو استدراج العروض) وتتم فيها دعوة المتخصصين بالعرض المطلوب، أو عدد منهم؛ ليقدم كلٌّ منهم بعد إخطاره بالموصفات المحددة عرضًا ماليًّا أو أكثر، ووفقًا لشروط الممارسة



تكون محلّ اهتمام في جميع العقود الإدارية، الذي يستتبع معه عدم جواز التنازل عن العقد الإداري إلا بموافقة الإدارة، وأن تتوافر في التنازل إليه ذات الشروط المتطلّبة في المتعاقد الأول، حسب الأسلوب الذي أتبع لإبرام العقد: سواء مناقصة عامة، أو ممارسة، أو اتفاق مباشر، أو مزايمة، والأهم من ذلك؛ أن لا يكون التنازل عن العقد يستتبع أن نكون أمام عقد إداري جديد، يختلف بشروطه عن العقد السابق، أو أن يغفل شروطاً خاصّة في شخصية المتعاقد كانت محلّ اعتبار عند إبرام العقد الإداري من البداية. فمثلاً في عقود الأشغال العامة: تُعدّ شخصية المتعاقد، أو صفة من صفاته، عنصراً مهمّاً وأساسياً في هذا العقد، وكذلك الحال في عقد الامتياز وعقد التوريد. ولكن يجب معرفة أن التنازل عن العقد، يختلف عن المقاوله من الباطن، بالرغم من أن كليهما تصرفات صادرة من المتعاقد الأصلي.

والملاحظ أن قانون الشراكة الكويتي اشترط في حال التنازل، واستبدال مستثمر جديد؛ اتباع قواعد المنافسة والإعلان وفقاً للمادة: (٥٠) من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة الكويتي (رقم: ٢٠١٤ / ١١٦). أمّا وفقاً للقانون الفرنسي، فمن حيث المبدأ: يُشكّل استبدال المُشغّل الاقتصادي الجديد محلّ صاحب العقد الأصلي؛ يمثل ذلك تعديلاً جوهرياً للعقد<sup>(٤٨)</sup>؛ ومن ثمّ يجب أن يخضع هذا الاستبدال وفقاً لإجراء دعوة جديدة للمنافسة، ولكن هناك استثناءً يمكن التنازل والتحويل للمشغل الاقتصادي الجديد بدون اتباع قواعد المنافسة (mise en concurrence) في حالتين ذكرهما قانون الشراء العام الفرنسي وعقود الامتياز كالتالي:

• - وفقاً لنص المادة: (R. 2194-6) في قانون الشراء العام du code de la commande publique، إذ يجوز تعديل العقد بمعنى: محلّ مالك جديد محلّ صاحب العقد الأصلي، في إحدى الحالات التالية:

(48) La substitution d'un nouvel opérateur économique au titulaire d'un contrat constitue en principe une modification substantielle du contrat et ce transfert doit, par conséquent, faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence, 9 CJCE, 19 juin 2008, Priesstext Nachrichtenagentur GmbH, préc., pt. 40.  
Pour plus information voir [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution | economie.gouv.fr](http://www.economie.gouv.fr).

[د. منى الهاجري]

١ ° في تطبيق بند المراجعة، أو الخيار، وفقاً لأحكام المادة: (R. 2194-1)، إذا كان منصوصاً عليه في العقد.

٢ ° عندما يحدث بعد عملية إعادة هيكلة لشركة ما (المشغل الاقتصادي القديم) - ولا سيما الاستحواذ-، الاندماج، أو الإعسار، المقدم من مشغل آخر يستوفي معايير الاختيار، مثبت نوعياً في البداية (منصوص على معايير الاختيار من البداية)، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى مزيد من التغييرات في العقد الأساس، ولا يكون الغرض منه التحايل على عدم تطبيق المنافسة.

• المادة: (R3135-6) في عقود الامتياز: يجوز تعديل عقد الامتياز، ونوع التعديل أن يحل صاحب امتياز جديد محل صاحب الامتياز القديم الذي منحت له سلطة الامتياز في البداية عقد الامتياز، في إحدى الحالات التالية: (٤٩)

١ - في تطبيق بند المراجعة، أو الخيار المحدد في المادة: (R. 3135-1).

٢ - في حالة تنازل عن عقد الامتياز، بعد عمليات إعادة الهيكلة لصاحب الامتياز الأول؛ يُبرر صاحب الامتياز الجديد القدرات الاقتصادية والمالية والفنية والمهنية التي حددتها الجهة الإدارية من البداية، ولا يمكن أن يتم هذا التنازل (النقل)؛ إذا كان الهدف إعفاء عقد الامتياز من التزامات الدعاية والمنافسة.

### ثالثاً: المقاوله من الباطن La sous-traitance

(49)Article R3135-6 Création Décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 - art.

Le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants :

°١ En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R. 3135-1 ;

°٢ Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Pour voir plus [Sous-section 4: Substitution d'un nouveau concessionnaire \(Article R3135-6\) - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](#)

يُقصد بالمقاولة من الباطن: ((هو عقد يسند فيه المَقاول الأصلي تنفيذ العمل المُكلّف بإنجازه أو بقسم منه إلى طرفٍ آخر (هو المَقاول من الباطن) غير أطراف العقد؛ نيابةً عن المَقاول الأصلي)). أي هو أن يتفق المتعاقد مع الغير لتنفيذ التزاماته التعاقدية. (٥٠)

نظّم القانون الخاص مسألة المقاولة من الباطن، إذ نصّ القانون المدني الكويتي على جواز أن يعهد المَقاول تنفيذ العمل في جملة، أو في جزءٍ منه، إلى مَقاولٍ من الباطن من حيث الأصل العام، إذا لم يمنعه من ذلك شرطٌ في العقد، أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المَقاول محلّ اعتبار ولا تؤثر. ويظل المَقاول الأصلي مسؤولاً في مواجهة رب العمل عن العقد الأصلي؛ حتى لو وافق رب العمل على المقاولة من الباطن؛ لأنّ المَقاول الأصلي سيكون مسؤولاً -أيضاً- عن أعمال المَقاول من الباطن. (٥١)

ومنح القانون المدني الكويتي (٥٢) امتيازاتٍ للمَقاول من الباطن وللعمال الذين يعملون لحساب المَقاول الأصلي في تنفيذ العمل:

- ١- أن يُطالبوا ربّ العمل مباشرة بما يُستحقّ لهم قبْل المَقاول الأصلي، في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على رب العمل وقت رفع الدعوى.
- ٢- لعمال المَقاول من الباطن رفعُ دعوى مباشرة في مواجهة كلٍّ من: المَقاول الأصلي، ورب العمل في حدود المُستحقّ عليه.
- ٣- للمَقاول من الباطن وللعمال المذكورين في المادة السابقة، أن يستوفوا حقوقهم بالامتياز على المبالغ المستحقة للمَقاول الأصلي، أو للمَقاول من الباطن، ويستوفوا حقوقهم عند تراحمهم بنسبة دين كلٍّ منهم. (٥٣)

(٥٠) وجاء تعريف المَقاول من الباطن بشكل صريح في المادة الأولى من قانون المناقصات الكويتي رقم ٢٠١٦/٤٩: ((المَقاول من الباطن: هو المَقاول المصنّف المسجل الذي يوقع عقداً مع المَقاول الرئيسي؛ لتنفيذ بعض أعمال المشروع بعد اعتماد الجهة صاحبة الشأن)).

(٥١) انظر المادة ٦٨١ من القانون المدني الكويتي.

(٥٢) انظر المادة ٦٨٢ من القانون المدني الكويتي.

(٥٣) انظر المادة ٦٨٣ من القانون المدني الكويتي.



التمييز الكويتية<sup>(٥٦)</sup>. وعليه، لا تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية بالدعوى التي يرفعها الماقل من الباطن، للمطالبة بحقوق ناشئة عن العقد الإداري في مواجهة الجهة الإدارية<sup>(٥٧)</sup>؛ بل تختص به الدائرة التجارية.

وأجاز قانون المناقصات الكويتي (رقم: ٢٠١٦/٤٩) أن يستعين الماقل الأصلي بمتعاقدين من الباطن، بشرط الحصول على موافقة مسبقة مكتوبة من الجهة صاحبة الشأن بخصوص كل عقد من الباطن على حدة، وأن يكون الماقل من الباطن على كفاءة عالية. ولا تُعفي موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن من مسؤولية المتعاقد الأصلي. جاء ذلك واضحاً في المادة ٧١ من القانون المناقصات الكويتي (رقم / (٢٠١٦/٤٩): (١) - يجوز للماقل أن يتعاقد مع ماقول بالباطن يعهد إليه بجزء من التزاماته بشأن تنفيذ العقد، حسب الاختصاصات المنصوص عليها في أصول المناقصة، وذلك بعد الحصول على موافقة خطية مسبقة من الجهة صاحبة الشأن بخصوص كل عقد من الباطن على حدة. ٢- لا يحيد التعاقد من الباطن من مسؤولية الماقل الأصلي عن تنفيذ العقد، ويكون التعاقد من الباطن مشروطاً بأن يكون المتعاقد من الباطن مؤهلاً لتنفيذ الالتزامات الواقعة على الماقل الأصلي، بموجب العقد الأصلي مع الجهة العامة)). ونص القانون الفرنسي للشراء العام -أيضاً- على ضرورة أخذ موافقة من الجهة صاحبة الشأن.

Article L2193-4 Création Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 - art.

((L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement))

(٥٦) حكم محكمة التمييز للطعن رقم ١٤٠، ١٢٨ لسنة ١٩٩٤ تجاري جلسة ١٢/٦/١٩٩٤، منشور في موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثامن، إصدارات الفتوى والتشريع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢١١-٢١٤.

(٥٧) قضاء التمييز الكويتي الإداري حدد بشكل قاطع أن: ((العقد الإداري هو الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد إذا تعلق بسير مرفق عام وأظهرت نيتها بممارستها لأسلوب القانون العام وأحكامه. ....)) حكم رقم ١٩٩٧/٤٣ تجاري جلسة ٨/١٢/١٩٩٧، وعليه، يجب أن تبرم الإدارة بشكل مباشر مع المتعاقد معها؛ أي تنشأ هذه الرابطة مباشرة؛ حتى تتحقق الشروط اللازمة لاعتبار العقد إدارياً.

ولكن يثور التساؤل: في حالة أنه قام المتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن؛ لتنفيذ جزءٍ من الالتزامات دون موافقة الإدارة، ما مصير هذا الاتفاق في مواجهة الجهة الإدارية؟

طبعاً إذا لم تُوافق الجهة الإدارية على التعاقد من الباطن الذي أبرمه المتعاقد الأصلي؛ فإن هذا التعاقد يُعد باطلاً بطلاً مطلقاً، ويُعد تصرف المتعاقد الأصلي إخلالاً جسيماً بأحد التزاماته التعاقدية الجوهرية؛ مما يُعطي الحق للجهة الإدارية بتوقيع جزاءٍ عليه، مثل الغرامة، أو مصادرة التأمين النهائي، أو تعويضٍ للإدارة<sup>(٥٨)</sup>. ويجب أن نؤكد أن التنازل عن العقد هو بمثابة تعديل له؛ أما المقاول من الباطن فلا تدخل في مفهوم تعديل العقد الإداري، حيث إن العلاقة بين المقاول من الباطن والإدارة ليست علاقة مباشرة؛ حتى لو أخذ المتعاقد الأصلي الموافقة من الجهة الإدارية على التعاقد مع جهةٍ أخرى من الباطن للقيام بالعمل.

## المطلب الثاني

### وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه

#### الفرع الأول

#### وفاة المتعاقد

في حالة موت المتعاقد، يرجع مجلس الدولة الفرنسي عادةً إلى شروط العقد، وإلى دفاتر الشروط؛ لترتيب الآثار التي يمكن أن تكون في هذه الحالة. فإذا لم يرد فيها أي تنظيم بشأن هذه المسألة؛ فإن الفقه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد، والتزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى إذا لم تر الإدارة فسخ العقد. ولكن هنا يُفرق الفقه في بعض العقود الإدارية التي تأخذ في الاعتبار شخصية المتعاقد معها، مثل عقود التزام المرفق العام، فيرى الفقيه Jéze أن موت الملتزم في عقود امتياز، أو التزام المرافق العامة؛ يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون (La résiliation de droit).<sup>(٥٩)</sup> ولكن الفقيه دي لوبادير يرى أن القضاء لا يُؤيد الاستنتاج الذي

(٥٨) إحدى الجزاءات التي يمكن أن نطبقها في حال إخلال المتعاقد الأصلي بأحد التزاماته التعاقدية.

(٥٩) سليمان الطهاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ١٩٨٤، ص ٤٠٥.

قاله الفقيه Jéze، ويُستدلُّ بأحكام مجلس الدولة الفرنسي: أن المجلس دائماً يَسْعَى -على قدر الإمكان- للتوفيق بين مُقتضيات سير المرافق العامة، وبين الحقوق التي يستمدُّها الورثة من المُتوقَّ، فعَدَّ أن الموت في عقد الالتزام أو الامتياز يترتب عليه نتائج متعدِّدة، منها:

١. لا يَنسخ العقدُ بقوَّة القانون لمجرَّد موتِ المُلتزم.
  ٢. يؤوَل الالتزام للورثة دون حاجةٍ لمُوافقة الإدارة؛ إلا إذا نصَّ العقدُ على غير ذلك.
  ٣. في حال تضمين عقد التزام عقد الامتياز شرطاً يقضي بضرورة موافقة الإدارة على حلول الورثة محلَّ مُورثهم في تنفيذ عقد الالتزام.
- وعليه، فموتُ المتعاقد لا يُنهي العقدَ بقوَّة القانون، ولكنه يمنح الإدارة الخيارَ بين فسخه، وبين السماح للورثة بالاستمرار في التنفيذ.

أما في مصر، فإن المُشرِّع حَسَمَ الموضوعَ، وقال: إن الموت لا يُنهي العقدَ بقوَّة القانون، ولكن للإدارة الخيارَ بفسخه أو السماح للورثة بالاستمرار في التنفيذ. وهي التي تمنح للجهة الإدارية فسخَ العقد مع ردِّ التأمين إذا لم تكن لها مطالباتٌ في مواجهة المتعاقد، كما لها السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد، بشرط أن يعيَّنوا عنهم وكيلاً، بتوكيلٍ مُصدَّقٍ على التوقعات فيه، وتوافق عليه السلطة المختصة<sup>(٦٠)</sup>.

كما نصَّت اللائحة التنفيذية للقانون المصري السابق، المناقشات العامة، في (المادة: ٧٧)، على حال العقد في وفاة المتعاقد: ((إذا تُوِّقَّ المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخَ العقد مع ردِّ التأمين؛ إذا لم تكن لها مطالباتٌ قبْل المتعاقد، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد؛ بشرط أن يعيَّنوا وكيلاً بتوكيلٍ مُصدَّقٍ على التوقعات فيه، وتوافق عليه السلطة المختصة. وإذا كان العقد مُبرماً مع أكثر من متعاقد، وتُوِّقَّ أحدهم؛ فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع ردِّ التأمين، أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه. ويحصل الإنهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتابٍ مُوصى عليه بعلم الوصول، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات أخرى

(٦٠) د. جورج ساري، د. فواز الجدعي، قواعد وأحكام القانون والقضاء الإداري، الطبعة الأولى، ٢٠١٩، بدون ذكر دار نشر، ص ٢٦٠.



على أن وفاة المتعاقد قد تُؤدِّي إلى إنهاء العقد، ويجوز أن ينتقل العقد إلى الورثة إذا رأت الإدارة ذلك ووافقت عليه.

ووفقاً لنصوص القانون المدني الكويتي مجتمعة، نستخلص أن الموت بذاته مرتبطاً بشخصية المتعاقد إذا كانت محل اعتبار من عدمه؟

**ففي الحالة الأولى:** إذا كانت شخصية المتعاقد ليست محل اعتبار؛ لا ينتهي العقد بقوة القانون، ولكن تُخَيَّر الإدارة بين فسخ العقد وردّ التأمين، أو السماح لورثة المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد بذات الشروط والمواصفات، وبذات الالتزامات، وذلك إذا لم تكن لشخصية المتعاقد معها موضع اعتبار في التنفيذ؛ سواءً من الناحية الفنية أو المالية، أو في حالة ما إذا ثبت أن الورثة توافرت في شأنهم الكفاءة الفنية، أو المالية للتنفيذ، وهذا يسري على سائر العقود الإدارية. (٦٢) أما في الحالة الثانية إذا ثبت أن شخصية المتعاقد محل اعتبار هنا؛ فينتهي العقد بقوة القانون. والأفضل لحلّ هذا الفراغ التشريعي في قانون المناقصات الكويتي، أن يُدرَج نصٌّ في العقود الإدارية ضمن الشروط العامة؛ ينظّم هذه المسألة.

إذا كان المتعاقد مع الإدارة شركة، أو تحالف شركات، وانحلّت هذه الشركة؛ فما مصير العقد الإداري في مواجهة الجهة الإدارية؟

حالة انحلال الشركة المتعاقدة (la dissolution de la société): في هذه الحالة ينتهي العقد بعد إتمام إجراءات الحل نهائياً؛ لأن الشركة شخصٌ معنويٌّ مجازيٌّ، لا ورثة له (٦٣). أما في مدة التصفية فإن الشركة تظلّ قائمة قانوناً؛ ومن ثمّ يجب عليها الاستمرار بالتنفيذ. ويختلف الأمر لو نصّ العقد على إنهاء العقد الإداري بمجرد تصفية الشركة.

كما يمكن تطبيق أحكام قانون الشركات الكويتي (رقم: ١ لسنة ٢٠١٦) في حالة انحلال

(٦٢) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر القانوني، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٦٣٥ وما بعدها. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقها في الكويت، الطبعة الأولى، وحدة التأليف والنشر كلية الحقوق، الكويت، ١٩٩٨، ص ١٩٣ وما بعدها.

(٦٣) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، دار الفكر القانوني، ١٩٨٤، ص ٤٠٧.



كما جاءت (المادة: ٢٦٧) من القانون نفسه على جواز أن يرد نص بعقد الشركة يُجيز استمرارها بين باقي الشركاء إذا لم تكن من الشركات التي نص عليها القانون. ((تنقضي الشركة في حالة وفاة أحد الشركاء بشركة التضامن، أو المحاصة، أو أحد الشركاء المتضامنين بشركة التوصية البسيطة، أو التوصية بالأسهم، أو صدور حكم بالحجر عليه أو بشهر إفلاسه، وذلك ما لم يرد نص بعقد الشركة يجيز استمرارها بين باقي الشركاء..... واستثناءً من حكم الفقرة السابقة، وفي غير شركات المحاصة؛ يجوز لورثة الشريك المتوفى الاستمرار بالشركة كشركاء مؤصين، وفي هذه الحالة تتحول شركة التضامن إلى شركة توصية بسيطة بقوة القانون.))

كما نظم قانون الشراكة (رقم: ١١٦ / ٢٠١٤) هذه المسألة في عقود الشراكة بـ(المادة: ٢٥) حين نص على أنه: في حالة تعرض المستثمر المتعاقد لشهر إفلاسه؛ يجوز لمن يعينه القانون المعني أن يستبدل المستثمر المتعاقد بمسثمر آخر يحل محله لاستكمال مدة العقد، كما أوجب القانون السابق على توافر شروط خاصة يشترط تواجدها في المستثمر الجديد لإتمام هذا الإجراء. (٦٥)

## المبحث الثاني

### تعديل مضمون العقد الإداري

تنفيذ العقود الإدارية يتم التوافق عليه برضا أطراف العقد، فالإدارة من حيث المبدأ لا تستطيع فرض مهل غير متوافق عليها في العقد، وهذا المبدأ ينطبق على كل العقود الإدارية. يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزاماته التعاقدية خلال المدة المحددة في العقد الإداري ودفاتر الشروط. وفي فرضية عدم تحديد مدة التنفيذ في العقد ودفاتر الشروط، فإن مجلس الدولة الفرنسي قرّر أنه يجب أن تكون هناك مدة طبيعية متعارف عليها، تُحدد حسب الظروف

(٦٥) للمزيد حول معرفة الشروط، قانون الشراكة الكويتي رقم ١١٦ / ٢٠١٤ في المادة ٢٥: ((... إذا المستثمر أشهر إفلاسه، جاز للجنة العليا بناءً على طلب أي من الهيئة أو الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهات الممولة - إن وجدت- أن تستبدل بالمستثمر المتعاقد مسثمرًا آخر يحل محله؛ لاستكمال مدة التعاقد. ويشترط أن تتوافر في المستثمر الجديد...)).

وقُدراتِ المتعاقِدِ والعقودِ المشابهة. (٦٦)

CE, Sect., 11 mars 1910, Cie générale française des tramways, n° 16178 ;  
CE, Sect., 2 février 1983, Union des transports publics, n° 34027.

وحيث إن مدة التنفيذ ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسير المرافق العامة، فإن المُشَرِّع يحرِّص على إفرادِ نصوصٍ خاصةٍ بتحديد مدّة التنفيذ، وتحديد الجزاءات التي تُطبَّق على المتعاقد عند إخلاله بهذه المدة أثناء تنفيذ العقد. (المطلب الأول)، وقد يتضمن التعديل حجماً ووسائل الأعمال موضوع العقد الإداري (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعديل مدة العقد

من المبادئ المُسلِّمة أن تنفيذ العقود يتفق مع ما يُوجبه حسنُ النية (٦٨)، وهذا الأصل مطبَّقُ بالعقود الإدارية؛ شأنها شأن العقود المدنية. وعليه، يلتزم كل طرفٍ من طرفي العقد بتنفيذ ما

(66) C.E. 7 Fev 1951, Ville de paris, Leb.P.76.

ونص على هذا المبدأ -أيضاً- الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، في فتواها الصادرة بجلستها المنعقدة في ١/١١/١٩٩٢ حيث قررت أن: ((المتعاقدين وإن لم يُفصحا عن ميعادٍ معين لتنفيذ الالتزام؛ فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمني - يتعين أن يتم في مدة معقولة وفقاً للمجرى العادي للأمر، وطبيعة التعاقد ذاته، والهدف الذي يرنو إليه))، الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر ملف ٣١٥/١/١٥٤ جلسة ١/١١/١٩٩٢ مستشار حمدي عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٧١. (٦٧) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٢.

(٦٨) وقد أكد هذا المبدأ الاجتهاد الإداري المصري: (( حيث أكد أنه يجب أن تخضع العقود الإدارية في تنفيذها إلى حسن النية شأنها شأن العقود المدنية))، حكم المحكمة الإدارية المصرية العليا الصادر في ٢٠/ إبريل / ١٩٥٧ مجموعة أحكام المحكمة العليا، السنة الثانية، ص ٩٣٧، كما أكد القضاء المصري أيضاً: ((...الإدارة عند توقيع الغرامات المالية أن تراعي تناسبها مع درجة الإخلال بالالتزامات، تحقيقاً لمبدأ العدالة التي ينبغي أن تكون رائد الجهات الإدارية في تنفيذ عقودها الإدارية))، حكم محكمة القضاء الإداري المصري في ٢٣ ديسمبر ١٩٥٢، الستان ١٢ و١٣، ص ٣٤. كما أكد هذا المبدأ مجلس الدولة الفرنسي في الأحكام التالية:

- C.E. 9 janvier 1948, Syndicat du contrat de Mokta Marklouf Recueil Lebon.P.13.

- C.E. 23 janvier 1953, Compagnies, Recueil Lebon.P.773.

اتفقا عليه، فإن حاد أحدهما عن ذلك؛ كان مسئولاً عن إخلاله بالتزامه التعاقدية، ويجب حملهُ على تنفيذ الالتزام العقدي، كما أن طبيعة العقود الإدارية تُحَقِّقُ قَدْرًا كَبِيرًا من التوازن بين الأعباء التي يتحمّلها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يتتفع بها، فإذا تَرَتَّبَ على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادةً في أعبائه المالية، أو في مدة تنفيذ المشروع؛ تَرَتَّبَ عليه تقريرُ مقابل مالي؛ ليحفظَ التوازن المالي أو منحه مهلةً إضافيةً للتنفيذ.

كما يجب على الإدارة أن تلتزمَ بتمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته بتمامها، فلا يجوز للإدارة دون سببٍ يتعلّق بالمصلحة العامة أن تُوقِفَ تنفيذَ العقد بوقف العمل في المشروع<sup>(٦٩)</sup>، أو رفض استلام البضائع التي يتم توريدها. كما لا يجوز للإدارة بغير خطأٍ أو تقصيرٍ من المتعاقد، أن تسحب جزءاً من العملية، لتعهد به إلى متعهد آخر، أو أن تنفد العمل بنفسها، فتحوّل بذلك بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته التعاقدية<sup>(٧٠)</sup>.

**التعديل في مدة التنفيذ:** وهي أكثر صور التعديل ممارسة من قبَلِ الإدارة، كتقصير أو تمديد مدة التنفيذ، أو وقفٍ بسبب الظروف المالية، أو عدم كفاية الميزانية.<sup>(٧١)</sup>

ووفقاً لما سبق أعلاه، استقر لنا أن على الإدارة أن تلتزم وتحتزم المدة المقررة بالعقد<sup>(٧٢)</sup> إذا تم النص عليها صراحة، أو إحالة تحديد المدة وفقاً لما نصّت عليه دفاتر الشروط، أو إذا نُصَّ على هذه المدد وفقاً لنصوص القوانين المنظمة لهذه العقود. ولكن تكمن الإشكالية حين يردُّ

(69) CE 22 décembre 1932, Amaurox, Recueil Lebon, p.125.

CE 6 mai 1931, Sous-secrétaire d'État aux Finances, C. Bayon, Recueil Lebon, p.490. (٧٠) (٧١) الإدارة قد ترى إنهاء العقد قبل الأجل المحدد له، حيث تقوم الإدارة بإنهاء العقد - عقد التزام المرافق العامة - قبل المدة المحددة حسب شروط العقد المبرم بينها وبين الملتزم، كما يمكن أن تطلب الإدارة وقف الأشغال العامة من المقاول المتعاقد معها. راجع بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القسطنطينية، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ٩٤.

(٧٢) المدة حاسمة: فهي تحدد الوقت الذي يستغرقه المشروع لإنشاء (اقترح المشروع من قبل السلطة المختصة، وإعداد دراسة الجدوى، وملف العطاء، واختيار المرشحين، وتدريب المشاريع، عقود التمويل مع وكالات الإقراض، البناء، المشتريات، إلخ. وفترة الالتزام التي سيتم خلالها تحصيل الإيرادات؛ مما يسمح لصاحب المشروع بتشغيل المشروع من خلال تغطية نفقاته والفائدة على رأس المال الذي تم استثماره. Guide législatif de la CNUCDI, op. cit., p. 187.



أيضاً- قد يكون الأجر مضموناً من قبيل السلطة الممنوحة التي تحصل على الخدمة عن طريق دفع المدفوعات المحسوبة وفقاً للخدمة. وهذا هو الحال في مشروع محطة الطاقة في شمال الزور (دولة الكويت)، حيث التزمت الدولة من خلالها شراء كميات الكهرباء التي تنتجها الكونسورتيوم لمدة ٤٠ عاماً. (٧٩)

## الفرع الأول

### الفرق بين تجديد العقد وتمديده

- تجديد العقد<sup>(٨٠)</sup> reconduction du contrat

يختلف تجديد العقد عن التمديد، ولا يُعدُّ تجديدُ العقد صورةً من صور تعديل العقد الإداري، حيث يتم التجديد بعد انقضاء مدة العقد، فينشأ عقدٌ جديدٌ، يتميز عن العقد السابق الذي انقضت مدته. (٨١)

قد يكون التجديد ضمناً *reconduction tacite* أو تجديدًا صريحًا *reconduction expresse*. تجديد العقد هو أمرٌ مُفترَضٌ في نهاية مدة العقد يتم تجديده لمدة مماثلة من حيث المبدأ؛ ما لم ينص العقد على غير ذلك. فالنوع الأول هو التجديد الصريح عندما تفصح الإدارة عن نيتها بالتجديد،

délégations d'activités publiques dans l'Union européenne, op. cit., p. 43.

(٧٩) سيكون الكونسورتيوم (الاتحاد المكون من شركة (GDF SUEZ + Sumitomo+ Sagar & Brothers) مسؤولاً عن إنشاء محطة لتوليد الكهرباء تعمل بالغاز تعمل بقدرة ١٥٠٠ ميجاوات إلى جانب محطة لتحلية مياه البحر بطاقة ١٠٧ مليون جالون يومياً (٤٠٥,٠٠٠ متر مكعب/يوم). سيتم شراء إنتاج المصنع بالكامل من قبل وزارة الكهرباء والماء الكويتية بموجب اتفاقية شراء الطاقة والمياه (ECWPA) على مدار ٤٠ عاماً. طبقاً لأبرم أول مشروع للشراكة بين القطاع العام والخاص بإنشاء محطة الزور الشمالية الأولى، وفقاً للقانون رقم ٢٠١٠/٣٩ وتعديلاته، والقانون الملغي رقم ٢٠٠٨/٧ الخاص بعقود البوت والمعدل له بالقانون رقم ٢٠١٤/١١٦ الخاص بعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

(٨٠) نص على ذلك في المادة ١/١٢١٤ قانون مدني فرنسي، أن التجديد يكون: إما من القانون، أو اتفاق الطرفين:

Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.

(٨١) ونص على ذلك ٢/١٢١٤ قانون مدني فرنسي

Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée.



بمثابة تعديل للعقد<sup>(٨٦)</sup>. ولا ينشأ عن تمديد العقد وجود عقد جديد، بل نكون بصدد ذات العقد وبنفس شروطه<sup>(٨٧)</sup>.

يختلف التمديد من الناحية الشكلية: أحياناً يكون صريحاً، وأحياناً يكون ضمناً. ويتحقق التمديد الصريح إذا أفصحت الإدارة عن إرادتها صراحةً في منح المتعاقد مهلةً إضافيةً. ويكون هذا التمديد الصريح -عادةً- استجابةً لطلب المتعاقد نفسه. وقد يكون التمديد ضمناً إذا قررت الإدارة المتعاقدة أن تستلم اللوازم الواردة بعد فوات مدة التنفيذ، دون اتخاذ أيّ إجراءات<sup>(٨٨)</sup> في حق المتعاقد المقصّر<sup>(٨٩)</sup>.

وعلى أية حال، فإن العقد يُنفذ اعتباراً من تاريخ الإحالة أو من تاريخ توقيع العقد؛ ما لم يُنص العقد على غير ذلك، مع كتابة مدة العقد في صيغة العقد<sup>(٩٠)</sup>. ويكون ذلك مُلزماً للجانبين، وعند القيام بإجراء أيّ تعديل من جانب واحد: كأن تقوم بإضافة مواد مثلاً؛ إذا العقد توريد، أو زيادة أعمال، أو تعديل أعمال المقاوله -كماً أو نوعاً-، إذا العقد أشغال عامة، أو يكون من شأن ذلك أن يؤثر على سير العقد، بحيث لا يمكن للمتعاقد إكمال العقد ضمن

(٨٦) د. فؤاد نصر الله عوض، عملية الأسس والأساليب العامة لتكوين العقود الإدارية للمناقصات العامة، بدون ذكر الناشر، ٢٠١٨، الطبعة الأولى، الكويت، ص ٥١٨.

(٨٧) د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية، ملحق خاص، العدد ٢، الجزء الثاني، نوفمبر ٢٠١٧، ص ٣٣٠.

(٨٨) أي دون أن تطبق عليه غرامات التأخير، فهو جزء مقرر على المتعاقد في العقود الإدارية؛ لضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها، وتوقعها الإدارة من تلقاء نفسها، أو تعفي منها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر لتطبيقها على المتعاقد معها.

(٨٩) د. علي خطار شنتاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات الأخرى بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مارس، ٢٠٠٠، ص ١١٠.

(٩٠) من الالتزامات العامة المألوفة للإدارة، هي احترام العقد عمومًا، واحترام المدة التعاقدية هي مجموعة من الالتزامات تلتزم بها الإدارة والمتعاقد على وجهٍ سواء، فعلى وجه الخصوص يعد احترام مدة العقد هو من الأهمية بالنسبة للمتعاقد؛ لذا لا يمكن للإدارة تعديل المدة إلا ضمن ضرورات المرفق العام، وكل إهمال أو مخالفة من قبلها تستوجب المسؤولية. للمزيد انظر د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، النظرية العامة للعقود الإدارية وأحكام إبرامها، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، ص ١٠.

- المدة المتفق عليها، فيكون من حق المتعاقد أن يطلبَ تمديدَ مدة إكمال العقد وفقاً للآتي:
- أن لا تكون مدة التمديد المطلوبة متداخلةً مع مدة العقد الأصليّة.
  - يجب أن تتناسب المدة التي يتطلّبها إجراء التعديل مع مدة العقد الأصليّة، والمادة المطلوب توريدها، أو حجم طبيعة العمل الإضافي للمقولة.

## الفرع الثاني

### تنظيم المدد في القوانين الكويتية للعقود الإدارية

وفقاً لقانون المناقصات الكويتي (٢٠١٦/٤٩) في (المادة: الرابعة): أن تمديد العقد، أو تجديده، مُقيدٌ بضرورة موافقة الجهاز المركزي للمناقصات: ((.....الجهاز المركزي للمناقصات العامة هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية، لها ميزانية ملحقة، وتلحق بمجلس الوزراء، تختص بما يلي:

١) طرح المناقصات العامة، (وما في حكمها من أساليب التعاقد)، وتلقي العطاءات، والبت فيها وإرسائها وإغائها، وتمديد العقود الإدارية وتجديدها....))، كما أكد قانون المناقصات الكويتي (٢٠١٦/٤٩ المادة: ٨٦) أن مسألة تحديد مدة العقد، وكيفية تجديده وتمديده، من الشروط الجوهرية، ويجب أن يتضمنها أي عقد إداري نموذجي. كما نصّت نفس المادة على أنه: يجب أن يُكتَبَ بالعقد الإداري شرطٌ وهو: (أن يحيل إلى قانون المناقصات ولائحته التنفيذية كل ما لم يتم تنظيمه بالعقد وكراسة الشروط (( يلتزم الجهاز بالتعاون مع وزارة المالية وإدارة الفتوى والتشريع، بوضع عقود نموذجية مكتوبة تتضمن الدفاتر والشروط التي يتم بموجبها تنفيذ العقود، وتتألف من: كراسة الشروط العامة، وكراسة الشروط الخاصة: أولاً- كراسة الشروط العامة: تُحدّد نماذج كراسة الشروط العامة المتطلبات الإدارية والمتطلبات الفنيّة التي تسري على جميع عقود التوريد أو مقاولات الأعمال أو الخدمات. .... ثانياً- كراسة الشروط الخاصة: تُحدّد نماذج كراسة الشروط الخاصة والشروط المتعلقة بكل عقد، كما تتضمن الإحالة لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية. ويجب أن تتضمن كراسة الشروط الخاصة على وجه

الخصوص: ٢.....) الإحالة الصريحة إلى مواد القانون واللائحة التنفيذية كجزء من العقد، فيما لم يرد بشأنه نص خاص.)).

وأيضاً يُقيد مسألة تمديد العقد الإداري بموافقة من ديوان المحاسبة إذا تجاوزت قيمة العقد ١٠٠ ألف وأكثر، وعليه نلاحظ أن: قانون إنشاء ديوان المحاسبة قَيّد العقود الإدارية: [عقد التوريد، أو عقد الأشغال العامة، أو أي اتفاق أو عقد يرتب حقوقاً والتزامات مالية للدولة، أو أي شخص معنوي عام - التي تبلغ قيمتها ١٠٠ ألف وأكثر؛ أن تخضع لرقابة ديوان المحاسبة وفقاً لنص [المادة: ١٣ و ١٤ من القانون ٣٠ / ١٩٦٤] الخاص بإنشاء ديوان المحاسبة. - عقود الشراكة وفقاً لقانون (٢٠١٤ / ١١٦)

كما نص القانون الكويتي للشراكة<sup>(٩١)</sup> (٢٠١٤ / ١١٦) الحالي في (المادة: ٣٥) منه على الشروط اللازم توافرها في العقد. ويتضمن نموذج عقد الشراكة الذي اقترحه السلطة جميع المعايير الخاصة بالتجميع التعاقدية: طبيعة العمل، والخدمات التي يجب أن تُقدمها شركة المشروع، وطبيعة الخدمات التي يتعين على شركة المشروع تقديمها، وطبيعة الخدمات التي يتبع موقعه وملكيته لأموال المشروع وأصوله، الالتزامات المالية المتبادلة، سعر بيع المنتج، النظر في المنفعة، شروط التشغيل والصيانة، توزيع المخاطر، مدة العقد، حق القطاع العام في تغيير، أو إنهاء شروط العقد، إجراءات استرداد الممتلكات في نهاية مدة العقد، أو في حالة الإنهاء من جانب واحد في وقت مبكر، المحكمة المختصة في حالة وجود نزاع... (المادة: ٣٥)، وأن تتم صياغتها فيه؛ حتى نكون أمام عقد شراكة نموذجي، ومن هذه الشروط: ((..... يجب أن يُحدد مدة العقد، ومدة الاستثمار، ومدة البناء والتجهيز، أو إتمام أعمال التطوير.))

وفيما يتعلق بمدة تشغيل المشروع، تجدر الإشارة إلى أن قانون الشراكة الكويتي الحالي زاد

(٩١) حدد قانون البوت ٧ / ٢٠٠٨ السابق (الملغي) الضمانات المتعلقة بمدة العقد التي لا يجوز أن تتجاوز ٣٠ سنة ومع ذلك، مع تطبيق مبدأ المرونة؛ يمكن زيادة هذه الفترة بشكل استثنائي إلى ٤٠ عاماً كحد أقصى، وفي حالة عدم وجود شرط تعاقدية في عقد البوت يحدد المدة؛ يجب ألا تمتد مدة العقد لمدة ٢٥ سنة. وباسم قاعدة عدم الأثر الرجعي؛ يمنع المشرع أي إخلال بالعقد المبرمة قبل سنّ قانون عام ٢٠٠٨ (المادة ٦)؛ بمعنى يستمر العمل بها إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها.

الحد الأقصى لمدة عقد الشراكة أن لا يتجاوز (٥٠ سنة)، بدلاً من (٣٠ سنة) التي نص عليها قانون عام (٢٠٠٨)، من إنجاز أعمال التشييد والمعدات (المادة: ١٨). ويهدف على المدى الطويل إلى السماح للشركة بتحقيق عائد على الاستثمار.

كما قيّد سلطة الإدارة بأنه: لا يجوز لها تجديد أو تمديد العقود السابقة المبرمة وفقاً لقوانين سابقة على قانون الشراكة الحالي؛ إلا وفقاً للإجراءات المتبعة وفقاً لقانون الشراكة الحالي (٢٠١٤/١١٦): (( يستمر تنفيذ العقود أو التراخيص التي أبرمت على أملاك الدولة العقارية وفقاً لنظام الشراكة الذي تخضع له قبل العمل بهذا القانون ووفقاً لنصوصها، وإلى انتهاء مدتها المنصوص عليها في العقد، أو تاريخ فسخ العقد، أو إنهائه للمصلحة العامة. ولا يجوز بعد العمل بهذا القانون إجراء أيّ تعديلات على عقود أو تراخيص هذه المشروعات، ولا يجوز تمديدها أو تجديدها، بما يخالف هذا القانون. ٢. يجوز بعد موافقة اللجنة العليا لتمديد العقود أو التراخيص المنتهية وفقاً لنصوصها لمدة لا تتجاوز سنة كفترة انتقالية لمرة واحدة. ٣. عند انقضاء مدة العقد أو الترخيص تؤوّل الأرض والأملاك والمنشآت التي أقيمت بمقتضى هذه العقود أو التراخيص إلى الدولة من تاريخ انقضاء مدة العقد، أو الترخيص، أو أيّ تجديد تم على أيّ منها وفقاً لنصوصها. ٤. يكون إعادة طرح إدارة أو تطوير وإدارة المشروعات التي آلت إلى الدولة وفقاً لأحكام (المادة ٣٠ من هذا القانون).

وبموجب القانون الفرنسي، يُشار إلى الشراكة بين القطاعين: (العام والخاص) على أنها: "عقد شامل، وتعرف أنها: "عقود إدارية يعهد بها الشخص العمومي إلى طرف ثالث، لفترة محددة على أساس فترة استهلاك الاستثمارات، أو شروط التمويل، وهي مهمة عالمية تتعلق بتمويل الاستثمارات، أو الأشغال، أو المعدات غير الملموسة اللازمة للخدمة العامة، أو بناء أو تحويل الهياكل أو المعدات، أو الصيانة، أو التشغيل، أو الإدارة. وإذا كان الأمر كذلك، الخدمات العامة الأخرى التي هي مسؤولة عنها"<sup>(٩٢)</sup>.

(92) art. 14 de l'ordonnance n° 2004-259 du 17 juin 2004 portant sur les contrats de partenariat, JORF, n° 141, du 19 juin 2004) «... contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenus, d'une mission

وعليه، عقدُ الشراكة هو: عقدٌ محددٌ المدة في القانون الفرنسي. يتولَّى الشخصُ العمومي دفعَ مبلغٍ قيمةٍ استغلالِ الخدمة إلى المتعاقد معه، طوال مدة العقد، في كثيرٍ من الأحيان في شكلٍ إيجارٍ.<sup>(93)</sup> والملاحظ أن القانون الفرنسي عدَّ عقدَ الشراكة عقدًا محددًا المدة بصريح نصِّ القانون.

## المطلب الثاني

### تعديلٌ في حجم الأداء، ووسائل تنفيذ العقد

من الحقوق المعترف بها للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد معها، سلطة التعديل بالاتفاق، أو ويارادتها المنفردة؛ لأن ذلك من الشروط غير المألوفة التي تتضمنها العقود الإدارية بوجهٍ عامٍّ، وتُميِّزها عن العقود المدنيَّة<sup>(94)</sup>؛ لتحقيقِ المصلحة العامة. فالجهة الإدارية -هنا- لا تقف عند حدِّ إصدار الأوامر والنواهي فيما يتعلق بتنفيذ العقد، بل يتعدَّى ذلك إلى تغيير التزامات المتعاقد معها في عنصرٍ من العناصر التالية: كمية الأعمال، أو الأشياء محلَّ العقد، شروط التنفيذ المتفق عليها، مدة التنفيذ؛ وذلك إذا دعت إلى ذلك حاجة المرافق العامة، أو المصلحة العامة.

ونظرًا إلى أن فكرة استمرار المرفق العام تفترض مقدّمًا حصولَ تغييرٍ في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه، تبعًا لمقتضيات سير المرفق، وأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نيَّة الطرفين انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق، وتحقيق المصلحة العامة، ولكن لمدى خطورة هذه السلطة المعترف بها للإدارة؛ وجب عند ممارستها لها أن تلتزم بشروطٍ معيَّنة، وهي: أن يكون التعديل وفقًا لأسبابٍ جدِّية، ووفقًا لأوضاع وظروفٍ حقيقيَّة تستدعي التدخل، كما أنه يجب أن يقتصر التعديل على نصوص العقد المتصلة بالمرفق العام؛ أي -بعبارة أخرى- على النصوص اللائحة في

globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de service public dont elle est chargée »

(93) L'ordonnance du 23 juillet 2015, Voir Stéphane BRACONNIER, « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », AJDA, 2015, p. 1795; Mathias AMILHAT, La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne, BRUYLANT, 2014, pp. 106 et s.; Marion UBAUD-BERGERON, Droit des contrats administratifs, LexisNexis, 2ed, 2017, pp. 153-165.

(94) SAROIT BADAUI, Le fait de prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, Paris, 1954.

العقد. وعلاوةً على ذلك؛ يجب أن يقتصر التعديل على موضوع العقد، فلا يفرض تعديلاتٍ تجعل المتعاقد أمام عقدٍ جديدٍ، وألا يؤدي التعديلُ إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وأن تحترم الإدارة قواعدَ المشروعية عند إصدارها لقرار التعديل (الشكل / المحل / سبب الغاية)<sup>(٩٥)</sup>.

ولهذا، تستطيع الإدارة تعديل كميات أو حجم العقد بالزيادة أو النقص، مثلاً: زيادة التزامات المتعاقد، مثل (إضافة حجرات أو ملحقات جديدة بالمباني التي تقرر إنشاؤها)، كما يمكن أن تطلب تعديلاً كمياً بإنقاص التزامات المتعاقد، مثل (إلغاء أجزاء أو حجراتٍ معينة في المباني المتفق عليها).

## الفرع الأول

### صور التعديل

#### ١ - تغيير كمية وحجم الأعمال المتعاقد عليها:

تستطيع الإدارة إصدارَ أوامرٍ تغييريةٍ بتعديل كميات أو حجم العقد بالزيادة أو النقص، في نطاق عقد الأشغال العامة، وأن يتم وفقاً للأسعار والشروط المتفق عليها<sup>(٩٦)</sup>، وتتنوع طرق تعديل كمية وحجم الأعمال من خلال: الطريق الأول " طلب الإدارة زيادة حجم وكميات الأعمال المتفق عليها من خلال الأعمال الإضافية أو المستجدة أو غير المتوقعة. والطريق الثاني: أن يُطلب من الإدارة تخفيض حجم وكميات الأعمال، ويتحقق ذلك بحذف بندٍ مُعينٍ من بنود العقد، أو تخفيض كميته أو حجمه، أو استبدال بندٍ آخر به، وفي كلا الطريقين يُشترط أخذ موافقة الجهات الرقابية ذات الصلة؛ إذا توافرت هذه الرقابة قبل إجراء هذا التعديل.

كما اعتبرت -أيضاً- إدارة الفتوى والتشريع الكويتية أن تخفيض الحد الأدنى لشهادات الدفع بما يتناسب مع قيمة العقد ومدته أمرٌ منوطٌ بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة، باعتبارها

(٩٥) د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٠٢.

(٩٦) المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي - المبادئ والأسس العامة -، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.

القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة - تبعاً لذلك - على تنفيذ شروط العقد. (٩٧)

## ٢- تغيير موقع تنفيذ الأعمال

من حق الإدارة تعديل موقع تنفيذ أعمال العقد<sup>(٩٨)</sup>، إذا واجهت المتعاقد معها صعوبات أو عوائق مادية أو قانونية في موقع التنفيذ<sup>(٩٩)</sup>؛ لذلك فمن حق الإدارة تعديل موقع تنفيذ الأعمال، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك. وعليه، تلتزم الإدارة عند إصدار أمر التعديل أن تتبّع ضوابط سلطة التعديل، ويتم ذلك في إطار حسن النية الواجب عليها في تنفيذ عقودها المختلفة، ويجب على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بالتنفيذ في الموقع الجديد، مع المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى - أي ترتّب ضررٌ فعلي<sup>(١٠٠)</sup> لهذا التعديل - وفقاً لقاعدة حفظ

(٩٧) الفتوى الصادرة من الفتوى والتشريع الكويتية رقم ٢٧٥٨ في ١٢/١٠/١٩٩٧ مرجع رقم ٢/٢٠٥/٩٧. وذهبت إدارة الفتوى والتشريع الكويتية: ((من حيث إن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن العقود كانت مدنية أو إدارية تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يُوجب حسن النية، ولما كان من المسلم به أن جهة الإدارة تملك أن تعدّل في العقد الإداري، سواء فيما يتعلق بالأعمال المراد إنجازها، أو بالشروط المتفق عليها، أو مدة التنفيذ، ومن ثم فإن تخفيض الحد الأدنى لشهادات الدفع بما يتناسب مع قيمة العقد ومدته؛ هو أمر منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة، والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد، وعلى هذا المقتضى فإن لها تقدير الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروفه؛ فتخفيض من الحد الأدنى لشهادات الدفع إن هي قدّرت أن ذلك يحقق صالح المرفق الذي أبرم العقد بشأنه؛ ومن ثم يجوز للوزارة في نطاق سلطتها التقديرية أن تخفض الحد الأدنى لشهادات الدفع الشهرية.))

(٩٨) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسته ١٢/١/١٩٩٩ في الطعن رقم ٢٥٣١ لسنة ٤٠ ق عليا، وانظر أيضاً د. أيمن محمد جمعة، صناعة المقاولات العامة في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ٢٠٠٨، ص ١٦٦-١٦٧.

(٩٩) ويتحقق ذلك في عدم الحصول على موافقة الجهات الحكومية المختصة، أو وجود صخور تحت الأرض تمنع إقامة المباني، أو عدم الحصول على الموافقات الحكومية المختصة، وعليه، تستطيع الإدارة أن تختار موقعاً بديلاً، وأن ينتقل المتعاقد لهذا المكان، بشرط ألا يصيب المتعاقد ضرراً من جرّاء النقل، وفي حال إصابة الضرر؛ يتوجب على الإدارة تعويضه.

(١٠٠) اشترطت الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية؛ ضرورة أن يتوفر الضرر كشرط لتعويض المتعاقد مع الإدارة بسبب تغيير الموقع، الفتوى رقم ٥٤٠ بتاريخ ٦/٧/١٩٩٣ ملف رقم ٧٨/٢/٢١ جلسة ١٦/٥/١٩٩٣، مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، سنة ٤٧ -

التوازن المالي للعقد.

### ٣- تغيير وسائل تنفيذ العقد

العقد الإداري يُبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، ويتضمن العقد شروطاً معينة تم الاتفاق عليها، منها على سبيل المثال: تحديد الوسائل لتنفيذ العقد.

ولكن الإدارة قد تلجأ لتعديل تلك الوسائل المتفق عليها، متى ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة<sup>(١٠١)</sup>، ويكون مثلاً: أن تطلب الإدارة إحلال أسلوب معين، أو طريقة فنية خاصة، أو تغيير وسائل التنفيذ؛ مثل استعمال مادة أفضل للصناعة أو البناء أو العمل محل تلك التي كانت ثابتة بالعقد الأصلي المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها<sup>(١٠٢)</sup>. وقد استقر الفقه على جواز تعديل وسائل التنفيذ المنصوص عليها في عقود الأشغال العامة مثلاً، لفرض وسائل حديثة أكثر تطوراً؛ تُلبي احتياجات المرفق العام<sup>(١٠٣)</sup>.

### ٤- تغيير نوعية الأعمال (الأعمال الإضافية)

تختلف المصطلحات<sup>(١٠٤)</sup> التي تتضمن نوعية الأعمال: فمنها الأعمال الإضافية، والأعمال

٤٨، ص ٣٦٩.

(١٠١) وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية: ((...لحق الإدارة بتعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية...))، للمزيد انظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر جلسة ١٥/١١/١٩٩٢، في الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق عليا، مجموعة الأحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ٣٨ ق الجزء ١، ص ١١٠ رقم ٩.

(١٠٢) د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(١٠٣) د. محمود عاطف البنا العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(١٠٤) الأعمال الإضافية: هي الأعمال التي لم تظهر في العقد ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها، ويجب أن تكون من ذات ونوع الأعمال موضوع العقد. الأعمال التكميلية: هي الأعمال التي يمكن اعتبارها تكملة طبيعية للعقد؛ فيجوز للإدارة أن تطلب من المتعاقد أن يقوم بإنجازها أثناء تنفيذ العقد، وتم محاسبته عليها على أساس الأسعار المدونة في شروط العقد، لذلك تعد تلك الأعمال داخلة ضمن الأعمال الإضافية. الأعمال غير المتوقعة: هي أعمال لم تظهر في العقد وثمنها غير مُبين فيه، ولكنها ليست غريبة عنه؛ ولذلك تتم محاسبة المقاول عليها بصورة مستقلة عن الثمن الوارد في العقد. للمزيد انظر د. سليمان الطراوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة

التكميلية، والأعمال غير المتوقعة. وتتفق كلُّ من الأعمال الإضافية مع الأعمال غير المتوقعة في أنها لا تظهر في العقد؛ إلا أنها تختلف في أن الأولى تتم محاسبة المفاوض عليها على أساس السعر الوارد للأعمال المماثلة للأعمال الأصلية في العقد؛ في حين تتم محاسبة الأعمال غير المتوقعة بعيداً عن الثمن المتفق عليه في العقد؛ بسبب عدم ورود سعرٍ لأيِّ بندٍ من بنود الأعمال في المقايسة. وعلى ذلك، فإن الواقع العمليّ يكشف أن نوعي الأعمال كثيراً ما يتداخلان.<sup>(١٠٥)</sup> وهناك نوعٌ آخرٌ يُطلق عليه الأعمال المستجدة وعدّها الدكتور/ سليمان الطماوي أنها: أعمالٌ موضوعها غريبٌ تماماً عن العقد الأصلي، بحيث لا تربطها به صلةٌ إطلاقاً، أو يحتاج تنفيذها إلى أوضاعٍ جديدةٍ، تختلف كلياً عن تلك التي نصّ عليها العقد، في حين عدّ الدكتور محمود عاطف البنا أن معيارَ غرابة الأعمال عن العقد هو وسيلةٌ لتحديد نوعية العمل، وهو معيارٌ وحده لا يكفي، ويُشترط أن يرتبط معيارُ غرابة الأعمال مع معيارٍ آخر، وهو ألا تكون الأعمال مُدرجةً في مقايسة العملية (موضوع العقد الأصلي).<sup>(١٠٦)</sup> ويتمتع قاضي العقد بسلطةٍ تقديريةٍ في تحديد الأعمال التي أمرت بها الإدارة، وتعد من الأعمال المستجدة، أو من الأعمال الإضافية، أو من الأعمال غير المتوقعة أو غيرها، وذلك بالنظر إلى طبيعة تلك الأعمال ومقارنتها بالأعمال الأصلية؛ آخذاً في اعتباره جميع الظروف ذات الصلة.<sup>(١٠٧)</sup>

فإن الجهة الإدارية يحق لها تكليف المتعاقد بالأعمال الإضافية<sup>(١٠٨)</sup>، وهي الأعمال التي تكون من نوع وجنس الأعمال الأصلية، بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلةً للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد، بكل نوعٍ أو جنسٍ من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية.

الرابعة، ١٩٨٤، ص ٤٤٥ وما بعدها.

(١٠٥) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٤٤ - ص ٤٧١.

(١٠٦) د. محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري في الأموال العامة والوظيفة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة.

(١٠٧) د. طارق عبد الرؤوف، النظرية العامة للعقود الإدارية وأحكام إبرامها، الجزء الأول، المرجع السابق ٦٣٦.

(١٠٨) أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية، بجلسته ٢٩ / ٤ / ١٩٨٩ في الطعن رقم ١٩٤٤ لسنة ٣٣ ق، علماً، السنة ٣٤، الجزء الثاني، ص ٩٣٢: ((... على أن يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلةً للتنفيذ، والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوعٍ أو جنسٍ من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية...))



أو التقصان في توريد بعض المواد (محل التعاقد)، أو يكون تعديلاً نوعياً في بناء ملعب تابع لمدرسة، ويتم تغييره لجعله ملعباً تابعاً للنادي مثلاً. ولكن دائماً يُعد محل التعديل مقيداً بقيود تحد من قدرة الإدارة أو اتفاق الطرفين للتعديل:

### أولاً - محتوى التعديل:

١ - في الواقع، لا يُسمح بأي تغيير يمكن أن يؤثر على التوازن المالي للعقد<sup>(١١٢)</sup> أو يُزعج الطبيعة بشكل كبير<sup>(١١٣)</sup>؛ لأننا سنواجه بعد ذلك "عقداً جديداً"<sup>(١١٤)</sup>. والملاحظ أن مسألة تحديد ما إذا كانت التعديلات تدخل في موضوع العقد أم لا؟ مسألة جد دقيقة، ولا يوجد لها معيارٌ يمكننا أن نُميز الالتزامات التي تدخل في ضمن موضوع العقد الأصلي، وتلك التي ليس لها علاقة به، وأورد بعضُ الفقه أمثلةً للتعديلات التي تُغيّر موضوع العقد مثلاً، ولا تستطيع الإدارة أن تستبدل مرفق الإضاءة بمرفق للنقل، فمثل هذه التعديلات وإن كانت تتبنّى فكرة

(112) Voir Philippe COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 729 et 755 ; Laurent VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, pp. 443 et s.

(١١٣) لا توجد معايير تحد ما هو "جوهرى" في العقد، وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة باريس ومحكمة الاستئناف الإدارية بمدينة مرسيليا.

(Voir CAA Marseille 21 octobre 2011, Société SCAM, 08MA04768; CAA Paris 17 avril 2007, Société Keolis, 06PA02278 (... Considérant que la légalité d'un avenant à une délégation de service public doit s'apprécier uniquement au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel de la délégation et non du bouleversement de son économie.....) ;

لكن ما يجب أن نتذكره هو أن حدوث اضطراب كبير قد ينطوي على تغيير كبير في العناصر التي بدونها لا يمكن تشكيل عقد بشكل صحيح، مثل: (الغرض، المدة، شروط الأجر) أو تلك التي بموجبها قد عقد الطرفان العزم على إبرام العقد (مثل حجم الاستثمار).

(114) DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.) et DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, t. 2, 1984, p. 195. ; Laurent RICHER et François LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10e éd. 2016, pp. 616-618.

محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص. ٩٠٧.

المصلحة العامة إلا أنها تُعَيَّرُ موضوعَ العقد في جملته؛ وهو أمرٌ غيرُ جائز<sup>(١١٥)</sup>.

كما يجب على الجهة الإدارية ألا تستخدم سلطتها وتتحايل في التعديل؛ بإضافة أعمالٍ جديدةٍ تخرج عن موضوع العقد، ولم ترد في كراسة الشروط. وأكدت ذلك المحكمة الإدارية الاستئنافية لمدينة ليون الفرنسية، في حكمها الصادر في [١٥ / ديسمبر / ٢٠١١].<sup>(١١٦)</sup>

وتتنوع هذه التغيرات في شكلٍ ونوعيةٍ وكميةٍ الأشغال، أو أيّ جزءٍ منها قد يراه ضرورياً مثلاً: إما أن يزيد أو يُنقص في كمية أيّ عملٍ يشملهُ العقدُ الأصلي، أو أن يحدفَ أيّ عملٍ، أو يغيرَ صفةً أو نوعيةً أو نوعَ الشغل، أو أن يغير في مستوى أو تخطيط أو مواقع أو أبعاد أيّ جزءٍ من الأشغال، ولكن جميع هذه التغيرات تخضع لقيودٍ في بعض العقود الإدارية؛ لما لها من خصوصيةٍ، وخاصةً الشروط التي تخضع للتعديل بالإرادة المفردة للجهة الإدارية.

فعلى سبيل المثال: فضل الكثير من المؤلفين الطابعَ المختلطَ لعقد الامتياز<sup>(١١٧)</sup>، وكيف أن لهذه الطبيعة المختلطة أثراً على الشروط التعاقدية، (الشروط التي تحدد المزايا التي يمنحها صاحب الامتياز لصاحب الامتياز، أي الضمانات المالية) لا يمكن تغييرها إلا بموافقة

(115) BADAUI (SAROIT), Le fait de prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, Paris, 1954, p113.

(١١٦) وتتلخص وقائع النزاع: أن الجهة الإدارية تعاقبت مع أحد الأشخاص الخاصة (شركة) لبناء مظلة في أحد الأندية الرياضية، وعقب إبرام العقد وأثناء تنفيذه أضافت أعمالاً إضافية، تتمثل في قيام المتعاقد بتزيين المظلة بأعمال الإنارة واللوحات الضوئية وأعمال الليزر؛ ما دفع مجلس الإدارة للشركة المتعاقدة بالظن بقرارات إضافة تلك الأعمال والبنود الإضافية؛ فقررت المحكمة إبطال إضافة الأعمال الإضافية وبقاء العقد الأصلي؛ لأن الجهة الإدارية بعد طرح موضوع للتعاقد تم إدراج بنود لم ترد في كراسة الشروط، فهو يعد تحايلاً مخالفاً للقانون، وكان على جهة الإدارة توضيح احتياجاتها الفعلية وقت إعداد كراسة الشروط.

CAA Lyon 15 Décembre 2011, Association des contribuables actifs du Lyonnais, communauté urbaine de Lyon, Req.No. 11 ly00242, AJDA, NO 18,2012, P.122.

(117)Xavier BEZANÇON, Essai sur les contrats de travaux et de services publics, Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique, LGDJ, 1999. p. 421 ; Jean DUFAU, Les concessions de service public, éditions du Moniteur, 1979, p. 37 ; Paul ORIANNE, La loi et le contrat dans les concessions de service public, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 99 ; Michel PÂQUES et Louis- Paul SUETENS, De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative, Bruxelles, 1991, p. 203.

الطرفين.

في حين أن البنود التنظيمية من شروط العقد (البنود المتعلقة بتنظيم وتشغيل الخدمة العامة ممنوحة، أي القواعد يمكن تغيير وضع الموظفين ومعدلات الاستخدام) يجوز تعديلها من جانب واحد من قبل السلطة المانحة للامتياز. وبعبارة أخرى، فإن الالتزام بين الشخص العام والمتعاقد معه من القطاع الخاص "هو عقد وفعل سلطة في آن واحد"<sup>(118)</sup>.

أخيراً، فإن الأمر كله يتعلق بفكرة تكييف "المعرض التعاقدي" مع سيادة الدولة، ومن وجهة النظر هذه، من المناسب أن نذكر ما قاله البروفيسور (ويل) أن "ما هو تعاقدي هو الاقتصاد المالي للعقد ككل، وما هو مسألة سيادة الدولة هو كفاية العلاقات التعاقدية لتلبية الاحتياجات العليا للدولة وشعبها"<sup>(119)</sup>. يشير هذا النص إلى أن اتفاق الامتياز يحتوي على نوعين من الأحكام: أحدهما تعاقدية، والآخر تنظيمية<sup>(120)</sup>. وعليه، يجوز تعديل الشروط المتعلقة بالجانب التنظيمي بالإرادة المنفردة.

#### ثانياً- التعديلات التعاقدية:

١- يمكن تعديل العقد عندما تكون التغيرات -بصرف النظر عن حجمها وقيمتها- منصوصاً عليها بالمستندات التعاقدية الأصلية في شكل بنود مراجعة -يجوز إعادة النظر فيها- بما في ذلك شروط تغيير الأسعار، أو الخيارات الواضحة وغير الغامضة.

وهذا ما نص عليه قانون المناقصات الكويتي (٢٠١٦/٤٩) في المادة: مادة (٨٦) العقد

(118) Nimrod Roger TAFOTIE YOUMSI, Build, Operate and Transfer, Modalité de partenariat public-privé, Approche Law and Economics, éd. Larcier, 2013, p. 191 ; Paul ORIANNE, La loi et le contrat dans les concessions de service public, Bruxelles, Larcier, 1961., p. 97. Il est à noter que cette théorie de la double nature du contrat, n'est pas reconnue par le droit positif français, car en dépit de clauses et d'effets réglementaire, les actes qualifiés de mixtes sont traités comme des contrats. Laurent RICHER et François LICHÈRE, Droit des contrats administratif, 10e éd., LGDJ, 2016., p. 67.

(119) Prosper WEIL, Écrits de droit international: Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux, Paris, PUF, 2000., pp. 322-323.

(120) Yves MADIOT, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, LGDJ, 1871, p. 243.



من السلطة المختصة بتقديره، أو الحصول على موافقة جهةٍ أخرى غير الجهة المتعاقدة، على حسب العقود الإدارية التي قيدها المشرع بقوانينٍ أو شرطٍ منصوصٍ عليه بالعقد.

#### - الموافقة المسبقة لديوان المحاسبة:

قيّد قانون إنشاء ديوان المحاسبة الكويتي العقود الإدارية<sup>(١٢٢)</sup> - عقد التوريد، أو عقد الأشغال العامة، أو أي اتفاق، أو عقد، يرتب حقوقاً والتزاماتٍ ماليةً للدولة، أو أي شخصٍ معنويٍّ عام - التي تبلغ قيمتها ١٠٠ ألف وأكثر؛ أن تخضع لرقابة ديوان المحاسبة وفقاً لنص (المادة ١٣ و ١٤ من القانون ١٩٦٤/٣٠) الخاص بإنشاء ديوان المحاسبة. كما صدر تعميمٌ من ديوان المحاسبة (رقم/ ٢ لسنة ١٩٨٩) بشأن الأوامر التغييرية، التي تصدر على مختلف أنواع الارتباطات، ونصاب رقابة ديوان المحاسبة الكويتي بأن تُحسب قيمة كل أمرٍ تغييريٍّ يحتوي على أعمالٍ مضافةٍ فقط، أو أعمالٍ محذوفةٍ فقط، أو مجموعهما معاً - بمجموعةٍ قيمة الزيادة أو النقصان - تكون تحت رقابة ديوان المحاسبة المسبقة<sup>(١٢٣)</sup>، أي إنه إذا بلغ الأمر التغييري الواحد مائة ألف دينارٍ كويتيٍّ وأكثر؛ خضع من الناحية المالية دون الناحية الفنية. وفي تحديد هذه القيمة تكون العبرة بمجموع قيمة الزيادة أو النقص معاً (المجموع غير الجبري).

تحديد قيمة الأوامر التغييرية لا يكون نهائياً ومنتجاً لآثاره إلا إذا استوفى كافة ما يطلبه القانون من إجراءات، ومنها: الحصول على موافقة ديوان المحاسبة. وإذا تعدّر الاتفاق بين الوزارة وديوان المحاسبة حول الأسعار والأوامر التغييرية، فإنه يتعين عرضُ وجهتي نظر الوزارة وديوان المحاسبة على مجلس الوزراء، لالتخاذ ما يلزم.

(١٢٢) نص دستور الكويت في المادة ١٥١ على ضرورة إنشاء جهاز يتولى الرقابة المالية من مراقبة تحصيل إيرادات الدولة، كالرقابة على الجهاز الحكومي، ومراقبة انفاق مصروفات الدولة في حدود الاعتمادات الواردة في الميزانية ((ينشأ 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)). وبهذا طبق المشرع النص الدستوري بصدور قانون إنشاء ديوان المحاسبة بالقانون رقم ١٩٦٤/٣٠ وهو هيئة مستقلة تلحق بمجلس الأمة الكويتي.

(١٢٣) فتوى إدارة الفتوى والتشريع الكويتية رقم ٣٣٠٦ بتاريخ ٩/١٠/٢٠٠١. مرجع ٩٩/٦٨/٢.

(المادة/ ٣١) من قانون الشراكة الكويتي: (يراقب ديوان المحاسبة جميع عقود الشراكة رقابةً سابقةً ولاحقةً، حيث إنه تخضع جميع عقود الشراكة التي تُبرم وفقاً لأحكام هذا القانون بما فيها العقود الاستشارية للرقابة المسبقة واللاحقة لديوان المحاسبة؛ وفقاً لقواعد الرقابة المنصوص عليها في القانون (رقم/ ٣٠ لسنة ١٩٦٤) المشار إليه.

وتُحدّد اللجنة العليا النظم والإجراءات المحاسبية السنوية للهيئة. ويكون للهيئة مراقب حسابات أو أكثر يُعيّن بقرار من وزير المالية للسنة المالية التي عُيّن لها، وتُحدّد أتعابها عنها.

- رقابة إدارة الفتوى والتشريع الكويتية على الأوامر التغييرية التي تجاوز ٧٥ ألف دينار

جاء بالفقرة الثانية من (المادة الخامسة من المرسوم الأميري رقم/ ١٢ لسنة ١٩٦٠) بشأن تنظيم إدارة الفتوى والتشريع؛ لا يجوز إبرام أيّ عقدٍ تتجاوز قيمته ٧٥ ألف دينار إلا بعد استفتاء إدارة الفتوى والتشريع -كإجراء قانوني- ((لا يجوز لأية دائرة أو مصلحة أو هيئة حكومية أخرى؛ أن تُبرم أو تقبل أو تحيز أيّ عقدٍ أو صلحٍ أو تحكيمٍ في موضوعٍ تزيد قيمته عن مليون روبية بغير استفتاء الإدارة)).

ووفقاً لموضوعنا، الأوامر التغييرية يُشترط وفقاً لما ورد أعلاه، أن تُحيل الجهة الإدارية المتعاقدة جميع الأوامر التغييرية التي تتجاوز ٧٥ ألف دينار للفتوى والتشريع في حالات: أولها- إذا كانت الأوامر التغييرية غير داخلية في نطاق العملية الجاري تنفيذها بموجب العقد باعتبارها عقوداً جديدةً.

ثانيها- إذا تجاوزت الجهة المتعاقدة النسب المحددة في العقد.

وثالثها- إذا كان العقد لا يتضمّن تصريحاً للجهة المتعاقدة أو أوامر تغييرية. (١٢٤)

-رقابة مجلس الجهاز المركزي للمناقصات الكويتي، حيث إن بعض الدولة عندما نظمت بعض العقود الإدارية وضعت نسباً يجب ألا يتم تجاوزها في حال التعديل.

فمثلاً: في قانون المناقصات الكويتي الحالي؛ نصَّ على: أن نسبة التعديل لا تزيد عن ٥٪ وفي حال التجاوز اشترط موافقاتٍ من جهات مختصة، كما يجب أن يتوافر -أيضاً- الاعتماد المالي<sup>(١٢٥)</sup> لذلك التغيير. ووفقاً لنص (المادة / ٧٤) من القانون السابق ((لا يجوز للجهة صاحبة الشأن إصدار أوامر تغييرية في مناقصة العقود الخاضعة لأحكام هذا القانون تجاوز المجموع غير الجبري لقيمتها، سواءً بالزيادة أو النقص (٥٪) خمسة في المائة من مجموع قيمة العقد؛ إلا بموافقة مجلس الجهاز على الطلب خلال مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ تقديمه، وتصدرُ الموافقةُ بناءً على مُذكرةٍ مُسبَّبةٍ من الجهة صاحبة الشأن، مصحوبةً برأي الجهة المُشرفة على التنفيذ -إن وجدت-)).

وهناك قيدٌ على الجهة الإدارية هو: عدمُ جواز تجزئة الأمر التغييري إلى مراحل، أو عدة أوامرٍ تغييريةٍ متجزئةٍ؛ إذا كان القصدُ منها الهروبُ من رقابة الجهاز المركزي للمناقصات، أو رقابة ديوان المحاسبة.

لا يجوز لأيِّ جهةٍ صاحبة الشأن إصدارُ الأوامر التغييرية<sup>(١٢٦)</sup> على عقود المشاريع الإنشائية تزيد عن ٥٪ من القيمة الأصلية للعقد؛ إلا بعد الرجوع لوزارة التخطيط لدراسة أسباب تلك الأوامر، واتخاذ القرار المناسب بشأنها مع مُراعاة ما ورد بالمادة: ٧٤ من قانون (٢٠١٦/٤٩)

(١٢٥) مادة (٧٦) من قانون المناقصات الكويتي ٢٠١٦/٤٩: ((يشترط في جميع الأحوال التي تصدر فيها أوامر تغييرية وفقاً للمادتين السابقتين وجود اعتماد مالي لدى الجهة صاحبة الشأن)).

(١٢٦) الأوامر التغييرية: هي الأوامر التي تصدرها الإدارة صاحبة التعاقد أو المناقصة بعد التوقيع على العقد، أو بالمفهوم الآخر في أثناء تنفيذ العقد والتي نفذ المناقص فيه بنود العقد طبقاً لشروطها المتضمنة في وثائق ومستندات المناقصات، وتتكون في دفتر الشروط العامة للمناقصة أو الممارسة. للمزيد انظر د. فواد نصر الله عوض، عملية الأُسس والأساليب العامة لتكوين العقود الإدارية للمناقصات العامة، مرجع سابق، ص ٥٢٠.

ويقصد من وراء الأوامر التغييرية إلى تعديل التزامات المتعاقد هذه الشروط، بزيادة أو انقاص أو تخفيض؛ على أن يكون بالطريقة الجبرية على الجميع ما بين الزيادة أو ما بين الانخفاض كل على حدة ومستقل عن الآخر، ويستدعي ذلك بالضرورة الحصول على موافقة المتعاقد قبل إصدار القرار. للمزيد انظر، د. يسري العصار، طبيعة الأوامر التغييرية والأعمال الإضافية ومدى علاقتها بالمناقصات العامة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص ٦.



أما في مصر فقد نصّت اللائحة التنفيذية<sup>(١٣١)</sup> لقانون تنظيم التعاقدات (رقم: ٢٠١٨/١٨٢) المصري بشأن تعديل حجم العقد وقيّمته في (المادة ٩٦): ((يجب على الجهة الإدارية تحديداً احتياجاتها الفعلية والضرورية، لسير العمل على أساس دراسة واقعية وموضوعية، ومع ذلك إذا استجدت أثناء التنفيذ ما يوجب تعديل العقد، فيتمّ التعديل بقيمة لا تتجاوز ٢٥٪ من كمية كلّ بند من المقاولات، وبما لا يتجاوز ١٥٪ من كمية كلّ بند لباقي العقود مع تضمين شروط الطرح مضمون ذلك، مع تعديل المدة المناسبة أو البرنامج الزمني.....))، كما نصّت المادة نفسها على عدة شروط يجب توافرها لإتمام التعديل، مثل: موافقات جهات معينة، وجود الأسباب التي تستدعي التعديل، وجود اعتماد ماليّ إذا تمّ التعديل بالزيادة، أن يكون التعديل خلال فترة تنفيذ العقد، وتوضّع جميع التعديلات بملحق بالعقد.

(١٣١) اللائحة التنفيذية رقم ٢٠١٩/٦٩٢ لقانون تنظيم التعاقدات المصري التي تبرمها الجهات العامة الصادرة بالقانون رقم ٢٠١٨/١٨٢، تم نشرها بمجلة الوقائع المصرية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١/أكتوبر/٢٠١٩.

## الخاتمة

يتميز العقد الإداري عن العقد الخاص بأنه: يهدف لتحقيق الصالح العام، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطّراد، ولكنّ مبدأ الحرية التعاقدية يتحدّد في العقد الخاص بحدود مصالح الأطراف المتعاقدة، بعكس العقود الإدارية؛ فإنّ هناك إطاراً عاماً يحدّ من الحرية التعاقدية للإدارة في إبرام هذه العقود، بدأ من مسألة اختيار المتعاقد، ثم سلطة إبرام العقد لمن يمنح (الاختصاص)، وعند تنفيذ العقد تمنح الإدارة سلطات ليس لها مثيل في القانون الخاص، وهي: سلطة تعديل العقد الإداري، أو فسخ العقد الإداري، وإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة للمصلحة العامة... إلخ.

مبدأ العقد شريعة المتعاقدين: هو مبدأ ساري المفعول لحظة إبرام العقد بشكل عامّ، أما في أثناء تنفيذ العقد الإداري - خاصة - وهي المرحلة اللاحقة لإبرام العقد؛ فيظهر حقّ التعديل *la modification* موضوع بحثنا، وفرض القانون الإداري وأحكام القضاء قيوداً على الإدارة لا بدّ من مراعاتها عندما تنوي استخدام سلطتها بتعديل العقد الإداري - سواءً بالاتفاق، أو بالإرادة المنفردة.

وعليه؛ فإنّ عملية التعديل تجري على هويّة المتعاقدين، أو على أمورٍ تنظيميّة أكثر مما تجري على أمورٍ تعاقدية، وإذا طرأ هذا التغيير في تفاصيل العقد من مدة أو إضافة أو إنقاص أعمال، فذلك يستوجب - بالمقابل - حقاً للمتعاقد مع الإدارة بالتوازن المالي *l'équilibre financier*، كما يشترط أن يكون التعديل وفقاً لما تقتضيه حاجة سير المرفق العام أو حسن تنفيذه، وألا يتغيّر جوهر العقد من جرّاء التعديل، ويبقى محافظاً على موضوعه<sup>(١٣٢)</sup>.

(١٣٢) استقر القضاء الفرنسي - مجلس الدولة الفرنسي - وأقر سلطة التعديل الانفرادي، وأحقية الشخص العام في تعديل العقد بإرادته المنفردة، شريطة ألا يمس هذا التعديل الجوانب المالية والاقتصادية للعقد، وفي مقابل ذلك، للمتعاقد الحق في التعويض الكامل وفقاً لنظرية فعل الأمير، أو الحق في التعويض إذا ترتب على هذا التعديل ضرر للمتعاقد وبمصالحه الخاصة. للمزيد اطّلع على الأحكام التالية:

-C.E 21 mars 1910, Compagnie Générale Française Des Tramways, Rec, P.216.

-C.E2 Mai 1985, Ministre des P.T.T c. Ricard, Rec, P.144.

-C.E 12 Mars, 1999. SA Meribel, Rec, P.61.

تناولنا في هذه الدراسة نطاق سلطة تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه، من خلال مبحثين: الأول- وهو تعديل هوية أحد أطراف العقد، ويتحقق ذلك من خلال التنازل عن العقد، أو وفاة المتعاقد، أو إفلاسه وإعساره. وفي هذا المبحث عرضنا بعض الإشكاليات التي يُمكن أن تختلط مع مُسمّياتٍ أخرى، مثل: عقد المقاولة من الباطن، ومدى تأثير شخصية المتعاقد في العقد، ومدى تأثير قواعد المنافسة على مسألة تعديل العقد الإداري. أما المبحث الثاني - فتناولنا فيه مضمون تعديل العقد الإداري - بمعنى آخر محل التعديل المسموح - إمّا أن يكون تعديل مُدة العقد، أو تعديل بعض مواضع العقد الإداري، دون أن ندخل في عقدٍ جديد، على سبيل المثال يكون تعديل الكميات أو الطرق أو المواد المستخدمة.

### النتائج:

١- اتضح لنا أن العقد الإداري له خصوصية خاصة، تميّزه عن باقي عقود القانون الخاص؛ لاتصاله بالمرق العام وبنشاط عام؛ ولأنها تهدف لتحقيق المنفعة العامة والمصلحة العامة، والتي معها تُوضع قيودٌ تُحد من الحرية التعاقدية للطرفين، أو لها - أن يكون التنفيذ الشخصي للعقد الإداري يعني التعاون الشخصي مع الإدارة لتنفيذ العقد؛ وذلك لضرورة التواجد المستمر للمتعاقد أو لممثله القانوني في مكان إنجاز المشروع.

٢- ضرورة اتباع قواعد المنافسة التي من خلالها تم اختيار المتعاقد، فلا يجوز للجهة الإدارية استبدال المتعاقد إلا وفقاً لقواعد المشروعية، وإذا لم يتواجد قانون ينظم هذه المسألة، نرجع لشروط العقد الإداري، وما يرتب على ذلك من نتائج، أهمها: عدم جواز التنازل عن العقد كلياً أو جزئياً، أو المقاولة من الباطن دون موافقة الإدارة، أو اتباع الإجراءات اللازمة لذلك، وفقاً لما حثته الطبيعة الإدارية للعقد الإداري، ووفقاً لما تتطلبه شروط العقد والقوانين واللوائح التي تُنظم هذه العقود.

٣- ويجب أن تشمل سلطة التعديل للإدارة الأعمال الإضافية التي تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية، بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلةً للتنفيذ

والمحاسبة المالية مع المتعاقد الأصلي عن ذات الفئات والأسعار. أما إذا كان موضوع الأعمال مُبْتَنِيَةً الصِّلَةَ عن الأعمال الأصلية؛ فيجب طرحها بمناقصة منفصلة، أو باتفاقٍ مُباشِرٍ بموافقة السلطة المختصة مع المتعاقد الأصلي أو غيره، حسب حالة الضرورة الفنيّة وحاجة المرفق العام.

٤- يُعَدُّ محلُّ التَّعْدِيلِ مُقَيَّدًا بَقِيُودٍ تُحَدِّدُ مِن قُدْرَةِ الإِدَارَةِ أَوْ اتِّفَاقِ الطَّرْفَيْنِ لِلتَّعْدِيلِ، وَيَجِبُ أَلَّا يَمَسَّ التَّعْدِيلُ مَضْمُونِ العَقْدِ بِشَكْلِ كُلِّيٍّ؛ فَنَكُونُ أَمَامَ عَقْدٍ جَدِيدٍ، وَأَلَّا يَمَسَّ التَّعْدِيلُ التَّوَاظُنَ المَالِيَّ لِلعَقْدِ الإِدَارِيِّ، وَالْحِفَاطَ عَلَى حَقُوقِ المَتَعَاقِدِ مَعَ الجِهَةِ الإِدَارِيَةِ.

٥- يجب احترام النسب المقررة لتعديل بعض العقود الإدارية، ولا يجوز تجاوزها إلا وفقاً لما نص عليه العقد أو اللوائح والقوانين المنظمة لبعض العقود، وأتباع جميع الشروط اللازمة لذلك، سواء كانت الحصول على موافقات من الجهات المختصة، أو توافر اعتمادات مالية.

٦- في عقود الامتياز: يجب أن نؤكد أن لها خصوصية؛ لأنها تحتوي على نوعين من الأحكام: أحدهما تعاقدي، والآخر تنظيمي. وعليه، يجوز تعديل الشروط المتعلقة بالجانب التنظيمي بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية؛ لأنها تتعلق بسير مرفق عام.

#### التوصيات:

١- كما يجب أن تُنظَمَ العَقُودُ الإِدَارِيَةُ الخَاضِعَةُ لقانون المناقصات العامة الكويتي مسألة وفاة المتعاقد الأصلي، أو شهر إفلاسه عند إبرامها، ووضع شروط واضحة في العقد الإداري (الشروط العامة)، تُنظَمُ هذه المسائل بشكلٍ يحفظ لنا مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

٢- كما أن قانون المناقصات لم ينص بشكل واضح على شروط التنازل عن العقد، وهل يتطلب اتباع قواعد المنافسة عند إحلال متعاقد جديد، مثلما فعل قانون الشراء العام في القانون الفرنسي، وترك الموضوع لإرادة المتعاقدين تحديده بشروط العقد، وكان من الأفضل في التعديل الأخير أن يضع إطاراً عاماً لعملية التنازل عن العقد وشروطه، مثلما فعل مع قانون الشراكة الكويتي (رقم: ١١٦/٢٠١٤).

## المراجع

- أولاً- المراجع العربية:
  - (١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الثالثة، (٢٠٠٠).
  - (٢) د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحلبي، بيروت، (٢٠١٢).
  - (٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الأصول الإسلامية للقانون الإداري المعاصر، دار النهضة العربية، طبعة (١٩٩٩).
  - (٤) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، الكويت، الطبعة الأولى، (١٩٩٨).
  - (٥) د. ياسر الصيرفي، نطاق تطبيق القانون (٢٠٠٨/٧) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة، وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون (رقم/١٠٥/١٩٨٠) دراسة مقدمة في مؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، المنعقد في جامعة الكويت، كلية الحقوق، للفترة [٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨].
  - (٦) د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية، وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الثاني، دار أبو أمجد للطباعة، الهرم، (٢٠٠٤).
  - (٧) د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، (١٩٩٦).
  - (٨) د. سمير اسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، (١٩٧٥).
  - (٩) د محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها- دراسة مقارنة دار الثقافة الجامعية، سنة (١٩٩٥).
  - (١٠) د. سليمان الطهاوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، (١٩٩١).

- (١١) د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار النهضة للنشر والتوزيع، العالمية، عمان، (٢٠٠٢).
- (١٢) د. جورج ساري، د. فواز الجدعي، قواعد وأحكام القانون والقضاء الإداري، الطبعة الأولى، (٢٠١٩)، بدون ذكر دار نشر.
- (١٣) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠٣).
- (١٤) بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القسطنطينية، (٢٠١١-٢٠١٢).
- (١٥) د. فؤاد نصر الله عوض، عملية الأسس والأساليب العامة لتكوين العقود الإدارية للمناقصات العامة، بدون ذكر الناشر، الطبعة الأولى، الكويت، (٢٠١٨).
- (١٦) د. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية، ملحق خاص، مجلة كلية القانون العالمية الكويت، العدد ٢، الجزء الثاني، (نوفمبر ٢٠١٧).
- (١٧) د. علي خطار شنطاوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات الأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، (مارس، ٢٠٠٠).
- (١٨) د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، النظرية العامة للعقود الإدارية وأحكام إبرامها، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، (٢٠١٨).
- (١٩) د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، (٢٠٠٢).
- (٢٠) المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي - المبادئ والأسس العامة - منشأة المعارف، الإسكندرية، (١٩٩٨).
- (٢١) د. أيمن محمد جمعة، صناعة المقاولات العامة في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، (٢٠٠٨).
- (٢٢) د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي،

(١٩٧٦).

٢٣) د. محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري في الأموال العامة والوظيفة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة.

٢٤) د. عزيزة الشريف، القانون الإداري ٢، أساليب الإدارة العامة وخضوعها لمبدأ سيادة القانون، الجزء الأول، مؤسسة، دار الكتب للطباعة والتوزيع، الكويت، طبعة (٢٠٠٣).

#### ثانياً- المراجع الأجنبية:

- 1) P.M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 7<sup>ed</sup>, (2004).
- 2) G. jéze., *les principes généraux de droit administratif B.I.D.P.*, Paris, (1939), p1.
- 3) Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, Paris, (1950)
- 4) Laurent Richer et François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., (2016).
- 5) -Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., (2011).
- 6) Didier R. MARTIN, « Du changement de contractant », D, n° 39, (2001), chron.
- 7) Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2e éd. (1998).
- 8) André De LAUBADÈRE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, t. 1 et 2, (1984).
- 9) Christine MAUGÜÉ, Laurent DURUY, « Les cessions de marchés et de délégations de service public », *BJCP*, n° 6, (1999).
- 10) Yves GAUDEMET, « La cession des concessions », *LPA* n° 211, [22 octobre-1999].
- 11) Yves GAUDEMET et Laurent AYNES, *La cession de contrat en droit public et en droit privé*, éd. CRIDON, (2000).
- 12) Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 919 ;
- 13) Rozen NOGUELLOU, « La cession de contrat », *RDC*, (2006).
- 14) Philippe COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques*, Paris, LGDJ, (2007).

- 15) Stéphane BRACONNIER, « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », AJDA, (2015).
- 16) Mathias AMILHAT, La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne, BRUYLANT, (2014).
- 17) Marion UBAUD-BERGERON, Droit des contrats administratifs, 2e édition, LexisNexis, 2ed, (2017).
- 18) BADAUI (SAROIT) , Le fait de prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien ,Paris,(1954).
- 19) Xavier BEZANÇON, Essai sur les contrats de travaux et de services publics, *Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, (1999).
- 20) Jean DUFAU, Les concessions de service public, éditions du Moniteur, (1979).
- 21) Paul ORIANNE, La loi et le contrat dans les concessions de service public, Bruxelles, Larcier, (1961).
- 22) Michel PÂQUES et Louis- Paul SUETENS, De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative, Bruxelles, (1991), [p. 203].
- 23) Nimrod Roger TAFOTIE YOUSSEF, Build, Operate and Transfer, Modalité de partenariat public-privé, Approche Law and Economics, éd. Larcier, (2013).
- 24) Prosper WEIL, *Écrits de droit international: Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, (2000).
- 25) Yves MADIOT, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français, LGDJ, (1871).

### **Arabic references are romanized**

- 1) Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhoury, *alwasit fi sharh alqanun almadanii aljadidi, masadir alailtizami, manshurat alhalabi alhuquqiat* Beirut, altabeat althaalithata, (2000).
- 2) Dr. Nasri Mansour Nabulsi, *aleuqud al'iidariati, manshurat zayn alhalbi*, Beirut, (2012).
- 3) Dr. Mohamed Salah Abdel Badi Al-Sayed, *al'usul al'iislatiyyat lilqanun al'iidarii almueasiri, dar alnahdat alarabiati, tabea* (1999).
- 4) Dr. Aziza Al-Sharif, *dirasat fi nazariat aleaqd al'iidarii watatbiqatuha fi*

alkuayti, wahdat altaalif waltarjamat walnashri, kuliyat alhuquqi, alkuaytu, altabeat al'uwlaa '(1998).

5) Dr. Yasser Al-Serafy, nitaq tatbiq alqanun (7/2008) bitanzim eamaliaat albina' waltashghil waltahwil wal'anzimat almushabihati, wataedil baed 'ahkam almarsum bialqanun (raqma/ (105/1980) dirasat muqadimat fi mutamar aljawanib alqanuniat li'amlak aldawlati, almuneaqad fi jamieat alkuayti, kuliyat alhuquqi, lilfatra [30-31 maris 2008].

6) Dr. Muhammad Maher Abu Al-Enein, aleuqud al'iidariatu, waqawanin almuzayadat walmunaqasati, alkutaab althaani, dar 'abu 'amjad liltibaeati, alharma, (2004).

7) Dr. Souad Al-Sharqawi, aleuqud al'iidariatu, dar alnahdat alearabiati, alqahirati, (1996).

8) Dr. Samir Ismail, aliaietibar alshakhsu fi altaeaqudi, risalat dukturah, al'iiskandariat, (1975).

9) Dr. Muhammad Saeed Amin, almabadi aleamat fi tanfidh aleuqud al'iidariat watatbiqatiha- dirasat muqaranat dar althaqafat aljamieati, sana (1995).

10) Dr. Suleiman Al-Tamawi, al'usus aleamat lileuqud al'iidaria (dirasat muqaranati), dar alfikr alearabii, alqahirati, (1991).

11) Dr. Nawaf Kanaan, alqanun al'iidari, alkutaab al'uwala, dar alnahdat lilynashr waltawzie, alealamiati, aman, (2002).

12) Dr. Georgy Sarri, da. fawaz aljadaei, qawaeid wa'ahkam alqanun walqada' al'iidari, altabeat al'uwlaa, (2019), bidun dhikr dar nashri.

13) Dr. Abdel Alim Abdel Meguid Musharraf, fikrat aliaietibar alshakhsii fi majal aleuqud al'iidariati, dar alnahdat alearabiati, alqahirati, (2003).

14) Ben Shaaban Ali, athar eaqd al'ashghal aleamat ealaa tarafayh fi altashrie aljazayirii, risalat dukturah, kuliyat alhuquq waleulum alsiyasiati, jamieat alqustantiniat, (2011-2012).

15) Dr. Fouad Nasrallah Awad, eamaliat al'usus wal'asalib aleamat litakwin aleuqud al'iidariat lilmunaqasat aleamati, bidun dhikralnaashir, altabeat al'uwlaa, alkuayti, (2018).

16) Dr. Ashraf Jaber, al'iislah altashrieiu alfaransiu linazariat aleaqda: sanieat qadayiyat wasiaghat tashrieiatun, mulhaq khasa, majalat kuliyat alqanun alealamiat alkuayt, aleadad 2, aljuz' althaani, (nufimbir 2017).

17) Dr. Ali Khattar Shantawi, salahiat al'iidarat fi fard gharamat al'akhir bihaqi almutaeaqid mieaha, majalat alhuquqi, jamieat alkuayta, (mars, 2000).

18) Dr. Tariq Abdel-Raouf Saleh Rizk, alnazariat aleamat lileuqud al'iidariat

wa'ahkam 'iibramaha, aljuz' althaani, dar alnahdat alearabiati, altabeat al'uwlaa,(2018).

19) Dr. Jaber Gad Nassar, euqud albut waltatawur alhadith lieaqd alialtizami, dar alnahdat alearabiati, alqahirati, (2002).

20) almustashar Hamdi Yassin Okasha, mawsueat aleuqud al'iidariat walduwaliati, aleuqud al'iidariat fi altatbiq aleamaliu- almabadi wal'usus aleamatu- munsha'at almaearifi, al'iiskandariat, (1998).

21) Dr. Ayman Mohamed Juma, sinaeat almuqawalat aleamat fi dual majlis altaeawun lidual alkhalij alearabiati, (2008).

22) Dr. Ali Abdel Aziz Al-Faham, sultat al'iidarati fi taedil aleaqd al'iidari, dar alfikr alearabii, (1976).

23) Dr. Mahmoud Atef Al-Banna, mabadi alqanun al'iidarii fi al'amwal aleamat walwazifat aleamati, dar alfikr alearabii, alqahirati.

24) Dr. Aziza Al-Sharif, alqanun al'iidaria2, 'asalib al'iidarati aleamat wakhudueiha limabda siadat alqanuni, aljuz' al'awala, muasasatu, dar alkitub liltibaeat waltawziei, Kuwait, tabea (2003).

